Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

2020/1

TÜBİTAK
ULAKBİM
Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 95
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 75

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Editör)
Prof. Dr. Mehmet ERDEM
Doç. Dr. E. Eylem AKSOY RETORNAZ
(Editör Yardımcı)
Doç. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN
Arş. Gör. Dilşad KUĞUOĞLU (Raportör)

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)
Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (İstanbul Bilgi Üni.)
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Yakın Doğu Üni.)
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)
Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL
Prof. Dr. Sıtkı Anlam ALTAY
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN
Prof. Dr. Sibel ÖZEL
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ
Prof. Dr. Murat DEVELİOĞLU
Prof. Dr. Mehmet Ozan ERÖZDEN
Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL
Prof. Dr. Hasan Selçuk KÖNİ
Prof. Dr. Turgut ÖZ
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ
Prof. Dr. Cüneyt YÜKSEL
Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK
Doç. Dr. Demirhan Burak ÇELİK
Doç. Dr. Mustafa ERKAN
Doç. Dr. Ali Hakan EVİK
Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN
Doç. Dr. Öz SEÇER
Doç. Dr. Çağla TANSUĞ
Doç. Dr. Ahmet YAYLA
Dr. Öğr. Üyesi Burçin AYDOĞDU
Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Hakan ERKİNER
Arş. Gör. Dr. Ali Cenk KESKİN
Dr. Cihan YÜZBAŞIOĞLU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2020 yılının Haziran ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556
Yayın : SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş. - Emre Kızmaz
Sertifika No: 45644
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL
e-posta: hukukfd@gsu.edu.tr

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK 3

BİRDEN ÇOK EVLİLİK VE HİLELİ EVLENME SUÇLARI

MULTIPLE MARRIAGE AND FRAUDULENT MARRIAGE CRIMES

Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU 55

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MÜDAHİLİN BAĞIMSIZ OLARAK KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKI

THE INTERVENOR'S RIGHT TO JOIN PROCEEDINGS INDEPENDENTLY IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU 119

EKONOMİK SUÇLAR

ECONOMIC CRIMES

Dr. Öğr. Üyesi Bleda KURTDARCAN
Arş. Gör. Dr. Ş. Özgür MUMCU 165

COVID-19'UN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ: ULUSLARARASI HUKUKUN PANDEMİYLE MÜCADELE REJİMİNE GENEL BİR BAKIŞ

WHAT COVID-19 REMINDS US OF: THE INTERNATIONAL LEGAL REGIME OF PANDEMIC RESPONSE

Dr. Fatma Gül KARAGÖZ 187

BİR MASALDAN MAGNA CHARTA'YA, MAGNA CHARTA'DAN 17. YÜZYILA MÜLKSÜZLEŞEN KÖYLÜLERİN HİKAYESİ

THE STORY OF DISPOSSESSED PEASANTS FROM A FAIRY TALE TO MAGNA CHARTA, FROM MAGNA CHARTA TO 17TH CENTURY

Dr. Ekin Deniz UZUN 223

PERILS OF MISMATCHING HUMAN TRAFFICKING FOR SEXUAL EXPLOITATION AND SEX WORK: IN THE SHADE OF DEFINITIONAL PERPLEXITIES OF THE TRAFFICKING PROTOCOL

İNSAN TİCARETİ VE SEKS İŞÇİLİĞİ KAVRAMLARININ EŞDEĞER KULLANIMININ TEHLİKELERİ: İNSAN TİCARETİ PROTOKOLÜ'NÜN TANIMSAL KARIŞIKLIĞI GÖLGESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Müslüm YILMAZ.....249

DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ HUKUKU BAKIMINDAN ULUSLARARASI TİCARETTE GÜVENLİK İSTİSNASI

SECURITY EXCEPTION IN INTERNATIONAL TRADE FROM THE POINT OF VIEW OF THE LAW OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Dr. Cihan YÜZBAŞIOĞLU 305

İDARİ USULDE ÖKSÜZ KALMIŞ BİR ALAN: İDARİ İŞLEMLERE KARŞI ZORUNLU İDARİ BAŞVURULARDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

AN ORPHANED FIELD OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE: PROBLEMS RELATED TO COMPULSORY ADMINISTRATIVE APPLICATIONS AGAINST ADMINISTRATIVE ACTS

Arş. Gör. Ezgi ÇALDIRAN.....391

THOMAS HOBBES NEDEN ÇOCUKLARI SİYASAL TOPLUM DIŞINA İTER?

WHY DOES THOMAS HOBBES EXCLUDE CHILDREN FROM POLITICAL SOCIETY?

ÖZEL HUKUK

Doç. Dr. Öz SEÇER 403

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASI

THE LIABILITY OF THE CUSTOMER FROM DEFAULT IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Doç. Dr. İlhan YILMAZ.....455

ICSID KURALLARININ GELİŞİMİ VE ÖNERİLEN KAPSAMLI SON DEĞİŞİKLİKLER

THE DEVELOPMENT OF THE ICSID RULES AND THE LATEST PROPOSED COMPREHENSIVE AMENDMENTS

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN
Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ.....521

AKREDİTİF AÇTIRAN İLE AKREDİTİF BANKASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

RELATIONSHIP BETWEEN THE LETTER OF CREDIT OPENER AND THE ISSUING BANK

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa öz (abstract), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.

5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harferle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harferle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfer başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.

6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar "nesnel değerlendirme ilkesi" uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.

8. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük

A. Kalın ve Sadece İlk Harfer Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük

aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfer Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

11. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümleme yapılabilir.

a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör), ..., ...

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harf büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), Eser adı (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. (Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir. Big Data, Crime and Security, Parliamentary Offce of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, http://researchbriefngs. fles.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlarda: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harferle yazarın soyadı; eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkiden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını "ve diğ./et al." ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: KOÇ, s. 17.

b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynak.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

13. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

14. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir:

Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), "Makale başlığı" (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/ Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Örnek: KOÇ Sedef, "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu", **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

KAMU HUKUKU

BİRDEN ÇOK EVLİLİK VE HİLELİ EVLENME SUÇLARI(*)

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK(**)

Öz: Türk Ceza Kanunu (TCK) madde 230'un başlığı "*Birden Çok Evlilik, Hileli Evlenme ve Dinsel Tören*"dir. Madde başlığında "dinsel tören" ifadesi olsa da yürürlükte artık "dinsel tören (dini nikah) suçu" bulunmamaktadır. Çünkü maddenin "dini nikah suçunu" düzenleyen kısmı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı uyarınca yürürlükten kalkmıştır. Söz konusu madde TCK'nın "*aile düzenine karşı suçlar*" başlıklı bölümünde yer almaktadır. Halihazırda madde bünyesinde iki suç bulunmaktadır: İlki; "Birden Çok Evlilik", diğeri de "Hileli Evlenme" suçudur. Anayasa mahkemesi iptal kararından dolayı çalışmada sadece bu iki suç ele alınacaktır. Çalışmada sadece bu iki suçun unsurları ve özellikleri, doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde incelenecektir. Suçların bu şekilde incelenmesinden önce mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki (ETCK) ve yabancı ceza kanunlarındaki muadilleri ile kısa bir karşılaştırması da yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Suç, Türk Ceza Kanunu, Birden Çok Evlilik Suçu, Hileli Evlenme Suçu, Dinsel Tören.

MULTIPLE MARRIAGE AND FRAUDULENT MARRIAGE CRIMES

Abstract: The title of Article 230 of the Turkish Penal Code (hereinafter TCK) is "Multiple Marriage (Polygamy), Fraudulent Marriage and Religious Ceremony". Although there is the phrase "Religious Ceremony" in the title of the article, there is no longer a "religious ceremony (religious marriage) crime" in effect. Because the part of the article regulating "the religious marriage crime" has been repealed in accordance with the annulment decision of the Constitutional Court. The article is located in the section of the criminal law titled "*offenses against family order*". At present there are two crimes within the article: One is; "Multiple Marriage (Polygamy)" and the other one is; "Fraudulent Marriage" crime. Only these two crimes will be discussed in the study due to the decision of the Constitutional Court annulment. In the study, only the elements and features of these two crimes will be examined within the framework of the opinions in the doctrine and the case law of the Supreme Court. Before the crimes are examined in this way, a

(*) Makale Gönderim Tarihi: 15.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 14.05.2020.

(**) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-0032-7754; *ahevik@yahoo.com*).

short comparison will also be made with their counterparts in the abolished Turkish Penal Code (hereinafter ETCK) and foreign Penal Codes.

Keywords: Crime, Turkish Penal Code, Multiple Marriage (Polygamy) Crime, Fraudulent Marriage Crime, Religious Ceremony.

GİRİŞ

İnceleyeceğimiz suç 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) 230'uncu maddede düzenlenmiştir. Yürürlüğe girdiği 2005 yılından sonra Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) 2015 yılında verdiği iptal kararı[1] uyarınca değişikliğe uğrayan madde metninin son hali şöyledir:

Madde 230- Birden Çok Evlilik, Hileli Evlenme, Dinsel Tören

(1) Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

(5) (İptal)[2]

(6) (İptal)[3]

TCK madde 230'da tekbir başlık altında birden fazla suçun düzenlendiği görülmektedir. Mülga TCK (ETCK) md.237'de var olan suçların bazıla-

---

1 Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 Esas, 2015/51 Karar sayılı kararı için bkz: www.aym.gov.tr, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ce-d1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 20.02.2020.

2 AYM'nin iptal kararından önceki hali şöyleydi: "*Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*"

3 AYM'nin iptal kararından önceki hali şöyleydi: "*Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.*"

rı değiştirilerek bu madde kapsamına alınmış, bazıları ise hiç alınmamıştır. Kapsama alınan suçların bazıları da aşağıda değinileceği üzere AYM'nin iptal kararı uyarınca yürürlükten kalkmıştır. Madde başlık ve içeriğinden yola çıkarak yürürlükteki suçları; **a)** Birden Çok Evlilik Suçu ve **b)** Hileli Evlenme Suçu şeklinde adlandırmak mümkündür. Bu iki suç maddenin ilk 3 fıkrasında düzenlenmiş olup, düzenleme sanki maddede 3 farklı suç varmış izlenimi vermektedir. Ancak, 1 ve 2'nci fıkradaki suçlar unsurları, cezaları vs. açısından aynı olup, tek fark failleridir. İlkinde "evli olup da yeniden evlenen (birden çok evlilik yapan) kimse", ikincisinde "bekar olup da evli olduğunu bildiğini biriyle evlenen kimse" cezalandırılmaktadır. 2'nci fıkrada suçun faili olan bekar kimse açısından "evlendiği kimsenin evli olduğunu bilmesine" ayrıca vurgu yapıldığı görülmektedir. Suçların, aşağıda görüleceği gibi Alman Ceza Kanunu'nda (AlmCK) olduğu şekilde tek bir fıkrada yalın bir biçimde değil de neden bu şekilde düzenlendiği anlaşılamamaktadır.

Söz konusu suçlar ETCK'daki düzenlemenin aksine "Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar" değil, "Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar" başlıklı bölümde yer almaktadır. Bilindiği üzere; mevzuatımız uyarınca bir kadın ve erkeğin evlenmiş sayılabilmeleri için resmi makamlar huzurunda, belirli şekil şartlarını gerçekleştirmek suretiyle bir akit (nikah akdi) gerçekleştirmiş olmaları gerekmektedir. Maddenin ilk şeklinde fıkra 5 ve 6'da mevzuatımız uyarınca gerekli bu nikah akdi (kamuoyunda bilinen adıyla resmi nikah) yaptırılmaksızın sadece dini nikah yaptırmak suretiyle evlenenlerin ve bu dini nikahı kıyanların eylemleri de cezai yaptırım altına alınmak suretiyle suç olarak düzenlenmişti. Yani esasında maddede inceleyeceğimiz bu iki suç dışında, "resmi nikah olmaksızın dini tören yaptırmak (dini nikah kıydırmak)" ve "resmi nikah olmaksızın dini tören yapmak (dini nikah kıymak)", kanun koyucunun nitelendirmesiyle "dinsel tören" de suç olarak yer almaktaydı.

Yerel bir Mahkemenin başvurusu üzerine söz konusu hükümler AYM'ce iptal edilmiş, iptalden sonra kanun koyucu tarafından maddede herhangi bir düzenleme gerçekleştirilmemiştir. Bu yüzden madde içeriğinde evlenmeden önce dini nikah kıyma ve kıydırmaya yönelik bir düzenlememe olmamasına karşında, başlığında "dinsel tören" ibaresi hâlâ yer almaktadır.

Maddede sadece suçların temel şekli düzenlenmiş olup, herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. Mevzuatımız gereği birden fazla evlilik mümkün olmadığından, bu yönde hareket edenlerin sonraki evliliklerinin iptali ve yine aynı şekilde kimliğini saklamak suretiyle hileli bir

biçimde evlenenlerin evliliklerinin de iptali gündeme geleceğinden, inceleyeceğimiz suçlara yönelik dava zamanaşımı süresinin suçun işlendiği değil, iptal kararının kesinleştiği tarihten itibaren işleyeceğine yönelik özel bir düzenlemeye gidilmiştir.

Çalışmada yürürlükten kalkan suçlar (dinsel tören suçu) ele alınmayacak sadece mevcut suçlar, suç inceleme metodu çerçevesinde doktrin görüşleri ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde ayrıntılı şekilde irdelenecektir.

I. GENEL AÇIKLAMALAR

1. Kanundaki İlk Düzenleme ve AYM'nin İptal Kararı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; TCK yürürlüğe girdiğinde inceleme konumuzu oluşturan 230'uncu maddede; herhangi bir kimse tarafından işlenebilen dini nikah kıydırmak ve dini kıyma yetkisine sahip bir kimse tarafından işlenebilen dinsel tören de bir suç olarak; "*evlilik öncesinde dini merasim yapma ve yaptırma*";[4] "*dini nikah*";[5] "*dini tören yapma-yaptırma*";[6] "*resmi evlilik olmadan dinsel tören yapma*";[7] "*dinsel tören*";[8] "*evlenme olmadan evlenmenin dinsel törenini yaptırmak-yapmak*";[9] "*evlenmenin dinsel törenini yaptırma- evlenmenin dinsel törenini yapmak*"[10] suçu başlığı altında incelenmekteydi.

---

4 ARSLAN Çetin/AZİZAĞAOĞLU Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 955.

5 EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, cilt: II, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 1985, s. 400; NUHOĞLU Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** İstanbul, Beta, 2009, s. 48 vd; SAVAŞ Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, cilt: II, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 1998, s. 2507; TEZCAN Durmuş/ERDEM M. Ruhan/ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019 s. 1012 vd.

6 MALKOÇ İsmail**, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, cilt: II, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s. 1986-1987.

7 GÜNDEL Ahmet, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** cilt: IV, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 4544.

8 HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 378 vd; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 904.

9 YAŞAR Osman/GÖKCAN Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, cilt: V, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014, s. 6487-6488.

10 ZAFER Hamide, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, **Ankara Üniversitesi Yayınları,** No: 459, cilt: II, Ankara, 2015, s. 1308.

Haklarında evlenmeden önce dinsel tören suçunu işledikleri iddiasıyla açılan kamu davasındaki muhakemeye bakan yerel bir mahkeme, "atılı suçun düzenlendiği TCK'nın 230. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırılı olduğunu" ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'nce iptallerine karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme iptal başvurusunda özetle; "*(...) 1982 Anayasamızın bir bütünü ile beraber 5237 sayılı TCK'nın 5 ve 6. fıkralarındaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde resmi evlenme olmadan aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ve yapanlar hakkında ceza müeyyidesi uygulanması yine yukarıdaki anayasal hükümlere aykırı olduğu anlaşılmak ile birlikte bu kanun hükümlerinin mahkemelerce uygulanmasında aksaklıklar oluştuğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; sanıklar "biz hep beraber oturduk birlikteliğimiz için dua ettik" dedikleri taktirde delil yetersizliğinden beraat kararı vermek gerekirken sanıkların "evet dini nikahımız kıyıldı" dediklerinde cezai müeyyide uygulanması aynı suçu işleyen sanıklar arasında eşitsizliğe sebep olacağı gibi, bu suçun oluştuğunun ispatının zor olduğu aşikardır. Ayrıca, 1982 Anayasamızın kişilere tanımış olduğu özel hayatın gizliliği ve din ve vicdan hürriyeti hükümleri dikkate alındığında, bir bayan ve erkeğin birlikte gayrimeşru yaşamaları suç değilken dini nikah kıyarak birlikte yaşamalarının suç teşkil etmesi ayrıca kişilerin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz hükmünün de ihlal ettiği anlaşılmaktadır. Yine Türkiye Cumhuriyeti'nde zina suç olmaktan çıkmış iken resmi nikah olmadan şahısların dini nikah kıymalarının suç teşkil etmesi yine 1982 Anayasamızın ilgili kanun hükümlerine aykırı olduğu açıktır (...)*"[11] demiştir.

AYM üyeleri başvuruyu haklı bularak TCK md.230/5 ve 6'yı oy çokluğu ile iptal etmiştir. AYM'nin iptale konu çoğunluk görüşünde belirtilen gerekçeler özetle; "*(...) Anayasa'nın 20. maddesindeki düzenlemeyle özel hayat ve aile hayatı, Anayasa'da belirtilen istisnalar haricinde Devlete, topluma ve diğer kişilere karşı koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü ise herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğünü güvenceye kavuştururken, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışa vurma özgürlüğünü de içine almaktadır. (...) "Dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü, 'gerek alenen gerekse özel alanda bireysel olarak veya topluluk halinde' kullanılabilir. Dini veya inancı dışa vurma*

[11] İddialar için bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 Esas, 2015/51 Karar sayılı kararı için bkz: www.aym.gov.tr, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ced1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 20.02.2020.

özgürlüğü, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulama ve öğretme gibi çok geniş bir davranış yelpazesini kapsar. İbadet kavramı, bir inancın doğrudan ifade edilmesini sağlayan törensel ve ayinsel eylemleri kapsadığı gibi, bu uygulamalara özgü olan ibadet yerlerinin inşası, ayinsel ifade/duaların ve nesnelerin kullanılması, sembollerin sergilenmesi ve bayram ya da dinlenme günlerine uyulmasını da kapsar." (...) Bu özgürlük dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. (...) Buna göre, din ve vicdan özgürlüğü "demokratik toplumun temel taşlarından biri" ve "insanların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan" bir temel hak olarak, tıpkı özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi kural olarak devletin ve diğer kişilerin müdahale edemeyeceği bir alan oluşturmaktadır. (...) İtiraz konusu kurallarda, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılması öngörülerek, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. Zira kişiler arasında evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü"; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli davranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ölçülülük, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. (...) Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. (...) Başka bir ifadeyle, kişilerin resmî evlilik yaptırmamaları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımlar mevcut olup bunlar, kişilerin resmî evlilik yaptırmalarını sağlayabilecek elverişliliktedir. Dolayısıyla kişilerin

dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. (...) Sadece evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmemesi, bu birlikteliği hukuk düzenince geçerli olarak kabul edilen bir niteliğe kavuşturmamakta ve evlenmenin dinsel töreninin yapılması evlilik birliğinin kurulmasını ve birlikten kaynaklanan hakların kullanılmasını sağlamamaktadır. (...) itiraz konusu kurallarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurallarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir. (...) Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır. (...) Diğer yandan, evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimseler de sonuç itibariyle özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptıranlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir (...)"[12] yönündedir.

Dikkate edileceği üzere AYM çoğunluk görüşünü öncelikle; anılan eylemlerin cezai yaptırıma bağlanmasının "ölçülülük ilkesine" aykırı olduğu esasına dayanmaktadır. Halbuki kanaatimizce; bu düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırılık ile hiçbir ilgi ve alakası bulunmamaktadır. İptal gerekçesinde; din ve vicdan hürriyetinden bahsedilmekte, bunun gerek ulusal gerek uluslararası normlarla güvence altına alındığı ifade edilmekte, suç konusu eylemlerin de dini bir ritüel çerçevesinde kaldığı belirtilerek, bu koruma altında olan bir ritüelin suç olarak kabulünün din ve vicdan hürriyetine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık, iptal edilen normlar ile amaçlanan; kişilerin dini

---

[12] Gerekçe için bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 Esas, 2015/51 Karar sayılı kararı için bkz: www.aym.gov.tr, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ced1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 20.02.2020.

ritüellerini yerine getirmesinin, istedikleri biçimde yapılmasının engellenmesi değildir. Kişiler ülkemizde mensup oldukları dini ritüeller çerçevesinde ister camide ister evinde imam, vaiz, aile büyüğü, din büyüğü vs. nezaretinde, kilisede, sinagogda dini nikah kıydırabilmektedir. Madde ile zaten bu ritüel yasaklanmamaktadır. İptal gerekçesinde de belirtildiği üzere hükmün amacı; "*(...) suçlarla korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, anılan sınırlamanın amacının, evlilikle kurulan aile düzenini korumak olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de söz konusu suçlarla, resmî niteliği bulunmayan dolayısıyla da hukuki himaye sağlamayan evlenmenin dinsel törenini yapmak ve yaptırmak yasaklanarak, evlilik kurumunun bahşettiği haklardan eşlerin mahrum kalmamalarının sağlanmaya çalışılmasıdır (...)*".[13] Yoksa dini gereklerin yerine getirilmesini engellemek değildir. İptal gerekçesinde hem bu amaca vurgu yapılarak hem de anılan normların iptal edilmesi bizce kendi içerisinde çelişmektedir. Tekrar etmek gerekirse amaç; dini nikah kıymak ve kıydırılmasının önüne geçmek değil, evlilik öncesinde (resmi nikah olmaksızın) dinsel tören yapılmasının önüne geçmek suretiyle, eşlerin özellikle de kadının mevzuatımız kapsamında elde etmesi beklenen haklarına kavuşmasını sağlamak, kadını, aileyi, aile düzenini korumaktır. İptal edilen TCK md.230/5 ve 6, iptal öncesinde 230/1 ve 2'deki suçları tamamlayan birer normken, artık adeta topal bir norma, uygulanamaz hale dönüşmüştür.

Yine iptal gerekçesinde hem "*(...) Aile düzeninin korunması ve evlilik kurumunun sağladığı haklardan kişilerin yararlanabilmesi, aile bireylerinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesine, dolayısıyla kamu yararının gerçekleşmesine hizmet edeceğinden, anılan amaçla özel hayatın korunması hakkı ile ve din ve vicdan özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı üzere kanun koyucunun benimsediği ceza siyasetine göre hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceğine karar verilmesi hususunda takdir yetkisi bulunduğundan, bu sınırlamayı suç ve ceza ihdas etmek suretiyle gerçekleştirmesi de mümkün bulunmaktadır (...)*"[14] hem de "*ölçülülük ilkesi ihlal edilmiştir*" denilmektedir. Kanaatimizce bu gerekçe de yerinde değildir. Zira bu gerekçe

---

13 Gerekçe için bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 Esas, 2015/51 Karar sayılı kararı için bkz: www.aym.gov.tr, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ced1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 20.02.2020.

14 Gerekçe için bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 Esas, 2015/51 Karar sayılı kararı için bkz: www.aym.gov.tr, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ced1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 20.02.2020.

ile AYM adeta yerindelik denetimi yaparak hem bu eylemlerin suç olarak düzenlenmesini dini kurallara atıf yaparak kendince eleştirmekte, hem de kanun koyucunun iradesine açıkça karşı çıkarak, adeta bir yetki gaspında bulunmaktadır. Ayrıca verilmesi olası cezanın miktarı (2 aydan, 6 aya kadar hapis cezası olması) dikkate alındığında ve verilecek cezanın "*medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar*" şeklindeki düzenleme (TCK md.230/5 cümle 2) gereği tümden ortadan kalkacağı hususu da dikkate alındığında, bu türden eylemlerin düzenlenmesinde 6 aylık hapis cezası miktarına atıf yapılarak "ölçülülük ilkesinin" ihlal edildiği değerlendirmesinin yapılamayacağı ortadadır. Kanun koyucunun iptal edilen TCK md.230/5'in madde gerekçesinde yer alan; "*(...) Ancak, medenî nikâhın yapılması durumunda kamu davası ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılacağı hükme bağlanarak, resmî nikâhın yapılmasını teşvik edici bir hüküm getirilmiştir (...)*"[15] şeklindeki haklı ve yerinde görüşü de yukarıdaki görüşümüzü desteklemektedir.

Yine iptal gerekçesinde yer alan; "*(...) Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün değildir. Yani itiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan "aile düzenini korumak" mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, "hukuki müeyyide aracı" kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken "hukuki müeyyide" aracından daha ağır bir müeyyide öngören "suç ve ceza aracına başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır (...)*"[16] yönündeki değerlendirme ile de kanaatimizce hem yine yerindelik denetimi yapılmakta hem kanun koyucunun takdirine müdahale edilmekte hem de ülke gerçekleri/pratikte yaşananlar gerekçede söylenenler ile bağdaşmamaktadır.

---

[15] Madde gerekçesi için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

[16] Gerekçe için bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 Esas, 2015/51 Karar sayılı kararı için bkz: www.aym.gov.tr, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ced1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 20.02.2020.

Zira kanun koyucu ailenin sadece özel hukuk normları ile korunamayacağını dikkate alarak ayrıca bu şekilde ceza normları ile etkili bir koruma, özellikle kadına, ikinci eşe, imam nikahlı kadına katmerli bir koruma kalkanı getirmek istemiştir. Ülke gerçekleri de bu nitelikte kalan kadınların durumlarını açıkça ortaya koymaktayken AYM'nin bu yönde bir karar vererek, bu türden eylemler açısından yasal bir boşluğa neden olunması yerinde ve doğru olmamıştır. AYM, kanun koyucunun iptal ettiği madde gerekçesinde belirtilen "*(...) Hâlen, insanların fiilen ve uzun süreler, nikâhsız olarak yaşadıkları ve bunun suç oluşturmadığı düşünülecek olursa, böyle bir hükmün yerinde olduğu kabul edilmelidir (...)*"[17] yönündeki görüşünü de ne yazık ki hiçe saymıştır.

AYM'nin; iptal kararını laikliğe aykırı olarak görmesinde de kanaatimizce kabul edilebilir bir taraf bulunmamaktadır. Zira çoğunluk görüşüne katılmayarak kimi AYM üyelerinin yazdıkları muhalefet şerhinde de belirtildiği üzere; "*(...) dini nikâhın Medeni Kanun'da öngörülen evlenme akdinden önce yapılmasının yasaklanması, bu akidden sonra yapılmasını engellemediğinden (...)*",[18] bu suçlarla laiklik ilkesine aykırı bir duruma sebebiyet verildiği söylenemez.

AYM'nin mülga TCK döneminde benzer, paralel[19] suça (ETCK md.237) ilişkin yapılan iptal başvurusunun reddinde ortaya koyduğu; "*(...) Medeni Kanun, Türkiye Cumhuriyeti'nin modern, çağdaş ve laik hukuk sistemine geçişinin temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. Medeni Kanun'un özellikle resmi nikâh akdine ilişkin hükümlerinin gerektiği şekilde uygulanmasının Türk toplum ve aile hayatı açısından taşıdığı önem ve bu hükümlere uyulmadan dini nikâha dayalı olarak oluşturulan birlikteliklerin özellikle kadın ve çocuklar yönünden doğuracağı olumsuzluklar dikkate alınarak Anayasa'nın 174. maddesiyle resmi nikâh kurumu özel olarak korumaya alınmıştır (...)*"[20] yönündeki gerekçeler bugün içinde halihazırda aynen geçerlidir.

---

17 Madde gerekçesi için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 20.03.2020).

18 Karşı görüş için bkz: Gerekçe için bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.2015 tarihli ve 2014/36 Esas, 2015/51 Karar sayılı kararı için bkz: www.aym.gov.tr, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ce-d1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, 20.02.2020.

19 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 955; DONAY Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 333; ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 195; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1004; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6478.

20 AYM'nin 24.11.1999 tarih ve 1997/27 Esas, 1999/42 Karar sayılı kararı için bkz: RG. 2.5.2002, Sayı: 24743.

Açıklanan tüm bu nedenlerden dolayı ve özellikle de "kadının korunması açısından getirilen tüm düzenlemeleri adeta güvencesiz, etkisiz hale getiren"[21] AYM'nin söz konusu iptal kararı kanaatimizce; yerinde olmamış ve kanun koyucu da bu konularda yeni bir düzenleme yapmayarak önemli bir yasal boşluğa sebebiyet vermiştir.

2. Yabancı Ülke Mevzuatlarındaki Düzenlemeler

İncelediğimiz suçların Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin çoğunun ceza kanunlarında; "aile düzenine karşı suçlar (İtalyan Ceza Kanunu)",[22] "aile ve velayet hakkına karşı suçlar (Polonya Ceza Kanunu)", "aileye karşı suçlar (İsveç Ceza Kanunu)", "aileye ve çocuğa karşı suçlar (Fransız Ceza Kanunu, Rus Ceza Kanunu)", "ailevi ilişkilere/akrabalık ilişkilerine karşı suçlar" (İspanya Ceza Kanunu)", "Kişisel Durum, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar (AlmCK)", "evlilik ve aileye karşı suçlar (Avusturya Ceza Kanunu), "aile hukukuna ilişkin suçlar (Finlandiya Ceza Kanunu),[23] "evlilik ve aile yükümlülüklerine karşı suçlar (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Kanunu (KKTCCK))[24] başlıkları altında düzenlendiği görülmektedir.

Buna karşılık Birleşik Krallık (BK) ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) mevzuatlarına baktığımızda ise, ceza kanunları yine müstakil kanunlarda (*Edmunds Act, Matrimonial Causes Act 1973, Offences Against the Person Act 1861, Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014 vs'de*) düzenlendiği örneğin; birden çok evliliğin hafif bir suç olarak kabul edildiği, bu yüzden verilen cezaların da 2 yıla kadar hapis veya paraya çevrilmeye müsait hafif hapis cezaları olduğu tespit edilmektedir.[25] Hileli evlenmenin ise bizdeki ve diğer kara Avrupası sisteminden farklı olarak müstakil bir suç olarak düzenlenmesinden ziyade, saik dikkate alınarak, göçmenlik (vatandaşlık) hakkı elde etmek amacıyla yapılan ve "*Fraudulent Marriage*" şeklinde isimlendirilen sahte evliliklerin bu kapsamda değerlendirilerek cezalandırma yoluna gidildiği anlaşılmaktadır.[26]

---

21 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1016.

22 https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/dei-delitti-contro-la-famiglia, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

23 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 9-10, 37; https://www.legislationline.org/download/id/6375/file/Finland_CC_1889_am2015_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

24 https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroksharf.aspx?which-letter=C, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

25 http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/part/3/enacted); https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

26 https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

A. Birden Çok Evlilik Suçu

Tarihsel süreçte birden çok evlilik suçunun ABD'de tüm eyaletlerde genel bir suç olarak ilk defa 1882 yılında kabul edilmiş *Edmunds Act*'de[27] yer aldığı görülmektedir. Suçla ilgili birden fazla hüküm bulunmakla birlikte konumuzla doğrudan bağlantılı hüküm; "birden çok evlilik yapan kişilerin, özel kast aranmaksızın 500 dolara kadar para cezası ve beş yıla kadar hapis cezasına tabi tutulabileceği" yönündedir.[28]

Günümüzde ise poligaminin genel bir federal suç olmaktan ziyade her bir eyalette hukuka aykırı kabul edilse de suç olup olmayacağının eyaletler tarafından yapılan düzenlemelerle belirlendiği, durumun eyaletten eyalete değişiklik arz ettiği anlaşılmaktadır. Örnek olarak; "2020 Şubat ayında Utah Senatosu'nun poligamiyi 5 yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suç olarak kabul etmesi,[29] Kaliforniya Eyaleti'nin 1 yıla kadar ilçe, 3 yıla kadar da eyalet hapsi şeklinde cezalandırmayı gerektiren bir suç olarak 281 kodlu Ceza Yasası'ndaki düzenlemesi,[30] Virginia Eyaleti'nde 500 dolara kadar para ve altı aya kadar hapis cezası öngörülmüş olması"[31] gösterilebilir.

Konuyla ilgili olarak ABD Mahkemelerinin verdikleri şu kararlar dikkat çekicidir: 2013 yılında Federal bir Hâkim; "eyaletlerin evlilik dışı cinsel ilişkiyi değil ama birden çok evliliği Anayasa'ya aykırı olduğu için yasaklayabileceğine",[32] Yüksek Mahkemenin dini nikahın Anayasa'ya aykırı

---

27 Kanunun tam metni için bkz: http://www.archive.org/stream/edmundsactreport00unitrich/edmundsactreport00unitrich_djvu.txt, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

28 Bu Kanun'un hem 1983'de yürürlükten kalktığı, hem de bazı maddelerin halen bazı eyaletlerde geçerli olduğu ifade edilmektedir. https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

29 https://www.theguardian.com/us-news/2020/feb/18/utah-senate-decriminalize-polygamy-bill), (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

30 https://www.shouselaw.com/bigamy.html?__cf_chl_captcha_tk__=9d99ec7fd5a8182f1c978800-82c9ff1051f3c059-1583738717-0-Abju31ouJCoUNyPO7VbVeAsmsc600a2iZEsttcMHgCspBNplI6QhxHrnCHux7uOZpD5MyHc08_-w8HufqJB7LIKTWxqff24W21J3DqRhXXfbzdV-ji6AiCIsBSeLvs8-1n0GIDecVA83z6SEFqb7-zqO3baPQLJAdCZkPdyFjam7Pqe6ofjegoa1y3n6d6VfGssnTyzYk-sLXzdzXjR1jkZaGnn_qAg_WhjtjX6Ns_JJUHg9t5K2UV-Hu51VEAK0vEbC_UhF9Wpx0jbBKqUD0p_-F2mUSyAz-wfNRhk-0TiOXEvaIQ1pjejqmDLfhIBZSrM97AipnfSoHvIFgG6Q4kcChOIFap4kluyLjOX9vuUHnbiff2g1IzDt-n4Jy7oq8VrAOs77hdNYbVSw7nVwgVx-Zp0g_V3yOqvVCp_GUBXaC_v9YtrnKi5XCiU-WoDJFKsmBS0Oa803NsH_vYNYcnxFnI, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

31 (http://www.va-criminallaw.com/virginia-bigamy-law-a-crime-in-two-marriages/, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

32 Karar için bkz: https://archive.sltrib.com/article.php?id=56894145&itype=CMSID, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

olduğu yönündeki kararına[33] rağmen Utah Eyalet Mahkemesi 2013 yılında verdiği bir kararında;[34] "poligaminin resmi evlilikler için yasak olduğuna, buna karşılık dini nikahla birden çok evliliği yasaklamanın Anayasa'ya aykırı olacağına" hükmetmiştir.

BK'da yürürlükte olan "*Matrimonial Causes Act 1973*"ün 11. Bölümünde birden çok evliliğin tüm krallıkta geçersiz sayılacağının yanı sıra, cezalandırılması gereken bir suç olarak da kabul edildiği belirlenmiş, ancak, cezalandırmanın nasıl olacağı hususunun krallık bünyesindeki özerk bölgelere bırakılmış olduğu görülmektedir. İngiltere ve Galler'de yürürlükte olan "*Offences Against the Person Act 1861*"in 57. Bölümünün ilk şeklinde birden çok evlilik yapanın 'kürek cezasına' çarptırılacağı ifade edilmekte, ancak elbette tüm uygar ülkelerde artık bu tarz bedeni cezalar uygulanmadığından söz konusu hüküm "*Criminal Justice Act 1948*"in birinci bölümüyle beraber yorumlandığında, bu kürek cezasının yedi yılı geçmeyen hapis (ki bunun altı aya kadar kısaltılmış hapis cezası veya bu kısaltılmış altı aylık cezaya mukabil gelen para cezası olacağı) cezası olacağı anlamına gelmektedir. Kuzey İrlanda'da da benzer düzenlemelerin yer aldığı ve cezaların öngörüldüğü anlaşılmaktadır. İskoçya'da da "*Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014*"in kabulü ile poligami iki yıla kadar ceza ve/veya adli para cezası ile cezalandırılmaya başlanmıştır.[35]

İnceleyeceğimiz suçlardan birden çok evlilik suçu, AlmCK'nın "*Kişisel Durum, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar*" başlıklı 12'nci bölümünde paragraf 172'de düzenlenmiştir.[36] Paragraf; "*Evli olduğu halde evlenen veya evli bir kişi ile evlenen kişi, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*"[37] şeklindedir.

İtalyan Ceza Kanunu (İCK) madde 556 düzenlemesi; "her kim medeni etkileri olan bir evlilik ile bağlı olduğu halde bir başkasıyla medeni evlilik akdi yaparsa bir yıl hapis cezası ile cezalandırılır. Evli olmadığı halde medeni etkileri olan evlilik ile bağlı olan bir kişi ile evlilik akdi yapan kişi de aynı ceza ile ce-

---

33 *Reynolds v. U.S., 98 U.S. 145* kararı.

34 *Brown v. Buhman, Federal District Court of Utah* kararı için bkz: http://lawzilla.com/content/polygamy.html, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

35 http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/part/3/enacted); https://en.wikipedia.org/wiki/Polygamy_in_the_United_Kingdom, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

36 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1006 ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1311.

37 YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu,** İstanbul, Beta, 2009, s. 239.

zalandırılır. Evlilik akdi yaptığı kişiyi, kendisinin durumu hakkında hataya düşüren kişinin cezası arttırılır. 2'nci evlilikten önce yapılan ilk evliliğin hükümsüz olduğu belirlenirse veya ikinci evlilik çift evlilik dışında başka bir nedenle hükümsüz sayılırsa suça iştirak eden kişiler açısından da suç ortadan kalkar, mahkûmiyet kararı verilmişse infaz ve cezai sonuçları sona erer"[38] yönündedir.

İsveç Ceza Kanunu'nun 7'nci bölümünün başlığı "*Aileye Karşı Suçlar*" olup, paragraf 1; "evli olduğu halde yeniden evlenen veya evli olmadığı halde evli biri ile evlenen kimse çok eşlilik suçunu işlemiş olur ve 2 yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır"[39] şeklindedir.

Fransız Ceza Kanunu'na baktığımızda; birden fazla evlilik suçunun mülga TCK'da olduğu şekilde "*Kamu İdaresine Karşı Suçlar*" bölümünde yer alan paragraf 433-20'nin 1 ve 2'nci fıkralarında yer aldığı görülmektedir. Paragraf 433-20 fıkra 1'e göre; "evliliğini sonlandırmadan yeniden evlenen bir kimse 1 yıla kadar hapis ve 45.000-Euro para cezası ile cezalandırılır." Paragraf 433-20 fıkra 2'ye göre de; "evli olduğunu bildiği kimseyi yeniden evlendiren evlendirme memuru da aynı ceza ile cezalandırılır."[40]

Birden çok evlilik suçu Avusturya Ceza Kanunu'nda (AvsCK) madde 192'de düzenlenmiştir. Buna göre; "evli iken evlenen veya evli olan kimse ile evlenen kimse 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".[41]

Polonya Ceza Kanunu'nun 26'ncı bölümünün başlığı "*aile ve velayet hakkına karşı suçlar*" olup, birden çok evlilik suçu bu bölümde yer alan 206'ncı maddede düzenlenmiştir. Buna göre; "geçerli bir evlilik sözleşmesi bulunmasına rağmen yeniden evlenen kimse özgürlüğü kısıtlayıcı bir ceza (tedbir)[42] veya 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".[43]

---

38 https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/dei-delitti-contro-la-famiglia, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

39 https://www.government.se/490f81/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

40 https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

41 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 15.

42 Polonya Ceza Kanunu madde 33'de hürriyeti bağlayıcı ceza dışında, ona benzer bir başka yaptırımın, denetimli serbestliğe benzer bir şeyin daha bulunduğu yönündeki açıklamalar için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 16, dn: 11.

43 https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

İsviçre Ceza Kanunu'nun 215'inci paragrafının başlığı "*Bigamy*" olup, "zaten evli olup da yeniden evlenen veya resmi bir eş cinsel birliktelik içerisinde olup da yeniden başka bir eş cinsel birliktelik içerisine giren veya evli biri ile evlenen ya da resmi bir eş cinsel birliktelik içerisinde olan biri ile eş cinsel birliktelik içerisine giren kimse 3 yıldan az olmayan hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır"[44] şeklindedir.

İspanya Ceza Kanunu'nun (İspCK) 12'nci bölümünün başlığı "*akrabalık ilişkilerine karşı suçlar*", bu bölümde madde 217-219'da yer alan suçların başlığı da "yasadışı evlilik"tir. Bunlardan madde 217; "önceki evliliğinin geçerli olduğunu bilmesine karşın yeniden evlenen kimse 6 aydan, 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"[45] yönündedir.

KKTCCK'nın dördüncü bölüm başlığı "*evlilik ve aile yükümlülüklerine karşı suçlar*" olup, incelediğimiz suçlar da bu bölümdedir. Bunlardan; "*Evli İken İkinci Evlilik*" başlıklı madde 179; "*karısı veya kocası hayatta olduğu halde Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde evlenen herhangi bir kişi, ağır bir suç işlemiş olur ve beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir bu tür bir evlilik karı veya koca hayatta iken yer aldığından ötürü geçersiz olur. Ancak, aşağıdaki hususların kanıtlanması bu madde uyarınca yapılan bir ithama karşı yeterli savunma oluşturur: - (a) Önceki evliliğin gerekli yargı yetkisi bulunan bir mahkeme veya yetkili bir dinsel makam tarafından geçersiz ilan edildiği; veya (b) Müteakip evlilik tarihinden önceki yedi yıl içinde, hale göre, ilk karı veya kocasının devamlı gaybubet ettiği ve bu süre sırasında ilk karı veya kocanın hayatta olduğuna ilişkin bilgi veya haber bulunmadığı; veya (c) Kocanın kişisel statüsünü düzenleyen yasaların birden çok karı almasına izin verdiği*"[46] şeklindedir.

B. Hileli Evlenme Suçu

Birleşik Krallık'ta bulunmamasına karşın bizdeki hileli evlenme suçunun benzerinin (göçmen olup da vatandaş olmak amacıyla sahte evlilik yapanların cezalandırılmasına yönelik bir hükmün) ABD'de var olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre; "*Immigration and Nationality Act*=Göç ve Vatandaşlık Kanunu" § 275(c); 8 U.S. Code § 1325(c)'de; "Göçmenlik (vatandaşlık) hakkı almak

---

44 https://www.legislationline.org/download/id/8561/file/Swiss_CC_1937_am112019_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

45 https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

46 https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroksharf.aspx?which-letter=C, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

amacıyla sahte evlilik gerçekleştirenlerin 5 yıla kadar hapis veya 250.000 dolara kadar para veya her ikisi ile cezalandırılacağı" hükme bağlanmıştır.[47] Ancak, aşağıda hileli evlenme suçunu anlattıktan sonra anlaşılacağı üzere bu suç ile inceleyeceğimiz suç birbirinden tamamen farklı suçlardır.

Suç İCK'da md.558'de; "medeni etkileri olan bir evlilik akdi yaparken, hileli yollarla diğer eşten önceki bir evlilikten kaynaklanan bir engelin varlığını gizleyen kişi, eğer evlilik gizlenen engel nedeniyle hükümsüz sayılırsa bir yıla kadar hapis veya 206 Euro'dan 1032 Euro'ya kadar para cezası ile cezalandırılır"[48] şeklindedir.

"Hileli evlenme suçunun" AvsCK md.193'de ayrıntılı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Buna göre; "evlenmek için evliliğin yokluğunu doğuracak vakıalar hakkında veya evliliğin iptali sonucunu doğuracak vakıalar hakkında susan kimse 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Madde ile bizdekinin aksine sadece kimliği hakkında yanlış bilgi vererek evlenen kimse değil, evliliği hükümsüz kılacak veya iptaline neden olacak konular hakkında sessiz kalarak evlendiği kişiyi kandıran kimse de cezalandırılmaktadır.[49]

Konumuzla ilgili İspCK madde 218/1; "evlendiği kişiye zarar vermek için kanunen geçerli olmayan (hileli) bir evlilik yapan kimse 1 yıldan, 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır", 218/2; "yapılan bu hileli evliliği sonradan geçerli hale getiren kimse yukarıdaki cezadan muaf tutulur,[50] 219 da; "yasal bir evliliğin iptaline bilerek sebebiyet veren ya da sicilinde bu yönde hüküm bulunan kimse 6 aydan, 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ve 2 yıldan 6 yıla kadar kamu hizmetinden ve kamuda çalışmaktan yasaklanır"[51] yönündedir.

KKTCCK'nın "*Sahtekarlıkla Evli Olduğunu Gösterme*" başlıklı madde 178; "*yasal olarak kendisi ile evli olmayan bir kadını bilerek ve hile yolu ile kendisi ile evli olduğuna inandıran ve bu inanç içinde kendisi ile bir arada kalmaya veya cinsi münasebette bulunmaya sebep olan herhangi bir erkek, ağır bir suç işlemiş olur ve on yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir*", "*Ya-*

---

47 https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

48 https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/dei-delitti-contro-la-famiglia, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

49 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 15-16.

50 https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

51 https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

sal Evlenme Olmadığı Halde Sahte Evlenme Töreni Yapılması" başlıklı madde 180 de; "*Namussuzca veya hileli bir niyetle yasal olarak evlenemeyeceğini bildiği halde bir evlenme töreni düzenleyen herhangi bir kişi, ağır bir suç işlemiş olur ve beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir*"[52] şeklindedir.

3. TCK ve ETCK Hükümlerinin Karşılaştırması

"Birden çok evlilik suçu"na benzer bir suç, herhangi bir madde başlığı olmaksızın 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun (ETCK) "*Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler*" başlıklı 3'üncü bapta; "*Memuriyet ve mevki nüfuzunu suiistimal edenler ve memuriyet vazifelerini yapmayanlara ait cezalar*" başlıklı 4'üncü fasılda, madde 237'de şu şekilde düzenlenmişti:

"*Kanunun evlenmelerini menettiği kimselerin bu memnuiyetlerini bildikleri halde akitlerini yapan evlenme memurları ile bu suretle evlenenler ve bunları evlenmeye sevk eden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya vasileri üç aydan iki seneye kadar hapsolunurlar.*

Kanuni şartlara riayet etmeksizin evlenme kâğıdı veren memur, bir aydan üç aya kadar hapsolunur.

"..."[53]

Erkek evli olduğu takdirde verilecek ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir. Erkeğin evli olduğunu bilen kadına da aynı ceza verilir.

Muhtarlar aralarında evlenme akdi yok iken evlenmenin dini merasimini yaptıklarına muttali oldukları kimseleri salahiyetli makama bildirmeğe mecburdurlar. Bu hususta ihmal gösterenler beş liradan yüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır ve tekerrürü halinde ayrıca bir aya kadar hapsolunurlar."

TCK ve ETCK hükümleri karşılaştırıldığında söylenecek ilk husus; "düzenleme yerlerinin farklı[54] ve TCK'daki hükmün uygulanma alanının eskisine nazaran faili açısından bir anlamda daraltılmış"[55] olduğudur. Şöyle ki; mev-

---

52 https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroksharf.aspx?which-letter=C, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

53 Burada diğer suçlar (dinsel tören yapma, yaptırma suçları) yer almaktaydı. Artık TCK'da da bu suçlar olmadığından tekrar etmeye gerek görülmedi.

54 ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1309. ETCK'da düzenlendiği yer; "Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar" bölümüydü. O zamanki düzenlenme yerinin yanlış olduğu görüşler için bkz: EREM, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, s. 399; ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 195; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1004.

55 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 13.

zuatımız gereği evlenmeleri yasak kimseleri (belirli dereceye kadar akraba olanları) evlendiren, mevzuata aykırı biçimde evlenme cüzdanı veren kamu görevlilerinin, bu şekilde evlenenlerin, bunları evlenmeye sevk edenlerin (veli, vasilerinin) eylemlerinin TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Yine resmi nikahı olmaksızın dini nikah yaptıranlardan haberdar olan muhtarların bunu yetkili makamlara bildirmemelerinin, bu konuda ihmalde bulunmalarının da özel bir suç olarak düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Suçun faili olarak TCK'da artık veli, vasi, muhtar vs. düzenlenmemiştir.[56] Suç, özgü suç olduğundan, bu kimseler artık suça iştirak kuralları çerçevesinde sadece azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılabileceklerdir. Evlenmeleri yasak kimseleri evlendiren, mevzuata aykırı biçimde evlenme cüzdanı veren kamu görevlileri ile bunları bu yönde evlenmeye sevk edenlerin eylemlerinin TCK'da ayrıca suç olarak düzenlenmemiş olmasına karşın, bu kimselerin anılan suça iştirak kuralları çerçevesinde cezalandırılabileceği göz ardı edilmemelidir.[57]

Söylenmesi gereken bir başka fark; ETCK döneminde evlenmeleri yasak olan kimseler arasında yapılacak birden çok evlilikler de suç oluşturmaktayken,[58] TCK'da artık evlenen kimselerin evlenmeleri yasak kimseler kapsamında olması şart değildir. Önemli olan, evlenmeleri yasak kapsamında olmasa da ikinci veya sonraki evlilikten önce tarafların birinin veya ikisinin şeklen de olsa geçerli bir evliliğin bulunmasıdır. Bu itibarla, ETCK'daki suçun ön şartı; "evlenen kimselerin evlenmelerinin yasak olması",[59] TCK md.230'daki suçun ön şartı ise; "*evlenen kimselerden birinin zaten evli olması, onun açısından 2'nci evliliğin gerçekleşiyor olmasıdır.*" Failin sadece evlenmesi yasak kimseler olmaması açısından da suçun cezalandırma alanının genişletilmiş olmasıdır.

ETCK döneminde suçla evlenmeleri yasak kimselerin evliliklerin önüne geçilmek ve yasaktan meydana gelen çok eşliliği önlemek[60] amaç-

---

56 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 195; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2505.

57 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 374; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 14; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6479 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1007; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1310.

58 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1005.

59 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 196.

60 GÖZÜBÜYÜK A. Pulat, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Hususi Kısım-Cürümler**, cilt: III, 3. Bası, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1970, s. 199.

landığından, suçla korunan hukuki değer de şimdikinin aksine sadece aile düzeni, resmi evlilik değil, aynı zamanda "*aile yapısının sağlıklı biçimde kurulması, çok eşliliğin engellenmesi ve fücur fiillerinin işlenmesinin önlenmesi ve kamu görevlilerinin mevzuata aykırı davranmalarının önlenmesi*"[61] idi.

Bir başka önemli fark ETCK'daki suçun hareketi; "evlendirme, evlenme, evlenmeye sevk etme, evlenmeye rıza gösterme, evlenme kâğıdı verme"[62] iken, TCK'da bu anlamda da bir daraltma söz konusu olup, sadece tek bir hareket şekli; "evlenme işlemi yaptırmak" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir diğer fark; yasak kapsamındaki eylemleri gerçekleştiren erkeklerin evli olmaları veya kadınların evli olduklarını bilmeleri durumunda cezanın arttırılmasına yönelik düzenlemenin TCK'ya alınmamış, ETCK'da suçun alt sınırı 3 ay iken, TCK'da 6 aya çıkarılmış olmasıdır.[63]

Suça yönelik kanunlardaki düzenlemenin benzer tarafı; başlangıçta resmi nikah olmaksızın dinsel törenin gerçekleştirilmesi her ikisinde de suç olarak düzenlenmiş olmasıdır. Ancak, TCK'daki "dinsel tören" AYM'nin iptal kararı ile yürürlükten kalkmış olduğundan, bu durum da artık bir fark olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak; inceleyeceğimiz "hileli evlenme suçu" esasında dolandırıcılık suçunun özel bir şekli olup, öğretide; "evlenme dolandırıcılığı"[64] şeklinde isimlendirilen bu suç, ceza kanunumuzda ilk kez bu şekilde ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Hatırlanacağı üzere ETCK'da bu yönde bir suç bulunmamaktaydı.[65]

İncelediğimiz suçların zamanaşımının başlangıcına yönelik olarak TCK'da (md 230/4'de), ETCK'da olmayan[66] özel bir hükme yer verilmiştir.

---

61 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 195. Benzer görüş için bkz: EREM, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, s. 397-398.

62 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 197; GÖZÜBÜYÜK, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Hususi Kısım,** s. 200-203.

63 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 956; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6478.

64 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 35.

65 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1005; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6479; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1310.

66 ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1310.

II. BİRDEN ÇOK EVLİLİK SUÇU-HİLELİ EVLİLİK SUÇU

Maddi unsur kapsamında yer alan hareket unsuru hariç her iki suçla korunan hukuki yarar, suçların maddi unsurları kapsamında yer alan fail, mağdur suçların birleşmesi, yaptırım gibi diğer hususları farklı olduğundan farklı başlıklar, sadece zamanaşımın başlangıcına yönelik düzenleme ortak olduğundan tek bir başlık altında incelenecektir.

1. Birden Çok Evlilik Suçu

A. Korunan Hukuki Yarar

İncelediğimiz suçların bulunduğu madde başlığı "Birden çok evlilik, hileli evlenme ve dinsel tören"[67] olup, TCK'da düzenlendiği bölüm de "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*"dır. Dolayısıyla akla hemen birden çok evlilik suçu ile ilk önce "çok evliliğin engellenerek genel manada ailenin, aile düzeninin korunmak istendiği"[68] gelmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de bu görüşü destekler mahiyette; "*Bu fiilin suç olarak tanımlanmasıyla, aile düzeninin korunması amaçlanmıştır*"[69] denilmektedir. Bununla birlikte, ilkel dönemlerde geçerli olan ama artık günümüzde kabul edilmeyen "çok eşliliği/poligamiyi" önlemekle istenilen amaç; ahlak, ahlaki düzen vs.'yi değil, aile düzenin bir parçası olarak "*tek evlilik, eşlilik*"[70] yani esasında "*resmi evlilik düzenini*",[71] "*aile düzeninde tek eşliliği*",[72] "*evlilik kurumunun ciddiyeti*"[73] korumaktır. Çünkü resmi evlilik düzeni sayesinde ancak, evlilikler kayıt altına alınabilecek, böylelikle tekrardan ikinci hatta üçüncü kere evlenmek isteyenlerin bu türden eylemleri önlenmiş olacak, bu sayede aile birliğinin temini de sağlanmış olacaktır.[74]

---

67 Dini nikah kıyma ve kıymaya yönelik suçlar (dini tören suçu) AYM kararı ile iptal edilmiş olduğundan, başlık olarak sadece bu ikisini ele almaktayız.

68 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 95; ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 195; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2505 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1006; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1313.

69 Gerekçe için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 12.03.2020).

70 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6479.

71 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 17.

72 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 372; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 901.

73 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 901.

74 "Amacın; yasal olmayan yollardan gerçekleştirilen evlilikleri çeşitli olasılıkları göz önüne alarak cezalandırmak olduğu" yönündeki görüş için bkz: DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**,

Anayasamızda (AY); "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*" (AY md.12); "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" (AY md.41/1) denilmektedir. Takdir edileceği gibi birden çok eşlilik, AY'da bahsedilen bu aile düzenini sarsacak, toplumu olumsuz anlamda etkileyecek, aileyi bir arada tutmaya yarayan sadakat yükümlülüğüne aykırı bir şeydir. Bununla birlikte kanaatimizce kişi, AY'da bahsedilen bu ödev ve sorumlulukları kapsamındaki ailesine karşı yükümlülüklerini, ancak resmi veya gayri resmi tek eşli olduğu durumda layıkıyla yerine getirebilir, bu nedenle söz konusu suçla gerçekten de; öncelikle aile düzeni (aile) korunmak istenmektedir.[75]

Yine md.41/2'de de "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve ... için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar*" ibaresi yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu suçla; ailenin yanı sıra ülkemiz gerçeğinde kadının konumu (çok eşlilikte kadının daha çok zarar görmesi: mirastan, yasal haklardan vs.'den mahrum kalması gibi hususları) dikkate alındığında, ikincil olarak kadın da korunmak istenmektedir. Tüm bunlara ek olarak AY md.41 çerçevesinde üçüncü olarak ailenin bir parçası, olmazsa olmazı olan çocuk, çocuğun soybağı korunmaya çalışılmaktadır. Çünkü çok eşlilik kapsamında doğan çocuklar, anneleri-babaları ile resmi bir evlilik gerçekleştirmediklerinden kendi öz anneleri yerine, resmi nikahlı ilk eşin üzerine yazılmakta, nüfusta gerçek anneleri yerine resmi nikahlı eş anne olarak gözükmektedir. Bu da Ay md.41/3'de; "*her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir*" şeklindeki ilkeye aykırılık teşkil etmekte, çocuğunun soy bağını olumsuz biçimde etkilemektedir.

AY'nın yukarıdaki düzenlemesi ve Medeni Kanun'daki (MK) birden çok evlilik yasaklayan hüküm (MK md.130) dikkate alındığında; "bu hükümlere aykırı davranışın yaptırımının TCK md.230/1 ve 2'de düzenlendiği" söylenebilir. Tüm bunlardan hareketle kanaatimizce özetle; bu suçla esasında devlet tarafından himaye edilmesi gereken aile/aile düzeni olmakla birlikte birden fazla hukuki yarar korunmakta, bu şekilde çok eşliliğin cezalandırılarak hem

---

s. 333 ve "Medeni Hukukun evlenmeye ilişkin önemli ilkelerinin teminat altına alınmasını sağlamak" olduğu şeklindeki görüş için bkz: GÖZÜBÜYÜK, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Hususi Kısım,** s. 199.

75 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 18.

eşler hem çocuklar hem de bunların bir araya gelmesiyle oluşan aileler açısından huzur içerisinde mutlu ve sağlıklı bir ortamda yaşam hakkının sağlanması istenmekte, amaçlanmaktadır.[76]

B. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsurları

aa. Suçun Ön Şartı

Kanundaki düzenlemeden de anlaşıldığı üzere hileli evlilik suçunun, maddi unsur kapsamında olup da diğer unsurlarından önce gerçekleşmesi gereken bir "ön şartı" bulunmaktadır. Bu da ikinci evlilik gerçekleşmeden önce var olması gereken ilk evlilik yani failin zaten evli olmasıdır.[77] Bu ön şart açısından taraflardan sadece biri evli olabileceği gibi ikisi de evli olabilir. Ancak, bu ilk evliliğin mevzuatımız gereği geçerli (resmi nikaha dayalı) bir evlilik olması da gerekmektedir. Madde gerekçesinde suçun bu ön şartı açısından; "*suçun oluşması için, evli olan kimsenin kanuna ve usulüne uygun olarak ikinci bir nikâh işlemi yaptırmış bulunması gerekir*"[78] denilmektedir.

Evlilik akdinin hangi şartlar çerçevesinde, ne şekilde yapılması gerektiği mevzuatımızda (MK md.130 vd.) bellidir. Önemli olan şeklen de olsa, geçerli bir evliliğin varlığı ve 2'nci evlilik yapılırken de hukuken geçerliliğini sürdürüyor olmasıdır.[79] Örneğin; "ülkemizde yetkili nikah memuru tarafından şahitler huzurunda gerçekleştirilmeyen bir evlilik, eşcinseller arasında yapılan bir evlilik" hukuken ve şeklen geçerli bir evlilik kabul edilmediğinden, sonraki evlilik ile anılan suç gerçekleşmeyecektir.

Yine mevzuatımız çerçevesinde geçerli evliliklerin ortadan nasıl kaldırılacağı da açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre; ilk evlilik ölüm veya kesinleşmiş bir boşanma hükmü ile zaten sona ermişse, eşlerden biri hakkında alınan gaiplik kararı sonrasında evlilik feshedilmişse, ikinci evlilikten dolayı

---

[76] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 371; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 17-18; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6479.

[77] EREM, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, s. 399; ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 195; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 372; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1315.

[78] Gerekçe için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 12.03.2020).

[79] MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1984.

birden çok evlilik durumu söz konusu olmayacaktır.[80] Ancak, geçerli bir ilk evlilik varken, ikinci evliliğin yapılmasından sonra ilk eşin ölmesi, kesinleşmiş boşanma hükmümün ikinci evlilikten sonra alınmış olması suçun gerçekleşmesine engel değildir.[81] Yargıtay'ın; "*... ikinci evlenme işlemi yapılmasıyla suçun oluştuğu gözetilmeden, sanığın suç tarihinden sonra ilk evliliğini boşanma ile sonlandırdığından söz edilerek yasal temelden yoksun gerekçe ile beraat kararı verilmesi...*"[82] şeklindeki kararı da bu yöndedir.

Yine ilk evlilik butlan ile sakatlanmış olsa bile hâkim kararı ile evlilik geçersiz sayılana kadar geçerli bir evlilik tesiri göstereceğinden, kesinleşmiş bir butlan kararı olmaksızın yapılan ikinci evlilik ile suç gerçekleşmiş olacaktır.[83]

İlk evliliğin bahsettiğimiz şartlar çerçevesinde, usulü dairesinde yapılması yeterlidir. Evlilik aslında gerçek olmasa bile, mesela vatandaşlık elde etmek için, evlendiği kişinin ölünce emekli maaşını almak veya mirasına ortak olmak için yapılmış muvazaalı bir evlilik de olsa, ilk evlilik geçerli sayılacağından, ikinci evlilikte anılan suç yine gerçekleşmiş olacaktır.[84] Yine madde gerekçesinde de belirtildiği gibi; ilk evliliğin geçerli olması için yurt içinde veya dışında gerçekleşmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan ilk evliliğin mevzuatımızın kabul ettiği esaslara, şekli şartlarına uygun şekilde yapılmış olmasıdır.[85] Sadece dinsel töreninin varlığı (yani evlenme öncesinde dini nikah kıymış olmak) bu kapsamda geçerli ve yeterli bir evlilik olarak kabul görmediğinden, kişinin dini nikah sonrasında bir başkasıyla resmi nikah kıydırması/evlenmesi durumunda incelediğimiz suç gerçekleşmeyecektir.[86]

---

80 SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2505 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1007.

81 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 374; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2505; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6483.

82 Yargıtay 4. CD'nin 30.03.2009 tarih ve 2009/364 Esas, 2009/6096 Karar sayılı kararı için bkz: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6500.

83 Madde gerekçesinde bu konu hakkında; "*Birinci evlilik ölüm, boşanma veya iptal suretiyle ortadan kalkmadığı sürece ikinci evlilik suç teşkil edecektir. Birinci evliliğin iptalinin olanaklı bulunması hâlinde de iptal hükmü kesinleşmediği sürece ikinci evlilik, suç teşkil edecektir*" denilmektedir. Bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 12.03.2020).

84 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902.

85 GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4544; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1008.

86 ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1315.

bb. Fail

Birden çok evlilik suçunun faili olarak evlenmenin taraflarından en az birinin (ikisi de evli olabilir) zaten evli olması, geçerli bir önceki evliliğinin bulunması gerekmektedir.[87] Yani mevzuatımız gereği zaten evli olduğu için evlenme engeli olan bir kimse olmalıdır.[88] Bu itibarla suç, faili açısından "özgü suç" niteliğinde olup,[89] "*bizzat faili tarafından işlenebilen*"[90] bir suçtur. Çünkü bu türden bir suçu başkasının işlemesi hukuken mümkün olmayıp, tipik hareketin doğrudan doğruya failin kendisi tarafından yapılması şarttır.[91] İncelediğimiz suçta olduğu gibi bir başkasının esasen evlenen kişinin yerine geçmesi, başkası adına evlenmesi mümkün değildir.

Buna karşılık evli olması gereken bu fail; erkek veya kadın kamu görevlisi veya sivil olabilir.[92] Evli olmak dışında kanunda başka bir özellik aranmamaktadır.

Suç özgü suç niteliğinde olduğundan, bu suça iştirak edenler genel iştirak kuralları çerçevesinde değil, TCK md.40/2'de yer alan hüküm gereği sadece "*azmettiren veya yardım eden*" olarak sorumlu tutulacaklardır.[93]

---

87 DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 372, 373; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 19.

88 MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1985; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 901.

89 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1007.

90 BINDING Karl, **Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: Der Täter, der Verursacher ("Urheber") und der Gehilfe**, GS 71, 1908, s. 5'den nakleden ÖZGENÇ İzzet, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, No: 2, İstanbul, 1996, s. 168, dn: 103; HEINRIC Bernd, "***Faillik ve Şeriklik***", Çeviren: Ayhan Gülsun, **Ceza Hukuku Genel Kısım II**, Editor: Ünver, Yener, Adalet, Ankara, 2015, s. 233.

91 EVİK Ali Hakan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 12-33, 2017, Seçkin, Ankara, s. 11; HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 141; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 109; ÖZGENÇ, **Suça İştirakin**, s. 172 vd; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** 19. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019, s. 172.

92 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 956; DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 901; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1006; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6479.

93 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 372; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1007; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6480.

Birden çok evlilik yapan tarafın ikisi de evli ise, TCK md.230/1 ve 2 uyarınca her ikisi açısından da birden çok evlilik suçu gerçekleşecek,[94] buna karşılık TCK md.230/2 gereği evlendiği kişinin zaten evli olduğunu bilmeyen bekar kişi açısından suç oluşmayacaktır. Dikkat edileceği üzere suçun gerçekleşmesi için mutlaka iki kişiye, "zorunlu iki ortağa"[95] ihtiyaç bulunmaktadır, çünkü bir kimsenin kendi kendine (kendi kendisiyle) evlenmesi mümkün değildir. Buna karşılık suçun TCK md.230/1'deki şeklinin "çok failli suç"[96] olduğu da söylenemez, zira burada suçun işlenmesi sırasında birden fazla kimse bulunmakta ama bunlardan sadece biri cezalandırılmakta, bekar olan diğeri cezalandırılmamaktadır. Ancak, bekar olanın cezalandırılmaması, "tefecilik veya fuhuşa tahrik suçlarında olduğu gibi karşı tarafın rızasının bulunması, zorunlu ortaklardan birinin korunmak istenmesinden kaynaklı değildir".[97] Bu nedenle, suçun bu şeklinin "geniş anlamda çok failli suç" olarak kabulü mümkün değildir.[98]

Buna karşılık, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlenen kimse açısından yani suçun TCK md.230/2'deki şekli açısından hem ikinci evliliği yapan kimse hem de bilerek onunla evlenen kimse cezalandırılmaktadır.[99] Bu yüzden suçun bu şeklini, aynı amaca (evliliğe) yönelen faillerden her birinin cezalandırılmasından dolayı, "dar anlamda çok failli suç" şeklinde sınıflandırmak mümkündür.[100]

cc. Mağdur

Birden çok evlilik suçu ile korunmak istenen hukuki yararın birden fazla olduğunu, ancak suçun TCK'da düzenlendiği yeri de dikkate alarak, ilk ve temel olarak ailenin/aile düzeninin bunu sağlamak için de "*resmi evlilik düzeninin*" korunmak istendiğini belirtmiştik. Bu düşüncemizden hareketle suçun belirli bir kimseye ("belirli bir aileye")[101] karşı değil, topluma karşı işlenen

---

94 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 901.

95 SANCAR Türkan, **Çok Failli Suçlar**, Seçkin, Ankara, 1998, s. 112.

96 Çok failli suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: SANCAR, **Çok Failli Suçlar**, Seçkin, Ankara, 1998.

97 SANCAR, **Çok Failli Suçlar**, s. 112.

98 "Kanunda başkasıyla evlenme işlemi yaptıran denildiğine göre suçun çok failli olduğu düşünülmelidir" yönündeki görüş için bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 372.

99 GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4544; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6480.

100 SANCAR, **Çok Failli Suçlar**, s. 111.

101 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 373.

suçlardan olduğunu, bu itibarla da ilk evlilikteki eşin, ikinci evlilikteki eşin veya çocukların suçun mağduru olmadıkları,[102] sadece somut olayda suçtan zarar gören olabilecekleri kanaatini taşımaktayız.[103]

dd. Hareket

aaa. Genel Olarak

Birden çok evlilik suçunun TCK md.230/1'deki şeklinin hareketi sadece; "*evlilik işlemi yaptırmak*", TCK md.230/2'deki şeklinin ise; "*evlenme işlemi yaptırmak*"tır.

Bu düzenlemeden suçun hareketin sayısı bakımından; "tek hareketli bir suç" olduğu anlaşılmaktadır. Yine suç kanunda belirtilen sadece bu hareketle (evlenme işlemi yapmak, yaptırmak) işlenebildiğinden ve mevzuatımız gereği evlenme sadece belirli şekilde yapılabildiğinden, hareketin önemi bakımından; "bağlı hareketli bir suç" olarak düzenlenmiş demektir.[104] "Evlenmenin, evlenme işleminin, evliliğin yaptırılması yani evlenilmesi" icrai nitelikte bir hareket olduğundan da, işlenişi açısından "icraen işlenebilen bir suç"[105] olduğu anlamına gelmektedir.

bbb. Evlilik/Evlenme İşlemi Yaptırmak

TCK md.230/1'de; "*evlilik işlemi yaptırmak*", TCK md.230/2'de ise; "*evlenme işlemi yaptırmak*" denilmektedir. Takdir edileceği üzere bu iki ibarede esasında aynı anlama gelmektedir ama nedense madde farklıymış gibi bu şekilde kaleme alınmıştır.

Hukuk sözlüğünde evlenme; "*evlenme yeteneklerine sahip bir erkek ve bir kadının yasalarda öngörülen biçimlere uygun, ortak bir yaşam kurmaları*", evlenme akdi=evlenme mukavelesi de "*birbirleriyle evlenmek isteyenlerin bu konudaki irade ve kararlarını evlenme memuru önünde karşılıklı ve açıkça beyan etmeleri ve bunun üzerine evlenme memurunun akdin yapıldığını bildirmesi ile tamamlanan hukuksal durum*"[106] şeklinde tanımlanmaktadır.

---

[102] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 373; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 19 ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1315.

[103] Bunların mağdur oldukları yönündeki görüş için bkz; ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 956; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902.

[104] NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 24.

[105] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 374.

[106] YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996, s. 246.

Burada bahsi geçen evlenme işlemi yaptırmak elbette şeklen de olsa geçerli bir 2'nci resmi evliliğin yaptırılmış olmasıdır.[107] Daha önce dini nikah varken, sonradan resmi nikah kıyılarak evlilik akdi gerçekleştirilmesi veya 2'nci evliliğin şeklen de olsa geçerli olmaması durumlarında, birden çok evlilik suçunun gerçekleştiğinden de bahsedilemez. Aynı şekilde ilk evliliğin resmi nikah buna karşılık 2'nci evliliğin dini tören ile gerçekleşmesi durumunda TCK md.230/1'deki suç gerçekleşmez. Yargıtay'ın da bu konu hakkında bir kararında; "*... sanık hakkında TCK'nın 230/5. maddesinden kamu davası açılmasına rağmen aynı maddenin 1. fıkrasındaki birden fazla evlilik suçundan hüküm kurulması kanuna aykırı olup ... bozmayı gerektirmiştir*"[108] dediği görülmektedir.

Yine ilk evliliğin dini, 2'nci evliliğin resmi nikah kıyılmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda TCK md.230/5 ve 6'nın AYM'nin iptal kararından önce burada düzenlenen "*dini tören suçu*"[109] gerçekleşmiş olurdu. Ama mevzuatımızda halihazırda artık böyle bir suç olmadığından, anılan eylemlerin artık herhangi bir cezai yaptırımı bulunmamaktadır.

ee. Netice

Suç, neticesi bakımından "mütemadi" değil, "ani suçtur."[110] Zira hareketin yani şeklen de olsa geçerli bir 2'nci evlenmemin yapılmasıyla, tarafların evlenme yönündeki iradelerinin usulüne uygun şekilde açıklanması ve nikah memurunun da bunu açıklaması ile suç tamamlanmış, gerçekleşmiş olur.[111] Mevzuatımız gereği 2'nci evlilik hakkında hükümsüzlük kararı verilinceye kadar evlilik geçerliliğini koruyacaktır ama bu suçun "*kesintisiz suç*" olduğu

---

[107] ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 957; DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334; GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4544; MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1984; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902.

[108] Yargıtay 14. CD'nin 14.04.2014 tarih ve 2014/3492 Esas, 2014/4976 Karar sayılı kararı için bkz: https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

[109] NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 24; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902.

[110] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 373; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 25; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 903; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1010; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1322.

[111] GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1010.

anlamına gelmemektedir.[112] Yargıtay'ın; "*... ikinci evlenme işlemi yapılmasıyla suçun oluştuğu gözetilmeden...*"[113] şeklindeki kararı da bu yöndedir.

Evlenme için tarafların yan yana gelmeleri veya cinsel ilişkiye girip girmemelerinin suçun tamamlanması açısından bir önemi bulunmamaktadır.[114] Ayrıca hareket yapılınca netice de kendiliğinden ortaya çıktığından, suçun "neticesi harekete bitişik bir suç" ve hareketin gerçekleşmesiyle ortaya bir zararın çıkması da aranmadığından, "tehlike suçu" olduğu da anlaşılmaktadır.[115]

ff. Teşebbüs

İncelediğimiz suç netice bakımından tehlike, ani ve neticesi harekete bitişik bir suç olmasına karşın kanaatimizce; icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği durumlarda diğer şartlar da var olmak kaydıyla suç, teşebbüse elverişli hale gelebilir.[116] Örneğin; 2'nci evliliğin yapılması için gerekli evrak ile birlikte ilgili mercilere başvuru yapılmış, başvuru neticesinde nikah günü alınmış olmasına karşın evlenme gerçekleşmeksizin failin daha önceden bir evliliğinin varlığı ortaya çıktığı için evlilik merasimine başlanamamış ve 2'nci evlilik gerçekleşmemişse[117] ya da nikah merasimine başlandıktan sonra taraflardan birinin evlenme yönünde olumlu irade açıklamasına rağmen diğeri açıklayamadan önceki evliliğin ortaya çıkması nedeniyle 2'nci evlilik gerçekleşmemişse teşebbüs söz konusu olabilir.[118] Yine nikah günü aldıktan sonra

---

112 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 374; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 24.

113 Yargıtay 4. CD'nin 30.03.2009 tarih ve 2009/364 Esas, 2009/6096 Karar sayılı kararı için bkz: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6500.

114 MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1984; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 903; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1313.

115 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 904.

116 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 958; GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545; MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1984; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 904; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6488. "*İkinci evlilik olmadıkça teşebbüs de olamayacağı*" yönündeki görüş için bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 374; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1011.

117 DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334. Nikah günü almak için nikah dairesine başvurulmasının, evlenmeye yönelik ilanın yapılmasının hatta gün alınmasının dahi hazırlık hareketi kapsamında olduğu ve bu nedenle teşebbüsten cezalandırmanın söz konusu olamayacağı" yönündeki aksi görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 30.

118 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 25; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905.

failin elinde olmayan bir nedenle evlilik işlemi gerçekleştirilememişse kanaatimizce; artık teşebbüs kapsamındaki icra hareketleri başlamış olmaktadır.[119]

Kanaatimizce sadece; "evli olmasına karşın nişanlanma, evlilik için karşı tarafı ikna etme, evlenmek için gerekli evrakın toplanıp hazırlanması ama sebepsiz yere veya failin yakalanacağı korkusu ile herhangi bir mercie başvuruda bulunulmaması ya da bir engel nedeniyle (kaza geçirmesi vs) başvuruda bulunamaması" halleri hazırlık hareketi olup teşebbüsten dolayı cezalandırılma söz konusu olmaz.[120]

b. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru; cürmü kast olup, failin, yaptığı evliliğin 2'nci evliliği olduğunu bilmesi ve istemesi gerekli ve yeterlidir.[121] Kanunda suçun taksirle işlenebileceği yönünde özel bir düzenleme bulunmadığı gibi madde gerekçesinde yer alan; "*suçun oluşabilmesi için, kişinin kasten hareket etmesi gerekir. Taksirle ikinci evliliğin gerçekleşmiş bulunması hâlinde fiil suç olmaz*"[122] şeklindeki belirleme gereği taksirle işlenmesi söz konusu değildir. Buna karşılık 2'nci evliliğin daha doğrusu ilk olsa da bir evliliğin taksirle nasıl gerçekleşebileceği tarafımız açısından bir merak konusudur.

Fail kısmında dediğimiz gibi, 2'nci evlilik taraflarının ikisi de evli olabilir, bu durumda kast her ikisi açısından da söz konusu olmalıdır.[123] 2'nci evliliğin taraflarından biri bekar ise, onun açısından kastı; "evlendiği kişinin önceden evli olduğunu bilmesi ve yine de bu 2'nci evliliği gerçekleştirmek istemesi" kapsamında olmalıdır. Bu durumda bekar kimse, evlendiği kişinin evlenme engeli olduğunu (zaten evli olduğunu) bilmekte, buna rağmen evlenmektedir, bu nedenle tarafların ikisi de aynı ceza ile karşı karşıya kalmaktadır.[124] Taraflardan ikisi de evli olsa veya biri bekar olsa da suçun olası kastla

---

119 ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1321.

120 GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 30; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 904-905.

121 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 958; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 374; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 904; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2506; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1009; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6490.

122 Madde gerekçesi için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 19.03.2020).

123 GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545.

124 MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1985.

işlenmesi kanaatimizce mümkün değildir.[125] Evli ve bekar kimse açısından "her suçun olası kastla işlenmesinin hukuken mümkün olmadığı"[126] görüşüne katıldığımızdan, bekar kimse açsından hem yukarıdaki gerekçe hem de kanunda özellikle "*evli olduğunu bildiği kimse*" vurgusu yapılmış olduğundan,[127] suçun olası kastla işlenemeyeceğini değerlendirmekteyiz.

Yargıtay, bekar kimsenin bu suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için "diğer sanığın evli olduğunu bildiğine ilişkin kanıtların somut olayda açıkça gösterilmesi aksi takdirde beraat kararı verilmesi gerektiğini" ifade etmektedir.[128]

Çeşitli nedenlerden dolayı (örneğin; dinen geçerli olmasından dolayı) birden çok evliliğin hukuka aykırı olmadığını ve suç teşkil etmediğini düşünen kişinin hatası "hukuki hata" kapsamında olup,[129] TCK md.30/4'de düzenlenen "kaçınılmaz hata" hali istisna olmak kaydıyla ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir. Buna karşılık, ilk evliliğinin şekli anlamda geçersiz olduğunu ya da kesin hüküm olmaksızın boşanmış olmasının yeniden evlenmesine engel oluşturmayacağını düşünerek 2'nci bir evlilik yaptıran kimsenin hatası "suçun unsurları" çerçevesinde kalan bir hata olup, kastı kaldırdığından dolayı kişinin suç işlediğinden bahsedilemeyecektir.[130]

c. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK'da, md.230 ve devamında ya da diğer mevzuatımızda incelediğimiz suça yönelik herhangi bir özel hukuka uygunluk nedenine yer verilmemiştir. Mevzuatımızda yer alan diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç açısından uygulanması kanaatimizce mümkün değildir.[131]

---

125 "Taraflardan birinin teoride de olsa evli olduğu hususunda şüpheli olması halinde suçun olası kastla işlenebileceği" yönündeki katılmadığımız görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 28; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1324.

126 "*Olası kast kavramının tüm suçlar açısından yaygınlaştırılmasının, modern ceza hukukunun temel ilkelerinden kusurluluk ilkesini zayıflatacağı*" yönündeki haklı görüş ve eleştirisi için bkz: İÇEL KAYIHAN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 442-443. Yargıtay'ın; olası kastın her suçta uygulanamayacağı yönündeki görüşü için bkz: Yargıtay 2. CD'nin 08.02.2012 tarih ve 3647/2455 sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), www.kazanci.com.

127 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 28.

128 Yargıtay 4. CD'nin 07.04.2008 tarih ve 2007/4201 Esas, 2008/5815 Karar sayılı kararı için bkz: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6502.

129 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 201; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 28; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1010.

130 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 375; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 28-29; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6490.

131 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 200 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 375; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel**

d. Suçu Etkileyen Nedenler

TCK'da; ETCK'dakinin aksine[132] birden çok evlilik suçunu etkileyen herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. TCK'daki genel takdiri indirim nedenlerinin şartları varsa bu suç açısından da somut olayda uygulanabilecektir.

C. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

Suçu etkileyen nedenler gibi TCK'da; birden çok evlilik suçu açısından kusurluluğu tümden ortadan kaldıran veya etkileyen özel bir nedene yer verilmemiştir. Somut olayda şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla, TCK'da yer alan kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerden belki cebir, tehdit halinin (TCK md.28/1) uygulanması söz konusu olabilecektir.[133] "Evli olan bir kimse ile birlikte olan ve evlenme amacı olan bir kadının, ailesinin çeşitli nedenlerde (dini veya töre saiki gibi) evli erkeği yeniden evlenmeye zorlaması, bu yönde tehditte bulunması, onun da mecburen 2'nci evliliği yapmak zorunda kalması" örneğinde olduğu gibi.[134]

Buna karşılık, aksini düşünenler olsa da TCK md.25/2'de yer alan "zorda kalma" halinin kusurluluğu kaldıran bir neden olarak bu suçta uygulanamayacağını değerlendirmekteyiz.[135]

D. Suçların Birleşmesi ve İştirak

a. Suçların Birleşmesi

Birden fazla evlilik suçunun başka suçlarla içtima etmesi konusunda akla ilk olarak bu suçla birlikte sahtecilik suçunun da işlenmiş olabileceği gelmektedir. Zira bir kimsenin evli olup da 2'nci bir evlilik yapabilmesi için muhtemelen evlilik başvurusu sırasında bizzat hazırladığı veya başkası tarafından hazırlanan sahte belgeyi kullanması gerekmektedir. Böyle bir durumda

---

Hükümler, s. 904. Belirli durumlarda "zaruret hali" şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin geçerli olabileceği yönündeki katılmadığımız görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 29. Hiçbir örnek vermemekle birlikte niteliği uygun olmakla birlikte mevcut bir hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulabileceği yönündeki aksi görüş için bkz: ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 958.

132 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 202 vd.

133 ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1325.

134 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 29.

135 Uygulanabileceği yönündeki aksi görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 29; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1325.

TCK md.212'deki özel içtima hükmü gereği fail hem belgede sahtecilik hem de birden çok evlilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır.[136] Bu açık hükme rağmen Yargıtay'ın bir kararında; "*böyle bir durumda sadece sahtecilikten dolayı cezalandırmanın yeterli olacağı*"[137] yönünde içtihatta bulunması ilginçtir.

Failin sahtecilik ile değil de bir başka şekilde, örneğin gerçek kimliğini saklamak suretiyle birden fazla evlilik yapması durumunda, kanaatimizce tek bir hareketle kanunun birden fazla normu (hem TCK md.230/1 hem de 230/3) ihlal edilmiş olur ve TCK md.44'de düzenlenen fikri birleşme kuralı gereği sadece en ağır cezayı gerektiren suçtan (TCK md.230/1'deki suçtan) dolayı sorumluluğu gündeme gelir.[138]

Birden çok evlilik suçunun işlenmesi, bu suçla aynı bölümde düzenlenen "*aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suçunun (TCK md.233)*" da işlenmesine neden olabilir. Zira birden çok evliliği olan biri muhtemelen ekonomik nedenlerden dolayı aynı zamanda TCK md.233/1'de ifade edilen şekilde "*aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getiremez*". Böyle bir durumda, birden fazla hareketle birden fazla suça sebebiyet vermiş olan fail gerçek içtima kuralı gereği her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılır.[139]

Diğer içtima hallerinden zincirleme suç düzenlemesine baktığımızda, suçun belirli bir mağdura değil, doğrudan topluma karşı işlenmiş bir suç olduğunu değerlendirdiğimizden, failin birden fazla kere birden çok evlilik suçunu işlemesi durumunda TCK md.43/1'in uygulanabileceğini düşünmekteyiz.[140] Buna karşılık, bu suçun tek bir hareketle aynı anda birden fazla kişiye karşı işlenmesi mümkün olamayacağından TCK md.43/2'nin uygulanması da söz konusu olmayacaktır.

---

136 DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334; GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545.-4546; MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1984; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 33; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1011; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6494.

137 Yargıtay 6. CD'nin 13.04.2006 tarih ve 5545/3764 sayılı kararı için bkz: YALVAÇ Gürsel, **Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu,** Ankara, Adalet, 2008, s. 1345.

138 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1005.

139 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 33-34.

140 Uygulanamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz: YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6494.

Evlendirme memurunun önceki evlilikten haberdar olmasına karşın menfaat elde etmek suretiyle 2'nci nikahı kıyması durumunda TCK md.44 kapsamındaki fikri birleşme hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını değerlendirmekteyiz.[141] Zira burada memurun iki ayrı eylemi (rüşvet alma ve 2'nci resmi nikahı kıyma) bulunmakta olup, bizce yine gerçek içtima kuralı gereği her iki suçtan dolayı ayrı cezalandırma söz konusu olmalıdır. Ayrıca rüşvet veren kişi de rüşvet verme suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.[142]

Yargıtay'ın mülga TCK döneminde verdiği bir kararında vurguladığı üzere; "*nikah memurun ilke evlilikten haberdar olmaksızın 2'nci nikahı kıyması, ilk evliliği bildiği yönünde yeterli ve kesin kanıt olmadıkça birden çok evlilik suçuna iştirake değil, olsa olsa görevi savsama suçuna sebebiyet verir.*"[143] Evlenme başvurusunu kabul eden memur görevini ihmal ederek gerekli araştırmaları yapmadığı için ilk evliliği tespit etmemiş ve bu nedenle 2'nci evliliğin kıyılmasına bu ihmali sebep olmuşsa, kanaatimizce bu durumda; yine TCK md.257/2'de düzenlenen "görevi ihmal (savsama) suçu" söz konusu olur.[144]

b. İştirak

Bu suça iştirak mümkündür. Suç evlenme akdinin gerçekleşmesi (tarafların aynı yöndeki iradelerini açıklamaları) ile tamamlanmış olacağından, bu ana kadar suça iştirak edilebilir. Örneğin; önceki evlilikten haberdar olan bir kimsenin 2'nci evlilikte bilerek şahit olması, nikah memurunun bilerek duruma sessiz kalması gibi. Ancak, özgü suç (özgü suç çeşitlerinden "bizzat işlenebilen suç" niteliğinde) olduğundan TCK md.40/2 hükmü gereği suça iştirak eden kimse, iştirak hallerinden sadece "azmettiren veya yardım eden" sıfatıyla cezalandırılabilir.[145] Yalnız memurun bu şekilde iştirakten cezalandırılabilmesi için evlendirme işlemini yapmaya yetkili memur olması da

---

[141] Fikri içtima olacağı yönündeki aksi görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 32.

[142] ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 201; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2507.

[143] Yargıtay 4. CD'nin 15.02.1991 tarih ve 7437/9907 sayılı kararı için bkz: SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2514; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1011.

[144] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905.

[145] EVİK, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun ...", s. 11. İştirakin her halinin uygulanabileceği yönündeki aksi görüş için bkz: ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 958; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905.

gerekmektedir,[146] aksi takdirde zaten 2'nci evlilik yapılmış olmayacak, anılan suç da işlenmiş ve o suça iştirak edilmiş de olmayacaktır.

Buna karşılık evlilik iradesi beyan edildikten sonra durumdan haberdar olunmasına karşın şahit veya memur sıfatıyla evlilik defterinin imzalanması suça iştirak edildiği anlamına gelmez. Zira irade açıklamasıyla suç zaten tamamlanmış ve bitmiştir dolayısıyla bu andan itibaren artık iştirak söz konusu olamaz.[147]

Bizzat işlenebilen suçlardan olmasına karşın bu suçta da "*dolaylı failliğin*" mümkün olduğunu değerlendirmekte,[148] konuyla ilgili olarak verilen "savaştan dönen bir çocuğun daha iyi ekonomik koşullarda yaşamak için ölmediği halde annesine, babasının öldüğünü söylemesi nedeniyle gerçekleşen 2'nci evlilikte çocuğun dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı" yönündeki görüşe[149] katılmaktayız.

E. Yaptırım ve Muhakeme

TCK md.230/1'de düzenlenen suçunun yaptırımı; altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Adli para cezasının uygulanması söz konusu değildir. TCK md.230/2'deki suçun yaptırımı da aynıdır. Zira bu fıkrada yaptırım için; "*yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*" denilmekte yani ilk fıkraya göndermede bulunulmaktadır.[150]

Suçların hapis cezasına yönelik yaptırımlarının üst sınırı 2 yıl olduğundan, somut olayda hapis cezasına hükmedilmesi durumunda TCK md.51 gereği "*infazın ertelenmesi*" müessesesinin uygulanması mümkündür.[151] Buna karşılık sanığı Ceza Muhakemesi Kanunu md.231'de düzenlenen "*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" müessesesinden yararlandırmak imkânı bulunmamaktadır. Zira Yargıtay'ın; "*... 5237 sayılı TCK'nın 230/5-6. maddesinin Anayasa'nın 174. maddesi ile koruma altına alınmış olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun medeni nikah ile ilgili hükmünü koruyarak bu hükmü ihlal eden eylemleri yaptırım altına aldığı ve bu maddede düzenlenen suçun 5271 sayılı CMK'nın 231/14. maddesinde belirtilen suçlardan olup hükmün*

---

146 ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 201; SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, s. 2506; ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1317.

147 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 31.

148 EVİK, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun ...", s. 39-40.

149 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 32.

150 GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545.

151 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 376.

açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir"[152] şeklindeki içtihadında da vurgulandığı üzere AY'nın 174'üncü maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlarla uygulanması mümkün değildir.

İncelediğimiz suçların takibi şikâyete bağlı değildir. Bu nedenle söz konusu suçlar re'sen soruşturulur ve kovuşturulurlar. Soruşturma prensipte genel esaslara tabidir. Ancak, suça iştirak eden kimsenin (bilerek 2'nci remi nikahı kıyan veya buna sessiz kalan nikah memurunun durumunda olduğu gibi) kamu görevlisi olması durumunda, soruşturma için uygulanan özel muhakeme usulü gereği "yetkili merciin iznine" ihtiyaç bulunmaktadır.[153] Konu hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği; "*Evlendirme Yönetmeliği'nin 56. maddesinin ilk düzenlendiği andan itibaren evlendirme memurları hakkında yapılacak soruşturmaların doğrudan Cumhuriyet Başsavcılıklarınca yapılmasını mümkün kılmak amacıyla hazırlanmış bir hüküm olmadığı, yalnızca anılan Yönetmelik'in uygulayıcılara yol gösterici nitelikte bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire onama kararının sanıklar yönünden kaldırılmasına, sanıklar hakkında kurulan Yerel Mahkeme hükümlerinin, CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca durma kararı verilerek 4483 sayılı Kanun kapsamında ilgili mercisinden izin alınması gerekirken yargılamaya devamla mahkûmiyet hükümleri kurulması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir*"[154] şeklindeki karar da bu görüşü desteklemektedir.

Görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Yetki bakımından ise; genel kural olarak CMK'nın 12/1 maddesine göre suçların işlendiği (nikahın kıyıldığı) yer mahkemesi yetkilidir.[155]

---

[152] Yargıtay 14. CD'nin 14.04.2014 tarih ve 2014/3492 Esas, 2014/4976 Karar sayılı kararı için bkz: https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

[153] ERMAN/ÖZEK, **Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 203. Evlendirme işleminin adli işlerden olduğu için doğrudan soruşturma usulüne tabi olduğu yönündeki aksi görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 58; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6498.

[154] Yargıtay CGK'nın 17.12.2019 tarih ve2015/585 Esas, 2019/720 Karar sayılı kararı için bkz: https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

[155] ZAFER, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", s. 1322. Yargıtay 5. CD'nin 06.06.2018 tarih 2018/5340 Esas, 2018/4284 Karar https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

2. Hileli Evlenme Suçu

A. Korunan Hukuki Yarar

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere; bu suç esasında dolandırıcılığın özel bir düzenlemesidir.[156] Bu nedenle korunmak istenen hukuki yarar; dolandırıcılık suçununki ile "malvarlığı hariç" hemen hemen aynıdır. Çünkü dolandırıcılığın aksine mağdur zararına, fail yararına maddi bir kazanç elde edilmemektedir. Bu itibarla "aile düzenine karşı suçlar" bölümünde düzenlenmiş olmasına karşın kanaatimizce suçla; birden çok evlilik suçunun aksine öncelikle "aile düzeni, aile birliği" değil, evliliğin gerçekleştirilmesine yönelik olarak kişinin irade özgürlüğü, serbestisi korunmak istenmektedir.[157] Zira hileli evlenmenin mağduru olan eş, evlendiği kişinin (suçun failinin) gerçek kimliğini bilmiş, o konuda iradesi sakatlanmamış olsa muhtemelen o kimse ile evlenmeyecek, geleceği hakkında böyle bir karar vermeyecektir. Ailenin başlangıcı olan evliliğin güven içerisinde yapılması, evliliğin sakatlanmasının güven duygusunun ihlal edilmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır.[158]

Bununla birlikte suçun, dolandırıcılık suçunda olduğu gibi "kişilere karşı suçlar" bölümünde değil de burada düzenlenmiş olmasından, ikincil olarak yine ailenin, aile birliğinin korunmak istendiğini de söylemek yanlış olmayacaktır.[159] Özetle bu suçta da Kanun koyucunun ailenin başlangıcı olan evlilik birliğinin bu şekilde en baştan sakatlanmasının önüne geçmek ve bu surette "kamu yararını korumak"[160] istediği ortadadır.

B. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsur

aa. Fail

Hileli evlilik suçunun faili; gerçek kimliğini gizlemek suretiyle bir başkasıyla evlenen kimsedir. Suç diğeri gibi yine "*bizzat faili tarafından*

---

156 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6485.

157 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, c: I, 4. Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 474-466; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 37 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1006.

158 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6479.

159 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 38; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 901 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1006.

160 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 376.

işlenebilen"[161] bir suçtur, çünkü bu suçu da bir kimsenin başkasının yerine işlemesi fiilen mümkün olmayıp, tipik hareketin doğrudan doğruya failin kendisi tarafından yapılması şarttır.[162] Fail kadın veya erkek, evli veya bekar herhangi bir kimse olabilir.[163] Ancak, evli olması durumunda aynı anda hem TCK md.230/1'deki "birden çok evlilik" hem de bu suç oluşacak, cezalandırma da fikri içtima hükümlerine göre olacaktır.[164] Her iki eş de birbirlerine karşı aynı hileli hareketi (kimliklerini saklayarak evlenmekteyse) gerçekleştirmekteyse her ikisi açısından da anılan suç gerçekleşir.[165]

bb. Mağdur

Burada korunmak istenen hukuki yarar esas olarak kişinin irade serbestisi olduğundan kanaatimizce mağdur; yanıltılarak evlilik yapılan, evlenmesi sağlanan evli veya bekar kimse, eşlerden biridir.[166] Hile ile kandırılarak 2'nci bir evlilik yapması sağlanan mağdur, önceki evlilikten haberdarsa yani evlendiği kişinin zaten evli olduğunu biliyorsa, TCK md.230/2'de düzenlenen "birden çok evlilik suçunun" faili olarak karşımıza çıkmaktadır.[167]

cc. Hareket

TCK md.230/3'de suçun hareket kısmı ile ilgili olarak; "*gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptırmak*"tan bahsedildiği görülmektedir. Öyleyse bu suçun hareketi de diğerindeki gibi sadece; "*evlenme işlemi*

---

[161] BINDING Karl, **Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: Der Täter, der Verur sacher ("Urheber") und der Gehilfe**, GS 71, 1908, s. 5'den nakleden ÖZGENÇ, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, s. 168, dn: 103; HEINRICH, "***Faillik ve Şeriklik***", s. 233.

[162] EVİK, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun ...", s. 11; HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 141; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 109; ÖZGENÇ, **Suça İştirakin**, s. 172 vd; ÖZTÜRK/ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku,** s. 172.

[163] ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 959; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 376; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902. Herhangi bir gerekçe sunmaksızın failin bekar olması gerekir görüşü için bk: GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545.

[164] NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 38; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6480.

[165] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 376.

[166] HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 376; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6481. Mağdurun devlet olduğu yönündeki görüş için bkz: ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 958.

[167] NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 38; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 902.

yaptırmak"tır. Bundan suçun, hareketin sayısı bakımından "tek hareketli bir suç", sadece kanunda belirtilen bu hareket şekli ile işlenebildiğinden hareketin önemi bakımından "bağlı hareketli bir suç", yine evlenme işleminin yaptırılmasının icrai nitelikte olmasından sadece "icraen işlenebilen bir suç"[168] olduğu anlaşılmaktadır.

"*Evlilik/evlenme işlemi yaptırmak*" hususunda bir önceki suçta söylenenler aynen burada da geçerlidir. Bu nedenle tekrar etme gereği duymamaktayız. Buradaki tek fark; birden fazla evlilik suçunda fail zaten evli iken yeniden evlenmektedir ve mevzuatımızda birden fazla evlilik hukuken mümkün olmadığından yapılan 2'nci evlilik sakatlanmaktadır. Hileli evlenme suçunda ise, esasında evlenme işlemi şeklen geçerli bir evliliktir, ancak aldatılanın eşin iradesi sakatlanmış olduğundan ortada geçerli bir evlilik bulunmamaktadır, yani evlilik içerik itibariyle geçerli değildir. Fail kimliği hakkında mağduru yanıltmak (başkasının kimliğine bürünerek veya hayali bir kimlik bilgileri kullanarak)[169] suretiyle hileli bir evlilik gerçekleştirmiş, evlenme dolandırıcılığı suçunu işlemiş olmaktadır.

Bu konu hakkında madde gerekçesindeki ifadeler; konunun ne şekilde üstünkörü ele alındığını, madde gibi gerekçenin de alelacele yazıldığını göstermektedir. Zira gerekçede hem "*gerçek kişiliğin saklanması suretiyle başkasıyla evlenme işlemi yaptırılması cezalandırılmaktadır*" hem de "*suç, failin gerçek kimliğini saklayarak kendisini bir başka kimse gibi göstermesi ve bu suretle evlenme işlemlerini yapılması ile oluşur*"[170] denilmektedir. Birbirinden çok farklı iki hususta; ilk cümlede kişiliğin saklanmasından, ikincisinde kimliğin saklanmasından, sanki aynı şeylermiş gibi bahsedilmektedir.[171]

Kanaatimizce burada kastedilen şey; kişiliğin değil, gerçek kimliğin saklanarak ve başkasının veya gerçekte olmayan (hayali) birinin hüviyetine bürünerek evlenme işleminin yapılmasıdır.[172] Geçerli bir evlilikte olması gerekip de somutta olmadığı için evliliğin butlanına veya yokluğuna neden olabilecek konularda (ad ve soyadında, medeni halinde, tam akıl hastası olduğu veya evlendiği kişi ile aynı cinsiyeti paylaştığı gerçeğinin ortaya çıkmaması için

---

168 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 376.

169 MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1985.

170 Madde gerekçesi için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 22.03.2020).

171 Kimlik ve kişilik kavramları hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 39-41.

172 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 957; DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334; MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1985; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 903.

başkasına ait kimliğin kullanılması gibi) gerçeğin saklanması durumunda anılan suçun işlendiğinden bahsedilebilecektir.[173]

Maddede sadece sözlükte; "*gizli tutmak, duyurmamak, başkalarına göstermemek, görülmesine engel olmak, ortalıkta bulundurmamak*"[174] şeklinde tanımlanan "*saklamak*" terimi kullanılmış olsa da, bu terim esasında; "*gizlemek, örtmek*" anlamlarında da kullanılmıştır.[175] Bu itibarla kanaatimizce; gerçek kimliğin değiştirilmesi, başka kimliğin kullanılması da gerçeğin gizlenmesi anlamına geldiğinden, kimliği değiştirmek (belgede sahtecilik yapmak da) de anılan suça sebebiyet verir.[176]

Failin gerçek kimliğini saklamak, başka kimlik kullanmak suretiyle resmi nikah değil de dini nikah kıyması durumunda, AYM'nin iptal kararı olmasa TCK md.230/5'de düzenlenen "dinsel tören suçu" gerçekleşmiş olurdu. Ama mevzuatımızda böyle bir suç olmadığından, anılan eylemin artık herhangi bir cezai yaptırımı da bulunmamaktadır.

Mağdurun, failin saklamasına rağmen O'nun gerçek kimliğini biliyor olması ve buna rağmen sessiz kalarak O'nunla evlenmesi durumunda, maddi unsur kapsamında kalan mağdurun aldatılması kandırılması gibi bir durum söz konusu olmayacak ve suç da gerçekleşemeyecektir.[177]

Yargıtay'ın genel dolandırıcılık suçuna yönelik bir kararında zikrettiği; "*... sanığın nüfus kayıtlarına göre başka biri ile evli olmasına rağmen, evlenme bahanesiyle katılanı kandırıp, menfaat temin ettiği ve bu şekilde üzerine atılı dolandırıcılık suçunu işlediği iddia olunan somut olayda; ... sanığın suç tarihinde evli olduğunun basit bir araştırma ile ortaya çıkabilecek nitelikte olduğu, sanığın eyleminin dolandırıcılık suçunda aranan hileli davranış kapsamında olmadığı gerekçesine dayanan mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir...*"[178] yönündeki değerlendirmeleri kanaatimizce; evlenme dolandırıcılığında da dikkate alınması gereken hususlardır.

---

[173] NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 42; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6486 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1009.

[174] https://sozluk.gov.tr/(Erişim Tarihi: 22.03.2020).

[175] YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6486.

[176] NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 42.

[177] NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 44; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6486.

[178] Yargıtay 15. CD'nin 14.11.2019 tarih ve 2017/9165 Esas, 2019/11770 Karar 2006/4489 sayılı kararı için bkz: https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

Suç neticesi bakımından yine bir "ani suçtur",[179] zira evlenmemin yapılmasıyla anılan suç tamamlanmış, gerçekleşmiş olur. Gerekçede bu konu hakkında; "*suç, failin gerçek kimliğini saklayarak kendisini bir başka kimse gibi göstermesi ve bu suretle evlenme işlemlerini yapılması ile oluşur*"[180] denilmektedir. Mağdurun evlilikten sonra gerçek kimliği öğrenmesinin, öğrenmesine rağmen evliliğe son vermek isteyip istememesinin suçun gerçekleşmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca hareket yapılınca netice de kendiliğinden ortaya çıkacağından suçun; "neticesi harekete bitişik bir suç" ve hareketin gerçekleşmesiyle ortaya bir zararın çıkması aranmadığından, "tehlike suçu" olduğu da anlaşılmaktadır.[181]

dd. Teşebbüs

İncelediğimiz suç netice bakımından tehlike, ani ve neticesi harekete bitişik bir suç olduğundan, ancak suçun icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa teşebbüse elverişli hale gelebilir.[182] Örneğin; evliliğin yapılması için gerekli evrak ile birlikte ilgili mercilere başvuru yapılmış olmasına,[183] başvuru neticesinde nikah günü alınmış olmasına karşın, failin gerçek kimliği ortaya çıktığı için evlilik işlemi gerçekleşmemişse teşebbüs söz konusu olabilir.[184]

Nişanlanma cezalandırılmayan hazırlık hareketi olmakla birlikte nikah akdi sırasında taraflardan birinin evlenme yönünde olumlu irade açıklamasına rağmen diğeri açıklayamadan gerçek kimliğin ortaya çıkması veya evlenmekten vazgeçmesi nedeniyle evliliğin gerçekleşmemesi durumlarında icra hareketi başlamış olacağından, yine teşebbüs söz konusu olur.[185]

---

179 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 377 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1010.

180 Madde gerekçesi için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 28.03.2020).

181 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 903.

182 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905. "*İkinci evlilik olmadıkça teşebbüs de olamayacağı*" yönündeki görüş için bkz: HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 377 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1011.

183 DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334.

184 Bu hareketler hazırlık hareketi niteliğinde olduğundan teşebbüsün söz konusu olamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 45.

185 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 46; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905.

b. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru; kast olup, taksirle işlenmesi mümkün değildir.[186] Kastın kapsamı; failin kendisine ait olmayan bir kimlikle evlendiğini bilmesi ve bunu istemesidir. Kanaatimizce; kanunda suçun özel kastla işlenebileceğine dair bir belirleme olmadığından ve yukarıdaki diğer suçun manevi unsur kısmında açıkladığımız nedenlerden dolayı "olası kastla" da işlenmesi mümkün değildir.[187]

c. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK'da, md.230 ve devamında ya da diğer mevzuatımızda incelediğimiz suça yönelik herhangi bir özel hukuka uygunluk nedenine yer verilmemiştir. Mevzuatımızda yer alan diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç açısından uygulanması da kanaatimizce mümkün değildir.[188]

Akla "*ilgilinin rızası*" hukuka uygunluk nedeninin bu suçta uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gelmektedir. Mağdurun aldanması suçun unsurları kapsamında olup,[189] somut olayda mağdur zaten failin sakladığı gerçek kimliğini biliyor ve bile bile onunla evleniyorsa yani bir anlamda kandırılma hususunda rızası söz konusu ise suçun maddi unsuru gerçekleşmemiş demektir. Yoksa normalde rıza zaten hile edilmiş olduğundan, geçerli kabul edilmez ve failin eylemini de hukuka uygun hale getirmez. Evlendikten sonra mağdurun, failin gerçek kimliğini öğrenmesi de rıza ancak, suç işlenmeden önce veya suçun işlenmesi sırasında verilmiş olması gerektiğinden yine rızaya dayalı hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemez.[190] Dolayısıyla "*ilgilinin rızası*" hukuka uygunluk nedeni bu suç açısından geçerli olmaz.

---

186 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 958; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 378; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 904; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6490.

187 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1011. Olası kastla işlenebileceği yönündeki aksi görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 43.

188 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 378; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 44-45; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 904. Şartları varsa uygulanabileceği yönündeki görüş için bkz: ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 955.

189 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 474-475.

190 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, s. 480; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 45.

d. Suçu Etkileyen Nedenler

TCK'da hileli evlilik suçunu etkileyen herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici nedene yer verilmemiştir. TCK'daki genel takdiri indirim nedenlerinin şartları varsa, bu suç açısından da somut olayda uygulanabilecektir.

C. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

Suçu etkileyen nedenler gibi TCK'da; birden çok evlilik suçu açısından kusurluluğu tümden ortadan kaldıran veya etkileyen özel bir nedene yer verilmemiştir. Kanaatimizce var olan genel haller de bu suç açısından geçerli olamaz. Olsa olsa belki sadece "*zorda kalma*" halinden dolayı kusurluluğun kalktığından bahsedilebilir. Örneğin; ameliyat parasını temin ederek kendisinin veya bir yakınının (anne, baba, çocuk vs) hayatını kurtarmak için zengin bir kadınla gerçek kimliğini saklayarak evlenen, hileli bir evlilik yapan bir kimsenin durumunda olduğu gibi.

D. Suçların Birleşmesi ve İştirak

a. Suçların Birleşmesi

Yargıtay'ın katıldığımız bir kararında; "görevde savsama yaparak gerçek kimliğini araştırmaksızın başkasının kimliği ile gerçek kimliğin saklanmak suretiyle nikah kıyılmasına neden olan kamu görevlisinin eyleminin hileli evlenme suçuna iştirak değil, görevi ihmal suçu olduğu"[191] yönünde görüş bildirdiği görülmektedir. Buna karşılık kanaatimizce, eğer memur nikahını kıydığı kimsenin gerçek kimliğini, başkasına ait kimlik bilgilerini kullandığını biliyorsa ve buna rağmen herhangi bir menfaat elde etmeksizin nikahı kıyıyorsa görevi kötüye kullanmadan değil, hileli evlilik suçuna iştirakten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Ama bunu menfaat elde ederek yapıyorsa bu durumda ortada kamu görevlisinin iki ayrı eylemi (rüşvet alma ve başkasına ait kimlik kullanan birine resmi nikah kıyma) bulunduğundan, gerçek içtima kuralı gereği her iki suçtan dolayı ayrı cezalandırılması gerekir.

Başkasına ait kimlik bilgilerini kullanarak evlenen kimse evlendiği kişiyi onun malvarlığı açısından dolandırmak amacını taşıyorsa kanaatimizce; burada artık dolandırıcılığın özel hali olan "hileli evlenme" değil, TCK md.157'de düzenlenen genel dolandırıcılık suçu söz konusu olur.[192]

---

[191] Yargıtay 4. CD'nin 02.05.2006 tarih ve 2006/4489 Esas, 2006/10307 Karar sayılı kararı için bkz: PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3400, zikreden NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 46.

[192] Aksi görüş için bkz: NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 46-47; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905.

Evli olduğu için gerçek kimliğini saklayarak evlenen kimse hem birden çok evlilik hem de hileli evlilik suçunu işlemiş olur ve gerçek içtima kuralı gereği ikisinden de cezalandırılır.[193]

Gerçek kimliğini saklamak suretiyle evlenen kimse nikah esnasında görevli memura esasında kimliği hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunmakta, böylelikle aynı zamanda TCK md.206'da düzenlenen "*resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu*" da işlemiş olmaktadır. Burada tek bir eylemle birden fazla normun ihlali söz konusu olduğundan, fail fikri içtima kuralı sadece gereği ağır olan suçun cezası ile cezalandırılacaktır.[194]

Yargıtay'ın aksi yönde kararları[195] olsa da hileli evlenme suçunun gerçekleştirilmesi için ayrıca sahte evrak kullanılması durumunda (fail başkasının hüviyetine bürünerek, sahte belge kullanarak zaten sahtecilik suçunu da bir anlamda mecburen işlemiş olmaktadır) fail, TCK md.212 gereği hem belgede sahtecilik hem de hileli evlenme suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılmak gerekir.[196]

b. İştirak

Suç evlenme akdinin gerçekleşmesi (tarafların aynı yöndeki iradelerini açıklamaları) ile tamamlanmış olacağından, bu ana kadar suça iştirak edilebilir. Örneğin; failin kullandığı kimliğin başkasına ait olduğunu bilmesine rağmen hileli evlilikte bilerek ve isteyerek şahit olunması, nikah memurunun

---

193 "Bu durumda fikri içtima kuralı gereği tek bir cezalandırma söz konusu olur görüşü" için bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 105.

194 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 47; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905. Burada birden fazla eylem olduğu için fikri birleşmenin uygulanamayacağı yönündeki farklı bir görüş için bkz: MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1985-1986. "Böyle bir durumda sadece yalan beyanda bulunma suçu oluşur, özel norma gerek yoktur" görüşü için bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1005.

195 Yargıtay 6. CD'nin 13.04.2006 tarih ve 2006/5545 Esas, 2006/3764 Karar sayılı kararı için bkz: PARLAR/HATİPOĞLU, s. 3401 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 46. Yargıtay 11. CD'nin 30.10.2007 tarih ve 11452/7270 sayılı kararı için bkz: YALVAÇ, **Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu,** s. 1222; Yargıtay 6. CD'nin 05.03.2007 tarih ve 2039/2637 sayılı kararı için bkz: YALVAÇ, **Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu,** s. 1225.

196 DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334; GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4545; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 377; MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1985; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, **Ceza Özel Hukuku**, s. 1011; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6494.

bilerek duruma sessiz kalması gibi. Ancak, suç yukarıda da belirttiğimiz üzere "özgü" ve "bizzat işlenebilen suç" (yani tipik hareketin doğrudan doğruya failin kendisi tarafından yapılması şart[197] olduğundan) niteliğinde olduğundan, suça katılan kimse ancak "azmettiren veya yardım eden" olarak cezalandırılabilir.[198]

Kanun koyucunun AYM'ce iptal edilen "*dini tören suçunda*", nikah memurunun eyleminin ayrıca başlı başına bir suç olarak düzenlemiş olmasına rağmen hileli evlilik suçunda bu konuda sessiz kalmasının; "nikah memurunun, ancak yardım eden olabileceği, fail olamayacağı anlamına geldiğini" değerlendirmekteyiz.[199]

E. Yaptırım ve Muhakeme

TCK md.230/3'de düzenlenen suçunun yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Suçun hapis cezasına yönelik üst sınırı 2 yıl olduğundan, somut olayda hapis cezasına hükmedilmesi durumunda TCK md.51 gereği infazın ertelenmesi ve bu suçun diğerinin aksine inkılap kanunlarına aykırılık kapsamında olmamasından dolayı CMK md.231 gereği hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseselerinin uygulanması mümkündür.

İncelediğimiz suçun takibi şikâyete bağlı değildir. Bu nedenle söz konusu suç re'sen soruşturulur ve kovuşturulur. Soruşturma yine genel esaslara tabidir, ancak suça iştirak eden kimsenin kamu görevlisi olması durumunda soruşturma için özel muhakeme usulleri gereği "yetkili merciin iznine" ihtiyaç bulunmaktadır.

Görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir. Yetki bakımından ise; genel kural olarak CMK'nın 12/1 maddesine göre suçun işlendiği (nikahın yapıldığı) yer mahkemesi yetkilidir.[200]

---

197 EVİK, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun ...", s. 11; HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 141; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Genel Hükümler**, s. 109; ÖZGENÇ, **Suça İştirakin**, s. 172 vd; ÖZTÜRK/ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku,** s. 172.

198 İştirakin her türünün uygulanabileceği yönündeki aksi görüş için bkz: ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 958; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905.

199 NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 46.

200 Yargıtay 5. CD'nin 06.06.2018 tarih 2018/5340 Esas, 2018/4284 Karar https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

III. ZAMANAŞIMI

Bilindiği üzere; "suç işlendikten sonra kanunda belirtilen belirli bir süre geçmiş olmasına rağmen ceza davası açılamamış, açılmış olan dava bitirilememiş veya bitmiş olmasına karşın verilen hükmün kesinleşmesi mümkün olmadığında, devletin islediği suç politikası gereği suç için öngörmüş olduğu cezalandırma yetkisinden vazgeçmesine",[201] ceza hukukunda dava zamanaşımı adı verilmektedir.

Dava zamanaşımının ne zaman başlayacağına, süresinin ne olduğuna, hangi hallerde duracağına veya kesileceğine suçta ve cezada kanunilik prensibi gereği kanunda açıkça yer verilmektedir. TCK md.66'nın başlığı "*dava zamanaşımı*" olup buna göre; kanunda yazılı istisnalar hariç bu maddede belirtilen süreler geçtikten sonra kamu davasının düşecek, 18 yaşından küçükler açısından bu süreler daha kısa olacak, sürenin belirlenmesinde atılı suçun kanundaki yukarı haddi ve varsa daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulacak, yaptırımın seçimlik olması durumunda süre bakımından hapis cezası esas alınacak, tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, talebin kabulü ile süre yeniden işlemeye başlayacak, bazı suçlar açısından zamanaşımı süresinin işlemesi söz konusu olmayacak.[202]

Bu süreler, aksi belirtilmedikçe bütün suçlar bakımından geçerli olup, kamu düzeninden olduğundan yargılama süjelerinin bundan vazgeçmesi veya feragat etmesi mümkün olmadığı gibi, soruşturma ve kovuşturma makamlarınca re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Yine TCK md.66/6'ya göre; "*zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.*"

Dikkat edileceği üzere buradaki hassas nokta; kanun koyucunun genel norm niteliğindeki TCK md.66 hükmü hilafına düzenlemelerde bulunabilecek olmasıdır, maddede bu; "*kanunda aksi belirtilmedikçe*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle kanun koyucu TCK'nın özel kısmında md.66 hilafına bir takım özel normlar belirlemiştir. Örneğin; iftira suçunun

---

[201] TANER F. Gökçen, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Seçkin, Ankara, 2008, s 22-23; ÜNVER Yener, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar**, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 139.

[202] Konu hakkında ayrıntılı incele için bk: TANER, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Seçkin, Ankara, 2008.

düzenlendiği md.267/8'de; *"iftira suçundan dolayı dava zamanaşımı, mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlar*" denilerek, zamanaşımı süresinin fiilin işlendiği tarihten değil, iftira konusu fiilin işlenmediğinin sabit olduğu tarihten başlayacağı öngörülmüştür.

Normalde, suçun işlendiği gün zamanaşımı süresinin de başladığı 1'inci gündür. Ancak, bazı durumlarda süreyi suçun işlendiği günden başlatmak hakkaniyete uygun olmamaktadır. Verdiğimiz örnekte iftira suçunda kendisine iftira atılan kişi hakkındaki dava devam ederken, iftira atan kişi açısından iftira suçunun zamanaşımı süresi de işlemeye başlamış ve hatta iftiraya konu dava sonuçlanıncaya kadar süre dolmuş bile olabilir.[203] İşte kanun koyucu da dava devam ederken zamanaşımının bu şekilde dolarak failin bundan yararlanmasını önlemek amacıyla zamanaşımının daha geç bir tarihte başlamasına yönelik özel hüküm koymak gereği duymuştur.[204]

Yine örneğin; soykırım suçunun düzenlendiği 76'ncı ve insanlığa karşı suçların düzenlendiği 77'nci madde de "*bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez*" denilmektedir. Bu türden uluslararası niteliği bulunan ve dünyadaki herkesi ilgilendiren suçlarda da bunların faillerin hiçbir zaman cezasız kalmasını temin açısından, zamanaşımı süresinin bu suç açısından hiç işlemeyeceği kuralı benimsenmiştir.

Yargıtay CGK'nın da bir kararında[205] zikrettiği üzere; kanun koyucunun bu türden özel bir düzenlemeye benzer gerekçelerden hareketle incelediğimiz suçlarda da yer verdiği görülmektedir. TCK md.230/4, bu maddedeki tüm suçlar açısından ortak hüküm olup, buna göre; "*yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.*" Bu suçlarda takdir edileceği gibi gerçekleştirilen 2'nci veya 3'üncü bir evlilik ya da hileli bir evlilik mevcuttur. Normalde suç 2'nci evliliğin veya hileli evliliğin yapılmasıyla tamamlanır, işlenir ve biter, dolayısıyla zaman aşımı da bu andan itibaren işlemeye başlar.[206] Ancak, bu hukuka aykırı evlilikler, mevzuatımız gereği yetkili makamlarca iptal edilmedikçe geçerliliklerini koruyacak, bunlar muhtemelen evlilik ger-

---

203 ÜNVER, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 139.

204 ÖZBEK V. Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 725.

205 Yargıtay CGK'nın 17.01.2017 tarih ve 15-536/14 sayılı söz konusu kararı için bkz: ÜNVER, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 139, dn. 355.

206 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, **Topluma Karşı Suçlar**, s. 374; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 34; TANER, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 80.

çekleştikten yıllar sonra fark edilecek ve bunlar hakkında açılan iptal davası kesinleşinceye kadar eğer zamanaşımı evlilikten itibaren başlasa "birden çok evlilik" veya "hileli evlilik" suçlarının zaman aşımı süreleri de çoktan dolmuş olacaktır. Ayrıca suçtan doğan zarar da devam edecek, korunmak istenen değerler de zarar görmeye devam edecektir.

İşte kanun koyucu, bu suçların failinin soruşturma veya kovuşturmadan kolayca kurtulmasını engellemek, evliliğin iptali hakkında verilecek kararın kesinleşmesine kadar geçen sürede zamanaşımı süresinin dolması tehlikesini bertaraf etmek amacıyla[207] yerinde bir yaklaşımla bu tarz özel bir düzenlemeye gitmiştir.[208] Madde gerekçesinde de konu hakkında bu görüşümüzü desteklercesine; "*iptal davası uzun sürebileceğinden, burada zamanaşımının başlangıcını özel biçimde belirleyen bir hükmün getirilmesi yerinde görülmüştür*"[209],[210] denilmektedir.

NETİCE

TCK'nın 230'uncu maddesinin ilk düzenlemesinde kanun koyucu tarafından; **a)** Birden Çok Evlilik, **b)** Hileli Evlenme ve **c)** Dini Tören (Resmi Evlilikten Önce Dini Nikâh Kıydırma ve Kıyma) olmak üzere üç farklı suç tipine yer verilmişti. Ancak, Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yerel bir mahkemece yapılan başvuruyu kabul ederek Dini Tören Suçunun düzenlendiği TCK md.230/5 ve 6'yı iptal etmiştir. Kanun koyucu ise bu iptal sonrasında maddeyi yeniden ele almak, söz konusu suçu tekrar düzenlemek yönünde maddede herhangi bir değişikliğe

---

207 ARSLAN/AZİZAĞAOĞLU, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 959; DONAY, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, s. 334; GÜNDEL, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** s. 4546; HAKERİ, **Genel Hükümler,** s. 451-452; MALKOÇ**, Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1986; NUHOĞLU, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** s. 34; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 725; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 905; ÜNVER, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 139.

208 Bu tarz bir düzenlemenin, karısını kasten öldüren bir adamın zamanaşımının 30 yılda dolmasına karşın, hapis cezasının üst sınırı 2 yıl olan bir suçta bundan daha da fazla uzun olması örneği dikkate alındığında, bunun çok da adil olmadığı yönündeki görüş için bkz: TANER, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 80-81.

209 Madde gerekçesi için bkz: www.lexpera.com, (Erişim Tarihi: 22.03.2020).

210 Benzer bir özel hükmün İCK md.557'de de var olduğu görülmektedir. "Birden çok evlilik suçunun zamanaşımı süresi iki evlilikten birinin sona ermesinden veya ikincinin çift evlilik nedeniyle hükümsüz olduğunun belirlenmesinden itibaren başlar" şeklindeki hüküm için bkz: https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/10/dei-delitti-contro-la-famiglia, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

gitmemiştir. Bu nedenle bugün halihazırda bu üç suçtan sadece ilk ikisi yürürlüğünü korumaktadır. Mevcut bu suçlar; hareketin sayısı bakımından tek, önemi bakımından bağlı, işlenme şekli açısından da icrai niteliktedir. Neticesi bakımından da ani, neticesi harekete bitişik birer tehlike suçudurlar.

Suçlar; evlenme işleminin yapılmasıyla gerçekleşmekte ve tamamlanmaktadır. Bu nedenle suç işleninceye kadar iştirake müsaittirler. Ancak, bizzat faili tarafından işlenebilen bu suçlar aynı zamanda birer özgü suç olduğundan, TCK md.40/2 hükmü gereği, bu suçlara iştirak edenleri "azmettiren veya yardım eden" sıfatıyla cezalandırmak mümkündür. Hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda bu suçlara teşebbüs de mümkündür.

Hatırlanacağı üzere eski kanun döneminde de "Dini Tören Suçu" dahil, incelediğimiz bu suçların benzerlerine ETCK md.237'de düzenlenmişti. Gerek ETCK dönemindeki içtihatlar gerek mevcutlar incelendiğinde incelediğimiz suçlardan "Birden Çok Evlilik Suçuna" ilişkin çok az içtihadın var olduğu, belirsiz sayıdaki tüm içtihatların ise geçmişte olduğu gibi günümüzde de "Dini Tören Suçuna" yönelik olduğu görülmektedir. ETCK döneminde kanunda olmayan Hileli Evlenme Suçuna ilişkin ise hiç içtihada ulaşılamamıştır.

Hem eski hem de yeni kanun döneminde sadece "Dinsel Tören Suçuna" yönelik bu kadar çok içtihada ulaşılması esasında diğer suçların (birden çok evlilik ve hileli evlenme) hemen hemen işlenmediği, buna karşılık AYM kararı ile yürürlükten kalkan suçun ise ne kadar da çok ve sıklıkla işlendiği anlamına gelmektedir. Bu da AYM'nin söz konusu iptal kararı ile özellikle "kadının korunması açısından getirilen tüm düzenlemeleri adeta güvencesiz, etkisiz hale getirdiği", bu ve diğer gerekçelerden yola çıkarak söz konusu iptalin yerinde olmadığı ve kanun koyucu da bu konuda yeni bir düzenleme yapmayarak önemli bir yasal boşluğa sebebiyet verdiği yönündeki görüşümüzü açıkça desteklemektedir.

Bununla birlikte içtihatlara yönelik yukarıdaki tespit kanaatimizce bizi; dini tören suçunun aksine esasında diğer suçların tek başına (dini tören suçu olmaksızın) kanunda var olmasının çok da önem arz etmediği -çünkü zaten hem bu suçlar hemen hemen hiç işlenmediğinden hem de kanunda bu suçlar var olmasa bile birden çok evlilik suçunu işleyen kimseyi en azından sahtecilikten (suç genelde sahtecilik suretiyle işlenebileceğinden), hileli evlenme suçunu işleyen kimseyi de genel dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırmak söz konusu olduğundan- ve tek başına var olan suçların topal bir norma (uygulanamaz hale) dönüştürdüğü neticelerine ulaştırmaktadır.

KAYNAKÇA

ARSLAN Çetin/AZİZAĞAOĞLU Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004.

CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, c: I, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.

DONAY Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.

EREM Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, cilt: II, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 1985.

ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin, **Ceza Hukuku Özel Bölüm-Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992.

EVİK Ali Hakan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunun "Failinin Niteliklerine ve Bu Suça İştirake İlişkin" Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 12-33, 2017, Seçkin, Ankara, ss. 7-47.

GÖZÜBÜYÜK A. Pulat, **Türk Ceza Kanunu Açıklaması Hususi Kısım-Cürümler**, cilt: III, 3. Bası, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1970.

GÜNDEL Ahmet, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması,** cilt: IV, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2009.

HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Topluma Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012.

HAKERİ Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.

HEINRICH Bernd, **"*Faillik ve Şeriklik*"**, Çeviren: Ayhan, Gülsun. Ceza Hukuku Genel Kısım II, Editor: Ünver Yener, Adalet, Ankara, 2015.

İÇEL KAYIHAN, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 4. Baskı, İstanbul 2017.

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

MALKOÇ İsmail**, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, cilt: II, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008.

NUHOĞLU Ayşe, **Aile Düzenine Karşı Suçlar,** İstanbul, Beta, 2009.

ÖZBEK V. Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

ÖZBEK V. Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

ÖZGENÇ İzzet, **Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, No: 2, İstanbul, 1996.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,** 19. Baskı, Seçkin, İstanbul, 2019.

SANCAR Türkan, **Çok Failli Suçlar**, Seçkin, Ankara, 1998.

SAVAŞ Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, cilt: II, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 1998.

TANER F. Gökçen, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Seçkin, Ankara, 2008.

TEZCAN Durmuş/ERDEM M. Ruhan/ÖNOK R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

ÜNVER Yener, **TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar**, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

YALVAÇ Gürsel, **Karşılaştırmalı Gerekçeli İçtihatlı Türk Ceza Kanunu,** Ankara, Adalet, 2008.

YAŞAR Osman/GÖKCAN Tahsin/ARTUÇ Mustafa, **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, cilt: V, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014.

YENİSEY Feridun/PLAGEMANN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu,** İstanbul, Beta, 2009.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü,** Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996.

ZAFER, Hamide, "Birden Çok Evlilik Suçu (TCK m.230/1-2)", **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, Ankara Üniversitesi Yayınları, No: 459, cilt: II, Ankara, 2015, ss. 1307-1332.

https://www.government.se/490f81/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

https://www.legislationline.org/download/id/8561/file/Swiss_CC_1937_am112019_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroksharf.aspx?which-letter=C, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

https://www.legislationline.org/download/id/6375/file/Finland_CC_1889_am2015_en.pdf, (Erişim Tarihi: 08.03.2020).

http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/part/3/enacted), (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

http://www.archive.org/stream/edmundsactreport00unitrich/edmundsactreport00unitrich_djvu.txt, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

https://www.theguardian.com/us-news/2020/feb/18/utah-senate-decriminalize-polygamy-bill), (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

https://www.shouselaw.com/bigamy.html?__cf_chl_captcha_tk__=9d99ec7fd5a8182f1c97880082c9ff1051f3c059-1583738717-0-Abju31ouJCoUNyPO7VbVeAsmsc600a2iZEsttcMHgCspBNplI6QhxHrnCHux7uOZpD5MyHc08_-w8HufqJB7LIKTWxqff24W21J3DqRhXXfbzdV-ji6AiCIsBSeLvs8-1n0GIDecVA83z6SEFqb7-zqO3baPQLJAdCZkPdyFjam7Pqe6ofjegoa1y3n6d6VfGssnTyzYk-sLXzdzXjR1jkZaGnn_qAg_WhjtjX6Ns_JJUHg9t5K2UV-Hu51VEAK0vEbC_UhF9Wpx0jbBKqUD0p_-F2mUSyAz-wfNRhk-0TiOXEvaIQ1pjejqmDLfhIBZSrM97AipnfSoHvIFgG6Q4kcChOIFap4kluyLjOX9vu-UHnbiff2g1IzDtn4Jy7oq8VrAOs77hdNYbVSw7nVwgVx-Zp0g_V3yOqvVCp_GUBXaC_v9YtrnKi5XCiUWoDJFKsmBS0Oa803NsH_vYNYcnxFnI, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

http://www.va-criminallaw.com/virginia-bigamy-law-a-crime-in-two-marriages/, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

https://en.wikipedia.org/wiki/Polygamy_in_the_United_Kingdom, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

http://lawzilla.com/content/polygamy.html, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

https://archive.sltrib.com/article.php?id=56894145&itype=CMSID, (Erişim Tarihi: 09.03.2020).

https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml, (Erişim Tarihi: 08.04.2020).

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MÜDAHİLİN BAĞIMSIZ OLARAK KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKI(*)

Dr. Öğr. Üyesi Özge AKSOYLU(**)

Öz: İdari yargılama hukukunda müdahilin yanında müdahil olduğu taraftan bağımsız olarak kanun yollarına başvuramayacağına ilişkin içtihat ve bu içtihadı destekler nitelikteki Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri, dava konusu uyuşmazlıkla doğrudan ilgili bulunan bazı müdahiller bakımından önemli hak kayıplarına sebep olabilmekte; bu hukuki soruna çözüm üretebilmek, başka bir deyişle bu durumdaki müdahilleri diğerlerinden ayırarak bunlara bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının tanınmasını savunabilmek için objektif ve rasyonel bir hukuki ölçüt geliştirilmesi gerekmektedir. Bu yöndeki çabalar kapsamında çok sayıda yargı kararı, çeşitli müdahillik ihtimalleri incelenmiş; yanında müdahil olunan tarafa veya müdahalenin türüne göre yapılan ayrımlar değerlendirilmiş; maddi anlamda taraf kavramının aranan ölçüt olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Müdahale, Müdahil, Kanun Yolu, İdari Yargılama, Adil Yargılanma Hakkı.

THE INTERVENOR'S RIGHT TO JOIN PROCEEDINGS INDEPENDENTLY IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

Abstract: In Administration Procedure Law, the precedent related to the disallowing intervenor to join proceedings independent from the Parties to the proceedings, and related provisions of Code of Civil Procedure supporting this understanding of precedent cause substantial loss of rights for some intervenors who are directly connected to the issue subject to proceedings. In order to address this legal problem, in other words, in order to claim the necessity to differentiate intervenors in this situation from others, and to give them the right to independently join proceedings, an objective and rational legal criteria should be created. For this purpose, plenty of court decisions, various intervention pos-

(*) Makale Gönderim Tarihi: 15.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 13.05.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-3242-4812; *oaksoylu@gsu.edu.tr*).

sibilities were reviewed; distinctions made according to the party being joined or type of interventions were assessed, and reached to the conclusion that substantive party concept could be accepted as the criteria being sought.

Keywords: Intervention, Intervenor, Proceedings, Administrative Procedure, Right to a Fair Trial.

GİRİŞ

İYUK md.31'de "üçüncü kişilerin davaya katılması" HUMK'un uygulanacağı haller arasında sayılmış; HUMK md.53'de "*Üçüncü şahsın müdahalesi*" başlığı altında "*hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan üçüncü şahıs[ın] iki taraftan birine iltihak için davaya müdahale edebil[eceği]*" öngörülmüş; devam eden maddelerde de bu hükmün ifade ettiği fer'î müdahale müessesesi düzenlenmiştir. HUMK'u yürürlükten kaldıran HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte "Davaya müdahale" kapsamında asli müdahale davası da kanuni düzenleme kapsamına alınmış; md.66'da fer'î müdahil olma imkanı genişletilerek "*üçüncü kişi[nin], davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında (...) fer'î müdahil olarak davada yer alabil[eceği]*" hüküm altına alınmıştır.

Fer'î müdahil bir yandan kendi hukuki yararını gerçekleştirmeye çalışırken, bir yandan da bu amaçla sunduğu deliller, verdiği dilekçeler, yaptığı açıklamalarla uyuşmazlığın hukuki ve maddi gerçeğe uygun bir biçimde çözümlenmesine katkı sağlar.[1] Ancak müdahilin bu işlevini yargılamanın hangi aşaması-

---

[1] PEKCANITEZ Hakan, **Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 30, Ankara, 1992, s. 21, 22, 23; ERDAL Muhammed, **İdari Yargıda Fer'i Müdahale (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması Sorunu)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 33; PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usul Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 165. İdari yargılama hukukunda resen araştırma ilkesinin geçerli olmasından ötürü ihbar ve müdahale müesseselerinin etkinliğinden sözedilemeyeceği, bunların salt moral bir tatmin sağlayabileceği, hukuk yargılama usulündeki kadar önemli olmadığı da savunulmaktadır. Bkz. DİNÇ İlhan / CANDAN Turgut, "İdarî Yargılama Usulünde Davanın İhbarı (Duyurulması)", **DD**, S. 84-85, 1992, s. 6, 8; GÜNDAY Metin "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun İdari Yargıda Uygulanma Alanı", **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, s. 84; **ERDAL**, 2009, s. 153. "*Hatta, bu müesseselerin, idarenin davacı; idare edilenlerin davalı olması, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesi gibi İdari Yargı'nın ayrı bir düzen oluşturması gereğine ters düşen sonuçlarının olacağı*" dahi ileri sürülmüştür. Bkz. CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Gözden Geçirilmiş ve Gün-

na kadar sürdürebileceği çoğu zaman yanında davaya katıldığı tarafın iradesine bağlı olmakta; tarafın kanun yoluna başvurmaması halinde müdahil için de, müdahilin iradesinden bağımsız olarak yargılama süreci sona erebilmektedir.

Gerçekten de, müdahale istemi hakkında bir karar verilmemesi,[2] müdahale isteminin reddedilmesi,[3] bir idarenin hasım konumuna alınması gerektiği halde davalı yanında müdahil olarak davaya katılımının sağlanması[4] veya müdahil hakkında hüküm tesis edilmesi[5] gibi doğrudan müdahaleye ilişkin usul kurallarına aykırılık gerekçeleriyle sınırlı olarak müdahilin nihai karara karşı tek başına kanun yoluna başvurma hakkı bir kenara bırakılırsa; adli yargı[6]

---

cellenmiş Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 786. Ancak bu görüşler "*görülmekte olan dava ile ilgisi bulunan kişilerin davaya katılması[nın] idari yargının temel işlevi olan "hukuki gerçekliğin ortaya çıkarılması" ve "hukuk devletinin sağlanması" amacına hizmet edeceği[nin] açık*" olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş (Bkz. YASİN Melikşah. "İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 443); resen araştırma ilkesinin idari yargıda üçüncü kişilerin davalara katılma gereksinimini ortadan kaldırmadığı savunulmuştur (DİNÇ Güney, "İdari Yargı'da Davaların İhbarı Konusunda Öneriler", **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 57, S. 3, 1992, s. 16, 18). Gerçekten de resen araştırma ilkesinin maddi ve hukuki gerçeğe ulaşılmasını mutlak olarak sağlayan sihirli bir değnek olmadığını, uyuşmazlığın şekli ve maddi taraflarının, müdahillerin sunacağı katkıların önemli ve gerekli olduğunu kabul etmek gerekir. Fer'î müdahalenin idari davaların tabi olduğu hukuki rejime uygun olmayan herhangi bir yönü de tespit edilememiştir.

2 Dan.8.D., E. 1990/817, K. 1991/617, 28.03.1991, DD, S. 82-83, s. 719; Dan.4.D., E. 1999/4789, K. 2000/658, 22.02.2000, Bkz. KİB; Dan.8.D., E. 2002/2476, K. 2003/1905, 24.04.2003, Bkz. KİB.

3 Dan.8.D., E. 1992/1530, K. 1993/1917, 04.05.1993, DD, S. 88, s. 378.

4 Dan.İDDGK, E. 2001/171, K. 2001/613, 29.06.2001, Bkz. ARSLAN Ahmet / SINMAZ Emin / DÜNDAR Tuncay, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 659.

5 Dan.7.D., E. 2004/304, K. 2007/730, 27.02.2007, DD, S. 115, s. 268; Dan.2.D., E. 2006/470, K. 2008/1391, 21.03.2008, DD, S. 119, s. 134.
Yar. 4. H.D., E. 1963/2080, K. 1963/10790, 19.12.1963, Bkz. MÜDERRİSOĞLU Hakkı**, Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gerekçeler, İçtihatlar, Açıklamalar**, Emel Matbaacılık, Ankara, 1974, s. 374.

6 Yar. 2. H.D., E. 1972/2794, K. 1972/3528, 02.06.1972, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 373; Yar. 11. H.D., E. 1981/938, K. 1981/847, 02.03.1981, Bkz. KİB; Yar. HGK, E. 1986/11-143, K. 1987/259, 01.04.1987, Bkz. KİB; Yar. HGK, E. 2012/1-330, K. 2012/558, 12.09.2012, Bkz. KİB: "*HUMK'nun 57. maddesi uyarınca, iltihak ettiği tarafla birlikte hareket etmek zorunda olan fer'i müdahil, yalnız başına karar düzeltme isteyemez. Müdahile husumet tevcih edilmediği gibi, müdahil aleyhine bir karar da verilmemiş bulunan hallerde müdahilin tek başına karar düzeltme isteğinde bulunmaya hakkı yoktur (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.02.2010 gün ve E: 2010/13-114, K: 2010/81 sayılı ilamı).*"; Yar. 14. H.D., 2015/11127, K. 2015/9381, 22.10.2015, Bkz. KİB; Yar. HGK, E. 2017/11-160, K. 2017/1370, 15.11.2017, Bkz. KİB: "*Yanında katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olan fer'i müdahile husumet yöneltilme-*

ve idari yargı[7] uygulamasında müdahilin müdahaleye ilişkin olanlar dışındaki

diği ve onun hakkında karar verilmediği için, yanında katıldığı tarafın kararı temyiz etmemesi halinde fer'i müdahilin tek başına temyiz yoluna başvurması da mümkün değildir. Hukuk Genel Kurulunun süregelen uygulaması da bu yöndedir (B.K.. HGK, 08.11.1961 gün ve 1961/4-63 E., 1961/41 K.; 17.02.2010 gün ve 2010/13-114 E., 2010/81 K.)".

[7] Dan.5.D., E. 1947/644, K. 1947/1171, 21.05.1947, DKD, S. 36-37, Haziran-Eylül 1947, s. 173; Dan.10.D, E. 1965/3598, K. 1965/150, 14.07.1965, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 372; Dan.6.D., E. 1966/1763, K. 1966/4188, 28.09.1966, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 371; Dan.8.D., E. 1968/2476, K. 1968/2608, 11.07.1968, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 372; Dan.6.D., E. 1968/1935, K. 1969/508, 11.03.1969, Bkz. Danıştay Altıncı Daire Kararları, Birinci Kitap (1965-1977), Ankara, 1979, s. 614; Dan.DDK, E. 1973/282, K. 1973/576, 28.09.1973, Bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), s. 729; Dan.DDK, E. 1976/169, K. 1977/135, 18.03.1977, DD, S. 28-29, s. 259; Dan.11.D., E. 1978/2364, K. 1978/4716, 18.10.1978, Danıştay 11. Daire Kararları (1971-1981), Danıştay Yayınları, No: 40, s. 458; Dan.6.D., E. 1983/1050, K. 1983/2974, 30.09.1983, Bkz. ASLAN Zehreddin / BERK Kahraman, **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar (İçtihatlı)**, Genişletilmiş 5. Basım, Alfa Yayınları, Haziran 2011, s. 702; Dan.6.D., E. 1983/1126, K. 1983/3135, 12.10.1983, Bkz. **YASİN**, 2011, s. 449, dn. 27; Dan.10.D., E. 1985/186, K. 1985/299, 25.02.1985, Bkz. **YASİN**, 2011, s. 448; Dan.8.D., E. 1985/595, K. 1985/759, 16.09.1985, DD, S. 62-63, s. 366; Dan.8.D., E. 1985/809, K. 1985/1022, 19.12.1985, DD, S. 62-62, s. 362; Dan.6.D., E. 1986/1223, K. 1986/954, 13.11.1986, Bkz. KALAFAT Ahmet, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer'i Müdahale)", **TBB Dergisi**, S. 73, 2007, s. 210, dn. 44; Dan.6.D., E. 1992/696, K. 1992/1005, 11.03.1992, Bkz. **ASLAN / BERK**, 2011, s. 702; Dan.6.D., E. 1991/2542, K. 1992/1367, 31.03.1992, Bkz. **KALAFAT**, 2007, s. 210, dn. 44; Dan.6.D., E. 1993/4593, K. 1994/1594, 25.04.1994, DD, S. 90, s. 678; Dan.8.D., E. 1994/7177, K. 1995/1207, 13.04.1995, Bkz. TOPUZ İbrahim / ÖZKAYA Kadir, **Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002, s. 747; Dan.10.D., E. 1995/6688, K. 1995/6236, 29.11.1995, BAL Yakup / KARABULUT Mustafa / ŞAHİN Yahya, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 769; Dan.6.D., E. 1996/278, K. 1997/371, 20.01.1997, DD, S. 94, s. 404; Dan.8.D., E. 1995/3012, K. 1997/2568, 02.10.1997, Bkz. ŞİMŞEK Tacettin, "İdari Yargıda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı", **TBB Dergisi**, S. 134, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.8.D., E. 1998/2210, K. 1998/1581, 05.05.1998, Bkz. **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 745; Dan.8.D., E. 1998/2428, K. 1998/2017, 03.06.1998, Bkz. **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 698; Dan.6.D., E. 1999/1770, K. 1999/2626, 13.05.1999, Bkz. PEKCANITEZ Hakan, "İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar tahlili)", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 591; Dan.6.D., E. 1999/5687, K. 1999/4915, 19.10.1999, Bkz. **PEKCANITEZ**, 2001, s. 591, dn. 1; Dan.10.D., E. 2000/6104, K. 2001/21, 15.01.2001, Bkz. ERKUT Celal / SOYBAY Selçuk, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2001, s. 357; Dan.10.D., E. 2001/1403, K. 2001/1998, 28.05.2001, **BAL ve diğ.**, 2003, s. 768; Dan.8.D., E. 2002/3918, K. 2002/4292, 24.09.2002, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.İDDGK, E. 2002/1088, K. 2002/825, 15.11.2002, Bkz. **ARSLAN ve diğ.**, 2005, s. 656; Dan.10.D., E. 2003/1728, K. 2003/1550, 06.05.2003, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.10.D., E. 2003/2767, K. 2003/3114, 26.06.2003, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 179; Dan.İDDGK, E. 2003/515,

K. 2003/638, 25.09.2003, Bkz. **ARSLAN ve diğ.**, 2005, s. 656; Dan.10.D., E. 2003/5645, K. 2003/5420, 30.12.2003, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.11.D., E. 2003/3720, K. 2004/896, 24.02.2004, DKD, S. 6, s. 296; Dan.İDDGK, E. 2002/402, K. 2004/506, 29.04.2004, Bkz. **ARSLAN ve diğ.**, 2005, s. 658; Dan.10.D., E. 2004/6806, K. 2004/4415, 06.05.2004, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 179; Dan.10.D., E. 2005/2737, K. 2005/2083, 25.04.2005, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.13.D., E. 2005/8022, K. 2005/3998, 19.09.2005, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.8.D., E. 2005/5406, K. 2005/4473, 31.10.2005, Bkz. **YASİN**, 2011, s. 448; Dan.8.D., E. 2006/453, K. 2006/607, 15.02.2006, Bkz. KİB; Dan.10.D., E. 2006/1285, K. 2006/1866, 13.03.2006, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.6.D., E. 2004/2133, K. 2006/1846, 11.04.2006, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.13.D., E. 2007/5916, K. 2007/3245, 21.05.2007, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.6.D., E. 2007/6437, K. 2007/5324, 02.10.2007, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 191; Dan.10.D., E. 2007/8218, K. 2007/5991, 10.12.2007, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.2.D., E. 2006/470, K. 2008/1391, 21.03.2008, DD, S. 119, s. 134; Dan.13.D., E. 2008/11274, K. 2008/7356, 19.11.2008, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.8.D., E. 2009/6033, K. 2009/4574, 14.07.2009, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.13.D., E. 2009/5509, K. 2009/ 8605, 24.09.2009, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.13.D., E. 2009/5746, K. 2009/8918, 06.10.2009, Bkz. KİB; Dan.10.D., E. 2010/5445, K. 2010/5530, 22.06.2010, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.10.D., E. 2010/9978, K. 2010/6930, 27.09.2010, Bkz. KİB; Dan.8.D., E. 2010/8550, K. 2010/5687, 01.11.2010, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.13.D., E. 2010/4729, K. 2010/8410, 10.12.2010, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.13.D., E. 2011/978, K. 2011/1268, 04.04.2011, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.İDDK, E. 2011/1093, K. 2011/670, 16.06.2011, Bkz. KİB; Dan.14.D., E. 2011/11211, K. 2011/411, 11.07.2011, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.10.D., E. 2011/8467, K. 2011/3849, 21.09.2011, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 190, dn. 38; Dan.6.D., E. 2009/4622, K. 2011/3340, 23.09.2011, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 191; Dan İDDK, E. 2011/1659, K. 2011/778, 29.09.2011, Bkz. KİB; Dan.14.D., E. 2012/259, K. 2012/195, 24.01.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.8.D., E. 2012/9083, K. 2012/8175, 30.10.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 205; Dan.8.D., E. 2012/9023, K. 2012/8526, 06.11.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204; Dan.8.D., E. 2012/9522, K. 2012/8777, 08.11.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204; Dan.8.D., E. 2012/9668, K. 2012/8783, 08.11.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204; Dan.8.D., E. 2012/9930, K. 2012/9698, 27.11.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204; Dan.14.D., E. 2012/6820, K. 2012/8664, 27.11.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 179; Dan.10.D., E. 2012/8570, K. 2012/6547, 13.12.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.8.D., E. 2013/3637, K. 2013/3856, 13.05.2013, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204; Dan.2.D., E. 2013/1829, K. 2013/1369, 12.03.2013, Bkz. TOSUN Mehmet / TAN Emre, "İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)", **Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluşunun 70. Yılı Sempozyumu Kitabı**, Ankara, 2015, s. 868; Dan.15.D., E. 2013/8464, K. 2013/4081, 05.06.2013, DD, S. 135, s. 439; Dan.14.D., E. 2011/15025, K. 2013/6283, 24.09.2013, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.5.D., E. 2013/8616, K. 2013/6768, 11.10.2013, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 868; Dan.6.D., E. 2013/7135, K. 2013/6908, 14.11.2013, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 179; Dan.13.D., E. 2013/3529, K. 2013/3377, 03.12.2013, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 868; Dan.10.D., E. 2014/1098, K. 2014/1671, 19.03.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 179; Dan.14.D., E. 2014/1919, K. 2014/3784, 20.03.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.8.D., E. 2014/4295, K. 2014/4207, 26.05.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 205; Dan.10.D., E. 2014/2730, K. 2014/3562, 28.05.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.6.D., E. 2014/5380, K. 2014/5127, 02.07.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 203; Dan.15.D., E

usule ve esasa ilişkin gerekçelerle "tek başına ve bağımsız olarak" kanun yoluna başvurabilmesi kabul edilmemektedir.[8]

Anayasa Mahkemesi de, hizmet akdine tabi çalışanların zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işverenleri aleyhine açılan davalara, davalı yanında ferî müdahil olarak katılan SGK'nın yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilmesine imkân tanıyan bir kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirirken adli ve idari yargının konuya ilişkin baskın uygulamasını hukuki bir gerçek olarak kabul etmiş; denetim konusu düzenlemenin "*6100 sayılı Kanun'da yer alan ferî müdahaleye ilişkin hükümlerle uyarlı olmadığı[nın] açık*" olduğunu özellikle vurgulamıştır. Norm denetimi yapan Anayasa yargıcına göre, "*ferî müdahale talebinin kabulüne karar verilen üçüncü kişi, lehine müdahale talebinde bulunduğu tarafın yardımcısı konumuna girer ve onunla birlikte hareket eder. Ferî müdahil, ancak lehine müdahale ettiği tarafın iradesine uygun olan işlemleri yapabilir. Hüküm, sadece lehine müdahalede bulunulan taraf hakkında verileceğinden bu hükme karşı temyiz yoluna başvurma hakkı da asıl tarafa aittir. Bununla birlikte asıl tarafın hükmü temyiz etmesi durumunda ferî müdahilin de hükmü, lehine katıldığı tarafla birlikte temyiz etmesi mümkündür.*". Ancak söz konusu

---

2014/4589, K 2014/5854, 08.07.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.10.D., E. 2014/6350, K. 2014/7612, 11.12.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.15.D., E. 2015/587, K. 2015/388, 29.01.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.15.D., E. 2014/4963, K. 2015/991, 20.02.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.15.D., E. 2014/9189, K. 2015/1164, 26.02.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.6.D., E. 2011/4552, K. 2015/2559, 22.04.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 203; Dan.14.D., E. 2015/4511, K. 2015/4856, 03.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan. İDDK, E. 2015/2096, K. 2015/2568; 10.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 208; Dan.6.D., E. 2015/4929, K. 2015/4130, 11.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 203; Dan.15.D., E. 2015/5216, K. 2015/4377, 24.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.15.D., E. 2015/4746, K. 2015/4378, 24.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.5.D., E. 2015/3715, K. 2015/6922, 09.09.2015, Bkz. KİB; Dan.14.D., E. 2014/6972, K. 2015/7981, 27.10.2015, DD, S. 141, s. 526; Dan.15.D., E. 2015/8384, K. 2015/7013, 05.11.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.15.D., E. 2016/2841, K. 2016/2326, 06.04.2016, Bkz. KİB; Dan.14.D., E. 2016/7341, K. 2017/2386, 13.04.2017, Bkz. KİB; Dan.13.D., E. 2016/2753, K. 2017/1175, 27.04.2017, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2015/9826, K. 2017/5596, 17.10.2017, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2018/1260, K. 2018/3570, 05.04.2018, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2018/4740, K. 2018/7837, 22.11.2018, Bkz. KİB.

[8] 07.12.1925 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 669 sayılı Şurayı Devlet Kanunu'nun 30. maddesinin yaptığı atıf dolayısıyla davaya katılma konusunda 04.07.1927 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 581. maddesiyle yürürlükten kaldırılan Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu'nun uygulandığı dönemde müdahilin yanında katıldığı taraftan bağımsız olarak hükmü temyiz edebilmesi de mümkündü. Bkz. **ERDAL**, 2009, s. 31.

kanuni duruma, sigortalılık sürelerinin tespiti davalarında verilen kararı uygulamakla yükümlü olan SGK bakımından açık bir kanun hükmüyle istisna getirilmesinde, başka bir deyişle SGK'ya tek başına ve asıl tarafın iradesinden bağımsız olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınmasında hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.[9]

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yolunda da konuya ilişkin Yargıtay içtihadına açıkça göndermede bulunarak aynı tutumunu sürdürmüştür. Buna göre, "*Bir dava sonunda verilen hüküm, üçüncü bir kişinin hukuki durumunu etkileyebilir. Bu hallerde, üçüncü kişinin o davaya katılmasında hukuki yararı vardır. Fakat üçüncü kişi davaya bir taraf gibi katılamaz. Bilakis taraflardan birinin yanında ve onun yardımcısı olarak davaya katılabilir. Bu durumda davaya katılan üçüncü kişi fer'i müdahil olarak katılmış olur (Yargıtay 16.H.D. E. 2005/13089, K. 2005/13834, K.T. 29/12/2005)*".[10] Bu nedenledir ki taşınmazına belediye tarafından yapılan imar planında verilen fonksiyona karşı Valilikçe açılan iptal davasında davalı belediye yanında müdahil olan malikin karar düzeltme isteminin, davalı belediyenin karar düzeltme isteminin süre aşımı dolayısıyla reddedilmesi ve müdahilin de tek başına kanun yoluna başvurmasının mümkün olmaması sebebiyle incelenmeksizin reddedilmesi hususu, ihlal iddiaları kapsamında değerlendirilmemiştir.[11]

Üçüncü kişilerin sonucu itibariyle menfaatlerini etkileyen bir davaya müdahil olabilmelerini mahkemeye erişim hakkı kapsamındaki güvencelerden biri olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesi, müdahale kurumunun yargı mercilerinin tüm verileri dikkate alıp değerlendirme yaptıktan sonra gerekçeli karar vermesini sağlayacağını belirterek, bu kurumu silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi ile de ilgili bulmuştur.[12] Mahkemeye göre, "*İdarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı idari yargıda*

---

9 AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015, RG 11.06.2015 - S. 29383.

10 AYM, 04.11.2014, *Mustafa Kahraman Başvurusu*, Başvuru No: 2014/2388, RG 13.01.2015 - S. 29235, § 39.

11 AYM, 04.11.2014, *Mustafa Kahraman Başvurusu*, Başvuru No: 2014/2388, RG 13.01.2015 - S. 29235, § 43.

12 AYM, 24.05.2018, *Selma Calgav ve Oya Yamak Başvurusu*, Başvuru No: 2015/13950, RG 29.06.2018 - S. 30463, § 45, 54; AYM, 19.07.2018, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/2909, RG 27.09.2018 - S. 30548, § 51; AYM, 12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, § 34, Bkz. AYM İnternet Sitesi; AYM, 26.06.2019, *Cengiz İnş. San. ve Tic. A.Ş. ve Mirax Tur.İnş.Tic.A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/7846, RG 19.07.2019, S. 30386, § 34.

görülmekte olan davalar yönünden de uyuşmazlık konusu üzerinde hak iddia eden ya da davanın taraflarından birinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan üçüncü kişilerin davaya sadece şeklen değil etkili bir şekilde katılımının sağlanması, adil yargılanma hakkının güvencelerinin sağlanabilmesi için önemli bir müessesedir.".[13]

Ancak Mahkeme müdahale kurumu ile adil yargılanma hakkının unsurları (mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri) arasında kurduğu bağlantıyı, salt müdahil olabilme ve müdahil olarak iddia veya savunmalarını sunabilme[14] ile sınırlı tutmuş; müdahil olunan davada verilen nihai karara karşı kanun yollarına başvuru hakkını, müdahilin ancak yanında katıldığı tarafla birlikte hareket edebileceğini, dolayısıyla tek başına kanun yoluna başvuramayacağını belirterek adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmemiştir.[15] Bunun sonucu olarak da yüklenici olarak yaptığı inşaatın hukuki dayanağı olan imar planlarının iptali talebiyle açılan davaya, davalı Çevre ve Şehircilik Bakanlığı yanında müdahil olarak katılan şirketin, ilk derece mahkemesinde verilen iptal kararına karşı yaptığı temyiz başvurusunun, Bakanlıkça temyiz yoluna gidilmemesi sebebiyle incelenmeksizin reddedilmesini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmeyerek açıkça dayanaktan yoksun bulunan başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.[16]

---

13 AYM, 19.07.2018, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/2909, RG 27.09.2018 - S. 30548, § 52; AYM, 12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, § 35, Bkz. AYM İnternet Sitesi.

14 AYM, 19.07.2018, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/2909, RG 27.09.2018 - S. 30548, § 55.

15 AYM, 19.07.2018, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/2909, RG 27.09.2018 - S. 30548, § 53, 63; Aynı yönde bkz, AYM, 12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, § 36, Bkz. AYM İnternet Sitesi; AYM, 03.04.2019, *A.J.T. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/7895, § 39, Bkz. AYM İnternet Sitesi.

16 AYM, 19.07.2018, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/2909, RG 27.09.2018 - S. 30548, § 63, 65. Bu karar 13'e karşı 3 karşı oyla verilmiş; karara muhalif kalan üç üye birlikte karşı oy yazmışlardır. Ancak karşı oyda da müdahilin "tek başına" kanun yoluna başvurması mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmiş; "bağımsız", başka bir deyişle yanında müdahil olduğu tarafın aksi yöndeki iradesine rağmen kanun yoluna başvuramayacağı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda verdiği ve müdahilin adil yargılanma hakkının ihlali bakımından mağdur sıfatını değerlendirdiği yakın tarihli bir kararında "*adil yargılanma hakkının yargılamanın bütününe ilişkin güvenceler sağlayan bir hak olduğu dikkate alındığında mahkemeye erişim hakkının sürece ilişkin diğer güvencelere ulaşmak adına ilk basamağı teşkil ettiği (...) yargılama sürecine dair güvencelerin ihlalinin müdahili de etkileyeceği dikkate alındığında müdahilin adil yargılanma hakkının sürece dair diğer güvencelerinden*

Diğer taraftan Mahkemece, herhangi bir yanlış anlaşmaya sebebiyet vermemek amacıyla olsa gerek, bireysel başvurunun niteliği gereği adil yargılanma hakkının kapsamı değerlendirilerek söz konusu hukuki sonuca ulaşıldığı, bu durumun "*derece mahkemelerinin bir yargılama sürecinde fer'î müdahil tarafından hangi usul işlemlerinin hangi koşullarda gerçekleştirilebileceğiyle ilgili hukuk kurallarına ilişkin müdahil lehine olabilecek yorum ve takdir yetkileri üzerinde daraltıcı bir etkisinin bulunmadığı*" açıkça belirtilmiştir.[17] Şu halde Anayasa Mahkemesi'ne göre, müdahilin "tek başına ve bağımsız" olarak kanun yoluna başvurma hakkı bireysel başvuru yoluyla yapılan inceleme bakımından adil yargılanma hakkı kapsamında bulunmamakta; ancak müdahaleye ilişkin kanuni düzenlemeleri yorumlayan derece mahkemelerinin müdahilin "tek başına ve bağımsız olarak" kanun yoluna başvurma hakkını adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak değerlendirmeleri hukuken mümkün bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin, müdahilin tek başına kanun yoluna başvurma hakkını adil yargılanma hakkının unsurları arasında değerlendirmeyen içtihadına rağmen, bu konuda yargı yerlerinin aksi bir yorum yapabilmesi yolunda tanıdığı "imkan", az sayıdaki ve "ayrıksı" sayılabilecek kararlar[18] dışında Danıştay tarafından kullanılmamıştır.

---

faydalandırılmayacağı[nın] söyleneme[yeceği], aksi yaklaşımın (...) sağlanan erişimin etkinliğini zedeleyeceği, anlamsız ve içerikten yoksun kılacağı ve bunun yanında bireysel başvurunun temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla da bağdaşmayacağı" ifade edilmiştir. Bkz. AYM, 26.06.2019, *Cengiz İnş.San.ve Tic.A.Ş. ve Mirax Tur.İnş.Tic.A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/7846, RG 19.07.2019, S. 30386, § 35. Ancak somut olayda müdahilin yanında müdahil olduğu taraftan bağımsız olarak kanun yoluna başvuramaması gibi bir durum söz konusu olmadığı için, özel olarak bu husus hakkında herhangi bir hüküm verilmemiştir. Buna karşın, iyimser bir bakış açısıyla, Yüksek Mahkeme Genel Kurulu'nun müdahilin adil yargılanma hakkının sürece ilişkin tüm güvenceleri kapsadığına ilişkin oybirliğiyle yaptığı bu değerlendirmenin, müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilmesi yolunda bir içtihat değişikliğinin habercisi olabileceği ihtimali akla getirilebilir.

17 AYM, 19.07.2018, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/2909, RG 27.09.2018 - S. 30548, § 64; AYM, 12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, § 40, Bkz. AYM İnternet Sitesi.

18 Dan.8.D., E. 1992/2953, K. 1993/3867, 25.11.1993, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 191, dn. 43; Dan.17.D., E. 2015/9316, K. 2015/1943, 08.05.2015, DD, S. 139, s. 116; Dan.6.D., E. 2015/3258, K. 2016/426, 04.02.2016, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204; Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 18.
ŞİMŞEK, 2018, s. 191-192: "*Davalının kararı temyiz etmemesine (...) rağmen, kararı temyiz eden davalı yanında müdahilin temyiz (...) isteminin incelendiğine dair örnekler ise istikrar kazanmış bu yargısal yaklaşımdan vazgeçildiğini göstermeye yetmemektedir*".

Gerek HMK'da (md.342, 361, 374),[19] gerek İYUK'da (md.45, 46, 53)[20] kanun yollarına ilişkin hükümlerde, başvuru bakımından edilgen bir ifade kullanıldığı, başvurma hakkını taraflara özgüleyen açık bir düzenlemeye yer verilmediği halde, Yüksek Yargı Organlarının tamamı ve öğretinin önemli bir kısmı[21] tarafından müdahilin kanun yoluna başvurma gibi yargılamada yer almasının anlamı olabilecek bir "hayati enstrümanı"[22] ancak yanında müdahil olduğu tarafın söz konusu yola başvurması halinde kullanabilmesinin kabul edilmiş olması, müdahilin yargılama sürecine etkisini zayıflatan[23] bir durum olarak birçok açıdan da eleştiriye uğramıştır.

---

19 HMK'da istinafa ilişkin hükümler arasında yer alan md.349'da başvurma hakkından feragatin taraflara tanınmış olması, md.366 gereğince bu düzenlemenin temyiz hakkında da uygulanacak olması, yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümler arasında yer alan md.376'da "üçüncü kişilerin hükmün iptalini talep etmesi" halinin ayrı olarak düzenlenmesi gözönünde bulundurulduğunda, kanun yoluna başvurma yalnızca tarafların başvurabileceğinin açıkça öngörülmemiş olmasının, kanunkoyucunun aksi yöndeki iradesinden değil, tercih ettiği edilgen dilden kaynaklandığı da söylenebilir.

20 Mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 73. maddesinde "taraflardan birinin" temyiz davası açabileceği belirtildiği halde İYUK md.46'da, kararların tebliğinden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebileceğinin öngörülmüş olması; İYUK'da HMK'daki gibi temyiz veya istinaftan yalnızca taraflara feragat hakkı tanıyan veya yargılamanın yenilenmesi kapsamında üçüncü kişilere özel bir imkan sağlayan bir hüküm bulunmaması, müdahile tek başına kanun yoluna başvurma hakkı tanınması konusunda idari yargılama hukukunu, medeni yargılama hukukundan daha elverişli hale getirmektedir.

21 POSTACIOĞLU İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 1711 sayılı Kanuna göre yazılmış Altıncı Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 315; KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK'ya göre yeniden yazılmış 22. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 517; BİLGE Necip, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, İkinci Basım, Sevinç Matbaası, 1967, s. 238; **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 375; NEDİMOĞLU Ruhi, "Danıştay'da Görülen Davalarda Katılma", **Ankara Barosu Dergisi**, 1976, S. 1, s. 66; **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 692; KARAVELİOĞLU Celal, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 6. Baskı, Karavelioğlu Yayınları, C. 2, 2006, s. 1436; YAMAN Saadettin, "Adli ve İdari Yargıda Davaya Müdahale (Katılma) ve İdari Yargıda Asli Müdahalenin Kabulüne Duyulan İhtiyaç", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 22, Haziran 2008, s. 98; **ERDAL**, 2009, s. 62; ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)**, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2017, s. 317, 365, 449; ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 499; KODAKOĞLU Mehmet, **Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale**, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 67.

22 ERKUT Celal, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, s. 98; **ERKUT - SOYBAY**, 2001, s. 352.

23 **YASİN**, 2011, s. 451.

Medeni yargılama hukuku öğretisinde müdahilin "taraf yardımcısı"[24] niteliğine dayanılarak, "bağımsız olarak" değil, ancak "tek başına" kanun yoluna başvurabileceği savunulmaktadır.[25] Söz konusu görüş uyarınca, müdahil asıl tarafın yardımcısı olduğu için, asıl tarafın kanun yoluna başvurmaktan feragat gibi bir işlemi olmadığı sürece müdahil asıl tarafın da yararına olan ve iradesine aykırı bulunmayan kanun yoluna başvurma işlemini tek başına yapabilir. Böylece asıl tarafın ihmal ettiği, kendi yararına olduğu halde yapmadığı işlemleri yaparak müdahil asıl tarafın davayı kazanmasına yardımcı olabilir.[26]

Müdahilin "*yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebil[eceğini]; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabil[eceğini]*" öngören HMK düzenlemesi (md.68/1/2.cümle), müdahilin "*iltihak ettiği taraf içinde bu tarafın haiz olduğu haklara sahip olması lazım geleceği, (...) o tarafın faydalanacağı hakları ve bu arada temyiz, karar tashihi gibi hükümlere karşı müracaat yol-*

---

[24] **BİLGE**, 1967, s. 236; **POSTACIOĞLU**, 1975, s. 312; **PEKCANITEZ**, 1992, s. 207; **KODAKOĞLU**, 2018, s. 66. İdari yargılama hukukunda da müdahil için "taraf yardımcısı" ifadesinin kullanıldığına rastlanmaktadır. Bkz. **DİNÇ / CANDAN**, 1992, s. 4; TÜRK Ender, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdarî Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 20. Yıl Özel Sayısı, C. 13, 2013, s. 107; AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2018, s. 731.

[25] ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 6. Bası, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 1997, s. 379; **PEKCANITEZ**, 1992, s. 154, 155, 157, 158 s. 208, dn. 7; **ERDAL**, 2009, s. 152; **PEKCANITEZ**, 2001, s. 594, 595; **PEKCANITEZ ve diğ.**, 2018, s. 167, 465, 482.

[26] Danıştay'ın müdahilin tek başına kanun yoluna başvuramayacağına dair bir kararına yazılan karşı oyda benzer bir bakış açısı ortaya konulmuştur. Buna göre, "*Asıl tarafın işlemleri ile çelişkili olmamak ve asıl tarafın çıkarlarına halel getirmemek kaydıyla, müdahilin her türlü usul işlemini yapabileceği hususunda bir tartışma bulunmadığına göre, asıl tarafın bir usulü işlemi yapmamış olması ... söz konusu işlemin/talebin sadece müdahil tarafından yapıldığından yola çıkılarak, bunun asıl tarafın işlemlerine aykırı düşeceğini ya da çıkarlarına zarar vereceğini kabul etmek mümkün değildir. (...) Burada dikkat edilmesi gereken husus, müdahilin yapacağı işlemin asıl tarafın işlemleri ile çelişkili olmamasıdır. (...) davalı idare bir usul işlemi niteliğinde olan karar düzeltme yoluna başvurmamış (ve bu hakkından da vazgeçmemiş), davalı idare yanında davaya katılan karar düzeltme yoluna başvurmuştur. Müdahilin bu başvurusunun yanında katıldığı tarafın çıkarlarına aykırı olduğunu kabul etmek de mümkün değildir.*". Bkz. Dan.8.D., E. 2014/4295, K. 2014/4207, 26.05.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 205. Buna karşın asıl tarafça kanun yoluna başvurulmamış olması, asıl tarafın bu yola başvurmak istemediğinin zımni bir göstergesi olarak da kabul edilebilir. Dolayısıyla, asilin talep etmediği bir usul işlemini müdahil de talep edemez. Bkz. ARSLAN Önder, İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale ve Davanın İhbarı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, s. 101.

larına başvurabileceği kabul edilmek lazım gel[eceği]",[27] başka bir deyişle, tek başına kanun yollarına başvurabileceğine ilişkin yoruma, "*Müdahil[in] iltihak ettiği tarafla birlikte hareket ede[ceğini]*" öngören HUMK hükmüne (md.57/1.cümle) nazaran daha elverişlidir.[28] Zira HUMK'da öngörülen müdahilin "tarafla birlikte hareket etme yükümlülüğü", HMK ile "tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemini yapma hakkına" dönüştürülmüş; böylece kanunun lafzı itibariyle müdahilin, yanında katıldığı tarafın kanun yoluna başvurmaktan feragat gibi bir açıklaması olmadığı sürece, yanında katıldığı tarafın aleyhine olan karara karşı kanun yoluna başvurabileceği sonucuna ulaşılabilmesi hukuken mümkün hale gelmiştir.[29]

---

27 ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Üçüncü Bası, C. III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1960.

28 UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2014, s. 249, 250; **TÜRK**, 2013, s. 112. Temyiz yoluna başvurmanın usul işlemi olmadığı yolundaki doktrin görüşlerinin ise (**ARSLAN**, 2013, s. 101), temyiz ve genel olarak kanun yollarının önemli usul kurumları olduğu ve bu yollara başvurmanın da usul işlemi olduğu gerçeği karşısında kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir.

Danıştay'ın müdahilin tek başına kanun yoluna başvuramayacağına dair bir kararına yazılan karşı oyda da eski kanun ve yeni kanun düzenlemesi arasındaki farka dikkat çekilmiştir. Buna göre, "*Mülga 1086 sayılı Kanun'un 57. maddesinin ilk cümlesinde, müdahilin iltihak ettiği tarafla birlikte hareket edeceği belirtilmekteydi... Oysa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. maddesinde, "müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafla birlikte hareket edeceği" hükmüne yer verilmemiştir.*". Bkz. Dan.15.D., E. 2015/8384, K. 2015/7013, 05.11.2015, karşı oy, bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206.

29 30 yeni araca taşımacılık izni verilmesi işleminin iptali talebiyle, söz konusu hat üzerinde taşımacılık yapan kişi tarafından açılan davaya, davalı yanında müdahil olarak katılan dava konusu taşımacılık izninin sahibi kişinin yürütmenin durdurulması talebinin, davalı tarafından yürütmenin durdurulması talebinde bulunulmadığı ve müdahilin tek başına yürütmenin durdurulması talebinde bulunamayacağı gerekçesiyle reddine dair bir Danıştay kararına (Dan.15.D., E. 2016/3250 (Aynı yönde E. 2016/3238), 04.05.2016, Bkz. KİB) yazılan karşı oyda da 1086 ve 6100 sayılı kanunların müdahaleye ilişkin hükümlerinin farklılığı gerekçe olarak gösterilmiştir. "*Mülga 1086 Sayılı Kanununun 57. maddesinin ilk cümlesinde, müdahilin iltihak ettiği tarafla birlikte hareket edeceği belirtilmekteydi. Böylece müdahilin, yanında davaya katıldığı taraftan bağımsız olarak, o taraf her hangi bir işlem yapmamış olsa bile, ilgili işlemi yapması olanağı tanınmamıştı. Oysa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. maddesinde, "müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafla birlikte hareket edeceği" hükmüne yer verilmemiştir. Maddede yer alan; "davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla" ifadesini, "birlikte hareket etme", sadece asıl tarafın yaptığı usule dair işlemleri yapabilme hakkı olarak değerlendirmek mümkün değildir. (...) Bu çerçevede, katılma anından sonra, yanında katıldığı taraf başvurmasa bile, müdahilin her türlü usul işlemlerini yapabileceği, bu çerçevede bilirkişi incelemesi talep edebileceği, yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak talepte bulunabileceği, kanun yollarına başvurabileceği görüşündeyim.*".

Ancak müdahil hiçbir durumda asıl taraftan "bağımsız" hareket edemeyeceği için, asıl tarafın müdahilin kanun yolu başvurusunu her zaman geri alabileceği, asıl tarafın temyiz hakkından feragat etmesi halinde, fer'î müdahilin de artık temyiz yoluna başvurmasının mümkün olmadığı, asıl tarafın kanun yoluna başvurduktan sonra kanun yolu talebinden feragat etmesi halinde bu feragatin kanun yoluna başvurmuş olan fer'î müdahil için de geçerli olduğu, böyle bir durumda müdahil henüz kanun yoluna başvurmamış ve kanun yolu süresi geçmemiş olsa dahi, bundan sonra kanun yoluna başvuramayacağı kabul edilmektedir. İdari yargı bakımından da savunulan ve müdahili yanında katıldığı tarafa bağımlı kılan bu görüşe göre, davanın kesin hükümle sonuçlanması üzerine, müdahale sona ermekte, müdahilin davayı takip etme ve buna bağlı usul işlemlerini yapabilme yetkisi kalmamaktadır. Bu nedenledir ki müdahilin yeni bir dava açması anlamına gelen yargılamanın yenilenmesi yoluna tek başına başvurması mümkün değildir. İdari yargılama usulünde de davaya müdahil olarak katılanın tek başına yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunamayacağı kabul edilmektedir.[30]

Görüldüğü üzere yargılamanın yenilenmesi kanun yolu bir kenara bırakılırsa, tarafların dava üzerindeki mutlak tasarruf yetkisine dayanan medeni yargılama usulünde dahi müdahilin tek başına hükmün kesinleşmesine engel olan kanun yollarına başvuramaması eleştirilmekte; söz konusu içtihadın resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargılama usulünde özellikle kabul edilemeyeceği savunulmaktadır. Buna göre, müdahilin tek başına kanun yoluna başvurma imkanından yoksun bırakılması, "idari yargıyı adlileştirmekte";[31] idari yargının genelliği ve özgünlüğü ilkeleri ile bağdaşmamakta;[32] idari yargının idarenin etkin bir biçimde denetiminin sağlanması amacına[33] ve Hukuk Devleti ilkesine[34] ters düşmektedir. Resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idari yargıda üçüncü kişinin asıl tarafın ihmal ettiği bir işlemi gerçekleştirerek tek başına

---

30 **ERDAL**, 2009, s. 154; TANSUĞ Çağla, **İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, Nisan 2016, s. 105; **ÇAĞLAYAN**, 2017, s. 449; ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ağustos 2018, s. 817; SANCAKDAR Oğuz, **İdari Yargılama Hukuku - Genel Esaslar**, Güncellenmiş 2. Baskı, Kanyılmaz Matbaası, Aralık 2018, s. 256.

31 DURAN Lütfi, "İdari Yargı Adlileşti", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 3, S. 1-3, 1982, s. 65.

32 **ERKUT**, 2001, s. 98.

33 **GÜNDAY**, 2001, s. 84; BEDİR Fikri, İdari Yargılama Usulünde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Uygulanma Kabiliyeti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, 2010, s. 31.

34 BERK Kahraman, "İdari Yargıda "Müdahilin" Temyiz Hakkı", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 74, S. 10-11-12, Aralık 2000, s. 1130.

kanun yoluna başvurabilmesi, uyuşmazlığın daha iyi açıklanması ve doğru karar verilmesini sağlayacaktır.[35] Üstelik idari yargıda görülen davaların büyük bir çoğunluğu üçüncü kişilerle ilgili olup,[36] kararlar genel etkili olduğu için,[37] idari davalar sonucunda üçüncü kişinin durumu medeni yargılama hukuku uyarınca adli yargıda görülen davalardan daha fazla etkilenmekte;[38] bu durum özellikle sonucunda kamu görevlisine rücu ihtimalinin bulunduğu tam yargı davalarında[39] ve üçüncü kişi tarafından müdahil lehine olan idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında ortaya çıkmakta;[40] bu hallerde müdahili tek başına kanun yoluna başvurma hakkından yoksun bırakmak mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir.[41] Bu nedenledir ki, İYUK'da ihbar konusunda HMK'ya yapılan genel atıftan bir ölçüde sapılarak ihbarın hakim tarafından resen yapılması öngörülmüştür.[42] İhbar müdahaleyi sağlamak amacıyla yapıldığına göre, doğrudan hakim tarafından davet edilebilen idari yargılamadaki üçüncü kişi ile ancak tarafın ihbarı ile davaya katılabilen medeni yargılamadaki üçüncü kişi aynı hak ve yetkilere sahip olmamalı;[43] hakimin resen ihbarı yoluyla "güçlendirilmiş fer'î müdahale"de müdahil tek başına kanun yoluna başvurabilmelidir.[44]

Gerçekten de, HMK ile müdahilin asıl tarafla birlikte hareket etme zorunluluğunun, "asıl tarafın iradesine aykırı olmadan her türlü usul işlemini yapabilmesi" biçiminde değiştirilmiş olması, "müdahilin taraf yardımcılığı niteliği", "idari yargılama usulünde resen araştırma ilkesinin geçerli olması" veya "idari

---

35 **PEKCANITEZ**, 2001, s. 596.

36 AKYILDIZ ALİ, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesinin Yollamada Bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 83.

37 **BERK**, 2000, s. 1129; **ERDAL**, 2009, s. 145.

38 **PEKCANITEZ**, 2001, s. 596; **BERK**, 2000, s. 1126, 1129; **ERDAL**, 2009, s. 153.

39 AKYILDIZ ALİ, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İdari Yargılama Usulüne Etkileri", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 178; **TOSUN / TAN**, 2015, s. 839.

40 **AKYILMAZ ve diğ.**, 2018, s. 733.

41 ODYAKMAZ Zehra, "30. Yılda İdari Yargı ile İlgili Öneriler", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 226.

42 **PEKCANITEZ**, 2001, s. 595.

43 **PEKCANITEZ**, 2001, s. 596; KALAFAT Ahmet, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Davanın İhbarı", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 7, S. 14, Güz 2008, s. 172.

44 **AKYILDIZ**, 2012a, s. 83; **AKYILDIZ**, 2012b, s. 179.

yargıda ihbarın resen yapılması" gibi lafzi ve amaçsal kanuni yorumlara dayanarak, aksi yöndeki yerleşik içtihada rağmen müdahilin "tek başına" kanun yoluna başvurma hakkının bulunduğu sonucuna ulaşılması mümkün gözükmektedir. Ancak söz konusu gerekçelerin hiçbiri, müdahilin davaya yanında katıldığı tarafın iradesinden "bağımsız" olarak, gerektiğinde onun "rızası hilafına" kanun yoluna başvurabilmesinin hukuki dayanağını oluşturmamaktadır. Nitekim HMK'nın "*Müdahil[in], yanında katıldığı tarafın (...) işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabil[eceğine]*" dair açık düzenlemesi; müdahilin yanında katıldığı tarafın aksi yöndeki açık iradesine rağmen kanun yoluna başvurabilmesine, kanuni düzeyde aşılması imkansız olan bir engel teşkil etmekte;[45] örneğin herhangi bir ruhsat işleminden yararlanan ve bu işleme karşı açılan davaya davalı yanında müdahil olan özel kişinin, verilen iptal hükmüne idarenin açık iradesiyle rıza göstermesi ve kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmesi halinde, ruhsatla kendisine tanınan hakkı korumak adına başvurabileceği herhangi bir hukuki yolu kalmamaktadır.

Bu nedenledir ki, "*idari yargıda "hukuki çare" bekleyen bir sorun*"[46] olarak nitelendirilen müdahilin "tek başına" kanun yoluna başvurup başvuramayacağı sorusunun, müdahilin "bağımsız olarak" kanun yoluna başvurup başvuramayacağı olarak daha geniş bir biçimde ele alınması halinde, olumlu cevaplanması daha da güç gözükmekte; hukuki dayanaklarını ve sınırlarını da ortaya koyarak idari yargıda müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabilmesinin hangi durumlarda mümkün olabileceği incelenmeye değer bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Danıştay'ın ayrıksı nitelikteki bir kararında haklı olarak belirttiği gibi, "*Belirli idari işlem türleri; işlemin muhatabı hukuk öznesinin aleyhine hukuksal sonuçlar yaratırken, aynı işlem başka hukuk öznesinin lehine olumlu hukuksal etki ve sonuçlar yaratmaktadır. Aleyhine işlem tesis edilenin yetki-*

---

[45] Ancak, müdahili taraf olarak kabul eden Belgesay'ın ifadelerinden müdahilin bağımsız olarak da kanun yoluna başvurabileceğini kabul ettiği anlaşılmaktadır: "*Müdahil iltihak ettiği taraf aleyhine verilen hükmü temyiz edebilir. Çünkü, davanın taraflarındandır. İltihak olunan taraf temyiz hakkından vazgeçerek hükmü kabul etmiş ise müdahilin temyiz talebi tetkik olunarak onun hakkında müessir olmak üzere hükmün bozulmasına karar verilebilir. Alman usulü muhakeme kanunu 66'ncı maddesinde müdahale edenin kanuni yollara müracaat hakkı olduğunu tasrih etmektedir.*". Bkz. BELGESAY Mustafa Reşit, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi İkinci Tabı**, C. I, Kısım 1-2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Güven Basımevi, 1939, s. 165.

[46] GÜLAN Aydın, "Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi", **Anayasa Yargısı**, C. 35, 2018, s. 117.

li ve görevli idari yargı merciinde açtığı davada dava konusu işlemin iptal edilmesi halinde o işlemin sonuçlarından yararlanan üçüncü tarafın davada yer almaması hak ve menfaatlerini savunması konusunda kendisine hukuksal imkân tanınmaması hakkaniyet ve adalete uygun olmayan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. (...) İdari yargıda görülen davalarda dava konusu işlemden yararlanan üçüncü tarafın menfaati davalı idarenin davanın reddiyle korunacak menfaatinden daha üstün nitelikte bir menfaattir. Bakılan davanın işlemin iptaline karar verilerek sonuçlanması idareye sadece yargılama giderlerine mahkum olma gibi hukuksal ve maddi bir külfet getirirken, dava konusu işlemden yararlanan dava dışı tarafın yargılama giderlerinden çok daha büyük maddi ve hukuki kayıplarına yol açmaktadır.".

Benzer bir tespit bir başka Danıştay kararında da[47] yapılmıştır. Buna göre, "*İdari işlemlerin yargısal denetiminde işlemi tesis eden makam olarak kamu idareleri davalı konumunda yer almalarına rağmen, söz konusu idari işlem ile farklı bir statü sahibi olan üçüncü kişiler, idari işlemin hukukiliğini koruması ya da iptali sonucunu doğuracak yargı kararından, davalı konumundaki idarelerden daha fazla etkilenebilmektedirler.*".

Danıştay'ın idari davalardaki bazı müdahale hallerini diğerlerinden ayrı tutma ve bu hallerde müdahile bağımsız olarak kanun yollarına başvuru hakkı tanıma yolundaki "çaba"sının hukuki bir ihtiyaçtan doğduğu yadsınamaz. Zira bu çabayı sergilediği bir kararında,[48] Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü" ve "adil yargılanma hakkı", AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen "mahkemeye erişim hakkı" ve buna ilişkin AİHM'nin Menemen Minibüsçüler Odası / Türkiye kararına değinilmiş ve "*davanın sonucundan doğrudan etkilenme durumunda olan ve davanın aleyhe sonuçlanması halinde davanın konusu olan hakkını kaybedecek olan müdahilin, yanında davaya katıldığı davalıdan bağımsız olarak kanun yollarına başvuramaması (...) durumunda Anayasanın 36'ncı maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının sağlandığından söz edileme[yeceği], (...) davanın konusunun müdahilin sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerde müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabileceği*" sonucuna ulaşılmıştır.[49]

---

47 Dan.17.D., E. 2015/9316, K. 2015/1943, 08.05.2015, DD, S. 139, s. 116. Aynı yönde bkz. Dan.17.D., E. 2015/9703, K. 2015/264, 26.02.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 208.

48 Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 18.

49 Karar dörde karşı bir oyla verilmiştir. Karşı oy yazısında, "*İdari yargıda görülen uyuşmazlıklarda, davalının her zaman idare olmasının sonucu, idarenin mahkemece verilmiş bir karara*

Böylece müdahilin bağımsız olarak kanun yollarına başvurma hakkı bakımından, öncelikle yanında müdahil olunan tarafın niteliğine göre yapılan değerlendirme, bir noktada müdahil ile dava konusu uyuşmazlık arasındaki ilişkinin niteliğinin irdelenmesine dönüşmüştür. Bir başka Danıştay kararında da, "*davalı idare yanında davaya katılan şirketin, dava konusu işlemin iptalinden doğrudan etkileneceği, karar düzeltme isteminin kabul edilmemesi halinde mahkemeye erişim hakkının ve hak arama özgürlüğünün kısıtlanacağı görüldüğünden*", dava konusu işlemden "doğrudan etkilenen" davalı yanında müdahilin bağımsız olarak kararın düzeltilmesini talep edebileceği oybirliğiyle kabul edilmiştir.[50]

Danıştayın diğer bir kararında, "*davanın konusunu müdahilin sahip olduğu hakkın oluşturduğu davalarda*", müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiş; bu durumda "*müdahile uygulanacak kurallar konusunda 6100 sayılı Yasada yer alan eksik düzenlemenin yargısal içtihatlarla giderilmesi[nin] zorunlu*" olduğu kabul edilmiş ve "*davanın konusunun müdahilin sahip olduğu hak ya da şey olduğu hallerle sınırlı olarak*" müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceğine hükmedilmiştir. Danıştay'a göre, "*Davanın sonucundan doğrudan etkilenme durumunda olan ve davanın aleyhe sonuçlanması halinde (...) hakkını kaybedecek olan müdahilin, yanında davaya katıldığı davalıdan bağımsız olarak kanun yollarına başvuramaması halinde (...) Anayasanın 36'ncı maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının sağlandığından söz edilemez.*".[51] Danıştayın müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkını müdahil ile uyuşmazlık konusu arasındaki ilişkinin niteliğini gözönünde bulundurarak adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirdiği bu kararında da yanında müdahil olunan tarafın davalı olması dikkat çekicidir.

BOTAŞ ile yaptığı sözleşme uyarınca bir kısmı karayolunun altından geçen doğal gaz boru hattı inşaatı işini yapan şirket, söz konusu karayolunun doğal gaz borusunun geçirildiği kısmında meydana gelen çökme sonucu oluşan

---

karşı kanun yollarına başvurmama iradesini ortaya koyması halinde müdahilin temyiz ya da karar düzeltmesi isteminin kabul edilmesi[nin] özel hukuk kişilerinin iradesinin davalı idarenin iradesinin yerine geçmesi sonucunu doğur[acağı], bu husus[un] hem idari yargı tekniği, hem de fer'î müdahil ile ilgili hükümlerle bağdaşmayaca[ğı] (...) idari yargıda görülen uyuşmazlıklarda müdahilin tek başına kanun yollarına başvuramayacağı (...) İdari Dava Dairelerinin 27.02.2017 tarihli, E:2016/3252 K:2017/851 sayılı kararı[nın] da bu yönde [olduğu]" ortaya konulmuştur.

50 Dan.17.D., E. 2015/9316, K. 2015/1943, 08.05.2015, DD, S. 139, s. 118.

51 Dan.6.D., E. 2015/3258, K. 2016/426, 04.02.2016, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204.

kazada uğranılan zararların tazmini talebiyle idari yargıda açılan tam yargı davasında davalılar BOTAŞ ve KGM yanında müdahil olmuş; şirketin karar düzeltme başvurusu, davalı idareler karar düzeltme talebinde bulunmadığı ve müdahilin tek başına kanun yoluna başvurma hakkının olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş; bu arada BOTAŞ davacıya ödediği tazminatı şirketin hakedişinden düşmek suretiyle şirkete rücu etmiştir. Anayasa Mahkemesi yukarıda açıklanan içtihadına uygun olarak bu olayda da müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkını mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmemiş; ancak karara muhalif kalan iki üye karşı oy yazılarında kararın "*davanın asıl tarafı yönünden nasıl bağlayıcı ise fer'î müdahil yönünden de aynı şekilde bağlayıcı*" olduğu ve "*icra ve infazı sırasında [müdahilin] doğrudan etkilenece[ği]*" hususlarını gözeterek davalı yanında müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının mahkemeye erişim hakkı kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmişler; uyuşmazlık konusu ile müdahil arasındaki "doğrudan ilişki"yi, müdahilin adil yargılanma hakkını, bağımsız olarak kanun yoluna başvurmayı da kapsayacak şekilde genişleten bir durum olarak kabul etmişlerdir.[52]

Gerçekten de idari yargıda müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının ölçütünün belirlenmesinde, gerek yanında müdahil olunan tarafın niteliği (I), gerek müdahille uyuşmazlık konusu arasındaki ilişkinin niteliği (II) gözönünde bulundurulabilecek hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MÜDAHİLİN BAĞIMSIZ OLARAK KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKININ YANINDA MÜDAHİL OLUNAN TARAFIN NİTELİĞİNE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

İdari yargılama hukukunda müdahilin yanında katıldığı taraftan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının bulunup bulunmadığı sorusuna cevap aranırken, bireysel idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında dava konusu idari işlem lehine olan üçüncü kişi ile tam yargı davalarında davalı idarenin tazminata mahkum edilmesi halinde ödeyeceği tazminatı kendisine rücu etmesi ihtimali olan üçüncü kişinin konumu ön plana çıkarılarak,[53] hatta konu çoğunlukla salt bu konumdaki müdahiller bakımından ele alınarak da-

---

[52] AYM, 12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, karşı oy § 9, Bkz. AYM İnternet Sitesi.

[53] **ERDAL**, 2009, s. 72, 105, 153; **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181, 182.

valı yanında müdahil bakımından adil yargılanma hakkı kapsamında olumlu bir cevap vermek; davacı yanında müdahil için ise kanun ve yerleşik içtihatlar uyarınca olumsuz bir sonuca ulaşmak eğilimi göze çarpmaktadır.

İdari yargılama hukukunda müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkını müdahil olunan tarafın niteliğine göre, başka bir deyişle "davalı yanında müdahale" (1) ve "davacı yanında müdahale" (2) ayrımına göre değerlendiren ve "toptancı" olarak nitelendirilebilecek bu bakış açısı, aşağıda açıklanacağı üzere birçok örnek bakımından haklı sayılabilirse de, öngörülen şablona uymayan "davalı yanında müdahale" ve "davacı yanında müdahale" biçimlerinin varlığı bu ayrımı hukuki açıdan zayıflatmaktadır.

1. Davalı Yanında Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurma Hakkı: "Zorunlu" Müdahillik

Türk idari yargılama hukukunda özel kişilerin hasım mevkiinde bulunamayacağı kabul edildiği için,[54] açılan bir davanın kazanılmasından doğrudan

[54] Her ne kadar Danıştay'ın kamusal yetkiler kullanan özel hukuk kişilerinin de idari işlem tesis edebileceği; bunların iptaline ilişkin davaların özel hukuk kişisiyle birlikte, özel hukuk kişisinin yürüttüğü faaliyeti gözetim ve denetim görevi bulunan idarenin de hasım konumuna alınması suretiyle idari yargıda görüleceğine ilişkin, başka bir deyişle idari davalarda özel hukuk kişisinin idare ile birlikte olmak kaydıyla hasım konumunda yer alabileceğine ilişkin bazı kararları bulunsa da (bkz. Dan.10.D., E. 2009/5590, K. 2009/10533, 16.12.2009, DD, S. 124, s. 392; Benzer bir karar için bkz. Kırıkkale İdare Mahkemesi, 29.03.2012, E. 2012/26, K. 2012/188 sayılı kararı, bkz. **ARSLAN**, 2013, s. 83), özel kişinin yürüttüğü faaliyet ve kullandığı yetkiler bakımından "maddi anlamda idare" sayıldığı bu gibi istisnai kararlar bir kenara bırakılırsa Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre idari davalarda hasım konumunda daima idare yer alır. Bkz. UM, E. 2010/66, K. 2010/244, 06.12.2010, Bkz. UM İnternet Sitesi; UM, E. 2013/1644, K. 2013/1857, 30.12.2013, RG 21.02.2014, S. 28922-mükerrer; UM, E. 2016/107, K. 2016/193, 11.04.2016, RG 08.05.2016, S. 29706; UM, 2018/244, K. 2018/282, 28.05.2018, RG 21.06.2018, S. 30455: "*otoyoldan ücret ödenmeden geçildiğinden bahisle, Otoyol Yatırım ve İşletme A.Ş. tarafından (...) TL geçiş ücreti ve ceza tutarının belirlenerek (...) "İhlalli Geçiş İhtarnamesi" ile davacıya tebliğ edildiği, (...) iptali istenilen ihtarnamenin kamu kuruluşu niteliği taşımayan Otoyol Yatırım ve İşletme A.Ş. tarafından düzenlendiği gözetildiğinde, idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksız olduğundan; uyuşmazlığın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.*"; UM, E. 2019/135, K. 2019/259, 29.04.2019, RG 23.05.2019, S. 30782; UM, E. 2019/202, K. 2019/306, 29.04.2019, RG 23.05.2019, s. 30782: "*davanın açıldığı tarihte davalı mevkiinde kamu kuruluşu niteliği taşımayan Akdeniz Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'nin olması karşısında, idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksız olduğundan; uyuşmazlığın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.*"; UM, E. 2019/315, K. 2019/423, 08.07.2019, RG 13.09.2019, S. 30887-mükerrer: "*kamu kuruluşu*

ve olumsuz anlamda etkilenecek bir özel kişi davalı mevkiinde yer alamamakta; özel kişi açısından söz konusu uyuşmazlığa davalı yanında müdahil olarak katılmak, kendisiyle doğrudan ilgili bulunan uyuşmazlığın yargısal çözümünde yer alabilmek ve bu anlamda mahkemeye erişim hakkını kullanabilmek bakımından tek olanak olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla davacı yanında müdahil gibi, dava açmak suretiyle mahkemeye erişim hakkını kullanmak imkanı olmayan davalı yanında müdahilin müdahale kapsamındaki hak ve yetkilerinin davacı yanında müdahile nazaran daha geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülebilir. Davalı yanında müdahilin "zorunlu" müdahilliği olarak nitelendirilebilecek bu hukuki durumun yanı sıra, idarenin kendisini yargı organları önünde yeterince savunamadığına,[55] kanun yollarına başvurularının sıklıkla süreden reddedildiğine ilişkin genel kanının yansıttığı belli bir gerçeklik ve pratik durum da bu sonucu desteklemektedir.

Örneğin bir özel hukuk tüzel kişisi olan Balçova Termal Turizm ve Otelcilik Ticaret A.Ş., %99,96 hissesine sahip olduğu Büyük Balçova Oteli'nin kiralanması ihalesinin iptali talebiyle Radyo 35 İzmir Televizyon Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. tarafından açılan ve İl Özel İdaresinin husumetiyle görülen iptal davasında, davalı yanında müdahil olarak katılmak suretiyle yer alabilmiş; maliki olduğu otelin kiralanması ihalesinin yargısal denetiminin yapıldığı davada mahkemeye erişim hakkını kullanabilmiştir.[56]

Kişinin kendi yararına tesis edilmiş bir idari işleme karşı açılan bir davada, söz konusu işlemin hukuka uygunluğu hakkında karar vermeye yetkili mahkemeler önünde, yararına olan işlemin hukuka uygunluğuna ilişkin savunmalarını ileri sürebilmesine imkan veren hukuk düzenindeki tek kurum müdahaledir. Danıştay da, "*yararına verilmiş olan kararın iptali için açılan davada, yararına karar verilmiş tarafın (...) ancak davalılar yanında davaya katılabileceği*"ne

---

niteliği taşımayan KYC Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş.'ne karşı dava açıldığı gözetildiğinde, idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir idari dava bulunduğundan söz etmek olanaksız olduğundan; uyuşmazlığın, özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır."; Dan.9.D., E. 1969/1792, K. 1970/241, 29.01.1970, Bkz. Danıştay Dokuzuncu Daire Kararları, Danıştay Yayınları, Ankara, 1973, s. 49; Dan.7.D., E. 2002/88, K. 2005/2743, 16.11.2005, DD, S. 112, s. 226: "*İdari yargı yerinde yargısal yöntemlerle hukuka uygunluğu denetlenen faaliyet, kamu idaresine ait bulunduğundan, bu denetimi konu edinen davanın davalısı, değişmez bir biçimde idaredir.*".

55 **ERDAL**, 2009, s. 94.

56 AYM, 01.12.2015, *Balçova Termal Turizm ve Otelcilik Ticaret A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2013/2687, Bkz. AYM İnternet Sitesi.

hükmederek, bu gibi durumlarda davalı yanında müdahilliğin işlemden yararlanan bakımından mahkemeye erişim için tek imkan olduğunu kabul etmiştir.[57]

Bu nedenledir ki, Danıştay'ın davalı yanında müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvuramayacağına dair bir kararına yazılan karşı oyda "*6100 sayılı Kanun'un 66. maddesinin ilk fıkrasındaki "davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında" ibaresi[nin], idari yargılamada, iptal istemine konu olan idari işlem ile bu işlemin muhatabı olan, diğer bir ifade ile bu işlemden menfaat sağlayan (davalı idare yanında) müdahilin davadaki durumunu yeteri kadar ortaya koyama[dığı], (...) müdahil ile dava konusu işlem arasındaki bağ[ın] doğrudan bir*[58] *bağ [olduğu]*" bu özel durumda müdahilin tek başına kanun yoluna başvurma hakkının adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü ortaya konulmuştur.[59]

Şu halde idari yargıdaki iptal davalarında dava konusu işlemin doğrudan muhatabı ve yararlanıcısı olan kişi, savunma dışında bir pozisyon alma imkanı bulunmayan hak sahibi olup, bu kişiye "*katılmanı lütfen kabul ettik, elini, kolunu, hatta dilini bağlıyoruz, sadece bakacaksın demek, adaletle hukuk mantığı ile bağdaşmaz*.".[60] Bu nedenledir ki, idari yargılama hukukunda müdahile bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının verilmesi gerektiğine ilişkin yargı kararları, karşı oylar veya müellif görüşleri genellikle yukarıda açıklandığı gibi lehine bir işlem tesis edilen özel kişinin söz konusu işlemin iptali talebiyle açılan davaya davalı yanında müdahil olarak katılması;[61] başka bir deyişle bireysel idari işlemin lehdarının iptal davasına davalı idare yanında katılmasına ilişkin örneklerle desteklenmiştir.

Gerçekten de idari yargıda görülmekte olan davalara müdahalelerin önemli bir çoğunluğunu teşkil eden bu durum, birçok ihtimalde karşımıza

---

57 Dan.8.D., E. 1984/477, K. 1984/1646, 27.12.1984, DD, S. 58-59, s. 284.

58 **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206.

59 Dan.15.D., E. 2015/8384, K. 2015/ 7013, 05.11.2015, karşı oy, bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206, 207.

60 **NEDİMOĞLU**, 1976, s. 69.

61 **NEDİMOĞLU**, 1976, s. 67, 68; **PEKCANITEZ**, 1992, s. 208, 209; **PEKCANITEZ**, 2001, s. 600, 601; ÖZAY İl Han, "Davaya Taraf Olmayan Kişileri (Yakından) Etkileyen Kararlar", **İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu**, İzmir, Ekim 2000, s. 331; ERKUT Celal, "Türkiye'de Yürütülen İdari Yargı Reformları", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 24-25 Ekim 2003, TBB Yayınları, s. 329; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2007, s. 391; **YAMAN**, 2008, s. 100, 103; **TOSUN / TAN**, 2015, s. 874; TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2016, s. 1023 (TAN); **SANCAKDAR**, 2018, s. 254.

çıkabilmektedir. İhalenin belli bir kişi üzerinde bırakılmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalara, dava konusu işlem, "*[kendisi] açısından yararlandırıcı bir işlem ol[an], bu işlemin iptal edilmesinden doğrudan etkilenece[k olan]*"[62] ihale üzerinde kalan kişinin[63] veya doğrudan idari sözleşmenin iptali talebiyle üçüncü kişilerce açılan iptal davalarına sözleşmenin tarafı olan özel kişinin;[64] imar planı, imar planı değişikliği ve bunlara göre verilen yapı ruhsatı işlemlerine karşı menfaatleri ihlal edilenlerce açılan iptal davalarına uyuşmazlık konusu taşınmazın maliki veya söz konusu taşınmaz üzerinde ayni, şahsi veya tahsis gibi bir işlemle idari hak sahibi olan kişinin;[65] kamulaştırmanın iptali

---

62 Dan.13.D., E. 2015/645, K. 2015/1619, 27.04.2015, DD, S. 140, s. 377.

63 Dan.13.D., E. 2018/461, K. 2018/1301, 09.04.2018, DD, S. 148, s. 224.

64 İstanbul Anadolu Yakasında belli bir bölgede TEK'e ait bulunan elektrik dağıtım ve tesisleri ile ticaretine ilişkin işletme haklarının otuz yıl süreyle sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisine devrine ilişkin TEK ile bir özel hukuk şirketi arasında imzalanan sözleşmenin iptali talebiyle TEK'de çalışan bir işçi tarafından açılan davaya, sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisinin davalı yanında müdahil olarak katılması (Dan.10.D., E. 1991/1, K. 1993/1752, 29.04.1993, DD, S. 88, s. 463).

65 Taşınmazına ilişkin plan değişikliği işlemine (futbol sahasından "turizm tesis alanı ve park alanı"na alınması) karşı açılan davada malikin planları yapan davalı Çevre ve Şehircilik Bakanlığı yanında müdahil olması (Dan.6.D., E. 2014/1757, K. 2014/8975, 18.12.2014, DD, S. 138, s. 289); taşınmazına ilişkin imar planı değişikliğine karşı Ziraat Mühendisleri Odası tarafından açılan iptal davasına malikin davalı yanında müdahil olması (Dan.6.D., E. 2011/6116, K. 2015/386, 03.02.2015, DD, S. 139, s. 480); tadilat projesinin belediye tarafından onaylanmasına karşı açılan iptal davasında, ruhsat sahibi kooperatifin davalı belediye yanında davaya katılması (Dan.6.D., E. 1993/4593, K. 1994/1594, 25.04.1994, DD, S. 90, s. 678); yapı ruhsatı ile dayanağı imar planının iptali talebiyle açılan davaya malikin davalı yanında müdahil olarak katılması (Dan.6.D., E. 2011/4552, K. 2015/2559, 22.04.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 203. Dan.6.D., E. 2009/4622, K. 2011/3340, 23.09.2011, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180; Dan.6.D., E. 2010/3222, K. 2012/7225, 03.12.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180); nazım ve uygulama imar planlarındaki "akaryakıt, LPG, oto bakım ve yıkama" fonksiyonu ve bunlara göre verilen ruhsatın iptali talebiyle açılan davaya ruhsat sahibinin davalı yanında müdahil olarak katılması (Dan.6.D., E. 2014/5380, K. 2014/5127, 02.07.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 203); özel proje alanı ilanı ve buna göre yapılan imar planı tadilatlarının iptali talebiyle açılan davaya uyuşmazlık konusu alanın maliki ve proje uygulayıcısı firmaların davalı yanında müdahalesi (Dan.6.D., E. 2015/3258, K. 2016/426, 04.02.2016, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204); Köy muhtarlığınca inşaat ruhsatlarının iptali talebiyle açılan davaya, dava konusu inşaat ruhsatlarının sahibinin davalı yanında katılması (Dan.6.D., E. 1983/1415, K. 1983/4428, 30.12.1983, Bkz. **ASLAN / BERK**, 2011, s. 700); Jandarma Genel Konutanlığı'nın askeri yasak bölgeye komşu bir alanın konut alanı haline getirilmesine ilişkin plan değişikliğine karşı açtığı davaya, plan değişikliğinin konusunu oluşturan taşınmazın maliki olan şirketin davalı yanında katılması (Dan.6.D., E. 2016/6927, K. 2018/578, 25.01.2018, DD, S. 149, s. 158); belde sakini iki gerçek kişi, TMMOB Mimarlar Odası Antalya Şubesi ve Antalya Barosu tarafından, Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca yapılan tahsis işleminin ve tahsis edilen taşınmazlara ilişkin imar planlarının

davalarına lehine ve adına kamulaştırma yapılan özel kişinin;[66] başkası adına yapılan marka tescilinin iptali talebiyle açılan davaya uyuşmazlık konusu marka, adına tescilli bulunan kişinin;[67] yine taşınmaz üzerinde kanuni ipotek veya mülkiyet gibi bir ayni hak tesisine ilişkin işlemlere karşı açılan davalara kanuni ipotek sahibi veya malikin;[68] belli bir faaliyetin gerçekleştirilmesine imkan veren ruhsat, izin, lisans, yetkilendirme, görevlendirme, ÇED olumlu veya gerekli değildir kararı, işyeri açma ve çalışma ruhsatı vs. gibi izin niteliğindeki bir kolluk işleminin veya kamu hizmetinin özel kişiye gördürülmesine ilişkin işlemin doğrudan muhatabı olan kişinin bu işlemlere karşı menfaati ihlal edilen kişilerce açılan davalara;[69] kamu görevlisi atama işlemine

---

iptali talebiyle açılan davalara, lehine tahsis yapılan şirketin davalı yanında müdahil olarak katılması (AYM, 26.06.2019, *Cengiz İnş.San.ve Tic.A.Ş. ve Mirax Tur.İnş.Tic.A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/7846, RG 19.07.2019, S. 30386).

66 Dan.6.D., E. 1970/664, 04.09.1970, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 371: "*Enerji Bakanlığının kamulaştırma işleminin iptali ile açılan davada davalı idare yanında müdahale talebinde bulunan yatong Anonim Şirketinin dilekçesi incelendi. Müdahale talebinde bulunan şirketin dava ile yakın ilişkisinin bulunduğu anlaşıldığından davalı bakanlık yanında müdahil sıfatıyla bulunmasına talebinin bu şekilde kabulüne karar verildi.*".

67 Dan.12.D., E. 1970/630, 22.10.1970, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 373.

68 Islah imar planı uyarınca kanuni ipotek tesisi işleminin iptali talebiyle açılan davaya, lehine ipotek tesis edilen kişinin davalı ilçe ve büyükşehir belediyeleri yanında müdahil olması (Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 18; aynı yönde bkz. Dan.6.D., E. 2015/4929, K. 2015/4130, 11.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 203); Osmanlı Zabıt Defterlerine göre çeşitli taşınmazların vakıflara ait olduğu gerekçesiyle vakıf şerhlerinin yeni kayıtlara aktarılması talebiyle yapılan başvurunun reddine dair işleme karşı Vakıflarca açılan davada, söz konusu taşınmazların maliki olduklarını iddia eden kişilerin davalı idare yanında müdahil olması (Dan.10.D., E. 2010/9978, K. 2010/6930, 27.09.2010, Bkz. KİB).

69 Doğal mineralli maden suyu işletme ruhsatı talebinin reddi ve ruhsatın Kızılay Derneği'ne verilmesine ilişkin işlemlerin iptalleri talebiyle açılan davaya Türkiye Kızılay Derneği'nin davalı idare yanında müdahil olması (Dan.8.D., E. 2011/9465, K. 2013/84, 17.01.2013, DD, S. 133, s. 406); doğaltaş mermer ocağı ve kırma-eleme tesisi için düzenlenen 2. sınıf gayrisıhhi müessese işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptali istemiyle semt sakinleri tarafından açılan davaya ruhsat sahibi şirketin davalı idare yanında müdahil olması (Dan.8.D., E. 2011/9473, K. 2012/2389, 15.05.2012, DD, S. 131, s. 409; aynı yönde bkz. Dan.17.D., E. 2015/9703, K. 2015/264, 26.02.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 208); maden işletme ruhsatı almak isteyen şirket tarafından mera vasfının değiştirilmesi talebiyle yapılan başvurunun kabulü işlemine karşı köy muhtarlığı ve meradan yararlanan vatandaşlardan biri tarafından açılan iptal davasına, maden işletmek isteyen şirketin davalı yanında müdahil olarak katılması (Dan.17.D., E. 2015/9316, K. 2015/1943, 08.05.2015, DD, S. 139, s. 114); su ürünleri üretim alanında, çipura ve levrek yetiştiriciliği projesi için "ÇED Gerekli Değildir" kararının iptali istemiyle çevre sakinleri ve Karaburun Belediye Başkanlığı tarafından İzmir Valiliğine karşı açılan davaya, projeyi gerçekleştirecek olan şirketin davalı Valilik yanında müdahalesi (Dan.14.D., E. 2014/6972, K. 2015/7981,

karşı açılan iptal davalarına ataması yapılan kamu görevlisinin;[70] soruşturma

27.10.2015, DD, S. 141, s. 522); demir ocağı ve kırma eleme tesisi projesi için verilen "ÇED Gerekli Değildir" kararına karşı Köy Dayanışma Derneği ve Köy sakinleri tarafından açılan davaya işletme ruhsatı sahibi şirketin davalı yanında müdahil olması (Dan.14.D., E. 2018/1008, K. 2018/3397, 08.05.2018, DD, S. 149, s. 417); Eczane ruhastının iptali talebiyle komşu eczacı tarafından açılan davaya ruhsat sahibinin davalı yanında müdahalesi (Dan.15.D., E. 2018/710, K. 2018/4556, 08.05.2018, Bkz. KİB); Regülatör ve HES projeleri için verilen "ÇED gerekli değildir" kararlarına ilişkin davalarda proje sahibinin müdahilliği (Dan.10.D., E. 2014/2730, K. 2014/3562, 28.05.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.10.D., E. 2014/6350, K. 2014/7612, 11.12.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.14.D., E. 2012/259, K. 2012/195, 24.01.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.14.D., E. 2011/15025, K. 2013/6283, 24.09.2013, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206); maden ocağı ve kırma eleme tesisi için alınan "ÇED Gerekli Değildir" kararına ilişkin davada işletme sahibinin müdahilliği (Dan.14.D., E. 2015/4511, K. 2015/4856, 03.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206); bir taşınmaz üzerinde akaryakıt istasyonu açılmasında sakınca olmadığına ilişkin İl Trafik Komisyonu kararına karşı, o taşınmaza 1850 metre uzaklıkta akaryakıt istasyonu bulunan bir kişi tarafından açılan iptal davasına, akaryakıt istasyonu açmak isteyen kişinin davalı yanında müdahil olarak katılması (Dan.8.D., E. 1984/477, K. 1984/1646, 27.12.1984, DD, S. 58-59, s. 282); tarım toprağını tarım dışı amaçla kullanmasına izin verilen kişinin bu işlemin iptali talebiyle açılan davaya davalı yanında müdahil olarak katılması (Eskişehir 1. İdare Mahkemesi, E. 2013/70, K. 2014/200, 27.02.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181); yolcu taşımacılığı yapma izni verilen bir özel hukuk tüzel kişisinin bu iznin iptali talebiyle açılan davaya davalı yanında müdahil olması (Dan.8.D., E. 2002/1396, K. 2002/2405, 18.04.2002, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180; Dan.10.D., E. 2012/8570, K. 2012/6547, 13.12.2012, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.15.D., E. 2013/1609, K. 2016/5761, 30.11.2016, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2018/1260, K. 2018/3570, 05.04.2018, Bkz. KİB); havaalanı ile şehir merkezi arasında yolcu taşımacılığı yapma yetkisinin uzatılmasına ilişkin işlemin iptali talebiyle, aynı konuda belediye tarafından açılan ihaleye girerek ihaleyi kazanan şirket tarafından açılan davaya, yetkisi uzatılan şirketin davalı yanında müdahil olması (Dan.15.D., E. 2016/9401, K. 2017/178, 12.01.2017, Bkz. KİB); bir meslek kuruluşunun dava konusu idari tasarrufundan faydalanan gerçek kişinin davalı yanında müdahil olması (Dan.8.D., E. 2009/6033, K. 2009/4574, 14.07.2009, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180); lehine güzergah izni verilen kişinin, bu iznin iptali talebiyle açılan davaya davalı yanında müdahil olması (Dan.15.D., E. 2015/4746, K. 2015/4378, 24.06.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206; Dan.15.D., E. 2015/8384, K. 2015/7013, 05.11.2015, E Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206); otel ve restoran işletme izinin iptali istemiyle semt sakinleri tarafından açılan davaya izin sahibinin davalı idare yanında katılması (Dan.8.D., E. 2006/453, K. 2006/607, 15.02.2006, Bkz. KİB); elektrik dağıtımı ve ticareti konusunda bir şirketin görevlendirilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu kararının iptali talebiyle Sendika tarafından açılan davaya görevlendirilen şirketin davalı yanında katılması (Dan.İDDGK, E. 2003/167, K. 2003/393, 06.06.2003, Bkz. **ARSLAN ve diğ.**, 2005, s. 658).

[70] Dan.5.D., E. 2013/7581, K. 2014/3778, 30.04.2014, DD, S. 137, s. 123; Dan.10.D., E. 2005/2737, K. 2005/2083, 25.04.2005, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181; Dan.8.D., E. 2001/2933, K. 2002/232, 17.01.2002, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180; bir sınıf öğretmeninin eş durumu sebebiyle atanmak amacıyla yaptığı başvurunun reddi ve ilgili yerdeki okullara başka öğretmenlerin atanmalarına ilişkin işlemlerin iptali talebiyle açılan davaya ataması yapılan öğretmenlerin davalı yanında müdahil olarak katılması (Dan.2.D., E. 2006/470, K. 2008/1391, 21.03.2008,

açmamaya veya ceza vermemeye ilişkin işlemlere karşı genellikle şikayetçi tarafından açılan iptal davalarına hakkında karar verilen kişinin;[71] yönetim planının tapu siciline işlenmesine yönelik talebinin reddine dair Tapu Sicil Müdürlüğü işleminin iptali talebiyle site yönetimi tarafından açılan davaya, site sakinlerinin[72] davalı yanında müdahil olarak katılması bu ihtimallerden en sık rastlanılanlarıdır.

Bu ihtimallerde kişinin davalı yanında müdahil olması, doğrudan yararlanıcısı ve muhatabı olduğu ihale, sözleşme, plan, ruhsat, izin, atama, soruşturma açılmaması, ceza verilmemesi yolundaki işlemlerin yargısal denetiminde mahkemeye erişim bakımından tek imkanı olup, bu halde müdahili HMK md.68/1/2.cümle uyarınca, yanında müdahil olduğu tarafın işlem ve açıklamalarına aykırı usul işlemleri yapamayacağı gerekçesiyle bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkından yoksun bırakmanın, müdahilin Anayasa

---

DD, S. 119, s. 132); Anabilim Dalı başkanı tarafından kendi anabilim dalına yapılan doçent atamasına karşı açılan iptal davasına ataması yapılan öğretim üyesinin müdahil olması (Dan.8.D., E. 2009/5454, K. 2009/7028, 04.12.2009, Bkz. KİB); yardımcı doçentlik kadrosuna atanmak için başvuran ancak ataması yapılmayan kişinin, atanmama işleminin ve diğer adayın atanması işleminin iptali talebiyle açtığı davada ataması yapılan kişinin davalı yanında müdahil olması (Dan.8.D., E. 2016/3040, K. 2017/7, 16.01.2017, DD, S. 146, s. 341-347).

71 Adalet Bakanlığı'nın avukat hakkında soruşturma izni verilmemesi işlemine karşı şikayetçi tarafından açılan davada avukatın Bakanlık yanında müdahil olması (Dan.8.D., E. 2013/1031, K. 2016/3512, 08.04.2016, Bkz. KİB); avukat hakkında baro disiplin kurulu tarafından verilen işten yasaklama kararının kaldırılması talebiyle TBB'ne yapılan başvuru üzerine TBB Disiplin Kurulunca kaldırma kararı verilmesi ve bu kararın Adalet Bakanlığınca uygun görülmeyerek geri gönderilmesi üzerine TBB Disiplin Kurulunca işten yasaklama kararının kaldırılmasında ısrar edilmesi işlemine karşı şikayetçi tarafından açılan iptal davasına avukatın davalı TBB yanında müdahil olması (AYM, 19.11.2014, *Nesrin Kayserilioğlu (2) Başvurusu*, Başvuru No: 2012/1238, Bkz. AYM İnternet Sitesi); Avukat hakkında bağlı olduğu baro tarafından tesis edilen işleme karşı yapılan itirazın kabulüne ilişkin işlemin iptali istemiyle başka bir avukat tarafından açılan davaya, hakkında karar verilen avukatın davalı idare yanında katılması (Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 2010/1468, 28.04.2011, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 848); Rekabet Kurulunun şikayet üzerine açtığı soruşturma sonucunda ilgili teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine ilişkin kararının iptali talebiyle şikayetçi teşebbüs tarafından açılan iptal davasına, hakkında karar verilen teşebbüsün davalı yanında müdahil olarak katılması (Dan İDDK, E. 2011/1659, K. 2011/778, 29.09.2011, Bkz. KİB; Dan.İDDK, E. 2011/1093, K. 2011/670, 16.06.2011, Bkz. KİB); Rekabet Kurulu'nun bir dalış okulunun Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu'nun 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle yaptığı başvuruyu reddi üzerine, söz konusu dalış okulu tarafından açılan iptal davasına Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu'nun müdahil olması (Dan.13.D., E. 2014/3423, K. 2018/994, 14.03.2018, DD, S. 148, s. 379).

72 Dan.10.D. E. 2012/6950, K. 2014/2676, 25.04.2014, Bkz. KİB.

ve AİHS ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına geleceği kabul edilmeli; Anayasa'nın 90. maddesinde öngörülen "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma [ile] kanun[un] aynı konuda farklı hükümler içermesi*"nin söz konusu olduğu somut olayda da "*milletlerarası andlaşma hükümleri esas alın[arak]*", davalı yanında müdahile davalıdan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanınmalıdır.

Benzer bir yaklaşım tam yargı davalarında, dava sonucunda davalı idarenin tazminat ödemeye mahkum edilmesi halinde Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kendilerine rücu mekanizmasının işletilmesinin söz konusu olduğu, uyuşmazlık konusu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlilerinin[73] veya idareyle aralarındaki sözleşme gereğince uyuşmazlık konusu idari faaliyeti kısmen veya tamamen gerçekleştiren özel hukuk kişilerinin davalı yanında müdahil olması ihtimali için de sergilenebilir.[74]

---

[73] Sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan zararların tazminine ilişkin tam yargı davalarında, tam yargı davası sonucunda tazminata hükmedilmesi halinde davalı Sağlık Bakanlığı'nın rücu davası açabileceği sağlık personelinin davalı yanında müdahil olması (Dan.10.D., E. 2007/4932, K. 2010/5301, 11.06.2010, DD, S. 125, s. 355: "*davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan ...'ın, davacılardan ...'in, Balta Limanı Metin Sabancı Kemik Hastalıkları Hastanesinde 21.9.2000 tarihinde yapılan ameliyatı sırasında sağ yerine sol kolunu ameliyat eden doktor olması ve bu davanın davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine sonuçlanması halinde, Sağlık Bakanlığı'nca doktor ...'a rücu edilecek olması karşısında; davalı idare yanında müdahale isteminde bulunan ...'ın müdahale istemi kabul edilip...*"); tıbbi müdahalelerden doğan zararların tazmini için açılan davalara müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin davalı yanında katılması (Dan.10.D., E. 2000/1631, K. 2000/5737, 15.11.2000, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 18; Dan.10.D., E. 2007/4932, K. 2010/5301, 11.06.2010, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 18; Dan.15.D., E. 2013/4042, K. 2016/4202, 09.06.2016, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2015/9826, K. 2017/5596, 17.10.2017, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2013/14082, K. 2018/3268, 03.04.2018, DD, S. 148, s. 268; Dan.15.D., E. 2013/11423, K. 2018/3871, 17.04.2018, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2017/414, K. 2019/59, 09.01.2019, Bkz. KİB; Dan.15.D., E. 2017/1798, K. 2019/32, 09.01.2019, Bkz. KİB); terör eylemlerine karşı yeterli önlem alınmamasından doğan zararların tazmini için açılan davalara ilgili kamu görevlilerinin davalı yanında katılması (Dan.10.D., E. 1998/3545, K. 2001/118, 18.01.2001, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181); yargı mercilerince iptal edilen idari işlemler nedeniyle doğan zararların ödenmesi istemiyle açılan tam yargı davalarına ilgili kamu görevlilerinin davalı idare yanında müdahalesi (Dan.10.D., E. 1995/213, K. 1996/1627, 22.03.1996, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181; Dan.10.D., E. 1998/4049, K. 2001/452, 12.02.2001, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181).

[74] BOTAŞ ile yaptığı sözleşme uyarınca bir kısmı karayolunun altından geçen doğal gaz boru hattı inşaatı işini yapan şirketin, söz konusu karayolunun doğal gaz borusunun geçirildiği kısmında meydana gelen çökme sonucu oluşan kazada uğranılan zararların tazmini talebiyle idari yargıda açılan tam yargı davasında davalılar BOTAŞ ve KGM yanında müdahil olması (AYM,

Zira söz konusu davalarda davalı olma imkanları ve uyuşmazlığa başka bir hukuki yolla dahil olmaları mümkün bulunmayan bu kişilerin,[75] davanın kabul edilmesi halinde tazminat ödemeleri söz konusu olacağı için, aleyhlerine olan yargı kararına karşı kanun yoluna gitme haklarını, "müdahil" oldukları gerekçesiyle başka bir kişinin iradesine bağlı tutmanın mahkemeye erişim hakkı kapsamında adil yargılanma hakkının ihlali olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ancak davalı yanında müdahale örnekleri bunlarla sınırlı değildir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davalı yanında müdahil her zaman hakkında idari işlem tesis edilen kişi olmamakta; davacının hakkında işlem tesis edilen kişi olduğu durumlarda, davalı yanında müdahil dava konusu idari işlemin muhatabı olmayan bir üçüncü kişi olarak karşımıza çıkabilmektedir. Yapı yapılamayacak bir alanda kalan taşınmazı düzenleme sınırı dışında bırakan uygulama imar planının iptali talebiyle söz konusu taşınmazın maliki tarafından açılan davada, düzenleme sınırı içinde kalan taşınmaz maliklerinin;[76] malikin taşınmazı hakkında verilen yıkım kararının iptali talebiyle açtığı davaya komşunun;[77] davacı adına madencilik faaliyeti nedeniyle verilen işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptal edilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davaya komşunun;[78] yolcu taşımacılığı yapılabilmesi için çalışma izni verilmesi başvurusunun reddi işleminin iptali talebiyle açılan davaya rakip şirketin[79] davalı yanında müdahil olarak katılması örneklerinde de görüldüğü üzere, iptal davalarında davalı yanında müdahil her zaman uyuşmazlık konusu işlemin doğrudan yararlanıcısı ve muhatabı olmayabilmektedir.

12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, bkz. AYM İnternet Sitesi); idarenin inşaat faaliyetlerinden doğan tam yargı davalarına inşaatı gerçekleştiren özel kişilerin davalı yanında müdahalesi (Dan.10.D., E. 2005/2547, K. 2007/1089, 13.03.2007, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181; Dan.10.D., E. 2006/238, K. 2006/49, 24.01.2006, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 181); yol yapımında hizmet kusuru nedeniyle açılan tam yargı davasına yapım işini gerçekleştiren firma tarafından davalı yanında müdahale edilmesi (Dan.15.D., E. 2014/9189, K. 2015/1164, 26.02.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 201).

75 **AKYILMAZ ve diğ.**, 2018, s. 392.

76 Dan.6.D., E. 2007/5904, K. 2008/8408, 28.11.2008, DD, S. 121, s. 250.

77 Dan.6.D., E. 1972/3817; Dan.12.D., E. 1969/3968, K. 1969/2121, Bkz. EROĞLU Yaşar, "Danıştay Kanunu'yla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı", **DD**, Y. 3, S. 8, 1973, s. 27.

78 Dan.8.D., E. 2014/4295, K. 2014/4207, 26.05.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 205.

79 Dan.15.D., E. 2014/4963, K. 2015/991, 20.02.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 206.

"Davalı yanında müdahil" konumuna ilişkin toptancı yaklaşıma karşı belirtilmesi gereken bir diğer husus da, davalı yanında müdahilin her zaman özel hukuk kişisi olmadığı; idarelerin de yerine getirdikleri kamu hizmetleri ile ilgili davalara davalı yanında müdahil olarak katılabildikleridir. Kamu tüzel kişilerinin veya merkezi idare içinde yer alan kamu idarelerinin, yerine getirdikleri kamu hizmeti ile ilgili konularda merkezi idare veya diğer kamu bir kamu tüzel kişisi tarafından tesis edilmiş işleme karşı açılan iptal davasında;[80] mahalli idarelerin yer bakımından yetkileri kapsamındaki taşınmazlarla ilgili olarak diğer idareler tarafından tesis edilmiş işlemlere karşı açılan iptal davalarında;[81] TBB'nin, Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Mü-

[80] Köy gelişme alanı belirlenmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle Valilik ve Muhtarlık hasım gösterilerek açılan davada Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü hasım mevkiine alınma talebinde bulunmuş; mahkemece bu konuda bir karar verilmeden nihai karar verilmesi bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Azlık oyunda Genel Müdürlüğün müdahale talebinde bulunma imkanı varken, bunu yapmadığı, hasım mevkiine alınma talebinin de mahkemece hukuken dikkate alınmadığı ve kabul edilmediği belirtilerek, bozma kararına karşı çıkılmıştır (Dan.8.D., E. 1990/817, K. 1991/617, 28.03.1991, DD, S. 82-83, s. 719).

Başbakanlık Personel Dairesi Başkanlığı bir kamu iktisadi teşebbüsünde işçi statüsünde çalışan kişinin kapsam dışı personel sayılarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakil hakkı verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davaya müdahil olmuş; ancak temyiz aşamasındaki yürütmenin durdurulması talebi, davalılar tarafından bu yönde bir talepte bulunulmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir (Dan.5.D., E. 2015/5863, 17.11.2015, Bkz. KİB). Benzer bir olayda ilk derece mahkemesince Başbakanlık Personel Dairesi Başkanlığı'na ihbar talebi kabul edilmeyerek davanın esasının karara bağlanmış olması bozma sebebi olarak kabul edilmiştir (Dan.5.D., E. 2012/2503, K. 2013/3648, 02.05.2013, DD, S. 134, s. 510).

Bir öğretim elemanının intibak talebinin reddine dair işlemin iptali talebiyle açtığı davada, davalı üniversitenin Maliye Bakanlığı'na ihbar talebinin kabul edilmemesi Danıştay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmiştir (Dan.5.D., E. 1991/501, K. 1993/4530, 17.11.1993, Bkz. KİB).

Valiliğin ticari plaka vermemesi işlemine karşı açılan davaya, Belediyenin davalı yanında müdahil olarak katılmasına ilişkin olarak bkz. Dan.8.D., E. 1992/2953, K. 1993/3867, 25.11.1993, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 191, dn. 43.

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20. Bölge Müdürlüğü tarafından yapılması planlanan proje ile ilgili olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca verilen ÇED olumlu kararının iptali istemiyle açılan davaya müdahil olmasına ilişkin olarak bkz. Dan.14.D., E. 2017/4202, K. 2018/833, 21.02.2018, DD, S. 148, s. 241.

[81] Yumurtalık Lagünü'nün tabiatı koruma alanı statüsünün kaldırılmasına ve yeni statüsünün milli park olarak belirlenmesine ilişkin 6.8.2008 tarih ve 2008/14355 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle dernekler tarafından Başbakanlık ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığına karşı açılan davada iki belediye başkanlığının da aralarında bulunduğu, 16 ayrı tüzelkişiliğin davalılar yanında davaya katılma istemi kabul edilmiştir (Dan.10.D., E. 2009/1713, K. 2014/895, 17.02.2014, DD, S. 136, s. 243). Kıyı kenar çizgisi belirlenmesi işlemine karşı TMMOB Mi-

şavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin meslek mensuplarının avukatlık yapmasını yasaklayan düzenlemesinin iptali talebiyle açılan iptal davasında;[82] dava sırasında faaliyete geçen ve dava konusu işlemi tesis etme konusunda yetkili hale gelen Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun, Hazine Müsteşarlığı tarafından bir banka hakkında tesis edilen işleme karşı banka tarafından açılan iptal davasında[83] davalı yanında müdahil olması bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu örneklerde davalı yanında müdahil olan idareye, diğer müdahillere nazaran hukuken farklı bir koruma sağlanmasını gerektirecek bir sebep bulunmamakta; davalı yanında müdahil dava konusu işlemin yararlanıcısı veya muhatabı konumunda yer almamakta; davanın davalı aleyhine sonuçlanması halinde davalı yanında müdahilin belli bir ödeme yapmak durumunda kalması gibi bir durum gündeme gelmemektedir. Ancak davalı yanında müdahilin idare olduğu tüm ihtimaller için aynı sonuca ulaşılması da mümkün gözükmemektedir.

Köy muhtarlığının veya belediye başkanlığının, iki köy veya belediye arasındaki sınır belirlenmesine ilişkin ilçe idare kurulu kararına karşı köy muhtarlıklarından veya belediyelerden biri tarafından açılan iptal davasına;[84] SGK'nın, kamu görevlisinin kendi kurumuna emekliliğe esas fiili hizmet süresi zammından yararlanmak amacıyla yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davaya;[85] Emekli Sandığı Genel Müdürlüğünün, İstanbul Belediyesi İETT Genel Müdürlüğü'nün davacının lise mezunu olduğu kanısıyla yapılan emekli intibakının ortaokul mezunu olduğundan bahisle düşürülmesi işlemine karşı açılan davaya[86] davalı yanında müdahil olarak katılması ihtimallerinde, mahalli idarenin kendi sınırının değişmesi veya sosyal güvenlik kuruluşunun borçlu duruma düşmesi gibi sonuçlar doğurabilecek davalara etki edebilmek bakımından davalı yanında müdahil olmak zorunda oldukları görülmektedir.

---

marlar Odası Samsun Şubesi tarafından Valilik ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı husumetiyle açılan davaya Samsun Büyükşehir Belediye Başkanlığı davalılar yanında müdahil olmuştur (Dan.14.D, E. 2015/5605, K. 2018/4826, 21.06.2018, DD, S. 149, s. 272).

82 Dan.İDDGK, E. 1992/580, K. 1993/544, 12.11.1993, Bkz. KİB.

83 Dan.10.D., E. 2001/864, 19.06.2001, Bkz. **BAL ve diğ.**, 2003, s. 770.

84 Dan.8.D., E. 1985/595, K. 1985/759, 16.09.1985, DD, S. 62-63, s. 366; Dan.8.D., E. 1991/715, K. 1991/997, 27.05.1991, DD, S. 84-85, s. 609. Aynı yönde Dan.8.D., E. 1994/7177, K. 1995/1207, 13.04.1995, Bkz. **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 747; Dan.8.D., E. 1995/3012, K. 1997/2568, 02.10.1997, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180.

85 Dan.11.D., E. 2012/4332, 12.03.2013, bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 847, 848.

86 Dan.10.D., E. 1970/405, K. 1971/2427, 11.11.1971, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 372.

Son olarak belirtmek gerekir ki, davalı yanında zorunlu müdahillik, genel olarak verilen örneklerin aksine yalnızca bireysel idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında söz konusu olmamakta; bir kişi ya da kuruluşun yararlandığı bir genel düzenleyici işlemin iptali talebiyle açılan davaya davalı yanında müdahale etmesi[87] halinde de aynı "sıkışmışlık" söz konusu olmaktadır.[88]

Görüldüğü üzere, müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkına sahip olup olmadığı sorusuna, davalı yanında müdahil bakımından olumlu cevap verilmesi gerektiği görüşüne dayanak olarak gösterilen örnekler davalı yanında müdahillik hallerinin tamamını kapsamamakta; idarelerin gördükleri kamu hizmetiyle ilgili bulunan davalara, özel kişilerin davacının muhatabı olduğu işlemlere karşı açtığı davalara veya bir genel düzenleyici işlemin hukuk düzeninde kalmasını isteyen herhangi bir kişinin o genel düzenleyici işlemin iptali talebiyle açılan davaya davalı yanında müdahil olması hallerinin, "işlemin lehdarının veya tazminatın rücu edileceği kişinin davalı yanında zorunlu müdahilliği" kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Aynı şekilde davacı yanında müdahil bakımından da, dava açmak gibi bir hukuk imkanı varken, müdahilliği tercih ettiğine göre, davacıya bağımlı kılınabileceği yolundaki toptancı anlayış, her somut olayı karşılayabilecek nitelikte bulunmayıp, müdahale kurumunun usul ekonomisinin sağlanması ve çelişkili kararların önüne geçilmesi amacına da uygun değildir.

2. Davacı Yanında Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurma Hakkı: "Seçilmiş" Müdahillik

Davacı yanında müdahil çoğu zaman davalı yanında müdahil gibi "zorunlu" müdahillik sıkışmışlığı içinde bulunmamakta; kendisi de dava açma imkanına sahip olduğu halde açılmış olan bir davada davacı yanında müdahil olmayı tercih etmektedir.[89] Bu sebeple davacı yanında müdahilin davacı da

---

87 **ERDAL**, 2009, s. 104.

88 Bir sendikanın İş Kolları Yönetmeliği'nin 28 numaralı iş kolunun iptali talebiyle açtığı iptal davasında, iptali talep edilen iş kolunu temsil eden sendikanın davaya davalı yanında müdahalesi kabul edilmiştir (Dan.DDK, E. 1964/1993, K. 1967/361, 10.03.1967, DKD, S. 111-114, s. 60).

89 Davacı yanında müdahil olmak üzere kendisine ihbarda bulunulan kişiye, müdahil olmaksızın yeni bir dava açarak davacı olma imkanının da verilmesi, bu yolla müdahilin bağımsız olarak kanun yollarına başvurmak gibi haklardan mahrumiyetinin adil yargılanma hakkı bakımından doğuracağı sakıncaların, en azından davacı yanında müdahil bakımından giderilmesi önerilmiştir. Bkz. YILMAZ ÖZEL Nurcan, **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargıla-**

olabileceği bu gibi hallerde, davacı yanında müdahilliğin bir seçimlik hak olarak kullanılamayacağı,[90] özellikle dava açma süresinin geçirildiği durumlarda davacı yanında müdahalenin kabul edilmesinin, dava açma süresinin dolanılmasına imkan sağlamak anlamına geleceği, davacı yanında müdahil olabilmek için ayrı dava açabilmek imkanından yoksun bulunulması gerektiği ileri sürülmektedir.[91] Bu görüşün kısmi olarak Danıştay kararlarında da karşılık bulduğu söylenebilir.[92]

Bu kapsamda en sık rastlanılan örnek davacı ile kıyas edilebilecek bir hukuki durumda bulunan kişinin davacı yanında müdahil olma talebinde bulunmasıdır. Gelir uzmanı olarak görev yapan davacı tarafından, maaş ve tazminatlarının 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 10. maddesine bağlı (III) ve (IV) sayılı cetvellere göre ödenmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine dair işlemin iptali ile mahrum kaldığı maaş ve tazminat farklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davaya, kendisi de gelir uzmanı olan bir başka kişinin;[93] Yönetmelik hükmüne karşı açılan davaya, aynı hüküm dolayısıyla atanma istemi reddedilen kişinin;[94] maden arama ruhsatının iptali ile işletme ruhsatı talebinin reddi ve teminatın irat kaydedilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davaya, benzer hukuki durumdaki başka bir

---

ma Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2016, s. 248, 366, 374. Ancak, aynı uyuşmazlığa ilişkin yeni davalar açılmasına, böylece usul ekonomisi ilkesinin zedelenmesi ve çelişkili kararların ortaya çıkması ihtimalinin artmasına sebebiyet vermek yerine müdahile belirli hallerde bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanınması "yargılamanın iyi yönetimi" hedefine ("bonne administration de la justice) daha uygun olacaktır. "Yargılamanın iyi yönetimi" Fransız Anayasa Konseyi tarafından, Rekabet Kurulu kararlarına ilişkin uyuşmazlıkların adli yargı düzeninde çözümlenmesine ilişkin kanunun anayasaya uygunluğunun değerlendirildiği kararında "anayasal düzeyde hedef" (objectif de valeur constitutionnelle) olarak kabul edilmiştir (CC, 23 janvier 1987, decision no 86-224). Fransız hukukunda niteliği ve içeriği itibariyle belirginlikten uzak olduğu için eleştirilen bu kavram (Bkz. APCHAIN Hélène, "Retour sur la notion de bonne administration de la justice", **AJDA** 2012, s. 587), AİHM tarafından makul sürede yargılama ile etkili yargılama (AİHM, 10.04.2001, *Sablon / Belçika*, Başvuru No: 36445/97, § 96); şekilcilik ile usuli işlemlerin makul uygulaması (AİHM, *Zubac / Hırvatistan*, 05.04.2018, Başvuru No: 40160/12, § 98) gibi adil yargılanma hakkı kapsamında birbiriyle çatışabilecek unsurları dengeleyen bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.

90 **ŞİMŞEK**, 2018, s. 179, 180.

91 **TOSUN / TAN**, 2015, s. 846.

92 Dan.15.D., E. 2014/4555, 12.11.2014, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180; Dan.10.D., E. 2012/5833, 28.01.2015, Bkz. **AKYILMAZ ve diğ.**, 2018, s. 726.

93 İstanbul BİM 3. İDD, E. 2018/156, K. 2018/502, 21.05.2018, Bkz. KİB.

94 Dan.2.D., E. 2011/8196, 24.06.2014, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 849.

şirketin;[95] yardımcı doçentlik kadrosuna atanmak için yapılan başvurunun reddi işleminin dayanağı olan Akademik Yükselme ve Atama Prensiplerinin bir hükmünün iptali istemiyle açılan davaya, davacıyla aynı durumda olan başka bir kişinin;[96] bir noter tarafından Türkiye Noterler Birliği Denetleme Kurulu Yönetmeliğinin iptali talebiyle açılan davaya diğer bir noterin;[97] yeminli mali müşavirlik belgesi verilmesi talebinin reddi ve dayanağı olan Yönetmeliğe karşı açılan davaya aynı gerekçeyle yeminli mali müşavirlik belgesi verilmesi talepleri reddedilen kişilerin[98] davacı yanında müdahil olma talepleri kendileri hakkında tesis edilen işlemlere karşı müstakil bir dava açma imkanları bulunduğundan bahisle reddedilmiştir.

Yine bir idari işlemin iki muhatabından birinin açtığı davaya diğerinin davacı yanında müdahil olma talebi aynı gerekçeyle reddedilebilmektedir. Rekabet Kurulu'nun bir şirkete ve yöneticisine idari para cezası verilmesine ilişkin işlemine karşı Şirketçe açılan davaya yöneticinin davacı yanında müdahil olma talebinin reddedilmesi[99] bu kapsamda değerlendirilebilir.

Benzer şekilde meslek mensupları tarafından mesleklerini ilgilendiren idari işlemlere karşı açılan iptal davalarına, meslekle ilgili dernek veya odaların davacı yanında müdahilliğinin de, söz konusu dernek veya odaların ayrı bir dava açma alternatiflerinin bulunması sebebiyle kabul edilmediği Danıştay kararlarına rastlanmaktadır.[100]

Buna karşın, üçüncü kişinin bağımsız bir dava açabilme imkanının/alternatifinin bulunmasının, davacının davayı kazanmasında hukuki yararı bulun-

---

95 Dan.8.D., E. 2013/7571, 27.03.2014, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 849, 850.

96 Dan.8.D., E. 2011/9367, K. 2014/1771, 06.03.2014, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 847.

97 Dan.8.D., E. 1999/3397, K. 1999/4466, 15.09.1999, Bkz. **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 740.

98 Dan.8.D., E. 1995/4921, K. 1996/3907, 02.10.1996, Bkz. **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 744.

99 Dan.İDDK, E. 2008/275, K. 2010/590, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180. Aynı yönde diğer bazı kararlar için bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180: Dan.8.D., E. 2014/5926, 12.11.2015 ve 18.04.2016; Dan.8.D., E. 2012/6447, 29.01.2016 ve 07.09.2016; Dan.14.D., E. 2103/3862, 04.02.2014; Dan.14.D., E. 2014/10282, 17.12.2014; Dan.14.D., E. 2015/8234, 28.12.2015; Dan.15.D., E. 2013/3454, 11.04.2013; Dan.15.D., E. 2013/13087, 25.02.2014; Dan.15.D., E. 2013/2009, 03.06.2014; Dan.15.D., E 2014/4555, 12.11.2014; Dan.15.D., E. 2015/87, 04.02.2015.

100 Anabilim dalı öğretim üyesinin kendi anabilim dalına öğretim üyesi atanmasına ilişkin işleme karşı açtığı davaya, Üniversite Öğretim Üyeleri Derneğinin (Dan.İDDK, E. 2005/1547, K. 2005/2291, 06.10.2005, DD, S. 112, s. 49); uzman hekim tarafından ek ödeme yapılmasına dair Yönetmelik eki tablonun iptali istemiyle açılan davaya, Türkiye Acil Tıp Derneği'nin (Dan.11.D., E. 2013/2057, 23.09.2013, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 847) davacı yanında müdahil olma talepleri reddedilmiştir.

duğu sürece davacı yanında müdahil olarak davaya katılma yolunu seçmesine engel olmayacağı da savunulmaktadır.[101] Bu yönde kanuni bir engel olmaması da davacı yanında müdahilliği "alternatifsizlik/zorunluluk" koşuluna bağlayan idari yargı içtihadını hukuki zemin açısından oldukça zayıf kılmaktadır. Üstelik kanunda yer almadığı halde müdahillik için "alternatifsizlik/zorunluluk" koşulu aranması, müdahale kurumunun usul ekonomisine hizmet etme ve çelişkili kararların ortaya çıkmasına engel olma işlevleriyle de bağdaşmamakta; aynı hukuki uyuşmazlığı konu edinen birçok dava açılmasına yol açmaktadır.[102]

Özellikle iptal davaları bakımından değerlendirme yapıldığında, bu davaların objektif niteliği, idarenin hukuka uygunluğunu sağlama amacı, bu sebeple bu davalarda sübjektif ehliyet koşulunun "menfaat ihlali" biçiminde genişletilmesi,[103] davacının idarenin hukuka bağlılığının denetimini sağlayan bir deklanşör görevi gördüğünün kabul edilmesi karşısında,[104] "davacı ile hukukun sözcülüğünü paylaşacak olan"[105] davacı yanında müdahilin, müdahil olabilmesinin kanuni dayanağı bulunmayan "alternatifsizlik/zorunluluk" koşuluna bağlanması iptal davasının niteliğine de uygun düşmemektedir.

Nitekim birçok Danıştay kararında dava konusu işlemle menfaati ihlal edilen kişilerin davacı yanında müdahil olarak kabul edildikleri görülmektedir. Karaburun Çevre ve Kültür Turizm Birliği ile Kent Konseyi'nin, ilçe belediyesi sınırları içindeki bir köyün sahilindeki su ürünleri üretim alanına ilişkin olarak "ÇED Gerekli Değildir" kararının iptali istemiyle İlçe Belediyesi tarafından açılan davaya;[106] İlçe Belediyesi'nin, ilçe belediyesi sınırları içindeki bir alanla ilgili olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yapılan plan tadilatına karşı açılan davaya;[107] Efeler Belediye Başkanlığı'nın Aydın Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın Efeler İlçesi sınırları içindeki bazı taşınmazların bir Belediye Şirketine devri hakkındaki işlemine karşı açılan

---

101 **PEKCANITEZ**, 1992, s. 85; **ERDAL**, 2009, s. 107.

102 **ERDAL**, 2009, s. 153.

103 KAPLAN Gürsel, "Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 360.

104 AZRAK Ülkü, "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler", **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977, s. 146.

105 **ERDAL**, 2009, s. 50.

106 Dan.14.D., E. 2014/6972, K. 2015/7981, 27.10.2015, DD, S. 141, s. 522.

107 Dan.6.D., E. 2014/1757, K. 2014/897518.12.2014,, DD, S. 138, s. 289.

davaya;[108] İstanbul Anadolu Yakasında belli bir bölgede TEK'e ait bulunan elektrik dağıtım ve tesisleri ile ticaretine ilişkin işletme haklarının otuz yıl süreyle sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisine devrine ilişkin TEK ile bir özel hukuk şirketi arasında imzalanan sözleşmenin iptali talebiyle TEK'de çalışan bir işçi tarafından açılan davaya, diğer bazı işçilerin;[109] tek bir sefer yapılacak ilanların salt Resmi Gazete'de yayımlanmasını öngören bir düzenlemeye karşı bir gazete sahibi tarafından açılan davaya diğer gazete sahiplerinin[110] davacı yanında müdahil olarak katılması, davacı yanında müdahilliğin, dava konusu işlemle menfaati ihlal edilenler bakımından davacılığa tercih edildiği ve bu durumun da idare yargıcınca kabul edildiği örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer yandan, dava konusu işlemle doğrudan hakkı ihlal edilen kişilerin de doğrudan dava açmak yerine, davacı yanında müdahil olarak davaya katılmayı tercih etmeleri söz konusu olabilmektedir. Malikin, oturduğu taşınmaz hakkında yapılan hasar tespit işlemine karşı kiracı tarafından açılan davaya;[111] yapı hakkında verilen yıkım kararına karşı maliklerden biri tarafından açılan davaya yapının diğer maliklerinin[112] davacı yanında katılması bu ihtimale örnek olarak verilebilir. Bu durumda davacı yanında müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma imkanının bulunmaması, kişinin doğrudan aleyhine olan bir işleme karşı açılan davada verilen red kararına karşı kanun yoluna gidememesi gibi bir sonuç doğuracak; bu sonuç da müdahale kurumunun usul ekonomisinin sağlanması ve çelişkili kararların önüne geçilmesi amaçlarına aykırı olarak ayrı ayrı davaların açılmasına sebebiyet verecektir.

Vergi davalarında da uyuşmazlığın neticesinden doğrudan mamelek hakları etkilenecek olan davacı yanında müdahile, salt davacı yanında müdahil olduğundan bahisle, yanında müdahil olduğu tarafın niteliği dolayısıyla bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı verilmemesinin makul ve tutarlı bir yaklaşım olduğunun söylenmesi mümkün gözükmemektedir.

---

108 Dan.8.D., E. 2016/5684, K. 2017/7758, 08.11.2017, DD, S. 148, s. 364.

109 Dan.10.D., E. 1991/1, K. 1993/1752, 29.04.1993, DD, S. 88, s. 463.

110 Dan.DDK, E. 1972/194, K. 1973/716, 07.12.1973, DD, S. 14-15, s. 233.

111 Dan.11.D., E. 2005/1023, K. 2005/4242, 12.7.2005, DD, S. 111, s. 333.

112 Dan.6.D., E. 1970/664, 04.09.1970, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 371; Dan.14.D., E. 2016/8613, K. 2018/3810, 17.05.2018, Ondördüncü Daire Kararları, C. 1, Danıştay Yayınları, No: 101, 2019, s. 426.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu md.11/2'de vergi sorumlusunun ödediği vergiyi mükellefe rücu edebileceği, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu md.8A/2'de serbest muhasebeci mali müşavirin iadeye ilişkin düzenlediği raporun doğru olmaması sebebiyle ziyaa uğratılan vergiden ve cezadan mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı; md.12/4'de de yeminli mali müşavirin yaptığı tasdikin doğru olmaması sebebiyle ziyaa uğratılan vergiden ve cezadan mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, bu ihtimallerde vergi sorumlusu veya vergi mükellefleri tarafından vergi tahakkuku ve ceza verilmesine karşı açılan davaların redle sonuçlanması halinde ödenen vergi ve cezaların kendisine rücu edilmesi ihtimali bulunan serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirin, davacının davayı kazanmasında hukuki yararı olan kişiler olarak davacı vergi mükellefi yanında müdahil olabilecekleri açıktır.[113] Davanın sonucundan rücu yoluyla doğrudan mamelek hakları etkilenecek bu kişileri, yanında müdahil olduğu taraftan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı bakımından, gerçekleştirdiği işlem veya eylem nedeniyle idare aleyhine açılan tam yargı davasına davalı yanında müdahil olarak katılan kamu görevlisinden ayrı bir muameleye tabi tutmanın hukuki bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Üstelik özellikle serbest muhasebeci mali müşavirin veya yeminli mali müşavirin tahakkuk ettirilen vergi ve cezaya karşı mükelleften ayrı olarak bir dava açması halinde, işlemin doğrudan muhatabı olmayan bu kişilerin davasının ehliyet yönünden reddedilmesi, başka bir deyişle mamelek haklarını korumak için davacı yanında müdahil olmaktan başka imkanlarının bulunmaması, başka bir deyişle davacı yanında "zorunlu" müdahillikleri de söz konusu olabilecektir.

---

[113] Özel bir şirketçe yapılacak ithalatın finansmanını teminen bir banka tarafından Güney Kore'ye açılan akreditif sebebiyle tahakkuk ettirilen damga vergisine karşı banka tarafından açılan davaya özel şirketin (Dan.7.D., E. 2004/304, K. 2007/730, 27.02.2007, DD, S. 115, s. 267); tarhiyatın kaldırılması istemiyle davacı şirket tarafından vergi mahkemesine açılan davada, vergi inceleme raporunda davacı şirketle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları belirtilen yeminli mali müşavir ve serbest muhasebecinin (Dan.4.D., E. 1999/4789, K. 2000/658, 22.02.2000, Bkz. KİB) davacı yanında müdahil olmaları bu ihtimale örnek olarak gösterilebilir. Bu kişilere yönelik olarak ihbar müessesesinin işletilmesi gereğine ilişkin olarak bkz. ÇIRAKMAN Erol, "Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması", **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, s. 109.

Gerçekten de davacı yanında müdahilin, müdahilliğinin davacılığa nazaran bir seçim olarak ortaya çıktığı varsayımı da, toptancı bir bakış açısı olarak her zaman hukuki gerçeği yansıtmamaktadır. Örneğin Gazi Üniversitesi Öğretim Üyeleri Derneği Başkanlığı ve Tüm Öğretim Üyeleri Derneği Başkanlığı, bir öğretim üyesine üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası verilmesine ilişkin işlem ve dayanağı Yönetmelik hükmünün iptali talebiyle, ceza verilen öğretim üyesi tarafından açılan davaya davacı yanında müdahil olarak, dava konusu Yönetmelik hükmünün iptali talebine ilişkin iddialarını ortaya koyabilmişlerdir.[114] Söz konusu derneklerin Yönetmelik düzenlemesine karşı dava açma süresi geçmiş olduğu için doğrudan dava açabilmeleri mümkün bulunmadığı gibi; kişisel menfaatleri ihlal edilmediğinden bahisle disiplin cezasının ve disiplin cezasını uygulama işlemi kabul ederek İYUK md.7/4 uyarınca Yönetmeliğin iptalini de talep edemeyeceklerdir.[115] Aynı şekilde bir kamu kurumunun avukatlarının kurum lehine hükmedilen vekâlet ücretinden yararlandırılmaları talebiyle yaptıkları başvurunun reddi işlemine karşı açtıkları davaya, işlemle kişisel menfaati ihlal edilmeyen Baronun, temsil ettiği meslek mensuplarının mesleki hakları aleyhine olan bir uygulamaya karşı davacılar yanında müdahil olarak katılmak dışında bir imkanı bulunmamaktadır.[116]

Bu ihtimallerde davacı yanında müdahillik, idari yargıda davacı olmak bakımından sübjektif ehliyet koşulunu karşılamayan kimi kişi ve kurumların iddialarını mahkeme önünde ileri sürebilmelerini, böylece idari yargılama hukukunun maddi ve hukuki gerçeğe ulaşma amacının gerçekleşmesini sağlayan bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır.[117] Ancak bu durumda davacı

---

114 Dan.İDDK, E. 2006/106, K. 2006/127, 16.03.2006, DD, S. 113, s. 78.

115 İYUK md.7/4/ikinci cümle uyarınca *"[düzenleyici] işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler.*". Söz konusu düzenleme kapsamında düzenleyici işleme karşı dava açma süresinin ancak düzenleyici işlemin uygulamasının ilgilileri bakımından yeniden başlamakta olduğu anlaşılmakta; bu sonucun aksi yönünde bir Danıştay kararına rastlanılmadığından da bireysel disiplin cezası işleminin ilgilisi, başka bir deyişle bu işlemle kişisel menfaati ihlal edilen kişi konumunda yer almayan Derneğin, bireysel disiplin cezası işleminin tesis edilmesi üzerine dayanağı Yönetmelik düzenlemesinin iptalini talep edemeyeceği kabul edilmektedir.

116 Dan.11.D., E. 2005/5318, K. 2006/788, 22.02.2006, DD, S. 113, s. 350.

117 Ancak bu noktada davacı yanında müdahilliği "fahri kamu avukatlığı" konumuna getirmekten sakınmak gerekir. Bu nedenledir ki, avukat olan davacı tarafından, Cumhuriyet savcısı hakkında yapılan şikâyetin işleme konulmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, başka bir avukat tarafından, "tarafsız ve bağımsız yargının önüne konulmuş engellerin kaldırılmasını" teminen yapılan müdahale talebinin, hakkı veya borcu bu davanın neticesine bağlı bulunmadığı ve işlemle doğrudan bir menfaat ihlalinin olmadığı, diğer bir ifadeyle bu davada verilecek kararın, istemde bulunanı doğrudan etkilemeyeceği gerekçesiyle reddine karar verilmiştir (Ankara

yanında müdahilin bağımsız olarak, başka bir deyişle davacının iradesine rağmen kanun yoluna başvuramayacağı kabul edilebilir.[118]

Görüldüğü üzere, müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının bulunup bulunmadığı sorusuna cevap verebilmek için "davacı yanında müdahillik" durumu bütüncül bir kategori teşkil etmemekte; davacı yanında müdahillik zorunluluk veya seçim biçiminde gerçekleşebildiği gibi, davacı yanında müdahil uyuşmazlık konusu ilişkinin doğrudan tarafı veya salt hukuki ve maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlayan bir kişi konumunda da olabilmektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının bulunup bulunmadığı sorusunun, yanında müdahil olunan tarafın niteliğine göre bir ayrım yapılarak cevaplandırılması çabaları göstermektedir ki, aslında yanında müdahil olunan tarafın niteliği değil, müdahil ile dava arasındaki ilişkinin niteliği bu soruya bütüncül ve tutarlı bir cevap verilmesini sağlayabilecek bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MÜDAHİLİN BAĞIMSIZ OLARAK KANUN YOLUNA BAŞVURMA HAKKININ MÜDAHİL VE DAVA ARASINDAKİ İLİŞKİYE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda verilen örneklerin de ortaya koyduğu üzere, müdahilin davayla olan ilişkisi çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilmekte; hukuki çare bekleyen sorun da bu ilişkinin en yakın olduğu ihtimallerde müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvuramamasından kaynaklanmaktadır. Şu halde, müdahilin davayla olan ilişkisinin "yakınlığının" ortaya konulmasını sağlayacak hukuki bir kavram/müessese, hangi durumda müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının bulunduğunu tespit edebilmek bakımından anahtar rol oynayabilir.

---

5. İdare Mahkemesi, E. 2009/1101, 08.04.2010 ve 31.03.2010 tarihli ara kararları; Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 2009/1862, 20.05.2010, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 848).

[118] Buna karşın tam da bu ihtimalde davacı yanında müdahile bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanınmasının önem arzettiği de savunulmuştur. "*"Temyiz başvurusu" konusunda, davalı yanında katılma kadar, bazen davacı yanında katılma da çok büyük bir önem taşıyabilmektedir. Nitekim, özelleştirme operasyonlarından biri, bir muhalefet partisi veya mensubu tarafından açılan bir iptal davasına konu olmuş, daha sonra, iktidarın değişmesi üzerine, bu sefer, değil temyiz başvurusu, verilmiş bulunan iptal kararının uygulanmaması yönünde bir Bakanlar Kurulu kararı çıkarılmıştır*." Bkz. **ÖZAY**, 2000, s. 333. Ancak bu bakış açısının davacı yanında müdahili kamuyu ilgilendiren davalarda davacının "stepnesi" konumuna getirdiği, bunun da müdahale kurumunun amacına aykırı olduğu söylenebilir.

Davayla olan yakın ilişkileri dolayısıyla bazı müdahilleri diğerlerinden ayırmak ve onlara bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanımak bakımından öncelikle müdahalenin türüne göre bir ayrım yapılarak medeni yargılama hukukunun asli müdahale müessesesinden yararlanılabilir. "Asli müdahale müessesesi"nin medeni yargılama hukukundan idari yargılama hukukuna ithaliyle, asli müdahilin fer'î müdahilden farklı bir şekilde bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceğinin kabulü anlamına gelen bu ihtimalde asli müdahale kurumunun idari yargılama hukukunda uygulanıp uygulanamayacağının kapsamlı olarak değerlendirilmesi gerekir (A).

Diğer taraftan, davayla olan ilişkisi bakımından davanın şekli anlamda tarafı olmadığında tereddüt bulunmayan müdahilin davayla olan ilişkisinin, medeni yargılama hukukunda ötelenmiş "maddi anlamda taraf kavramı" ile kurulabildiği durumları diğerlerinden ayrıştırmak; idari yargılama hukukunda maddi anlamda taraf kavramına, bu sıfatı haiz müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabilmesi gibi bir hukuki sonuç bağlamak da, pozitif hukuki dayanağa kavuşturulabilirse beklenen hukuki çare olarak karşımıza çıkabilir (B).

1. Davaya Asli Müdahil Olarak Katılan Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurabilmesi

Her iki tarafın da davayı kazanmasının üçüncü kişinin yararıyla çeliştiği ihtimalde uygulama alanı bulan asli müdahale müessesesi,[119] ilk dava bakımından üçüncü bir kişi olan asli müdahilin kendi davasının davacısı sıfatıyla ilk davanın hem davacısına hem davalısına karşı yeni bir dava açması anlamına gelmektedir. Asli müdahil üçüncü bir taraf değil, yeni bir davanın davacısıdır.[120] Yargıtay'a göre de, "*Asli müdahalede bir kişi bir şey veya hak üzerinde çekişme devam ederken o şey veya hakkın davanın taraflarına değil, kendisine ait olduğunu ileri sürer. Davaya asli müdahale için müdahale talebinde bulunacak olanın bir dava açılırken ne tür harç ve gider ödenirse dava harçlarını ödemesi gerekir*." .[121]

---

[119] **ERDAL**, 2009, s. 108.

[120] KODAKOĞLU Mehmet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdarî Yargılama Hukukuna Uygulanması Bağlamında Aslî Müdahale Sorunu", **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2017/3, S. 28, s. 9; MAZLUM İsmet, "Aslî Müdahalenin Tarihsel Gelişimi ve Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durumu", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Nisan 2018, s. 130.

[121] Yar. 14. H.D., 03.04.2009, E. 2009/705, K. 2009/4228, Bkz. KİB.

Asli müdahalenin fer'î müdahaleden en önemli farkı olan ilk davadan ayrı ve bağımsız bir dava niteliğini vurgulamak için "asli müdahale davası" terimi, bu müesseseyi kanunileştiren HMK md.66'da da özellikle kullanılmış;[122] asli müdahilin "bağımsız katılan" olarak adlandırılması, asli müdahalenin gerçekte üçüncü kişinin açılmış bir davaya müdahalesi olmayıp, yeni ve bağımsız bir dava niteliğinde bulunması sebebiyle eleştirilmiştir.[123] Bu nedenledir ki, asli müdahalenin gerçek anlamda bir davaya müdahale olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.[124]

Katılan olmaktan çok şekli anlamda davacı sıfatını haiz olan asli müdahilin davanın diğer taraflarından bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceği konusunda da tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenledir ki, asli müdahale müessesesi müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabilmesi meselesinin çaresi olarak değerlendirilmiştir. Ancak asli müdahalenin bir çare olabilmesi için öncelikle bu müessesesinin idari yargılama hukukunda uygulanabilir olması gerekmektedir.

"Üçüncü şahsın müdahalesi" başlığı altında yalnızca fer'î müdahale müessesini düzenleyen Mülga HUMK'da yer almayan asli müdahale,[125] HMK'da öngörülmeden önce de gerek mevzuat[126] gerek içtihatta[127] kabul edilerek adli yargıda yerini almıştır.[128]

İYUK md.31'in gönderme yaptığı HUMK'da asli müdahalenin düzenlenmediği dönemde, idari yargı yerleri içtihadi bir asli müdahale müessesesini

---

122 **KODAKOĞLU**, 2018, s. 28.

123 **PEKCANITEZ ve diğ.**, 2018, s. 174.

124 **PEKCANITEZ**, 1992, s. 45; **KALAFAT**, 2007, s. 199.

125 **BİLGE**, 1967, s. 233; **PEKCANITEZ**, 1992, s. 19.

126 Yar. 14. H.D., E. 2008/2054, K. 2008/3637, 20.03.2008, Bkz. KİB; Yar. 1. H.D., E. 2008/2007, K. 2008/10807-709, 24.01.2008, Bkz. KİB; Yar. 8. H.D., 2005/6299, K. 2005/7571, 14.11.2005, Bkz. KİB; Yar. 3. H.D., E. 2005/3498, K. 2005/4075, 14.04.2005, Bkz. KİB; Yar. 16. H.D., E. 2010/2468, K. 2010/3665, 11.05.2010, Bkz. KİB.

127 3402 sayılı Kadastro Kanunu (RG 09.07.1987, S. 19512) "*Zaman bakımından görev ve yetki*" başlıklı md.26: "*Kadastro Mahkemesi; (...) D) Kadastro Mahkemelerine dava açıldıktan sonra, tesbitten önceki haklara dayanarak, asli müdahil olarak katılanların iddialarına dair uyuşmazlıkları, İnceler ve karara bağlar*.".
4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md.713/V'de öngörülen tescile itiraz davasının da niteliği itibariyle bir asli müdahale davası olduğu kabul edilebilir.

128 **KODAKOĞLU**, 2018, s. 26. HMK'nın asli müdahaleyi düzenleyen 70. maddesinin gerekçesinde de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "*doktrin ve uygulamada tereddüt etmeden kabul edilen ve bazı kanunlarımızda açıkça veya dolaylı olarak zikredilen (örneğin, Kadastro Kanunu), ayrıca yabancı ülke kanunlarında da yer verilen aslî müdahale kurumu düzenlenmiştir.*"

kabul etmemiş; idari yargıda görülen davalardan herhangi biri ile ilgili özel bir kanuni düzenlemede de asli müdahalenin uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından asli müdahale müessesesi idari yargıda hiçbir şekilde yer bulamamıştır.[129] Bu dönemde asli müdahale müessesesinin içtihat yoluyla idari yargılama hukukunda da kabul edilmesi gerektiği yolunda bazı görüşler olsa da,[130] esas itibariyle HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte İYUK md.31'deki gönderme kapsamında asli müdahale müessesesinin idari yargılama hukukunda uygulanmasının gerekip gerekmediği tartışması gündeme gelmiştir.[131]

İYUK md.31'de HMK hükümlerinin uygulanacağı hususlar arasında "üçüncü şahısların davaya katılması" ibaresinin bulunduğu, "davanın ihbarı" veya "bilirkişi seçimi"nde olduğu gibi bu konuya ilişkin ayrıksı bir düzenlemeye de yer verilmediği gözönünde bulundurulduğunda HMK'nın ve dolayısıyla İYUK md.31'in atıf yaptığı hükümler kapsamında bulunan asli müdahale müessesesinin yürürlüğe girmesinden itibaren idari yargıda görülen davalarda yapılacak asli müdahale taleplerinin, yargı yerlerince değerlendirilmesinin ve görülen davanın niteliğine göre talep hakkında karar verilmesinin yasal bir zorunluluk olduğu yolundaki görüşün[132] lafzi yorum bakımından çok güçlü dayanaklarının bulunduğu yadsınamaz bir gerçektir.

Buna rağmen idari yargılama hukukunun mahiyetine uygun olarak yapılan göndermenin fer'î müdahale ile sınırlı olduğunu kabul etmek gerekti-

---

129 **YAMAN**, 2008, s. 101.

130 İdari yargıda asli müdahale kurumunun kabulü bakımından dava türüne göre bir ayrım yapılması gerektiği, tam yargı davalarındaki müdahilin fer'î müdahil olarak, iptal davalarında o işlemin iptalinde veya aynen kalmasında menfaati bulunan müdahilin ise asli müdahil olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüş için bkz. YASİN Melikşah, "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul", **Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 160. Ancak yazar daha sonraki bir makalesinde Yargıtay içtihatları ile kabul edilen asli müdahale müessesinin idari yargıda kabulü gerektiğini, tam yargı davalarında da davaya asli müdahle olabileceği kanaatini ifade etmiştir. Bkz. **YASİN**, 2011, s. 442, 451.

131 **TÜRK**, 2013, s. 109. İdari yargılama hukukunda bir takım müesseselerin HUMK'ya salt gönderme yapılmak suretiyle düzenlenmesine yönelik olarak her zaman getirilmiş eleştiriler, HUMK'un kendi iç danamiklerine uygun olarak değiştirilmesi ve bu değişikliğin "salt gönderme" hükmü nedeniyle idari yargılama usulünü de bir anda değiştirmesinin doğurduğu sakıncalar vesilesiyle bir kere daha doğrulanmıştır. Bkz. **AKYILDIZ**, 2012a, s. 82. "*Bir yargı kolundan başka bir yargı koluna yapılan bu tür katalog atıflar, atıf yapan yargı kolunu atıf yapılan yargı kolunun dinamiklerinin etkisine sürekli olarak alırlar.*". Bkz. **AKYILDIZ**, 2012b, s. 175.

132 **TOSUN / TAN**, 2015, s. 832.

ğini savunanlar çoğunlukta gözükmektedir.[133] Bir taraftan idari yargıda özel kişilerin davalı konumunda yer alamayacağına ilişkin görüş[134] ve bu görüşü bütünüyle kabul etmiş görünen Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadı kapsamında çoğu zaman bir özel kişi olan ilk davanın davacısının asli müdahale davasının davalısı konumunda yer alamayacağı;[135] diğer taraftan idari yargıda dava açma sürelerinin kısalığı gözönünde bulundurulduğunda asli müdahale davasının çoğu zaman süreaşımı engeline takılacağı[136] ileri sürülerek idari yargıda asli müdahale müessesesinin uygulanmasının hukuken ve fiilen mümkün bulunmadığı savunulmuştur.

Gerçekten de idari yargılama hukukunun hasım kavramı ve süreaşımı müesseseleri asli müdahale kurumunun uygulanabilmesi ihtimalini oldukça sınırlandırmaktadır.

Ancak ilk inceleme nedenleri arasında yer alan sürenin asli müdahale kurumunun idari yargılama hukukunda uygulanmasını hukuken ve doğrudan engelleyen bir yönünün bulunmadığı kabul edilmelidir.[137] Buna karşın bir asli müdahale davasının süre engeline takılmadan görülebilmesi ihtimalinin düşük olduğu söylenebilir. Diğer taraftan HMK'nın asli müdahalenin ilk derecedeki yargılamanın sonuna kadar yapılabileceğine dair düzenlemesinin, sürelere ilişkin hükümlere bir istisna getirdiği, asli müdahale davasının diğer davalardan farklı olarak ilk davanın ilk derece yargılamasının sonuna kadar açılabileceği de savunulmaktadır.[138] Hatta asli müdahale söz konusu olduğun-

---

133 **KARAVELİOĞLU**, 2006, s. 1438; **KODAKOĞLU**, 2017, s. 27; **ŞİMŞEK**, 2018, s. 197; **AKYILMAZ ve diğ.**, 2018, s. 722; **SANCAKDAR**, 2018, s. 255; KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ocak 2019, s. 433, 434.

134 ÇALIŞKAN Ahmet Ziya, **İdari Yargıda Tarafların Değişmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2012, s. 1; **AKYILMAZ ve diğ.**, 2018, s. 374; **ŞİMŞEK**, 2018 s. 197. Ayrıca bkz. KAYA Cemil, "İdari Yargıda İlk İnceleme: Husumet", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu**, Editörler: Ahmet Kürşat ERSÖZ - Oğuzhan GÜZEL, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2017, s. 27, 28, 31. Yazar Danıştay'ın imtiyaz sahibi özel kişinin davalı konumunda yer alması gerektiğine ilişkin 1966 tarihli tek bir Danıştay kararından bahsetmekte ve eleştirmektedir. Ayrıca Organize Sanayi Bölgeleri veya Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi "*kamu tüzel kişisi varsayılan bir takım özel hukuk tüzel kişileri*"nin davalı olabildiğini belirtmekte; ancak bunların da yönetim organlarında kamu görevlileri yer aldığına dikkat çekmektedir.

135 **AKYILDIZ**, 2012a, s. 83; **CANDAN**, 2017, s. 791.

136 **AKYILDIZ**, 2012b, s. 179; **CANDAN**, 2017, s. 790.

137 **ERDAL**, 2009, s. 71.

138 **KODAKOĞLU**, 2017, s. 25; **TOSUN / TAN**, 2015, s. 834.

da süre koşulunun dolaylı olarak ihlal edilmesinin idari yargının amacına uygun olduğu ve dava sonucunda verilecek kararın uygulanması aşamasındaki olası ihtilafları engelleyeceği,[139] üstelik zaten açılmış olan bir dava bulunduğundan üçüncü kişilerin de asli müdahale davası açmasının dava açma süresi ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeyeceği[140] savunulmuştur.

Buna karşın idari yargılama hukukunda asli müdahale müessesesinin uygulanmasına karşı "hasım" kavramı odaklı itirazların çürütülmesi oldukça güç gözükmektedir. Zira ilk davanın özel kişi davacısının asli müdahale davasının davalısı olması halinde, idari yargıda davalı konumunda özel kişi bulunmasının kabul edilmemesi sebebiyle ilk davanın davacısı bakımından görevsizlik kararı verilmesi,[141] böylece "asli müdahale davasının" salt ilk davanın davalısı husumetiyle görülmesi ve asli müdahalenin ilk davanın her iki tarafına da karşı açılmış bir dava olmasına ilişkin temel niteliğini kaybetmesi söz konusu olacaktır.

İdari yargıda yargılananın idari işlem, idari eylem veya idari sözleşme olduğu, medeni yargılama hukukundaki anlamıyla bir davalının söz konusu olmadığını, dolayısıyla davalı konumunda özel kişinin de yer almasının davanın içeriğini değiştirmeyeceğini savunanlar da bulunmaktadır.[142] Ancak yerleşik Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadı ile uyuşmayan bu görüş kabul edilse veya ilk davanın davacısının da idare olduğu ihtimallerin de bulunduğu akla getirilse dahi, idari yargılama hukukundaki dava türlerinin ve hasım kavramının asli müdahalenin uygulanmasını hukuken imkansız kıldığı kabul edilmelidir. Zira asli müdahale davasının davalısı dava konusu idari işlem, eylem veya sözleşmenin gerçekleştirilmesine katılmamış, hatta ondan şikayetçi olan bir özel kişi veya idare olacaktır. Bu durumda asli müdahale davasında hasım düzeltme kararı verilerek ilk davanın davacısının hasım konumundan çıkartılması gerekecek; böylece ortada ilk davanın taraflarına karşı üçüncü kişi tarafından açılmış bir dava yani asli müdahale davası kalmayacaktır.[143]

İdari yargı açısından asli müdahale davasının yalnızca davalı idareye açılabileceğini kabul etmek ise,[144] asli müdahalenin temel unsurlarından biri olan

---

139 **YASİN**, 2011, s. 441.

140 **YASİN**, 2011, s. 442.

141 **ŞİMŞEK**, 2018, s. 197.

142 **ERDAL**, 2009, s. 72.

143 **KODAKOĞLU**, 2017, s. 25; **ÇAĞLAYAN**, 2018, s. 349.

144 **TOSUN / TAN**, 2015, s. 845.

ilk davanın taraflarına karşı açılmış bir dava olma niteliğinin idari yargıda uygulanamayacağının itirafı anlamına gelmekte; bu durum da idari yargıda asli müdahalenin uygulanması gerektiği görüşüyle çelişmektedir.

Nitekim yerleşik Danıştay içtihadı da, HMK öncesinde olduğu gibi sonrasında da esas itibariyle asli müdahale müessesesinin idari yargıda uygulanamayacağı yönündedir.[145] Ancak aksi yöndeki karşı oyları ve münferit olarak değerlendirilebilecek sayıdaki kararı da gözardı etmemek gerekir.

İl İdare Kurulu tarafından iki belediye arasındaki sınırın belirlenmesine ilişkin işleme karşı belediyelerden biri tarafından açılan davada verilen iptal kararına karşı davalı yanında müdahil olan diğer belediye temyiz başvurusunda bulunmuş; bu başvurunun davalı idare temyiz yoluna başvurmadığından ve müdahil de tek başına kanun yoluna başvuramayacağından bahisle reddine ilişkin karara muhalif kalan iki üye azlık oylarında "Kocahasanlı Belediye Başkanlığının asli müdahil sıfatıyla tek başına temyiz isteminde bulunabileceği"ni belirterek, kendi sınırına ilişkin işlemin dava konusu edildiği bir davada davalı yanında müdahil olan belediyeyi, üstelik HMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte asli müdahil olarak nitelendirmişlerdir.[146]

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise asli müdahalenin idari yargılama hukukunda da uygulanmasını gerektiren lafzi yoruma bazı Danıştay kararlarında kayıtsız kalınmadığını gözlemlemek mümkündür. Buna göre, "*2577 sayılı Kanunun 31. maddesinde; 6100 sayılı Kanunun müdahalenin türlerini tanımlaması karşısında hangi müdahale türü bakımından atıfta bulunulduğuna ilişkin yeni bir düzenleme yapılmadığı dikkate alındığında idari davalarda üçüncü kişilerin görülmekte olan davalarda müdahale isteminde bulunması halinde bu müdahalenin asli müdahale mi yoksa fer'i müdahale mi olduğunun tespitini davayı görmekte olan idari yargı mercilerinin takdirine bırakılmış olduğu kabul edilmelidir*."[147] Danıştay bu kararında idari yargıda görülen davalarda dava konusu işlemden kazanım elde eden ve davalı idare yanında davaya katılan müdahilin, davacı yanında müdahilin aksine asli müdahil olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiş; böylece davalı yanında müdahillikle asli müdahale müesseselerini özdeşleştirmiştir.[148] Asli müdahale müessesesinin öğreti-

---

[145] Dan.10.D., E. 2008/2007, K. 2010/1843, 09.03.2010, DD, S. 125, s. 346; Dan.6.D., E. 2015/3258, K. 2016/426, 04.02.2016, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 204.

[146] Dan.8.D., E. 1994/7177, K. 1995/1207, 13.04.1995, Bkz. **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 747.

[147] Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 21.

[148] Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 18.

de, içtihatta ve en önemlisi de kanunda kabul edilen tanımına tamamen aykırı ve ayrıksı nitelikteki bu Danıştay kararı "*Kanunun eksik bıraktığı bir alanın içtihatlarla doldurulması[nın] evrensel bir hukuk ilkesi [olduğu]*" varsayımına dayandırılmıştır. "Evrensel hukuk ilkesi" kavramının ne anlama geldiği ve idare hukukunun kaynakları arasındaki yeri meselesi bir kenara bırakılsa dahi, asli müdahale söz konusu Danıştay kararının verildiği tarihte kanunun eksik bıraktığı bir alan olmayıp, HMK'da Danıştay kararında ifade edildiğinin aksine davalı yanında fer'î müdahaleden farklı, üçüncü kişinin ilk davanın taraflarına karşı açtığı yeni ve bağımsız dava olarak öngörülmüştür.

Danıştay ıslah imar planı uyarınca kanuni ipotek tesisi işleminin iptali talebiyle açılan davaya, lehine ipotek tesis edilen kişinin davalı ilçe ve büyükşehir belediyeleri yanında müdahil olduğu bir uyuşmazlıkta da, üçüncü kişi bakımından yararlandırıcı nitelikteki idari işlemlerin iptali talebiyle açılan davalarda dava konusu işlemden yararlanan üçüncü kişinin müdahalesinin asli müdahale olarak kabul edilmesi gerektiğine, bu nedenle bu ihtimalde müdahilin tek başına istinaf kanun yoluna başvurabileceğine hükmetmiştir.[149]

Ayrıksı nitelikteki bu kararlarda asli müdahale asli müdahale olarak uygulanmamış; dava konusu idari işlemden hukuksal kazanım sağlayan kişinin davalı yanında fer'î müdahalesinin adeta asli müdahale farzedilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Asli müdahale müessesesinin HMK md.65'te düzenlenen lafzına açıkça aykırı olan bu yorumun,[150] amaçsal yorum yoluyla gerekçelendirilebilmesi de hukuken mümkün gözükmemektedir.

Asli müdahale müessesinin amacı, bu müesseseyi düzenleyen HMK md.70'in gerekçesinde çelişkili kararların önüne geçilmesi, gerçeğin ortaya çıkartılması, usul ekonomisi, hukukî dinlenilme hakkının tam gerçekleştirilmesi, muvazaalı yargılamaların engellenmesi olarak ifade edilmiş; asli müdahalenin temel özelliği ilk dava ile asli müdahale davasının aynı mahkemede görülmesi olarak gösterilmiştir. Asli müdahalenin sayılan amaçları ve ayrı bir dava olması gözönünde bulundurulduğunda, idari yargılama hukukunda asli müdahale ihtiyacının, idari yargılama hukukunun özelliklerine uygun olarak "bağlantılı dava" müessesesiyle karşılandığı kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere, asli müdahalenin idari yargılama hukukunda uygulanması mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Bu nedenledir ki, görülmek-

---

149 Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 18.

150 Aynı yönde bkz. **AKYILMAZ ve diğ.**, 2018, s. 724-725.

te olan bir davanın salt davalısına karşı açılan bir davayı, asli müdahalenin kanuni tanımına tamamen aykırı olarak asli müdahale davası olarak nitelendirmeye çalışmanın da bir anlamı bulunmamaktadır. Hukuki çare bekleyen sorun, görülmekte olan davanın sonucu kendisini doğrudan etkileyen fer'î müdahili diğer fer'î müdahillerden ayırmanın ve ona bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanımanın normlar hiyerarşisine uygun ve tutarlı bir ölçütünü bulmak ise, adil yargılanma hakkı ve bu hakkın süjesi olarak maddi anlamda taraf kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

2. Davanın Maddi Anlamda Tarafı Olan Müdahilin Bağımsız Olarak Kanun Yoluna Başvurabilmesi

Müdahil olabilecek kişi, mülga HUMK md.53'de "*hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan üçüncü şahıs*" biçiminde tanımlanmış iken, yürürlükteki HMK md.66'da "*taraflardan birinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan üçüncü kişi*" olarak öngörülmüştür. Böylece müdahille dava konusu arasındaki bağ, HUMK döneminde doktrin ve yargı yerleri tarafından "hukuki yarar" olarak geniş yorumlanan[151] ancak lafzı itibariyle oldukça sınırlı bir ilişkiyi ifade eden "hak veya borç ilişkisi" iken, HMK ile uygulamaya uygun bir şekilde "genel bir çerçeve"[152] niteliğindeki "hukuki yarar ilişkisi"ne dönüştürülmüştür. Yukarıda verilen örneklerde görüldüğü üzere idari yargılama hukuku uygulamasında da müdahil ile uyuşmazlık konusu arasındaki ilişki, basit bir menfaat ilişkisinden Anayasa'da açıkça güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden birinin mevcut veya olası ihlali ilişkisine kadar geniş bir yelpazede tezahür edebilmektedir. Dolayısıyla her müdahil bir değildir. Bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı bakımından da söz konusu geniş yelpazedeki her müdahil bir tutulmamalıdır.

Ceza davalarında iki dereceli yargılanma hakkını güvence altına alan ve 01.11.1988'de yürürlüğe giren AİHS'ne ek 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesi, Protokol'ün onaylanmasının Türkiye tarafından 10.03.2016 tarihli ve 6684 sayılı Kanun[153] ile uygun bulunmasıyla iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Söz konusu Protokol yalnızca ceza davaları bakımından kanun yolu başvurusunu bir hak olarak güvence altına almakta; AİHM de AİHS md.6'nın Devletleri istinaf veya temyiz mercileri oluşturmaya zorlamadığına hükmetmektedir. Ancak Mahkemeye göre, Devletlerin bu tür kanun yollarını öngörmesi halinde,

---

151 **PEKCANITEZ**, 1992, s. 83.

152 **TÜRK**, 2013, s. 105.

153 RG 25.03.2016, S. 29664.

bu yollarda da 6. maddede öngörülen güvenceleri sağlama yükümlülükleri vardır.[154] Şu halde idari yargılama hukukunda nihai olarak verilen bir yargı kararına karşı kanun yolu düzenlenmesi zorunlu olmamakla birlikte; kanun yolunun öngörülmesi halinde AİHS md.6'da yer alan güvencelerin bu yolda da sağlanması zorunludur. Türk idari yargılama hukukunda da çeşitli kanun yolları öngörülmüş olduğuna göre, bu yollarda da AİHS md.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin, bu kapsamda mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme hakkının kanun yolları bakımından da ihlal edilmemesi gerekir.

Kanun yoluna erişim ve bu yolda dinlenilme hakkı, hukuk sisteminde bu hakkın tanınmış olması ihtimalinde adil yargılanma hakkının unsurları olarak kabul edildiğine göre, müdahilin bağımsız olarak ve salt müdahil sıfatıyla bu haktan yararlanmasının hangi durumda müdahilin adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirileceğinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken ölçüt, müdahilin kimin yanında davaya katıldığı veya usul kanunlarına göre ne tür bir müdahil olduğu değil, dava konusu uyuşmazlık ile arasında, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bir ilişki bulunup bulunmadığıdır.

Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti sadece açılmış veya açılabilecek bir davanın taraflarına tanınmış olsa da,[155] adil yargılanma hakkının süjesi davanın tarafları (davacı ve davalı) ile sınırlandırılmamış; "herkes" olarak gösterilmiştir.[156] AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin birinci fıkrasında da, bu hakkın yararlanıcısı "medeni hak ve yükümlülükleri belirlenecek ya da kendisine suç isnat edilen" kişi olarak ön-

---

154 AİHM, 17.01.1970, *Delcourt / Belçika*, Başvuru No: 2689/65, § 25. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu konuda AİHM ile uyumludur. Bkz. AYM, 12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, Bkz. AYM İnternet Sitesi, § 33; AYM, 19.07.2018, *Akdeniz İnşaat ve Eğitim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/2909, RG 27.09.2018 - S. 30548, § 40, 50. Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Yayınları, Tıpkı Dördüncü Bası, İstanbul, Mart 2013, s. 117.

155 BUDAK Ali Cem, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 14. Yazar 1924 Anayasası'nın "*Herkes, mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir.*" yolundaki 59. maddesine dikkat çekerek, söz konusu Anayasa döneminde hak arama hürriyetinin davacı veya davalı sıfatlarına özgülenmeksizin herkese tanındığının altını çizmiştir.

156 Anayasa md.36: "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*". Bu hükümde "davacı veya davalı" ibarelerinin, bu ibarelerin anlamlarına uygun olarak sırasıyla "iddia ve savunma hakkı"na yönelik olduğunu, adil yargılanma hakkının ise doğrudan cümlenin genelinin öznesi olan "herkes"e tanındığını kabul etmek gerekir.

görülmüştür. Adil yargılanma hakkının süjesi bakımından daha somut bir ölçüt koyan AİHS'ni esas alacak olursak; söz konusu ölçütün idari yargılama hukukunun sübjektif ehliyet koşulu bakımından hiç de yabancı olmadığı "hak ihlali" kavramına denk geldiğini söyleyebiliriz.

Buna göre adil yargılanma hakkının süjesi olan, dolayısıyla AİHS gereğince bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı bulunması gereken kişi, dava konusu uyuşmazlık hakkında verilecek karar ile hak ve yükümlülükleri veya bir kabahat işleyip işlemediği belirlenecek olan, başka bir deyişle doğrudan bir hakkının ihlal edilme olasılığı bulunan kişidir. Medeni yargılama hukukunun ötelediği, buna karşın idari yargılama hukukunun sahiplenmesi gereken "maddi anlamda taraf" kavramı tam da bu nitelikte bir ilişkiyi ifade etmektedir.

Fer'î müdahilin katıldığı davanın şekli anlamda tarafı, başka bir deyişle davacısı veya davalısı olmadığı konusunda doktrinde, az sayıdaki istisna dışında[157] konsensüs bulunmaktadır.[158] Danıştay da kararda müdahile yer verilmemesi ve kararın müdahile tebliğ edilmemesi;[159] müdahilin duruşmaya davet edilmemesi[160] gibi usul sakatlıklarını bozma nedeni olarak kabul etmekle bir-

---

157 **BELGESAY**, 1939, s. 165. Berki de 1086 sayılı Kanun'un 53. maddesinde iki taraftan birine iltihaktan bahsedilmesini, taraf olmamak kaydıyla iltihak gibi açık bir düzenlemeye yer verilmemesini gerekçe göstererek "*müdahilin hakkına taalluk ettiği nispet dahilinde davada taraflığını kabul*" etmektedir. Bkz. BERKİ Şakir, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Ege Matbaası, Ankara, 1959, s. 17.

158 **PEKCANITEZ**, 1992, s. 30; **ÜSTÜNDAĞ**, 1997, s. 376; **TOPUZ / ÖZKAYA**, 2002, s. 692; **KARAVELİOĞLU**, 2006, s. 1436; **GÖZÜBÜYÜK**, 2007, s. 393; **KALAFAT**, 2007, s. 209; **ERDAL**, 2009, s. 53; **YASİN**, 2011, s. 443; TAN, s. 1024; **CANDAN**, 2017, s. 793; **PEKCANITEZ ve diğ.**, 2018, s. 141, 165; **KODAKOĞLU**, 2018, s. 279. Onar müdahale sonucunda tarafların taaddüdünden (çoğalmasından) bahsetmiş; ancak bununla üçüncü bir tarafın meydana gelmesini değil, müdahilin katıldığı tarafta yer alan kişi sayısının artmasını kastetmiştir: "*müdahale ile üçüncü bir taraf teşekkül etmiş olmaz, sadece taraf taaddüt etmiş, çoğalmış olur.*". Bkz. **ONAR**, 1966, s. 1959.

159 Dan.8.D., E. 2004/5563, K. 2005/4800, 23.11.2005, Bkz. **ARSLAN**, 2013, s. 100; Dan. İDDGK, E. 2003/512, K. 2003/738, 16.10.2003, DKD, S. 3, s. 63. Bu karara bir üye tarafından yazılan karşı oyda müdahilin kararda yer almamasının bozma nedeni olmadığı; birden fazla üye tarafından yazılan karşı oyda ise kararda müdahilin adının yer almamasının İYUK md.30 uyarınca giderilebilecek bir yanlışlık olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Nitekim karar müdahile tebliğ edilmeden önüne gelen temyiz dosyası hakkında Yargıtay "*direnme kararının ve davalının temyiz dilekçesinin 7201 sayılı Tebligat Kanunu uyarınca verilen müdahil ... Çevre Teknolojileri Ltd. Şirketi'ne yöntemince tebliği ile tebliğe ilişkin tebligat parçasının evraka eklenmesi ve açıklanan eksikler giderildikten ve dizi pusulasının bağlandıktan sonra temyiz incelemesi için gönderilmek üzere dosyanın mahkemesine geri çevrilmesine karar*" vermiştir. Bkz. Yar. HGK, E. 2013/22-1919, K. 2014/665, 14.05.2014, Bkz. KİB.

160 Dan.8.D., E. 2016/3040, K. 2017/7, 16.01.2017, DD, S. 146, s. 345.

likte, Anayasa Mahkemesi[161] ve Yargıtay[162] gibi müdahili şekli anlamda taraf statüsünde görmemektedir.[163]

Bununla birlikte, dava sonucunda doğrudan bir hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilecek olan müdahil, uyuşmazlığın şekli anlamda olmasa da maddi anlamda tarafı olup, yanında müdahil olduğu tarafın davalı ya da davacı olmasına veya müdahalesinin türüne bakılmaksızın, adil yargılanma hakkı kapsamında bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkına sahip kabul edilmeli;[164] İYUK md.31'in yollama yaptığı müdahaleye ilişkin HMK hükümlerinin buna imkan vermediği sonucuna ulaşılsa dahi, Anayasa md.90/5/ikinci cümle uyarınca AİHS md.6, HMK hükümlerine nazaran öncelikle uygulanmalıdır.[165] Buna karşın, dava konusu uyuşmazlık ile basit bir menfaat ilişkisi

---

161 AYM, 12.09.2018, *Fernas İnşaat A.Ş. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/10572, § 35, Bkz. AYM İnternet Sitesi: "*Hukuk sisteminde bireye doğrudan taraf olmadığı ancak hak ve menfaatlerini etkileyen bir davada iddia ve savunmaların öne sürülebilmesine imkan sağlayacak nitelikte bir mekanizmanın bulunması ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde izlemesi adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olarak kabul edilmelidir. Nitekim Türk hukuk sisteminde de bu amaçla fer'î müdahillik sistemi getirilmiş, üçüncü kişinin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla tahkikat sona erinceye kadar fer'î müdahil olarak davada yer alabileceği kurala bağlanmıştır.*". Aynı yönde bkz. AYM, 03.04.2019, *A.J.T. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/7895, § 38, Bkz. AYM İnternet Sitesi.

162 Yar. 11. H.D., E. 2016/6496, K. 2017/6874, 05.12.2017, Bkz. KİB.

163 Dan.8.D., E. 1985/809, K. 1985/1022, 19.12.1985, DD, S. 62-62, s. 362; Dan.2.D., E. 2006/470, K. 2008/1391, 21.03.2008, DD, S. 119, s. 134: "*dava sonucunda verilecek hükmün, üçüncü kişinin hukuki durumunu dolaylı biçimde etkilemesi söz konusu ise, üçüncü kişinin; taraflardan birinin yanında ve onun yardımcısı sıfatıyla davaya katılabilmesine olanak tanınmıştır. Pozitif hukukumuzda, bu katılmaya; "müdahale"; taraf sıfatına sahip olmayan üçüncü kişiye de; "müdahil" denilmektedir... davaya katılan üçüncü kişinin, yanında katıldığı tarafın yardımcısı olduğu, taraf sıfatı bulunmadığı...*".

164 Fer'î müdahilin, verilecek olan hükümden sadece ekonomik açıdan etkilenmesi söz konusu olduğundan bu hakların süjesi olmadığı (Bkz. ERDOĞAN Gülnur, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 152.), şekli anlamda taraf olmadığı gibi maddi anlamda da taraf olmadığı (**PEKCANITEZ**, 1992, s. 28, 40, dn. 84.) ileri sürülmekle beraber, medeni yargılama hukuku bakımından geçerli olabilecek bu genelleme, idari yargılama hukuku bakımından çoğu zaman gerçeği yansıtmamaktadır. İdari yargılama hukukunda müdahilin adil yargılanma hakkının süjesi olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **ERDAL**, 2009, s. 40, 41, 153; **YILMAZ ÖZEL**, s. 246; **TOSUN / TAN**, 2015, s. 838.

165 Danıştay'da müdahilin duruşmaya katılım hakkını adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirdiği bir kararında benzer bir yorumu şu ifadelerle yapmıştır: "*iç hukukumuzda duruşma tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Kanunun 1927 yılından beri mevcut duran 57. maddesinin müdahilin savunma hakkının özünü ortadan kaldıracak şekilde mahkemeye erişiminin engellenmesine yol açıldığından, aktüel anayasal normlara göre kabul gören Av-*

bulunan, başka bir deyişle uyuşmazlığın maddi anlamda da tarafı olmayan müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği için, İYUK md.31'in yollama yaptığı müdahaleye ilişkin HMK hükümleri uyarınca müdahilin bu ihtimalde bağımsız olarak kanun yoluna başvuramayacağı kabul edilmelidir.[166]

Üstelik maddi anlamda taraf kavramı idari yargılama hukukuna hiç de yabancı değildir. İdari yargılama hukukunda iptal davası açan davacının menfaatinin ihlal edilip edilmediği, tam yargı davası açan davacının hakkının ihlal edilip edilmediği, husumetin yöneltildiği idarenin gerçekten "hasım" olup olmadığı ilk inceleme kapsamında denetlenmekte; menfaati veya hakkı ihlal edilmemiş olan kişinin davası ilk inceleme aşamasında reddedilmekte; husumet resen düzeltilerek dava gerçek hasma yöneltilmektedir. Şu halde dava konusu uyuşmazlığın şekli anlamda taraflarının maddi anlamda da tarafı olup olmadığı meselesi davanın esasının incelenebilmesi için çözülmesi gereken bir ön sorun olarak düzenlendiğine göre, "*2577 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinden kaynaklanan yukarıda özetlenen hususlar dikkate alındığında İdari Yargılama Usul Hukukumuzda "maddi taraf teorisi" nin uygulandığı sonucuna varılmaktadır*.".[167]

İdari yargının, egemenlik yetkisinin bir kısmını kullanarak kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan idarenin hukuka uygunluğunu denetleme ve sağlama, böylece Hukuk Devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine katkı sunarak objektif hukuk düzenini koruma fonksiyonu,[168] idare yargıcının sübjektif hakları koruma fonksiyonunu[169] maskelememeli; idari yargılama usulü müesseseleri

---

rupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuku karşısında uygulanma kabiliyetinin olmadığı sonucuna varılmakta olup, bu hukuki duruma göre mahkemece, müdahilin duruşmaya katılımının sağlanması gerekmektedir.". Bkz. Dan.6.D., E. 2011/6116, K. 2015/386, 03.02.2015, DD, S. 139, s. 483.

166 Ancak bu durumda dahi HMK'nın müdahile tarafın iradesine aykırı olmayan her tür usul işlemini yapabilme yetkisi veren düzenlemesine göre müdahilin yanında müdahil olduğu tarafın aksi yönde bir irade beyanı, yasaklama, feragat gibi bir işlemi olmadığı sürece "tek başına" kanun yoluna başvurabileceği kabul edilmelidir. Bu nedenledir ki hukuki sorun müdahilin tek başına değil bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı olarak formüle edilmiştir.

167 Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 22.

168 ÖZAY İl Han, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, s. 21.

169 AZRAK Ülkü, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", **Anayasa Yargısı**, C. 9, 1992, s. 328: "*İdare yargıcı kişi hak ve özgürlüklerinin gerçek ve etkili koruyucusu rolünü üstlenmiştir.*". Aynı yönde bkz. **AKYILMAZ ve diğ.**, 2018, s. 6; KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ocak 2019, s. 27, 28.

yorumlanarak uygulanırken hak koruma fonksiyonu göz ardı edilmemelidir. Bu kapsamda idari yargı mercilerince korunan hak sahibi salt davacı olmayıp, dava konusu uyuşmazlık ile arasında mevcut veya olası bir hak ihlali ilişkisi bulunan, söz konusu uyuşmazlığın, şekli anlamda davacı veya davalı olarak olmasa da maddi anlamda tarafı olan herkestir.[170]

Bu yönüyle değerlendirildiğinde, isabetle ifade edildiği gibi, "*müdahale kurumu şekli taraf ölçütünün katı bir biçimde uygulanmasının hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olumlu bir istisnası olarak*"[171] değerlendirilmeli; söz konusu amaca uygun olarak maddi anlamda taraf olan müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceği kabul edilmelidir.

Kendisine verilen taşımacılık izni üçüncü kişinin açtığı dava neticesinde iptal edilen müdahilin tek başına ve evleviyetle de bağımsız olarak kanun yoluna başvurma talebinin kabul edilemeyeceğine ilişkin bir Danıştay kararına[172] yazılan karşı oyda dava konusu işlem ile müdahil arasında "kuvvetli ve doğrudan bir bağ" bulunduğuna dikkat çekilmiştir. Dava konusu uyuşmazlık ile müdahil arasındaki bu "sıkı bağ"[173] "fer'î" kavramının çerçevesine sığamayacak kadar kuvvetli ve doğrudan"[174] nitelikte değerlendirilmiş; bu durumda müdahalenin asli müdahale olarak kabul edilmesi, bunun sonucu olarak da müdahile bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanınması gerektiği savunulmuştur.[175] Ancak asli müdahalenin ilk davanın her iki tarafına karşı açılmış ikinci bir dava olduğu gözönünde bulundurulduğunda bu yaklaşımı kabul etmek mümkün gözükmemektedir.

Fer'î müdahaleyi yapay olarak aslileştirme çabasına girilmeksizin de, dava konusu uyuşmazlıkla arasında "kuvvetli ve doğrudan bir bağ" bulunan, başka bir ifadeyle "hükümden doğrudan etkilenecek olan"[176] fer'î müdahilin

---

170 Bu nedenledir ki, "*İdari Yargı alanında hakların korunabilmesinin asıl yönteminin katılmayı sağlama olduğu, davanın ihbarının bu anlamda yeni bir anlam ve boyut kazandığıdır.*". Bkz. **ÖZAY**, 2000, s. 331.

171 **ERDAL**, 2009, s. 44.

172 Dan.15.D., 04.05.2016, E. 2016/3250 (Aynı yönde E. 2016/3238), Bkz. KİB.

173 **ŞİMŞEK**, 2018, s. 180.

174 **ŞİMŞEK**, 2018, s. 209, 210.

175 **YAMAN**, 2008, s. 104.

176 **PEKCANITEZ**, 1992, s. 213. Danıştay da, yardımcı doçentlik kadrosuna atanmak için başvuran ancak ataması yapılmayan kişinin, atanmama ve diğer adayın atanması işlemlerinin iptali talebiyle açtığı davaya müdahil olan ataması yapılan kişiye duruşma davetiyesi çıkarılmadan ve böylece duruşmaya katılımı sağlanmadan karar verilmesinin Anayasa md.36 ve 90 ile AİHS

bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceği sonucuna ulaşılması mümkün bulunmaktadır. Söz konusu kuvvetli ve doğrudan bağ aslında gerek adil yargılanma hakkının süjesini belirleyen gerek idari yargıda dar bir sübjektif ehliyet koşulunu ifade eden mevcut veya olası "hak ihlali" ilişkisidir. Müdahilin uyuşmazlığa "hak ihlali" ilişkisiyle bağlandığı bu ihtimalde, uyuşmazlığın maddi anlamda tarafı olan müdahile hakkını ihlal eden bir yargı kararını bir üst yargı mercii önüne taşıma, başka bir deyişle bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının tanınmaması, adil yargılanma hakkının ihlali olacağı gibi,[177] müdahale müessesinin mevcut veya olası hak ihlali karşısında maddi anlamda taraf olan "üçüncü kişiyi" koruma amacıyla da bağdaşmamaktadır.[178]

Bu nedenledir ki, müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceği konusunda ayrıksı nitelikteki kararları veren Danıştay'ın mülga 17. Dairesi, söz konusu ayrıksı içtihadı benimsediği dönemde dahi, uyuşmazlıkla doğrudan bir ilgisi olmayan[179] veya uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde korunabilir herhangi bir hakkı bulunmayan,[180] başka bir deyişle uyuşmazlığın maddi anlamda tarafı olmayan müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvuramayacağına hükmetmiştir.

Danıştay'ın, davalı yanında müdahilin müdahalesini asli, davacı yanında müdahilin müdahalesini fer'î nitelendirmek suretiyle davalı yanında müdahile bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanıdığı bir kararında da, "*davanın işlemin iptaline karar verilerek sonuçlanması idareye sadece yargılama giderlerine mahkum olma gibi hukuksal ve maddi bir külfet getirirken, dava konusu işlemden yararlanan dava dışı tarafın yargılama giderlerinden çok daha büyük maddi ve hukuki kayıplarına yol açmakta*" olduğuna dikkat çekilmiştir.[181]

---

md.6/1'e aykırı olduğuna hükmederek verdiği bozma kararında "*yargılama sonucunda verilen karar[ın müdahilin] hukuki durumunu doğrudan etkileyeceğin[e]*" dikkat çekmiştir. Bkz. Dan.8.D., E. 2016/3040, K. 2017/7, 16.01.2017, DD, S. 146, s. 345.

177 **PEKCANITEZ**, 2001, s. 597, 601.

178 **KAPLAN**, 2019, s. 436. Berki de müdahilin temyiz yoluna başvurabileceğinin kabul edilmesi gerektiği yolundaki görüşünü "hak ilişkisi"ne dayandırmıştır. Yazara göre, "*Hükmün temyiz edilmemesi sebebiyle müdahilin de mutazarrır olacağı aşikar olduğundan, bizce müdahilin de hakkına taalluk ettiği nispet dahilinde davada taraflığını kabul ederek temyiz hakkını teslim etmekte bir mahzur olamaz.*". Bkz. **BERKİ**, 1959, s. 17.

179 Dan.17.D., E. 2015/10105, K. 2015/1756, 08.05.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 208.

180 Dan.17.D., E. 2015/5939, K. 2015/2101, 14.05.2015, Bkz. **ŞİMŞEK**, 2018, s. 208.

181 Dan.6.D., E. 2017/915, K. 2017/2524, 12.04.2017, DD, S. 145, s. 18.

İdari yargıda asli müdahale müessesesinin uygulanmasına, hele hele davalı yanında müdahile özgülenmesine hukuken katılmak mümkün bulunmamaktadır. Bu olayda da aslında müdahilin hakkında tesis edilen kanuni ipotek tesisi işleminin dava konusu edildiği, dolayısıyla uyuşmazlık ile müdahil arasında bir "hak ihlali ilişkisi" bulunduğu, müdahil davacı veya davalı sıfatıyla şekli anlamda taraf niteliğini haiz olmasa da, uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin maddi anlamda tarafı olduğu ve bu durumdaki müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna gidebilmesinin gerekçesini "idari yargıda davalı yanında müdahile özgü asli müdahale müessesesinin kabul edilmesi"nin değil, "müdahilin dava sonucunda doğrudan hukuki ve maddi kayıplara uğrayacak olması"nın oluşturduğu görülmektedir.

Danıştay'ın, maden işletme ruhsatına konu bir taşınmazın mera vasfının değiştirilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle bir vatandaş ve muhtarlık tarafından açılan davaya davalı yanında müdahil olarak katılan maden işletme ruhsatı sahibinin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceğini kabul ettiği bir kararında, her ne kadar bu sonuç idari yargılama hukukunda davalı yanında müdahilin farklı değerlendirilmesi gerektiği ve bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının davalı yanında müdahilin adil yargılanma hakkı kapsamında bulunduğu gerekçesine dayandırılmışsa da, "*davaya katılan şirketin, dava konusu işlemin iptalinden doğrudan etkileneceği*", "*hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının, kararın sonucundan doğrudan etkilenen müdahiller açısından da temin edilmesi [gerektiği]*" ifadelerine de yer verilmiş;[182] "doğrudan etkilenme" ibaresiyle aslında müdahilin uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin (maden arama ruhsatı) maddi anlamda tarafı olduğu hususuna dikkat çekilmiştir.

Atama işleminin iptali talebiyle dava konusu işlemin muhatabı olmayan üçüncü kişi tarafından açılan davaya, söz konusu işlemle atanan kişinin müdahil olması ihtimalinde de,[183] dava konusu hukuki ilişkinin maddi anlamda tarafı davacı değil davalı yanında müdahildir. Taşınmazı hakkındaki imar planı değişikliğinin iptali talebiyle TMMOB Ziraat Mühendisleri Odası tarafından açılan davaya müdahil olan malik;[184] bir taşınmaz kiralama ihalesinin iptali talebiyle semt sakini tarafından açılan davaya müdahil olan ihale üzerinde kalan kişi,[185] Büyükşehir Belediyesine ait bazı taşınmazların bir belediye şirke-

---

182 Dan.17.D., E. 2015/9316, K. 2015/1943, 08.05.2015, DD, S. 139, s. 114.

183 Dan.5.D., E. 1970/5323, 17.05.1971, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 371.

184 Dan.6.D., E. 2011/6116, K. 2015/386, 03.02.2015, DD, S. 139, s. 480.

185 Dan.13.D., E. 2016/2753, K. 2017/1175, 27.04.2017, Bkz. KİB.

tine devrine ilişkin işleme karşı açılan davaya müdahil olan belediye şirketi[186] uyuşmazlığın maddi anlamda tarafı, AİHS md.6/1 uyarınca dava sonucunda "medeni hak ve yükümlülükleri belirlenecek" kişidir.

Benzer bir hukuki durum davacı yanında müdahil için de söz konusu olabilir. Kiracı tarafından yaptırılan hasar tespit işlemine[187] veya yıkım kararına[188] karşı taşınmazın maliklerinden biri tarafından açılan davaya müdahil olan diğer malik, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olması sebebiyle davanın maddi anlamda tarafıdır. Dava sonucunda medeni hak ve yükümlülükleri belirlenecek olan, dolayısıyla AİHS md.6/1 uyarınca adil yargılanma hakkının süjesi bu kişiye, yanında müdahil olduğu kişiden bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı verilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.

Buna karşın iç hastalıkları ve genel cerrahi uzmanlarının endoskopi yapabileceğine ilişkin bir Sağlık Bakanlığı işlemine karşı Türk Gastroentroloji Derneği tarafından açılan davaya davalı yanında müdahil olan Türk Cerrahi Derneği, Türkiye İç Hastalıkları Uzmanlık Derneği, Türk kolon ve Rektum Cerrahisi Derneği ile Türk Cerrahi Gastroloji Endoskopi Derneği'nin,[189] bu dava sonunca Dernek tüzel kişiliklerinin AİHS md.6/1 kapsamında "medeni hak ve yükümlülükleri" belirlenmeyeceğinden, HMK hükümleri çerçevesinde yanında müdahil oldukları taraftan bağımsız olarak kanun yoluna başvurma haklarının olmaması, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkının bulunup bulunmadığı sorusunun, adil yargılanma hakkının süjesi olan, başka bir deyişle uyuşmazlığın maddi anlamda tarafı olan, uyuşmazlıkla arasında mevcut veya olası bir hak ihlali ilişkisi bulunan müdahil bakımından, AİHS md.6 esas alınarak olumlu cevaplanması gerekmektedir. Uyuşmazlıkla arasında basit bir hukuki yarar, idari yargılama hukuku terimleriyle ifade etmek gerekirse salt menfaat ihlali ilişkisi bulunan, mevcut uyuşmazlık bakımından adil yargılanma hakkının süjesi olmayan müdahil söz konusu olduğunda ise, HMK md.68/1/2.cümle uyarınca ancak "*katıldığı tarafın (...) işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini*

---

186 Dan.8.D., E. 2016/5684, K. 2017/7758, 08.11.2017, DD, S. 148, s. 364.

187 Dan.11.D., E. 2005/1023, K. 2005/4242, 12.7.2005, DD, S. 111, s. 333.

188 Dan.6.D., E. 1970/664, 04.09.1970, Bkz. **MÜDERRİSOĞLU**, 1974, s. 371; Dan.14.D., E. 2016/8613, K. 2018/3810, 17.05.2018, Ondördüncü Daire Kararları, C. 1, Danıştay Yayınları, No: 101, 2019, s. 426.

189 Dan.15.D., E. 2013/8464, K. 2013/4081, 05.06.2013, DD, S. 135, s. 439.

yapabil[eceği]" için, katıldığı tarafın rızası hilafına, yani bağımsız olarak kanun yoluna başvuramayacağı kabul edilmelidir.[190]

SONUÇ

Medeni yargılama usulünde hakim olan iki taraflı dava anlayışı idari yargılama hukukundaki dava türleri ile çözümlenen çoğu zaman üç ayaklı uyuşmazlıklara dar gelmekte; bu durum da idari yargılama hukukunda dava sonucunda verilecek karar ile hak ve yükümlülükleri doğrudan etkilenen fer'î müdahilin, HMK hükümleri kapsamında bağımsız olarak, yani gerektiğinde yanında katıldığı tarafın aksi yöndeki iradesine rağmen kanun yoluna başvuramaması sorununu karşımıza çıkarmaktadır.

Söz konusu soruna hukuki çare arayışı; yanında müdahil olunan tarafın niteliği gibi her durumda benzer sonuçlar doğurmayan ayrımları ve idari yargılama hukukunda uygulanması mümkün ve gerekli olmayan asli müdahale müessesesinin bu alana yapay olarak ithali gibi ihtimalleri gündeme getirmiştir. Ancak adil yargılanma hakkının süjesi ve maddi anlamda taraf olan fer'î müdahile bu hakkın tanınmasının, fer'î müdahilin hangi durumlarda bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceğine ilişkin objektif ve hukuki bir ölçüt geliştirme ihtiyacını büyük ölçüde tatmin edebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Adil yargılanma hakkının süjesi ve maddi anlamda taraf olan fer'i müdahilin bağımsız olarak kanun yoluna başvurabileceğini kabul etmek, belli bir soruna hukuki çare olarak kabul edilebilirse de, her hukuki çare gibi yeni hukuki soru(n)ları da beraberinde getirmektedir. Bu noktada adil yargılanma hakkının süjesi ve maddi anlamda taraf olan, ancak müdahil olmayan üçüncü kişinin bağımsız olarak kanun yoluna başvurup başvuramayacağı da ayrı ve yeni bir soru(n) olarak belirmektedir.[191]

---

[190] Ancak bu ihtimalde dahi, "*Müdahil[in] iltihak ettiği tarafla birlikte hareket ede[ceğini]*" öngören HUMK hükmünden (md.57/1.cümle) farklı olarak, müdahilin "*yanında katıldığı tarafın (...) işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabil[eceğini]*" öngören HMK düzenlemesi (md.68/1/2.cümle) uyarınca, fer'î müdahilin yanında katıldığı tarafın aksi yönde bir iradesi veya beyanı olmadığı sürece tek başına kanun yoluna başvurabileceğini kabul etmek gerekir.

[191] Maddi anlamda taraf olan ancak müdahil olmayan üçüncü kişiye bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanınmasının Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin olarak bkz. YAVAŞ Murat, "Hükme Karşı Üçüncü Kişilerin Müracaat İmkanı", **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S. 11, 2008, s. 609.

Bu soruya mutlak anlamda olumsuz bir cevap vermek için herhangi hukuki bir gerekçe tespit edilememekte; aksine maddi anlamda taraf olan üçüncü kişiye, kendisine ihbarda bulunulmadan karar verilmesi halinde bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkı tanınmasının AİHM'nin *Menemen Minibüsçüler Odası / Türkiye* kararı[192] ile tespit ettiği adil yargılanma hakkı ihlaline kısmen çözüm olabileceği düşünülmektedir. Zira söz konusu karara konu olan olayda, Menemen Minibüsçüler Odasına izin verilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan bir davada (ikinci dava), adı geçen Odaya ihbar yapılmadan ilk derece aşamasında iptal kararı verilmesi; söz konusu karara karşı davalı idarenin temyiz yoluna gitmemesi üzerine iptal kararından sonradan haberdar olan Odanın kanun yolu aşamasında da hukuki dinlenilme hakkını kullanamaması söz konusudur. AİHM kararda adil yargılanma hakkının ihlalinin gerekçesi olarak kanuni ihbar usulünün işletilmemesini kabul etmiş olsa da, ihbar yapılmadığı için maddi anlamda taraf olan kişinin davadan haberdar olamadığı ihtimalde, bu kişinin nihai karara karşı kanun yoluna başvurma hakkına sahip olmasının ihlalin en azından bir boyutunu ortadan kaldırabileceği kabul edilmelidir.

Danıştay'ın plan ve ruhsatın iptali talebiyle açılan dava kendisine ihbar edilmeden sonuçlandırılan maliğin, yani davanın maddi anlamda tarafının yargılanmanın yenilenmesi talebinin değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin şimdilik ayrıksı[193] nitelikteki bir kararı[194] da gözönünde bulundurulduğunda, davada hiçbir surette yer alamamış üçüncü bir kişinin, hakkını ihlal eden bir mahkeme kararına karşı, o karar için öngörülen kanun yollarına başvu-

---

[192] AİHM, 09.12.2008, *Menemen Minibüsçüler Odası / Türkiye*, Başvuru No: 44088/04, § 26. Aynı yönde bkz. AYM, 24.05.2018, *Selma Calgav ve Oya Yamak Başvurusu*, Başvuru No: 2015/13950, RG 29.06.2018 - S. 30463, § 64.

[193] Danıştay'ın davada taraf veya müdahil olarak hiçbir şekilde yer almamış olan üçüncü kişinin kanun yolu başvurusunun hiçbir şekilde incelenemeyeceğine ilişkin kararları baskın içtihadını yansıtmaktadır. Bkz. Dan.6.D., E. 1949/308, K. 1949/1384, 15.09.1949, DKD, S. 45, s. 105; Dan. DDK, E. 1976/169, K. 1977/135, 18.03.1977, DD, S. 28-29, s. 259; Dan.İDDGK, E. 1994/164, K. 1995/107, 24.02.1995, Bkz. **ARSLAN ve diğ.**, 2005, s. 620; Dan.İDDGK, E. 1999/953, K. 1999/889, 15.10.1999, Bkz. **ARSLAN ve diğ.**, 2005, s. 622; Dan.10.D., E. 2000/6104, K. 2001/21, 15.01.2001, Bkz. **ERKUT - SOYBAY**, 2001, s. 357; Dan.8.D., E. 2003/1951, K. 2003/2320, 20.05.2003, Bkz. KİB; Dan.7.D., E. 2005/5272, K. 2005/2960, 29.11.2005, Bkz. **CANDAN**, 2017, s. 972, dn. 1524; Dan.8.D., E. 2006/453, K. 2006/607, 15.02.2006, Bkz. KİB; Dan.10.D., E. 2014/905, K. 2014/1941, 27.03.2014, Bkz. **TOSUN / TAN**, 2015, s. 844.

[194] Dan.6.D., E. 2017/785, K. 2018/3807, 24.04.2017, DD, S. 148, s. 29. Danıştay'ın önceki yıllarda verdiği aynı yöndeki bir kararına ilişkin olarak bkz. Dan.10.D., E. 1986/718, K. 1986/2309, 10.12.1986, DD, S. 66-67, s. 470.

rabilmesini mümkün kılan Fransız İdari Yargılama Hukukundaki "*tierce opposition*"[195] (üçüncü kişinin itirazı) müessesesinin yakın bir gelecekte içtihat yoluyla hukukumuza girmesi öngörülebilir bir ihtimal haline gelmektedir. Çelişmeli yargılama ilkesinin gerçekleştirilmesi amacının bir ürünü olan bu yol, idari davaların çoğunlukla üç ayaklı olabilen niteliğine uygun düşecek ve ihbar mekanizmasının işletilmemesi sebebiyle üçüncü ayağı kurulmadan görülen davalardaki bu temel eksikliğin kanun yolu aşamasında da olsa giderilebilmesini sağlayacaktır.

[195] Üçüncü kişinin itirazı, Fransız İdari Yargılama Usulü Kodunun R. 832-1 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BROYELLE Camille, **Contentieux administratif**, 6e édition, LGDJ, 2018-2019, s. 169 vd, s. 426 vd; KAPLAN Gürsel, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Temmuz 2016, s. 264 vd.; **ÇAĞLAYAN**, 2017, s. 193, 194; **MAZLUM**, 2018, s. 134, 135. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun kabulünden önce üçüncü kişinin itiraz davası, "İ'tiraz-ül-gayr" adı altında Usul-i Mahakeme-i Hukukiye Kanununda (md.161-170) yer almıştı. Bkz. **PEKCANITEZ**, 1992, s. 61, 62, dn. 111.

KISALTMALAR

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJDA: Actualité Jurdique Droit Administratif
A.Ş.: Anonim Şirket
AYM: Anayasa Mahkemesi
BİM: Bölge İdare Mahkemesi
Bkz.: Bakınız
BOTAŞ: Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
C.: Cilt
CC: Conseil constitutionnel
ÇED: Çevresel Etki Değerlendirmesi
D.: Dairesi
Dan.: Danıştay
DD: Danıştay Dergisi
DDK: Dava Daireleri Kurulu
DKD: Danıştay Kararlar Dergisi
dn.: Dipnot
E.: Esas Sayısı
H.: Hukuk
HGK: Hukuk Genel Kurulu
HMK: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK: 1086 sayılı Mülga Hukuk usulü Muhakemeleri Kanunu
İDD: İdari Dava Dairesi
İDDGK: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İDDK: İdari Dava Daireleri Kurulu
İETT: İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri Genel Müdürlüğü
İYUK: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.: Karar Sayısı
KGM: Karayolları Genel Müdürlüğü
KİB: Kazancı İçtihat Bankası
md.: madde
No - N°: Numara
RG: Resmi Gazete
s.: sayfa

S.: Sayı
SGK: Sosyal Güvenlik Kurumu
TBB: Türkiye Barolar Birliği
TEK: Mülga Türkiye Elektrik Kurumu
TMMOB: Türkiye Mimar ve Mühendis Odaları Birliği
UM: Uyuşmazlık Mahkemesi
vd.: ve devamı
Y.: Yıl
Yar.: Yargıtay

KAYNAKÇA

AKYILDIZ ALİ, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İdari Yargılama Usulüne Etkileri", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, ss. 163-186.

AKYILDIZ ALİ, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesinin Yollamada Bulunduğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, ss. 79-86.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2018, 910 s.

APCHAIN Hélène, "Retour sur la notion de bonne administration de la justice", **AJDA** 2012, s. 587.

ARSLAN Ahmet / SINMAZ Emin / DÜNDAR Tuncay, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Kararları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, 771 s.

ARSLAN Önder, İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale ve Davanın İhbarı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2013, 123 s.

ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema / HANAĞASI Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, 819 s.

ASLAN Zehreddin / BERK Kahraman, **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar (İçtihatlı)**, Genişletilmiş 5. Basım, Alfa Yayınları, Haziran 2011, 1439 s.

AZRAK Ülkü, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", **Anayasa Yargısı**, C. 9, 1992, ss. 323-340.

AZRAK Ülkü, "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler", **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1977, ss. 145-155.

BAL Yakup / KARABULUT Mustafa / ŞAHİN Yahya, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, 930 s.

BEDİR Fikri, İdari Yargılama Usulünde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Uygulanma Kabiliyeti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2010, 184 s.

BELGESAY Mustafa Reşit, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi İkinci Tabı**, C. I, Kısım 1-2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Güven Basımevi, 1939, 481 s.

BERK Kahraman, "İdari Yargıda "Müdahilin" Temyiz Hakkı", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 74, S. 10-11-12, Aralık 2000, ss. 1120-1131.

BERKİ Şakir, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Ege Matbaası, Ankara, 1959, 135 s.

BİLGE Necip, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, İkinci Basım, Sevinç Matbaası, 1967, 702 s.

BROYELLE Camille, **Contentieux administratif**, 6e édition, LGDJ, 2018-2019, 511 s.

BUDAK Ali Cem, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, 220 s.

CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, 1255 s.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)**, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2017, 544 s.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ağustos 2018, 872 s.

ÇALIŞKAN Ahmet Ziya, **İdari Yargıda Tarafların Değişmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2012, 191 s.

ÇIRAKMAN Erol, "Hukuk Yargılama Usulünün İdari Yargıda Uygulanması", **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, ss. 102-112.

DİNÇ Güney, "İdari Yargı'da Davaların İhbarı Konusunda Öneriler", **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 57, S. 3, 1992, ss. 14-21.

DİNÇ İlhan / CANDAN Turgut, "İdarî Yargılama Usulünde Davanın İhbarı (Duyurulması)", **DD**, S. 84-85, 1992, ss. 3-8.

DURAN Lütfi, "İdari Yargı Adlileşti", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 3, S. 1-3, 1982, ss. 53-83.

ERDAL Muhammed, **İdari Yargıda Fer'i Müdahale (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanması Sorunu)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 180 s.

ERDOĞAN Gülnur, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, 275 s.

ERKUT Celal / SOYBAY Selçuk, **Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar**, Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2001, 631 s.

ERKUT Celal, "İdari Yargının Yeniden Yapılandırılmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu", **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, ss. 87-103.

ERKUT Celal, "Türkiye'de Yürütülen İdari Yargı Reformları", **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 24-25 Ekim 2003, TBB Yayınları, ss. 309-355.

EROĞLU Yaşar, "Danıştay Kanunu'yla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na Atıf Yapılmayan Hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin Danıştay'da Uygulanışı", **DD**, Y. 3, S. 8, 1973, ss. 24-32.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, Güncelleştirilmiş 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2007, 570 s.

GÜLAN Aydın, "Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi", **Anayasa Yargısı**, C. 35, 2018, ss. 105-120.

GÜNDAY Metin "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun İdari Yargıda Uygulanma Alanı", **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü, 2001 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Ankara, 11-12 Mayıs 2001, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, ss. 79-86.

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Yayınları, Tıpkı Dördüncü Bası, İstanbul, Mart 2013, 420 s.

KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınları,, Ocak 2019, 448 s.

KALAFAT Ahmet, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Davanın İhbarı", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 7, S. 14, Güz 2008, ss. 157-173.

KALAFAT Ahmet, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'na Göre Üçüncü Şahısların Davaya Katılması (Fer'i Müdahale)", **TBB Dergisi**, S. 73, 2007, ss. 196-216.

KAPLAN Gürsel, "Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 349-390.

KAPLAN Gürsel, **Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Temmuz 2016, 324 s.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ocak 2019, 557 s.

KARAVELİOĞLU Celal, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 6. Baskı, Karavelioğlu Yayınları, 2006, 2074 s.

KAYA Cemil, "İdari Yargıda İlk İnceleme: Husumet", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu**, Editörler: Ahmet Kürşat ERSÖZ - Oğuzhan GÜZEL, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2017, ss. 24-34.

KODAKOĞLU Mehmet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdarî Yargılama Hukukuna Uygulanması Bağlamında Aslî Müdahale Sorunu", **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2017/3, S. 28, ss. 1-32.

KODAKOĞLU Mehmet, **Medenî Usul Hukukunda Aslî Müdahale**, Legem Yayıncılık, Ankara, 2018, 304 s.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6100 sayılı HMK'ya göre yeniden yazılmış 22. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, 852 s.

MAZLUM İsmet, "Aslî Müdahalenin Tarihsel Gelişimi ve Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Durumu", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, Nisan 2018, ss. 123-155.

MÜDERRİSOĞLU Hakkı, **Danıştay Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gerekçeler, İçtihatlar, Açıklamalar**, Emel Matbaacılık, Ankara, 1974, 625 s.

NEDİMOĞLU Ruhi, "Danıştay'da Görülen Davalarda Katılma", **Ankara Barosu Dergisi**, 1976, S. 1, ss. 63-69.

ODYAKMAZ Zehra, "30. Yılda İdari Yargı ile İlgili Öneriler", **İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, 9 Mart 2012, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, ss. 187-237.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, 2152 s.

ÖZAY İl Han, "Davaya Taraf Olmayan Kişileri (Yakından) Etkileyen Kararlar", **İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu**, İzmir, Ekim 2000, ss. 329-334.

ÖZAY İl Han, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", **İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1982, ss. 11-30.

PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet, **Medenî Usul Hukuku**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, 658 s.

PEKCANITEZ Hakan, "İdari Yargıda Fer'i Müdahil Hükmü Tek Başına Temyiz Edebilir mi? (Karar tahlili)", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, ss. 591-601.

PEKCANITEZ Hakan, **Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 30, Ankara, 1992, 229 s.

POSTACIOĞLU İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 1711 sayılı Kanuna göre yazılmış Altıncı Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, 826 s.

SANCAKDAR Oğuz, Güncellenmiş 2. Baskı, **İdari Yargılama Hukuku - Genel Esaslar**, Kanyılmaz Matbaası, Aralık 2018, 364 s.

ŞİMŞEK Tacettin, "İdari Yargıda Davalı Yanında Müdahilin Tek Başına Kanun Yollarına Başvuruda Bulunma Hakkı", **TBB Dergisi**, S. 134, 2018, ss. 177-216.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Güncelleştirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2016, 1140 s.

TANSUĞ Çağla, **İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, Nisan 2016, 154 s.

TOPUZ İbrahim / ÖZKAYA Kadir, **Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2002, 1337 s.

TOSUN Mehmet / TAN Emre, "İdari Yargıda Davaya Müdahale (Uygulama ve Teori Açısından İnceleme)", **Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluşunun 70. Yılı Sempozyumu Kitabı**, Ankara, 2015, ss. 827-877.

TÜRK Ender, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında İdarî Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Davaya Müdahalesi", **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 20. Yıl Özel Sayısı, C. 13, 2013, ss. 99-113.

UMAR Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2014, 1306 s.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 6. Bası, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 1997, 1023 s.

YAMAN Saadettin, "Adli ve İdari Yargıda Davaya Müdahale (Katılma) ve İdari Yargıda Asli Müdahalenin Kabulüne Duyulan İhtiyaç", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, S. 22, Haziran 2008, ss. 95-104.

YASİN Melikşah, "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul", **Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, 2004, ss. 149-184.

YASİN Melikşah. "İdari Yargılama Usulünde Davaya Müdahale", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, ss. 439-451.

YAVAŞ Murat, "Hükme Karşı Üçüncü Kişilerin Müracaat İmkanı", **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S. 11, 2008, ss. 605-646.

YILMAZ ÖZEL Nurcan, **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2016, s. 433.

EKONOMİK SUÇLAR(*)

Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU(**)

Öz: Ekonomik suç kavramını tanımlama hususunda fikir birliği sağlanan tek husus, ekonomik suçların tanımı hakkında bir fikir birliğinin bulunmadığıdır. Bununla birlikte ekonomik suçlar ortak bir takım özellikleri taşımaktadır. Ekonomik suçların genellikle soyut tehlike suçu ve özgü suç olarak düzenlenmesi, ekonomik suçlarda ispat yükünün yer değiştirebildiği yasal karinelerin öngörülebilmesi, mağdur sayısının çokluğu, ekonomik suçların nadiren kovuşturulmasına rağmen büyük zararlara yol açması, genellikle organize suç şeklinde işlenmeleri, ülkenin ekonomik yapısı ve kuralları ile bağlantılı olması, bu suçlarda faillerin diğer suçlara kıyasla farklı özelliklere sahip olmaları, bu özellikler arasında yer almaktadır. Ayrıca ekonomik suçlarda suç politikasının nasıl olması gerektiği de tartışmalıdır. Çalışmada ayrıca karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk Hukukundaki ekonomik suçlara ilişkin yaklaşımlara da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ekonomik Suç, Beyaz Yaka Suçluluğu, Ekonomi Ceza Hukuku, Finansal Suçlar, Karşılaştırmalı Hukuk.

ECONOMIC CRIMES

Abstract: The only issue that has been agreed on defining the concept of economic crime is that there is no consensus on the definition of economic crime. However, economic crimes have a common set of characteristics. Economic crimes are often regulated as abstract endangerment. They are usually crimes that can be committed by specific offenders. The acceptance of legal presumption that allows reversal of the burden of proof in these crimes is discussed. The number of victims in economic crimes is also high. They are rarely prosecuted, but they cause major losses. Economic crimes are often associated with organized crime and linked to the country's economic structure and rules. In these crimes, perpetrators have different characteristics compared to other crimes. It is also controversial how the crime policy should be in economic crimes. The study also includes approaches to economic crime in comparative law and Turkish Law.

Keywords: Economic Crime, White Collar Criminality, Economic Criminal Law, Financial Crimes, Comparative Law.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 15.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 15.05.2020.
Yazarın "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-9260-3284; *asuman.inceoglu@bilgi.edu.tr*).

I. EKONOMİK SUÇ KAVRAMI

Ekonomi Ceza Hukuku'nun, ekonomi hukuku kurallarına[1] aykırı hareketlerden doğan suçları ve bu suçlara ilişkin cezaları incelediği kabul edilmektedir.[2] Bu noktada karşımıza ekonomi hukuku kurallarına aykırı hareketlerden doğan suçların neler olduğu, yani diğer bir ifade ile hangi suçların ekonomik suç olarak kabul edileceği sorusu çıkmaktadır. Türk Hukukunda "mali suçlar", "ticari suçlar" ve "ekonomik suçlar" terimlerinin genellikle aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir[3] ve her ne kadar bu kavramların farklı hususları ifade ettiği ileri sürülmüş ise de,[4] bu ayrımın belirgin olduğunu söyleyebilmek güçtür.

Ekonomik suç, daha doğrusu ekonomik suçluluk kavramının ortaya çıkışı 1929-1930 yıllarında yaşanan dünya ekonomik bunalımına denk düşmektedir.[5] Bu tarihten önce de ekonomik suçların işlenmekte olduğu şüphesiz ise de,[6] ekonomik bunalım ile birlikte ekonomik suç ve ekonomik suçluluk kav-

---

1 Ekonomi hukuku, "bir ekonomik düzenin bütün halinde idaresini kurala bağlayan hukuksal alan" olarak nitelendirilmekte ve ekonomi hukukunun, ekonomik düzenin bütününü ilgilendiren konuları düzenlediği ifade edilmektedir. CİN ŞENSOY Şehnaz, "Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri", **Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2004, s. 829. Ekonomi hukukunun bir yandan ekonominin kendisini korumayı, ama bir yandan da bireyleri ekonominin kurumlarına karşı korumayı hedeflediği ifade edilmektedir. SCHUSTER Leo, "Finanzkriminalität: Täter und Opfer", **La Criminalité Financiére - Finanzkriminalität - Financial Crime** (Ed. BOLLE Pierre-Henri/ STEFFEN Heinz), Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2002, s. 57.

2 DURSUN Selman, **Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2006, s. 44.

3 ÖZBEK Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap-Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2020, s. 30-31.

4 TESAL Reşad D., **İktisadi Suçlar, Mali Suçlar**, 3. Bası, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, İstanbul, 1972, s. 142; CİN ŞENSOY, s. 831; KARCILIOĞLU Nevzat Kaan, Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Manipülasyon Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2005, s. 61, 62. Ekonomik suç, mali suç ve ticari suç kavramları arasındaki ilişki için bkz. BAŞBÜYÜK İsa, **Marka hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 39.

5 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 28; DURSUN, s. 27.

6 TIEDEMANN Klaus, **Wirtschaftsstrafrecht**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004, N. 24; MANG, Alexander, **Die ökonomische Evaluation von Wirtschaftskriminalität unter besonderer Berücksichtigung des menschlichen Verhaltens**, Peter Lang, Frankfurt, 2004, s. 1; ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku**, Cilt I: Genel Kısım, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1992, s. 16 vd.; ERMAN Sahir, "İktisadi Suçlar Konusunda Avrupa Hukukundaki Son Gelişmeler", **Birinci Avrupa Hukuku Haftası**, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 103; CİN

ramları ortaya atılmış ve bunlar özel olarak incelenmeye başlanmıştır. Özellikle Amerikalı kriminolog Sutherland'in 1940 yılında yazdığı "Beyaz Yaka Suçluluğu" (White-Collar Criminality) adlı makalesi[7] bu alanda bir çığır açmış ve bu konudaki tartışmaları başlatmıştır.[8] Sutherland, beyaz yaka suçluluğunu, saygın ve toplumda yüksek statü sahibi kimselerin mesleklerini icra ederken mesleklerinin icrası sırasında işledikleri suçlar olarak tanımlamıştır.[9] Beyaz yaka suçlarında faillerin para ve nüfuz kazanma, güç elde etme gibi saiklerle hareket ettikleri, bu suçlarda failleri suça iten sebeplerin olağan suç faillerinin suç işleme sebeplerine kıyasla son derece farklı olduğu ifade edilmektedir.[10]

Ekonomik suç kavramının bu yıllarda yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanmasının bir diğer önemli sebebi daha vardır. İki Dünya Savaşı arasında gerçekleşen büyük ekonomik buhrana kadar, ekonomik hayatın özel hukuk yaptırımları ile düzenlenmesi fikri hep ön planda yer almış ve bir ceza hukuku yaptırımına bağlanmış olan ekonomik suç tipleri bu yıllara kadar çok az sayıda kalmıştır. Ancak bu yıllarda özel hukuk yaptırımlarının milli ekonominin korunmasında yeterli olamadığı fark edilmiş ve ekonomik suç tiplerinde bir patlama yaşanmıştır. Hatta bu konuda fazla ileri gidilmiş ve bir suç ekonomik suç enflasyonu ortaya çıkmıştır.[11]

ŞENSOY, s. 831. Ekonomik suçların bazı türlerinin iki bin yıldan bu yana biliniyor olduğu ve Roma Hukuku zamanından bu yana bu suçlarla mücadelede ceza hukuku yaptırımlarına başvurulduğu ifade edilmektedir. HEINZ Wolfgang, "Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts", **Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung, Hrsg. Leibziger Universitätsverlag**, Leibzig, 1998, s. 14. Hatta bazı yazarlar ekonomik suçlarla mücadeleyi Hamurabi dönemine kadar geri götürmektedirler. Bu görüşe göre, ekonomik suçlar insanlık tarihi kadar eskidir. GÖSSWEINER-SAIKO Th., **Wirtschaftskriminalität**, Prugg Verlag, Eisenstadt, 1988, s. 23. Ekonomik suçların tarihsel olarak ayrıntılı bir incelemesi için bkz. RICHTER Hans, "Gechichtliche Entwicklung", **Wirtschaftsstrafrecht Hrsg. Müller-Gugenberger/ Bieneck**, 3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag - Verlag Dr Otto Schmidt, Köln, 2000, s. 27 vd.

7 SUTHERLAND Edwin H., "White-Collar Criminality", **American Sociological Review**, Vol. 5, No. 1 (Feb. 1949), s. 1 vd.

8 MANG, s. 1.

9 SUTHERLAND Edwin H**., White Collar Crime**, Yale University Press, New Haven and London, 1983, s. 7.

10 GÜNER Uğur, "Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukukuna İlişkin Yasal Düzenlemeler", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, 2019, s. 1414; DURSUN, s. 30 dipnot 15.

11 ERMAN, s. 16.

Ekonomik suç tanımı üzerinde bugüne kadar doktrinde bir uzlaşmaya varılmış değildir. Bu konuda birbirinden çok farklı tanımlara rastlamak mümkündür.[12] Neredeyse konu ile ilgilenen her yazarın ayrı bir tanım verdiği görülmektedir. Bu konuda üzerinde fikir birliği sağlanan tek husus, ekonomik suçların tanımı hakkında bir fikir birliğinin bulunmadığıdır.[13] Ekonomik suçlar başlığı altında incelenebilecek olan suçların çok farklı görünümlerde karşımıza çıkabiliyor olması, söz konusu tanımın yapılmasındaki en büyük zorluklardan birini teşkil etmektedir.[14] Bu nedenle bazı yazarlar, ekonomik suçların belli suç tiplerini açıklamak üzere kullanılan bir üst kavram olduğunu, kesin bir tanımının yapılmasının mümkün olmadığını ileri sürmüşlerdir.[15]

Ekonomik suçların tanımlanmasında, ya da diğer bir ifade ile neyin ekonomik suç teşkil edeceğinin tespit edilmesinde izlenen yöntemlerden ilki, failden hareket etmektedir. Kriminolojik yaklaşım olarak da adlandırılabilecek olan bu akım, suçun failini temel olarak almakta ve ekonomik suçların tespitinde, failin dahil olduğu meslek grubu önem kazanmaktadır.[16] Cin Şensoy'un

---

12 Bu konuda bir kavram birliğine varılamamış olması da doktrinde farklı tanımların ortaya çıkmasının etkenlerinden biridir. Mali suçlar, ticari suçlar, ekonomik suçlar, hatta iş hayatına ilişkin suçlar (business crime) ve piyasa suçları (marketplace crime) kimi zaman aynı anlamlarda, kimi zaman ise farklı suçları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu da şüphesiz doktrinde yapılan tanımların farklılaşmasına neden olmaktadır. FRIEDRICHS David O., **Trusted Criminals, White Collar Crime in Contemporary Society**, Second Edition, Thomson Wadsworth, 2004, s. 4.

13 MANG, s. 5.

14 CİN ŞENSOY, s. 829.

15 SCHMID Niklaus, **Banken zwischen Legalität und Kriminalität**, Kriminalistik Verlag, Hedielberg, 1980, s. 7; OTTO Harro, **Bankentätigkeit und Strafrecht**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983, s. 169; SOMERS Edward, **Economic Crimes**, Clark Boardman Company, New York, 1984, s. 2; SCHUSTER, s. 57; CİN ŞENSOY, s. 832; KARCILIOĞLU, s. 62. Schmid'e göre, bir tanım yapılsa bile, yapılacak olan tanımların ülkeden ülkeye farklılık göstermesi kaçınılmazdır. Zira ekonomik suçlardan ne anlaşılması gerektiği o ülkede kabul edilmiş suçlar ile doğrudan ilgilidir. Oysa ekonomi ceza hukuku alanında bir ülkede belirli bir zamanda suç kabul edilen bir husus başka bir ülkede suç sayılmayabilmektedir. Örneğin Rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan suçlar Amerika Birleşik Devletleri'nde ekonomik suçlar alanında en fazla işlenen suç olarak karşımıza çıkmakta iken, İsviçre'de bu husus bir suç olarak kabul edilmemektedir. Bu durumda da her iki ülkede ekonomik suç kavramından aynı şeyin anlaşılması mümkün olmamaktadır. SCHMID, s. 1.

16 OPP Karl-Dieter, **Soziologie der Wirtschaftskriminalität**, C.H. Beck, München, 1975, s. 44; DURSUN Hasan, "Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürebilir Kalkınmaya Etkileri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2005, S. 58, s. 215. Sutherland ise, suç failinin dahil olduğu meslek grubunun yanı sıra, suç failinin sosyal statüsüne de tanımında yer vermektedir. SUTHERLAND, White Collar Crime, s. 7.

da ifade ettiği üzere, fail kriteri ekonomik suç kavramının doğuşu sırasında önemli bir görev ifa etmiştir, ancak zaman içinde ekonomik hayatın değişmesi ile birlikte suç faillerinin profilinde de değişmeler olmuş ve bu kriter anlamını büyük ölçüde yitirmiştir.[17]

Bu konudaki diğer bir yaklaşım, fiilden yola çıkmaktadır. Ekonomi hukukuna ilişkin davranış beklentilerinden sapan ve cezai bir yaptırıma bağlanmış olan fiillerin, ekonomik suç olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir.[18] Şüphesiz ki içerdiği belirsizlik nedeniyle bu tanımın başlı başına ekonomik suçları tespit etmede kullanılması güç gözükmektedir.

Ekonomik suçların tanımlanması konusundaki son yaklaşım, hukuki yararı esas almaktadır.[19] Ancak korunan hukuki yarar esas alınarak yapılan tanımlar incelendiğinde, ekonomik suçlarda korunan hukuki yararın ne olduğu konusunda da bir fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir.[20] Ekonomik suçlara geniş bir anlam yükleyen ilk görüş, korunan hukuki yararı, toplumun veya kişilerin ekonomik menfaatleri olarak kabul etmektedir. Buna göre, toplumun veya kişilerin ekonomik menfaatlerini ihlal eden tüm suçlar, ekonomik suç olarak kabul edilecektir.[21] Kanaatimizce ekonomik suçların oldukça farklı

---

17 CİN ŞENSOY, s. 834.

18 BERCKHAUER Friedrich Helmut, **Wirtschaftskriminalität und Staatsanwaltschaft**, Leibzig, 1977, s. 21, 46.

19 RICHTER Hans, "Ursachen und Bedeutung", **Wirtschaftsstrafrecht, Hrsg. Müller-Gugenberger/ Bieneck**, 3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag - Verlag Dr Otto Schmidt, Köln, 2000, s. 133.

20 Şüphesiz korunan hukuki yarar o ülkede benimsenen ekonomik sisteme göre de farklılıklar gösterecektir. Örneğin sosyalist sistemlerde, ekonomi planlamasının bütün safhaları devletin kontrolü altındadır ve ekonomik suçlar ile korunan hukuki yarar, "devlet idaresinin normal bir şekilde işlemesine ve bu idarenin itibarının korunmasına ilişkin kamu yararı" olarak karşımıza çıkmaktadır. ERMAN Sahir, **Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1984, s. 16.

21 GRASSE Rudolf, "Probleme des Wirtschaftsprozess", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität, Schimmelpfeng**, Frankfurt/Main, 1974, s. 76; TİRYAKİ Tercan/ GÜRSOY Türker, "Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi", **Sayıştay Dergisi**, S. 55, s. 53; TİRYAKİ Göksel, "Ekonomik Suçlar, Bankacılık Suçları ve Bu Tür Suçlarla Mücadele Stratejisi", **Active Bankacılık ve Finans Dergisi**, Y. 6, S. 34, Ocak-Şubat 2004, s. 58. Karcılıoğlu ise korunan hukuki yararın daima bireyin bir yararı olması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, "*suçun ekonomik kurum veya devletin ekonomik düzenine karşı işlenmesi korunan hukuki menfaatlerin bunlar olduğunu göstermez*". KARCILIOĞLU, s. 63, 64. Belirtmek gerekir ki, ekonomik suçlar ile daima bireylerin hukuki menfaatlerinin korunduğu yönündeki görüş, Alman doktrininde de yer bulmuştur. Bkz. TIEDEMANN Klaus, "Wirtschaftskriminalität", **Strafrecht und Strafrechtsreform, Hrsg. Madlener, Kurt/ Papenfuss, Dietrich/ Schöne, Wolfgang**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1974, s. 237.

şekillerde karşımıza çıkması nedeniyle, korunan hukuki yarardan hareketle ekonomik suçları ortak bir çatı altında toplamak hayli güçtür.

Katılmakta olduğumuz görüşe göre ekonomik suçlar, ekonomik düzenin kurumlarını ve bu şekilde de ekonominin genel olarak düzenini zedeleyen veya zarara uğrama tehlikesini yaratan davranışlardır.[22] Bu tür eylemleri ceza hukukuna özgü yaptırımlara bağlayan hukuk dalı da ekonomi ceza hukuku olarak nitelendirilmektedir.[23] Bu nevi davranışlar, toplumsal ilişkilerde ve ekonomik hayatta büyük önem taşıyan, güven ve istikrarı sarsmaktadır.[24] İfade etmek gerekir ki, bu tanımın da eksik olan yönü, bir yandan ekonomik düzen kavramının açıklanmaya muhtaç oluşu, diğer yandan da hangi eylemlerin ekonomik düzeni sarsacağının tespit edilmesindeki güçlüktür.[25]

Kişilerin ekonomik menfaatlerini koruyan suçların bir kısmının, dolaylı olarak ekonomik düzeni de koruyan bir etkiye sahip olması mümkündür. Ancak bu durum başlı başına söz konusu suçların ekonomik suç olarak tanımlan-

---

[22] EGLI Heinz, **Grundformen der Wirtschaftskriminalität**, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1985, s. 21; RIMANN Bernhard R., **Wirtschaftskriminalität, Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1973, s. 46, 48; GEERDS Detlev, **Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz**, Schmidt Römhild, Lübeck, 1990, s. 64; DÖNMEZER Sulhi, "Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu**, İstanbul, 1987, s. 20; CİN ŞENSOY, s. 834. Benzer bir tanım için bkz. TESAL, s. 142. Demirbaş ise ekonomik suçları, "*kayıt altına alınmayan, kamu otoritesinin kontrolü dışında olan ve kamu düzenini korumak için çıkarılmış kanunlara aykırı olarak cereyan ettikleri için cezalandırılan fiiller*" olarak tanımlamaktadır. DEMİRBAŞ Timur, **Kriminoloji**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2016, s. 281. Küçüktaşdemir'in ekonomik suça ilişkin tanımı; "*mesleki ve teknik yetenekler taşıyan failler tarafından, şiddet içermeyen, çoğunlukla aldatıcı fiiller vasıtasıyla, ekonomik kazanç hedefiyle, iktisadi bir etkinlik dahilinde işlenen ve genel olarak iktisadi menfaatleri ihlal eden suçlar*" şeklindedir. KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, Seçkin, Ankara, 2018, s. 61. Başbüyük, "*ekonomik düzenin tesisi ve şekillendirilmesine dair kuralları ihlal etmek suretiyle, toplumun ekonomik düzenin sağlıklı işleyişi üzerindeki haklı menfaatlerini zarara uğratan yahut zarara uğratma tehlikesi taşıyan suçlar*"ı ekonomik suç olarak nitelendirmiştir. BAŞBÜYÜK, s. 38.

[23] MAHMUTOĞLU, s. 37, 38; CİN ŞENSOY, s. 829.

[24] HUNTINGTON Ian/ DAVIES David/ LOHSE Dieter, **Wirtschaftskriminalität im Unternehmen**, Campus Verlag, Frankfurt, 1999, s. 12; SCHMID, s. 6; FRIEDRICHS, s. 9; RIMANN, s. 46; EGLI, s. 21; SCHUSTER Leo, **Wirtschaftskriminalität und Banken**, Verlag Paul Haupt, Bern, 1977, s. 5; MAHMUTOĞLU, s. 34. Aksi görüşte, RICHTER, Ursachen und Bedeutung, s. 133. Yazara göre, güven ilişkisinin sarsılmasının ekonomik suçların tanımlanmasında bir kriter olarak kullanılması, bu kavramın çok belirsiz olması nedeniyle mümkün değildir.

[25] BERCKHAUER, s. 40, 41.

ması için yeterli değildir. Ekonomik suçların özelliği, ilk etapta ve doğrudan doğruya ekonomik düzenin korunmasına yönelik olmalarıdır.[26] Bilindiği üzere, bir suç ile korunan birden fazla menfaatin bulunması mümkündür. Ekonomik suçlarda önemli olan, korunan bu hukuki yararlardan, ekonomik düzenin korunmasının ön planda olmasıdır.[27]

Suçun failinin ve korunan hukuki menfaatin birlikte ele alınması düşünülebilirse de kanaatimizce bir suçun ekonomik suç olarak nitelendirilmesinde, bu fiilin belirli bir meslek grubuna dahil olan bir kimse tarafından işlenmiş olup olmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan, ekonomik düzenin bozulması veya tehlikeye düşmesidir. Aksi takdirde, manipülasyon suçunu işleyen bir kimsenin bir aracı kurum çalışanı olması halinde bu suçun ekonomik suç, bu fiilin ticaretle dahi uğraşmayan hatta işsiz bir kimse tarafından işlenmesi halinde ise bunun ekonomik olmayan bir suç olduğunu kabul etmek gerekecektir ki, böyle bir kabulün isabetli olmadığı açıktır. Ekonomik suçların genelde belirli meslek gruplarına dahil kimseler tarafından işleniyor olması ve hatta ekonomik suçların bir kısmının faillerinin sadece böyle kimseler olabilmesi, yani özgü suç teşkil etmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.[28]

Kuşkusuz ekonomik suçlara ilişkin olarak benimsenecek olan tanıma göre, hangi suçların ekonomik suç sayılacağı da farklılık gösterecektir. Örneğin, ekonomik suçların, toplumun ve bireylerin ekonomik menfaatlerini ihlal eden tüm suçlar olarak tanımlanması halinde, hırsızlık ya da dolandırıcılık da ekonomik suç kapsamına dahil olacaktır. Buna karşılık, katılmakta olduğumuz ekonomik suçlarda korunan hukuki yararın, bir bütün olarak ekonomik düzenin kendisi ya da diğer bir ifade ile ekonomik düzene duyulan güven

---

[26] GEERDS, s. 64.

[27] Bazı yazarlar ise böyle bir ayırım yapmaksızın, kişilerin ekonomik yararının yanı sıra, ekonomik düzenin de korunması halinde ekonomik suçun mevcut olduğunu, buna karşılık korunan yararın sadece kişilerin ekonomik menfaati olması halinde, suçun malvarlığına karşı işlenmiş kabul edileceğini ve ekonomik suç olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedirler. BOSSARD Ernst, "Die Abwehr von Wirtschaftskriminalität und Vermögensdelikten durch wirtschaftseigene Kontrolle und jährliche Abschlußprüfung", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 90, dipnot 1. Oysa yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bir suç ile birden fazla hukuki yararın korunması mümkündür ve önemli olan bu korunan hukuki yararlardan hangisinin ön planda olduğudur.

[28] Faile ilişkin olarak Cin Şensoy farklı bir yaklaşım sergilemekte ve bir ülke veya uluslararası topluluğun doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ekonomik bir ilişkinin aktörü olduğu durumlarda, ekonomik suçun varlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. CİN ŞENSOY, s. 829.

ve istikrar olduğu yönündeki görüşün kabul edilmesi halinde ise, söz konusu suçların ekonomik suç olarak nitelendirilmeleri mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, özellikle 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'da ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer alan suçların ekonomik suçlar olduklarında tereddüt etmemek gerekir.[29]

II. EKONOMİK SUÇLARIN ÖZELLİKLERİ

1. Ekonomik Suçlar Genellikle Bir Tehlike Suçu Olarak Karşımıza Çıkarlar

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, ekonomik suçlar, ekonomik düzeni zarara uğratmakta ya da zarar tehlikesine sokmaktadır. Ceza Hukukundaki genel eğilimin tersine, ekonomik suçlar niteliği gereği, tehlike suçları olarak ön plana çıkmaktadır.[30] Nitekim doktrinde yapılan tanımlarda da genellikle ekonomik düzenin mutlaka somut olarak bozulması aranmamakta, ekonomik düzenin bozulması tehlikesinin yaratılması yeterli sayılmaktadır.[31]

Tehlike suçları açısından genel olarak ifade edilen; suç olarak düzenlenen eylemin, önlenmek istenen zararı yaratmaya uygun olması ve somut-objektif bir tehlike yaratması gerektiğidir.[32] Buna karşılık ekonomik suçlara ilişkin genel eğilim ise soyut tehlike suçu[33] olarak düzenlenmeleri yönündedir.[34] Ekonomik suçların niteliği ve verebilecekleri zarar göz önüne alındığında, bu suçları

---

[29] İçel/ Yenisey, mevzuatımızdaki birçok Kanunun ekonomik suçları düzenleyen özel ceza kanunu olduğu görüşündedir. Söz konusu suçlar için bkz. İÇEL Kayıhan/ YENİSEY Feridun, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Hususi Ceza Kanunları**, Beta, İstanbul, 1992, s. 223 vd.

[30] ERMAN, Suç Siyaseti, s. 20; MAHMUTOĞLU, s. 41.

[31] SCHUSTER, Wirtschaftskriminalität, s. 6; RIMANN, s. 48; GEERDS, s. 64.

[32] ÖZEK Çetin, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarı'na İlişkin Düşünceler", **Sahir Erman'a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 670. Bu suçlar somut tehlike suçu olarak adlandırılmaktadır. ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997, s. 352.

[33] Somut olayda tehlikeli bir sonucun ortaya çıkmasına gerek olmaksızın cezalandırılan, tipik tehlikeli fiiller, soyut tehlike suçu olarak tanımlanmaktadır. ROXIN, s. 355.

[34] KINDHÄUSER Urs, "Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht", **Bausteine des Europäischen Wirtschaftsrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Hrsg. Schünemann, Bernd/ Gonzalez, Carlos Suarez**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1994, s. 126; MAHMUTOĞLU, s. 41. Ancak belirtmek gerekir ki ekonomik suçlar alanında dahi soyut tehlike suçlarının kabul edilmesi tartışma yaratan bir hususdur. TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 58.

soyut tehlike suçu olarak düzenlemenin zaman zaman bir zorunluluk haline gelebileceğini kabul etmek gerekir.

2. Ekonomik Suçlar Genellikle Özgü Suç Niteliğindedir

Ekonomik suçların tümü için geçerli olmasa da bugün bir çok ekonomik suçun özgü suç olarak düzenlendiği bilinmektedir.[35] Bu suçlar, sadece kanunda öngörülen kişi veya kişiler tarafından işlenebilmektedirler. Ancak ifade etmek gerekir ki kanunlarda bazen söz konusu suçun kimin tarafından işlenebileceğini açıkça ifade edilmekte iken,[36] bazı hallerde suçun özgü suç olma niteliği ancak yorum yoluyla çıkartılabilmektedir.[37]

Özgü suç konusunda önemli bir husus, suçu işlemesi mümkün olan bir kimsenin söz konusu yetkisini bir başkasına devretmesi halinde durumun ne olacağıdır. Hukukumuzda bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin sadece yönetim kurulu başkan ve üyeleri tarafından işlenebileceği ifade edilen bir suçun, yönetim kurulu tarafından bu konuda yetkilendirilmiş olan bir banka görevlisi tarafından işlenmesi halinde durumun ne olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konu, Alman Ceza Kanunu'nun (Strafgesetzbuch) 14. paragrafında açıkça düzenlenmiş durumdadır (StGB § 14 Abs.1). Söz konusu hüküm uyarınca, temsilci sıfatıyla hareket eden kimse özgü suç için belirtilen özellikleri taşımasa dahi, temsil olunan kimsenin bu özellikleri taşıması halinde, temsilcinin de cezalandırılması mümkündür. Hatta yetki devrinin geçersiz olduğu durumlarda dahi aynı sonuç kabul edilmektedir (StGB § 14 Abs.3). Kanaatimizce benzer bir hükmün ülkemizde de kabul edilerek kanunda açık bir şekilde düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda sadece özgü suça iştirak kuralları özel olarak düzenlenmiştir (TCK m.40/2).

---

35 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 28.

36 Örneğin Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde "*banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları*" suçu işleyebilecek kimseler olarak açıkça sayılmıştır. Bunların dışında birinin söz konusu suçu işlemesine olanak bulunmamaktadır.

37 Bankacılık Kanunu'nun 154. maddesi uyarınca, "*bu Kanunun 42'nci maddesinde belirtilen belgelerin saklanması yükümlülüğüne uymayanlar*" cezalandırılacaklardır. Görüldüğü üzere suçun kimler tarafından işlenebileceği hükümde açıkça ifade edilmiş değildir. Bununla birlikte anılan suç sadece söz konusu belgeleri saklamakla yükümlü banka görevlileri tarafından işlenebileceğinden, yorum yoluyla burada da bir özgü suçun düzenlenmiş olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

3. Ekonomik Suçlarda İspat Yükünün Yer Değiştirdiği Yasal Karineler Öngörülebilmektedir

Ekonomik suçlarda yaşanan ispat zorlukları nedeniyle tarihsel olarak bu suçlarla mücadelede kanun koyucular ispat yükünü sanığa yükleyen yasal karineler[38] kabul etmek eğilimindedirler.[39] Ülkemizde de ekonomik suçlar alanında örneklerine rastlanan bu duruma,[40] Avrupa Birliği Mevzuatının çeşitli hükümlerinde de zaman zaman öngörülmektedir. Örneğin; İçerden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlara İlişkin 28.1.2003 tarihli Avrupa Birliği Yönergesi'nin (2003/6/EC)[41] 1. maddesinin 2a bendinde[42] ve 1995 tarihli Finansal Çıkarların Korunmasına İlişkin Konvansiyon'un[43] 1. maddesinin dördüncü fıkrasında[44] bu yönde karinelerin kabul edildiği görülmektedir.

Söz konusu karinelerin suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışmaya açıktır.[45] Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin,

---

38 Karine, bir olayın doğruluğundan başka bir olayın doğruluğunu çıkarmaktır. Karineye dayanıldığı takdirde, ikinci olayın ispatına ayrıca gerek kalmaz. Bir başka ifade ile karine, somut bir olaya dayanılarak çıkarılan hukuki sonuçtur. Karineyi kanun koyucunun koyması halinde, bu karineye yasal karine denilmektedir. AYTEKİN Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000, s. 54, 55.

39 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 67.

40 Hukukumuzda sanık aleyhine kabul edilen yasal karinelere ilişkin olarak bkz. AYTEKİN, s. 61 vd. Ekonomik Suçlar alanında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 4. maddesi örnek gösterilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, *"Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır"*.

41 OJ., L 96, 12.4.2003, s. 16-25.

42 Anılan hükümde öncelikle manipülasyon olarak kabul edilen bazı işlem ve emirler sayılmış, daha sonra da, söz konusu işlemleri yapmış veya emirleri vermiş olan kimsenin, bu şekilde hareket etmesini meşru sebeplere dayandırabileceği ve bu hususları ispat edebileceği belirtilmiştir. Böylece, söz konusu işlemlerin veya emirlerin verilmesi halinde, karine olarak manipülasyonun gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmiş, aksini ispat yükü ise, işlemi yapana yüklenmiştir.

43 Söz konusu Konvansiyon'un Türkçe tercümesi için bkz. İÇEL Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI Füsun/ ÜNVER Yener/ ERMAN Barış R./ SINAR Hasan, **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul, 2000, s. 105 vd.

44 Bu hükme göre maddede belirtilen eylemin kasten yapılmış olduğunu, objektif olarak eylemin yapılış biçiminden çıkarmak mümkündür. Böyle bir durumda eylemi kasten yapmamış olduğunu ispat etmekle, söz konusu fiili işleyen kimse yükümlü olacaktır.

45 Örneğin Erem, aleyhe karine usulünün "suçsuzluk karinesi" ile bağdaşmasının izah edilemeyeceğini ve suçsuzluk karinesi dışındaki, özellikle karşıtındaki karinelerin Anayasa'yı zedele-

aksinin ispatı mümkün olduğu sürece ve sanığın savunma hakkını ihlal etmemek kaydıyla, sanığa ispat yükü getiren karinelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil etmeyeceğini kabul ettiği kararları mevcuttur.[46]

4. Ekonomik Suçlarda Mağdur Sayısı Çoktur

Ekonomik suçların en önemli özelliklerinden biri de muhtemel mağdurların sayısının çok oluşudur.[47] Ekonomik suçlar, ekonomik düzeni zarara uğrattıkları için, esasen bu suçlar dolayısıyla o ekonomik düzene tabi olan herkesin dolaylı olarak zarar görmesi ihtimali mevcuttur. Ayrıca söz konusu suçlardan doğrudan doğruya zarar gören mağdurların sayısı da genelde bir hayli fazladır. Bir bankanın içinin boşaltılması sonucu tasfiyesi halinde, bu suçtan dolayı zarar görecek olanların sayısının, adi bir suça oranla çok daha fazla olacağı açıktır. Örneğin 2008 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde yatırım bankacılığı, özel bankacılık, finansal araştırma, hazine işlemleri gibi konularda faaliyet gösteren Lehman Brothers iflas ettiğinde, bundan sadece Amerika Birleşik Devletleri ekonomisi etkilenmekle kalmamış, küresel bir krize dönüşmüş, bazı büyük uluslararası Avrupa bankalarının, zararın daha da büyümemesi adına hükümetler tarafından kurtarılması zorunluluğu ortaya çıkmış ve hükümetler birçok önlem paketi açıklamışlardır.[48]

5. Ekonomik Suçlar Seyrek Olarak Kovuşturmaya Konu Teşkil Etmekle Birlikte, Büyük Zararlara Yol Açmaktadırlar

Ekonomik suçların istatistiki olarak adi suçlara oranla daha az kovuşturmaya konu oldukları ifade edilmektedir.[49] Örneğin 2001 yılında Almanya'da yapılan bir araştırmada, ekonomik suçların tüm suçların sadece %1,73'ünü

---

yeceğini belirtmektedir. EREM Faruk, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 1986, s. 366. Kanaatimizce, sanık aleyhine yasal karineler, ancak gerçekleşme olasılığı çok fazla bulunan durumlarda kabul edilmelidir. Bkz. AYTEKİN, s. 56.

46 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Salabiaku v. Fransa (7 Ekim 1988), A 141-a; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Pham Hoang v. Fransa (25 Eylül 1992), A 243. Bkz. REID Karen, **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, Londra, 1998, s. 118.

47 GEMMER Karlheinz, "Internationale Wirtschaftskriminalität", **Wirtschaftskriminalitât**, Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 13; ERMAN, Ticari Ceza, s. 5; CİN ŞENSOY, s. 832; TİRYAKİ, s. 58; ÖZEK, s. 42.

48 ATAMAN ERDÖNMEZ Pelin, "Küresel Kriz ve Ülkeler Tarafından Alınan Önlemler Kronolojisi", **Bankacılar Dergisi**, S. 66, 2009, s. 86.

49 ERMAN, Ticari Ceza, s. 4; CİN ŞENSOY, s. 840, TİRYAKİ, s. 58.

teşkil ettiği ortaya çıkmıştır.[50] Şüphesiz bu sonuca ekonomik suçların işlenme oranının diğer suçlara göre sayısal olarak görece daha az olması da etkilidir. Ancak bunun da ötesinde, buna yol açan diğer bir etken, ekonomik suçların tespit edilmesindeki güçlüktür.[51] Bu suçlar genellikle karmaşık bir yapıya sahiptirler[52] ve bu nedenle birçok halde bu suçlardan dolayı zarar görenler, suç işlendiğinin bile farkına varmamaktadır.[53] Hatta bazı ekonomik suçlarda suçun mağdurları toplumun o kadar geniş bir kesimine yayılmaktadır ki, bu kimselerin tam olarak tespit edilebilmesi dahi mümkün değildir. Suçun bu şekilde yaygın olmasının doğal bir sonucu olarak da suçtan zarar gören kişiler, suç işlendiğinin farkına varmadıkları için ya da uğradıkları zararı önemsemediklerinden ya da pek çok farklı sebeple harekete geçmemekte, suçu bildirmekte kayıtsız kalmaktadır.[54]

Bazı hallerde ise suç mağdurlarının, soruşturmanın başlatılması için suç duyurusunda bulunmak yerine, daha etkili olacağına inandıkları özel hukuk davalarını açmayı tercih ettikleri belirtilmektedir.[55] Ayrıca mağdurlar klasik suçların aksine bu suçların aydınlatılması için işbirliğine de gitmemektedirler.[56] Suçun mağdurunun bir banka olduğu hallerde ise, bankaların itibarlarını sarsmamak için suçu örtbas etme yoluna başvurdukları ifade edilmektedir.[57] Ayrıca bu suçun failleri de genellikle suçları gizlemek konusunda klasik suçlulara oranla daha başarılıdırlar.[58] Zira bu suçların tespit edilebilmesi teknik bilgiyi gerektirmektedir ve failler genellikle orta zekanın üstünde kimseler-

---

50 MANG, s. 1.

51 GEMMER, s. 13; SCHUSTER, Wirtschaftskriminalität, s. 5. Bu konuda, işlenen ekonomik suçların ancak yüzde kırklık bir kısmının ortaya çıktığı ifade edilmektedir. GRASSE, s. 84.

52 SOMERS, s. 2.

53 ERMAN, Ticari Ceza, s. 4; TİRYAKİ, s. 58.

54 ERMAN, Suç Siyaseti, s. 2; GÜVEL Enver Alper, "Ekonomik Suç ve Caydırıcı Hukuk Uygulamaları", **Kriminoloji ve İktisat, Suç ve Ceza İktisadı Üzerine İncelemeler**, Sosyal Bilimler Araştırmaları Derneği, 2019, s. 77-78.

55 HEINZ, s. 23.

56 PFEIFFER Gerd, **Unternehmensrecht, Wirtschaftsrecht**, Fernuniversität - Gesamthochschule, Hagen, 1984, s. 18.

57 SOKULLU-AKINCI R. Füsun, **Kriminoloji**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2002, s. 79.

58 İngiltere'de ekonomik suçların hemen hemen her zaman "Limited Liability Company" olarak adlandırılan ve bizim hukukumuzda limited ve anonim şirketlere denk gelen şirketlerin ardına gizlenmek suretiyle işlendiği ifade edilmektedir. CRANE James William, "Wirtschaftskriminalität in England", **Wirtschaftskriminalitât**, Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 35.

dir.[59] Bu nedenlerle bu suçların tespit edilebilmesi, ancak iyi bir denetim mekanizmasının kurulması ile mümkün olabilmektedir.[60]

Ekonomik suçlara adi suçlara oranla istatiksel olarak daha az rastlanıyor olsa da ekonomik suçlardan kaynaklanan finansal kayıpların, diğer bütün suçların yol açtığı finansal kayıplardan birkaç kat daha fazla olduğu ifade edilmektedir.[61] Yine Almanya'da 2001 yılında yapılan söz konusu araştırmaya göre, ekonomik suçların sebep olduğu zararların, tüm işlenen suçlar sonucunda ortaya çıkan zararların %61,7'sini teşkil ettiği tahmin edilmektedir.[62] İşlenme oranı olarak, tüm suçlar içerisinde sadece %1,73'lük bir paya sahip bu suçların, meydana gelen ekonomik zararların bu kadar büyük bir kısmına neden olması şüphesiz oldukça dikkat çekicidir. Bunun yanı sıra bu suçların işlenmesinin önlenmesi için yapılan masrafların da çok büyük meblağlar teşkil ettiği bilinmektedir.[63]

Ekonomik suçların verdiği zararları ortaya koyan tüm bu istatistiki değerlerin de ötesinde ekonomik suçların bir de sayılara yansımayan bir boyutunun da bulunduğu bilinen bir gerçektir. Ekonomik suçların, zincirleme bir etkisi-

---

59 PFEİFFER, s. 18, 19; PRADEL Jean, "Mali Suçluluk: Kavramlar ve Temel Açıklamalar", (Çev. Kangal Zeynel T.), **İÜHFM**, C. 60, S. 1-2, 2002, s. 313. Bu suçluların, suçu gizlemek konusunda daha başarılı olmalarının yanı sıra, ayrıca suçun ortaya çıkması halinde bu kimselerin genelde ekonomik durumları iyi olduğu için, ceza almaktan kurtulma olanakları da adi suçlulara oranla daha fazladır. DÖNMEZER Sulhi, **Kriminoloji**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 1994, s. 293; CİN ŞENSOY, s. 841.

60 Ekonomik suçların tespit edilebildiği hallerde dahi, bu durumun genellikle oldukça gecikmeli olarak saptanabildiği ifade edilmektedir. TİRYAKİ, s. 58.

61 SUTHERLAND, White-Collar Criminality, s. 4-5; DURSUN Selman, s. 30-31. Konuya ilişkin ilginç çarpıcı bir örnek, Nick Leeson isimli bir şahsın 1995 yılında tek başına işlediği ekonomik suçlarla 200 yıllık geçmişi olan bir İngiliz bankasını iflasa sürüklemiş olmasıdır. LÖW Arnold, **Multiperspektive Analyse der Wirtschaftskriminalität Konsequenzen für die Gestaltung des Integrierten Risiko-Managements**, Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St Gallen, St Gallen, 2002, s. 1. Ekonomik suçlar, toplumlar ve ekonomiler için çok tahripkardır. GÜVEL, s. 78-79; DEMİRBAŞ, s. 287.

62 MANG, s. 1. Ancak tüm bu rakamların tahmini değerler olduğu, zira yukarıda da açıklandığı üzere, ekonomik suçların yapısı gereği, bu suçların ve bu suçların yol açtığı zararların tespit edilmesinin çok güç olduğu ifade edilmektedir. Doktrinde, söz konusu tahminlerin abartılmakta olduğu da ileri sürülmektedir. TIEDEMANN Klaus, **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I, Allgemeiner Teil**, Rowohlt, Hamburg, 1976, s. 20; MEIER Christoph, **Wirtschaftsdelikte im Bankengewerbe**, Paul Haupt, Bern, 1986, s. 17.

63 Örneğin 1975 yılında Fransa bütçesinin altıda birinin, sadece ekonomik suçların önlenmesi için yapılan masraflara ayrıldığı ifade edilmektedir. ERMAN, Ticari Ceza, s. 4. Bu istatistik dahi, bu suçların ekonomik düzen açısından arz ettiği tehlikeyi başlı başına ortaya koymaya yeterlidir.

nin de olabildiği ve bu nedenle zaman zaman bütün bir sektöre olan güvenin sarsılmasına yol açabildiği ifade edilmektedir.[64] Kuşkusuz itibarı zedelenen sektörün, bankacılık sektörü gibi ekonominin temel taşını teşkil etmesi halinde, ekonomik yapının tümünün itibarı zedelenmektedir.

Nitekim ülkemizde 2001 yılında yaşanan ekonomik ve mali krizin nedenlerinden birinin de ekonomik suçlarda yaşanan artış olduğu ileri sürülmüştür.[65] Yaşanan krizin ekonomik, mali ve sosyal boyutları göz önüne alınacak olunursa, ekonomik suçların yol açabileceği zararın boyutları ve bu suçlar ile mücadelenin önemi daha iyi anlaşılacaktır. Bu nedenle ekonomik suçlulukla mücadelenin sosyal eşitliği de sağladığı ifade edilmiştir.[66] Ekonomik suçların buna paralel bir diğer özelliği Sutherland tarafından 1940 yılında ortaya konulmuştur. Yazara göre, bu suçlar toplumdaki güveni ihlal ederler ve toplumun sosyal ahlakını düşürür ve geniş bir sosyal düzensizliğe yol açarlar.[67] Ayrıca ekonomik suçların sayısının artmasının piyasanın ahlaki yapısı üzerinde de olumsuz sonuçlar doğurmakta olduğu ifade edilmektedir.[68] Tüketici güvenini azaltan ekonomik suçlar, fırsat maliyetlerini ve mal/hizmet fiyatlarını arttırarak ve suç aktivitelerini finansa ederek tüm ekonomiye ve topluma zarar verirler.[69]

Ekonomik suç, güveni tahrip ederek hem ulusal hem de küresel ölçekte kişiler arası ilişkileri, ekonomik gelişmeyi ve hatta siyasal istikrarı tehlikeye atmaktadır.[70] İşlenen ekonomik suçların yoğunluğu, yatırımcıların piyasaya olan güvenlerini sarsmakta ve bu nedenle yatırım yapmaktan kaçınmalarına yol açmaktadır.[71] Özellikle yabancı yatırımcıların ülkemizde yatırım yapmaktan kaçınmalarının yine istatistiklere doğrudan yansımayan önemli ekonomik zararlara yol açtığı açıktır.

---

64 SCHMID, s. 38; RICHTER, Ursachen und Bedeutung, s. 140.

65 DURSUN Hasan, s. 215.

66 CİN ŞENSOY, s. 829.

67 SUTHERLAND, White-Collar Criminality, s. 5.

68 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, s. 25 vd.

69 GÜVEL, s. 81.

70 GÜVEL, s. 80.

71 CİN ŞENSOY, s. 832.

6. Ekonomik Suçlarda Suç Faillerinin Yapısı Adi Suçlara Oranla Farklılık Göstermektedir

Ekonomik suçları işleyen faillerinin yapılarının genellikle adi suçlardan farklılıklar gösterdiği[72] ve bu kimselerin toplum içerisinde saygın ve yüksek statü sahibi kimseler oldukları uzun zamandır bilinmektedir.

Özellikle yüzyılın başında Kriminolojide egemen olan anlayışa göre, suçun nedeni, yoksulluk, psikolojik ve sosyolojik bozukluklar ile açıklanmaya çalışılıyordu. Bu anlayışa göre, klasik fail tipini toplumun sosyoekonomik olarak alt kesimlerinden insanlar teşkil etmekteydiler.[73] Amerikalı sosyolog Sutherland, ilk olarak 1939 yılında yaptığı bir konuşma ile ve ertesi yıl yazdığı makalesi ile bu yargının doğru olmadığını ortaya koymuştur.[74]

Bugün artık saygın ve mesleği itibariyle toplumun üst sınıflarına dahil olan kimselerin de zaman zaman mesleklerinin kendilerine sağladığı imkanlardan yararlanarak toplumun kendilerine duyduğu güveni kötüye kullandıkları ve mali boyutu çok yüksek olan suçları işleyebildikleri, hatta ekonomik suçların çoğu zaman "beyaz yakalı suçlular" olarak adlandırılan bu kimseler tarafından işlendiği bilinen bir gerçektir.[75] Klasik suçluların aksine bu kimselerde, cehalet, zeka azlığı, toplumsal kurallara uyumsuzluk gibi özelliklere rastlanmamaktadır.[76] Bununla birlikte bu kimselerin görünüşün aksine sosyal

---

72 Söz konusu farklılıkları; yaşa, sınıfa, ırka, cinsiyete, demografik etmenlere vs. göre ortaya koyan çalışmalar için bkz. FRIEDRICHS, s. 12 vd.; SCHMID, s. 46 vd. Kanaatimizce bu istatistiki değerlendirmeler arasında hayat tarzına ilişkin veri oldukça dikkat çekicidir. Yapılan araştırmalar, ekonomik suç faillerinin birçoğunun lüks hayata ve iyi otomobillere meraklı olduklarını ortaya koymuştur. SCHMID, s. 48.

73 SUTHERLAND, White-Collar Criminality, s. 1. Feodal üretim döneminde suç, genellikle aristokratlar dışında kalan kimseler tarafından işlenen bir fiil olarak görülmekte idi. Fransız devriminden sonra ise, suçun genellikle köylüler ve işçiler tarafından işlendiği görüşü hakimdi. HAFIZOĞULLARI Zeki, "Temiz Toplum Meselesi", **Argumentum**, Haziran 1993, Y. 3, S. 35, s. 621.

74 SUTHERLAND, White-Collar Criminality, s. 2 vd.

75 FRIEDRICHS, s. 13; RIMANN, s. 86; ERMAN, İktisadi Suçlar, s. 104, 105. Beyaz yaka suçları, saygın ve yüksek statü sahibi kimseler tarafından meslekleri dolayısıyla işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır. SUTHERLAND, White Collar Crime, s. 7.

76 RIMANN, s. 92; MÜLLER Peter, "Breiter als man meint: die Palette der Sanktionen im Kampf gegen Finanzkriminalität", **La Criminalité Financiére - Finanzkriminalität - Financial Crime** (Ed. Bolle, Pierre-Henri/ Steffen, Heinz), Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2002, s. 174; MERGEN Armand, "Wirtschaftsverbrechen und Wirtschaftsverbrecher", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 14; PFEIFFER, s. 18; ERMAN, İktisadi Suçlar, s. 105.

olarak çok gelişmiş olmadıkları, genelde ben merkezci bir yapıya sahip oldukları, yalnız oldukları ve hayatta en büyük hırslarının maddi kazanç elde etmek olduğu da ifade edilmektedir.[77] Ancak görünüşte topluma uyumlu bir yaşam süren bu faillerin, söz konusu anti sosyal özellikleri kolaylıkla fark edilememektedir.[78]

Beyaz yaka suçlularının çok ender durumlarda sadece bir kez suç işlemekle yetindikleri, genellikle birden fazla ekonomik suç işledikleri, hatta işledikleri suç ortaya çıktıktan sonra dahi, mahkumiyet kararına kadar ekonomik suç işlemeye devam ettikleri ifade edilmektedir.[79]

Bu fail tipinin bir diğer özelliği de suçlarının ortaya çıkmasını engellemek için bürokrasiye rüşvet verme ve prestijlerini kullanma suretiyle kamu yönetimini aksatıyor olmalarıdır.[80] Bu kimselere karşı, kendileri ile benzer bir statüye sahip olan idare mensupları, politikacılar ve hatta yargı mensupları tarafından daha hoşgörülü olarak yaklaşıldığı da bilinen bir gerçektir.[81] Bu nedenle bu konuda basına özel bir görev düştüğü, zira "beyaz yakalı suçluların" en büyük korkularının kamuoyu önünde afişe edilmek olduğu ifade edilmektedir.[82] Ancak özellikle medyada tekelleşme yaşayan ülkelerde, bu gibi kimselerin medya üzerinde de nüfuza sahip olduğu ve bu nedenle basının bu görevini her zaman tam olarak yerine getirmediği de ne yazık ki bilinen bir gerçektir.[83]

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bazı yazarlar tarafından, ekonomik suçlulukta failin taşıdığı bu özelliğin, ekonomik suçluluğun tespit edilmesinde kullanılan bir kriter olarak ele alınması gerektiği savunulmuş ise de kana-

---

77 RIMANN, s. 93.

78 MERGEN, s. 14.

79 GRASSE, s. 75, 76.

80 Yine bu suçlulara ilişkin ilginç bir tespit Tosun tarafından yapılmıştır. Yazara göre, "*büyük iş adamları, cezadan çekinmeyen kimseleri paravan olarak kullanmakta, neticede asıl failler onlar olmasına rağmen yakalanmaları mümkün olmamaktadır; yakalananları ise patron beslemektedir*". TOSUN Öztekin, "Türkiye'de İktisadi Suçlar", **İÜHFM**, C. 26, S. 1-4, 1960, s. 15.

81 SUTHERLAND Edwin H., "Is 'White Collar Crime' Crime?", **American Sociological Review**, Vol. 10, No. 2, 1944, Annuel Meeting Papers (Apr., 1945), s. 137.

82 MESSERLI Alfred, "Möglichkeiten der Presse zur Vorbeugung", **Wirtschaftskriminalitât**, Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 135.

83 CİN ŞENSOY, s. 846. Bu suçlara karşı sadece medyanın değil, toplumun, yani kamu oyunun da adam öldürme, hırsızlık gibi klasik suçlara oranla daha az ilgi ve tepki gösterdiği ifade edilmiş ise de (YÜCEL Mustafa T, "Suç İşletmesi ve Ekonomik Suçlar", **Adalet Dergisi**, Y. 68, S. 3-4, 1977 Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos, s. 222), bu durumun günümüzde artık büyük oranda değiştiğini söylemek mümkündür.

atimizce ekonomik suçluluğun failden yola çıkılarak tanımlanması isabetli olmayacaktır.[84] Her ne kadar ekonomik suçlar büyük oranda belirli ve sosyal prestiji yüksek meslek grubuna dahil kimseler tarafından işlenmekte ise de bu hususun zorunlu bir unsur olarak değerlendirilmesine imkan bulunmamaktadır. Bugün için ekonomik suçların "yüksek tabakaya" dahil olmayan kimseler tarafından da işlenmesi sıklıkla karşımıza çıkan bir durumdur.[85] Kaldı ki günümüzde sınıflar arası ayrımın da 20. yüzyılın başındaki kadar keskin olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu husus dahi başlı başına fail kriterinden yola çıkarak ekonomik suçluluğun tespit edilmesindeki güçlüğü ortaya koymaktadır. Özellikle 1990'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan çalışmalar, kredi dolandırıcılığı gibi bazı ekonomik suçların, "beyaz yakalı suçlular" tanımına girmeyen ve toplumda "saygın" olarak görülmeyen kimseler tarafından yoğun olarak işlendiğini ortaya koymaktadır. Bu çalışmalar sonucunda yalan söylemeyi başarabilen her failin bu suçları işleyebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.[86]

Bununla birlikte ekonomik suç faillerinin taşıdığı bu özelliğin tamamen önemsiz olduğunu ifade etmek de mümkün değildir. Özellikle beyaz yaka suçlularında, klasik suçluların aksine, cehalet, zeka azlığı, toplumsal kurallara uyumsuzluk gibi özelliklere rastlanmaması, bu suçlar ile mücadelede klasik suçlarla mücadele için kullanılan yöntemlerin yeterli olmayacağını ortaya koymaktadır.[87]

7. Günümüzde Ekonomik Suçlar Organize Bir Şekilde Gerçekleştirilmektedir

Ekonominin ve buna bağlı olarak ekonomik suçların her geçen gün daha karmaşık bir yapıya bürünmesi, doğal olarak ekonomik suçların da günümüzde organize bir şekilde karşımıza çıkmasına neden olmaktadır. Bu suçların failleri çoğu zaman sonuca ulaşabilmek için başkaları ile işbirliği yapmaktadırlar.[88] Hatta bu suçlar birçok halde örgütlü suçlar olarak karşımıza çıkmakta,[89] beyaz yaka suçluları zaman zaman yer altı örgütleri ile işbirliği yapmaktadır-

---

84 Aynı doğrultuda SCHUSTER, Wirtschaftskriminalität, s. 6.

85 HUNTINGTON/ DAVIES/ LOHSE, s. 12; SCHUSTER, Wirtschaftskriminalität, s. 6.

86 CİN ŞENSOY, s. 843.

87 CİN ŞENSOY, s. 833.

88 SOMERS, s. 2.

89 ÖZBEK, s. 36.

lar.[90] Globalleşmenin bir sonucu olarak ekonomik suçların günümüzde gittikçe daha fazla oranda, büyük uluslararası organizasyonlar tarafından işlendiğini söylemek de mümkündür.[91]

8. Ekonomik Suç Tipleri Ülkenin Ekonomik Yapısı ve Ekonomik Kuralları ile Doğrudan İlgilidir

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ekonomik suçlar, ekonomik düzenin kurumlarını ve bu şekilde de ekonominin genel olarak düzenini bozan veya zarara uğraması tehlikesine sokan davranışlar olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda ekonomik düzenlerdeki, ya da diğer bir ifade ile ekonomik yapılardaki farklılıklar, ekonomik suç tiplerinin de yer ve zaman içerisinde farklılıklar göstermesine neden olmaktadır.[92] Borsanın bulunmadığı bir ülkede sermaye piyasası suçlarının da mevcut olmayacağı açıktır. Ancak söz konusu ülkede bir borsanın kurulması ile birlikte sermaye piyasası suçları da gündeme gelecektir.[93]

Bunun en tipik eski doğu bloku ülkelerinde gözlemlenmiştir. Sosyalist sistemden, kapitalist sisteme geçilmesi ile birlikte, eski ekonomik suç tipleri ortadan kalkmış, bunun yerine yeni ekonomik suç tipleri ortaya çıkmıştır.[94]

---

90 HAFIZOĞULLARI, s. 622.

91 PÓCZIK Szilveszter, "Sozialer Wandel und grenzüberschreitende Wirtschaftskriminalität in Ungarn", **Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung**, Leibziger Universitätsverlag, Leibzig, 1998, s. 240, 241; GÜNER Sedat, **Organize Suç Örgütleri Kara Para ve Aklanması**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2003, s. 54, 55; GÜVEL, s. 74.

92 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 6; RICHTER, Geschichtliche Entwicklung, s. 28; MEIER, s. 5-7. Farklı ekonomik sistemlerde ekonomik suçların arz ettiği özelliklere ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. ERMAN, Suç Siyaseti, s. 3 vd. Şüphesiz ki suç kavramının ve suç tiplerinin yer ve zamana göre değişiklik göstermesi sadece ekonomik suçlara özgü değildir. Burada kastedilen ülkenin ekonomik yapısı ile bu suçlar arasında doğrudan bir bağlantının bulunduğudur. Bunun doğal bir sonucu olarak, benzer ekonomik düzeni benimseyen ülkelerde, ekonomik suçlar da az çok paralellik göstermektedir. Ayrıca ekonomik yapıda yaşanan değişikliklerin de ekonomik suçlar üzerinde doğrudan etkisi mevcuttur. Diğer suç tiplerinde böyle bir doğrudan etkinin varlığından söz etmek aynı derecede kolaylıkla mümkün değildir.

93 Buna karşılık bazı ekonomik suçların ekonomik sistemlerden bağımsız olduğu ve hangi ekonomik sistem kabul edilirse edilsin bu eylemlerin bir suç olarak kanunlarda düzenlenmekte olduğu ifade edilmekte ve bunlara örnek olarak bilişim suçları gösterilmektedir. TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 6.

94 LASKOWSKA Katarzyna, "Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in Polen, Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts", **Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung**, Leibziger Universitätsverlag, Leibzig, 1998, s. 215.

Şüphesiz hemen hemen tüm ülkelerde, bu kadar keskin bir şekilde olmasa da ekonomik yapıda yaşanan gelişim ve değişimlere bağlı olarak yeni suç tipleri ortaya çıkmakta[95] ve bunlarla yeni mücadele yöntemlerinin bulunması gerekmektedir.[96]

Bunun yanı sıra ekonomik suçlar, mevcut diğer hukuk kuralları özellikle de ekonomi hukuku ile doğrudan bağlantılıdır. Yasaklanan veya izin verilen eylem ve faaliyetler genellikle ceza normları dışındaki normlarda düzenlenmektedir.[97] Ekonomi hukukunun değişim göstermesi ile birlikte ekonomik suçların da içeriği değişmekte veya eski suç tiplerinin yerine yenileri gelmektedir. Bu nedenle ekonomik ceza hukukunun çoğu zaman fer'i, yani ekonomi hukukuna bağlı bir niteliğe sahip olduğu ifade edilmektedir.[98] Nitekim bunun doğal sonucu olarak ceza hükümleri genellikle ekonomik ilişkileri düzenleyen kanunların sonunda yer almaktadır. Şüphesiz bunun en tipik örneklerini sermaye piyasası suçları ile bankacılık suçları teşkil etmektedir.

Ekonomik ilişkiler ve ticari faaliyetler zaman içerisinde hızla yaygınlaşmakta ve çeşitlenmekte,[99] buna bağlı olarak da her geçen gün ekonomik düzenin içerisinde yeni boşluklar oluşmakta,[100] bunun önüne geçebilmek amacıyla da sürekli olarak önlemler alınmaya çalışılmakta[101] ve yeni suç tipleri ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ekonomik ceza hukukunun ceza hukuku alt dalları içerisinde en canlısı, yani zaman içerisinde en çok değişim göstereni olduğunu iddia etmek sanırız yanlış olmayacaktır.

---

95 Yukarıdaki örnekte olduğu gibi ülkemizde de 1981 yılından önce bir Sermaye Piyasası Kanunu ve buna bağlı olarak da sermaye piyasası suçları mevcut değildi. Ancak sermaye piyasasının ülkemizde yerleşmesi ile birlikte, bu alanda yeni suçların yaratılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

96 Ülkemizde de şehirleşme, ekonomik büyüme ve enflasyon ile birlikte doğal olarak ekonomik suçların sayısında da bir atış yaşandığı ifade edilmektedir. HAFIZOĞULLARI, s. 624.

97 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 2.

98 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 2.

99 BERK Wilhelm, "Gedanken zur kriminalpolizeilischen Strafverfolgung überregionaler und internationaler Wirtschaftsverbrechen", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 30; TİRYAKİ/GÜRSOY, s. 53.

100 OEHMICHEN Joachim, "Abgrenzungsschwriegkeiten zwischen Bilanzfälschung und Bilanzverschleierung", **Wirtschaftskriminalität, Aktuelle Fragen des Wirtschaftsrechts in Theorie und Praxis**, Bayerische Velagsanstalt, Hrsg. Belke, Rolf/ Oehmichen, Joachim, Bamberg, 1983, s. 235; GEMMER, s. 13.

101 BERK, s. 30.

III. EKONOMİK SUÇLARDA SUÇ POLİTİKASI

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ekonomik hayatın özel hukuk normları ile düzenlenmesi gerektiği düşüncesi terk edileli oldukça uzun zaman geçmiştir. Bugün için ekonomik hayatta idari ve cezai yaptırımlara da sık sık başvurulduğu görülmektedir. Ancak bu noktada nelerin bir suç olarak kabul edilmesi gerektiği ve söz konusu suçların nasıl bir ceza yaptırımıyla karşılanması gerektiği, yani kısaca ekonomik suçlarda suç politikasının nasıl olması gerektiği sorunu karşımıza çıkmaktadır.[102]

Öncelikle ifade etmek gerekir ki özellikle ülkemizde bu konuda çok ciddi bir suç politikasının izlendiğinden bahsetmeye imkan bulunmamaktadır. Ekonomik suçların sayısı zaman içerisinde değişiklik göstermektedir. Hangi fiillerin suç teşkil edeceği de çoğu zaman bir suç politikasının sonucu olarak belirlenmemekte, daha ziyade ülkemizde yaşanan gelişmelere tepkisel düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.[103]

Yaptırımlar konusunda ise,[104] ekonomik suçlarda genellikle hapis cezası ile para cezasının birlikte öngörülmekte olduğu dikkat çekmektedir.[105] Doktrinde bazı yazarlar tarafından bu husus eleştirilmekte, ülkeler arasındaki sistem ve rejim farklılıklarından doğacak haksız sonuçları da bertaraf edebilmek için, ekonomik suça ekonomik yaptırımın öngörülmesi gerektiği ifade edilmektedir.[106] Buna karşılık, bazı yazarlar ise, beyaz yakalı suçlular açısından

---

102 Suç politikası, ceza hukukunun toplumu koruma görevini en iyi biçimde yürütebilmesi için hangi esaslar içinde düzenlenmesi gerektiği sorunu olarak tanımlanmaktadır. İÇEL Kayıhan/ DONAY Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, 1. Kitap, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2005, s. 70.

103 YARSUVAT Duygun, "Finansal Hizmetler Kanunu Tasarısı Taslağı'nda Yer Alan Ceza Hükümlerine Genel Bir Bakış", **Türk-İsviçre Banka Hukuku Haftası, 16-17 Aralık 2004**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 120; Özek bu husus panik mevzuatı olarak nitelendirmektedir. ÖZEK, s. 42.

104 Ceza hukuku yaptırımlarının amacının ekonomik suçlarda farklılık göstermediği, burada da amacın, adaleti sağlamak, faili tekrar suç işlemekten uzak tutmak ve genel olarak da tüm topluma suç işlemeye değmeyeceği mesajını vermek olduğu ifade edilmektedir. MÜLLER Peter, s. 174.

105 DURSUN Selman, s. 84.

106 EREM Faruk/ ALTIOK Akın/ TANDOĞAN Haluk, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 295. Dursun, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda kısmen de olsa "ekonomik suça ekonomik yaptırım" esasının benimsenmiş olduğunu savunmakta ve daha önceki kanunlarda yer alan bazı suçların, bu Kanun'da idari para yaptırımına bağlanmış olmasının bunun bir göstergesi olduğunu ifade etmektedir. DURSUN Selman, s. 85. Tiryaki ise, söz konusu esasın ülkemizde ekonomik suçlar açısından prensip olarak kabul

en fazla korkulan yaptırım türünün hürriyeti bağlayıcı cezalar olduğunu ve yakalanma ve mahkumiyet riskinin yüksek olması halinde, hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidinin önleyici bir nitelik taşıyacağını savunmaktadırlar.[107]

Bu konudaki son bir yaklaşım ise, belirli bir ağırlığın üzerindeki suçlarda hürriyeti bağlayıcı cezalara hükmedilmesi, bunun dışındaki hallerde ise hürriyeti bağlayıcı cezaların yarardan çok zarar getireceği ve bu nedenle para cezası ile yetinilmesi gerektiği yönündedir. Özellikle mağdur sayısının fazla olduğu hallerde, hürriyeti bağlayıcı cezanın uygun olduğu ifade edilmektedir.[108] Ayrıca müsadere, meslekten men gibi diğer yaptırımların da ekonomik suçlar açısından oldukça etkili olabileceği belirtilmektedir.[109]

Para cezalarına ilişkin olarak ise, hükmedilecek para cezası miktarının failin ödeme gücünden fazla olmaması gerektiği ve suçlunun ödeme gücünün, para cezasının miktarının azaltılması bakımından cezayı hafifletici bir etmen olarak dikkate alınabileceği belirtilmektedir.[110]

Kuşkusuz tüm ekonomik suçlar açısından nasıl bir suç politikasının izlenmesi gerektiğini tespit etmek bu çalışmanın alanının dışında kalmaktadır. Ancak genel olarak geçerli olan bazı değerlendirmeleri yapmakta fayda bulunduğunu düşünmekteyiz.

İfade etmek gerekir ki, ekonomik hayatta da bazı eylemlerin cezai yaptırımlara bağlanması kuşkusuz önleyici ve caydırıcı bir etki yapacaktır. Ancak bu konuda dikkatli olmak gerekmektedir. Cezai yaptırımın ölçülü bir şekilde kullanılmaması, her türlü eylemin suç sayılması, üstelik de bunun hapis cezası yaptırımına bağlanması halinde, bir yandan söz konusu ticari faaliyetin yapılması neredeyse imkansız denilecek ölçüde riskli bir hale gelecek,[111] diğer yan-

---

edilmekte olduğunu ifade etmekte ve ekonomik suçlar için, adi suçların aksine genellikle idari para yaptırımı, para cezası, meslekten ve faaliyetten men gibi cezaların öngörüldüğünü, bu suçlar açısından hürriyeti bağlayıcı cezaların istisnai olduğunu ifade etmektedir. TİRYAKİ, s. 59. Yazarın bu tespitine katılmamaktayız. Kanaatimizce ülkemizde ekonomik suçlar alanında dahi hürriyeti bağlayıcı cezaların istisnai nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir.

107 YÜCEL Mustafa T., "Ekonomik Suçlar", **Yasa Hukuk Dergisi**, C. I, S. 11, 1978, s. 1857; YÜCEL, Suç İşletmesi, s. 228.

108 MÜLLER Peter, s. 174, 175.

109 MÜLLER Peter, s. 177, 178.

110 YÜCEL, Suç işletmesi, s. 229.

111 Bu konuda ilginç bir tecrübe İspanya'da yaşanmıştır. İspanya'da 1980 yılında Ceza Yasasına "ekonomik düzene karşı suçlar" başlığı ile ayrı bir bölüm eklenmek istenmiş, ancak bu taslak ekonomi çevrelerinden gelen tepkiler ve baskılar nedeniyle yasalaşamamıştır. BAJO Miguel, "Wirtschaft-

dan da suç işleyenlerin takip edilmesi tamamen tesadüfi olacaktır.[112] Bu nedenle öncelikle ve olabildiğince, ekonomik suçlulukla, iktisadi ve mali tedbirler[113] ile mücadele edilmeye çalışılmalı,[114] düzgün işleyen denetim mekanizmaları öngörülmelidir.[115] Örneğin ekonomik suçun yapısının karmaşıklığı ile doğru orantılı şekilde, gerekli görülen alanlarda, ekonomik hayatın uzmanlaşmasına paralel olarak hukuk uygulama birimleri oluşturulabilir. Hong Kong'taki *The Independent Commission Against Corruption* (Yolsuzluğa Karşı Bağımsız Komisyon), İngiltere'deki *The Serious Fraud Office* (Ciddi Dolandırıcılık Ofisi), Türkiye'deki Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) bunun örnekleri olarak verilebilir.[116] Kuşkusuz idari yaptırımlar da bu konuda büyük önem taşımaktadır.[117]

---

sentwicklung und Kriminalpolitik in Spanien", **Bausteine des Europäischen Wirtschaftsrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Hrsg. Schünemann, Bernd/ Gonzalez, Carlos Suarez**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1994, s. 3. Oysa ki ekonomik suçlar ile mücadelenin, öncelikle yasal olarak faaliyet gösteren ekonomi çevrelerini koruyacağı açıktır. Bu çevrelerin söz konusu yasa tasarısına karşı gelmelerinin nedeni, ceza sayısında yaşanacak bir artışın, ekonomik faaliyette bulunmayı riskli bir hale getireceği yönündeki endişe olsa gerekir.

112 ERMAN, Ticari Ceza, s. 14 vd. Bu konuda Erman özellikle bir zamanlar geçerli olan döviz suçlarını örnek göstermektedir. Döviz mevzuatı neredeyse her türlü eylemi yasaklamak ve bu yasağa aykırılıkları da cezai yaptırıma bağlamak yolunu seçmiştir. Bunun neticesinde, bir yandan döviz ticaretinin yapılması neredeyse imkansız hale gelmiş, diğer yandan da verilen bir çok ceza da kamu vicdanını büyük ölçüde zedelemiştir. ERMAN, Ticari Ceza, s. 14, 15.

113 Tamamlayıcı olarak nitelendirilebilecek iktisadi ve mali tedbirler yanında alınması yararlı olacak bir takım başka önlemlerden de bahsedilebilir. "*Banka ve Finans Kuruluşlarının belirli bir miktarı aşan ya da şüpheli nakit işlemlerini merkezi otoriteye raporlaması, şirketlerin sadece Tobin q'su gibi geçmiş performans değerlemelerini değil Enterprise Dashboard gibi anlık ve geleceğe yönelik performans değerlemelerini kullanması ve risk bazlı bir denetim ve yönetim anlayışı benimseyerek kendi içinde bağımsız denetçi ve YMM desteğiyle muhasebe denetimini yaptırması, yine Kamuoyunun dolandırıcılara karşı uyanıklığının ve duyarlılığının artırılması, sivil örgütlenme hakkı ve özgürlüğün geliştirilmesi, açık bir politik sistem kurulması, kamu kuruluşlarının harcamalarında şeffaflık sağlanması, iktidarların hesap vermesi ve sorgulanmasını sağlayacak yönde basın özgürlüğünün ve muhalefetin güvence altına alınması da ekonomik suçların caydırılmasına katkı sağlayacaktır*". Bkz. GÜVEL, s. 98.

114 GEERDS, s. 75; EGLI, s. 174; GRASSE, s. 76; WINDOLPH Albert, "Persönlichkeitsschutz und Informationensfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftsdeliquenz", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 100; YARSUVAT, s. 93; CİN ŞENSOY, s. 845.

115 FRILLOUX Jean, "Wirtschaftskriminalität in Frankreich", **Wirschaftskriminalität**, Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 148; BOSSARD, s. 90 vd.; YARSUVAT, s. 121.

116 GÜVEL, s. 89.

117 PIETH Mark, "Nichtstrafrechtliche Mittel zur Prävention und Repression von Wirtschaftskriminalität", **La Criminalité Financiére - Finanzkriminalität - Financial Crime** (Ed. Bolle, Pierre-Henri/ Steffen, Heinz), Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2002, s. 74, 75.

Bütün bu tedbirlerin gerçekten yetersiz kaldığı alanlarda, cezai yaptırımlara son çare olarak başvurulmalıdır.[118] Örnek olarak bankacılık alanında suç sayısının gereğinden fazla artırılması, banka yöneticisi olmayı riskli bir faaliyet haline getirecek, bu durum da nitelikli kimselerin banka yöneticisi olmaktan kaçınması sonucunu doğuracaktır. Bunun ise bankacılık alanında amaçlananın tam tersine bir etkinin doğmasına yol açacağı ortadadır.

Bu konuda dikkat çekilmesi gereken son bir nokta ise, günümüzde ekonomik suçların sınırları aşan yapısıdır.[119] Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ekonomik suçlar günümüzde gittikçe daha fazla, büyük ve uluslararası organizasyonlar tarafından işlenmektedir. Bu nedenle ekonomik suçlarla mücadelede uluslararası işbirliğinin önemi de gün geçtikçe artmaktadır.[120] Nitekim buna yönelik olarak özellikle Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri arasında son yıllarda önemli adımlar atılmaya başlandığı gözlenmektedir.[121]

---

[118] IGNÉE Peter, "Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität außerhalb des Strafrechts", **Wirtschaftskriminalität, Aktuelle Fragen des Wirtschaftsrechts in Thorie und Praxis, Hrsg. Belke, Rolf/ Oehmichen, Joachim**, Bayerische Velagsanstalt, Bamberg, 1983, s. 211; ERMAN, Ticari Ceza, s. 15. Tiedemann, cezai yaptırımın, ekonomik suçluluk ile mücadele açısından zorunlu ve bu mücadeleye uygun olması gerektiğini ifade etmektedir. Yine yazara göre, cezai yaptırımlara, ancak ekonomik suçlar ile mücadelede diğer hukuki yöntem ve yaptırımların yeterli olmadığı hallerde başvurmak gerekir. TIEDEMANN Klaus, **Welche strafrechtlichem Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität: Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag**, C. H. Beck, München, 1972, s. 33.

[119] TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, s. 22 vd.; PIETH, s. 74; RICHTER Hans, "Grenzüberschreitende Bekämpfung", **Wirtschaftsstrafrecht**, Hrsg. Müller-Gugenberger/ Bieneck, 3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag - Verlag Dr Otto Schmidt, Köln, 2000, s. 145; BERK, s. 30, 36. Ekonomik suçların her geçen gün daha fazla "uluslararası" bir özellik göstermesinin en önemli nedenlerinden biri olarak da, sayıları gittikçe artan çok uluslu şirketlerin sayısız ülkede, aynı anda faaliyette bulunmaları gösterilmektedir. TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 8.

[120] TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, s. 27; RICHTER, Grenzüberschreitende Bekämpfung, s. 163; CİN ŞENSOY, s. 846; GÜVEL, s. 91; KARATAY Özcan/ KAPUSIZOĞLU Mehmet, "Mali ve Ekonomik Suçların Terörün Finansmanı Bağlamında Değerlendirilmesi", **Ekonomi Bilimleri Dergisi**, C. 3, No. 1, 2011, s. 121. Nitekim çeşitli uluslararası konferanslarda da uluslararası işbirliğinin önemi sürekli olarak vurgulanmaktadır. ERMAN, İktisadi Suçlar, s. 109, 110. Uluslararası mücadelede kısa ve uzun vadede alınması gereken önlemlere ilişkin olarak bazı öneriler için bkz. BERK, s. 39 vd.

[121] Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri arasında, şirketlerin iktisadi durumlarının karşılaştırmalı olarak incelenmesini ve bilanço hilelerinin önlenmesini olası kılan ortak muhasebe kurallarını belirlemek ve böylece birden fazla ülkede faaliyet gösteren şirketler tarafından işlenebilecek olan ekonomik suçları engellemek için çalışmalar yürütülmektedir. TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, N. 9.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EKONOMİK SUÇLAR

1. Almanya

Bugün için Alman doktrinde de ekonomik suçluluğun tanımı ve içeriği konusunda bir fikir birliğinin bulunmadığı ilk bakışta göze çarpmaktadır.[122] Ancak doktrinde bir fikir birliği bulunmasa da uygulama, ortaya çıkabilecek bazı sorunları önlemek amacıyla bazı girişimlere yönelmiştir. Bu konudaki ilk girişim, ekonomik suçluluk ile mücadelede uygulanacak tedbirlerde standardı sağlanmak amacıyla, Alman kriminal polis bürosu tarafından 1963 yılında yapılmış ve ekonomik suçların bir tanımı belirlenmiştir. Buna göre, "failin, ekonomik veya sosyal itibarına dayanarak hukuk kurallarını veya ekonomik hayatta geçerli olan güveni kötüye kullanması ve cezai yaptırıma bağlanmış eylemin etkilerinin, bireysel zararların ötesinde, ekonomik hayatı veya ekonomik düzeni bozmaya veya tehlikeye düşürmeye elverişli olması" halinde, bir ekonomik suçun varlığını kabul etmek gerekecektir.[123] Bu tanımın özellikle son kısmının, Alman doktrininde ağırlıklı olarak kabul edilen tanıma[124] da uygun olduğu görülmektedir.[125]

1975 tarihli Alman Mahkemeler Kanunu'nun (Gerichtsverfassungsgesetz) 74c paragrafında ekonomik suçların bir listesi verilmiştir. Ancak bu listede yer alan suçlar mutlaka her olayda ekonomik suç olarak kabul edilecek değildir. Bir suçun somut olayda ekonomik suç sayılabilmesi için, olayın çözümlenmesi, "ekonomik hayata ilişkin özel bilgiyi" gerektirmelidir. Yani bir suçun ekonomik suç olarak sayılıp sayılamayacağı, ancak somut olay üzerinden yapılacak ex post bir değerlendirme sonucu ortaya çıkacaktır. Somut olayda, sayılan listede yer alan bir suç, ekonomik hayata ilişkin özel bilgiler olmaksızın dahi aydınlatılabiliyorsa ekonomik suç sayılmayacak, olayın çözümlenmesi için bu tür bir bilgiye ihtiyaç duyuluyorsa ekonomik suç olarak kabul edilecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki söz konusu hüküm, "ekono-

---

122 Bazı yazarlar ekonomik suçları sayma yoluna gitmişler ise de, bunlar dahi bu sayımın sınırlı sayıda olmadığının altını çizmek gereği duymuşlardır. ZYBON Adolf, "Die Unternehmung als Objekt und als Instrument der Wirtschaftskriminalität", **Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis**, C. 27, 1975, s. 418 (OEHMİCHEN, s. 235'den naklen).

123 SCHÄFER Herbert, "Zur Abgrenzung zwischen allgemeinem Strafrecht, Wirtschaftskriminalität und Weiße-Kragen-Kriminalität", **Grundlagen der Kriminalistik**, Band 2, Wirtscahftskriminalität und Wirtschaftskriminalistik, Schäfer, Herbert, Steintor-Verlag, Hamburg, 1967, s. 15.

124 RIMANN, s. 46, 48; EGLI, s. 21; GEERDS, s. 64.

125 Ayrıca bkz. TIEDEMANN, Gutachten, s. 28.

mik suçluluk dairelerinin" (Wirtschaftsstrafkammer) görev alanlarının belirlenebilmesi amacıyla kabul edilmiştir. Buna göre, bu maddede sayılan suçlara ilişkin davalara, çözümlenebilmeleri ekonomik hayata dair özel bilgiyi gerektirdiği sürece, ekonomik suçluluk daireleri bakacaktır. Böylece ekonomik suçlara ilişkin davaların ihtisaslaşmış hakimler tarafından görülmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca ekonomik suçlara ilişkin davaların kovuşturulması da ekonomik suçlulukla mücadelede uzman savcılar (Schwerpunktstaatsanwalt) tarafından gerçekleştirilmektedir.

Alman Mahkemeler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından, Alman Polis Birliği (Arbeitsgemeinschaft der Kriminalpolizei), 1980 yılında yukarıda yer verdiğimiz tanımı değiştirmiş ve ekonomik suçları iki kategoride toplamıştır. Buna göre ekonomik suçlar,

- Alman Mahkemeler Kanunu'nun 74c paragrafında öngörülen suçlar ile,
- failin mevcut veya görünüşteki ekonomik faaliyetlerinden kaynaklanan ve etkileri bireysel zararların ötesinde, ekonomik hayatı bozabilecek veya genele zarar verebilecek ve/veya çözümü ticari bilgiyi gerektirebilecek suçlar

olarak belirlenmiştir. Böylece Alman polisinin uygulamasının mahkemelerin uygulamasına büyük ölçüde yaklaştığını ve uygulamada bir ölçüde birliğin sağlandığını söylemek mümkündür.[126]

Alman Hukukunda ekonomik suçların tarihçesine baktığımızda ise, ilk olarak karşımıza Birinci Dünya Savaşının etkisi ile 1914 yılında fahiş fiyatlara ve tefeciliğe karşı kabul edilmiş olan Kanun göze çarpmaktadır. Savaş ekonomisi göz önüne alınarak bu yıllarda hazırlanmış olan kanunlar, 1920'li yıllarda da yürürlükte kalmıştır. Nasyonal-sosyalizmin iktidarda olduğu dönemde ise, Alman kanun koyucusu ceza koyma yetkisini çok geniş olarak kullanmış ve suçlarda ve yaptırımlarda adeta bir patlama yaşanmıştır.[127]

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, planlı ekonominin geniş ve belirsiz suç düzenlemeleri ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.[128] Ancak bu hemen gerçekleşmemiş, 1949 yılında kabul edilen ilk Ekonomik Ceza Kanunu'nda (Wirts-

---

126 HAUKE Reinhard, **Kriminalität im Management von Banken**, Verlag Wissenschaft & Praxis, Ludwisburg-Berlin, 1992, s. 13.

127 Bu dönemde ekonomik alanda, kapsamlı idari düzenlemeler ve cezalarda yaşanan patlama dikkat çekicidir. HEINZ, s. 14.

128 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, s. 25.

chaftsstrafgezetz) da birçok eylem idari yaptırımlara ve cezalara bağlanmıştır.[129] Bununla birlikte bu Kanun, ikili bir ayırıma giderek suçları ve idari yaptırıma bağlanmış olan düzene aykırılıkları ayrı ayrı ele alması ve işletmenin kapatılması, meslekten men gibi sonuçları olan özel bir usul hukuku öngörmüş olması açısından önem taşımaktadır.[130]

Bunun hemen ardından 1954 yılında, bugün dahi halen yürürlükte olan Ekonomik Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir.[131] Yeni Kanun ekonomik ceza hukukunu basitleştirirken, suçların ve yaptırıma bağlanmış idari düzene aykırılıkların sayısını önemli ölçüde azaltmıştır. Zira artık bu dönemde planlı ekonomi yerini rekabet kuralları ile yönetilen bir sosyal piyasa ekonomisine bırakmaya başlamıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki bu Kanun'un düzenlediği hususlar, bugünkü ekonomik suç anlayışının yanında son derece dar kapsamlıdır.[132]

Bu yıllarda karşımıza çıkan diğer bir önemli düzenleme, 1952 tarihli Düzene Aykırılıklar Kanunudur (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten). Esasen Almanya'da yüzyılın başından itibaren geçerli olan ve 1949 tarihli Ekonomik Ceza Kanunu'nda açıkça görülen kabahatlerin suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırıma bağlanması eğilimi, Düzene Aykırılıklar Kanunu ile iyice ortaya çıkmıştır.[133]

29 Temmuz 1976 tarihinde "Ekonomik Suçlulukla Mücadeleye İlişkin İlk Kanun" (1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtscahftskriminalität) kabul edilmiş ve bu Yasa ile özellikle İflas Kanunu'nda yer alan iflas suçları değiştirilerek ve geliştirilerek Ceza Kanunu'na taşınmıştır (StGB § 283 vd.). Ayrıca bu Kanun ile Alman Ceza Kanunu'na kredi dolandırıcılığına (StGB § 265b), tefeciliğe (StGB § 302a), sübvansiyon dolandırıcılığına (StGB § 264) ilişkin yeni suçlar eklenmiştir. Bundan yaklaşık 10 yıl sonra 1 Ağustos 1986 yılında "İkinci Kanun" (2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtscahftskriminalität) da

---

129 HEINZ, s. 14, 15.

130 RICHTER, Geschichtliche Entwicklung, s. 39.

131 Bu Kanun önce süreli olarak kabul edilmiş, önce yürürlük süresi 1962 yılına kadar uzatılmış, daha sonra da süresiz olarak yürürlüğe sokulmuştur. RICHTER, Geschichtliche Entwicklung, s. 39.

132 Söz konusu kanun, sadece "güvence altına alma kurallarına" (Sicherstellungsvorschriften) aykırılıkları, fiyat düzenlemelerine aykırılıkları, hayati ihtiyaçlara ilişkin mal ve hizmetlerin fiyatını aşırı artırmayı ve gayrimenkullerin kira bedelini aşırı artırmayı suç olarak düzenlemiştir.

133 İÇEL Kayıhan, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", **İÜHFM**, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 117.

yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'un da en önemli özelliği, bilgisayar ile işlenen suçlara ilişkin olarak Alman Ceza Kanunu'nda yeni düzenlemeler getirmiş ve yeni suçlar ihdas etmiş olmasıdır.[134] Ayrıca ticareti korumaya yönelik bazı hükümlere de yer verilmiştir.[135]

Bugün ortaya çıkan tabloda, ekonomik suçların kısmen Alman Ceza Kanunu'nda, ama büyük oranda özel kanunlar ile düzenlendiği görülmektedir. Bu ekonomik suç içeren özel kanunlara örnek olarak Kredi Kurumları Hakkında Kanun (Gesetz über das Kreditwesen), Kıymetli Evrak Kanunu (Wertpapierhandelsgesetz), Sübvansiyonların Kötüye Kullanılmasına Karşı Kanun (Gesetz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen - Subventionsgesetz), Ortak Piyasa Kuruluşlarının Yürütülmesi ve Doğrudan Ödemeler Kanunu (Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen) gösterilebilir.

Ancak ifade etmek gerekir ki, ekonomik suçları ilgilendiren yasa sayısının Almanya'da bugün için 200'den fazla olduğu tahmin edilmektedir.[136] Alman doktrininde Alman Ceza Kanunu'nun dışında kalan ve ekonomik suçları düzenleyen bu kanunların beş başlık altında toplandığı görülmektedir. Bunlar, finans ceza hukuku, bilanço ceza hukuku, sermaye ortaklıkları ceza hukuku, rekabet ceza hukuku ve tüketici ceza hukukudur.[137]

Alman Hukukunda, ekonomik suçlar alanında son yıllarda yaşanan gelişmelerin ise genellikle, Avrupa Birliği ülkelerinde hukukların uyumlaştırılmasına yönelik olarak, Birlik mevzuatındaki yeni düzenlemelerin iç hukuka aktarılması yönünde olduğu ifade edilmektedir.[138] Ayrıca, Almanya'da uzun süredir varolan "ekonomik suçlulukla mücadelede uzman savcıların" ve "ekonomik suçluluk dairelerinin", ekonomik suçlulukla mücadelede önemli ilerlemeler kaydedilmesinde etken oldukları belirtilmektedir.[139]

---

134 Bu Kanun ile veri hırsızlığı, bilgisayar dolandırıcılığı, verileri silme ve değiştirme gibi yeni suçlar ihdas esilmiştir.

135 Ödeme araçlarında sahtekarlık (StGB § 152a) ve sermaye yatırımı alanında dolandırıcılık (StGB § 264a) suçları bunlara örnek olarak gösterilebilir.

136 HEINZ, s. 16.

137 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, s. 41 vd.

138 TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, s. 27.

139 PFEIFFER, s. 19.

2. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri mevzuatında ve mahkemelerin içtihatlarında, hangi suçların ekonomik suç ya da Amerika Birleşik Devletleri doktrininde yaygın olarak kullanıldığı üzere "beyaz yaka suçluluğu" kapsamında kabul edilmesi gerektiği konusunda kesin bir liste verilmiş değildir. Ancak kamu görevlilerine rüşvet verme suçunun, 1970 tarihli "Şantaj Etkisinde ve Yozlaşmış Örgütler Yasası" (The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act-RICO) kapsamına giren suçların,[140] vergi kaçırma suçunun,[141] çevre suçlarının ve iş hukukundan kaynaklanan cezai sorumlulukların bu kapsamda değerlendirildiği görülmektedir.[142]

İfade etmek gerekir ki, diğer pek çok ülke mevzuatında olduğu gibi Amerika Birleşik Devletleri'nde de ekonomik suçlar, dağınık bir şekilde sayıları oldukça fazla olan özel yasalarda düzenlenmişlerdir.[143] Bunlar arasında en son 2018 tarihinde olmak üzere içeriğinde pek çok değişiklik yapılan, ulusal borsalara ait menkul kıymetlerin kaydını düzenleyen Menkul Kıymetler Yasası (Securities Act of 1933), bu menkul kıymetlerin alım satımını düzenleyen Menkul Kıymetler Borsası Kanunu (Securities Exchange Act of 1934), 1986 tarihli Karaparanın Kontrolü Yasası (Money Laundering Control Act), İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Menkul Kıymetler Dolandırıcılığı Uygulama Yasası (Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988) ile 2009 tarihli Yolsuzluk Uygulama ve İyileştirme Kanunu (Fraud Enforcement and Recovery Act -FERA) özel önem taşımaktadır.

Bunların dışında Amerika Birleşik Devletleri Kodifikasyonu'nun (United States Code) ticarete ilişkin 15. başlığında da çeşitli ekonomik suçlar düzenlenmiştir. Rekabet hukukuna ve sermaye piyasasına ilişkin suçlar da bu bölümde yer almaktadırlar.

3. İsviçre

İsviçre Hukuku'nda ekonomik suçların önemli bir bölümü İsviçre Ceza Kanunu'nda (Schweizerisches Strafgesetzbuch) düzenlenmiş durumdadır. Bunların arasında en önemlileri olarak zimmet (m.140), çek ve kredi dolan-

---

140 Bu Yasa, mafya ya da benzeri örgütlenmeler şeklinde ortaya çıkan organize suçlarla mücadele için çıkarılmış ise de Amerika Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, RICO Yasası'nın suç faaliyetlerine karışan yasal iş yerlerine de uygulanabileceğini kabul etmiştir. HOWARD Roscoe C. Jr., "White Collar Investigations & The Rico Statute International Workshop on Criminal Law Reform", **Ceza Hukuku Reformu**, Umut Vakfı, İstanbul, 2001, s. 318.

141 Vergi kaçırma suçları 1954 tarihli Internal Revenue Code ile düzenlenmiştir.

142 CİN ŞENSOY, s. 836.

143 DURSUN Selman, s. 100; MAHMUTOĞLU, s. 64.

dırıcılığı (m.148), malların tağşişi[144] (m.153 vd.), tefecilik (m.157), şirket idaresinde emniyeti suiistimal (m.159), iflas (m.163 vd.) ve evrakta sahtecilik (m.251 vd.) suçları gösterilmektedir.[145]

Bu suçların yanı sıra İsviçre'de de çok sayıda özel kanun, ekonomik suçlara yer vermiş durumdadır. Bunlar arasında en önemlileri olarak 1934 tarihli Bankalar Kanunu (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen), 1966 tarihli Yatırım Fonları Hakkında Kanun (Bundesgesetz über die Anlagefonds), 1943 tarihli Haksız Rekabet Kanunu (Bundesgesetz über die unerlauteren Wettbewerb), 1997 tarihli Finans Sektöründe Kara Paranın Aklanması ile Mücadele Kanunu (Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor), 1954 tarihli Patent Kanunu (Patentgesetz) karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca 1974 tarihli İdari Ceza Yasası (Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht) da bu alanda önemli düzenlemeler içermektedir.

Bunun yanı sıra her ne kadar İsviçre Anayasası'nın 64 vd. maddeleri uyarınca, ceza kanunlarının kabul edilme yetkisi Federal Meclise ait ise de bu durum kantonlar tarafından ceza hükümleri de içeren özel kanunların kabul edilmesine engel görülmemektedir. Nitekim kantonların banka hukuku gibi özel hukukun bazı dallarında cezai hükümler kabul ettikleri görülmektedir.[146] Ancak İsviçre'de ekonomik suçların genel kabul gören bir tanımı bulunmadığı için, nelerin ekonomik suç olarak değerlendirileceği konusunda kantonların farklı uygulamaları bulunmaktadır.[147]

4. İngiltere

İngiliz Hukuku'nda daha 19. yüzyılın ortalarından itibaren ekonomik suçları öngören kanunlar kabul edilmeye başlanmıştır. 1857 tarihli Hileli Tröstler Kanunu (Fraudelent Trustees Act) ekonomi hukuku alanında ceza hükümleri içeren ilk özel kanun olma özelliği taşımaktadır.[148] 1862 tarihli Şirketler Kanunu (Companies Act) da ceza hükümleri öngörmüştür.[149]

---

144 Tağşiş, bir şeyin içine başka bir şey karıştırma, katma anlamına gelmektedir.

145 SCHMID, s. 11.

146 SCHMID, s. 11, 12.

147 SUTER Stefan, **Strafverteidigung auf dem Gebiet der "Wirtschaftskriminalität"**, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Gnef, München 2001, s. 14.

148 Söz konusu Kanun ile, özel şirketlerin memur ve yöneticileri tarafından işlenen zimmet suçu ve defter ve bilançolardaki sahtekarlık fiilleri cezalandırılmıştır. ERMAN, Ticari Ceza, s. 18.

149 ERMAN, Ticari Ceza, s. 18.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kartellere ve tekelleşmeye karşı önlemler alma konusu önem kazanmış, bu nedenle önce Tekeller ve Sınırlayıcı Uygulamalar Hakkında Kanun (Monopolies and Retrictive Practices -Inguiry and Control- Act) yürürlüğe girmiş, 1956 yılında ise Sınırlayıcı Ticari Uygulamalar Kanunu (Restrictive Trade Practices Act) ile daha etkin önlemler kabul edilmiştir.[150] 1958 tarihli Hileli Yatırımların Önleme Kanunu ile ise ekonomik suçların kapsamı genişletilmiştir.[151]

Bugün için İngiliz Hukuku'nda ekonomik suçların toplu olarak düzenlendiği bir kanun mevcut değildir. Ekonomik suçlar diğer pek çok ülke mevzuatında olduğu gibi farklı kanunlarda dağınık bir şekilde yer almaktadır. Bunlara örnek olarak, vergi suçlarının düzenlendiği 1970 tarihli Vergi Yönetimi Kanunu (Taxes Management Act), gerek resmi, gerek gayri resmi sahteciliklerin, özellikle de fikri mülkiyet alanındaki suçların düzenlendiği 1981 tarihli Sahtecilik ve Kalpazanlık Kanunu (Forgery and Counterfeiting Act), finansal alandaki suçların düzenlendiği 2000 tarihli Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu (Financial Services and Markets Act), 2009 tarihli Bankacılık Kanunu (Banking Act), 2013 tarihli banka hukukunda önemli reformlar içeren Finansal Hizmetler Kanunu (Financial Services -Banking Reform- Act) ve 2016 yılında yürürlüğe giren Finansal Hizmetler ve Piyasalar Kanunu'nda önemli değişiklikler içeren Piyasa Suiistimali Düzenlemeleri (The Financial Services and Markets Act 2000 -Markets Abuse- Regulations 2016) sayılabilir.

5. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nin öncelikli çıkış noktası ekonomik birlik ve dayanışma olduğu için, ekonomik suçlar konusu da önce Avrupa Topluluğu, sonra da Avrupa Birliği nezdinde çeşitli tartışmalara ve çalışmalara neden olmuştur. Bu çalışmaların bir kısmı ekonomik suçlar konusunda Avrupa Birliği ülkeleri arasında bir uyumlaştırma sağlamaya yönelik olduğu halde, önemli bir kısmı Birliğin ekonomik menfaatlerini korumaya yöneliktir.

Avrupa Topluluğu bünyesinde bu yöndeki ilk ciddi çalışmalardan biri, Avrupa Konseyi'nin bütün üye devletlerce cezalandırılmaları gerektiği düşünülen suçların tespit edilmesine yönelik olarak bir Komisyon kurulması olmuştur.[152] Söz konusu komisyon çalışmalarını 1981 yılında tamamlamış ve

---

150 ÖZSUNAY Ergun, **Kartel Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s. 26; MAHMUTOĞLU, s. 63, 64.

151 ERMAN, Ticari Ceza, s. 18.

152 ERMAN, Ticari Ceza, s. 25.

kazuistik bir yöntemle 16 suçtan oluşan bir liste hazırlamış,[153] ancak ekonomik suçların genel bir tanımını vermekten kaçınmıştır.[154]

Avrupa Konseyi, 1990'lı yıllardan itibaren Birliğin ekonomik menfaatlerini korumayı ön planda tutmuş ve bu yönde bazı kararlar almıştır. Bunlardan ilki, Avrupa Topluluğu'nun Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin 6.12.1993 tarih ve 94/C/355/02 sayılı kararıdır. Söz konusu kararda, Avrupa Topluluğu memurları ve diğer gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek ve Avrupa Topluluğu'nun ekonomik çıkarlarını zarara uğratabilecek bazı eylemlerin, üye devletlerce suç olarak kabul edilmesi ve bu eylemleri işleyenlerin karşılıklı yardımlaşma ve iş birliği ile takibi konuları düzenlenmiştir.[155]

Kararda, Avrupa Topluluğu'nu mali zarara uğratabilecek dolandırıcılık eylemlerinin, tüm üye devletlerde suç olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karara göre, bu düzenleme bilinçli taksir durumlarını da kapsamalı ve suçun ağırlığı dikkate alınarak, ağır eylemler için hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmelidir. Ayrıca lüzumlu hallerde tüzel kişilere de yaptırımların uygulanabileceği vurgulanmıştır.[156]

---

153 Söz konusu komisyonun kararına göre,
1. Kartel teşkili,
2. Çok uluslu şirket ve teşebbüsler tarafından ekonomik durumun kötüye kullanılması ve hileli uygulamalarda bulunulması,
3. Milletlerarası örgütler veya devletlerce tahsis edilmiş olan fonların zimmete geçirilmesi yahut hileyle ele geçirilmesi,
4. Ekonomik bilgilerin (verilerin, sırların ihlali gibi) hileli olarak elde edilmesi,
5. Hayali şirketlerin kurulması,
6. Bilançonun tahrifi, bilançonun tutulmasında sahtekarlık yapılması ve muhasebe tutulması yükünün ihlali,
7. Şirketlerin sermaye ve ticari durumları hakkında gerçek dışı haberlerin yayılması,
8. Memur ve işçilerin sağlık ve güvenlikleriyle ilgili normların ihlal edilmesi,
9. Alacaklıların aleyhine hilelerin yapılması (özellikle hileli iflas, sınai ve fikri mülkiyet haklarına tecavüz),
10. Tüketiciler aleyhine suçlar (özellikle malların tahşişi, kamu sağlığına yönelik saldırılar, tüketicinin zaaf ve tecrübesizliğinin kötüye kullanılması),
11. Haksız rekabet ve gerçek dışı reklamlar,
12. Vergi ihlalleri ve sosyal güvenliğe ilişkin yükümlüklerden kaçınma,
13. Gümrük suçları,
14. Para ve döviz suçları,
15. Banka ve borsa suçları,
16. Çevre suçları.
Liste için bkz. DÖNMEZER, Öntasarı, s. 20; ERMAN, Ticari Ceza, s. 25, 26.

154 ERMAN, Ticari Ceza, s. 25; DURSUN Selman, s. 97.

155 İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÜNVER/ ERMAN/ SINAR, s. 102, 103.

156 İÇEL/ SOKULLU-AKINCI/ ÜNVER/ ERMAN/ SINAR, s. 103-105.

Söz konusu kararın birkaç yıl sonrasında 26.07.1995 tarihli Finansal Çıkarların Korunmasına İlişkin Konvansiyon kabul edilmiştir. Söz konusu Konvansiyon ile öncelikle Avrupa Topluluğu'nun finansal çıkarlarının aleyhine işlenen hileli hareket suçu belirlenmiş, daha sonra da bu eylemin yaptırımı belirlenerek, üye devletlere bu anılan eylemleri cezalandırma yükümlülüğü getirilmiştir.

Ayrıca 1999 yılında, Avrupa Birliği'nin finansal çıkarlarını etkileyen hileli hareketler, rüşvet ve benzeri yasa dışı faaliyetler ile mücadele etmek amacıyla, "Hileli Hareketlere Karşı Avrupa Ofisi" kurulmuştur. Bunun yanı sıra Konsey 28.5.1999 tarihinde, Euro'nun sahtecilik eylemlerine karşı korunmasına ilişkin çeşitli ilkeler benimsenmiştir.

Görüldüğü üzere tüm bu çalışmalar, üye devletler nezdinde ekonomik suçlar konusunda bir uyumlaştırma sağlama faaliyetinden ziyade, Avrupa Birliği'nin (Topluluğu'nun) ekonomik çıkarlarının korunmasına yöneliktir. Esasen bütün bu Konsey kararlarının ve konvansiyonların temelinde, Avrupa Topluluğu'nun Kurulmasına İlişkin Anlaşma'nın 280. maddesi yatmaktadır. Kuruluş Anlaşması'nın söz konusu hükmü uyarınca, üye devletler, hileli davranışlarla veya benzer yollarla Birliğin finansal çıkarlarına yönelen hukuka aykırı davranışlarla mücadele etmeyi taahhüt etmişlerdir. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre de üye devletler, "Avrupa Birliği'nin finansal çıkarlarına aykırı eylemleri, kendi finansal çıkarlarına aykırı eylemler gibi cezalandırmak ile yükümlüdürler.[157]

Bunun dışında Avrupa Birliği bünyesinde, üye devletlerin mevzuatının uyumlaştırılmasına yönelik olarak, özellikle tarım ve balıkçılık gibi sektörlerde kabul edilmiş birçok Yönerge de mevcuttur. Bu Yönergeler ile, bu gibi sektörlerde yasaklanan davranışlar tüm Avrupa Birliği ülkeleri için ortak olarak belirlenmekte, ancak yaptırımların ne olacağı üye devletlere bırakılmaktadır.[158] Ayrıca Avrupa Birliği Konseyi, rekabet hukuku alanında da zaman zaman yönetmelikler çıkarmaktadır. Bu yönetmeliklerin en önemli özelliği, rekabet hukuku ihlalleri halinde para cezalarının, üye devletlere bırakılmadan doğrudan doğruya komisyon tarafından hükme bağlanmasıdır.[159] Bu arada 2003 tarihli Avrupa Birliği Anayasası Taslağı'nda da, yasadışı silah ticareti, kara paranın aklanması, yolsuzluk, ödeme araçları üzerinde tahrifat, bilişim suçları gibi ağır ve uluslararası etkisi olan suçlar konusunda düzenlemeler öngörülmüştü.

---

157 Aynı doğrultuda bir hüküm Avrupa Topluluğu Sözleşmesi'nin eski 209a maddesinde yer almakta idi.

158 Bkz. TİEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, s. 44, 45. Ancak üye devletler, "etkin, caydırıcı ve ölçülü" yaptırımlar öngörmekle yükümlüdürler. TİEDEMANN, Wirtscaftsstrafrecht, s. 45.

159 TİEDEMANN, Wirtscaftsstrafrecht, s. 44.

Bu açıklamaların yanı sıra, Avrupa Birliğine üye ülkelerde özellikle ekonomik suçlar alanında uyumlaştırmanın sağlanmasına yönelik bazı kanun çalışmalarından da kısaca bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Bunların en tanınmışı olan Avrupa Birliği'nin Finansal Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları veya kısa adıyla "Corpus Juris" projesi, Avrupa Komisyonu tarafından görevlendirilen uzmanlar tarafından hazırlanmıştır.[160] Metnin ilk hali 1997 yılında ortaya çıkmış, yapılan değişiklikler neticesinde metin son halini 2000 yılında almıştır.[161] Corpus Juris'in amacı, Avrupa Birliği'nin finansal çıkarlarının korunması alanında, üye devletlerin ceza ve ceza usul hukuku kuralları arasında bir uyumlaştırmanın sağlanması olup, şu an için Birliğe ceza verme yetkisini tanımak değildir.[162]

Başlıca dört bölümden oluşan Corpus Juris'in ilk bölümünde sırasıyla,

- Avrupa Topluluğu'nun mali çıkarlarına karşı dolandırıcılık suçu ve benzeri suçlar,
- İhaleye fesat karıştırma suçu,
- Karapara aklama ve suç eşyasına yataklık,
- Suç örgütü,
- Rüşvet suçu,
- İhtilas suçu,
- Görevi kötüye kullanma suçu,
- Meslek sırrının ifşası suçu

düzenlenmiştir. Son dört suç sadece memurlar[163] tarafından işlenebilen suçlar olarak öngörülmüştür.

---

[160] "Corpus Juris" hakkında detaylı bilgi için bkz. ERDEM Mustafa Ruhan, **Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 168 vd.

[161] Corpus Juris'in gerek 1997, gerekse de 2000 metninin tercümesi için bkz. KESKİN Serap/ ZAFER Hamide/ KOCASAKAL Ümit (Çev.), **Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)**, Seçkin, Ankara, 2001.

[162] CİN ŞENSOY, s. 837. Ceza verme yetkisi, Birliğe Rekabet Hukuku alanında verilmiş durumdadır.

[163] Bu suçlar açısından memur, gerek milli memurları, gerekse de topluluk memurlarını ifade etmektedir (m.5/f.1).

İkinci bölümde genel hükümlere, üçüncü bölümde usul hükümlerine yer verilmiş, tek bir maddeden oluşan son bölümde ise milli hukukların tamamlayıcı vasfına yer verilmiştir. Corpus Juris'in en dikkat çekici özelliği, yargılamanın, üye ülkelerin iç hukuk kuralların göre belirlenecek bağımsız mahkemelerde görülecek olmasına karşın (m.26), kovuşturmanın Avrupa Savcılığı tarafından yürütülecek olmasıdır. Avrupa Savcılığı yukarıda sayılan suçlarla ilgili olarak, araştırmalardan, kovuşturmalardan, dava açılmasından, mahkemede kamu davasının yürütülmesinden ve hükmün infazından sorumlu bir Avrupa Topluluğu makamı olarak öngörülmüştür (m.18).[164] Corpus Juris'in yanı sıra "Avrupa Ceza Hukuku"nu uyumlaştırmaya yönelik olarak Tiedemann'ın başkanlığında bir grup bilim adamı tarafından "Avrupa Suçları" isimli bir çalışma daha gerçekleştirilmiş ve bu çalışma da son halini 2002 yılında almıştır.[165]

01.01.2010 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması ile ceza hukuku alanında Avrupa Birliğinin yetkilerine açıklık getirilmiş, bunun için hukuksal dayanak yaratılmış ve faaliyet alanlarının ileride genişlemesine imkan sağlanmıştır.[166] Bununla birlikte ortak bir Avrupa Ceza Kanunu'nun geliştirilmesi üye devletlerin egemenlik çekinceleri sebebiyle yakın gelecekte mümkün gözükmemektedir.[167]

Son yıllarda, Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarının korunmasına ilişkin yasal metinlerin ve tavsiyelerin sayısı artmıştır. 2012 yılında yayınlanan Vergi Sahtekarlığı ve Vergi Kaçakçılığına Karşı Mücadeleyi Güçlendirecek Eylem Planı (Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion), Komisyon'un 3 Şubat 2014 tarihli Avrupa Birliği Yolsuzlukla Mücadele Raporu, Birliğin Mali Çıkarlarına Yönelik Sahtekârlıkla Ceza Hukuku Yoluyla Mücadeleye İlişkin 5 Temmuz 2017 tarihli Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and

---

164 Gerek Avrupa savcılarının, gerekse de Avrupa Başsavcısının Avrupa Parlamentosu tarafından 6 yıllık bir süreç için seçilmesi öngörülmüştür. DELMAS-MARTY M./ VERVAELE J.A.E. (Ed.), **The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, Volume I,** Intersentia, Antwerb, 2000, s. 197.

165 "Avrupa Suçları"nı detaylı olarak inceleyen bir çalışma için bkz. TİEDEMANN Klaus (Hrsg), **Wirtscahftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburg Symposium**, Carl Heymannns Verlag, Berlin, 2002.

166 ERDEM Mustafa Ruhan, "Lizbon Anlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği", **Journal of Yaşar University**, Özel Sayı (Aydın Zevkliler Armağanı) C. 8, s. 1096.

167 ERDEM, Lizbon Anlaşması, s. 1097, 1098.

of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law) bunlar arasında sayılabilir.

2017/1371 sayılı AB Direktifinin, üye devletler tarafından 6 Temmuz 2019 tarihinde kadar ulusal yasalara aktarılması hedeflenmekteydi. Anılan Direktif, Birlik bütçesine karşı işlenen suçlara ilişkin olarak üye devletlerin ceza yasalarının uyumlaştırılmasında önemli bir araç olmakla kalmayıp, aynı zamanda ileride bu suçları soruşturacak ve kovuşturacak olan Avrupa Savcılığı'nın da temellerini atmaktadır. Avrupa Savcılığı'nı kuran Yönetmelik 12 Ekim 2017'de geliştirilmiş işbirliği prosedürü kapsamında kabul edilmiş ve 20 Kasım 2017'de yürürlüğe girmiştir. Avrupa Savcılığı, Avrupa Birliği bütçesine karşı işlenen suçları soruşturmak, kovuşturmak ve mahkemeye çıkarmak için özel yetkilere sahip, merkezi olmayan bir Avrupa Birliği kovuşturma ofisi olarak tasarlanmıştır. Üye Devletlerin ulusal hukuk sistemlerini temel alan ve bu sistemlere entegre olan, Birlik genelinde yeknesak bir soruşturma yetkisine sahip olacaktır. Avrupa Savcılığı'nın 2020 yılı sonunda Lüksemburg'da faaliyete geçmesi bekleniyor. Eylül 2019'da Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, Laura Codruta Kövesi'yi yedi yıllığına ilk Avrupa Başsavcısı olarak atamıştır.

V. TÜRK HUKUKUNDA EKONOMİK SUÇLAR

1. Genel Olarak

Ülkemizdeki ilk ekonomik suç düzenlemelerinden biri Birinci Dünya Savaşı sırasında kabul edilen Men'i İhtikar Kanunu'dur. Bu Kanun ile savaş yıllarında pek çok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de stok yapmak suretiyle fiyatların artmasına neden olmak, bir suç olarak düzenlenmiştir.[168] Cumhuriyet döneminde ise 1933 yılından itibaren bankacılık alanında kabul edilen çeşitli kanunlarla bankacılık suçları ihdas edilmiştir.[169] İkinci Dünya Savaşı sırasında

---

168 ERMAN, Ticari Ceza, s. 20.

169 1933 yılında bir anlamda ilk Bankalar Kanunu niteliğinde sayılan 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Söz konusu kanun ile, bir yandan yönetim kurulu üyeleri ile müdür ve yetkili memurların gerekli izinleri almaksızın kendi bankaları ile işlem yapmaları (m.21), sırların ifşası (m.22), Maliye Bakanlığı ile Merkez Bankasına verilmesi gereken matlupların verilmemesi (m.18) ve gerekli bilgilerin verilmemesi (m.20) özel olarak suç olarak düzenlenmiş, ancak bununla yetinilmemiş, söz konusu "Kanun hükümlerine muhalif hareketlerde bulunmak" da ayrıca bir suç olarak düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un dikkat çeken bir diğer özelliği ise, 18. maddesinde suçun faili olarak bankanın gösterilmiş olmasıdır. Bundan kısa bir süre sonra 1936 yılında ise, büyük oranda Mevduatı Koruma Kanunu'nun esas alınması suretiyle düzenlenen 2999 sayılı Bankalar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun'da Kanun hükümlerine muhalefet

ise Milli Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun yürürlükte kaldığı 1960 yılına kadar birçok ekonomik suça yer vermiştir.[170]

Bugün için, her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar" isimli 9. Bölümünde bir kısım ekonomik suçlara yer verilmiş ise de ülkemizde ekonomik suçların büyük kısmının, dağınık bir şekilde kendi ilgili kanunlarında düzenlenmiş durumda olduğunu söylemek mümkündür.[171] Şüphesiz Bankacılık Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun, Patent Haklarının Korunmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ve Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname[172] bunun en tipik örneklerini teşkil etmektedirler.

Özel kanunlarda genellikle benimsenen yöntem, önce söz konusu kanunun ilgili olduğu konuda düzenleyici hükümlere yer verilmesi, daha sonra ayrı bir bölümde bu düzenleyici hükümlere aykırı davranışların ceza normu olarak düzenlenmesi şeklindedir. Bu Kanunlarda yer alan söz konusu cezai

---

etmek şeklinde genel bir suç düzenlenmemiş, hangi maddelere aykırı davranılmasının bir suç teşkil edeceği, Kanunun 46-59. maddeleri arasında sayılmıştır. 2999 sayılı Kanun yerini 1958 tarihinde daha çağdaş düzenlemelere sahip olan 7129 sayılı Bankalar Kanunu'na bırakmıştır. Söz konusu Kanun'un 66 ile 77. maddeler arasında düzenlenmiş olan cezai hükümleri incelendiğinde, bir suç enflasyonunun bulunduğu görülmektedir. 1985 yılında yürürlüğe giren 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 13. bölümünde, 79-89. maddeleri arasında cezai hükümlere yer verilmiştir. 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapan Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan hükümlerin ardı ardına Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi karşısında, yeni bir Bankalar Kanunu'nun kabul edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmış ve 1999 yılında 4389 sayılı Kanun kabul edilmiştir. 3182 sayılı Bankalar Kanunu kapsamında yer alan tüm suçlar 22. ve 23. maddelerde bir araya toplanmıştır. 2005 yılında yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ise suçlar, 150-160. maddeler arasında yer almaktadır. Anılan Kanun'un üçüncü ve son bölümde ise kovuşturma usulüne ilişkin hükümler ele alınmıştır.

170 Anılan Kanun, 16.9.1960 tarihinde, 5/352 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır.

171 CİN ŞENSOY, s. 838; KARCILIOĞLU, s. 64. Esasen bu uygulama sadece ülkemize özgü olmayıp bir çok ülke mevzuatında da aynı husus göze çarpmaktadır. ERMAN, Suç Siyaseti, s. 21. Ekonomik suçları içeren bu özel kanunlarda, genellikle para yaptırımlarına da yer verildiği görülmektedir. MAHMUTOĞLU Fatih S., "İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi", **İÜHFM**, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 151.

172 Gerek Patent Haklarının Korunmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'de, gerekse de Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan suçlar, 4128 sayılı Kanun ile kabul edilmiş oldukları için, bir kanun hükmünde kararnamede değişikliğin kanun ile yapılmasının yadırgatıcı olmasının dışında, kanunilik ilkesine aykırılık mevcut değildir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KESKİN Serap, **Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 35 vd.

düzenlemeler açısından ortaya çıkan en büyük sorun, atıf yönteminin kullanılmasıdır. Bankacılık Kanunu'nun 151. maddesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, "Bu Kanunun 61'inci maddesi hükmüne aykırı davrananlar altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır". Yine Bankacılık Kanunu'nun 152., 158. ve 159. madde hükümleri ile Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46. maddesinin A/4 ve C bentlerini diğer örnekler olarak saymak mümkündür. Anılan bu hükümlerde, suç teşkil eden eylem açıkça maddenin lafzında düzenlenmemiş, ilgili kanunun diğer bir hükmüne atıf yapmakla yetinilmiştir. Oysa atıf yapılan hükümler cezai bir hüküm olarak öngörülmemiş oldukları için, suçun unsurları ayrıca tespit edilmeksizin bu hükümlere atıf yapılmış olması, suçun içeriğini tespitte önemli sorunlara yol açabilmektedir.[173]

Belirtmek gerekir ki, ülkemizde de son yıllarda ekonomik suçlarla mücadelede yeni suçlar ihdas etmek dışında başka bazı yöntemlere de başvurulmaya başlanmış olması sevindirici bir gelişmedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ekonomik suçlar ile mücadelede, öncelikle iktisadi ve mali tedbirler alınmalı, düzgün işleyen denetim mekanizmaları öngörülmelidir. Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'un öngörmüş olduğu "Mali Suçları Araştırma Kurulu", bu tür mekanizmaların iyi bir örneğini teşkil etmektedir.

2. İhtisas Mahkemeleri Sorunu

Doktrinde bir görüş bazı klasik suç tiplerinin dışındaki yeni ekonomik suçların daha iyi irdelenerek yargılamanın yapılabilmesi için ihtisas mahkemelerinin kurulması gerektiğini savunmaktadır.[174] Bu görüşe göre, bir yandan kasten öldürme ya da cinsel saldırı suçlarını soruşturan veya kovuşturan savcı veya hakimlerin, diğer yandan da manipülasyon, içeriden öğrenenlerin ticareti gibi sermaye piyasası suçlarını ya da kredi dolandırıcılığı gibi bankacılık suçlarını soruşturmaları veya kovuşturmaları uygun değildir. Aksinin kabulü halinde bilirkişi raporlarıyla şekillenen yargılama biçiminden kurtulmak mümkün olamayacaktır.[175] Nitekim Sınai Mülkiyet Kanunu m.156/1'e göre fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulması düzenlenmiştir. Fikir ve

---

[173] ERMAN, Ticari Ceza, s. 42-44; DURSUN Selman, s. 48; TİRYAKİ, s. 69.

[174] RIMANN, s. 167; MAHMUTOĞLU, Kredi Hukuku, s. 45; DURSUN Selman, s. 42, 43. Bu konuda İsviçre'de de bazı çalışmalar yapılmış ve öneriler getirilmiştir. Bu öneriler için bkz. SCHMID Niklaus, **Wirtschaftskriminalität in der Schweiz**, Heft 2, Hekbing & Lichtenhahn, Basel, 1985, s. 285, 286.

[175] MAHMUTOĞLU, Kredi Hukuku, s. 45.

Sanat Eserleri Kanunu m.76/1'e göre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan kaynaklanan ceza davalarında görevli mahkeme, yine Sınai Mülkiyet Kanunu m.156/1 ile kurulan fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir.

Kanaatimizce ihtisas mahkemelerinin kurulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.[176] Öncelikle belirtmek gerekir ki, yargılamanın bilirkişi raporları ile şekillenmesi sorunu, sadece ekonomik suçlara özgü bir sorun değildir. Bugün davaların önemli bir kısmının bilirkişi raporları ile şekillendiğini söylemek mümkündür. Esasen bu durum toplum yaşamının gittikçe daha karmaşık bir hal almasının doğal bir sonucudur ve bu olgunun giderek daha fazla artacağını söylemek mümkündür. Teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişilere başvurulması doğaldır. İsabetsiz olan, uygulamada zaman zaman görülen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasındaki açık yasağa rağmen, hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasıdır.

Kaldı ki ihtisas mahkemelerine ihtiyaç duyulduğunun ileri sürülebileceği tek alan, ekonomik suçlar değildir. Bilişim suçları, basın suçları, gümrük suçları, terör suçları veya çevreye karşı suçlar açısından da ihtisas mahkemelerinin kurulması gerektiği savunulabilir. Şüphesiz özel ve teknik bilgiyi gerektiren her konuda özel bir ihtisas mahkemesinin kurulması olanağı bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra ekonomik suç olarak nitelendirilen her alanda ihtisas mahkemelerinin kurulması halinde dahi, bu mahkemelerde bilirkişilere olan ihtiyacın ne oranda azaltacağı da şüphelidir. Ekonomik suçlara bakmak üzere ihtisas mahkemeleri kurulsa dahi, ekonomi formasyonuna sahip olmayan hakim ve savcıların çoğu halde bilirkişiye başvurma ihtiyaçlarının süreceğini söylemek pek yanlış olmayacaktır. Bu nedenlerle ekonomik suçlar açısından ihtisas mahkemelerine gerek olmadığı kanaatini taşımaktayız. Buna karşılık Almanya'da olduğu gibi,[177] işbölümü esasına göre, ceza dairelerinden birinin sürekli olarak ekonomik suçlara bakmasını savunmak çok daha kolaylıkla mümkündür.[178]

---

176 Aksi görüş için bkz. ÖZEK, s. 182.

177 Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu § 74c, böyle bir işbölümü ayırımı öngörmüş durumdadır. Bkz. § 1, I, 4, a.

178 Nitekim buna benzer uygulamaların örnekleri ülkemizde de zaman zaman görülmektedir. Örneğin mülga 4389 sayılı Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkrasında, 22. maddede sayılan ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bazı bankacılık suçlarının ilgili bankanın bulunduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görüleceği ifade edilmiş idi. Yürürlükteki Bankacılık Kanunu'nun 164. maddesinde de, maddede sayılan ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bazı bankacılık suçlarının fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemesinde görüleceği belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

ATAMAN ERDÖNMEZ Pelin, "Küresel Kriz ve Ülkeler Tarafından Alınan Önlemler Kronolojisi", **Bankacılar Dergisi**, S. 66, 2009, s. 85-101.

AYTEKİN Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2000.

BAJO Miguel, "Wirtschaftsentwicklung und Kriminalpolitik in Spanien", **Bausteine des Europäischen Wirtschaftsrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Hrsg. Schünemann, Bernd/ Gonzalez, Carlos Suarez**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1994, s. 3-11.

BAŞBÜYÜK İsa, **Marka hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

BERCKHAUER Friedrich Helmut, **Wirtschaftskriminalität und Staatsanwaltschaft**, Leibzig, 1977.

BERK Wilhelm, "Gedanken zur kriminalpolizeilischen Strafverfolgung überregionaler und internationaler Wirtschaftsverbrechen", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 29-41.

BOSSARD Ernst, "Die Abwehr von Wirtschaftskriminalität und Vermögensdelikten durch wirtschaftseigene Kontrolle und jährliche Abschlußprüfung", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 89-98.

CİN ŞENSOY Şehnaz, "Ekonomik Suç kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri", **Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2004, s. 829-848.

CRANE James William, "Wirtschaftskriminalität in England", **Wirtschaftskriminalität,** Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 35-45.

DELMAS-MARTY M./ VERVAELE J.A.E. (Ed.), **The Implementation of the Corpus Juris in the Member States,** Volume I, Intersentia, Antwerb, 2000.

DEMİRBAŞ Timur, **Kriminoloji**, 6. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

DÖNMEZER Sulhi, "Ön Tasarı Hakkında Genel Bilgi", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu**, İstanbul, 1987, s. 9-21 (Öntasarı).

DÖNMEZER Sulhi, **Kriminoloji**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 1994.

DURSUN Hasan, "Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürebilir Kalkınmaya Etkileri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2005, s. 215-245.

DURSUN Selman, **Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2006.

EGLI Heinz, **Grundformen der Wirtschaftskriminalität**, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1985.

ERDEM Mustafa Ruhan, "Lizbon Anlaşması ve Avrupa Ceza Hukuku'nun Geleceği", **Journal of Yaşar University**, Özel Sayı (Aydın Zevkliler Armağanı) C. 8, s. 1019-1098 (Lizbon Anlaşması).

ERDEM Mustafa Ruhan, **Avrupa Birliği Hukuku'nun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri,** Seçkin, Ankara, 2004.

EREM Faruk, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 1986.

EREM Faruk/ ALTIOK Akın/ TANDOĞAN Haluk, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1989.

ERMAN Sahir, "İktisadi Suçlar Konusunda Avrupa Hukukundaki Son Gelişmeler", **Birinci Avrupa Hukuku Haftası**, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 103-113 (İktisadi Suçlar).

ERMAN Sahir, **Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti**, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1984 (Suç Siyaseti).

ERMAN Sahir, **Ticari Ceza Hukuku**, Cilt I: Genel Kısım, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1992 (Ticari Ceza).

FRIEDRICHS David O., **Trusted Criminals, White Collar Crime in Contemporary Society**, Second Edition, Thomson Wadsworth, 2004.

FRILLOUX Jean, "Wirtschaftskriminalität in Frankreich", **Wirschaftskriminalität**, Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 147-154.

GEERDS Detlev, **Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz**, Schmidt Römhild, Lübeck, 1990.

GEMMER Karlheinz, "Internationale Wirtschaftskriminalität", **Wirtschaftskriminalität**, Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 13-21.

GÖSSWEINER-SAIKO, Th., **Wirtschaftskriminalität**, Prugg Verlag, Eisenstadt, 1988.

GRASSE Rudolf, "Probleme des Wirtschaftsprozess", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 75-87.

GÜNER Sedat, **Organize Suç Örgütleri Kara Para ve Aklanması**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2003.

GÜNER Uğur, "Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukukuna İlişkin Yasal Düzenlemeler", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, 2019, s. 1411-1442.

GÜVEL Enver Alper, "Ekonomik Suç ve Caydırıcı Hukuk Uygulamaları", **Kriminoloji ve İktisat, Suç ve Ceza İktisadı Üzerine İncelemeler**, Sosyal Bilimler Araştırmaları Derneği, 2019, s. 66-103.

HAFIZOĞULLARI Zeki, "Temiz Toplum Meselesi", **Argumentum**, Haziran 1993, Y. 3, S. 35, s. 621-624.

HAUKE Reinhard, **Kriminalität im Management von Banken**, Verlag Wissenschaft & Praxis, Ludwisburg-Berlin, 1992.

HEINZ Wolfgang, "Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts", **Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung,** Leibziger, Universitätsverlag, Leibzig, 1998, s. 13-50.

HOWARD Roscoe C. Jr., "White Collar Investigations & The Rico Statute International Workshop on Criminal Law Reform", **Ceza Hukuku Reformu**, Umut Vakfı, İstanbul, 2001, s. 307-321.

HUNTINGTON Ian/ DAVIES David/ LOHSE Dieter, **Wirtschaftskriminalität im Unternehmen**, Campus Verlag, Frankfurt, 1999.

IGNÉE Peter, "Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität außerhalb des Strafrechts", **Wirtschaftskriminalität, Aktuelle Fragen des Wirtschaftsrechts in Thorie und Praxis**, **Hrsg. Belke, Rolf/ Oehmichen, Joachim**, Bayerische Velagsanstalt, Bamberg, 1983, s. 208-224.

İÇEL Kayıhan / YENİSEY Feridun, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 1994.

İÇEL Kayıhan, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", **İÜHFM**, C. 50, 1984, s. 117-131.

İÇEL Kayıhan/ DONAY Süheyl, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**, Genel Kısım, 1. Kitap, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2005.

İÇEL Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI Füsun/ ÜNVER Yener/ ERMAN Barış R./ SINAR Hasan, **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul, 2000.

KARATAY Özcan/KAPUSIZOĞLU Mehmet, "Mali ve Ekonomik Suçların Terörün Finansmanı Bağlamında Değerlendirilmesi", **Ekonomi Bilimleri Dergisi**, C. 3, No. 1, 2011, s. 115-121.

KARCILIOĞLU Nevzat Kaan, Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Manipülasyon Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2005.

KESKİN Serap, **Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması**, Seçkin, Ankara, 2003.

KESKİN Serap/ ZAFER Hamide/ KOCASAKAL Ümit (Çev.), **Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)**, Seçkin, Ankara, 2001.

KINDHÄUSER Urs, "Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht", **Bausteine des Europäischen Wirtschaftsrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Hrsg. Schünemann, Bernd/ Gonzalez, Carlos Suarez**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1994, s. 125-134.

KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, Seçkin, Ankara, 2018.

LASKOWSKA Katarzyna, "Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in Polen, Begriffliche und strukturelle Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts", **Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung**, Leibziger Universitätsverlag, Leibzig, 1998, s. 215-220.

LÖW Arnold, **Multiperspektive Analyse der Wirtschaftskriminalität Konsequenzen für die Gestaltung des Integrierten Risiko-Managements**, Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St Gallen, St Gallen, 2002.

MAHMUTOĞLU Fatih S., "İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi", **İÜHFM**, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 151-171.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2003 (Kredi Hukuku).

MANG Alexander, **Die ökonomische Evaluation von Wirtschaftskriminalität unter besonderer Berücksichtigung des menschlichen Verhaltens**, Peter Lang, Frankfurt, 2004.

MEIER Christoph, **Wirtschaftsdelikte im Bankengewerbe**, Paul Haupt, Bern, 1986.

MERGEN Armand, "Wirtschaftsverbrechen und Wirtschaftsverbrecher", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 13-27.

MESSERLI Alfred, "Möglichkeiten der Presse zur Vorbeugung", **Wirtschaftskriminalität**, Verlag Herbert Lang & Cie AG, Bern, 1972, s. 135-145.

MÜLLER Bernhard, "Die Banken und die Wirtschaftskriminalität", **Wirtschaftskriminalität**, Wissenschaftliche Beiträge zum 50 jährigen Bestehen des Neutra Treuhand AG, Zürich, 1982, s. 115-126.

MÜLLER Peter, "Breiter als man meint: die Palette der Sanktionen im Kampf gegen Finanzkriminalität", **La Criminalité Financiére - Finanzkriminalität - Financial Crime**, Ed. Bolle, Pierre-Henri/ Steffen, Heinz, Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2002, s. 173-179.

OEHMICHEN Joachim, "Abgrenzungsschwriegkeiten zwischen Bilanzfälschung und Bilanzverschleierung", **Wirtschaftskriminalität, Aktuelle Fragen des Wirtschaftsrechts in Theorie und Praxis, Hrsg. Belke, Rolf/ Oehmichen, Joachim**, Bayerische Velagsanstalt, Bamberg, 1983, s. 234-268.

OPP Karl-Dieter, **Soziologie der Wirtschaftskriminalität**, C.H. Beck, München, 1975.

OTTO HARRO, **Bankentätigkeit und Strafrecht**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983.

ÖZBEK Veli Özer, **Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap-Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2020.

ÖZEK Çetin, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarı'na İlişkin Düşünceler", **Sahir Erman'a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 639-701.

ÖZSUNAY Ergun, **Kartel Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.

PFEIFFER Gerd, **Unternehmensrecht, Wirtschaftsrecht**, Fernuniversität - Gesamthochschule, Hagen, 1984.

PIETH Mark, "Nichtstrafrechtliche Mittel zur Prävention und Repression von Wirtschaftskriminalität", **La Criminalité Financiére - Finanzkriminalität - Financial Crime**, Ed. Bolle, Pierre-Henri/ Steffen, Heinz, Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2002, s. 73-79.

PÓCZIK Szilveszter, "Sozialer Wandel und grenzüberschreitende Wirtschaftskriminalität in Ungarn", **Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, in einem Europa auf dem Weg zu Demokratie und Privatisierung**, Leibziger Universitätsverlag, Leibzig, 1998, s. 233-256.

PRADEL Jean, "Mali Suçluluk: Kavramlar ve Temel Açıklamalar", (Çev. Kangal, Zeynel T.), **İÜHFM**, C. 60, S. 1-2, 2002, s. 309-323.

REID Karen, **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, Londra, 1998.

REİSOĞLU Seza, **Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Kavramlar**, Ankara, 2002.

RICHTER Hans, "Gechichtliche Entwicklung", **Wirtschaftsstrafrecht, Hrsg. Müller-Gugenberger/ Bieneck**, 3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag - Verlag Dr Otto Schmidt, Köln, 2000, s. 27-46 (Gechichtliche Entwicklung).

RICHTER Hans, "Grenzüberschreitende Bekämpfung", **Wirtschaftsstrafrecht**, 3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag - Verlag Dr Otto Schmidt, Köln, 2000, s. 144-170 (Grenzüberschreitende Bekämpfung).

RICHTER Hans, "Ursachen und Bedeutung", **Wirtschaftsstrafrecht, Hrsg. Müller-Gugenberger/ Bieneck**, 3. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag - Verlag Dr Otto Schmidt, Köln, 2000, s. 130-140 (Ursachen und Bedeutung).

RIMANN Bernhard R., **Wirtschaftskriminalität, Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1973.

ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997.

SCHÄFER Herbert, "Zur Abgrenzung zwischen allgemeinem Strafrecht, Wirtschaftskriminalität und Weiße-Kragen-Kriminalität", **Grundlagen der Kriminalistik, Band 2, Wirtscahftskriminalität und Wirtschaftskriminalistik**, Hrsg. Schäfer, Herbert, Steintor-Verlag, Hamburg, 1967, s. 15-19.

SCHMID Niklaus, **Banken zwischen Legalität und Kriminalität**, Kriminalistik Verlag, Hedielberg, 1980.

SCHMID Niklaus, **Wirtschaftskriminalität in der Schweiz**, Heft 2, Hekbing & Lichtenhahn, Basel, 1985.

SCHUSTER Leo, "Finanzkriminalität: Täter und Opfer", **La Criminalité Financiére - Finanzkriminalität - Financial Crime**, Ed. Bolle, Pierre-Henri/ Steffen, Heinz, Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2002, s. 57-71 (Finanzkriminalität).

SCHUSTER Leo, **Wirtschaftskriminalität und Banken**, Verlag Paul Haupt, Bern, 1977 (Wirtschaftskriminalität).

SOKULLU-AKINCI R. Füsun, **Kriminoloji**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2002.

SOMERS Edward, **Economic Crimes**, Clark Boardman Company, New York, 1984.

SUTER Stefan, **Strafverteidigung auf dem Gebiet der "Wirtschaftskriminalität"**, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Gnef, München, 2001.

SUTHERLAND Edwin H., "Is 'White Collar Crime' Crime?", **American Sociological Review**, Vol. 10, No. 2, 1944, Annuel Meeting Papers (Apr., 1945), s. 132-139.

SUTHERLAND Edwin H., "White-Collar Criminality", **American Sociological Review**, Vol. 5, No. 1 (Feb. 1949), s. 1-12 (White-Collar Criminality).

SUTHERLAND Edwin H., **White Collar Crime**, Yale University Press, New Haven and London 1983 (White Collar Crime).

TESAL Reşad D., **İktisadi Suçlar, Mali Suçlar**, 3. Bası, İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, İstanbul, 1972.

TIEDEMANN Klaus (Hrsg), **Wirtscahftsstrafrecht in der Europäischen Union, Freiburg Symposium**, Carl Heymannns Verlag, Berlin, 2002.

TIEDEMANN Klaus, "Wirtschaftskriminalität", **Strafrecht und Strafrechtsreform**, Hrsg. Madlener, Kurt/ Papenfuss, Dietrich/ Schöne, Wolfgang, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1974, s. 233-245 (Wirtschaftskriminalität).

TIEDEMANN Klaus, **Welche strafrechtlichem Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität: Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag**, C. H. Beck, München, 1972 (Gutachten).

TIEDEMANN Klaus, **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I, Allgemeiner Teil**, Rowohlt, Hamburg, 1976 (Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität).

TIEDEMANN Klaus, Wirtschaftsstrafrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004 (Wirtschaftsstrafrecht).

TİRYAKİ Göksel, "Ekonomik Suçlar, Bankacılık Suçları ve Bu Tür Suçlarla Mücadele Stratejisi", **Active Bankacılık ve Finans Dergisi**, Y. 6, S. 34, Ocak -Şubat 2004, s. 56-74.

TİRYAKİ Tercan/ GÜRSOY Türker, "Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi", **Sayıştay Dergisi**, S. 55, s. 53-69.

TOSUN Öztekin, "Türkiye'de İktisadi Suçlar", **İÜHFM**, C. 26, S. 1-4, 1960, s. 3-15.

WINDOLPH Albert, "Persönlichkeitsschutz und Informationensfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftsdeliquenz", **Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität**, Schimmelpfeng, Frankfurt/Main, 1974, s. 99-109.

YARSUVAT Duygun, "Finansal Hizmetler Kanunu Tasarısı Taslağı'nda Yer Alan Ceza Hükümlerine Genel Bir Bakış", **Türk-İsviçre Banka Hukuku Haftası**, 16-17 Aralık 2004, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 92-124.

YÜCEL Mustafa T, "Suç İşletmesi ve Ekonomik Suçlar", **Adalet Dergisi**, Y. 68, S. 3-4, 1977 Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos, s. 222-234 (Suç İşletmesi).

YÜCEL Mustafa T., "Ekonomik Suçlar", **Yasa Hukuk Dergisi**, C. I, S. 11, 1978, s. 1852-1863.

COVID-19'UN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ: ULUSLARARASI HUKUKUN PANDEMİYLE MÜCADELE REJİMİNE GENEL BİR BAKIŞ(*)

Dr. Öğr. Üyesi Bleda KURTDARCAN(**)
Arş. Gör. Dr. Ş. Özgür MUMCU(***)

Öz: Aralık 2019 ayında Çin Halk Cumhuriyeti'nin Wuhan şehrinde başlayan SARS COV-2 virüsünün yol açtığı COVID-19 hastalığının bir pandemiye dönüşerek çok ve yaygın can kaybına sebep olmuştur. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'nün pandemiyle mücadele rejimi bu salgını engelleyemediği için eleştirilmiş, Çin Halk Cumhuriyeti'yse (Çin) salgını uluslararası hukuka aykırı bir şekilde bildirim yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemekle itham edilmiştir. Bu makalede 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü (IHR) çerçevesinde uluslararası pandemiyle mücadele rejimi tartışılmış ve Çin'in söz konusu Tüzük hükümleri bakımından durumu incelenmiştir. Pandemiler doğaları gereği uluslararası bir mesele oldukları için uluslararası koordinasyon ve hukuki düzenlemeler hem COVID-19'la mücadele hem de ileride çıkabilecek potansiyel pandemilerin bastırılması bakımından hayati önemdedir.

Anahtar Kelimeler: COVID-19, Yeni Korona Virüsü, Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Sağlık Tüzüğü, Pandemi.

WHAT COVID-19 REMINDS US OF: THE INTERNATIONAL LEGAL REGIME OF PANDEMIC RESPONSE

Abstract: The Corona virus disease COVID-19 outbreak that is caused by SARS COV-2 has evolved into a pandemic. Starting at the Wuhan City of the People's Republic of China (China), the outbreak claimed many lives. The World Health Organization's (WHO) pandemic preparedness and the legal regime around which it evolves became a controversial topic. China is widely blamed for violating the international law by breach-

(*) Makale Gönderim Tarihi: 15.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 12.05.2020.
(**) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-0202-3041; *brizakurdarcan@gsu.edu.tr*).
(***) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-2270-5805; *omumcu@gsu.edu.tr*).

ing its notification obligation. This article discusses the international legal regime of prevention of pandemics in the framework of the 2005 International Health Regulation (2005 IHR). China's conduct vis-à-vis the notification obligation is also treated. The pandemics by their very own nature are matters of international interest. Thus, international cooperation and regulations are vital for the struggle against the COVID-19 as well as for the suppression of future pandemics.

Keywords: COVID-19, Novel Coronavirus, World Health Organization, International Health Regulation, Pandemic.

COVID-19 (COrona VIrus Disease-2019/Korona Virüs Hastalığı-2019) pandemisi, uluslararası kamuoyunun dikkatini sadece tıbbın bir çok alanına (epidemiyoloji, farmakoloji, mikrobiyoloji vb.) çekmekle kalmamış, aynı zamanda Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) Genel Direktörü *T. Ghebreyesus*'un sıkça yaptığı açıklamaları ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Başkanı *Donald Trump*'ın bu örgüte ve salgının başladığı Çin Halk Cumhuriyeti (Çin)'ne yönelik suçlamaları neticesinde sahne ışıklarının bu uluslararası örgüte ve onun ve üye devletlerin yetki ve sorumluluklarına çevrilmesini de beraberinde getirmiştir. Salgın süresince ve hatta akabinde DSÖ'nün yeni bilimsel gelişmeler ışığında şekillenecek yeni açıklama ve tavsiyeleri ile yakın gelecekte daha da yüksek sesle dile getirilmesi beklenen, bu örgüte ve bir üye devlet olan Çin'e yönelik iddia ve suçlamaların daha iyi anlaşılması ise uluslararası hukukun, konunun uzmanları dışında pek duyulmamış olan bir alt dalını teşkil eden hastalıkların uluslararası yayılımı/pandemiyle mücadele rejiminin ana hatlarıyla açıklığa kavuşturulmasını elzem kılmaktadır. Aşağıdaki satırlar, bizzat deneyimleme talihsizliğini yaşadığımız COVID-19 salgını gibi bir hastalığın yayılmasının uluslararası bir kamu sağlığı riski oluşturması durumunda uygulanan, uluslararası hukukun pandemiyle mücadele rejimini tanık olunan olgular ışığında açıklamayı hedeflemektedir. Makalede Dünya Sağlık Örgütü'nün öngördüğü pandemiyle mücadele rejiminin kuralları ve Çin'in bu kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerini incelenecektir. COVID-19 hastalığının uluslararası hukukun bir çok alanını kapsayan değerlendirmelere tabi tutulabilir. Biz bu makalede konuyu pandemiyle mücadele çerçevesinde ele almaya gayret edeceğiz.

I. PANDEMİYLE MÜCADELEYİ ULUSLARARASI HUKUK ALTINDA DÜZENLEMEK: KISA TARİHÇE

Bulaşıcı bir hastalığın belirli bir zamanda birden çok kıtada ya da tüm dünyada görülen bir salgın halini alması anlamında gelen pandemi, tam da tanımında kullanılan kriterler sebebiyle devletlerin/ulusların bir arada yaşaması ve işbirliğini sağlaması için oluşturulan uluslararası hukuk düzeni içinde ele alınan bir konu olmuştur. Gerçekten de "pandemi gibi küresel seviyede tedirginlik yaratan çok az mesele vardır."[1] Bunun sonucunda da 19. yüzyılın ortasından itibaren modern devlet temelli uluslararası hukuk düzeni içinde kodifiye edilmeye çalışılan ilk alanlardan biri de uluslararası bulaşıcı hastalıklar hukuku olmuştur.[2] Bu dönemde ulaşım teknolojilerinde yaşanan gelişmelerle birlikte artan uluslararası ticaret ve insan trafiği, Avrupa devletlerini kendi ülkelerine gelebilecek yabancı kaynaklı sağlık tehditlerine karşı etkin bir koruma tedbiri rejimi geliştirmeye itmiştir. Ancak böyle bir rejimi sadece uluslararası antlaşmalar aracılığıyla kurmanın mümkün olmadığı, o döneme hakim olan anlayış çerçevesinde kısa sürede anlaşılmıştır. Gerçekten de 1815-1914 arasında Avrupa'da yaşanan barış dönemi ve buna bağlı olarak artan ticarete ile iletişim ve ulaşıma yönelik teknik ve teknolojik gelişmeler, teknik alanlarda işbirliği yapılması suretiyle ilgili faaliyetlerin etkin şekilde sürdürülmesinin ancak uluslararası örgütler aracılığıyla mümkün olduğu düşüncesinin yerleşmesini beraberinde getirmiştir.[3] İşte bu düşünceye paralel olarak Avrupa devletleri kolera ve veba gibi çeşitli bulaşıcı hastalıkların sınır aşan etkileriyle baş edebilmek amacıyla yaptıkları Uluslararası Sağlık Konvansiyonlarını (*International Sanitary Conventions*-ISC) hayata geçirmek için 1907 yılında Uluslararası Kamu Hijyeni Ofisi'ni (*Office International d'Hygiène Publique*) kurarken Amerika kıtasında da Pan Amerikan Sağlık Örgütü kurulmuştur.[4]

---

1 VON BOGDANDY Armin /VILLAREAL Pedro, "International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis", **MPIL Research Paper Series no:2020-07**, 26 March 2020, s. 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650.

2 GOSTIN Lawrence O., **Global Health Law**, Harvard University Press, Cambridge, 2014, s. 179.

3 DAILLER Patrick, PELET Alain, **Droit International Public**, 7e edition, L.G.D.J., Paris, 2002, s. 574.

4 GOSTIN, 2014, s. 179; Pan Amerikan Sağlık Örgütü (PAHO) 1902 yılında kurulduğunda ilk uluslararası sağlık örgütü olarak uluslararası hukuk sahnesine çıkmıştır. Bkz. BOGDANDY/VILLAREAL, 2020, s. 3.

20. yüzyılın hemen başında kamu sağlığına yönelik salgın hastalık tehlikesiyle mücadele için devletlerin uluslararası örgüt kurmaları, bulaşıcı hastalıklarla mücadele etmek için sadece ülkesel egemenlikten kaynaklanan yetkilerin ülke sınırlarında uygulanmasının yeterli olmadığının, ayrıca hastalıkların kaynaklandığı devlette gözlem, erken teşhis, sınırlama ve bildirimde bulunma tedbirlerine mutlaka ihtiyaç duyulduğunun anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Oysa çok taraflı uluslararası antlaşmalarla bu konuda düzenlemeler yapılsa ve taraf devletler çeşitli yüklenimler üstlenseler ve egemenlik yetkilerinin kullanımını çeşitli sınırlandırma ve şartlara tabi tutmayı kabul etseler bile salgın hastalığın yarattığı kamu sağlığına, iktisadi faaliyetlere ve ulusal itibara, dolayısıyla da ulusal güvenliğe[5] yönelik arz ettiği risklerin etkisiyle devletler antlaşma hükümlerine uygun davranmakta çekingen olabilmektedirler. Nitekim salgın hastalıkların arz ettiği risklerden korkan devletler en ufak şüphe durumunda bile, aşırı tedbirlere başvurarak etkinliğini değerlendirmeksizin sınırlarını seyahat ve ticarete kapatmakta; hastalığın kaynaklandığı devletler de ulusal prestijlerini, ticaret ve turizm gelirlerini korumak için vuku bulan salgınları bildirme ve önleme tedbirleri almada çok istekli olmamaktadır. Salgın hastalıklarla mücadele uluslararası bir işbirliğini zorunlu kılmakta, ancak bu işbirliğini devletlerin inisiyatifine bırakmak, bu mücadelede alınacak tedbirlerin uluslararası mal ve hizmet ticareti, insan hakları ve kamu güvenliği gibi korunması gereken değerlerin arasında kurulacak makul bir denge üzerinde yükselmesini engellemektedir. Bu koşullar, uluslararası antlaşmalarda öngörülen bulaşıcı hastalıklarla mücadele tedbirlerini koordine edecek, siyasi mülahazalar ile hareket etmeyen, teknik bir uluslararası örgütün varlığını gerekli kılmaktadır.[6]

İşte bu mülahazalarla hareket eden devletler, 1945 sonrası ihdas edilen güncel uluslararası hukuk düzeni dahilinde bu görevi 1946 yılında kurulan ve Birleşmiş Milletlerin uzmanlaşmış kurumu olarak faaliyet gösteren DSÖ'ye devretmiştir.

---

5 Kamu sağlığına yönelik risklerin ulusal güvenlik kapsamına girdiği ve dolayısıyla da ulusal güvenlik istihbaratının takip ettiği konulardan biri olduğuna yönelik olarak bkz. LOWENTHAL, Mark, **Intelligence, From secrets to policy**, 6th edition, CQ Press, Los Angeles, 2015, s. 6, v. 389-391.

6 Detaylar için bkz. GOSTIN, 2014, s. 177-178.

II. DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ (DSÖ) ALTINDA PANDEMİYLE MÜCADELE REJİMİ

DSÖ'nün Anayasası md.21, bu örgütün üyesi olan 194 devletin[7] delegasyonlarınca oluşturulan Dünya Sağlık Asamblesini (DSA) 'hastalıkların uluslararası yayılımını engellemek amacıyla sıhhi ve karantina gereksinimlerine ve diğer prosedürlere' yönelik tüzükler yapmak konusunda yetkilendirmiştir.[8] Md.60 DSA'nın bu tüzükleri mevcut ve oy kullanan üyelerin 2/3'lük oy çokluğuyla kabul edeceğini öngörmektedir.[9] Kabul edilen tüzükler doğrudan yürürlüğe girmekte ve üye devletleri bağlamaktadır.[10] Nitekim 22. madde tüzüklerin, bunu kabul etmeyen ya da çekince ileri süren devletler için ancak belirli bir süre bağlayıcı olmayacağını ifade etmektedir.[11]

Doktrinde DSÖ'nün sahip olduğu bu yetkinin uluslararası hukukun dinamikleri dikkate alındığında 'istisnai' olarak değerlendirildiği görülmektedir.[12] Zira bu düzenlemeler devletler için bir sözleşme teşkil etmemekte, bir sözleşme olan DSÖ Anayasasına göre yapılan türev işlemler olarak ortaya çıkmakta ve fakat üye devletleri bağlamaktadır. Bununla birlikte bu yapının ne kadar istisnai olduğu tartışmalıdır. Zira BM sistemi içinde bir çok uzmanlaşmış kurumun organları teknik nitelikte düzenlemeler yapabilmekte ve devletler için yükümlülükler getirebilmektedir. Bu durumda devletler, her kuruma göre farklılık arz etse de, ancak belirli koşullar çerçevesinde bu yükümlüklerden kaçınabilmektedir. Örgütlerin bu tek taraflı bağlayıcı işlemler aracılığıyla düzenleme yapma yetkisi, teknik işbirliği gerektiren alanlarda faaliyet gösteren örgütlerin ortak özelliğidir.[13] Bu aynı zamanda onların varlık nedenidir.

---

7 Çin Halk Cumhuriyeti, Örgütün kurulduğu 1946 yılından beri bunun üyesidir.

8 **Constitution of the World Health Organization**, Art.21, https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf.

9 **Constitution of the World Health Organization**, Art.60.

10 VON BOGDANDY/VILLAREAL, 2020, s. 4; Her ne kadar bu düzenlemelerin üye devletleri bağlaması için bunlar tarafından onaylanması gerekmese de bunların üye devletlerin iç hukukunda işlerlik kazanması için her devletin kendi iç hukukuna göre aktarma işlemi yapması gerekebilecektir. Bkz. GOSTIN, 2014, s. 179-180. Nitekim devlet uygulamaları, bu türev işlemin ulusal hukukta etki doğurabilmesi için uygulamaya yönelik bir iç hukuk işlemini gerektirdiğine yönelik mahkeme kararlarına işaret etmektedir. Bkz. DAILLER/ PELLET, 2002, s. 375.

11 **Constitution of the World Health Organization**, Art.22.

12 VON BOGDANDY/VILLAREAL, 2020, s. 4.

13 COMBACAU Jean/SUR Serge, **Droit International Public**, 6e édition, Monchrestien, Paris, 2004, s. 103-104.

Uluslararası hukuk açısından ne kadar istisnai olduğu tartışılır olsa da DSÖ Anayasası md.21 altında öngörülen bağlayıcı düzenleme yapma yetkisinin örgüt tarafından oldukça istisnai olarak kullanıldığı açıktır. Nitekim örgüt bu yetkiyi bugüne dek sadece iki kez kullanmıştır[14] ve bu kullanımlardan birini salgın hastalıkların uluslararası yayılımın engellenmesi ve kontrol edilmesine yönelik uluslararası hukuk rejimini ortaya koyan Uluslararası Sağlık Tüzükleri (*International Health Regulations*-IHR) teşkil etmektedir.[15]

DSÖ kapsamında IHR rejiminin öncülünü 1951 yılında kabul edilen Uluslararası Sıhhi Tüzük (*International Sanitary Regulations*-ISR) oluşturmuştur. ISR metninin gerekçe kısmı, DSA'nın işbu düzenlemeleri kabul ederken 'bulaşıcı hastalıkların uluslararası planda yayılması karşısında maksimum güvenliği sağlarken dünya çapında (mal ve kişi) trafiğinin en az şekilde etkilenmesi amacını hedeflediğini' ifade etmektedir.[16] Başlangıçta kolera, veba, tifüs, suçiçeği, sarı humma ve depreşen ateş olmak üzere 6 bulaşıcı hastalık için üye devletlere, salgınların ortaya çıktığını bildirme ve sınırlarda bu hastalıkların ülkelere giriş ve buralardan çıkışını engellemeye yönelik kamu sağlığı önlemleri kurmasına yönelik yüklenimler getiren ISR, 1969 yılında IHR adını almış; 1969, 1973, ve nihayet 1981 yıllarında yapılan revizyonlarla kapsamındaki hastalıklar giderek daraltılmış ve IHR sadece kolera, veba ve sarı humma bulaşıcı hastalıklarının 'sınır aşan yayılımı için epidemiyolojik bilgi paylaşımı öngören düzenleyici bir gözetim mekanizması teşkil eder hale gelmiştir.'[17]

---

[14] VILLAREAL Pedro, COVID-19 Symposium: "Can They Really do That?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 (Part I), March 31, 2020, s. 2. March 31, 2020, http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-i/

[15] BURCI Gian Luca, The Outbreak of COVID-19: are the International Health Regulations fit for purpose?, February 27, 2020, s. 2, https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/

[16] **Official Records of the WHO no. 37, International Sanitary Regulations**, April 1952, s. 10, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85636/Official_record37_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

[17] AGINAM Obijiofor, "Mission (Im)possible? The WHO as a 'Norm Entrepreneur' in Global Health Governance", *in* M. Freeman, S. Hawkes, B. Bennett (eds.), **Law and Global Health, Current Legal Issues**, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 567; FIDLER, David, Revision of the World Health Organization's International Health Regulation, April 16, 2004, https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/8/revision-world-health-organizations-international-health-regulations; Benzer yönde bkz. GOSTIN, s. 180.

1990'lı yıllara gelindiğinde o tarihteki haliyle IHR'ın küresel sağlığı korumaya yönelik bir düzenleme aracı olarak geçerliliği ve etkinliğini yitirdiği açık hale gelmiştir. Zira öncelikle salgınları bildirme yükümlüğünün işlerliği tartışmalıdır. Salgının baş gösterdiği devletler bir kez bu durum DSÖ'ye bildirilince diğer devletlerin alacağı mal ve kişi trafiğini kısıtlamaya yönelik alınacak aşırı önlemlerin bu devlete olacak olumsuz ekonomik etkilerinden çekindikleri için zamanlı ve kapsamlı bir bildirimde bulunmaktan imtina etmektedirler. Bunun yanında o dönemdeki haliyle IHR sadece üç hastalık için geçerli olduğu ve bu salgın hastalıklara karşı devletlerin alabileceği korunma tedbirlerini esas olarak sadece ülke sınırlarında uygulanacak olanlara hasrettiği için devletlerin özellikle yeni patojenlerden kaynaklanan hastalıklar söz konusu olduğunda (AIDS ve kuş gribi gibi) kamu sağlığına yönelik güvenlik ihtiyacını tatmin etmekten çok uzaktır.[18] Bu mülahazalar ışığında 1995 yılında başlayan IHR revizyon süreci 2003 tarihindeki SARS (bir corona virüs!) salgını ve 2004 tarihinde Tayland'da görülen H5N1 Influenza A (kuş gribi) virüsünün insandan insana geçebildiğine yönelik bulgular,[19] 2005 yılında IHR'da kapsamlı bir revizyona gidilmesinin arkasındaki itici gücü teşkil etmiştir.[20]

IHR'da 2005 yılında kabul edilen ve 2007 yılında üye devletler için yürürlüğe giren 'değişiklikle beraber DSÖ'nün yetkisi sadece sınırlı sayıda bulaşıcı hastalığa yönelik olmaktan çıkmış ve uluslararası önemi haiz tüm kamu sağlığı risklerini kapsar hale gelmiştir.[21] '2005 IHR, hem önceki versiyonlarına hem de DSÖ öncesi düzenlemelere kıyasla radikal bir değişiklik göstermektedir. Sadece belirli sayıda hastalık için kısıtlı ve bunlardan korunmak için alınabilecek oldukça sınırlı maksimum ulusal tedbirler öngörmeye dayanan pasif bir yaklaşımdan, taraf devletlerin iyi niyet ve işbirliğine dayanan ve uluslararası trafik ve ticarete gereksiz müdahaleyi engelleyen, etkin ama orantılı kamu sağlığı tedbirleri almaya yönelik olarak DSÖ'nün takip, risk değerlendirme ve müdahalede merkezi bir rol üstlendiği dinamik ve ucu-açık bir yaklaşıma geçiş yapılmıştır.'[22]

---

18 Detaylar için bkz. AGINAM, s. 567; FIDLER; GOSTIN, s. 181.

19 Detaylar için bkz. GOSTIN, s. 364-365; VILLAREAL Pedro, Responses to COVID-19, 25 Feb. 2020, https://www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/responses-to-the-covid-19-crisis-25-02-2020.

20 GOSTIN, s. 181; FIDLER.

21 GOSTIN, s. 181-182.

22 BURCI s. 2.; IHR 2005'te getirilen önemli değişiklikler başlıklar halinde belgenin sunuş yazısında da ele alınmıştır. Detaylar için bkz. **International Health Regulations 2005**, 3rd edition, 2016, s. 1. https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/

COVID-19 salgını esnasında yürürlükte bulunan IHR 2005, öncekiler gibi, 'hastalıkların uluslararası yayılmasını engellemek, buna karşı korunmak ve bunu kontrol etmek için, kamu sağlığı riskleriyle sınırlı ve orantılı olarak uluslararası trafik ve ticarete gereksiz müdahalede bulunmayacak halk sağlığı tedbirleri sağlamayı amaçlamaktadır.'[23] Bu amaçla şekillendirilen IHR 2005 'sağlık güvenliği, ticaret ve insan hakları arasında bu üç değerden de oldukça zorlu ödünler vererek hassas bir denge kurabilmiştir.'[24]

1. Güncel Dünya Sağlık Tüzüğü 2005 Çerçevesinde DSÖ'nün Yetkileri

IHR 2005'in sunuş yazısı IHR'ın bu güncel versiyonunun getirdiği bazı önemli yeniliklere dikkat çekmektedir. Ancak bunlar arasında birbiriyle önemli ölçüde bağlantı 2 tanesi özellikle öne çıkmaktadır. 1) IHR md.12 altında DSÖ Genel Direktörünün uluslararası kamu sağlığı acil durumu ilan etme yetkisi, 2) IHR Ek.2 altında hakkında bildirimde bulunulması gereken hastalıkların tahdidi olarak saptanmaması.[25]

Uluslararası kamu sağlığı acil durumu IHR md.1'de verilen tanımlar ışığında, 'hastalığın uluslararası şekilde yayılması ile devletler için kamu sağlığı riski teşkil eden ve potansiyel olarak koordine bir uluslararası müdahale gerektiren olağan üstü bir durum' olarak ifade edilmektedir.[26] Md.12, DSÖ Genel Direktörünün, eksperlerden oluşan acil durum komitesinin tavsiyesi ışığında 'uluslararası açıdan kamu sağlığı acil durumu' ilan etmesini düzenlemektedir. Bu ilan devletler için yeni yüklenimler yaratmaz, sadece uluslararası toplumu bilgilendirmeyi amaçlayan bir işlemdir.[27] Uluslararası kamu sağlığı acil durumu ilanı devletlerin dikkatini bu duruma çeken, 'uluslararası toplumu ortaya çıkan bir kamu sağlığı acil durumu karşısında siyasi, finansal ve teknik destek sağlamak için harekete geçirmeye yönelik güçlü bir çağrıdır.'[28] Bununla beraber bu tespitin yapılması IHR altında DSÖ'nün bazı yetkilerinin kullanıla-

---

23 **International Health Regulations 2005,** Art.2.

24 Lawrence O. Gostin, s. 183. Farklı çıkarlarda verilen ödünlerle kurulan denge hakkında bkz. GOSTIN s. 183-184 ve **International Health Regulations 2005,** Art.2 ve Art.3.

25 Benzer yönde bkz. VILLAREAL, Responses to COVID-19 Crisis.

26 **International Health Regulations 2005,** Art.1.

27 VILLAREAL, Responses to COVID-19 Crisis.

28 Mark Ecclestone-Turner, COVID-19 Symposium: The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law, March 31, 2020, http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/

bilmesinin ön şartıdır. DSÖ Genel Direktörü uluslararası açıdan kamu sağlığı acil durumu ilanı yaptıktan sonra md.15 ile kendisine verilen, salgının çıktığı ülkede sınırlanması ve uluslararası yayılımını kontrol altına almak amacıyla zaman sınırlı 'geçici tavsiyeler' yayınlaması yetkisini de kullanabilecektir.[29]

Md.17, DSÖ Genel Direktörünün acil durum komitesinin görüşleri, bilimsel ilke ve kanıtlar, doğrudan etkilenen devletlerin görüşleri yanında yapılan risk değerlendirmesi ışığında uluslararası dolaşım ve ticaret için makul olandan daha fazla sınırlama ve müdahale getirmeyen (uluslararası hukukun başka alt dallarında kullanılan kriterlerle gerekli ve orantılı) sağlık tedbirlerine yönelik tavsiyeleri belirleyeceğini öngörmektedir. Bu tavsiyelerde kişiler ve mallara yönelik olarak her spesifik olayın koşullarına göre ilan edilecek sağlık tedbirleri ise esasen md.18'de sayılanlar arasından belirlenecektir.[30] Bunlar uluslararası yayılma riski gösteren hastalıkları kontrol altına almak için somut olayın koşullarında kamu sağlığı, ticaret ve insan hakları mülahazaları arasında optimum dengeyi kuran, gerekenden daha fazla sınırlayıcı olmayan ve devletlerin başvurabileceği maksimum tedbirleri ifade etmektedir.[31]

Gerçekten de IHR ile kurulan rejimin, uluslararası ticaret, kamu sağlığı ve insan hakları arasında devletlerin tek taraflı olarak kurmakta pek başarılı olamadıkları hassas bir dengeyi, teknik ve siyasi mülahazalardan arınmış bir otorite aracılığıyla sağlamak için kabul edildiği göz önünde tutulduğunda, ortaya çıkan bir hastalıkla mücadele için DSÖ'nün, IHR kapsamında alınabilecek en etkin kamu sağlığı tedbirlerini belirlediği tavsiyelere riayet edilmesinin önemi açıkça ortaya çıkmaktadır. Nitekim IHR md.42 bu tüzük kapsamında belirlenen sağlık tedbirlerinin 'gecikmeksizin hayata geçirileceğini ve uygulanacağını' belirtmektedir. Ancak tüzük, bir yandan tavsiye kavramını kullanıp bir yandan da bunların gecikmeksizin hayata geçirilmesi gerektiğini ifade ederek bunları bağlayıcı bir karar karakteriyle donatmakta ve bir çelişki yaratmaktadır. Uluslararası pandemiyle mücadele rejimi çerçevesinde DSÖ'nün ve üye devletlerin yetki ve yükümlülüklerinin anlaşılması açısından bu hususun açıklığa kavuşturulması önemlidir. Bu noktada tüzüğün başka önemli bir maddesi yardımcı olabilir.

---

[29] Genel Direktörün böyle bir durum ilanı yapmasının siyasi sembolizmi ve medyada yarattığı panik havasının yanında hukuki sonuçlarının sadece IHR'da öngörülen geçici tavsiyeler yayınlamak olduğu görülmektedir. BURCI, s. 2-3.

[30] GOSTIN, s. 193-196. Ancak doktrinde maddede kullanılan lisanın burada sayılmayan tedbirlere de kapıyı açık bırakacak şekilde yorumlanabileceğine yönelik görüşler vardır. Bkz. BOGDANDY/VILLAREAL, s. 9.

[31] Benzer yönde bkz. VILLAREAL, Responses to COVID-19 Crisis.

Nitekim IHR md.43(1) devletlere ek sağlık tedbirleri altında tavsiye edilen sağlık tedbirlerinden daha ileri giden önlemler alabilme imkanı sağlamaktadır.[32] Bu madde kapsamında devletler DSÖ'nün tavsiyelerindekilerden farklı ve fakat bunlarla eşdeğer ya da daha yüksek seviyede sağlık koruması sağlayacak tedbirler de alabilirler. Bu durumda devletlerin tavsiye edilenlerden farklılık gösteren tedbirleri, bilimsel ilkelere, mevcut bilimsel kanıtlara ya da DSÖ'nin ilgili rehberine dayanmalı ve de uluslararası dolaşım ve ticarete, sağlığa uygun seviyede koruma sağlayan makul alternatif tedbirlerden daha fazla sınırlama getirmemelidir. Md.43 (3) devletlerin DSÖ tavsiyelerinden başka tedbirler alması halinde eğer bunlar kişi ve malların uluslararası dolaşımını 24 saatten daha uzun süre engelliyorsa işbu tedbirlerin uluslararası dolaşıma önemli ölçüde müdahalede bulunuyor kabul edileceğini düzenlemektedir.[33] Böyle bir durumda, bu nitelikte tedbir(ler) alan devlet bunun bilimsel gerekçesini ve arkasında yatan kamu sağlığı korumaya nasıl hizmet ettiğini DSÖ'ne açıklamak zorundadır.

Bu düzenlemeler göstermektedir ki IHR rejimi altında DSÖ tavsiyeleri katı bir bağlayıcılığa sahip değildir ancak 'uygun davran ya da açıkla' mantığı üzerinde kurulmuş[34] güçlendirilmiş bir statüsü mevcuttur. Tavsiyeler, IHR md.1'deki tanımlarda da açıkça ifade edildiği üzere bağlayıcı değildir, teşvik edici niteliktedir. Dolaysıyla tavsiyelere uyulmaması doğrudan bir hukuk kuralının ihlali anlamına gelmemektedir.[35] Ancak tavsiyelere uyulmazken md.43'te öngörülen adımları atmamak, yani nitelikleri belirlenmiş gerekçeleri açıklamamak ve alınan ilave sağlık tedbirleri konusunda DSÖ'nü bilgilendirmemek bir bağlayıcı hukuku kuralının ihlalini teşkil edecektir.[36] Bu minvalde, devletlerin tek taraflı olarak aldığı ve bilimsel kanıtlar, ilkeler ve DSÖ'nün tavsiyelerine dayanmayan, özellikle de sadece tedbir amaçlı alınan kısıtlamalar, hele ki COVID-19 salgınında da görüldüğü üzere md.43(5) altındaki bildirim yükümlülüğü yerine getirilmeden hayata geçiyorsa bağlayıcı bir hukuk normunun ihlali anlamına gelecektir.[37]

---

32 **International Health Regulations 2005,** Art.43 (1); BOGDANDY/VILLAREAL, s. 10.

33 **International Health Regulations 2005,** Art.43(3).

34 BOGDANDY/VILLAREAL, s. 15.

35 BURCI, s. 4-5.

36 Benzer yönde bkz. VILLAREAL, COVID-19 Symposium (Part I), s. 4.

37 HABIBI Roojin/ BURCI Gian Luca/ DE CAMPOS Thana, vd., "Do not violate the International Health during the COVID-19 outbreak", **The Lancet**, February 13, 2020, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext.

2. IHR Rejimi Altında Devletlerin Yükümlülükleri

IHR 2005 çerçevesinde oluşturulan uluslararası pandemiyle mücadele rejiminin devletlere yüklediği yükümlülüklerin doktrinde 'sıkı', 'uzun süreli' ve 'duruma göre değişen' olarak 3 ayrı sınıf altında incelendiği görülmektedir.[38]

i) Sıkı yükümlülükler: Somut, anlık uygulamalara ilişkin yükümlükler bu kategoridedir. Bunların başında, IHR 2005'in en önemli yeniliklerinden olan ve md.6 altında düzenlenen, devletlerin kendi ülkelerinde vuku bulan olayları, ek 2'de gösterilen algoritma uyarınca değerlendirerek uluslararası açıdan kamu sağlığı acil durumu teşkil edebilecek nitelikte olanları, bu değerlendirmeyi takip eden 24 saat içerisinde DSÖ'ye bildirme yükümlülüğü gelmektedir. Örgütün üye devletler nezdinde kendi bilgi toplama mekanizmaları ile donatılmamış olmasından dolayı (ki devletlerin kendi ulusal güvenliklerini de ilgilendiren kamu sağlığı alanında egemen yetkilerini uluslararası bir örgütle paylaşmamasına şaşırılmamalıdır) devletlerin bu bilgilendirme yükümlülüğü uluslararası pandemiyle mücadele rejiminin köşe taşını teşkil etmektedir.[39] Devletleri hızlı ve gerçekçi bildirim konusuna yaklaşımlarındaki tarihi çekingenlik bu yükümlüğü özellikle önemli kılmakta, bu yükümlülüğün iyi niyetle tam bir işbirliği ruhuyla ifasını gerekli kılmaktadır.[40]

ii) Uzun süreli yükümlülükler arasında devletlerin ülkelerinde ortaya çıkan kamu sağlığı risklerini tespit, değerlendirme ve bildirim yapmasını ve müdahalede bulunmasını sağlayacak bazı minimum çekirdek yetenekleri geliştirmek ve hayata geçirmek yükümlüğü bulunmaktadır.

iii) Duruma göre değişen yükümlükler ise DSÖ'nün kamu sağlığı riskleri karşısında ekin ve dengeli bir uluslararası tedbir geliştirme görevi çerçevesinde, teknik otoritesine dayanarak aldığı geçici tavsiye kararlarını üye devletlerin çeşitli şartlarda uygulamama imkanı için söz konusu olmaktadır.[41]

COVID-19 salgını da göstermiştir ki uluslararası pandemiyle mücadele rejiminin devletler tarafından ihlal edildiğine yönelik iddialar, daha somut ve anlık olarak uygulanabilen 'sıkı yükümlülükler temelinde ileri sürülmektedir.

---

38 VILLAREAL, Covid-19 Symposium, Part I., s. 2.

39 Benzer yönde bkz. BOGDANDY/VILLAREAL, s. 7.

40 Benzer yönde bkz. BURCI, s. 2.

41 Detaylar için bkz. VILLAREAL, Covid-19 Symposium Part I., s. 2-4.

Dolayısıyla ihlal iddiaları duruma göre değişkenlik gösterebilen esnek md.43 kapsamında değil, özellikle md.6 altındaki sıkı yükümlülüklere uyulmadığı gerekçesiyle dile getirilmektedir.[42]

Gerçekten de özellikleri bilinmeyen, yeni karşılaşılmış, yerleşik bir tedavisi ve/veya aşısı belirlenememiş ve bulaşıcılığı yüksek olduğu için ilk ortaya çıktığı ülkede kontrol altına alınmakta zorlanılan bir patojenin yarattığı hastalık sebebiyle devletlerin ulusal güvenliğin kamu sağlığı unsurunu öne çıkartmak suretiyle DHÖ'nün tavsiyelerinin ötesinde (ve hatta bunların tam da aksine) uluslararası dolaşım ve ticareti ciddi derecede kısıtlayıcı sağlık tedbirleri alması, IHR rejiminin amaçlarına uyuşmuyor gibi gözükse de çoğunlukla bilimsel bir kanıta ya da en azından ilkeye dayanarak doğrulanabilir olmaktadır. Zira özellikle 1918 İspanyol Gribinden beri bulaşıcılığı yüksek hastalıklarda, tedavi dışı sağlık tedbirleri olarak dolaşım ve bir araya gelmeye yönelik sınırlama ve yasakların erken ve düzenli bir şekilde uygulanmasının hastalığın yayılmasını engellemeye büyük katkı sağladığına yönelik analizler[43] sayesinde bu tip *prima facie* aşırı gözüken tedbirlerin bile bilimsel bir dayanak ile meşru gösterilmesi mümkündür. Ayrıca IHR rejiminin, devletlerin kamu sağlığına tehdit arz edecek bir hastalığın baş göstermesi durumunda alacakları tedbirlere ilişkin sahip oldukları takdir hakkını çok açık ve sıkı şekilde kısıtlamayacak biçimde oluşturulmuş olması, md.43'ün doğrudan ihlali üzerinde formüle edilmiş hukuka aykırılık iddialarının etkin bir şekilde ileri sürülmesini de engellemektedir.[44]

İşte bu sebeple COVID-19 salgını esnasında Amerika Birleşik Devletler ve Çin arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın da Çin'in, doktrinde IHR rejiminin temelini teşkil ettiği hususunda hem fikir olunan devletlerin md.6 kapsamındaki bildirim yapma yükümlülüğünü ihlal ettiği üzerine kurulduğu görülmektedir.

Gerçekten de uluslararası hukukun pandemiyle mücadele rejimini tetikleyen temel husus, devletlerin kendi ülkelerinde ortaya çıkan hastalıkları ya da hastalık potansiyeli yaratan vakaları (IHR altında kısaca vakaları) IHR 2005 Ek 2 altında gösterilen algoritmaya göre değerlendirme ve bu değerlendirme

---

42 KRASKA James, China Is Legally Responsible for COVID and Claims Could Be In Trillions, March 23, 2020, https://warontherocks.com/2020/03/china-is-legally-responsible-for-covid-19-damage-and-claims-could-be-in-the-trillions/

43 GOSTIN, s. 363-364.

44 VILLAREAL, Responses to COVID-19.

neticesinde, vaka eğer uluslararası açıdan bir kamu sağlığı acil durumu teşkil ediyorsa durumu DSÖ'ne bildirme yükümlülüğüdür. Nitekim ancak devletlerin kendi ülkesel egemenliklerine dayanarak kullandıkları yetkiler aracılığıyla toplayacakları veriler ve bunlardan elde edilen epidemiyolojik bilgi sayesinde DSÖ bir hastalığın uluslararası yayılım riskinin bulunduğunu tespit etmesini sağlayacak ve IHR rejiminin geri kalan mekanizmaları işleyecektir.[45] Ek 2'de öngörülen algoritma çerçevesinde devletlerden beklenen, ulusal sağlık gözetim kabiliyetleri aracılığıyla ülkelerinde tespit ettikleri sınırlı sayıda hastalığın doğrundan DSÖ'ye bildirmeleridir.[46] DSÖ ancak bu ilk yerel değerlendirme ve bilgilendirme aşamasının tamamlanması akabinde uluslararası yayılma riski bulunan hastalıktan haberdar olup IHR rejimi altında önlem alma ve koordinasyon görevlerini yerine getirebilecektir. Oysa Dr. Villaeral'in yerinde tespitleriyle bu gözetim, değerlendirme ve bildirim yükümlülüğü temelli mekanizmanın işlemesi tamamen devletlerin işbirliği göstermek için hevesli olmasına, yani devletlerin IHR altındaki bu temel yükümlülüğünü iyi niyetle ifa etmesine bağlıdır. IHR acil durum komitelerinin ve DSÖ Genel Direktörünün doğru ve gerçekçi tavsiyelerde bulunabilmesi ve IHR pandemi ile mücadele rejiminin devletleri tatmin edici bir şekilde işlemesi ancak kendilerine güvenilir bilgiler verilmesi ile mümkündür. Yeni bir hastalığın kaynağındaki patojenin özelliklerini belirlemenin kendine has zorlukları doğru bir risk değerlendirmesi yapabilmeyi yeteri kadar güçleştirmektedir. Dolayısıyla uluslararası yayılma riski olan hastalıklarla başarılı ve farklı menfaat ve hakları tatmin edici bir şekilde gözeten bir mücadele için devletlerin ve DSÖ'nün tam bir güven içinde işbirliği icra etmeleri şarttır.[47]

III. COVID-19 PANDEMİSİNDE ÇİN'İN BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ MESELESİ

Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün 2005 senesinde güncellenmesi, 2003 senesinde SARS hastalığına yol açan SARS-COV 1 tip korona virüsü ve 2004'te kamuoyunda "kuş gribi" olarak bilinen H5N1 influenza virüsünün salgınlara sebep olması sonucunda, kamu sağlığında uluslararası işbirliğinin kuvvetlen-

---

45 VILLAREAL Pedro, The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law, 28 January 2020, https://voelkerrechtsblog.org/the-2019-2020-novel-coronavirus-outbreak-and-the-importance-of-good-faith-for-international-law/

46 **International Health Regulations 2005,** Art.6.

47 VILLAREAL Pedro, The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law.

dirilmesi amacına bağlıdır.[48] Tüzüğün 2. Maddesi bu amacı "*(...) hastalıkların uluslararası yayılmasını önlemek, bu hastalıklara karşı korunmak, yayılmalarını kontrol etmek ve halk sağlığı açısından gerekli yanıtı vermektir*." şeklinde belirtmektedir.

Çin'in SARS salgını esnasında, gerekli tedbirleri zamanında almadığı ve salgını ört bas etme gayretinde olduğu hem uluslararası medyada hem de uluslararası hukuk çevrelerinde sınırlı da olsa tartışılmıştı.[49] SARS-COV 2 virüsü ve onun yol açtığı COVID-19 hastalığının teşhis ve bildirimi konularında Çin'in Uluslararası Sağlık Tüzüğü kapsamındaki sorumluluklarını ihlal edip etmediği meselesi de benzer bir şekilde tartışılmaktadır. Bu yeni korona virüs suşunda, SARS salgının olduğu tarihin aksine, uygulanacak yeni hukuk kuralları mevcuttur. Bu kurallar ise 2005 IHR'nin Sürveyansı düzenleyen 5., bildirim yükümlülüğünü düzenleyen 6. ve tam olarak da SARS-COV 2 gibi virüslerden kaynaklanan salgınlar hakkında özel olarak getirilmiş "Beklenmedik veya Alışılmadık Halk Sağlığı Olaylarında Bilgi Paylaşımı"nı düzenleyen 7. maddelerinde somutlaşmaktadır.

Bildirim sorumluluğunda taraf devletlerin ülkelerinde meydana gelen olayları Tüzüğün 6. Maddesinin göndermesiyle, Tüzüğün Ek-2 kısmında belirtilen karar aracıyla değerlendirmesi sistemi getirilmiştir. Bu karar aracının sabitlediği algoritma kullanılmak suretiyle gerekli değerlendirilmenin yapılması ve "uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumuna yol açabilecek tüm durumlar", 24 saat içinde DSÖ'ye bildirilecektir.

Bahsi geçen Ek-2 karar aracı incelendiğinde devletlerin çiçek hastalığı, Influenza subtiplerinden biri, poliovirüs kaynaklı poliomiyelit ve SARS tespitinde bulunmaları halinde, 24 saat içinde bildirim yükümlülüklerini yerine getirmelerini şart koşmaktadır. Bu sınırlı sayıdaki hastalıkta tek bir vakanın dahi tespiti "*alışılmadık ve beklenmedik bir durum*" olarak nitelenmiş ve halk sağlığına etkisinin ciddi olabileceği kabul edilmiştir. Buna ek olarak Kolera, veba (akciğer tipi), Sarı humma, viral hemorajik ateşler (*Ebola, Lassa, Marburg*), Batı Nil Ateşi ve ateşi gibi ulusal ya da bölgesel yaygınlık gösterebilen *Deng* ateşi gibi hastalıklarının tespitindeyse olayın halk sağlığına etkisi ciddi boyuttaysa ve olay alışılmadık ya da beklenmedikse yahut olay öyle olma-

---

48 FIDLER.

49 DELISLE Jacques, "Atypical Pneumonia and Ambivalent Law and Politics: SARS and the Response to SARS in China", 77 **Temple L. Rev**. (2004), https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/980.

sa dahi uluslararası yoğunluk ve ticaretin sınırlandırılmasını gerektirecek bir ciddiyete sahipse yine 24 saat içerisinde bildirim yükümlülüğünün doğması öngörülmüştür.

SARS-COV 2 her ne kadar SARS'a yol açan korona virüsün bir suşu olsa dahi, bu iki kategoride sayılan hastalıklara sebep olmamaktadır. Bu iki kategoriye girmeyen hastalıkların meydana gelmesi durumunda Ek-2'nin ortaya koyduğu algoritma şu şekilde işlemektedir: Bu iki kategoride sıralanmayan bir hastalık bilinmeyen neden ve kaynaklardan dahi gelseler, olayın halk sağlığına ciddi bir etkisi varsa[50] ve olay alışılmadık ve beklenmedik ise ve uluslararası yayılma açısından kayda değer ölçüde risk taşımaktaysa, bildirim yükümlülüğü doğacaktır.

Yeni koronavirüsünün bildirim yükümlülüğünün çerçevesini çizen 2005 IHR Ek-2'de bu son kategori içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. COVID-19'a sebep olan bu virüsün halk sağlığına ciddi etki, alışılmadık ve beklenmediklik ve uluslararası yayılmada risk faktörü kriterlerinin hepsini karşıladığı ortadadır. Burada tespit edilmesi gereken Çin'in söz konusu virüsün bu kriterleri karşıladığını ne zaman tespit ettiği ve bu durumu Dünya Sağlık Örgütü'ne zamanında bildirip bildirmediği meselesidir. Zira Dünya Sağlık Örgütü Genel Direktörü bu bildirim temelinde kurulacak bir Acil Durum Komitesi'nin görüşleri ışığında uluslararası önemi haiz bir halk sağlığı acil durumu oluşturup oluşturmadığını, acil durumun sona erip ermediğini belirlemek ve geçici tavsiye kararlarının değiştirilmesi, uzatılması veya sona erdirilmesi konularında karar verecektir. Bildirim yükümlülüğün

---

[50] Ek-2'nin bu etkinin değerlendirmesinde getirdiği örnekler şöyle sıralanmaktadır. Bağlayıcı olmayan ve rehberlik etmek amacıyla sunulan bu örneklerden ikisinin bulunması durumunda hastalığın halk sağlığına ciddi etkisi olduğu kabul edilecektir: "Epidemiye neden olan potansiyeli yüksek patojenlerin neden olduğu olaylar. (etkenin enfeksiyözitesi, yüksek ölümcül özelliği, çoklu sirayet yolları ve sağlıklı taşıyıcılar) Yetersiz tedavi işaretleri (gelişen veya yeni antibiyotik direnci, aşının yetersiz olması, panzehir (antidot) yetersizliği veya direnci). Henüz, hiç veya çok az sayıda hasta insan vakası teşhis edilmiş olmasına rağmen kayda değer bir halk sağlığı riski gösteren olay. Sağlık personeli arasında rapor edilmiş vakalar. Risk altındaki nüfusun özellikle maruziyete açık olması (göçmenler, düşük aşılama düzeyi, çocuklar, yaşlılar, düşük bağışıklıklar, yetersiz beslenenler, vs.). Halk sağlığı yanıtını vermeyi engelleyen veya geciktiren eşzamanlı etkenler (doğal afetler, askeri çatışmalar, elverişsiz iklim koşulları, Taraf Ülkedeki birden fazla odak vs.). Nüfus yoğunluğunun yüksek olduğu bölgelerdeki olaylar. Doğal bir yolla veya başka bir şekilde halkı ve/veya geniş bir coğrafi bölgeyi kontamine etmiş veya kontamine etme olasılığı olan toksik (zehirli), enfeksiyöz (hastalık yapıcı) veya başka tehlikeli maddelerin yayılması.

yerine getirilmemesi, hem uluslararası hukuka aykırılık teşkil edecek hem de pandemiye karşı verilecek mücadelenin koordinasyonunu sekteye uğratacaktır.

COVID-19'un bildirimi ve sonrasında Dünya Sağlık Örgütü'nün faaliyetlerinin zaman çizelgesi, Örgüt tarafından şu şekilde paylaşılmaktadır.[51] Buna göre Çin'in atipik zatürre kümelenmesini DSÖ'ye bildirdiği tarih 31 Aralık 2019'dur. DSÖ'nün 5 Ocak'ta yayınladığı Salgın Başlangıcı haberinde, Çin otoritelerinden aldıkları bilgilere göre virüsün solunum yoluyla yayılmadığı bilgisini aldığını belirterek, yeni korona virüsü özelinde tavsiye kararı almamış ve Çin'e yönelik seyahat kısıtlamalarının kaldırılmaması yönünde tavsiyede bulunmuştur.[52] Çin'in virüsün genetik sekanslamasını paylaşma tarihi 12 Ocak 2020'dir. Dünya Sağlık Örgütü Genel Direktörü, Acil Durum Komitesi'ni 22 ve 23 Ocak 2020 tarihinde toplamıştır. Komite elindeki verileri incelemiş ancak yeni korona virüsünün uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumu olarak değerlendirmemiştir.[53] Bu yöndeki tespiti Acil Durum Komitesi ancak 30 Ocak 2020 tarihindeki toplantısında yapmıştır.[54]

Dünya Sağlık Örgütü'nün gecikmesinde Çin otoritelerinin verdikleri epidemiyolojik bilgilerin ve risk değerlendirme tedbirlerinin önemli bir rol oynadığı öne sürülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü ise, Çin'in verdiği bilgilerin sağlaması konusunda eksiklik göstermekle eleştirilmektedir.[55]

---

51 **WHO Timeline - COVID-2019**, https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19.

52 **Pneumonia of Unknown Cause**, www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/

53 **Statement on the Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV)**, WHO (Jan. 23, 2020) https://www.who.int/news-room/detail/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov).

54 **Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV)**, WHO (Jan. 30, 2020), https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov).

55 LO Chang-Fo., "The Missing Operational Components of the IHR (2005) from the Experience of Handling the Outbreak of COVID-19: Precaution, Independence, Transparency and Universality", **Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy,** Vol. 15 No. 1(March 2020), s. 9, SSRN: https://ssrn.com/abstract=3563370.

ABD yönetiminin COVID-19 salgınından Çin'i itham eden açıklamaları ve "karşı-tedbirler"i de içerebilecek önlemler alma hususunda hazırlığı medyaya sıklıkla yansımaktadır.[56] Bununla beraber Çin'in uluslararası hukuk açısından 2005 IHR'de belirtildiği şekliyle bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği ve dolayısıyla bu ihlal sebebiyle uluslararası sorumluluğunun doğduğu ileri sürülmektedir.[57] Çin'in bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği, aksine hastalık hakkında uyarılarda bulunan ve daha sonra COVID-19 sebebiyle hayatını kaybeden *Li Wenliang* isminde doktorun soruşturulması, Çin Devlet Ajansı'nın söylenti yaratılmaması konusunda emniyet uyarısını yayımlaması, 31 Aralık tarihinde *Wuhan* Sağlık Komitesi'nin virüsün insandan insana bulaştığının tespit edilemediğini açıklaması gibi örnekler bu hukuki analize temel oluşturmaktadır.[58] Hakikaten de Dünya Sağlık Örgütü'nün taraf devletlerden gelen bilgiler olmadan "kör"leşeceği açıktır.[59] Öte yandan *Li Wenliang*'ın soruşturulma tarihi Çin'in Dünya Sağlık Örgütü'ne bildirimde bulunmasından sonrasına denk gelmektedir. Çin'in yeni bir virüsün varlığını laboratuvarda tespit ettikten sonra 24 saat içinde Dünya Sağlık Örgütü'ne bildirmediği bildirim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini açıklığa kavuşturacak kriterdir.[60]

Çin'in Uluslararası Sağlık Tüzüğü'ne göre uluslararası önemi haiz halk sağlığı acil durumuna yol açabilecek bir durumun varlığına bildirim tarihinden önce vakıf olduğu ya da hastalıkla ilgili kimi bilgileri eksik bildirmek suretiyle Tüzüğü ihlal edip etmediğini tespit etmek için Tüzüğün yorumlanmasında ihtilaf çıkması halinde uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen 56. Maddesini uygulamak gerekecektir. Madde ilk etapta dostane girişim, arabulucuk veya uzlaştırma gibi yargı-dışı yöntemlere başvurulmasını, ihtilafın çözülememesi halinde "*taraf oldukları herhangi bir uluslararası anlaşma kapsamında, diğer hükümetler arası kuruluşların veya herhangi bir uluslararası*

---

56 Trump administration draws up plans to punish China over coronavirus outbreak, https://edition.cnn.com/2020/04/30/politics/us-china-coronavirus-diplomacy-intelligence-donald-trump/index.html.

57 KRASKA.

58 KRASKA.

59 VILLAREAL, COVID-19 Symposium, Part I, s. 3.

60 VILLAREAL Pedro., COVID-19 Symposium: "Can They Really do That?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 (Part II), March 31, 2020, http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-ii/

anlaşma altında oluşturulmuş, ihtilafları çözme mekanizmalarına başvurma hakları saklı kalmak" üzere şayet ilgili devlet yetkisini tanıdıysa Daimi Tahkim Mahkemesi'ni yargısal bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak belirtmektedir.

Yargısal bir çözüm, uluslararası hukukta uluslararası yargı yetkisini tanımanın devletlerin ihtiyarında olması, 2005 IHR'deyse zorunlu yargı yetkisi barındıran bir hüküm bulunmadığı için düşük bir ihtimaldir. Ancak Çin'in bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek uluslararası haksız fiil işlediği iddiası bunu ileri süren devletler bakımından "karşı-tedbir"e başvurulması yolunu açabilecektir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun konu hakkında Uluslararası Teamül Hukuku'nu yansıtan Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu'na ilişkin maddelerine[61] göre sorumlu devletin giderimde bulunmayı ve ihtilafı barışçı yöntemlerle çözmeyi reddetmesi, ya da bu yöntemlerin başarısızlıkla sonuçlanması hallerinde mağdur devlet, karşı tedbirlere başvurabilecektir. Karşı-tedbir kendi başına haksız olmakla beraber, başka bir devletin uluslararası haksız fiiline tepki olarak uluslararası hukukun bir devletin almasına izin verdiği tedbirler olarak tanımlanmaktadır.[62]

Dolayısıyla Çin'in bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle çoğunluğu ekonomik olan karşı-tedbirlerin alınması mümkün görünmektedir. Olası karşı-tedbirler Çin'e yönelik gümrük tarifelerinin arttırılması, varlıkların dondurulması, kimi siyasetçilerin ve devlet görevlilerine yönelik tedbirler gibi geniş bir yelpazeyi kapsayabilecektir.[63] Henüz ABD merkezli açıklamalar siyasi niteliktedir. Karşı-tedbir mekanizmasının işletilmesi halinde, durum hukuki olarak ayrıntısıyla incelenecektir.

2005 senesinde doğru bir öngörüyle düzenlenen ve 2007 senesinde yürürlüğe giren Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nün kuralları ve uygulaması maalesef yeni Korona virüsünün yaygınlaşmasını engelleyememiştir. Bu durumda Dünya Sağlık Örgütü'nün zayıflatılması değil aksine yeni yetkilerle teçhiz

---

61 **International Law Commission Report on the work of its fifty-third session** (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001) General Assembly Official Records Fifty-fifth Session Supplement No. 10 (A/56/10), https://casebook.icrc.org/case-study/international-law-commission-articles-state-responsibility.

62 **International Law Commission Report on the work of its fifty-third session,** Art.22.

63 FLEURY-GRAFF Thibault, Covid-19 et droit international: quelles «sanctions» contre la Chine (suite et fin), https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/blog-du-coronavirus/covid-19-et-droit-international-quelles-sanctions-contre-la-chine/

edilmesi ve bu yetkileri fiiliyata dökebilmesi için gerekli maddi imkanların sağlanarak güçlendirilmesi salgınlarla mücadele uluslararası koordinasyonun yürütülmesi için tek çıkar yol gözükmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün taraf devletlerin ülkesinde daha geniş bir kapasiteyle var olmaları, EK-2 algoritmasının tatbikinde fiilen yer alabilmeleri, bulundukları ülkenin pandemiyle mücadele kapasitesinin arttırılması için de gerekli uluslararası düzenlemelerin yapılması zaruri bir ihtiyaç olarak belirmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

AGINAM Obijiofor, "Mission (Im)possible? The WHO as a 'Norm Entrepreneur' in Global Health Governance", *in* M. Freeman, S. Hawkes, B. Bennett (eds.), **Law and Global Health, Current Legal Issues**, Oxford University Press, Oxford, 2014

BURCI Gian Luca, The Outbreak of COVID-19: are the International Health Regulations fit for purpose? February 27, 2020, https://www.ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/

COMBACAU Jean/SUR Serge, **Droit International Public**, 6e édition, Monchrestien, Paris, 2004

DAILLER Patrick/PELET Alain, **Droit International Public**, 7e edition, L.G.D.J., Paris, 2002

DELISLE Jacques, "Atypical Pneumonia and Ambivalent Law and Politics: SARS and the Response to SARS in China", 77 **Temple L. Rev.** (2004), https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/980

ECCLESTONE-TURNER, Mark, COVID-19 Symposium: The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law, March 31, 2020, http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-the-declaration-of-a-public-health-emergency-of-international-concern-in-international-law/

FIDLER, David, Revision of the World Health Organization's International Health Regulation, April 16, 2004, https://www.asil.org/insights/volume/8/issue/8/revision-world-health-organizations-international-health-regulations

FLEURY-GRAFF Thibault, Covid-19 et droit international: quelles «sanctions» contre la Chine (suite et fin), 4 Mai 2020, https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/blog-du-coronavirus/covid-19-et-droit-international-quelles-sanctions-contre-la-chine/

GOSTIN Lawrence O., **Global Health Law**, Harvard University Press, Cambridge, 2014

HABIBI Roojin/ BURCI Gian Luca/ DE CAMPOS Thana, *ve diğerleri*, "Do not violate the International Health during the COVID-19 outbreak", **The Lancet**, February 13, 2020, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30373-1/fulltext

KRASKA James, China Is Legally Responsible for COVID and Claims Could Be In Trillions, March 23, 2020, https://warontherocks.com/2020/03/china-is-legally-responsible-for-covid-19-damage-and-claims-could-be-in-the-trillions/

LO Chang-Fo., The Missing Operational Components of the IHR (2005) from the Experience of Handling the Outbreak of COVID-19: Precaution, Independence, Transparency and Universality (March 27, 2020), **Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy**, Vol. 15, No. 1, March 2020, https://ssrn.com/abstract=3563370

LOWENTHAL, Mark, **Intelligence, From secrets to policy**, 6th edition, CQ Press, Los Angeles, 2015

VILLAREAL Pedro, COVID-19 Symposium: "Can They Really Do That?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 (Part I), March 31, 2020, http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-i/

VILLAREAL Pedro, Responses to COVID-19, 25 Feb. 2020, https://www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/responses-to-the-covid-19-crisis-25-02-2020

VILLAREAL Pedro, The 2019-2020 novel coronavirus outbreak and the importance of good faith for international law, 28 January 2020, https://voelkerrechtsblog.org/the-2019-2020-novel-coronavirus-outbreak-and-the-importance-of-good-faith-for-international-law/

VILLAREAL Pedro., COVID-19 Symposium: "Can They Really Do That?" States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 (Part II), March 31, 2020, http://opiniojuris.org/2020/03/31/covid-19-symposium-can-they-really-do-that-states-obligations-under-the-international-health-regulations-in-light-of-covid-19-part-ii/

VON BOGDANDY Armin /VILLAREAL Pedro, International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis, MPIL Research Paper Series no:2020-07, 26 March 2020, s. 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561650

Diğer Kaynaklar:

Constitution of the World Health Organization, https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf

International Health Regulations 2005, 3rd edition, 2016, https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/

Trump administration draws up plans to punish China over coronavirus outbreak, https://edition.cnn.com/2020/04/30/politics/us-china-coronavirus-diplomacy-intelligence-donald-trump/index.html

Official Records of the WHO no.37, International Sanitary Regulations, April 1952, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85636/Official_record37_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pneumonia of Unknown Cause, www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/en/

Statement on the Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV), WHO (Jan. 23, 2020) https://www.who.int/news-room/detail/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)

Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV), WHO (Jan. 30, 2020), https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)

WHO Timeline - COVID-2019, https://www.who.int/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19

BİR MASALDAN MAGNA CHARTA'YA, MAGNA CHARTA'DAN 17. YÜZYILA MÜLKSÜZLEŞEN KÖYLÜLERİN HİKAYESİ(*)

Dr. Fatma Gül KARAGÖZ(**)

Öz: Bu makale bir hukuk tarihi araştırmasında birincil kaynak sayılmayacak bir metinden yola çıkarak erken modern dönemde iki farklı coğrafyada toprak mülkiyetinin bazı sorunsallarına eğilmeyi amaçlıyor. Aslen Rusya kökenli olup Türkiye sosyal gerçeklerine uyarlanmış bir halk masalı, makalenin çıkış noktası oldu. Masalda yer alan geçmişe özlem ve geçmişte ütopik bir Dünya düzeninin varlığı gibi temaların hukuk tarihinde bir karşılığı olup olmadığı, makalede konu edilen temel sorulardan biri sayılabilir. Zaman olarak 13. yüzyıldan 17. yüzyılın ortalarında kadar geçen süreyle sınırlanan makale, mekân olarak ise İngiltere ve Osmanlığı İmparatorluğu'ndaki sistem üzerinden gitmeyi tercih ediyor. Her iki ülkede köylünün toprağa erişimi, toprak üzerindeki haklarının tanımlanması, bu hakların zaman içinde kaybedilmesi, makalenin cevap aradığı edindiği temel sorular arasında sayılabilir.

Anahtar Kelimeler: Mülksüzleşme, Ortak Mülkiyet, *Magna Charta*, Osmanlı Toprak Hukuku, Köylüler.

THE STORY OF DISPOSSESSED PEASANTS FROM A FAIRY TALE TO MAGNA CHARTA, FROM MAGNA CHARTA TO 17TH CENTURY

Abstract: The aim of this article is to focus on the problematics concerning land property in two different regions in early modern age with the help of a source which is not generally considered between the primary sources of a legal history research. A folk tale of Russian origin which was re-told in Turkey's social realities, became the departing

(*) Makale Gönderim Tarihi: 15.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 14.05.2020.
Bu makalenin ortaya çıkmasında, 9 Ekim 2015 tarihinde Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen "Magna Carta-800 Yıl Önce Atılmış Olan Özgürlük Tohumları Yeterince Çiçeklenebildi mi?" temalı sempozyumda tarafımdan sunulmuş "Üç Kralın Hikayesi: Magna Carta'nın İngilteresi'ni Anlamak" başlıklı tebliğin büyük payı vardır. Sunumdan farklı olarak makalede hem edebî bir kaynaktan yararlanılmış hem de Erken Modern Dönem Osmanlı arazi hukukunun bazı özellikleri çalışmaya dahil edilmiştir.

(**) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı
(ORCID kimlik no: 0000-0003-3389-4752; *fgkaragoz@gsu.edu.tr*).

point of this work. One of the main focus point of the article was to question two main themes of the tale within the framework of legal history: the sense of nostalgia and the existence of a utopic world order in the past. The article is based in a time period from 13th till the mid-17th century. Two countries, England and Ottoman Empire were chosen to understand the realities. The access of peasant to the land, the definition of rights upon land, the loss of these rights in both of these countries are between the questions that the article tries to answer.

Keywords: Dispossession, Common Property, *Magna Charta*, Ottoman Land Law, Peasantry.

GİRİŞ

Nerede olduğu tam olarak bilinmeyen bir ülkede çift süren bir çiftçi, toprakta ne olduğunu anlamadığı kocaman bir şey bulur. Bulunan nesnenin bir tür bitki veya tohum olduğu bellidir, boyutları ise neredeyse kavun-karpuz gibi meyvelere denktir. Köylü bu tohumun ne olduğunu anlamak için padişaha danışmaya gider. "*Siz ki koca bir padişahsınız, çevrenizde bunca akıl aldıklarınız, fikir danıştıklarınız vardır. Ben bir köylü parçasıyım. Eğriyi doğrudan, doğruyu eğriden ayıramam.*"[1] Padişahın danışmanları da köylünün elindeki nesneyi tanıyamazlar. Bunun üzerine memlekete haber salınır, "*Beli iki kat olmuş, dizlerinin bağı çözülmüş, gözünün şavkı kaçmış, dişleri seyrelmiş, iki elinde iki sopa, dayana dinlene, dura soluya*"[2] yürüyebilen bir adam padişahın huzuruna çıkar. Bu adam bulunan şeyin bir buğday tohumu olduğunu iddia etmektedir. Bu kadar büyük buğday tohumu olamayacağını söyleyerek itiraz eden saraylıların sen kendin ektin mi sorusuna karşı yaşlı adamın cevabı, babasına danışmaktır. Oğlundan daha dinç (*tek bir sopaya dayanıp yürür, yarı iyi duyar, yarı iyi bakar*.) biri olarak tasvir edilen baba saraya gelir: Ve bulunan şeyin buğday tohumu olduğunu onaylar. Kendisinin böyle bir tohuma hiç sahip olmadığını, ama babasının bu tip koca tohumlu buğdaylardan söz ettiğini söyler. Son olarak hem torunundan hem oğlundan daha iyi görünen; "*dinç mi dinç, sağlam mı sağlam, dağ yapılı, demir bakışlı, dişleri bir inci*" şeklinde tasvir edilen kişi padişah huzuruna gelir. Bu buğday tohumunun kendi zamanında her yerde mevcut olduğunu söyler ve buğdayın eskiden daha verimli olduğunu ima eder. Padişah dedeye tohumu nereden bulduğunu sorar, bu sorunun cevabı da ilginçtir. Dedenin zamanında, almak

---

1 KAKINÇ Tarık Dursun, "Sikkenin Basılmadığı Akçenin Kesilmediği Zamanlardan Kalma Masal", **Deve Tellal Pire Berber İken**, Milliyet Yayınları, yyy., 1979, s. 83.

2 KAKINÇ, s. 85.

da satmak da yoktur; çünkü "*sikke basılmamış akçe kesilmemiş*"tir yani para da yoktur. Ama aynı zamanda "*Benim tarlam diye bir tarla yoktu... Her yer herkesindi. Çiftimi çubuğumu alır, nereyi gönlüm dilerse orayı sürer, ekip biçerdim. Benim zamanımda kimsenin ağzından benim toprağım benim tarlam sözü duyulmazdı, benim sözü kullanılmazdı*."[3] Son olarak padişah bu adama böyle buğdayların artık neden yetişmediğini ve nasıl olup da bu kadar dinç görünebildiğini sorar. Bunun cevabı da bellidir, eskiden herkes kendi halinde, kendi gücüyle yaşar, kendi yağıyla kavrulurken, şimdi kendi işlerini bırakıp başkalarının sırtından geçinmeye başlamışlardır. Oysa ihtiyarın gençliği zamanında herkes kendi kendine yetmektedir.[4]

Muhtemelen Grimm Kardeşlerin, Keloğlan'ın ya da Andersen'in masalları kadar bilinirliği olmayan "Sikkenin Basılmadığı Akçenin Kesilmediği Zamanlardan Kalma Masal" başlıklı bu metin, hukuk tarihçisine ne anlatır? Bu sorunun cevabını verebilmek için öncelikle masalın kaynağını bilmek gerekir. Sırf anlatıya bakılarak yapılan basit bir çıkarım masalın Orta Doğu coğrafyasına ait olduğunu düşündürebilir. Neyse ki bu masalı derlemesinde kullanan Tarık Dursun Kakınç, bu konuda minik de olsa bir ipucu vermiş, masalın Leo Tolstoy'un kaleminden çıktığını belirtmiştir; ancak masal bir halk hikayesidir.[5] Tolstoy'un "Yumurta Kadar Büyük Bir Tohum"[6] başlığıyla anlattığı hikâyeyle yukarıdaki metin karşılaştırıldığı zaman, Kakınç'ın bazı "yerel" değişiklikler yapmış olduğu görülebilir. Tohumu bulan kişi tarlayı süren köylü değil, oynayan çocuklardır; yoldan geçen bir adam tohumu merak edip çocuklardan satın alır ve krala götürür, ancak padişahın bilgeliğini öven köylü gibi davranmaz, doğrudan tohumu krala satar. Tohum buğday tohumu değil mısır tohumudur. Hikâyenin geri kalanının kurgusu neredeyse birebir aynıdır. Ancak Tolstoy'un anlatımında, emek ve ortak mülkiyet övgüsünün yanı sıra, belirgin bir Hıristiyan inancı bulunmaktadır, ki inanç Kakınç'ın versiyonunda yer almayan bir unsurdur: "*Yaşlı adam gülümsemiş. 'Benim zamanımda, demiş, 'hiç kimse ekmek alıp satmak gibi bir günahı aklına bile getirmezdi ve biz para nedir bilmezdik. Her adamın kendine yetecek mısırı vardı'... 'Toprağım Tanrı'nın toprağıydı. Sabanı sürdüğüm yer benim tarlamdı. Toprak herkese*

---

3 KAKINÇ, s. 90-91. Kitapta yer yer mevcut olan basım hataları nedeniyle metnin bazı yerlerinde kopukluk olduğunu belirtmek gerekir.

4 KAKINÇ, s. 92.

5 KAKINÇ, s. 16.

6 Çeviri bana aittir. Buradan itibaren metin içinde her iki masalı da Tohum Masalı şeklinde kısaltmayı tercih ettim.

aitti. Toprak hiçbir insanın benimdir diyemeyeceği bir şeydi. Emek insanların bana aittir diyebilecekleri tek şeydi."[7]

Tolstoy'un tekrar kaleme aldığı bu halk masalının muhtemelen daha eski versiyonlarını bulmak mümkündür. Zira halk hikayeleri ve masallar kolektif bir anlatımın ürünleridir. Yakın zamanda söylenmiş, anlatılmış, yazıya geçirilmiş masallar genellikle kısaltılmış veya bazen güncel duyarlılıklarla sansürlenmiş olabilmektedir.[8] Bu nedenle bir hukuk tarih çalışmasında (veya diğer disiplinlerde) en son anlatımlarının kullanılması metodik açıdan çok doğru bir yaklaşım olmayacaktır. İnanç vurgusunun ne kadarı Tolstoy'a aittir?[9] Masalı Kakınç kendisi mi uyarlamıştır yoksa masalın bu şekliyle anlatıldığını duymuş mudur? Bu soruları şimdilik bir tarafa bırakan bu makale, iki masalda da yer alan ütopya özleminin çağrıştırdığı bir meseleye, mülksüzleşme meselesine değinmeyi amaçlıyor. Mülksüzlük ile, daha doğrusu mülkiyetin olmadığı bir dünyayı idealleştiren bu hikâye ile, olumsuz anlamda mülksüzlük, yani sıradan köylünün elindeki toprağı kaybederek güçsüzleşmesi olgusu arasında bir bağ olduğunu ileri sürüyor. Masalda bahsedilen ütopya özlemini çağrıştıran düzenin hukuk tarihi açısından bir karşılığı varsa bunu bulmaya çalışan makale, bu sorunun cevabını önce Osmanlı toprak hukuku ve sistemi içinde, daha sonra da *Magna Charta*'dan 17. yüzyıla kadar giden süreçte İngiltere'de aramayı deniyor. Gerek Geç Orta Çağ'da ve Erken Modern Dönem'de paranın kıt bir meta olması, bireyin temel ihtiyaçlarını kendi yetiştirmek suretiyle veya yakın çevresinden temin etmesi, masalın hukuk tarihindeki anlamının bu dönemde aranabileceği izlenimini yaratmaktadır. Tohum Masalı'nın Türkçe söylenişinde kurgulanan dünya, Osmanlı toplumuna, siyâsî düşünce yapısına ve hukuk sistemine dair bazı ipuçları vermektedir. Yine masalın içinde geçtiği coğrafyaya uzak olsa da İngiltere'nin özellikle İngiliz köylüsünün 13. yüzyıldan 17. yüzyıla geçirdiği değişim ve yaşadığı hak kayıpları ortak mülkiyet ütopyasından ve bu ütopyanın yitirilmesinden çok da uzak değildir.

---

7 TOLSTOY Leo, "A Grain as Big as a Hen's Egg", **Twenty-Three Tales by Tolstoy**, (çev. L. Aylmer/M. Aylmer), Funk & Wagnalls Company, New York, 1907, s. 134-135.

8 Bunun en tipik örneği, Pamuk Prenses masalının ilk anlatımlarında üvey anne karakterinin öz anne olmasıdır, Grimm Kardeşler zamanla bu anlatımı yumuşatmıştırlar.

9 Alıntı yapılan kitabın önsöz kısmında Tolstoy'un kendi dünya görüşünün bir kısmını bu masala aktardığından bahsedilmiştir; ancak masal metninin daha erken versiyonları bu çalışma esnasında görülmediği için müdahalenin derecesini kestirmek zordur. TOLSTOY, s. 2.

I. OSMANLI DEVLETİ'NDE TOPRAK, HUKUK VE ADALET

1. Toprak Hukukunun Genel İlkeleri

Osmanlı İmparatorluğu bilindiği üzere ağırlıklı olarak tarıma dayanan bir ekonomiye sahipti. İmparatorluk toprakları canlı bir ticaret hayatına ev sahipliği yapmaktaydı; ancak devlet bütçesini düzenleyen vergilerin önemli bir kısmı tarımsal üretimden tahsis edilmekteydi. Böyle bir sistemde hukuk düzeninin önemli bir fonksiyonu da tarımdan alınan verginin sürekliliğini sağlamaktı.[10] Kakınç'ın Tohum Masalı'nda mısır yerine buğday tanesi çıkması, Osmanlı toplumunun özellikleri düşünüldüğünde, çok da tesadüfî bir seçim sayılmaz. Rus masalındaki mısır vurgusu da önemlidir; bilindiği üzere mısır 16. yüzyıldan önce Avrupa ve Asya kıtasında tanınan bir bitki değildi. Bu durumda orijinal Tohum Masalı bu dönemden sonra anlatılmaya başlanmış olabilir; ya da Tolstoy zaman içinde başka bir bitkiyi mısır ile değiştirmiş olabilir.

Osmanlı toplumunda buğday ve baklagiller temel beslenme öğesi olarak ön plana çıkmaktadır. Nitekim çıplak mülkiyeti devlete, tasarruf yetkisi reaya yani köylüye, üretim üzerinden vergi tahsis hakkı *sahib-i arz* yani *sipahi*ye bırakılmış *mîrî* nitelikteki topraklar ağırlıklı olarak buğday ve baklagiller tarımının yapıldığı yerlerdi. Köylü bu toprakları, vergisini ödediği sürece ekip biçebilirdi, ancak toprağı satma, rehin konusu etme, kiraya verme gibi haklardan yoksundu. Sahib-i arz ise, vergisini düzenli bir biçimde ödeyen bir köylüyü toprağından atamazdı. Mîrî toprak haricinde imparatorlukta özel mülk kabul edilen topraklar, vakıf arazileri ve makalenin konusu bakımından önem teşkil edebilecek *metruk* ve *mevat* arazilerin varlığından söz edilebilirdi.[11]

Osmanlı arazi hukuku terminolojisinde metruk kavramı çorak veya boş arazi anlamına gelmez. Bu tanımı karşılayan terim mevat arazidir. Metruk arazi ortak kullanıma tahsis edilmiş, genelde hayvan otlatılan çayır, mera, yaylak, kışlak gibi araziler için kullanılır. Bu araziler sadece belli bir köyün, belli bir göçebe grubun veya herkesin kullanımına açık olabilirdi. Yine yol, meydan, iskele gibi yerler de metruk kabul edilirdi. Mevat ise hiç kimseye

---

[10] Modernite öncesi Osmanlı ekonomik zihniyetini anlamak için halen en temel makalelerden biri için bkz. GENÇ Mehmet, "Osmanlı İktisadi Dünya Görünüşünün İlkeleri", **Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2010, s. 45-54.

[11] Bu ayrım açık ve sistematik bir biçimde ilk defa 1858 tarihli *Kanunnâme-i Arazi*'de zikredilmiştir. Ancak toprak hukukunu düzenleyen önceki kanunnâmelerde ve fetvalarda bu kavramların dağınık bir biçimde zikredildiği görülür, nitekim Kanunnâme-i Arazi büyük ölçüde bu kanunların modern kanunlaştırma tekniklerine uygun bir biçimde yeniden yapılandırılmasına dayanır.

ait olmayan boş arazi demektir. Bu arazinin mutlaka çorak bir toprak olması gerekmez. Hukuk çerçevesinde topraksız bir köylünün "Burası benim olsun." diyerek işgal edebileceği, sürebileceği tek arazi tipi de mevat arazidir. Bu işgalin sonucunda arazi özel mülk olabilmekte veya *resm-i tapu* vergisinin ödenmesiyle mîrî sisteme dahil edilmekteydi.

Toprağın ihya edilmesi ve resm-i tapunun ödenmesiyle birlikte kullanım hakkı kazanılabilecek bir diğer durum, *kühî* yani dağlık yer üzerinde tarım arazisi açmak yoluyla mümkün olmaktadır. Aşağıda III. Ahmed (ö. 1736) Kanunnâmesinde de tekrar edilmiş olan ferman, 16 Şubat 1609 günü kayda geçmiş bir arzuhale dayanmaktadır: "*Bir sahib-i arzın sınırı dahilinde olan kühî yerleri bazı kimesne sahib-i arz zamanında izni yoğiken baltaları ile açup ziraat edüp, sahib-i arz resm-i tapu talep eyledikde ziraat edüp öşr ve resm virmek öşr ve resm almak izindir deyu talil eylediklerinde 1017 Zilka-desinin on birinci günü paye-i serir-i âlâya arz olundukda anın gibi yerleri baltasıyla açanlara tapu ile teklif olunup alurlarsa anlara virilür. Almazlarsa sahib-i arz dilediğine vire deyu ferman olundu*."[12]

Bu fermanda sahib-i arzın bir timar dahilinde dağlık arazide izin olmadan toprağı ihya eden kişilerden resm-i tapu talep etmiş olduğu anlaşılmaktadır. Toprağı kullanan kişiler ise öşr ve resim verdiklerini, bu durumun izne delalet ettiğini bahane etmiştirler. Karışıklığın çözülmesi için arz gönderilmiştir. Arz üzerine verilen fermanda, sahib-i arzın toprağı resm-i tapu karşılığı öncelikle ihya edenlere teklif edeceği, eğer onlar resm-i tapu ödemeye yanaşmazsa bu sefer toprağı dilediği herhangi üçüncü bir şahsa tefviz edeceği düzenlenmiş-tir. Anlaşılan sahib-i arz köylülerin üretimi üzerinden vergi almaya başlamış, köylüler de bu verginin onay olduğunu düşünmüştür. Ancak resm-i tapu top-rağın tasarruf hakkının belli bir kişiye özgülenmesi için verilen bir harçtı ve bir kurucu unsurdu.

Fermanın tarihi, Anadolu'da "Celali İsyanları" olarak bilinen sürecin son dönemine denk gelmektedir; bu süreçte reaya köyünü terk etmiş, topraklar boş kalmış ve üretim aksamıştır. Bu bağlamda devlet otoritesi kullanılmayan araziyi işleyen, dolayısıyla potansiyel bir vergi birimi haline getiren köylüyü sisteme katmayı uygun bulmuştur. Tarımsal üretime açılan bir arazinin üze-rindeki hakların, öncelikle bu araziyi değerlendiren kişiye teklif edilmesi, bir

[12] **Araziye Dair Sultan Ahmed Han-ı Salis Kanunnâmesi**, Türk Tarih Kurumu Kütüphanesi, Serkis Karakoç Külliyatı 6108, Ankara, vr. 7b.

tür ödüllendirilme olarak da düşünülebilir. Öte yandan, emek unsuru, resm-i tapu ödenmediği takdirde, tek başına hukuki ilişkiyi kurucu nitelikte değildir; dolayısıyla söz konusu bedel ödenmediği takdirde, sipahinin toprağı başka birine vermesi icap etmektedir. Bu noktada mülk ve mîrî arazinin terk nedeniyle mevat araziye dönüşmeyeceğini de belirtmek gerekir.

Osmanlı toprak hukuku sisteminde Tohum Masalı'nda yer alana benzer bir düzen olduğundan bahsedilemez. Yine de Osmanlı ekonomik anlayışı boş, sahipsiz duran ve işletilmeyen arazinin ihya edilmesini olumlu bir fiil olarak kabul etmiştir. Bu nedenle boş araziyi ihya eden köylünün emeğine hukukî bir sonuç bağlanmıştır. Modernite öncesi dönemde, hatta 20. yüzyıla kadar, tarıma açılmamış, boş, sahipsiz arazinin işlenen araziden daha fazla yer kapladığını da belirtmek gerekir. Bu yalnız Osmanlı İmparatorluğu için değil, Avrupa için de geçerli bir olgudur.[13]

Modernite öncesi dönemin genel bir özelliği daha vardır: Devlet, hakimiyeti altında bulunan bütün bölgelere eşit bir biçimde erişemez. Bir insanın doğumundan ölümüne geçirdiği değişimlerin (medeni hali, edinilen mülk, mesken vb.) kaydının düzenli bir biçimde tutulması özellikle Osmanlı Devleti açısından geç bir tarihte gerçekleşmiştir.[14] Dolayısıyla, devlet organlarından bağımsız ve habersiz olarak sahipsiz bir yerin fiilen işgal edilmesi ve kuşaklar boyunca toprağın kullanılması mümkündür. Osmanlı Devleti'nde arazi üzerinde, gerekli izinler alınmadan ve bildirimler yapılmadan tamamlanan bazı işlemlerin hukuken sonuç doğurmayacağı kurala bağlanmıştır. Örneğin mîrî arazi üzerinde köylünün tasarruf yetkisi *ferağ* adı verilen bir sözleşmeyle bedel karşılığı devredilebilmektedir. Kural olarak ferağ, sahib-i arz izniyle yapılırdı ve bu işlem sırasında sahib-i arza yine resm-i tapu veya tapu adı verilen bir tür harç ödenirdi. Ferağın izinsiz yapılması sözleşmeyi geçersiz kılardı. Öte yandan yerel bir görevli olan sahib-i arz dahi her zaman bu tip işlemleri takip edemiyordu.

---

13 Bkz. III. bölüm.

14 Vergi alınacak haneleri belirleyen *tahrir* sayımının bir tür nüfus sayımı olduğu iddia edilebilir ancak tahririn modern bürokrasinin gerektirdiği düzen ve sıklıktan uzak bir biçimde sürdürüldüğü de bir gerçektir. Tahririn en kesintisiz uygulanabildiği dönemlerde (aşağı yukarı 15.-16. yüzyıllar) genelde sistem şu şekilde işliyordu: Yeni fethedilmiş bir bölgeye giden görevliler buradaki tarımsal üretimi yapabilecek kişileri, tasarruf ettikleri toprakları hane bazında işliyorlardı. Bu işlemin tekrarlanması çok düzenli değildi, bazı yerlerde iki tahrir arasında 30 yıl kadar sürenin geçtiği bilinmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. yüzyıl öncesi kültürü sözlü bir kültürdü; hukuk kültürü de bu anlamda farklı değildir. Dolayısıyla bu dönemde mâlik veya mutasarrıf olarak topraktan yararlananların elinde, bu haklarını kanıtlayan bir belge bulunması şart değildi. Toprağın sınıflandırılması konusunda da benzer bir karmaşadan ve kayıt eksikliğinden bahsedilebilir; örneğin Halil İnalcık Osmanlı sicillerinde ferağ yerine bazen satmak kelimesinin veya satım sözleşmesi anlamına gelen *bey' u şira* teriminin kullanıldığı, bu sebeple araştırmacıların bu konuda yanlış bir sonuca vardıklarını ifade etmektedir.[15] Netice itibariyle köylü, devletin görevlilerinden habersiz bir toprağı yıllarca kullanabilir miydi sorusuna olumlu cevap vermek gerekir. Mahkeme kayıtlarında görülen haksız işgal davaları, benzer bir kullanımın mülkiyeti veya tasarruf yetkisi üçüncü şahsa ait mallarda dahi mümkün olduğunu göstermektedir.[16]

Hiçbir tarlanın özel mülk olmadığı ideal bir dünyadan bahseden bir çalışmada, bu konuda Osmanlı toplumu ve hukuk sistemi açısından sembol olan bir ismin üzerinde durmadan bu çalışmayı bitirmek bir eksiklik teşkil edecektir. Öte yandan, yakın zamanda isabetle vurgulandığı üzere, Bedreddin Simâvî'nin (ö. 1420) fıkıh üzerine eserlerine bakıldığında, ortak mülkiyet sistemini savunma iddiasından da erken bir tür sosyalizm anlayışından da hayli uzak nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. İnanç konusunda heterodoksi tartışmaları esasen Bedreddin'in hukukçuluğu değil, savunduğu panteist inanç sistemi üzerinden yürütülmektedir. Bedreddin'i erken bir Marksist olarak değerlendirme geleneği Nazım Hikmet'e atfedilmekle beraber, özellikle 1990'larda bu eğilimin yükseldiğinden bahsedilmektedir.[17]

Netice itibariyle Bedreddin içtihad ortaya koyarken Hanefi ekolüne bağlı kalmış, ancak bir görüşe göre daha akılcı ve belli ölçüde serbest görüş verebilmiştir.[18] Bedreddin'in bu ünü arkasında Börklüce Mustafa (ö. 1419) ve Tor-

---

15 İNALCIK Halil, "Köy, Köylü ve İmparatorluk", **Osmanlı İmparatorluğu, Toplum ve Ekonomi**, 2. bası. Eren Yayınevi, İstanbul, 1996, ss. 1-14, s. 13-14.

16 Bu makalenin yazarı tarafından tamamlanmış "1700-1750 Yılları Arasında Osmanlı Devleti'nde Arazi Hukuku Uygulamaları: Vidin ve Antakya Örneği" başlıklı doktora tez çalışmasında haksız işgalin önlenmesi için sık sık devlet tarafından emir ve fermanların çıkartıldığı dikkati çekmiştir. Özellikle kaotik dönemlerde bu tip haksız işgallerin daha sık ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

17 OCAK Ahmet Yaşar, **Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mülhidler Yahut Dairenin Dışına Çıkanlar (15.-17. Yüzyıllar)**, 4. bası, Tarih Vakfı Yurt Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 164-165.

18 OCAK, s. 231.

lak Kemal (ö. 1419) gibi müritlerinin ortak mülkiyeti reddetmiş olmalarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Özellikle Börklüce Mustafa isyanını inceleyen çalışmaların önemli bir kısmı, modern siyâsî kaygıları yansıtmaya yönelik oldukları konusunda eleştirilmiştirler.[19] Börklüce Mustafa'nın eşitlik ve ortak mülkiyet gibi fikirlerinin arkasında ise Hıristiyan-İslam inançlarının senteziyle ortaya çıkan kıyametçi bir arka plan olduğuna dair zengin bir literatürün bulunduğu anlaşılmaktadır.[20] Kuşkusuz üç figürün yaşamları da hukuk tarihi açısından daha fazla ilgiyi hak etmektedir.

2. Adil Yönetim ve Hukuk Düzeni

Osmanlı terminolojisinde adalet hem hukuk felsefesi hem de yönetim felsefesiyle bağı olan bir terimdir. Osmanlı düşüncesinde adalet kavramını açıklayan bir ilke ise "her şeyi yerli yerine koymak" şeklinde özetlenebilir. İdris Bitlisî (ö. 1532) tarafından dile getirilen bu sisteme göre yönetim anlamında adalet ve hukuk düzeni arasında bir bağlantı vardır; adalet "her şeyi yerli yerine koymak", adaletsizlik veya zulüm ise "bir şeyin ait olmadığı bir yerde kalması" şeklinde açıklanır. Bu sistemin düzenli bir şekilde işleyişini sağlayacak olan kişi ise yönetici yani sultandır.[21] Bu çerçevede hukukî bir zararın giderilmesi de bir şeyi veya birini eski yerine, ait olduğu yere koymak şeklinde özetlenebilir. Adalet kavramını açıklayan ikinci ilke ise *Daire-i Adliye* ya da adalet dairesidir. Eski Türk, İran ve Hint yönetim felsefesinden beslenen bu kavram kısaca şu şekilde özetlenebilir: Memleketi bir arada tutmak için askere, askeri beslemek için mal ve servete, bu malı elde edebilmek için halkın zengin olmasına, halkın zengin olması için ise doğru kanunların konulmasına ihtiyaç vardır. Bunlardan biri olmazsa diğerleri de olmaz.[22] Adaletle yönetimin bir diğer ayağı, daha doğrusu sonucu ise bolluk olarak nitelendirilmiştir: Kınalızâde (ö. 1572) gibi düşünürlerin eserlerinde hep bolluk ile adil bir sultanın arasındaki bağlantı açıklanmıştır; bu ikisi arasında adil bir

---

19 STOYANOV Yuri, "Börklüce Mustafa ve Şeyh Bedreddin Ayaklanmasının Kıyametçi ve Mezhepsel Ayrımlarüstü Yönleri-Yorumlama Sorunları ve Araştırma İçin Yeni Bakış Açıları", **Uluslararası Börklüce Mustafa Sempozumu Bildirileri**, (haz. KAYA, Alp Yücel vd.), Egeus Matbaası, İzmir, 2017, ss. 475-491, s. 480.

20 STOYANOV, s. 488.

21 FERGUSON Heather, **The Proper Order of Things Language, Power, and Law in Ottoman Administrative Discourses**, Stanford University Press, Kaliforniya, 2018, s. 15.

22 İNALCIK Halil, "Kutadgu Bilig'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri", **Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet**, 3. bası, Kronik Kitap, İstanbul, 2016, ss. s. 17-18.

sultan, bolluktan önce gelir.[23] Bu bağlantının aslında Daire-i Adliye kavramından beslendiği iddia edilebilir.

Aşırı-yorum riskine girmek pahasına şöyle bir iddiada bulunmak mümkündür: Bu makalede incelenen masal Rusya kaynaklı olmasa, tohumun eski bereketinin özlemle anılması da pekâlâ üstü kapalı bir yönetim eleştirisi olarak görülebilirdi; zira adil yönetim bereketle sonuçlanmakta, adil olmayan yönetim ise bereketi azaltmaktadır. Ancak masalda verilen üzeri kapalı ahlak dersi ve eleştiri hem Rusya hem de Türkiye versiyonunda, yönetenden ziyade yönetilene karşıdır. Toprağı süren kişi kendi emeğiyle yaşamaktan vazgeçmiş, bir bakıma azla yetinmek yerine daha fazlasını istemiş; bunu da başkalarının üzerinden yapmayı tercih etmiştir. Bu durum maddî açıdan bedensel yorgunlukla, manevî/hukukî açıdan ise tasarruf hakkının eskiye göre sınırlanmasıyla sonuçlanmıştır.

Masalların genel olarak ahlâkî bir alt metinleri olduğundan, toplumu eğitme amacı taşıdıklarından bahsedilir ve masalın hep mutlu sonra bittiği, insanlara iyi, doğru, adil, erkeklere cesur, atak, kadınlara ise mütevazı, itaatkâr olmayı öğütlediği düşünülür. Bu iddiada belli ölçüde gerçeklik payı olsa da bu konuda Robert Darnton'ın sözlerine kulak vermek gerekir; masallar her zaman iyi bitmez, her zaman ahlâkî bir ders verme amacı taşımazlar. Bazen de toplumun bazı felaketleri atlatabilmesi için bir tür baş etme aracı olarak anlatılırlar.[24] Bu baş etme bazen olumsuz bir ahlak mesajını da içerebilir. Keloğlan'ın Dev Anasını kandırdığı hikayelerde, fiziksel ve maddî imkânları kullanarak kendisinden daha güçlü biri otoriteyle başa çıkmaya çalışan köylünün ya da yoksulun durumu görülebilir. Tohum Masalı bu anlamda pozitif ahlâkî mesajları olan bir masaldır. Hem Tolstoy hem de Kakınç emek vurgusu yaparak masalda daha adil olabilecek bir düzene olan övgüyü bir bakıma tekrar etmiştirler. Geçmişin bugünden daha iyi, daha adil olduğuna dair söylemi ilk icat eden ve son kullanan kuşkusuz bu iki yazar değildi; Altın Çağ, "Asr-ı Saadet", Cumhuriyetin ilk 10 yılı, Osmanlı'nın yükselme devri, "Muhteşem Yüzyıl" gibi örnekleri akla getirmek bile bunu görmek için yeterlidir.

Osmanlı İmparatorluğu açısından içinde bulunulan dönemin yozlaşmış olduğuna, geçmişteki hukuk düzeninin, bürokrasinin, adalet sisteminin daha iyi işlediğine dair en bilinen örnekler aslında Kanuni Sultan Süleyman (ö.

---

[23] KESKİNTAŞ Orhan, **Osmanlı Siyasetnâmelerinde Adalet, Ahlak ve Nizam Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul, İletişim Yayınevi, 2017, s. 209.

[24] DARNTON Robert, **The Great Cat Massacre and Other Episodes in French Cultural History**, Basic Books, New York, 1984, s. 25, s. 70-72.

1566) döneminin sonlarına doğru ortaya çıkmıştır, 17. yüzyılda da devam etmiştir. Gelibolulu Mustafa Âli'nin (ö. 1600) eserleri bozulma literatürünün en tipik örnekleri arasında gösterilebilir. Mustafa Âli'nin üzerinde durduğu konular arasında devlet görevine, bu görevi hak etmeyen kişilerin getirilmesi de vardır: Şer'i hukuk bilgisini haiz olmayan "*rençber tâifesinden nice etrāk-ı mezmûmu-ş-şiyem*"[25] kadılığa getirilmiştir. Mustafa Âli'nin eleştirilerinin arka planında ise emekleri karşılığında devletten hak ettiğini düşündüğü taltifi görememiş olan bir kişinin şikayetleri yer almaktadır.[26] Bu bağlamda şikâyet edenin kimliği, nasihatin niteliği konusunda da belirleyici olmaktadır.

16. yüzyılın sonundan başlayarak 17. yüzyıl boyunca Osmanlı coğrafyasında etkisi yükselen sosyal olaylar, ekonomik sorunlar ve yönetim krizleri, bu dönemde, tıpkı Mustafa Âli'nin eserleri gibi, nasihatnâme türünde pek çok örneğinin verilmesiyle sonuçlanmıştır denebilir. Krize temel çare olarak *kanun-u kadimin ihyasını* öneren bu eserler, aslında 17. yüzyılda krizle baş etme anlamında merkezin belli ölçüde uygulamayı tercih ettiği formülün de bir yansımasıdır.[27] Kanun bu bağlamda düzen, sistem, siyâsî yapı anlamında kullanılmaktadır. Özetle, eski iyi, adil ve sağlam düzen bozulmuştur, eskiden iyi işleyen şeyler işleyemez olmuştur. Dolayısıyla yapılması gereken bu sisteme geri dönmektir. Nitekim yukarıda anlatılan mîrî arazi sisteminin ve hukuk düzeninin 17. ve 18. yüzyılın sosyal ve ekonomik düzenine cevap verememesi de bir tür bozulma olarak yorumlanmaktadır.

Eskiye özlem Osmanlı İmparatorluğu'nda 16. yüzyılda ortaya çıkmış bir olgu değildi. Devletin henüz tam bir imparatorluk sayılmadığı dönemde dahi eski güzel günlerde mevcut olduğu düşünülen daha adil bir vergilendirme sistemine özlem duyulduğu görülmektedir; bu özlem pek çoğu, yazarı anonim kalan dervişlerin kaleme aldığı kroniklerde dile getirilmektedir. Bu kroniklerde I. Bayezid (ö.

---

25 TIETZSE Andreas, **Mustafa Ali's Counsel For Sultans of 1581 C. 1**, Osterreischen Akademie Der Wissenschaften, Viyana, 1979, s. 78.

26 Mustafa Âli'nin hayatı, eserleri ve söyleminin arka planında yer alan tarihsel gerçekleri irdeleyen temel bir eser için bkz. FLEISCHER Cornell H., **Tarihçi Mustafa Ali: Bir Osmanlı Aydını ve Bürokratı**, (çev. Ayla Ortaç), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2013.

27 Osmanlı nasihatnâme yazarlarını ve onların önerilerini eleştirel bir biçimde inceleyen Mehmet Öz, bu yazarların önerdiği Altın Çağ ütopyasının ve kanun-u kadimin ihyası önerisinin tam anlamıyla takip edilmediği kanısındadır. Osmanlı devlet erkinin bu dönemde yaptığı şey, kriz sürecine değişimle ayak uydurmaktır. bkz. ÖZ Mehmet, **Osmanlı'da Çözülme ve Gelenekçi Yorumcuları**, 2. bası, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2005 s. 203-24. Günümüzde halen "Duraklama Dönemi" olarak nitelendirilen sürecin aslında hiç de bahsedildiği gibi bir süreç olmadığı konusunda yaklaşık 30 yıldır hayli ilerlemiş bir tarih literatürünün bulunduğunu da bu vesileyle hatırlamak gerekir.

1403) dönemi I. Murad (ö. 1389) dönemiyle karşılaştırılmakta, Bayezid'in aslında daha kurumsallaşmış hale getirdiği devlet sisteminin gereklilikleri açgözlülük olarak yorumlanmaktadır: "O zamanlar padişahlar öyle mal düşkünü değillerdi. Ellerine geçeni hemen dağıtırlardı. Devlet hazinesi nedir bilmezlerdi."[28] Bu satırları aktaran Ernst Werner'e göre bu şikayetlerin arka planında Bayezid'in ganimetleri dağıtmasındaki hoşnutsuzluk bulunmaktadır; bu konuda sultan değil ama ona öğüt veren ulema; özellikle İran ve Karaman kökenli danışmanlardır.

Benzer bir özlem Aşıkpaşazade Tarihi'nde de mevcuttur: Osman Bey'in terekesindeki sadelik, mal mülkten uzak durma fikri bu tarihçede övülmüştür. Öte yandan bu yazılanların da bir arka planı vardır; Halil İnalcık'a göre bu durum II. Mehmed'in aldığı mali tedbirlere karşı duyulan hoşnutsuzluktan kaynaklanmaktadır.[29] Yine de Kuruluş Dönemi olarak adlandırılabilecek 1300-1453 yılları arasında geçen süreçte Osmanlı devlet yapısının ve bürokratik aygıtının sonraki dönemlerden daha farklı olduğu kesindir. Bu durum özellikle Osman Bey (ö. 1326) zamanı için daha belirgindir; bu dönemde beyliğin başı olan kişi, "eşitler arasında birinci" denebilecek nitelikte, yol arkadaşı olan gazi ve akıncılarla birlikte sefere çıkan bir kişidir. İlginç bir biçimde, Marksist literatürün Werner gibi örneklerinde I. Bayezid bu eşitliği bir kenara bırakıp despot haline gelen bir kişi olarak yorumlanmıştır.[30] Ancak günümüzde, ilk dönem Osmanlı Beyliği'nin basit bir devlet yapısını haiz, tamamen yağma ekonomisine dayanan, göçebe bir toplum olduğu iddiaları geride bırakılmıştır. Türklerin ve Osmanlıların Anadolu'da yerleşmelerinin bölge ekonomisi açısından bir canlanmayı getirdiği, Türklerin hakimiyetiyle Anadolu'da şehir ve köy bazlı iktisadi düzenin gelişim gösterdiği ve ticaretin hareketlendiği de bağlama eklemlenmiştir.[31]

Yine de teorik alanda adalet tanımında bazı farklılıklar mümkün olabiliyordu. Keskintaş 1453 yılı öncesinde kaleme alınan siyasetnâmelerde genelde eşitlik ilkesine dayanan bir toplum kurgusundan bahsedildiğini düşünmekte-

---

28 **Altosmaniscche Chroniken**, s. 35; aktaran: WERNER, Ernst, **Büyük Bir Devletin Doğuşu Osmanlılar 1300-1481 Osmanlı Feodalizminin Oluşum Süreci**, (çev. Yılmaz Öner/Orhan Esen), İstanbul, Yordam Kitap, 2014, s. 219.

29 İNALCIK Halil, "Aşıkpaşazade Tarihi Nasıl Okunmalı", **Söğüt'ten İstanbul'a Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu Üzerine Tartışmalar**, (haz. Oktay Özel/Mehmet Öz), 2. bası, İmge Yayınevi, İstanbul, 2005, ss. 119-145, s. 131.

30 WERNER, s. 55.

31 FLEET Kate, "The Turkish economy, 1071-1453", **The Cambridge History of Turkey Volume 1 Byzantium to Turkey 1071-1453**, (haz. Kate Fleet), Cambridge University Press, New York, 2009, ss. 227-265, s. 230.

dir. Bu eserlerde, yazara göre gaza ruhu ve göçebe kültüre dayanan bir eşitlikten bahsedilmektedir. Yazar, değişimin II. Mehmed (ö. 1481) döneminde başladığını düşünmekte ve bu bağlamda Paul Wittek'in kanunnâmelerin hazırlanmasıyla gaza geleneğinden dönüşüme uğramanın başlaması tezine yer vermektedir.[32] Yukarıda belirtildiği üzere "eşitler arası birinci" konumundan sultan konumuna geçiş meselesi I. Bayezid dönemine kadar geri götürülebilir. Keskintaş'ın işaret ettiği II. Mehmed dönemi Osmanlı Devleti için daha büyük bir dönüşümü, imparatorluğa geçişi simgelemektedir.

Keskintaş, Osman Bey'in *pazar bacı*, yani pazara gelenlerden vergi alınması konusundaki "şaşkınlığını" "egemenliğe dayalı kanun koyma durumunun, gaza ruhu ve göçebe kültürün eşitlikçi dünyası içinden anlamanın zor"[33] olmasına bağlamaktadır. Ancak bu konuda Osman Bey'in karşısına çıkan durum tam anlamıyla egemenliğe dayalı bir kanun koyma hükmü değil, töreye dayalı bir uygulamanın egemen tarafından sürdürmesidir. Göçebe yapısını, ya da aşiret yapısını haiz bir toplumun yazılı olmayan kanuna ve/veya töreye dayanan bir sisteme alışkın olması beklenebilir. Bu örnekte Osman Bey'in yazılı olmayan örf-adet hukuku kurallarından farklı bir meşruiyet kaynağı arayan biri olarak resmedilmesi, belki de Aşıkpaşazade'nin kendi döneminin uygulamaları hakkında getirdiği bir eleştiriydi. Nitekim Aşıkpaşazade'nin metninde Osman Bey'in "Tanrı buyruğu ve Peygamber kavli midir veya o beyler kendileründen mi etdiler"[34] sorusunu sorması, verginin ve hukuk sisteminin meşruiyet kaynağının şer'i hukukta aranmasına dair bir gösterge olarak da kabul edilmiştir.[35]

Netice itibariyle, devletin erken dönemlerin yöneten nispeten daha görünür bir kişiyken kurumsallaşma diyebileceğimiz süreçte bu görünürlük azalmıştır. Ancak her dönemde eski, günlerin daha adaletli olduğuna dair söylemler yaygındır. Yine de bu adalet anlayışı, Tohum Masalı'nda geçerli olan ortak mülkiyet ütopyasından uzaktır; en azından 16.-17. yüzyıllarda hâkim söylem bu şekilde gelişmiştir. Yine de gösterişten kaçınma ve azla yetinme gibi eylemlerim idealleştirilmiş olduğu iddia edilebilir. Tohum Masalı'nın Türk anlatımında köylünün kendini basit biri olarak görüp padişaha ve onun danışmanlarına bilgelik atfetmesi, yönetici kesimde idealize edilmiş özelliklerdir.

---

32 KESKİNTAŞ, s. 145-146.

33 KESKİNTAŞ, s. 178.

34 **Aşıkpaşazade Tarihi (Osmanlı Tarihi 1285-1502)**, (haz. Necdet Öztürk), Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2013, s. 30.

35 AYDIN Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. bası., Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Osmanlı köylüsü, 16. yüzyılın sonundan itibaren etkisini gösteren kriz döneminden olumsuz etkilenecek, çeşitli isyan silsilelerinin ve onların bir uzantısı olan "Büyük Kaçgun" adı göç hareketlerinin neticesinde pek çok tarım arazisi boş bırakılacaktır. Bu topraksız kalmış köylülerin, eski köylerine geri dönmeleri ve tasarruf haklarını yeniden kullanabilmeleri, "her şeyin ait olduğu yerde kalması" prensibi çerçevesinde temel devlet politikası olmuş; bu dönemde yürürlüğe giren, anakronik olarak "idarî tedbir" gibi sınıflandırabileceğimiz, ferman-kanunlar bu çerçevede çıkarılmıştır. Nitekim yukarıdaki 1609 tarihli ferman da böyle bir metindir. Osmanlı toprak hukuku ve iktisat tarihi literatüründe 17. ve 18. yüzyıllarda köylünün mülksüzleşme sürecinden bahsedilmiştir. Ancak teknik bir hukuk anlayışıyla bu olgu incelendiği zaman meselenin aslında tasarruf hakkının yitirilmesi olduğu söylenebilir. Bir diğer gerçek de Osmanlı köylüsünün karşılaştığı kaybın, Avrupa'daki muadillerine nazaran hayli düşük nitelikte olduğudur. Bunda en büyük pay, kuşkusuz devletin küçük üreticiyi her zaman tercih eden, kendine potansiyel rakip olabilecek yerel hanedanların taşrada kuvvet kazanmasını arzu etmeyen yapısındadır. Yine de sosyal ve ekonomik gelişimler, zaman içinde *ayan* gibi grupların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Çağlar Keyder bu süreci şöyle özetler: "*Ayan, devletin mîrî topraklar üzerindeki mülkiyet hakkını kısmen ihlal etti, ama bunu daha kalıcı bir özerkliğe dönüştüremedi. Bu yüzden de bir ara zümrenin oluşmasına direnç gösteren güçlü devlet ile vergi veren bağımsız köylülük arasındaki ittifakı kıramadı.*"[36] Yazara göre, ayanın elde ettiği güç, devletin zayıf zamanlarında ortaya çıkmış, ancak devlet güç kazanınca ayan yeniden merkezi hükümetin arzularına boyun eğmiştir.[37] Bu noktada, farklı bölgelerden gelen ayanların devletle farklı ilişkiler kurduklarını ve bunun sonucu olarak siyâsî kazanımlarını tam anlamıyla hukukî kazanıma dönüşmediği iddia edilebilir. Yerel güç odaklarının haklarını hukukî kazanıma dönüştürdüğü yer, 13. yüzyılın İngilteresi'dir.

---

[36] KEYDER Çağlar, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Büyük Ölçekli Ticarî Tarım Var mıydı?", **Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticarî Tarım**, (haz. Çağlar Keyder/Faruk Tabak), (çev. Zeynep Altok), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 1-14, s. 10.

[37] KEYDER, s. 11. Suraiya Faroqhi de merkezin desteğini kaybeden ayanın genelde çökebilmesinin de kolay olduğunu, biriktirilen mal ve mülkün, ayrıca toprakların hazineye devredildiğini belirterek, bu unvanın pek de kurumsal bir statü bahşetmediği konusundaki yargılara bir ekleme yapar. Yazar, bu sonuca Musul ve Şam örnekleri üzerinde ulaşmaktadır. FAROQHI Suraiya, "Coping with the Central State, Coping with Local Power: Ottoman Regions and Notables From the Sixteenth to the Early Nineteenth Century", **The Ottomans and the Balkans a Discussion Historiography**, (haz. Fikret Adanır/Suraiya Faroqhi), Brill Publishing, Leiden, 2002, ss. 351-381, s. 372.

II. MAGNA CHARTA'NIN KÖYLÜLER İÇİN ANLAMI

12 Haziran 1215 tarihinde, Kral "Yurtsuz John" (ö. 1216), kendisine isyan eden baronların taleplerini kabul etmek zorunda kaldı ve Runnymede Meydanı'nda daha sonradan Magna Charta olarak anılacak şartnâmeyi kabul etti. Yürürlük süreci kesintili de olsa, ilan edilişinden sonraki ilk 100 yıl içinde belgenin çeşitli eklerle ve ıslahlarla tekrar tekrar düzenlenerek uygulamaya konduğu bilinmektedir. Bir kral ve ona tâbi baronlar arasında imza edilen bu metin, ilk düzenlendiği tarihte köylüler için ne anlam etmiş olabilir? Bu sorunun cevabı hem Magna Charta'nın, hem de ona eşlik eden 1217 tarihli Orman Şartnâmesi'nin içeriğinde yer almaktadır. Köylünün ekonomik değerlere erişim hakkı bakımından özellikle ikinci metnin daha büyük önem taşıdığı söylenebilir.

1. Bir Anayasa Mitolojisi Olarak Magna Charta

Magna Charta'nın içerdiği düzenlemelerin pek çoğu, bugün temel hak ve özgürlüklerin özünü ve kaynağını oluşturan hükümlerdir. Ancak belgenin günümüzdeki hukukî değerini kazanması için uzun bir süre gerekecektir. Warren C. Hollister, açıkça şu soruyu sorar: Magna Charta, "*Eski aristokrasiyi 'aydın' Angevin rejimi karşılığında yüceltme amaçlı, geçmişe özenen bir belge midir, İngiliz anayasal monarşisinin temel taşı mıdır?*"[38] Bu noktada biraz geçmişe dönmek ve adaların Norman istilasına uğradığı dönemi hatırlamak gerekir. 20. yüzyılın başında tarihçilerin Magna Charta'yı "anayasal bir metin"den ziyade "feodal bir sözleşme" olarak yorumladıkları dikkati çekmektedir. Ancak bundan önce, üzerinde durulması gereken bir husus, *Whig* tarih anlayışının getireceği yorumlama biçimidir.

Whig terimi, İngiliz tarih yazımının problematiklerinden birini işaret etmektedir. Tarihsel gelişim açısından, Whigler aslında liberal diyebileceğimiz bir görüşe sahiptiler. Taht ile kilisenin üstünlüğünü savunan muhafazakâr *Tory*ler'e karşı olan Whigler, parlamentonun üstünlüğünü savunan bir siyâsî parti olarak tanımlanabilir. Whig tarih anlayışı ise, partinin siyaset anlayışıyla bir bakıma bağlantılıdır. Bu anlayış, İngilizler'in kendi ülkeleri ve uygarlıklarının 19. yüzyılda mutlak bir üstünlüğe sahip olduklarına dair düşüncelerinin tarih yazımını etkilemesi olarak da kabul edilebilir. Buna göre, İngiliz tarihi, Norman İstilası'ndan sonra kaybedilmiş olan siyâsî ve dini özgürlüklerin geri alınmasının tarihidir. Magna Charta'nın kabulü, 17. yüzyılda I. Charles'ın (ö. 1649) yargı-

[38] HOLLISTER C. Warren, **Medieval Europe a Short History**, 8. bası, McGraw-Hill, ABD, 1998, s. 256.

lanması gibi olaylar, hep parlamentonun üstünlüğünü kabul ettiren uygulamalar olarak bu tarih anlayışı içinde yerini alır. Yine bu anlayışa göre, İngiliz parlamenter demokrasisi, demokrasilerin ulaşabileceği en yüksek noktadır ve buna giden süreç kümülatif bir süreçtir. Whig tarih anlayışına gelen eleştiri de yine İngiltere kaynaklı olmuştur. Magna Charta'nın anakronik bir biçimde yorumlanmasına karşı, McKechnie, Pollock ve Maitland, Petit-Dutaillis gibi yazarların, 14. yüzyıldan 19. yüzyıla kadar devam eden anlayıştan farklı olarak bir revizyonist tavır geliştirdikleri Charles Howard McIlwain tarafından ifade edilmiştir.[39]

Magna Charta'nın değerlendirilmesinde hukuk tarihi ve anayasa tarihi bakımından karşılaşılan en önemli zorluklardan biri tam da Whig tarih yazımından kaçınmaktan kaynaklanan bir paradoks olacaktır. Bir yandan parlamenter demokrasinin gelişimini kümülatif düz bir süreç olarak tanımlamaktan kaçınırken, diğer yandan Magna Charta'nın asıl değerini 17. yüzyıl hukukçu ve düşünürlerin yorumları sonrasında elde ettiğini inkâr etmemek gerekecektir. Zira şartnâme sadece yapıldığı dönemin koşulları çerçevesinde incelenirse ortaya çıkacak olan şey karşılıklı uzlaşma belgesi olacaktır. Magna Charta'yı anlamak için sadece Runnymede'de olan biteni değil, Runnymede'den sonrasını, şartnâmenin İngiliz hukuk geleneği içindeki yerine yerleşmesini kolaylaştıran diğer hukukî ve siyâsî gelişimleri ele almak gerektiği belirtilmektedir.[40] Yine şartnâmenin zaman içindeki gelişimi bakımından en önemli unsurun 17. yüzyıldaki radikallerin yorumları olduğunu söylemek yanlış olmaz. Peter Linebaugh iddialı ve hafif edebî bir biçimde "*Magna Charta'ya bacaklarını Lord Coke verdi*."[41] diyecektir. Ancak Linebaugh, bu noktada, 17. yüzyıl radikallerinin Magna Charta kadar, şartnâmeden iki yıl sonra III. Henry (ö. 1272) zamanında yürürlüğe giren Orman Şartnâmesi'nden de yararlanmış olduklarının üzerinde durmayı ihmal etmez.[42] 13. yüzyıl İngilteresi açısından sadece belli bir grubun hak ve imtiyazlarını koruyan bir belge olan Magna Charta, 17. yüzyılda *Protektora* Dönemi'nde cereyan eden *Putney* tartışmaları gibi, *leveller* akımı gibi düşünce hareketlerinin ve Lord Coke (ö. 1634)

---

39 MCILWAIN Charles Howard, "Due Process of Law in Magna Charta", **Columbia Law Review**, S. 13-1, 1914, ss. 27-51, s. 27-28. (http://www.jstor.org/stable/1111001?seq=3#page_scan_tab_contents (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

40 WERT Justin J., "With a Little Help from a Friend: Habeas Corpus and the Magna Charta after Runnymede", **PS: Political Science and Politics**, S. 43-3, 2010, s. 475.

41 LINEBAUGH Peter, **The Magna Charta Manifesto Liberties and Commons for All**, University of California Press, Berkeley, 2008, s. 82.

42 LINEBAUGH s. 171.

gibi, John Lilburne (ö. 1657) gibi düşünürlerin metni yeniden yorumlamalarının etkisiyle farklı bir anlam kazanmıştır.[43] Tıpkı Magna Charta'nın içerdiği hükümler gibi, diğer bazı hukukî kavramlar da, 17. yüzyılda farklı bir yapıya bürünmüştür. Bir örnek vermek gerekirse 17. yüzyıl reformlarında önemli bir yer tutan *habeas corpus* kavramı, bir terim olarak Magna Charta'dan 16 yıl önce ortaya çıkmıştı ve temel amacı tarafların davada "ara tebligat"[44] sırasında mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak olan bir fermanda geçiyordu.[45]

2015 yılında 800 yaşına basan ve sırf bu nedenle bile zaman içinde efsanevî özellikler kazanmış olması yadırganmaması gereken Magna Charta'nın anayasal niteliği ve özgürlükler hukukunda yarattığı etki, yukarıda verilen bazı örneklerde görüldüğü üzere zaman içinde eleştirilmiştir. Ancak yakın dönem akademik literatüründe Magna Charta'nın bir tür iade-yi itibarının yapıldığı söylenebilir. İmzacı baronların niyetinin ilerici olmadığı kabul edilmekle beraber, metnin feodal nitelik taşımasını başlı başına bir olumsuzluk olarak görme eğiliminden vazgeçilmiştir.[46]

2. Magna Charta'nın İngilteresi: Baronlar ve Krallar

1066 yılında tarihinden sonra İngiltere'ye ve genel olarak adalara Fransız hâkimiyeti ve kültürünün yayıldığı bilinmektedir. Bu kültür, daha ziyade ruhban ve elit siyasetçi sınıfına ait bir kültürdü ama örneğin İngiliz dilinde sürekli etkilerini bırakacaktı.[47] İngiltere açısından, Norman istilasını takip eden dönem boyunca, siyasal gelişmelerin, güçlü bir merkezi yönetim ile baronların kurmaya çalıştıkları yerel bağımsızlık arasında dengesi sürekli değişen bir sarkaca benzetildiği dikkat çekmektedir.[48] Magna Charta'nın kültürel olarak "İngiliz"den ziyade "Fransız" meselesi olduğuna dikkati çeken yorumlar mevcuttur. "*İstiladan sonra uzun süre boyunca aslında bir İngiliz tarihi olmadı*." ifadesi dahi kullanılmıştır.[49] Buna göre, aşağıda bahsi geçen Thomas Bec-

---

43 WERT, s. 475-476.

44 *Mense process*.

45 WERT, s. 475.

46 TURNER Ralph V., **Magna Charta Through the Ages**, Pearson Longman, Londra, 2003, s. 66.

47 KEARNEY **Britanya Adaları Tarihi**, (çev. Özgür Umut Hoşafçı), İstanbul, İnkılap Yayınevi, 2015, s. 98.

48 MCKECHNIE William Sharp, **Magna Charta a Commentary on the Great Charter of King John**, 2. bası, James Maclehose and Sons, Glasgow, 1914, s. 5.

49 KEARNEY, s. 101.

ket (ö. 1170) olayı da, Magna Charta da, aslında Fransızca konuşan elit hâkim sınıf arasındaki meselelerdir. II. Henry (ö. 1189) ve oğulları "Arslan Yürekli" Richard (ö. 1189) ve "Yurtsuz" John ise Angevin soyundadır, Norman olup olmadıkları ise tartışmalı bir meseledir.[50]

Magna Charta ister anayasal belge ister feodal sözleşme olsun, içinde bulunduğu dünyanın, dönemin İngilteresi'nin feodal bir sistemle yönetildiği açıktır. II. Henry'nin yaşadığı dönemden itibaren yaklaşık 15. yüzyıla kadar geçen süreç için İngiltere'de *bastard feudalism* kavramının kullanılmış olduğunu da belirtmek gerekir; tipik bir feodalizmden farklı olarak *bastard feudalism* güçlü bir merkezî yapılanmayı içermektedir.[51]

Metnin ortaya çıkış sürecinde krallar ve baronlar arasındaki denge politikasının yeri vardır. 12. ve 13. yüzyıllarda, monarkların gücü nispeten yükselmeye başlamıştı. Bu yükseliş sınırlı bir grubun sahip olabildiği "siyâsî özgürlük"leri kısıtlayan bir durumdu. Bu noktada kral ve ona bağlı kişiler arasında feodal ilişki çerçevesinde yeni bir işbirliğinin öngörülmesi gerekiyordu.[52] Şartnâmenin içeriği değerlendirilirken akılda tutulması gereken bir unsur daha vardır: "Kurumsallaşmış siyâsî iktidar" olarak da tanımlanabilen "modern devlet" anlayışı henüz tamamlanmış değildi, gelişme aşamasındaydı. Dolayısıyla biz bugün içinde hangi anlamı bulursak bulalım, Magna Charta ile kısıtlanmak istenen aslında devletin gücünden ziyade monarkın gücü idi. Devlet ile monark arasındaki fark, bugün bir nüans gibi algılanabilse de, aslında önemli bir farkı ifade edecektir. Magna Charta, zaman içinde neye dönüşmüş olursa olsun, ortaya çıktığı dönem bakımından modern devletin öncesinde feodal veya geç feodal toplumun bir ürünüdür.

Magna Charta'nın metninde, Kral John'u tasvir eden kısım aslında bize feodal toplum hakkında da bilgi verir. "Yurtsuz" olarak anılan John, Magna Charta'da belirtildiği kadarıyla "*... İngiltere Kralı, İrlanda Lordu, Normannia ve Aquitania Dükü, Anjou Kontu...*"[53] gibi unvanlara sahiptir. John gibi babası da birden fazla unvana sahip bir kraldı. Henry Plantagenet, Anjoulu Henry

---

50 KEARNEY, s. 128.

51 METİN Sevtap, **Magna Carta ve Sened-i İttifaktan Bugüne**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 33.

52 WILKINSON B., "English Politics and the Politicians of the Thirteenth and Fourteenth Centuries", **Speculum**, C. 30, No: 1, 1955, s. 40, http://www.jstor.org/stable/2850036 (Erişim tarihi: 16-09-2019).

53 **Magna Charta, Büyük Sözleşme**, (çev. Çiğdem Dürüşken), İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2009, s. 17.

ya da II. Henry, okumuş yazmış, enerjik, şehirlerin gelişimini destekleyen bir kral olarak tasvir edilir.[54] Miras yoluyla Normandiya Dükü, Anjou, Touraine ve Maine Kontu, evlilik yoluyla da Aquitanya Dükü, Poitou ve Auvergne Kontu gibi unvanlara sahip olan Henry 1154'te tahta çıkmıştı.[55] Onun krallığı boyunca, müşterek hukukun (*common law*) sağlamlaştırılması, kraliyet mahkemelerinin yargı yetkisinin genişletilmesi ve baronlarla yerel mahkemelerin yargı yetkileri üzerinde kralın yargı yetkisinin bulundurulması gibi hukuk sistemi açısından birleştirici bir düzenin temeli atılmıştır. Bu bağlamda, toprak sahipliğinden ve feodal toprak sisteminden çıkan hukukî uyuşmazlıklar, örneğin kralın kiracısı ve alt-kiracı arasındaki uyuşmazlıklar kraliyet yargısının yetki alanına II. Henry zamanında dâhil edilmiştir. Böylece dokuzuncu yüzyıldan itibaren Anglo-Sakson krallarının siyâsî birlik sağlama girişimlerine hukukî bir yeknesaklaşma da ilave edilmiştir.[56] Nitekim Peter Ackroyd, Henry için "*Güçlü bir kraldı ve bu sebeple de merkeziyetçi idi*" yorumunu yapacaktır.[57] Canterbury Başpiskoposu Thomas Becket'in ölümüyle sonuçlanan yetki krizi de bu bağlamda devletin kurumsallaşmasına doğru giden bir adım kabul edilebilir. Kilise mahkemelerinin kraliyet mahkemelerine bağlanmasını isteyen Henry bu konuda Becket ile uyuşmazlığa düşmüştür. Olayların patlama noktasına ise iki mesele vardı. Becket, Canterbury Şeriflerinin kraliyet hazinesine para göndermeyi reddetmiştir. Daha sonra da dini mahkeme tarafından suçlu bulunan kilise adamlarının laik yetkililer tarafından cezalandırılmasına dair karara karşı çıkmıştır.[58]

Neticede Becket mahkemeye itaatsizlik ile suçlanmıştır. Ancak, Becket'in ölümüne giden süreç uzun bir süreçtir ve bu arada olaylara pek çok farklı aktör dâhil olacaktır. Üzerinde durulması gereken bir diğer sorun, Becket'in ülkeden kaçıp Papalık'a sığındığı dönemde gerçekleşmiştir. Henry, onu cezalandıramamanın acısını Becket'in Canterbury'de kalan adamlarından çıkarmış, onların topraklarını müsadere etmiş ve Becket'in akrabalarını "kralın misafiri" olarak alıkoymuştur.[59] Becket Papalık'ta bir süre kaldıktan sonra İngiltere'ye

---

54 HOLLISTER, s. 253.

55 SUMMERSON Henry, "Kingship, government and political life c. 1160-1280", **Short Oxford History of the British Isles the Twelfth and Thirteenth Centuries 1066-c. 1280**, (haz. Barbara Harvey), Oxford University Press, Oxford, 2001, ss. 201-240., s. 201.

56 HOLLISTER, **Medieval Europe**, s. 253.

57 ACKROYD Peter, **The History of England Volume I Foundation**, Pan Books, Londra, 2012, s. 127.

58 ACKROYD, s. 133-134.

59 ACKROYD, s. 135.

geri dönmüş ve sonuçta II. Henry'ye sadık baronlar tarafından Canterbury Katedrali'nin sunağında öldürülmüştür. Daha sonra Becket kilise şehidi ve aziz olarak kabul edilmiştir.[60] Canterbury bu nedenle bir tür hac mekânı haline gelmiş, hatta hacılardan biri de bizzat II. Henry olmuştur. Kralın Becket'in kanı ile kutsanmış sudan içtikten sonra İskoç düşmanlarını yenilgiye uğrattığı hikâye edilmiştir.[61] Bu son olay mitolojik ve simgeseldir, ama arka planında II. Henry'nin Papalık ile ve kilise ile barışması bulunmaktadır. Bu barışın bedeli ise Henry'nin "*Kilise adamları sadece kilise mahkemelerinde yargılanır.*" tavizini vermesi olmuştur.[62] Buna karşın, kralın da keşişlik ve başpiskoposluk atamaları konusunda etkisini koruyacağı kabul edilmiştir.[63]

II. Henry'nin zamanından itibaren Angevin hanedanı, merkezi bir sistemi oturtmaya çalışıyordu, bazen siyâsî bazen maddi ihtiyaçlar sebebiyle: "*Bürokrasinin yerleşmesi ve merkezi bir idare, lordların yerel nüfus üzerinden para kazanma imkânlarını daraltıyordu*."[64] Henry arkasında genel olarak güçlü ve eski rakiplerini elemiş bir krallık, sistematik hale getirilerek bu gücü tamamlayan bir yerel yönetim bırakmıştır.[65] Öte yandan, Henry zamanında hoşnutsuzluklara yol açan uygulamaların, Richard ve John zamanında çok daha büyük sorunlara yol açtığı anlaşılmaktadır. Richard, 1189-1199 yılları arasındaki krallığının önemli bir bölümünü Haçlı Seferleri'nde geçirmiş bir monark idi. Halefi ve kardeşi John ise yönettiği süreç (1199-1216) boyunca tiranca davranışları olduğu iddia edilen bir kişiydi.[66] İki kralın İngiltere'de hükmettikleri zamana bakarak bir sonuca varmak gerekirse Richard'ın popülaritesi, İngiltere'de geçirdiği zamana oranla büyük bir başarıdır. Şövalyelik ideallerince bir kralın orduya komuta etmesini bekleniyordu, bu nedenle Richard'ın savaşmaya bu kadar ağırlık vermesi şaşırtıcı değildir. Bazı efsanevî anlatılarda Richard'ın kahramanlığı yüceltilirken John'un korkaklığının ve ikiyüzlülüğünün ön plana çıkarılmış olması da kuşkusuz bu anlatıya hizmet ediyordu.

---

60 HOLLISTER, s. 255.

61 ACKROYD, s. 147.

62 ACKROYD, s. 147.

63 SUMMERSON, s. 211.

64 ACKROYD, s. 167.

65 MCKECHNIE, s. 19.

66 DAVIES Norman, **Avrupa Tarihi**, (çev. ed. Mehmet Ali Kılıçbay), (çev. Burcu Çığman vd.), Ankara, İmge Kitabevi, 2006, s. 383.

3. 1217 Orman Şartnâmesi Ne Anlama Geliyordu?

İngiltere ormanlarının bir barınma ve muhalefet yeri olarak resmedildiği en bilindik örnek, Robin Hood hikayeleri olsa gerektir. Richard'ın ne kadar adil, John'un ne kadar beceriksiz birer kral olduğu iddialarının da Robin Hood anlatımları içinde karşılık bulduğu görülebilir. Zenginlerden alıp yoksullara dağıtan ve saklanma yeri olarak Sherwood Ormanı'nı seçen Robin Hood'un maceralarının önemli bir kısmı hiç kuşkusuz hayal ürünüdür, ancak her efsane gibi onun da arkasında tarihsel bir gerçeklik ve belli bir sembolizm yatmaktadır. Robin Hood gibi hikâyelerden de görüleceği üzere kraliyet ormanlarında dolaşan kralın geyiklerini öldürmek suçtu. Bu ünlü kanun kaçağına ev sahipliği yapmış Sherwood Ormanı, bir kraliyet ormanıydı; 12. yüzyılda bu orman yaklaşık 400.000.000 metrekareye (100.000 *acres*) varan bir araziye yayılmaktaydı. Bu arazi 13. ve 14. yüzyıllarda küçülmüştür. Bu daralmanın maddî sebebi orman arazisinin tarıma açılması ve hukukî sebebi ise kraliyet yargısına tâbi olan alanın 1306 yılında 1. Edward (ö. 1307) tarafından sınırlanmasıdır.[67]

Kraliyet ormanı, ya da genel olarak orman niteliğini haiz yerlerin hukukî rejimleri üzerinde durmadan önce, bir noktayı açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu sınıflandırma söz konusu arazilerin sadece orman bitki örtüsünden ibaret olduğunu düşündürmemelidir. Aynı şekilde, kraliyet ormanı da kralın avlanmak vb. sportif bir faaliyetine özgülenmiş araziler değildi. Orman içinde yetişen bütün ürünlerinin ekonomik değeri vardı.[68] Ağaçtan elde edilen her türlü ürün, orman içinde yetişen bitkiler ve orada yaşayan hayvanlar öncelikle akla gelen ürünler olacaktır. Ancak yaşam alanı olarak orman bundan çok daha fazlasını sunuyordu. Böylece orman, açık alanlar, mera, yayla, göl, nehir, otlak, ekilip biçilen arazi gibi farklı kaynakların bir araya geldiği bir yerdi. Dolayısıyla orman, yakınında yaşayan kimselere beslenme, ısınma, inşaat, silah üretimi, giyim, barınma gibi pek çok farklı ihtiyaca cevap veren kaynaklar sunabilmekteydi.

II. Henry, merkezileşme çabaları sırasında kendi devrinden önce kontrolden çıkan orman idaresini yeniden işlevsel bir kontrol altına almayı başardı.

---

67 BALDWIN David, **Robin Hood the English Outlaw Unmasked**, Amberley, Gloucestershire, 2011, s. 43-46.

68 YOUNG Charles R., "English Royal Forests under the Angevin Kings", **Journal of British Studies**, S. 12-1, 1972, ss. 1-14, s. 9, https://www.jstor.org/stable/175325?seq=1#metadata_info_tab_contents (Erişim tarihi: 12.04.2020).

Bu çerçevede hukuken kraliyet ormanı olarak kabul edilen bölgenin en geniş sınırlarına II. Henry zamanında ulaştığını belirtmek gerekir.[69] Orman ile ilgili veya ormanın av bölgesi olması ile ilgili kanunlar aslında Karolenj ve Anglo-Sakson krallıklarında da görülmüştür. Bu uygulamayı İngiltere'ye taşıyanlar ise Normanlar olmuştur; Norman istilası öncesinde ormanlar halk tarafından serbestçe kullanılabilmekteydi. İstila sonrasında kraliyet ormanı kavramıyla bu serbesti azalmış ve kullanım için izin ya da aidiyet gibi şartlar aranmaya başlanmıştır.[70] Hukukî açıdan kraliyet ormanları ile ilgili bütün uyuşmazlıklar müşterek hukukun yargı yetkisine değil, kralın hakemliğine tâbidir.[71] Köylünün genel olarak ormanlardan yararlanabilme haklarının temelinde ise müşterek hukuk yer almaktadır. Bu haklar 12. ve 13. yüzyılda çoktan yerleşmiş oldukları için yazıya geçirilmeleri temel bir ihtiyaç olarak görülmemiştir. Gelenek harici ikincil bir kaynak ise bir hakkın bağışlanmış olmasıydı.[72] Hakkın örf adet hukukuna dayanmasının bir diğer sonucu da yerel yapılagelişe bağlı olarak köylünün arazi üzerindeki haklarının bölgesel farklar taşımasıdır.

Kriz dönemlerinde kraliyet ormanları ekonomik birer kaynak olarak görülmüştür. Richard'ın sık sık katıldığı seferler devletin borçlanmasına sebep olmuştur. Seferlerin ekonomik finansmanı başlı başına bir problemdir. Richard, taç giymesini izleyen üç ay boyunca İngiltere'de sahip olduğu şato, kale, toprak vb., ne varsa orduya kaynak bulmak amacıyla satmıştır.[73] Kraliyet ormanı sayılan topraklar da bu eğilimden hariç tutulmamıştır; Richard'ın ekonomik kaynaklarından biri de bu konuda, yani orman yargısı konusunda muafiyet satmaktı.[74] Richard'ın para bulma konusundaki hırsı ile ilgili "Alıcı bulsam Londra'yı satarım"[75] dediği dahi rivayet edilmektedir.

Magna Charta kraliyet ormanı niteliğini haiz topraklar hakkında bazı maddeleri içermektedir. "*Bundan böyle, ormanlık alanların dışında oturan insanlar, haklarında dava açılmamışsa ya da Orman ihlalleri yüzünden tutuklanan kişiye veya kişilere kefil olmamışsa Ormanlardan sorumlu yargıçlarımızın huzuruna*

69 YOUNG, s. 3-4.

70 METİN, s. 129-130.

71 YOUNG, s. 2; TURNER, s. 69.

72 BIRRELL Jean., "Common Rights in the Medieval Forest: Disputes and Conflicts in the Thirteenth Century", **Past and Present**, S. 117-1, 1987, ss. 22-49, s. 24-25.

73 ACKROYD Peter, **The History of England Volume I Foundation**, Pan Books, Londra, 2012, s. 156.

74 YOUNG, s. 4.

75 DAVIES, s. 387.

genel mahkeme celbiyle çıkmayacaklardır."[76] Bu madde ormanın kendine has bir hukuku olduğunu kabul ediyordu; ancak ikametgâhı orman dışında olan kişilerin, iki istisnai durum haricinde orman yargısına çıkarılamayacağını hükme bağlamıştı. Bir diğer madde ise, John'un bazı arazileri sonradan orman arazisi olarak ilan ettiğini göstermektedir, bu fiil oradan yararlanabilecek kişilerin haklarını kısıtlayabilecek bir duruma yol açmaktaydı. Magna Charta ile yeni oluşturulan bu ormanlar ilga edilmiştir "*Bizim zamanımızda oluşturulan bütün Ormanlar, orman yasasının kapsamı dışında bırakılacak*."[77] Bu maddenin temelinin zayıf olduğu, haklı olarak iddia edilmiştir; zira II. Henry zamanında yapılan düzenlemeye kıyasen John'un tasarrufları sınırlı sayılırdı.[78]

1217 tarihinde yürürlüğe giren Orman Şartnâmesi, Magna Charta'da sadece üç madde olarak düzenlenmiş kraliyet ormanlarına dair meseleleri on yedi maddeye yayıyordu. Tıpkı Magna Charta gibi Orman Şartnâmesi'nde de orman sınırı dışında yaşayan kişilerin, doğrudan orman kanunlarına riayet etmedikleri veya buna riayet etmeyen kişilerle birlikte hareket etmedikleri müddetçe orman yargıçları önünde yargılanmayacakları da belirtilmişti.[79] Bu madde aslında yargının bütünleşmesi ve yeknesaklaşması bakımından da önemli bir adım olsa gerektir. Buna ek olarak geçmişte orman suçu sebebiyle kanundışı ilan edilmiş kişilere af çıkarılmıştı.[80] Geyik öldürmek suçunun yaptırımını yumuşatan da orman hakkındaki düzenlemeler olmuştur. Yine hür köylülerin ormandan odun toplayabileceklerine dair açık düzenleme Orman Şartnâmesi'yle getirilmiştir.

Tüm bu düzenlemelere rağmen, ormanların ve ortak arazilerin kamusal niteliğinin kaybına yol açan bir mesele, çitleme (*enclosure*) hareketleridir. 1311 yılında Norbury'de 18 kişilik bir grup özel bir araziye[81] girerek bazı ağaçları kesmişlerdir. Arazi sahibi Thomas bu grubu mahkeme huzuruna çıkardığında, adamlar verdikleri zararı inkâr etmişler, Norbury halkına[82] mensup olduklarını,

---

76 **Magna Charta Büyük Sözleşme**, s. 49.

77 **Magna Charta Büyük Sözleşme**, s. 49.

78 METİN, s. 131.

79 YOUNG, s. 5.

80 Orman Şartnâmesi, The National Archives. Burada yer alan metin orijinal şartnâme değil, 1225 yılında son şekli verilmiş halidir. https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/charter-forest-1225-westminster. (Erişim tarihi: 20.03.2019).

81 Orijinal terim *close* olup, özel mülk olarak sahip olunan toprak parçasını ihtiva etmektedir.

82 Metinde kullanılan kelime *commoner* olup unvan sahibi olmayan, sıradan halkı kast etmek için kullanılan bir terimdir.

Thomas'ın ortak mera alanını tel ve hendekle kapattığını iddia ederler. Mahkemenin sonucu belli olmamakla birlikte, bu tip çekişmelerin o dönemde sık sık yaşandığını anlaşılmaktadır.[83] 13. ve 14. yüzyıllarda mahkemede ortak alanın gaspına ilişkin köylüler lehine kararların çıktığı gözlemlenebilmiştir. Bu başvuruyu yapanlar elbette hür köylüler idi.[84] Yine diğer bir önemli mesele, başvuruların önemli bir kısmının eşitler arasında gerçekleşmiş olduğudur. Bu köylülerin tam anlamıyla alt sınıf olmadığı anlaşılmaktadır. Zira bir köyde hür köylü olarak kayıtlı biri, başka bir yerde malikane sahibi olarak kayda geçebilmektedir.[85] Bu da feodal toplumun tipik bir özelliğidir. Marc Bloch feodalizm hakkında söylediğini taklit ederek denebilir ki "*Köylü sınıfı yoktur, köylülükler vardır.*"

İngiltere'nin hür köylüleri haricinde, kiracı statüsünü haiz köylüleri ve serf sayılabilecek bir grubu da vardı. Son iki gruba mensup olanların Magna Charta'ya ulaşması daha zor idi; hem okuma yazma bilgisi, hem de haklardan yararlanabilme kapasitesi açısından. Dönemin özgürlük kavramı, köylü için, bazı borçlardan, özellikle toprak sahibine olan çalışma borcundan azade olmak çerçevesinde tanımlanmıştı.[86] Yine de mahkeme huzuruna çıkıp toprak üzerindeki haklarını savunan köylülerin, bazı hakların bilincinde oldukları tahmin edilebilir. Neticede dava açmak için haklı olduğuna ve lehine bir karar elde edebileceğine dair bir güvenin tesis edilmiş olması gerekirdi. İngiliz köylüsü Magna Charta'da yer alan haklardan ne derece haberdardı? 1381 tarihinde feodal toplumun bazı sorunlarına karşı ayaklanan köylüler, bu metni zikretmemiştirler; müşterek hukukun hükümlerine karşı da tepkili oldukları tahmin edilmektedir. Buna karşın, yine 14. yüzyılda Canterbury Başrahibinin arazilerinden birinin kiracıları, bu arazinin mahkemesi (*manorial court/ manor* mahkemesi) tarafından uygulanan para cezalarını "*mantığa ve Magna Charta'ya aykırı*" olduğu gerekçesiyle eleştirebilmektedirler.[87]

14. yüzyılda Avrupa'yı kasıp kavuran veba salgını sonrasında patlak veren 1381 İsyanı vergilerin çekilmez bir seviyeye çıkmasına dayanıyordu. Veba nedeniyle nüfus azaltmıştı, dolayısıyla işleyecek daha çok toprağa iş görecek daha az köylü düşüyordu. Tam da bu nedenle veba gibi yaygın hastalıkların uzun vadede hayatta kalabilenlerin ekonomik durumlarını iyileştirdiği

---

83 BIRRELL, s. 22.

84 BIRRELL, s. 42-43.

85 BIRRELL, s. 44.

86 RIGBY, s. 28.

87 TURNER, s. 127.

bilinmektedir. İsyan sürecinde Londra'yı işgal eden isyancıların talepleri arasında özgürlük, dönemin ağır zorunlu çalışma kanunlarının ilga edilmesi ve kiraların makul seviyeye çekilmesi vardı.[88] İsyan döneminin ilginç bir figürü, John Ball (ö. 1381) isimli bir rahipti: "*Âdem temel kazıp Havva toprak taşıdığında, efendi kimdi?*" sözleriyle özdeşleşen Ball, kilise hiyerarşisini reddeden ve ruhban sınıfına karşı duran *lollard* hareketine mensuptu.[89] Ball'un bu sözleri, bütün toprakların Tanrı'ya ait olması, üstün bir rahip sınıfının bulunmaması ve mülkiyetten uzak durmanın tercih edilmesi gibi ilkeler ışığında Tohum Masalı'nda Tolstoy'un Hristiyan inancıyla bütünleşmektedir. Nitekim lollard hareketinin teorik altyapısını oluşturan John Wycliffe'in (ö. 1384) de mülkiyetle ilgili bazı meseleleri vardı. Ancak bu sorunlar özellikle "kilisenin ve Tanrı'nın lütfundan yoksun" rahip sınıfının mülk edinmesinden kaynaklanmaktaydı. Devlet otoritesi ve devletin sahip olduğu mülk konusunda ise, benzer bir derdi yoktu; hatta Wycliffe temelde tirana boyun eğmek gerektiğini, yöneticinin otoriteyi Tanrı'dan aldığını belirtecekti: "*Günah onların otoritesini değil sadece din adamlarının otoritesini geçersiz kılar*."[90]

Sosyal ve ekonomik hak kavramının gelişiminden çok önce ortaya çıkmış olan Magna Charta'nın köylülere söyleyebileceği bazı şeyler olsa da bu metinden daha eşit bir derece yararlanılabilmesi için bir süre daha beklenmesi gerekecektir. Öte yandan bu süreçte köylünün yararlanabildiği ortak alanlar giderek daralmaktaydı.

III. KÖYLÜLERİN ALACAKARANLIĞI

Osmanlı Devleti'nde köylünün arazi üzerindeki hakları tasarruf yetkisinden kaynaklanmaktaydı. Benzer bir biçimde İngiliz feodalizminde de kiracı niteliğindeki köylünün kamusal araziye ulaşım hakkı dönüp dolaşıp kira ilişkisine dayanıyordu.[91] Ortak nitelik taşıyan arazilere erişim de bu kira ilişkisinin bir so-

---

88 RIGBY, s. 114. *Manor* mahkemesinin doğal yargıcı malikanenin sahibi olan lord idi. Ancak mahkemede lord harici profesyonel bir hukukçu da hakimlik etmek üzere hazırda bulunurdu. Arazi hukuku davaları haricinde *manorial court*, ceza davalarına da bakabilmekteydi. METİN, S. 113-114.

89 LAMBERT Malcolm, **Ortaçağda Dinsel Sapkınlıklar**, (çev. Erdem Gökyaran), Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 322.

90 LAMBERT, s. 308-309.

91 RIGBY, s. 18. Osmanlı Devleti'nde feodalizm var mıydı tartışmaları bu makalede özetlenemeyecek kadar uzundur. Özetle, Osmanlı toprak düzeninin ve yerel otoritelerinin tâbi olduğu hukuk sistemi çerçevesinde bu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerekmektedir.

nucuydu; zira köylü içinde bulunduğu muhit dolayısıyla bazı toprakları kullanabilmekteydi. Orta Çağ İngilteresi'nde köylü açısından ulaşılan toprak biriminin büyüklüğü aynı zamanda kimlik ve aidiyeti de belirlemekteydi; *virgater*, *half-yardlander*, *bovate-holder* gibi sıfatlarla köylü farklı gruplara ayrılmaktaydı.[92] Toprağa erişim aynı zamanda belli bir köye aidiyetin ve bu aidiyetin getirdiği ek hakların, mera, yayla vb. erişimi gibi kullanılması demekti.

Orta Çağ boyunca Avrupa'da genel olarak kullanılmayan arazi oranı kullanılan arazi oranından epey bir yüksektir. Leo Huberman 12. yüzyılda Avrupa'da Fransa'da toprağın yarısının, Almanya'da üçte birinin ve İngiltere'de ise ancak beşte birinin işlenebildiğini belirtir. Geri kalan arazi ya boştur ya bataklıktır ya da orman arazisidir.[93] Huberman'ın 12. yüzyıla dair vermiş olduğu bu bilgi, İngiltere'nin kısıtlı alanda daha fazla verim almak için Fransa ve Almanya'ya göre daha fazla itici güce sahip olduğunu gösterir. Bataklık kurutma yeni toprak açmak için ideal bir yöntemdi, Hollandalıların yaptığı da buydu. Hollanda, 14. yüzyıldan itibaren hızla şehirleşen ve buna bağlı olarak, şehrin iaşesini sürdürmek için daha fazla tarım alanına ihtiyaç duyan küçük bir ülkedir.[94] Tarım alanlarına duydukları ihtiyacı öncelikle bataklıkların kurutulması ve deniz içinde set çekerek ülkeye toprak katılması gibi yöntemlerle karşılayan Hollandalılar, bunun haricinde rotasyon sistemini de benimseyerek, toprağın verimini arttırma yolunu denemişlerdir.[95] İngiltere'nin bataklık kurutma gibi yöntemleri Hollanda'dan aldığı anlaşılmaktadır.[96] Bataklık kurutma yoluyla elde edilen arazi de köylünün ekonomik olarak kaybettiği değerler arasındaydı. Arazi batak nitelikteyken özellikle yoksul insanlar balık vb. avlamak, yakıt bulmak gibi ihtiyaçları buradan karşılayabiliyordu.[97] Hem İngiltere hem de Hollanda Akdeniz'deki pek çok ülkeye göre, tarımsal açıdan daha ileri bir sisteme sahip olarak kabul edilmekte, bu yargı Osmanlı Devleti kadar, İtalya, İspanya ve Fransa gibi

---

92 DAVIES R.R., **Lords & Lordship in the Britigh Isles in the Late Middle Ages**, (haz. Brendan Smith), Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 140. Bu terimler sırayla şu boyutlara tekabül etmektedir: 120.000 metrekare, 60.000 metrekare, 48.000-80.000 arası metrekare. Osmanlı toplumunda da benzer şekilde evli köylüler *bennak*, evli olmayanlar ise *mücerred* veya *caba* olarak sınıflandırılmıştır. Bu ayrım vergi oranının belirlenmesinde işe yaramaktadır.

93 HUBERMAN Leo, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, (çev. Murat Belge), 17. bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 55.

94 WIESNER-HANKS Merry E., **Erken Modern Dönemde Avrupa 1450-1789**, (çev. Hamit Çalışkan), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 618.

95 WIESNER-HANKS, s. 289.

96 WIESNER-HANKS, s. 621.

97 HILL, 2016, s. 191.

yerleri de kapsamaktadır.[98] Çitleme faaliyeti bu konuda tipik örneklerden birini teşkil etmekteydi; Fransa'da İngiltere'ye oranla düşük bir seviyede çitleme görüldüğü anlaşılmaktadır.[99]

Feodal toplumda toprağı çitle çevirmenin arkasında yatan unsurlardan biri, dokuma sanayinde artan yün ihtiyacına bağlı olarak koyun sürülerinin büyütülmesi, koyun yetiştirmenin daha yaygın ve daha büyük ölçekte yapılmaya başlanması ve bu büyümenin getirdiği ihtiyaç doğrultusunda tarlaların etrafının lordlar tarafından çevrilerek otlak haline getirilmesi olarak ifade edilmiştir.[100] Açık tarla tarımının yapıldığı klasik sistemde, toprak üzerindeki tarımsal faaliyet bittikten sonra koyun sürüleri otlamak üzere tarlaya salınıyordu. Bunun yapılabilmesi için öncelikle parsellere bölünmüş toprak parçalarındaki işin tamamının bitmesi gerekiyordu. Her parselin sahibi ya da kiracısı ayrı bir köylüydü. Bir birim tarla üzerinde birden fazla parselden yararlanan bir kişinin bu parsellerinin yan yana olmaması esastı. Bu nedenle işini daha hızlı bitirenler diğerlerini beklemek zorunda kalıyordu. Çitlemenin başlaması, geleneksel olarak kararların ortak biçimde alınmasına dayanan kolektif sistemin kaybolmasıyla da bağlantılı olmalıdır.[101]

Huberman, açık tarla tarımında köylünün komşunun hızına ayak uydurmak durumunda kaldığını, klasik yöntemlerin dışına çıkamadığını belirtir. Zaman içinde farklı bölümde yer alan parselleri değiş tokuş etmek, bu şekilde elde edilen daha geniş tarlayı çitle kapatmak tercih edilmiştir.[102] Halil Cin ve Gül Akyılmaz açık tarla sisteminin, rekabeti ve şahsi teşebbüsü engelleyici bir yapıda olduğu üzerinde dururlar.[103] Bu sistemde her köylü komşusuyla aynı ürünü aynı geleneksel yöntemle yetiştirmek zorundadır ve bu gelenekler tarımda verimliliği yükseltemeyen, aksine durgunluğa sebep olan bir sonuca yol açmaktadır. Çitleme

---

98 TABAK Faruk, **Solan Akdeniz 1550-1870 Coğrafî-Tarihsel Bir Yaklaşım**, **(**çev. Nurettin Elhüseyni), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 23.

99 ELDEM Ethem, "Osmanlı Devleti ve Fransa 17. ve 18. Yüzyıllarda Devlet-Ekonomi İlişkilerine Karşılaştırmalı Bir Bakış", **Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Problemler, Araştırmalar, Tartışmalar**, (I. Uluslararası Tarih Kongresi Bildirileri) 2. bası., Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 14-32, s. 18.

100 CİN Halil/AKYILMAZ Gül, **Feodalite ve Osmanlı Düzeni**, 2. bası, Çağ Üniversitesi Yayınları, Adana, 2000, s. 160.

101 ROBERTS J. M., **Dünya Tarihi II. Cilt 18. Yüzyıl ve Sonrası**, (çev. İdem Erman/Tansu Akgün), İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 556.

102 HUBERMAN, s. 120.

103 CİN/AKYILMAZ, s. 124-125.

faaliyetinin farklı zamanlarda çeşitli biçimlerde yapılabildiği görülmüş, tipik örneklerinden biri de mâlikânede yaşayan halkın ortak olarak kullandıkları alanlara girerek burayı çevirmek olarak ifade edilmiştir.[104] Çitlemenin faydalarından biri, toprak işlemede köylüye keyfi hareket edebilme ve bağımsız davranma yetisi getirmek olmuştur, böylece köylü sıkışmış düzenden çıkma yolu bulmuştur. Yeni sistemde tarla, elde bulunduran -mutasarrıf veya mâlik- nasıl istiyorsa o şekilde işlenecektir. İlk olarak toprak beylerinin uyguladığı çitleme daha sonra köylüler tarafından da benimsenmiştir. Bu süreçte şerit değiş-tokuşu gibi "demokratik" çareleri akıl edenlerin yanı sıra komşusunun tarlasından yer işgal eden köylüler de görülmüştür. Hill 17. yüzyılda koyun yetiştirme amaçlı çitlemenin büyük bir ihtimalle çoktan sona erdiği iddiasındadır, buna karşın ticarî tarıma yönelik çitleme sürmektedir.[105] Nitekim kamusal alana ulaşımın sınırlanmasına dair davaların 13. yüzyıl öncesi örnekleri, bu iddiayı doğrulamaktadır.

Tüm bu süreçten bazı köylüler muzaffer çıkarak bir bakıma sınıf atlayacak, bazıları ise topraksız köylü konumuna gelecektir. 1500 yılında, hem geç orta çağın nüfus hareketleri sebebiyle; aynı zamanda köylünün efendiye kafa tutma becerisiyle, servetin köylü ve işçi lehine dağıtıldığı görülmektedir.[106] Bunda Kara Veba ve Küçük Buz Çağı gibi olguların yarattığı nüfus azalmasının da payı büyüktür. 17. yüzyılda Protektora ve Cumhuriyet Dönemi'nde, İngiltere'de eşitliğin yanı sıra ortak mülkiyet gibi, ceza hukukunun ıslaha yönelmesi gibi pek çok fikrin savunulduğu ilginç bir düşünce ortamı söz konusu olmuştur.[107] Yoksulların mülkiyet hakkı da bu süreçte dile getirilmiştir. Ancak bu dönemin nispeten radikal fikirleri de pek uygulama alanı bulamamış gibidir. İç Savaş sırasında çitlemeyi sınırlandıran bazı adımlar atılmış olsa da mülkiyete erişim konusunda daha özgürlükçü nitelikte fikirler yenilgiye uğramıştır. 1656 yılında çitlemeyi sınırlandırmaya dair yasa tasarıları parlamentoda mülkiyeti sınırlayacağı için reddedilmiştir, elbette sınırlanmasından endişe edilen, büyük üreticinin mülkiyetidir. Esasen 17. yüzyıla bütüncül bir şekilde bakmak gerekirse bu dönemde, feodal toplumda köylünün yararlanabildiği kamusal alanları kı-

---

104 MOORE Barrington Jr, **Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri**, (çev. Şirin Tekeli/Alaeddin Şenel), 3. bası, İmge Yayınevi, Ankara, 2011, s. 36.

105 HILL Christopher, **İngiltere'de Devrim Çağı 1603-1714**, (çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 32.

106 RIGBY S.H., **English Society in the Later Middle Ages: Class, Status, Gender**, Macmillan, Londra, 1995, s. 324.

107 HILL Christopher, **Dünya Altüst Oldu: İngiliz Devriminde Radikal Düşünceler**, (çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013.

sıtlanmış ve özel mülkiyete dahil etmiştir.[108] Bundan yararlanan grup ise feodal dönemin baronlarından, lordlarından veya hür köylüsünden farklı bir gruptur.

17. yüzyılda İngiltere'de küçük ölçekte de olsa kapitalist üretim yapan zengin bir orta köylülük sınıfına doğru giden bir yol açılmış, bir yandan devam eden çitleme faaliyetleri ile sanayileşme ve feodal toprak düzeni arası çatışmanın örnekleri görülmeye başlanmıştı.[109] Topraksız kalan köylülerin varlığı işgücü fazlası yaratmıştır ki bu durum ileride kentli nüfusun artmasına da yol açacaktır. Bir taraftan ortak kullanıma açık topraklar kişiye özgü hale gelirken, diğer taraftan merkeze ait topraklar elden çıkarılıyordu. İngiltere'de 1530'lardan 17. yüzyıla kadar geçen süreçte tahta ait araziler satılmış, bu toprakların arazilerin toplamına oranı yaklaşık %20-30'lardan %5'e inmiştir. Bu satım, devletin borçlarını ödemek amacıyla yapılıyordu, ancak bir noktadan sonra bu da yeterli olmadı.[110] Devletin siyâsî iktidarı tek elde toplaması süreci olarak görülen bu dönemde, gücün toplanabilmesi için başka bir egemenlik alanından bu şekilde feragat etmek gerekiyordu. Tahtın sattığı toprakların imkânı olanlar tarafından elde edilmesinin, muhtemelen özel mülk fikrinin gelişiminde ve arazi sahipliğinin yükselmesinde payı olmuştur.

Geleneklerden sapma teşkil eden bu sahiplenmenin halk arasında öfkeye hatta ayaklanmalara sebep olduğu görülse de bu tip isyanların çitleme faaliyetinin ilerlemesini durduramadığı dikkati çekmektedir.[111] Ancak belli bir dönemde bu isyanların epey etkili olduğu da bir gerçektir. İngiltere'de geç 16. yüzyılda ve 17. yüzyılda meydana gelen karışıklık sürecinin bir nedeni de ormanların ve metruk arazilerin tarıma açılmasını, gıda azlığını ve yüksek fiyatları protesto eden zanaatkarların ve işgalcilerin eylemleriydi.[112] Bu dönemde muhalif hareketler sadece şiddet içeren tepki biçiminde değildir; fikirsel açıdan gelişmiş, eşitliğe dayalı akımlar da mevcuttur. *Görkemli Devrim*'in öncesinde ve sonra-

---

108 HILL, 2016, s. 190-191.

109 REYHAN Cenk, **Osmanlı'da Kapitalizmin Kökenleri Kent-Kapitalizm İlişkisi Üzerine Tarihsel-Sosyolojik Bir Çözümleme**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2008, s. 89.

110 GOLDSTONE, s. 99.

111 WIESNER-HANKS, s. 623.

112 Orijinal metinde *squatter* olarak geçen bu kelimeyi, İngiltere'de bir araziyi 12 yıl boyunca sahibinin rızası olmadan kullanan kişinin mülkiyet hakkı olarak çevirmek mümkündür. Ancak tarihsel olarak bakıldığında, "komünlere ait topraklarda yaşayan kişiler" olarak geçmektedir. Bkz. BEAUD Michel, **Kapitalizmin Tarihi 1500-2010**, (çev. Fikret Başkaya), İstanbul, Yordam Kitap, 2015, s. 100; GOLDSTONE Jack A., **Revolution and Rebellion in the Early Modern World**, Kaliforniya, University of California Press, 1991, s. 77.

sında, çitleme sonucu ortaya çıkan yeni mülkiyet kavramının yarattığı eşitsizlik ve yoksulluğu dile getiren *leveller* gibi fikir akımlarının ortaya çıkması bir tesadüf olmasa gerektir. 17. yüzyılın ortasında İngiltere'de soyluların/elitin hemen her seviyeden mensubu, hanedan üyeleri de dahil olmak üzere, ticarî tarıma veya ticaretten gelen kâra yönelmişti. Bu dönemdeki isyanlar üretim araçlarına bir şekilde sahip olan çiftçilerin değil, zanaatkarların veya toprağa hiçbir şekilde erişimi olmayan gerçek "mülksüzler"in isyanıydı. Muhtemelen bu nedenle dönemin fikirsel akımları Christopher Hill gibi Marksist tarihçilerin ilgisini çekmiştir. Yine de ideolojik bakımdan klasik liberalizm bu dönemde İngiltere'de baskın çıkmıştır. İngiltere'de 1700 yılına gelindiğinde, tahminen her bağımsız çiftçiye karşı iki topraksız tarım işçisi bulunduğu ifade edilmektedir.[113]

Çitlemenin daha uzun vadeye yayılan bir diğer sonucu da İngiliz parlamentosunun bu konuda yeni yasa çıkarmak durumunda kalması olmuştur.[114] Üretim araçlarını kontrol edenler hukukî düzeni de biçimlendirmektedir. Sayısal örnek vermek gerekirse, İngiltere'de 1700-1760 tarihleri arasında parlamentodan yılda ortalama dört çitleme yasası geçerken, 1760-1792 arasında bu sayı kırkın üzerine çıkmıştır.[115] Yasaların belli bir bölgeden gelen talep üzerine çıktığı dikkati çeker. Parlamento çitleme önerisini, bölgesel oylamanın sonucunda dörtte üç ile beşte dört arası mutabakat var ise onaylamaktadır. Barrington Moore Jr, bu oylamada halkın değil mülk sahiplerinin oy kullanabildiklerini söyler.[116] Ancak 18. yüzyılın mülk sahibi İngilizlerini 13. yüzyılın baronlarıyla bir tutmak hem hukuk hem de tarih açısından hatalı bir metodoloji olacaktır.

SONUÇ

Makale Robert Darnton'ın üzerinde durduğu ve bir masalın temelde tarihi bir geçmişi olduğu, masallara dair çalışmaların bu geçmişten bağımsız yapılmaması gerektiği uyarısından belli ölçüde uzaklaşmıştır.[117] Yine de Darnton'ın bu eleştiriyi temelde psikoloji bilimine yönelttiği gerçeğinden yola çıkılarak bir meşruiyet sağlanabilir. Masaldaki köylülerin sözleri psikolojik semboller olarak değil, tarih bağlamında değerlendirerek masalın değil ama masalda atıf yapılan ütopyanın tarihselliği bulunmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda getirilebilecek te-

113 WIESNER-HANKS, s. 623.

114 ROBERTS, s. 556.

115 REYHAN, s. 120.

116 MOORE Jr, s. 50.

117 DARNTON, s. 23-26.

mel bir eleştiri ve köylünün durumuyla ilgili temel bir eksiklik Rusya tarihine ve erken modern dönemdeki Rusya toprak hukukuna -şimdilik- değinmemiş olmaktır. Kuşkusuz Tolstoy'un romanlarında da seçilen köylü, efendi, emek gibi konulara yaklaşımı masalın tekrar anlatımı üzerinde etkili olmuştur.

Bu çalışmayı "İncelenen dönemde paranın ve mülkiyetin bilinmediği bir ütopyanın hukukî karşılığı olmamıştır" sözleriyle bitirmek fazlasıyla basitleştirici bir yaklaşım olacaktır. Tohum Masalı pekâlâ paranın kıt olduğu, üretimin geleneksel şekilde sürdürüldüğü zamanların bir övgüsü olarak kabul edilebilir. Bu tasvir, basit insanların gözünde daha kolay yaşanır bir toplumu canlandırmaktadır; bu hem Rus hem de Türk versiyonu için geçerli bir çıkarımdır. Nitekim Tolstoy'un romanlarında soylu-entelektüel kişinin toprağa geri dönüşü ideali de sık sık karşımıza çıkmaktadır. Masaldaki ideal dünya tasviri mülkiyetin tamamen ilgasını içermiyordu belki, ama herkesin ekonomik kaynaklardan eşit derecede yararlanmasına dair görüşler, 14. yüzyılda İngiltere ve Osmanlı topraklarında, 17. yüzyılda İngiltere'de dile getirilmişti. Orta Çağ'ın nispeten mülkiyet karşıtı gözüken teorik akımlarının arka planında gerek İngiltere'de gerek Osmanlı topraklarından belli ölçüde heterodoks inanç sistemlerinin bulunması ilginç bir durumdur. Köylü isyanları üzerine geniş bir literatür bulunmaktadır ve bu literatürde ortaya konduğu üzere 13.-14. yüzyıllarda Anadolu'da görülen isyanların önemli bir kısmı dinden beslenmektedir. Ancak bu isyanları gerçekleştiren kişilerin sosyo-ekonomik aidiyetleri ve talepleri her zaman farklılaşabilmektedir. Osmanlı Devleti özelinde, isyancılığa bazen göçebelik de eşlik edebilmektedir ki bu İngiltere için söylenemeyecek bir olgudur.

Bir Rus halk hikayesinin Türkçe söylenişinden yola çıkarak farklı coğrafyalarda köylünün toprakla ilişkisi hakkında bazı sorular soran bu makalede ulaşılabilecek temel bir nokta, özellikle köylüler açısından toprak üzerindeki mülkiyet ve tasarruf haklarının kümülatif bir biçimde ilerlememiş olduğudur. Dolayısıyla bazı bölgelerde köylüyü ezdiği düşünülen feodal sistem, aslında kaynaklara erişim bakımından daha olumlu bir hukukî çerçeve sunabilmektedir. Mülksüzleşme sorunu yoksulluk sorunuyla birlikte değerlendirildiğinde ise, 17. yüzyılın yoksullarının 14. yüzyıldaki muadillerine göre, Sanayi Devrimi sonrasının işçilerinin de önceki dönemlere göre daha zor durumda oldukları söylenebilir; toplumun her kesimi "ilerleme" sürecinden aynı anda eşit derecede yararlanamayabiliyordu. Yoksulluk, mülksüzleşme gibi olguların güncel birer sorun teşkil etmeleri, bu konular üzerine hukukî çözümlerin, geçmiş pratiklerin düşünülmesi ve tartışılması bakımından halen bir ihtiyaç olduğunu ortaya koymaktadır.

KISALTMALAR

çev.ed.: Çeviri editörü

haz.: Hazırlayan

yyy.: Yayın yeri yok

KAYNAKÇA

ACKROYD Peter, **The History of England Volume I Foundation**, Pan Books, Londra, 2012.

AKGÜNDÜZ Ahmet, **Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri**, C. 11, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2016.

Araziye Dair Sultan Ahmed Han-ı Salis Kanunnâmesi, Türk Tarih Kurumu Kütüphanesi Serkis Karakoç Külliyatı 6108, Ankara.

Aşıkpaşazade Tarihi (Osmanlı Tarihi 1285-1502), (haz. Necdet Öztürk), Bilge Kültür Sanat, İstanbul, 2013.

AYDIN Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

BEAUD Michel, **Kapitalizmin Tarihi 1500-2010**, (çev. Fikret Başkaya), Yordam Kitap, İstanbul, 2015.

BIRRELL Jean, "Common Rights in the Medieval Forest: Disputes and Conflicts in the Thirteenth Century", **Past and Present**, 117/1, 1987, ss. 22-49.

CİN Halil/AKYILMAZ Gül, **Feodalite ve Osmanlı Düzeni**, 2. bası, Çağ Üniversitesi Yayınları, Adana, 2000.

DARNTON Robert, **The Great Cat Massacre and Other Episodes in French Cultural History**, Basic Books, New York, 1984.

DAVIES Norman, **Avrupa Tarihi**, (çev. ed. Mehmet Ali Kılıçbay), (çev. Burcu Çığman vd.), İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

DAVIES R.R., **Lords & Lordship in the Britigh Isles in the Late Middle Ages**, (haz. Brendan Smith), Oxford University Press, Oxford, 2009.

ELDEM Ethem, "Osmanlı Devleti ve Fransa 17. ve 18. Yüzyıllarda Devlet-Ekonomi İlişkilerine Karşılaştırmalı Bir Bakış", **Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Problemler, Araştırmalar, Tartışmalar**, (I. Uluslararası Tarih Kongresi Bildirileri) 2. bası., Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1998, s. 14-32.

FAROQHI Suraiya, "Coping with The Central State, Coping with Local Power: Ottoman Regions and Notables From the Sixteenth to the Early Nineteenth Century", **The Ottomans and the Balkans a Discussion Historiography**, (haz. Fikret Adanır/Suraiya Faroqhi) Brill Publishing, Leiden, 2002, ss. 351-381.

FERGUSON Heather, **The Proper Order of Things Language, Power, and Law in Ottoman Administrative Discourses**, Stanford University Press, Kaliforniya, 2018.

FLEET Kate, "The Turkish economy, 1071-1453", **The Cambridge History of Turkey Volume 1 Byzantium to Turkey 1071-1453**, (haz. Kate Fleet), Cambridge University Press, New York, 2009, ss. 227-265.

FLEISCHER Cornell H., **Tarihçi Mustafa Ali: Bir Osmanlı Aydını ve Bürokratı**, (çev. Ayla Ortaç), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2013.

GENÇ Mehmet, "Osmanlı İktisadi Dünya Görünüşünün İlkeleri", **Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi**, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2010, s. 45-54.

GOLDSTONE Jack A., **Revolution and Rebellion in the Early Modern World**, University of California Press, Kaliforniya, 1991.

HILL Christopher, **Dünya Altüst Oldu: İngiliz Devriminde Radikal Düşünceler**, (çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2013.

HOLLISTER C. Warren, **Medieval Europe a Short History**, 8. bası., ABD, McGraw-Hill, 1998.

HUBERMAN Leo, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, (çev. Murat Belge), 17. bası., İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

İNALCIK Halil, "Aşıkpaşazade Tarihi Nasıl Okunmalı", **Söğüt'ten İstanbul'a Osmanlı Devleti'nin Kuruluşu Üzerine Tartışmalar**, (haz. Oktay Özel/Mehmet Öz), 2. bası, İmge Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 119-145.

İngiltere'de Devrim Çağı 1603-1714, (çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

KAKINÇ Tarık Dursun, "Evvel Zaman İçinde Masal Vardı", **Deve Tellal Pire Berber İken**, Milliyet Yayınları, yyy., 1979, s. 9-24.

KEARNEY Hugh, **Britanya Adaları Tarihi**, (çev. Özgür Umut Hoşafçı), İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2015.

KESKİNTAŞ Orhan, **Osmanlı Siyasetnâmelerinde Adalet, Ahlak ve Nizam Üzerine Bir İnceleme**, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2017.

KEYDER Çağlar "Osmanlı İmparatorluğu'nda Büyük Ölçekli Ticarî Tarım Var mıydı?", **Osmanlı'da Toprak Mülkiyeti ve Ticarî Tarım**, (haz. Çağlar Keyder/Faruk Tabak), (çev. Zeynep Altok), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 1998, ss. 1-14.

"Köy, Köylü ve İmparatorluk", **Osmanlı İmparatorluğu, Toplum ve Ekonomi**, 2. bası, Eren Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 1-14.

"Kutadgu Bilig'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri", **Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet**, 3. bası, Kronik Kitap, İstanbul, 2016, s. 11-30.

LAMBERT Malcolm, **Ortaçağda Dinsel Sapkınlıklar**, (çev. Erdem Gökyaran), Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2015.

LINEBAUGH Peter, **The Magna Charta Manifesto Liberties and Commons for All**, Berkeley, University of California Press, 2008.

Magna Charta, Büyük Sözleşme, (çev. Çiğdem Dürüşken), İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2009.

MCILWAIN Charles Howard, "Due Process of Law in Magna Charta", **Columbia Law Review**, S. 13-1, 1914, ss. 27-51, http://www.jstor.org/stable/1111001?seq=3#page_scan_tab_contents (Erişim tarihi: 07.09.2019)

MCKECHNIE William Sharp, **Magna Charta a Commentary on the Great Charter of King John**, 2. bası., James Maclehose and Sons, Glasgow, 1914.

METİN Sevtap, **Magna Carta ve Sened-i İttifaktan Bugüne**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018.

MOORE Barrington Jr, **Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri**, (çev. Şirin Tekeli/Alaeddin Şenel), 3. bası, İmge Yayınevi, Ankara, 2011.

OCAK Ahmet Yaşar, **Osmanlı Toplumunda Zındıklar ve Mülhidler Yahut Dairenin Dışına Çıkanlar (15.-17. Yüzyıllar)**, 4. bası, Tarih Vakfı Yurt Yayınevi, İstanbul, 2013.

REYHAN Cenk, **Osmanlı'da Kapitalizmin Kökenleri Kent-Kapitalizm İlişkisi Üzerine Tarihsel-Sosyolojik Bir Çözümleme**, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2008.

RIGBY S.H., **English Society in the Later Middle Ages: Class, Status, Gender**, Macmillan, Londra, 1995.

ROBERTS J. M., **Dünya Tarihi II. Cilt 18. Yüzyıl ve Sonrası**, (çev. İdem Erman/Tansu Akgün), İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2011.

"Sikkenin Basılmadığı Akçenin Kesilmediği Zamanlardan Kalma Masal", **Deve Tellal Pire Berber İken**, Milliyet Yayınları, yyy., 1979, s. 80-92.

STOYANOV Yuri, "Börklüce Mustafa ve Şeyh Bedreddin Ayaklanmasının Kıyametçi ve Mezhepsel Ayrımlarüstü Yönleri-Yorumlama Sorunları ve Araştırma İçin Yeni Bakış Açıları", **Uluslararası Börklüce Mustafa Sempozumu Bildirileri**, (haz. KAYA, Alp Yücel vd.), Egeus Matbaası, İzmir, 2017, ss. 475-491.

SUMMERSON Henry, "Kingship, government and political life c. 1160-1280", **Short Oxford History of the British Isles the Twelfth and Thirteenth Centuries 1066-c. 1280**, (haz. Barbara Harvey), Oxford University Press, Oxford, 2001, ss. 201-240.

TABAK Faruk, **Solan Akdeniz 1550-1870 Coğrafî-Tarihsel Bir Yaklaşım**, (çev. Nurettin Elhüseyni), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010.

TIETZSE Andreas, **Mustafa Ali's Counsel For Sultans of 1581 C. 1**, Osterreischen Akademie Der Wissenschaften, Viyana, 1979.

TOLSTOY Leo, "A Grain as Big as a Hen's Egg", **Twenty-Three Tales by Tolstoy**, (çev. L. Aylmer/M. Aylmer), Funk & Wagnalls Company, New York, 1907, ss. 134-135.

TURNER Ralph V., **Magna Charta Through the Ages**, Pearson Longman, Londra, 2003.

WEISNER-HANKS Merry E., **Erken Modern Dönemde Avrupa 1450-1789**, Çev. Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.

WERNER Ernst, **Büyük Bir Devletin Doğuşu Osmanlılar 1300-1481 Osmanlı Feodalizminin Oluşum Süreci**, çev. Yılmaz Öner ve Orhan Esen, Yordam Kitap, İstanbul, 2014.

WERT Justin J., "With a Little Help from a Friend: Habeas Corpus and the Magna Charta after Runnymede", **PS: Political Science and Politics**, S. 43-3, 2010, ss. 475-478.

WILKINSON B., "English Politics and the Politicians of the Thirteenth and Fourteenth Centuries", **Speculum**, S. 30-1, 1955, s. 37-48, http://www.jstor.org/stable/2850036 (Erişim Tarihi: 16-09-2019).

YOUNG Charles R., "English Royal Forests under the Angevin Kings", **Journal of British Studies**, S. 12-1, 1972, ss. 1-14, http://www.jstor.org/stable/175325, (Erişim tarihi: 12.04.2020).

PERILS OF MISMATCHING HUMAN TRAFFICKING FOR SEXUAL EXPLOITATION AND SEX WORK: IN THE SHADE OF DEFINITIONAL PERPLEXITIES OF THE TRAFFICKING PROTOCOL(*)

Dr. Ekin Deniz UZUN(**)

Abstract: This paper argues that the international legal definition of human trafficking provided by the 2000 UN Trafficking Protocol is inadequate to distinguish sex trafficking from the phenomenon of sex work. It thus explains why and how there is such definitional perplexities under international law pertaining to these two phenomena. Indeed, philosophically there are similarities that may result in a possible mismatch in certain scenarios, leading to misidentification of sex trafficking victims and sex workers. For instance, prejudices, myths, stereotypes and discrimination cause both sex workers and trafficked victims to face difficulties, when it comes to defining their legal status. As is discussed, although the Trafficking Protocol is a true breakthrough, components of its human trafficking definition -namely exploitation, deception and coercion- have a potential breadth that can leave room for different interpretations. This paper explains that it is not correct to interpret this intricacy of international legal regulation on the definition of human trafficking as suggesting that sex trafficking is sex work. In fact, there is no evidence to clearly imply that international law indeed uses the term sex trafficking interchangeably with sex work. Reasons for this, along with the perils of mismatching these two phenomena are explained.

Keywords: Trafficking Protocol, Sex Work, Sex Trafficking, Victim Identification, States' Obligation to Protect and Identify the Victims.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 02.03.2020. Makale Kabul Tarihi: 09.04.2020.

(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-9757-0223; *eduzun@ybu.edu.tr*).

İNSAN TİCARETİ VE SEKS İŞÇİLİĞİ KAVRAMLARININ EŞDEĞER KULLANIMININ TEHLİKELERİ: İNSAN TİCARETİ PROTOKOLÜ'NÜN TANIMSAL KARIŞIKLIĞI GÖLGESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Öz: Bu çalışma, 2000 BM İnsan Ticareti Protokolü'nün getirmiş olduğu insan ticareti tanımının, seks ticareti ve seks işçiliği olgularının ayırt edilmesi açısından yetersiz olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası hukuk kapsamında bu iki fenomenle ilgili olarak -neden ve nasıl- tanımsal çıkmaz sorunsalının ortaya çıkmış olduğunu açıklar. Gerçekten de, felsefi olarak, seks ticareti mağdurlarının ve seks işçilerinin yasal statülerinin yanlış tanımlanmasına yol açabilecek bir takım senaryoları örneklendirmek mümkündür. Örneğin, önyargılar, mitler, klişeler ve ayrımcılık, yasal durumlarını tanımlamak söz konusu olduğunda hem seks işçilerinin hem de insan ticareti mağdurlarının zorluklarla karşılaşmasına neden olmaktadırlar. Tartışıldığı gibi, İnsan Ticareti Protokolü önemli bir uluslararası hukuk düzenlemesi olmasına rağmen, insan ticareti tanımının bileşenleri - istismar, yanıltma ve zorlama - farklı yorumlara yer bırakabilecek potansiyelde geniş tutulmuş kavramlardır. Bu makale, insan ticaretinin İnsan Ticareti Protokolü düzlemindeki tanımsal karmaşıklığına ve seks ticaretinin seks işçiliği ile birbirinin yerine geçer nitelikte neden kullanılmaması gerektiğine ışık tutmaktadır. Kaldı ki, uluslararası hukukun seks ticareti kavramını seks işçiliği ile yer değiştirir nitelikte kullandığını gösterir bir kanıt da yoktur. Bunun nedenleri, bu iki kavramın birbiri yerine kullanılması tehlikeleriyle birlikte açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Ticareti Protokolü, Sex Işçiliği, Sex Ticareti, Mağdurların Tespiti, Devletlerin Koruma ve Mağdurları Tespit Etme Zorunluluğu.

I. INTRODUCTION

1. Research Objectives

This paper sets out to investigate one overarching question: whether the international legal framework defining human trafficking for sexual exploitation is appropriate to deal with the modern-day phenomenon of trafficking in comparison to sex work. Definitional issue around sex trafficking and sex work stands as a central challenge. In order to achieve this objective, following topic is addressed too: how scholars, media and international judgements interpret international law definitions of sex trafficking and sex work particularly considering the resemblance between these acts.

This article proceeds as follows:

Part I gives a background of sex trafficking and sex work. Part II walks the readers through definitional debates pertaining to sex trafficking and sex work, showing them both the variety in definitions/understandings, and the efforts toward a unified view of trafficking, at least in a legal context. Part III charts the international legal framework applicable to human trafficking. The goal is to define and understand what human trafficking for the purpose of sexual exploitation is in comparison to sex work. This part thus formulates the definition of human trafficking for sexual exploitation in light of the Trafficking Protocol. It is particularly noted that even though a nexus of international legal rules manages human trafficking, before the Trafficking Protocol, human trafficking was not the focus of any one specific treaty. In addition, the discussion illustrates that, with the adoption of the Trafficking Protocol in 2000,[1] this phenomenon was defined and addressed explicitly. Due to the treaty's importance, the analysis looks at how the Protocol regulates human trafficking.

This paper, thus, sets forth that albeit the Trafficking Protocol is significant in defining human trafficking, there is an ongoing debate over the meaning of sex trafficking in comparison to sex work. In this regard, the aim is to understand how/whether international law has been developed in ways that would help us to differentiate these two phenomena.

The reason for building the initial analysis on the above-mentioned steps - anatomy of human trafficking, setting forth the legal framework of sex trafficking with links to definitional analysis - is to underline another major issue pertaining to sex trafficking and sex work in overall sense, as the following step in Part IV: the obligation of protection, which mainly looks at the importance of identification of trafficked victims and sex workers. This issue is explained on the grounds of 'layers of victimisation' and its consequences. It looks at the misperception attached to both sexually exploited victims and sex workers in order to capture whether any absolute profile of victims exists not only in the cases of human trafficking but also considering the incidences in which sex workers are raped, abused and mistreated, and so victimised. For

[1] UN General Assembly, 'Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organised Crime', 15 November 2000, https://www.refworld.org/docid/4720706c0.html, (Last Accessed: 28 February 2020).

instance, it is a possibility to avoid that victims are further hurt/victimised by certain misconceptions and thought practices around the concept of trafficking whereby people/institutions blame them for being trafficked, or for particular things they did/had to do while they were being trafficked. This stresses the idea of a doubled suffering, or compounded suffering, where the suffering of being trafficked is made worse/more complicated by the suffering caused by people's perceptions of or reactions to that crime/suffering.

2. The Methodology Used to Define/Discuss Problem

This paper employs an approach of unfolding sequential layers pertaining to one major issue, namely the definitional quagmire pertaining to sex trafficking and sex work. It considers alignment of international human trafficking law and asks whether, based on the findings, international law defining human trafficking -particularly sex trafficking- is adequate for facing modern-day challenges. It also sets forth where current approaches are/are not in alignment with international law and what could/should be done to improve the situation. Thus, this paper aims to analyse whether the Trafficking Protocol's human trafficking definition manipulates the understanding of human trafficking for sexual exploitation, resulting in a possible mismatch with sex work. In other words, it seeks to examine how the law deals with disentangling the phenomenon of sex trafficking in comparison to sex work, and whether it is done in a satisfactory way.

This paper, in order to address the issues given above and resolve the ensuing research question, adopts a methodology which includes:

A critical analysis of the current international legal rules pertaining to the definition of human trafficking;

A desk review of relevant literature, including scholars' approaches and international jurisprudence in relation to sex trafficking and sex work;

A survey of significant ongoing issues affecting sex trafficking practices and sex work.

The paper represents a legal analysis on sex trafficking and sex work, employing comparative and socio-legal methods, and considering both law and practice as necessary.

II. DEFINING THE BORDERS OF SEX TRAFFICKING

1. Part I: The Anatomy of Sex Trafficking and Sex Work

Human trafficking is a pervasive contemporary phenomenon. This term describes the process of moving people within and between countries for the express purpose of exploiting them.[2] Human trafficking comes in many forms, including forced labour, migrant workers' debt bondage, forced child labour and sex trafficking, which is why it is enmeshed with a host of other transnational movements and criminal activities. Even though the borders of human trafficking extend to many other forms of non-sexual exploitation, this paper only deals with one dimension of human trafficking, namely human trafficking for sexual exploitation, in other words sex trafficking.

Since human trafficking is mostly a hidden crime with a complex nature, identification and non-criminalisation of human trafficking victims are not easy tasks to determine in practice and in law. Human trafficking victims are often 'captured' in situations mostly due to 'consequential offences' such as prostitution. This sentence emphasises 'captured' in its analysis, because trafficked victims are usually afraid of going to the police either due to threats made by their traffickers or because they do not trust officials.[3] Therefore, in most cases they encounter public officials because of the crimes they have committed/been forced to commit related to their status, e.g., victims may be treated as criminals due to their involvement in prostitution or their status as illegal immigrants. As a result, they may unjustly suffer prosecution. Realistically, systematic identification would only work well if there was no threat of prosecution for status crimes. Note that this possibility is very unrealistic, if states have a desire to be tougher on such crimes. It is also important to add that people who are trafficked internally are also at great risk of suffering from the consequences of misidentification or non- identification of their status. Thus, the analysis in this paper refers not only to individuals trafficked transnationally but also those trafficked internally.

---

2 See GALLAGHER Anne T., **The International Law of Human Trafficking**, (Cambridge University, 2010).

3 UN GIFT, 'Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners - Module 4: Control Methods in Trafficking in Persons', New York, UN, 2009, 4, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module4_Ebook.pdf (Last Accessed: 25 February 2020).

It is at core crucial to understand why definitional quagmire exists when it comes to defining the borders of specific issues in relation to human trafficking crimes. Particularly this paper explains the challenges resulting in definitional obstacles of human trafficking for the purpose of sexual exploitation. In that victims of sex trafficking are mostly misidentified as sex workers. The reasons of misidentification of trafficked victims are explained both from legal perspective and sociological aspect of the problem. For instance, sex trafficking victims are 'confused' as workers 'selling' sex due to the product of certain misconceptions: "the whore/Madonna division within prostitution and the idea that the non-innocent sex worker gets what she deserves".[4] This idea also produces that 'whores' sacrifice their rights to social protection through their degraded behaviour.[5] In the 'whore and the goddess' split, our mothers and sisters are perceived to be pure, while the women of the 'other' community, who enjoy sex or participate as workers in sex industry, are looked upon as bitch-like.[6] In such conceptualisation, and similar to what is faced by human trafficking victims, stereotyping, prejudices, myths exist and there is a failure to appreciate the complexity and diversity of sex work and its social contexts.[7] This approach/terminology rests on the idea that this kind of discourse is about acknowledging *vs.* denying women's ability to make choices, and that some women are forced into certain choices. E.g., one former sex worker, who is transgender, told Amnesty International that '[w]e didn't have any real access to health care services because whenever we went to hospitals we were laughed at or the last ones to be attended to by doctors'.[8] It is thus important to define and understand the concept of sex worker and sex trafficking victim; as such ignorance and an arrogant attitude towards these

---

4 MCSHERRY Bernadette M. and KNEEBONE Susan Y., 'Trafficking in Women and Forced Migration: Moving Victims Across the Border of Crime into the Domain of Human Rights, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper, 35, 2009, pp. 67-90, p. 71.

5 MAHDAVI Pardis, 'Migrating in the Era of Human Trafficking', **Asian Population Studies**, 11(2), 2015, pp. 111-114, p. 112.

6 SHUKLA Rakesh, 'Sex Workers: Repositories of the "Bad"?', **International Journal of Applied Psychoanalytic Studies**, 12(2), 2015, p. 183.

7 GOODYEAR Michael D. E. and CUSICK Linda, 'Protection of Sex Workers', **BMJ**, 52, (2007), p. 334.

8 Amnesty International, 'Publishes Policy and Research on Protection of Sex Workers' Rights', 2016, 26 May, https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/05/amnesty-international-publishes-policy-and-research-on-protection-of-sex-workers-rights/ (Last Accessed: 10 December 2019).

people and/or groups can cause infringement on the rights of sex workers and silence anti-trafficking campaigns and trafficked victims.

It remains essential to identify such practices, i.e., whether they constitute trafficking, in order to better assist and protect victims, because entitlements owned to the trafficked individual in a given case would be substantial. In this regard, following parts will look at the meaning and understanding on sex work and sex trafficking both conceptually and legally.

2. Part II: What Is (Not) Sex Work, What Is (Not) Sex Trafficking?

Ethical analysis of prostitution has been mostly constrained by tenuous links with human trafficking for sexual exploitation. However, these two phenomena are separate concepts, with different legal meanings. As for the common ground, both definitions of sex work and sex trafficking have component of prostitution. Indeed, prostitution can lead to sexual exploitation in which women are coerced into having sex, considering the correlation between commercial sex work, human trafficking and organised crime. However, while sex work involves willing engagement by nature, sex trafficking is all about force, coercion or deceit extending to exploitation of victims.

UNAIDS and the World Health Organisation define sex workers as "female, male and transgender adults aged over 18 years who sell consensual sexual services in return for cash or payment in kind, and who may sell sex formally or informally, regularly or occasionally."[9] The term sex worker specifically refers to people of all genders who sell sexual services consensually. Thus, the terms sex worker and sex work have been embraced as referring the people who sell sex. Sex workers have agency and they make decisions about their lives, contrary of being passive victims. It should be noted that morally, sex workers should not be called prostitutes because referring to female sex workers as prostitutes is a way of classifying women through a negative perception. This kind of understanding locates them as somehow deserving - *she knew the danger.*[10] As being the product of people's perception

---

[9] UNAIDS, 'Technical Guidance for Global Fund HIV Proposals Round 11 Key Populations: Sex Workers', http://www.unaids.org/sites/default/files/sub_landing/files/20110909_Technical_Guidance_Sex_Workers_en.pdf (Last accessed: 28.02.2020).

[10] SMITH Lizzie, 'Dehumanising Sex Workers: What's 'Prostitute' Got to do With It?', **The Conversation**, http://theconversation.com/dehumanising-sex-workers-whats-prostitute-got-to-do-with-it-16444, (Last Accessed: 28.02.2020).

turning 'them' into a thing justifies violence perpetrated against sex workers. Similarly, it is important to understand that the identification of human trafficking victims too cannot be all about ticking boxes or judging abused victims' stories as true or false.[11] It should be primarily about recognising that victims are people with inalienable rights. There should be no intention of putting them into certain categories. It should be emphasised that sex workers in most cases are not trafficked victims. This viewpoint has been generated by media and conservative and nationalistic discourse that turns sex work into a criminal issue.

Conservative approach to sex workers is also linked to the debate over legitimisation of sex work, which can often be reduced to two opposing viewpoints: radicals/abolitionists and liberals. Radicals and abolitionists approach sex work as something that can be eradicated. For them, this is a goal to achieve: removing criminal proscription which justifies violence against women as means of sexual slavery. However, the liberal viewpoint recognises the legitimacy of sex work. In this approach, a woman would weigh her options to make the most advantageous decision, and then may choose sex work, deserving the same rights and privileges as another person in any other occupation.[12] Radical feminists apparently do not view sex work as a matter of choice; rather, they consider that women are coerced into becoming prostitutes.[13]

The debates summarised above have also shaped the discussion over whether prostitution should be criminalised, and whether such criminalisation would decrease sexual exploitation as a result of human trafficking. For example, Sweden decriminalised prostitution and criminalised the purchase of sex and pimping. This method has led to a decrease in the number of human trafficking cases.[14]

---

[11] ANDERSON Bridget, **Us and Them?: The Dangerous Politics of Immigration Control**, (Oxford University Press, 2013), p. 145.

[12] BERAN Katie, 'Revisiting the Prostitution Debate: Uniting Liberal and Radical Feminism in Pursuit of Policy Reform', **Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice**, v. 30-1, 2012, pp. 19-56, p. 30.

[13] HERNANDEZ-TRUYOL Berta E. and LARSON Jane E., 'Sexual Labor and Human Rights', **Columbia Human Rights Law Review**, 37, 2006, pp. 391- 445, p. 400.

[14] See CHO Seo-Young and DREHER Axel and NEUMAYER Eric, 'Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?', **World Development**, Vol. 41, 2013, pp. 67-82.

The society, under the influence of biased media and a conservative viewpoint, still often sees sex workers and sexually exploited victims as belonging certain categories. Thus, in most cases both sex workers and sexually exploited victims, for similar reasons, are not identified properly and/or abused and re-victimised, because of the misperception attached to them. Sex workers are often subjected to human rights abuses, due to criminalization. This fact diminishes their ability to seek protection from violence. They also find no way to apply for legal and social services. However, for instance *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW) in 1979 (UN 1979), put a new legal tool in women's hands, empowering them to claim their right to equal treatment - including but not limited to being protected against sex trafficking - as internationally recognised and protected.[15] The CEDAW Committee too is concerned with the conditions which promote rights and prevent abuse.[16]

Definitions, drawing upon the above analysis, not only help law enforcement officials recognise the victims, but also help legal systems. Legal definitions matter, as they help governments worldwide to collect and share data, while facilitating extradition of criminal suspects, and pursuing policy coordination with other governments.[17] Victim identification is important because it protects prostituted minors from criminalization too, for instance. These individuals are often victims of commercial sexual exploitation and who are subject to society's ambivalence as being perceived to be transgressors of its rules.[18] Thus, identifying a trafficked victim as a criminal may prove dangerous. E.g., if a trafficked woman is randomly picked up off the streets by a police officer, she may be held responsible for 'selling sex', even though she is forced to do so. This is also because trafficked persons are usually treated as clandestine workers or foreign prostitutes.

---

15 MACKINNON Catherine A., **Are Women Human? And Other International Dialogues**, Belknap Press - Harvard University Press, 2007, p. 64.

16 See CEDAW (2006-2013) CEDAW Concluding Observations China (2006). CEDAW/C/CHN/CO/6. para. 10; CEDAW Concluding Observations Fiji (2010). CEDAW/C/FJI/CO/4. para. 25; CEDAW Concluding Observations Albania (2010). CEDAW/C/ALB/CO/3. para. 29.; 19 CEDAW Concluding Observations Hungary. (2013). CEDAW/C/HUN/CO/7-8. para. 23(e).

17 See SEGRAVE Marie and MILIVOJEVIC Sanja and PICKERING Sharon, **Sex Trafficking and Modern Slavery the Absence of Evidence**, Routledge, 2017.

18 BRAVO Karen E., 'On Making Persons: Legal Constructions of Personhood and Their Nexus with Human Trafficking', **Northern Illinois University Law Review**, 31, 2011, pp. 469-499, p. 483.

On the international law level, the Trafficking Protocol - which offers the most comprehensive regulation on human trafficking- is in fact criticised for its focus on the transnational crime aspect of human trafficking, while saying very little about the victims. On that note indeed with the adoption of the Trafficking Protocol in 2000, this phenomenon was defined and addressed explicitly for the first time. Albeit trafficking looks different and is defined and understood differently in different parts of the world and in different places, a lot of time and effort has gone into coming up with a legal framework/structure that can be applied to the practice worldwide. However, as discussed in the following part, the Protocol has also been criticised due to its definition on human trafficking. In that it has become evident that questions remain about certain aspects of the definition of the Trafficking Protocol. For instance, the Trafficking Protocol does not contain a definition for victims, even though the European Trafficking Convention in Article 4(e) addresses this point by defining a victim as "any natural person who is subjected to trafficking in human beings as defined".[19] Yet the issue is not that quite simple, as the process of identifying trafficking victims is a complicated one. For instance, deciding whether a situation can be described within the limits of trafficking definition and/or the person who is the subject of that particular case is indeed a victim is highly complex. Considering these challenges of victim identification, the possibility of individuals being wrongly identified was not contemplated during the drafting of the Trafficking Protocol. The Trafficking Protocol neither defines trafficked persons' status nor generates indicators for victim identification, nor do other major international law human trafficking treaties. Only several international organisations have developed 'indicators' of trafficking. As the legal definition of trafficked victims' status is beyond the concept of this paper, the analysis further only looks at the definition of human trafficking for sexual exploitation on the international law level. In that defining human trafficking particularly sex trafficking, distinguishing it from similar phenomena, namely sex work and addressing contemporary challenges pertaining to trafficking can inform a discussion on why it is important to identify both sex trafficking victims and sex workers. Following part focuses on the Trafficking Protocol's human trafficking definition which has a referral to sexual exploitation. It mainly considers its pitfalls that create definitional perplexities pertaining to sex trafficking and sex work.

---

[19] Council of Europe, 'Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings', 16 May 2005, CETS 197, https://www.refworld.org/docid/43fded544.html (Last accessed: 28 February 2020), Article 4(e).

3. Part III: International Law Definition of Sex Trafficking in the Shade of Definitional Perplexities Generated by the Trafficking Protocol

This paper argues that definitional perplexities of sex trafficking in relation to sex work is generated by the 2000 UN Trafficking Protocol, which defines human trafficking, and refers sexual exploitation in its definition. In overall sense, the Protocol's definition seems sufficient to address different forms of trafficking practices. However, there are still gaps. The main issue with the Protocol's definition is related to the scope of the terms used to define trafficking. Thus, the issue is not the narrowness of definition's scope, but the potential breadth of the definition provided by the Protocol that creates intricacy.[20] It would have been preferable if the Protocol had defined constituent elements of trafficking, namely exploitation, deception and coercion. For instance, it is important to define what in fact, and in law, exploitation actually is, yet no law defines it, although laws are written about prohibiting it. The lack of clarity around terms related to human trafficking, especially exploitation, leaves main components of its definition open-ended, which also makes human trafficking a complex phenomenon. This fact leads to a definitional quagmire which is identified as definitional perplexities in the context of this analysis, due to the potential breadth of the components of its definition.

The mobilisation represented by the Trafficking Protocol took the form it did through two years of extensive meetings, and was highly influenced by human rights movements, including ones with feminist roots.[21] E.g., feminists who are in support of abolition of prostitution proposed that because prostitution was equivalent to violence against women, trafficking and prostitution were equivalent terms.[22] Indeed, the framework for international human trafficking law has also been highly influenced by the international movement to abolish white slavery which was defined as a form of forced or fraudulent recruitment to prostitution in history. Consider this, even though trafficking in women had long been a topic of international concern when it comes to defining human

---

20 See GALLAGHER, 2010.

21 WARREN Karen, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities', in GOODALE Mark and MERRY Sally Engle (Eds.), **The Practice of Human Rights - Tracking Law Between the Global and the Local**, Cambridge University Press, 2007, p. 264.

22 SHAH Svati P, 'Sex Work & Women's Movements', CREA Working Paper, 2011, p. 11, https://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/Sex%20work%20and%20Women's%20Movements.pdf, (Last Accessed: 28.02.2020).

trafficking, in this century the term trafficking is not reserved for women and girls forced into prostitution.[23] With the Protocol, the meaning of human trafficking moved from sexual exploitation to exploitation in a much more general sense. As it can be understood from the Protocol's definition -given below- human trafficking is not restricted to sexual exploitation, and sex trafficking is accepted as a form of human trafficking.

The definition of human trafficking is outlined in Article 3(a), as follows:

> "Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.

This definition determines an end purpose of exploitation, including, at a minimum, "*the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation*, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs".

The exploitation element of the definition of trafficking is often not well understood as is initially mentioned above; which indeed obstructs relevant investigations and prosecutions.[24] Thus, the absence of clear definitions in the law pertaining to exploitation constitutes the main problem, creating interpretative discretion which leads to inconsistency. The Trafficking Protocol also addresses non-forced or even overtly consensual activities that are seen to fall into the realm of sexual exploitation.[25] Yet the terms 'exploitation of the prostitution of others' and 'sexual exploitation' were intentionally

---

[23] HYNDLNAD Kelly E., 'The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children', **Human Rights Brief**, 2001, 8(2), p. 30.

[24] KENDALL Virginia M. and FUNK Markus T., **Child Exploitation and Trafficking Examining the Global Challenges and U.S. Responses**, Rowman & Littlefield Publishers INC., 2012, p. 114.

[25] COOSTER van VOORHOUT Jill E. B., 'Human Trafficking for Labour Exploitation: Interpreting the Crime', **Utrecht Law Review**, 2007, v. 3-2, pp. 44-69, p. 46.

left undefined in the Protocol by leaving the question of how to address prostitution to the discretion of individual states and their domestic laws.[26] For this reason, it is also not clear whether prostitution and other commercial sexual practices are always to be regarded as exploitative. Similarly, a false distinction between prostitution and trafficking has caused an assumption that prostitution is necessarily created through trafficking, even though there is no reason why prostitution would demand trafficked participants.[27] This kind of narrow approach may also be because state legislation has the power to redefine reality and normalise the exploitation of individuals and groups.[28] Indeed, the drafting process of the Trafficking Protocol explains that States intentionally chose not to set out a definition for the term used in the definition of human trafficking which is exploitation of prostitution. As the aim was to recognise the wide diversity of ways in which States would address the issue of prostitution in law. Exchanging sex for money as being a form of exploitation is not at all reflected in international law too.

Although the Protocol does not make it explicitly clear, prostitution, trafficking, and other forms of sexual exploitation including pornography may be seen as overlapping in many ways. For instance, the production of pornography can and does often lead to exploitation through trafficking for females. Furthermore, pornography may be seen as suggesting that women always consent to sex, even under duress/force, which also encourages exploitation.[29] In this regard, one camp argues that prostitution does not contain consent, making all pimps and johns traffickers. The other camp however on the ground of lawful age argument claims that over the age of 18 women have agency to decide how they wish to use their bodies.[30]

As Elliott discusses, 'the terminology used in the trafficking definition makes it clear that it is possible to consent to exploitative activity, but that

---

26 WEITZER Ronald, 'Sex Trafficking and the Sex Industry: The Need for Evidence-Based Theory and Legislation', **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 101-4, 2011, pp. 1337-1370, p. 1344.

27 Ibid.

28 BRAVO Karen E., 'Interrogating the State's Role in Human Trafficking', **Indiana International & Comparative Law Review**, v. 25-1, 2015, pp. 9-31, p. 9.

29 MACKNINNON, 2007, p. 64.

30 D'ESTREE C., 'Voices from Victims and Survivors of Human Trafficking', in WINTERDYK John and PERRIN Benjamin and REICHEL Philip (Eds.), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns, and Complexities**, CRC Press, 2012, p. 83.

any instance of the "means" shall render the consent irrelevant'.[31] Of course, it is unnecessary to show that force, deception or any other means are used for trafficking children. This sentence implies that the 'means' element of trafficking as operates to nullify consent, are not required to be established in relation to child trafficking. In some cases, traffickers may offer misleading information by painting a picture of an ideal world and using manipulation tactics during the recruitment phase; various promises are made to victims with the aim of obtaining their consent. People are weakened by propaganda and this weakness makes them more vulnerable to traffickers. Indeed, the discussion of root causes of trafficking outlined social, environmental and political reasons that render human beings vulnerable, albeit such cases are also clear indicators of why victims cannot be trafficked voluntarily. This idea suggests that these root causes mean that no one really 'chooses' to be trafficked, but rather they are pushed into it by these other root causes. In addition, the concept of abuse of a position of vulnerability is unique to the Trafficking Protocol too. Human trafficking victims are subjected to subjugation and face physical and mental suffering. Sex workers may face physical violence as well as emotional abuse too. For the present purposes, it should also be noted that even without the existence of actual physical violence, economic forces might lead people to consent to severe economic exploitation. For example, debt-bonded brothel prostitution in Southeast Asia is not a case of violence, but due to the absence of payment, economic exploitation occurs.[32] Indeed, in some trafficking cases there exists either 'the total control of one person by another for the purpose of economic exploitation'[33] or complete coercive control of victims by taking advantage of the economic value of these individuals without accepting responsibility for their survival. For this reason, it could be asserted that any such disposal of people would likely fall within the parameters of sex trafficking beyond sex work where control and possession are present.

The Protocol's definition requires not only an act and an intended purpose; but also, the action leading to exploitation must have been made possible

---

[31] ELLIOTT Jessica, **The Role of Consent in Human Trafficking**, 1st published, Routledge Taylor & Francis Group, 2015, p. 54.

[32] DAVIDSON Julia O'C., 'New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of 'Freedom", **Global Networks a Journal of Transnational Affairs,** v. 10- 2, 2010, p. 250.

[33] BALES Kevin, **Disposable People - New Slavery in the Global Economy,** University of California Press, 2012, p. 6.

through the use of special means, such as coercion, deception or the abuse of authority. For instance, Gallagher explains that exploitation should be about intention of conduct, in that a situation of trafficking does not necessarily arise just because exploitation takes place.[34]

When it comes to the Trafficking Protocol's use of language, in some provisions of the Protocol make it so that certain items are seen as either mandatory or at least worthy of consideration/positive effort. Concurrently, terminology used at other times makes certain provisions seem weak or 'optional', such as the provisions guiding ways to assist and protect victims of trafficking. The latter is due to the Protocol's use of 'hypothetical' and noncommittal language such as 'shall endeavour to', 'shall consider in appropriate cases', and 'to the extent possible'. Victim protection needs to be unambiguous. Unlike many other crimes, threat to a victim does not end once she or he has escaped or been rescued from a criminal situation. Protection needs to be defined broadly because of the many ways traffickers can manipulate victims, including through violence, deception, imprisonment, collusion, debt bondage, isolation, religion, culture and belief. Although the Protocol has several protective provisions, including 'victim assistance and support', it does not say how such support should occur. Instead it notes that 'a State Party will not be breaching either the letter or the spirit of the Convention if it decides, after proper consideration, to provide no material, medical, or other assistance whatsoever to any victim of trafficking within its territory'.[35] Clearly, such a statement goes against any notion of 'victim assistance and support'. Furthermore, it is also important to note that although the Protocol is a progressive document; its focus does repeatedly shift back to women and children, and the disproportionate impact of trafficking for sexual exploitation on this population, thus still taking a 'gendered' perspective on the issue.[36]

Human trafficking is defined within the Protocol as 'one of the three 'evils' that haunts the globe' alongside terrorism and drug trafficking.[37] Such

---

[34] See GALLAGHER, 2010.

[35] GALLAGHER Anne and HOLMES Paul, 'Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking Lessons from the Front Line', **International Criminal Justice Review,** v. 18-3, 2008, p. 318.

[36] WARREN, 2007.

[37] KAYE Julie and WINTERDYK John, 'Explaining human trafficking', in WINTERDYK John and PERRIN Benjamin and REICHEL Philip (Eds.), **Human trafficking Exploring the International Nature, Concerns, and Complexities**, CRC Press, 2012, p. 70.

terminology is effective in recognising the growing importance and urgency of curtailing human trafficking. Yet, it is important to add that this does not necessarily mean that the Protocol requires State Parties to take action against trafficking only in cases with an international element or cases, which involve organised crime. The inclusion of the transnational aspect in the Trafficking Protocol is meant to acknowledge not only the international dimension of this phenomenon, but also the fact that trafficking is not solely a border-crossing problem in every case. At the state level, the Organised Crime Convention requires that the offence of trafficking be established in the domestic law of every state party, independently of its transnational nature or the involvement of an organised criminal group, which is why many court cases involve domestic trafficking settings. Case in point, in Mexico, a man started the trafficking process by meeting and courting his 16-year-old victim, with the 'couple' eventually moving to a different city, upon arrival in which he forced her into prostitution, taking away all the proceeds. Similarly, in a court case from Brazil, a European man was found guilty of recruiting a local woman through a feigned romantic relationship for the purpose of bringing her to Europe for sexual exploitation.[38]

The emphasis of the Protocol is on intercepting, punishing and prosecuting traffickers. It is designed to facilitate cooperation between states to combat organised crime. As a result of this focus on the logistics/practicalities of movement/borders, it may be argued that the document loses its focus on human rights. The major concern of the Protocol is border controls and police cooperation. As such, the protection of victims' human rights does not seem to be the direct aim of the document, which also limits the status quo of the Protocol. By taking this approach, the Protocol encourages State Parties to criminalise trafficking and to adopt policies and programs to prevent and combat against such transnational organised crime. This means the emphasis of the Protocol is on perpetrators of human trafficking rather than victims. That is why the process of deciding who is trafficked or choose to participate in sex working industry is a controversial subject. In that, victims are fallen prey mostly due to their vulnerabilities, which are shaped by circumstances affecting their freedom of choice and/or consent, for instance. Further stereotyping, prejudices, myths and discrimination also re-victimise

[38] UNODC, 'Global Report on Trafficking in Persons - 2016', United Nations Publication, 2016, http://www.unodc.org/documents/data-and analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf (Last Accessed 20.12.2019).

trafficking victims. Similarly, sex workers too are targeted under the influence of negative perception generated by the media and false state policies, which affects their ability to sustain their lives in a society where their rights are not very well recognised and respected.

Overall this paper posits that legal status of both sex trafficking victim and sex worker describe conceptually and legally different terms. However, the international legal framework applicable to human trafficking (The Trafficking Protocol in the context of this paper) is not appropriate to deal with the modern-day phenomenon of trafficking in its various occurrences. As the definition of human trafficking provided by the Trafficking Protocol has deficits due to the terms used to describe human trafficking.

Lack of clarity on the terms sex trafficking and sex work in consequence reduces the chance to benefit from state protection for sex trafficking victims and sex workers. That is why sex workers and sex trafficking victims are objectified-classified-othered also as a result of conservative and nationalistic discourse. Thus, this paper's research question is also motivated by the following questions: Where is justice? How did we start selling our girls and boys? How did we start making profit from deceit and violence? In seeking answers to these questions, this paper directs its focus on some major central challenges, which are explained as layers of victimization, detailed in the following paragraphs.

4. Part IV: Layers of Victimisation: Prejudices, Poverty and Infrastructural Shortcomings

Victims of sex trafficking and sex workers are often the most vulnerable members of society. In that the root causes of human trafficking and sex work connect to a range of problems that have grown alongside increasing globalisation and the expansion of modern, liberal societies. Furthermore, another side effect of 'globalization' has been the expansion of 'sex tourism', including by paedophiles travelling opportunistically worldwide. Sex trafficking, for instance, has also expanded due to decreasing transportation costs. E.g., 'consumers' continuously seek cheap goods and services, and this is no exception when it comes to paedophiles or anyone else seeking to buy sex- the availability and accessibility of sexual benefit provides an ample supply which in turn fuels the demand.[39]

---

[39] SHELLEY Louise, **Human Trafficking - A Global Perspective**, 1st published, Cambridge University Press, 2010, p. 3.

This paper also posits trafficking as a form of 'structural violence', referring to types of violence stemming from systematic social institutions or structures that result in people experiencing hardship, violence or social injustice. These factors are closely related to the 'contemporary challenges' or 'external factors' that make trafficking possible. This argument also can be built in relation to the examples that happen in sex work industry. For instance, many sex workers are impoverished, homeless, often sick, and afflicted with drug addiction.[40] Take also the example of the sexual exploitation of young boys who are taken home by men for sexual pleasure in Afghanistan - commonly known as *bacha bazi* (playing with boys).[41]

In many instances, such external factors as poverty, hunger and infrastructural shortcomings represent a kind of violence against the individual. Poverty regardless of its cause is the most common root cause of women either choosing prostitution or being coerced into it, while hoping to have a 'decent' job. For instance, also gender discrimination in home countries act as major motivating factors pushing individuals to leave home in search of work. This paper argues that sex trafficking and sex work industry are not only intertwined with but is also the outcome of such violence in many cases. E.g., poverty or gender discrimination in home countries, act as major motivating factors in pushing individuals to leave home in search of work. Eventually, some of these people end up trafficked, as forced labourers for example. Indeed, this kind of analysis assumes the root causes of sex trafficking and sex work to centre around broad economic, social and environmental factors that cause vulnerability to certain groups, making them much more prone to trafficking and sex work. These factors remain as key players, even though their individual influence may vary depending on the specific gender, social and economic factors at hand in a particular situation.

Indeed, sex trafficking victims and sex workers are most often preceded by victimisation from previous abusive situations, such as poverty, abusive relationships or family, domestic abuse, being an immigrant, being affected by disease and/or drugs etc. Eventually, some of these people might end up trafficked for sexual exploitation, or they might choose to participate in the sex industry. E.g., many young women devastated by the earthquake in

---

40 See BERAN 2012.

41 QOBIL Rustam, 'The Sexually Abused Dancing Boys of Afghanistan', **BBC**, http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-11217772, (Last Accessed: 28.02.2020).

Nepal in April 2015 were targeted by human traffickers supplying a network of brothels across South Asia. In this region, traffickers bribed border police to transport girls to India.[42] Likewise, North Korean women were recruited, transferred and sold to Chinese men for the purpose of marriage.[43] Human trafficking occurred as a result of many girls fleeing their homes, due to economic difficulties and fear, to protect themselves from honour killings, and eventually, they were trapped by sex traffickers.

Considering above-mentioned examples, because of the similar (types of) difficulties faced by sex workers and sex trafficking victims, in public discourse, they are often portrayed as powerless women (or men) who have no options other than selling their bodies. This kind of discourse is mostly based on prejudices, morals and somewhat dramatic rhetoric and images. Sex trafficking victims and sex workers may face similar stereotypes, prejudices, myths and discrimination. In most cases, indeed sex workers and sex trafficking victims do come from poverty, discrimination or other hardship. However, e.g., since sex workers are often seen as victims who should be rescued, sex worker organisations tend to spend most of their time and resources to gain recognition of sex work as a legitimate profession.[44] For this reason, it is very important to distinguish sex workers from trafficked victims, even though a sex worker and a sexually exploited victim could have a similar background shaped by poverty, abusive parents and/or drug addiction.

The challenge in some cases is that sexually exploited victims may not consider themselves victims of a crime, even though they are victimised. More often they see themselves as sex workers, aiming to earn money in order to maintain their lives. For instance, Brunovskis and Surtees conducted interviews with institutional representatives in Southeast Europe and victims of trafficking. They conclude that there is a tendency to pathologize women's

---

42 BURKE Jason, 'Nepal Quake Survivors Face Threat from Human Traffickers Supplying Sex Trade', The Guardian, http://www.theguardian.com/world/2015/may/05/nepal-quake-survivors-face-threat-from-human-traffickers-supplying-sex-trade, (Last Accessed: 28.02.2020).

43 RYALL Julian, 'Escape from North Korea: 'I was Sold Into Slavery and Forced to Have an Abortion', The Telegraph, https://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11393645/North-Korea-escapee-I-was-sold-into-slavery-and-forced-to-have-an-abortion.html, (Last Accessed: 28.02.2020).

44 LINDE Nadia, 'Not Victims', Red Umbrella Fund, https://www.redumbrellafund.org/not-victims/, (Last Accessed: 1.12.2019).

choices to enter into prostitution as a means of explaining this so-called deviant behaviour as they exemplified, in one of their interviews, they spoke to a woman who was deceived and exploited by a man whom she considered her boyfriend. The 'boyfriend' exploited her for prostitution, used her as a drug mule and had her videotaped when working in prostitution. The authors narrated her statement as follows: "I will not denounce him to the police; because I left of my own free will (...) I don't want him to be arrested because he is not guilty in this case".[45]

Prevalent discourse tends to depict a victim profile, and how they 'entered' into this industry. Stereotypes also romanticises collective action against perpetrators by depicting filmic scenes; e.g., men prey upon vulnerable women; rich countries exploit; poor people are commodities, etc.[46] In some cases, once trafficked victims are rescued, they are categorised in terms of their race, gender, class or sexuality, according to who is 'traffickable'. Similarly, sexually exploited victims are assumed to be primarily young women who are duped and then forced into sex, for instance. Prevalent discourse is mainly based on stories manufactured by dominant anti-trafficking rhetoric, disseminated by the mass media. Edward Snajdr underlines in his article that the 'master narrative of anti-trafficking' contains the main assumptions put forward by US officials, the media and many NGOs. What he calls the master narrative is 'reproduced and disseminated' using horror stories of individual traumatised victims. Snajdr notes that narratives are typically written in third person and lack information about the conditions under which the tales were told; victims and sex workers are depicted as disembodied individuals, defined by their bodies as prostituted, violated, beaten and dead.[47] These stereotypes evoke figures of women and children being snatched from their homelands and forcibly transported elsewhere.[48] Sex trafficking victims and sex workers are described as fictitious characters, i.e. migrant women or girls forced into prostitution. Non-Western women are reflected as typical human trafficking

---

[45] BRUNOVSKIS Anette and SURTEES Rebecca, 'Agency or Illness-The Conceptualization of Trafficking Victims' Choices and Behaviors in the Assistance System', **Gender, Technology and Development**, v. 12, 2008, p. 58.

[46] See KAYE and WINTERDYK, 2012.

[47] ANDERSON, 2013, p. 141.

[48] ANDERSON Bridget and DAVIDSON Julia O'Connell, 'Is Trafficking in Human Beings Demand Driven? A Multi-Country Pilot Study', **IOM Migration Research Series,** v. 15- 5, 2003, p. 8.

victims or sex workers within hegemonic anti-trafficking discourses: they are presented as in need of rescue, because they are poor, uneducated, tradition-bound and victimised.[49] This kind of produced perception means that in police units, victims and sex workers involved in illegal activity may be considered as an 'undesirable other'. For this reason, in some cases trafficked women may be prioritised as victims by criminal justice agencies just to fulfil stereotypes of 'innocent' victims.[50] These stereotypes generate an understanding that trafficked women and sex workers suffer from dire poverty in some developing countries, and they must always be entrapped by dark-skinned men, often with Middle Eastern accents, who happen to be bad guys. The 'iconic victim' in this scenario is a 'victim of sex trafficking who passively waits for rescue by law enforcement, and upon rescue presents herself as a good witness who cooperates with all law enforcement requests', or an innocent young girl who happens to find herself as a sex worker with the encouragement of her pimp.[51] This is not to say that stereotypes are always based on fictitious stories or exaggerations, as in some cases a 'stereotypical victim' is a real/actual target; e.g., in cases of honour killings with links to sex trafficking.

Nevertheless, this paper posits that people who can be considered victims are not only passive and helpless females, suffering coercion and deception at the hands of their exploiters or pimps, and that they should behave as such. As how sex trafficking is not the only outcome of human trafficking, for women and men too people can choose to work as sex workers out of their free will, not as a result of force, deceit or coercion.

III. CONCLUSION

This paper argued that although there seems to be consensus on what constitutes trafficking in the context of the Protocol; this does not necessarily mean that the definition of trafficking within the Protocol marks the end

---

[49] GRUNDELL Lucrecia, 'Silencing the Challenging Voices of the Global 'Subaltern' in Anti-Trafficking Discourse', Open Democracy, https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/lucrecia-rubio-grundell/silencing-challenging-voices-of-global-%E2%80%98subalterns%E2%80%99-in-antitra, (Last Accessed: 1.8.2017).

[50] GOODEY Jo, 'Sex Trafficking in Women from Central and East European Countries: Promoting a 'Victim-Centred' and 'Woman-Centred' Approach to Criminal Justice Intervention', **Feminist Review**, v. 76-26, 2004, p. 33.

[51] SRIKANTIAH Jayashri, 'Perfect Victims and Real Survivors: The Iconic Victim in Domestic Human Trafficking Law', **Boston University Law Review**, 2007, 87, pp. 158-211, p. 187.

of all such definitional debates. While the Protocol stands as an ostensibly comprehensive attempt to stop trafficking, it nonetheless does not represent an international consensus on the definition of trafficking. In large part, this is also the result of the diverse views represented in international community and of the loose ways that UN institutions function. The current international legal understanding of trafficking is narrow and complex too. That is why definitional misunderstanding around sex workers and sexually exploited victims is an important problem that should be resolved. Otherwise, without a clear understanding of these phenomena, the rights of sex workers and trafficked victims cannot be well protected.

Rising prejudice, which is fed by nationalistic and conservative discourse, negatively shapes societal views on sex workers and trafficked victims. Such assumptions can have harmful consequences, such as causing further human rights abuses and silencing the voices of trafficked victims, sex workers and protective campaigns. Sex workers and sexually exploited victims are also perceived as willing participants in sex industry and treated as such, which cause further infringement on their rights, leading further victimisation. Eliminating misperception around sex workers and trafficked victims is important. Goffman and the founders of labelling theory assume that if people are stigmatized, it is internalized by them permanently. However, the news media seem to be most interested in the worst cases of abuse, conflate prostitution with human trafficking, and rarely offer a positive picture of sex workers and their clients. Indeed, there are limited examples in which sex workers are reflected positively, such as National Geographic's 2014 documentary *American Escort Girls*.

In any case, misperception - produced by proactive propaganda - has the potential to shape how society views sex workers and trafficked victims who are sexually exploited. In too many places around the world, sex workers and trafficked victims suffer from awful human rights abuses due to not having legal protection and being subjected to violence. Thus, it is important to work towards a society that is immune from emotional prejudice. In that such an environment would help us to reach a collective understanding on the meaning of sex worker and sex trafficking victim. When this happens, sexually exploited victims can be protected and sex work could always be practiced, in circumstances of relative safety, security, freedom, hygiene, and personal control.

REFERENCES

Books and Articles

ANDERSON Bridget and DAVIDSON Julia O'Connell, 'Is Trafficking in Human Beings Demand Driven? a Multi-Country Pilot Study', **IOM Migration Research Series,** v. 15- 5, 2003.

ANDERSON Bridget, **Us and Them?: The Dangerous Politics of Immigration Control**, (Oxford University Press, 2013).

BALES Kevin, **Disposable People - New Slavery in the Global Economy,** University of California Press, 2012.

BERAN Katie, 'Revisiting the Prostitution Debate: Uniting Liberal and Radical Feminism in Pursuit of Policy Reform', **Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice**, v. 30-1, 2012, pp. 19-56.

BRAVO Karen E., 'Interrogating the State's Role in Human Trafficking', **Indiana International & Comparative Law Review**, v. 25-1, 2015, pp. 9-31.

BRAVO Karen E., 'On Making Persons: Legal Constructions of Personhood and Their Nexus with Human Trafficking', **Northern Illinois University Law Review**, 31, 2011, pp. 469-499.

BRUNOVSKIS Anette and SURTEES Rebecca, 'Agency or Illness-The Conceptualization of Trafficking Victims' Choices and Behaviors in the Assistance System', **Gender, Technology and Development**, v. 12, 2008.

CHO SEO-YOUNG and DREHER Axel and NEUMAYER Eric, 'Does Legalized Prostitution Increase Human Trafficking?', **World Development**, Vol. 41, 2013, pp. 67-82.

COOSTER van VOORHOUT Jill E. B., 'Human Trafficking for Labour Exploitation: Interpreting the Crime', **Utrecht Law Review**, 2007, v. 3-2, pp. 44-69.

D'ESTREE C., 'Voices from Victims and Survivors of Human Trafficking', in WINTERDYK John and PERRIN Benjamin and REICHEL Philip (Eds.), **Human Trafficking Exploring the International Nature, Concerns, and Complexities**, CRC Press, 2012.

DAVIDSON Julia O'C., 'New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of 'Freedom'', **Global Networks a Journal of Transnational Affairs,** v. 10- 2, 2010.

ELLIOTT Jessica, **The Role of Consent in Human Trafficking**, 1st published, Routledge Taylor & Francis Group, 2015.

GALLAGHER Anne and Holmes Paul, 'Developing an Effective Criminal Justice Response to Human Trafficking Lessons from the Front Line', **International Criminal Justice Review,** v. 18-3, 2008.

GALLAGHER Anne T., **The International Law of Human Trafficking**, (Cambridge University, 2010).

GOODEY Jo, 'Sex Trafficking in Women from Central and East European Countries: Promoting a 'Victim-Centred' and 'Woman-Centred' Approach to Criminal Justice Intervention', **Feminist Review**, v. 76- 26, 2004.

GOODYEAR Michael D. E. and CUSICK Linda, 'Protection of Sex Workers', **BMJ**, 52, (2007).

GRUNDELL Lucrecia, 'Silencing the Challenging Voices of the Global 'Subaltern' in Anti- Trafficking Discourse', Open Democracy, https://www.opendemocracy.net/beyondslavery/lucrecia-rubio-grundell/silencing-challenging- voices-of-global-%E2%80%98subalterns%E2%80%99-in-antitra, (Last Accessed: 1.8.2017).

HERNANDEZ-TRUYOL Berta E. and LARSON Jane E., 'Sexual Labor and Human Rights', **Columbia Human Rights Law Review**, 37, 2006, pp. 391- 445.

HYNDLNAD Kelly E., 'The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children', **Human Rights Brief**, 2001, 8(2).

KAYE Julie and WINTERDYK John, 'Explaining human trafficking', in WINTERDYK John and PERRIN Benjamin and REICHEL Philip (Eds.), **Human trafficking Exploring the International Nature, Concerns, and Complexities**, CRC Press, 2012.

KENDALL Virginia M. and FUNK Markus T., **Child Exploitation and Trafficking Examining the Global Challenges and U.S. Responses**, Rowman & Littlefield Publishers INC., 2012.

MACKINNON Catharine A., **Are Women Human? And Other International Dialogues**, Belknap Press - Harvard University Press, 2007.

MAHDAVI Pardis, 'Migrating in the Era of Human Trafficking', **Asian Population Studies**, 11(2), 2015, pp. 111-114.

MCSHERRY Bernadette M. and KNEEBONE Susan Y., 'Trafficking in Women and Forced Migration: Moving Victims Across the Border of Crime into the Domain of Human Rights, Monash University Faculty of Law Legal Studies Research Paper, 35, 2009, pp. 67-90.

SEGRAVE Marie and MILIVOJEVIC Sanja and PICKERING Sharon, **Sex Trafficking and Modern Slavery the Absence of Evidence**, Routledge, 2017.

SHELLEY Louise, **Human Trafficking - A Global Perspective**, 1st published, Cambridge University Press, 2010.

SHUKLA Rakesh, 'Sex Workers: Repositories of the "Bad"?', **International Journal of Applied Psychoanalytic Studies**, 12(2), 2015.

SRIKANTIAH Jayashri, 'Perfect Victims and Real Survivors: The Iconic Victim in Domestic Human Trafficking Law', **Boston University Law Review**, 2007, 87, pp. 158-211, p. 187.

WARREN Karen, 'The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities', in GOODALE Mark and MERRY Sally Engle (Eds.), **The Practice of Human Rights - Tracking Law Between the Global and the Local**, Cambridge University Press, 2007.

WEITZER Ronald, 'Sex Trafficking and the Sex Industry: The Need for Evidence-Based Theory and Legislation', **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 101-4, 2011, pp. 1337-1370.

Internet Sources and International Treaties

Amnesty International, 'Publishes Policy and Research on Protection of Sex Workers' Rights', 2016, 26 May, https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/05/amnesty-international-publishes-policy-and-research-on-protection-of-sex-workers-rights/ (Last Accessed: 10 December 2019).

BURKE Jason, 'Nepal Quake Survivors Face Threat from Human Traffickers Supplying Sex Trade', The Guardian, http://www.theguardian.com/world/2015/may/05/nepal-quake-survivors-face-threat-from-human-traffickers-supplying-sex-trade, (Last Accessed: 28.02.2020).

CEDAW (2006-2013) CEDAW Concluding Observations China (2006). CEDAW/C/CHN/CO/6. para. 10; CEDAW Concluding Observations Fiji (2010). CEDAW/C/FJI/CO/4. para. 25; CEDAW Concluding Observations Albania (2010). CEDAW/C/ALB/CO/3. para. 29.; 19 CEDAW Concluding Observations Hungary. (2013). CEDAW/C/HUN/CO/7-8. para. 23(e).

Council of Europe, 'Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings', 16 May 2005, CETS 197, https://www.refworld.org/docid/43fded544.html (Last accessed: 28 February 2020), Article 4(e).

LINDE Nadia, 'Not Victims', Red Umbrella Fund, https://www.redumbrellafund.org/not-victims/, (Last Accessed: 1.12.2019).

QOBIL Rustam, 'The Sexually Abused Dancing Boys of Afghanistan', BBC, http://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-11217772, (Last Accessed: 28.02.2020).

RYALL Julian, 'Escape from North Korea: 'I was Sold Into Slavery and Forced to Have an Abortion', The Telegraph, https://www.telegraph.co.uk/women/womens-life/11393645/North-Korea-escapee-I-was-sold-into-slavery-and-forced-to-have-an-abortion.html, (Last Accessed: 28.02.2020).

SHAH Svati P, 'Sex Work & Women's Movements', CREA Working Paper, 2011, https://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/Sex%20work%20and%20Women's%20Movements.pdf, (Last Accessed: 28.02.2020).

SMITH Lizzie, 'Dehumanising Sex Workers: What's 'Prostitute' Got to do With It?', The Conversation, http://theconversation.com/dehumanising-sex-workers-whats-prostitute-got-to-do-with-it-16444, (Last Accessed: 28.02.2020).

UN General Assembly, 'Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organised Crime', 15 November 2000, https://www.refworld.org/docid/4720706c0.html, (Last Accessed: 28 February 2020).

UN GIFT, 'Anti-Human Trafficking Manual for Criminal Justice Practitioners - Module 4: Control Methods in Trafficking in Persons', New York, UN, 2009, 4, https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP_module4_Ebook.pdf (Last Accessed: 25 February 2020).

UNAIDS, 'Technical Guidance for Global Fund HIV Proposals Round 11 Key Populations: Sex Workers', http://www.unaids.org/sites/default/files/sub_landing/files/20110909_Technical_Guidance_Sex_Workers_en.pdf (Last accessed: 28.02.2020)

UNODC, 'Global Report on Trafficking in Persons - 2016', United Nations Publication, 2016, http://www.unodc.org/documents/data-and analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf (Last Accessed 20.12.2019)

DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ HUKUKU BAKIMINDAN ULUSLARARASI TİCARETTE GÜVENLİK İSTİSNASI(*)

Dr. Müslüm YILMAZ(**)

Öz: Dünya Ticaret Örgütü mal ticareti, hizmetler ticareti ve fikri mülkiyet hakları konusunda güvenlik istisnasına yer vermektedir. GATT'ın XXI(b)(iii) maddesinde yer alan "harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında" alınan önlemler, güvenlik istisnasıyla ilgili düzenlemelerin en çok tartışılan kısmıdır. GATT'ın yürürlüğe girdiği 1948 yılından beri üzerinde uzlaşma sağlanamayan bu düzenleme *Russia - Traffic in Transit* davasında belli ölçüde yorumlanmıştır. Panel, bu madde çerçevesinde alınan önlemlerin DTÖ'de dava konusu yapılamayacağı iddiasını reddetmiştir. Panele göre, hangi hallerin uluslararası ilişkilerde aciliyet teşkil ettiği konusunda DTÖ üyelerinin bir takdir hakkı bulunmakla birlikte bu hak iyiniyet ilkesine uygun şekilde kullanılmalıdır. Böyle bir aciliyet halinin mevcut olduğu hallerde ise esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması amacıyla hangi önlemleri almak gerektiği konusunda üyeler tam takdir hakkına sahiptir. Bu davada verilen Panel kararının ne ölçüde yerleşik içtihada dönüşeceği güvenlikle ilgili olarak devam eden davalar karara bağlandığında belli olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dünya Ticaret Örgütü, Milli Güvenlik, İstisna, Uluslararası İlişkilerde Aciliyet, Transit.

SECURITY EXCEPTION IN INTERNATIONAL TRADE FROM THE POINT OF VIEW OF THE LAW OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Abstract: The WTO Agreement contains provisions on the security exception with respect to trade in goods, trade in services and intellectual property rights. The scope of the phrase "taken in time of war or other emergency in international relations" found in Article XXI(b)(iii) of the GATT has been the most controversial part of the discussions around the security issue. This provision on which no consensus was reached since the entry into force of the GATT in 1948 has been interpreted to a certain extent by the Panel

(*) Makale Gönderim Tarihi: 10.03.2020. Makale Kabul Tarihi: 24.04.2020.
Bu çalışmada ileri sürülen görüşler tamamıyla yazara ait olup, DTÖ üyelerini ve Sekretaryasını bağlamaz.

(**) DTÖ Sekretaryası Hukuk İşleri Direktörlüğü'nde Hukuk Müşaviri
(ORCID kimlik no: 0000-0002-7382-9712; *muslum.yilmaz@wto.org*).

in *Russia - Traffic in Transit*. The Panel rejected the argument that the measures taken pursuant to this provision cannot be challenged in WTO dispute settlement. According to the Panel, WTO members have discretion to decide what constitutes an emergency in international relations but the use of such discretion is subject to the principle of good faith. Once the existence of such an emercengy has been established, WTO members have discretion to decide which measures are necessary to protect their essential security interests threatened by the emergency. The extent to which this Panel's interpretation will become jurisprudence depends on the interpretations that will be developed by the panels in on-going disputes that also involve the issue of security.

Keywords: World Trade Organization, National Security, Exception, Emergency in International Relations, Transit.

I. GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün -uluslararası hukukun kaynaklarını sıraladığı kabul edilen[1]- 38. maddesi, ilk olarak "uyuşmazlığın tarafı olan devletler tarafından açıkça tanınmış olan kurallar vazeden, genel veya özel nitelikte, uluslararası anlaşmalar" a atıfta bulunmaktadır. Belirli bir konuda bir uluslararası anlaşmaya taraf olan bir devlet o konuyla ilgili olarak yükümlülük altına girer ve dolayısıyla egemenliğinin kısıtlanmasına rıza göstermiş olur. Bu nedenle, bir anlaşmaya taraf olmak zaman zaman siyasi bakımdan zorluk arz eder.

Uluslararası hukuk, bir uluslararası anlaşmaya imza koyan bir devletin, gelecekte meydana gelebilecek birtakım olağandışı gelişmeler nedeniyle, anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulmasına imkân sağlayan esneklikler yer verir. Bunlardan birincisi, uluslararası gelenek hukukunun bir parçası addedilen *clausula rebus sic stantibus* ilkesidir. Buna göre, imzalanmış olan bir uluslararası anlaşma şartlarda bilahare meydana gelen önemli bir değişiklik nedeniyle hükümsüz hale gelebilir.[2] İkinci olarak, birçok anlaşma, tarafların, anlaşmada tanımlanan bazı hallerde, anlaşmadan kaynaklanan yü-

---

1 38. maddenin metni uluslararası hukukun kaynaklarından doğrudan doğruya bahsetmemekte, Divan'ın kendisine tevdi edilen uyuşmazlıkların çözümünde uygulayacağı kuralları sıralamaktadır. Ancak, öğretide bu madde, uluslararası hukukun kaynaklarını tespit eden bir düzenleme olarak görülmektedir. CRAWFORD James, **Brownlie's Principles of International Law**, 9th ed., Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 20.

2 HAHN Michael J., "Vital Interests and the Law of the GATT: An Analysis of GATT's Security Exception", **12 Michigan Journal of International Law (1991)**, pp. 558-620, s. 561. Bu ilkeye, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesinde de yer verilmektedir. Buradaki düzenlemeye göre, Anlaşmanın hükümsüz sayılabilmesi için, şartlarda meydana gelen değişikliğin Anlaşmanın imzalandığı esnada taraflarca öngörülmemiş olması, değişikliğe uğrayan şartların tarafların Anlaşmayı imzalamalarında esaslı bir rol oynamış olması ve bu değişikliğin

kümlülüklerinden kurtulmalarına olanak veren düzenlemeler (*escape clauses*) içermektedir.[3] Dünya Ticaret Örgütü'nü (DTÖ) Kuran Marakeş Anlaşması (DTÖ Anlaşması) da bu tür istisna düzenlemeleri içermektedir. Bazı yazarlara göre, çalışmamızın konusunu oluşturan güvenlik istisnası da GATT açısından böyle bir düzenlemedir zira güvenlikle ilgili konularda gerekli önlemleri alma hakkının korunmaması durumunda GATT âkit tarafları[4] bu anlaşmayı imzalamazlardı.[5]

Bilindiği üzere, 1995 yılında kurulan ve temel hedefi ticaretin kolaylaştırılması yoluyla ekonomik kalkınmaya katkıda bulunmak olan Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ), esas itibariyle, 1948-1995 yılları arasında uluslararası ticaret sistemini düzenleyen ve denetleyen Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması [*General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)] sisteminin bir devamı niteliğindedir. Bugün itibarıyla, DTÖ'nün üye sayısı 164 olup, birkaç istisna[6] dışında, dünya ticaretinin önemli aktörü durumunda olan bütün devletler bu örgütün üyesidir. Örneğin, Çin 2001 yılında, Rusya ise 2012 yılında DTÖ üyesi olmuştur.[7]

Anlaşma çerçevesinde yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri ciddi bir şekilde değişikliğe uğratmış olması gerekir (madde 62.1).

3 **HAHN Michael J.**, s. 561.

4 GATT metni, bu anlaşmayı imzalamış olan devletler için "âkit taraf" ibaresini kullanır. Anlaşma'nın XXV. maddesinde ise GATT'a taraf olan devletlerin tamamının katılımıyla yapılacak işlerin açıklandığı maddelerde "ÂKİT TARAFLAR" ibaresinin kullanıldığı belirtilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere "GATT 1947", DTÖ Anlaşması'nın ekinde, ilave birtakım düzenlemeleri de kapsayacak şekilde, "GATT 1994" adıyla yer almaktadır. GATT 1994'ün hangi hukuki metinlerden oluştuğunu açıklayan 2. numaralı açıklama notuna göre, GATT metninde geçen "âkit taraf" ibaresi DTÖ dönemi açısından "üye"yi, "ÂKİT TARAFLAR" ibaresi ise DTÖ Bakanlar Konferansı'nı ifade eder. Bu not bizim çalışmamız açısından da geçerli olup, içinde bulunduğumuz DTÖ dönemi açısından, bu ifadenin küçük harflerle yazılan hali tekil olarak DTÖ üyelerine, büyük harflerle yazılan hali ise DTÖ Bakanlar Konferansı'na atıfta bulunmaktadır.

5 CANN Wesley A., "Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism", **26 Yale Journal of International Law (2001)**, pp. 413-487, s. 417; JACKSON John H., **World Trade and the Law of the GATT, the Bobs-Merill Company Inc.**, Indianapolis, 1969, s. 536.

6 DTÖ üyesi olmayan ülkeler arasında Türkiye'nin komşuları olan İran, Irak ve Suriye ile Azerbaycan ve Özbekistan da bulunmaktadır. Bu ülkeler hali hazırda DTÖ'ye katılım süreçlerini yürütmektedir. Bkz. https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm#observer (11.5.2020).

7 https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (11.5.2020).

DTÖ'nün temel misyonu, bu örgütü kuran DTÖ Anlaşması'nın 3. maddesinde tanımlanmıştır. DTÖ Anlaşması'nın ekinde yer alan çok taraflı anlaşmaların uygulama alanına giren konularda DTÖ üyeleri arasında yapılacak müzakerelere ev sahipliği yapmak, yeni konulardaki müzakerelere zemin oluşturmak ve bunların sonuçlarının icra edilmesini gözetmek, üyeleri arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümü sürecini ve ticaret politikalarının gözden geçirilmesi süreçlerini yönetmek, bu maddede yer verilen görevlerden bazılarıdır.

DTÖ Anlaşması ekinde yer alan anlaşmalar iki grup şeklinde ele alınabilir: çok taraflı (*multilateral*) anlaşmalar ve çoklu (*plurilateral*) anlaşmalar. Çok taraflı anlaşmalar bütün DTÖ üyesi ülkeleri bağlarken çoklu anlaşmalar yalnızca bunları imzalamış olan üyeleri bağlar. Bu anlaşmalardan her biri uluslararası ticaretin belirli bir yönünü düzenler ve düzenlediği alanda DTÖ üyelerinin hak ve yükümlülüklerini ortaya koyar.

Bu yükümlülükler zaman zaman iç kamuoyunun birtakım hassasiyetleriyle veya bir üye ülkenin genel ekonomi politikasının dayattığı tercihlerle çatışabilir. İnsan sağlığının veya çevrenin korunması yönündeki sivil toplum baskısı, komşu ülkelerle olan ticarette diğer ülkelerle olan ticarete nazaran daha kolaylaştırıcı bir rejimin uygulanmak istenmesi ya da milli güvenlik kaygıları bu tür hassasiyetler ve tercihler arasında sayılabilir. DTÖ Anlaşması ekinde yer alan anlaşmalar, sınırları olabildiğince net şekilde belirlenmiş bazı hallerde, bu tür hassasiyetler ve tercihlere öncelik vererek, bazı yükümlülüklerin ihlalini hukuka uygun hale getiren istisna düzenlemelerine yer vermektedir.

Bu istisnalardan bazıları sık kullanılmakla birlikte bazıları bugüne dek hemen hemen hiç kullanılmamıştır. Ancak, gerek iç siyasette ve toplumsal yapıda gerekse bilim ve teknolojide yaşanan gelişmeler bazen uluslararası ticaret alanına da yansımakta ve uygulamaya konulan ticareti kısıtlayıcı birtakım önlemler DTÖ'de savunulurken daha önce başvurulmamış olan istisnalar birdenbire gündeme gelebilmektedir. Bu çalışmanın konusu olan güvenlik istisnası bu durumun güncel bir örneğini teşkil etmektedir. DTÖ'nün öncülü olan GATT'ın 1947 yılında imzalanmasından beri nadiren başvurulmuş olan güvenlik istisnası son birkaç yıldır DTÖ'deki önemli gündem maddelerinden birine dönüşmüş ve nihayet davalara da konu olmaya başlamıştır. Dolayısıyla, bu konunun, bir süredir güvenlik konusunda büyük zorluklarla karşı karşıya olan Türkiye'nin gündemine getirilmesinde yarar vardır.

Çalışmamızda uluslararası ticarette güvenlik istisnası konusu DTÖ hukuku bakımından incelenmektedir. Çalışma, giriş dışında iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel olarak DTÖ hukukunda yer alan istisna hükümleri açıklanmakta, ikinci bölümde ise milli güvenlik istisnası ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir. Çalışma varılan sonuçları içeren bir bölümle son bulmaktadır.

II. DTÖ HUKUKUNDA İSTİSNA HÜKÜMLERİ

1. Giriş

Bu çalışmada DTÖ hukuku kavramını, bütün ekleriyle birlikte, DTÖ Anlaşması'nda yer alan hükümleri, DTÖ'nün resmi organları tarafından alınan kararları ve bugüne dek görülmüş olan davalarda verilen panel ve Temyiz Organı kararlarından oluşan içtihadı kapsayacak şekilde kullanıyoruz. DTÖ Anlaşması ekinde yer alan anlaşmalar şunlardır: Mal Ticaretine Dair Çok Taraflı Anlaşmalar (Ek 1A), Hizmetler Ticareti Anlaşması (Ek 1B), Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Yönlerine Dair Anlaşma (Ek 1C), Anlaşmazlıkların Halline Dair Mutabakat Metni [*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (DSU)] (Ek 2), Ticaret Politikalarının Gözden Geçirilmesi Mekanizması (Ek 3).[8] Bunlardan son ikisi bir hukuki uyuşmazlığa sebep verecek nitelikte değildir. AHMM, anlaşmazlıkların halli sürecinde uygulanan usul kurallarını içerir. Ticaret politikalarının gözden geçirilmesi ise, DTÖ üyeleri için hak ve yükümlülükler yaratmaktan ziyade, araştırma niteliği taşıyan bir gözden geçirme mekanizmasını içermektedir.

Mal Ticaretine Dair Çok Taraflı Anlaşmalar, Hizmetler Ticareti Anlaşması, Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Yönlerine Dair Anlaşma ise, kendilerine ait alanlarda DTÖ üyeleri açısından hak ve yükümlülükler yaratan anlaşmalardır. Şüphesiz ki kapsam bakımından bunların en önemlisi, Mal Ticaretine Dair Çok Taraflı Anlaşmalardır.

---

[8] Anlaşma ekinde yer alan son bir grup Çoklu (*plurilateral*) Anlaşmalardır (Ek 4). Çoklu Anlaşmaların çok taraflı Anlaşmalardan farkı, çoklu Anlaşmalara taraf olunmasının zorunlu olmamasıdır. DTÖ Anlaşması'nın ekinde dört adet çoklu ticaret Anlaşması yer almaktadır. Bunlar, Sivil Uçak Ticaretine Dair Anlaşma, Hükûmet Alımlarına Dair Anlaşma, Uluslararası Süt Ürünleri Anlaşması ve Uluslararası Sığır Eti Anlaşması'dır. Uluslararası Süt Ürünleri Anlaşması ve Uluslararası Sığır Eti Anlaşması, 1997 yılı sonunda yürürlükten kalkmış olup, halen yalnızca Sivil Uçak Ticaretine Dair Anlaşma ve Hükûmet Alımlarına Dair Anlaşma yürürlükte bulunmaktadır. Türkiye bu Anlaşmalardan hiçbirisine taraf değildir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu anlaşmaların her biri uluslararası ticaretin belirli bir yönünü düzenler ve uygulanma alanının ne olduğu her bir anlaşmada açıkça tasrih edilir. Örneğin, Mal Ticaretine Dair Çok Taraflı Anlaşmalardan biri olan Tarım Anlaşması bu Anlaşma'nın 1 no.lu ekinde listelenen tarım ürünleriyle ilgili ticarete uygulanır. Hizmetler Anlaşması, adından da anlaşılacağı üzere, hizmetler ticaretine uygulanır ve bundan ne anlaşılması gerektiği Anlaşma'nın 1. maddesinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Mal Ticaretine Dair Çok Taraflı Anlaşmalardan en önemli olanı, bu kategorinin ilk sırasında yer alan, GATT 1994'tür. Burada, öncelikle bu Anlaşma'nın içeriğinin ne olduğunu açıklamakta fayda vardır. GATT 1994'ün içeriği, 1947 yılında imzalandığı için GATT 1947 olarak anılan Anlaşma'nın metni ile bu metinde DTÖ Anlaşması'nın yürürlüğe girişine kadar yapılmış olan bütün değişiklikler, alınmış olan çeşitli kararlar ve katılım protokollerinden oluşmaktadır. O halde, GATT 1994 dendiğinde kastedilen metin, GATT 1947'nin metni ve bu metinde 1995 yılına kadar yapılan bütün değişiklikler ve eklemelerdir.[9] Biz, çalışmamızda, anlatım kolaylığı açısından, GATT 1994'e kısaca GATT şeklinde atıfta bulunacağız.

DTÖ Anlaşması'nın ekinde yer alan ve DTÖ üyesi ülkeleri bağlayan yükümlülükler içeren anlaşmaların bir kısmı yükümlülük getirmenin yanında birtakım istisnalara da yer vermektedir. Bu anlamda istisnadan kastettiğimiz, bir anlaşmanın getirdiği herhangi bir yükümlülüğe aykırılık teşkil eden bir uygulamanın aynı anlaşma içerisinde yer alan başka bir hüküm nedeniyle DTÖ hukukuna uygun sayılması sonucunu doğuran düzenlemelerdir. Basit bir örnek vermek gerekirse, aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, GATT'ın XX. maddesinde genel istisnalara yer verilmektedir. Bunlardan birisi, anılan maddenin (b) paragrafında yer alan insan sağlığının korunması istisnasıdır. Örneğin, A ülkesi B ülkesinden yapılan çimento ithalatını, bu malın içerdiği bir kimyasalın insan sağlığına zarar verdiği iddiasıyla yasakladığını farz edelim. B ülkesi bu uygulama nedeniyle A ülkesine karşı DTÖ'de dava açarsa, davaya bakan panel öncelikle A ülkesinin getirdiği yasağın GATT'ın ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamasını yasaklayan XI. maddesine aykırı olduğuna hükmedecek, bilahare davalı A devletinin, bu yasağın insan sağlığını koruma amacını taşıdığı iddiasını değerlendirecektir. A devletinin bu

[9] Ancak belirtmek gerekir ki, DTÖ Anlaşması'nın II.4. maddesinde GATT 1947 ile GATT 1994'ün hukuken birbirinden ayrı (*legally distinct*) metinler olduğu da açıkça hükme bağlanmaktadır.

iddiasını GATT'ın XX. maddesine uygun şekilde kanıtlaması durumunda ise panel, GATT'ın XI. maddesine aykırı olan bu uygulamanın XX. maddenin (b) paragrafında (ve aşağıda açıklayacağımız üzere, giriş paragrafında) yer alan şartları karşılaması nedeniyle DTÖ kurallarına uygun olduğu sonucuna varacaktır.

Demek ki istisna düzenlemelerinin işlevi, tıpkı ceza kanunlarında düzenlenen meşru müdafaa veya ıztırar halinde olduğu gibi, normal olarak hukuka aykırı olan bir önlemin, koruduğu önemli bir değer nedeniyle, hukuka uygun sayılması sonucunu doğurmasıdır.

Bu genel açıklamalardan sonra, DTÖ Anlaşması'nın ekindeki anlaşmalarda yer alan istisna düzenlemelerine kısaca değinelim.

2. DTÖ Anlaşmalarında Yer Alan İstisna Hükümleri

DTÖ Anlaşması ekinde yer alan anlaşmaların bir kısmı istisna hükümleri içermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki her bir anlaşmada yer alan istisna düzenlemesi yalnızca o anlaşma açısından geçerlidir. Örneğin, Hizmetler Anlaşması'nın XXIVbis maddesinde yer alan güvenlik istisnaları yalnızca bu Anlaşma kapsamına giren önlemlerin hukuka uygun sayılabilmesine olanak verir. Önlem Hizmetler Anlaşması kapsamına girmiyorsa bu istisna hükmünden faydalanması da söz konusu olmaz.[10]

DTÖ Anlaşmalarında yer alan istisna düzenlemeleri belirli değerlerin korunması amacını güder. Diğer bir ifadeyle, bu düzenlemeler, birtakım değerlerin korunması amacıyla, DTÖ kurallarının ihlal edilmesine müsaade eder.

---

[10] DTÖ hukukunun kaynakları arasında katılım protokolleri (*accession protocols*) de yer almaktadır. Bir katılım protokolü hükmünün ihlalinin Marakeş Protokolü ekinde yer alan Anlaşmalardan herhangi birinde bulunan istisna hükmü çerçevesinde hukuka uygun sayılıp sayılamayacağı konusunun her olayın kendi şartları içerisinde, özellikle de ihlal edilen katılım protokolü hükmünün metni ışığında, değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, *China - Publications and Audiovisual Products* davasında Temyiz Organı, Çin'in DTÖ'ye Katılım Protokolü'nün dava konusu olan 5.1ç. maddesinin giriş kısmında yer alan "DTÖ Anlaşması'na uygun şekilde" ibaresinin kurduğu bağlantı nedeniyle bu davada Çin'in anılan maddeye aykırı bulunan önlemini GATT'ın XX. maddesinde yer alan genel istisnalara dayanarak savunabileceğine karar vermiştir. Temyiz Organı kararı, *China - Publications and Audiovisual Products*, par. 233. Çin'in DTÖ'ye Katılım Protokolü'nün 11.3 maddesiyle ilgili olan *China - Raw Materials* davasında ise Panel 11.3. maddenin metninde bu yönde herhangi bir atıf bulunmaması nedeniyle bu maddenin ihlali durumunda Çin'in GATT'ın XX. maddesinde yer alan istisnalara dayanamayacağına hükmetmiş ve bu karar Temyiz Organı tarafından onanmıştır. DTÖ Panel kararı, *China - Raw Materials*, par. 7.158-7.160; Temyiz Organı kararı, *China - Raw Materials*, par. 307.

Bu bölümde, bahsettiğimiz istisna düzenlemelerini, korudukları değerleri esas alarak sınıflandıracağız. Bu açıdan bakıldığında, istisna düzenlemelerini genel istisnalar, güvenlik istisnaları, korunma önlemleri, bölgesel entegrasyonlar, ödemeler dengesiyle ilgili istisnalar ve ekonomik kalkınmayla ilgili istisnalar olarak sınıflandırmak mümkündür.

A. Genel İstisnalar

Genel istisnalara GATT ve Hizmetler Ticareti Genel Anlaşması'nda [*General Agreement on Trade in Services* (GATS)] yer verilmektedir. Başta insan, hayvan ve bitki sağlığı ve hayatı olmak üzere, bir grup önemli menfaati koruyan genel istisnalar bu iki Anlaşmada birbirine büyük ölçüde benzer şekilde düzenlenmiştir.

GATT genel istisnalara XX. maddesinde yer vermektedir. Madde bir dizi değeri sıralamakta, giriş paragrafı ise bu değerleri korumaya yönelik önlemlerin karşılaması gereken iki genel koşula yer vermektedir. Buna göre, bir önlemin XX. madde çerçevesinde hukuka uygun sayılabilmesi için öncelikle maddenin paragraflarında yer alan değerlerden birini korumaya yönelik olması, ayrıca giriş paragrafında bulunan iki genel koşulu da karşılaması gerekmektedir.

XX. maddenin hukuka uygunluk nedeni saydığı önlemler (a) kamu ahlakının korunmak için gerekli olan; (b) insan, hayvan veya bitki hayatını veya sağlığını korumak için gerekli olan; (c) altın veya gümüş ithalatı veya ihracatıyla ilgili olan; (d) GATT 1994'e aykırılık içermeyen kanun veya yönetmeliklerin uygulanması için gerekli olan; (e) mahkumlar tarafından üretilen ürünlerle ilgili olan; (f) sanatsal, tarihsel veya arkeolojik değere sahip milli hazinenin korunması için yürürlüğe konmuş olan; (g) tükenebilir doğal kaynakların korunmasıyla ilgili olan; (h) birtakım devletlerarası emtia sözleşmelerinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla alınmış olan; (i) bir girdinin iç piyasa fiyatının devlet tarafından uygulama konulan bir istikrar programı çerçevesinde dünya fiyatlarının altında tutulduğu dönemlerde bu girdinin yerli imalat sanayiinin ihtiyaç duyduğu miktarlarda teminini sağlamak amacıyla uygulamaya konan ihracat kısıtlamalarını içeren; ve (j) genel olarak veya iç piyasada eksikliği çekilen ürünlerin temini veya dağıtımı için gerekli olan, önlemlerdir.

Bu listede yer alan değerlerden birini korumaya yönelik olduğu tespit edilen bir önlemin ayrıca XX. maddenin giriş paragrafında bulunan iki koşulu da karşılaması gerekmektedir. Buna göre, maddede yer verilen değerlerden

birini korumak amacını güden önlemin (a) aynı şartları taşıyan ülkeler arasında keyfi veya sebepsiz (*arbitrary or unjustifiable*) bir ayrımcılık veya (b) uluslararası ticarette gizli bir kısıtlama teşkil edecek şekilde uygulanmaması gerekmektedir.

GATT'ın XX. maddesi birçok davada tartışılmış ve hem madde metninde sıralanan değerlerden hem de giriş paragrafında bulunan genel şartlardan ne anlaşılmak gerektiği büyük ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur.[11]

GATS'ın XIV. maddesi bu Anlaşma açısından genel istisnaları düzenlemektedir. Bu madde de GATT'ın XX. maddesi gibi iki aşamalı bir düzenleme içermekte, bir taraftan korunan değerleri sıralarken diğer taraftan, giriş paragrafında, bu değerleri korumaya yönelik önlemlerin karşılamak durumunda olduğu genel şartlara yer vermektedir. Bu madde çerçevesinde hukuka uygunluk nedeni sayılan önlemler (a) kamu ahlakı veya kamu düzenini korumak için gerekli olan; (b) insan, hayvan veya bitki hayatını veya sağlığını korumak için gerekli olan; (c) GATS'a aykırılık içermeyen kanun veya yönetmeliklerin uygulanması için gerekli olan; (d) milli muamele (*national treatment*) yükümlülüğünü düzenleyen XVII. maddeye aykırı olan; (e) en ziyade müsaadeye mazhar millet [*most favoured nation* (MFN)] yükümlülüğünü düzenleyen II. maddeye aykırı olan, önlemlerdir. Bu maddenin giriş paragrafı da GATT'ın XX. maddesinin giriş paragrafında yer alan iki koşulu taşımaktadır. Buna göre, XIV. maddede yer verilen değerlerden birini korumak amacını güden önlemin (a) aynı şartları taşıyan ülkeler arasında keyfi veya dayanaksız bir ayrımcılık veya (b) uluslararası hizmetler ticaretinde gizli bir kısıtlama teşkil edecek şekilde uygulanmaması gerekmektedir.[12]

B. Güvenlik İstisnası

Çalışmamızın konusunu oluşturan güvenlik istisnası mal ticareti bakımından GATT'ın XXI. maddesinde, hizmetler ticareti bakımından GATS'ın XIVbis maddesinde, fikri mülkiyet hakları bakımından ise Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Yönlerine Dair Anlaşma'nın [*Agreement on Trade-Related Aspects of*

---

[11] Örnek olarak bkz. DTÖ Panel kararı, *Thailand - Cigarettes (Philippines) (Article 21.5 - Philippines II)*, par. 7.440-7.456; DTÖ Panel kararı, *China - Rare Earths*, par. 7.49-7.138; 7.236-7.1046; Temyiz Organı kararı, *China - Rare Earths*, par. 5.75-5.252.

[12] İki maddedeki düzenlemenin birbirine çok yakın olması nedeniyle DTÖ'de görülen davalarda GATS'ın XIV. maddesinin yorumlanmasında GATT'ın XX. maddesiyle ilgili içtihat önemli ölçüde dikkate alınmaktadır. Bkz. Temyiz Organı kararı, *US - Gambling*, par. 291-292; DTÖ Panel kararı, *Argentina - Financial Services*, par. 7.586.

Intellectual Property Rigths (TRIPs Anlaşması)] 73. maddesinde düzenlenmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, bu üç maddede yer alan güvenlik istisnalarının düzenlenme şekli, GATT ve GATS'ta yer alan genel istisnaların düzenlenme şeklinden farklıdır. Yine belirtelim ki TRIPs Anlaşması'nın 73. maddesinde yer alan düzenleme GATT'ın XXI. maddesi ile birebir örtüşmekle birlikte GATS'ın XIVbis maddesi birtakım farklılıklar içermektedir.

GATT'ın XXI. maddesi çok kısa ve herhangi bir koşula yer vermeyen bir giriş paragrafı içermektedir. Bu madde, güvenlikle ilgili üç temel konuda istisna içermektedir. Birincisi, maddenin (a) paragrafına göre, GATT'ta yer alan hiçbir hüküm DTÖ üyesi bir ülkeyi, ifşası kendisinin esaslı bir güvenlik menfaatine aykırı olacak olan bir bilgiyi ifşa etmek zorunda bırakacak şekilde yorumlanamaz. İkincisi, (c) paragrafına göre, GATT'ta yer alan hiçbir hüküm, DTÖ üyesi bir ülkeyi barış ve güvenliğin sağlanması konusunda Birleşmiş Milletler (BM) Tüzüğü'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerinde getirmekten alıkoyacak şekilde yorumlanamaz. Üçüncüsü, (b) paragrafına göre, GATT'ta yer alan hiçbir hüküm DTÖ üyesi bir ülkeyi şu üç konudan biriyle ilgili olarak, kendisinin esaslı bir güvenlik menfaatinin korunmasıyla ilgili gördüğü bir önlemi almaktan alıkoyacak şekilde yorumlanamaz: (i) parçalanabilir materyaller veya bunlardan türetilebilecek materyaller; (ii) silah, mühimmat ve harp teçhizatının dolaşımı ve sair mal ve malzemelerin, doğrudan veya dolaylı olarak, bir askeri yapıya tedarik edilmek üzere dolaşımı; (iii) harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında alınan önlemler.

C. Ekonomik Aciliyet İstisnası: Korunma Önlemleri

Mal ticaretinde korunma önlemleri konusu GATT'ın XIX. maddesinde düzenlenmektedir. Bu madde açısından korunma önlemi, belirli bir malın ithalatında verilen bir ticari tavizi müteakip, tavizin verildiği tarih itibariyle öngörülmemiş olan bazı gelişmeler nedeniyle, o malın ithalatında meydana gelen aşırı artışın ithalatçı ülkede benzer veya doğrudan rakip malları üreten yerli üretim dalı üzerinde yarattığı ciddi zarar veya zarar tehdidini gidermek amacıyla, söz konusu ticari tavizin sınırlı bir süre için askıya alınması anlamına gelir. Korunma önlemi alınabilmesi için, ithalatçı ülkenin bir soruşturma yürütmesi ve bu soruşturmada, korunma önlemi alınması için gereken şartların oluştuğuna dair tespitlerde bulunması gerekmektedir. Korunma önlemleriyle ilgili ayrıntılı düzenlemeler DTÖ Anlaşması ekinde yer alan Mal Ticaretine Dair Çok Taraflı Anlaşmalardan biri olan Korunma Önlemleri Anlaşması'nda yer almaktadır. Uygulamada korunma önlemleri gümrük vergisi artışı, mik-

tar kısıtlaması veya tarife kontenjanı şeklini almaktadır. Belirtmek gerekir ki korunma önlemleri istisnaî mahiyette önlemlerdir ve bu nedenle hem bu önlemlerin alınması ilgili Anlaşma hükümlerinde sıkı şartlara bağlanmış hem de bunların yürürlükte bulunma süreleri kısa tutulmuştur.[13]

Hizmetler ticareti açısından korunma önlemleri konusu GATS'ın X. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, hizmetler ticaretinde korunma önlemleri konusunda çok taraflı müzakerelere girileceği ve bu müzakerelerin sonuçlarının DTÖ Anlaşması'nın yürürlüğe girmesini müteakip üç yıl içerisinde yürürlüğe gireceği belirtilmektedir. Ancak, bu müzakereler sonuçlandırılmamış ve maddede yer alan tarih sürekli olarak ertelenmiştir.[14]

D. Bölgesel Entegrasyon İstisnası

Bölgesel entegrasyon istisnası DTÖ üyesi ülkelerin, bazı ticaret partnerlerine diğerlerine sağladıklarından daha avantajlı ticaret şartları sağlamalarına imkân veren bir istisnadır. Bu istisnaya hem mal hem de hizmetler ticareti açısından yer verilmiştir. Mal ticaretiyle ilgili düzenleme GATT'ın XXIV. maddesinde yer almaktadır. Bu madde özetle DTÖ üyesi ülkelere diğer ülkelerle serbest ticaret anlaşmaları (STA) veya gümrük birliği anlaşmaları imzalayarak bölgesel ölçekte, diğer ülkelerle olan ticarete nazaran, daha avantajlı bir ticaret rejimi yaratmak olanağı vermektedir.

Bu madde açısından serbest ticaret bölgesi, iki veya daha fazla DTÖ üyesinin bir araya gelerek, kendi aralarındaki ticaretin büyük bir kısmı açısından gümrük vergilerini ve ticareti kısıtlayıcı diğer önlemleri ortadan kaldırmalarını ifade eder [paragraf 8(b)]. Gümrük birliği ise bu ülkelerin bir adım daha ileriye giderek, üçüncü ülkelere karşı da büyük ölçüde aynı gümrük vergilerini ve ticareti kısıtlayıcı diğer önlemleri uygulamalarını ifade eder [paragraf 8(a)]. Bir STA'nın kapsamına giren ürünler söz konusu olduğunda, STA partneri olan ülkelerden gelen ithalatta gümrük vergisi tahsil edilmeyecek fakat bunun dışındaki ülkelerden gelen ithalat gümrük vergisine tabi olacaktır. Aynı durum gümrük birliğinde de söz konusu olacaktır. Bu uygulama normal

---

[13] Korunma önlemlerinin istisnai niteliğine panel ve Temyiz Organı kararlarında da atıfta bulunulmuştur. Örnek olarak bkz. Temyiz Organı kararı, *Argentina - Footwear (EC)*, par. 94; Temyiz Organı kararı, *Korea - Dairy*, para. 87; Temyiz Organı kararı, *US - Line Pipe*, par. 82.

[14] Bu konudaki en son uzatma, ucu açık bir şekilde, 2005 yılında gerçekleştirilen Hong Kong Bakanlar Konferansı'nda yapılmıştır. Bkz. DTÖ belgesi, WT/MIN(05)/DEC, Annex C "Services", par. 4.

olarak GATT'ın I. maddesinde yer alan MFN yükümlülüğüne aykırı olduğu halde, XXIV. maddede yer alan istisna nedeniyle hukuka uygun sayılacaktır.[15]

Konu hizmetler ticareti açısından GATS'ın V ve Vbis maddelerinde düzenlenmiştir. "Ekonomik Entegrasyon" başlıklı madde V, genel olarak DTÖ üyelerinin kendi aralarında hizmetler ticaretini serbestleştiren anlaşmalar yapabileceğini fakat bu anlaşmaların bazı şartları taşıması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, böyle bir anlaşmanın önemli sayıda hizmetler sektörünü kapsaması ve anlaşma konusu sektörler bakımından yürürlükte bulunan milli muamele kaydıyla ilgili ayrımcı uygulamaları büyük ölçüde ortadan kaldırmayı öngörmesi gerekmektedir. "Emek Piyasaları Entegrasyonu Anlaşmaları" başlıklı madde Vbis ise DTÖ üyelerinin kendi aralarında emek piyasalarının tam entegrasyonunu öngören anlaşmalar yapabileceklerini, ancak bu anlaşmaların taraf olan devletlerin vatandaşlarını ikamet ve iş izniyle ilgili koşullardan muaf tutması gerektiğini belirtmektedir.

E. Ödemeler Dengesi İstisnası: Özel Korunma Önlemleri

Ödemeler dengesi sorunu yaşayan DTÖ üyelerinin hem mal hem de hizmet ticareti bakımından özel bir korunma önlemi istisnasından faydalanmaları mümkündür. Konu, mal ticareti bakımından, GATT'ın XII ve XVIII:B maddelerinde düzenlenmektedir. XII. madde bütün DTÖ üyeleri tarafından kullanılabilirken, XVIII:B madde yalnızca gelişmekte olan ülkeler tarafından kullanılabilir.[16] Bu düzenlemeler, özleri itibariyle, DTÖ üyesi ülkelere, ödemeler dengelerini korumak amacıyla, yaptıkları ithalatın miktar veya değerinde sınırlamaya gitme hakkı vermektedir. Her iki madde de böyle bir sınırlamanın yaşanan ödemeler dengesi sorunuyla orantılı olmasını gerektiren şartlar içermekte ve bu istisnayı kullanan ülkenin diğer DTÖ üyeleriyle danışmalarda bulunmasını öngörmektedir. Diğer taraftan, her iki madde de ödemeler dengesini korumak amacıyla alınacak önlemlerin ithalatın miktar veya değerini sınırlayan önlemler olaca-

---

[15] Belirtmek gerekir ki XXIV. maddeyle ilgili DTÖ içtihadı büyük ölçüde Türkiye'nin AB ile gidilen gümrük birliği nedeniyle bazı tekstil ürünlerinde uygulamaya koyduğu miktar kısıtlamalarıyla ilgili olarak Hindistan tarafından açılan *Turkey - Textiles* davasına dayanmaktadır. Bu davada panel Türkiye'nin önlemini GATT'ın XI ve XIII. maddelerine aykırı bulmuş ve Türkiye'nin XXIV. maddeye dayanan hukuka uygunluk iddiasını da reddetmiştir. DTÖ Panel kararı, *Turkey - Textiles*, par. 10.1. Temyiz Organı Panel kararını bozmuş ancak XXIV. maddenin XI. maddede yer alan ve ithalatta ve ihracatta miktar kısıtlamalarını yasaklayan yükümlülüğe bir istisna teşkil edip etmeyeceği konusunda görüş bildirmekten imtina etmiştir. Temyiz Organı kararı, *Turkey - Textiles*, par. 65.

[16] DTÖ Panel kararı, *India - Quantitative Restrictions*, par. 5.155.

ğını belirtmekle birlikte, uygulamada bu amaçla ithalatta gümrük vergisi artışı şeklinde önlemler alındığı da görülmektedir. Nitekim, GATT üyeleri, 1979 ve 1994 yılında aldıkları kararlarla, bu istisnanın gümrük vergisi artışı şeklinde de uygulanabileceğini açıklığa kavuşturmuştur.[17]

GATS'ın XII. maddesi ciddi ödemeler dengesi ve dış mali zorluklar yaşayan veya böyle bir zorluk tehdidi ile karşı karşıya olan bir DTÖ üyesi ülkenin, spesifik yükümlülük altına girdiği hizmetler ticaretinde, bu yükümlülüklerle ilgili ödemeler ve para transferleri de dahil, kısıtlayıcı önlemlere başvurabileceğini belirtmektedir. Burada da alınan kısıtlayıcı önlemlerin yaşanan ödemeler dengesiyle orantılı olması ve kısıtlayıcı önleme başvuran ülkenin diğer DTÖ üyeleriyle danışmalarda bulunması gerekmektedir.

F. Ekonomik Kalkınma İstisnası

DTÖ Anlaşmasının dibacesinin ilk paragrafı genel olarak sürdürülebilir kalkınmayı DTÖ'nün hedeflerinden biri olarak ortaya koymakta, ikinci paragrafı ise gelişmekte olan ve en az gelişmiş ülkelerin dünya ticaretinden kalkınma ihtiyaçlarına uygun bir pay almalarının önemine değinmektedir. Ayrıca, DTÖ Anlaşması ekindeki anlaşmaların neredeyse tamamı gelişmekte olan ve en az gelişmiş ülkeler lehine birtakım istisnaî düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler, ana hatları itibariyle, anılan ülkeleri birtakım DTÖ yükümlülüklerinden muaf tutmakta veya yükümlülüklerini hafifletmektedir. Ayrıca, bu istisnaların bir kısmı sınırlı bir süre için uygulanırken diğer bir kısmı herhangi bir süre sınırlamasına tabi değildir.[18] DTÖ açısından gelişmekte olan ülke statüsü self deklarasyon konusudur, yani gelişmekte olan ülke olduğunu ileri süren bir ülke DTÖ hukuku ve uygulamaları bakımından gelişmekte olan ülke addedilmektedir. Ancak bu konu son birkaç yıldır DTÖ çevrelerinde hararetli tartışmalara konu olmakta ve bazı gelişmiş ülkeler DTÖ açısından gelişmekte olan ülke tanımının değiştirilmesini ve böylece ekonomik kalkınmada önemli aşama kaydetmiş ülkelerin gelişmekte olan ülke statüsünü kötüye kullanmalarının önüne geçilmesini savunmaktadır.[19]

---

17 Bkz. GATT belgesi, *Declaration on Trade Measures Taken for Balance of Payments Purposes*, BISD 26S/205-209, dibacenin ikinci paragrafı; DTÖ belgesi, *Understanding on the Balance-of-Payments Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, paragraf 2.

18 DTÖ Sekretaryası, DTÖ üyesi gelişmekte olan ve en az gelişmiş ülkelerin çeşitli DTÖ Anlaşmalarında yer alan istisna hükümlerinden, 2002 yılı itibariyle, ne ölçüde yararlandıklarını gösteren bir çalışma yayınlamıştır. Bkz. WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.4.

19 Bu konuda Amerika'nın önerisi için bkz. WT/GC/W/764; Çin ve diğer bazı DTÖ üyelerinin ortak önerisi için bkz. WT/GC/W/765/Rev.1.

Ekonomik kalkınma istisnasıyla ilgili iki alt başlığa da kısaca değinmekte fayda vardır. Birincisi, 1979 yılında GATT üyesi devletler tarafından kabul edilen ve halen DTÖ hukukunun bir parçası olan[20] Müsaade Şartı'nın (*Enabling Clause*) 1(a) paragrafına istinaden yürürlüğe konulan Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi'dir (*Generalized System of Preferences*). Bu sistem DTÖ üyesi ülkelere, GATT'ın I:1 maddesinde yer alan ve DTÖ hukukunun temel taşlarından olan MFN yükümlülüğüne istisna olacak şekilde, gelişmekte olan ülkelerden yapacakları ithalatta diğer ülkelere nazaran daha düşük oranda gümrük vergisi uygulamak imkânı vermektedir. Hali hazırda, Türkiye dahil, birçok DTÖ üyesi ülke bu sistem çerçevesinde bazı gelişmekte olan ülkelere ayrıcalıklı muamele yapmaktadır.[21] Türkiye'nin AB'yle olan gümrük birliği nedeniyle yürürlüğe koyduğu genelleştirilmiş tecihler sistemiyle ilgili düzenlemeler İthalat:2020/6 sayılı tebliğde yer almaktadır.[22]

İkincisi, bebek sanayilerin kurulması amacına yönelik istisnadır. Bu konu GATT'ın XVIII:B ve XVIII:C maddelerinde düzenlenmiştir. Her iki düzenleme de gelişmekte olan ülkelere, yeni bir sanayinin kurulması amacıyla, GATT'ta yer alan bazı yükümlülükleri ihlal eden önlemlere başvurma imkânı vermektedir. Bu iki düzenleme arasındaki temel fark istisna teşkil ettikleri GATT yükümlülükleriyle ilgilidir. Madde XVIII:B gümrük vergisi oranlarının yükseltilmesine imkân verirken madde XVIII:C GATT'ın I, II ve XIII. maddelerinde yer alanlar dışındaki yükümlülüklerin ihlaline imkân vermektedir (paragraf 20).[23] Belirtmek gerekir ki bebek sanayilerin korunması istisnasını içeren her iki madde de bu hakkın kullanılmasını önemli bir dizi şartın yerine getirilmesine bağlamıştır.

III. GÜVENLİK İSTİSNASI

1. Giriş

Yukarıda belirttiğimiz üzere, güvenlik istisnası konusundaki ana düzenleme mal ticareti bakımından GATT'ın XXI. maddesinde, hizmetler ticareti bakımından GATS'ın XIVbis maddesinde, fikri mülkiyet hakları bakımından ise

---

20 Temyiz Organı kararı, *EC - Tariff Preferences*, dipnot 192.

21 Bkz. http://ptadb.wto.org/ptaList.aspx (11.5.2020).

22 31.12.2019 tarih ve 30995 (3. mükerrer) sayılı Resmî Gazete.

23 Madde I MFN, madde II bağlı gümrük vergisi oranlarının arttırılamaması, madde XIII ise tarife kontenjanlarının ayrım yapılmaksızın idare edilmesi yükümlülüklerini içermektedir.

TRIPs Anlaşması'nın 73. maddesinde yer almaktadır. GATT'ın XXI. maddesi ve TRIPs Anlaşması'nın 73. maddesinde yer alan düzenlemeler birbirinin aynıdır. GATT'ın XXI. maddesi ile GATS'ın XIVbis maddesi karşılaştırıldığında ise, bu iki maddenin (a) ve (c) paragraflarının birbirinin aynı olduğu ancak (b) paragraflarında birtakım farklılıkların bulunduğu görülmektedir.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, çalışmamızın merkezi konusu bu üç maddenin de (b) paragraflarının (iii) alt paragrafında yer alan "harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet"le ilgili düzenlemedir. Bu alt paragraf her üç maddede de aynı şekilde kaleme alınmıştır. Bu çalışmadaki açıklamalarımızı, anlatım kolaylığı açısından, GATT'ın XXI. maddesini esas alarak yapacağız. Bu açıklamaların TRIPs Anlaşması ve GATS için de aynen geçerli olacağı açıktır.

DTÖ Anlaşması ekinde yukarıda sıraladığımız üç Anlaşma dışında güvenlik konusunu bir istisna olarak düzenleyen bir anlaşma bulunmamaktadır. Ancak, İthal Lisansları Anlaşması'nın 1.10. maddesi doğrudan GATT'ın XXI. maddesine atıf yaparak bu maddenin İthal Lisansları Anlaşması açısından da bir istisna hükmü olarak uygulanacağını belirtmektedir. Benzer şekilde, Ticaretin Kolaylaştırılmasına Dair Anlaşma'nın 24.7 maddesi de GATT 1994'te yer alan istisnaların tamamının bu Anlaşma açısından geçerli olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, İthal Lisansları Anlaşması veya Ticaretin Kolaylaştırılmasına Dair Anlaşma'da yer alan bir yükümlülüğü ihlal eden bir DTÖ üyesi bu ihlale neden olan önlemi GATT'ın XXI. maddesinde yer alan nedenlerden birine dayandırabilirse güvenlik istisnasından faydalanabilecektir. Dolayısıyla, çalışmamızda GATT'ın XXI. maddesiyle ilgili olarak yapacağımız açıklamalar İthal Lisansları Anlaşması ve Ticaretin Kolaylaştırılmasına Dair Anlaşma açısından da aynen geçerli olacaktır.

Belirtmek gerekir ki bu üç Anlaşma (ve İthal Lisansları Anlaşması'ndaki atıf) dışında güvenlik konusunda atıfta bulunan bir diğer Anlaşma Ticarette Teknik Engeller Anlaşması'dır [*Agreement on Technical Barriers to Trade* (TBT Anlaşması)]. Bu Anlaşmanın dibacesinin yedinci paragrafı ve 2.2, 2.10, 5.4, 5.7, 10.8 maddeleri güvenlik konusunu meşru bir amaç olarak tanımlayarak DTÖ üyelerinin bu amaca matuf önlemler alma hakkının altını çizmekte, ayrıca bazı durumlarda güvenlik nedeniyle acil önlemler alınmasına da müsaade etmektedir. Bu maddelerde yer alan düzenleme iki bakımdan GATT, GATS ve TRIPs Anlaşmasında yer alan düzenlemeden ayrılmaktadır.

Birinci fark düzenlemenin hukuki niteliğiyle ilgilidir. GATT, GATS ve TRIPs Anlaşmasında yer alan düzenleme bir istisna düzenlemesidir. Diğer bir deyimle, bu düzenleme, güvenlik konusunu, ilgili Anlaşmada yer alan bir yükümlülüğün ihlalini hukuka uygun hale getirecek bir sebep olarak düzenlemektedir. TBT Anlaşması'ndaki düzenlemeler ise güvenlik konusuna, teknik düzenlemelerin (*technical regulations*) hazırlanmasında dikkate alınacak bir faktör olarak yer vermektedir. Bu iki düzenleme şekli arasındaki fark hukuki bakımdan önemlidir.

İkinci fark, düzenlemenin lafzıyla ilgilidir. GATT, GATS ve TRIPs Anlaşmasında güvenlik konusuna güvenlik (*security*) veya esaslı güvenlik menfaati (*essential security interest*) şeklinde atıf yapılırken TBT Anlaşması'nda yer alan atıfların bir kısmı bu şekilde[24] fakat diğer bir kısmı "milli güvenlik" (*national security*)[25] şeklindedir. Bu iki lafız arasındaki farkın ne anlama geldiğini tartışmak çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu konu gelecekte gündeme gelebilecek bir davaya bakacak olan DTÖ paneli (ve temyiz halinde, Temyiz Organı) tarafından tartışılıp karara bağlanacaktır. DTÖ davalarında bugüne dek verilen kararlardaki hukuki yorumlara bakıldığında, bu lafız farklılığının olası bir davada yapılacak yorumu etkilemesini beklemek yerinde olacaktır.

2. GATT'ın XXI. Maddesinin Tarihçesi ve Uygulanma Örnekleri

GATT'ın XXI. maddesinde yer alan güvenlik istisnasının tarihi kaynağı Uluslararası Ticaret Örgütü [*International Trade Organization* (ITO)] Anlaşması'dır. İkinci Dünya Savaşı'nı müteakiben yürürlüğe konulan *Bretton Woods* sisteminin Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu'na ilave olarak üçüncü ayağını oluşturması planlanan ITO, Amerikan Kongresi'nde yeterli destek bulunmadığından hayata geçirilememiştir.[26] Uluslararası ticaret alanında kapsamlı düzenlemeleri içermesi planlanan ITO'yu kurmaya yönelik Anlaşmanın müzakereleri devam ederken, müzakerelere katılan devletlerin gümrük vergilerini ve diğer ticaret engellerini daha hızlı bir şekilde azaltmak istemeleri üzerine, 1947 yılında GATT imzalanmış ve 1 Ocak 1948'de yürürlüğe girmiştir. Ancak, ITO Anlaşması'nın yürürlüğe girmemesi nedeniyle,

---

[24] Dibacenin yedinci paragrafı ve madde 10.8.

[25] Madde 2.2, 2.10, 5.4 ve 5.7.

[26] Bu konuda geniş bilgi için bkz. GARDNER Richard N., **Sterling-Dollar Diplomacy Anglo-American Collaboration in the Reconstruction of Multilateral Trade**, Clarendon Press, Oxford, 1956 s. 348 vd.

GATT, 1948-1995 döneminde uluslararası ticareti düzenleyen bir uluslararası anlaşma olarak yürürlükte kalmış ve bir *de facto* uluslararası örgüt görüntüsü veren GATT Sekretaryası tarafından uygulanmıştır.[27]

GATT'ın XXI. maddesinde yer alan güvenlik istisnası düzenlemesi ITO Anlaşması'nın 90. maddesinde yer alan düzenlemeyi yansıtmaktadır.[28] XXI. madde, sık olmamakla birlikte, hem GATT hem de DTÖ döneminde alınan birtakım önlemlere dayanak olarak gösterilmiş, bu önlemlerin bir kısmı dava konusu da yapılmıştır. Ancak, bu davalara bakan paneller XXI. maddenin içeriğiyle ilgili yorum yapmamıştır. Bu konuda esasa ilişkin bir yorum içeren ilk karar 5 Nisan 2019 tarihinde yayınlanan *Russia - Traffic in Transit* davasındaki panel kararıdır. Bu kararın ayrıntılarına, aşağıda madde XXI'in metniyle ilgili açıklamalarımız içerisinde yer vereceğiz. Bu noktada, *Russia - Traffic in Transit* davasındaki panel kararına kadarki süreç içerisinde XXI. maddeye dayanarak alınan önlemler ve bu konuda ilgili GATT ve DTÖ organlarında yaşanan tartışmalara kısaca değinmekte fayda vardır.

XXI. maddenin gündeme geldiği ilk uyuşmazlık Çekoslovakya tarafından ABD aleyhine yapılan bir şikâyetle ilgilidir. 1948 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD), harp kaabiliyetini etkileyebilecek bazı ürünlerin Marshall Planı kapsamında bulunmayan Doğu Avrupa ülkelerine ihracatını ihracat lisansı uygulamasıyla kontrol altına almış ve buna dayanak olarak, diğerleri arasında, GATT'ın XXI(b)(ii) maddesini göstermiştir. Çekoslovakya bu uygulamanın GATT'ın I ve XIII. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla konuyu GATT Konseyi'ne getirmiş ve uyuşmazlığı karara bağlamak üzere bir çalışma grubu[29] kurulmasını talep etmiştir. ABD delegesi, Çekoslovak delegenin şikâyet konusu önleme konu olan mallarla ilgili bilgi talebini, ABD'nin ve

---

27 ITO ve GATT'ın tarihçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TELLİ Serap, **Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991, s. 72.

28 **HAHN Michael J.,** s. 568.

29 GATT'ın anlaşmazlıkların halliyle ilgili XXIII. 2 maddesi, tarafların kendi aralarında çözemedikleri anlaşmazlıkları karara bağlayacak makamın GATT AKİT TARAFLARI olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, GATT'ın ilk dönemlerinde uyuşmazlıklar AKİT TARAFLAR'ca karara bağlanmıştır. İlerleyen dönemlerde, bu uygulama yerine, içinde davanın taraflarının da bulunduğu, ilgili GATT âkit taraflarının temsil edildiği çalışma gruplarının uyuşmazlıkları karara bağlaması yöntemine geçildi. GATT döneminin son aşamasında ise anlaşmazlıkların, bugünkü DTÖ sisteminin de kaynağını teşkil eden, davanın taraflarının temsil edilmediği üç veya beş kişiden oluşan paneller aracılığıyla çözümü sistemine geçilmiştir. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c2s1p1_e.htm (11.5.2020).

dost ülkelerin güvenliklerini tehlikeye atacağı iddiasıyla, madde XXI(a)'ya dayanarak reddetmiştir.[30] Konsey önce çalışma grubu kurulması talebini, bilahare de Çekoslovakya'nın esasa ilişkin şikâyetini reddetmiştir.[31]

1951 yılında Hollanda ve Danimarka ABD'nin, "uluslararası ilişkilerde mevcut aciliyet nedeniyle ABD'nin esaslı güvenlik menfaatlerinin ve ekonomisinin korunması amacıyla" bazı süt ürünlerinin ithalatında uygulamaya koyduğu kısıtlamaları GATT Konseyi'ne şikâyet ederek bu önlemlerin GATT'ın XI. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. ABD de bu önlemlerin XI. maddeye aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte önlemleri yürürlükten kaldırmamıştır. GATT Konseyi konuyu bir çalışma grubuna sevk etmiş, çalışma grubu önlemin GATT'a aykırı olması nedeniyle Hollanda'nın ABD'ye karşı misilleme mahiyetinde bir ithalat kısıtlaması uygulamak konusunda yetkilendirilmesini önermiş, Konsey de bu raporu kabul etmiştir.[32] Bu durum uzun süre devam etmiştir.[33]

1966 yılında, Portekiz'in GATT'a katılımı sürecinde, Gana temsilcisi, Portekiz'den yapılan mal ithalatına koydukları yasağın GATT'ın XXI. maddesine dayandığını ve bu yasağa neden olan güvenlik kaygısının ne olduğunun sorgulanmasının mümkün olmadığını ileri sürerek, yasağın Portekiz'in GATT'a üye olması durumunda da devam edeceğini kaydetmiştir. Gana temsilcisi, güvenliğe yönelik "muhtemel" bir tehlikenin dahi madde XXI'e başvurulmasını haklı çı-

---

30 GATT belgesi, GATT/CP.3/38, p. 9.

31 GATT belgesi, GATT/CP.3/SR.22, s. 9. Bu oylamada Konsey üyelerine sorulan soru, Konsey'in madde XXI'de yer alan güvenlik istisnasına yaklaşımıyla ilgili olarak da fikir vermektedir. Çekoslovakya delegesi "ABD'nin GATT'ın I. maddesinin ihlal edip etmediğinin" sorulmasını istemiş, ancak Konsey Başkanı, ABD'nin madde XXI'deki güvenlik iddiasına dayanması nedeniyle, soruyu "ABD ihracat lisanslarının idaresi bakımından GATT çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlal etmiş midir?" şeklinde sormuştur. *Ibid.*
1951 yılında ABD GATT Konseyine başvurarak ABD ile Çekoslovakya arasında GATT'tan kaynaklanan yükümlülüklerin kaldırılmasına karar verilmesini istemiş, buna gerekçe olarak ise Çekoslovakya'nın ABD karşıtı bir tavır içine girmesini ve ekonomisinin tedrici bir şekilde Sovyet bloğuna entegre olmasını göstermiştir. GATT belgesi, GATT/CP.6/5, s. 1-2. Konsey 24 Eylül 1951 tarihinde bu iki ülkenin birbirlerine karşı GATT'tan kaynaklanan yükümlülüklerini askıya almalarına müsaade kararı vermiştir. GATT belgesi, GATT/CP.6/5/Add.2, s. 1. ABD'nin talebinde açıkça GATT'ın XXI. Maddesine atıfta bulunulmamakla birlikte, dayanaklarına bakıldığında, bu talebin anılan madde çerçevesinde gerçekleştirildiğini değerlendirmek mümkündür.

32 GATT belgesi, SR.7/16, s. 7.

33 Hollanda'nın misillemesinin 1959 yılında da devam edebileceğine dair GATT Konseyi kararı için bkz. GATT belgesi, L/918, s. 4.

karacağını ileri sürmüş ve ülkesinin Portekiz'e karşı uyguladığı yasağın somut sebebinin Portekiz'in Angola'daki uygulamalarının genel olarak Afrika'nın ve bu arada Gana'nın güvenliği konusunda yarattığı tehdit olduğunu belirtmiştir.[34]

1968 yılında İngiltere ve Japonya, Sanayi Ürünleri Ticareti Komitesi'ne sundukları bir bildirimle, ABD'nin Ticaretin Genişletilmesi Kanunu'nun 232. Kısmını, içerdiği "güvenlik" kavramını tanımlamaması, Kanun çerçevesinde yürütülecek soruşturmaların ne kadar sürede tamamlanacağı ve alınacak önlemlerin türünün ne olacağının açıklanmamış olması nedeniyle eleştirmiştir. ABD, cevaben, Kanunun GATT'ın XXI. maddesine uygun olduğunu ve güvenlik konusunda alınacak önlemlerin kurumsal bir çerçeveye oturtulmuş olmasının faydalı olduğunu zira güvenlikle bağlantılı önlem alınmadan önce konunun bütün yönlerinin inceleneceğini belirtmiştir. Bu ve buna benzer bildirimlerin inceleyen Çalışma Grubu, GATT'ın XX ve XXI. maddeleri dahil, birtakım düzenlemelerin içeriğinin net olmadığı ve GATT âkit taraflarınca farklı şekillerde yorumlandığını belirtmekle yetinmiştir.[35]

1970 yılında, İthalat Kısıtlamaları Karma Grubu, ABD'nin, ülkenin belli bir bölgesine yönelik petrol ürünleri ithalatında uyguladığı miktar kısıtlamasıyla ilgili bir bildirim almıştır.[36] ABD, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Kanada'nın eleştirilerine cevaben, şikâyet konusu önlemin ABD'deki yüksek sanayileşme düzeyi ve ABD'nin büyük petrol ihracatçısı olan ülkelere olan uzaklığının ortaya çıkardığı milli güvenlik kaygısı nedeniyle, GATT'ın XXI. maddesi çerçevesinde alındığını belirtmiştir.[37] GATT Konseyi'nin Karma Gruba bildirilen bu ve ilgili listede yer alan benzeri diğer önlemlerin gözden geçirilmesine devam etmesi istenmiş ancak Grup 1970 yılından sonra toplanmadığı için bu konuda daha fazla inceleme yapılmamıştır.[38]

1970 yılında, İthalat Kısıtlamaları Karma Grubu, bu kez Avusturya'nın penisilin ithalatında uyguladığı kısıtlamalarla ilgili bir bildirim almıştır.[39] Avusturya'ya GATT'ın XXI. maddesinin hangi kısmının bu önleme hukuki dayanak sağladığı sorulmuş, Avusturya da cevaben, önlemin amacının bir aciliyet durumunda penisilinin yerli kaynaklardan sağlanabilmesini temin et-

---

34 GATT belgesi, SR.19/12, s. 196.

35 GATT belgesi, COM.IND/W/49, par. 5.

36 GATT belgesi, L/3377/Add.2, s. 2.

37 GATT belgesi, COM.IND/W/28/Add.1, s. 49.

38 GATT belgesi, NTM/W/2, par. 13.

39 GATT belgesi, L/3377, s. 23.

mek olduğunu ve bunun da madde XXI(b)(ii)'ye dayandığını belirtmiştir.[40] Avusturya bu önlemi 1990 yılına kadar yürürlükte tutmuş ve Uruguay Turu müzakereleri esnasında ABD'nin isteği üzerine yürürlükten kaldırmıştır.[41]

1975 yılında, İsveç, GATT Konseyi'ne yaptığı bir bildirimde, ayakkabı sektöründe, yüksek maliyetler ve aşırı liberal ithalat politikasından dolayı sorunlar yaşandığını ve bu nedenle ayakkabı ithalatında bir miktar kısıtlamasına gideceğini belirtmiştir. İsveç bu bildiriminde, ayakkabı ve benzeri zorunlu ihtiyaç malzemelerinin asgari düzeyde yerli üretiminin sağlanmasının İsveç'in genel güvenlik politikasının bir parçası olan ekonomik güvenliğinin bir gereği olduğunu belirtmiştir.[42] Bu miktar kısıtlaması birçok GATT âkit tarafınca eleştirilmiş ve 1977 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.[43]

1982 yılında, Arjantin'le Birleşik Krallık arasında Falkland Adaları krizinin yaşanmasını müteakip, Kanada, Avustralya ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Arjantin'den yaptıkları ithalatı durdurmuş, Arjantin de bu önlemleri GATT Konseyi'ne şikâyet etmiştir. Arjantin, şikâyetinde, önlemlerin hangi GATT yükümlülüklerini ihlal ettiğini sıraladıktan sonra, bu önlemlerin GATT'ta yer alan herhangi bir istisna hükmüyle bağlantılı olmadığını ileri sürmüştür.[44] Arjantin XXI. maddeyle ilgili iddialarında ise bu maddenin farklı paragraflarına dayanmıştır. AET'nin Birleşik Krallık dışındaki üyeleri ile Kanada ve Avustralya'nın aldığı önlemlerle ilgili olarak Arjantin, Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi'nin aldığı bir karar bulunmadığına göre, XXI(c) maddesinin bu önlemlere bir dayanak sağlamasının mümkün olmadığını belirtmiştir.[45] Arjantin'e göre, kendilerini hiç ilgilendirmeyen bir toprak uyuşmazlığı nedeniyle Arjantin'e karşı ticari önlem alan bu ülkeler uluslararası hukuku ihlal etmiştir. Birleşik Krallığın aldığı önleme gelince, Arjantin, XXI. maddenin (b) paragrafına atıfta bulunarak alınan önlemin bu paragraf çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini zira BM kararının yalnızca Falkland adaları bölgesiyle ilgili olup Krallığın metropoliten topraklarını ilgilendirme-

40 GATT belgesi, COM.IND/W/28/Add.1, s. 95.

41 GATT belgesi, C/RM/S/19A, par. 46.

42 GATT belgesi, L/4250, par. 3-4.

43 GATT belgesi, L/4250/Add.1.

44 GATT belgesi, L/5317, s. 1.

45 GATT belgesi, L/5317, s. 1-2. Güvenlik Konseyi'nin bu konuyla ilgili olarak aldığı 502 sayılı Karar, Falkland Adası'nda barışın ihlal edildiğini belirterek, tarafların derhal güç kullanımına son verip sorunu diplomatik yollardan çözmeye yönelmelerini tavsiye etmiştir. http://unscr.com/en/resolutions/doc/502 (11.5.2020).

diğini ileri sürmüştür.[46] Arjantin ayrıca GATT'ın XXIII. maddesi çerçevesinde bir anlaşmazlıkların halli süreci başlatma hakkını saklı tutmuş ve GATT Genel Sekreterinden bu uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunmasını talep etmiştir.[47]

Şikâyetten sonra Mayıs 1982'de gerçekleşen GATT Konseyi toplantısında Arjantin iddiaların yineleyerek siyasi nedenlerle ticari önlemlere başvurulmasının sakıncalarını dile getirmiştir.[48] Avrupa Toplulukları (AT), Arjantin'e cevaben, şikâyet konusu önlemleri, madde XXI'de vücut bulan, doğal hakları çerçevesinde aldıklarını ve bu önlemin bir bildirim veya onay mekanizmasına tabi olmadığını ileri sürmüştür. AT GATT Konseyi'nin GATT'ın siyasetten uzak olma özelliğini korumak adına, siyasi tartışmalardan uzak durması gerektiğini belirtmiştir.[49] Kanada, aldığı önlemin siyasi bir soruna cevaben alınan siyasi bir önlem olduğunu belirterek, BM Güvenlik Konseyi kararının ihlal edilip edilmediğinin denetleneceği yerin GATT Konseyi olmadığını belirtmiştir.[50] Avustralya da AT ve Kanada'nın görüşlerine katılmış ve GATT'ın XXI(c) maddesi çerçevesinde almış olduğu önlemin herhangi bir bildirim şartına bağlı olmadığını belirtmiştir.[51] ABD ise, GATT'ın, esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için hangi önlemlerin alınmasının gerekli olduğu konusundaki kararı âkit taraflara bıraktığını ve böyle bir olanak olmasa hiç bir devletin GATT'ı imzalamayacağını belirtmiştir.[52]

Arjantin, Haziran 1982'de gerçekleşen GATT Konseyi toplantısında, GATT ÂKİT TARAFLARI'nın madde XXI'i yorumlamalarını resmi olarak talep etmiştir. Bu öneri âkit tarafların tamamının desteğini almamıştır. Ancak, GATT AKİT TARAFLARI, 29 Kasım 1982 tarihinde "GATT'la uyumlu olmayan ve ekonomik olmayan nedenlere dayanan ticareti kısıtlayıcı nitelikte önlemlere başvurmaktan kaçınmak" konusunda bir Bakanlar Deklarasyonu[53] yayınlamış, ertesi gün, yani 30 Kasım 1982 tarihinde ise, XXI. maddenin GATT AKİT TARAFLARI'nca bağlayıcı bir yorumunun yapılmasına kadarki

---

46 GATT belgesi, L/5317, s. 2.

47 GATT belgesi, L/5317, s. 3.

48 GATT belgesi, C/M/157, s. 2.

49 GATT belgesi, C/M/157, s. 10.

50 GATT belgesi, C/M/157, s. 10.

51 GATT belgesi, C/M/157, s. 11.

52 GATT belgesi, C/M/157, s. 8.

53 GATT belgesi, L/5424, s. 3.

süreçte bu madde çerçevesinde alınacak önlemlerle ilgili olarak uyulması gereken usul kurallarını tespit eden bir Karar almışlardır.[54] Bu Kararın dibacesi madde XXI'le ilgili olarak o güne dek ileri sürülmüş olan mülahazaları yansıtmaktadır. Dibace bir taraftan âkit tarafların güvenlik nedeniyle madde XXI çerçevesinde önlem alma haklarının olduğunu belirtirken diğer taraftan, bu önlemlerin uluslararası ticareti kısıtlayabileceğinin ve üçüncü taraf durumunda bulunan ülkelerin ticari menfaatlerine de halel getirebileceğinin altını çizmektedir. Dibacesinde bu kaygılara yer veren Karar çok kısa olan ana metninde iki önemli hususa değinmektedir. Birinci maddeye göre, madde XXI çerçevesinde önlem alan bir devletin bu önlemi GATT'a bildirme yükümlülüğü vardır. İkinci maddeye göre ise, bir devletin madde XXI çerçevesinde önlem aldığı durumlarda bu önlemden etkilenen âkit taraflar GATT'tan kaynaklanan haklarının tamamını muhafaza ederler. Bu hüküm çok genel nitelikte olmakla birlikte, madde XXI'e dayanarak alınan önlemlere karşı dava açılabileceği fikrini destekler nitelikte olduğunu ileri sürmek mümkündür. Kararın üçüncü ve son maddesi, GATT Konseyi'nin XXI. madde konusunu daha ayrıntılı bir şekilde ele almasının talep edilebileceğini belirtmekle birlikte, bu konuda daha sonra herhangi bir karar alınmamıştır.

1983 yılında ABD, yıkıcı faaliyetlerde bulunduğu ve şiddeti desteklediği iddiasıyla, Nikaragua'nın ABD'ye yapılan şeker ithalatında uygulanan kotadan aldığı payı azaltmıştır.[55] Nikaragua'nın konuyu GATT'a taşıması üzerine ise ABD esas sorunun siyasi nitelikte olduğunu ve bir GATT paneli tarafından çözülemeyeceğini iddia etmiştir.[56] Nikaragua'nın talebi üzerine bir panel kurulmuş ve panelde görev alacak panelistler de belirlenmiştir.[57] Dava kapsamında Nikaragua ABD'nin önleminin GATT'ın çok sayıda maddesini ihlal ettiğini iddia etmiş,[58] ABD ise önlemin ticaret politikası kaygıları ile alınmamış olduğunu ve bu nedenle önlemi savunmak için GATT'ta yer alan bir istisna hükmüne dayanmayacağını beyan etmiştir.[59] Panel ABD'nin aldığı önlemin GATT'ın XIII:2. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiş, Nikaragua'nın diğer hukuka aykırılık iddialarının bir kısmını reddetmiş bir kısmı hakkında ise

---

54 Kararın metni için bkz. GATT belgesi, L/5426.

55 GATT Panel kararı, *US - Sugar Quota*, L/5607, par. 2.3.

56 GATT belgesi, C/M/170, s. 12.

57 GATT belgesi, C/M/170, s. 12.

58 GATT Panel kararı, *US - Sugar Quota*, L/5607, par. 3.1-3.9.

59 GATT Panel kararı, *US - Sugar Quota*, L/5607, par. 3.10.

hukuk ekonomisi uygulamıştır.[60] ABD madde XXI'e dayanmadığı için Panel de dava konusu önlemin güvenlik istisnası kapsamına girip girmediğini tartışmamıştır. Panel kararını verirken, dava konusu önlemin büyük bir sorunun parçalarından biri olduğunu belirtmiştir.[61] Bu Panel kararı GATT Konseyi tarafından kabul edilmiştir.[62] Ancak ABD bu kararın gereğini yerine getirmeye yönelik bir adım atmamıştır. Hatta izleyen yıllarda şeker ithalatındaki toplam kota miktarını arttırdığı halde Nikaragua'nın payını aynı düzeyde tutmuştur.[63]

1985 yılında Birleşik Krallık ve İtalya madde XXI(b)'ye dayanarak, güvenlik menfaatlerini korumak amacıyla, Çekoslovakya'ya yönelik birtakım bilgisayar ve elektronik aksamları ihracatını durdurmuş, Çekoslovakya da bu uygulamayı 1986 yılında GATT Konseyi'ne şikâyet etmiştir.[64] Çekoslovakya, madde XXI(b)'nin bu önleme dayanak teşkil etmeyeceğini zira önleme konu olan malların bu madde kapsamına girmediğini, ayrıca, önlemi uygulayan ülkelerle Çekoslovakya arasında bir çatışma halinin de mevcut olmadığını belirtmiştir. Çekoslovakya'ya göre, önlemi uygulayan ülkelerin önlemle, önleme dayanak gösterilen güvenlik menfaatleri arasında anlamlı bir nedensellik bağı göstermeleri gerekirken bu gösterilmemiştir.[65]

1985 yılında ABD, Nikaragua'nın bazı politika ve eylemlerinin kendisinin milli güvenliğine tehdit teşkil ettiğini iddia ederek ve madde XXI(b)(iii)'yi dayanak göstererek bu ülkeyle olan dış ticaretini tamamen durdurmuştur. Nikaragua konuyu GATT Konseyi'ne getirmiş ve ABD'nin aldığı önlemin tamamen orantısız olduğunu ve ABD'nin milli güvenliğini tehdit ettiği iddiasının absürt olduğunu belirtmiştir.[66] Nikaragua'ya göre, ABD'nin bu önlemi almaktaki esas amacı Nikaragua'yı siyasi, mali, ticari ve askeri açıdan baskı altına almaktır.[67] ABD, cevaben, kendisinin milli güvenliğinin korunması amacıyla aldığı bu önlemin GATT organları tarafından gözden geçirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür.[68] Nikaragua ise madde XXI'in keyfi bir

---

60 GATT Panel kararı, *US - Sugar Quota*, L/5607, par. 4.2-4.7.

61 GATT Panel kararı, *US - Sugar Quota*, L/5607, par. 4.1.

62 GATT belgesi, C/M/176, s. 11.

63 GATT belgesi, C/M/178, s. 27-28.

64 GATT belgesi, NTM/INV/I-V/Add.10, s. 58 ve 60.

65 GATT belgesi, NTM/INV/I-V/Add.12, s. 2, 4, 6 ve 8.

66 GATT belgesi, C/M/188, s. 3.

67 GATT belgesi, C/M/188, s. 2.

68 GATT belgesi, C/M/188, s. 4.

şekilde uygulanamayacağını ve bu maddeye dayanarak alınan bir önlemle o önleme dayanak olarak gösterilen olay arasında bir bağlantı bulunması gerektiğini belirtmiştir. Nikaragua, ticarete etkisi olan bu önlemin GATT çatısı altında gözden geçirilebileceğini ileri sürmüştür.[69] Birçok ülke meselenin GATT bünyesinde tartışılıp tartışılamayacağı konusunda Nikaragua'nın yanında yer alırken, Kanada, Japonya ve AT, ticarete etkisi olmakla birlikte, tartışma konusu önlemin esas itibariyle ticaretle ilgili olmayan nedenlere dayanması nedeniyle, çözümünün de GATT dışında aranması gerektiğini belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki AT, madde XXI çerçevesinde kendi güvenlik menfaatlerinin korunması için hangi önlemlerin alınacağına her bir GATT âkit tarafının kendi başına karar verebileceğini ve bu tür önlemlerle ilgili uyuşmazlıkların çözüm yerinin GATT olmadığını belirtmekle birlikte, XXI. madde çerçevesinde önlem alınırken keyfi bir şekilde hareket edilmemesi gerektiğinin de altını çizmiştir.[70]

Nikaragua'nın talebi üzerine bu konuyu hukuki yönden karara bağlamak üzere bir Panel kurulmuş ancak GATT Konseyi bu Panelin ABD'nin madde XXI(b)(iii)'ye başvurma nedenini ve bunun hukuka uygun olup olmadığını inceleyemeyeceğini belirtmiştir.[71] Panel kararında, GATT Konseyi'nin kararlaştırdığı görev belgesine göre ABD'nin madde XXI(b)(iii)'e uygun hareket edip etmediğini inceleme yetkisinin bulunmaması karşısında, ABD'nin önleminin GATT'ın Nikaragua tarafından atıfta bulunulan maddelerini ihlal edip etmediğine karar veremeyeceğini belirtmiştir.[72] Bunun üzerine Panel, GATT'ın XXIII(1)(b) maddesi çerçevesinde ABD'nin önleminin, herhangi bir GATT kuralını ihlal etmemekle birlikte, Nikaragua'nın ticari menfaatlerine zarar verip vermediğini (*nullification or impairment*) incelemek ihtimalini değerlendirmiştir. Ancak madde XXIII(1)(b)'in müzakere tarihçesinin, bu madde kapsamına giren önlemlerin geri çekilmesinin gerekli olmadığını belirttiğini dikkate alarak, pratik bir yararı olmayacağı gerekçesiyle, bu madde çerçevesinde bir karar almaktan imtina etmiştir.[73]

---

69 GATT belgesi, C/M/188, s. 6.

70 GATT belgesi, C/M/188, s. 13.

71 GATT belgesi, C/M/192, s. 6.

72 GATT Panel kararı, *US - Nicaraguan Trade*, L/6053 (unadopted), par. 5.3.

73 GATT Panel kararı, *US - Nicaraguan Trade*, L/6053 (unadopted), par. 5.8-5.10. GATT'ın XXIII(1)(b) maddesinde ele alınan önlemler "ihlal içermeyen önlemler"dir. Bu düzenleme bazı istisnai hallerde GATT'ta yer alan bir yükümlülüğü ihlal etmese dahi bir GATT âkit tarafının ticarî menfaatlerine zarar veren bir önlemin hukuka aykırı bulunabileceğini belirtmektedir. Bu

Nikaragua, Panel kararına yönelik eleştirisinde, ABD'nin dava konusu önlemi milli güvenliğini korumak değil Nikaragua üzerinde siyasi baskı yapmak amacıyla aldığını belirtmiş ve bunun madde XXI'in bir kötüye kullanımı olduğunu ileri sürmüştür.[74] Nikaragua'ya göre, ABD'nin yaklaşımı GATT'ı uluslararası hukukun kapsamı dışına çıkarma riskini içermektedir.[75] Nikaragua, GATT Konseyi'nin bu ambargonun kaldırılmasına ve Nikaragua'nın uğradığı zararın giderilmesine yönelik özel önlemlerin alınmasına karar vermesini, bu kararlar alınırken Uluslararası Adalet Divanı'nın konuyla ilgili olarak verdiği kararın da dikkate alınmasını talep etmiştir.[76] Nikaragua'nın veto etmesi nedeniyle konsensüs oluşmadığı için GATT Konseyi Panel kararını kabul etmemiş[77] ve bu karar da kabul edilmeyen GATT dönemi panel kararları arasında yerini almıştır. ABD'nin Nikaragua'ya uyguladığı ambargo 1990 yılına dek uzatılmıştır. Bu konuda son tartışmaların yapıldığı GATT Konseyi toplantısında Nikaragua delegesi, kendilerine uygulanan ambargo karşısında GATT Konseyi'nin anlamlı bir önlem almakta aciz kalmasının GATT sisteminin haklar ve yükümlülükler arasında uygun bir denge gözetmeyi başaramadığını gösterdiğini ve bu konunun Uruguay Turu müzakerelerinde ele alınması gerektiğini belirtmiştir.[78]

1991 yılında AT, Yugoslavya'da devam eden iç şiddet ortamının Avrupa'nın bu bölgesinde siyasi istikrarsızlığa neden olduğu ve diğer bölgelere de etki etme riski taşıdığını ileri sürerek, GATT'ın XXI. maddesi çerçevesinde kendi güvenlik menfaatlerini korumak amacıyla, Yugoslavya'ya tercihli şekilde vermiş olduğu bazı tavizleri askıya almıştır.[79] Yugoslavya ilk tepki olarak AT'nin aldığı önlemlerin herhangi bir GATT yükümlülüğünü ihlal etmemesi ve kısmen madde XXI kapsamına girebileceği nedeniyle bir hukuka aykırılık iddiasında bulunamayacağını belirtmiş ancak alınan ön-

---

davada Panelin müzakere tarihine dayandırdığı ilke AHMM'nin 26(1)(b) maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, GATT'ın XXIII. maddesinin uygulandığı davalarda, ilgili anlaşmada yer alan bir yükümlülüğü ihlal etmemekle birlikte davacı ülkenin ticarî menfaatlerine zarar verdiği tespit edilen bir önlemin davalı tarafından geri çekilmesi zorunluluğu yoktur. Bu gibi durumlarda, davalının karşılıklı olarak kabul edilebilir bir ayarlama (*mutually agreed solution*) yapması gereklidir.

74 GATT belgesi, C/M/204, s. 8.

75 GATT belgesi, C/M/204, s. 8.

76 GATT belgesi, C/M/204, s. 7.

77 GATT belgesi, C/M/204, s. 17.

78 GATT belgesi, C/M/240, p. 31.

79 GATT belgesi, L/6948, s. 1.

lemlerin ekonomik baskı uygulayarak siyasi sonuç elde etme amacına yönelik olduğunu ileri sürmüştür.[80] Yugoslavya bilahare bir anlaşmazlıkların halli süreci başlatmış,[81] danışmalardan bir sonuç alınamaması üzerine de panel kurulmasını talep etmiştir.[82] Yugoslavya'nın talebinin GATT Konseyi gündemine ikinci kez geldiği toplantıda Panel kurulmasına karar verilmiş[83] ancak Yugoslavya devletinin ortadan kalkması nedeniyle bu Panel herhangi bir çalışma yapmamıştır. Panelin kurulmasına karar verilen Konsey toplantısında AT delegesi Panel kurulmasına karşı çıkmış, buna dayanak olarak ise dava konusu yapılan önlemlerin ekonomik olmayan nedenlerle alınmış olmasını ve AT'nin Yugoslavya'daki barış sürecine etkili bir şekilde katılıyor olmasını göstermiştir.[84]

1999 yılında Nikaragua, Kolombiya ile Honduras arasında Karayiplerde deniz sınırlarını belirleyen Ramirez-Lopez Anlaşması'nın imzalanması üzerine, bu iki ülkeden yaptığı bütün mal ve hizmet ithalatını durdurmuş ve bu ülkeler bandralı gemilerin balıkçılık lisanslarını da iptal etmiştir.[85] Kolombiya'nın bu önlemlerin incelenmesi için bir panel kurulmasını talep etmesi üzerine Nikaragua, önlemleri GATT'ın XXI ve GATS'ın XIVbis maddesine uygun şekilde kendi güvenliğini korumak amacıyla aldığını, önlemlere neden olarak ise Honduras ve Kolombiya'nın imzaladığı anlaşmanın Karayiplerde Nikaragua'nın egemenlik haklarını sınırlamasını, Honduras'ın Nikaragua'yla olan sınırına yakın bölgelere asker göndermesini ve Nikaragua'nın kıta sahanlığında askeri tatbikat yapmasını göstermiştir.[86] Nikaragua önlemleri ticari amaçla değil güvenliğini korumak amacıyla aldığını iddia etmiş ve Kolombiya'nın talebi üzerine bir panel kurulmasına karar verilmeden önce DTÖ Genel Konseyi'nin panellerin güvenlik istisnasına dayanarak alınan önlemleri gözden geçirmeye yetkili olup olmadıklarını karara bağlamasını ve GATT'ın XXI. maddesinin bir bağlayıcı yorumunu yapmasını talep etmiştir.[87]

---

80 GATT belgesi, L/6945, s. 2.

81 GATT belgesi, DS27/1.

82 GATT belgesi, DS27/2.

83 GATT belgesi, C/M/255, s. 18.

84 GATT belgesi, C/M/255, s. 14.

85 DTÖ belgesi, WT/DS188/2, s. 1.

86 DTÖ belgesi, WT/DSB/M/78, par. 52-54.

87 DTÖ belgesi, WT/DSB/M/78, par. 59. DTÖ Anlaşması'nın IX:2 maddesine göre, Anlaşma'nın bağlayıcı yorumunu yapmak konusunda tek yetki Bakanlar Konferansı ve Genel Konsey'dedir ve bu karar üye devlet sayısının ¾ çoğunluğu ile verilir.

Anlaşmazlıkların Halli Organı [*Dispute Settlement Body* (DSB)] panelin kurulmasına karar vermiş[88] ancak bu panelde kimlerin görev alacağının belirlenmesi aşamasına geçilmemiştir.

Pakistan'ın 2002, 2008 ve 2015 yıllarında gerçekleştirilen ticaret politikalarının gözden geçirilmesi süreçlerinde Hindistan Pakistan'ın kendisine MFN ilkesini uygulamamasından şikâyet etmiş, Pakistan da cevaben, bu durumun iki ülke arasındaki ilişkilerde yıllardır yaşanmakta olan gerginlikten kaynaklandığını ve bu nedenle her iki tarafın da GATT'ın XXI(b)(iii) maddesi çerçevesinde birbirine MFN ilkesini uygulamadığını belirtmiştir.[89]

2003 yılında Brezilya bazı lityum bileşenlerinin ithalatında ithal lisansı uygulamış, ABD de bu uygulamayı DTÖ İthal Lisansları Komitesi'nde eleştirmiştir.[90] Brezilya uygulamanın nedeninin bu ürünün nükleer amaçla kullanılma olasılığı olduğunu belirtmiş,[91] ABD ise bu görüşe karşı çıkarak bu ürünün yalnızca bazı sanayi ürünlerinin üretiminde hammadde olarak kullanıldığını ileri sürmüştür.[92] 2003-2010 yılları arasında Komite bünyesinde cereyan eden bu tartışmalar, bir dava açılması aşamasına gidilmeden kapanmıştır.[93] 2013 yılında, Brezilya ile AB arasında Brezilya'nın nitroselüloz ithalatında ithal lisansı uygulaması nedeniyle de benzeri bir tartışma yaşanmış ancak bu mesele de dava aşamasına götürülmemiştir.[94]

1962 yılında ABD Küba'yla olan dış ticaretini tamamen durdurmuştur.[95] Küba'nın 1968 yılında GATT nezdinde yaptığı şikâyete cevaben ABD, önlemin XXI. maddeye uygun olarak, milli ve yarı küresel güvenliğin temini için alındığını ileri sürmüştür.[96] Küba, XXI. maddenin bu önleme dayanak teşkil edemeyeceğini zira ABD'nin BM Güvenlik Konseyi'nden bu konuda bir yetkilendirme almadığını belirtmiştir.[97] 1986 yılında ABD, şeker ithalatında uy-

---

88 DTÖ belgesi, WT/DSB/M/80, par. 40.

89 DTÖ belgesi, WT/TPR/M/95/Add.1, s. 21.

90 DTÖ belgesi, G/LIC/Q/BRA/1, s. 1.

91 DTÖ belgesi, G/LIC/Q/BRA/2, s. 2.

92 DTÖ belgesi, G/LIC/M/20, par. 1.12.

93 DTÖ belgesi, G/LIC/M/31, par. 1.17-1.18.

94 Bu konuda Brezilya'nın DTÖ İthal Lisansları Komitesi'ne yaptığı son bildirim için bkz. DTÖ belgesi, G/LIC/Q/BRA/25.

95 GATT belgesi, Spec(90)4, s. 2.

96 GATT belgesi, COM.IND/W/12, s. 311.

97 GATT belgesi, COM.IND/W/12, s. 311 ve 313.

guladığı kotanın şekeri Küba'dan alıp ABD'ye ihraç eden ülkeler açısından geçerli olmayacağını belirten bir önlemi yürürlüğe koymuş, Küba bu önlemi de GATT'a taşımıştır.[98] 1996 yılında iki ABD sivil uçağının Küba tarafından düşürülmesini müteakip ABD, *Helmes-Burton Act* adıyla bilinen kanunu çıkararak, ABD vatandaşlarına ait olup Küba devleti tarafından el konulan malları kullananlara karşı ABD mahkemelerinde dava açma hakkı vermiş ve bu kişilerin ABD'ye girişine de kısıtlamalar getirmiştir.[99]

AB bu kanunla ilgili olarak ABD'ye karşı bir dava süreci başlatmış[100] ve AB'nin panel kurulması talebinin görüşüldüğü AHO toplantısında ABD delegesi bu kanunun amacının Küba'ya demokrasi getirmek olduğunu belirtmiş ve bu amacı AB'nin de paylaştığının altını çizmiştir.[101] AB delegesi ise, kendileri açısından sorunun bu kanunun amacının değil bu amaca ulaşmak üzere ABD'ye sınır ötesi faaliyetleri düzenleme yetkisi vermesi ve bu yetkinin AB'nin ticari menfaatleri üzerindeki olumsuz etkisi olduğunu belirtmiştir. Daha somut olarak, AB, ABD'nin AB içerisinde faaliyet gösteren şirketleri yöneten ABD vatandaşlarını ABD'nin dış siyasetini takip etmeye zorlamasından şikâyetçi olmuştur.[102] Bu uyuşmazlığı çözmek üzere bir panel kurulmuş, ancak tarafların karşılıklı bir çözüm bulmaları üzerine Panelin görev yapmasına gerek kalmamıştır.[103]

Rusya, Aralık 2015'te Nairobi'de gerçekleştirilen 10. DTÖ Bakanlar Konferansı sonunda oluşturulacak olan çalışma programına eklenmesini istediği konular listesine GATT'ın XXI. maddesini de eklemiştir. Rusya talebinde, DTÖ Genel Konseyi'nin DTÖ Anlaşması'nın IX. maddesi çerçevesinde GATT'ın XXI. maddesi konusunda bağlayıcı bir yorum yapmasını ve bu yorum metninde hangi hallerin bu maddeye dayanarak önlem alınmasına dayanak teşkil edeceğini, alınan önlemlerle ilgili bildirim yükümlülüklerinin neler olduğunu ve karşı misilleme hakkının nasıl kullanılacağını açıklamasını talep etmiştir.[104] Ancak, Bakanlar Konferansı'nda bu konuda bir karar alınmamıştır.

---

98 GATT belgesi, L/5980.

99 DTÖ belgesi, WT/L/142.

100 DTÖ belgesi, WT/DS38/1.

101 DTÖ belgesi, WT/DSB/M/24, s. 7.

102 DTÖ belgesi, WT/DSB/M/24, s. 6.

103 DTÖ belgesi, WT/DS38/6.

104 Bkz. DTÖ belgesi, WT/MIN(15)/W/14.

Ağustos 2018 tarihinde ABD, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu bir grup ülke menşeli alüminyum ve demir-çelik ürünleri ithalatında uygulanan gümrük vergisi oranlarını yükseltmiştir. Bu vergi artışları Amerikan mevzuatında yer alan ve yerli üretimde milli güvenliği tehdit edecek ölçüde gerileme olması durumunda ithalatı kısıtlayıcı önlem alınmasına müsaade eden Ticaretin Genişletilmesi Kanunu'nun 232. kısmı[105] çerçevesinde yürütülen bir soruşturma sonucunda alınmıştır. Türkiye'nin talebi üzerine bu önlemlerin DTÖ kurallarına uygunluğunu incelemek üzere bir panel kurulmuş olup dava süreci devam etmektedir.[106] ABD'nin önlemleri koyma sebebi milli güvenliğin korunması olduğundan, bu davada GATT'ın XXI. maddesi ABD tarafından gündeme getirilmiştir.[107]

2017 yazında Katar'la Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri ve Bahreyn arasında ortaya çıkan ve bu üç ülkenin Katar'a karşı ambargo uygulamasına giden süreçte DTÖ'de çeşitli davalar açılmıştır.[108] Bu davalarla ilgili kamuya açık resmî belgelerde güvenlik istisnasına atıfta bulunulmamış olmakla birlikte, süreç içerisinde basında yer alan haber ve iddialar göz önüne alındığında, bu davalarda da güvenlik istisnasının gündeme gelme ihtimali yüksektir.

---

[105] 19 U.S.C. §1862 https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:19%20section:1862%20edition:prelim) (11.5.2020).

[106] Türkiye'nin panel kurulması talebi için bkz. DTÖ belgesi, WT/DS564/15. ABD'nin alüminyum ve demir-çelik ithalatında uygulanan gümrük vergilerini arttırması üzerine Türkiye de ABD menşeli bazı ürünlerin ithalinde uygulanan vergilerin arttırılması yoluna gitmiş, Türkiye'nin bu önlemi de ABD tarafından DTÖ'de dava edilmiştir. ABD'nin bu davadaki panel kurulması talebi için bkz. DTÖ belgesi, WT/DS561/2.

[107] ABD'nin bu davada Panele sunduğu dilekçe için bkz. https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.Sub1.%28DS564%29.fin.%28public%29.pdf (4.3.2020).

[108] Bu davalardan iki tanesi devam etmektedir. Bunlardan ilki Katar'ın Suudi Arabistan'a karşı açtığı fikri mülkiyet haklarıyla ilgili davadır. Katar'ın bu davadaki panel kurulması talebi için bkz. DTÖ belgesi, WT/DS567/3. İkincisi, Katar'ın Birleşik Arap Emirliklieri'ne (BAE) karşı açtığı, daha geniş kapsamlı olup mal, hizmetler ve fikri mülkiyet haklarının korunması konularıyla ilgili davadır. Katar'ın bu davadaki panel kurulması talebi için bkz. DTÖ belgesi, WT/DS526/2. Katar'ın Suudi Arabistan'a karşı açtığı daha geniş kapsamlı bir dava danışmalar aşamasının ötesine geçmemiştir. Katar'ın bu davadaki danışmalarda bulunulması talebi için bkz. DTÖ belgesi, WT/DS528/1. Aynı şekilde, Katar'ın Bahreyn'e karşı açtığı geniş kapsamlı bir dava da danışmalar aşamasında kalmıştır. Katar'ın bu davadaki danışmalarda bulunulması talebi için bkz. DTÖ belgesi, WT/DS527/1. Bu süreçte BAE de Katar aleyhine GATT çerçevesinde bir dava açmış ancak Katar dava konusu önlemleri kaldırınca dava da geri çekilmiştir. Bkz. DTÖ belgesi, WT/DS576/2.

3. GATT'ın XXI. Maddesinin Metni

GATT'ın XXI. maddesi şu hükmü içermektedir:

"Bu Anlaşmadaki hiçbir şey

(a) Bir âkit tarafı, ifşasını kendisinin esaslı güvenlik menfaatlerine aykırı bulduğu bir bilgiyi temin etmek durumunda bırakacak; veya

(b) Bir âkit tarafı

(i) parçalanabilir materyaller veya bunlardan türetilebilecek materyallerle ilgili;

(ii) silah, mühimmat ve harp teçhizatının dolaşımı ve sair mal ve malzemelerin, doğrudan veya dolaylı olarak, bir askeri yapıya tedarik edilmek üzere dolaşımıyla ilgili;

(iii) harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında alınan;

kendisinin esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için gerekli bulduğu herhangi bir önlemi almaktan alıkoyacak; veya

(c) Bir âkit tarafı, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak konusunda Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nden kaynaklanan yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yönelik herhangi bir önlemi almaktan alıkoyacak

şekilde yorumlanamaz."

Madde metnine bakıldığında, "bu Anlaşmadaki hiçbir şey" ibaresinden, güvenlikle ilgili istisna düzenlemesinin GATT'ta bulunan yükümlülüklerin tamamının ihlaline karşı ileri sürülebileceği anlaşılmaktadır.[109] Örneğin, güvenlik istisnasına dayanarak GATT'ın I. maddesinde yer alan MFN yükümlülüğüne aykırı şekilde bazı DTÖ üyesi ülkelere karşı ithalat veya ihracatta ayrımcı uygulama yapılabilir. Benzer şekilde, örneğin GATT'ın XI. maddesine aykırı şekilde ihtalat veya ihracatta miktar kısıtlamasına gidilebilir.

Diğer taraftan, güvenlik istisnasının üç sebepten birine dayanabileceği anlaşılmaktadır. Birinci sebep, (a) paragrafında yer alan esaslı güvenlik menfaatlerine aykırı olacak şekilde birtakım bilgilerin ifşasıdır. Buradan anlaşılan, hiçbir GATT yükümlülüğünün bir DTÖ üyesini, ifşası esaslı güvenlik

[109] Aynı yönde bkz. **CANN Wesley A.,** s. 421.

menfaatlerine aykırı olacak bir bilgiyi açıklamaya zorlayamayacağıdır. Ancak, kanaatimizce, böyle bir durumun hukuki açıdan tam olarak nasıl gündeme gelebileceği pek açık değildir. Öncelikle, kapsamı göz önüne alındığında, bu istisnanın ancak kamuya bilgi açıklanmasını gerektiren bir yükümlülükle ilgili olarak ileri sürülebileceğini düşünmek gerekir. Bu açıdan bakıldığında ilk akla gelecek düzenlemelerden birisi GATT'ın "Ticari Mevzuatın Yayınlanması ve İdaresi" başlıklı X. maddesidir. Bu maddenin ilk iki paragrafı ticaretin düzenlenmesiyle ilgili birtakım kuralların kamuya açıklanması yükümlülüğünü içermekte, üçüncü paragrafının (c) alt paragrafı ise DTÖ üyesi ülkelere birtakım bilgilerin verilmesini gerektirmektedir. Teorik olarak, bu yükümlülüklerin ihlali durumunda madde XXI(a)'da yer alan istisnayı ileri sürmek mümkündür.

İkinci sebep, (c) paragrafında yer alan ve BM Tüzüğü gereği uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına yönelik olarak alınacak önlemlerdir. Bu istisnayla ilgili akla gelen ilk örnek BM'nin verdiği ambargo kararlarıdır. Buna göre, BM'nin bir ambargo kararı gereği, ambargoya muhatap olan ülkeye karşı GATT'ta yer alan yükümlülüklere aykırı hareket eden bir DTÖ üyesi, XXI. maddenin (c) paragrafında yer alan istisnadan faydalanabilecektir. Bu anlamda, (c) paragrafındaki düzenleme BM Tüzüğü'nün 103. maddesinde yer alan üstünlük ilkesinin bir teyidi niteliğindedir.[110]

Üçüncü sebep (b) paragrafında yer almakta olup üç tür önleme atıfta bulunmaktadır: (i) parçalanabilir materyaller veya bunlardan türetilebilecek materyallerle ilgili önlemler; (ii) silah, mühimmat ve harp teçhizatının dolaşımı ve sair mal ve malzemelerin, doğrudan veya dolaylı olarak, bir askeri yapıya tedarik edilmek üzere dolaşımıyla ilgili önlemler; (iii) harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında alınan önlemler.

Belirtmek gerekir ki XXI. maddeyle ilgili tartışmalar neredeyse tamamen (b) paragrafının (iii) alt paragrafında yer alan düzenlemeyle ilgili olmuş, geriye kalan kısmı önemli bir görüş ayrılığına konu olmamıştır. Bu nedenle, biz de bu çalışmada yalnızca bu alt paragrafta yer alan "harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet" konusunu inceleyeceğiz.

---

[110] BM Tüzüğü'nün 103. maddesine göre, "Birleşmiş Millerler Üyelerinin bu Tüzükten kaynaklanan yükümlülükleriyle başka bir uluslararası Anlaşmadan kaynaklanan yükümlülükleri arasında bir ihtilaf olması durumunda bu Tüzükten kaynaklanan yükümlülükler dikkate alınır."

4. Harp veya Uluslararası İlişkilerde Sair Bir Aciliyet

XXI. maddenin (b)(iii) alt paragrafında yer alan düzenlemeye göre, GATT'ta yer alan hiç bir yükümlülük bir DTÖ üyesinin "harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet" durumunda kendisinin esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için gerekli bulduğu herhangi bir önlemi almaktan alıkoyacak şekilde yorumlanamaz. Yukarıda örnekleriyle açıkladığımız üzere, bu düzenleme GATT'ın imzalandığı 1947 yılından beri, özellikle güvenlik nedeniyle alınan önlemlerin GATT/DTÖ anlaşmazlıkların halli sisteminde dava konusu yapılıp yapılamayacağı ve önlemi alan devlete tanınan takdir hakkının sınırları konusunda tartışmalara ve değişik yorumlara konu olmuştur.[111] Bu sorulardan önemli bir kısmının cevabı 5 Nisan 2019 tarihinde yayınlanan ve AHO tarafından 26 Nisan 2019 tarihinde kabul edilen[112] *Russia - Traffic in Transit* davasındaki panel kararıyla verilmiştir.

Madde XXI(b)(iii)'yle ilgili olarak yanıtlanması gereken temel sorular şunlardır: 1) Genel olarak, XXI. madde çerçevesinde alınan önlemler DTÖ'de dava edilebilir (*justiciable*) nitelikte midir? DTÖ panellerinin böyle bir davayı karara bağlama yetkileri var mıdır? 2) Dava edilebilir niteliktelerse, panel incelemesinin sırası (*order of analysis*) ne olmalıdır? Madde XXI çerçevesindeki incelemeye geçilmeden önce, dava konusu önlemin bir DTÖ kuralına aykırı olduğunun tespit edilmesi gerekli midir yoksa doğrudan doğruya madde XXI çerçevesindeki incelemeye geçilebilir mi? 3) Dava konusu yapılan bir önlemin madde XXI(b)(iii)'e uygun sayılması için gerekli şartlar nelerdir? Alınan önlemin bu düzenlemeye uygun olup olmadığının tespitinde, önlemi alan devletin takdirine bırakılan ve panel incelemesi dışında kalan kısımlar var mıdır ve varsa bunlar nelerdir? Bu bölümde, sırasıyla bu üç soruya verilecek cevabı tartışacağız.

A. GATT'ın XXI(b)(iii) Maddesine Göre Alınan Önlemler DTÖ'de Dava Edilebilir Nitelikte midir?

Yukarıda açıkladığımız üzere, GATT ve DTÖ döneminde XXI. madde çerçevesinde alınan önlemlerin GATT/DTÖ anlaşmazlıkların halli sistemi içerisinde dava edilip edilemeyeceği meselesi bugüne dek bu maddeyle ilgili tartışmaların odak noktasını teşkil etmiştir. Genel olarak, önlemi uygulayan

---

[111] NEUWIRTH Rostam J./SVETLICINII Alexandr, "The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: 'Catch-XXI' and the Revival of the Debate on Security Exceptions", **Journal of World Trade**, 2015, Vol. 49, No. 5, pp. 891-914, s. 892.

[112] DTÖ belgesi, WT/DS512/7.

devletler, güvenlik nedeniyle alınan önlemlerin tartışılma yerinin GATT/DTÖ olmadığını, bu önlemlerin bir panel tarafından denetlenmesinin de söz konusu olmayacağını ileri sürmüş, önlemlere muhatap olan devletler ise tam tersi görüşü savunmuşlardır. Öğretide de bu konuda kesin bir yargıya varmanın zorluğuna dikkat çekilmiştir. Bazı yazarlara göre, burada söz konusu olan, bir yandan madde XXI'in siyasi niteliğini dikkate alırken diğer yandan bu maddenin güvenlik kaygısıyla önlem alan ülkelere sınırsız bir yetki verecek şekilde tanımlanmamasını sağlamaktır. Bu nedenle, bu tür davalara bakan DTÖ panellerinin madde XXI'i yorumlarken bu iki kaygı arasındaki dengeyi gözetecek şekilde dikkatli hareket etmeleri gerekmektedir.[113]

Konuya DTÖ'nün mevcut kuralları açısından bakıldığında, GATT'ın anlaşmazlıkların halli ile ilgili XXII ve XXIII. maddelerinin genel olarak GATT'ın tamamına atıfta bulunduğunu ve madde XXI çerçevesinde alınacak önlemlerle ilgili bir istisnaya yer vermediğini görmekteyiz. Diğer taraftan, DSU'nun 3.1. maddesine göre DSU GATT'ın XXII ve XXIII. maddelerinde yer alan anlaşmazlıkların halline dair kuralların daha ayrıntılandırılmış ve değiştirilmiş bir halini ifade eder. DSU'nun 1.1. maddesine göre DSU, Ek1'de yer alan anlaşmalar (*covered agreements*) çerçevesinde oluşan uyuşmazlıklara uygulanır. Ek1'deki listenin ilk sırasında, GATT'ı da içeren, Mal Ticaretine Dair Çok Taraflı Anlaşmalar yer almaktadır. Ayrıca, XXI. maddenin kendi metninde de bu madde çerçevesinde alınan önlemlerin dava konusu yapılamayacağı yönünde açık bir ifade yer almamaktadır.

Ayrıca, güvenlikle ilgili olarak alınan ticari önlemlerin DTÖ'de dava konusu yapılamayacağı görüşü şu temel soruyu da gündeme getirmektedir: Bu önlemler DTÖ'de dava konusu yapılamayacak kadar DTÖ alanının dışında ise, GATT müzakerecileri neden madde XXI'i GATT metnine eklemek ihtiyacı hissetmiştir? XXI. maddenin metni DTÖ üyelerinin hangi hallerde güvenlik nedeniyle ticareti kısıtlayıcı önlemler alabileceklerini tarif etmekte ve bu yetkiye birtakım sınırlar getirmektedir. Bu maddenin -çalışmamızın esas konusu olan (b)(iii) alt paragrafı başta olmak üzere- bazı yönleri değişik yorumlara müsait olmakla birlikte, maddenin genel olarak güvenlikle ilgili

---

[113] LINDSAY Peter, "The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?", **52 Duke Law Journal**, pp. 1277-1313 (2003), s. 1295. Lindsay, madde XXI'in siyasi niteliğinin yarattığı zorluk nedeniyle DTÖ üyelerinin bu maddeden kaynaklanan uyuşmazlıkları panele götürmek yerine kendi aralarında çözme yollarını aramalarının faydalı olacağı görüşünü ileri sürmüştür. *Ibid.*, s. 1312.

olarak alınabilecek ticari önlemleri belirli şartlara tâbi tuttuğu görülmektedir. Böyle bir maddenin GATT metnine konmuş olmasının, başlı başına, güvenlikle ilgili olarak alınan ticareti kısıtlayıcı önlemlerin madde metninde yer alan şartlara uygun olup olmadığının GATT/DTÖ sistemi içerisinde gözden geçirilebileceği ön kabulüne dayandığı ileri sürülebilir.[114]

Bu konuda son olarak DSU'nun "Çok Taraflı Sistemin Güçlendirilmesi" başlığını taşıyan 23. maddesine değinmekte fayda vardır. Bu maddenin birinci paragrafı şu genel ilkeyi içermektedir: Bir DTÖ üyesinin DTÖ Anlaşması'nı ihlal ederek kendi ticari menfaatlerine zarar verdiğini ileri süren bir üyenin DSU'da yer alan anlaşmazlıkların halli sistemini kullanması ve buradan çıkacak sonucu kabul etmesi gereklidir. İkinci fıkra ise birince fıkrada yer alan genel ilkenin somutlaştırılmış üç örneğini içermektedir. Bunlardan ilkine göre, DTÖ üyeleri DSU'da yer alan anlaşmazlıkların halli sistemi çerçevesinde verilen bir karar bulunmadıkça başka bir DTÖ üyesinin uyguladığı bir önlemin DTÖ Anlaşması'nı ihlal ettiği yönünde karar veremezler. Bu çok önemli düzenleme DTÖ'ye üye olan devletlerin egemenliklerini, anlaşmazlıkların halli sisteminden çıkacak kararları kabul edecek şekilde sınırlandırdıkları anlamına gelmektedir. Bu durum karşısında, madde XXI çerçevesinde alınan önlemlerin DTÖ'de dava konusu yapılamayacağı görüşü, bu önlemlerden etkilenen devletleri mecburen bu önlemlerin DTÖ Anlaşması'nı ihlal ettiği yönünde tek taraflı olarak karar vermeye, görüş bildirmeye hatta misilleme niteliğinde ticareti kısıtlayıcı önlem almaya sevk edecek ve DSU'nun 23. maddesinde yer alan önemli yükümlülüğün ihlal edilmesine yol açabilecektir.

Yukarıda sıraladığımız nedenler, madde XXI çerçevesinde alınan önlemlerin DTÖ'de dava konusu yapılabileceği görüşünü destekler niteliktedir. Öğretide de bu görüş ileri sürülmüştür.[115] Hatta bazı yazarlara göre, madde XXI çerçevesinde alınan önlemlerin DTÖ'de dava konusu yapılamayacağını iddia etmek, bir anlamda, böyle bir davanın açılması durumunda davayı kaybeden davalıya panel kararını bloke etme hakkı vermek anlamına gelecektir. Böyle bir yaklaşım ise DSU'da yer alan anlaşmazlıkların halli sisteminin en önemli ilkelerinden birini göz ardı etmektedir.[116]

---

114 Örnek olarak bkz. **CANN Wesley A.,** s. 468 ve 478.

115 Örneğin, Jackson madde XXI çerçevesinde alınan önlemlerin dava konusu yapılabileceği görüşündedir. **JACKSON John H.**, 1969, s. 748.

116 PEREZ Antonio F., "WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security", **23 Yale Journal of International Law (1998)**, pp. 301-381, s. 312.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, GATT döneminde görülen az sayıdaki davada madde XXI'in metniyle ilgili bir değerlendirme yapılmadığı için bu sorunun cevabı verilmemişti. Ancak, 2019 yılında tamamlanan *Russia - Traffic in Transit* davasında bu konu doğrudan doğruya gündeme gelmiş ve karara bağlanmıştır.

Russia - Traffic in Transit davasını karara bağlayan Panel, ilk olarak, meseleye usul hukuku açısından bakarak, DSU'nun 7.2. maddesinde yer alan "Paneller davanın taraflarının dayandığı bütün Anlaşma hükümlerini inceler" genel hükmü gereğince Panelin Rusya'nın madde XXI(b)(iii)'le ilgili iddiasını karara bağlamak durumunda olduğunu belirtmiştir.[117] Ancak, Rusya, bir DTÖ üyesinin aldığı önlemi madde XXI(b)(iii)'e dayandırması durumunda DTÖ panellerinin artık bu konuyu inceleme yetkilerinin bulunmadığını iddia etmiştir. Rusya'nın yorumuna göre, madde XXI(b)(iii), bir DTÖ üyesinin esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması amacıyla aldığı önlemleri, konu bakımından, DTÖ panellerinin yetki alanlarından çıkarır. Diğer bir ifadeyle, bu madde *self-judging* niteliktedir, maddede yer alan şartların oluşup oluşmadığına bu istisnaya başvuran devletin kendisi karar verir.[118]

Panel Rusya'nın bu iddiasını reddetmiştir. DTÖ'de görülen davalarda adet olduğu üzere Panel madde XXI(b)(iii)'yi, Anlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nin 31 ve 32. maddelerinde yer alan yorum kuralları ışığında yorumlamıştır.[119] Panel yorumuna (b) paragrafının giriş kısmında (*chapeau*) yer alan "kendisinin [esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için] gerekli bulduğu" ("*which it considers necessary*") ibaresiyle başlamıştır. Panele göre, (b) paragrafının (i)-(iii) alt paragraflarında yer alan düzenlemeler bu paragrafın giriş kısmında DTÖ üyesi devletlere verilen takdir hakkını sınırlandırmaktadır (*limitative qualifying clauses*).[120] Diğer bir ifadeyle, bu ibare üye devletlere (i)-(iii) alt paragraflarında yer alan şartların oluşup oluşmadığını tek başlarına tespit etme yetkisi vermemektedir.

---

117 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.56.

118 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.57.

119 DSU'nun 3.2. maddesinde göre, anlaşmazlıkların halli sisteminin bir işlevi DTÖ Anlaşması hükümlerinin devletler umumi hukukunun geleneksel yorum kuralları kullanılmak suretiyle açıklığa kavuşturulmasıdır. Temyiz Organı, DTÖ döneminde karara bağlanan ilk uyuşmazlık olan *US - Gasoline* davasında Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinde yer alan genel yorum kuralının, *Japan - Alcoholic Beverages II* davasında ise bu Sözleşmenin 32. maddesinde yer alan yorum kuralının devletler umumi hukukunun geleneksel yorum kuralı statüsüne gelmiş olduğunu belirtmiş, izleyen davalarda da paneller ve Temyiz Organı bu yorum kurallarını uygulamıştır. Temyiz Organı kararı, *US - Gasoline*, s. 15-16; Temyiz Organı kararı, *Japan - Alcoholic Beverages II*, s. 10.

120 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.65 ve 7.82.

Buradan hareketle, Panel, bu alt paragraflarda yer alan şartların oluşup oluşmadığının tespitinde DTÖ üyelerinin takdir haklarının olup olmadığı meselesini ele almıştır.[121] Panel, alt paragraf (iii)'de yer alan "harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında alınan" ibaresinden, bu çerçevede alınan önlemin harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet gerçekleşirken, onunla eş zamanlı olarak alınması gerektiğinin anlaşıldığını belirtmiştir. Panele göre, bu eş zamanlılığın mevcut olup olmadığı objektif olarak tespit edilebilir niteliktedir.[122]

Panelin bu konudaki analizinin en önemli kısmı, alt paragraf (iii)'de yer alan hallerin oluşup oluşmadığının objektif ölçütlere göre tespit edilip edilemeyeceği meselesiyle ilgilidir. Aşağıda açıkladığımız üzere, Panel, harp ve uluslararası ilişkilerde sair aciliyet halinin neyi ifade ettiğini açıklamıştır. Bu açıklamalarına binaen Panel, hem harp hem de uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet halinin mevcut olup olmadığının objektif ölçütlere göre tespit edilebileceğini belirtmiştir.[123]

Bu şekilde, madde XXI(b)(iii)'te yer alan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin objektif olarak gözden geçirilebileceğine karar veren Panel, bu yorumun GATT'ın ve DTÖ Anlaşması'nın amacına da uygun düştüğünü belirtmiştir. Daha önceki davalarda Temyiz Organı'nın da belirttiği üzere, bu Anlaşmaların temel amacı, gümrük vergileri ve tarife dışı engellerde gerçekleştirilen önemli indirimler ve karşılıklılık esasına göre verilen tavizler açısından geleceğe dönük güvenli ve öngörülebilir bir ticaret ortamı yaratmaktır. DTÖ üyeleri, bu Anlaşmaların mümkün olan en çok sayıda ülke tarafından imzalanmasını sağlamak amacıyla üyelere, ticaretle ilgisi olmayan birtakım değerleri korumak amacına dönük önlemler almak imkânı veren istisna düzenlemelerine de yer vermiştir. Bu durum karşısında, çok taraflı bir nitelik taşıyan bu yükümlülükler ve istisnalar düzeninin bir parçası olan XXI. maddede yer verilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusundaki tespiti tek bir devletin yetkisine vermek güvenli ve öngörülebilir bir uluslararası ticaret sistemi oluşturmak amacına aykırı olacaktır.[124]

---

[121] Panele göre, bu üç alt paragrafta yer alan düzenlemeler birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla, bunlardan herhangi birine başvuran bir DTÖ üyesinin, başvurduğu alt paragrafta yer alan şartların oluştuğunu göstermesi gereklidir. DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.68.

[122] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.70.

[123] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.71.

[124] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.79.

Panel ayrıca, GATT/DTÖ üyelerinin madde XXI'le ilgili uygulamalarının Viyana Konvansiyonu'nun 31(3)(b) maddesi anlamında "sonraki uygulama" (*subsequent practice*) teşkil edecek bir yeknesaklık göstermediğinin de altını çizmiştir.[125] Bu duruma hukuki bir önem atfetmemekle birlikte, Panel, geçmişte madde XXI(b)(iii)'nin GATT/DTÖ üyeleri tarafından silahlı çatışma veya uluslararası ilişkilerde ciddi bir kriz durumunda kullanıldığının ve üyelerin askeri veya güvenlikle ilgili ciddi meseleleri ticari kaygılardan ayrı tuttuğunun altını çizmiştir.[126]

Panel, madde XXI(b)(iii)'yle ilgili olarak yaptığı yorumun XXI. maddenin müzakere tarihçesiyle de uyumlu olduğunun altını çizmiştir.[127] Bu kapsamda Panelin atıfta bulunduğu bir kayda göre, ITO Anlaşması müzakereleri esnasında, Amerikan delegasyonu, güvenlik istisnası çerçevesinde alınan önlemlerin tamamen önlemi alan ülkenin keyfiyetinde bulunduğu görüşünü savunanlarla Örgütün bu önlemleri bir şekilde gözden geçirebileceği görüşünde olanlar arasında bölünmüş, konu delegasyon içi bir oylamaya kadar gitmiş ve oylamada bu önlemlerin gözden geçirilebileceği görüşü kabul görmüştür.[128] Nitekim, bu müzakerelerin ilerleyen aşamalarında Amerikan delegasyonu, güvenlik istisnası çerçevesinde alınan önlemlerin anlaşmazlıkların halli konusundaki GATT hükümlerinden muaf olmadığı görüşünü açıkça ileri sürmüştür.[129]

Bu açıklamalar neticesinde Panel, XXI. maddenin (b) paragrafının giriş kısmında yer alan "kendisinin [esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için] gerekli bulduğu" ibaresinin bu paragrafın (i)-(iii) alt paragraflarına etki etmediğini ve bir önlemin madde XXI(b) kapsamına girebilmesi için (i)-(iii) alt paragraflarında yer alan şartları karşıladığının objektif bir değerlendirmeyle tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.[130] Dolayısıyla, madde XXI(b)(iii) Rusya'nın iddia ettiği gibi tamamıyla *self-judging* nitelikte değildir. Panel Rusya'nın bu iddiasıyla birlikte, davaya üçüncü taraf olarak katılan ABD'nin bu maddenin *non-justiciable* olduğu iddiasını da reddetmiştir.[131]

---

[125] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.80. Panel, kararına eklediği yaklaşık 30 sayfalık bir kısımda DTÖ üyelerinin "sonraki uygulama" larının ne olduğunu ayrıntılı olarak açıklamaktadır.

[126] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.81.

[127] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.83 ve 7.100.

[128] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.89-7.91.

[129] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.94.

[130] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.101.

[131] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.102-7.103.

Bu karar, madde XXI çerçevesinde alınan önlemlerin DTÖ nezdinde dava edilemeyeceği iddiasını yanlışlamıştır. Halen görülmekte olan ve gelecekte açılabilecek olan davalarda DTÖ panellerinin Panelin bu konudaki yorumunu değiştirme ihtimali kanaatimizce yüksek değildir.

B. Madde XXI(b)(iii) Çerçevesinde Yapılan Hukuki İncelemenin Sırası (*Order of Analysis*)

Yukarıda kısaca belirttiğimiz üzere, GATT'ın XX. maddesinde yer alan genel istisnalara dayanılan davalarda, DTÖ panelleri öncelikle dava konusu önlemin davacı tarafından ileri sürülen DTÖ kuralına aykırı olup olmadığını incelemiş, böyle bir aykırılığın bulunmadığı hallerde, davalının XX. maddeye dayanan savunmasını incelememiştir. Bu savunma yalnızca davacının hukuka aykırılık iddiasının kabul edildiği hallerde incelenmiştir.[132] Diğer bir ifadeyle, ihlal bulunmadan hukuka uygunluk nedeninin incelenmesine geçilmemiştir.

Ancak *Russia - Traffic in Transit* davasında Panel bunun tersini yapmış, dava konusu önlemlerin kendi görev belgesine girdiğini tespit ettikten sonra, doğrudan doğruya bu önlemlerin madde XXI(b)(iii) kapsamına girip girmediğinin incelenmesine geçmiştir. Panele göre, önlemlerin davacı Ukrayna tarafından ileri sürülen GATT kurallarına aykırı olup olmadıklarının incelenmesi ancak ve ancak bu önlemlerin madde XXI(b)(iii) anlamında harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında alınmadıklarının tespit edilmesi durumunda yapılacaktır.[133] Hatta Panel bir adım daha ileri giderek, dava konusu önlemlerin harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet durumunda alındıklarının ve madde XXI(b)'nin giriş paragrafında yer alan şartları da karşıladıklarının tespit edilmesi durumunda, bu önlemlerin GATT'a aykırı sayılmayacaklarını ifade etmiştir.[134]

Panel bu yaklaşıma gerekçe olarak güvenlik istisnası kapsamında yürürlüğe konulan önlemlerin niteliğini göstermiştir. Harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet, içinde bulunulan şartları olağanüstü şekilde değiştiren ve bu nedenle alınan önlemlerin DTÖ kurallarına uygunluk incelemesinin nasıl yapılacağını da etkileyen bir durumdur. Bu nedenle, Panelin görüşüne

---

132 Örnek olarak bkz. DTÖ Panel kararı, *US - Gasoline*, par. 6.20; DTÖ Panel kararı, *Brazil - Retreaded Tyres*, par. 7.34 ve 7.37; DTÖ Panel kararı, *US - Tuna II (Mexico) (Article 21.5 - US) / US - Tuna II (Mexico) (Article 21.5 - Mexico II)*, par. 7.729-7.730.

133 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.109.

134 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.107.

göre, dava konusu önlemlerin madde XXI(b)(iii) kapsamına girip girmediğinin tespiti bu önlemlerin harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet halinde değil de normal bir dönemde uygulamaya konsalardı DTÖ kurallarına aykırı olup olmayacaklarının tespitini gerektirmez.[135]

Panelin bu konudaki yaklaşımı DTÖ'de bugüne dek görülen davalarda izlenen yaklaşımdan ayrılmaktadır. Madde XXI, başlığından da anlaşılacağı gibi, bir istisna hükmü içermektedir. Bu yönüyle madde XX'den farklı bir yanı yoktur. Bu iki madde arasındaki temel fark içerdikleri istisna türleriyle ilgilidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, DTÖ hukukunda istisnadan kastedilen, normal olarak hukuka aykırı olan bir önlemin, koruduğu önemli bir değer nedeniyle, hukuka uygun sayılması sonucunu doğuran düzenlemelerdir. Dolayısıyla, davalının bir istisna hükmüne dayandığı bir davada panelin ilk işinin davacının hukuka aykırılık iddiasının yerinde olup olmadığını incelemek, istisna iddiasını ise ancak bir hukuka aykırılığı tespit ettikten sonra ele almak olduğu ileri sürülebilir.

Russia - Traffic in Transit davasında takip edilen inceleme sırası istisna hükümleri değil, ayrıklık (*derogation*) içeren düzenlemelerle ilgili inceleme sırasını yansıtır niteliktedir. Ayrıklık içeren düzenlemelerin en güzel örneklerinden birisi, GATT'ın III. maddesinin 8(a) paragrafıdır. Bu paragraf, III. madde hükümlerinin devlet organları tarafından resmi amaçlarla yapılan kamu alımlarına uygulanmayacağını belirtmektedir. Bu tür bir ayrıklık düzenlemesi söz konusu olduğunda, ilgili yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği araştırılmaksızın, doğrudan doğruya dava konusu önlemin ayrıklık düzenlemesi kapsamına girip girmediğine bakılır. Giriyorsa, hukuki analiz o noktada biter. Girmiyorsa, ilgili yükümlülüğün ihlal edildiği iddiasının incelenmesine geçilir. DTÖ'de görülen davalarda da paneller ve Temyiz Organı madde III.8(a)'yı bu şekilde yorumlamıştır.[136] *Russia - Traffic in Transit* davasına bakan Panel de doğrudan doğruya dava konusu önlemlerin uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında alınıp alınmadığını inceleyerek madde XXI'i bir istisna hükmü değil de ayrıklık hükmü gibi ele aldığı izlenimini vermiştir.

Son olarak belirtelim ki *Russia - Traffic in Transit* davasına bakan Panel dava konusu önlemlerin madde XXI(b)(iii) kapsamına girdiğine karar verdikten sonra, Ukrayna'nın GATT'ın V. maddesinin ihlali iddialarını da inceleyerek karara bağlamıştır. Panelin bu iddiaları karara bağlama nedeni,

---

[135] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.108.

[136] Örnek olarak bkz. Temyiz Organı kararı, *Canada - Renewable Energy / Canada - Feed-in Tariff Program*, par. 5.56; Temyiz Organı kararı, *Brazil - Taxation*, par. 5.84.

Panelin madde XXI(b)(iii)'yle ilgili kararının temyiz aşamasında bozulması durumunda Temyiz Organı'nın Ukrayna'nın GATT'ın V. maddesinin ihlali iddialarını karara bağlamasına olanak sağlamaktır.[137] Bu durum karşısında, Panelin öncelikle madde XXI(b)(iii) çerçevesinde bir inceleme yapıp ardından Ukrayna'nın GATT'ın V. maddesinin ihlali iddialarını incelemiş olmasının pratik bir önemi de kalmamış görünmektedir.

C. Dava Konusu Yapılan Bir Önlemin Madde XXI(b)(iii)'e Uygun Sayılması İçin Gerekli Şartlar

Alınan bir önlemin madde XXI(b)(iii)'ye uygun sayılabilmesi için hem alt paragraf (iii)'te hem de (b) paragrafının giriş kısmında yer alan şartları karşılaması gerekmektedir.

a. Alt Paragraf (b)(iii)'den Kaynaklanan Şartlar

Alt paragraf (iii) "harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet zamanında alınan" önlemlere atıf yapmaktadır. Madde metninden anlaşıldığı üzere, bir önlemin bu alt paragrafta yapılan tanımı karşılayabilmesi için, birisi esas diğeri zamanlamayla ilgili olan iki şartı karşılaması gereklidir. Esasla ilgili olarak, önlemin "harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet"le bağlantılı olması gereklidir. Zamanlamayla ilgili olarak ise, önlemin harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet "zamanında" alınmış olması gereklidir.

i. Esasla İlgili Şart

Bir önlemin alt paragraf (iii) kapsamına girebilmesi için harp veya uluslararası ilişkilerde sair bir aciliyet haliyle ilgili olması gereklidir. Harp ve uluslararası ilişkilerde sair aciliyetten ne anlaşılması gerektiği konusunda GATT metninde veya diğer DTÖ Anlaşmalarında herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, *Russia - Traffic in Transit* davasını karara bağlayan Panel bu kavramlara bir ölçüde açıklık getirmiştir. Panelin bu konuda yaptığı hukuki yorumu ve bu yorumun dava konusu olaylara nasıl uygulandığını incelemek metinde yer alan esasla ilgili şartın anlaşılmasına katkıda bulunacaktır.

---

[137] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.153-7.154. Panelin yaptığı DTÖ anlaşmazlıkların halli sisteminde zaman zaman rastlanan bir uygulamadır. Bu uygulamanın amacı, panel kararının temyiz aşamasında bozulması durumunda, davacının müeyyidesiz kalmasını önlemektir. Bu şekilde alternatif bir karar verildiğinde, verilen asıl kararın temyizde bozulması durumunda, alternatif karar otomatik olarak devreye girecek ve -Temyiz Organı'nın da onaması durumunda- davanın sonucunu belirleyecektir.

Panel, harp halini, uluslararası ilişkilerde aciliyetin bir örneği, bir alt kategorisi olarak görmüştür. Harp silahlı çatışma halidir ve iki devlet arasında (uluslararası harp) ya da silahlı devlet güçleriyle özel silahlı gruplar arasında (uluslararası olmayan harp) cereyan edebilir.[138]

Uluslararası ilişkiler ise, genel olarak egemen devletler arasında cereyan eden dünya siyasetini ifade eder.[139] Panel, uluslararası ilişkilerde aciliyet halinin yorumlanmasında madde XXI(b)'nin diğer alt paragraflarında yer alan hallerin ve (iii) alt paragraf metninde uluslararası ilişkilerde aciliyet haline "veya" ile bağlanmış olan harp kavramının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu kavramların ortak noktasının savunma ve askeri menfaatlerle ilgili olmaları olduğunun altını çizen Panel, uluslararası ilişkilerde aciliyet halinin de aynı menfaatlerle bağlantılı olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.[140] Ancak, DTÖ üyeleri arasındaki siyasi veya ekonomik görüş ayrılıkları, tek başına, uluslararası ilişkilerde aciliyet tanımını karşılamaya yetmez. Devletler arasında sıklıkla gündeme gelen bu farklılıklar, zaman zaman ciddiyet kesp etse de, askeri menfaatleri veya kamu düzeninin korunmasını etkileyecek bir hal almadıkça, madde XXI(b)(iii) anlamında "uluslararası ilişkilerde aciliyet" anlamına gelmez.[141] Uluslararası ilişkilerde aciliyet, bir devletin karşı karşıya kaldığı, silahlı çatışma, muhtemel (*latent*) silahlı çatışma, yüksek gerginlik veya kriz, genel istikrarsızlık gibi halleri ifade eder ve bu haller, savunma veya askeri menfaatler gibi menfaatleri etkiler.[142]

Alt paragraf (iii)'de yer alan şartları bu şekilde yorumlayan Panel, bu yorumunu dava konusu önlemlere uygulamış ve kararını vermiştir. Ukrayna'nın dava konusu yaptığı ve Panelin görev belgesi içerisinde bulunduğuna karar verdiği önlemler şunlardır: (a) 2016 Belarus Transit Kararı: Ukrayna'dan Kazakistan veya Kırgızistan'a kara veya demiryoluyla giden uluslararası kargonun Rusya'ya Belarus üzerinden girmesi ve Belarus-Rusya ve Rusya-Kazakistan sınırlarından geçişte birtakım ilave şartlara tabi tutulması; (b) Kazakistan veya Kırgızistan'a giden bir grup malın Rusya üzerinden kara veya demiryoluyla transit geçişinin - Kazak veya Kırgız devletlerinin özel talebi ve Rusya'nın onayı olmadıkça- yasaklanması ve böyle bir onayın verilmesi

---

138 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.72.

139 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.73.

140 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.74-7.75.

141 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.75.

142 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.76.

durumunda, transitin 2016 Belarus Transit Kararı çerçevesinde gerçekleştirilmesi; (c) Ukrayna menşeli veterinerlik ve fitosaniter kontrol altında bulunan birtakım malların Rusya üzerinden transit geçişinin -birtakım kontrol belgeleri ibraz edilmedikçe ve Kazak makamlarının izni olmadıkça- yasaklanması.[143]

Rusya dava konusu önlemlerin madde XXI(b)(iii) kapsamına girdiğini göstermek için, 2014 yılında meydana gelen uluslararası ilişkilerde aciliyet haline atıfta bulunmuş ve bu halin Ukrayna'nın da malumu olduğunu belirtmiştir. Rusya, meselenin siyaset, milli güvenlik, uluslararası barış ve güvenlikle ilgili olması nedeniyle ve bu konuları DTÖ anlaşmazlıkların halli sisteminin dışında tutmak amacıyla, madde XXI(b)(iii)'yle ilgili argümanlarını genel bir düzeyde tutmayı tercih ettiğini belirtmiştir.[144] Ukrayna'nın bu argümanların Rusya'nın iddiasını kanıtlamaya yetmeyeceğini ileri sürmesi üzerine, Rusya varsayımsal bir örnek vermiş ve bu örnekte tanımlanan durumun madde XXI(b)(iii) anlamında uluslararası ilişkilerde bir aciliyet hali teşkil edip etmeyeceğini sormuştur. Rusya'nın tanımladığı durum aşağıdaki gibidir:

> "a. Komşu bir ülke topraklarının bir DTÖ üyesiyle olan hududuna çok yakın bir bölgede oluşan huzursuzluk;
>
> b. O komşu ülkenin hududu üzerindeki kontrolü kaybetmesi;
>
> c. O komşu ülkeden DTÖ üyesi ülke topraklarına sığınmacıların gelmesi;
>
> d. O komşu ülke veya başka bir ülke tarafından -tıpkı Ukrayna'nın Rusya'ya karşı uyguladığı önlemlerde olduğu gibi- Birleşmiş Milletler tarafından onaylanmamış olan tek taraflı önlem ve yaptırımların uygulanması."[145]

Panelin bu örnekte yer alan durumun alandaki gerçekliği yansıtıp yansıtmadığı yönündeki sorusuna cevaben Rusya, alandaki durumla ilgili bilgileri ifşa etmesinin mümkün olmaması nedeniyle varsayımsal bir örnek kullandığını belirtmiştir.[146] Rusya, bu noktada, ayrıca, Ukrayna'nın 2016 tarihli Ticaret Politikalarının Gözden Geçirilmesi Raporu'nda yer alan bazı hususlara değinmiştir. Raporun ilgili kısmında bizzat Ukrayna "müstakil Kırım

---

143 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.106.

144 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.112.

145 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.114.

146 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.115.

Cumhuriyeti'nin ilhakı ve doğudaki askeri çatışma"nın Ukrayna'nın 2014 ve 2015 yıllarındaki ekonomik performansını etkilediğini belirtmektedir.[147]

Netice itibariyle Rusya, ileri sürdüğü durumun uluslararası ilişkilerde bir aciliyet teşkil ettiği iddiasını şu somut verilere dayandırmıştır: (a) durumun meydana geldiği ve var olmaya devam ettiği zaman dilimi; (b) durumun Ukrayna'yla ilgili olması; (c) durumun birçok bakımdan Rusya ve Ukrayna arasındaki hudut güvenliğini etkilemesi; (d) başka ülkelerin Rusya'ya yaptırım uygulamasına neden olması; ve (e) söz konusu durumun kamuoyunun malumu olması.[148] Panel, bu hususların hiçbirinin ayrıntısına girmeden, Rusya tarafından uluslararası ilişkilerde bir aciliyet hali olduğu iddia edilen durumu tanımlamaya yettiğini belirtmiştir.[149]

Varlığı kanıtlanmış olan bu durumun madde XXI(b)(iii) anlamında uluslararası ilişkilerde bir aciliyet hali teşkil edip etmediğinin incelenmesine geçen Panel, Rusya'nın atıfta bulunduğu durumun ortaya çıkmasında hangi aktörlerin uluslararası sorumluluğunun bulunduğunun önemli olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, Panele göre, Rusya ile Ukrayna arasındaki durumun genel olarak uluslararası hukuk açısından bir nitelendirmesini yapmak da gerekmemektedir.[150] Panel, bilahare, kısa bir analiz yaparak, Rusya ile Ukrayna arasındaki ilişkilerin Mart 2014'ten itibaren kötüleştiğini ve durumun en azından 2016 sonuna kadar devam ettiğini, Aralık 2016'da bu durumun BM tarafından bir silahlı çatışma olarak nitelendirildiğini, 2014'ten beri bazı devletlerin bu durum nedeniyle Rusya'ya yaptırım uygulamaya başladığını dikkate alarak, bu durumun madde XXI(b)(iii) anlamında uluslararası ilişkilerde bir aciliyet hali teşkil ettiğine karar vermiştir.[151]

---

147 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.115. DTÖ Anlaşması'nın 3 no.lu ekinde yer alan Ticaret Politikalarının Gözden Geçirilmesi Mekanizması'nın A(i) paragrafında, Ticaret Politikalarının Gözden Geçirilmesi Mekanizması'nın anlaşmazlıkların halli sürecinde kullanılamayacağı hükme bağlanmaktadır. Buradan hareketle, Ukrayna, Rusya'nın, Ukrayna'nın Ticaret Politikalarının Gözden Geçirilmesi Raporu'na atıfta bulunmasına itiraz ederek, geçmiş davalarda panellerin bu raporlarda yer alan ifadeleri, önlerindeki davaların karara bağlanmasında dikkate almadıklarını ileri sürmüştür. Panel, Rusya'nın bu Rapora, yalnızca, kendisinin vermiş olduğu varsayımsal örneği daha net tanımlamak amacıyla başvurduğunu, bu varsayımsal durumun uluslararası ilişkilerde bir aciliyet teşkil edip etmediği konusunda bir delil olarak başvurmadığını belirtmiş ve bu nedenle Ukrayna'nın itirazını reddetmiştir. DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.118.

148 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.119.

149 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.119.

150 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.121.

151 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.122-7.123.

ii. Zamanlamayla İlgili Şart

Alt paragraf (iii)'ye göre, bir uluslararası ilişkilerde sair aciliyet teşkil eden bir önlemin bu alt paragraf kapsamına girebilmesi için o aciliyet "zamanında" (*in time of*) alınmış olması gerekmektedir. Esasa ilişkin şartta olduğu gibi, zamanlamayla ilgili bu şartın da ne anlama geldiği konusunda Anlaşma metninde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

Maddenin bu yönü de *Russia - Traffic in Transit* davasını karara bağlayan Panel tarafından yorumlanmıştır. Panele göre, madde metninde yer alan "zamanında" ibaresi alınan önlemle harp veya uluslararası ilişkilerde aciliyet teşkil eden durum arasındaki bağlantıyı tanımlamaktadır. Panel "zamanında" ibaresini, önlemin harp veya uluslararası ilişkilerde sair aciliyet "esnasında" alınması gerektiği şeklinde yorumlamıştır.[152]

Bu yorumu dava konusu olaylara uygulayan Panel, dava konusu önlemlerin, tarihleri itibariyle, Rusya'nın varlığını kanıtladığı uluslararası bu aciliyet hali "esnasında" alınmış olmasından hareketle, bu önlemlerin alt paragraf (iii) anlamında bu uluslararası aciliyet "zamanında" alınmış olduğuna hükmetmiştir.[153]

b. (b) Paragrafının Giriş Kısmından (*Chapeau*) Kaynaklanan Şartlar

XXI. maddenin (b) paragrafının giriş kısmı "kendisinin esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için gerekli bulduğu herhangi bir önlemi almaktan alıkoyacak" ifadesini içermektedir. Bu ifadenin hukuki yorumunda dikkate alınacak iki konu, sırasıyla, "esaslı güvenlik menfaati"nden ne anlaşılması gerektiği ve "kendisinin [esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için] gerekli bulduğu" ibaresinin önlemi alan devlete hangi konuda takdir hakkı verdiğidir. Bu iki konu da *Russia - Traffic in Transit* davasında tartışılmış ve bir ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur.

Panel bu konuda şu somut soruya yanıt aramıştır: Giriş paragrafındaki "kendisinin [esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için] gerekli bulduğu" ibaresi, önlemi alan ülkeye --esaslı güvenlik menfaatleri her ne ise- aldığı önlemlerin o menfaatleri korumak için gerekli olup olmadığını takdir etme hakkı mı verir, yoksa bu gereklilik (*necessity*) değerlendirmesine ilave olarak, esaslı güvenlik menfaatinin ne olduğunun tespiti hakkını da mı verir? Rusya ve bazı üçüncü taraf devletler önlemi alan ülkenin bu iki hususu da belirlemeye yetki-

---

[152] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.70.

[153] DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.124.

li olduğunu savunurken, Ukrayna, bir devletin esaslı güvenlik menfaatlerinin ne olduğu konusunun DTÖ panelleri tarafından denetlenebileceğini, bu menfaatlerin korunması için hangi önlemlerinin alınmasının gerekli olduğunun tespitinin ise önlemi alan ülkenin takdirinde olduğunu ileri sürmüştür.[154]

Panelin DTÖ üyelerinin bu iki konuyla ilgili takdir haklarının sınırları konusundaki tespitlerini ayrı ayrı inceleyelim.

i. Esaslı Güvenlik Menfaatinin Tespiti

Panele göre, "güvenlik menfaatlerine" nazaran daha dar bir kategoriye tekabül eden, "esaslı güvenlik menfaatleri" devletin, topraklarının ve vatandaşlarının dış tehditlere karşı savunulması ile içeride hukukun ve kamu düzeninin muhafaza edilmesi gibi, temel fonksiyonlarını ifade eder.[155] Bir devletin bu iç ve dış tehditlere karşı korunmasıyla ilgili menfaatlerinin neler olduğu o devletin özel durumu ve algılarıyla ilgili olup şartlara göre değişikliğe uğrayabilir. Bu nedenle, bu menfaatlerin tespitinin ilgili devlete bırakılması gerekir.[156]

Ancak Panel, ilgili devletin bu konudaki takdir yetkisinin sınırsız olmadığını da belirtmiştir. Panele göre, önlemi uygulayan devletin, esaslı güvenlik menfaatlerinin tespitinde iyiniyet kuralına göre hareket etmesi, madde XXI(b)(iii)'yi iyiniyetle yorumlaması ve uygulaması gereklidir.[157] Bu ilkeye göre, devletlerin madde XXI'i GATT'tan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmanın bir aracı olarak kullanmamaları gerekmektedir. Panele göre, bunun en çarpıcı örneği, bir devletin, GATT'tan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmak amacıyla esasen ticaretle ilgili olan bir kaygıyı bir esaslı güvenlik menfaati olarak tanımlaması olur.[158] Dolayısıyla, madde XXI'e başvuran bir devletin dayandığı esaslı güvenlik menfaatinin ne olduğunu, doğruluğunu gösterecek açıklıkta tanımlaması gerekmektedir. Bu tanımlamanın tam olarak ne şekilde yapılması gerektiği, söz konusu olan uluslararası ilişkilerde aciliyet haline bağlı olacaktır. Panele göre, dayanılan aciliyet silahlı bir çatışma veya içeride kamu düzeninin ortadan kalkması gibi bir durumdan ne kadar uzaksa, bu durumun askeri veya savunma menfaatlerini tehlikeye attığını ileri sürmek o kadar zor olacaktır. Böyle durumlarda, önleme başvuran devlet söz konusu

---

154 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.129.

155 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.130.

156 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.131.

157 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.132.

158 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.133.

olan esaslı güvenlik menfaatinin ne olduğunun açıklanmasında, örneğin silahlı çatışma hallerine nazaran, daha ayrıntılı olmak durumundadır.[159]

Panele göre, dava konusu olaya konu olan uluslararası ilişkilerde aciliyet durumu harp veya silahlı çatışma hallerine çok yakındır. Rusya, dava konusu önlemlerin korumak durumunda olduğu esaslı güvenlik menfaatlerinin ne olduğunu tam olarak açıklamamış olmakla birlikte, Ukrayna-Rusya hududunun güvenliğini ilgilendiren 2014 krizinin bazı yönlerini açıklamıştır. Bahse konu krizin ciddiyetini ve BM Genel Konseyi'nde de bir silahlı çatışma hali olarak nitelendirildiğini göz önüne alan Panel, Rusya'nın dava konusu önlemlerin korumakta olduğu esaslı güvenlik önlemlerinin neler olduğu konusundaki açıklamalarının yeterince ayrıntılı olmamakla birlikte, bu konuda gereken asgari ispat yükünü karşıladığı sonucuna varmıştır. Panel ayrıca, Rusya'nın dava konusu önlemleri esasen bir güvenlik menfaatini değil de ticari menfaatini korumak amacıyla almış olduğuna dair bir belirtinin de bulunmadığının altını çizmiştir.[160]

Panel, adını "nedensellik bağı" koymamakla birlikte, madde XXI(b)(iii) çerçevesinde güvenlikle ilgili olarak alınan bir önlemle bu önlemin korumaya yöneldiği esaslı güvenlik menfaati arasında bir bağlantı bulunması gerektiğini belirtmiştir. Panele göre, iyiniyet yükümlülüğü, yalnızca ilgili devletin esaslı güvenlik menfaatinin ne olduğunun açık bir şekilde tarif edilmesini değil, aynı zamanda bu menfaatle onu korumaya yönelen güvenlik önlemi arasında bir bağlantı bulunmasını gerektirir. Madde XXI(b)(iii)'ye göre önlem alınan hallerde, önlemi alan devletin, önlemle önlemin korumaya yöneldiği esaslı güvenlik menfaati arasında asgari düzeyde mantıklı (*plausible*) bir ilişki bulunduğunu göstermesi gerekir. Bu testi bu dava konusu önlemlere uygulayan Panel, şu soruyu sormuştur: Dava konusu önlemlerle 2014 yılında yaşanan aciliyet hali - bu önlemlerin Rusya'nın esaslı güvenlik menfaatlerini korumak amacıyla alındığını ileri sürmenin mantıksız (*implausible*) sayılacağı kadar - birbirinden uzak veya bağlantısız mıdır?[161] Panel bu soruya olumsuz cevap vermiş, böylece Rusya'nın aldığı önlemlerle, korumaya yöneldiği esaslı güvenlik menfaatleri arasında bir nedensellik bağının bulunduğu sonucuna varmıştır.[162] Bu şekilde, Panel, dava konusu önlemlerin Rusya'nın esaslı güvenlik menfaatlerini korumak amacına yönelik olduğu sonucuna varmıştır.

---

159 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.134-7.135.

160 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.137.

161 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.138-7.139.

162 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.145. Panel, Rusya-Ukrayna hududunda yaşanan soruna rağmen iki ülke arasındaki ikili ticaretin belli bir düzeyde devam etmiş olmasının, Panelin vardığı sonucu değiştirmediğinin de altını çizmiştir. *Ibid.*

Burada, Panelin nedensellik konusunda uyguladığı ölçütün çok gevşek bir ölçüt olduğunu belirtmek gerekir. Alınan önlemin korunmaya çalışılan güvenlik menfaatinden, bu ikisi arasında bir bağlantı olduğunu ileri sürmenin mantıksız sayılacağı kadar, uzak olup olmadığı şeklinde tanımlanan test çok zayıf bir bağlantının da kabul edilebileceği anlamına gelir. Panelin güvenlik konusunun hassas niteliğini göz önüne alarak geliştirdiği anlaşılan bu testin güvenlik konusuyla ilgili bir davanın esası bakımından belirleyici bir rol oynaması mümkün görünmemektedir.

ii. Alınan Önlemin Gerekliliği (*Necessity*)

Panelin alınan önlemin esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için "gerekli" olup olmadığı konusunda DTÖ üyelerine verilen takdir hakkıyla ilgili değerlendirmesi çok kısadır. Panele göre, paragraf (b)'nin giriş kısmında yer alan "gerekli bulduğu (*which it considers necessary*)" ibaresi nedeniyle, bu önlemlerin gerekliliği konusunun önlemi alan devletin takdirinde olduğu sonucuna varmak gereklidir.[163] Panel bu sonuca varırken, DTÖ Anlaşması'nın başka bazı hükümlerinden, örneğin DSU'nun benzer lafız içeren 22.3(b) ve (c) maddesinden farklı olarak madde XXI'in (b) paragrafının DTÖ üyesi devletlere verdiği takdir yetkisini sınırlayan hiç bir ifade içermediğinin altını çizmiştir.[164]

Bu analiz sonucunda Panel, dava konusu önlemlerin madde XXI(b)(iii)'de yer alan şartları karşıladığı genel sonucuna varmıştır.[165]

IV. SONUÇ

DTÖ hukukunda uluslararası ticarette güvenlik istisnası konusu mal ticareti bakımından GATT'ın XXI. maddesinde düzenlenmiştir. GATS ve TRIPS Anlaşmalarında da GATT'taki metne bire bir veya büyük benzerlik gösteren düzenlemeler yer almaktadır.

GATT'ın XXI. maddesi, bu Anlaşmanın yürürlüğe girdiği 1948 yılından itibaren GATT ve DTÖ üyesi devletler tarafından alınan birtakım önlemlere dayanak olarak gösterilmiş ancak bu önlemlerin madde XXI'e uygunluğu konusunda bir görüş birliği sağlanamamıştır. Konuyla ilgili olarak GATT döneminde açılan birkaç davada paneller madde XXI'in yorumlanmasından kaçınmışlardır. Bu konu sonunda Ukrayna tarafından Rusya aleyhine açılan

163 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.146.

164 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.147.

165 DTÖ Panel kararı, *Russia - Traffic in Transit*, par. 7.149.

Russia - Traffic in Transit davasında gündeme gelmiş ve bu davayı karara bağlayan Panel mecburen madde XXI'in davayla ilgili yönlerini yorumlamış ve bu yorumu dava konusu önlemlere uygulayarak Rusya'nın madde XXI'e aykırı hareket etmediğine karar vermiştir.

Panel kararının önemli yönü, madde XXI çerçevesinde alınan önlemlerin DTÖ anlaşmazlıkların halli sistemi içerisinde dava konusu edilebileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Panel XXI. maddenin davayla ilgili olan (b)(iii) alt paragrafını da yorumlamış ve bu alt paragrafta ve (b) paragrafının giriş kısmında yer alan düzenlemelerin, esaslı güvenlik menfaatlerinin korunması için hangi önlemlerin alınması "gerektiği" konusunda önlemi alan devlete tam bir takdir hakkı verdiğine karar vermiştir. Diğer taraftan, Panele göre, neyin "esaslı güvenlik menfaati" olarak değerlendirilebileceği konusunda ise önlemi alan devletin takdir yetkisi bulunmakla birlikte bu yetki iyiniyet ilkesiyle sınırlıdır.

Panel madde XXI çerçevesinde alınan önlemlerin dava konusu yapılabileceğini ve böyle bir davaya konu olan önlemin bazı yönlerinin paneller tarafından gözden geçirilebileceğini belirtmiş olmakla birlikte, Rusya'nın dava konusu önlemlerinin gözden geçirilmesinde genel olarak çok hafif bir test uygulamıştır. Bu yaklaşım, dava konusu önlemler ile korunan güvenlik menfaatleri arasındaki nedensellik bağının incelenmesinde çok net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce bu durum, önlemlerin güvenlikle ilgili olmasından kaynaklanmaktadır. GATT ve DTÖ döneminde görülen davaların hiç birisinde kararın, dava konusu olan önlemlerin niteliği nedeniyle, böylesine olağanüstü bir dikkatle kaleme alındığı olmamıştır.

Ancak, unutmamak gerekir ki *Russia - Traffic in Transit* davası madde XXI'in gündeme geldiği tek dava değildir. Bu davaya konu olan güvenlik önlemini tetikleyen süreç geleneksel silahlı çatışma durumuna çok benzemektedir. Yakın gelecekte karara bağlanması beklenen ve güvenlik istisnasını içeren davalara konu olan önlemler geleneksel silahlı çatışma durumundan uzaklaştığı ölçüde *Russia - Traffic in Transit* davasında verilen kararın bu davalarda verilecek kararlara etkisi sınırlı hale gelecektir. Bu nedenle, *Russia - Traffic in Transit* davasında yapılan yorumu madde XXI açısından genel kabul gören bir yorum olarak görmemek lazımdır.

Özellikle Ortadoğu'da yaşanan gelişmeler nedeniyle önemli güvenlik tehditleriyle karşı karşıya bulunan Türkiye'nin, XXI. maddenin DTÖ'de nasıl yorumlandığını yakından takip etmek durumunda olduğu açıktır.

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri
AET: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AT: Avrupa Toplulukları
BAE: Birleşik Arap Emirliklieri
BM: Birleşmiş Milletler
DSB: Anlaşmazlıkların Halli Organı
DSU: Anlaşmazlıkların Halline Dair Mutabakat Metni
DTÖ: Dünya Ticaret Örgütü
DTÖAnlaşması: Dünya Ticaret Örgütü'nü Kuran Marakeş Anlaşması
GATS: Hizmetler Ticareti Genel Anlaşması
GATT: Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması
Ibid.: Ibidem
ITO: Uluslararası Ticaret Örgütü
MFN: Most Favoured Nation (en ziyade müsaadeye mazhar millet)
Par.: Paragraf
pp.: Pages
s.: Sayfa
STA: Serbest Ticaret Anlaşması
TBT Anlaşması: Ticarette Teknik Engeller Anlaşması
TRIPs Anlaşması: Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Yönlerine Dair Anlaşma
Vol.: Volume

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

CANN Wesley A., "Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism", **26 Yale Journal of International Law (2001)**, pp. 413-487

CRAWFORD James, **Brownlie's Principles of International Law**, 9th ed., Oxford University Press, Oxford, 2020

GARDNER Richard N., **Sterling-Dollar Diplomacy Anglo-American Collaboration in the Reconstruction of Multilateral Trade**, Clarendon Press, Oxford, 1956

HAHN Michael J., "Vital Interests and the Law of the GATT: An Analysis of GATT's Security Exception", **12 Michigan Journal of International Law (1991)**, pp. 558-620

JACKSON John H., **World Trade and the Law of the GATT**, the Bobs-Merill Company Inc., Indianapolis, 1969

LINDSAY Peter, "The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?", **52 Duke Law Journal**, pp. 1277-1313 (2003)

NEUWIRTH Rostam J./SVETLICINII Alexandr, "The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: 'Catch-XXI' and the Revival of the Debate on Security Exceptions", **Journal of World Trade**, 2015, Vol. 49, No. 5, pp. 891-914

PEREZ Antonio F., "WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security", **23 Yale Journal of International Law (1998)**, pp. 301-381

TELLİ Serap, **Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1991

DTÖ Resmi Belgeleri

DTÖ Panel kararları, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS395/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS398/R, Add.1 and Corr.1, adopted 22 February 2012, as modified by Appellate Body Reports WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, DSR 2012:VII, p. 3501

DTÖ Panel kararı, *Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines - Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by the Philippines*, WT/DS371/RW2 and Add.1, circulated to WTO Members 12 July 2019

DTÖ Panel kararları, *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R and Add.1 / WT/DS432/R and Add.1 / WT/DS433/R and Add.1, adopted 29 August 2014, upheld by Appellate Body Reports WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, DSR 2014:IV, p. 1127

DTÖ Panel kararı, *Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/R and Add.1, adopted 9 May 2016, as modified by Appellate Body Report WT/DS453/AB/R, DSR 2016:II, p. 599

DTÖ Panel kararı, *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 19 November 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS34/AB/R, DSR 1999:VI, p. 2363

DTÖ Panel kararı, *India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS90/AB/R, DSR 1999:V, p. 1799

DTÖ Panel kararı, *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R and Add.1, adopted 26 April 2019

DTÖ Panel kararı, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, adopted 20 May 1996, as modified by Appellate Body Report WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, p. 29

DTÖ Panel kararı, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, adopted 17 December 2007, as modified by Appellate Body Report WT/DS332/AB/R, DSR 2007:V, p. 1649

DTÖ Panel kararları, *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, WT/DS381/RW/USA and Add.1 / *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products - Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico*, WT/DS381/RW2 and Add.1, adopted 11 January 2019, as upheld by Appellate Body Report WT/DS381/AB/RW/USA / WT/DS381/AB/RW2

Temyiz Organı kararı, *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010, DSR 2010:I, p. 3

Temyiz Organı kararları, *China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adopted 22 February 2012, DSR 2012:VII, p. 3295

Temyiz Organı kararları, *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adopted 29 August 2014, DSR 2014:III, p. 805

Temyiz Organı kararı, *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, DSR 2005:XII, p. 5663 (and Corr.1, DSR 2006:XII, p. 5475)

Temyiz Organı kararı, *Argentina - Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, DSR 2000:I, p. 515

Temyiz Organı kararı, *Korea - Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, adopted 12 January 2000, DSR 2000:I, p. 3

Temyiz Organı kararı, *United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea*, WT/DS202/AB/R, adopted 8 March 2002, DSR 2002:IV, p. 1403

Temyiz Organı kararı, *Turkey - Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/AB/R, adopted 19 November 1999, DSR 1999:VI, p. 2345

Temyiz Organı kararı, *European Communities - Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R, adopted 20 April 2004, DSR 2004:III, p. 925

Temyiz Organı kararı, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, p. 3

Temyiz Organı kararı, *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, p. 97

Temyiz Organı kararı, *Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector / Canada - Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/AB/R / WT/DS426/AB/R, adopted 24 May 2013, DSR 2013:I, p. 7

Temyiz Organı kararları, *Brazil - Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472/AB/R and Add.1 / WT/DS497/AB/R and Add.1, adopted 11 January 2019

DTÖ belgesi, *Doha Work Programme Ministerial Declaration, Annex C Services*, WT/MIN(05)/DEC

DTÖ belgesi, *Understanding on the Balance-of-Payments Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*

DTÖ belgesi, *Information on the Utilisation of Special and Differential Treatment Provisions, Note by the Secretariat*, WT/COMTD/W/77/Rev.1/Add.4

DTÖ belgesi, *Draft General Council Decision, Procedures to Strengthen the Negotiating Function of the WTO*, WT/GC/W/764

DTÖ belgesi, *The Continued Relevance of Special and Differential Treatment in Favour of Developing Members to Promote Development and Ensure Inclusiveness*, WT/GC/W/765/Rev.1

DTÖ belgesi, *United States - Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996, Communication From Cuba*, WT/L/142

DTÖ belgesi, *United States - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act Request for Consultations by the European Communities*, WT/DS38/1

DTÖ belgesi, *Minutes of the Meeting*, WT/DSB/M/24

DTÖ belgesi, *United States - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act Lapse of Authority for Establishment of the Panel*, WT/DS38/6

DTÖ belgesi, *Proposal on MC10 Ministerial Declaration - Part III*, WT/MIN(15)/W/14

DTÖ belgesi, *Saudi Arabia - Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights Request for the Establishment of a Panel By Qatar*, WT/DS567/3

DTÖ belgesi, *United Arab Emirates - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Request for the Establishment of a Panel by Qatar*, WT/DS526/2

DTÖ belgesi, *Saudi Arabia - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Request for Consultations by Qatar*, WT/DS528/1

DTÖ belgesi, *Bahrain - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Request for Consultations by Qatar*, WT/DS527/1

DTÖ belgesi, *Qatar - Certain Measures Concerning Goods from the United Arab Emirates Request for the Establishment of a Panel by the United Arab Emirates*, WT/DS576/2

DTÖ belgesi, *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit Panel Report Action by the Dispute Settlement Body*, WT/DS512/7

DTÖ belgesi, *Nicaragua - Measures Affecting Imports from Honduras and Colombia Request for the Establishment of a Panel by Colombia*, WT/DS188/2

DTÖ belgesi, *Minutes of the Meeting*, WT/DSB/M/78

DTÖ belgesi, *Minutes of the Meeting*, WT/DSB/M/80

DTÖ belgesi, *Trade Policy Review Pakistan Minutes of Meeting Addendum*, WT/TPR/M/95/Add.1

DTÖ belgesi, *Brazil's Import Licensing Requirements for Chemical Products and Goods Related to Nuclear Applications Questions from the United States to Brazil*, G/LIC/Q/BRA/1

DTÖ belgesi, *Brazil's Import Licensing Requirements for Chemical Products and Goods Related to Nuclear Applications Replies from Brazil to Questions from the United States*, G/LIC/Q/BRA/2

DTÖ belgesi, *Minutes of the Meeting Held on 30 September 2004*, G/LIC/M/20

DTÖ belgesi, *Minutes of the Meeting Held on 26 April 2010*, G/LIC/M/31

DTÖ belgesi, *Import Licensing System of Brazil Replies from Brazil to Questions from the United States*, G/LIC/Q/BRA/25

DTÖ belgesi, *Turkey - Additional Duties on Certain Products from the United States Request for the Establishment of a Panel by the United States*, WT/DS561/2

GATT Resmi Belgeleri

GATT Panel kararı, *United States - Trade Measures Affecting Nicaragua: Report by the Panel* (unadopted)

GATT Panel kararı, *United States - Imports of Sugar from Nicaragua: Report of the Panel*, L/5607

GATT belgesi, *Declaration on Trade Measures Taken for Balance of Payments Purposes*, BISD 26S/205-209

GATT belgesi, *Reply by the Vice Chairman of the United States Delegation, Mr. John W. Evans, to the Speech by the Head of the Czechoslovak Delegation under Item 14 on the Agenda*, GATT/CP.3/38

GATT belgesi, *Compte rendu de la vingt-deuxieme seance: Tenue à l'Hôtel Verdun, à Annecy la mercredi 8 juin 1949, à 15 h.15*, GATT/CP.3/SR.22

GATT belgesi, *Termination of obligations between the United States and Czechoslovakia under the Agreement: Statement by the United States*, GATT/CP.6/5

GATT belgesi, *Item 21 - Termination of obligations between the United States and Czechoslovakia under the Agreement: Addendum. Declaration Proposed by the Delegation of the United States*, GATT/CP.6/5/Add.2

GATT belgesi, *Summary Record of the Sixteenth Meeting: Held at the Palais des Nations, Geneva on Saturday, 8 November 1952 at 2:30 p.m*, SR.7/16

GATT belgesi, *United States Import Restrictions on Agricultural Products: Report by the Working Party on Agricultural Waivers*, L/918

GATT belgesi, *Nineteenth Session - Index to summary records*, SR.19/12

GATT belgesi, *Report of Working Group 4 on Non-Tariff Barriers: Examination of Items in Part 4 of the Illustrative List (Specific Limitations on Trade)*, COM.IND/W/49

GATT belgesi, *Import restrictions: Addendum. Industrial Products*, L/3377/Add.2

GATT belgesi, *Past GATT Activities Relating to Quantitative Restrictions and Other Non-Tariff Measures: Background Note by the Secretariat*, NTM/W/2

GATT belgesi, *Import Restrictions: Note by the Director-General*, L/3377

GATT belgesi, *Notes on Individual Import Restrictions*, COM.IND/W/28/Add.1

GATT belgesi, *Trade Policy Review Mechanism. Austria.: Report by the Secretariat*, C/RM/S/19A

GATT belgesi, *Suède - Restrictions à l'Importation de Certaines Chaussures*, L/4250

GATT belgesi, *Sweden - Import Restrictions on Certain Footwear: Addendum*, L/4250/Add.1

GATT belgesi, *Trade Restrictions Affecting Argentina Applied for Non-Economic Reason*, L/5317

GATT belgesi, *Minutes of Meeting: Held in the Centre William Rappard on 7 May 1982*, C/M/157

GATT belgesi, *Ministerial Declaration: Adopted on 29 November 1982*, L/5424

GATT belgesi, *Decision Concerning Article XXI of the General Agreement: Decision of 30 November 1982*, L/5426

GATT belgesi, *Minutes of Meeting: Held in the Centre William Rappard on 12 July 1983*, C/M/170

GATT belgesi, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 13 March 1984*, C/M/176

GATT belgesi, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 15-16 May 1984*, C/M/178

GATT belgesi, *Inventory of Non-Tariff Measures (Industrial Products): Addendum*, NTM/INV/I-V/Add.10

GATT belgesi, *(Industrial Products) Addendum*, NTM/INV/I-V/Add.12

GATT belgesi, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 29 May 1985*, C/M/188

GATT belgesi, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 10 October 1985*, C/M/192

GATT belgesi, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 5-6 November 1986*, C/M/204

GATT belgesi, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 3 April 1990*, C/M/240

GATT belgesi, *Trade Measures Taken by the European Community Against the Socialist Federal Republic of Yugoslavia: Communication from the European Communities*, L/6948

GATT belgesi, *Trade Measures against Yugoslavia for Non-Economic Reasons: Communication from Yugoslavia*, L/6945

GATT belgesi, *EEC - Trade Measures Taken for Non-Economic Reasons: Request for Consultations under Article XXIII:1 by Yugoslavia*, DS27/1

GATT belgesi, *EEC - Trade Measures Taken for Non-Economic Reasons: Recourse to Article XXIII:2 by Yugoslavia*, DS27/2

GATT belgesi, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 18 March 1992*, C/M/255

GATT belgesi, *Statement by the Delegation of Cuba*, Spec(90)4

GATT belgesi, *First Examination of Part 4 of the İnvetory of Non-Tariff Barriers: Part 4 - Specific Limitations on Imports and Exports Supplemental and Replacement Cards*, COM.IND/W/12

GATT belgesi, *United States - Measures Affecting Cuban Sugar Exports: Communication from Cuba*, L/5980

İnternet Kaynakları

https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:19%20section:1862%20edition:prelim) (11.5.2020)

http://unscr.com/en/resolutions/doc/502 (11.5.2020)

https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm#observer (11.5.2020)

https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm (11.5.2020)

http://ptadb.wto.org/ptaList.aspx (11.5.2020)

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c2s1p1_e.htm (11.5.2020)

https://ustr.gov/sites/default/files/enforcement/DS/US.Sub1.%28DS564%29.fin.%28public%29.pdf (11.5.2020)

İDARİ USULDE ÖKSÜZ KALMIŞ BİR ALAN: İDARİ İŞLEMLERE KARŞI ZORUNLU İDARİ BAŞVURULARDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR(*)

Dr. Cihan YÜZBAŞIOĞLU(**)

Öz: İdari işlemlerin hukuka uygunluğu yalnızca yargı denetimiyle sağlanmamakta, hukuka aykırılıklar idari denetim yoluyla da giderilebilmektedir. Yapılış amacı ve sonuçları bakımından ihtiyari başvurulardan farklı nitelikler taşıyan zorunlu idari başvurular, mahkemeye erişim hakkının kullanılabilmesi bakımından bariyer niteliği taşımaktadır. Adil yargılanma hakkını sınırlandıran bu başvuruların yapılış usulünün ve sonuçlarının kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak mevcut uygulamada zorunlu başvuruların büyük bir kısmının zorunlu niteliğinin ve yapılış usulünün içtihat yoluyla belirlendiği görülmektedir. Bu başvurular bakımından kanunda son derece yüzeysel düzenlemeler yer almakta olup, bu haller içtihatla şekillenmiştir. Bu durum ise, sözü geçen alanın gri, belirsiz, "öksüz" hale gelmesine yol açmıştır. Zira, bu alanda yer alan başvurularda bazen ihtiyari başvuru yollarına ilişkin usuller kıyasen uygulanmış, bazense başvurunun niteliği dikkate alınarak özgün çözümler bulunmuştur. Üstelik bu çözüm arayışında tüm zorunlu idari başvurularda uygulanabilir ortak kurallar oluşturulamamış, içtihat birliği de sağlanamamıştır. Bu belirsizlik ise, başvurunun yapılması ve incelenmesi aşamasında mahkemeye erişim hakkının kaybına yol açacak uygulamalara sebep olmuştur. Ayrıca, zorunlu başvuru yolunun işletildiği hallerde idari yargıda dava konusu edilebilecek işlemin belirlenmesi aşamasında oluşan karmaşa hak kayıplarına sebep olabilmektedir. Pek çok sakıncayı barındıran bu karmaşanın ortadan kaldırılması için içtihadın yeniden gözden geçirilmesi gerektiği şüphesizdir.

Anahtar Kelimler: Zorunlu Başvuru, Mahkemeye Erişim, İdari İşlem, Hukuk Güvenliği, İdari Usul.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 06.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 28.04.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-7740-5677; *cyuzbasioglu@gsu.edu.tr*).

AN ORPHANED FIELD OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE: PROBLEMS RELATED TO COMPULSORY ADMINISTRATIVE APPLICATIONS AGAINST ADMINISTRATIVE ACTS

Abstract: Legality of administrative acts is not only ensured by judicial review, but also by administrative review. Compulsory administrative applications, which differs from discretionary applications in terms of their purpose and results, could be qualified as a barrier for exercising the right to access to court. Applicable procedures and consequences of these applications, which restrict the right to fair trial, should be regulated by law. In practice, it is seen that the compulsory nature and the procedure of a majority of such applications are determined by jurisprudence. This situation has caused the area to become gray, uncertain and "orphaned". In the applications at this field, sometimes procedures regarding discretionary applications were applied by analogy, and sometimes original solutions were found. Moreover, common rules applicable to all mandatory administrative applications couldn't be established, and a consistent case-law does not exist. This uncertainty during the filing and the examination of the application caused practices that would cause the loss of right to access to court. In addition, in cases of compulsory application, confusion that occurs during determination of the act that can be challenged by way of administrative action may cause loss of rights. There is no doubt that case-law needs to be revised in order to eliminate this confusion that contains many inconveniences.

Keywords: Compulsory Application, Acces to Court, Administrative Act, Legal Certainty, Administrative Procedure.

GİRİŞ

Hukuk devleti idarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunun ödün verilmez bir ilke olarak benimsendiği devlet türüdür. Anayasa'nın 2. maddesinde açıkça vurgulandığı üzere hukuk devleti ilkesinin benimsendiği ülkemizde, idarenin özellikle işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi asıl olarak idari yargıda dava açılması yoluyla gerçekleştirilmektedir. Keza, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, Anayasa'nın 125. maddesinde de ortaya konulmuştur. İdarenin tesis ettiği işlemler yönünden hukuka bağlılığının sağlanmasına işlerlik kazandıran temel yol yargısal başvurulardır.

İdarenin hukuka uygun hareket etmesi yalnızca yargı denetimiyle sağlanmamaktadır. Yasama denetiminin yanında idare, kendi bünyesinde gerçekleş-

tirdiği denetim (idari denetim) yoluyla da, hukuka uygun faaliyet yürütmeye zorlanmakta, hukuka aykırı faaliyetlerin yarattığı sonuçlar ise onarılmaktadır.[1] İdari başvuru yolları, ilgili bakımından yargı yoluna nazaran daha kısa, ucuz ve avantajlı[2] bir sonucun alınması bakımından yararlı bir yol olmakla birlikte; başvurunun idarenin kendisine yapılması sebebiyle çoğu zaman etkisiz; idari usul[3] kanunu bulunmaması nedeniyle inceleme usulü bakımından belirsizliği sebebiyle hukuki açıdan güvencesiz bir yoldur.[4]

Uyuşmazlığı çözebilme kabiliyeti yönünden tartışmalı sayılabilecek bir yol olan idari başvurular kendi içinde ihtiyari ve zorunlu idari başvurular olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ancak burada belirtmek gerekir ki, gerek ihtiyari ve gerek zorunlu idari başvuruların halihazırda var olan bir idari eylem ya da işleme karşı yapılması mümkündür. Bu yönüyle, bir idari işlemin ya da eylemin yapılması amacıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 10. maddesinde düzenlenen idari başvurulardan ayrılmaktadırlar. Zorunlu ve ihtiyari başvurular arasındaki temel fark ise, zorunlu idari başvuru usulleri tüketilmeden idari yargıda dava açılmasının mümkün olmamasıdır. İhtiyari başvuru ise idari dava yolundan önce başvurulabilecek alternatif bir uyuş-

---

1 İdareler kendilerinin ya da hiyerarşik üstü oldukları idari birimlerin işlemlerini geri almak ya da kaldırmaktan çoğu zaman farklı sebeplerle geri durmaktadır. Hatta, idari başvurular üzerine, işlemin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi ihtimalinde dahi inisiyatif kullanılarak işlemin düzeltilmesinden kaçınılmakta, bu sorumluluk mahkemelere yüklenmektedir. (HONDU Selçuk, "İdari Yargılama Usulü Kanununda Yeralan İdari Usuller ve Uygulaması", **T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu**, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Bildiriler Kitabı, 1998, s. 263; CİDECİGİLLER Aynur, **İdarenin Taraf olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 80).

2 İdari başvuru çerçevesinde kendisine başvuru yapılan makam yargı merciinden farklı olarak hukukilik denetiminin yanında yerindelik denetimi yapabilme yetkisine de sahiptir. Bu bakımdan, idari işlemin ilgililerinin yargı yoluyla sonuç alamayacağı pek çok durumun idari başvuru yoluyla çözümü mümkün hale gelmektedir. (SOYBAY Selçuk, İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1994, s. 46; aynı yönde SANCAR Mithat, "İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre", **Amme İdaresi Dergisi**, Mart/1990, S. 23/1, s. 81).

3 İdari usul kavramı, idari işlemin yapılışı sırasında idarenin ilgili kişileri çağırıp dinleyerek, onlara düşüncelerini bildirmek ve delillerini ikame etme fırsatını vermesi, böylece yargılama usullerine benzer birtakım usullerle maddi ve hukuki gerekçelere uygun karar verebilmek için kendi kendini denetlemesi olarak tanımlanmıştır. (AKYILMAZ Bahtiyar, "Bir İdari Usul İlkesi Daha Anayasa m.40/2 Başvuru Yollarının Gösterilmesi", **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, İstanbul, 2003, s. 84).

4 SOYBAY, 1994, s. 34.

mazlık çözüm usulüdür. Her ne kadar dava açılmadan önce zorunlu olmasa da bu yollara başvurulmasının başta dava açma süreleri olmak üzere yargılama usulü bakımından farklı sonuçları bulunmaktadır.

İdarenin işlemlerinin yanında eylemleri hakkında da yargı önünde dava açılmadan önce başvurulması zorunlu idari yollar bulunmaktadır. İdari eylemler bakımından zorunlu başvuru öngörülmesinin temelinde, eylemden zarar gören ile idare arasında bir uyuşmazlık oluşturma amacının yer aldığı söylenebilir. Zira bu hallerde çoğu zaman idare, eylemi sonucunda üçüncü kişilerin zarara uğradığını dahi bilmemektedir. Dolayısıyla bu hallerde amaç, var olan bir uyuşmazlığın çözümü değil; idarenin başvuruyu reddetmesi yoluyla uyuşmazlık yaratmaktır. Kanunlarda ayrıca düzenleme olmadıkça, idari eylemler hakkında idari yargıda dava açılmadan önce İYUK madde 13 başvurusu yapılması zorunludur. Daha yerleşik bir uygulaması olan ve daha az belirsizlik taşıyan eylemler hakkındaki zorunlu idari başvurular yerine, bu çalışmada esas olarak işlemlere karşı zorunlu idari başvurudan kaynaklanan sorunlar incelenecektir.

Başvuru yapılmasından yargılama sürecine geçişe kadarki neredeyse hiçbir aşaması bakımından gerek içtihat ve gerek öğretide görüş birliği bulunmayan idari işlemlere karşı zorunlu başvuruların içinde bulunduğu bu belirsizlik, somut uyuşmazlığın ilgililerce yargı önüne götürebilmesi bakımından engel oluşturabilmektedir. Keza, bu belirsizlik sonucunda davalar ilk inceleme aşamasında reddedilebilmekte, uyuşmazlık esastan incelenememektedir. Bu durumun sebepleri arasında, yargı mercilerinin mevzuatta öngörülen başvuru usullerini farklı şekilde uygulaması yer almaktadır. Şöyle ki, kanunlarda lafzi olarak ihtiyari nitelikte düzenlenmiş bazı başvurular yargı mercileri tarafından zorunlu addedilerek uygulanmaktadır. Çoğu zaman ayrıntılı düzenlemeler içermeyen bu başvuruların zorunlu addedilerek uygulanması ise, İYUK'un 11. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan genel nitelikli ihtiyari başvuru usulüne tabi olmamalarına neden olmaktadır. Dolayısıyla yapısı yönünden ihtiyari, sonuçları bakımından zorunlu idari başvuruların ortaya çıkması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Nitekim, bu başvuruların tümü bakımından uygulanabilir ortak kurallar da oluşturulamamaktadır. Bu durum ise, zorunlu idari başvuruların uygulamada öksüz, sahipsiz kalması gibi bir sonuç yaratmıştır.

İdari işlemlere karşı zorunlu başvurulara ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlara değinmeden önce, esasında bu sorunlara kaynak olan "*öksüzlük*" olgusuna değinmek yol gösterici olacaktır.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, ihtiyari başvuru yollarından farklı olarak, zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde menfaati zarar gören kişinin başvuru yapmadan doğrudan idari yargıda dava açması mümkün değildir. Zorunlu idari başvuru yolları tüketilmeden dava açılması durumunda, İYUK madde 14 çerçevesinde idari merci tecavüzünün bulunduğu gerekçesiyle ilk inceleme aşamasında İYUK madde 15/1- e hükmü uyarınca dosyanın ilgili mercie tevdiine karar verilecektir.[5] Bununla beraber, zorunlu idari başvurunun yapılmadığının, daha sonra tespit edilmesi durumunda, ilk inceleme koşullarının sağlanmadığı gerekçesiyle yine dosyanın idari mercie tevdiine karar verilecektir.

Zorunlu başvuru yapılmadan dava açılması durumunda başvuru yargı mercii tarafından esastan incelenmeyecektir. Bu bakımdan zorunlu idari başvurunun yapılması, adeta dava açma imkanı bakımından aşılması gereken bir bariyer niteliğindedir. Zorunlu başvuru usulü, niteliği gereği idari yargıda dava açma imkanını, yani hak arama hürriyetini sınırlandırmakta olduğundan, Anayasa'nın 13. maddesi doğrultusunda kanunla öngörülmesi zorunludur.[6]

Mevzuata bakıldığında ise, zorunlu idari başvuruların bazılarının berrak alanda kaldığı, yani gerek zorunlu niteliğinin ve gerek başvuru usullerinin ve sonuçlarının kanunda açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bu hallerde uygulamada çok daha sınırlı karmaşa görülmektedir. Buna karşılık, "*öksüz*" olarak nitelendirdiğimiz gri alanda[7] kalan zorunlu idari başvurular hakkında uygulanacak hukuk kuralları bakımından belirsizlik bulunmaktadır. Bu belirsizliğin yol açtığı sorunların incelenebilmesi bakımından gri alanın sınırlarının çizilmesi önem arz etmektedir.

BERRAK ALAN: ZORUNLU İDARİ BAŞVURUNUN KANUNDA AÇIKÇA DÜZENLENMESİ

Mevzuatımızda zorunlu idari başvuru öngörülen farklı kanuni düzenlemeler bulunmaktadır. İdare hukuku mevzuatının geniş ve karmaşık yönü dikkate alındığında sözü geçen zorunlu idari başvuruların tüketici bir yaklaşımla sıralanması pek de mümkün görülmemektedir.

---

5 Dan.13.D., E. 2012/2119, K. 2013/3320, 29.11.2013, UYAP (Erişim: 15.02.2020).

6 Dan.8.D., E. 1998/2534, K. 1998/3508, 04.11.1998, DD., S. 99, s. 377.

7 Bu makalede sıkça kullanılan "*gri alan*" kavramının seçiminde Cengizhan Hatipoğlu'nun "*İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan*" başlıklı makalesinden esinlenilmiştir. (HATİPOĞLU Cengizhan, "İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 21, 2015). Ancak belirtmek gerekir ki, bu çalışmada kullandığımız "*gri alan*" kavramı müellifin kullandığı anlamla örtüşmemektedir.

Tüketici bir liste olmamakla birlikte, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenen şikayet ve itirazen şikayet başvuruları, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinde düzenlenen uzlaşma usulü,[8] 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un 13 maddesinde düzenlenen başvuru[9] kanunlarda açıkça zorunlu olarak öngörülen idari başvurulardandır.[10] Sözü geçen düzenlemelerde yer alan "*uygulanması dava şartıdır*", "*zorunludur*" gibi ibarelerin yanında, ancak başvuru üzerine verilecek karara karşı dava yoluna başvurulacağını belirten ifadeler bu başvuruların zorunlu niteliğini açıkça vurgulamaktadır.

Zorunlu niteliği kanunda açıkça öngörülen başvurulara dair mevzuat incelendiğinde, gerek başvuru usulü, gerek başvurunun sonuçları ve gerek bu başvurunun yargılama hukuku üzerindeki etkileri yönünden ayrıntılı düzenlemeler içermekte oldukları görülmektedir. Bu düzenlemeler, başvuruya ve sonuçlarına ilişkin ihtimalleri büyük ölçüde ortadan kaldıracak bir içeriğe sahiptir. Bunun tipik örneği 4754 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi ve devamında yer alan şikayet ve itirazen şikayet yoluna dair düzenlemelerdir.

---

8 "*Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi 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 el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır*."

9 "*Yapılacak asıl işlemlere esas olmak üzere, fen kurulları tarafından düzenlenen teknik mahiyetteki hasar tespit raporlarına mahallî ilân tarihinden itibaren otuz gün içinde itiraz edilebilir ve hasar tespit raporları ancak asıl işlemlerle birlikte dava konusu edilebilir. Gayrimenkulleri kesin bir şekilde hasarsız olarak tespit edilenlerin veya gayrimenkullerinin hasar tespiti hiç yapılmayanların, yargı yoluna gitmeden önce, mahallî ilân tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili idareye başvurmaları zorunludur*."

10 Bunların yanında, mülga 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 34. maddesinde yer alan başvuru ile 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 43. maddesindeki mülga düzenlemede yer alan başvurular da zorunlu idari başvuru niteliğindedir. 1319 sayılı Kanun'un 43. maddesinin önceki haline göre, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce ilgili mevzuat kapsamında yapılan veya yaptırılan değerleme sonucunda belirlenen ve değeri "*değerli konut*" sınırının üzerinde olan mesken nitelikli taşınmazlar Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün internet sitesinde ilan edilir ve ilgilisine ayrıca tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren on beşinci günün sonuna kadar itiraz edilmeyen mesken nitelikli taşınmaz değeri kesinleşir. Süresinde yapılan itirazlar, on beş gün içinde değerlendirilerek sonuçlandırılır ve kesinleşen değer, aynı usulle ilan ve ilgilisine tebliğ edilir.

Sözü geçen düzenlemede, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını ya da zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabileceği belirtildikten sonra, şikayet ve itirazen şikayet başvurularının, dava açılmadan önce tüketilmesinin zorunlu olduğu açıkça ortaya konulmuştur.[11] Düzenleme uyarınca, şikayet başvurusu, ihale sürecindeki işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlemin farkına varıldığı tarihi izleyen günden itibaren ihalenin türüne göre beş veya on gün içinde ve her halükarda sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İdare, şikayet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır ve bu karar, şikayetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere bildirilir.

On günlük süre içinde idarece karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini; süresinde karar alınmakla beraber, bu kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi ile birlikte aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir.[12]

---

[11] Buna karşılık, 4734 sayılı Kanun'a tabi olmayan ihaleler bakımından dava açılmadan önce sözü geçen başvurunun yapılması zorunlu olmadığından, bu ihaleler hakkında açılan davalarda ilk derece mahkemelerinin verdiği idari mercie tevdi kararları Danıştay tarafından bozulmaktadır. (Dan.13.D., E. 2013/2706, K. 2013/3669, 17.12.2013, UYAP [Erişim: 15.02.2020]). Öte yandan, 4734 sayılı Kanun çerçevesinde yalnızca aday, istekli, istekli olabileceklerin idari yargıda dava açmadan önce idari başvuruları yapması zorunludur. İhale işlemleri nedeniyle bunlar dışında kalan kişilerin menfaatlerinin etkilenmesi durumunda ise başvuru yapılmadan doğrudan dava açmaları mümkündür. (Dan.13.D., E. 2011/444, K. 2011/1632, 13.04.2011, UYAP [Erişim: 15.02.2020]).

[12] İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesine göre, idareye başvuruda bulunulması gerekirken doğrudan Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvurular ile idarenin on günlük karar alma süresi beklenilmeden yapılan başvurular Kurum tarafından ihaleyi yapan idareye gönderilecektir. Bu düzenleme zorunlu idari başvuru yapılmadan doğrudan idari dava açılması durumunda idari mercie tevdi kararı verilmesini öngören İYUK madde 15 düzenlemesi ile benzerlik göstermektedir. Bu düzenleme ile, ilgilinin doğrudan itirazen şikayet başvurusu yapılması yoluyla başvuru sürecini kısaltmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Bunun yanında, on günlük itirazen şikayet başvurusu süresi dolduktan sonra Kurum'a yapılan başvurular süre koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. (KİK., 2011/UM.I- 2576, 01.08.2011; KİK., 2011/UH.II-1626, 16.05.2011; KİK., 2011/UH.II-1625, 16.05.2011; KİK., 2011/UM.II-1368, 20.04.2011; KİK., 2014/UH.IV-2049, 07.05.2014, EKAP). Dolayısıyla, başvurunun süresi içinde yapılmaması ise, hem itirazen şikayet başvurusu yapma, hem de idari yargıda dava açma imkanını ortadan kaldırmaktadır. (ÖZKAN Gürsel, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 17, 2014, s. 92).

İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz. Dolayısıyla, gerek şikayet ve gerek itirazen şikayet yollarına süresi içinde başvurulması durumunda, ihale süreci durmakta ve böylece ihale sürecine ilişkin olarak alınmış başvuru konusu kararın icra edilebilirliği ortadan kalkmaktadır. Böylece, idari işlem ancak süresi içinde şikayet yoluna ya da şikayet üzerine verilen karara karşı itirazen şikayet yoluna başvurulmaması durumunda yürütülebilir hale gelebilmektedir. Usulüne uygun şikayet ve itirazen şikayet başvurusu yapılan hallerde ise, ancak başvuruların açıkça veya zımnen reddi üzerine kesin ve yürütülebilir bir işlemin varlığından bahsedilebilmektedir. Bu bakımdan, süresi içinde yapılan şikayet ve itirazen şikayet başvurularının, ihale işleminin yürütülebilirliğini başvuruların sonuçlanmasına kadar askıya aldığı söylenebilir.

Kaldı ki, 4734 sayılı Kanun'un 57. maddesinde, ancak Kamu İhale Kurumu tarafından verilen nihai kararlara karşı dava yoluna başvurulmasının mümkün olduğu öngörülmüştür. Bu düzenleme başlı başına İYUK madde 14 bağlamında idari yargıda dava konusu edilebilir kesin ve yürütülebilir nitelikteki işlemin yalnızca Kurum tarafından verilen karar olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.[13] Böyle bir ihtimalde, ilgilinin itirazen şikayet başvurusu üzerine Kurum tarafından verilen karara değil, ilk ihale işlemine karşı idari yargıda dava açılması durumunda başvuru incelenmeksizin reddedilmektedir.[14]

Görüldüğü gibi 4734 sayılı Kanun'da öngörülen zorunlu idari itiraz yolu bakımından gerek başvuru süreci ve gerek başvurunun sonuçlandırılması süreci ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, itiraza konu işlemin yanı sıra, yargı önüne götürülebilecek işlemin hangisi olduğu da kanuni düzenlemenin lafzından kolaylıkla anlaşılmaktadır. Bu bakımdan berrak alandaki zorunlu idari başvurularda kanunla düzenlenme şartının çoğunlukla sağlandığı görülmektedir.[15]

---

[13] Aynı yönde ÖZKAN, 2014, s. 90. Bu yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. Dan.13.D., E. 2012/2072, K. 2012/3869 17.12.2012; Dan.13.D., E. 2011/2307, K. 2012/3862, 17.12.2012; Dan.13.D., E. 2013/2106, K. 2013/3601, 11.12.2013, UYAP (Erişim: 15.02.2020).

[14] Dan.13.D., E. 2010/3427, K. 2010/8568, 17.12.2011, UYAP (Erişim: 15.02.2020).

[15] AVCI Mehmet Alpertunga / TAŞIR Ahmet, "Hukuk Devleti İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Kamu İhale İşlemlerinde İdarî Başvuru Yolları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2015, s. 111.

Hak arama hürriyeti bakımından sınırlama getiren zorunlu idari başvuruların kanunla düzenlenmesi zorunlu olsa da, zorunlu niteliği kanunun lafzından açıkça anlaşılamayan bazı başvuruların yargı makamlarınca yorum yoluyla zorunlu hale getirildiği de dikkat çekmektedir.

GRİ ALAN: BAŞVURUNUN İÇTİHAT YOLUYLA ZORUNLU HALE GETİRİLMESİ

Kanunda açıkça "*zorunlu*" niteliği vurgulanan idari yolların yanında, bazı ihtimallerde esasen düzenlemenin lafzında zorunluluk bildiren bir ifadeye yer verilmemiş olmasına rağmen, başvurunun zorunlu olduğu Danıştay içtihadıyla kabul edilmiştir. Nitekim bu ihtimallerde çoğu kez "*itiraz edilebilir*", "*başvurulabilir*", "*başvurulması mümkündür*" gibi başvurunun ihtiyari yönüne vurgu yapan ifadeler kullanılmıştır. Dolayısıyla bu hallerde kanun koyucunun ihtiyari bir imkan niteliğinde düzenlediği idari başvuru yollarının, Danıştay tarafından zorunlu bir idari usul haline getirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İlginçtir ki, zorunlu başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle İYUK madde 15 çerçevesinde idari mercie tevdi kararının verilmesine yol açan hallerin çoğunluğunun bu kapsamda yer aldığı görülmektedir.

Gri alanda kalan idari başvuruların da, tıpkı zorunlu başvurularda olduğu gibi mevzuatın dağınıklığı sebebiyle tüketici bir listede sıralanması mümkün olamamaktadır. 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesinin birinci fıkrasında yer alan başvuru[16] ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 124. madde-

---

[16] "4458 sayılı Gümrük Kanunu
İtirazlar
Madde 242 - 1. Yükümlüler kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile itiraz edebilir."
Ancak belirtmek gerekir ki, aynı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, "*itirazın reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine"* başvurulabileceği kuralının mefhum-u muhalifinden, birinci fıkrada sayılan işlemlere karşı doğrudan yargı yoluna başvurulamayacağı gibi eleştiriye açık bir anlam da çıkarılabilmektedir. Böyle bir yaklaşım ise, sözü geçen işlemler bakımından birinci fıkrada düzenlenen başvuru yapılmaksızın dava açılmasının mümkün olmayacağı gibi bir sonuca ulaşılmasına sebep olmaktadır.
Bu düzenlemeyi zorunlu idari başvuru olarak nitelendiren Danıştay kararı için bkz. Dan.7.D., E. 2007/787, K. 2008/3765, 24.09.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.7.D., E. 1987/3667, K. 1988/179, 26.01.1988, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Dan.7.D., E. 2004/3196, K. 2006/3185, 06.11.2006, DD., S. 114, s. 226; Dan.7.D., E. 2005/5614, K. 2007/762, 28.02.2007, DD., S. 115, s. 254; Dan.7.D., E. 2004/1598, K. 2006/3458, 16.11.2006, DD., S. 115, s. 26; Dan.7.D., E. 2006/347, K. 2007/4246, 22.10.2007, DD., S. 118, s. 251;

sinde öngörülen şikayet yolu,[17] sözü geçen kanun metinlerinin lafzında kullanılan "*edebilir*" ifadesine karşın Danıştay tarafından zorunlu kabul edilen en temel hallerdir. Düzenlemelerin lafzında kullanılan "*edebilir*", "*yapabilir*", "*başvurulabilir*" gibi ifadeler bu başvuruların zorunlu olduğuna dair herhangi bir kesinlik de içermemektedir.[18]

Benzer şekilde sınırlı sayıda olmamakla birlikte, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 38. maddesinde öngörülen itiraz yolu[19] ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 7, 8, 20, 64, 70, 74, 142, 153 ve 157. maddesinde yer alan başvurular,[20] 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54/e

---

Dan.7.D., E. 1997/4192, K. 1998/3137, 06.10.1998; Dan.7.D., E. 2012/6390, K. 2016/320, 21.01.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.
1615 sayılı Gümrük Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde de Danıştay'ın aynı yönde kararları bulunmaktaydı: Dan.7.D., E. 1999/1247, K. 1999/4383, 28.12.1999, DD., S. 103, s. 721; Dan.7.D., E. 1997/176, K. 1997/4900, 23.12.1997, DD., S. 96, s. 322; Dan.7.D., E. 1990/5623, K. 1991/674, 19.02.1991, DD., S. 82-83, s. 535.

17 213 sayılı Vergi Usul Kanunu
Şikayet yolu ile müracaat:
Madde 124 - Vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanlar şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına müracaat edebilirler.
Bu düzenlemenin zorunlu idari başvuru olarak nitelendirilmesine ilişkin Danıştay kararı için bkz. Dan.VDDGK., E. 2003/254, K. 2004/28, 27.02.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan. VDDGK., 15.03.2001, E. 2003/254, K. 2004/28, www.hukukturk.com (Erişim: 17.03.2020). Aynı yönde İstanbul 13. Vergi Mahkemesi, 19.07.2017, E. 2017/926, K. 2017/1856; İstanbul 13. Vergi Mahkemesi, 19.04.2018, E. 2018/828, K. 2018/1668, UYAP (Erişim: 12.03.2020).

18 YILDIRIM Turan, "İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu 17-18 Ocak 1998**, Bildiriler Kitabı, 1998, s. 252; ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 5. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 256; İŞÇİ Jülide, **İdari Merci Tecavüzü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 50; KAPLAN Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 338.

19 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun
İhtilafı hal ve itiraz mercileri:
Madde 38 - Genel Kurulun 36'ncı madde mucibince ilan edilecek kararlarının uygulanmasından dolayı valilikler ve Kurum Genel Müdürlüğü ile mevkuteler veya ilan verenler arasında çıkacak ihtilafların hal mercii, Kurum Yönetim Kuruludur.
Bu düzenlemenin zorunlu idari başvuru olarak nitelendirilmesine ilişkin Danıştay kararı için bkz. Dan.12.D., E. 1971/2503, K. 1973/1499, 15.05.1973, **Danıştay Onikinci Daire Kararları**, C. 1, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 22, Güneş Yayınevi, Ankara, 1976, s. 87; Dan.12.D., E. 1967/745, K. 1967/1562, 14.10.1967, aktaran ESİN Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları - Birinci Kitap: Usul**, Ankara, 1976, s. 242.

20 Dan.8.D., E. 1995/1883, K. 1997/579, 19.02.1997, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; aksi yönde Dan.8.D., E. 2003/1961, K. 2003/3967, 13.10.2003, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Dan.12.D., E. 2003/380, K. 2003/2077, 13.10.2003, DKD., S. 3, s. 342; Dan.8.D., E. 1987/23, K. 1987/114,

hükmünde,[21] 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında,[22] 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'un 4. maddesinde,[23] 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 62. maddesinde,[24] 4109 sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun'un 7. maddesinde,[25] 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu'nun 33. maddesinde,[26] Türk Tabipler Birliği ve tabip odalarına yapılacak bazı başvurular,[27] 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 17. maddesinde, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 12, 141, 150. maddelerinde düzenlenen başvuruların kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmemiş zorunlu başvurular olduğu öğreti tarafından kabul edilmektedir.[28] İçtihat tara-

---

10.03.1987, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.8.D., E. 1970/2260, K. 1970/2770, 25.12.1970, aktaran ESİN, 1976, s. 228; Dan.8.D., E. 1971/2972, K. 1971/1531, 04.06.1971, AKURAL Sami / ZİYLAN Çetin, **Danıştay Sekizinci Daire Kararları,** Danıştay Yayınları, Ankara, 1974, s. 7.

21 Dan.8.D., E. 1987/23, K. 1987/114, 10.03.1987, DD., S. 68-69, s. 569; Dan.8.D., E. 1974/4126, K. 1975/677, 25.02.1975, aktaran ESİN, 1976, s. 252. Aksi yönde karar için bkz. Dan.12.D., E. 2003/380, K. 2003/2077, 07.07.2003, DKD., S. 3, s. 342.

22 Dan.8.D., E. 1967/1583, K. 1967/3627, 16.11.1967, aktaran AKURAL / ZİYLAN, 1974, s. 91. Aynı yönde ESİN, 1976, s. 252.

23 Dan.11.D., E. 1975/887, K. 1975/3861, 30.04.1975, aktaran ESİN, 1976, s. 252; Dan.8.D., E. 1968/2647, K. 1969/462, 05.02.1969, AKURAL / ZİYLAN, 1974, s. 1.

24 Dan.5.D., E. 1964/3191, K. 1964/3200, 16.09.1964; Dan.11.D., E. 1970/1677, K. 1970/712, 18.04.1970; Dan.12.D., E. 1971/3801, K. 1971/2965, 16.12.1971; Dan.12.D., E. 1975/41, K. 1975/233, 11.02.1975; Dan.12.D., E. 1965/3790, K. 1967/865, 23.05.1967, aktaran ESİN, 1976, s. 235 vd.

25 Dan.11.D., E. 1975/333, K. 1975/838, 20.02.1975, aktaran ESİN, 1976, s. 228.

26 Dan.8.D., E. 1968/1167, K. 1971/284, 03.02.1971, aktaran GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, 33. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 860.

27 Bu çerçevede disiplin cezalarına yönelik olarak tabip odalarının onur kurullarına veya Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kurulu'na yapılan başvuruların zorunlu idari başvuru olarak addedilmesi gerektiği kabul edilmektedir. (EREN Hayrettin / ŞİŞMAN Gülden, "Türk Tabipler Birliğine ve Tabip Odalarına Yapılacak İdari Başvurular", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 2, 2009, s. 60 vd.).

28 ÖZTÜRK K. Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 31 vd; ÖNGÖREN Gürsel, **Türk Hukukunda Dava Açma Süreleri**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 48 vd; SEZER Yasin / BİLGİN Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, 2008, s. 355, dn. 63; DURKAL Müzeyyen Eroğlu, **İdari Makamların Sükutu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 73 vd.
Benzer şekilde Fransız Danıştayı da kanunun lafzında ihtiyari nitelikte düzenlenmiş olan bazı idari başvuruların zorunlu nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Bu kapsamdaki başvurular yapılmadan, doğrudan idari yargıda dava açılması halinde ise yetkili mercie tevdii kararı vermektedir. (PACTEAU Bernard, **Contentieux administratif**, 5e édition, PUF, 1999, Paris, s. 160).

fından oluşturulan böyle bir durumun hukuki belirlilik ilkesi ile bağdaşırlığı kanaatimizce eleştiriye açıktır.[29] Buna karşılık, Danıştay'ın kanuni düzenlemenin lafzını sıkı şekilde uygulayarak bu hallerde başvuru yapılmaksızın doğrudan dava açılmasının hukuka uygun olduğu yönünde bazı kararları da bulunmaktadır.[30]

Kanunda öngörülen başvuru yolunun zorunlu olup olmaması, bu işlemlere karşı idari dava açma hakkının kullanılması ile doğrudan bağlantılıdır. Şöyle ki, başvurunun zorunlu olduğunun kabul edilmesi durumunda, işleme karşı dava açılmadan önce başvuru yolunun tüketilmesi gerekecektir. Başvuru yolu tüketilmeden açılan davalar ise İYUK madde 15 hükmü uyarınca idari yargı mercileri tarafından reddedilecek, dosya başvuruyu incelemekle yetkili idari mercie tevdi edilecektir. Buna karşılık, başvurunun ihtiyari nitelikte olduğunun kabulü halinde, İYUK madde 11 başvurularında olduğu gibi ilgiliye seçimlik imkan verilecek, ilgili dilerse süresi içinde idari başvuru yapacak, başvuru üzerine verilen karardan sonra dava açma imkanını kullanabilecek; dilerse idari başvuru yolunu kullanmaksızın, idari yargıda dava açabilecektir.

Yukarıda bir kısmı sıralanan idari başvuru yollarının niteliğinin belirsiz olmasının ilk sonucu, ilgilisinin ihtiyari olduğunu zannederek işleme karşı idari başvuru yapmaksızın doğrudan dava açması ihtimalidir. Bu ihtimale bağlanan sonuç ise davanın mahkemece ilk inceleme aşamasında reddedilerek dosyanın ilgili idareye tebliğ edilmesidir. Bu halde idari yargıda dava açılan tarih, idareye başvuru tarihi olarak kabul edilecektir. Bu durum ise

---

29 *"Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Diğer taraftan, belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir."* (AYM., E. 2016/143, K. 2017/23, 09.02.2017, RG. 12.04.2017, S. 30036).

30 Dan.8.D., E. 1990/1493, K. 1991/787, 29.04.1991, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası. Aynı yönde Dan.12.D., E. 2003/380, K. 2003/2077, 13.10.2003; Dan.6.D., E. 1994/2182, K. 1994/4194, 14.11.1994, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Dan.15.D., E. 2011/156, K. 2011/3298, 02.11.2011; Dan.İDDK., E. 1989/245 K. 1989/162, 17.11.1989; Dan.6.D., E. 1992/3643 K. 1994/487, 07.02.1994, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

-aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek- bazı ihtimallerde mahkemeye başvurma hakkının kaybına yol açabilmektedir.

Öte yandan, gri alanda kalan idari başvurulara ilişkin kanuni düzenlemeler içerik yönünden de açık ve anlaşılabilir olmaktan uzaktır. Bu hallerde çoğu zaman, yukarıda açıkladığımız 4734 sayılı Kanun'da yer alan başvuruda olduğu gibi başvuru usulüne dair ayrıntılı kurallar yer almamaktadır. Kanaatimizce bu durumun sebebi, kanun koyucunun saikinin sözü geçen başvuruların ihtiyari nitelik taşıması yönünde olmasıdır.

Şöyle ki, İYUK madde 11 başvurusu idarenin kendi kendini denetlemesinin en doğal usulü olan hiyerarşi yetkisinin bir uzantısıdır.[31] Dolayısıyla, bu başvurunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmemektedir.[32] Özel düzenlemeler yoluyla açıkça yasaklanmadığı[33] her durumda bu yola başvurulması mümkün olacaktır. Kanunlarda, İYUK madde 11 başvurusunu yasaklayan düzenlemeler olabileceği gibi, özel nitelikli ihtiyari veya zorunlu başvuru yolları da öngörülmüş olabilmektedir. Bu hallerde doğrudan İYUK madde 11 başvurusu yapılması mümkün olmamaktadır.[34] Ancak ihtiyari başvurularda Danıştay'ın, özel kanunda ayrı bir düzenleme bulunmayan hallerde, genel nitelikli bir ihtiyari başvuru imkanı olan İYUK madde

---

31 CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 7. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 454; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 175.

32 SEZER / BİLGİN, 2008, s. 358; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 67.

33 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/A maddesinde düzenlenen ivedi yargılama usulü ile 20/B maddesinde düzenlenen merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünün yanında, 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrasında yer alan düzenleme bu ihtimallere örnek olarak gösterilebilmektedir.

34 AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 531; KAPLAN, 2011, s. 303; YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, 2. baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 414; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 181. Bu yöndeki Danıştay içtihadı için Bu yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. Dan.DDK., E. 1969/612, K. 1971/475, 30.04.1971, DD., S. 4, s. 180; Dan.7.D., E. 1971/1368, K. 1972/3871, 18.11.1972, DD., S. 11, s. 278; Dan.8.D., E. 2004/2679, K. 2004/3301, 15.09.2004, aktaran YILDIRIM, 2010, s. 410. Ancak Danıştay'ın kanunlarda özel başvuru yollarının öngörülmüş olduğu hallerde dahi İYUK 11 başvurusunun yapılabileceğini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır. (Dan.6.D., E. 2001/6248, K. 2001/5692, 10.12.2001, aktaran KAPLAN, 2011, s. 303). Ayrıca öğretide özel kanunda öngörülen başvuru yolu tüketildikten sonra İYUK madde 11 başvurusunun yapılabileceği de savunulmaktadır. (AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 532. Aksi yönde görüş için bkz. AYAYDIN Cem, **İdare Hukukuna Giriş**, İstanbul, 2008, s. 744; KÜÇÜK Füsun Ceren, **İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. Maddesi Uyarınca Yapılan Başvurunun Kapsam ve Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 696).

11 başvurusunda benimsediği yaklaşımı sürdürdüğünü görmekteyiz. Başka bir ifadeyle, özel kanunlarda düzenlenmiş olan ihtiyari idari başvurulardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, bu kanunlarda ayrı bir düzenleme olmadıkça[35] İYUK madde 11 hükmü esas alınarak çözümlenmektedir.[36] Buna karşılık Danıştay'ın, özellikle dava açma sürelerine ilişkin olarak, farklı yönde kararları da bulunmaktadır.[37]

Dolayısıyla gri alanda kalan başvuruların lafzi yorum çerçevesinde ihtiyari nitelikte olduğunun kabulü halinde, kanunda özel olarak düzenlenen haller dışında, genel idari başvuru usulü olan İYUK madde 11 düzenlemesinin uygulanması mümkündür.

---

[35] Dan.5.D., E. 1989/531, K. 1990/1649, 04.10.1990, DD., S. 82-83, s. 408; Dan.7.D., E. 1990/4037, K. 1993/3742, 27.09.1993, DD., S. 89, s. 467. Söz gelimi, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 13. maddesine göre, "*(...) yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde [Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna]itiraz edebilir*." Buradaki ihtiyari idari başvuru yolunda süre bakımından özel düzenleme öngörüldüğünden, genel başvuru süresi olan altmış günlük süre uygulanamayacaktır.

[36] Dan.10.D., E. 2005/9100, K. 2007/1765, 10.04.2007, DD., S. 117, s. 290; Dan.10.D., E. 2004/13105, K. 2007/258, 31.01.2007, DD., S. 115, s. 346; Dan.6.D., E. 1997/1582, K. 1998/893, 18.02.1998, DD., S. 97, s. 368.

[37] *"(...) düzenlemenin yalnızca sicilleri kapsayan "özel" niteliğinden dolayı, 118. madde uyarınca yapılan itirazın 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi kapsamında düşünülmesine ve bu itirazın gerek tabi olacağı süre, gerek dava süresine etkisi yönlerinden anılan Yasanın 11. maddesine göre değerlendirilmesine olanak yoktur. Bir başka anlatımla, kendisine 117. madde uyarınca tebligat yapılan ilgilinin tebligat konusu işleme karşı doğrudan doğruya iptal davası açmayarak itiraz yoluna başvurması halinde 60 günlük dava süresi itirazının reddine ilişkin işlemin tebliğ tarihinden, itirazı cevap verilmemek suretiyle reddedilmişse iki aylık cevap süresinin bittiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak olup itiraza konu işlemin tebliğ tarihi ile itiraz tarihi arasında geçen sürenin dava süresinin hesabında dikkate alınmasına, konunun "özel" hükümlerle düzenlenmiş olması nedeniyle, yasal olanak bulunmamaktadır."* (Dan.8.D., E. 2002/1541, K. 2003/1122, 12.03.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "*4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. maddesinde, Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştaya başvurabilecekleri, bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa kararın kesinleşeceği hükmü yer almıştır. (...) Dava konusu edilen 16.11.1999 tarihli kurul kararına karşı 22.11.1999 tarihli dilekçeyle itirazen yapılan başvuruyu yukarıda anılan 4054 sayılı Yasa hükmü karşısında 2577 sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca dava açma süresini durdurur nitelikte yapılmış bir başvuru olarak kabul etme olanağı bulunmamaktadır*." (Dan.10.D., E. 2000/260, K. 2002/4360, 14.11.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İYUK madde 11 hükmünün uygulanması gerektiğinin vurgulanmasına karşın, başvuru merciinin kararı üzerine dava açma süresinin başlayacağının kabul edildiği yakın tarihli bir karar için bkz. Dan.2.D., E. 2016/14351, K. 2018/3178, 09.05.2018, DD., S. 149, s. 385.

Buna karşılık, yapılış amacı ve sonuçları bakımından ihtiyari başvuru yollarından nerdeyse tümüyle ayrışmış olan zorunlu başvurular bakımından İYUK madde 11 hükmünün doğrudan uygulaması mümkün olmamaktadır.[38] İYUK'un 11. maddesine göre, ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvuru, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmemesi durumunda istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

İdari başvurunun İYUK madde 11 başvurusu olarak nitelendirilebilmesi için bazı koşulları birlikte sağlıyor olması gerekmektedir. İlk olarak, İYUK madde 11 başvurusu kesin ve yürütülebilir bir işleme karşı yapılmaktadır. Bu işlemin ilgililerin başvurusu üzerine ya da idare tarafından kendiliğinden tesis edilmesi bir farklılık yaratmamaktadır.[39] Dolayısıyla, kesin ve yürütülebilir bir idari işlem olmadan İYUK madde 11 başvurusunun yapılması mümkün olmayacaktır. İdareye bir işlem tesis etmesi için yapılan başvurular ile idare tarafından tesis edilmekte olan bir işlemin kesin ve yürütülebilir hale gelmesi için idari usul çerçevesinde yapılan başvurular bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Keza İYUK madde 11 başvurusunun amacı, yeni bir hukuki durum oluşması sebebiyle daha önceden yapılan işlemin yeniden gözden geçirilmesi olmayıp; herhangi bir gelişme olmasa dahi idari işlemin mevcut koşullarda yeniden değerlendirilmesidir.[40] Her ne kadar kanuni düzenlemenin lafzında yer almasa da, Danıştay bazı kararlarında İYUK madde 11 başvurusunun ancak bireysel işlemler hakkında yapılabileceğini; buna karşılık genel düzenleyici işlemlerde uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir.[41] Ka-

---

38 ÖZTÜRK, s. 22; SANCAR, 1990, s. 81; İŞÇİ, s. 54. Aksi yönde EROĞLU DURKAL, 2018, s. 93.

39 Dan.10.D., E. 1985/1899, K. 1985/1989, 28.11.1985, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

40 BİLGİN Hüseyin, **İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 222.

41 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / TAN Turgut, **İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku**, 8. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 872. Bu yöndeki Danıştay içtihadı için bkz. Dan.5.D., E. 2010/7926, K. 2011/296, 28.01.2011, DD., S. 127, s. 201; Dan.5.D., E. 2011/867, K. 2011/1600, 25.03.2011, S. 128, s. 873. Aksi yönde kararlar için bkz. Dan.İDDK., E. 2014/2719, K. 2016/3070, 22.11.2016, aktaran BİLGİN, 2018, s. 216; Dan.13.D., E. 2013/1880, K. 2014/1879, 14.05.2014, DD., S. 137, s. 463; Dan.10.D., E. 1997/311, K. 1997/2541, 23.06.1997, aktaran BAL Yakup / KARABULUT Mustafa / ŞAHİN Yahya, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danış-**

naatimizce Kanun'da yer almayan böyle bir ayrımın içtihat yoluyla öngörülmesi, hukukilik denetiminin yanında yerindelik denetiminin de yapılmasını sağlayan idari başvuru yollarına getirilmiş dayanaksız bir sınırlamadır.[42]

İkinci olarak, Kanun'da yer alan dört talepten birini içeren başvurular İYUK madde 11 başvurusu olarak nitelendirilebilecektir. Buna göre, kesin ve yürütülebilir nitelikteki bir işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla geri alınması, ileriye dönük olarak kaldırılması ya da değiştirilmesi ya da kaldırılarak yeni bir işlem tesis edilmesi amacıyla yapılan başvurular İYUK madde 11 kapsamındadır.[43] Bunlar dışındaki talepleri içeren başvurular İYUK madde 11 başvurusu olarak nitelendirilemeyecektir.[44]

Üçüncü olarak, İYUK madde 11 başvurusu idari işlemi tesis eden makamın hiyerarşik üstü olan makamlara yapılabilmektedir.[45] Hiyerarşik üstünün

---

tay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 167 Dan.İDDK., E. 2008/1199, K. 2009/1816, 22.10.2009,; Dan.5.D., E. 2003/3144, K. 2003/3551, 22.09.2003; Dan.13.D., E. 2007/191, K. 2007/460, 31.01.2007, aktaran AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 825.

42 Aynı yönde görüş için bkz. BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 95; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 825; AYAYDIN, 2008, s. 744; KÜÇÜK, 2019, s. 91; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 67.

43 Dan.5.D., E. 2010/3245, K. 2010/7136, 14.12.2010, DD., S. 126, s. 213; Dan.12.D., E. 2004/3660, K. 2005/103, 28.01.2005, DD., S. 110, s. 344. Bunun yanında, İYUK madde 12 uyarınca, idari işlemden kaynaklanan zararların tazmini için tam yargı davası açılmadan önce ilgililerin İYUK madde 11 uyarınca idareye başvurma hakkı bulunmaktadır. (DENİZ Yusuf / BOZ Selman Sacit / GÜRKAN Mehmet Fatih, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan İdari Başvurular", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, 2013, s. 54). Bu yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.10.D., E. 1995/476, K. 1997/803, 11.03.1997, DD., S. 94, s. 719. Öte yandan, ilgilinin önce iptal davası açması, bu davanın karara bağlanması üzerine tam yargı davası açmayı tercih etmesi durumunda da, iptal kararının tebliğinden itibaren dava açma süresi içinde ilgilinin İYUK madde 11 başvurusu yapması mümkün olacaktır. (BAĞRIAÇIK Ahmet, "İdari Yargılama usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zımni Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi", **Ankara Barosu Dergisi,** S. 3, 2018, s. 86).

44 Dan.7.D., E. 2000/2118, K. 2000/3001, 31.10.2000, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Dan.DDK., E. 1967/795, K. 1967/1051, 17.11.1967; Dan.12.D., E. 1967/2579, K. 1968/1545, 01.07.1968; Dan.12.D., E. 1974/2293, K. 1975/824, 25.04.1975, aktaran ESİN, 1976, s. 453. Ancak Danıştay'ın içtihadında sözü geçen talepleri geniş yorumladığı da görülmektedir. (Dan.12.D., E. 2004/3660, K. 2005/103, 28.01.2005, DD., S. 110, s. 344).

45 Kanuni düzenlemenin lafzı, başvuru yapılacak hiyerarşik üstün tespiti bakımından yeterli açıklıkta değildir. Bu durum özellikle hiyerarşi zinciri halinde örgütlenen merkezden yönetime bağlı idarelerin tesis ettikleri işlemlerde daha dikkat çekicidir. Buradaki "*üst makam*" ifadesinin, işlemi tesis eden idare ile aynı hiyerarşi içinde olan üst makamların tümünü mü; yoksa işlemi

bulunmaması durumunda, kendisine yapılan başvurular da İYUK madde 11 kapsamında değerlendirilir.[46] İdari işlemi tesis eden idarenin hiyerarşik üstünün bulunmasına karşın kendisine ya da başka bir idareye yapılan İYUK madde 11 başvurusunun etkisiz başvuru[47] haline geleceği öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmektedir.[48] Böyle bir başvuru İYUK madde 11 kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, sözü edilen başvurunun sonuçlarını yaratmayacaktır.[49] Son olarak, özel kanunlarda yer alan düzenlemelerde idari işlemlerin

---

tesis eden idarenin bir üstünü mü işaret ettiği açık değildir. Öğretide *Duran*, İYUK madde 11 başvurusunun ancak işlemi tesis eden idarenin bir üst makamına yapılabileceğini savunmaktadır. (DURAN Lutfi, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükut Meselesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XII, S. 1, 1946, s. 154).

46 Başvurunun yapılma şekline ilişkin İYUK'ta herhangi bir düzenleme bulunmamaktaysa da 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 3. maddesine göre, idari başvuruların yazılı olarak ve Türkçe yapılması gerekmektedir. Sözlü olarak yapılan başvurular ise idare tarafından yanıt verilmedikçe dava açma süresi bakımından bir etki yaratmayacaktır. Bu ihtimalde idarenin sözlü başvuruya yazılı olarak yanıt vermesi halinde, başvurunun dava açma süresini durdurma etkisinden bahsedilebilecektir. (DENİZ / BOZ / GÜRKAN, 2013, s. 43).

47 Etkisiz idari başvurular öğretide, idareyi işlem veya eylem yapmaya zorlama gücü bulunmayan başvurular olarak tanımlanmıştır. İdarenin bu tür başvurularda yer alan talepleri yerine getirip getirmeme konusunda geniş bir serbestliği bulunmaktadır. Keza bu başvuruların reddedilmesi halinde de idareye dava açılamayacak olup, açılması durumunda reddedilmesi kaçınılmaz olacaktır. (YILDIRIM Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 63. Aynı yönde SOYBAY, 1994, s. 38; SEZER / BİLGİN, 2008, s. 340.

48 DURAN, 1946, s. 148; ESİN, 1976, s. 450; SOYBAY, 1994, s. 40; YILDIRIM, 2006, s. 64; ODYAKMAZ Zehra / ÇINARLI Serkan /AVCIOĞLU AKSOY Ezgi, **İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri**, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 82; KARAHANOĞULLARI Özlem Erdem, "İdari Davalarda Süre Sorunları", **İdari Yargı Panel**, 11 - 12 Nisan 2003 Mersin, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003, s. 118; SANCAR, 1990, s. 83; KÜÇÜK, 2019, s. 85. Bu yöndeki Danıştay kararı için bkz. *"(...) Valilikler imara ilişkin konularda belediye başkanlıklarının üst makamı olmadığından ... Belediyesi tarafından verilen inşaat ruhsatına karşı bu ruhsatın iptali istemiyle Kocaeli Valiliğine yapılan başvurunun işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmayacağı (...)"* (Dan.6.D., E. 1988/833, K. 1990/166, 26.02.1990, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu ihtimalde idarenin kendisine yapılacak başvurunun da dava açma süresini durdurması gerektiğini savunan öğretideki görüş için bkz. DURAN, 1946, s. 150 vd.

Buna karşılık, ilgilinin yanlış idari makama başvuru yapmış olmasına karşın, bu makamın dava açma süresi içinde dilekçeyi 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yetkili makama göndermesi durumunda İYUK madde 11 başvurusunun usulüne uygun olarak yapılmış sayılacağı anlayışı benimsenmiştir. (Dan.2.D., E. 2008/1764, K. 2009/1910, 12.05.2009, AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 811).

49 Dan.10.D., E. 1982/2126, K. 1983/842, 14.04.1983, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.6.D., E. 1988/833, K. 1990/166, 20.02.1990, S. 80, s. 242; Dan.6.D., E. 1988/833, K. 1990/166, 26.02.1990, DD., S. 80, s. 243; Dan.6.D., E. 2002/3200, K. 2003/3476, 05.06.2003, DKD., S.

idari yönden kesin olduğunun ya da ancak idari davaya konu olabileceğinin öngörülmesi durumlarında İYUK madde 11 başvurusunun yapılamayacağı kabul edilmektedir.[50]

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, İYUK madde 11 ihtiyari bir başvuru yoludur. İdari işlemin sonucundan menfaati zarar gören kişinin bu başvuruyu hiç yapmadan doğrudan idari yargıda dava açması da mümkündür. Bazı istisnai haller dışında, İYUK madde 11 başvurusu yapılmadan dava açılması durumunda İYUK madde 15 hükmü doğrultusunda idari mercie tevdi kararı verilmeyecektir. Öte yandan, uygulamaya ilişkin gerçekler dikkate alındığında İYUK madde 11 başvurusunun temel fonksiyonunun idarenin kendi hukuka aykırılığını kendisinin düzeltmesinden ziyade; başta dava açma süreleri olmak üzere idari yargılama usulündeki başvurucu lehine olan etkilerin sağlanması olduğu görülmektedir. Bu yönden zorunlu idari başvurulardan farklı olarak, İYUK madde 11 düzenlemesinin mahkemeye erişim hakkını kısıtlamadığı, alternatif uyuşmazlık çözüm imkanı sağladığı görülmektedir. Zorunlu idari başvurularda ise, gerek başvuru ve gerek başvurunun incelenmesi aşamasındaki olası hatalı yorumlar ilgililerin mahkemeye başvuru imkanının ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Ayrıca, dava konusu edilebilecek işlemin belirlenmesi, dava açma süresinin hesabı gibi pek çok yönden ihtiyari idari başvuru yollarından farklılaşmaktadır. Özellikle mahkemeye erişim hak-

3, s. 198; Dan.8.D., E. 1990/1348, K. 1990/873, 11.09.1990, DD., S. 82-83, s. 710; Dan.10.D., E. 1988/1838, K. 1989/824, 17.04.1989, DD., S. 76-77, s. 96; Dan.10.D., E. 1987/595, K. 1989/1333, 14.06.1989, DD., S. 76-77, s. 98; Dan.DDK., E. 1967/462, K. 1968/742, 15.11.1968, DKD., S. 127-130, s. 50; Dan.6.D., E. 1979/933, K. 1983/1301, 28.03.1983, DD., S. 52-53, s. 303; Dan.10.D., E. 1982/2126, K. 1983/842, 14.04.1983, DD., S. 52-53, s. 511; Dan.8.D., E. 1994/1223, K. 1995/174, 25.01.1995, DD., S. 91, s. 910; Dan.7.D., E. 2004/1493, K. 2005/589, 06.04.2005, DD., S. 110, s. 229; Dan.3.D., E. 2008/3232, K. 2010/536, 23.02.2010, DD., S. 124, s. 198; Dan.5.D., E. 1950/3001, K. 1952/1823, 13.06.1952; Dan.12.D., E. 1973/548, K. 1973/2549, 23.10.1973; Dan.10.D., E. 1987/595, K. 1989/1303, 18.11.1989; Dan.5.D., E. 1952/3314, K. 1953/2260, 23.09.195; Dan.DDK., E. 1967/795, K. 1967/1051, 17.11.1967; Dan.DDK., E. 1971/453, K. 1973/233, 06.04.1973; Dan.8.D., E. 1968/1167, K. 1971/284, 03.02.1971; Dan.12.D., E. 1970/2354, K. 1972/505, 17.02.1972, aktaran ESİN, 1976, s. 450 vd. Bu ihtimalde, idare önceki işlemine herhangi yeni bir irade eklemeksizin başvuruyu açıkça ya da zımnen reddederse, bu red işleminin yeni bir dava açma süresi başlatması yoluyla ilgiliye yeni bir dava açma imkanı sağlamayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık *Soybay*, etkisiz idari başvuru üzerine idari makamın yeni bir işlem tesis etmesi durumunda, bu cevap üzerine yeni bir dava açma süresinin başlayacağını savunmaktadır. (SOYBAY, 1994, s. 41) Aynı yönde bkz. GÖZÜBÜYÜK, 2013, s. 423.

50 SEZER / BİLGİN, 2008, s. 346; AYAYDIN, 2008, s. 701; KÜÇÜK, 2019, s. 52; YILDIRIM, 2010, s. 414; KAPLAN, 2011, s. 340.

kının korunabilmesi bakımından zorunlu idari başvurularda amaçsal yorum yapılması, usul kuralları yönünden ihtiyari başvurulara nazaran daha esnek bir yaklaşımın sergilenmesi faydalı olacaktır.

Zorunlu idari başvuru usullerine ilişkin düzenlemelerde yer alan boşluklar bazı Danıştay kararlarında İYUK madde 11 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulmakta, bazı kararlarda ise başvurunun niteliği dikkate alınarak daha özgün bir yaklaşım sergilenmektedir. Nitekim öğretideki görüşler de bu boşluktan kaynaklanan uyuşmazlıklara farklı çözüm önerileri getirmektedir. Dolayısıyla, zorunlu olduğu içtihat yoluyla öngörülen başvurular, kendi içlerinde zorunlu ve ihtiyari başvuru usullerinin özelliklerini taşıyan melez bir yapıdadırlar. Bu da özellikle idari işlemlerin dava konusu edilebilmeleri bakımından belirsiz, gri bir alanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Bu alanın gri bırakılması, zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde uygulanacak kuralların belirsiz hale gelmesine yol açmaktadır. Bu durum hak arama hürriyeti ve hukuk güvenliği ilkesi bakımından bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir.[51] Zorunlu başvurunun yapılışı ve incelenmesi aşamalarına ilişkin bu belirsizlik çoğu zaman başvurunun etkili şekilde ya da hiç yapılamamasına sebep olabilmekte, ilgililerin mahkemeye erişim hakkını da içeren hak arama hürriyetinin kaybına sebep olmaktadır (I). Öte yandan bu durum, dava açılacak işlemin tespiti aşamasında idari işlem teorisi bakımından da birtakım çelişkili sonuçların ortaya çıkmasına yol açmakta, hukuk devleti ilkesinin bir alt unsuru olan hukuk güvenliği ilkesine aykırılıkları beraberinde getirebilmektedir (II).

I. HUKUKİ BELİRSİZLİĞİN HAK ARAMA HÜRRİYETİ BAKIMINDAN YOL AÇTIĞI SORUNLAR

Zorunlu idari başvuruların çoğunluğunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması, bu başvuruların tüketilememesine yol açmakta, bu durum ise uyuşmazlığın ilgililer tarafından yargı önüne taşınmasına engel oluşturmaktadır. Gerçekten de kanunda ayrıntılı olarak düzenlenenler dışındaki zorunlu başvuruların gerek yapılış usulü (A) ve gerek incelenme usulü (B) bakımından belirsizlik bulunmakta, bu belirsizlik İYUK madde 11 düzenlemesinin kıyasen uygulanması ya da somut olaya özgü çözümler üretilmesi yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır.

---

[51] İŞÇİ, s. 52; SERTER Yusuf Sertaç, **İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 373; HATİPOĞLU, 2015, s. 369.

1. Zorunlu İdari Başvurunun Yapılmasında Karmaşa

İhtiyari başvuru yollarından farklı olarak zorunlu idari başvuruların tümü bakımından uygulanabilir nitelikte genel kurallar bulunmamaktadır. Bu durum her bir zorunlu idari başvuru bakımından farklı başvuru usullerinin uygulanmasına sebep olmaktadır. Ayrıca her bir başvuru bakımından başvurunun yapılacağı makam ile başvuru süresi farklılık arz etmektedir. Başvuruların zorunlu nitelik taşıyıp taşımadığına dair belirsizliğin yanında, mevzuattaki karmaşıklık sebebiyle ilgililerin çoğu zaman başvuru usulünün uygulanmasında hataya düşmesi gibi bir ihtimal oluşmaktadır. Özellikle Anayasa'nın 40. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle idari işleme karşı başvurulabilecek merciler ile başvuru süresinin ilgiliye bildirilmemesi durumunda bu ihtimal daha da artmaktadır. Bu belirsizlik ve karmaşa ise ilgilinin zorunlu başvuru süresini kaçırması (1) ya da yanlış idari makamlara başvurması (2) sebebiyle uyuşmazlığın yargı mercileri önüne taşınmasına engel oluşturabilmektedir.

A. Başvuru Süresinin Belirlenmesinde Karmaşa

Zorunlu idari başvuru yollarına ilişkin düzenlemelerde başvurunun hangi süre içinde ve hangi idari makama yapılması gerektiği öngörülmektedir. Zorunlu başvuru usullerinin tümünü kapsayan genel bir düzenleme bulunmadığından, bu sürenin uzunluğu başvurular arasında farklılık arz etmektedir. Ortak olan husus ise, ilgilinin idari başvuruyu süresi geçtikten sonra yapması durumunda, istemin usulden reddedilecek ve zorunlu başvuru yolu tüketilmediğinden idari yargıda dava açma imkanının ortadan kalkacak olmasıdır. Başvuru süresi dolduktan sonra yapılacak başvurular, kural olarak dava açma imkanı sağlamamaktadır.

İYUK madde 11 başvurusunun ise, idari dava açma süresi içinde yapılabileceği öngörülmüştür. Bu düzenlemenin İYUK madde 11 başvurusunun koşulu mu, yoksa hukuka uygunluk şartı mı olduğu ise açık değildir. Dava açma süresi içinde yapılmış olmasının bu başvurunun koşulu olduğunun kabulü halinde, süresi içinde yapılmayan başvurular İYUK madde 11 başvurusu olarak nitelendirilmeyecek ve fakat genel başvuru yolu olan İYUK madde 10 başvurusu olarak kabul edilebilecektir. İkinci ihtimalde ise, süresi içinde yapılmaması halinde İYUK madde 11 başvurusu hukuka aykırı addedilecek, bu başvurunun açıkça ya da zımnen reddi üzerine açılan dava süreden reddedilecektir.[52] İdari dava açma süresi geçtikten sonra üst makama, üst makam yoksa

[52] CANDAN, 2017, s. 459; BİLGİN, 2018, s. 220; ÖNGÖREN, 1990, s. 37; KAPLAN, 2011, s. 297; DENİZ / BOZ / GÜRKAN, 2013, s. 47.

işlemi tesis eden makama yapılan başvurular sona ermiş olan dava açma süresinin yeniden işlemeye başlamasını da sağlamayacaktır.[53]

Başvurunun mevzuatta öngörülen süre içinde yapılmaması ihtimali bakımından İYUK madde 11 düzenlemesi ile benzer sonuçların öngörüldüğü düşünülebilecekse de, zorunlu idari başvuru süresi çoğu zaman idari yargıda dava açma süresinden farklı olmakta; bu durum birtakım problemleri beraberinde getirmektedir.[54] 2577 sayılı İYUK madde 7 düzenlemesine göre, dava açma süresi, kanunlarında özel bir süre öngörülmemesi durumunda Danıştay ve idare mahkemelerinde altmış; vergi mahkemelerinde ise otuz gündür. Mevzuatta yeknesaklık bulunmamasına karşın, Danıştay kararlarında zorunlu olduğu benimsenen idari yollara başvuru sürelerinin dava açma sürelerine nazaran oldukça kısa oldukları dikkat çekmektedir. Bu durumda ilgilinin idari başvuru süresi geçtikten sonra ve fakat dava açma süresi içinde idari yargıda dava açması durumunda, böyle bir başvurunun akıbetinin ne olacağı, özellikle hak arama hürriyetinin hayata geçirilmesi bakımından önem taşıyan bir sorundur.

Kanunun lafzi yorumlanması durumunda bu ihtimale verilmesi gereken yanıt açıktır. Dava açma süresi içinde ve fakat Danıştay tarafından zorunlu kabul edilen idari başvurular yapılmadan idari yargıda dava açılması durumunda, ilk inceleme koşulları İYUK madde 14'deki sıralama doğrultusunda mahkeme tarafından resen değerlendirilecek ve bunun sonucunda İYUK madde 15 hükmü uyarınca dosyanın ilgili başvuru merciine gönderilmesine karar verilecektir. Böyle bir ihtimalde, başvuru mercii, idari yargıya başvuru tarihini esas alarak yapacağı değerlendirmede, başvurunun süresi içinde yapılmadığını tespit ederek başvuruyu reddedecektir.[55] Bu red kararı üzerine

---

[53] Dan.İDDK., E. 2008/1199, K. 2009/1816, 22.10.2009; Dan.5.D., E. 2003/3144, K. 2003/3551, 29.07.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.; Dan.9.D., E. 1988/1459, K. 1988/1553, 10.10.1988, DD., S. 74-74, s. 606; Dan.4.D., E. 1987/4697, K. 1987/2635, 28.09.1987, DD., S. 70-71, s. 209: Dan.11.D., E. 2006/232, K. 2006/1710, 10.04.2006, DD., S. 114, s. 309; Dan.10.D., E. 1995/476, K. 1997/803, 11.03.1997, DD., S. 94, s. 720; Dan.8.D., E. 2003/590, K. 2003/3845, 07.10.2003, DKD., S. 3; s. 257; Dan.12.D., E. 2003/2321, K. 2004/4188, 21.12.2004, DD., S. 110, s. 348; Dan.11.D., E. 2005/2183, K. 2007/9780, 17.12.2007, aktaran BİLGİN, 2018, s. 220; Dan.10.D., E. 1995/476, K. 1997/803, 11.03.1997, aktaran KÜÇÜK, 2019, s. 80. Aynı yönde İstanbul BİM.9.İDD., E. 2019/22, K. 2019/403, 23.05.2019, UYAP (Erişim: 15.02.2020).

[54] YILDIRIM 1998, s. 253.

[55] Bu ihtimalde dahi idarenin başvuruyu toptancı bir yaklaşımla doğrudan süreden reddetmemesi gerektiği, işlemin sakat olup olmadığı bakımından değerlendirme yaparak hukuka aykırı bulduğu işlemi geri alması öğretide bir görüş tarafından savunulmaktadır. (HATİPOĞLU, 2015, s. 374). Bu ihtimalde başvuru konusu edilen işlemin ilgililer lehine kazanılmış hak yaratıp yarat-

süresi içinde idari yargıda açılan dava, bu kez idari başvurunun süresi içinde yapılmadığı gerekçesiyle süreden reddedilecektir.[56]

Lafzi yorum sonucu ortaya çıkan bu durum bir yandan uygulamaya farklı şekilde yansımakta (a), diğer yandan da Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkının yanında anayasal hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır (b).

a. İYUK'ta Yer Alan Düzenlemenin Uygulamaya Yansımasında Görülen Değişim

İYUK'ta öngörülen düzenlemelerin zorunlu idari başvurular bakımından lafzi yorum çerçevesinde uygulanmasının sonuçları bu şekilde olsa da Danıştay içtihadının pratik nedenlerle ve özellikle de usul ekonomisi amacıyla farklı bir çözüm benimsediği görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Danıştay kanunlarda öngörülen zorunlu idari başvuru sürelerini hak düşürücü süre olarak nitelendirmektedir.[57] Bu doğrultuda, ilgilinin idari başvuru süresine uymamasının iki ayrı sonucunun bulunduğu kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme, idari başvuru süresine riayet edilmemesi durumunda, hem idari başvuru imkanının hem de başvuru merciinin vereceği açık ya da zımni red kararı üzerine dava yoluna başvuru imkanının ortadan kalkacağını kabul etmektedir. Yukarıda yaptığımız açıklama doğrultusunda, her ne kadar kanunun lafzi yorumu doğrultusunda da aynı sonuç karşımıza çıksa da, Danıştay içtihadı gerekçesi ve sonuçları bakımından farklı bir uygulamaya işaret etmektedir.

Danıştay uygulamasına göre, zorunlu idari başvurunun süresi içinde yapılmamasının çift hak düşürücü[58] etkisi bulunmaktadır. Buna göre, İYUK madde

---

madığı, yokluk, açık hata ya da gerçek dışı beyan gibi sebeplerle sakat hale gelip gelmediği ile sınırlı bir denetimin yapılması faydalı olmaktadır.

56 Dan.7.D., E. 2005/474, K. 2006/978, 28.03.2006, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.3.D., E. 1985/35, K. 1985/1333, 26.04.1985, DD., S. 60-61, s. 181.

57 Dan.İBGK., E. 1971/9, K. 1979/5, 15.03.1979, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

58 ALAN Nuri, "İptal Davalarının, Ön ve Esastan Kabul Şartları", **Danıştay Dergisi**, S. 50-51, 1983, s. 29; ASLAN Zehreddin / BARLASS İrfan / BERK Kahraman / ARAT Nilay / SAYHAN Şebnem / BARDAKÇI Mehmet Akif / GÜMÜŞKAYA Gamze / KAĞITÇIOĞLU Mutlu / ALTINDAĞ Halil, **Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 171; ÇAĞLAYAN, 2014, s. 256; YILDIRIM, 2006, s. 200; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 202; ÖZKAN, 2014, s. 98; YILDIRIM, 1998, s. 252; İŞÇİ, s. 72; SANCAR, 1990, s. 82. Aynı yöndeki Fransız öğretisi için bkz. CHAPUS René, **Droit du contentieux administratif**, 13e édition, Montchrestien, 2008, Paris, s. 404.

15 hükmünün birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca dosyanın ilgili idari mercie gönderilmesi, ancak idari yargıda idari başvuru süresi içinde dava açılması durumunda mümkün olmaktadır. Başka bir deyişle, zorunlu idari başvuru yolu tüketilmeksizin doğrudan dava açılan hallerde, mahkeme hem dava açma süresi hem de idari başvuru süresi bakımından değerlendirme yapacak, davanın idari dava açma süresi içinde ve fakat idari başvuru süresi dolduktan sonra açılmış olduğunun tespit edilmesi durumunda, tıpkı dava açma süresinin geçirilmiş olması durumundaki gibi, davanın ilk inceleme aşamasında reddine karar verecektir.[59] Hatta, süresi içinde yapılmayan zorunlu idari başvurularda, taraflarca ileri sürülmemesi halinde dahi mahkemenin başvuru süresini resen dikkate alıyor oluşu bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.[60]

Danıştay tarafından benimsenen bu yaklaşım, usul ekonomisi bakımından isabetli görünmektedir.[61] Zira bu ihtimalde, idari başvuru süresi dolduktan sonra açılan davanın önce yetkili mercie gönderilmesine, bu merci tarafından verilen açık ya da zımni red kararına karşı açılan davanın süreden reddine karar vermek suretiyle başvurunun iki defa değerlendirilmesi gibi bir sonucun önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu hallerde başvuru doğrudan yargı mercii tarafından süre koşuluna uyulmadığı gerekçesiyle reddedilerek usul ekonomisi sağlanmaktadır.

Başka bir kararında ise Danıştay, bu tutumunu bir adım daha ileri getirerek idari başvuru süresi dolduktan sonra yapılan başvurunun idari merci tarafından usulden reddedilmeyip, esas hakkında red kararı verilmesi üzerine açılan davayı,

---

[59] Dan.İBK., E. 1969/11, K. 1970/30, 21.11.1970, RG. 31.03.1971, S. 13795. Aynı yönde, Dan. DDK., E. 1969/612, K. 1970/2270, 30.04.1971, Amme İdaresi Dergisi, C. 4, S. 3, 1971, s. 187 vd; Dan.7.D., E. 2007/787, K. 2008/3765, 24.09.2008; Dan.7.D., E. 2005/3761, K. 2006/1374, 26.04.2006; Dan.7.D., E. 2005/3761, K. 2006/1374, 26.04.2006; Dan.7.D., E. 2005/474, K. 2006/978, 28.03.2006, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.8.D., E. 1986/732, K. 10988/213, 22.03.1988, DD., S. 72-73, s. 448. Aynı yöndeki bölge idare mahkemesi kararı için bkz. İstanbul BİM.5.VDD., E. 2016/2358, K. 2017/491, 22.02.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararı için ise bkz. AYİM.2.D., E. 2001/340, K. 2001/357, 02.05.2001, AYİMD., S. 16, s. 140. Bu ihtimalde, davanın idari merci tecavüzü nedeniyle reddedilerek dosyanın yetkili idari mercie gönderilmesi gerektiği yönündeki Danıştay'ın daha eski tarihli kararları için bkz. DURAN, 1946, s. 157 vd.

[60] Dan.7.D., E. 2004/3623, K. 2005/2342, 06.10.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde öğretideki görüş için bkz. KAĞITÇIOĞLU Mutlu, "İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Merci Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 30, 2017, s. 256; İŞÇİ, s. 72; CANDAN, 2017, s. 599; KARAHANOĞULLARI Onur, **İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 303.

[61] ÖZTÜRK, s. 69; KAĞITÇIOĞLU, 2017, s. 260.

idari başvurunun süresi geçtikten sonra yapılmış olduğu gerekçesiyle süreden reddetmiştir.[62] Başka bir ifadeyle, yetkili merciin başvuru süresinin dolmuş olmasına karşın esastan inceleme yapıp karar verdiği hallerde dahi Danıştay, idari merciin yerine geçerek başvuruyu süreden reddetmektedir.[63] Bu ihtimalde Danıştay idari merciin yerine geçerek, başvuruyu usul açısından denetlemektedir.[64]

Buna karşılık, sözü geçen uygulama 2577 sayılı Kanun'un 14 ve 15. maddesinin lafzına açıkça aykırılık taşımaktadır. Keza, bu içtihat Kanun'un 14. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen "*sırasıyla*" ifadesini göz ardı etmektedir. Buna göre sözü geçen maddede sıralanan ilk inceleme koşullarının mahkeme tarafından sırasıyla incelenmesi gerekmekte olup, bu koşullardan birinde sakatlık bulunması halinde, daha alt sıradakilerin değerlendirilmemesi gerekmektedir. İlk inceleme şartlarının sırasına bakıldığında ise, idari merci tecavüzünün, süreye nazaran daha üst sırada olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, idari merci tecavüzünün bulunduğu hallerde, artık dilekçenin diğer koşullar bakımından değerlendirilmeyerek idari mercie gönderilmesi gerekmektedir.[65] Danıştay'ın benimsediği, yukarıda açıklanan aksi yöndeki uygulama 2577 sayılı Kanun'un öngördüğü düzenleme ile bağdaşmamaktadır.

b. Uygulamanın Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi

Zorunlu başvuru yapılmadan dava açılması mümkün olmadığından, bu başvuruların dava açma imkanını sınırlandıran bir bariyer niteliği taşıdığını söylemek mümkündür. Mahkemeye erişim ise Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Her hak gibi mahkemeye erişim hakkının da sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlamanın Anayasa'ya uygun şekilde yapılması gerekmektedir. Buna göre sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde yapılmaması, meşru bir amaç izlenmesi ve ölçülü olması ve davacı üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir.[66]

---

62 Dan.7.D., E. 2002/1706, K. 2005/74, 01.02.2005; aynı yönde Dan.7.D., E. 2001/2712, K. 2002/2828, 18.09.2002, UYAP (Erişim: 15.02.2020).

63 İdari işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin idari usulden önce geleceği, bu çerçevede idari başvuru süresi dolduktan sonra yapılan ve fakat esastan incelenen başvuruların reddi üzerine açılan davaların süreden reddedilmemesini savunan öğretideki görüş için bkz. İŞÇİ, s. 75 vd.

64 Bu içtihada yönelik eleştiriler için bkz. EROĞLU DURKAL, 2018, s. 202.

65 IŞIKLAR Celal, "İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 6, 2011, www.acarindex.com., (Erişim Tarihi: 02.03.2020); HATİPOĞLU, 2015, s. 373; KAĞITÇIOĞLU, 2017, s. 261.

66 AYM. BB. 1.B., *Abdülkadir Güneşdoğdu*, BN. 2013/6590, 21.01.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bankası.

Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir.[67] Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de mahkemeye etkili erişim hakkını, "*hukukun üstünlüğü*" ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmekte ve bu hakkın, yargıya başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu nedenle hukuki belirsizliğin ya da uygulamadaki farklılıkların tarafların mahkemeye erişimine zarar verdiği durumlarda bu hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir.[68] Öte yandan, AİHM dava açma ya da kanun yollarına başvuru bakımından belli süreler öngörülmesinin, bu süreler dava açmayı imkansız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ve mahkemeye erişim hakkı bakımından aykırılık oluşturmayacağını kabul etmektedir.[69] Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi de dava açmadan önce zorunlu idari başvuru öngören düzenlemelerin, hukuki belirlilik koşulunun sağlanması durumunda Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağına hükmetmiştir.[70] Bunun için zorunlu idari başvuru sürecinin kanunda ayrıntılı ve açık şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Mevzuatta öngörülen süre ve usullerin açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması veya yanlış hesaplanması nedeniyle kişilerin dava açma hakkını kullanamaması ise mahkemeye erişim hakkının ihlaline sebep olmaktadır.[71]

Ayrıca AİHM, süre koşulu gibi dava açmaya dair usulü koşulların birden fazla yoruma elverişli nitelikte olması durumunda mahkemeye erişim hakkı kapsamında bireylerin dava açma haklarını engelleyecek şekilde katı bir yoruma tabi tutulmaması veya söz konusu koşulların katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğini farklı kararlarında ifade etmiştir.[72]

---

67 İstanbul BİM.5.İDD., E. 2017/1261, K. 2017/1197, 06.07.2017, UYAP (Erişim: 16.03.2020).

68 AİHM., Geffre / Fransa, BN. 51307/99, 23.01.2003, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 16.03.2020).

69 Aynı yönde Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM. BB. 1.B., *Abdülkadir Güneşdoğdu*, BN. 2013/6590, 21.01.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bankası.

70 AYM., E. 2016/143, K. 2017/23, 09.02.2017, RG. 12.04.2017, S. 30036; AYM. BB. 1.B., *Abdülkadir Güneşdoğdu*, BN. 2013/6590, 21.01.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bankası; AYM. BB. 1.B., *Mohammed Aynosah*, BN. 2013/8896, 23.02.2016, RG., 24.03.2016, S. 29663.

71 AİHM., Osu / İtalya, BN. 36534/97, 11.07.2002, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 16.03.2020).

72 AİHM., Beles / Çek Cumhuriyeti, BN. 47273/99, 12.11.2002; aynı yönde AİHM., Tricard / Fransa, BN. 40472/98, 10.07.2001; AİHM., Walchli / Fransa, BN. 35787/03, 26.07.2007, www.hudoc.echr.coe.int (Erişim: 16.03.2020).

Bu çerçevede, bazılarının zorunlu niteliği dahi tartışmalı olan idari başvurulara ilişkin düzenlemelerin katı şekilde yorumlanması ve bu sebeple mahkemeye erişim hakkının kaybedilmesi adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilecektir. AİHM içtihadında da görüldüğü üzere, idari başvuru, süre gibi mahkemeye erişim hakkını kısıtlayan düzenlemelerin açık ve kesin olması, böyle olmaması durumunda ise, hakkın en geniş şekilde icra edilebilmesini sağlayacak şekilde uygulanması gerekmektedir. Bu doğrultuda, idari başvuru sürelerini, -dava açma süreleri gibi- hak düşürücü nitelikte kabul eden Danıştay'ın katı tutumu da öğretide farklı gerekçelerle eleştirilmektedir. Özellikle idareyi hızlı karar almaya zorlamak amacıyla oldukça kısa olarak belirlenen bu sürelerin dava açma süresi ile eşdeğer konuma getirilmesinin hak arama hürriyeti bakımından ölçüsüz bir sınırlama oluşturduğu açıktır.[73]

Üstelik belirtmek gerekir ki, idari başvuru sürelerinin de idari yargı mercii tarafından denetlenmesi, esasen idareye ait olan bir yetkinin yargısal makamlar tarafından kullanılması anlamına gelecektir.[74] Gerçekten de, idari başvurunun süresinde yapılmış olup olmadığı, bu doğrultuda başvuruyu kabul etme ya da reddetme yetkisi idareye aittir. Bu bakımdan, idari başvuru yapılmaksızın doğrudan dava açılan hallerde yargı merciinin idari başvuru süresi bakımından da değerlendirme yapması esasen idareye ait olan bir yetkinin yargı mercii tarafından kullanılması anlamına gelecektir ki bu durum kuvvetler ayrılığı prensibine aykırıdır.

Öte yandan, idari başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığının yargı makamlarınca değerlendirilmesi, başvuru konusu idari işlemin denetiminin kısıtlanması gibi bir sonuç da yaratacaktır. Unutulmamalıdır ki, idarenin kendi hukuka aykırı işlemini düzeltmesi hukuk devletinin bir gereğidir. Başvuru süresi geçmiş olsa dahi, idareye yapılan ya da mahkeme tarafından tevdi edilen istemler üzerine, hukuka aykırı olduğu tespit edilen işlemin idare tarafından geri alınma ya da kaldırılma imkanı bulunmaktadır.[75] Başka bir deyişle, başvuru süresinin geçmiş olması idarenin kendi kendini denetim imkanını ortadan kaldırmamaktadır. Bu ihtimalde de, başvuru üzerine işlemi değerlendiren idarenin istemi kabul etmesi mümkündür. Üstelik bu değerlendirmede idarenin -yargı mercilerinde olduğu gibi- yalnızca hukukilik değil; yerinde-

---

73 SANCAR, 1990, s. 82; KAĞITÇIOĞLU, 2017, s. 265.

74 Aynı görüşte HATİPOĞLU, 2015, s. 376.

75 YILMAZ Dilşat, "Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin 'Kesin'liği Üzerine Bir Değerlendirme 'Kime Göre?', 'Ne İçin?' Kesinlik", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XXI, S. 2, 2017, s. 121.

lik denetimi de yapma yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda idari başvurunun, kimi zaman dava açmaya nazaran daha avantajlı sonuçlar yaratması dahi mümkündür.[76]

Bu nedenle, hak arama hürriyetinin en geniş şekilde kullanılabilmesi ve idareye ait denetim yetkisinin, kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı şekilde, yargı eline geçmesinin önlenebilmesi bakımından İYUK madde 14 ve 15 hükümlerinin lafzına uygun şekilde uygulanması isabetli olacaktır.[77]

Bunun yanında her ne kadar Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olsa[78] da çoğu zaman uygula-

---

[76] IŞIKLAR, 2011.

[77] Bu görüşü destekleyen Danıştay kararı için bkz: "*Vergi mahkemesinde dava açma süresi içinde 1989 yılı için salınan kusur cezalı tapu harcı ve uygulanan gecikme faizinin düzeltilmesini isteyerek vergi dairesi müdürlüğüne başvuran ve istemi reddedilen davacının, tarhiyatın kaldırılması istemiyle açtığı davayı süre aşımı nedeniyle reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı yükümlü tarafından temyiz edilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7'nci maddesinde, vergi mahkemelerinde dava açma süresinin 30 gün olduğu, bu sürenin tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğ tarihini izleyen günden başlayacağı, 14'üncü maddesinde, dava dilekçelerinin idari merci tecavüzü yönünden de inceleneceği, 15'inci maddesinde ise idari merci tecavüzü halinde dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine karar verileceği hükme bağlanmıştır. (...) Bir vergilendirme hatasına dayalı olarak vergi idaresine yapılacak düzeltme başvurusu üzerine yanıtın vergi mahkemesinde dava açma süresinden sonra verilmesi halinde şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına başvurulması gerekmektedir. (...) başvurunun, dava açma süresinden sonra yapılmış bir başvuru olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, idari başvuru yolları tüketilmeksizin, kesin ve yürütülebilir özellikte bulunmayan düzeltme isteminin reddi üzerine vergi mahkemesine başvurulmasına olanak bulunmamaktadır. Vergi mahkemesince, davacının vergi dairesine yaptığı başvurunun reddi sonucunda şikayet mercii olan Maliye Bakanlığına müracaat edilmeden açılan davada, dilekçenin 2577 sayılı Yasanın yukarıda açıklanan hükümleri uyarınca, Maliye Bakanlığına tevdii gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddinde hukuka uygunluk görülmemiştir*." (Dan.VDDK. E. 1999/166, K. 1999/493, 26.11.1999, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde, Dan.8.D., E. 1995/1883, K. 1997/579, 19.02.1997, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası.

[78] Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Benzer bir yükümlülük, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 77/31 sayılı kararında da öngörülmüştür. Sözü geçen kararın 13. maddesine göre, "*Birel işlem yapılmasına ilişkin istemlerin alındığı başvurucuya, muhtemel karar alma süresi ve karar alınmazsa gidilebilecek yasal başvuru yolları da belirtilerek bildirilir. İdarenin istem üzerine derhal işlem yaptığı durumlarda alındı bildirimi gerekmeyebilir*." (KARAHANOĞULLARI, Onur, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı", (İngilizce'den çeviri), DD., S. 116, www.politics.ankara.edu.tr [Erişim Tarihi: 07.03.2020]).

mada bu yükümlülüğün yerine getirilmediği görülmektedir. Devlet, yaptığı tüm işlemlerde, bu işlemlere karşı başvurulabilecek özel-genel, yargısal-idari tüm başvuru yollarını göstermek zorundadır.[79] Anayasa Mahkemesi bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini vurgulamıştır:[80] "*Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan ve idari işlemlerde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine başvuracağının ve bunun sürelerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu kuralına rağmen dava konusu edilen işlemde bu hususlara yer verilmediği için süresi içinde dava açamadığına yönelik başvurucu iddiasının ciddi olduğu ve ilk Derece Mahkemesi tarafından bu iddia değerlendirilemediği için kanun yolu aşamasında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği (...) ayrı bir değerlendirme yapılmayarak [verilen kararla] adil yargılanma hakkının ihlal edildiği (...)*" Ancak sözü geçen yükümlülüğün yerine getirilmemesinin idarenin faaliyeti üzerindeki sonuçları hakkında mevzuatta açıklık yoktur. Gerçekten de başvuru yollarının gösterilmemesi, özellikle zorunlu idari başvurularda ilgililere tanınan idari başvuru ve dava açma hakkının kullanılamamasına yol açmaktadır.[81]

Yukarıda açıklandığı üzere, başvuruların zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğu hususunda öğreti ve yargı kararlarında bile kesinlik bulunmamasının yanında, zorunlu idari başvurulara dair sürelerin dağınık bir mevzuat içindeki özel düzenlemelerde yer alıyor oluşu, bu başvuruların usulüne uygun şekilde yapılabilmesi bakımından ciddi bir engel oluşturmaktadır.[82] Başka bir ifadeyle, ilgilinin -çoğunlukla idari dava açma süresinden daha kısa olan- idari başvuru süresini bilmemesi, bu nedenle idari dava açma süresi içinde ve fakat idari başvuru süresi dolduktan sonra dava açması durumunda, dava açma hakkının ortadan kalkması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.[83] Bu sonuç ise, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinin olumsuz neticelerini davacıya yüklemekte olduğundan hak arama hürriyeti ile bağdaşmamaktadır.[84] Ayrıca hukuki güvenlik ilkesi

---

79 AKYILMAZ, 2003, s. 89.

80 AYM. BB. 2.B., Denktaş Nakliyat Turizm LTD. Şti., BN. 2013/3963, 15.10.2015, RG., 25.12.2015, S. 29573.

81 AKYILMAZ, 2003, s. 87.

82 AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayıncılık, 2000, s. 215.

83 ÖZTÜRK, s. 71; HATİPOĞLU, 2015, s. 373.

84 AYM., E. 2016/143, K. 2017/23, 09.02.2017, RG. 12.04.2017, S. 30036; AYM. BB. 2.B., Denktaş Nakliyat Turizm LTD. Şti., BN. 2013/3963, 15.10.2015, RG., 25.12.2015, S. 29573;

de ilgililerin yürürlükte bulunan hukuk kurallarının neye izin verdiğinin ve neyi yasaklandığının kolayca anlaşılabilir olmasını gerektirmektedir.[85] Yukarıda incelendiği üzere Danıştay, zorunlu idari başvuru süresi dolduktan sonra açılan davalar ile başvuru süresi geçirildikten sonra idareye yapılan başvuruların reddi üzerine açılan davaları süre koşulunu karşılamadığı gerekçesiyle reddetmektedir.[86] Böylece başvuru yoluna ilişkin bilgi sahibi olmayan ilgilinin hak arama hürriyetinin ortadan kalkması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.[87]

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında, idarenin işlemlerine karşı başvurulabilecek hem idari hem de yargısal yollara ilişkin sürelerin belirtilmesinin zorunlu olduğu dikkate alındığında, özel dava açma sürelerinin ilgiliye bildirilmediği hallere ilişkin Danıştay içtihadının idari başvurular bakımından da yol gösterici olabileceği düşünülebilir.[88] Danıştay'ın, kanunlarla özel -çoğu zaman da genel dava açma süresinden daha kısa- dava açma süresi öngörülen hallerde, kendisine tebliğ edilen işlemde başvuru süresi ayrıca belirtilmeyen ilgilinin, özel dava açma süresi dolduktan sonra ve fakat genel dava açma süresi içinde idari yargıya başvurması ihtimaline ilişkin olarak oldukça tartışmalı bir içtihadı vardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Danıştay'ın sözü geçen ihtimale ilişkin içtihadı tutarlı değildir. Bazı kararlarında Danıştay başvuru yeri ve süresinin gösterilmemesi durumunda dava açma süresinin hiç başlamayacağını kabul etmektedir.[89] Başka kararlarında ise, bu durumda genel dava açma süresi olan

---

AYM. BB. 1.B., *Mohammed Aynosah*, BN. 2013/8896, 23.02.2016, RG., 24.03.2016, S. 29663. Bu yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.15.D., E. 2015/7603, K. 2016/1907, 21.03.2016, aktaran KÜÇÜK, 2019, s. 129.

85 BÜLBÜL, 2010, s. 42; SERTER, 2015, s. 404.

86 Sözü geçen içtihada yönelik eleştiriler için bkz. AKYILMAZ, 2003, s. 89; HATİPOĞLU, 2015, s. 376 vd.

87 Buna karşılık Danıştay, idari işlem hakkında mevzuatta zorunlu idari başvuru öngörülmemiş olmasına rağmen, işlemin tebliğinde idarenin zorunlu idari başvuruyu belirterek ilgiliyi yanıltması durumunda idari başvuru usulü tüketilerek açılan davanın hukuka aykırı olmayacağına hükmetmiştir. (Dan.12.D., E. 2011/3449, K. 2013/641, 18.02.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

88 AYM. BB. 2.B., Denktaş Nakliyat Turizm LTD. Şti., BN. 2013/3963, 15.10.2015, RG., 25.12.2015, S. 29573; AYM. BB. 1.B., *Mohammed Aynosah*, BN. 2013/8896, 23.02.2016, RG., 24.03.2016, S. 29663. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin sözü geçen hükmün dar yorumlanması gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır: AYM. BB. 1.B., *Abdülkadir Güeşdoğdu*, BN. 2013/6590, 21.01.2015, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bankası.

89 "*Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40. maddesine, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle eklenen ikinci fıkrada ise, "Devlet, işlemlerinde, ilgili*

60 gün içinde açılan davaların süreden reddedilmemesine karar vermektedir.[90]

---

kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almıştır. Bu ek fıkranın gerekçesinde, değişikliğin, bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amacıyla ve son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesinin hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk hâline gelmesi nedeniyle yapıldığına değinilmiştir. Anayasal düzenlemeler ve değinilen gerekçeden, Devletin, kurumları vasıtasıyla tesis edilen her türlü işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak yargı yeri veya idari makamlar ile başvuru süresinin gösterilmesinin bir anayasal zorunluluk hâline getirildiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın bağlayıcılığı karşısında, bu zorunluluğa; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının uymakla yükümlü oldukları kuşkusuzdur. (...) Tüm bu açıklamalar sonucunda; devletin, işlemlerinde, bireylerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğunu öngören Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, ayrı bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımasından dolayı, yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmesinin zorunlu olduğu ortaya çıkmaktadır. (...) Bu kapsamda, her ne kadar Anayasa'nın 125. maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı belirtilmişse de; 40. maddeye eklenen fıkrayla idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağının ve sürelerinin belirtmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dava açma süresini başlatacak olan yazılı bildirim, Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından bu bildirimin dava açma süresini işlemeye başlatması düşünülemeyecektir." (Dan.15.D., E. 2016/6225, K. 2017/2613, 17.05.2017, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde Dan.VDDK., E. 2011/235, K. 2013/195, 30.04.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası; Dan.13.D., E. 2015/50, K. 2018/357, 09.02.2018, www.memurlar.net [Erişim Tarihi: 07.03.2020]; Dan.VDDK., E. 2009/173, K. 2012/19, 25.01.2012, DD., S. 130, s. 403).

90 *"İdari işlemlere karşı başvuru yollarının ayrıntılı düzenlemelerde yer alması, başvuru süresinin kısa olması veya olağan başvuru yollarına istisna getirilebilmesi nedeniyle işlemlere karşı hangi idari birime, hangi sürede başvurulacağının idarelerce işlemde belirtilmesi hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir. Anılan Anayasa hükmü ile de bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve olanak sağlanması amaçlanmış; idareye işlemlerinde, ilgililerin kaç gün içinde, hangi mercilere başvurabileceklerini bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. İdarenin Anayasa'dan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesi esas olmakla birlikte belirtilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi, idari işlemlere karşı açılan davalarda dava açma süresinin işletilmeyip, ihmal edilmesi sonucunu da doğurmamalıdır. Anayasa'nın 125. maddesinde idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağının belirtilmesi karşısında, usulüne uygun tebliğ olunan veya bütün unsurlarıyla ilgililer tarafından öğrenilen idari işlemler üzerine, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça belirtilen ve ilgililerce de bilindiğinin kabulü gereken genel dava açma sürelerinin işletilmesi zorunludur. Ancak, İdari işlemlerin nitelikleri gereği özel yasalarda, genel dava açma süreleri dışında ayrı dava açma sürelerinin öngörülmüş olması halinde, idare tarafından idari işlemlerin nitelikleri ve tabi oldukları dava açma süreleri gös-*

Az sayıdaki diğer kararlarında ise Danıştay, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmemiş olmasının iptal davasındaki dava açma süresini etkilemeyeceğini; buna karşılık idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğunun gündeme geleceğini kabul etmiştir.[91] Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında idari başvurularla yargısal başvurular arasında bir ayrım öngörülmediğinden hareketle, Danıştay'ın hak arama hürriyetine öncelik verdiği ilk iki yöndeki içtihadının idari başvurular bakımından da uygulanabileceği öğretide savunulmaktadır.[92]

İdarenin Anayasa'nın 40/2 hükmünden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle bireylerin mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz şekilde sınırlanması hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.[93] Bu nedenle kanaatimizce böyle bir durumda ikili bir ayrımın benimsenmesi daha isabetli olacaktır. Buna göre, ilgilinin zorunlu idari başvuru süresine ilişkin olarak bilgilendirilmesine karşın başvuruda bulunmaması durumunda Danıştay içtihadının hak arama hürriyeti ile bağdaşacağının kabulü gerekir.[94] Aksi durumda ise hakkın ölçüsüz şekilde sınırlanmış olacağı açıktır. Bu ikinci ihtimalde, süresi dolduktan sonra yapılan zorunlu idari başvurunun incelenerek esas hakkında karar verilmesi, doğrudan yargı yoluna başvurulması durumunda ise, dosyanın ilk inceleme aşamasında reddedilmeyerek yetkili idari mercie tevdi edilmesi gerekmektedir.[95] Bu durumda idari

---

terilmedikçe özel dava açma sürelerinin işletilmesine olanak bulunmadığından, Anayasa'nın 40. madde hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen, bu hususun idari işlemde açıklanmaması halinde, dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren, özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır." (Dan.İDDK., E. 2005/1558, K. 2008/1803, 17.10.2008, DD., S. 121, s. 74); Dan.10.D., E. 2006/2232, K. 2007/6691, 31.12.2007, DD., S. 118, s. 335; Dan.2.D., E. 2015/3801, K. 2015/10789, 23.12.2015, DD., S. 141, s. 130; Dan.İDDK., E. 2013/3570, K. 2014/392, 10.11.2014; Dan.İDDK., E. 2015/483, K. 2015/1447, 16.04.2015; Dan.4.D., E. 2005/2134, K. 2006/2156, 13.11.2006, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

91 Dan.7.D., E. 2006/41, K. 2007/1679, 11.04.2007, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

92 İŞÇİ, 2019, s. 65.

93 AYM. BB. 2.B., Denktaş Nakliyat Turizm LTD. Şti., BN. 2013/3963, 15.10.2015, RG., 25.12.2015, S. 29573; AYM. BB. 1.B., *Mohammed Aynosah*, BN. 2013/8896, 23.02.2016, RG., 24.03.2016, S. 29663.

94 Aynı yöndeki görüş için bkz. KAĞITÇIOĞLU, 2017, s. 257; AYAYDIN, 2008, s. 697.

95 Öğretide bir görüş böyle bir ihtimalde idarenin Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle, dava süresi geçtikten sonra dahi doğrudan idari dava açılması durumunda başvurunun süreden reddedilmeyerek yetkili mercie tevdi edilmesi gerektiğini savunmaktadır. (İŞÇİ, 2019, s. 155).

merciin kendisine tevdi edilen başvuruyu usulden reddetmeyerek, esas hakkında karar vermesi gerekmektedir. Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun da, idarece tesis edilen bir işlemde başvurulacak merci ve süresi gösterilmemiş ise yazılı bildirimin süreyi başlatmayacağı yönünde verdiği kararlar bulunmaktadır.[96]

Benzer bir durum, zorunlu idari başvuruya konu olan işlemin doğrudan muhatabı olmayan, fakat bu işlemle ilgisi bulunduğunu iddia eden üçüncü kişiler bakımından da söz konusudur. Bireysel idari işlemler esas olarak, doğrudan muhataplarına tebliğ edilmektedir. Ancak çoğu zaman bu işlemlerden üçüncü şahısların da menfaatinin etkilenmesi mümkündür. Bu ihtimalde, işlemden menfaati etkilenen, ancak kendisine yazılı tebligat yapılmayan üçüncü kişinin zorunlu idari başvuru süresi dolduktan sonra ve fakat dava açma süresi içinde idari yargıda dava açması durumunda mahkemenin ne yönde karar vereceği belirsizdir. Kanaatimizce, özellikle hak arama hürriyetinin en geniş şekilde korunması bakımından burada da yukarıdaki çözümün benimsenmesi yerinde olacaktır.[97] Zira böyle bir ihtimalde de üçüncü kişi bakımından tebliğ edilmiş bir idari işlemden söz edilemez. Anayasa'nın 40/2 hükmü uyarınca, kendisine tebliğ edilmemiş işlemdeki dava açma ya da idari başvuruya dair özel süresini bilmesi ilgiliden beklenemez. Bu bakımdan öğrenme tarihi esas alınarak, genel dava açma süresi içinde açılan davaların süreden reddedilmemesi, dosyanın yetkili mercie tevdi edilmesi, bu merciin de işlemi esastan inceleyerek karar vermesi Anayasa'ya uygun bir uygulama olacaktır.

B. Başvuru Makamının Belirlenmesinde Karmaşa

Hak arama hürriyeti bakımından benzer bir durum, ilgilinin yanılarak zorunlu idari başvuruyu yanlış mercie yapması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, zorunlu kabul edilen idari başvurulara dair mevzuatta bir yeknesaklık bulunmamasına karşın, bu düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, başvuruların çoğu zaman ya idari işlemi tesis eden makamın hiyerarşik üstü konumunda bulunan idarelere ya da farklı bir kamu tüzel kişiliği içindeki idarelere yapılmasının öngörüldüğü dikkat çekmektedir. Böyle bir ihtimalde, ilgilinin idari işlemi tesis eden makamın kendisine ya da kanunda

---

[96] Dan.VDDK, E. 2013/221, K. 2014/88, 19.02.2014; Dan.VDDK., E. 2014/613, K. 2014/791, 17.09.2014; Dan.VDDK., E. 2014/812, K. 2014/928, 12.11.2014 in AYM. BB. 1.B., *Mohammed Aynosah*, BN. 2013/8896, 23.02.2016, RG., 24.03.2016, S. 29663.

[97] İŞÇİ, 2019, s. 67.

öngörülenden farklı bir idari mercie başvuru yapması durumunda, bu başvurunun bir etki yaratıp yaratmayacağı da özellikle idari işlemin ileride dava konusu edilebilirliği bakımından oldukça büyük bir öneme sahiptir. Yukarıda değinildiği üzere, İYUK madde 11 başvurularına ilişkin içtihadında Danıştay, yanlış mercie yapılan başvuruların etkisiz olacağını, bu başvurulara cevap verilmemesinin hukuki bir sonuç yaratmayacağını kabul etmektedir. Acaba aynı içtihadın, mahkemeye erişim hakkı bakımından işletilmesi elzem olan zorunlu idari başvurular bakımından kabulü mümkün müdür? Bu soruya cevap verebilmek bakımından 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da yer alan bazı hükümlerin de incelenmesinde fayda vardır.

3071 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre dilekçenin, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmesi durumunda, bu makam dilekçeyi yetkili idari makama gönderir ve ayrıca bu durumu dilekçe sahibine bildirir.[98] Aynı Kanun'un 7. maddesine göre ise başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir. 3071 sayılı Kanun'un "*Kapsam*" başlıklı ikinci maddesi doğrultusunda bu düzenlemelerin idarelere yapılan başvuruların tümünde uygulama bulacağı şüphesizdir.[99]

Sözü geçen düzenlemenin, yanlış idareye yapılan zorunlu idari başvurularda uygulanması durumunda, başvuruyu incelemeye yetkili olmayan idarenin dilekçeyi ivedilikle yetkili idareye gönderme yükümlülüğünün bulunduğu sonucu karşımıza çıkmaktadır. Zorunlu idari başvuruyu incelemek bakımından yetkisiz olan idarenin dilekçeyi yetkili idareye geç göndermesi ya da hiç göndermemesi hallerinin dava açma hakkı bakımından farklı sonuçları olabilmektedir.

İlk ihtimalde, başvurucunun yanlış idareye başvuru yapması ve fakat durumu fark eden idarenin 3071 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülüğü kapsamında henüz zorunlu başvuru süresi dolmadan önce dilekçeyi yetkili idareye

---

98 Benzer bir düzenleme Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nın 10. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, *dilekçenin yetkili olmayan idareye verilmesi hâlinde, dilekçe ve ekleri üç gün içinde yetkili idareye gönderilerek durum başvurana yazılı olarak bildirilir. Bu hâlde cevap verme yükümlülüğü, dilekçe ve eklerinin yetkili idareye ulaştığı tarihte başlar. Yetkili olmayan idareye başvurma, hak kaybına yol açmaz*. (www.idarehukuku.net. [Erişim Tarihi: 07.03.2020]).

99 Dilekçe hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 74. maddesinin birinci fıkrasında, ilgililerin kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne değil; ayrıca yetkili makamlara da başvurma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Bu doğrultuda, idareye yapılan başvuruların tümü bakımından 3071 sayılı Kanun'un uygulama bulacağının kabulü gerekmektedir. (İŞÇİ, 2019, s. 54).

göndermesi durumunda, ortada süresi içinde yetkili makama yapılmış bir idari başvuru olacağından dava açma hakkına yönelik bir tehlike de söz konusu olmayacaktır. Ancak zorunlu idari başvuru sürelerinin oldukça kısa oldukları göz önünde bulundurulduğunda bu ihtimalin gerçekleşmesi pek mümkün gözükmemektedir.

İkinci ihtimalde, başvurucunun yanlış idareye başvurması, ancak idarenin 3071 sayılı Kanun'dan doğan yükümlülüğünü zorunlu başvuru süresi dolduktan sonra yerine getirmesi durumunda dilekçe, başvuru süresi dolduktan sonra yetkili idareye ulaşmış olacaktır. Bu ihtimale ilişkin olarak iki ayrı çözüm önerisi benimsenebilir. 3071 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen gönderme yükümlülüğünün Anayasa'nın 123. maddesinde öngörülen idarenin bütünlüğü ilkesi ile beraber yorumlanması suretiyle, başvuru süresi içinde idareye başvurulmasının yeterli olduğunun, bu idarenin yetkili olmaması durumunda yetkili makama gönderilmesinin idarenin kendi yükümlülüğünde olduğunun kabulü mümkündür.[100]

Keza böyle bir sonuç, İYUK'un 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin kıyasen uygulanmasından da çıkartılabilmektedir. Sözü geçen düzenlemeye göre, ilgilinin zorunlu idari başvuru yolunu tüketmeksizin dava açmış olması nedeniyle dilekçenin idari mercie tevdii halinde, yargı makamına başvurma tarihi, yetkili idari mercie başvurma tarihi olarak kabul edilmektedir.[101] Başvuru yolunun hatalı belirlendiği hallerde dahi süre bakımından güvence sağlayan söz konusu düzenlemenin, başvuru merciinin hatalı belirlenmesi ihtimalinde de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.[102]

---

[100] AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 528; ÖZKAN, 2014, s. 101; KAPLAN, 2011, s. 287; KÜÇÜK, 2019, s. 87. Öğretide *Kaplan*, aynı kamu tüzel kişiliği içinde yer alan birimler arasında hataya düşülerek yanlış makama idari başvurunun yapılması durumunda, böyle bir kanuni düzenlemenin hiç bulunmamış olması durumunda dahi, aynı sonuca ulaşılabileceğini savunmaktadır. Bu ihtimalde, gerek yetkisiz makam ve gerek yetkili makam aynı kamu tüzel kişiliği adına etki kullanmakta olduğundan, ortada gerçek anlamda yetkisiz bir makama yapılmış başvuru bulunmamaktadır. (KAPLAN, 2011, s. 290). Bu yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.10.D., E. 1996/3800, K. 1998/804, 24.02.1998, aktaran BAL / KARABULUT / ŞAHİN, 2003, s. 291; Dan.2.D., E. 2008/1764, K. 2009/1910, 12.05.2009, aktaran AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 811; Dan.10.D., E. 2009/7135, K. 2009/8050, 17.09.2009, aktaran AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 528.

[101] Dan.7.D., E. 1995/5615, K. 1996/2168, 03.06.1996, DD., S. 92, s. 545; Dan.7.D., E. 1995/977, K. 1996/4177, 11.11.1996, DD., S. 93, s. 372.

[102] Nitekim başvurunun süresi içinde ve fakat yanlış makama yapılması ihtimalinde, bu idarece yetkili makama ulaştırılmasının zorunlu olduğunu öngören düzenlemeler de bulunmaktadır. İdarenin

Öte yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre idare, işlemlerinde ilgilinin hangi mercilere başvuracağını belirtmek zorundadır. Bu doğrultuda, idari işleme karşı başvurulması zorunlu olan yolların kararda gösterilmemesi nedeniyle, ilgilinin yanılarak yanlış idareye başvurması durumunda da -süreye ilişkin olarak yapılan açıklamalarda olduğu gibi- başvurunun yetkili idari merci önüne geldiğinde süreden reddedilmemesi gerekmektedir. Aksi durum, idarenin Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemesinin olumsuz sonuçlarının ilgiliye yüklenmesi gibi hak arama hürriyetine aykırı bir sonuca yol açmaktadır.[103]

Ancak öğretideki diğer görüş,[104] bu ikinci ihtimale ilişkin olarak -İYUK madde 15 düzenlemesindeki gibi- kanunda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, yetkisiz idareye başvuru tarihinin değil; idarenin göndermesi üzerine dilekçenin yetkili idareye ulaştığı tarihin zorunlu idari başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.[105] Başvuru sürelerinin çoğu zaman oldukça kısa olduğu zorunlu idari başvurular bakımından bu anlayışın kabulü, çoğu zaman yetkisiz idarenin yavaş hareket etmesi nedeniyle başvurunun süresi içinde yapılamamasına yol açabilmektedir. Bu durum ise idari dava açma hakkını ortadan kaldırdığından hak arama hürriyeti ile bağdaşmayan bir yaklaşımdır. Bu tutumu benimseyen görüş, sözü geçen ihtimalde idari dava açma hakkını kaybeden ilgililerin artık yalnızca 3071 sayılı Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüğünü ivedilikle yerine getirmediği gerekçesiyle yetkisiz idareye karşı tam yargı davası açabileceğini savunmaktadır.[106]

---

bütünlüğü ilkesini esas alan bu düzenlemelerde başvurunun yanlış makama, yapılması durumunda süresi içinde yapılmış sayılması gerektiği kabul edilmiştir: 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "*İtiraz dilekçelerinin süresi içinde yanlış makama verilmesi halinde, itiraz süresinde yapılmış sayılır ve idarece yetkili makama ulaştırılır*."

103 İŞÇİ, 2019, s. 176.

104 SEZGİNER Murat, "İdari Makamların Sükutu Üzerine Açılan Davalarda Süre", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şakir Berli'ye Armağan**, C. 5, 1996, S. 1-2, s. 423; İŞÇİ, 2019, s. 176; YILDIRIM, 2006, s. 132.

105 Bu yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.13.D., E. 2013/53, 10.04.2013; Dan.İBK., E. 1969/11, K. 1970/30, 21.11.1970, UYAP (Erişim: 20.02.2020).

106 *"(...) ilgili yasada açıkça düzenlenen bu başvuru yolu ve süresi konusuda idarece ilgililere yanlış bilgi verilmiş olmasının, bu yolun kullanılmasına ilişkin koşulları değiştirebileceği düşünülemeyeceğinden; hizmet kusuru nedeniyle tam yargı davasına yol açabilecek nitelikteki böyle bir durum nedeniyle, yasada öngörülmeyen idari başvuru yolunun kullanılması olanaklı değildir."* (Dan.7.D., E. 2005/474, K. 2006/978, 28.03.2006, DD., S. 114, s. 239).

Üçüncü ihtimalde ise, süresi içinde kendisine idari başvuru yapılan yetkisiz idarenin 3071 sayılı Kanun kapsamındaki yükümlülüğünü yerine getirmeyerek dilekçeyi yetkili idari mercie hiç göndermemesi durumunda, İYUK madde 14 çerçevesinde zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Böyle bir ihtimalde, zorunlu başvuru süresi dolduktan sonra yetkili makama yapılan başvuru, süre koşulunu karşılamadığı gerekçesiyle reddedilecektir. Dolayısıyla bu ihtimalde dava açma hakkını kullanamayan ilgilinin elindeki tek imkan 3071 sayılı Kanun'un 5. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmeyen yetkisiz idareye karşı tam yargı davası açmak olacaktır.[107]

2. Zorunlu İdari Başvurunun Sonuçlandırılmasında Karmaşa

Hak arama hürriyetinin etkili şekilde yerine getirilebilmesi bakımından, idari yargıya başvuru imkanının ve bunun için de zorunlu idari başvurunun yapılabilirliğinin genişletici bir yorum çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Ancak başvurunun yapılabiliyor olması da dava açma hakkının etkili şekilde kullanılabilmesi bakımından yeterli olmamaktadır. Başvurunun sonuçlandırılması suretiyle ilgililerin dava açma yolunun açılması gerekmektedir.

İdari işlemlere karşı ihtiyari başvuru yolunun düzenlendiği İYUK madde 11 hükmünün uygulandığı hallere özgü olarak kanun koyucu, başvuru üzerine idarenin cevap vermesi ya da belli süreler içinde cevap vermemesine belli sonuçlar bağlamıştır. İdari işleme karşı İYUK madde 11 başvurusunun yapılmasının yargılama hukuku bakımından en temel sonucu, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurmasıdır. Başvurunun reddedilmesi veya altmış gün susmak suretiyle zımnen reddedilmiş sayılması durumunda dava açma süresi kaldığı yerden yeniden işlemeye başlar.[108] Bu ihtimalde dava açma süresi hesaplanırken başvuru tarihine kadar geçmiş süre de dikkate alınır.[109]

---

107 YILDIRIM, 2006, s. 133.

108 Dan.2.D., E. 2016/4219, K. 2017/587, 02.02.2017, BİLGİN, 2018, s. 220, dn. 395.

109 Öte yandan, İYUK madde 11 uyarınca aynı idari işleme karşı üst makama başvurunun bir defa yapılması mümkündür. Üst makamın cevabı üzerine işlemeye başlamış olan dava açma süresi içinde üst makamın kendisine ya da daha üst makamlara İYUK madde 11 başvurusu yapılmasının dava açma süresine bir etkisi olmayacaktır. (ÖNGÖREN, 1990, s. 41; KÜÇÜK, 2019, s. 98). Bu yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.8.D., E. 1965/2008, K. 1966/1511, 10.05.1966; Dan.8.D., E. 1974/574, K. 1974/2006, 17.04.1974, aktaran ESİN, 1976, s. 458; Dan.6.D., E. 1972/4399, K. 1973/3923, 03.11.1973, DD., S. 14-15, s. 314; Dan.8.D., E. 1994/3895,

Bu düzenlemelerin zorunlu idari başvurularda kıyasen uygulanabileceğinin Danıştay tarafından benimsenmesi, amaçları ve sonuçları bakımından farklılıklar taşıyan bu başvuruların durumunu daha belirsiz hale getirmektedir. Bu noktada İYUK madde 11 hükmünde düzenlenen sonuçların zorunlu idari başvurularda uygulanabilirliğinin tespit edilmesi önem taşıyan bir husustur (1). Bazı ihtimallerde ise, İYUK madde 11 uygulaması bakımından dahi öğreti ve içtihadın kendi içinde çelişkili olduğu gözetildiğinde, bu hallerin zorunlu idari başvurular çerçevesinde gerçekleşmesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de ayrıca önemli bir tartışma konusudur (2).

A. Zorunlu İdari Başvuruların Sonuçlandırılmasında İYUK Madde 11 Düzenlemesinde Yer Alan Esasların Uygulanabilirliği

İdari işlemlere karşı ihtiyari bir başvuru usulü olan İYUK madde 11 uyarınca, idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilmektedir. Bu başvuru üzerine, işlemeye başlamış olan dava açma süresi durur. Yetkili makam tarafından altmış gün içinde cevap verilirse, bu cevabın tebliği tarihi itibarıyla dava açma süresi kaldığı yerden itibaren yeniden işlemeye başlar. Bu süre içinde ilgiliye herhangi bir cevap verilmemesi durumunda ise istek reddedilmiş sayılır. Görüldüğü gibi İYUK madde 11 başvurusunda, idarenin susarak cevap vermekten kaçınmasına zımni red sonucu bağlanmıştır. Böylece başvuru makamının, susmak suretiyle dava açma süresini belirsiz süre boyunca durdurmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Aşağıda incelenecek bazı ihtimaller bir kenara bırakıldığında, düzenlemenin uygulaması açıktır. Buna göre, kendisine başvurulan idarenin susmasının karşılığı, altmışıncı gün itibariyle zımni red işleminin oluşmasıdır. Bu durumda, adeta altmışıncı gün ilgilisine red cevabı gelmişçesine dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacaktır.

Zımni redde ilişkin bu düzenlemenin özel kanunlarda düzenlenen başvurular bakımından uygulama imkanı bulup bulmayacağı ise açık değildir. Zira,

---

K. 1995/2384, 22.06.1995, aktaran GÖZÜBÜYÜK / TAN, 2016, s. 865; Dan.İDDK., E. 1995/204, K. 1997/722, 13.10.1995, DD., S. 91, s. 130; Dan.4.D., E. 1987/4697, K. 1987/2635, 28.09.1987, DD., S. 70-71, s. 210; Dan.10.D., E. 1988/1459, K. 1988/1553, 10.10.1988, DD., S. 74-75, s. 606; Dan.4.D., E. 2012/3659, K. 2012/2917, 12.06.2012, DD., S. 131, s. 456; Dan.7.D., E. 1998/1893, K. 1999/1402, 12.04.1999, DD., S. 102, s. 461.

çoğunlukla özel kanunlarda İYUK madde 11 düzenlemesinin uygulanmasına yönelik açık bir gönderme bulunmamaktadır. Özel kanunlarda düzenlenen ihtiyari başvuru yollarında, başvuru üzerine idarenin cevap vermemesi ihtimaline yönelik ayrı bir düzenlemenin bulunmaması durumunda İYUK madde 11 hükmünde yer alan zımni red mekanizmasının uygulanması Danıştay'ın yerleşik içtihadında kabul görmektedir.[110] Aynı yaklaşımın zorunlu başvurularda sürdürülmesi bakımından Danıştay'ın net bir tutumunun olmadığı görülmektedir.

Bu durumun arkasında yatan ilk sebep söz konusu hükümlerin büyük bir kısmında yer alan, karar alma süresine ilişkin düzenlemelerdir. Gerçekten de bu düzenlemelerin çoğunda, dava açılmadan önce kendisine başvurulan idarenin hangi süre içinde karar alması gerektiğini açıkça ortaya koyan kurallar bulunmaktadır. Böyle bir durumda, söz konusu kurallara uyulmamasının sonuçları bakımından yargı kararları ve öğretide birlik bulunmamaktadır.

Danıştay'ın bazı kararlarında sözü geçen karar alma sürelerinin düzenleyici niteliğine vurgu yapılmış ve bu sürelere uyulmamasının başvurunun sonucu bakımından herhangi bir etkisinin olmayacağı ortaya konulmuştur.[111] Buna göre, başvuru merciinin kanunda öngörülen karar alma süresi içinde herhangi bir yanıt vermemesi, sürenin dolması ile başvurunun zımnen reddi anlamına gelmeyecek; zımni redde ilişkin olarak İYUK madde 11'de yer alan kural uygulama imkanı bulacaktır.[112] Yani, başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde başvuru merciinin herhangi bir yanıt vermemesi durumunda başvuru reddedilmiş sayı-

---

[110] Dan.6.D., E. 1997/5279, K. 1998/4592, 15.10.1998, DD., S. 99, s. 270; Dan.10.D., E. 2004/13105, K. 2007/258, 31.01.2007, DD., S. 115, s. 346; Dan.6.D., E. 2001/6248, K. 2001/5692, 10.12.2001, aktaran AYAYDIN, 2008, s. 699.

[111] Dan.7.D., E. 1997/591, K. 1998/385, 11.02.1998, DD., S. 29, s. 463. Aynı yönde Dan.2.D., E. 2013/10983, K. 2013/12389, 23.12.2013, aktaran KÜÇÜK, 2019, s. 130; Dan.6.D., E. 1997/5279, K. 1998/4592, 15.10.1998, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.6.D., E. 1997/1582, K. 1998/893, 18.02.1998, DD., S. 97, s. 369; Dan.6.D., E. 2015/3129, K. 2016/3131, 24.05.2016, DD., S. 143, s. 379. Benzer bir hususa işaret eden başka bir karar için bkz. Dan.12.D., E. 1997/587, K. 1997/1803, 18.09.1997, DD., S. 95, s. 751.

[112] Öğretide bir görüş ise, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde yer alan düzenlemeye dikkat çekmektedir. Bu madde uyarınca, ilgililerin yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında kendilerine idare tarafından en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İlgililerin başvurusuna cevap verilmesi bakımından düzenlemeler içeren İYUK ile 3071 sayılı Kanun arasında önceki-sonraki kanun ilişkisi bulunmaktadır. Bu bakımdan hem özel nitelikli hem de sonraki düzenleme olan 3071 sayılı Kanun'un uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla bu ihtimalde ilgilinin başvurusuna 30 gün içinde cevap verilmemesi durumunda başvuru reddedilmiş sayılacaktır. (İŞÇİ, 2019, s. 87).

lacak ve bu tarih itibarıyla idari yargıda dava açılabilecektir.[113] Danıştay'ın çoğu kararında kabul gören bu görüşün temelinde, İYUK madde 11 düzenlemesinin genel nitelik taşıyor olması anlayışının yattığı söylenebilir.[114]

Başvuru merciinin sessiz kalmak suretiyle dava yolunu kapatmasının önüne geçilmesi bakımından isabetli olan bu yaklaşım, kanunda açıkça düzenlenen karar alma süresini anlamsız kılması nedeniyle eleştiriye açıktır. Gerçekten de bu yaklaşımın benimsenmesi ihtimalinde özel kanunlarda yer alan, başvuru makamının karar alma süresine dair düzenlemelere uyulmamasının, kararın süresinde alınmaması nedeniyle idari işleme karşı dava açma imkanının ötelenmesi üzerine oluşan zararın tazmininin talebi dışında,[115] herhangi bir hukuki sonucu olmayacaktır.

Bu son eleştiriden hareket eden ikinci görüş, buradaki karar alma süresinin düzenleyici değil; hak düşürücü nitelikte olduğunu ileri sürmektedir.[116] Buna göre, kanun koyucunun kararın alınması bakımından özel süreler öngörmesi bilinçli bir tercihtir. Bu süreler başvuru merciinin karar alabilmesi

---

113 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 826; KÜÇÜK, 2019, s. 131; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 196; AKGÜL Şerife Yıldız, "İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zımni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyum Özel Sayısı Cevdet Yavuz'a Armağan**, 2012, s. 3412.

114 Bu ihtimal bakımından önem taşıyan bir sorun ise, idari merci tecavüzü nedeniyle yargı makamı tarafından dilekçenin idareye gönderilmesi ihtimalinde, zımni red süresinin hesabının hangi tarih dikkate alınarak başlatılacağıdır. Şöyle ki, zorunlu idari başvuru yapılmadan, doğrudan dava açılan hallerde ilk inceleme aşamasında dilekçenin yetkili idareye tevdiine karar verilecektir. Böyle bir durumda çoğu zaman mahkemenin dilekçeyi gönderdiği ya da dilekçenin yetkili idareye ulaştığı tarih ilgili tarafından bilinemeyecektir. Dolayısıyla, yetkili idarenin susmak suretiyle başvuruyu zımnen reddetme tarihinin hangi tarihten başlatılarak hesaplanacağı belirsizdir. Dilekçenin hızlı bir şekilde yetkili idareye ulaşması durumunda bu durum dava açma hakkının kaybına dahi yol açabilecektir. (HATİPOĞLU, 2015, s. 371).

115 ÖZTÜRK, s. 67.

116 Danıştay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır: *"Gümrük Kanunu'nda öngörülen idari itiraz prosedürü tamamlanmadan idari yargı yoluna başvurulamayacağı gibi, yükümlülerin itiraz başvurularının bir üst makamca otuz gün içinde karara bağlanarak sonucunun ilgilisine tebliği yasal bir zorunluluk olduğundan; bu sürenin cevapsız geçirilmesi halinde, idari başvuruların zımnen reddedildiğinin kabulü zorunludur."* (Dan.7.D., E. 2011/8642, K. 2014/1982, 10.04.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde Dan.7.D., E. 2004/3196, K. 2006/3185, 06.11.2006, DD., S. 114, s. 226; Dan.7.D., E. 2016/221, K. 2018/2342, 04.04.2018, DD., S. 149, s. 347; Dan.7.D., E. 2005/2389, K. 2007/6057, 27.12.2007, aktaran CANDAN, 2017, s. 446; Dan.7.D., E. 2010/10790, K. 2012/720, 13.03.2012; Dan.7.D., E. 2012/5254, K. 2013/2822, 23.05.2013, aktaran CANDAN, 2017, s. 447.

için öngörülmüş süreler olup, bu süreler içinde karar alınmaması başvurunun reddi anlamına gelmektedir.[117] Dolayısıyla, karar alma süresinin dolması ile birlikte işleme karşı idari yargıda dava açılabilme imkanı doğacaktır.[118]

Bu ikinci görüş, özel kanunda yer alan düzenlemeyi kendi içinde daha tutarlı kılmakla beraber, esasen kanunda belirtilmeyen bir hukuki sonucun tamamen yorum yoluyla eklenmesi nedeniyle eleştiriye açıktır.[119] Nitekim, 4754 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun şikayet başvurusunu düzenlediği 55. maddesinin dördüncü fıkrasında, süresi içinde karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini izleyen on gün içinde Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusunda bulunulabileceği açıkça öngörülmüştür. Başka bir ifadeyle, başvuru merciinin karar alma süresi içinde susmasının, başvurunun zımnen reddi anlamına geleceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kanun koyucunun idari merciin karar alma süresine böyle bir sonuç bağlamayı amaçlaması durumunda, 4754 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemede olduğu gibi, açıkça ortaya koyması mümkündür. Bu nedenle, zorunlu idari başvurulara ilişkin olarak kanun koyucunun bu yöndeki düzenlemelere yer vermemesinin bilinçli bir tercih olduğu savunulabilir.

---

[117] UYANIK Halit, "Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 678; KÜÇÜK, 2019, s. 17.

[118] Anayasa Mahkemesi de bir kararında -her ne kadar somut uyuşmazlıkta daha açık bir kanuni düzenleme bulunsa da- başvuru merciinin karar süresi içinde bir cevap vermemesinin zımni red oluşturacağına açıkça vurgu yapmıştır. (AYM., E. 2016/143, K. 2017/23, 09.02.2017, RG. 12.04.2017, S. 30036).

[119] Nitekim Danıştay da bir kararında, zorunlu idari başvuruların söz konusu olduğu hallerde İYUK madde 10 ve İYUK madde 11 hükümlerinin genel hüküm niteliği taşımadığını ve uygulanmasının mümkün olamayacağını açıkça vurgulamıştır: "*mükelleflerce yasal süresi içinde yapılan itirazlar hakkında idarece bir işlem tesis edilmesi kanunun amir hükmüdür. Bir başka deyişle, idare, itiraz üzerine bir işlem tesis etmek, tesis ettiği işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu hale gelebilmesi için de bunları ilgisine tebliğ etmek zorundadır. Aksi halde, yani işlem tesis etmedikçe, idarenin yükümlüler aleyhine takip ve tahsile kalkışması mümkün değildir. Bu ilkenin doğal bir sonucu da, 1615 sayılı Kanunda idareye tanınan süreler geçse dahi, vaki itirazlar karara bağlanıp tebliğ edilmedikçe ilgililer tarafından itirazın cevap verilmemek suretiyle zımnen reddedildiğinden bahisle yargı yoluna başvurulamayacağıdır. Zira, gümrük mevzuatımızda idari başvuru yolları, itirazın şekil ve şartları özel olarak düzenlenmiş olup, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11'inci madde hükümlerinin itiraz prosedürünün işleyişinde uygulanma olanağı bulunmamaktadır*." (Dan.7.D., E. 1995/7153, K. 1997/1188, 19.03.1997, DD., S. 94, s. 436). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Dan.7.D., E. 2004/1536, K. 2004/2443, 14.10.2004; Dan.7.D., E. 2002/2977, K. 2004/2529, 21.10.2004; Dan.7.D., E. 2009/7853, K. 2011/308, 27.01.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Zorunlu idari başvurularda İYUK madde 11 hükmünde öngörülen zımni red mekanizmasının işletilmemesine dayanak bir diğer gerekçe ise, başvuru merciinin kararına kadar ortada kesin ve yürütülebilir bir işlem bulunmadığına ilişkin -aşağıda incelenecek olan- Danıştay içtihadıdır. Amaçsal yorumdan harekete geçen bu anlayışa göre, İYUK madde 11 başvuruları kesin ve yürütülebilir nitelikteki idari işlemlerin hukuk düzeninden kaldırılması için yapılan ve idari yargıya alternatif bir hukuki yoldur. Nitekim, idari işlem hakkında işlemeye başlamış olan dava açma süresi İYUK madde 11 başvurusu üzerine duracak, başvurunun açıkça ya da zımnen reddi üzerine kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacaktır.[120] Bu bakımdan zımni red müessesesinin amacı, kendisine İYUK madde 11 başvurusu yapılan idari merciin susmak suretiyle dava açma imkanını ortadan kaldırmasının önüne geçilmesidir. Bu ikinci görüşe göre, zorunlu idari başvurunun öngörüldüğü hallerde, başvuru merciinin vereceği karara kadar kesin ve yürütülebilir bir işlemin varlığından bahsedilemeyeceğinden, ilgilinin bir hakkının ya da menfaatinin zedelenmesi söz konusu olmayacaktır.[121] Dolayısıyla, başvuru merciinin susmak suretiyle dava yolunu kapatmasından veya başvuruya konu idari işlemin ilgilisi üzerinde hukuki sonuç doğurmasının önlenememesinden söz edilemeyecektir. Bu yaklaşımın benimsenmesi durumunda, zorunlu idari başvuru üzerine yetkili merciin tamamen veya kısmen red cevabı vermemesi durumunda ilgilinin -60 günlük süre içinde cevap verilmemek suretiyle talebin zımnen reddedildiği gerekçesiyle- dava açması mümkün olmayacaktır. Danıştay da yakın tarihli bir kararında bu görüşü benimsemiştir.[122]

İYUK madde 11 hükmünde öngörülen esasların uygulanabilirliği çerçevesinde cevap arayan bir diğer soru da, zorunlu idari başvuru yapılan hallerde, henüz başvuru makamı tarafından cevap verilmeden ya da -kabulü halindezımni red süresi dolmadan önce idari yargıda dava açılması durumunda mahkemenin ne yönde karar vermesi gerektiğidir.

İYUK madde 11 başvurusu yapılan hallerde, henüz başvuru makamı tarafından cevap verilmeden ya da zımni red süresi dolmadan idari yargıda dava

---

120 Bu görüşü destekleyen Anayasa Mahkemesi kararı karşı oy yazısı için bkz. AYM., E. 2016/143, K. 2017/23, 09.02.2017, RG. 12.04.2017, S. 30036.

121 UYANIK, 2014, s. 677.

122 Dan.5.D., E. 2019/428, K. 2019/1770, 07.03.2019, RG., 04.07.2019, S. 30821. Aynı yönde Dan.7.D., E. 1995/7153, K. 1997/1188, 19.03.1997, DD., S. 94, s. 436; Dan.8.D., E. 2007/7072, K. 2007/7510, aktaran SEZER / BİLGİN, 2008, s. 354.

açılabilirliği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki ilk görüş, ihtiyari bir imkan olan İYUK madde 11 başvurusunun yapılmasının, idari yargıda dava açma hakkını kısıtlamadığını savunmaktadır. İlgilinin eş zamanlı olarak hem idari yargıda dava açması hem de İYUK madde 11 başvurusu yapması mümkündür.[123] İkinci görüş ise, dava açma süresi içinde İYUK madde 11 başvurusu yapılması durumunda, başvuru açıkça ya da zımnen reddedilmeden dava açılmasının mümkün olmadığını; açılan davaların idari merci tecavüzü nedeniyle ilk inceleme aşamasında reddedilerek dosyanın ilgili mercie tevdi edilmesi gerektiğini savunmaktadır.[124] Nitekim Danıştay'ın ağırlıklı içtihadı da bu yöndedir.[125]

Üçüncü görüş ise, süresinden önce açılması ya da idari merci tecavüzü sebebiyle davanın reddedilmemesi gerektiğini, dilekçenin başvuru tarihine göre hesaplanan zımni red süresinin sonuna kadar bekletilmesini, başvuru mercii tarafından halen cevap verilmemesi ya da red cevabı verilmesi durumunda dosyanın esastan incelenmesini, aksi durumda davanın reddedilmesi

---

123 DURAN, 1946, s. 143, CANDAN, 2017, s. 455; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 813; ASLAN ve diğ., 2019, s. 169; KARAHANOĞULLARI, 2019, s. 304; KAPLAN, 2011, s. 314; AYAYDIN, 2008, s. 740: EROĞLU DURKAL, 2018, s. 184; SEZER / BİLGİN, 2008, s. 360; KAĞITÇIOĞLU, 2017, s. 239; DENİZ / BOZ / GÜRKAN, 2013, s. 49; KÜÇÜK, 2019, s. 79. Kanun koyucunun dava açma imkanını idari merciin kararına kadar ertelemeyi amaçlaması durumunda bu hususun açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Nitekim ihtiyari bir başvuru imkanı olan 695 sayılı KHK'nin 12. maddesinde düzenlenen sulh başvurusu sonuçlanmadan dava açılamayacağı aynı maddenin ikinci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Aynı yönde: "*Yönetmeliğin 47. maddesinde belirtilen itiraz yoluna başvurulması zorunlu bir idari prosedür olmadığından bu yola başvurulmasının idari işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceği, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava açma hakkını da kullanabileceği açık olup buna göre davacının iki yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması ve bu cezanın aylığından 1/4 oranında kesinti yapılması suretiyle uygulanması yolundaki dava konusu işlemin hukuki sonuçları göz önüne alındığında bu işlemin kesin bir işlem olduğu ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebileceği anlaşıldığından (...)*" (Dan.12.D., E. 2003/380, K. 2003/2077, 07.07.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde, Dan.9.D., E. 2009/4653, K. 2012/764, 16.02.2012; Dan.4.D., E. 2007/3301, K. 2008/3554, 13.10.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yine, bu yöndeki daha eski tarihli bir Danıştay kararı için bkz. Dan.5.D., E. 1939/3473, K. 1944/306, 11.02.1944, DKD., S. 27, s. 18.

124 YILDIRIM, s. 75; BERK Kahraman, "İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler 1", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXV, S. 2, 2007, s. 42; UYANIK, 2014, s. 680; ÖZKAN, 2014, s. 94.

125 Dan.9.D., E. 1982/1371, K. 1984/1438, 28.02.1984; Dan.7.D., E. 2009/7853, K. 2011/308, 27.01.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.8.D., E. 1989/606, K. 1989/630, 29.06.1989, DD., S. 76-77, s. 583; Dan.4.D., E. 2007/3301, K. 2008/3354, 13.10.2008, DD., S. 121, s. 206.

gerektiğini savunmaktadır.[126] Bu yaklaşımla, idari yargı mercii tarafından aynı hususta iki defa inceleme yapılması gibi bir durumun önüne geçilerek uyuşmazlık daha kısa süre içinde esastan incelenebilmektedir.

İYUK madde 14 ve 15 düzenlemelerinin lafzi olarak yorumlanması durumunda, dava tarihinde zorunlu idari başvuru sürecinin tamamlanmış olması gerekmekte olup, bu süreç tamamlanmadan yargı yoluna başvurulması durumunda idari merci tecavüzü oluşacaktır. Dolayısıyla dava tarihinde zorunlu idari başvurunun açıkça ya da zımnen reddedilmiş olması gerekmektedir.[127] İlgilinin idari başvuru yapmadan doğrudan dava açması durumunda, kanunun lafzına uygun olarak idari mercie tevdi kararı verilmesi isabetli olacaktır. Danıştay da yakın tarihli kararlarında zorunlu idari başvuru yapıldıktan sonra idarenin cevap verme süresi beklenmeden dava açılması halinde de idari merci tecavüzünün oluşacağını kabul etmiştir.[128] Buna karşılık, Danıştay'ın tercihini kanunun lafzından ziyade usul ekonomisinden yana kullandığı kararları da bulunmaktadır.[129] Şöyle ki, dava tarihinde zorunlu idari başvurunun henüz yanıtlanmamış ve zımni red süresinin de dolmamış olması durumunda, Danıştay dilekçenin idari mercie gönderilmesine karar vermeyip zımni red süresinin dolmasını beklemektedir. Bu ihtimalde, zımni red süresi içinde idare tarafından herhangi bir cevap verilmemesi ya da davanın esastan reddedilmesine yönelik savunma yapılması durumunda, dilekçe idari merci tecavüzü nedeniyle yetkili mercie gönderilmeden esastan incelenecektir.[130]

---

126 SEZGİNER, 1996, s. 424. Keza Danıştay da oldukça eski tarihli bir kararında, dava tarihinde kesinleşmemiş olan bir işlemin dava sırasında kesinleşmesi durumunda, yargıya başvuru tarihindeki sakatlığın davanın reddi sebebi oluşturmayacağına hükmetmiştir. (Dan.5.D., E. 1939/3474, K. 1944/306, 11.02.1944, DKD., S. 27, s. 18).

127 EROĞLU DURKAL, 2018, s. 76.

128 Dan.13.D., E. 2009/3347, K. 2014/559, 26.02.2014; aynı yönde Dan.13.D., E. 2011/2818, K. 2011/4174, 03.10.2011, UYAP (Erişim: 20.02.2020).

129 Bu içtihadı destekleyen öğretideki görüş için bkz. EROĞLU DURKAL, 2018, s. 200.

130 "*Her ne kadar vergi mahkemesince itiraz neticelenmeden dava açılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de; idarenin itiraza verdiği cevabın dava karara bağlanmadan önce mahkemenin bilgisi dahiline girmesi nedeniyle uyuşmazlığın esastan çözümü için gerekli bilgi, belge ve şartların oluşması karşısında vergi mahkemesince yazılı gerekçe ile verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır*." (Dan.7.D., E. 1989/4614, K. 1992/1800, 26.05.1992, DD., S. 86, s. 365). *"(...) gümrük müdürlüğünün işleminin yerinde bulunduğunun, dava devam ederken davacıya bildirilmiş; dolayısıyla itiraz prosedürünün tamamlanmış olduğunun anlaşılması ve dava dilekçesine verilen savunma dilekçesinde de davacının ek tahakkuka yönelik iddiaları karşılanmak suretiyle davalı idarenin yapılan tahakkukun hukukiliği hakkındaki iradesinin ortaya konulmuş olması karşısında; buna gerek bulunmamaktadır."*

Başvurunun ihtiyari nitelikte olması durumunda, dava açabilme imkanının idarenin yanıtına kadar ertelenmesi, hak arama hürriyeti bakımından dayanaksız bir sınırlama teşkil etmektedir. Ancak, zorunlu idari başvurunun öngörüldüğü hallerde ulaşılmak istenen amaç, idari işlemin başka bir idarenin iradesi de devreye girdikten sonra dava konusu edilebilir hale gelmesidir. Bu nedenle, idari mercie başvuru yapılması tek başına bir anlam taşımamakta, bu merciin iradesini ortaya koyması da gerekmektedir. Dolayısıyla, başvuru merciinin yanıtı beklenmeksizin açılan davalarda, dilekçenin idari mercie tevdiine karar verilmesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

B. Zorunlu İdari Başvuruların Sonuçlandırılmasında İYUK Madde 11 Dışındaki Düzenlemelerde Yer Alan Bazı Esasların Uygulanabilirliği

Zorunlu idari başvurular, her ne kadar özel nitelik taşısalar da, idareye yöneltilmiş bir talep niteliğinde olduğundan, idari başvurulara ilişkin genel düzenlemelerin, bu hallerde de uygulanabilirliğinin ayrıca değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Zira, zorunlu idari başvurulara dair düzenlemeler çoğu zaman eksiklik ve boşluklar içermekte, bunların doldurulması ise yargı makamlarına düşmektedir. Bu boşlukların doldurulmasında idari başvurulara ilişkin genel düzenlemelerin kıyasen uygulanabilirliği değinilmesi gereken bir husustur. İdari başvurulara ilişkin genel düzenlemeler ise, 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'dur.[131] Her ne kadar, her iki düzenlemede de halihazırda var olan bir idari işleme karşı ileri sürülebilecek taleplere yönelik esaslar yer almasa da, idareye yapılan başvurular hakkında sonuçlar öngörüldüğü de açıktır.

İhtiyari idari başvurularda olduğu gibi, zorunlu başvurularda da bazı hallerde başvuru mercii kanunda sonuçları öngörülmüş olanlardan farklı davranışta bulunabilir. Bu ihtimallerde, uygulaması daha yerleşik hale gelmiş İYUK madde 11 başvurularında dahi idarenin tutumunun sonuçları belirsiz ya da muğlak olabilmektedir. Bu nedenle idarenin sergilediği bu farklı davranışların zorunlu başvuruların hukuki niteliği ve sonuçları çerçevesinde ayrıca ele alınması gerekmektedir.

(Dan.7.D., E. 1997/176, K. 1997/4900, 23.12.1997, DD., S. 96, s. 322). Aynı yönde Dan.7.D., E. 1995/1453, K. 1997/3660, 22.10.1997, DD., S. 95, s. 393; Dan.10.D., E. 1994/3694, K. 1995/498, 09.02.1995, BAL / KARABULUT / ŞAHİN, 2003, s. 528.

131 İŞÇİ, 2019, s. 54.

İlk ihtimalde, zımni red süresi dolduktan sonra başvuru makamı tarafından verilen cevabın dava açma süresi üzerindeki etkisi uygulama bakımından sorun yaratan bir hususdur. Bu ihtimalde yargı merciine, kanunda böyle bir cevaba herhangi bir sonuç bağlanmamış olması nedeniyle davayı süreden reddetme ile İYUK madde 10/2 hükmünün son cümlesini kıyasen zorunlu idari başvurularda uygulama seçeneğini kullanma bakımından takdir yetkisi verildiği söylenebilir.

Genel nitelikli bir yol olan İYUK madde 11 başvurusunun yapılması üzerine altmış gün içinde yanıt verilmemesi ve fakat bu süre dolduktan sonra red cevabının ilgiliye tebliğ edilmesi durumunda, başvuru merciinin cevabının dava açma süresi bakımından etki yaratabilirliği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Danıştay içtihadıyla uyumlu olarak öğretideki ağırlıklı görüş, bu soruyu olumsuz yanıtlamaktadır.[132] Buna göre, İYUK madde 10 düzenlemesinde kanun koyucu zımni red süresi dolduktan sonra gelen cevaba bir sonuç bağlayıp, İYUK madde 11 başvurusu bakımından aynı sonucu öngörmeyerek bilinçli bir tercihte bulunmuştur. Keza, İYUK madde 10'daki bazı usuli sonuçların üst makama (ya da işlemi tesis eden idareye) başvurulması durumunda da uygulanmasını sağlayan herhangi bir atıf da 2577 sayılı

---

[132] Dan.VDDK., E. 1991/2, K. 1991/98, 08.11.1991, DD., S. 84-85, s. 107; Dan.7.D., E. 1997/4459, K. 1999/496, 11.02.1999, DD., S. 101, s. 578; Dan.VDDK., E. 1994/330, K. 1996/42, 26.01.1996, DD., S. 92, s. 287; Dan.İDDK., E. 2015/4067, K. 2017/841, 27.02.2017, DD., S. 147, s. 444; Dan.4.D., E. 1985/2569, K. 1985/1931, 11.07.1985, DD., S. 60-61, s. 208; Dan.5.D., E. 1991/3142, K. 1992/226, 06.02.1992, DD., S. 86, s. 303; Dan.6.D., E. 2015/10767, K. 2017/1475, 07.03.2017, aktaran BİLGİN, 2018, s. 229; Dan.6.D., E. 1972/4399, K. 1973/3923, 03.11.1973, DD., S. 14-15, s. 314. Aynı hususun vurgulandığı karar için bkz: "*(...) dava, başvuruya cevap verilmeyen hallerde davacının idareye başvurduğu tarihten önceki son uygulama tarihinden itibaren 120 gün geçirilmeden açılmış ise, davanın açıldığı tarihten geriye doğru 120 günü geçmemek koşuluyla, başvuru tarihinden geriye doğru 60 günlük süre içindeki "ilk uygulama" esas alınarak davacı isteminin esasının incelenmesi gerekecek; davacının idareye başvurduğu tarihten önceki son uygulama tarihinden itibaren 120 günlük, ya da idarenin cevabının tebliğ tarihinden itibaren, başvuru tarihine kadar işlemiş süreyle birlikte 60 günlük süreler geçtikten sonra açılmış olan davalarda ise ancak, dava tarihinden geriye doğru 60 günlük süre içinde kalan ilk uygulamadan başlayan zararın tazminine ilişkin istek incelenebilecektir*." (Dan.2.D., E. 2011/4692, K. 2011/5030, 28.10.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Öğretide bu yöndeki görüşler için bkz. CANDAN, 2017, s. 459; GÖZÜBÜYÜK / TAN, 2016, s. 865; KARAHANOĞULLARI, Onur, "Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi)", http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf, s. 4. (Erişim Tarihi: 11.02.2020); BİLGİN, 2018, s. 220.; UYANIK, 2014, s. 681; ÖNGÖREN, 1990, s. 44; ERDEM KARAHANOĞULLARI, 2003, s. 112; DENİZ / BOZ / GÜRKAN, 2013, s. 56.

Kanun'un lafzında yer almamaktadır.[133] Bu nedenle zımni red süresi dolduktan sonra başvurunun açıkça reddedilmesi, İYUK madde 11 başvuruları yönünden bir anlam ifade etmemektedir. Bu durumda dava açma süresi zımni red tarihi dikkate alınarak hesaplanacaktır.

Danıştay bazı kararlarında ise zımni red süresi dolduktan sonra gelen cevapları ikili bir ayrım çerçevesinde değerlendirmektedir. Buna göre, zımni red süresi dolduktan sonra gelen red cevabı üzerine, dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlamayacaktır. Buna karşılık, verilen yanıtın yeni bir işlem tesisine yönelik olması durumunda, başvuru merciinin işlemine karşı yeni bir dava açma süresi başlayacaktır.[134] Dikkat edilmelidir ki, bu ikinci ihtimalde durmuş olan dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması değil, yeni işleme karşı başlatılmış yeni bir süre söz konusudur.[135]

Öğretideki diğer görüş ise, bu ihtimalde İYUK madde 10 hükmünü genel nitelikli sonuçlar yaratacak şekilde yorumlayarak, İYUK madde 11 çerçevesinde yapılan başvuruların zımnen reddedilmesinden sonraki bir tarihte gelen cevap üzerine dava açma süresinin kaldığı yerden yeniden işlemeye başlayacağını ileri sürmektedir.[136] Bu yaklaşımın benimsendiği yakın tarihli yargı kararları da mevcuttur.[137]

---

[133] Bu görüş 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinde yer alan düzenlemenin, aynı Kanun'un 11. maddesinde yer almadığına vurgu yaparken, yargılama usulü kurallarında kanunilik ve kıyas yasağının vurgulandığı 1944 tarihli bir Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararına atıf yapmaktadır: "*Kanunun tayin ettiği müddetleri kıyas ve istidlal yolu ile hakimin içtihatlarıyla tezyid ve tenkise imkan olmayacağı ve bu kabil müddetlerin kat'ı ve tadil hususunun ancak kanunun müsaadesine mütevakkıf bulunduğu hukuken kabul edilmiş bir kaidedir. Kanunda gösterilen müstesna hallerden başka hakimin kanunen tayin edilen müddetleri tezyid ve tenkis edemeyeceği (...)*" (Dan.DDGK., E. 1941/1, K. 1944/138, 08.12.1994, aktaran ÖNGÖREN, 1990, s. 44).

[134] KAPLAN, 2011, s. 299; DENİZ / BOZ / GÜRKAN, 2013, s. 48. Hatta Danıştay bir kararında 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca yapılan başvurunun kabul edilerek yeni bir işlem tesis edilmesi durumunda, bu yeni işleme karşı da İYUK madde 11 başvurusunun yapılabileceğine hükmetmiştir. (Dan.10.D., E. 2005/9100, K. 2007/1765, 10.04.2007, DD., S. 117, s. 290).

[135] Dan.6.D., E. 1998/1839, K. 1999/2054, 20.04.1999; Dan.5.D., E. 1991/3142, K. 1992/226, 06.02.1992, aktaran BİLGİN, 2018, s. 221; Dan.10.D., E. 2005/9100, K. 2007/1765, 10.04.2007, DD., S. 117, s. 291; Dan.10.D., E. 2004/13105, K. 2007/258, 31.01.2007, UYAP (Erişim: 16.02.2020); Dan.12.D., E. 1968/2437, K. 1969/611, 29.03.1969, UYAP (Erişim: 16.02.2020).

[136] SEZGİNER, 1996, s. 437; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 817; YILDIRIM, 2010, s. 421; SANCAR, 1990, s. 85; KÜÇÜK, 2019, s. 71; YILDIZ AKGÜL, 2012, s. 3411.

[137] Dan.6.D., E. 2013/3077, K. 2016/1160, 16.03.2016, aktaran BİLGİN, 2018, s. 232.*"(...) 11. Maddenin 3. Bendinde 'isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde' dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Maddenin 3. Bendi açıkça iki olası-*

Aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşan diğer görüş ise, İYUK madde 11 hükmünü lafzi olarak değerlendirmektedir. Buna göre, İYUK madde 11/3 uyarınca başvurunun "*reddedilmesi*" veya "*reddedilmiş sayılması*" halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır. Burada kullanılan "*veya*" bağlacı iki ayrı ihtimale işaret etmektedir. Başvuruya altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı İYUK madde 11/2 hükmünde açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla başvuru üzerine idarenin altmış gün süreyle susması üzerine dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacaktır. Buna karşılık "*veya*" bağlacından kaynaklanan ikinci ihtimalde, yalnızca "*isteğin reddedilmesi*" durumundan söz edilmekte, bu red işleminin altmış günlük süre içinde yapılması gerektiği ise belirtilmemektedir. Bu nedenle lafzi yorumla "*istemin rededilmesi*" ihtimalinin gerçekleştiği zaman dilimi dikkate alınmaksızın İYUK madde 11/3 hükmü uyarınca dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması gerekmektedir.[138]

Danıştay, özel kanunlarda düzenlenen ihtiyari nitelikteki idari başvurulara ilişkin içtihadında, zımni red süresi dolduktan sonra gelen red cevabının dava açma süresini canlandırmayacağını kabul etmektedir.[139] Daha yakın

---

lıktan söz etmektedir: 'reddedilme' (açık ret) ve 'reddedilmiş sayılma' (zımni ret). Bu hükmü, idareden altmış günlük zımni ret süresinden sonra gelen açık yanıtlar dava açma hakkı vermez şeklinde anlamlandırmak hükmün bir kısmını uygulanamaz hale getirmektedir. Böyle yorumlandığında hükmün 'veya' bağlacından önceki kısmı gereksiz hale gelmektedir. Maddede, idari işleme karşı dava yoluna gitmeden önce itiraz eden kişilerin, idarenin anayasal yükümlülüğünü yerine getirmemesinden (...) kaynaklanabilecek her türlü kaybını önlemek için her olasılık düzenlenmiştir. İdarenin açık yanıtının zımni ret süresi içinde gelmiş olmasını öngören böyle bir sınırlama getirilmemiştir. (...) Zımni ret süresi geçtikten sonra, artık elinde bir zımni ret işlemi olan kişinin altmış gün içinde dava açması yasal hakkıdır. (...) Dava açma süresi içinde yapılan başvurularda idarenin sessiz kalarak dava hakkını engelleyememesi için getirilmiş olan zımni ret uygulamasından kaynaklanan bu hakkını, idari yargının karmaşık kuralları hakkındaki bilgisizliği, profesyonel yardımdan yararlanma olanağının bulunmaması veya idareye güven gibi herhangi bir nedenle kullanamayan kişinin; idare tarafından bu süreden sonra gönderilen açık ret işleminden sonra da dava açma imkanı bulunmaktadır. (...) Başvuruya, yetkili organ tarafından sonradan verilen cevap üzerine, ilgilisinin cevabın tebliğinden itibaren süresi içinde dava açabileceği açıktır." (İstanbul BİM.4.İDD., E. 2017/2003, K. 2017/1262, 20.12.2017, UYAP [Erişim: 16.02.2020]). Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Dan.10.D., E. 1997/6406, K. 1998/6038, 23.11.1998, aktaran BAL / KARABULUT / ŞAHİN, 2003, s. 164; Dan.6.D., E. 2013/673, K. 2015/1617, 18.03.2015, DD., S. 138, s. 481; Dan.12.D., E. 1968/2437, K. 1969/611, 29.03.1969, DKD., S. 131-134, s. 543.

138 KARAHANOĞULLARI, s. 8; BAĞRIAÇIK, 2018, s. 92; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 187.

139 Dan.6.D., E. 1997/5279, K. 1998/4592, 15.10.1998, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

tarihli bir kararında ise Danıştay, özel kanunda düzenlenen ihtiyari başvuru yoluna başvurulması ve fakat idarenin zımni red süresi dolduktan sonra istemi reddetmesi durumunda, idare tarafından verilen red cevabının dava açma süresini canlandıracağına hükmederek yerleşik içtihadından dönmüştür:[140] "*(...) ilgilinin haklarının zımni ret süresi ile sınırlandırılması yukarıda verilen yasal düzenlemelere (Anayasa 40 ve 74) uygun görülmemiştir. (...) zımni ret (...) idarenin keyfi olarak vatandaşın başvurusunun bekletilmesine karşı getirilmiş bir güvence olup, idarenin yanıt verme yükümlülüğünü kaldıran bir durum değildir. (...) Zımni ret sonunda dava açma hakkını kullanmayan birinin, idarenin sonradan vermiş olduğu ret cevabı üzerine dava açma hakkını kullanması Anayasa'nın 74 ve 125. maddelerinin vermiş olduğu hakkın bir gereğidir. (...) İdarenin cevap vermemek suretiyle, hak arama özgürlüğünün kullanılmasına engel olması zımni ret müessesesi ile ortadan kaldırılmıştır. (...) Zımni ret süresi sonundan itibaren başlayan dava açma süresi geçtikten sonra idareden gelen açık cevap üzerine süresi içinde dava açılabilecek olup, Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrası gereği bu duruma herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. (...) idare dava açma süresi içinde yapılan başvuruya açıkça ret cevabı verebilir. Bu cevap dava açma süresini başlatır. Bu cevabın altmış günlük dava açma süresi içinde verilmemesi sebebiyle oluşan zımni retten sonra idarenin vermiş olduğu açık ret cevabının dava açma hakkı vermeyeceği şeklinde hükmü yorumlamak, hükmün bir kısmını uygulanamaz hale getirmektedir. Böyle yorumlandığında hükmün "veya" bağlacından önceki kısmının anlamı kalmamaktadır. İdari işleme karşı dava açmadan önce idareye başvuran kişilere, Anayasa'nın 74. maddesine göre idarenin yanıt vermesi zorunlu olduğundan, idarenin açık yanıtının zımni ret süresi içinde gelmesi gerektiğine dair bir sınırlama madde metninde yer almamaktadır*."

İhtiyari nitelikteki İYUK madde 11 başvurusu ile zorunlu idari başvuruların nitelik yönünden farklılığına dikkat çeken öğretideki ilk görüş, İYUK madde 10/2 hükmünde düzenlenen "*geç gelen cevap*" ihtimalinin zorunlu idari başvurularda da uygulanabileceğine vurgu yapmaktadır. Bu görüşe göre, İYUK madde 11 başvurusu, kesin ve yürütülebilir nitelikteki idari işlemlere karşı yapılabilen ve idari yargıya alternatif bir imkandır. Bu çerçevede İYUK

[140] Dan.6.D., E. 2013/673, K. 2015/1617, 18.03.2015, aktaran KÜÇÜK, 2019, s. 121. Bu yöndeki başka bir karar için bkz. Dan.13.D., E. 2015/3387, K. 2015/3727, 02.11.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

madde 11 başvurusunun amacı, zaten var olan bir idari işlemin etkilerinin hukuk düzeninden kaldırılmasıdır. Buna karşılık, zorunlu idari başvurunun amacı dava konusu edilebilir bir idari işlem tesis edilmesinin sağlanmasıdır. Keza, zorunlu idari başvuru usulü işletilmeden ortada dava konusu edilebilir bir işlemden de bahsedilemeyecektir. Bu bakımdan zorunlu idari başvuru, nitelik yönünden İYUK madde 10 başvurusuyla daha fazla benzerlik taşımaktadır.[141] Dolayısıyla, dava konusu edilebilir bir idari işlem tesis edilmesi istemiyle yapılan İYUK madde 10 başvurusunun tabi olduğu rejimin zorunlu idari başvurular bakımından da hiç olmazsa kıyasen uygulanması gerekir. Nitekim Danıştay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır:[142] *"davacının, adına karara bağlanan para cezasına karşı yaptığı itiraz başvurusuna, Gümrük Kanununun 242'nci maddesinde öngörülen 30 günlük süre içinde cevap verilmemek suretiyle oluşan zımni ret işleminin süresi içinde dava konusu yapılmadığı, ancak, dava açma süresinin geçirilmesinden sonra, başvuru hakkında idarece işlem tesis edilerek tebliğ edildiği hallerde izlenecek usullere dair herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 2577 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde yer alan, idareye yapılan başvuruların cevap verilmemek suretiyle reddine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle dava açılmaması veya açılan davaların süreden reddi hallerinde, bekleme süresinin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren idari dava açma süresi içinde dava açılabileceği yolundaki hükmün uygulanması gerekir."*

İkinci olarak, süresi içinde ve yetkili makama yapılan zorunlu idari başvuru üzerine, karar verme süresi içinde verilecek kesin olmayan cevabın da dava açma süresi bakımından etkisine ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır. Zımni red süresi içinde idarenin kesin bir cevap vermemesi, kesinlik içermeyen bir cevapla başvuruyu sürüncemede bırakması ihtimaline özgü olarak İYUK madde 10'da birtakım sonuçlar öngörülmüştür. Buna göre, *altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir.*

Zımni red süresi dolduktan sonra gelen cevaba ilişkin açıklamalarımızla paralel olarak, öğretideki ağırlıklı görüş yukarıda zikredilen düzenlemenin yalnızca İYUK madde 10 başvuruları bakımından uygulanabileceğini savun-

---

141 ÖZTÜRK, 2015, s. 27; İŞÇİ, 2019, s. 56; KARAHANOĞULLARI, s. 9.

142 Dan.7.D., E. 2011/7700, K. 2012/3050, 12.06.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Dan.7.D., E. 2012/1405, K. 2013/1620, 04.04.2013, aktaran CANDAN, 2017, s. 447.

maktadır.[143] Bu doğrultuda, İYUK madde 11 başvuruları bakımından kesin olmayan cevaba ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmaması bilinçli bir tercihtir. Dolayısıyla, başvuru üzerine zımni red süresi içinde kesin olmayan yanıt verilmesinin idari yargılama usulü bakımından herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bu bakımdan, gerek başvuru makamının red işleminin ve gerek dava açma süresinin tespiti yönünden kesin olmayan cevap dikkate alınmayacaktır. Nitekim Danıştay'ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir.[144]

İYUK madde 10 düzenlemesinin uygulamasını geniş yorumlayan, öğretideki diğer görüş ise, kesin olmayan cevaba ilişkin İYUK madde 10'da yer alan düzenlemenin İYUK madde 11 başvuruları bakımından da uygulanabileceğini kabul etmektedir.[145] Bu görüşe göre, zımni red süresi içinde kesin olmayan cevap verilmesi ihtimalinde, başvurucunun seçimlik imkanı bulunmaktadır: kesin olmayan cevap başvurunun reddi olarak kabul edilerek, bu tarih itibarıyla dava açma süresi kaldığı yerden itibaren yeniden işletilebilir. İkinci imkan ise başvuru merciinin kesin cevabının beklenmesidir. Bu yönde hareket edilmesi halinde, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren azami bekleme süresi altı ay olacaktır. Altı aylık bekleme süresi içinde kesin cevabın gelmesi halinde bu tarih; altı aylık süre içinde herhangi bir cevap gelmemesi durumunda ise sürenin dolduğu tarih itibariyle, durmuş olan dava açma süresi yeniden işlemeye başlayacaktır.

Zorunlu idari başvurularda da bu ihtimalde İYUK madde 10/2 hükmünün son cümlesinin kıyasen uygulanabileceği öğretide -zımni red süresi dolduktan sonra başvuru makamı tarafından verilen cevaba ilişkin açıklamalarımızda belirtilen gerekçelerle- savunulmaktadır.[146] Nitekim Danıştay'ın içtihadı da bu yöndedir:[147] "*davacının vergilere karşı yaptığı düzeltme başvurusu üzerine,*

---

143 AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 815; AYAYDIN, 2008, s. 751; EROĞLU DURKAL, 2018, s. 182; KAPLAN, 2011, s. 279; ZABUNOĞLU Yahya K., "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990**, Danıştay Matbaası, 1991, s. 206; BİLGİN, 2018, s. 221; ESİN, 1976, s. 458; SEZER / BİLGİN, 2008, s. 354.

144 Dan.İDDK, E. 2006/133, K. 2006/763, 23.06.2006, DD., S. 114, s. 85. Aynı yönde Dan.5.D., E. 1987/731, K. 1987/1307, 21.10.1987, aktaran SEZGİNER, 1996, s. 436; Dan.12.D., E. 1973/700, K. 1975/54, 14.01.1975, aktaran ESİN, 1976, s. 459; Dan.13.D., E. 2005/7722, K. 2005/6037, 19.12.2005; Dan.İDDK., E. 2006/133, K. 2006/763, 23.06.2006, aktaran KÜÇÜK, 2019, s. 115.

145 SEZGİNER, 1996, s. 436; SANCAR, 1990, s. 85; KÜÇÜK, 2019, s. 116.

146 ÖZTÜRK, 2015, s. 68; İŞÇİ, 2019, s. 56.

147 Dan.7.D., E. 2009/8413, K. 2011/6779, 06.10.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Gümrük Müdürlüğünce tesis edilen ve istemin kesin olarak reddi niteliği taşımayan işlemin tebliğ edilmesinden sonra izlenecek usulün ne olması gerektiğine dair, 4458 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 2577 sayılı Kanunun 10. maddesinde yer alan, İdareye yapılan başvuru üzerine verilen cevabın kesin olmaması halinde, ilgilisinin bu cevabı, istemin reddi sayacağı yolundaki hükmün uygulanması gerekir."

Kanaatimizce de gerek zımni red süresi dolduktan sonra gelen cevap ve gerek zımni red süresi içinde gelen kesin olmayan cevap ihtimallerinde İYUK madde 11 hükmü bakımından benimsenen içtihadın esnek yorumlanması gerekmektedir. Zira, zorunlu idari başvuruların temelinde dava açmadan önce başvuru merciinin iradesinin de alınması yatmaktadır. Başka bir deyişle, işlemin akıbeti yönünden nihai irade sahibi başvuru merciidir. Bu bakımdan, hükmün yorumlanmasında zımni red süresi dolduktan sonra dahi bu iradenin bir şekilde alınması esas alınmalıdır. Kaldı ki böyle bir yorum, idari dava açma imkanı bakımından bariyer niteliği taşıyan zorunlu idari başvuruların, mahkemeye erişim hakkına en az sınırlama getirecek şekilde uygulanmasını sağlayacaktır.

II. HUKUKİ BELİRSİZLİĞİN İDARİ İŞLEM TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE YOL AÇTIĞI SORUNLAR

İdare, kendisine yüklenen görev ve yetkileri işlemler yaparak ya da doğrudan eylemlerde bulunarak gerçekleştirebilmektedir.[148] Özel hukuk ilişkilerinden farklı olarak, çoğu zaman idare[149] tek taraflı yaptığı işlemlerle ilgililerin hukuki statüsünde değişiklik yaratabilmektedir. Hatta bu işlemler, aksi yönde hüküm kurulmadıkça hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta ve icrai nitelik taşımakta olup, ilgililer üzerinde hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, idarenin tüm işlemleri idari işlem niteliğinde değildir.

---

[148] İdari işlemler idari fonksiyonun yerine getirilmesine yönelik iradi faaliyetlerdir. Buna karşılık, idarenin eylemleri idari fonksiyonun yerine getirilmesine yönelik, iradeden soyutlanmış hareket ya da davranışlardır. Bu hareket ya da davranışlardan bazıları belli bir idari işlemin icrası amacıyla gerçekleştirilirken, diğerleri doğrudan bir idari işleme dayanmamaktadır. (GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 11. baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 122).

[149] İdari işlemlerin idare tarafından tesis edilmesi esas olmakla beraber, yasama veya yargı organının yanında özel hukuk kişilerinin de idari işlem tesis edebileceğine dair yargı kararları bulunmaktadır. (UM., E. 1999/1, K. 1999/11, 03.05.1999, RG. 08.06.1999, S. 23719).

İdari işlemden söz edilebilmesi için üç unsurun bulunması gerektiği kabul edilmektedir.[150] İşlemin taraflarından en az birinin idare olması, bu işlemin tek taraflı olarak tesis edilmesi ve ilgilisi üzerinde hukuki sonuç yaratması gerekmektedir.[151] Burada ayırt edici olan unsur kuşkusuz hukuki sonuç yaratma özelliğidir. İdare tarafından, tek taraflı olarak tesis edilmiş olmakla birlikte ilgililerin hukuki statüsünde değişiklik yapmaya elverişli (icrai) olmayan işlemlerin idari işlem olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.[152] Bu koşulların tümünü taşıyan işlemlerin idari işlem olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Bunun yanında, iptal davasına konu olabilmesi bakımından idari işlemlerin İYUK madde 14 hükmü çerçevesinde bazı şartları taşıması gerekmektedir. Yani, her idari işlem bakımından idari yargı yoluna başvurulması mümkün değildir. İYUK madde 14 uyarınca idari işlemin iptal davasına konu olabilmesi için icrai olması yeterli olmamakta, ayrıca kesin ve yürütülebilir olması gerekmektedir.[153] Bunun yanında, madde metninde açıkça "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülebilir*" bir işlemden söz edildiğinden hareketle tüm kesin ve yürütülebilir nitelikteki idari işlemlere karşı da iptal davası açılamayacağı görülmektedir. Dolayısıyla iptal davası açılabilmesi için öncelikle ortada bir idari işlemin bulunması, bu işlemin kesin, yürütülebilir ve idari davaya konu edilebilecek nitelikte olması gerekmektedir.

Başta zorunlu idari başvuru öngörülen haller olmak üzere, idari başvuru yapılan hallerde, idari işlemin icrailiği, kesinleşmesi, idari davaya konu olabilmesi gibi esas olarak birbirinden ayrı kavramların gerek içtihatta ve gerek öğretide farklı ve hatta birbirinin yerine geçecek anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Bu durum özellikle davaya konu edilecek işlemin, hasımın ve hatta yetkili yargı merciinin belirlenmesinde karmaşayı beraberinde getirmektedir.

---

150 Dan.3.D., E. 1986/1733, K. 1986/1500, 04.06.1986, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

151 "*İdari işlem, idari makamların kamu gücü ve kamu kudreti kullanarak idare işlevine ilişkin olarak tesis ettikleri, muhatapları yönünden çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır. Buna göre, idari işlemin unsurlarının "idari makamlarca yapılmış olmaları", "tek yanlı olmaları" ve "icrailik niteliğini taşımaları" olduğu anlaşılmaktadır*." (Dan. İDDGK., E. 2008/1357, K. 2009/2191, 12.11.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

152 İdari işlem tesis edilmesine yönelik hazırlık işlemleri, görüş ya da öneri niteliğindeki işlemler, idarenin salt kendi iç düzenine ilişkin işlemler idari işlem olarak kabul edilmemektedir.

153 YAYLA, s. 109; ERKUT, 2015, s. 119; KAĞITÇIOĞLU Mutlu, "İdari İşlemin İcrailiği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 103, 2012, s. 271; KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 279.

Zorunlu idari başvuruya tabi işlemler bakımından "*kesinleşme*" kavramı ayrı bir önem taşımaktadır. Bu hallerde kesinleşmenin hangi aşamada gerçekleşeceğine dair çoğu zaman mevzuatta açık hüküm bulunmamakta; düzenlemelerde yer alan *kesinleşme* ibareleri ise farklı anlamlara tekabül edebilmektedir.[154] Nitekim -aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere- bu hususta öğreti ve yargı kararlarında da görüş birliği bulunmamaktadır. Bu belirsizlik, başta idari başvurudan bir sonuç alınamaması üzerine idari davaya konu edilecek işlemin belirlenmesi olmak üzere, hasım ve yetkili yargı yerinin belirlenmesi bakımından da farklı sonuçlara ulaşılmasına yol açacaktır (B). Bu sonuçlara değinmeden önce belirsizliğin kaynağı olan "*kesinleşme*" kavramından neyin anlaşılması gerektiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir (A).

1. İdari İşlemin Kesinleşmesi Kavramı ve Sonuçları

"*Kesin olma*" ve "*yürütülebilir olma*" mevzuatta olduğu gibi[155] yargı kararlarında[156] da çoğu zaman birbirini bütünleyerek adeta tek bir unsur haline gelen, birbirinden ayrı iki özelliktir.[157] Yürütülebilir olma kavramından anlaşılması gereken, işlemin doğrudan doğruya hukuki sonuçlar yaratabilme özelliği ve yeterliliğini haiz olmasıdır.[158] Bir işlemin kesin olması ise, idarenin

---

154 YILMAZ (2017), s. 122 vd; ÖZTÜRK, 2015, s. 49.

155 Söz gelimi, 2577 sayılı İYUK madde 14 düzenlemesinde "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken*" bir işlemin varlığı ilk inceleme koşulları arasında sayılmıştır.

156 "*Kesin ve yürütülebilir işlem kavramı; işlemin tamamlanmasına yönelik idarî usûl kuralları uygulanarak yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanıp bu durumuyla uygulamaya konulan ve kendi başına hukukî sonuçlar doğurarak idarenin tek taraflı ve emredici gücüne dayanan işlem anlamına gelmekte olup, yukarıda yer verilen Kanun hükümlerinden anlaşılacağı üzere; idarî yargı yerinde iptal davası açılabilmesi için, idarî işlemin kesin ve yürütülebilir (icraî) özellik göstermesi zorunluluk arzetmektedir*." (Dan.2.D., E. 2008/849, K. 2010/255, 29.01.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde, Dan.3.D., E. 1986/1733, K. 1986/1500, 04.06.1986; Dan.İDDGK., E. 2019/596, K. 2019/4550, 17.10.2019; Dan.13.D., E. 2019/2388, K. 2019/2723, 25.9.2019; Dan.9.D., E. 2015/13563, K. 2019/2227, 20.5.2019; Dan.6.D., E. 2015/2310, K. 2019/1354, 13.03.2019; Dan.12.D., E. 2004/2725, K. 2004/4092, 15.12.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

157 "*İdare Hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler ise, kesin işlemler olarak tanımlanmaktadır*." (Dan.7.D., E. 2005/1632, K. 2006/927, 27.03.2006, DD., S. 113, s. 239).

158 ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara, 2015, s. 145; KAYA Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, 2005, s. 258.

işleminin araya başka bir iradenin girmesine gerek kalmaksızın sonuç yaratabiliyor olması anlamına gelmektedir.[159] Başka bir deyişle, başka bir idari birimin iradesinin eklenmesine ihtiyaç olmaksızın sonuç yaratabilme kabiliyetinin olması ya da tamamlanmış olmasıdır. Gerçekten de bazı işlemler esas olarak hukuki sonuç doğurma yeteneğine sahip olsa da, bu sonuçların ortaya çıkabilmesi için farklı bir idari birimin iradesini ortaya koyması gerekmektedir.[160] Bu irade olmadan idari işlemin yapılış usulü tamamlanmamakta ve nihai anlamda işlem ortaya çıkamamaktadır.

Öğretide *Erkut* kesinlik kavramını, "*idari karar alma sürecinin tamamlanarak nihai işlemin ortaya çıkması*" olarak tanımlamaktadır.[161] *Öztürk* ise, bir idari işlemin kesin olmasından, işlemdeki normatif iradenin belirgin olmasının anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.[162] Buna karşılık idari işlemin, işlemi yapan makam dışında bir merciin onayına bağlı olarak ortaya çıktığı durumlarda, bu onay alınmadıkça işlem henüz kesinleşmemiş olacaktır.[163] Da-

---

Bu bakımdan işlemin ilgililerin hukuki durumları üzerinde somut etki yaratması anlamına gelmektedir. (ÖZTÜRK, 2015, s. 50). Aynı tanımın ortaya konulduğu Danıştay kararı için bkz. "*İdari işlemin icrai (yürütülebilir) olması için ilgilinin hukuksal durumunu değiştirmesi, ilgiliyi hukuksal yönden etkilemesi gerekmektedir. İdari işlemin icrailik unsurunu değerlendirirken işlemin "kesin" ve "nihai" olması hususları üzerinde de durulması gerekmektedir*." (Dan. İDDGK., E. 2008/1357, K. 2009/2191, 12.11.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aynı yönde Dan.10.D., E. 2004/10013, K. 2005/2784, 31.05.2005; Dan.7.D., E. 2004/1493, K. 2005/589, 06.04.2005; Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

159 Danıştay da bu ayrımı bir kararında ortaya koymuştur: *"(...) idari işlemin kesinliği, idari prosedürün son aşamasının da bitirilmiş olmasını, yani hukuki sonuç yaratabilmesi için bir başka idari makamın onayına gereksinimi bulunmamasını; yürütülmesinin zorunlu olması da, hukuk düzeninde değişiklik meydana getirecek biçimde uygulanmasının gerekli olmasını ifade etmektedir."*(Dan.7.D., E. 1997/2452, K. 1998/3120, 30.09.1998, DD., S. 100, s. 358). İYUK madde 14 anlamında kesinlik kavramının değerlendirildiği başka bir kararda da *"(...) idare hukukunda, kamu gücünün, idare edilenler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etki yaratan işlemler, icrai (yürütülmesi gerekli) işlemler; idari karar alma sürecinde başkaca bir aşamadan geçmesine gerek kalmayan, yani nihai nitelikte olan işlemler"* ise kesin işlemler olarak tanımlanmıştır. (Dan.7.D, E. 1999/1760, K. 2000/67, 19.01.2000, DD, S. 104, s. 371).

160 *Erkut* vesayet işlemlerinin bu ihtimale örnek oluşturabileceğini savunmaktadır. Söz gelimi, ilgililerin hukuki durumunda değişiklik yapabilme yeteneğine sahip bir işlemin, vesayet makamının onayı olmaksızın kesinleşmesi söz konusu olmayacağından kesin ve yürütülebilir bir işlemden bahsedilemeyecektir. (ERKUT, 2015, s. 151).

161 ERKUT, 2015, s. 146.

162 ÖZTÜRK, 2015, s. 49.

163 KARAHANOĞULLARI, 2019, s. 302.

nıştay ise idari işlemin kesinleşmesinin "*hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunması, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklik meydana getirebiliyor olması*"na bağlı olduğunu bir kararında açıkça ortaya koymuştur.[164] Bu doğrultuda idari işlemin tesisine yönelik usulü işlemlerin tamamlanması, başka bir idari birimin onayı gerekmeksizin işlemin sonuç yaratabiliyor oluşu, işlemin kesinleşmesi için yeterlidir.

Görüldüğü gibi İYUK madde 14 anlamındaki kesinlik kavramı işlemin tamamlanarak ortaya çıkmasına kadarki sürecin yerine getirilmesine tekabül etmektedir. İdari işlemi tesis etme yetkisine sahip olan idarenin iradesini nihai olarak açıklamasıyla birlikte işlem kesinlik kazanmaktadır.[165] Bu bakımdan, yargı kararlarının kesinliği ya da idari işleme karşı idari veya yargısal denetim imkanının bulunmadığına dair kesinlik gibi hallerden farklıdır. Nitekim, belirtmiş olduğumuz bu ikinci ihtimalde, ortada kesin ve yürütülebilir bir işlem olmakla birlikte, bu işleme karşı idari ya da yargısal yollara başvuru imkanı bulunmamaktadır.

Birbirinden farklı anlamlarda kullanılmakta olsa da[166] mevzuatta geçen "*kesinlik*" ifadesinin çoğunlukla[167] bu ikinci ihtimaldeki "*idari anlamda kesinlik*", yani işleme karşı başvurulabilecek idari yolun bulunmaması anlamını taşıdığı kabul edilmektedir.[168] Buradaki "*kesinleşme*" terimi, iradenin

---

164 Dan.3.D., E. 1989/4241, K. 1991/2649, 17.10.1991, aktaran ODYAKMAZ / ÇINARLI / AVCIOĞLU AKSOY, 2018, s. 90. Aynı hususa vurgu yapılan başka kararlar için bkz. Dan.3.D., E. 1986/1733, K. 1986/1500, 04.06.1986, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.5.D., E. 1995/4416, K. 1996/1911, 17.05.1996, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası; Dan.2.D., E. 2008/849, K. 2010/255, 29.01.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

165 TAN Turgut, "İdarenin 'Kesin İşlemleri' ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 2, S. 4, 1969, s. 109; ERKUT Celal, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı,** 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, 1991, s. 111; YILMAZ Dilşat, **İdari İşlemin İcrailik Özelliği**, Astana Yayınları, Ankara, 2014, s. 81; KAYA, 2005, s. 257; KARAHANOĞULLARI, 2015, s. 280; ÖZTÜRK, 2015, s. 49; KAĞITÇIOĞLU, 2012, s. 274.

166 ÖZTÜRK, 2015, s. 53.

167 Söz gelimi, 3091 sayılı Taşınmaz Zilyetliğine Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesinde yer alan düzenleme bu çerçevede değerlendirilebilir.

168 ÖZTÜRK, 2015, s. 54; YILMAZ, 2017, s. 115; ZABUNOĞLU, 1991, s. 205; TAN, 1969, s. 113. aksi yönde görüş için bkz. İŞÇİ, 2019, s. 207. Bu yöndeki yargı kararı için bkz. "*Rekabet Kurulu kararlarının, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemler olduğu, bu kararlara karşı ilgililerin başvuru yollarının 2577 sayılı Kanunun 11. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olan, dolayısıyla öncelikle uygulanması gereken 4054 sayılı Kanunun 55. maddesinin birinci fıkrasında*

ortaya çıkması anlamında bir kesinliği ifade etmemektedir. İdari işlem bakımından zorunlu ya da ihtiyari idari başvuru yolu bulunsa da, başvurulan idari makamın iradesinden ya da başvuruya ilişkin sürenin tüketilmesinden önce idari işlemi yapan makam düzeyinde ortaya çıkmış/uygulanma yetisine sahip, kendi içinde idari usul sürecini tamamlamış bir irade beyanı zaten bulunmaktadır.[169] İdari anlamda kesinlik kazanmış olan işlemlere karşı ise idari başvuru yapılması mümkün olmayıp, ancak yargı önünde dava açılabilmektedir.[170] Bu bakımdan işlemin idari davaya konu olabilmesi için aranan kesinlik ile idari anlamda kesinlik halleri birbirinden ayrı anlamlara tekabül etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında idari kararların ne zaman kesinlik kazanacağının kanunda belirtilmesinin, bu işleme karşı yargı yolunun kapatılmış olduğu anlamına gelmediğini vurgulamış, idari işlemin kesinliği ile bu işleme karşı yargı yoluna başvurulabilmesinin birbirinden ayrı kavramlar olduğunu ortaya koymuştur.[171] Bu bakımdan zorunlu idari başvuruya tabi tutulan işlemin kesinliği ile idari yargıda dava konusu edilebilmesinin farklı anlama tekabül ettiği şüphesizdir.[172]

---

düzenlendiği, anılan Kanun hükmü uyarınca işlem tesis eden davalı idarenin bu işlemine karşı dava yolundan başka başvurulabilecek bir idari itiraz yolu öngörülmediği dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 17/d maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 16.11.1999 günlü Rekabet Kurulu kararının 2577 sayılı Kanunun 11'inci maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmesine olanak bulunmadığı (...)" (Dan.İDDK, E. 2003/428, K. 2005/2175, 16.06.2005, DD., S. 111, s. 79). Aksi yöndeki görüş için bkz. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 532. Aynı yönde içtihat için bkz. Dan.8.D., E. 1998/5045, K. 1999/3688, 08.06.1999, DD., S. 102, s. 490; Dan.10.D., E. 2000/1111, K. 2002/4326, 14.11.2002, aktaran GÖZÜBÜYÜK / TAN, 2016, s. 872; Dan.8.D., E. 2002/1541, K. 2003/1122, 12.03.2003, DKD., S. 2, s. 289; Dan.10.D., E. 2000/260, K. 2002/4360, 14.11.2002, DKD., S. 1, s. 411; Dan.12.D., E. 2003/783, K. 2006/473, 07.02.2006, DD., S. 113, s. 395; Dan.12.D., E. 2004/2625, K. 2005/1603, 26.04.2005, DD., S. 110, s. 343; Dan.8.D., E. 2001/4132, K. 2002/1202, 27.02.2002, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde Dan.10.D., E. 1984/971, K. 1984/2122, 18.12.1984, aktaran ÖNGÖREN, 1990, s. 32.

169 YILMAZ, 2017, s. 113.

170 Bu yöndeki Danıştay kararları için bkz. Dan.8.D., E. 1986/779, K. 1987/428, 21.10.1987, DD., S. 70-71, s. 435.

171 AYM., E. 1985/11, K. 1986/29, 11.12.1986, RG., 18.04.1987, S. 19435; aynı yönde başka kararlar için bkz. AYM., E. 2011/100, K. 2012/191, 29.11.2012, RG. 22.02.2013, S. 28567; AYM., E. 1963/205, K. 1963/123, 22.05.1963, RG. 14.08.1963, S. 11480.

172 ÖZKAN, 2014, s. 97.

2. Zorunlu İdari Başvuruların Kesinleşme Bakımından Etkisi ya da Etkisizliği

İdari işlemlerin İYUK madde 14 anlamında kesin ve yürütülebilir hale gelmesi, özellikle iptal davasına konu olacak idari işlemin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Öte yandan iptal davasına konu olacak işlemin tespiti, bu davada hasım gösterilecek idarenin ve yetkili yargı merciinin doğru belirlenmesi bakımından da ayrıca gereklidir. Söz gelimi, valiliğin bir işlemine karşı bakanlığa yapılan başvurunun reddedilmesi durumunda, kesin ve yürütülebilir işlemin valiliğin ya da bakanlığın işleminin olması ihtimallerinde farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. İlk ihtimalde, valiliğin işlemine karşı valilik hasım gösterilerek işlemin tesis edildiği ilin bağlı olduğu idare mahkemesinde dava açılması gerekecektir. Buna karşılık, kesin ve yürütülmesi gereken işlemin bakanlık tarafından verilen red kararı üzerine oluşacağının kabulü halinde, bakanlık hasım gösterilerek, işlemin tesis edildiği yer olan Ankara İdare Mahkemesi'nde dava açılması gerekecektir.

Her ne kadar gerek hasımın ve gerek yetkili yargı merciinin yanlış gösterilmesi halleri İYUK madde 15 uyarınca davanın reddedilmesine yol açmasa da, yargı yolunun hızlı ve etkili şekilde işletilmesi bakımından, davanın usulüne uygun şekilde açılması önem taşımaktadır. Buna karşılık, kesin ve yürütülebilir nitelikte işleme karşı dava açılması da İYUK madde 14 hükmünde ilk inceleme şartları arasında sayılmış olup, sözü geçen koşulun sağlanmaması durumunda İYUK madde 15 uyarınca dava reddedilecektir. Davanın reddi kararının verilmesine kadarki süreçte çoğunlukla dava konusu edilmesi gereken asıl işlem bakımından dava açma süresi kaçırılmış olacağından, kesin ve yürütülebilir işlemin yanlış tespit edilmesi nedeniyle ilgilinin dava açma hakkını kaybetmesi gibi bir durum oluşacaktır. Bu bakımdan zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde kesin ve yürütülebilir işlemin ortaya çıkma anının doğru tespiti önem taşımaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, idarenin doğrudan doğruya uygulanabilen nihai iradesini ortaya koyması ile birlikte kesin bir işlem meydana geldiği açıktır. Bu işleme karşı dava açmadan önce ihtiyari idari yollara başvurulmasının işlemin kesin niteliği ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır.[173] Bu hallerde idari başvuru yapılmadan önce ortada zaten İYUK madde 14 anlamında kesin ve yürütülebilir bir işlem bulunmaktadır.[174] İYUK

[173] YILMAZ, 2014, s. 89.

[174] ÖZTÜRK, 2015, s. 50.

madde 11 başvurusunun olumsuz sonuçlanması durumunda geriye kalan dava açma süresi içinde idari yargıda dava açılmasının mümkün olduğu öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki böyle bir ihtimalde dava konusu edilen işlem İYUK madde 11 başvurusuna konu edilen ilk işlemdir.[175] Nitekim Kanun'un lafzından açıkça anlaşılacağı üzere bu ilk işleme karşı açılacak davanın süresi yetkili mercie yapılan başvuru üzerine durmakta, başvurunun sonuçlanması ile birlikte kaldığı yerden yeniden işlemeye başlamaktadır.[176] Nitekim, bir işle-

[175] CANDAN, 2017, s. 454. Bu durum İYUK madde 11 başvurusu sonucunda yeni bir işlem tesis edilmesi durumunda farklılık arz edecektir. Şöyle ki, idari işlemin geri alınmasının veya kaldırılmasının talep edildiği hallerde, başvuru merciinin talebi kabul etmek ya da reddetmek dışında bir imkanı bulunmamaktadır. Buna karşılık, başvuru merciinin ilk işlemi kaldırarak yeni bir işlem tesis etmesi ya da değiştirmesi ihtimallerinde, ilk işlemi tesis eden idarenin iradesi kendisine başvurulan idarenin iradesiyle kısmen ya da tümüyle ikame edilmektedir. Böyle bir durumunda değiştirilen ya da yeniden tesis edilen işlem, başvuru merciinin iradesiyle oluşmaktadır.
İYUK madde 11 başvurusu üzerine yetkili merciin yeni bir işlem tesis etmesi durumunda, bu yeni işlemin ilgililere tebliği üzerine, bu işleme karşı dava açma süresi içinde yargı yoluna başvurulması gerekmektedir. Görüldüğü gibi bu ihtimalde, İYUK madde 11 başvurusu üzerine durmuş olan dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması değil; yeni işleme karşı yeni bir dava açma süresinin işlemeye başlaması söz konusudur. Danıştay bir kararında bu durumu daha da ileri götürerek, başvuru merciinin yeni bir işlem tesis etmesi durumunda, bu yeni işleme karşı da dava açma süresi içinde İYUK madde 11 başvurusu yapılabileceğini ortaya koymuştur: *"(...) idareye yapılan itirazın kabul edilerek idarece yeni bir işlem tesisi halinde ilgilinin bu yeni işleme karşı da 2577 sayılı Yasanın 11. maddesinde öngörüldüğü şekilde itiraz edebileceğinin ve itirazının reddi üzerine dava açabileceğinin kabulü gerekmektedir*." (Dan.10.D., E. 2005/9100, K. 2007/1765, 10.04.2007, DD., S. 116, s. 290; aynı yönde, Dan.12.D., E. 2003/2321, K. 2004/4188, 21.12.2004, DD., S. 110, s. 346).
İYUK madde 11 başvurusu üzerine ilk işlemin değiştirilmesi ihtimalinde ise dava açma süresi bakımından ikili bir ayrım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. İdari işlemin değiştirilmesi, aslında bu işlemin bir kısmının kaldırılarak yeni bir işlem tesis edilmesi anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda, işlemin değiştirilmeyen kısmı bakımından, başvuru mercii tarafından yeni bir idari işlem tesis edilmemiş olacağından, cevabın ilgiliye tebliğ edilmesi üzerine durmuş olan dava açma süresinin yeniden işlemeye başlaması söz konusu olacaktır. Buna karşılık, İYUK madde 11 başvurusu üzerine değiştirilen kısım esas olarak başvuru merciinin iradesiyle yapılmış olacağından, bu kısım bakımından cevabın tebliği ile yeni bir dava açma süresinin işlemeye başlaması gerekmektedir. (Dan.6.D., E. 2015/4248, K. 2016/2609, 12.05.2016, aktaran BİLGİN, 2018, s. 233).

[176] Geriye kalan sürenin hesabında İYUK madde 11 başvurusunun yapıldığı günün dikkate alınıp alınmayacağı hususunda ise Danıştay içtihadında bir tutarlılık olmadığı gibi, öğretide de görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı kararlarında Yüksek Mahkeme başvuru gününü süreden düşmekteyken, bazı kararlarında ise bu gün tamamen göz ardı edilerek süre hesaplanmaktadır. Danıştay'ın farklı yöndeki kararlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz. MURATOĞLU Tahir, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesi Kapsamındaki Başvurularda Başvuru Gününün Dava Açma Süresinin Hesabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 34, 2016, s. 8 vd.

me karşı İYUK madde 11 başvurusunun yapılması, işlemin yürütülmesini de durdurmamaktadır.[177] Keza, İYUK madde 11 başvurusunun, başvuru konusu edilen ilk işlemin kesinleşmesi üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Başvuru anında ortada kesin, yürütülebilir ve hatta dava edilebilir bir idari işlem bulunduğu açıktır.[178] Dolayısıyla, İYUK madde 11 örneğinde olduğu gibi, ihtiyari idari başvurunun olumsuz sonuçlanması durumunda dava konusu edilecek işlem ilk işlemdir.[179] Başvuru merciinin kararına karşı kural olarak dava açılamamaktadır. Başka bir deyişle, ihtiyari başvuru üzerine verilen karar, kural olarak ilk işlemin yerine geçen ve idari yargıda dava konusu edilecek yeni bir işlem oluşturmamaktadır.[180]

İhtiyari başvurular bakımından açık olan bu durum zorunlu idari başvuru öngörülen haller bakımından tartışmalıdır. Bu durumun temelinde, kuşkusuz ki zorunlu idari başvuruların çoğunlukla mevzuatta ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş olması yatmaktadır. Özellikle zorunlu olduğu Danıştay tarafından kabul edilen başvurular olmak üzere, bu hallerde çoğu zaman işlemin hangi tarihte kesinlik kazandığı, yürütülebilir hale geldiği ya da hangi işleme kar-

---

177 Ayrıca, İYUK madde 11 başvurusu idari yargıya alternatif nitelikte olduğundan, kesin ve yürütülebilir olmayan bir işleme karşı üst makama (ya da işlemi tesis eden idareye) başvuru yapılması da mümkün olmayacaktır.

178 Bu bakımdan, işlemin icra edilebilirliğinin engellenmesinin amaçlandığı hallerde -özellikle de söz konusu işlemin icrasının telafisi güç ve imkansız zararlara yol açacağı ihtimalde- İYUK madde 11 başvurusu, tercih edilmemesi gereken bir yoldur. Böyle bir durumda ivedi olarak idari yargıda dava açılarak yürütmenin durdurulmasının talep edilmesi gerekir.

179 *"(...) itiraz yoluna başvurulması zorunlu bir idari prosedür olmadığından bu yola başvurulmasının idari işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceği, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava açma hakkını da kullanabileceği açık olup (...) dava konusu işlemin hukuki sonuçları göz önüne alındığında bu işlemin kesin bir işlem olduğu ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebileceği anlaşıldığından, idare mahkemesince davanın esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin kesin bir işlem olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir*." (Dan.12.D., E. 2003/380, K. 2003/2077, 07.07.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); "*Dava açmadan doğrudan 11. madde anlamında idareye başvuran ilgilinin, başvurusunun reddi üzerine açtığı davada dava konusunun idarece kaldırılmayan geri alınmayan idari işlem olduğu', bu işlemin denetiminin yapılacağı açık olup; başvurunun reddine ilişkin işlemin ise, ilk idari işlemden herhangi bir şekilde ayrılamayacağı ve farklı hukuki bir değer taşımayacağı tartışmasızdır*." (Dan.10.D., E. 1993/4155, K. 1994/1176, 23.03.1994, DD., S. 90, s. 1050). Aynı yönde Danıştay kararı için bkz. Dan.10.D., E. 2003/2595, K. 2004/7611, 25.11.2004; Dan.VDDGK, E. 1999/166, K. 1999/493, 26.11.1999, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

180 ÖZTÜRK, 2015, s. 55. Aksi yöndeki Danıştay kararı için bkz. Dan.İDDGK., E. 2008/3192, K. 2012/1954, 14.11.2012, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

şı dava açılacağı mevzuattan anlaşılamamaktadır.[181] Kanaatimizce bu durum esasen kanun koyucunun bu başvuruları ihtiyari nitelikte düzenlemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Zira, bu başvuruların ihtiyari olduğunun kabulü halinde sorun Danıştay'ın yukarıda açıklanan yerleşik içtihadına uygun olarak çözümlenebilecektir. Ancak Danıştay ihtiyari başvurulara ilişkin içtihadından farklı olarak, zorunlu idari başvurularda ilk işlemi tesis eden idare ile başvuruyu inceleyecek merci arasında daha farklı bir ilişkinin olduğunu kabul etmektedir (1). Bu tutum ise gerek idari işlem teorisi ve gerek yerinden yönetimlerin özerkliği ilkesi yönünden eleştiriye açıktır (2).

A. Zorunlu İdari Başvurularda Kesinleşme Kavramına İlişkin İçtihadın Analizi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, zorunlu idari başvurunun uygulandığı hallerde biri zorunlu idari başvuruya tabi tutulan (ilk işlem), diğeri zorunlu idari başvuru üzerine yetkili merciin kararı (itiraz merciinin kararı) olmak üzere iki ayrı işlem bulunmaktadır. Zorunlu idari başvuru yolu işletilmeksizin doğrudan idari yargıda dava açılması durumunda, idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçenin yetkili mercie tevdiine karar verilmektedir. Dolayısıyla ilk işleme karşı doğrudan dava açılması mümkün değildir. Yargı makamı tarafından verilen tevdi kararı ya da doğrudan kendisine yapılan başvuru üzerine itiraz merciinin karar vermesi durumunda, zorunlu idari başvuruya tabi tutulan ilk işleme mi, itiraz merciinin kararına mı yoksa her ikisine birden mi dava açılması gerektiği çoğu zaman mevzuattaki düzenlemelerle belirlenememektedir. Bu sorunun cevabı bakımından, ilk işlemin idari işlem niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti büyük önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi ve öğretideki bir görüş,[182] idari işlemin İYUK madde 14 anlamında kesinleşmesi ile idari anlamda kesinleşmesinin farklı anlamlara tekabül ettiğini kabul etmekteyse de ağırlıklı içtihadında Danıştay, zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde İYUK madde 14 anlamında kesin işlemin, yetkili makama usulüne uygun şekilde başvuru yapılması üzerine karar verilmesi ya da istemin zımnen reddedilmesi durumunda oluşacağını ortaya

---

[181] KAPLAN, 2011, s. 327. Bazı zorunlu başvurularda ise hangi işleme karşı dava açılması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Söz gelimi 4458 sayılı Gümrük Vergisi Kanunu'nun 242. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, başvurunun reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabilir. Ancak bu düzenlemeden hareketle ilk işleme karşı dava açma imkanının kapatıldığını söylemek de kanaatimizce güçtür.

[182] ERKUT, 2015, s. 146; YILMAZ, 2014, s. 81.

koymaktadır.[183] Başka bir deyişle işlem, başvuru merciinin kararıyla tamamlanmakta, bundan önceki sürecin tümü bu işlemin hazırlık aşamasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, zorunlu idari başvuru usulünün öngörüldüğü hallerde ilk işlemi tesis eden idare ile başvuru mercii arasında hiyerarşi veya idari vesayet benzeri bir ilişki oluşmakta, işlemin İYUK madde 14 anlamında kesin hale gelmesi bakımından başvuru merciinin kararına ihtiyaç duyulmaktadır.

Danıştay'ın bu tutumundan, zorunlu idari başvuruya tabi işlemin tek başına kesin ve yürütülebilir idari işlem niteliği taşımadığı, İYUK madde 14 anlamındaki idari işlemin ancak itiraz merciinin kararıyla ortaya çıkacağı sonucuna varılmaktadır. Bu açıdan değerlendirme yapıldığında, zorunlu idari başvuru yapılmadan doğrudan dava açıldığında, İYUK madde 14'te sıralanan hem "*idari merci tecavüzü*", hem de "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem*" koşulu gerçekleşmemiş olacaktır.[184] Ancak, Danıştay'ın bu yöndeki tutumunu açıkça değil; kararlarında yer alan gerekçelerden çıkarım yoluyla görmekteyiz.[185] Zira, İYUK madde 14'te yer alan ilk inceleme koşulları bakımından sırasıyla inceleme yapılması ve "*idari merci tecavüzü*" şartının daha üst sırada yer alması nedeniyle, mahkeme kesin ve yürütülebilir bir işlemin varlığı bakımından değerlendirme yapmaya gerek duymadan dilekçenin yetkili mercie tevdiine karar vermektedir.[186] Bu durum

---

[183] Dan.7.D., E. 2004/1598, K. 2006/3458, 16.11.2006, DD., S. 115, s. 259; Dan.7.D., E. 2006/347, K. 2007/4246, 22.10.2007, DD., S. 118, s. 249; Dan.9.D., E. 1986/4274, K. 1987/3437, 24.11.1987, DD., S. 70-71, s. 520; Dan.8.D., E. 2005/1539, K. 2005/3414, 05.07.2005, aktaran AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 519; Dan.7.D., E. 1974/1883, K. 1974/1565, 11.09.1974, DD., S. 18-19, s. 484; Dan.7.D., E. 1997/3611, K. 1998/3075, 30.09.1998, DD., S. 100, s. 342; Dan.8.D., E. 1969/3341, K. 1970/139, 21.01.1970, DD., S. 1, s. 266; Dan.8.D., E. 2010/7980, K. 2010/6465, 06.12.2010, DD., S. 126, s. 282; Dan.13.D., E. 2006/1176, K. 2006/2759, 28.06.2006, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.8.D., E. 2005/164, K. 2005/3780, 26.09.2005, aktaran AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 524; Dan.7.D., E. 1997/591, K. 1998/385, 11.02.1998; Dan.7.D., E. 1997/4235, K. 1998/3698, 02.11.1998, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.7.D., E. 1993/501, K. 1995/1371, 30.03.1995, aktaran CANDAN, 2017, s. 441.

[184] Benzer şekilde Fransız Danıştayı da yerleşik hale gelen içtihadında zorunlu idari başvurular üzerine yetkili makamlarca alınan kararların ilk işlemi geriye etkili olarak ikame ettiğini, dolayısıyla bu kararın hukuk aleminden silinmiş olacağını belirterek yalnızca idari başvuru üzerine verilen karara karşı yargısal yollara başvurulabileceğini kabul etmektedir. (SERTER, 2015, s. 405).

[185] ÖZTÜRK, 2015, s. 51.

[186] Bazı istisnai kararlarında ise Danıştay idarenin işleminin ancak başvuru merciinin kararı üzerine kesinleşeceğini vurguladıktan sonra dosyanın yetkili mercie gönderilmesine karar vermektedir: "*(...) Barosu Disiplin Kurulu kararına karşı Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kuruluna itiraz*

ise, söz konusu ihtimalde kesin ve yürütülebilir bir işlemin bulunup bulunmadığı bakımından Danıştay'ın net tutumunu öğrenmemize engel olmaktadır.[187]

Buna karşılık Danıştay, zorunlu idari başvuru usulünün tamamlanmasından sonra açılan davalarda, tutumunu açıkça ortaya koymaktadır. İlgilinin süresi içinde zorunlu idari başvuru yapması ve başvurunun açıkça ya da zımnen reddi üzerine idari yargıda ve fakat zorunlu başvuruya konu ilk işleme karşı açılan davaları ilk inceleme aşamasında, "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem*" bulunmadığı gerekçesiyle reddetmektedir: "*Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği kapsamında yapılan sözlü sınavda, sınav sonucuna ilişkin olarak tesis edilen işleme karşı aynı Yönetmeliğin 16. maddesinde öngörülen özel itiraz usulü uyarınca itiraz edilmesi durumunda anılan işlemin, davalı idarece itiraz başvurusunun sonuçlandırılmasıyla kesinleşeceğinin kabulü gerekmektedir. Bu nedenle; dava konusu uyuşmazlıkta, davalı idarece itirazın sonuçlandırılması ile sözlü sınav sonucuna ilişkin idari işlem kesinleşmiş olup, dava açma süresi, kesin işlemin tebliğ edildiği tarihten itibaren yeniden başlatılması gerekmektedir*."[188]

---

edilmesi ve karar buradan geçip kesinleştikten sonra idari yargı yoluna başvurulması gerektiği açıktır. Bu halde idare mahkemesince, idari merci tecavüzü nedeniyle 2577 sayılı yasanın 14/3-b ve 15/1-e maddeleri uyarınca dosyanın Barolar Birliği disiplin kuruluna gönderilmesi gerekirken işin esasının incelenerek karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." (Dan.8.D., E. 1995/1883, K. 1997/579, 19.02.1997, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde, "*idari başvuru yolları tüketilmeksizin kesin ve yürütülebilir özellikte bulunmayan düzeltme isteminin reddi üzerine vergi mahkemesine başvurulmasına olanak bulunmamaktadır. Vergi mahkemesince, davacının vergi dairesine yaptığı başvurunun reddi sonucunda şikayet mercii olan Maliye Bakanlığına müracaat edilmeden açılan davada (...) Maliye Bakanlığına tevdii gerekirken (...)*" (Dan.VDDK., E. 1999/166, K. 1999/493, 26.11.1999, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yöndeki kararlar için bkz. Dan.9.D., E. 2001/4589, K. 2002/4356, 24.10.2002; Dan.13.D., E. 2016/4158, K. 2016/4307, 21.12.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan.9.D., E. 1986/4274, K. 1987/3437, 24.11.1987, DD., S. 70-71, s. 520; Dan.7.D., E. 1997/4235, K. 1998/3698, 02.11.1988, DD., S. 99, s. 360.

187 Aynı yönde, ÖZTÜRK, 2015, s. 53.

188 Dan.2.D., E. 2016/3710, K. 2018/1962, 26.03.2018, DD., S. 148, s. 17. Aynı yönde, "*4458 sayılı Kanunun 242'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında; kişilerin, cezalara karşı yedi gün içinde, kararı alan gümrük idaresinin bağlı bulunduğu gümrük başmüdürlüğü nezdinde itiraz edebilecekleri; aynı maddenin 7'nci fıkrasında da, gümrük başmüdürlükleri kararlarına karşı, işlemin yapıldığı gümrük müdürlüğünün bulunduğu yerdeki idari yargı mercilerine başvurabilecekleri hükme bağlanmıştır. Sözü edilen hükümlerine göre, idari davaya konu olabilecek işlem, ceza kararları değil; söz konusu kararlara karşı, öngörülen usule göre yapılacak itiraz üzerine, yine aynı maddede yazılı mercice tesis edilecek olumsuz işlem olduğundan, itiraz başvurusu,*

Öğretideki bir görüş de Danıştay içtihadına paralel olarak, idari işlem hakkında zorunlu idari başvuru öngörülmüş olması, ancak bu yolun tüketilmemesi durumunda idari işlemin kesinlik kazanmayacağını savunmaktadır.[189] Öğretide *Erkut*, zorunlu idari başvuru usulü öngörülen hallerde, ilk işlemin tesis edilmesi üzerine kotarılmasının tamamlanmış olduğunu, ancak başvuru yolunun tüketilmemiş olmasının işlemin kesinleşmesine engel oluşturduğunu ileri sürmektedir.[190] Başka bir ifadeyle, zorunlu idari başvuru yolunun tüketilmesi, idari işlemin kesinleşme sürecinin bir parçasıdır. İşlemin kesinleşmesi başvuru üzerine verilen karara kadar ertelenmektedir.[191] Buna göre, ancak zorunlu başvuru sonucu yetkili makam tarafından açık ya da zımni cevap verilmesi üzerine kesin bir idari işlem meydana gelir. Dolayısıyla, zorunlu idari başvurunun yapılması ile İYUK madde 14 anlamında kesinleşme arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır.

B. Zorunlu İdari Başvurularda Kesinleşme Kavramına İlişkin İçtihadın Kuramsal Değerlendirilmesi

Danıştay zorunlu idari başvuru süreci tamamlanmadıkça İYUK madde 14 anlamında kesin ve yürütülebilir bir işlemin oluşmayacağını yerleşik içtihadında kabul etmektedir. Bu içtihadının değerlendirilmesi bakımından zorunlu başvuru öngörülen hallerde işlemin oluşum sürecinin kısımlara ayrılarak incelenmesi faydalı olacaktır. Zira sürecin farklı aşamalarında idari işlem teorisi yönünden değişik ihtimaller ortaya çıkabilmektedir.

Mevzuatta açık bir düzenleme bulunmadıkça, sürecin esas olarak üç aşamadan oluştuğu söylenebilir. Bunlar, zorunlu idari başvuruya konu işlemin

---

yargı yerlerine başvurulmadan önce ilgililerce tüketilmesi gereken zorunlu nitelikteki başvuru yoludur." (Dan.7.D., E. 2005/5614, K. 2007/762, 28.02.2007, DD., S. 115, s. 254). Aynı yöndeki Danıştay 13. Dairesi'nin kararları içim bkz. Dan.13.D., E. 2009/3347, K. 2014/559, 26.02.2014; Dan.13.D., E. 2010/3427, K. 2010/8568, 17.12.2010; Dan.13.D., E. 2013/2106, K. 2013/3601, 11.12.2013; Dan.13.D., E. 2011/2307, K. 2012/3862, 17.12.2012; Dan.7.D., E. 2011/3777, K. 2015/1438, 18.03.2014, DD., S. 139, s. 450; Dan.7.D., E. 2016/221, K. 2018/2342, 04.04.2018, DD., S. 149, s. 347; Dan.8.D., E. 2003/3030, K. 2004/309, 21.01.2004, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Dan.13.D., E. 2012/2071, K. 2012/3869, 17.12.2012, UYAP (Erişim: 13.03.2020).

189 ODYAKMAZ / ÇINARLI / AVCIOĞLU AKSOY, 2018, s. 91; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, 2019, s. 519; KAPLAN, 2011, s. 327; SERTER, 2015, s. 370; SANCAR, 1990, s. 81; YILMAZ, 2014, s. 85; ÖZKAN, 2014, s. 95; HATİPOĞLU, 2015, s. 364.

190 ERKUT, 1991, s. 113.

191 KAPLAN, 2011, s. 323; SERTER, 2015, s. 399; ERKUT, 1991, s. 113.

(ilk işlem) tesis edilmesinden idari başvuru süresinin sonuna kadarki aşama, zorunlu idari başvuru yapıldıktan sonra ve fakat bu başvuruya yetkili makam tarafından açıkça ya da zımnen cevap verilmesinden önceki aşama (itirazın incelenmesi aşaması) ve başvurunun açıkça ya da zımnen reddi sonrası aşama olarak sıralanabilir. Bu aşamalarda idari işlemin varlığının değerlendirilmesi, İYUK madde 14 anlamında idari davaya konu edilecek işlemin belirlenmesini sağlayacaktır. Başvuru merciinin kararından önceki iki aşamada ortada yalnızca başvuruya konu ilk işlem bulunduğundan, bu işlemin İYUK madde 14 anlamında kesin ve yürütülebilir nitelik taşıyıp taşımadığı incelenecektir (a). Son aşamada ise, dava konusu edilecek işlemin tespiti bakımından ilk işlem ile başvuru merciinin kararı arasında tercih yapılmasının gerekip gerekmeyeceği sorunu gündeme gelecektir (b).

a. Başvuru Merciinin Kararından Önceki Aşama Bakımından Değerlendirme

İlk aşamada - işlemin tesisinden zorunlu idari başvurunun yapıldığı tarihe kadarki süreçte- idare tarafından tek taraflı olarak tesis edilmiş bir işlem bulunmaktadır.[192] Bu işlem ilgililer üzerinde hukuki sonuç yaratma yeteneğine de sahiptir. Nitekim bu işlemin hukuki sonuç yaratmayacak olması ihtimalinde, ilgililer tarafından zorunlu idari başvuru yapılmasına ya da idari dava açılmasına gereksinim de oluşmayacaktır. İlgililerin idari ve yargısal yollara başvurmasının temelinde, hukuki durumlarını olumsuz yönde etkileyecek işlemlerin ortadan kaldırılmasının yattığı şüphesizdir.

Bunun yanında, kanunda özel bir düzenleme olmadıkça,[193] zorunlu idari başvuruya tabi tutulan işlemler ilgilisine tebliğ edilmesi ile birlikte sonuçları-

---

[192] YILMAZ, 2017, s. 113.

[193] Söz gelimi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 55. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, "*İdareye şikayet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazen şikayet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazen şikayet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz*."
Benzer şekilde, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 197. maddesinde verginin tahsilinin durmasına ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre: "*Bu madde hükümlerine göre tebliğ edilen gümrük vergileri; 242'nci maddede belirtilen sürelerde itirazda bulunulmaması veya süresi içinde idari yargı mercilerine başvurulmaması hallerinde bu sürelerin bittiği tarihte kesinleşir; dava açılması halinde mahkemece yükümlü aleyhine verilen kararın gümrük idaresine tebliğ edildiği tarihte tahsil edilebilir hale gelir*."

nı doğurmaya başlamaktadır. Başka bir deyişle, aksi öngörülmedikçe zorunlu başvuruya tabi işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta olup, yürütülebilir nitelik taşımaktadır.[194] Nitekim, özel kanunlarda bu durumun önüne geçen düzenlemelerin ayrıca öngörülmüş olması dahi bu işlemlerin icrai olduklarını ortaya koymaktadır.[195] Bir işlemin kesin olmadığı halde ilgilisi üzerinde hukuki sonuç doğurması mümkün olmadığından, zorunlu idari başvuruya tabi işlemin tesis edildiği tarihten itibaren kesin ve yürütülebilir bir işlem niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.[196] Bu ikinci husus dahi tek başına, ortada icrailik niteliğine sahip bir idari işlemin mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla itiraz yoluna başvuru anına kadarki süreçte ortada "*kesin ve yürütülebilir*" bir işlem bulunmaktaysa da bu işlem, zorunlu idari başvuru yolu tüketilmedikçe, İYUK madde 14 anlamında "*dava edilebilir*" nitelikte değildir.

Zorunlu idari başvuruya tabi işlemler esasen başka bir idari merciin araya girmesine ihtiyaç duyulmaksızın ilgilisi üzerinde sonuç yaratmaya elverişlidir. Bu durum özellikle idarenin işleminin bir kısmının başvuru konusu edilmesi durumunda daha da belirgin hale gelmektedir. Gerçekten de ilgilisinin, işlemin tümü değil ve fakat bazı kısımları bakımından hukuka aykırılık iddiasında bulunması halinde, başvuruya konu edilmeyen kısım, başvuru süresinin sonunda kesinleşerek icra edilecektir. Buna karşılık, başvuru yapılan kısım idari ve hatta yargısal denetime tabi tutulacaktır. Bu da aynı işlemin bir kısmının doğrudan, diğer kısmının ise başka bir idari merciin iradesinin araya girmesiyle kesin ve yürütülebilir olması gibi bir sonuç yaratmaktadır. Bu durum Danıştay tarafından *başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklik meydana getirme* olarak tanımlanan kesinlik niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Zira işlemin idari başvuruya konu edilmeden kesinleşen kısmı yönünden "*başka bir makamın onayı*" şartının gerçekleşmesinden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla eğer bu aşamada ortada kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı kabul edilecekse, itiraza konu edilmeyen kısım bakımından başka bir merciin onayı hiçbir zaman söz konusu olmayacağından, bu kısım hiçbir zaman kesinleşmeyecektir.

---

194 Aynı yönde İŞÇİ, 2019, s. 204.

195 Söz gelimi 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 27. maddesine göre, Kanun'da sayılan bazı disiplin cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde ve oda idare heyeti yoluyla Yüksek Haysiyet Divanına itiraz olunabileceği gibi, bu cezalar Yüksek Haysiyet Divanının tasdikinden geçirilmedikçe de tatbik olunamaz.

196 ÖZTÜRK, 2015, s. 52.

Aynı sorun zorunlu başvuru süresi içinde idari mercie başvurulmaması durumunda da söz konusudur. Yerleşik hale gelmiş içtihadında Danıştay, başvuru merciinin kararına kadar kesin ve yürütülebilir işlemin oluşmayacağını kabul etmektedir. Bu kabul, süresi içinde başvuru konusu edilmemiş işlemlerin nasıl olup da kesinleşerek icra edilebildikleri gibi bir soruyu yanıtsız bırakmaktadır. Zira Danıştay'ın bu tutumu, başvuru merciinin kararına kadarki süreçlerin tümünü, bu kararın hazırlık aşaması haline getirmektedir. Hazırlık işlemleri ise, ayrılabilir nitelikte olanlar dışında icrai nitelik taşımamaktadır.[197] Kaldı ki ayrılabilir nitelikteki işlemler de ayrı bir idari işlem olarak kabul edilerek dava konusu edilebilir.[198] Dolayısıyla, bu ilk aşamada ortada bir idari işlem olmadığının kabulünü takiben, başvuru süresi dolduktan sonra -başka bir makamın onayı devreye girmeksizin- işlemin icra edilmesi kendi içinde çelişkili bir yaklaşımdır.

Bu açıklamalar doğrultusunda başvurudan önceki süreçte kesin ve yürütülebilir nitelikte bir idari işlemin bulunduğunun kabulü gerekir. Benzer şekilde, aksi yönde düzenleme olmadıkça, zorunlu itiraz yoluna başvurulması, işlemin uygulanmasını askıya almamakta, icrailiği sürmektedir.[199] Başka bir ifadeyle, zorunlu idari başvuru yolunun işletilmesi durumunda işlem kural olarak, başvurunun incelenmesi sürecinde de hukuki sonuçlarını yaratmaya devam eder.[200] Ancak kanunda aksinin öngörülmesi durumunda başvurunun incelenmesi aşamasında işlem icrailiğini kaybetmektedir.[201] Bu nedenle, bir önceki aşamaya ilişkin olarak ileri sürdüğümüz gerekçelerle, başvurunun incelenmesi sürecinde de ilk işlemin kesin ve yürütülebilir olduğunu, ancak idari başvuru süreci tamamlanmadığından dava konusu edilemediğini savunmaktayız.

---

197 ERKUT, 1991, s. 112.

198 SEZGİNER Murat, "İdari İşlem - İcrailik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. l-2, 2011, s. 245.

199 ÖZTÜRK, 2015, s. 48; İŞÇİ, 2019, s. 212.

200 KAĞITÇIOĞLU, 2017, s. 249; YILMAZ, 2017, s. 121; ÖZTÜRK, 2015, s. 48; İŞÇİ, 2019, s. 204.

201 Söz gelimi 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 198. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tebliğ edilen gümrük vergilerine karşı aynı Kanun'un 242. maddesi çerçevesinde gümrük idareleri nezdinde itiraz edilmesi ödeme süresini keser. Ödeme süresi idarenin ya da yargı mercii kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren yeniden başlar.
Nitekim sözü geçen hükmün uygulandığı hallere ilişkin olarak öğretide *Candan*, ortada kesin ve tahsil edilebilir bir vergi borcu oluşmayacağından, yükümlünün menfaatini zedeleyen bir durumun bulunmadığını vurgulamıştır. (CANDAN, 2017, s. 447).

Her iki aşama bakımından da başvuru yolunun tüketilmesi, işlemin kesin ve yürütülebilir olmasını sağlayan bir usulü işlem olmayıp, başından beri idari işlem niteliğini haiz ilk işlemin dava konusu edilebilme koşuludur.[202] Zorunlu idari başvuru yapılmadan önce ya da başvurunun yetkili merci tarafından incelenmesi aşamasında hukuki sonuç doğuran kesin ve yürütülebilir bir işlem bulunmaktadır.[203] Zorunlu idari başvuru ise, bu işleme karşı dava açılabilmesinin şartıdır.[204] Başvuru merciinin iradesi alınmadan dava açılması mümkün olmamaktadır.

Bu doğrultuda, zorunlu idari başvurunun öngörüldüğü işlemlere karşı başvuru merciinin kararına kadarki süreçte açılan davalarda, ortada İYUK madde 14 anlamında "*kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem*" bulunmaması sebebiyle ilk inceleme aşamasında red kararı verilmesi idari işlem teorisi bakımından çelişkili bir sonuca yol açmaktadır. Bu aşamada ancak "*idari merci tecavüzü*" nedeniyle dosyanın yetkili mercie gönderilmesi mümkündür. Zira, ortada kesin ve yürütülebilir bir idari işlem bulunsa da bu işlem başvuru yolları tüketilmediğinden dava edilebilir nitelikte değildir.

Bu son açıklamamızdan hareketle, İYUK madde 14 hükmünün lafzından kaynaklanan bir ihtimale dikkat çekmek yararlı olacaktır. Şöyle ki, İYUK madde 14 düzenlemesinin üçüncü fıkrasının (d) bendine göre, ilk inceleme aşamasında "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı*" bakımından değerlendirme yapılmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, başvuru merciinin kararından önce ortada kesin ve yürütülebilir bir işlem bulunmaktadır. Ancak, düzenlemede geçen "*idari davaya konu edilebilir*" olma niteliğine ayrı bir anlam atfetmek gerekip gerekmeyeceği değerlendirme konusu yapılabilir. Bu düzenlemeden hareketle, kesin ve yürütülebilir nitelikte olmasına karşın bazı işlemlerin

---

202 ESİN, 1976, s. 225; ÖZTÜRK, 2015, s. 53; KARAHANOĞULLARI, 2019, s. 302; BERK, 2007, s. 44; İŞÇİ, 2019, s. 217.

203 YILMAZ, 2017, s. 111; ÖZTÜRK, 2015, s. 59. Öğretide *Kaplan*, İYUK madde 14 anlamındaki "*kesinlik*" teriminden, dava açmadan önce zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi şartının kast edilmesinin abesle iştigal olacağını ileri sürmektedir. Şöyle ki, idari başvuru yollarının tüketilmiş olması koşulu "*idari merci tecavüzü*" şartıyla zaten inceleme konusu yapılacaktır. Bu bakımdan aynı gerekliliğin iki ayrı koşul kapsamında öngörülmesi gibi bir sonuç doğacaktır. Dolayısıyla "*kesinlik*" teriminden anlaşılması gereken, zorunlu başvuru yollarının tüketilmesi olmamalıdır. (KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, 3. baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 217).

204 ÖZTÜRK, 2015, s. 55.

idari davaya konu olamayabileceği düşünülebilir. Hak arama hürriyeti bakımından sorunlu olan bu ihtimalin örnekleri de mevcuttur.[205] Zorunlu idari başvuru sürecini tamamlamamış idari işlemlerin de teknik olarak "*idari davaya konu edilebilir*" nitelikte olmayan kesin ve yürütülebilir işlemler olduğu düşünülebilirse de, kanun koyucunun aynı hukuka aykırılığa iki ayrı sonuç bağlamasının abesle iştigal teşkil edeceğini düşünmekteyiz. Zorunlu idari başvuru sürecinin tamamlanmaması ihtimali İYUK madde 14'te "*idari merci tecavüzü*" olarak nitelendirilmiş, bu hale ilişkin olarak İYUK madde 15 düzenlemesinde yetkili idari mercie tevdi sonucu bağlanmıştır. Bu bakımdan, teknik olarak idari yargıya başvurma engeli gibi görünen zorunlu başvuru koşulunun İYUK madde 14 (d) kapsamında değerlendirilmemesi kanunun sistematik yorumuna daha uygundur.

b. Başvuru Merciinin Kararından Sonraki Aşama Bakımından Değerlendirme

Başvuru merciinin kararından sonraki üçüncü aşamada ise ilk işlemin yanında başvuru mercii tarafından verilmiş bir karar da söz konusudur. Aşağıda inceleneceği üzere bu aşama kendi içinde birden fazla ihtimali barındırmaktadır.

Danıştay bu aşamada da ortada tek bir idari işlemin bulunduğunu, bunun da başvuru merciinin kararı olduğunu yerleşik içtihadında kabul etmektedir.[206] Bu doğrultuda başvuru merciinin kararı üzerine ve fakat başvuruya konu olan ilk işlemin iptali istemiyle açılan davalar ilk inceleme aşamasında "*kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı*" gerekçesiyle reddedilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, başvuru konusu edilen ilk işlem çoğu zaman Danıştay tarafından nihai işlem olarak nitelendirilen başvuru merciinin kararındaki esas iradeyi oluşturmaktadır. İdarenin işleminin hukuka uygunluğunun denetiminde bu esas iradenin dışarıda tutulması ise çoğu zaman birtakım eksiklik ve aksaklıklara yol açabilmektedir. Bu hallerde ilk işlemi tesis eden idarenin iradesi ile başvuru merciinin iradesinin, nihai işlemin oluşması bakımından yarışır durumda olması söz konusudur.

---

[205] Söz gelimi Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca Yüksek Askeri Şura'nın bazı kararlarına, 159. maddesine göre ise Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına yargı yolu kapalıdır.

[206] Dan.9.D., E. 1986/4274, K. 1987/3437, 24.22.1987, DD., S. 70-71, s. 520; Dan.7.D., E. 1997/4235, K. 1998/3698, 02.11.1988, DD., S. 99, s. 360.

Bu son tespite karşılık olarak, Fransız hukukunda zorunlu idari başvurulara özgü ikame teorisi kabul edilmektedir.[207] Buna göre, zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde, başvuru üzerine yetkili makamın aldığı karar ilk kararı ikame etmektedir.[208] Hukukumuzda olduğu gibi Fransız hukukunda da ilk karara karşı doğrudan idari yargıya başvurulması mümkün olmayıp, zorunlu başvuru usulünün işletilmesi gerekmektedir.[209] Başvuru sonucunda verilen karar ise, ilk işlemi geriye etkili olarak ortadan kaldırmaktadır.[210] Başka bir deyişle, başvuru merciinin kararına kadarki süreçte, ilk işlem icra edilebilir nitelik taşımakta olup idari işlem olarak ayaktadır. Buna karşılık, başvuru merciinin karar vermesi ile birlikte ilk işlem tesis edildiği andan itibaren geriye etkili olarak ortadan kalkmaktadır.[211] Bu andan itibaren yalnızca başvuru merciinin kararı yürütülebilir nitelik taşıyacaktır. Dolayısıyla başvuru merciinin kararı üzerine ortada dava konusu edilebilecek tek bir işlem kalmaktadır.[212]

---

[207] CHAPUS, 2008, s. 405; Aynı hususa ilişkin ayrıca bkz. Conseil d'Etat, **Les Recours Administratifs Préalables Obligatoires (Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat**, La Documentation française, Paris, 2008.

[208] ÖZTÜRK, 2015, s. 57; SERTER, 2015, s. 384; GIRARDOT Thierry - Xavier, "La theorie du recours administratif préalable obligatoire a l'épreuve de la commission de recours des militaires", **RFDA**, 2006, Dalloz.fr. (Erişim: 16.03.2020).

[209] CE., *Forest*, n° 34198, 29.06.1983; CE., *Martineau*, n° 248514, 24.09.2003; CE. Sect., *Gen*, n° 80680, n° 80681, 30.03.1973; CE., *Société "Clinique chirurgicale Francheville",* n° 05399, 05.01.1979; CE. *Dame veuve Ducroux*, n° 60721, 23.04.1965, Dalloz.fr. (Erişim: 15.03.2020).

[210] CHAPUS, 2008, s. 405; SERTER, 2015, s. 385.

[211] Fransız hukukunda kabul gören ikame teorisinin temelinde, zorunlu idari başvuruların zaten hiyerarşik üst niteliğindeki makamlara yapılmakta olması, hiyerarşi ilişkisi çerçevesinde üstün, ast tarafından yapılan işlemi değiştirebilme yetkisini bulunması yatmaktadır. (GIRARDOT, 2006). Hiyerarşi yetkisi kapsamında, hiyerarşik üst makamın herhangi bir istem olmaksızın, ast tarafından yapılan işlemleri denetleyebileceği, hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi durumunda ise kaldırabilecek olduğu Türk hukukunda da savunulmaktadır. Bu bakımdan, aksine bir hukuki düzenleme olmadıkça, idari işlemlerin üst makamlarca denetimi hiyerarşi yetkisinin bir sonucudur. (BÜLBÜL, 2010, s. 74). Bu yetkinin işlemi tesis eden makam tarafından, hukuka aykırılığın tespiti üzerine bizzat kullanabileceği ileri sürülmekteyse de Danıştay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. (Dan.1.D., E. 1998/1, K. 1998/2, 09.01.1998, DD., S. 97, s. 31. Bu yöndeki başka bir görüş için bkz. VIEL Marie Therese / ÖNÜT Lale Burcu, "İdari Başvuru ve İdari Yargı Birleşimi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, s. 69).

[212] CHAPUS, 2008, s. 406; LANDAIS Claire / LENICA Frédéric, "Précisions sur le régime des recours administratifs préalables obligatoires", **AJDA**, 2005, Dalloz.fr. (Erişim: 18.03.2010); ÖZTÜRK, 2015, s. 57. Nitekim Danıştay da özel bir başvuru usulünün öngörüldüğü uyuşmazlık konusu olayda ikame teorisini Fransız hukukundakine benzer şekilde uygulamıştır: "*(...) davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinin, davacının süresi içinde 657 sayılı Kanun'un 135. maddesi*

İkame kavramını açıkça zikretmemekle birlikte, yukarıda açıklanan yerleşik içtihadında Danıştay'ın da esasen ikame teorisini uygulamakta olduğu görülmektedir. Kendi içinde tutarlı görünen bu teorinin uygulanması idari işlemin temel özelliklerine aykırı birtakım sonuçlara yol açabilmektedir (i) Bu durum idari işlemi tesis eden idare ile başvurunun yapılacağı idarenin farklı kamu tüzel kişiliği içinde olmaları durumunda yerinden yönetimlerin özerkliği ilkesi çerçevesinde bazı tartışmaları da beraberinde getirecektir (ii).

i. İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde Değerlendirme

İdari işlemlerin tümü bakımından bazı ilkelerin geçerli olduğu gerek içtihat ve gerek öğretide kabul edilmektedir. Bu ilkelere aykırılık ise, çoğu zaman idari işlemleri konu unsuru bakımından sakat hale getirmektedir. Fransız hukukunda yerleşik hale gelmiş, Danıştay içtihadında da ismi açıkça zikredilmeden uygulanan ikame teorisi, zorunlu idari başvuruların öngörüldüğü hallerin idari işlemlerin tabi olduğu ilkelerden bazılarına aykırı hale gelmesi gibi bir sonuca yol açmaktadır.

İlk olarak, idari işlemlerin ileriye dönük tesis edilmesi, geri yürütülmemesi esastır.[213] İdari işlemler ileriye etkili olacak şekilde hukuki sonuç yaratırlar. Buna karşılık ikame teorisinin kabulü durumunda, zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde başvuru merciinin kararı ilk işlemi geriye etkili olacak şekilde yürürlükten kaldırmakta, onu ikame ederek geriye etkili sonuç yaratmaktadır.[214] Bu durumun başvuru merciinin red kararı verdiği hallerde sakınca yaratmadığı düşünülebilir. Zira bu hallerde, başvuru mercii yeni bir irade ortaya koymaksızın ilk işlemi aynen tekrar etmektedir. Buna karşılık, yetkili merci tarafından başvurunun tamamen ya da kısmen kabul edilmesi duru-

---

uyarınca yaptığı itiraz nedeniyle ortadan kalktığı, davacının cezalandırılmasına ilişkin işlemin, ancak davalı idarenin yetkili Disiplin Kurulu'nun "ret" niteliğinde "olumsuz" kararının davacıya tebliği ile kesinleşeceği ve olumsuz işlem niteliğinde ret kararının davacıya tebliği üzerine 60 gün içinde dava açabileceği hususları dikkate alındığında; dava konusu işlemin davacının itirazı nedeniyle kesin ve yürütülebilir nitelikte, tek başına hukuksal etkileri olan bir işlem olarak kabulüne olanak bulunmadığından; davanın esasının incelenmeksizin reddi gerekirken Mahkemece uyuşmazlığın esasına girilerek verilen davanın reddine dair kararda hukuki isabet görülmemiştir." (Dan.12.D., E. 2016/3715, K. 2018/2700, 13.06.2018, DD., S. 149, s. 404).

213 GIRARDOT, 2006; AKSOYLU Özge, "Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda "Kazanılmış Hak" Kavramı" **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, İstanbul, 2003, s. 66.

214 CE., *Société "Clinique chirurgicale Francheville"*, n° 05399, 05.01.1979, Dalloz.fr. (Erişim: 05.03.2020).

munda, başvuru üzerine verilen bu karar, ilk işlemin tesis edildiği ana kadar geçerli olacak şekilde geriye etkili sonuç yaratmaktadır. Başka bir ifadeyle, başvuru merciinin kararı, ilk işlemin tesis edildiği andan itibaren geçerlilik kazanacaktır. Bu durum ise, özellikle zorunlu başvuru sürecinin tamamlanmasına kadarki süreçte hukuki bir belirsizliğin oluşmasına yol açmaktadır.

İkame teorisinin yarattığı bir diğer sakınca ise kazanılmış hakların korunması ilkesinin geri plana atılmasıdır. Şöyle ki, icrai nitelik taşıyan ve ilgililerin hukuki durumlarında değişiklik yaratan ilk işlemin, zorunlu idari başvurunun kısmen ya da tamamen kabul edilmesi üzerine başvuru mercii tarafından değiştirilmesi ya da tamamen ortadan kaldırılması ihtimalinde, başvuru merciinin kararına kadarki süreçte ayakta olan ilk işlemden doğan hukuki durumun kazanılmış hak yaratıp yaratmayacağı da belirsizdir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki Fransız mevzuatı bu ihtimalin sıklıkla ortaya çıkmasına müsaittir. L. 2000-321 sayılı Kanun'un 19/2 hükmüne göre, zorunlu idari başvurularda inceleme yapan merci, ilk işlemin tesis edildiği tarihe göre değil, incelemenin yapıldığı tarihte mevcut olan hukuk kurallarına göre denetim yapmaktadır.[215] Dolayısıyla, tesis edildiği tarihte hukuka uygun olan ilk işlemin, zorunlu idari başvurunun sonuçlandırılmasına kadarki süreçte gerçekleşecek bir mevzuat değişikliği ile hukuka aykırı hale gelmesi ve başvuru mercii tarafından geriye alınması mümkündür.[216] Bu durumda, esasen hukuka uygun bir işlemden elde edilen hakların kaybı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki bu durum kazanılmış hakların korunması ilkesine açıkça aykırıdır.[217]

Başvuru merciinin kararının ilk işlemi ikame etmesinin bir diğer sakıncası da yalnızca başvuru üzerine verilen kararın usul unsurları yönünden idari yargı önünde uyuşmazlık konusu yapılabilecek olmasıdır.[218] İdari işlemler yargı mercileri tarafından hem esas hem de yapılış usulleri bakımından denetime tabi tutulmaktadır. İşlemin içeriğinin hukuka aykırı olması durumunda olduğu gibi, biçimsel unsurları bakımından da (yetki ve şekil-usul unsuru)

---

215 Hatta zorunlu idari başvurularda aleyhte bozma yasağı da uygulanmamaktadır. Buna göre, yetkili merci idari başvuruda bulunan kişinin iddialarının ve istemlerinin tersi yönünde de karar alabilir. Ancak, başvuru merciinin yerindelik denetimi yapmak suretiyle, kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırı olacak şekilde ilk işlemi geri alması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, yerindelik denetimi yönünden aleyhte bozma yasağı uygulanmaya devam etmektedir. (SERTER, 2015, s. 391 vd.).

216 SERTER, 2015, s. 386 vd. ve s. 411.

217 Aynı yönde BÜLBÜL, 2010, s. 70.

218 LANDAIS / LENICA, 2005.

aykırılık halleri işlemin iptaline yol açmaktadır. İkame teorisinin uygulanması durumunda, başvuru merciinin ilk işlemi geriye alarak yeni bir hukuki durum oluşturması halinde, zaten yalnızca başvuru merciinin iradesiyle oluşmuş bir nihai işlem ortaya çıkacağından, ilk işlemin usule aykırı olmasının pratikte bir zararı olmayacaktır.[219]

Buna karşılık, yetkili merciin başvuruyu -özellikle de zımnen- reddetmesi durumunda, nihai işlem esasen ilk işlemdeki irade üzerine kurulmuş olmaktadır. Böyle bir durumda, yalnızca başvuru merciinin işleminin yargı önüne taşınması, -usul yönünden hukuka aykırı olsa dahi- ilk işlemdeki iradenin ayakta kalmasına yol açacaktır.[220] Oysa ki bu işlem, başvuru merciinin kararı ile birlikte geriye etkili şekilde hukuk düzeninden kalkacağından, ayrıca hukukilik denetimine tabi tutulmayacaktır.[221] Başka bir deyişle, usulüne aykırı olarak tesis edilmiş işlem, usulüne uygun bir şekilde yapılmış zorunlu idari başvurunun reddedilmesi durumunda hukuka uygun hale gelmektedir. Söz gelimi, yetkisiz bir makam tarafından ya da mevzuatta öngörülen usule aykırı şekilde alınan bir kararın zorunlu idari başvuruya konu olması ve yetkili merciin başvuruyu zımnen reddetmesi ihtimalinde, ilk işlem zımni red kararı üzerine tesis edildiği tarihten itibaren geri alınacaktır. Buna karşılık, mevzuata aykırı şekilde alınan bu karar başvuru merciinin nihai kararı haline gelecektir. Böyle bir durumda, zorunlu idari başvurunun usulüne uygun olarak yapılmış olması halinde, ilk işlemdeki usulü hukuka aykırılık hiçbir zaman yargı önüne taşınamamış olacaktır. Özellikle ilgililerin haklarının korunmasına yönelik usul kurallarının bu şekilde yargı denetimi dışında bırakılmasının ise hak arama hürriyeti bakımından ciddi bir tehdit oluşturacağı şüphesizdir. Öte yandan, hukuka uygunluk denetimi alanının yargı aleyhine sınırlanmasına yönelik böyle bir yaklaşım hukuk devleti ilkesi bakımından da sakıncalıdır.[222]

---

219 GIRARDOT, 2006; LANDAIS / LENICA, 2005.

220 CHAPUS, 2008, s. 406; SERTER, 2015, s. 396; ÖZTÜRK, 2015, s. 57.

221 LANDAIS / LENICA, 2005; GIRARDOT, 2006.

222 Bu önemli sakıncalarla olacak ki, Fransız hukukunda zorunlu idari başvurulardaki ikame teorisinin, yalnızca ilk işlemdeki usulü güvence ve imkanların, başvuru merciinin yapacağı incelemede de sağlanıyor olması durumunda uygulanabileceği kabul edilmektedir. (CE.Sect., *Houlbreque*, n° 270075, 18.11.2005, Dalloz.fr. [Erişim: 05.03.2020.]) Başka bir ifadeyle, ilk işlemin tesis edilmesindeki usul kurallarının (en azıdan ilgililerin haklarının korunmasına yönelik olan), başvuru mercii tarafından yapılan inceleme sırasında da uygulanması durumunda, ilk işlemin ikame edilmesi mümkün olmaktadır. (CHAPUS, 2008, s. 406 vd. Karara dair değerlendirmeler için ayrıca bkz. SERTER, 2015, s. 396). *Houlbreque* kararına konu olayda olduğu

Bu gerekçeler doğrultusunda, idari işlemin tabi olduğu ilkelere aykırılıklar oluşturacağını -işlemi konu unsuru yönünden sakatlayacağını- düşündüğümüz ikame teorisinin hukukumuzda uygulanmasının isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, ayrı bir idari işlem niteliğinde olduğunu savunduğumuz ilk işlemin dava konusu edilmesinin bazı hallerde faydalı, bazı hallerde ise zorunlu olduğunu savunmaktayız. İlk işlemin başvuru üzerine verilen karardaki etkisi, bu kararın içeriğine bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bu değişikliğe bağlı olarak, ilk işlemin dava edilmesine duyulan ihtiyaç da farklılık arz etmektedir. Bu bakımdan başvuru merciinin vereceği kararlar yönünden oluşan farklı ihtimallerin ayrı ayrı incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Başvuru mercii açık veya zımni red kararı verebileceği gibi, istemi kısmen ya da tamamen kabul de edebilir.

Başvurunun tümüyle kabulü halinde ortada bir uyuşmazlık kalmayacağından, hangi işlemin dava konusu edilebileceği de pratikte bir önem arz etmeyecektir. Buna karşılık, belirtmekte yarar vardır ki, bu ihtimalde ilk işlemi tesis eden idarenin iradesi başvuru mercii tarafından kaldırılmış olacağından ortada yalnızca başvuru merciinin vermiş olduğu karar kalacaktır. Başvuru merciinin iradesi sonucu oluşmuş olan bu işleme karşı durumu etkilenen üçüncü kişilerin iptal davası açma imkanı bulunmaktadır.

İkinci ihtimalde, ilk işleme karşı yapılan başvurunun yetkili merci tarafından esastan incelenerek ya da zımnen reddedilmesi durumunda başvuru mercii esas olarak işlemin oluşumu bakımından yeni bir irade ortaya koymamaktadır. İlk işlemi tesis eden idarenin iradesinin aynen onaylanmasından öteye gidilmemektedir. Bu ihtimalde, ancak açıkça vermiş olduğu red kararında ilk işlemin hukuka uygun veya yerinde olduğuna ilişkin yeni dayanak ve gerekçeler ileri sürmesi durumunda başvuru merciinin yeni bir irade ortaya

---

gibi, ilk işlemin jüri heyetinin iradesi esas alınarak tesis edilmesi durumunda, aynı güvencenin başvuru aşamasında sağlanamaması ikame teorisinin uygulanmasına engel oluşturabilecektir. (GIRARDOT, 2006).

Kanaatimizce böyle bir yaklaşım da sübjektif değerlendirmelere açıktır. İlk işlemin tesis edilmesinde gerekli olan usul kurallarının tümünün başvuru incelemesi aşamasında sağlanması çoğunlukla mümkün görünmemektedir. (Aynı yönde ÖZTÜRK, 2015, s. 58). Özellikle ilk işlemin yetki unsuru yönünden sakat olması durumunda böyle bir durum imkansızdır. Yetkisiz bir makam tarafından tesis edilen işlemin yetkili bir merci tarafından denetlenmesi onun yetki sakatlığını ortadan kaldırmayacaktır. Kaldı ki, hangi usul kurallarının olmazsa olmaz nitelikte kabul edileceği ise mahkemenin sübjektif değerlendirme yapması gibi bir sonuca yol açacaktır. Bu durum da zorunlu idari başvurular bakımından uygulama birliği sağlanmasına engel oluşturur.

koyduğu savunulabilecektir. Ancak bu ihtimalde dahi ilk işlemi tesis eden idarenin tümüyle dışlanmaması gerekmektedir. Zira nihai işlem ilk işlemi tesis eden idare ve başvuru merciinin iradelerinin birleşmesiyle oluşmaktadır. Uygulamada ise başvuru mercilerinin ya hiçbir gerekçe ileri sürmeden ya da ilk işlemdeki gerekçeleri tekrarlayarak red kararı verdikleri görülmektedir.

Dolayısıyla red kararı verilen hallerde, ilgili üzerinde sonuç yaratacak olan işlem, aslında kararı zorunlu başvuruya tabi tutulan idare tarafından yapılmaktadır. Bu durum özellikle zımni red kararlarında daha da belirgindir. Şöyle ki, zımni red kararı verilen hallerde yetkili merci, başvuru hakkında herhangi bir inceleme ya da araştırma dahi yapmamaktadır. Bu hallerde ilk işlem, herhangi bir yeni dayanak ya da gerekçe eklenmeksizin ayakta tutulmaktadır.

Başta idari başvuru süresinin geçirilmesi olmak üzere bazı hallerde ise yetkili merci, başvuruyu esasına girmeden, usulden reddetmektedir. Bu ihtimalde ilk işlem bakımından başvuru mercii tarafından herhangi bir denetim yapılmadığı açıktır. Başvurunun usulüne uygun şekilde yapıldığını savunan ve zorunlu başvuru yolunu tüketerek yargı yoluna başvurmayı amaçlayan ilgililerin, bu ihtimalde öncelikle usulden red kararına karşı idari yargıda dava açması gerekmektedir.[223] Böyle bir durumda, mahkemenin davayı kabul etmesi halinde başvuru, incelenmek üzere yetkili mercie gönderilecektir.[224] Bu merciin kararının içeriğine göre idari yargıda dava açılabilecektir. Aksi durumda ise dava reddedilecek, ilgilinin hem idari hem de yargısal yollara başvuru imkanı ortadan kalkacaktır.

Dördüncü ihtimal ise zorunlu idari başvurunun kısmen kabul edilmesidir. Bu ihtimalde kabul edilen kısım bakımından başvuru merciinin iradesi ortaya çıkmakta iken, reddedilen kısım yönünden ilk işlemi tesis eden idarenin ira-

---

223 ÖZTÜRK, 2015, s. 60.

224 "*(...) yapılan itirazların, sözü edilen hükümde öngörülen süre içerisinde olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, itiraza konu ek tahakkuk kararının hukuka uygunluğunun dava yoluyla denetlenmesi olanağını ortadan kaldıran, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem tesisidir. Olayda da; dava konusu olan nihai işlem, davalı idarece, bu yolda tesis edilen işlemdir. Bu bakımdan; mahkemece, itirazın süre aşımı nedeniyle reddine dair olan dava konusu işlemin hukuka uygun olup olmadığı araştırılarak, itirazın süresinde yapıldığı sonucuna varıldığı taktirde işlemin iptaline karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, iptal kararı sonucunda davalı idare tarafından zaten gereğinin yapılması zorunlu olmasına karşın, usul ekonomisinden bahsedilerek merciine tevdi şeklinde hüküm kurulması, Yargılama Hukukuna aykırı olduğundan, temyize konu mahkeme kararında isabet görülmemiştir*." (Dan.7.D., E. 2005/4522, K. 2006/983, 28.03.2006, DD., S. 113, s. 228).

desi ayakta kalmaktadır. Başka bir deyişle, farklı idari mercilerin iradeleri bir araya gelmektedir. Bu durum çoğunlukla yetkili merciin işlemin bazı kısımları bakımından başvuruyu kabul etmesi; diğer kısımları bakımından ise herhangi bir cevap vermemesi şeklinde gerçekleşmektedir.[225] Kabul edilen kısım bakımından başvuru merciinin işleminin; reddedilen kısım bakımından ise ilk işlemin dava konusu edilmesi gerektiğini savunmaktayız.

ii. Yerinden Yönetimlerin Özerkliği İlkesi Çerçevesinde Değerlendirme

İkame teorisinin yaratacağı sorunlar ilk işlemi tesis eden idare ile başvuru merciinin farklı kamu tüzel kişiliği içinde olması durumunda daha da çarpıcı hale gelmektedir.[226] Şöyle ki, ilk işlemin zorunlu idari başvuru yapılmadıkça kesinleşmeyeceğinin kabulü, bu başvuruyu idari işlemin kesinleşmesi bakımından bir usulü aşama haline getirmektedir. Bu durum ise, ilk işlemi tesis eden makam ile başvuru mercii arasında işlemler üzerinde idari vesayet benzeri bir ilişkinin kabulü gibi bir sonuç yaratacaktır. Zira böyle bir durumda başvuru merciinin kararı olmadıkça kesin ve yürütülebilir bir işlemden söz edilemeyecektir.

Yerinden yönetimlerin özerkliği ilkesi uyarınca, kamu tüzel kişileri kendi adlarına bağımsız karar alma yetkisini haizdir. Nitekim kamu gücünü kullanabilmeleri, yerinden yönetim idarelerinin ayrı bir kamu tüzel kişisi olmasının hem göstergesi hem de sonucudur. Yerinden yönetimlerin özerkliğinin sınırı ise Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen idarenin bütünlüğü ilkesidir. İdarenin bütünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi için farklı kamu tüzel kişileri arasında ve ancak kanunla idari vesayet ilişkisi kurulabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, idari vesayet ilişkisi ancak kanunlar çerçevesinde sınırlandırılmış yetkiler sağlamakta olup, bu ilişkinin yerinden yönetimlerin özerkliğini ortadan kaldıracak şekilde uygulanması mümkün değildir.

---

[225] Buna karşılık, başvuruyu kısmen kabul eden yetkili merciin reddettiği kısım bakımından yeni dayanak ve gerekçeler ileri sürmesi durumunda, yeni bir irade ortaya koyduğu söylenebilecektir. Bu ihtimalde söz konusu kısım bakımından da başvuru merciinin işlemine karşı dava açılmasının mümkün olduğu savunulabilir.

[226] Nitekim mevzuatta ve Danıştay içtihadında zorunlu olduğu öngörülen başvuruların bazıları farklı kamu tüzel kişilerine yapılmaktadır. Söz gelimi 136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 7, 8, 20, 70, 74, 142, 153 ve 157. maddesinde yer alan başvurular, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54/e hükmünde ve 4109 sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun'un 7. maddesinde yer alan başvurular, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 62. maddesinde yer alan başvurunun bir kısmı farklı kamu tüzel kişisine yapılan zorunlu idari başvurulardandır.

Zorunlu idari başvuruların idari vesayet ilişkisi olarak yorumlanması ise Danıştay'ın, idari vesayete dair yerleşik hale gelmiş içtihadının bu başvurular bakımından ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Gerçekten de işlemler üzerinde idari vesayet ilişkisinde vesayet altındaki idare çoğu zaman icrai niteliği haiz ve fakat kesinleşmemiş bir işlem tesis etmekte, bu işlem vesayet makamının iradesiyle kesinleşerek hukuki sonuç yaratmaktadır. Yukarıda ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere, idari işlem teorisi perspektifinden hareketle içtihadına katılmadığımız Danıştay'ın bu tutumunun, idari vesayete ilişkin yerleşik uygulamasına da neredeyse tümüyle ters düştüğü görülmektedir.

İdari vesayete ilişkin yerleşik içtihadında Danıştay, başka bir kamu tüzel kişisinin onayına tabi tutulan işlemin, vesayet makamının kararından önce henüz kesinleşmemiş olması sebebiyle iptal davasına konu edilemeyeceğini kabul etmektedir. Buna karşılık, vesayet makamının onayı üzerine kesinleşmesi ile birlikte bu işlem hakkında iptal davası açılabilmektedir.[227] Ancak belirtmek gerekir ki, bu aşamada dava konusu edilen işlem kural olarak vesayet altındaki idarenin tesis ettiği ilk işlemdir. İşlemin vesayet makamının onayı üzerine kesinleşmesinin onu vesayet makamının işlemi haline getirmediği kabul edilmektedir.[228] Onaya tabi ilk işlem, vesayet makamının onamı öncesinde icrai nitelikte taşısa da, yürürlüğü henüz askıda bir statüdedir.[229]

---

[227] KARAHANOĞULLARI, 2019, s. 302. Buna karşılık, vesayet makamının onay vermemesi nedeniyle işlemin kesinleşmemesi ihtimalinde, vesayet makamının red kararına karşı, ilk işlemi tesis eden idarenin dava açması mümkündür. (Dan.DDK., E. 1967/338, K. 1972/81, 04.02.1972, aktaran GÖZÜBÜYÜK / TAN, 2016, s. 376).

[228] Dan.9.D., E. 1977/4474, K. 1978/3022, 09.11.1978, DD., S. 34-35, s. 417; Dan.9.D., E. 1980/4070, K. 1981/4814, 27.10.2981, DD., S. 46-47, s. 315; Dan.11.D., E. 1971/3449, K. 1973/1166, 14.05.1973, DD., S. 12-13, s. 482; Dan.11.D., E. 1979/665, K. 1979/3992, 18.11.1979, DD., S. 38-39, s. 369; Dan.6.D., E. 1984/637, K. 1984/2385, 11.06.1984, DD., S. 56-57, s. 244; Dan.6.D., E. 1983/242, K. 1983/945, 03.03.1983, DD., S. 52-53, s. 299. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında vesayet altındaki idarenin işleminin bağımsız bir işlem olarak nitelendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır: AYM., E. 1987/18, K. 1988/23, 22.06.1988, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.
Ancak Danıştay'ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır: Dan.12.D., E. 1976/2511, K. 1977/2835, 19.12.1977, DD., S. 30-31, s. 463; Dan.11.D., E. 1979/665, K. 1979/3992, 08.11.1979, DD., S. 38-39, s. 368; Dan.6.D., E. 1982/11, K. 1982/4377, 27.12.1982, DD., S. 50-51, s. 275.

[229] YILMAZ, 2014, s. 82. Nitekim öğretide *Günday* da, idari vesayet denetimine tabi işlemin doğmuş ve tamamlanmış olduğunu, onam işlemi ile birlikte bu işlemin yürürlüğe girdiğini savunmaktadır. Bu bakımdan onam öncesindeki aşamada gerçek anlamda bir idari işlem söz konusudur. (GÜNDAY, 2017, s. 91).

Görüldüğü gibi, burada onay işlemine rağmen, vesayet altındaki idarenin işlemi söz konusudur.[230] Keza onay işlemi, ilk işlemin tesis edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere geriye etkili olarak hukuki sonuç yaratmaktadır.[231] Ancak, vesayet makamının ilk işlemi kısmen değiştirerek onaması durumunda, hem ilk işlemin hem de vesayet makamının kararının iptal davasına konu olabileceği kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Danıştay'ın idari işlemin vesayet makamının kararı üzerine kesinleştiğinin açık olduğu idari vesayet ilişkisinde dahi vesayet altındaki idare tarafından tesis edilen ilk işleme karşı dava açılabileceğini, vesayet makamının işleminin ise ancak ilk işlemle birlikte idari davaya konu olabileceğini kabul ettiği görülmektedir.[232] Bu durumda, onam işleminden sonra açılan davada husumetin idari vesayet makamına değil; ilk işlemi tesis eden idareye yöneltilmesi gerekmektedir.[233] İlk işlemle başvuru mercii arasındaki ilişkinin idari vesayete nazaran çok daha esnek olduğu zorunlu idari başvurularda, Danıştay'ın başvuru merciinin kararına bu denli öncelik veriyor olması, kendi içtihadıyla tutarsızlık içinde olmasına yol açmaktadır.[234]

Bu açıklamalar doğrultusunda zorunlu idari başvurular üzerine ilk işleme karşı tek başına ya da hiç olmazsa zorunlu idari başvuru hakkında verilen

---

230 KAYA Cemil, "İdari Vesayet Makamının 'Onay' İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 2011, s. 148; KARAHANOĞULLARI, 2019, s. 302. Nitekim *Onar* da onay işleminin ilk işlemin unsuru olmadığını, esas işlemin vesayet altındaki idare tarafından tesis edildiğini açıkça vurgulamaktadır: "*İdari vesayetin mahiyetini, asıl tasarrufla alakasını ve tasarruf üzerine tesirini belirtmek lazımdır: tasdik, ademimerkeziyet idaresinin kararının bir unsuru, mütemmim cüz'ü değildir. Çünkü karar muhtariyeti ve hükmi şahsiyeti haiz ve kendi namına irade izharına kadir olan ademimerkeziyet idaresinin iradesinden doğmuş bir hukuki tasarruftur. Bu tasarrufun unsurlarını ademimerkeziyet idaresinin iradesinde yani tasarrufun kendisinde aramak lazım gelir*." (ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 626).

231 Dan.9.D., E. 1980/4070, K. 1981/4814, 27.10.1981, DD., S. 46-47, s. 315; Dan.9.D., E. 1977/4474, K. 1978/3022, 09.11.1978, DD., S. 34-35, s. 417.

232 ONAR, 1966, s. 627; GÜNDAY, 2017, s. 92; YILMAZ, 2014, s. 84.

233 GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, 14. baskı, Bursa, 2013, s. 125; aynı yönde GÜNDAY, 2017, s. 92.

234 İlk derece mahkemeleri de yerleşik hale gelmiş içtihatta, esas olarak başvuru merciinin kararına karşı dava açılabileceğini; ilk işleme karşı tek başına dava açılmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir. (İstanbul 13. Vergi Mahkemesi, E. 2017/2703, K. 2018/3275, 20.12.2018; İstanbul 13. Vergi Mahkemesi, E. 2018/1602, K. 2019/139, 25.01.2019, UYAP (Erişim: 02.03.2020).

kararla birlikte dava açılabilmesi gerektiğini savunmaktayız.[235] Dolayısıyla, ilk işlem bakımından ortada "*idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem*" olmaması sebebiyle ilk inceleme aşamasında red kararı verilmemelidir. Aksi durum, savunma hakkının kullanılması bakımından ilk işlemi tesis eden idare ile başvuru mercii arasında dava aşamasında yoğun bir işbirliği ve bürokrasiyi gerektireceğinden yargılamanın uzamasına da sebep olabilecektir.

SONUÇ

İdari işlemlerin hukuka uygunluğu yalnızca yargı denetimiyle sağlanmamaktadır. İdari denetim yoluyla da, hukuka aykırılıklar idarenin kendisi tarafından giderilebilmektedir. Bu yönüyle idari denetim, yargıya alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak anlaşılabilir. Bu anlayış ihtiyari idari başvurular bakımından isabetlidir. Buna karşılık, nitelik ve sonuçları bakımından farklılaşmış bir idari denetim mekanizması olan zorunlu idari başvuruları tam anlamıyla karşıladığı söylenemez. İhtiyari başvurulardan farklı olarak zorunlu idari başvurular iki ayrı sonuç yaratmaktadır. Uyuşmazlığın idare tarafından çözümlenmesini sağlayan zorunlu idari başvurular, aynı zamanda idari yargıya başvuru hakkının kullanılabilmesi bakımından bariyer niteliği taşımaktadır. Gerçekten de zorunlu idari başvuru yolları işletilmeksizin dava açılması mümkün olmadığından, zorunlu başvurular mahkemeye erişim hakkı bakımından sınırlama niteliğindedir.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanması mümkündür. Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının unsuru olduğundan, bu hakkın da ancak kanunla sınırlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda mahkemeye erişim hakkının gerek süre ve gerek

---

[235] Nitekim zorunlu idari başvuru öngörülen hallerde, başvuru makamının vereceği karar üzerine işlemin kesinleşeceğini savunan *Kaplan* da bazı hallerde ilk işlemin de başvuru üzerine verilen kararla beraber dava konusu edilebilmesi gerektiğini savunmaktadır. Başvuru merciinin açıkça ya da zımnen verdiği red kararlarındaki iradesi esasında hukuk düzenine herhangi bir yenilik katmamaktadır. Bu ihtimalde itiraz konusu edilen ilk işlem hukuk düzeninde değişiklik yaratmaktadır. İtiraz mercii ise bu işlemi teyid etmekten öteye gitmemektedir. Bu nedenle, başvuru merciinin red kararı üzerine açılan davada hem ilk işlemin hem de başvuru üzerine verilen red işleminin dava konusu edilmesi gerektiği savunulmaktadır. (KAPLAN, 2011, s. 328). Öğretide *Öztürk* de, zorunlu idari başvurunun açıkça ya da zımnen reddedildiği hallerde, başvuru merciinin aslında başvuruya konu edilen işlemi aynen onaylamak dışında herhangi bir içeriksel irade ortaya koymadığını vurgulayarak, bu red kararının dava konusu edilmesinde herhangi bir yarar olmadığını ileri sürmüştür. (ÖZTÜRK, 2015, s. 60).

zorunlu idari başvurular yoluyla sınırlandırılmasının mutlaka kanunda öngörülmesi gerekmektedir. Sınırlama açık, net ve anlaşılabilir şekilde düzenlenmiş olmalıdır. Bu durum, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilkelerinin de gereğidir.

Mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması olarak nitelendirdiğimiz zorunlu idari başvuruların bazıları ulusal mevzuatımızda ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Buna karşılık, çoğunlukta kalan başvurular bakımından kanunda son derece yüzeysel düzenlemeler yer almakta olup, bu haller yargı içtihadıyla şekillenmiştir. Hatta bu ikinci grupta yer alan başvuruların büyük bir kısmının -kanunda öngörülmeyen- zorunlu niteliği dahi içtihat yoluyla benimsenmiştir. Bu durum ise, sözü geçen alanın gri ve belirsiz hale gelmesine yol açmıştır. Şöyle ki, bu alanda yer alan başvurularda bazen ihtiyari başvuru yollarına ilişkin usuller kıyasen uygulanmış, bazense başvurunun niteliği dikkate alınarak özgün çözüm arayışına girişilmiştir. Üstelik bu çözüm arayışında tüm zorunlu idari başvurularda uygulanabilir ortak kurallar oluşturulamadığı gibi içtihat birliği de sağlanamamıştır.

Bu belirsizlik ise, başvurunun gerek yapılması ve gerek incelenmesi aşamasında mahkemeye erişim hakkının kaybına yol açacak uygulamalara sebep olmuştur. Nitekim bu aşamalarda, esasen ihtiyari başvurular için öngörülmüş olan kurallar da çözüm üretmek bakımından yetersiz kalmıştır. Öte yandan, zorunlu başvuru yolunun usulüne uygun olarak işletilmesi durumunda dahi, idari yargıda dava konusu edilebilecek işlemin belirlenmesi aşamasında oluşan karmaşa hak kayıplarına yol açabilmektedir. Dahası bu hususta Danıştay içtihadı ile idari işlem teorisi ve idari işlemlerin tabi olduğu genel ilkeler arasında yaşanan çatışma, bir yandan hak arama hürriyetinin kısıtlanmasına sebep olurken, diğer yandan savunma hakkı çerçevesinde idareyi ağır bir iş yükü ve bürokrasiye maruz bırakmıştır. Zira bu hallerde çoğu kez işlemi tesis eden irade ile mahkeme önünde savunan iradenin farklılaşması gibi bir sonuç ortaya çıkabilmektedir.

Çalışmada incelediğimiz üzere -idare bünyesinde oluşan karmaşa bir yana- zorunlu idari başvuru yollarına ilişkin mevcut uygulamanın hukuk güvenliği ilkesi ve mahkemeye erişim hakkı yönünden pek çok sakıncayı barındırdığı açıktır. Kanaatimizce bu durumun temel sebebi zorunlu başvuru yollarının kanunda ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş olmasıdır. Kanuni düzenlemede yer alan boşluk içtihat yoluyla kapatılmaya çalışılmış, bu aşamada da birlik sağlanamamıştır. Daha da ötesi, kanun koyucunun ihtiyari nitelik

taşıması yönündeki saikle öngördüğü bazı başvurulara, kanunun lafzına aykırı olarak, yargı mercileri tarafından zorunlu nitelik yüklenmiştir. Başka bir deyişle, esasında ihtiyari nitelikte olan ve buna göre düzenlenen başvurular içtihat yoluyla zorunlu hale getirilmiştir. Bu durum ise, belirsizlik ve karmaşayı beraberinde getirmiştir.

Belirtmek isteriz ki, bu karmaşanın ortadan kaldırılması için içtihat yoluyla zorunlu hale getirilen veya şekillendirilen başvuruların kanunun lafzına uygun şekilde uygulanması ya da bu alandaki başvuruların, mahkemeye erişim hakkının kullanılmasını zedelemeyecek şekilde, kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmesi faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

AKSOYLU Özge, "Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda "Kazanılmış Hak" Kavramı" **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, İstanbul, 2003, ss. 65-82.

AKURAL Sami / ZİYLAN Çetin, **Danıştay Sekizinci Daire Kararları**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1974.

AKYILMAZ Bahtiyar / SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, **Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

AKYILMAZ Bahtiyar, "Bir İdari Usul İlkesi Daha Anayasa m.40/2 Başvuru Yollarının Gösterilmesi", **Yıldızhan Yayla'ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, İstanbul, 2003, ss. 83-90.

AKYILMAZ Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

ALAN Nuri, "İptal Davalarının, Ön ve Esastan Kabul Şartları", **Danıştay Dergisi**, S. 50-51, 1983, ss. 22-50.

ASLAN Zehreddin / BARLASS İrfan / BERK Kahraman / ARAT Nilay / SAYHAN Şebnem / BARDAKÇI Mehmet Akif / GÜMÜŞKAYA Gamze / KAĞITÇIOĞLU Mutlu / ALTINDAĞ Halil, **Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

AVCI Mehmet Alpertunga / TAŞIR Ahmet, "Hukuk Devleti İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Kamu İhale İşlemlerinde İdarî Başvuru Yolları", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2015, ss. 95-115.

AYAYDIN Cem, **İdare Hukukuna Giriş**, İstanbul, 2008.

BAĞRIAÇIK Ahmet, "İdari Yargılama usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan Başvuruya Zımni Retten Sonra Gelen Açık Ret Cevabının Dava Açma Süresine Etkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2018, ss. 81-102.

BAL Yakup / KARABULUT Mustafa / ŞAHİN Yahya, **İdari Yargılama Usulü ile İlgili Danıştay 10. Dairesinin Seçilmiş Kararları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

BERK Kahraman, "İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler 1", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXV, S. 2, 2007, ss. 35-48.

BİLGİN Hüseyin, **İdari Davalar ve Çözüm Yolları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

BÜLBÜL Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 7. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

CHAPUS René, **Droit du contentieux administratif**, 13e édition, Montchrestien, Paris, 2008.

CİDECİGİLLER Aynur, **İdarenin Taraf olduğu Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Conseil d'Etat, **Les Recours Administratifs Préalables Obligatoires (Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat**, La Documentation française, Paris, 2008.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 5. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

DENİZ Yusuf / BOZ Selman Sacit / GÜRKAN Mehmet Fatih, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan İdari Başvurular", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 2, 2013, ss. 31-62.

DURAN Lutfi, "İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükut Meselesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XII, S. 1, 1946, ss. 130-199.

ERDEM KARAHANOĞULLARI Özlem, "İdari Davalarda Süre Sorunları", **İdari Yargı Panel, 11 - 12 Nisan 2003 Mersin**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2003, ss. 87-121.

EREN Hayrettin / ŞİŞMAN Gülden, "Türk Tabipler Birliğine ve Tabip Odalarına Yapılacak İdari Başvurular", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 2, 2009, ss. 53-74.

ERKUT Celal, "İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990**, Danıştay Matbaası, 1991, ss. 109 - 114.

ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No: 51, Ankara, 2015.

EROĞLU DURKAL Müzeyyen, **İdari Makamların Sükutu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ESİN Yüksel, **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları - Birinci Kitap: Usul**, Ankara, 1976.

GIRARDOT Thierry - Xavier, "La theorie du recours administratif préalable obligatoire a l'épreuve de la commission de recours des militaires", **RFDA**, 2006, Dalloz.fr. (Erişim: 16.03.2020).

GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, 14. bası, Bursa, 2013.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref / TAN Turgut, **İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku**, 8. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetsel Yargı**, 33. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 11. bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017.

HATİPOĞLU Cengizhan, "İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 21, 2015, ss. 359-384.

HONDU Selçuk, "İdari Yargılama Usulü Kanununda Yeralan İdari Usuller ve Uygulaması", **T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998 Ankara, Bildiriler Kitabı**, 1998, ss. 260-264.

IŞIKLAR Celal, "İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usulü", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 1, S. 6, 2011, www.acarindex.com., (Erişim Tarihi: 02.03.2020).

İŞÇİ Jülide, **İdari Merci Tecavüzü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KAĞITÇIOĞLU Mutlu, "İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Merci Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 30, 2017, ss. 237-271.

KAĞITÇIOĞLU Mutlu, "İdari İşlemin İcrailiği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 103, 2012, ss. 267-284.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargıda Dava Açma Süreleri**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

KAPLAN Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, 3. bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

KARAHANOĞULLARI Onur, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/Rec (2007) 7 Sayılı Tavsiye Kararı", (İngilizce'den çeviri), **Danıştay Dergisi**, S. 116, www.politics.ankara.edu.tr [Erişim Tarihi: 07.03.2020.]

KARAHANOĞULLARI Onur, "Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi (İçtihat Değerlendirmesi)", http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf, (Erişim Tarihi: 11.02.2020).

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KARAHANOĞULLARI Onur, **İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

KAYA Cemil, "İdari Vesayet Makamının "Onay" İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 2011, ss. 143-158.

KAYA Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, 2005, ss. 253-284.

KÜÇÜK Füsun Ceren, **İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. Maddesi Uyarınca Yapılan Başvurunun Kapsam ve Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

LANDAIS Claire / LENICA Frédéric, "Précisions sur le régime des recours administratifs préalables obligatoires", **AJDA**, 2005, Dalloz.fr. (Erişim: 18.03.2010).

MURATOĞLU Tahir, "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesi Kapsamındaki Başvurularda Başvuru Gününün Dava Açma Süresinin Hesabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Sorunu", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, S. 34, 2016, ss. 1-24.

ODYAKMAZ Zehra / ÇINARLI Serkan / AVCIOĞLU AKSOY Ezgi, **İdare Hukukunda Yargı Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri**, 2. bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖNGÖREN Gürsel, **Türk Hukukunda Dava Açma Süreleri**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.

ÖZKAN Gürsel, "4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu İdari Başvuru Yolları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 17, 2014, ss. 63-110.

ÖZTÜRK K. Burak, **Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

PACTEAU Bernard, **Contentieux administratif**, 5e édition, PUF, Paris, 1999.

SANCAR Mithat, "İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre", **Amme İdaresi Dergisi**, Mart/1990, S. 23/1, ss. 69-88.

SERTER Yusuf Sertaç, **İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Dışı Bir Araç Olarak İdari Başvurular**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

SEZER Yasin / BİLGİN Hüseyin, "Danıştay Kararlarında İdari Başvurular", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, ss. 337-366.

SEZGİNER Murat, "İdari İşlem - İcrailik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIX, S. I-2, 2011, ss. 241-250.

SEZGİNER Murat, "İdari Makamların Sükutu Üzerine Açılan Davalarda Süre", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şakir Berli'ye Armağan**, C. 5, 1996, S. 1-2, ss. 417-441.

SOYBAY Selçuk, İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.

TAN Turgut, "İdarenin "Kesin İşlemleri" ve 5917 Sayılı Kanun Uygulaması", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 2, S. 4, 1969, ss. 99-115.

UYANIK Halit, "Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXXII, S. 1, 2014, ss. 673-694.

VIEL Marie Therese / ÖNÜT Lale Burcu, "İdari Başvuru ve İdari Yargı Birleşimi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2012, ss. 67-78.

YILDIRIM Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.

YILDIRIM Turan, "İdari Usul Yasası Kapsamında İdareye Başvuru", **İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu 17-18 Ocak 1998**, Bildiriler Kitabı, 1998, ss. 247-253.

YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, 2. bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

YILDIZ AKGÜL Şerife, "İdarenin Hareketsizliğine Karşı Bir Çözüm Olarak Zımni Kabulün Uygulanabilirliği Meselesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyum Özel Sayısı Cevdet Yavuz'a Armağan**, 2012, ss. 3405 - 3434.

YILMAZ Dilşat, "Türk İdare Hukukunda İdari İşlemin "Kesin"liği Üzerine Bir Değerlendirme "Kime Göre?", "Ne İçin?" Kesinlik", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 2, 2017, ss. 105-153.

YILMAZ Dilşat, **İdari İşlemin İcrailik Özelliği**, Astana Yayınları, Ankara, 2014.

ZABUNOĞLU Yahya K., "İdari Yargıda Dava Açma Süresi", **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı 1-4 Mayıs 1990**, Danıştay Matbaası, 1991, ss. 187-207.

THOMAS HOBBES NEDEN ÇOCUKLARI SİYASAL TOPLUM DIŞINA İTER?(*)

Arş. Gör. Ezgi ÇALDIRAN(**)

Öz: Modern toplumların çocuğa ve çocukluğa bakış açısı modern devletin temel kavramları etrafında şekillenmiştir. Akıl ve sosyal sözleşme bu kavramlar arasında yer alır. Konunun teorik temellerini eleştirel gözle yeniden ele almak çocuk hakları açısından olumlu bir katkı sağlayacaktır. Thomas Hobbes'un argümanları dikkatle incelendiğinde, "zarar verebilme" kapasitesine sahip olmamaları nedeniyle çocukları toplum dışında tuttuğu görülebilir. Hobbes'un sosyal sözleşme teorisi yaşamı devam ettirme güdüsüne dayanmakta ve diğerlerini kuvvetten yoksun bırakma aracı sağlamaktadır. Hobbes'un sosyal sözleşmenin temeli olarak ele aldığı akıldan herkesin pay almadığını, devleti ve toplumu meşrulaştıran birey rızasının hayati tehlikenin bertaraf edilmesi gerekliliğiyle sınırlı olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda Hobbes'un teorisinde çocukların siyasal toplumun dışında tutulmasının sebebi onların zihinsel yeteneklerinin eksikliği değil, diğerleri için tehdit oluşturabilecek kuvvet ve zekâdan yoksun olarak değerlendirilmeleridir.

Anahtar Kelimeler: Thomas Hobbes, Çocukların Toplumsal Statüsü, Sosyal Sözleşme, Akıl, Kuvvet.

WHY DOES THOMAS HOBBES EXCLUDE CHILDREN FROM POLITICAL SOCIETY?

Abstract: The perception of child and childhood in modern societies, shapes by the fundamental concepts of modern state. Reason and social contract are among these concepts. Rethinking of theoretical basis of this subject critically contributes positive to children rights. When Thomas Hobbes' arguments are examined carefully, it can be seen that he excludes children from the society because they don't have the capacity of "harm". Hobbes' theory of social contract is based on the motive to sustain life and provides a means to deprivation others of power. It can be said that not everyone gets part from the reason, which is considered as the basis of the social contract by Hobbes, and the consent, which legitimizes state and society, is limited to need to eliminate life-threatening factors. In this case, the cause of exclusion of children from society in Hobbes' theory is not that children lack of mental abilities, but they are considered lacking the strength and intelligence that may pose a threat to others.

Keywords: Thomas Hobbes, Children's Social Status, Social Contract, Reason, Force.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 11.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 05.05.2020.

(**) Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2547 sayılı Kanun md.35 uyarınca Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-5352-791X; *ecaldiran@gsu.edu.tr*).

I. GİRİŞ

Modern liberal hukuk sistemlerinde çocuğa ve çocukluğa bakış açısı teorik olarak modern devletin temeli olan kavramlar çevresinde şekillendiğinden,[1] bir sosyal sözleşmeci olan Thomas Hobbes'un çocukları siyasal toplum dışında tutmasının sebeplerini araştırmak önemlidir. Akıl modern devleti biçimlendiren bu kavramlar arasında yer alır ve modern toplumların çocukluk algısını ve çocuk haklarına yaklaşımını şekillendirir. İnceleme bu teorik temelin ortaya konmasıyla sınırlıdır.

Thomas Hobbes siyasi iktidarın meşruiyetini bireylerin rızasıyla açıklayan düşünürlerden biridir. Ancak onun teorisinde toplumu oluşturan tüm bireylerin iktidara meşruiyet kazandırdığı söylenemez. Örneğin çocuklar toplumsal yaşamın "öteki"sidir.

Çocukların siyasal toplumun dışında tutulması, Hobbes'un sözleşme teorisinin temellerinin anlaşılabilmesi açısından da ayırt edicidir. Çocukların özne konumuna yerleştirildiği bir modelle sosyal sözleşmenin anatomisi yapılabilir. Bu açıdan Hobbes'un çocukların toplumsal konumunu açıklarken kullandığı argümanlar, teorisinin anlaşılmasında önemli bir yere sahiptir.

Bu çalışmanın temel hedefi Hobbes'un çocukları siyasal toplum dışında tutmasının sebebini ortaya koymaktır. Ancak bu sorun araştırılırken cevabı ortaya çıkacak bir diğer soru Hobbes'un teorisinde sözleşmeyi yapan bireylerin hangi özelliklere sahip olduğudur.

II. THOMAS HOBBES'UN SÖZLEŞME TEORİSİNE GENEL BAKIŞ

"Eşitlikten güvensizlik doğar."[2] *Leviathan*'ın düsturu bu cümlede bulunabilir. Hobbes'un sözleşme teorisi eşitlikten doğan savaşı bertaraf etmek için kurgulanmıştır. Tüm insanların diğerleriyle ilişkisinde kendini güvende hissetmesi ve karşıdakinin gücünün sınırını öngörebilmesi için herkesin üstünde bir otoriteye ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü eşitlik ve eşitlikten doğan güvensizlik ortamı toplumsal birliği ve üretimi engeller.

Hobbes, insanın çalışması neticesinde elde edeceği zenginlikleri kaybetme korkusunun onu üretmekten, hayatı kolaylaştıracak teknik araçların bilgisinden, sanatsal yaratımdan, dünya hakkında bilgi edinmekten uzaklaştırdığını iddia et-

---

1 Bu konuda ayrıntılı inceleme için Bkz. ÇALDIRAN Ezgi, **Siyasi İktidar Karşısında Çocuk ve Çocukluk,** 1. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1-49.

2 HOBBES Thomas, **Leviathan,** (çev. Semih Lim), 13. Bs., Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 100.

mektedir. Devletin olmadığı yerde insan, günlerini yaşamından endişe ederek korku ve savaş ortamında geçirir.[3] Hobbes; sürekli savaş hali olarak kurguladığı doğa durumunda güçlü, zeki ya da kurnaz hiç kimsenin güvenlik içinde olmadığını yazar. Ancak bireyler akıllarını kullanarak bu durumdan kurtulabilirler. Bunun için hepsini temsil edecek bir kişiye haklarını devrederek egemenin belirlediği kurallar altında herkesin gücünün sınırlandırıldığı bir toplum oluştururlar. Bunun için bireylerin doğa durumunda sahip oldukları hak ve kuvvetlerden vazgeçmeleri gerekir.[4] Hobbes'un kurgusunda sosyal sözleşme, herkesin karşılıklı olarak haklarından vazgeçmesi üzerine kurulduğu için,[5] bireyler açısından diğerlerini kuvvetten yoksun bırakma ve tehlikeyi bertaraf etme aracıdır.

İnsanları, üretimden ve sanatsal zevklerden yoksun bu verimsiz durumundan çıkaracak olan akıldır. İnsan, akıl yoluyla bu durumdan kurtulmasını sağlayacak doğa yasalarını bulabilir.[6] Bu yasalar barışı ve güven içinde sürdürülen yaşamı referans alır. Hobbes barışın sağlanması için öncelikle herkesin her şey üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkının ortadan kaldırılmasını düşünür. Onun teorisinde siyasi bütün, bireylerin karşılıklı olarak haklarından vazgeçmesiyle kurulur.[7]

Elbette Hobbes, hakların devredilmesi ya da onlardan vazgeçilmesi durumunun bir karşılığı olması ve kişinin bundan bir menfaat elde etmesi gerektiğini düşünür.[8] Haklarını bir egemene devrederek onun kişiliğinde bütün haline gelen insanlar, bu sayede herkesin herkesle savaşta olduğu hiçbir şey ve hiç kimsenin güvende olmadığı ortamdan kurtulup, barış ve üretimden gelen zenginliklerin mülkiyetini elde ederler. Buna göre bireyler egemenin varlığının kendi menfaatleri için faydalı olduğuna inanarak sözleşmeye onay vermektedirler.[9]

---

3 **HOBBES**, 2014b, s. 101.

4 GÜRİZ Adnan, "Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, 1955, s. 307.

5 GÜRİZ Adnan, **Hukuk Felsefesi,** 11. Bs., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 181.

6 **HOBBES,** 2014b, s. 103.

7 **HOBBES,** 2014b, s. 104; "... herkes herkese, *senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılman şartıyla, kendimi yönetme hakkını bu kişiye veya bu heyete bırakıyorum* demişçesine, herkesin herkesle yaptığı bir ahit yoluyla, hepsinin bir ve aynı kişilikte gerçekten birleşmeleridir.", (vurgu orijinalinde), **HOBBES,** 2014b, s. 136.

8 **HOBBES,** 2014b, s. 106.

9 *"But for Hobbes the subjects' belief that their own interests are best served by the existence of a sovereign power is an authentic belief; without that belief, sovereign power could never have been created in the first place."*, READ James H., "Thomas Hobbes: Power in the State of Nature, Power in Civil Society", **Polity,** Volume:23, Number:4, The University of Chicago Press, Summer 1991, s. 523.

III. SOSYAL SÖZLEŞME İLE AKIL BÜTÜNLEŞTİRİLEBİLİR Mİ?

Bireyler karşılığında menfaat elde etmek için doğa durumunda sahip oldukları haklarını egemene devrederler. Bu menfaat, doğa durumunda her an başkasının saldırısına uğrama tehlikesi altında olan tasarruf hakkının güvenceye kavuşturulmasıdır.

Hobbes insanları doğa durumundan kurtaracak olan doğa yasalarının akıl aracılığıyla bulunabileceğini açıkça belirtmiştir.[10] Fakat aynı zamanda, *Leviathan*'da insanların çoğunun muhakeme yeteneğini kullanamadıklarını yazar.[11] İnsanları doğa durumundan kurtaracak doğa yasalarını ortaya çıkaracak olan akıl herkesin pay sahibi olduğu akıl değildir. Sözleşmeye öncülük eden akıl herkes tarafından kullanılamaz. Aklı kullanabilen kişiler akıl sayesinde doğa yasalarına ve sözleşmenin gerekliliğine ulaşırlar ve diğerlerine yol gösterirler.[12] Bu durum karşısında sosyal sözleşmenin tarafı bireylerin bu sözleşmeye katılırken hangi motivasyonla hareket ettiklerini ortaya koymak çok önemlidir. O halde sorulması gereken, Hobbes'un kurgusunda bireyler sözleşmeye akıl aracılığıyla mı katılır, sorusu olmalıdır.

Hobbes toplumun oluşması için kişilerin kuvvetlerinden doğan savaş ihtimalini referans alır. Hobbes'un kurgusunda bireyleri sözleşme yapmaya iten temel motivasyon ölüm tehlikesinden kaçınmaktır.[13] Geniş kitleler açısından bakıldığı zaman sözleşmede aklın rolü, bireyleri bu güvensiz ortamdan kurtaracak herkes için geçerli kurallar yaratacak egemeni belirlemekle, yani ölüm tehdidini bertaraf etmekle sınırlıdır. Nitekim *De Cive*'e yazdığı ithaf yazısın-

---

10 *"Ne var ki Hobbes sözleşmeyi, doğal yaşama gibi varsayım olarak ileri sürmez. Konuşma yeteneği olan, geleceğin tasasını çeken, güvenliğini sağlamak isteyen insanoğlu bu sonuca mantık yoluyla, bir tümden gelim işlemiyle varmıştır."*, AKIN İlhan F., **Devlet Doktrinleri,** 3. Bs., Beta, İstanbul, 2016, s. 97.

11 **HOBBES,** 2014b, s. 47; herkesin yeterince sahip olmadığını düşünmesi karşısında Hobbes'un sözleşme teorisinde aklın "bağlayıcı gücüne" ilişkin soru oluştuğu ve Hobbes'un bu soru/soruna açıkça cevap vermediği eleştirisi için Bkz. KING Peter, "Thomas Hobbes's Children", **The Philosopher's Child: Critical Essays in the Western Tradition**, (Ed. By. Susan M. Turner, Gareth B. Matthews), University of Rochester Press, Rochester, 1998, (bu makalenin metnine http://individual.utoronto.ca/pking/articles/Hobbes_on_Children.pdf, (çevrimiçi, 3.05.2020) adresinden ulaşılmıştır. Buradaki sayfa numarasına göre sonuç kısmının yer aldığı 17 ve 18. sayfalara bakınız).

12 BAKIRCI Fahri, "Hobbes'ta Sözleşmenin Kökeni Akıl mıdır?", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:63, Sayı:3, 2008, s. 4, 20, 28, 41.

13 MEIKSINS WOOD Ellen, **Özgürlük ve Mülkiyet: Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi,** (çev. Oya Köymen), 1. Bs., Yordam Kitap, İstanbul, 2012, s. 272.

da Hobbes, insan doğasına dair kabul ettiği katî doğrulardan birinin insanları *"vahşi bir ölümden kaçınmaya yönelten doğal akıl"* olduğunu yazar.[14]

IV. ÇOCUKLAR AKILDAN YOKSUN MUDUR?

Çocukların akıldan yoksun olup olmadıklarını anlayabilmek için Hobbes'un akla nasıl yaklaştığını, onu nasıl tanımladığını ele almak gerekir. Hobbes'un düşüncesinde akıl, düşünme faaliyeti ve bunun neticesinde ortaya çıkan düşüncenin başkalarına aktarılabilmesi yani ifade edilmesidir.[15] Hobbes'a göre, akıl doğuştan sahip olunan bir yeti ya da deneyimle elde edilen bir yetenek değildir. Akıl sadece çalışmak ve kelimeleri doğru kullanmak yoluyla geliştirilebilir.[16] Hobbes'a göre akıl konuşmayla birlikte ortaya çıkar ve gelişir, çünkü ona göre akıl sözcüklerle yapılan muhakemedir. Bu anlamda Hobbes kişinin akla sahip olduğunu gösterebileceği delillere önem vermektedir.

> "Grekler ise, hem *konuşma* hem de *akıl* için tek bir kelime, λογος [*logos*- Çev.] kelimesini kullanırlar; ancak, akıl olmadan konuşma da olmadığını düşündükleri için değil, konuşma olmadan akıl yürütme olamayacağını düşündükleri için: akıl yürütme eylemine ise, bir ifade ile diğer bir ifade arasındaki zincirleme bağlantıların tümü anlamında, *silojizm* (kıyas) dediler."[17]

Hobbes'un teorisinde akıl, düşündüğünü başkalarına aktarabilme yeteneğiyle birlikte ele alınır. Bunun için toplumun ve devletin kurulmasında konuşmanın dönüştürücü etkisini vurgular.

> "Fakat, bütün icatlar içinde en soylu ve yararlı olanı, *adlar* ya da *adlandırmalardan* ve onların bağlantısından oluşan, KONUŞMA idi; insanlar, bu sayede, düşüncelerini ifade etmekte, geçmişte kalan düşüncelerini hatırlamakta ve karşılıklı fayda ve haberleşme için onları birbirlerine söylemektedirler. Onlar olmadan önce, insanlar arasında, aslanlar, ayılar ve kurtlar arasında olduğunda fazla devlet veya toplum veya anlaşma veya barış yoktu."[18]

---

[14] HOBBES Thomas, **Elementa Philosophica De Cive: Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri,** (çev. Cihan Deniz Zarakolu), 2. Bs., Belge Yayınları, İstanbul, 2014, s. 4.

[15] **HOBBES,** 2014b, s. 43.

[16] **HOBBES,** 2014b, s. 46.

[17] **HOBBES,** 2014b, s. 39, (vurgu orijinalinde).

[18] **HOBBES,** 2014b, s. 34-35, (vurgu orijinalinde).

Konuşma yeteneğine sahip olmayan çocukların akıl sahibi olmadığını fakat konuşma yeteneğine sahip olma imkânı olduğu için "akla eğilimli yaratıklar" olduğunu yazar.[19]

V. KUVVETE DAYALI AÇIKLAMA MÜMKÜN MÜDÜR?

De Cive'i inceleyen herkes Hobbes'un insan doğasını ele alarak çalışmaya başladığını görebilir. Hobbes, insanın menfaatleri peşinde koştuğunu, egosunu tatmin etmek istediğini, şöhreti sevdiğini ve diğerleri ile ilişkisinde bu güdülerin etken olduğunu söyler. Ona göre, kişiler arasındaki ilişkiler menfaat ya da tatmin amacıyla kurulur.[20] Hobbes, doğa durumundaki savaşa insanlardaki bu tutkuların sebep olduğunu düşünmektedir.[21]

> "Doğa durumunda, aynı nedenden ötürü ve eşit şiddette olmasa da, her insanda bir zarar verme isteği vardır. Biri doğanın eşitliğine riayet edip diğerlerine kendisine tanıdığı hakkı tanır; bu, kendi kapasitesini doğru ölçen makul bir insanın işaretidir. Diğeri, kendisinin diğerlerinden üstün olduğunu düşünüp, kendisine her hakkın tanınmasını ve kendisi için diğerlerinden daha fazla bir şan talep eder; bu, saldırgan bir karakterdir. Bu durumda, zarar verme isteği beyhude bir gururdan [*inanis gloria*] ve insanın kendi gücünü olduğundan fazla görmesinden kaynaklanmaktadır. Birinci kişi için ise, bu, mülkünü ve özgürlüğünü diğerine karşı koruma ihtiyacından kaynaklanmaktadır."[22]

"Bu nedenle büyük ve köklü toplumların kökenine karşılıklı sevgi değil ama insanların birbirine karşı duydukları korkunun konması gerekir."[23] Hobbes'un sözleşme teorisi korku üzerine temellendirilmiştir. Bireyler birbirlerinden korktukları için sözleşme yaparlar.[24] Bu korku doğa durumunda herkesin elde ettiği menfaatlerin elinden alınabilmesine ilişkindir. İnsanlar arasında fiziksel olarak daha avantajlı konumda bulunanlar da güvende değildir, çünkü bedensel olarak zayıf durumda olanlar diğerlerine karşı birleşerek

---

19 **HOBBES,** 2014b, s. 46-47.

20 **HOBBES,** 2014a, s. 23-24.

21 Bkz. THIVET Delphine, "Thomas Hobbes: A Philosopher of War or Peace?", **British Journal for the History of Philosophy,** Volume:16, Issue:4, Routledge, 2008, s. 705.

22 **HOBBES,** 2014a, s. 26-27.

23 **HOBBES,** 2014a, s. 24.

24 "...; egemenlerini seçen insanlar, bunu, birbirlerinden korktukları için yaparlar, tayin ettikleri kişiden korktukları için değil; ...", **HOBBES,** 2014b, s. 155.

onları alt edebilir.[25] Sosyal sözleşme doğa durumundan kaynaklanan bu savaş halini sona erdirir. Sosyal sözleşme başkasının haklarını elinden alabilecek insanların bu hakkından vazgeçmesi için yapılır.

Hobbes'un bu açıklamalarından sonra sosyal sözleşmenin süjelerinin kuvvetli ve kurnaz olan dolayısıyla başkalarına zarar verebilme potansiyeli taşıyan kişiler olduğu sonucuna varılabilir. Hobbes'un teorisinde çocukların konumunun anlaşılabilmesi için sözleşmeyi yapan kişinin karakterini, özelliklerini çözmek gerekir. Hobbes'un sözleşmesinin aktörleri kendileriyle sözleşme yapan diğer insanları eşit kabul etmektedir. Sosyal sözleşme varsayılan eşitler arasında yapılmaktadır.[26] Dolayısıyla sözleşmeyi yapan insanın gücünün diğerleri tarafından nasıl algılandığı önemlidir. Bu anlamda kimin sözleşmenin tarafı olacağı toplumu oluşturan bireylerin birbirleri hakkındaki düşüncesiyle karara bağlanmaktadır.

Hobbes, insanları güvenlik arayışına ve ihtiyacına iten kötülüklerin temelini anlatırken çocukların fiziksel kapasitelerine ilişkin tespitlerini de dile getirir.

> "Çocuklar istedikleri her şey kendilerine verilmez ise ağlar, kızar ve hatta analarına ve babalarına el kaldırırlar ve doğa onları böyle davranmaya sevk eder. Ama ne onları suçlayabiliriz ne de onlar kötüdür; çünkü, ilkin, *hiç kimseye zarar veremezler* ve daha sonra akıllarını kullanamadıklarından tüm görevlerden tamamen muaftırlar. *Fakat büyüdüklerinde ve başkalarına zarar verebilecek bir güce eriştiklerinde de böyle yapmaya devam ederlerse, artık kötü olmaya ve bu şekilde adlandırılmaya başlarlar.* Bundan dolayı, kötü bir insan daha çok gürbüz bir oğlan çocuğuna veya çocukça bir akla sahip bir insana benzer ve kötülük ise, zarar hakkında terbiye edilmiş ve eğitilmiş bir doğa tarafından yönetilmesi gereken bir yaşta, insandaki akıl eksikliğidir."[27]

Hobbes çocukların kendi kuvvetlerinin farkında olmadığını ve toplumun var olmadığı durumlarda nelerin kaybedileceğini bilemediğini yazar.[28]

---

[25] **HOBBES,** 2014b, s. 99.

[26] *"Sözleşme, aralarında eşitlik bulunan ya da birbirlerini eşit olarak gören insanlar tarafından yapılır.",* AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/ KÖKER Levent, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı,** 3. Bs., İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 211; insanların karşısındakinden daha fazla şey kaybedeceği durumlarda sözleşmeye katılmaması hakkında Bkz. AKAL Cemal Bâli, **İktidarın Üç Yüzü,** 4. Bs., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009, s. 95.

[27] **HOBBES,** 2014a, s. 12-13, (vurgu eklenmiştir).

[28] **HOBBES,** 2014a, s. 25.

VI. SONUÇ

Hobbes, düşündüğünü başkalarına aktarabilme yeteneğinin insanların toplum ve devlet kurmasında dönüştürücü bir etken olduğunu kabul eder. Bu nedenle konuşma yeteneğine sahip olmayan çocukların akıldan yoksun olduğunu belirterek onları siyasal toplumun dışında tutar. Fakat bu belirleme konuşamayan küçük yaştaki çocuklar için kabul edilse bile konuşma yeteneğini geliştiren çocuklar açısından Hobbes'un dışarıda tutma argümanı belirsizliğini korumaktadır. Belirli bir yaş aralığı göstermeyen Hobbes çocukların kendilerini bağlayan bir taahhütte bulunamayacaklarını söylemekle yetinerek bu konuda detaylı açıklama yapmamıştır.

Hobbes'un teorisinde bireyleri sözleşme yapmaya iten temel motivasyon, yaşamı devam ettirme isteğidir.[29] Çocuklar da ölüm tehdidinden kaçmak için akıllarını kullanabilirler; o zaman sözleşmenin tarafı dolayısıyla toplumun üyesi olamama sorunu çocuğun sözleşen diğer bireyler tarafından nasıl konumlandırıldığıyla çözülebilir.

Çocukların sözleşme dışında bırakılması çocukların zihinsel eksikliğinden kaynaklanmaz.[30] Çocukların toplumun üyesi sayılmaması onların sözleşmeyi yapan diğer bireyler tarafından güçsüz görülmesinden doğmaktadır. Çocukları ne tek başına ne de diğerleriyle birlikte bir tehdit olarak algılayan Hobbes onları siyasal toplumun dışında tutar.

Hobbes'un, teorisini geliştirirken kuvvete verdiği önemi göz önünde bulundurarak çocukların başkalarına zarar verme kapasitesinin sınırlı olması nedeniyle onları sosyal sözleşme ve siyasal toplum dışında bıraktığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ulaşılan bu sonuç Hobbes'a göre fiziksel güçten yoksun her insanın toplum dışında bırakıldığını göstermeye yetmez. Hobbes'un yaşadığı çağı ve toplumsal hayatta gördüğü kişilerin siyasal toplumda etkisi olmadığını düşündüğümüz zaman, onun herkesi kapsayacak bir açıklama

---

[29] Hobbes'a göre, insanın harekete geçmesini sağlayan temel güdü yaşamını devam ettirmektir. Tüm diğer nesneler gibi insan da dünya üzerindeki yaşamını devam ettirmeye odaklanmıştır. Bu konuda ayrıntılı açıklama ve Hobbes'un düşüncesini fiziksel yasalara dayanarak geliştirdiği üzerine Bkz. RAPHAEL D. D., **Political Thinkers, Volume VI, Hobbes: Morals and Politics,** General Editor: Geraint Parry, Routledge, Abingdon, Oxon, 2004, s. 26.

[30] Thomas Hobbes kendi yaşadığı dönemde çocukların bilişsel yeteneklerinin yetersiz olmadığı konusunda örneklere denk gelmiş olmalıdır. Bu konudaki en çarpıcı örnek bizzat Thomas Hobbes'un altı yaşındayken Yunanca ve Latince öğrenmesi, on yedi yaşında Oxford Üniversitesinde öğrenime başlamasıdır. Bkz. **AKIN**, 2016, s. 89.

yapması düşünülemez.[31] Bu çalışmada kullanılan argüman her şeyden önce Hobbes'un eserlerinde bazen açıkça bazen satır aralarında söyledikleriyle test edilebilir. Fakat bedensel kuvvet açısından dezavantajlı olan herkesin Hobbes tarafından siyasal toplum dışında bırakıldığını iddia etmek bu çalışma kapsamındaki okumaları aşan bir sonuç olur.

[31] Hobbes'un teorisi bireylerin doğa durumunda sahip oldukları tüm hakları egemene devrettikten sonra onları siyasal olarak etkisizleştirmek üzerine kurulmuştur. Bkz. **MEIKSINS WOOD,** 2012, s. 276; Hobbes'un teorisinde insanların egemenliğe sahip olmadığı hakkında Bkz. UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, 1. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 209.

KAYNAKÇA

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/ KÖKER Levent, **Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, 3. Bs., İmge Kitabevi, Ankara, 2004.

AKAL Cemal Bâli, **İktidarın Üç Yüzü**, 4. Bs., Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2009.

AKIN İlhan F., **Devlet Doktrinleri**, 3. Bs., Beta, İstanbul, 2016.

BAKIRCI Fahri, "Hobbes'ta Sözleşmenin Kökeni Akıl mıdır?", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 63, Sayı: 3, 2008, s. 1-48.

ÇALDIRAN Ezgi, **Siyasi İktidar Karşısında Çocuk ve Çocukluk**, 1. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

GÜRİZ Adnan, "Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1, 1955, s. 298-315.

GÜRİZ Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 11. Bs., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.

HOBBES Thomas, **Elementa Philosophica De Cive: Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri**, (çev. Cihan Deniz Zarakolu), 2. Bs., Belge Yayınları, İstanbul, 2014.

HOBBES Thomas, **Leviathan**, (çev. Semih Lim), 13. Bs., Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014.

KING Peter, "Thomas Hobbes's Children", **The Philosopher's Child: Critical Essays in the Western Tradition**, (Ed. By. Susan M. Turner, Gareth B. Matthews), University of Rochester Press, Rochester, 1998, s. 65-83, (metin ulaşım adresi: http://individual.utoronto.ca/pking/articles/Hobbes_on_Children.pdf, (çevrimiçi, 3.05.2020).

MEIKSINS WOOD Ellen, **Özgürlük ve Mülkiyet: Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi**, (çev. Oya Köymen), 1. Bs., Yordam Kitap, İstanbul, 2012.

RAPHAEL D. D., **Political Thinkers, Volume: VI, Hobbes: Morals and Politics**, General Editor: Geraint Parry, Routledge, Abingdon Oxon, 2004.

READ James H., "Thomas Hobbes: Power in the State of Nature, Power in Civil Society", **Polity**, Volume:23, Number:4, The University of Chicago Press, Summer 1991, s. 505-525.

THIVET Delphine, "Thomas Hobbes: A Philosopher of War or Peace?", **British Journal for the History of Philosophy**, Volume:16, Issue:4, Routledge, 2008, s. 701-721.

UYGUN Oktay, **Devlet Teorisi**, 1. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

ÖZEL HUKUK

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASI(*)

Doç. Dr. Öz SEÇER(**)

Öz: Bu çalışmanın konusunu inşaat sözleşmesinde ayıbın iş sahibinden kaynaklanması oluşturmaktadır. Normal koşullarda inşaatta meydana gelen ayıptan dolayı yüklenici sorumlu olmakla birlikte, iş sahibinden kaynaklı bazı koşulların varlığına bağlı olarak bu sorumluluk ortadan kalkabilmektedir. TBK m.476'da ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasına ilişkin olarak talimat verme ve ayıbın iş sahibinin sağladığı malzemeden veya gösterdiği arsadan kaynaklanması örnek olarak sayılmışsa da iş sahibinden kaynaklanan plan ve projelerin hatalı olarak verilmesi, inşaatta birden fazla yüklenicinin birlikte çalışması durumunda ayıp meydana gelmesi gibi başkaca durumlar da mevcut olmaktadır. Çalışmamız bu durumların detaylı olarak incelenmesi ve hukuki sonuçlarının neler olabileceğinin tespit edilmesi amacıyla kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnşaat Sözleşmesi, Ayıp, Yüklenici, İş Sahibi, Bildirim.

THE LIABILITY OF THE CUSTOMER FROM DEFAULT IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Abstract: The subject of this study is the liability of the customer due to defect in construction contract. Although the contractor is liable for the defect in construction under normal conditions, this responsibility may disappear due to the existence of some conditions arising from the customer. In Turkish Code of Obligations article 476, giving instructions regarding the origin of the defect from the customer and the source of the defect from the material provided by the custoner or the plot shown by him are mentioned as an example, but there are also another situations arising from the customer such as giving improperly the plans and projects, and defects due to work of multiple contractors in the construction. Our study was written in order to examine these situations in detail and to determine what their legal consequences might be.

Keywords: Construction contract, Defect, Customer, Contractor, Notification.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 15.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 04.05.2020.

(**) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0003-3051-3790; *oz.secer@law.bau.edu.tr*).

GİRİŞ

İnşaat sözleşmesinde yüklenici, inşaatı sözleşme koşullarına uygun olarak yapıp teslim etmek borcu altındadır. Teslim edilmiş yapının sözleşme koşullarına uygun olarak inşa edilmemiş olması durumunda inşaatın ayıplı olmasından bahsedilmektedir. İnşaatın ayıplı olması durumunda yüklenicinin iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Bazı durumlarda teslim edilen bir inşaatta ayıp bulunmakla beraber bu ayıbın yükleniciden kaynaklanmadığı görülmektedir. Ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı durumlarda yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğu ortadan kalkmakta ve iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının ona karşı ileri sürme olanağı bulunmamaktadır. Çalışmada hangi durumlarda ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı araştırılmış, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden kurtulabilmesi için ayıbın iş sahibine bildirilmesi yükümlülüğü incelenmiş ve ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasına bağlı sonuçların neler olduğu saptanmaya çalışılmıştır.

I. TBK m.476 HÜKMÜ BAĞLAMINDA AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASI

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcuna aykırı davranması durumunda iş sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmektedir.[1] Buna karşılık, inşaatın ayıplı olmasına bizzat iş sahibi neden olmuşsa, onun ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanması mümkün olmamaktadır.[2] Ayıbın iş sahibinden kaynaklanması durumunda, yüklenici,

---

1 ŞENOCAK Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002, s. 130; Bir inşaatın ayıpsız olması ilk planda iş sahibinin çıkarlarına hizmet etmekle birlikte yüklenicinin de bundan dolayı menfaati bulunmaktadır. Zira yüklenicinin ayıpsız olarak inşaatı teslim etmesiyle yükümlülüklerinden kurtulması ve sözleşmede kararlaştırılan bedeli talep etmesi mümkün olacaktır. GAUTSCHI Georg, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragverhältnisse 3. Teilband Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR**, Zweite Auflage, Bern, 1967, Art.369 N. 2.

2 ÖZ Maya Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2016, s. 197; GAUCH Peter, **Der Werkvertrag**, 6. Auflage, Zürich Basel Genf, 2019, N. 1914; R. HURLIMANN/T. SIEGENTHALER, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht VertragsverhältnisseTeil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft** (Herausgeber: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2012, Art.369 N. 1; KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi,** İstanbul, 2017, s. 286; KOCAAĞA Köksal, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 2014, s. 143; BÜYÜKAY Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2019, s. 125; KOLLER Alfred, **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 1995, N. 40; BUHLER Theodor, **Kommentar zum schweizerisc-**

ayıp dolayısıyla sorumluluktan kurtulmaktadır.[3] Ayıbın iş sahibinden kaynaklı olmasına ilişkin TBK m.476'ya göre, "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz".[4]

Bu hükmün uygulanabilmesi için inşaatta bir ayıbın var olması gerekmektedir.[5] Hükmün temelinde ayıbın sebebinin, iş sahibinin sorumluluk çevresinde ortaya çıkan bir olgu olarak belirlendiği hallerde, sorumluluğun yükleniciye değil de iş sahibine yüklenmesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır.[6] TBK m.476 hükmü, iş sahibinin inşaatın yapımında aktif rol oynadığı düşüncesine de dayandırabilir.[7] Çünkü inşaat sözleşmesinde kural olarak inşaat plan ve projelerini sağlayan, yükleniciye talimat veren ve bazen de malzemeleri sağlayan inşaat sahibidir.[8]

---

hen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2d, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Zürich, 1998, Art.369 N. 2; TRACHSEL Heribert, **Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln**, Bern-Stuttgart-Wien, 2000, N. 177; GAUTSCHI, Art.369 N. 2; SEÇER Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m.484)**, Ankara, 2020, s. 317; ÖZ Maya Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinde Dönmesi**, İstanbul, 1989, s. 111.

3 GAUCH, N. 1914; HENNINGER Anton, "Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers", **Schweizerische Baurechtstatung 2009 ... für alle, die bauen**, 2008, s. 83; GAUCH Peter / CARRON Benoit, **Le contrat d'entreprise**, Zurich, 1999, N. 1914; ZINDEL Gaudenz/ PULVER Urs/SCHOTT Bertrand, **Der Werkvertrag, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR** (Honsell-Vogt-Wiegand (Hrsg.)), 6. Auflage, Basel, 2015, Art.369 N. 1; UÇAR Ayhan, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, 2003, s. 233; ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı Mal Tesliminden Dolayı Sorumluluğu", **Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, II. Cilt**, Ankara, 2017, s. 1150; ACUN Hüseyin, **Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması**, Ankara, 2018, s. 39.

4 Bu hükmün yüklenicinin özen borcuna ilişkin özel bir düzenleme olduğu yolundaki açıklamalar için bkz: **BUHLER**, Art.369 N. 5.

5 BURCUOĞLU Haluk, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakları Kullanabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler"", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1990, s. 301; CANBOLAT Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009, s. 160.

6 SELİÇİ Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978, s. 189.

7 TERCIER Pierre/BIERI Lauren/CARRON Blaise, **Les contrats spéciaux**, Geneve-Zurich-Bale, 2016, N. 3787; **ACUN**, s. 40.

8 **TERCIER/BIERI/CARRON,** N. 3787; **KOCAAĞA**, s. 143; **ACUN**, s. 40; ARAL Fahreetin/ AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 400-401.

TBK m.476 anlamında ayıbın iş sahibinden kaynaklanması, iş sahibinin ayıbı tek başına ve kendisinin meydana getirmesi ve ayıbın yalnızca ona yüklenecek olması durumunda söz konusu olmaktadır.[9] İnşaatın ayıpsız ifa ve teslim edilmemesi münhasıran yükleniciye değil de iş sahibine ait olmalıdır.

İş sahibinin, kendisinden kaynaklanan bir nedenle ayıbın meydana gelmesinde yer alması gerektiği yukarıda belirtilmiştir. Bu neden, iş sahibinin kusurundan kaynaklı veya onun risk alanında gerçekleşen bir neden olabilir.[10] İş sahibine yüklenebilen bir neden, bir ayıbın meydana gelmesini engellemede kendisinden beklenen gerekli özeni gösterdiğini ispat edemediği durumda söz konusu olmaktadır.[11] Bu noktada iş sahibinin sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmesi gerekmemektedir.[12]

İnşaat işlerinde meydana gelen ayıbı yalnızca belirli bir nedene bağlamak güçtür. Çoğu zaman ayıp birden fazla nedene bağlı olarak meydana gelebilmektedir. Bu nedenle hukuki değerlendirme için nedenlerden hangisinin ayıbın meydana gelmesinde daha etken olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.[13] Ayıbın meydana gelmesinde etkili olan neden iş sahibine isnad edilebiliyorsa, bundan dolayı iş sahibinin ayıba bağlı hakları kullanamayacak, buna bağlı olarak da yüklenici ayıp dolayısıyla sorumluluktan kurtulacaktır.[14]

---

9 **GAUCH**, N. 1914; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 3; **TERCIER/BIERI/CARRON**, N. 3796; ARPACI Özge, **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Ankara, 2019, s. 250; **UÇAR**, s. 234; GÜNDOĞDU Fatih, **Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İşi Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m.473/f.2),** İstanbul, 2019, s. 198; **ŞENOCAK**, s. 134; ŞAHİNİZ Cevdet Salih, **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, İstanbul, 2014, s. 125; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 41; **BUHLER**, Art.369 N. 8; **HENNINGER**, s. 86.

10 **KURŞAT**, s. 286; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 3; **HENNINGER**, s. 86; **ŞAHİNİZ**, s. 125; **KOCAAĞA**, s. 144; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 41; **CANBOLAT**, s. 161; LENZLINGER GADIENT Annette, **Mängel-und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag Ein Vergleich zwischen dem Schweizerischen Obligtaionenrecht und der Norm 118 (1977/1991) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins**, Zürich, 1994, s. 107; **BUHLER**, Art.369 N. 55; **TRACHSEL**, N. 17; **WELSER** Irene, "Die Allein-und Mitverantworthlichkeit des Bauherrn für Baumängel," Koller (Ed.): **Haftung für Werkmängel**, 1998, s. 53; **SEÇER**, s. 317.

11 **GAUCH/CARRON**, N. 1917.

12 **GAUCH**, N. 1917; EREN Fikret, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996),** 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2010, s. 81; KAPLAN İbrahim, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, 2019, s. 130; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 42; **ARAL/AYRANCI**, s. 402.

13 **GÜNDOĞDU**, s. 198.

14 **SELİÇİ**, s. 190; **KURŞAT**, s. 287; **ACUN**, s. 39.

TBK m.476 hükmünün uygulanmasında ayıbın sebebinin araştırılması gerekmektedir. Belirlenen sebep, ayıbın iş sahibine isnad olunup onun sonuçları yüklenmesi gerektiğini ortaya koyuyorsa, yüklenici sorumluluktan kurtulacak, ona TBK m.475'deki ayıba karşı tekeffülden doğan haklar ileri sürülemeyecektir.[15] Ayıbın nedeni yalnızca iş sahibinin davranışı olmayıp, yüklenicinin özen yükümlülüğünü ihlal etmesi de ortak neden olarak öngörülüyorsa, yüklenici ayıptan dolayı sorumluluktan kurtulamaz.[16] Bu hususta yüklenicinin ifa yardımcısının borca aykırı davranışları da yüklenicinin davranışı olarak kabul edilir.[17]

TBK m.476'da söz konusu olan iş sahibinin kusuru değildir.[18] Bu hükmün uygulanabilmesi için, inşaattaki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın iş sahibinin bir davranışıyla uygun illiyet bağı içerisinde meydana gelmiş olması gerekmektedir.[19] Bununla birlikte bunun bilimsel anlamda bir illiyet bağı olarak anlaşılmaması gerekir.[20] Ayıbın iş sahibinin sorumluluk ya da riziko alanına ilişkin bir nedenle meydana gelmiş olması mümkündür.[21] İnşaatın ayıplı olmasında iş sahibinin mutlaka kusurlu olmasına gerek bulunmamaktadır.[22] İş sahibi, kusurlu ve kusursuz davranışlarının olduğu kadar, verdiği malzemenin ayıplı çıkmasında olduğu gibi davranışa bağlı olmayan durumların da sonuçlarına katlanacaktır.[23] Bunlara ek olarak iş sahibinin sözleşmeye göre belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü altında olduğu durumlarda hareketsiz

---

15 **SELİÇİ**, s. 190.

16 **GAUCH**, N. 1919; **SELİÇİ**, s. 190; KOLLER Alfred, **Schweizerisches Werkvertragsrechts**, Zürich/St. Gallen, 2015, N. 558; **GÜNDOĞDU**, s. 198; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 41; **CANBOLAT**, s. 161; **BUHLER**, Art.369 N. 9; **HENNINGER**, s. 86; **ÖZDEMİR**, s. 1150.

17 **GAUCH**, N. 19118.

18 **ÖZ**, Dönme, s. 111; **BÜYÜKAY**, s. 125; **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s. 197.

19 TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, 2010, s. 209; **GAUCH**, N. 1917; **BUHLER**, Art.369 N. 10; **ŞENOCAK**, s. 131; **ARPACI**, s. 250; **EREN**, s. 644; **BÜYÜKAY**, s. 125; **GAUTSCHI**, Art.369 N. 2; **ACUN**, s. 43.

20 **GAUCH**, N. 1918; **ŞENOCAK**, s. 133; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 41.

21 **TANDOĞAN**, s. 208; **GAUCH**, N. 1917; **KURŞAT**, s. 286; **ŞENOCAK**, s. 131; **CANBOLAT**, s. 161; **TRACHSEL**, N. 192.

22 **UÇAR**, s. 234; **ŞENOCAK**, s. 133; **ERMAN**, s. 160; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 3; **ŞAHİNİZ**, s. 124; **GÜNDOĞDU**, s. 200; **KOCAAĞA**, s. 144; YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 1031; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 42; **TRACHSEL**, N. 188; **ACUN**, s. 43.

23 **GÜNDOĞDU**, s. 200; **KURŞAT**, s. 287.

kalmasından dolayı da ayıbın ondan kaynaklanmasının sonuçlarına katlanması söz konusu olabilir.[24] Örneğin iş sahibi inşaat sözleşmesinde aynı anda faaliyet gösteren yan yüklenicilerin koordinasyon yükümlülüğünü yüklenmiş, ancak bu konuda yetersiz kalması sebebiyle inşaatın ayıplı olmasına yol açmışsa, yüklenici öncesinde bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olması koşuluyla sorumluluktan kurtulacaktır.[25]

İnşaattaki ayıba iş sahibinin neden olması, iş sahibinin ifa yardımcısı olan kişilerin özellikle ifa yardımcısı olarak görevlendirilen mimar ve mühendislerin davranışlarından da kaynaklanabilir.[26] İnşaat sektöründe iş sahibinin veya yardımcılarının kusurlu olması gerekmemektedir; Kanun, ayıbın meydana gelmesinin iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanmasını yeterli görmektedir.[27] Yan yüklenici için ise durum farklıdır; bu kişi yüklenici ile olan ilişkilerinde iş sahibinin ifa yardımcısı konumunda değildir.[28] Yüklenici, kural olarak inşaata yan yüklenici tarafından zarar verilir ve teslimden önce inşaat ayıplı hale gelirse yan yüklenici inşaatı iş sahibinin onayı veya talimatı ile kullanmadıkça ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasından yararlanamaz.[29]

TBK m.476'da yer alan düzenleme, tamamlayıcı bir hukuk kuralı niteliğindedir.[30] Sözleşme tarafları, ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasının hukuki sonuçlarına ilişkin Kanundan farklı bir düzenleme yapma yoluna gidebilirler.[31]

---

24 **GÜNDOĞDU**, s. 200; **KAPLAN**, s. 130; **KOCAAĞA**, s. 145; **TRACHSEL**, N. 211; bu husta karşılaştırmalı hukuka ilişkin açıklamalar için bkz: **WELSER**, s. 56-57.

25 **KOLLER**, Nachbesserung, N. 49.

26 **TANDOĞAN**, s. 210; **GAUCH**, N. 1921; **TERCIER/BIERI/CARRON**, N. 3791; **BUHLER**, Art.369 N. 15; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 1; **GAUCH/CARRON**, N. 1921, s. 290; François CHAIX, **Du contrat d'entreprise, Commentaire Rommand Code des obligations I Art.1-529 CO Commentaire** (Thévenoz-Werro Editeurs), 2. édition, Bâle, 2013, Art.369 N. 4; **GÜNDOĞDU**, s. 199; **ŞENOCAK**, s. 136; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 5; **ÖZ**, Dönme, s. 112; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2**, İstanbul, 2010, s. 58; **KAPLAN**, s. 131; **ÖZ**, s. 198; **CANBOLAT**, s. 161; **LENZLINGER GADIENT**, s. 108; **HENNINGER**, s. 86; **EREN**, İnşaat, s. 80; **ACUN**, s. 42; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 1; **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s. 198.

27 **TERCIER/FAVRE**, N. 4493; **BURCUOĞLU**, s. 302; **BUHLER**, Art.369 N. 17.

28 **GAUCH**, N. 1922.

29 **GAUCH/CARRON**, N. 1922; **GÜNDOĞDU**, s. 228; **BUHLER**, Art.369 N. 15.

30 **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 26.

31 **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 28; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 26; **HENNINGER**, s. 91.

II. AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANDIĞI DURUMLAR

1. Genel Olarak

TBK m.476'da ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı hallerin başında ayıbın iş sahibinin talimatından doğması ve iş sahibince verilen malzemenin veya inşaat için gösterdiği yerin ayıplı olması sayılmıştır.[32] Bununla birlikte ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı başka durumlar da bulunmaktadır: İş sahibince belirlenen malzemenin kullanılması, iş sahibinin verdiği plan ve projelerin hatalı olması, inşaatta birden fazla yüklenici çalışması, önceki yüklenicinin ayıplı çalışması vb.

2. İnşaattaki Ayıbın İş Sahibinin Talimatından Doğması

İş sahibinin yükleniciye verdiği talimatın inşaatta bir ayıba yol açması halinde ayıbın iş sahibinin faaliyet alanından kaynaklandığı kabul edilmektedir.[33] İnşaat sözleşmesinde inşaatın hangi yöntemle ve araçlarla meydana getirileceğine kural olarak yüklenici karar verecektir. Bu nedenle de inşaatın meydana getirilmesi aşamasında meydana gelecek risklerden de yüklenici sorumlu olacaktır. Ancak iş sahibinin yüklenicinin bu yetkisine müdahale ederek, inşaatın yapımı ile ilgili talimat vermesi halinde yüklenicinin doğabilecek bu risklerden sorumlu tutulması artık mümkün olmayacaktır. İş sahibinin yükleniciye müdahale ederek inşaatın yapımı ile ilgili talimat verdiğinin söylenebilmesi için iş sahibinin bununla ilgili kararları kendisinin vermiş olması gerekecektir.[34]

Ayıbın iş sahibinin talimatından doğmuş olması, TBK m.476'da yüklenicinin inşaattaki ayıptan dolayı sorumlu tutulamayacağı durumlardan biri olarak sayılmıştır. TBK m.476 anlamındaki talimat, iş sahibi tarafından verilen ve yüklenicinin inşaat sözleşmesinin içeriğine göre uymakla yükümlü olduğu talimattır.[35] Bu talimatlarla iş sahibi, yüklenicinin inşaatı nasıl yapacağını bağ-

---

[32] **LENZLINGER GADIENT**, s. 108; **ARAL/AYRANCI**, s. 401; **TRACHSEL**, N. 432.

[33] **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 523; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 6; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 48; **KOCAAĞA**, s. 145.

[34] **GÜNDOĞDU**, s. 206.

[35] EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 644; **ŞENOCAK**, s. 137; **GAUCH/CARRON**, N. 1927; CARRON Blaise, "Les devoirs d'avis de l'entrepreneur, de l'architecte et de l'ingénieur", **Journées suisses du droit de la construction 2019,** s. 126; **HENNINGER**, s. 83; **GÜNDOĞDU**, s. 206; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 7; **UÇAR**, s. 234; **KAPLAN**, s. 131; **KOCAAĞA**, s. 145; **BÜYÜKAY**, s. 125; **CANBOLAT**, s. 162; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 53; **BUHLER**, Art.369 N. 27; **ARAL/AYRANCI**, s. 401; **TRACHSEL**, N. 212.

layıcı olarak belirlemektedir.[36] Örneğin, iş sahibi, kullanılacak malzemeye, alt yüklenicilerin seçimine, işlerin kendi aralarındaki sırasına, işin yürütümüne, birden fazla yüklenici varsa bunların koordinasyonuna ilişkin talimatlar verebilir.[37] Buna karşılık, bağlayıcı olmayan teklif, tavsiye ve istekler TBK m.476 anlamında talimat sayılmazlar.[38] Eğer iş sahibinin açıklamış olduğu irade beyanının talimat olup olmadığı hususunda belirsizlik varsa güven teorisine başvurularak bu irade beyanının yorumlanması gerekmektedir.[39]

İşin ifasına yönelik talimatlar, çoğu kez sözleşmenin akdedilmesinden sonra iş sahibi tarafından verilmekte[40] ve bazen tek taraflı sipariş değişikliği niteliği taşımaktadırlar. Ama talimatların başlangıçta sözleşmenin parçası şeklinde olup akdedilecek sözleşme çerçevesinde yer alması da mümkündür.[41] Doktrinde bir görüş[42] uyarınca sözleşmedeki hükmün teknik anlamıyla talimat olarak değerlendirilmesi ve TBK m.476'ın konusunu teşkil etmesinin söz konusu olmayacağı, kural olarak sözleşme hükmünün her iki tarafını da bağlayacağını, sözleşme görüşmeleri esnasındaki tarafların birbirlerini koruma yükümlülüğü ve kusur ile bunun yol açacağı sonuçların genel sözleşme teorisinin konusu olacağı belirtilmektedir. Bu görüş uyarınca, sözleşmede yer alan hükme yüklenicinin uymak zorunda olduğu, bu şekilde söz-

---

36 **GAUCH**, N. 1928; **UÇAR**, s. 234; **ŞAHİNİZ**, s. 126; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 53; **BÜYÜKAY**, s. 125; **ÖZDEMİR**, s. 1151; **EREN**, İnşaat, s. 79; **CARRON**, s. 126; **ACUN**, s. 41; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 2.

37 **GAUCH**, N. 1928; CHAIX François, "La violation par l'entrepreneur de ses devoirs d'information vis-à-vis du maitre de l'ouvrage", **La semaine judiciaire-doctrine**, s. 128. **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 7; **BUHLER**, Art.369 N. 27; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 7; **TANDOĞAN**, s. 210; **ÖZDEMİR**, s. 1152; **UÇAR**, s. 235; **ŞAHİNİZ**, s. 126; **GÜMÜŞ**, s. 58; **CARRON**, s. 126; **KAPLAN**, s. 131; **KOCAAĞA**, s. 143; **ARAL/AYRANCI**, s. 401; **HENNINGER**, s. 83; **TRACHSEL**, N. 405; **EREN**, İnşaat, s. 80; **CARRON**, s. 126; **ACUN**, s. 41.

38 **GAUCH**, N. 1929; **TANDOĞAN**, s. 210; **EREN**, İnşaat, s. 79; **ŞENOCAK**, s. 137; **BÜYÜKAY**, s. 125; **TRACHSEL**, N. 405; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 7; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 53; **GAUCH/CARRON**, N. 1929; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 6; **ŞAHİNİZ**, s. 126; **KAPLAN**, s. 131; **BUHLER**, Art.369 N. 27; **HENNINGER**, s. 83; **ÖZDEMİR**, s. 1151; **CARRON**, s. 126; **ACUN**, s. 41.

39 **GAUCH**, N. 1929; **GAUCH/CARRON**, N. 1929.

40 **GAUCH**, N. 1932.

41 ATF 95 II 44; **GAUCH**, N. 1932; **TRACHSEL**, N. 406; **ŞENOCAK**, s. 137; **UÇAR**, s. 235; **ŞAHİNİZ**, s. 126; **KURŞAT**, s. 289; **GÜNDOĞDU**, s. 207; **TANDOĞAN**, s. 210; **KOCAAĞA**, s. 146; **CANBOLAT**, s. 162; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 53; **HENNINGER**, s. 83.

42 **KURŞAT**, s. 289.

leşmeye hüküm koyulmakla iş sahibi tarafından tek taraflı olarak bir talimat verme söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce, talimatın sözleşmenin içerisinde yer alması ile sonradan verilmesi arasında bu talimata uyulması durumunda ayıp meydana gelmesi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Burada önemli olan verilmiş olan talimata uyulması durumunda iş sahibinden kaynaklı bir ayıbın meydana gelip gelmeyeceğinin tespit edilmesidir. Eğer sözleşme hükmü, yüklenicinin uymakla yükümlü olduğu bir direktif niteliği taşımıyorsa, yüklenicinin sözleşme hükümlerine göre sorumluluğu söz konusu olacaktır.[43]

Sözleşmenin akdedilmesinden sonra iş sahibi tarafından verilen her talimat bakımından iş sahibinin bu talimatı verme hakkının olduğu varsayılmaktadır. Talimat verme hakkı içermeyen her düzenleme, yüklenici açısından bağlayıcı olmayacak ve halihazırdaki inşaat için bir talimat niteliğinde olmayacaktır.[44] Diğer bir deyişle TBK m.476 anlamında bir talimattan bahsedilmek için iş sahibinin yükleniciye yapılması istenen inşaatı tarif etmesi yeterli olmayacak, bunun ötesinde işin yapılma şekli ve yönteminin somut ve bağlayıcı olması bir şekilde iletilmesi gerekecektir.[45]

İş sahibi, talimatını, sözlü veya yazılı biçimde bizzat kendisi veya mimar veya mühendis gibi yetkili temsilcisi aracılığıyla verebilir.[46] İş sahibince talimatın yazılı olarak verilmesi, verilen talimatın inşaatta bir ayıba neden olup olmadığı ve niteliği hususunda ilerde ortaya çıkması muhtemel bir anlaşmazlıkta ispat bakımından önem taşımaktadır.[47] İş sahibinin yetkili yardımcılarınca verilen talimatlar, TBK m.476 hükmü bağlamında iş sahibinin kendi verdiği talimatlar olarak kabul edilmektedir.[48]

---

43 **TRACHSEL**, N. 406.

44 **GAUCH/CARRON**, N. 1933; **GAUCH**, N. 1933; **KOLLER**, Werkvertragsrecht, N. 581; **ŞAHİNİZ**, s. 126; **GÜNDOĞDU**, s. 208.

45 **GÜNDOĞDU**, s. 207-208; **UÇAR**, s. 234.

46 **GAUCH**, N. 1934; **GAUCH/CARRON**, N. 1934; **TRACHSEL**, N. 408; **EREN**, İnşaat, s. 79; **BUHLER**, Art.369 N. 30; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 7; **KAPLAN**, s. 131; **EREN**, s. 644; **UÇAR**, s. 235; **ŞAHİNİZ**, s. 126; **KURŞAT**, s. 288 dpn. 762; **KOCAAĞA**, s. 145; **CANBOLAT**, s. 162; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 53; **HENNINGER**, s. 83; **ÖZDEMİR**, s. 1151; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 2.

47 **UÇAR**, s. 235.

48 **GAUCH/CARRON**, N. 1934; **GAUCH**, N. 1934; **ARPACI**, s. 251; **GÜNDOĞDU**, s. 208; **UÇAR**, s. 235; **BÜYÜKAY**, s. 129; **CANBOLAT**, s. 162.

İnşaatın ayıplı olarak teslim edileceğinin öngörülmesine neden olan durumun iş sahibinin talimatından doğduğunu yüklenici ispat etmek durumundadır. Bunun için ortaya çıkan olumsuz durumda talimatın verildiği ana doğru geçmişe gitmek gerekmektedir.[49]

TBK m.476 hükmüne göre, yüklenicinin yaptığı bildirime aykırı olarak iş sahibinin verdiği talimatlar yüzünden ayıplı ifa ona yüklenebilen bir nedenle meydana gelmişse, iş sahibinin ayıptan doğan hakları ortadan kalkmaktadır. Böylece yüklenici, iş sahibinin şahsen veya yetkili bir yardımcısı aracılığıyla vermiş olduğu ifaya ilişkin bir talimata uyduğu ölçüde ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmaktadır. Bununla birlikte TBK m.476'ya göre, yüklenici iş sahibine bildirimde bulunarak talimata uyulduğu takdirde inşaatta bir ayıp meydana geleceğini belirtmelidir.[50]

3. İnşaattaki Ayıbın İş Sahibinin Sağladığı Malzemeden Doğması

TBK m.476'da inşaatın ayıplı olmasının iş sahibinin talimatından doğması yanında, ayıbın herhangi bir nedenle iş sahibine isnadının mümkün olduğu durumlarda da iş sahibinin ayıptan doğan haklarını ileri süremeyeceği öngörülmüştür. İnşaatta meydana gelen ayıpların iş sahibinin sağladığı malzemeden kaynaklanması durumunda da ayıp iş sahibinden kaynaklanmaktadır.[51] Kendi tedarik ettiği malzemeye ilişkin riskler, iş sahibinin üzerindedir.[52]

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde, malzemenin kimin tarafından sağlanacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bu hususta çıkan bir sorun, somut olayın koşullarına ve sözleşmenin içeriğine bağlı olarak çözümlenmelidir.[53] Taraflar arasında yapılan sözleşmede malzemenin kimin tarafından sağlanacağı hususunda bir hüküm varsa sorunun çözümü kolay olmakla beraber, böyle bir hüküm bulunmadığı durumlarda malzemenin kimin tarafından sağlanacağı tartışmalıdır. Sözleşmede hüküm bulunmadığı durumlarda kural olarak malzeme, yüklenici tarafından sağlan-

---

49 **GÜNDOĞDU**, s. 210.

50 **GAUCH/CARRON**, N. 1937; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 8; **ARPACI**, s. 250; **BUHLER**, Art.369 N. 32.

51 **GAUCH**, N. 1979; **TANDOĞAN**, s. 214; **ŞAHİNİZ**, s. 131; **KAPLAN**, s. 134; **ARPACI**, s. 253; **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s. 197.

52 **GAUCH/CARRON**, N. 1979.

53 **UÇAR**, s. 243.

malıdır.[54] Fakat TBK m.476'ya göre bir sonuç doğması için malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanmış olması gerekmekte, ancak bunların iş sahibi tarafından sağlanmış olmasının mutlak şekilde sözleşmeden kaynaklanması aranmamaktadır.[55]

Malzeme, kararlaştırılan yapının ayıpsız surette meydana getirilmesine elverişli olmadığı takdirde ayıplı bir malzemeden bahsedilir.[56] İş sahibi tarafından verilen malzemenin ayıplı olup olmadığı, bu malzemelerin yapılmak istenen proje bakımından uygun olup olmamasına göre değerlendirilecektir.[57] Bu değerlendirme bakımından malzemelerin teslim edildiği tarihin değil, malzemelerin plana uygun olarak kullanıldığı tarihin dikkate alınılması gerekmektedir.[58] İnşaat malzemesindeki ayıp bakımından şu örnekler verilebilir: İnşaata getirilen malzemenin uygun olmaması, malzemenin sözleşmede kararlaştırılan boyutta veya kalitede teslim edilmemesi vb.[59]

Malzemenin doğası gereği inşaata elverişli olmayabileceği durumda, bu tipteki bir malzeme inşaatın sözleşmede öngörüldüğü gibi ayıpsız ifa edilmesine olanak tanımaz.[60] Malzeme, doğası gereği inşaata elverişli olduğunda ise bu tipte bir malzeme sözleşmede öngörüldüğü gibi ayıpsız bir inşaat meydana getirmeye izin vermektedir. Bununla birlikte söz konusu malzeme ayıpsız bir inşaat meydana getirmeye elverişli olmayan bir bireysel nitelik bozukluğuna sahip olabilir.[61] Örneğin çatlak tuğlalar, kurt yemiş keresteler, temizlenmemiş çakıl veya kum, için yüksek oranda alçı karıştırılmış çimento vb.

İnşaattaki ayıp, iş sahibinin verdiği malzemeden dolayı oluşmuşsa, ayıplardan dolayı sorumluluk iş sahibine aittir,[62] ancak yüklenicinin de TBK m.472/f.3'e göre malzemeyi kontrol etmesi,[63] bu konuda iş sahibini uyarması

---

54 **UÇAR**, s. 244.

55 **GÜNDOĞDU**, s. 203.

56 **ŞENOCAK**, s. 142; **GAUCH/CARRON**, N. 1981; **ARPACI**, s. 253; **ŞAHİNİZ**, s. 131; **GÜNDOĞDU**, s. 204; **KAPLAN**, s. 135.

57 **HENNINGER**, s. 84.

58 **GÜNDOĞDU**, s. 204.

59 **BUHLER**, Art.365 N. 53, Art.369 N. 34.

60 **GAUCH/CARRON**, N. 1982; **ŞAHİNİZ**, s. 131; **GAUCH**, N. 1982; **BUHLER**, Art.369 N. 35.

61 **GAUCH/CARRON**, N. 1983; **GAUCH**, N. 1983; **KAPLAN**, s. 135.

62 **SELİÇİ**, s. 191; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 21; **UÇAR**, s. 245.

63 Büyük miktarlarda kullanılan malzemeler bakımından, numuneler üzerinde gözden geçirme genel olarak yeterlidir. **GAUCH/CARRON**, N. 2000.

gerekmektedir.[64] Buna rağmen, iş sahibi, malzemelerin kullanılmasında ısrar

[64] **TANDOĞAN**, s. 214; **KAPLAN**, s. 136; YENER Mehmet Deniz, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. IV, S. 1, 2009, s. 171; **ŞAHİNİZ**, s. 131; **UÇAR**, s. 246; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 22; ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Bası, Ankara, 2019, s. 550; **BURCUOĞLU**, s. 301; **GAUCH/CARRON**, N. 1986; **SELİÇİ**, s. 191; Y.15.HD., T. 13.7.2012, E. 2017/907, K. 2017/2889, "... Davacı-karşı davalı yüklenici, davalı-karşı davacı iş sahibidir. Taraflar arasında imzalanan 11.02.2010 tarihli TÜBİTAK Gebze yerleşkesinde TÜBİTAK Marmara Araştırma Merkezi Sodyum Üretimi Pilot Tesisi Kurulması Sözleşmesi ile yüklenici şirket sodyum üretimi pilot tesisi binası yapım işini üstlenmiştir.
Sözleşme konusu tesisin yapım işi ile ilgili olarak davalı-karşı davacı iş sahibinin oluşturduğu kabul komisyonu heyetlerinin eksik ve kusurlu işler bulunduğunu ileri sürerek kabulden kaçınması üzerine davacı-karşı davalı yüklenici sözleşme konusu 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2012/37 D. iş sayılı dosyasında delil tespiti yaptırmıştır. Tespit dosyasındaki raporu düzenleyen inşaat ve makine mühendisi bilirkişiler, işin projelerine, teknik şartnameye uygun tamamlandığını, tesisin çalışma sorununun uygun malzemenin seçilmemiş olmasından kaynaklandığını, malzeme seçiminin iş sahibine ait olduğunu, bu haliyle yüklenicinin işini tam olarak yaparak teslim ettiği ve iş bedeline hak kazandığını belirtmişlerdir.
Mahkemece keşfe bağlı olarak düzenlenen 1. bilirkişi kurulu 17.06.2013 tarihli raporunda davacı yüklenicinin teknik şartname ve işin sözleşmesine uygun malzeme kullandığı, üretim tesisinde yapılan incelemede elektroliz hücresinin bu haliyle çalıştırılması mümkün olmadığından soda üretim tesisinin diğer ünitelerinin sözleşme hükümlerine göre çalışıp çalışmadıklarına test edilmesi ve gözlenmesinin mümkün olmadığı görüşünü bildirmişler, raporlarının değerlendirme bölümü (2) bendinde de yapılan incelemelerin imalât sırasında uygun malzeme seçilmemiş olduğunu gösterdiğini belirtmişlerdir.
Yine mahkemece yapılan keşfe bağlı olarak yeniden oluşturulan 2. bilirkişi kurulu 27.12.2013 tarihli rapor ve 10.06.2016 tarihli ek raporlarında tesisin montajının yapıldığı devreye alınma işlemlerinin tamamlanmadığını, bir takım iyileştirme ve tamamlayıcı işlemlerin yapılması gerektiği, tesiste kullanılan malzeme ve ekipmanların seçimlerinin sözleşme kapsamına göre yapıldığı ve karşılıklı mutabakatla gerçekleştiği tesisin devreye alınması için yapılması gereken işlemlerin 45.000,00 TL bedel tutacağını belirterek, yüklenici alacağının 290.568,09 TL + KDV olduğunu bildirmişlerdir.
818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/I. maddesi yüklenicinin kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta satıcı gibi sorumludur demek suretiyle yükleniciyi malzemedeki ayıp yanında zaptta karşı da sorumlu tutmuştur. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 472/I. maddesinde malzemenin yüklenici tarafından sağlanmış olması halinde yüklenicinin bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacağı belirtilmiştir. Gerek 818 Sayılı BK'nın 357/II. gerekse 6098 Sayılı TBK'nın 472/II. maddelerinde malzeme iş sahibince sağlanmışsa yüklenicinin onları gereken özeni göstererek kullanmakla yükümlü olduğunu belirttikten sonra BK'nın 357/III. ve TBK'nın 472/III. maddelerinde iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenicinin bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorunda olduğu, bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacağı belirtilerek, yüklenicinin genel ihbar mükellefiyeti hususu düzenlenmiştir.

eder ve bu yüzden inşaatta ayıp meydana gelirse, sonuçlarına iş sahibi katlanır ve ayıp dolayısıyla haklarını kaybeder.[65]

Buna göre özen borcunun sonucu olarak malzemeyi yüklenici seçmişse yapılacak işe, beklenen amaca uygun olan malzemeyi seçip kullanmak zorunda olduğu gibi, malzemeyi iş sahibi temin etmiş olsa dahi, işinin ehli olduğu ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan temin edilen malzemenin o iş ve eserin amaca uygun yapımına yeterli olduğunu bilmek ve genel ihbar yükümlülüğü uyarınca temin edilen malzemeyle eserin sözleşme, şartname ve amacına uygun olarak yapılamayacağını iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi halde bundan doğan sonuçlardan yüklenici sorumlu olacaktır...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

65 **SELİÇİ**, s. 191; Y.15.HD., T. 27.6.2016, E. 2015/4284, K. 2016/3707, “... Davacı iş sahibi, davalı yüklenicidir. Davalı yüklenici davalı iş sahibi ile imzaladığı 6.10.2009 tarihli sözleşme ile kauçuk hız kesici orta gövde, başlık, vida, dübel, güneş enerjili üçgen flaşör reflektifli uyarıcı dikmesinin imâl ve temin işini üstlenmiştir. Davalı yüklenici tarafından sözleşme konusu işlerin tamamlanarak teslim edildiği, montajının yüklenici tarafından değil davacı iş sahibi tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır.

Dosya kapsamı, düzenlenen tutanaklar, ... Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2010/ Değişik iş sayılı delil tespit dosyası, yazışmalar ve alınan bilirkişi raporu ile davalı yüklenici tarafından temin ve imal edilip davacı iş sahibine teslim edilen ve onun tarafından montajı yapılan hız kesicilerin bir kısmının reflektif malzemelerinin kısmen veya tamamen çıktığı, bir kısmının kauçuk malzemelerinin az veya çok hasar gördüğü, hız kesici kasislerin işlevini tamamen kaybettikleri, malzemelerin çekme dayanımlarının düşük olup, fiziksel olarak kopmalara karşı dayanıksız oldukları ve bu haliyle hasar gördükleri, davacı iş sahibi tarafından davalıya ayıp ihbarında bulunulduğu gibi sözleşmenin 16.7.1. maddesine göre hasarın, malların 6.1.2010 tarihinde kabulünden itibaren 12 aylık garanti süresi içinde 30.6.2010 tarihinde ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 16.7. maddesinde garanti süresinde ortaya çıkacak hasar ve ayıplarla ilgili bakım ve onarım hususları düzenlenmiş, 40. maddesinde de kabulden sonraki hata ve ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu kabul edilmiş, işin idare tarafından kabul edilmesi, üretim aşamasında ya da teslim öncesi imalat aşamasında denetlenmiş olması veya işin kabul edilmiş olmasının yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir. Sözleşme ve eklerine göre malzemenin temini, yapılacak hız kesicilerin tasarımı ve montajı da iş sahibine aittir. Yüklenici sadece sözleşme, proje ve eklerine göre hız kesicilerin imâlini ve teminini üstlenmiştir.

Yerinde keşif yapmak suretiyle düzenlenen 1. bilirkişi raporu ile itiraz üzerine alınan 2. bilirkişi kurulu raporu ve her iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla alınan 3. bilirkişi kurulu raporları ile davalı tarafından temin ve imal edilip davacı tarafından tasarlanan, malzemesi temin edilen ve montajı yapılan hız kesicilerin kullanım sonrası hasarlandığı bu hasarların davaya konu malzeme üzerinde tespit edilen hatalı tasarlanmış olan reflektif malzeme ve kullanım şartları ile montajından kaynaklandığı tespit edilmiştir.

Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte olup somut olayda uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun 357/III. maddesinde “iş devam ettiği sırada iş sahibinin verdiği malzemenin ve gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır, yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hâl hadis olursa yüklenicinin iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Doktrin ve Yargıtay İçtihatlarında bu husus yüklenicinin genel ihbar mükellefiyeti şeklinde adlandırılmakta olup yüklenici işin ehli olup basiretli bir tacir gibi

Yüklenicinin malzeme hakkında mutlak bilgi sahibi olması gerekli değildir; uygun olmadığı hususunda belli temelleri olan kuşkuları olması yeterli olmaktadır. Bununla birlikte yüklenicinin malzeme hakkında inceleme yapılması ve bu şekilde bilgi sahibi olunmasını sözleşmenin ifasında kullandığı yardımcılarına veya alt yüklenicilerine bırakması mümkündür.[66]

Yüklenici, tespit ettiği ayıbı iş sahibine bildirmezse, bunun sonuçlarına katlanır. Sonuç olarak bildirim yükümlülüğünü ihlal eden yüklenici, inşaatta meydana gelen ayıplardan dolayı bu ayıplar iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olmasından kaynaklansa bile sorumlu olmaktadır. Yüklenici, genel özen borcundan kaynaklanan TBK m.472/f.3'deki bildirim yükümlülüğünü ihlal ederse, ayıbın meydana gelmesine katılmış olmakta ve TBK m.476 anlamında ayıp, iş sahibinden kaynaklanmış olmamaktadır.[67]

4. İnşaatın Yapılması İçin Gösterilen Yerin Uygun Olmaması

İş sahibi tarafından gösterilen yerin ayıplı[68] olmasına bağlı olarak inşatta ayıbın meydana gelmesi durumunda da ayıp iş sahibinden kaynaklanmakta-

---

hareket etmek zorunda olduğu, malzeme iş sahibi tarafından temin edilmiş, proje ve tasarım iş sahibince yapılmış yada yaptırılmış olsa dahi tasarlanan şekilde ve projede kararlaştırılan imalâtın belirtilen malzeme ile yapılamayacağı, yapılsa dahi uzun süre işlevini yerine getirmeyeceğini bilmek ve bu konuda iş sahibini uyarmak zorundadır. Somut olayda davalı yüklenici tarafından genel ihbar mükellefiyetinin yerine getirildiği ileri sürülüp kanıtlanmamıştır. Bilirkişi raporlarında hasarın tasarım ve proje dışında hatalı montaj ve uyarı levhalarının konulmamasından da kaynaklandığı belirtilmiştir.

Bu durumda mahkemece davalı yüklenicinin, iş sahibini temin ettiği malzemeler, yaptığı tasarlama ve proje ile şartname konusunda genel ihbar mükellefiyetini yerine getirmemesi sebebiyle 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III. maddesi hükmünce bunun sonuçlarından sorumlu olacağı, davacı iş sahibi de montaj hatası ve uyarı levhaları koymamak suretiyle hız kesicilerin hasarlanmasında kusurlu olduğundan kusur konusunda inceleme yapmayan 2. ve 3. bilirkişi kurullarından davacı iş sahibi ile davalı yükleniciye izafe edilebilecek kusur oranları ve her üç bilirkişi kurulundan tespit edilecek kusur oranlarına göre davacı iş sahibinin uğradığı zarar ve istemekte haklı olduğu tazminat miktarı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp değerlendirmek suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yüklenicinin genel ihbar mükellefiyeti gözden kaçırılarak yanlış değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın tümden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

66 **GAUCH/CARRON**, N. 1986.

67 **GAUCH/CARRON**, N. 1989; **ŞAHİNİZ**, s. 132.

68 Gösterilen yerin ayıplı olması hususunda şu örnekler verilebilir: İş sahibi tarafından teslim edilen arsanın boyutlarının uygun olmaması, jeolojik koşulların elverişli nitelik arz etmemesi vb. SEÇER, Bildirim, s. 731; başka örnekler için bkz: **BUHLER**, Art.365 N. 60.

dır. Gösterilen yer kavramından akla ilk olarak inşaat sözleşmesinde yapının yapılacağı arazi gelse de bu kavramdan yalnızca arazinin anlaşılmaması gerekmektedir.[69] Gösterilen yerin neresi olduğu inşaat sözleşmesinin kapsamına göre belirlenecektir.

Bir arazi üzerine inşaat yapılması durumunda, inşaat yapımında uygulanacak projenin ve yönteminin belirlenmesi, inşaat işleri yürütülürken karşılaşılabilecek güçlükler arazinin özelliklerine göre farklılıklar gösterecektir. İnşaatın arazinin üzerine ya da altına yapılması, inşaat yapılacak yerin zemininin kum, toprak ya da kayalık, ıslak ya da kuru zemin olması yapılacak inşaatın özelliklerini, seçilecek malzemeyi, uygulanacak metodun belirlenmesini, gösterilmesi gereken özeni ve buna bağlı olarak yapılacak masrafları doğrudan etkileyecektir. Bunun dışında inşaatın yapılacağı arazide çoğu za-

---

[69] **GÜNDOĞDU**, s. 212; Y.15.H.D., T. 4.7.2005, E. 2004/5865, K. 2005/3991, "... Taraflar arasındaki uyuşmazlık BK'nın 355. ve devamı maddelerinde yer alan eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Eser sözleşmelerinde yüklenici eseri tekniğine, sözleşmesine uygun ve kusursuz imal ile iş sahibine teslim yükümlülüğündedir. İşinin uzmanı sayılan yüklenici eserin noksansız, tekniğine uygun imali için gerekli özeni göstermek ve tedbirleri almak, bu hususla iş sahibini uyarmak durumundadır. Şayet iş sahibinin gösterdiği arsa veya verdiği malzeme eserin noktası noktasına imalatım tehlikeye sokacak ise bunun sorumluluğundan ancak iş sahibini önceden uyardığını kanıtlamakla kurtulabilir. Aksi durumda sorumluluk yüklenicinindir (BK 357/son.md.). Ayrıca yüklenici kötü malzeme kullanması, hileli iş yapması ve kasten sakladığı gizli kusurlar nedeniyle teslimden itibaren 10 yıl sorumludur (BK 126/son.md.). Kesin kabulün yapılması yükleniciyi bu sorumluluğundan kurtarmaz.
Somut olaya dönüldüğünde, alınan bilirkişi raporunda, yapının genelinde taşıyıcı elemanlardan kirişler ve döşemelerdeki çatlakların onarım projesine göre giderildiği için keşif sırasında sorunlu kısımlar gözlenememiş olduğundan, donatı incelemesi ve basınç tesbitinin yapılması halinde beton hakkında bilgi sahibi olunacağı belirtilmiş, ek raporda ise yaptırılan karot deneyinde donatımın projesine uygunluk gösterdiğinden yüklenicinin sorumlu olmadığı sonucuna varılmıştır. Davacı, güçlendirme çalışmaları yapılan kolonlardan alınan numuneye göre karot deneyi yapıldığı iddiasıyla rapora itiraz etmiştir. Gerçekten güçlendirme projesini yapan T.C. Gazi Üniversitesi Vakfı raporunda, kolonların mevcut donatım ve beton numunelerinin şartname hükümlerini sağlamakta yetersiz kaldığı açıklanmış, ayrıca binanın oturduğu zemin etüdlerinin yapılması ve projenin deprem yönetmeliğine uygunluğunun araştırılması gereğine değinilmiştir. Görülüyor ki, her iki rapor arasında büyük çelişki vardır. Öte yandan yüklenici, zeminin durumunu ve projeyi inceleyip idareyi uyardığını da kanıtlamış değildir.
O halde mahkemece yapılması gereken iş, yeniden oluşturulacak jeolog ve inşaat mühendisi bilirkişiler aracılığıyla mahallinde keşif yapılmalı, onarım görmeyen kısımlardan karot deneyine esas tarafların mutabakatıyla örnek beton alınmalı, bunların deney sonuçlarıyla zemin etüdleri ve proje birlikte değerlendirilerek binadaki hasarın oluşum nedeni hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıklattırılıp saptanmalı, yüklenicinin az yukarda sözü edilen uyan ve özen yükümlülüğü de gözetilerek sonucuna uygun bir hüküm kurulmalıdır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

man öngörülemeyen birtakım engeller ortaya çıkabilecek ve bu durum inşaatın tesliminin gecikmesine, öngörülenden daha fazla masrafa yol açmasına ya da inşaatın ayıplı olmasına yol açabilecektir. İnşaat yapılacak arazinin ayıplı olmasından kaynaklanan nedenlerle yaşanabilecek bu durumlardan kimin sorumlu olacağının cevabını vermek oldukça güçtür.[70]

Türk Borçlar Kanunu'nda inşaat sözleşmelerinde yapılacak inşaatın özellikleri dikkate alınarak araziyle ilgili araştırma yapma yükümlülüğünün kime ait olduğu ve bu kontrollerin ne şekilde yapılması gerektiği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde,[71] doğrudan araziden kaynaklanan bir nedenle gerçekleşen arazi riskinden iş sahibinin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Buna göre araziden kaynaklanan ve bunun kullanılmasıyla ilgili tüm risklere asli olarak iş sahibi katlanacaktır.[72] Arazinin sahibi, arazisinin zemin özelliklerini bilmek ve yükleniciyi bu konuda bilgilendirmek durumundadır. Gösterilen arazinin iş sahibine ya da bir başkasına ait olması bu hususta bir önem taşımamaktadır.[73] Bunun nedeni inşaatın yapılacağı yerin malzeme gibi iş sahibinin sorumluluğunda olmasıdır. Yüklenicinin özen yükümlülüğü kapsamında yer alan inşaatın yapılacağı yeri gözden geçirme yükümlülüğü ilk olarak sözleşmenin akdedilmesiyle doğacak, sözleşmenin kurulmasından önce yüklenicinin bu yeri gözden geçirmesi yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.[74] Daha akdedilmemiş bir sözleşme için bir sözleşme öncesi gözden geçirme yükümlüğü getirmek mümkün değildir. Bu yükümlülüğün sözleşme öncesi ilişkide davranış yükümlülüğünü düzenleyen dürüstlük kuralından çıkarılması da mümkün değildir. Hangi arazide hangi yapıların yapılacağına iş sahibi karar verecek, yapılacak yapının hangi özelliklere sahip olması gerektiğini, yine iş sahibi belirleyecektir.[75] Tabi arazi üzerine yapılacak yapının özelliklerinin belirlenmesi büyük ölçüde arazinin niteliklerine bağlı olacaktır. Bu nedenle arazide inşaat yapılması fikri ortaya çıktığında, inşaat yapımına başlanmadan önce arazi üzerindeki bazı ön çalışmaların ve hazırlıkların iş sahibi tarafından yapılması gerekecektir. İş sahibi genellikle arazi üzerine yapılacak inşaatla ilgili planlamaları mimar ve mühendislere yaptıracak, zemini

---

70 **GÜNDOĞDU**, s. 213.

71 **GAUCH/CARRON**, N. 1979; **GAUTSCHI**, Art.369 N. 5a; **GÜNDOĞDU**, s. 215.

72 **GÜNDOĞDU**, s. 216.

73 **GAUCH/CARRON**, N. 1979; **GÜNDOĞDU**, s. 216.

74 **GÜNDOĞDU**, s. 216; **KAPLAN**, s. 136.

75 **GÜNDOĞDU**, s. 216.

bir jeologa etüt ettirecek ve en sonunda inşaatın yapımını ise bir yükleniciye bırakacaktır.[76]

Tarafların arazinin yüklenici tarafından kontrol edileceğine ilişkin bir anlaşma yapmadıkları durumlarda, iş sahibinin gerekli özeni göstererek, talep edilen yapının yapılmasıyla ilgili kendi sorumluluk alanındaki asgari şartların var olup olmadığını önceden incelemesi gerekecek ve bu inceleme sonucunda ortaya çıkacak olumsuz sonuçları yükleniciye bildirecektir.[77] Diğer bir deyişle kural olarak inşaata başlanmadan önce araziyi inceleme yükümü iş sahibine ait olacak ve araziden kaynaklanan riskler bakımından hasara iş sahibinin katlanması gerekecektir. Bu sonucun TBK m.472/f.3'ten de çıkarılması mümkündür. Bu hükümde "eser meydana getirilirken iş sahibi tarafından eserin yapılması için gösterilen yerin ayıplı olduğu anlaşılırsa" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeden sözleşme yapılmadan yüklenicinin araziyi detaylı incelemekle yükümlü olmadığı anlaşılabilecektir. Çünkü hem yüklenicinin arazinin yapısını incelemekle yükümlü olduğunu söyleyip hem de bu hükme göre arazinin ayıplı çıkması durumunda doğabilecek sonuçlardan sorumlu olmayabileceğini söylemek pek de tutarlı olmayacaktır. Bu nedenle yüklenici, iş sahibi tarafından kendisine bildirim yapılmadığı sürece kendisinden istenilen niteliklerde bir yapının yapılmasıyla ilgili iş sahibi tarafından gerekli asgari unsurların var olduğuna güvenmekte haklı kabul edilebilecektir.[78]

Buna karşılık inşaatın yapılacağı yerin iş sahibi tarafından gösterildiği durumda yüklenicinin bildirim yükümlülüğü altında bulunduğu ve kendisinden beklenebilecek şekilde gözden geçirme yükümlülüğünü yine yerine getirmiş olması gerekeceği göz önünde bulundurulmalıdır.[79] Yüklenicinin iş

---

[76] **GÜNDOĞDU**, s. 217; Uygulamada büyük inşaat işlerinde fizibilite raporları bu işte uzmanlaşmış kurumlar tarafından, çoğu zaman iş sahibi adına hazırlanmakta ve mimar ve mühendislik hizmetleri bu fizibilite raporu temel alınarak yürütülmektedir. Fizilibite raporu yapılan durumlarda, yüklenicinin ayrı bir uzmanlık gerektiren arazinin jeolojik durumunu ve niteliklerini tekrar inceleme yükümlülüğü bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. **SELİÇİ**, s. 104.

[77] **GÜNDOĞDU**, s. 217; **UÇAR**, s. 246.

[78] **GÜNDOĞDU**, s. 218.

[79] **GÜNDOĞDU**, s. 218; Y.15.HD. T. 21.12.2011, E. 1955/K. 7758 "Davacılar vekili müvekkillerine ait 15/8 pafta, 1014 ada 5 parsel sayılı taşınmaz üzerinde kat karşılığı inşaat yapılması konusunda davalı ile 18.5.2007 tarihli sözleşme imzaladıklarını, inşaatın ruhsatın alınmasından itibaren 16 ay içerisinde tamamlanıp teslimi gerekirken hiçbir iş yapılmadığını ileri sürerek sözleşmenin feshini ve tapu kaydı üzerine konulan inşaat şerhinin kaldırılmasını talep ve dava etmiş, mahkemece asıl davanın ve davalı yanca imalat bedelinin tahsili amacıyla açılan karşı davanın reddine karar verilmiş, verilen karar, davacılar vekilince temyiz edilmiştir. Yanlar

sahibinin gösterdiği yerin ayıplı olmasını farketmesi gerektiği bu durumda TBK m.476'a dayalı olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulması söz konusu olmaz.[80] Bu durumda hangi koşullar altında yüklenicinin ayıbı tespit etmesi gerektiğinin belirlenmesi lazımdır. Bu hususta gösterilen yerdeki ayıbın açık olup olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir.

Açık ayıp olduğu durumlarda, yani ondan beklenen nitelikler dikkate alındığında yüklenici araziyi özel olarak gözden geçirmeksizin ayıbı tespit edebiliyorsa, onun bu ayıbı tespit etmesi gerektiği kabul edilmelidir.[81] Böyle bir durumda yüklenicinin yapacağı inceleme, iş sahibi tarafından yaptırılan incelemenin, güncel inceleme metotlarına uygun olarak bu incelemeyi yapabilecek niteliklere sahip kişilere yaptırılmış olup olmadığını kontrol etmekten ibaret olacaktır.[82] Ayıp açık değilse, bu gizli ayıbın yüklenici tarafından iki farklı olasılığa bağlı olarak tespit edilmesi söz konusu olabilir: Bunlardan ilki, yüklenici sözleşmeyle arsanın uygun olup olmadığını gözden geçirmekle yükümlü kılınmasıdır. İkincisi ise var olan özellikleri dikkate alındığında yüklenicinin özenli bir inceleme gereği arsanın ayıplı olduğunu tespit etmesi gerekmesinin kendisinden beklendiği, diğer bir deyişle yüklenicinin özel uzman özeni ve tedbirlerinin gerektirdiği şekilde yerine getireceği gözden geçirmeye bağlı olarak ayıbı tespit etmekle yükümlü olmasıdır.[83]

---

arasında sözleşmenin yapıldığı aynı tarihte davalının mühendisi olan F.Ö.'e tapu kayıtlarının intikali, yola terk, kat mülkiyetinin kurulması ve inşaat yapımı konusunda her türlü yetkiyi içeren vekaletnamenin verildiği anlaşılmaktadır. Sözleşmede arsa üzerinde gecekondu bulunduğu ve bu binanın arsa sahiplerince yıkılarak yükleniciye arsanın boş olarak teslim edileceğine dair bir hükme yer verilmemiş ve vekilin azledildiği tarihe kadar, hatta bundan sonra da inşaatın ruhsatının neden alınamadığı konusunda davacılara bildirimde bulunulmamış, gecekondunun yıkımı da talep edilmemiştir. Yüklenici işin uzmanı sıfatıyla inşaat yapacağı arsanın durumunu görmek, inşaata engel hususlar varsa bunları sözleşmeye dercetmek veya engellerin ortaya çıkmasından itibaren makul bir süre içerisinde arsa sahiplerine durumu bildirip, varsa inşaata engel hususların ortadan kaldırılmasını talep etmekle yükümlüdür. Dosya kapsamında davanın açıldığı tarihe kadar yüklenici tarafından hiçbir uyarı yapılmadığı, inşaat ruhsatının alınmadığı ve önemli bir imalat da gerçekleştirilmediği görülmektedir. Sözleşmede kararlaştırılan inşaat süresi ve davanın açıldığı tarih itibariyle kalan süre dikkate alındığında davalının temerrüdünün gerçekleştiği ve davacıların akdin feshi istemlerinin haklı olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu sebeple mahkemece arsa sahiplerince açılan sözleşmenin feshi ve tapudaki inşaat şerhinin terkinine dair davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur." (Uyap Bilişim Sistemi).

80 **GAUCH/CARRON**, N. 1993; **TANDOĞAN**, s. 215.

81 **TANDOĞAN**, s. 215; **TRACHSEL**, N. 451.

82 **GÜNDOĞDU**, s. 219.

83 ATF 26 II 660; **CARRON**, s. 115.

Yüklenicinin gözden geçirme yükümlülüğü ile ilgili olarak yüklenicinin iş sahibi tarafından gösterilen arsanın uygun olup olmadığını gözden geçirmesi gerektiği ilkesi uygulanmaktadır.[84] Gözden geçirme yükümlülüğü yüklenicinin genel özen yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.[85] İncelemenin kapsamı, öngörülen inşaatın niteliği, amacı ve büyüklüğüne göre belirlenir.[86] Örneğin kumsal bir arazide yapılacak inşaatta arazinin inşaata dayanaklılığı veya rüzgarla çalışan bir jeneratör kurulmasında jeneratörün kurulacağı yerdeki rüzgâr ilişkileri incelenmelidir.[87] Bununla birlikte eğer iş sahibi daha önceden arsa üzerinde inceleme yapmışsa ve yüklenicinin dürüstlük kuralı gereğince inceleme sonuçlarını kabul etmesi gerekiyorsa bir inceleme yapılması gereksizdir.[88] İki tarafın da birbirine denk mesleki bilgileri varsa da inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.[89] Yükümlülüğün kapsamı, yükleniciden makul ölçüde talep edilebilecek olanla sınırlıdır.[90] Aksine anlaşma olmadıkça masraflı ve karmaşık toprakların (özellikle kimyasal ve mekanik) analiz edilmesi yükleniciden makul olarak beklenemez.[91] Yüklenici, böyle bir araştırmayı gerekli görüyorsa iş sahibine uygun bir bildirimde bulunmalıdır, bu da TBK m.472/f.3'teki bildirim yükümlülüğüne girmektedir.[92] İş sahibi, tavsiye edilen araştırmanın yapılmasını istemezse, arsaya ilişkin her türlü ayıp onun yükümlülüğündedir, çünkü arsaya ilişkin riski temelde o üstlenmektedir.[93] Gözden geçirme yükümlülüğü, iş sahibinin nitelikli gözden geçirmeyi kendisinin yüklendiği veya her türlü başka biçimde gözden geçirmenin onun işi olmadığı hususunda anlaştığı ölçüde ortadan kalkmaktadır.[94]

---

84 ATF 52 II 441.

85 **GAUCH/CARRON**, N. 2000; OSER Hugo/SCHONENBERGER Wilhelm, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Das Obligationenrect, 2. Teil**, 2. Auflage, Zurich, 1936, Art.364 N. 1; **GAUCH**, N. 2000; **ŞAHİNİZ**, s. 132.

86 **SELİÇİ**, s. 103; **GAUTSCHI**, Art.365 N. 27a.

87 **SELİÇİ**, s. 103.

88 BGE 52 II 441; **SELİÇİ**, s. 104; **HURLIMANN/SIEGENTHALER**, Art.365 N. 5.

89 **CR CO I-CHAIX**, Art.365 N. 21.

90 **GAUCH**, N. 2000.

91 **BUHLER**, Art.365 N. 69; **CR CO I-CHAIX**, Art.365 N. 21.

92 KOLLER Alfred, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VI. 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhaltnisse 3. Teilband, 1. Unterteilband Der Werkvertrag Art.363-366 OR**, Bern, 1998, Art.365 N. 68.

93 **KOLLER**, Art.365 N. 68.

94 **GAUCH/CARRON**, N. 2004; **GAUTSCHI**, Art: 365 N. 27a; **SELİÇİ**, s. 104.

Dürüstlük kuralı gerektirdiği ölçüde, somut olay koşullarında yüklenici kendisinden arazinin gözden geçirilmesinin beklenmeyeceğini kabul edebilir.[95] Bu ölçüde yüklenici gözden geçirme yükümlülüğünden kurtulabilir. Yüklenici, böyle bir sonucu, sözleşme belgelerinden veya iş sahibinin gözden geçirmenin önceden gerçekleştirildiğine ilişkin bir başka açıklamasından çıkarabilir.[96] Her bir durumda somut olay koşullarının dikkate alınması gerekmektedir.[97] İş sahibinin kendisinin uzman olması, uzman bir danışmandan hizmet alması veya onun tarafından temsil edilmesi tek başına bir gözden geçirmenin yükleniciden beklenilemeyeceğini kabule olanak tanımamaktadır.

İnşaaatın yapılacağı arazinin incelenmesinin arazi maliki iş sahibinin yükümlülüğünde olduğu durumlarda, gözden geçirmenin hiç ya da gereği gibi yapılmamasıyla nedeniyle inşaatın yapımı sırasında ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan iş sahibi sorumlu olacak, ancak arazideki ayıbın yüklenici tarafından iş sahibine zamanında bildirilmesi gerekecektir. Arazide gerekli incelemeler yapılmasına rağmen ortaya çıkacak ayıplar bakımından da sonuç aynı olacaktır.[98] Araziyi inceleme yükümlülüğünün yükleniciye ait olduğu durumlarda, yüklenici TBK m.472/f.3'e dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Yüklenici, inşaatın yapılması için iş sahibi tarafından gösterilen yerin ayıplı olduğunu hemen iş sahibine bildirmesi ve iş sahibini inşaatın burada yapılması hususunda ısrarcı olması durumunda inşaatın ayıplı olabileceği hususunda uyarması gerekmektedir, aksi halde inşaatın ayıplı olmasından dolayı sorumlu olmaktan kurtulamayacaktır. İnşaatın yapılacağı yerin ayıplı olduğunun açıkça anlaşılabilir olduğu ya da somut olayın şartlarına göre yüklenicinin gözden geçirme altında olduğunun söylenebileceği durumlarda da yüklenicinin yerin ayıplı olduğunun anlaşılamadığı gerekçesiyle bildirimde bulunmadığını söyleyerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.[99]

---

95 **UÇAR**, s. 247.

96 **GAUCH/CARRON**, N. 2008; **GAUCH**, N. 2008.

97 **GAUCH**, N. 2008.

98 **GÜNDOĞDU**, s. 221.

99 **GÜNDOĞDU**, s. 221.

5. Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklandığı Diğer Durumlar

A. Malzemenin Belirlenmiş Olması

Yüklenicinin malzemeyi iş sahibinin talimatlarına göre kendisinin sağladığı durumların da ayıbın iş sahibinden kaynaklanması bakımından özel olarak incelenmesi gerekmektedir. İş sahibi tarafından verilen bağlayıcı nitelikte bir talimat sonucunda yüklenici tarafından sağlanan malzemeler de iş sahibi tarafından sağlanmış sayılacak ve bu malzemelerin ayıplı olmasının sonuçlarına iş sahibi katlanacaktır.[100]

İş sahibinin talimatları, inşaat sözleşmesinde kullanılacak malzemeyi herhangi bir şekilde kullanılacak malzeme olarak tanımlayabilir.[101] Örneğin belli bir ürünü gösterebilir veya sadece cinsini tanımlayabilir. Talimatta gösterilen ürün ise çeşitli nitelikleriyle tanımlanabilir. Talimatın içeriği bakımından, yüklenicinin tercih hakkı az veya çok sınırlandırılmaktadır. Örneğin iş sahibi cam plakların, doğal tahtanın, alimünyumun, belirli bir marka plastiğin, dönüştürülmüş asfaltın veya belli bir tedarikçiden gelen malların kullanılacağını öngörebilir.[102] Yüklenici için somut biçimde tayin edilmiş belli bir ürünün kullanılmasının dayatılması olgusu, malzemenin belirlenmesi kavramının esaslı bir niteliği değildir. Belli bir ürünün kullanılması talimatı, kullanılacak malzemeye ilişkin bir talimattır.[103]

İş sahibi, yükleniciye bir malzeme belirlemişse, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hukuki durum, somut duruma göre değişmektedir. Belirlenen malzeme, zaten doğası gereği uygun değilse, bu tipteki bir malzeme ile kararlaştırılan inşaatın ayıpsız ifası mümkün değildir. İş sahibinin talimatı üzerine bu malzemeyi kullanan yüklenici iş sahibine bildirimde bulunmuş ve bildirim yapılan iş sahibi belirlenen malzemenin kullanımında ısrar etmişse inşaatta meydana gelen ayıplardan dolayı sorumlu olmaz.[104] Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğu, bildirimde bulunulmamış olsa bile ortadan kalkabilir.

Belirlenen malzemenin doğası gereği ayıpsız bir inşatın meydana getirilmesine uygun olması durumunda, fiilen kullanılan malzeme olağan niteliğine

---

100 **GÜNDOĞDU**, s. 203; **BUHLER**, Art.369 N. 40; **TRACHSEL**, N. 424.

101 **GAUCH**, N. 2016.

102 **GAUCH/CARRON**, N. 2016.

103 **GAUCH/CARRON**, N. 2016.

104 **GAUCH/CARRON**, N. 2018; **GAUCH**, N. 2018; **ŞAHİNİZ**, s. 133; **UÇAR**, s. 250; **TRACHSEL**, N. 426.

sahip değil ve tersine bireysel nitelik bakımından kusurlu ise (özellikle fabrikasyon kaynaklı bir kusur) yüklenici inşaatta meydana gelen ayıplardan dolayı sorumlu olmaktadır.[105] Malzemenin belirlenmiş olması olgusu bu noktada hiçbir şekilde riskin iş sahibine geçmesini meşrulaştırmaz.[106] Bu söylenenler, yükleniciye, iş sahibi tarafından belirli bir üreticinin veya tedarikçinin malzemesini kullanması konusunda bildirimde bulunulması durumunda mutlak şekilde uygulanmamaktadır. Böyle bir durumda, yüklenici iş sahibine geçerli bildirimde bulunarak üreticinin veya tedarikçinin yerinde malzemenin kalitesine ilişkin çekincelerini belirtebilir. Eğer, iş sahibi vermiş olduğu talimatta direnirse, yüklenici, malzemenin kalitesindeki kusurlardan kaynaklanan ayıplardan dolayı sorumlu olmaz.[107] Ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluk, iş sahibi nezdinde belirlenen malzemenin tedarikçisi veya üreticisinin yeri ile alakalı çekinceleri olması gerektiği noktada, bildirim olmasa bile ortadan kalkmaktadır. Yüklenicinin, belirlenen malzemenin tedarikiçisi veya üreticisinin güvenilir olup olmadığı konusunda araştırma yapmak yükümlülüğü yoktur.[108]

Belirlenen malzemeye ilişkin durum, olaya özgü ve yüklenici açısından bağlayıcı bir iş sahibi talimatı gerektirmektedir. İş sahibinin basit önerileri, arzuları veya tavsiyeleri TBK m.476 anlamında talimat sayılmamaktadırlar. İş sahibinin basitçe kullanılmasını kabul ettiği veya yüklenicinin çeşitli önerileri doğrultusunda seçtiği malzeme de belirlenmiş malzeme sayılmamaktadır.[109]

Bazen yüklenici nitelik bakımından ayıplı malzemeyi iş sahibinin talimatıyla belirli bir tedarikçi veya taşerondan tedarik etmektedir.[110] Böyle bir durumda yüklenici iş sahibine bildirimde bulunarak tedarikçinin veya taşeronun işyerinde bulunan malzemenin niteliğine ilişkin kendi çekincelerini belirtebilir.[111] İş sahibi bildirime rağmen talimatında ısrar ederse, yüklenici normal bir gözden geçirmeyle fark edilemeyecek malzemenin niteliğine bağlı olan ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulmaktadır.[112] *Trachsel*, yüklenicinin bu

---

105 **TRACHSEL**, N. 427; **GAUCH**, N. 2020.

106 **GAUCH/CARRON**, N. 2020.

107 **GAUCH**, N. 2021; **CANBOLAT**, s. 167.

108 **GAUCH/CARRON**, N. 2021; **KAPLAN**, s. 135.

109 **GAUCH/CARRON**, N. 2023.

110 **GAUCH**, N. 2021.

111 **TRACHSEL**, N. 428.

112 **GAUCH/CARRON**, N. 2021.

durumda ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulabilmesini hem iş sahibinin nitelik yönünden ayıplı bir malzeme belirlemiş olması hem de iş sahibinin belirli bir tedarikçi veya taşerondan bu malzemeyi tedarik etmesi şeklinde talimat vermesi üzerine hem yüklenicinin malzeme temin etme konusunda başka türde hareket edememesi hem de bu kişinin yükleniciye büyük oranda ayıplı nitelikte malzeme sağlamış olması koşuluna bağlamaktadır.[113] Kanaatimizce, iş sahibinin yükleniciye nitelik yönünden ayıplı belli bir malzemenin kullanılması ve bu malzemenin yalnızca belirli bir kişiden sağlanması hususunda bağlayıcı talimat vermesi, yüklenicinin ayıptan kurtulması için yeterli olmalıdır. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmasının bu malzemenin büyük bir oranda malzeme veya tedarikçiden sağlanması koşuluna bağlanması, ayıbın iş sahibinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti bakımından belirsizlik yaratabilir.

Bazı durumlarda, yüklenici inşaatta kullanılacak malzemeyi iş sahibinin temsilcisi sıfatına sahip bir üçüncü kişiden tedarik etmektedir.[114] Bu durumda malzeme yüklenici tarafından sağlanmış olmamakta, iş sahibi, kendisi malzemeyi sağlamaktadır. Böyle bir durumda yüklenici bu malzemeden kaynaklı ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtulmaktadır. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiği veya yükümlülüklerini ihlal ederek malzemenin ayıplı olduğunu tespit edemediği haller saklıdır.[115]

B. Plan ve Projelerdeki Yanlışlıkların Ayıba Yol Açması

İş sahibinin hazırladığı veya hazırlattığı plan ve projelerde hata bulunması[116] veya iş sahibinin vermiş olduğu bilgilerden dolayı hatalı projenin

---

113 **TRACHSEL**, N. 428.

114 **GAUCH**, N. 2027.

115 **GAUCH/CARRON**, N. 2025; **TRACHSEL**, N. 428.

116 **BUHLER**, Art.369 N. 13; Y.15.HD., T. 8.5.1981, E. 1981/989, K. 1981/1069, "...Taraflar arasındaki hukuki ilişki istisna akdine dayanmaktadır. Müteahhit, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile kusursuz olarak ifaya mecburdur. Yapılması gereken lise spor salonu 2490 sayılı Kanuna göre ihale edilmiş ve davacı müteahhit ihaleye iştirak ile binayı yapmayı kabul etmiştir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin 2/F maddesine göre, bu sözleşmenin ekidir. Projeler ve teknik şartnamelerin davalı bakanlık tarafından verildiği de, sözleşmenin 2. maddesi ve yazışmalardan anlaşılmaktadır. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 5 ve 7. maddelerine göre projeler gerek idarece verilsin, gerek müteahhit tarafından verilip idarece tasdik edilmiş bulunsun, müteahhit projelerin ve fenni hesapların eksiksiz tatbik edilmesini ve fenne uygun yapılmasını sağlamaya mecburdur. Bilirkişi incelemelerinden, bakanlıkça verilen projelerin aynen tatbik edildiği anlaşılmaktadır. Ancak, projelerin fenne uygun olmadığı ve aynen tatbikin kötü sonuç-

yapılmış olması ya da iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda yüklenici-ye rahat çalışma ortamının sağlanamaması hallerinin ayıplı inşaata yol açtığı hallerde de ayıp, iş sahibinin faaliyet alanından kaynaklanmış olmaktadır.[117] Ancak yüklenicinin plan ve projelerde rastlayacağı yanlışlıkları iş sahibine bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.[118] Kural olarak yükleniciye verilen plan ve projeler resmi makamlarca onaylanmış olacaktır; diğer taraftan mimar ve mühendisler inşaatın tümünün planlamasını yapı tekniği kurallarına göre yaptıklarından yüklenici bu olgular karşısında prensip itibariyle onaylanmış bir projede yanlışlık olmadığını kabule haklı görülmelidir.[119] Yükleniciden plan ve projeleri mimar ve mühendislik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve kurallar açısından üst düzeyde bir denetime tutması beklenemez.[120] Ancak plan ve projede göze batacak derecede açık yapı tekniği kurallarına aykırılıklar varsa veya plan ve projedeki özellikle detay projelerindeki yanlışlığı yüklenicinin özel bilgisi dolayısıyla anlaması gerekli ise, bildirim yükümlülüğünün varlığı kabul edilebilecektir.[121]

C. İnşaatta Birden Fazla Yüklenici Kullanılması Yüzünden Meydana Gelen Ayıplar

İnşaattaki ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasına, birden fazla yüklenici kullanılması durumunda diğer yüklenicilerin faaliyet sonuçları da girmektedir. İş sahibi, uzmanlık alanları birbirinden farklı olan birden fazla yüklenici ile anlaştığı hallerde, yükleniciler arasındaki görev sırasını ve iş birliğini de sağlamalıdır.[122] Böylece inşaatta birden fazla yüklenicinin çalışması durumunda ayıbın ön yüklenici ya da yan yüklenicilerden kaynaklanması durumunda yükleniciye sorumluluk yüklenmez.[123] Bu noktada da yüklenicinin sorumlu-

---

lar doğuracağını teknik bilgi sahibi olan müteahhidin bilmesi gerekir. O halde, davacının, bu hususları idareye açık bir şekilde bildirmesi ve uyarması BK.nun 361. maddesi ile Genel Şartnamenin 5. ve 7. maddeleri icabıdır. Dosya içerisinde davacının bu uyarma vecibesini yerine getirdiğine dair herhangi bir delile tesadüf edilmemiştir. Şu halde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak tarafların kusur dereceleri tespit edilmeli ve neticesine göre bir karar verilmek üzere mahalli mahkeme kararı bozulmalıdır...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

117 **KURŞAT**, s. 291; **SELİÇİ**, s. 191; **UÇAR**, s. 249; **HENNINGER**, s. 84.

118 **UÇAR**, s. 238.

119 **SELİÇİ**, s. 192; **UÇAR**, s. 249.

120 **UÇAR**, s. 249.

121 **SELİÇİ**, s. 192.

122 **ARPACI**, s. 255; **KAPLAN**, s. 137.

123 **KURŞAT**, s. 290; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 4; **SEÇER**, s. 318.

luktan kurtulması temelde konuya ilişkin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına bağlıdır.[124]

Yüklenici, belli bir alt yükleniciyle çalışılmasını öngören iş sahibine bildirimde bulunarak kendi fikrince belirlenen alt yüklenicinin ayıptan ari bir çalışma ifa etmek için gereken niteliklere sahip olmadığını belirtebilir.[125] Bu bildirimin açık olması ve yüklenicinin bu hususta niçin çekinceleri olduğunu sağlam gerekçelerle göstermesi gerekmektedir.[126] Böyle bir gerekçeye örnek olarak yüklenicinin alt yüklenicinin yeteneğinden veya güvenilirliğinden kuşku duyması (özellikle tecrübe ve gerekli alt yapıya ilişkin olarak) veya çok daha basit bir şekilde alt yükleniciyi tanımaması verilebilir.[127] Yüklenicinin alt yükleniciyi tanımadığını veya az güvenilir olduğunu bildirmesi, yüklenicinin ayıbın meydana gelmesine ilişkin çekinceleri açık bir şekilde ifade edilmedikçe tek başına bir bildirim teşkil etmemektedir.[128] Aynı şekilde yüklenicinin başka bir alt yüklenici tercih edeceğini bildirmesi de bildirim için yeterli değildir. Eğer iş sahibi kendisine yapılan bildirime rağmen alt yüklenicinin görevlendirilmesinde ısrar ederse, yüklenicinin kendi çalışmasına ilişkin ayıplardan dolayı sorumluluğu ortadan kalkar.[129] Bununla birlikte yüklenicinin görevlendirilen alt yükleniciye düzenli olarak talimat vermesi ve işlerin olağan akışına göre onu doğru olarak denetlemesi gerekmektedir.[130]

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğu bildirim olmamasına rağmen de ortadan kalkabilir. Mesele hakkındaki bilgileri ve tecrübesi yüzünden yüklenicinin değil de iş sahibinin belirlenen alt yüklenicinin ayıpsız bir çalışma sağlama hususundaki nitelikleri bakımından kuşkularının olması gerektiğinde durum böyledir.[131] İş sahibi tarafında tecrübeler ve bilgiler bakımından yalnızca alt yükleniciyi ve onun yeteneklerini profesyonel açıdan değerlendirmeye izin veren mevcut yetenekler değil aynı zamanda alt yüklenicinin yetersizliği veya güvenilir olmadığına dair basit bir bilgi de dikkate alınmalıdır.[132]

---

124 **KURŞAT**, s. 290.

125 ATF 116 II 309; **GAUCH**, N. 2027; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 18; **ŞAHİNİZ**, s. 133; **TRACHSEL**, N. 433; **ÖZDEMİR**, s. 1154.

126 **GAUCH**, N. 2027.

127 **GAUCH/CARRON**, N. 2027.

128 **GAUCH/CARRON**, N. 2027.

129 **GAUCH/CARRON**, N. 2028; **ÖZDEMİR**, s. 1154; **ŞAHİNİZ**, s. 133; **UÇAR**, s. 250.

130 **GAUCH/CARRON**, N. 2028; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 19.

131 ATF 116 II 310.

132 **GAUCH/CARRON**, N. 2029.

Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi eğer iş sahibine bildirimde bulunmuş veya bir bildirime gerek yoksa yüklenicinin alt yüklenicinin çalışmasından kaynaklanan ayıplardan dolayı sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.[133] Bu noktada iki hususun belirtilmesi gerekmektedir: İlk olarak, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulma, yüklenicinin belirlenen alt yükleniciye düzenli olarak talimat vermesi ve onu doğru olarak denetlemesini gerektirir.[134] Yüklenici, bu yükümlülüklerden birini ihlal eder ve böylelikle ayıbın meydana gelmesine katkıda bulunursa TBK m.476'ye göre sorumluluktan kurtulması mümkün olmamaktadır. İş sahibinin yüklenicinin belirli çalışmalar için gerekli özel bilgiye sahip olmadığının bilincinde olarak inşaat sözleşmesini akdetmesi bununla birlikte söz konusu çalışmalar için uzmanlaşmış bir alt yükleniciye başvurması durumunda da TBK m.476'ya göre yüklenici sorumluluktan kurtulmamaktadır. Bununla birlikte bu durumda yüklenici alt yükleniciye talimat vermekle ve onu denetlemekle yükümlü tutulamaz.[135]

İkinci olarak alt yüklenicinin niteliğine ve spesifik özenine rağmen ayıplı bir malzeme kullanması durumunda yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğu devam eder.[136] Bu durumun yalnızca alt yüklenicinin görevlendirilmesi konusunda talimat veren iş sahibine atfedilememesi gerekir.[137]

D. Önceki Yüklenicinin Ayıplı Çalışması

İnşaat sözleşmelerinde çoğu durumda her biri iş sahibine kendisine ait sözleşme ile bağlı birçok yüklenici bir inşaatın meydana getirilmesine birlikte katılmaktadır.[138] Bu yükleniciler bazı hallerde birbirinden bağımsız bir şekilde aynı anda aynı alanda çalışabilirken, bazı hallerde ise bir yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için kendisinden önce başka yüklenici ya da yüklenicilerin kendi yükümlülüklerini yerine getirmiş olmaları gerekmektedir.[139] Yüklenicinin yaptığı çalışma, birlikte çalıştığı yüklenicinin önceki çalışmasına eklenmektedir. Söz konusu birlikte çalışılan yüklenici, yüklenicinin önceki yüklenicisidir. Önceki çalışma başkasının sonraki

133 **TRACHSEL**, N. 430.

134 **GAUCH/CARRON**, N. 2031.

135 **GAUCH/CARRON**, N. 2031.

136 **GAUCH/CARRON**, N. 2032.

137 **GAUCH/CARRON**, N. 2032.

138 **BUHLER**, Art.369 N. 24; **GAUCH**, N. 2039.

139 **GÜNDOĞDU**, s. 224.

çalışmasının teknik alt yapısını oluşturmaktadır.[140] Eğer önceki çalışma halihazırda ayıplı ise sonraki yüklenicinin çalışmasının da ayıplı olmasına neden olacaktır.[141] Önceki bir çalışmada yer alan bu ayıbın ayıba karşı tekeffül bakımından bazı sonuçları bulunmaktadır. Sonraki yüklenici, kural olarak kendi çalışmasını etkileyen bu ayıptan dolayı sorumlu olmayacaktır.[142] Çünkü ayıp şahsen iş sahibine atfedilebilecektir.[143] İş sahibi, önceki yüklenicinin faaliyetlerinden sonraki yükleniciye karşı TBK m.116 uyarınca sorumludur.[144] İnşaattaki önceki ayıbın gereği gibi ifa etmemeden, uygun olmayan malzemeden veya başka bir nedenden kaynaklanmasının bir önemi bulunmamaktadır.[145] Durum, iş sahibinin ayıplı bir malzeme sağlaması veya inşaat yapılacak yeri göstermesi ile benzerlik arz etmektedir.

Yüklenicinin TBK m.476 uyarınca ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulabilmesi her durumda mümkün olmamaktadır. Tam tersine, ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulma, sonraki yüklenicinin önceki çalışma nedenli ayıbı tespit etmesi ve iş sahibine bildirmesini[146] veya bildirmesi gerek-

---

140 **KOCAAĞA**, s. 148; **ÖZDEMİR**, s. 1154.

141 **UÇAR**, s. 251; **ARPACI**, s. 254; **ÖZDEMİR**, s. 1154; Önceki yüklenici tarafından döşenmiş su tesisatındaki sızıntı sebebiyle sonraki yüklenicinin döşediği parkelerin şişmesi halinde durum bu şekilde olmaktadır. **GÜNDOĞDU**, s. 225.

142 **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 4.

143 **GAUCH/CARRON**, N. 2038; **ARPACI**, s. 254; **BUHLER**, Art.369 N. 24; **HENNINGER**, s. 86.

144 **ARPACI**, s. 254.

145 **BUHLER**, Art.369 N. 24.

146 Y.15.HD., T. 6.2.2014, E. 2013/6532, K. 2014/755 "... Davacı kooperatifle davalı E... Ltd. Şti. arasında imzalanan 1.3.1995 tarihli sözleşmeyle davalı yüklenici E... Ltd. Şti.'nin kooperatife ait üç blok halindeki binaların yapımını üstlendiği, A bloğun 5 katının, B bloğun ise 3 katının imalatlarını yaptığı, daha sonra C blok inşaatına başlamadan davacı kooperatifle yaptığı 15.5.1996 tarihli "Tasfiye Protokolü" ve 22.5.1996 tarihli "Tasfiye Kabul Tutanağı" ile inşaatlardan el çektiği, davacı kooperatifin diğer davalı H... A.Ş. ile yaptığı 10.6.1996, 10.6.1997, 1.6.1999 tarihli "İnşaat İkmal Sözleşmeleri" ile H... A.Ş.'nin A ve B blokların kalan işlerini ve C bloğun inşaatını yaptığı ve deprem tarihi itibariyle inşaatların %80 oranında bitirilmiş olduğu dosya kapsamında toplanan delillerden anlaşılmaktadır.
Mahkemece hükme esas alınan 8.1.2009 tarihli asıl ve 9.9.2009 tarihli ek bilirkişi raporunda, davalı yüklenici şirketlerin zararlı sonucun oluşumunda %40 oranında, davacının ise %15 oranında kusurlu bulunduğu saptanmış, zararlı sonucun oluşumunda %5 kusur gayrimelhuz sebeplere (kaçınılmazlık koşullarına) verilmiştir. Bilirkişi raporunda "A ve B blokların H... A.Ş. tarafından imal edilen katlarında herhangi bir hasar tespit edilemediği, bu blokların yıkılmasında E... Ltd. Şti.'nin sorumluluğu bulunduğu, A ve B bloklar için H... A.Ş.'ye bir kusur yükletilemeyeceği" görüşüne yer verilmiş, mahkemece de bilirkişi raporundaki bu görüş

memesini gerektirmektedir.[147] Eğer bu ek koşullar yerine getirilmezse, ayıbın

benimsenerek A ve B bloklar yönünden E... Ltd. Şti.'nin sorumluluğu bulunduğu belirtilerek hüküm kurulmuştur. Yüklenici yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi, amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde akdin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye sokan her durumu yüklenici, iş sahibine derhal ihbar etmekle yükümlüdür. (818 Sayılı Borçlar Kanunu m.357/III). Yine kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici, 357. madde uyarınca durumu derhal iş sahibine ihbar etmelidir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici, bunun sonuçlarına katlanmak durumunda kalır. Hükme dayanak bilirkişi raporunda "A ve B blokların davalı E... Ltd. Şti. tarafından yapılan kısımlarından alınan beton örneklerinde mukavemet değerlerinin olması gereken 160 kg/cm^2'nin üçte birinden daha az olduğu, A ve B blokların alt katlarının E... Ltd. Şti. tarafından yapıldığı" belirtildiğinden davalı H... A.Ş.'nin anılan blokların üst katlarına dair ikmal inşaatına başlamadan önce işinin uzmanı basiretli bir tacir olarak daha önceki yüklenici E... Ltd. Şti. tarafından yapılan işi inceleyerek, önceki yüklenici tarafından yapılan alt katlardaki imalatlarda kullanılan betonun mukavemeti dikkate alındığında üst katlarda yapılacak imalatın amacına uygun olmayacağını ve bu durumun akdin gereği gibi ifasını tehlikeye soktuğunu iş sahibine az yukarda değinilen genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde ihbar etmelidir. Davalı H... A.Ş.'nin davacıya bu şekilde bir ihbarda bulunduğu iddia ve ispat edilmemiştir. O halde mahkemece, belirlenen tüm maddi zarardan öncelikle davacı kooperatifin kusuru %15 oranıyla gayrimelhuz sebeplere verilen %5 kusur oranı toplamı olan %20 oranında indirim yapılmalı, geriye kalan maddi zarardan A ve B bloklar yönünden davalı E... Ltd. Şti. ile birlikte Borçlar Yasası'nın 357 /son maddesi uyarınca H... A.Ş.'nin de müteselsilen sorumlu olduğu, C blok inşaatını davalı H... A.Ş. yaptığından, bu blok yönünden oluşan zarardan E... Ltd. Şti.'nin sorumlu olmadığı dikkate alınmalıdır. Mahkemece A ve B bloklar için H... A.Ş.'nin sorumlu olmadığı kabul edilerek hüküm kurulması doğru olmamıştır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

147 **BUHLER**, Art.369 N. 25; **SEÇER**, s. 319; **HENNINGER**, s. 86; **TANDOĞAN**, s. 216; **UÇAR**, s. 251; **ŞAHİNİZ**, s. 133; **GÜNDOĞDU**, s. 230; **KOCAAĞA**, s. 149; **BÜYÜKAY**, s. 130; Y.15.H.D., T. 13.6.2016, E. 2016/1878, K. 2016/3355, "... Dosya kapsamından davaya konu sözleşmedeki imalâtların davacıdan önce başka bir yükleniciye ihale edildiği, daha sonra ihalenin KİK tarafından iptâl edilerek davacı ile sözleşme düzenlendiği, davacının işe başlamadan önce, önceki yüklenici tarafından yapılan imalatlardaki kusurları tespit ettiği, bunları yazdığı yazılarla idareye bildirdiği, daha sonra önceki imalâtlara devam ettiği bir takım imalâtların yapılmasından sonra davacı ve davalı arasındaki sözleşmeninde feshedildiği anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta çözümlenmesi gereken sorun yüklenicinin kendisinden önceki yüklenici tarafından yapılan imalâtların tekniğine uygun yapılmamış olması buna rağmen imalâtlara devam etmesi halinde kusurlu sayılıp sayılmayacağı konusundadır.
Sözleşme ve dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 472/3 ve 476 maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve ekleri ile proje ve teknik resimlere aykırı olarak imalât yapılmış olması halinde, imalâtın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, yüklenici doğacak sonuçlardan kurtulamaz. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanama-

iş sahibinden kaynaklanması söz konusu olmaz ve sonraki yüklenici ayıptan dolayı sorumlu tutulur.[148]

Sonraki yüklenici önceki yüklenicinin çalışmasının kendi çalışmasını etkileyebilecek nitelikteki ayıplarını bunlar açık oldukları sürece belirlemelidir;[149] ondan beklenebildiği özen ölçüsünde bitmiş önceki çalışmayı gözden geçirerek de ayıpları belirlemelidir. Yüklenicinin önceki çalışmayı gözden geçirme yükümlülüğü, onun genel özen yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Örneğin asfalt çalışmalarıyla görevli yüklenici, izolasyonla görevli önceki yüklenicinin çalışmasını gözden geçirmelidir. Aksine anlaşma varsa veya somut olayın koşulları yükleniciye iyi niyetli olarak kendisinden önceki çalışmanın gözden geçirilmesinin kendisinden beklenmeyeceğini kabul etmeye izin veriyorsa gözden geçirme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.[150]

Önceki yüklenicinin ayıbı tespit edilip bildirilmez veya bildirilmeye gerek olmayan bir hal söz konusu değilse, sonraki yüklenici kendi çalışmasını etkileyen ayıplardan dolayı sorumlu olur. Bu doğal olarak önceki ayıplı çalışmanın sonraki çalışmada bir ayıba yol açmasını gerektirmektedir. Böyle bir durum, sonraki yüklenicinin çalışmasını teslim ettiği ana bağlıdır, sonraki bir bozulma kural olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açan bir inşaat

---

yacağının iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında açıkça ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Uyarıya iş sahibinin cevap vermemiş olması zımni olarak işe devam edilmesi talimatı olarak ta kabul edilemez.

Somut olayda davacının tamamlamayı üstlendiği imalâtın yapımına daha önce başka bir yüklenici tarafından başlandığı, ilk yüklenicinin yaptığı kısımlarda ayıp bulunduğu ihtilâfsızdır. Davacı bu durumu davalıya bildirdiğini, davalı tarafından kendisine cevap verilmemiş olmasının zımni olarak işe devam talimatı sayılacağını iddia etmekte ise de yukarda açıklandığı gibi iş sahibinin işe devam konusunda zımni talimatı bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Mahkemece öncelikle yüklenicinin uyarı yazılarına davalı iş sahibinin işe devam konusunda açık talimatının bulunup bulunmadığının araştırılması, talimatın bulunmadığının anlaşılması halinde bu durumun yüklenicinin işi fen ve sanata uygun yapma sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağından yeni bir bilirkişi heyetinden alınacak rapor ile önceki yüklenicinin yaptığı imalâtlar üzerine davacının yaptığı imalâtın kabul edilebilir olup olmadığının saptanıp sonucuna göre karar verilmesi, talimatın bulunduğunun anlaşılması halinde ise davalı idarenin ilk rapora itirazlarınında cevaplandırılmak suretiyle davacı alacağının hesaplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

148 **GAUCH/CARRON**, N. 2039.

149 **SELİÇİ**, s. 193.

150 **GAUCH/CARRON**, N. 2040.

ayıbı oluşturmaz.[151] Bununla birlikte bu ilkenin uygulanması çok tatmin edici bir sonuca yol açmamakta, önceki yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olup olmayacağı tamamen şansa kalmaktadır. Sonuç olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sonraki çalışmanın önceki ayıplı çalışma ile teslimden sonra zarar görmesi durumunda da uygulanması uygun düşmektedir.[152]

Önceki yüklenicinin iş sahibine karşı kendi ayıplı çalışmasının sonraki çalışmada bir ayıba yol açmasından dolayı sorumlu tutulup tutulmayacağı sorusuna olumlu cevap vermek gerekmektedir: İş sahibinin sonraki çalışmayı etkileyen ayıptan dolayı uğradığı zarar, ayıbı takip eden zarardır. Önceki yüklenicinin ayıba karşı tekeffül şartları ve hükümlerine göre kendi çalışmasındaki ayıptan dolayı meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekmektedir.[153] Bununla birlikte bu ayıba karşı tekeffülden sorumluluk önceki çalışmanın teslim edildiği anda sonraki çalışmaya zarar vermesini gerektirmektedir.[154] Eğer böyle bir durum söz konusu değilse TBK m.112'den kaynaklanan olağan sorumluluk devreye girecektir.[155]

Zarardan dolayı ek bir sorumluluk da önceki yüklenicinin bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanabilir. Eğer önceki yüklenici kendi çalışmasındaki ayıbı ve sonraki çalışma için neden olacak riski biliyor ise, inşaat sözleşmesinden doğan özen borcu gereği iş sahibini veya doğrudan sonraki yükleniciyi bilgilendirmelidir. Eğer kendisine yüklenilen bildirme borcunu yerine getirmezse, meydana gelen zararı ayıba karşı tekeffülden değil de TBK m.112 gereğince tazmin etmek zorundadır.[156]

Önceki yüklenicinin çalışmasının bir ayıp teşkil edip etmediği sorunu sonraki yüklenici ile yapılan inşaat sözleşmesine göre değil önceki yüklenicinin iş sahibi ile yaptığı inşaat sözleşmesine göre çözümlenir.[157]

Önceki yüklenicinin sonraki yükleniciye karşı sorumlu tutulabilmesi için kural olarak, önceki yüklenicinin ayıplı işinden ileri gelen ayıbın, sonraki yüklenicinin kendi yaptığı kısmın teslimi sırasında bulunması gerekir. Ancak

---

151 **GAUCH/CARRON**, N. 2042.

152 **GAUCH/CARRON**, N. 2043.

153 **GAUCH/CARRON**, N. 2045; **TANDOĞAN**, s. 216.

154 **TANDOĞAN**, s. 216.

155 **GAUCH/CARRON**, N. 2045.

156 **GAUCH/CARRON**, N. 2046.

157 **GAUCH/CARRON**, N. 2048; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 23.

önceki ayıbın etkisini teslimden sonra da göstermesi mümkündür. Bu durumda teslim sırasında sonraki ayıbın kendisi henüz doğmamış olmakla beraber, doğması olasılığı mevcut olduğundan, sonraki yüklenici sorumluluktan kurtulur ve sorumluluk da önceki yükleniciye ait olur.[158]

III. YÜKLENİCİNİN BİLDİRİMDE BULUNMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMESİ

1. Yüklenicinin Bildirimde Bulunması

İnşaatın iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle ayıplı olması durumunda yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi, ancak bu durumu iş sahibine bildirmesi halinde mümkün olabilecektir.[159] Yüklenici, yapacağı bu bildirimde inşaatın iş sahibi tarafından verilen talimata göre ya da onun tarafından verilen malzemeyle veya yine onun tarafından gösterilen yere yapılması halinde ayıplı olabileceğini açıkça ya da iş sahibine bildirmek zorundadır.[160] TBK m.476'da yükleniciye getirilmiş olan bildirim yükümlülüğü, TBK m.471'deki özen yükümlülüğünün bir görünümüdür.[161] Bu bildirim yükümlülüğü, inşaat sözleşmesinin uzman tarafının iş sahibi değil, yüklenici olduğu düşüncesiyle getirilmiştir.[162] İnşaat sözleşmesinin uzman tarafı yüklenici olduğu için, verilen talimatların doğru olup olmadığını ve onları etkileyen muhtemel hataları bulacak olan iş sahibi değil yüklenicidir.[163] Bu uzmanlık nedeniyle, iş sahibinin talep, talimat ve davranışları hakkında bilgi sahibi olması ve meydana gelebilecek sonuçlarla ilgili bilgisi olmayan iş sahibini uyarması gerekmektedir.[164]

Yüklenicinin bildirim yükümlülüğü, onun iş sahibinin talimatının yanlış olduğunu, yapılan iş için uygun olmadığını bildiğini veya bilmesi gerekti-

---

158 **UÇAR**, s. 251.

159 **KOLLER**, Nachbesserung, N. 54.

160 **GÜNDOĞDU**, s. 201; **KOCAAĞA**, s. 146.

161 **GAUCH**, N. 1950; **EREN**, s. 645; **ARPACI**, s. 250; **KURŞAT**, s. 293; SEÇER Öz, "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu", **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı**, Cilt. II, S. 145-148, Eylül-Ekim 2016, s. 728; **KOCAAĞA**, s. 146; **TRACHSEL**, N. 410; **EREN**, İnşaat, s. 80; **CARRON**, s. 103.

162 **TERCIER/BIERI/CARRON**, N. 3794; **GÜNDOĞDU**, s. 211; **KOCAAĞA**, s. 146; **KURŞAT**, s. 294; **UÇAR**, s. 238; **ARPACI**, s. 255; **CANBOLAT**, s. 163; **BUHLER**, Art.369 N. 41; **ARAL/AYRANCI**, s. 402; **HENNINGER**, s. 84; **ACUN**, s. 42.

163 **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 8; **HENNINGER**, s. 84.

164 **KURŞAT**, s. 294.

ği hallerde söz konusu olur.[165] İşin uzmanı ortalama bir yüklenicinin özel bir araştırma yapmaksızın talimattaki yanlışlığı tespit edebileceği durumlarda, yüklenicinin talimatın yanlış olduğunu bilmesi gerektiği kabul edilmektedir.[166]

TBK m.476'da yer alan bildirim yükümlülüğü, niteliği itibariyle bir irade açıklaması değil, bir bilgi açıklamasıdır.[167] Yüklenici, iş sahibinin vermiş olduğu talimatı değiştirmesi veya geri alması amacıyla bildirimde bulunmaktadır.[168] Yargıtay, bir kararında[169] yüklenici tarafından iş sahibine gönderilen yazının bir bildirimden ziyade durum tespiti niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

Yüklenici, iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle inşaatta ayıp meydana gelebileceği tehlikesini anladığında bu tehlikeyi iş sahibine makul bir sürede bildirmelidir.[170] Türk Borçlar Kanunu, bildirimin ne şekilde yapılması gerektiğine dair bir düzenleme içermemektedir.[171] Yüklenicinin (veya temsilcisinin)

---

165 **TRACHSEL**, N. 412.

166 **KOCAAĞA**, s. 146.

167 **GAUCH**, N. 1939; **KOCAAĞA**, s. 146; **UÇAR**, s. 239; **HENNINGER**, s. 83; **EREN**, İnşaat, s. 80; **CARRON**, s. 107; **ACUN**, s. 43.

168 **GAUCH**, N. 1939; **EREN**, İnşaat, s. 80; **CANBOLAT**, s. 163; **CARRON**, s. 110; **BUHLER**, Art.369 N. 41; **TRACHSEL**, N. 411; **ACUN**, s. 43.

169 Y.15.HD., T. 7.2.2017, E. 2016/194, K. 2017/487, "... Somut olayda davacı ile davalı arasında tel örgülerin yapımı konusunda ....03.2013 tarihli siparişe göre sözleşmenin kurulduğu, davalının buna göre tel montajını yaptığı, ancak davacının kendisinin yapacağı bir kısım direk yüksekliklerini hatalı yapması tel örgü yüksekliğinde de eksiklik oluştuğu bu nedenle taraflar arasında bu kez 01.06.2013 tarihli teklif mektubuna göre kalan kısım tel örgü montajının yapılması için yeni sözleşmenin kurulduğu anlaşılmaktadır. Nitekim tel örgüler yapılmış ancak dava dışı iş sahibi idare tarafından ayıplı olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Sorun bu aşamada hangi tarafın kusurlu kabul edileceği konusundadır. Davacının ek tel imalâtı ile ilgili sözleşmeden amaçladığı husus yapılacak ilavenin diğer kısımlara uygun olacak şekilde tamamlanmasının sağlanması olup davalı da yapacağı ek imalâtını davacının amacına uygun tamamlamak zorundadır. Yukarıda açıklandığı gibi işinin uzmanı olan davalının yapılacak ilavenin diğer kısımlara uyumlu olup olmayacağını bilmesi gerekmekte olup aksi bir durum varsa bunu davacıya bildirmesi gerekmektedir. Mahkemenin kabulünün aksine 01.06.2013 tarihli teklif mektubunun alt kısmında yazılı bulunan "...hatalı yapılan demir (yüksek) yapıldığından kaynaklanmaktadır" yazısı bir durum tespiti olup uyarı niteliğinde değildir**.** Kaldı ki tespit dosyasında alınan bilirkişi raporunda ilave kısımlardaki tellerin örgü hatalarının bulunduğu, iyi gerilmediğinin saptandığı anlaşılmaktadır. Açıklanan bu gerekçeye göre mahkemece bilirkişilerden alınacak ek rapor ile davacının zararını giderildiği tarih itibariyle değerinin hesaplattırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir..." (Uyap Bilişim Sistemi).

170 **ARPACI**, s. 251.

171 **GAUCH/CARRON**, N. 1938; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 9; **KOLLER**, Werkvertragsrecht, N. 587; **KURŞAT**, s. 295.

bildirimi, iş sahibinin ayıptan dolayı riski anlayabileceği şekilde açık, belirli, net ve kavranabilir olmalıdır.[172] Yüklenici, yapacağı bildirim ile iş sahibine, talimata uyulduğu takdirde inşaatta bir ayıp meydana geleceğini açık olarak bildirmelidir.[173] Eğer bu açıklık eksikse, bu anlamda yüklenicinin bildirimi yalnızca belirsiz birtakım imalar içeriyorsa bir uyuşmazlık durumunda yapılmış bir bildirimin varlığı kabul edilmeyecektir.[174] Yüklenicinin bildirimini örtülü olarak değil de istenilen biçimde bir inşaat meydana getirmenin zararlarını açıkça ortaya koyacak şekilde yapması gerekmektedir.[175]

Bildirimin aynı zamanda yüklenicinin çekincelerine temel teşkil eden vakıaları da belirtmesi gerekmekte ve bu şekilde iş sahibinin durumu kendi açısından değerlendirmesine olanak tanımalıdır.[176] Öğretici şeyler söylemek, iş sahibini eleştirmek niteliğindeki ya da eğer bu inşaat kendisinin olsaydı yüklenicinin daha farklı şekilde davranacağını belirten bildirimler, TBK m.476 anlamında yükleniciyi sorumluluktan kurtaran bir bildirim olarak kabul edilmemektedir.[177]

Yüklenicinin yaptığı bildirimin iş sahibi tarafından verilen talimatta ısrar edilmesi durumunda onun sorumluluğu kabul etmeyeceğini göstermesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş[178] uyarınca iş sahibine bildirimde bulunan yüklenicinin böyle bir açıklamada bulunmasına ihtiyacı yoktur. Yüklenici, yalnızca zararlı sonuçlar hakkında bildirimde bulunmak zorundadır. TBK m.476'da da talimatta ısrar edilirse sorumluluğun kabul edilmeyeceğinin ayrca belirtilmesi gerektiğine dair bir şart bulunmamakta-

---

172 **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 11; **TANDOĞAN**, s. 212; **KOCAAĞA**, s. 146; **ARPACI**, s. 251; **UÇAR**, s. 239; **ŞAHİNİZ**, s. 127; **KURŞAT**, s. 295; **KAPLAN**, s. 132; **SEÇER**, Bildirim, s. 739; **LENZLINGER GADIENT**, s. 108; **BUHLER**, Art.369 N. 42; **EREN**, İnşaat, s. 81; **CHAIX**, s. 128; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 3.

173 **GAUCH**, N. 1940; ATF 136 II 308; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 9; **TANDOĞAN**, s. 211; **ARPACI**, s. 251; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 10; **UÇAR**, s. 239; **ŞAHİNİZ**, s. 127; **KOCAAĞA**, s. 146; **CANBOLAT**, s. 163.

174 **GAUCH/CARRON**, N. 1946; **CARRON**, s. 116; **EREN**, İnşaat, s. 81; **UÇAR**, s. 239; **ŞENOCAK**, s. 140; **BUHLER**, Art.369 N. 44.

175 **BUHLER**, Art.369 N. 44.; **UÇAR**, s. 239; **KOCAAĞA**, s. 147; **ARPACI**, s. 256.

176 **TANDOĞAN**, s. 211; **KOCAAĞA**, s. 147; **UÇAR**, s. 239; **CARRON**, s. 116.

177 **GAUCH/CARRON**, N. 1940; **GAUCH**, N. 1940; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 10; **KAPLAN**, s. 132; **TANDOĞAN**, s. 211; **ŞAHİNİZ**, s. 127; **CARRON**, s. 111; **HENNINGER**, s. 89.

178 **OSER/SCHONENBERGER**, Art.369 N. 2; **KOLLER**, Art.365 N. 73; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 10; **UÇAR**, s. 240; **KOLLER**, Werkvertragsrecht, N. 586; **KAPLAN**, s. 13; **LENZLINGER GADIENT**, s. 108; **BUHLER**, Art.369 N. 42; **CARRON**, s. 110.

dır. İkinci bir görüş,[179] uyarınca bildirim hem iş sahibine isnat olunacak nedenin ayıba yol açabileceği hem de ısrar halinde yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu olmayacağı hususlarını içermelidir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[180] ikinci görüşü benimsemiş, yüklenicinin bildirimin bu hususu içermesi gerektiğini belirtmiştir. *Gauch*, ilk görüşü benimsemekte ve yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmasının TBK m.476 hükmü gereğince iş sahibinin kendi davranışına bağlı olduğunu ve yüklenicinin her türlü sorumluluğu reddetmesini öngörmediğini belirtmektedir.[181] Yazar, açık bildirimin ne hukuki bir işlem ne de bir irade beyanı olduğunu belirtmekte ve Federal Mahkeme'yi bildirimi bir irade beyanı saydığı için eleştirmektedir.

Kanaatimizce yüklenicinin iş sahibine yapacağı bildirimde talimatta ısrar edilmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağını belirtmesine gerek bulunmamaktadır. Yüklenicinin özen borcu gereği, inşaat sözleşmesinde iş sahibinden kaynaklı bir ayıp meydana gelmesi ihtimalinde bu durumu iş sahibine bildirmesi yeterlidir. Bu noktada önemli olan, yüklenicinin yapacağı bildirimle ayıp meydana gelmesi olasılığına karşı iş sahibinin tedbir almasını sağlayacak şekilde bildirimde bulunarak özen borcunu yerine getirmesidir. Yukarıda yapılan açıklamalarda yapılacak bildirimin açık olması, özellikle iş sahibince verilecek talimatta ısrar edilmesi halinde ayıp meydana geleceği belirtileceği için yüklenicinin ayrıca sorumlu olmayacağını belirtmesine gerek yoktur.

İş sahibinin talimatında ısrar ettiği bazı durumlarda ise, yüklenicinin ilgili talimatı uygulamayı reddetmesi gerekmektedir. Buna göre yüklenici, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine ve ahlaka aykırılık teşkil eden her türlü talimatı reddetmelidir.[182]

TBK m.476'da düzenlenmiş olan bildirim, herhangi bir şekle bağlı olmadan hatta sözlü bile yapılabilir.[183] Taraflar, bildirimin yazılı olarak yapılması hususunda anlaşmışlarsa, anlaşılan yazılı şekil, varsayılan bir geçerlilik şekli

---

179 **SELİÇİ**, s. 194; **EREN**, İnşaat, s. 81.

180 ATF 116 II 308.

181 **GAUCH/CARRON**, N. 1941.

182 **ARPACI**, s. 250.

183 **GAUCH**, N. 1946; **UÇAR**, s. 240; **ŞAHİNİZ**, s. 127; **ARPACI**, s. 251; **GAUCH/CARRON**, N. 1990; **KOCAAĞA**, s. 147; **CANBOLAT**, s. 164; **SEÇER**, Bildirim, s. 740; **HENNINGER**, s. 89; **ÖZDEMİR**, s. 1151; **CARRON**, s. 117.

değildir.[184] Tersine yazılı şeklin yalnızca ispatta kolaylık sağlamak amacıyla kararlaştırıldığı varsayılır.[185] Yazılı bir anlaşmanın varlığı, yüklenicinin, iş sahibinin sözleşmenin gereği gibi ifasını tehlikeye düşüren olguyu yapılan bildirim ile açıkça anladığını ispat etmesi gerekliliğini değiştirmemektedir.[186] Ayrıca yüklenici, iş sahibinin anlayacağı dilde, teknik terimlere fazla başvurmadan, iş sahibinin inşaatta ayıp tehlikesinin bilincine varacağı şekilde, onu aydınlatmalıdır.[187] İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre yazılı şekil kararlaştırılmış olsa bile sözlü yapılan bir bildirim geçerlidir.[188]

TBK m.476'a dayalı bildirimin yüklenici veya yetkili temsilcisi bakımından iş sahibinin kendisine veya örneğin sorumlu mimar gibi yetkili bir temsilcisine yapılması gerekmektedir.[189] Yalnızca bildirimi yapacak bir yardımcının belirtilmesi yeterli değildir, muhatap yüklenici tarafından yapılan bir bildirimin söz konusu olduğunu düşünemeyebilir ve düşünmek zorunda değildir.[190] Temsilcinin bir yardımcısı örneğin mimarın şantiye şefi, mimar onu kendi yerine bildirimleri onun alması hususunda yetkili kılmış olsa bile uygun bir muhatap değildir.[191] İş sahibi yükleniciye bir temsilcinin bildirimleri kabul hususunda yetkilendirilmiş olduğunu bildirmiş olsa bile iş sahibine doğrudan yapılan bir bildirim geçerli olmaktadır.[192]

Yüklenici, iş sahibinin yetkili temsilcisine bildirimde bulunmuş ve temsilci belirtilen çekinceleri dinlemek istemezse iş sahibine bildirim yükümlü-

---

184 **GAUCH**, N. 1947; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 11; **SEÇER**, Bildirim, s. 740; **UÇAR**, s. 240. Yazar, bir inşaat sözleşmesinde inşaat sahibine bozukluk doğabileceğinin bildirilmesinin yazılı şekle bağlanmasındaki amacın yüklenicinin korunması değil daha ziyade beyan muhatabı iş sahibinin yüklenicinin düşünce ve iradesini açıkça anlaması sağlamak olduğunu belirtmektedir.

185 **GAUCH/CARRON**, N. 1947; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 11; **TANDOĞAN**, s. 212; **UÇAR**, s. 241; **ARPACI**, s. 251.

186 **KOLLER**, Werkvertragsrecht, N. 233; **SEÇER**, Bildirim, s. 740.

187 **ARPACI**, s. 251.

188 ATF 95 II 47.

189 **GAUCH**, N. 1942; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 9; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 12; **KAPLAN**, s. 132; **TANDOĞAN**, s. 211; **UÇAR**, s. 238; **ŞAHİNİZ**, s. 127; **EREN**, s. 646; **CANBOLAT**, s. 164; **KURŞAT**, s. 296; **KOCAAĞA**, s. 147; **BUHLER**, Art.369 N. 47; **HENNINGER**, s. 87; **EREN**, İnşaat, s. 81; **CARRON**, s. 114.

190 ATF 95 II 50; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 11.

191 **GAUCH/CARRON**, N. 1942; **GAUCH**, N. 1942; **UÇAR**, s. 238; **BUHLER**, Art.369 N. 47; **HENNINGER**, s. 89.

192 **GAUCH/CARRON**, N. 1943; **GAUCH**, N. 1943.

lüğünden kurtulup kurtulmadığı veya yüklenicinin iş sahibine şahsen ek bir bildirimde bulunması gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde böyle bir durumda yüklenicinin iş sahibine bildirim yükümlülüğünden kurtulduğu görüşü ileri sürülmektedir.[193] Bununla birlikte yüklenicinin yaptığı bildirimin temsilcinin kendi yaptığı bir kusura (örneğin kendi hazırladığı planların kusurlu olması) ilişkin olması durumunda farklı bir şekilde davranılması gerekmektedir. Eğer böyle bir durumda bu sebepten temsilcinin belirtilen çekinceleri dinlemek istemediğini düşündürtecek nedenler varsa, yüklenicinin özen yükümlülüğü onun şahsen karar almasını sağlayacak şekilde iş sahibine ek bir bildirim yapılmasını emretmektedir.[194] Çünkü iş sahibine yetkili temsilcinin hatalı talimatından dolayı bildirimde bulunmak, inşaat sözleşmesinde gerek yüklenicinin gerekse iş sahibinin sözleşmeyle elde etmek istedikleri amaçlarının zaman kaybedilmeksizin somut bir şekilde elde edilmesini sağlayacaktır.[195] Somut durumda iş sahibinin bildirimleri kabul edebilecek başka bir temsilcisi bulunuyorsa, ona yapılacak bildirim iş sahibine şahsen yapılmış bir bildirim olarak kabul edilecektir.[196]

Yüklenicinin iş sahibini uyarması durumunda, dürüstlük kuralına göre uygun bir süre beklemesi gerekmektedir.[197] İş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olmaz.[198] İş sahibi, ayıba

---

193 **GAUCH/CARRON**, N. 1944; **CARRON**, s. 114.

194 **UÇAR**, s. 238; **HENNINGER**, s. 90; **CARRON**, s. 114.

195 **UÇAR**, s. 238.

196 **GAUCH/CARRON**, N. 1944; **GAUCH**, N. 1944; **ŞAHİNİZ**, s. 127.

197 **GAUCH**, N. 1949; **TANDOĞAN**, s. 212; **ŞAHİNİZ**, s. 128; **KURŞAT**, s. 296; **KAPLAN**, s. 132; **UÇAR**, s. 241; **CANBOLAT**, s. 166; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 55; **BUHLER**, Art.369 N. 25; **HENNINGER**, s. 90; **TRACHSEL**, N. 417; **CARRON**, s. 118.

198 **GAUCH/CARRON**, N. 1938; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 4; **HENNINGER**, s. 83; **GAUCH**, N. 1938; **ÖZDEMİR**, s. 1152; **CANBOLAT**, s. 163, 166; **ARPACI**, s. 251; **EREN**, s. 645; **ŞAHİNİZ**, s. 126; **UÇAR**, s. 241; **ÖZ**, s. 198; **SEÇER**, Bildirim, s. 735; Y.15.HD, T. 14.3.2016, E. 2015/5794, K. 2016/1595, "... Davacı iş sahibi ile davalı ... arasında ... tarihinde "..." adresinde bulunan taşınmaza klima ve havalandırma sisteminin aksesuarları ile birlikte montaj ve teslim işine dair KDV hariç ... TL götürü bedel üzerinden sözleşme imzalandığı konusunda taraflar arasında çekişme bulunmamaktadır. Sözleşmenin 4.1. maddesinde yüklenicinin sözleşme tarihinden itibaren 7-10 gün içinde bakır borulama havalandırma kanal döşeme ve sinyalizasyon işlerini tamamlayacağı, iş sahibinin yer teslimin müteakip zamanında yapması halinde klima iç ve dış ünite montaj ve devreye alınmasının 1 hafta içinde yapılacağı, sözleşmenin 7.1. maddesinde yüklenicinin projeleri uygulamaya koymadan önce iş sahibinin onayına sunacağı, sözleşmenin 8. maddesinde işin tesliminden sonra 2 yıl boyunca yüklenici ve marka garantisi altında olduğu, dosya içinde davacının şikayetleri üzerine ... tarihi

ilişkin riski üstlenmeyi reddederek talimatında ısrar ettiği takdirde de durum aynı şekilde olmaktadır.[199] Buna karşılık, iş sahibinin yüklenicinin uyarısına herhangi bir cevap vermemesi, onun, işin talimatı doğrultusunda devam etmesi istediği anlamına geldiği kabul edilebilir.[200] Bu noktada yüklenicinin uyarısında belirleyeceği uygun sürede cevap verilmemesinin talimatta ısrar anlamına geleceğini iş sahibine bildirmesi uygun olur.[201] Burada ispat yükü

---

ile ... tarihleri arasında olmak üzere 18 adet servis formunun bulunduğu, şikayetlerin kompresör arızası, kart arızası, voltaj dalgalanması gibi şikayetler olduğu bu arızaların yetkili servis tarafından giderildiği ancak arızaların yeniden oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere klima sisteminin projeye uygun yapılması gerektiği açıktır. Proje, davalı yüklenici tarafından yapılacaktır. Proje ve belgelere göre davacının taşınmazında kurulması gereken sistemin projesinin davacı tarafından çizildiği, davacı tarafından 300.000 BTU/H'luk sistemin öngörüldüğü, ancak davalının, 23.3.2011 tarihli faks mesajı ile bu büyüklüğün yeterli olmayacağını bildirmesi üzerine 385.000 BTU'luk sistemin kurulduğu, ancak bu sistem büyüklüğünün de yeterli olmamasından sorunlar çıktığı anlaşılmaktadır.

Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan ve zaman bakımından uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III ve 361/I. maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve eklerine aykırı olarak imalât yapılmış olması halinde, imâlatın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, yüklenici doğacak sonuçlardan kurtulamaz. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağının iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir (Emsal: Dairemizin 3.10.2013 tarih, 2013/3837 Esas ve 2013/5411 Karar sayılı ve 9.3.2016 tarih, 2015/2429 Esas, 2016/1516 Karar sayılı ilâmları).

Somut olaya dönüldüğünde; davalı yüklenici az yukarda izah edilen ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III ve 361/I. maddelerinde anlamını bulan genel ihbar külfetini yerine getirme anlamında 300.000 BTU/H'luk sistemin öngörüldüğü, ancak davalı yüklenicinin 23.3.2011 tarihli faks mesajı ile bu büyüklüğün yeterli olmayacağını bildirmesi üzerine 385.000 BTU'luk sistemin kurulduğu anlaşılmış ise de; bu büyüklüğün de yeterli olmadığı bilirkişi raporu ile ortaya çıkmıştır. İş yerine uygun olmayan büyüklükteki klimanın takılmasını sağlamayan davalının, davacının uğradığı maddi zararı karşılaması gerekir. Bu sebeplerle işin esasının incelenerek mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince inceleme yapılıp karar verilmelidir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); benzer yönde daha yeni tarihli bir karar için bkz: Y.15.HD., T. 14.1.2019, E. 2018/4893, K. 2019/129 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); benzer yönde bir karar için bkz: Y.15.HD, T. 16.1.2020, E. 2019/2098, K. 2020/116 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

199 **GAUCH/CARRON**, N. 1938; **TANDOĞAN**, s. 210; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 4; **UÇAR**, s. 235.

200 **ERMAN**, s. 162; **KURŞAT**, s. 296; **UÇAR**, s. 241.

201 **ERMAN**, s. 162; **CARRON**, s. 118.

yükleniciye ait olup, ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten meydana geldiğini, bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ya da böyle bir bildirim yükümlülüğü bulunmadığını kanıtlamalıdır.[202]

TBK m.476'daki bildirim yükümlülüğü, sözleşmeye dayalı bir özen yükümlülüğü olarak sözleşmenin akdedilmesinden sonra varolmaktadır.[203] Buna karşılık, eğer iş sahibi ifaya ilişkin yanlış talimatları sözleşmenin akdedilmesinden önce vermiş ve böylelikle talimatlar sözleşmenin bir parçası haline gelmişse, yüklenici dürüstlük kuralına göre sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğüne tabi kılınabilir.[204] Somut olayda böyle bir yükümlülüğün var olup olmadığı sözleşme görüşmelerini düzenleyen kurallara göre çözülmelidir.[205]

Yüklenici, sözleşmenin kurulmasından önce iş sahibine bildirimde bulunmuşsa TBK m.476'daki sözleşmeye dayalı bildirim yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.[206] Eğer yüklenici TBK m.476'ya dayalı olarak bildirimde bulunmuş ama kusurlu olarak sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü ihlal etmişse "culpa in contrahendo" sorumluluğuna dayalı olarak bu ihlalin sonuçlarına katlanır.[207]

Yüklenici, bildirimde bulunma yükümlülüğünü ihlal ederse, inşaatta meydana gelen ayıptan dolayı sorumlu olur.[208] Yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi için iş sahibine bildirimde bulunulmasının gerekli olmadığını ispat etmesi gerekmektedir.[209] Bu da iş sahibine bildirimde bulunulmasının gerekli olmadığı zira onun bu ayıbı bildiği veya bilmesi gerektiğinin ispat edilmesi yoluyla mümkün olabilir.[210]

2. Bildirimde Bulunulmasının Gerekli Olmaması

TBK m.476'daki bildirim yükümlülüğü, iş sahibinin değil de yüklenicinin inşaat sözleşmesinin uzman tarafı olması fikrine dayanmaktadır. Uzman

---

202 **ERMAN**, s. 162; **UÇAR**, s. 236; **ŞAHİNİZ**, s. 127; **TRACHSEL**, N. 419.

203 **GAUCH**, N. 1950; **HENNINGER**, s. 87.

204 **HENNINGER**, s. 87; Bildirim yükümlülüğü sözleşmenin akdedilmesinden önce yüklenici tarafından ayıplı olduğu fark edilen malzeme veya arsa bakımından da uygulanmaktadır.

205 **GAUCH**, N. 1950; **GAUCH/CARRON**, N. 1950.

206 **TANDOĞAN**, s. 213; **HENNINGER**, s. 87; **CARRON**, s. 117.

207 **GAUCH/CARRON**, N. 1951, N. 1992; **HENNINGER**, s. 87; **GAUCH**, N. 1951.

208 **GAUTSCHI**, Art.369 N. 4b, 6c; **UÇAR**, s. 248; **CARRON**, s. 137.

209 **UÇAR**, s. 241; **ARPACI**, s. 256; **CANBOLAT**, s. 166; **GAUTSCHI**, Art.369 N. 6c.

210 **GAUTSCHI**, Art.369 N. 6c; **CANBOLAT**, s. 166; **CARRON**, s. 137; **CHAIX**, s. 128.

olmayan iş sahibi, yüklenicinin bu konuda kendisine bildirimde bulunmadıkça vermiş olduğu talimatların doğru olduğu fikrinde olabilir. Buna göre yapılacak inşaatta bir uzmanlığı bulunmayan iş sahibi, yüklenici tarafından gerekli kontroller yapılıp kendisine bildirimde bulunuluncaya kadar vermiş olduğu talimatın doğru olduğuna inanabilecektir.[211] İş sahibi, hatalı bir şekilde talimat verse ve bu inşaatta bir ayıba yol açsa bile, ayıbın meydana gelmesi iş sahibinden kaynaklanmış olarak kabul edilemez.[212]

Kanun koyucuya yön veren bu fikir bazı durumlarda geçerli olmamaktadır. İş sahibinin zaten uzman olduğu ya da uzman bir ekibinin bulunması ve talimatlarını mesleki kurallara uygun olarak vermeleri halinde bildirim yükümlülüğünden bahsedilmemesi gerekmektedir.[213] İnşaat sözleşmelerinde birçok durumda iş sahibinin talimatları uzmanlığa dayalı bir biçimde verilmektedir.[214]

Yükleniciye verilen talimat, iş sahibinin kendisinin uzman olduğu, kendisine söz konusu talimata ilişkin olarak bir uzman tarafından danışmanlık hizmeti verildiğinde veya talimat iş sahibinin uzman bir temsilcisi tarafından verildiğinde uzmanlığa dayalı bir talimat olmaktadır.[215] Bununla birlikte talimat verme bakımından genel bir uzmanlık yeterli değildir.[216] İş sahibi tarafındaki uzmanlık, verilen talimat ile belirgin olarak ilişki içerisinde olmalıdır: iş sahibi, danışman veya temsilci verilen talimatı değerlendirmeye ve muhtemel hatalı niteliğini tespit etmeye izin veren özel bilgilere sahip olmalıdır.[217] Yüklenici ile ilişkilerde gerçek uzmanlık belirleyicidir, ama hiç değilse yüklenicinin somut olayın koşullarına göre beklemeye hakkı olduğu bir uzmanlık olmalıdır.[218] Örneğin iş sahibi veya onun temsilcisi yükleniciye kendilerini mimar, mühendis veya statik uzmanı olarak tanıtmışlarsa, yüklenicinin böyle

---

211 **GAUCH**, N. 1953; **GÜNDOĞDU**, s. 211.

212 **GAUCH/CARRON**, N. 1953.

213 **TERCIER/BIERI/CARRON**, N. 3795; **EREN**, İnşaat, s. 81; **KURŞAT**, s. 295; **ARPACI**, s. 251; **KAPLAN**, s. 133; **KOCAAĞA**, s. 147; **UÇAR**, s. 241; **BUHLER**, Art.369 N. 49; **ARAL/AYRANCI**, s. 402; **ÖZDEMİR**, s. 1152; **CARRON**, s. 127; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 5.

214 **GAUCH/CARRON**, N. 1955.

215 ATF 116 II 456; **GAUCH**, N. 1956; **KAPLAN**, s. 133; **BUHLER**, Art.369 N. 49; **CARRON**, s. 127; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 5.

216 **GAUCH**, N. 1956.

217 **GAUCH/CARRON**, N. 1956; **BUHLER**, Art.369 N. 49.

218 **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 13.

bir uzmanın sahip olması gereken tüm bilgilere onların sahip olduğunu beklemeye hakkı bulunmaktadır.[219]

Somut olayda uzmanlığa dayalı bir şekilde bir talimat verildiğinde TBK m.476'ın lafzi yorumuna dayanarak bir bildirim yapılması gerekip gerekmediği belirlenmelidir. Ayrıca yüklenicinin bildirim yapılmaksızın uzmanlığa dayalı talimat verilmesi ve buna uyulması yüzünden meydana gelen ayıplardan dolayı ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulup kurtulmayacağı da belirlenmelidir. Bu sorulara verilecek cevaplar çeşitli durumlara göre farklılaşacaktır.

Uzmanlığa bir şekilde verilen talimata uyulması yüzünden inşaatta meydana gelen ayıplarla ilgili olarak yüklenici, talimatın yanlış olduğunu farketmediği ve farketmesi gerekmediği ölçüde bildirim olmasa bile ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmaktadır.[220] İş sahibinin veya danışmanının ya da temsilcisinin somut talimatlarla ilgili olarak gerekli uzmanlığa sahip olmaları, talimatların doğru olduğunu kontrol etmeleri ve muhtemel bir ayıp tehlikesinin var olabileceğini bilmeleri şarttır.[221] Yüklenicinin, eğer iş sahibinin kendisi uzmansa veya uzmanlığa dayalı bir danışmanlık alıyorsa, ondan veya yardımcılarından bildirim olmasa bile doğru talimatlar vermelerini beklemek hakkı bulunmaktadır. İş sahibi şahsen veya yardımcısı aracılığıyla yanlış bir talimat veriyorsa ve bu yanlış talimat sonucu ayıp meydana geliyorsa bildirim yapılmış olmasa bile bundan dolayı sorumlu olmalıdır.[222] Yanlış talimat iş sahibinin uzman bir temsilcisi tarafından verildiğinde de hukuki durum aynı olmaktadır. Uzman temsilcinin davranışı iş sahibinin kendi davranışıymış gibi kabul edilmektedir. İş sahibi, bildirim bulunmasa bile uzman temsilcisinin vermiş olduğu hatalı talimattan dolayı sorumlu olmalıdır.[223]

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulması, yüklenicinin talimatın yanlış olduğunu farketmemiş ve farketmemesi gerekmesine bağlıdır.[224] Yüklenicinin talimatın yanlış olduğunu farketmesi veya yanlış olduğunu farketmesi gerektiği durumda bildirim olmaksızın ayıba karşı tekeffül

---

219 **GAUCH/CARRON**, N. 1956; **KOLLER**, Werkvertragsrecht, N. 583; **KOCAAĞA**, s. 147; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 54.

220 ATF 116 II 309; ATF 116 II 456; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 14; **TANDOĞAN**, s. 213; **ŞAHİNİZ**, s. 128; **ARPACI**, s. 251; **KAPLAN**, s. 133; **UÇAR**, s. 242; **BÜYÜKAY**, s. 126; **CANBOLAT**, s. 165; **BUHLER**, Art.369 N. 50; **CARRON**, s. 127.

221 BGer, 7.8.2008,4A_166/2008, E. 2.1.

222 **GAUCH/CARRON**, N. 1959.

223 **GAUCH/CARRON**, N. 1960.

224 **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 16; **KAPLAN**, s. 133.

sorumluluğundan kurtulma olanağı yoktur.[225] Bu durumun istisnası da bulunmaktadır. Bildirimde bulunmayı ihmal eden yüklenici, bildirim yapılmış olsaydı bile ayıbın meydana geleceğini ispatlamakta serbesttir.[226]

İş sahibi tarafından verilen talimatın hatalı olup olmadığı açık değilse yüklenicinin bu talimat bakımından bir gözden geçirme yükümlülüğü olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.[227] Yüklenicinin uzmanlığı iş sahibinin uzmanlığından daha ötede bir uzmanlık anlamına geliyorsa böyle bir gözden geçirme yükümlülüğü kendisinden beklenmektedir.[228] Talimatın yapı tekniği kurallarına açıkça aykırılığı anlaşılamıyorsa, kural olarak yüklenicinin talimatı yeniden inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır.[229] Ancak, yeniden incelemeyi vaat etmiş veya kendisinden dürüstlük kuralına göre yeniden incelemesi yapması beklenebilir ise böyle bir yükümlülük ortaya çıkabilir.[230]

IV. İNŞAATTAKİ AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Yüklenicinin yaptığı bildirime rağmen iş sahibi talimatında ısrar ederse; iş sahibi dilerse sözleşmeyi TBK m.484 uyarınca tazminat karşılığında feshedebilir; dilerse bütün sorumluluk kendisine ait olmak üzere, yüklenicinin işe devamını isteyebilir.[231] İş sahibi, yüklenicinin işe devam etmesini istediği takdirde inşaatta ayıp meydana geldiği takdirde TBK m.476 hükmü devreye girmektedir.

TBK m.476 anlamında inşaattaki ayıbın iş sahibine yüklenebildiği hallerde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kendiliğinden sona erer.[232] İnşaat, yüklenici tarafından sözleşmeye uygun olarak ifa edil-

---

225 **GAUCH/CARRON**, N. 1963; **CARRON**, s. 127; **TANDOĞAN**, s. 213; **KAPLAN**, s. 133; **ŞENOCAK**, s. 138; **ŞAHİNİZ**, s. 129; **BÜYÜKAY**, s. 126; **CANBOLAT**, s. 165.

226 **GAUCH/CARRON**, N. 1963.

227 **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 17.

228 ATF 116 II 457; **TANDOĞAN**, s. 214; **ŞAHİNİZ**, s. 129; **KAPLAN**, s. 133; **BUHLER**, Art.369 N. 52; **CARRON**, s. 127.

229 **UÇAR**, s. 242.

230 **CANBOLAT**, s. 165.

231 **ARPACI**, s. 252; **SEÇER**, Bildirim, s. 741; **HENNINGER**, s. 90.

232 **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel C. 2, s. 119; **UÇAR**, s. 237; **KOCAAĞA**, s. 149; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 51; **BUHLER**, Art.369 N. 62; **ACUN**, s. 44; **SEÇER**, s. 320; **CHK-HURLIMANN-SIEGENTHALER**, Art.369 N. 6.

miş olarak değerlendirilecek ve iş sahibi ayıplı olmasına rağmen bedeli ödemek zorunda kalacaktır.[233] Eserdeki ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı hususunda ispat yükü, yükleniciye düşmektedir.[234] Yüklenici, ayıbın TBK m.476 anlamında iş sahibine isnadı mümkün bir nedenden doğduğunu ve iş sahibine bu hususta bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etmek zorundadır.[235]

Ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasının hukuki sonucu, kural olarak TBK m.476'ya göre iş sahibinin ayıptan dolayı muhtemel bir zararın tazmini de dahil tüm haklarının başka bir yola başvurmaya ihtiyaç duyulmaksızın kaybedilmesidir.[236] Hâkimin, TBK m.52/f.1'i uygulayarak hangi ölçüde ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasının yüklenicinin sorumluluktan kurtulmasına yol açacağına karar vermesi söz konusu değildir.[237] Tersine, TBK m.476'ya göre, iş sahibinin yükleniciyle olan ilişkilerinde kendisinin ayıbı üstlenmesi gerekmektedir.[238] Ayıbın iş sahibine isnat edilmesi hususunda ispat yükü, yukarıda da belirtildiği gibi bundan yararlanacak olan yükleniciye düşmektedir.[239] Yüklenicinin özellikle talimatların uygun olmadığını ve kendi bildirimlerinin var olduğunu göstermesi gerekmektedir.[240] Bildirimlerin gerekli olmadığı durumlarda, ister iş sahibinin veya yardımcısının uzmanlığını kanıtlayabilir isterse iş sahibinin bildirimlere uymadığını gösterebilir.[241] İş sahibinin de buna karşılık talimatın hatalı olduğunun açıkça anlaşılır olduğunu, yüklenicinin sözleşmeye dayalı bir gözden geçirme yükümlülüğü bulunduğunu veya dürüstlük kuralı gereğince yüklenicinin daha uzman olmasından kaynaklı bir gözden geçirme yükümlülüğü olduğunu ispatlaması mümkündür.[242]

---

233 **GÜNDOĞDU**, s. 197.

234 **GAUCH/CARRON**, N. 1914; **KOCAAĞA**, s. 149.

235 **ŞENOCAK**, s. 144; **ACUN**, s. 45.

236 **ŞAHİNİZ**, s. 134; **ARPACI**, s. 252.

237 **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 25**; CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 22; **BUHLER**, Art.369 N. 62.

238 **GAUCH/CARRON**, N. 1914.

239 **GAUTSCHI**, Art.369 N. 4c, 5b; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 30; **SEÇER**, s. 320; **ŞAHİNİZ**, s. 135; **BUHLER**, Art.369 N. 63; **ACUN**, s. 44.

240 **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 28; **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 30; **ŞAHİNİZ**, s. 135; **BUHLER**, Art.369 N. 63.

241 **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 28; **BUHLER**, Art.369 N. 64.

242 **BUHLER**, Art.369 N. 64.

2. Ayıbın Kısmen İş Sahibinden Kaynaklanması

İnşaattaki ayıbın hem iş sahibine hem de yükleniciye isnat edilebildiği durumlarda iş sahibinin sorumlu olduğu ayıp, ayıbın tek belirleyici nedeni değildir.[243] Bununla birlikte ayıbın kısmen iş sahibinden kaynaklanması için ayıbın nedenlerinden birinin iş sahibine isnat edilmesi gerekmektedir.

Ayıbın iş sahibinden kısmen kaynaklanması durumunda inşaat iş sahibinden kaynaklı bir ayıpla ifa ve teslim edilmekte, bununla birlikte ayıp yalnızca iş sahibinden değil yükleniciden de kaynaklanmaktadır.[244] Örneğin ayıp bir yandan iş sahibi tarafından verilen bir talimatın yanlış olmasından kaynaklanırken diğer taraftan yüklenicinin sağladığı malzemenin ayıplı olmasına bağlı olmakta[245] ya da ayıp bir taraftan özensiz bir şekilde yapılan çalışmanın sonu-

---

243 ATF 116 II 458.

244 **GAUCH/CARRON**, N. 2051.

245 **KOCAAĞA**, s. 149; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 56 dpn 67; Y.15.HD., T. 06.02.2014 T., E. 2013/4844, K. 2014/754, "... Davalı iş sahibi idareyle Ç... Lti. Şti. ve M.M. ortak girişimi arasında imzalanan 2.7.2007 tarihli sözleşmeyle ortak girişim, "Suluhan Restorasyonu (Onarımı)" işini 1.994.368,74 lira "götürü bedel" üzerinden üstlenmiş, 20.6.2008 tarihinde adi ortaklık feshedilerek işin davacı M.M. tarafından yürütülmesi kararlaştırılmış, iş sahibi idarenin 24.6.2008 tarihli makam oluru ile bu duruma muvafakat edilmiştir. Sözleşme'nin 9.2 maddesi uyarınca "Uygulama İşleri Genel Şartnamesi" sözleşmenin ekidir. İş sahibi idare tarafından yükleniciye gönderilen 18.9.2009 tarihli yazıyla sözleşmenin feshedildiği ve yüklenicinin kesin teminatının irat kaydedildiği yükleniciye bildirilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan 7.2.2012 tarihli bilirkişi raporunda "fesihte davalı idarenin kusurlu olduğu, fesih işleminin haksız olduğu, idarenin haksız feshi sebebiyle yüklenicinin uğradığı men ve müspet zararları gidermesi gerektiği" görüşüne yer verilmişse de, dosya kapsamından tarafların akdin feshinde "ortak kusurlu" oldukları anlaşılmaktadır. Zira sözleşme eki Uygulama İşleri Genel Şartnamesi'nin 19. maddesinde "yüklenicinin üstlenmiş olduğu işin devamı süresince iş yerinde bulunması esastır. Bununla birlikte yüklenici işlerin gecikmesine ve durmasına yol açmamak şartıyla noterce düzenlenmiş bir vekâletnameyle tam yetki almış ve idarece kabul edilmiş bir vekil bırakarak iş başından ayrılabilir" hükmüne, 20. maddenin 3. bendinde ise "yüklenici, işin sözleşme süresi içinde bitirilmesi için, gerekli miktarda malzemeyi ve yeterli sayıda işçiyi her an iş başında bulunduracaktır. Aksi halde, bu hususta kendisini uyarmak üzere yapılacak tebligat tarihinden başlamak üzere on gün içinde bunları istenen sayıya ve miktara tamamlamak zorundadır." hükmüne yer verilmiştir. Şartnamenin bu hükümlerine rağmen idarenin kontrollük teşkilatı tarafından yapılan kontrollerde iş yerinde (şantiyede) hiçbir teknik personel bulunmadığı, şantiyenin olduğu ve hiçbir çalışma yapılmadığı idare elemanlarınca düzenlenen 20.11.2008, 25.12.2008, 16.1.2009 tarihli raporlarla tesbit edilmiş, bu durumda 26.1.2009 tarihinde yükleniciye bildirilmiş, bu bildirimden sonra da 9.2.2009, 4.3.2009, 18.5.2009 tarihli raporlarda şantiyenin kapalı olduğu, hiçbir çalışma yapılmadığı saptanmıştır. Yine revize restorasyon projeleri idarece onaylanıp yükleniciye verilmeden yüklenicinin projesiz işe devam ettiği yüklenici vekilinin dava dilekçesinde belirtilmiştir. Ayrıca, sözleşme ve ekleri uyarınca sözleşme konusu işte kullanılması kararlaştırılan çimento takviyeli harcın işte kullanıl-

cu olurken diğer taraftan iş sahibinin sağladığı malzemenin veya gösterdiği arsanın ayıplı olmasından kaynaklanmaktadır.[246]

maması gerektiği ve bu harç yerine horasan harcının kullanılması gerektiği yüklenici tarafından ileri sürülmüşse de, yüklenicinin 818 Sayılı Borçlar Yasası'nın 357/III. maddesi hükmüne uygun şekilde imalatın noktası noktasına başarıya ulaşması için horasan harcı kullanılmasının zorunlu olduğunu iş sahibine ihbar etmediği ve dolayısıyla bu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlar ve yüklenicinin işin yapım süresine göre gerçekleştirdiği imalat oranı dikkate alındığında yüklenicinin sözleşme ve eklerine aykırı hareket etmekle kusurlu olduğu, idarenin de sözleşmede kararlaştırılan çimento takviyeli harcın işin tekniğine uygun olup olmadığını araştırmadan işe göre kusurlu malzeme olan çimento takviyeli harcı sözleşme eklerinde göstermesi ve daha sonra da sözleşme ve eklerinde yer almayan çimento katkısı içermeyen harçların kullanılmasını genelgeyle istemesi, revize restorasyon projelerinin onayında ve yükleniciye tesliminde gecikmesi nedenleriyle sözleşmeye aykırı davrandığı ve böylece tarafların akdin feshinde "ortak kusurlu" bulunduğu açıktır. Tazminat borcunun doğması için temel koşul kusur olduğundan, tazminat isteyen tarafın kusursuz olması kuraldır. Yüklenicinin sözleşmenin feshi sebebiyle kar kaybı alacağı talebinde bulunabilmesi için fesihte tamamen kusursuz olması gerekir. Oysa somut olayda az yukarda açıklanan sebeplerle her iki taraf da kusurlu bulunduğundan yüklenicinin asıl davada kar kaybına dair alacak istemiyle teminat mektubunun faiz ve komisyon gibi masraflarına dair istemlerinin reddi gerekir. Bu sebeple asıl davada mahkemece kar kaybı alacağının ve teminat mektubunun faiz ve komisyon masraflarının hüküm altına alınması doğru olmamıştır. İş sahibi idare tarafından açılan birleşen 2010/188 Esas sayılı davada akdin feshinde ortak kusurları bulunması sebebiyle iş sahibinin şantiyede "teknik eleman bulundurmama cezası" ile "gecikme cezasının" yükleniciden tahsiline dair istemlerinin reddine karar verilmesi ise isabetli olmuştur." (www. kararara.com).

246 Y.15.HD., T. 28.1.2015, E. 2014/836, K. 2015/471, "... Davacı ile davalılardan K... Taah. Tic. Ltd. Şti. arasında imzalanan tarihsiz sözleşme niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesi olup; davacı iş sahibi, davalılardan K... Taah. Tic. Ltd. Şti. ise yüklenicidir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/ son maddesi uyarınca; iş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecburdur. Bu husus işinin uzmanı sayılan yüklenicinin özen borcunun sonucudur. Özen borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi halinde yüklenici bu nedenle eserde meydana gelen açık ve gizli ayıplardan sorumludur.
Bütün bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince; davacı iş sahibi ile davalılardan K... Taah. Tic. Ltd. Şti. arasında düzenlenen ek protokol uyarınca davalı yüklenici Asya Bölgesi Muhtelif İçme Suyu Şebekesi ve Kat Ayırımı İnşaatı kapsamında Salacak- Sarayburnu arasına DFO 60 ve 144'lük F/O-Y fiber optik kablo döşeme işini yapacaktır. Sözleşmenin 3/c maddesinde malzeme, işçilik ve nakliye giderlerinin iş sahibine ait olduğu belirtilmiştir. İşin imalî sırasında kullanılacak olan malzemeler iş sahibi tarafından temin edilse dahi yüklenici, malzemenin imalâtın yapılmasına elverişli olmaması halinde bu hususu iş sahibine ihbar etmekle yükümlüdür. Nitekim, yargılama sırasında alınan bilirkişi kurulu rapor ve ek raporunda denizin içerisine döşenen kabloların seçiminin uygun olmaması sebebiyle kopma ve arızaların meydana geldiği saptanmıştır. Davalı yüklenici şirket tarafından da denizin altına döşenen kabloların seçiminin uygun olmadığının davacıya ihbar edildiği iddia ve ispat edilmemiştir. Şu halde, davalı yüklenici şirket denizin içerisine döşenen kablolardaki ayıplardan sorumludur. Bu durum karşısında mah-

İş sahibine hiçbir şekilde kısmen de olsa ayıptan dolayı sorumluluk yüklenemeyecek hallerden biri, yüklenicinin ayıpsız olarak inşaatı meydana getirmede yetersiz olması, diğer bir deyişle sözleşmeye uygun bir inşaat meydana getirmek için gerekli mesleki bilgilere veya diğer niteliklere sahip olmadığını dikkate almaksızın inşaatı ifa etmeye girişmiş olması durumunda bu özen eksikliğinin sonuçlarını tek başına üstlenmelidir. İş sahibinin, yüklenicinin yetersiz olmasından dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir.[247]

Eğer iş sahibi, inşaatın ifasını sözleşmenin akdedilmesi sırasında yetersizliği bilinen bir yükleniciye vermişse, ayıbın meydana gelmesinden kaçınma konusunda ondan beklenen özeni yerine getirmiş olduğunu ispat edemez.[248] Böyle durumlarda iş sahibi yüklenicinin yetersiz olmasına bağlı meydana gelen ayıplara bağlı sonuçlara kısmen de olsa katlanmaktadır. İş sahibinin işin ifası için görevlendirdiği yüklenicinin yetersiz olduğunu bilmediği ama kendisinin özen göstermesi gerektiği ispat edilirse yetersizliği bilmesi gerektiği durumlarda da sonuç aynı olmaktadır.[249]

Yüklenicinin ayıpsız olarak inşaatı meydana getirme borcunu ifa etmede yeterli olup olmadığı işin ifası için görevlendirdiği muhtemel alt yüklenicilere de bağlı olmaktadır. Yeterli olup olunmadığı sorunu iş sahibinin bakış açısından sözleşmenin akdedilmesi anında kendisinin belirlediği veya yüklenicinin görevlendirmeyi düşündüğü alt yükleniciler hesaba katılarak çözümlenmektedir.[250]

İş sahibi, kural olarak yüklenicinin çalışmasını şahsen veya uzman bir üçüncü kişi aracılığıyla etkili bir şekilde denetleyerek ayıbın meydana gelmesini engelleyebilecekken bunu yapmaması halinde de ayıbın ona isnat edilebilmesi mümkün değildir. Gerçekten iş sahibinin kanunen yükleniciyi denetlemek veya denetlettirmek hususunda hiçbir yükümlülüğü veya ödevi bulunmamaktadır.[251] Aksine

---

kemece; davacının dava dilekçesindeki talebi de dikkate alınarak, bilirkişi kurulundan alınacak ek raporla gizli ayıplı olan ve denizin altına döşenen kablolardaki ayıbın eserin reddini gerektirip gerektirmediği, başka bir anlatımla ayıbın kabule icbar edilemeyecek derecede olup olmadığı, bedel indirimini gerektirip gerektirmediği ya da onarımının mümkün olup olmadığı ve bunların miktarları konusunda bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak oluşacak sonuç doğrultusunda karar verilmesi gerekirken davanın tümden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekmiştir...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

247 **GAUCH/CARRON**, N. 2053.

248 ATF 124 III 164.

249 **GAUCH/CARRON**, N. 2054.

250 **GAUCH/CARRON**, N. 2055.

251 ATF 125 III 225; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 3.

yüklenicinin inşaatı ayıpsız ifa etmesine kadar denetlemeksizin bekleyebilir. İş sahibi, yükleniciyi denetlemeyi ihmal ederse bundan dolayı ayıbın meydana gelmesinin kendine yüklenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte eğer iş sahibi ya da yardımcılarından biri ayıba ilişkin riski gerçekten tespit etmiş ama hiçbir itiraz ileri sürmeden yükleniciyi hareket etmek hususunda serbest bırakmışlarsa, yüklenicinin riski kendisinin bilmediği ölçüde en azından ayıp kısmen de olsa iş sahibine isnat edilebilmelidir.[252]

Yüklenicinin, ifaya ilişkin veya diğer planlarının veya onun tarafından önerilen bir alt yüklenicinin iş sahibi tarafından çekince koyularak dahi onaylanması ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasına neden olan ne bir ifaya ilişkin talimat ne de bir başka durum olarak kabul edilemez. Proje veya ifa değişikliğinin iş sahibi tarafından ifa olarak kabul edilmesi durumunda da aynı sonuç olmaktadır. Buna karşılık iş sahibi veya yardımcısı ayıba ilişkin riski bildiği halde çekince koymaksızın onay vermişse veya çekince ileri sürmeksizin ifa değişikliğini kabul etmişse, hiç değilse ayıbın bir kısmı yüklenicinin riski kendisinin bilmediği ölçüde iş sahibine isnat edilebilmelidir.[253] Bununla birlikte iş sahibi, sözleşmeye göre yükümlü olmadıkça yüklenicinin planlarının, önerilen alt yüklenicinin veya sunulan ifa değişikliğinin ayıpsız bir inşaatın ifası için elverişli olup olmadığını denetlemekle yükümlü değildir.[254]

Ayıbın kısmen iş sahibine isnat edilmesi durumunda TBK m.476 hükmü uygulanmamaktadır.[255] Ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan tamamen kurtaran bu düzenleme, hesaba katılmayan yüklenici lehinde düzenleme yapmaktadır. Buna karşılık inşaatta ayıbın meydana gelmesinde iş sahibine kısmen bir sorumluluk yüklenmesinin yükleniciyi kısmen sorumluluktan kurtarabileceği yönündeki ilke uygulanmaktadır.[256] Böylelikle yüklenicinin ayıptan dolayı uğranılan zararı tazmin yükümlülüğü söz konusu olduğu durumda, menfaat dengesi sağlanmış olacaktır. Hâkim, yüklenicinin yükümlü olduğu tazminatı TBK m.52/f.1'e göre indirebilecektir.[257]

---

252 **GAUCH/CARRON**, N. 2057.

253 **GAUCH/CARRON**, N. 2060.

254 **GAUCH/CARRON**, N. 2060.

255 **BSK OR I-ZINDEL/PULVER/SCHOTT**, Art.369 N. 26; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 23; **ŞAHİNİZ**, s. 135; **UÇAR**, s. 237; **ÖZ**, s. 198; **LENZLINGER GADIENT**, s. 109; **ÖZDEMİR**, s. 1151; **ACUN**, s. 45.

256 ATF 116 II 458; ATF 116 II 311.

257 **ŞAHİNİZ**, s. 135; **EREN**, s. 648; **UÇAR**, s. 237; **KOLLER**, Nachbesserung, N. 58; **CARRON**, s. 137; **ACUN**, s. 45.

Bedelden indirim bakımından Federal mahkeme satım hukukuna ilişkin bir kararında,[258] ayıbın kısmen isnat edilmesinin TBK m.52/f.1'deki ilkeye tabi olmadığını belirtmiştir. Bedelden indirim hakkına sahip olanın ayıptan kısmen sorumlu olmasına rağmen, sözleşmenin karşı tarafının tam bir indirime katlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu kararın tatmin edici olmadığı belirtilmektedir.[259] Şüphesiz, TBK m.52/f.I hükmü doğrudan bedel indirimine uygulanmamaktadır, zira bedelden indirim bir tazminat değildir. Bununla birlikte bu hükmün doğrudan değilse de kıyasen uygulanması gerekmektedir. Ayıbın iş sahibine isnat edildiği durumda, hâkim, bedelin tamamen indirilmesine değil de indirim tutarının az tutulmasına hükmedebilir.[260] *Gauch*, bu hakkaniyetli çözüm bakımından iki hususun söylenebileceğini belirtmektedir. İlk olarak neden İBK m.369/TBK m.476'daki ayıbın iş sahibine isnat edilmesi ayıptan tamamen kurtulmaya götürürken ayıbın kısmen isnat edilmesinin indirimin kapsamı hususunda hiçbir etkiye sahip olmadığı sorusunun sorulması gerekmektedir. Dahası İBK m.44/f.1/TBK m.52/f.1, dürüstlük kuralının bir uygulaması niteliğinde olup bedelden indirim hakkı bakımından da geçerliyken tam tersine kendi tazmin etmek zorundayken bir başkasının zarara katlanmasını istemenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir.[261] Bu görüşe, iş sahibinin bedelden indirim hakkı bakımından yüklenicinin hiçbir kusurunun aranmadığı gerekçesiyle karşı çıkılması mümkün değildir.[262]

Bedelden indirim hakkı bakımından yapılan tespitler, ayıbın giderilmesi hakkı bakımından da geçerlidir. Eğer iş sahibi, kısmen kendisine isnat edilebilen bir ayıp yüzünden ayıbın giderilmesi hakkını kullanıyorsa, hâkim TBK m.52/f.I'i kıyasen uygulayarak yüklenici ayıbın giderilmesi masraflarının bir kısmından muaf tutabilir.[263]

Sözleşmeden dönme hakkı bakımından, ayıbın iş sahibine isnat edilmesi iş sahibinin belirli bir ayıptan etkilenmiş inşaatı hakkaniyete gereği kabule zorlanıp zorlanamayacağının bilinmesinde belirli bir rol oynayabilir. Ayıbın iş sahibine kısmen isnat edildiği bir durum, sözleşmeden dönme hakkının aley-

---

258 ATF 85 II 193.

259 **GAUCH/CARRON**, N. 2062.

260 **KOLLER**, Nachbesserung, N. 56; **ŞAHİNİZ**, s. 136.

261 **GAUCH/CARRON**, N. 2063.

262 **GAUCH/CARRON**, N. 2064.

263 **GAUCH/CARRON**, N. 2065; **ŞENOCAK**, s. 146; **KOCAAĞA**, s. 150; **BUHLER**, Art.369 N. 60; **ACUN**, s. 45.

hinde konuşulması bakımından bir gerekçe teşkil edebilir.[264] Ama sözleşmeden dönülmüşse, ayıbın kısmen iş sahibine isnat edilmesi, yüklenicinin ücretinin bir kısmını muhafaza edici bir etkiye sahip olabilir.[265]

Somut olayda, ayıbın kısmen iş sahibine isnat edilmesi kabul edilmişse, bu isnadın yüklenici açısından ne ölçüde sorumluluktan kurtaracağının belirlenmesi kalmaktadır. İndirimin ölçüsü, hâkim tarafından takdir yetkisine dayalı olarak belirlenecektir.[266] Bu değerlendirme hükmü, hiçbir katı kuralla belirlenmemiştir, çünkü herşey ayıbın meydana gelmesinde bulunulan katkının ağırlığına bağlıdır. Bununla birlikte TBK m.52/f.1 hükmü ile ilişkili geliştirilmiş ilkeler, tazminatın indirimi veya bedelde indirim, ayıbın giderilmesi masraflarından kısmen sorumluluk ya da sözleşmeden dönme halinde yükleniciye kalacak ücretin hesaplanması söz konusu olduğunda kıyasen uygulanabilir niteliktedir.[267]

SONUÇ

TBK m.476'ya göre ayıbın iş sahibinden kaynaklanması, ayıba iş sahibinin tek başına neden olması durumunda söz konusu olmaktadır. TBK m.476'da söz konusu olan iş sahibinin kusuru değildir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, inşaattaki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın iş sahibinin bir davranışıyla uygun illiyet bağı içerisinde meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte bunun bilimsel anlamda bir illiyet bağı olarak anlaşılmaması gerekir. Ayıbın iş sahibinin sorumluluk ya da riziko alanına ilişkin bir nedenle meydana gelmiş olması mümkündür.

İnşaattaki ayıba iş sahibinin neden olması, iş sahibinin ifa yardımcısı olan kişilerin özellikle ifa yardımcısı olarak görevlendirilen mimar ve mühendislerin davranışlarından da kaynaklanabilir.

İş sahibinin yükleniciye verdiği talimatın inşaatta bir ayıba yol açması halinde ayıbın iş sahibinin faaliyet alanından kaynaklandığı kabul edilmektedir. İnşaattaki ayıp, iş sahibinin verdiği malzemeden dolayı oluşmuşsa, ayıplardan dolayı sorumluluk iş sahibine aittir, ancak yüklenicinin de TBK m.472/f.3'e göre malzemeyi kontrol etmesi, bu konuda iş sahibini uyarması gerekmektedir.

---

264 **ŞENOCAK**, s. 146.

265 **GAUCH/CARRON**, N. 2067; **CR CO I-CHAIX**, Art.369 N. 24; **BUHLER**, Art.369 N. 60; **ŞAHİNİZ**, s. 136; **KOCAAĞA**, s. 150.

266 ATF 116 II 458; **ŞENOCAK**, s. 146; **ŞAHİNİZ**, s. 136; **KOCAAĞA**, s. 150; **ACUN**, s. 45.

267 **GAUCH/CARRON**, N. 2068.

İş sahibi tarafından gösterilen yerin ayıplı olmasına bağlı olarak inşatta ayıbın meydana gelmesi durumunda da ayıp iş sahibinden kaynaklanmaktadır. Tarafların arazinin yüklenici tarafından kontrol edileceğine ilişkin bir anlaşma yapmadıkları durumlarda, iş sahibinin gerekli özeni göstererek, talep edilen yapının yapılmasıyla ilgili kendi sorumluluk alanındaki asgari şartların var olup olmadığını önceden incelemesi gerekecek ve bu inceleme sonucunda ortaya çıkacak olumsuz sonuçları yükleniciye bildirecektir. Buna karşılık inşaatın yapılacağı yerin iş sahibi tarafından gösterildiği durumda yüklenicinin bildirim yükümlülüğü altında bulunduğu ve kendisinden beklenebilecek şekilde gözden geçirme yükümlülüğünü yine yerine getirmiş olması gerekeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Yüklenicinin iş sahibinin gösterdiği yerin ayıplı olmasını farketmesi gerektiği bu durumda TBK m.476'a dayalı olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulması söz konusu olmaz.

İş sahibinin hazırladığı veya hazırlattığı plan ve projelerde hata bulunması veya iş sahibinin vermiş olduğu bilgilerden dolayı hatalı projenin yapılmış olması hallerinin ayıplı inşaata yol açtığı hallerde de ayıp, iş sahibinin faaliyet alanından kaynaklanmış olmaktadır.

İş sahibi tarafından verilen bağlayıcı nitelikte bir talimat sonucunda yüklenici tarafından sağlanan malzemeler de iş sahibi tarafından sağlanmış sayılacak ve bu malzemelerin ayıplı olmasının sonuçlarına iş sahibi katlanacaktır.

İnşaatın iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle ayıplı olması durumunda yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi, ancak bu durumu özen yükümlülüğünün gereği olarak iş sahibine bildirmesi halinde mümkün olabilecektir. Yüklenicinin yaptığı bildirimin iş sahibi tarafından verilen talimatta ısrar edilmesi durumunda onun sorumluluğu kabul etmeyeceğini göstermesi gerekip gerekmediği bakımından iş sahibine bildirimde bulunan yüklenicinin böyle bir açıklamada bulunmasına ihtiyacı olmadığı sonucu çıkarılmalıdır. Yüklenicinin iş sahibini uyarması durumunda, dürüstlük kuralına göre uygun bir süre beklemesi gerekmektedir. İş sahibinin zaten uzman olduğu ya da uzman bir ekibinin bulunması ve talimatlarını mesleki kurallara uygun olarak vermeleri halinde yüklenicinin bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır.

TBK m.476 anlamında inşaattaki ayıbın iş sahibine yüklenebildiği hallerde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kendiliğinden sona erer. İnşaat, yüklenici tarafından sözleşmeye uygun olarak ifa edilmiş olarak değerlendirilecek ve iş sahibi ayıplı olmasına rağmen bedeli ödemek zorunda kalacaktır. Eserdeki ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı hususunda ispat yükü, yükleniciye düşmektedir. Ayıbın kısmen iş sahibine isnat edilmesi durumunda TBK m.476 hükmü uygulanmamaktadır.

KAYNAKÇA

ACUN Hüseyin, **Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması**, Ankara, 2018.

ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2018.

ARPACI Özge, **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Ankara, 2019.

BUHLER Theodor, **Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Bd. V/2d, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR**, Zürich, 1998.

BURCUOĞLU Haluk, "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakları Kullanabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1990, s. 283-332.

BÜYÜKAY Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2019.

CANBOLAT Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009.

CARRON Blaise, "Les devoirs d'avis de l'entrepreneur, de l'architecte et de l'ingénieur", **Journées suisses du droit de la construction 2019**, s. 118-146.

CHAIX François, "La violation par l'entrepreneur de ses devoirs d'information vis-à-vis du maitre de l'ouvrage", **La semaine judiciaire-doctrine**, s. 117-140.

CHAIX François, **Du contrat d'entreprise, Commentaire Rommand Code des obligations I Art.1-529 CO Commentaire** (Thévenoz-Werro Editeurs), 2. édition, Bâle, 2013.

EREN Fikret, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara, 18-29 Mart 1996)**, 3. Tıpkı Basım, Ankara, 2010 (İnşaat).

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2019.

ERMAN, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul, 2010.

GAUCH Peter, **Der Werkvertrag**, 6. Auflage, Zürich Basel Genf, 2019.

GAUCH PETER/Carron Benoit, **Le contrat d'entreprise**, Zurich, 1999.

GAUTSCHI Georg, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragverhältnisse 3. Teilband Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR**, Zweite Auflage, Bern, 1967.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2**, İstanbul, 2010.

GÜNDOĞDU Fatih, **Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İşi Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m.473/f.2)**, İstanbul, 2019.

HENNINGER Anton, "Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers", **Schweizerische Baurechtstatung 2009 ... für alle, die bauen**, 2008, s. 83-101.

HURLIMANN, R./SIEGENTHALER, T, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht VertragsverhältnisseTeil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft** (Herausgeber: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2012.

KAPLAN İbrahim, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, 2019.

KOCAAĞA Köksal, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 2014.

KOLLER Alfred, **Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VI. 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhaltnisse 3. Teilband, 1. Unterteilband Der Werkvertrag Art.363-366 OR**, Bern, 1998.

KOLLER Alfred, **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 1995 (Nachbesserungsrecht).

KOLLER Alfred, **Schweizerisches Werkvertragsrechts**, Zürich/St. Gallen, 2015 (Werkvertragsrecht).

KURŞAT Zekeriya, **İnşaat Sözleşmesi,** İstanbul, 2017.

LENZLINGER GADIENT Annette, **Mängel-und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag Ein Vergleich zwischen dem Schweizerischen Obligtaionenrecht und der Norm 118 (1977/1991) des Schweizerischen Ingenieur-und Architektenvereins**, Zürich, 1994.

OSER Hugo/SCHONENBERGER Wilhelm, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Das Obligationenrect, 2. Teil**, 2. Auflage, Zurich, 1936.

ÖZ Maya Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2016 (İnşaat Sözleşmesi).

ÖZ Maya Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinde Dönmesi**, İstanbul, 1989 (Dönme).

ÖZDEMİR Hayrunnisa, "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı Mal Tesliminden Dolayı Sorumluluğu", **Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, II. Cilt**, Ankara, 2017, s. 1123-1200.

SEÇER Öz, "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu", **Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı**, Cilt. II, S. 145-148, Eylül-Ekim 2016, s. 727-754.

SEÇER, Öz, **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m.484**), Ankara, 2020.

SELİÇİ Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978.

ŞAHİNİZ Cevdet Salih, **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**, İstanbul, 2014.

ŞENOCAK Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul, 2010.

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, **Les contrats spéciaux**, Geneve-Zurich-Bale, 2016.

TRACHSEL Heribert, **Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln**, Bern-Stuttgart-Wien, 2000.

UÇAR Ayhan, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara, 2003.

WELSER Irene, "Die Allein-und Mitverantworthlichkeit des Bauherrn für Baumängel," Koller (Ed.): **Haftung für Werkmängel**, 1998, s. 49-75.

YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Bası, İstanbul, 2014.

YENER Mehmet Deniz, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1, 2009, s. 155-176.

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Kadir Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Bası, Ankara, 2019.

ZINDEL Gaudenz/PULVER Urs/SCHOTT Bertrand, **Der Werkvertrag, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR** (Honsell-Vogt-Wiegand (Hrsg.)), 6. Auflage, Basel, 2015.

ICSID KURALLARININ GELİŞİMİ VE ÖNERİLEN KAPSAMLI SON DEĞİŞİKLİKLER(*)

Doç. Dr. İlhan YILMAZ(**)

Öz: Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusundaki gelişmelere paralel olarak, Merkez tarafından idare edilen ICSID Konvansiyonu kapsamındaki ICSID tahkimi, Konvansiyon dışı tahkim ve diğer uyuşmazlık çözümleri için mevcut kuralların değişimi de bir gereksinim olarak ortaya çıkmıştır. Konvansiyona göre oluşturulmuş olan Merkez, kapsamlı danışma turlarından sonra, bu yöndeki çalışmalarını 28 Şubat 2020 tarihi ile son taslak haline getirmiş ve Konvansiyona üye devletler ve diğer ilgili çevrelerin görüşüne sunmuştur. Bundan sonraki süreçte Merkezin kuralların kabulünde yetkili organı olan İdari Konsey, söz konusu kuralları belki bazı küçük değişikliklerle de olsa kabul ederek en kısa sürede yürürlüğe koyacaktır. Bu yazıda, önerilen yeni kurallar önceki taslakları ve mevcut kurallar ile birlikte karşılaştırmalı olarak değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: ICSID Konvansiyonu, Yeni ICSID Kuralları, ICSID Tahkim Kuralları, ICSID EK İmkân Kuralları, ICSID Arabuluculuk Kuralları.

THE DEVELOPMENT OF THE ICSID RULES AND THE LATEST PROPOSED COMPREHENSIVE AMENDMENTS

Abstract: In line with the developments in international investment dispute resolution, the amendment of existing rules for the ICSID Convention arbitration, non-Convention arbitration and other dispute resolution methods administered by the Centre has emerged as a need. The Centre, which was established according to the Convention, finalised its work in this direction on 28 February 2020, after comprehensive consultation rounds and presented it to the opinion of the member states and other relevant circles. In the next process, the Administrative Council, which is the competent body in the adoption of the rules of the Centre, shall adopt the said rules with probably some minor changes, and put them into effect at the earliest. In this article, the proposed new rules are evaluated comparatively with the previous drafts and existing rules.

Keywords: ICSID Convention, New ICSID Rules, ICSID Arbitration Rules, ICSID Additional Facility Rules, ICSID Mediation Rules.

(*) Makale Gönderim Tarihi: 12.04.2020. Makale Kabul Tarihi: 13.05.2020.

(**) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (ORCID No: 0000-0001-9001-4825; *iyilmaz@gsu.edu.tr*).

GİRİŞ

ICSID, İngilizce *International Centre for Settlement of Investment Disputes* kelimelerinin kısaltması olup, Türkçe karşılığı "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez"dir. Bir yatırım uyuşmazlık çözümü merkezi olarak 1965 tarihli Washington Konvansiyonu ile kurulmuştur. Sözleşme orijinal adıyla "*the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*" olup, Türkiye tarafından da "Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü" adıyla imzalanıp 1989 senesinde yürürlüğe girmiştir.[1] Konvansiyon söz konusu uyuşmazlık çözüm merkezinin kuruluşu ve işleyişini düzenlemesi nedeniyle de ICSID Konvansiyonu ya da ICSID Sözleşmesi olarak da anılmaktadır.

Konvansiyonun Dünya Bankasının (*World Bank*)[2] İcra Direktörleri kurulunca hazırlanmasına ön ayak olunmuş, tüm kıtalarda süren toplantı ve çalışmalar sonucu 18 Mart 1965 tarihinde çok taraflı (*multilateral*) bir sözleşme olarak Dünya Bankasına üye ülkeler için imzaya açılmıştır. Dünya Bankasına üye olmayan ülkeler de Uluslararası Adalet Divanının Statüsüne taraf iseler yine de Konvansiyona taraf olabilirler. Konvansiyon, hükümlerine göre 20 üye ülkenin onaylaması sonucu 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[3] Konvansiyon 163 ülke tarafından imzalanmış olup, 154 ülke tarafından onaylanmıştır.[4]

Konvansiyon bağımsız, apolitik ve etkili bir uyuşmazlık çözüm kurumu olarak ICSID ya da Merkez (*the Centre*)i ihdas ederek, uluslararası yatırımların gelişmesine katkı sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Bunu yaparken de ana hareket noktası, yabancı/uluslararası yatırımcılarla bu yatırımların yapıldığı ülkeler arasında doğabilecek yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde tarafsız, bağımsız ve güven duyabilecekleri bir uyuşmazlık çözüm merkezinin gerekliliğidir.

---

1 Türkiye Konvansiyonu 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamış, onay belgesini 3 Mart 1989'da sunmuş ve Türkiye bakımından Konvansiyon 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonun Türkçe metni için bakınız RG. 06.11.1988 - 20011.

2 https://www.worldbank.org Erişim Tarihi: 08.04.2020.

3 Konvansiyonun 67. Maddesine göre, Dünya Bankasına üye olmayan ülkelerin taraf olabilmesi için Konvansiyon kapsamında oluşturulan Merkez İdari Konseyinin 2/3 çoğunluk kararıyla imza için davet edilmiş olması gereklidir. YILMAZ İlhan, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, İstanbul 2004, s. 34 vd.

4 Liste için bakınız https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Merkezin Konvansiyona göre sunmakta olduğu uyuşmazlık çözüm usulleri uzlaştırma (*conciliation*) ve tahkim (*arbitration*)dir.[5] Merkezin uzlaştırma ve tahkim konusundaki yetkisi kurumsal bir tahkim ya da uyuşmazlık çözüm merkezi gibi fonksiyon ifa etmekle beraber, bu yetki Konvansiyonda özel kriterlere ya da şartlara bağlanmıştır. Özetle, Merkezin Konvansiyon kapsamında sunmuş olduğu uzlaştırma ve tahkim usulleri yalnızca, Konvansiyon tarafı bir devlet ile Konvansiyona taraf diğer devlet vatandaşı (gerçek kişi ya da tüzel kişi) arasında yatırımlardan doğrudan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar içindir.[6] Yine kısaca belirtmekte fayda vardır ki, ICSID tahkimi olarak adlandırılan Konvansiyon kapsamındaki tahkim diğer uluslararası tahkimlerden farklı olarak, özellikle verilen hakem kararlarının (*award*)[7] Konvansiyon tarafı devletlerde o devlet mahkemelerinden verilmiş mahkeme kararları gibi icra edilebilecek olması ve ilaveten bir tenfiz prosedürüne tabi olmaması yönüyle ayrılmaktadır.[8] Bu da aslında, Merkezin uzmanlaşmış, tarafsız, bağımsız ve güvenli bir uyuşmazlık çözümü sunması yanında, diğer uyuşmazlık çözüm merkezlerine ya da usullerine göre tercih edilmesinin asıl değilse bile en önemli sebebidir.

Konvansiyon aynı zamanda Merkezin organizasyonu ve işleyişi ile ilgili hükümler de içermektedir. Merkezin hukuki adresi Dünya Bankasının Washington'daki yerleşkesindedir.[9] Merkezin bir İdari Konseyi (*the Administrative Council*) ve başında bir Genel Sekreter bulunan Sekreteryası (*the Secretariat*) vardır. Merkezde ayrıca, bir Uzlaştırıcılar (*the Panel of Conciliators*) ve bir de Hakemler Kurulu (*the Panel of Arbitrators*) bulunmaktadır. İdari Konsey, Konvansiyon tarafı olan her ülkeden bir temsilciden oluşmaktadır. Merkezin idari organı İdari Konsey olup, Konvansiyonun hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli yönergeleri ve kuralları kabul etme yetkisi ile donatılmıştır. İdari Konseyin bu yetkisi Konvansiyon hükümlerinin uygulanma-

---

5 Konvansiyona göre uzlaştırma usulünde uzlaştırıcılar çözüm "tavsiye" (*recommendation*) edebilirken, tahkim usulünde ise hakemler uyuşmazlığı nihai olarak çözüme kavuşturan bağlayıcı bir "karar" (*award*) vereceklerdir. Sırasıyla madde 28 vd. ve madde 36 vd.

6 Konvansiyon kapsamında merkezin yetkisi için bakınız madde 25. Bu konuda geniş bilgi için **YILMAZ**, s. 45 vd.

7 Kararların paraya dair (*pecuniary*) hükümleri (Konvansiyon madde 54/1) -ki bu zamana kadar açılan davalarda hep bir para talebi olmuştur- bu niteliği haizdir.

8 Bakınız madde 54.

9 Ancak bu husus, İdari Konsey tarafından 2/3 çoğunluk ile değiştirilebilir. Konvansiyon madde 2.

sı ile sınırlandırılmıştır. Konvansiyon hükümlerinin değişmesi ise, Konvansiyonun 66/1. maddesine göre ancak tüm taraf devletlerce onaylanması şartıyla mümkün olabilmektedir.

Konvansiyonun 6. maddesine göre İdari Konsey, Merkezin uzlaştırma ve tahkim usullerini yürütmek için gerekli hükümleri içeren İdari ve Finansal Yönergeleri (*ICSID Administrative and Financial Regulations*), uzlaştırma ve tahkim usullerini başlatabilmek için uyulması gerekli Başlangıç Kurallarını (*ICSID Institution Rules*), gerek taraflar gerek hakemler ve gerekse yargılamanın tümünü yöneten tahkim prosedürüne ilişkin tahkim Kurallarını (*ICSID Arbitration Rules*) ve aynı şekilde Uzlaştırma Kurallarını (*ICSID Conciliation Rules*) kabul etmiştir.[10]

Sayılan bu ana kurallara ilaveten İdari Konsey, yine Merkezin faaliyet alanında olmak üzere, Konvansiyon hükümleri kapsamında olmayan ama yine devletlerle diğer devletlerin vatandaşları arasındaki belli kategori uyuşmazlık çözümüne yönelik usulleri kapsayan Ek İmkân Kuralları (*the Additional Facility Rules*) olarak adlandırılan kuralları 1978 senesinde kabul etmiştir.[11] Ek İmkân Kuralları kapsamında Merkezin görevinde olan konuları belirtmeden önce ifade edilmelidir ki, Ek İmkân Kuralları kapsamındaki usuller de prensip olarak yatırımın yapıldığı bir devlet ile diğer bir devlet vatandaşı arasındaki çözüm usulleridir. Bu kapsamdaki ilave usuller şunlardır:

i. Uyuşmazlık tarafı devlet ya da uyuşmazlık tarafı yatırımcının vatandaşı olduğu devletlerden birinin Konvansiyona taraf olmaması nedeniyle

---

[10] Konvansiyon metni ve sözü edilen kuralların İngilizce orijinal metinleri için bakınız http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm Erişim Tarihi: 08.04.2020. Aynı şekilde Konvansiyon hükümleri hakkında yorum ve açıklamalar içeren İcra Direktörleri Raporu (*The Report of the Executive Difrectors*) da bu notta zikredilen bağlantıda bulunabilir. İdari Konsey sözü edilen kuralların geçici versiyonlarını Şubat 1967'de yapılan açılış toplantısında kabul etmiştir. Geçici kuralların 1967 sonuna kadar yürürlükte kalacağı kararlaştırılmıştır. İdari Konseyin ilgili kararına göre, kalıcı kuralları hazırlama görevi Sekreteryaya verilmiştir. İdari Konseyin aynı yıl sonuna doğru yapılan ilk yıllık toplantısında kabul edilen kalıcı kurallar 1968 başından itibaren yürürlüğe girmiştir. Bakınız PARRA Antonio R., "The Development of the Regulations of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, Volume 22, Issue 1, Spring 2007, s. 57-58.

[11] Konvansiyonun orijinal dillerinden İngilizce versiyonunda "Ek İmkân" olarak Türkçeye çevirebileceğimiz ifade, diğer orijinal dili olan Fransızcada "Ek Mekanizma"(*Méchanisme Supplémentaire*) olarak adlandırılabilecektir. https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Konvansiyon kapsamında Merkez yetkisinde olmayan ve ancak yine bir "yatırım" ile "doğrudan" ilgili "hukuki uyuşmazlıklar"ın uzlaştırma ya da tahkim yoluyla çözümü;

ii. Uyuşmazlık tarafı devlet ya da uyuşmazlık tarafı yatırımcının vatandaşı olduğu devletlerden birinin Konvansiyona taraf bir devlet olması kaydıyla, uyuşmazlığın "doğrudan" bir yatırımdan doğmaması nedeniyle Konvansiyon kapsamında Merkezin yetkisine girmeyen "hukuki uyuşmazlıklar"ın[12] uzlaştırma ya da tahkim yoluyla çözümü;

ve son olarak

iii. Bir devlet ile diğer bir devletin vatandaşı arasındaki vakıa tespiti (*fact-finding*).[13]

Ek İmkân Kuralları kapsamındaki tahkim, uzlaştırma ve vakıa tespitleri bu Kuralların ekleri olarak kabul edilmiş olan Tahkim (Ek İmkân) Kurallarına (*Arbitration (Additional Facility) Rules*), Uzlaştırma (Ek İmkân) Kurallarına (*Conciliation (Additional Facility) Rules*) ve Vakıa Tespiti (Ek İmkân) Kurallarına (*Fact-Finding (Additional Facility) Rules*) göre icra edileceklerdir.[14]

Yukarıda sözü edilen ICSID Kuralları[15] zaman içinde belli gereksinimler nedeniyle değişikliklere uğramıştır. Bu yazımızın ana konusu olan ve bugüne kadar yapılmış değişiklikler dikkate alındığında önerilen en kapsamlı değişikliklere geçmeden önce, ilk bölümde kurallardaki mevcut değişikleri inceleyeceğiz. Bir sonraki bölümde ise, 28 Şubat 2020 tarihi itibariyle en son aşamasına yani taraf devletlerin/İdari Konseyin öneri ya da kararına sunulacak son değişiklik önerilerini inceleceğiz.

---

12 Her iki alt i- ve ii'de de uyuşmazlığın ticari bir ilişkiden kaynaklanmamış olması gereklidir.

13 Ek İmkân Kurallarının 3. maddesine göre, bahsedilen her üç usul de Merkezin Konvansiyon kapsamındaki yetkisinin (Konvansiyon madde 25) dışında olması sebebiyle, bu usullere ve bu usuller kapsamında verilecek uzlaştırmadaki tavsiyelere (*recommendation*), tahkimdeki kararlara (*award*) ve vakıa tesbitindeki raporlara (*reports*) Konvansiyon uygulanmayacaktır.

14 http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/facility/facility-en.htm Erişim Tarihi: 08.04.2020.

15 Bu çalışmamızda ICSID Kuralları derken yukarıda adı geçen gerek Konvansiyon kapsamında gerek Konvansiyon kapsamı dışında söz konusu olan uyuşmazlık çözümü usulleri için kabul edilmiş olan tüm kurallara genel bir ifade ile atıf yaptığımızı belirtmek gerekir.

I. MEVCUT DEĞİŞİKLİKLER

1. 1984 Öncesi

Bu zaman sürecindeki değişiklikler özellikle "İdari ve Finansal Yönergeler "de olmuştur. 1988 yılına kadar olan dönemde İdari Konseyin toplantısı Dünya Bankası direktörlerinin toplantısı ile aynı zamanda gerçekleştirilmekteydi. Konvansiyonun 5. maddesine göre, İdari Konseyin yıllık toplantılarına Dünya Bankasının başkanı başkanlık etmekteydi. Bu ise pratik olarak mümkün olamamaktaydı. Bu nedenle 1970 yılında yapılan değişiklikle Dünya Bankasının başkanının İdari Konseye de başkanlık etmesi yerine, geçici başkanlık sistemi getirildi. Yönergenin değişen 4. maddesine göre, Dünya Bankası Başkanı İdari Konseyin toplantısına başkanlık edemezse İdari Konseyin üyelerinden biri geçici başkan olarak toplantıya başkanlık yapabilecektir.[16]

Diğer bir değişiklik, yukarda da belirttiğimiz üzere Konvansiyon Merkez bünyesinde uzlaştırıcı ve hakem panelleri öngörmektedir. Söz konusu panellerin oluşumunu takip eden yıllarda 1973 yılında İdari Konsey kurallarda yaptığı bir değişiklikle, Merkezin üye ülkeler nezdinde atanan kişilerin göreve devam edip etmeme konusundaki niyetlerini kontrol görevini iptal etmiştir. İptalin nedeni bu şekilde yapılan kontroller sırasında üye ülkelerin atamalarını zamanından öne çekmesi olmuştur. Bu dönemdeki son değişiklik ise, uzlaştırıcıların ve hakemlerin ücretler konusunda olmuştur. Yine İdari ve Finansal Yönergede 1975 senesinde yapılan değişiklikle uzlaştırıcı ve hakemlerin çalıştıkları her gün için ödenen ücretleri arttırılarak Dünya Bankası İcra Direktörlerine ödenen ücretlere ilişkilendirilmiş ve bu konuda karar verme yetkisi ise Genel Sekretere bırakılmıştır.[17]

2. 1984 Değişiklikleri

1978 yılında Ek İmkân Kurallarının kabulü beş yıllık bir süre için geçici olarak yapılmıştır. Beş yıl sonra yani 1983 yılındaki yıllık İdari Konsey toplantısında kuralların kesin olarak devamı yeniden değerlendirilecekti. 1983 yılına gelindiğinde ise bu karar 1984 yılı toplantısına ertelenmişti. Nihayet, İdari Konseyin 1984 yılı toplantısında bu kuralların o yıllarda yapılmakta olan iki taraflı yatırım anlaşmalarına uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak dahil

---

[16] Geçici başkanın hangi taraf ülkenin temsilcisi olacağına dair bakınız İdari ve Finansal Yönergeler madde 4/2.

[17] **PARRA**, 2007, s. 58-59.

edilmesi de dikkate alınarak Ek İmkân yönteminin kalıcı olarak faaliyet göstermesine karar verilmiştir.[18]

1984 değişiklikleri ile ilk olarak İdari ve Finansal Yönergeler dışındaki kurallarda da değişikliğe gidilmiştir. ICSID Tahkim Kuralları (Tahkim Kuralları) na[19] getirilen önemli değişikliklerden biri kuralların 21. maddesinde olmuştur. Buna göre, duruşma öncesi konferans getirilmiştir. Bu kapsamda, vakıaların tespiti prosedürü hızlandırılmış ve ayrıca tahkim yargılaması tam olarak başlamadan tarafların sulhen anlaşmasının da önü açılmıştır. Bu süreçte şayet taraflar bir sulh anlaşması yaparlarsa bu anlaşma aynı kuralların 43. maddesine göre taraflar arasında bağlayıcı bir karar (*award*) olarak kaydedilecektir.

Bu değişiklikler paketinde en önemli değişiklik koruma tedbirlerine ilişkin kuralların 39. maddesinde yapılmıştır denilebilir. Koruyucu ya da ihtiyati tedbirler konusu Konvansiyonun 47. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece bu tür tedbirler sadece mevcut tahkim prosedürü kapsamında tavsiye kararı niteliğinde hakemlerce verilebilecektir. Aksine anlaşma yapılmamışsa hakem mahkemesinin buradaki yetkisi münhasır olmaktadır. Kuralların 39. maddesine eklenen 5. paragraf ile[20] hakemler dışında ulusal mahkemelerden nasıl ve hangi hallerde bu tedbirlerin istenebileceği hususuna açıklık getirilmiştir. Değişiklikle eklenen 5. paragrafa göre, şayet taraflar ulusal mahkemelerden de bu tür talep imkânlarını açık bırakmak istiyorlarsa, bu isteklerini ICSID yetkisine onay belgelerinde açıkça saklı tutmaları gerekmektedir. Böylece taraflar bu yönde bir anlaşma yapmışlarsa gerek ICSID prosedürünün başlamasından önce gerek sonrasında yargılama devam ederken ulusal mahkemelerden de koruyucu tedbirler talep edebileceklerdir.[21]

Diğer bir değişiklik ise, hakemlerce verilmiş kararların yayınlanmasına ilişkin Tahkim Kuralları 48. kuralın 4. paragrafında yapılmıştır. Bu değişiklikle, yine her ne kadar kararların tamamının yayınlanması tarafların iznine bı-

---

18 ICSID, "Continuation of the Additional Facility", **News from ICSID**, Vol. 2, No. 1, Winter 1985, s. 6-7.

19 Çalışmamızın devamında ICSID Tahkim Kurallarına "Tahkim Kuralları" olarak referans vereceğiz. Bu terimi sadece Konvansiyon kapsamındaki tahkim için kullanıyoruz. Ek İmkân Kurallarına göre tahkimi kapsamaz.

20 Mevcut kurallarda 2006 yılında yapılan değişiklik nedeniyle şu anda 6. paragraf.

21 BROWER Charles N / GOODMAN Ronald E M, "Provisional Measures and the Protection of ICSID Jurisdictional Exclusivity Against Municipal Proceedings, **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, Vol. 6, 1991/2, s. 431 vd.; ANTONIETTI Aurélia, "ICSID and Provisional Measure: An Overview", **News from ICSID**, Vol. 21, No. 2, 2004, s. 10 vd.

rakılmışsa da Merkez artık kendi inisiyatifinde kararlardan alıntılar (*excerpts*) yayınlayabilecektir.

Hakemlere ve uzlaştırıcılara ödenecek ücretlerle ilgili olarak İdari ve Finansal Yönergelerin 14. maddesinde de bir değişiklik yapılmıştır. Bu kapsamda, orijinal metinde fiks bir ücret olarak belirlenmiş tutarlar değişiklik ile İdari Konsey başkanının onayına tabi olarak Genel Sekreter tarafından zaman zaman tayin edilebilecektir. Benzer kapsamda Merkeze başvuru ücretleri de birleştirilmiş olup, yine bu tutarları tespit işi Genel Sekretere bırakılmıştır. Kararların iptali prosedürü (*annulment proceedings*) bakımından ise, iptal isteyen tarafından yapılacak ön ödemenin iptal komitesinin masraflar üzerindeki nihai kararına kadar yegane ödeme olacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda sıraladığımız değişikliklere ilaveten genel olarak kuralların basitleşmesine, onların kullanıcı dostu olmasına yönelik diğer başka değişiklikler de yapılmıştır. Tahkim Kuralları kural 49'da ek karar ve kararların düzeltilmesine ilişkin hükmün lisanının sadeleştirilmesi buna bir örnektir. Son olarak, Tahkim Kuralları 22'ye göre yargılama usulünde kullanılacak lisanlar, 6. kuralda hakemlerin taraflarla olan ilişkilerini beyan etme, 46. kuralda karar yazımı için öngörülen sürenin diğer münferit veya muhalefet görüşleri için de uygulanması, İdari ve Finansal Yönergeler hükmü (madde 25) uyarınca Genel Sekreterin tüm duruşmalarda hazır olması gerektiği hükmünün kaldırılması, Tahkim Kurallarına göre Genel Sekreterin tüm duruşma tutanaklarını detaylıca tutmasına ilişkin hükmün (madde 37) kaldırılması değişikliklerini de zikretmekte, konunun bütünlüğü bakımından, yarar vardır.[22]

3. 2003 Değişiklikleri

Bir önceki değişliklerin üstünden geçen yaklaşık 20 yıl içinde gerek Konvansiyon kapsamında gerek Ek İmkân Kuralları kapsamında ICSID sistemine başvurular hissedilir seviyede artmıştır. Uluslararası yatırım hukukunda ulusal ve bölgesel bazı sözleşmelerin -örneğin NAFTA, ECT[23]- de bu dönemde yapıl-

---

[22] Bakınız PARRA Anotonio R, "Revised Regulations and Rules", **News from ICSID**, Vol. 2, No. 1, Winter 1985, s. 4 vd.

[23] Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North American Free Trade Agreement*) (NAFTA) https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement Anlaşma 1994 yılında yürürlüğe girmiş ve bu süreçte birçok yatırımcı-devlet arasında yatırım uyuşmazlığının çözümüne temel olmuştur. Anlaşma tarafları ABD, Kanada ve Meksika özellikle ABD'nin önderliğinde NAFTA'nın yerine geçmek üzere USMCA (*United States Mexico Canada Agreement*) Birleşik Devletler Meksika Kanada Anlaşmasını 30 Kasım

dığı ve arttığı gözlemlenmiştir.[24] Hatta Merkezde daha önceki dönemde yıllık olarak kaydedilen dava sayıları artık aylık olarak kaydedilmeye başlanmıştır. Yine, önceleri Merkeze başvurunun ya da Merkez kapsamındaki uyuşmazlık çözümünün bir şartı olan onaya (*consent*) ilişkin düzenleme sadece tarafların yapmış olduğu yatırım sözleşmesi olarak karşımıza çıkarken, anlaşmazlık tarafı ev sahibi devletin ulusal yatırım mevzuatına dayanarak gerçekleşen onaydan kaynaklı ilk dava da 1984 yılındaki değişikliklerle aynı zamanda- Konseyin 1984 değişikliklerini onayladığı toplantıdan bir ay önce- kaydedilmiştir.[25] Bundan üç yıl sonra ise bu sefer Merkez, iki taraflı yatırım anlaşmasına dayanarak gerçekleşen onay kapsamındaki ilk davasını kaydetmiştir.[26] Bu anlamda, 2002 yılında İdari Konsey tarafından kabul edilerek 1 Ocak 2003 yılında yürürlüğe giren değişikliklerin gerçekleştiği an itibariyle, daha sonra davaların büyük çoğunluğunun kaynağı olacak imzalanmış iki taraflı yatırım anlaşmalarının dünya genelindeki sayısı da 2000'lerin üzerine çıkmıştır.[27] Bu anlaşmalardan 1990'ların ortalarından sonra imzalananlarda ise, ICSID uzlaştırma ve tahkimine refe-

---

2018'de imzalamışlardır. Anlaşma konusunda daha sonra 2019 sonunda bir değişiklik protokolü de imzalanmıştır. Son metin için bakınız https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between. Anlaşma onay süreçleri tamamlanmadığından henüz yürürlüğe girmemiştir. https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement, Enerji Şartı Antlaşması (*Energy Charter Treaty*) (ECT) https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/, Erişim Tarihi: 08.04.2020.

24 İlginçtir ki, Türkiye de aynı dönemde 1984 ile 2002 tarihleri arasında bugüne kadar imzalamış olduğu 108 iki taraflı yatırım anlaşmalarından 55 tanesini bu dönemde imzalamıştır. Belirtmeliyiz ki, şu an için bu anlaşmaların toplam 81 tanesi yürürlükte olup, yürürlükteki anlaşmalardan 53 tanesi yine bu dönemde imzalanmış anlaşmalardır. Anlaşmaların listesi için bakınız. https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk Erişim Tarihi: 08.04.2020.

25 *Southern Pasific Properties v Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/84/3) Konvansiyon kapsamındaki ICSID Tahkimine "ARB" kelimeleriyle referans verilmektedir. 84 davanın kayıt yılı, 3 ise 1984 yılındaki 3. davayı ifade etmektedir. https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c Erişim Tarihi: 08.04.2020. Dava 28 Ağustos 1984'de kaydedilmiştir. Toplantı ise Eylül 1984'de yapılmıştır.

26 *Asian Agricultural Products Limited v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID case No. ARB/87/3) *ibid*. 2003 değişikliklerinin arka planı için bakınız, PARRA Antonio R, "New Amendments of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", **News from ICSID**, Vol. 19, No. 2, Winter 2002, s. 1, 9-12. PARRA Antonio R, "The New Amendments to the ICSID Regulations and Rules and Aditional Facility Rules", 28 **Yearbook of Commercial Arbitration**, 2003, s. 357 vd.

27 UNCTAD, **World Investment Report**, FDI Policies for Development: National and International Perspectives, 2003, s. 21. https://unctad.org/en/Docs/wir2003_en.pdf Erişim Tarihi: 08.04.2020.

ransın yanı sıra Ek İmkân Kurallarına da uyuşmazlık çözümü için onay verildiği sıkça görülmektedir. Çok taraflı anlaşmalardan, bu konuda Ek İmkân Kurallarına göre de uyuşmazlık çözümüne onay veren NAFTA özel bir önemi haizdir. Özellikle o dönemlerde NAFTA'ya üye ABD Konvansiyona taraf iken, Kanada ve Meksika'nın taraf olmayışı NAFTA'nın ilgili uyuşmazlık çözüm kurallarına dayanarak Ek İmkân Kurallarına sıkça başvurulmasını da gündeme getirmiştir. Nitekim, NAFTA hükümlerine dayanarak Ek İmkân Tahkim Kurallarına göre ilk dava 1997 Ocak ayında kaydedilmiştir.[28] Bu tarihten 2003 değişikliklerinin kabul edildiği tarihe kadar 11 Ek İmkân Tahkimi (*Additional Facility Arbitration*) daha kaydedilmiştir.[29]

1984 değişikliklerinden itibaren görülen bu gelişmelerden sonra Merkez, kuralların değiştirilmesine yönelik olarak çalışmaya başlamıştır. Değişiklikler her zaman olduğu gibi pratikte görülen yanlış anlamaları önleme, hükümleri daha sade yazma ve gelişen dava yükü kapsamında daha sorunsuz ve esnek kurallara dayalı bir uyuşmazlık çözümünü olanaklı kılmayı hedeflemişlerdi. Kuralların kendi aralarındaki ve Konvansiyonla uyumları da değişiklikler yapılırken gözetilen hususlardan biriydi. 2003 değişikliklerinin önemli bir kısmı, zaman içinde ciddi bir uygulamaya kavuşmuş olan Ek İmkân Kurallarında yapılmıştır.[30]

2003 değişiklikleri büyük oranda Ek İmkân Kurallarında yapılmakla beraber, Başlangıç Kuralları ve Tahkim Kurallarında da bazı değişiklikler yapılmıştır. Tahkim Kuralları 1(3)'e getirilen açıklayıcı hükümle, üç hakemle görülecek davalarda kendi milliyetinden bir hakem ataması yapmak isteyen taraf bunu ancak diğer tarafın onayıyla yapabilecektir. Tahkim Kurallarında yapılan diğer değişiklikler 4, 9 ve 11. kurallardaki sürelere ilişkin hükümlerin yumuşatılması amacıyla yapılmıştır. Sürelere ilişkin değişiklikler aynı şekilde ICSID Uzlaştırma Kurallarında da gerçekleştirilmiştir.

---

28 *Metalclad Corporation v United Mexican States* (ICSID Case No. ARB/AF/97/1) Bu davaya referans kelimelerine bakarsak yukarıdaki 25 nolu dipnottaki açıklamaya ilaveten burada "AF" (*Additional Facility*) bulunmaktadır. Bu ilave Ek İmkân Kurallarına göre olan tahkimi (ARB) ifade etmektedir. https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c. Erişim Tarihi: 08.04.2020.

29 Bu davaların listesi için bakınız dipnot 25. Davaların 9 tanesi NAFTA Sözleşmesinden diğer ikisi ise iki taraflı yatırım anlaşmalarındaki onaydan kaynaklanmıştır.

30 **PARRA**, 2002 s. 12; ICSID, "**A Brief History of Amendment to the ICSID Rules and Regulations**", bakınız https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/Background%20Material/History-Amendment-ICSID-Rules.aspx Erişim Tarihi: 08.04.2020.

ICSID Başlangıç Kurallarının (Uzlaştırma ve Tahkim için) 2. maddesine yapılan ilave ile başvuru yapanların tüzel kişi olması durumunda, başvuruyu onaylamak için her türlü iç prosedürünü tamamladığına dair belgeleri sunması gerektiği kabul edilmiştir. Başlangıç Kurallarındaki diğer bir değişiklik ise 7. kuraldaki Genel Sekreterin uzlaştırma ya da tahkim başvurularını diğer tarafa bildirmesinin, daha sonra uzlaştırıcıların ve hakemlerin uyuşmazlığın yetki ya da esastan inceleme yetkilerine bir halel getirmeyeceğidir. Önceki versiyon uygulamada aksi şekilde anlamalara ya da yorumlara yol açmaktaydı.

Benzer bir değişiklik Ek İmkân Kurallarında da yapılmıştır. Ek İmkân Kuralları 4'e göre, bu kurallar kapsamında uzlaştırma ya da tahkimin başlaması Genel Sekreterin onayına tabidir. Değişiklikten önce bu kuraldaki ifade, Genel Sekreterin "kesin tespitine"(*conclusive determination*) bağlı olduğu şeklindeydi. Bu hüküm de yine aynı şekilde daha sonra oluşturulacak uzlaştırma komisyonu veya hakem mahkemesi tarafından artık bu konuda bir inceleme yapılmayacağı şeklinde yanlış anlaşılmalara yol açıyordu. Bu nedenle değişiklikle bu ibare metinden çıkartılmıştır.

Ek İmkân Kurallarında yapılan önemli bir diğer değişiklik ise, 5. kural ile Ek İmkân sistemi için olan idari ve finansal kuralların da düzenlenmesine ilişkindir. Ek İmkân yöntemi nihai bir hal aldığından ve Merkez Sekretaryasının işlerini de kolaylaştırmak bakımından Ek İmkân dahilinde olan uzlaştırma, tahkim ve vakıa tespitine dair idari ve finansal konulara ilişkin düzenleme için Konvansiyon kapsamındaki ICSID uzlaştırma ve tahkimine ilişkin İdari ve Finansal Yönergelere atıf yapılmıştır. Böylelikle, bu konu her iki sistem için yeknesak hale getirilmiştir.

Ek İmkân kurallarında birçok değişiklik yapılmıştır. 50 kadar değişiklik Ek İmkân Uzlaştırma, Tahkim ve Vakıa Tespiti kurallarında özellikle kendi aralarındaki ve diğer ICSID Kuralları arasındaki terminoloji farklılıklarını gidermek için yapılmıştır. 15 kadar değişiklik ise, İdari ve Finansal Yönergelerdeki değişiklikler kapsamında olmuştur. Diğer 10 kadarı da Ek İmkân Kurallarını 1984 yılında ICSID Kurallarında yapılmış olan değişikliklere yaklaştırmak için yapılmıştır. Diğer son bir grup ise, Ek İmkân Kurallarının, 1984 öncesi değişmeyen diğer ICSID Kuralları ile uyumsuzluklarını gidermek için kabul edilmiştir.[31]

---

[31] **PARRA**, 2007, s. 63 vd.

4. 2006 Değişiklikleri

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 2000'li yıllar uluslararası yatırım anlaşmalarının arttığı ve buna paralel olarak da daha fazla yatırım uyuşmazlığının uluslararası uyuşmazlık çözüm arenasına düştüğü yıllardır. Merkez ise, bu yıllarda uyuşmazlık çözüm merkezi olarak diğerlerine oranla daha fazla dikkat çekmeye başlamıştı. Gerek Tahkim Kuralları gerek Ek İmkân Kurallarına göre Merkeze yapılan başvurular artmıştı. Bu yoğunluk beraberinde bazı konularda yeni hükümler getirmek ve bazı hallerde de mevcut kuralları değiştirmeyi gerekli kılmıştı. Daha etkin ve şeffaf bir yargılama da tüm çevrelerce arzu edilmekteydi. Özellikle şeffaflık konusunda, davaların bir kısmının konu ve etkileri itibariyle kamuyu da etkilemesi nedeniyle kurallarda bazı değişiklikler yapılması gerekiyordu.

2003 değişikliklerinin yürürlüğe girmiş olduğu yılı takip eden 2004 yılı sonlarına doğru Merkez belli konularda yapılmasını düşündüğü değişiklikler için bir Tartışma Belgesini kamuoyuyla paylaştı.[32] Merkez, İdari Konsey üyelerinden, üye devletlerden, sivil toplum kuruluşlarına, iş dünyası birliklerine, uluslararası hukuk uzmanlarına ve uygulayıcılarına kadar çok geniş bir kitleden görüşler talep etti. Değerlendirmeler sonucunda Merkez, Mayıs 2015 tarihinde değişiklik önerilerini somutlaştırdığı Çalışma Belgesini yayınladı. Merkezin önerisine tartışma metni kapsamında iletilen yorum, görüş ve öneriler ise genelde olumlu olarak değerlendirilmiştir.[33]

Tartışma Belgesindeki değişiklik önerilen konuları sorular olarak ifade etmek gerekirse:

i. Hakem mahkemesinin önüne gelen davada davayı kısmen ya da tamamen reddedip etmeyeceğine dair bir hızlandırılmış/seri ön inceleme olmalı mıdır?

ii. Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin bildirim yükümlülüğü genişletilmeli ve tüm dava süresince de devam etmeli midir?

---

[32] ICSID Secretariat Discussion Paper, **Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration**, (Discussion Paper) October 22, 2004. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

[33] Working Paper of the ICSID Secretariat, **Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations**, (Working Paper) May 12, 2005, s. 4. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

iii. Hakem mahkemesi üçüncü kişilerin davaya layiha vermesi konusunda yetkilendirilmeli midir?

iv. Merkez Sekretaryası hakem kararlarını bir yetkilendirme olarak değil de bir zorunluluk olarak mı yayınlamalıdır?

v. ICSID hakem kararlarının temyizi imkânı getirilmeli midir?

Genel Sekreterin bir tahkim davasını kaydetme yetkisi sadece bir gözden geçirme yetkisi şeklinde olup, şüphe olduğunda işin esasına girmeden, davayı hakem mahkemesine sevk etmektir. Buradaki davayı tescil etmeme ise ancak açıkça Konvansiyona göre Merkezin yetkisi dışında yani yetki şartlarını haiz olmayan bir uyuşmazlık olması halinde söz konusudur.[34] Bu haller dışında Genel Sekreter, davayı tescil ederek taraflarca hakem mahkemesinin kurulması için prosedürü başlatmak zorundadır.[35]

Öte yandan Tahkim Kuralları 41'de hakemlerce öncelikle incelenebilecek bir yetki itirazı da zaten mevcuttur. Burada da hakem mahkemesinin değerlendirmesine göre esastan ayrı olarak ve öncelikle yetki meselesi incelenebiliyordu. Ancak bu prosedür/yargılama birkaç yıl sürebiliyor ve esastan tamamen ve açıkça yoksun, anlamsız ve içi boş davaları engellemek için yeterli olmuyordu. (Tahkim Kuralları 41/1 ve 41/2).

Tahkim Kurallarında kabul edilen değişiklikle mevcut hükümler muhafaza edilerek, yeni bir ilk/ön itiraz sebebi getirilmiştir. Kural başlığı da "Yetki İtirazları"ndan (*Objections to Jurisdiction*) "İlk İtirazlar" 'a (*Preliminary Objections*) dönüştürülmüştür. Kurala eklenen 5. paragraf ile, taraflar ilk itirazların hızlı bir şekilde incelenebilmesi için ayrı bir usul kararlaştırmamışlarsa, taraflardan biri hakem mahkemesi kurulduktan hemen sonra 30 gün içinde ve daha ilk toplantı yapılmadan önce bir talebin/iddianın "açıkça hukuki dayanağı olmadığını" (*manifestly without legal merit*) itiraz olarak ileri sürebilecektir. Hakem mahkemesi de taraflara iddialarını ortaya koymaları için süre verdikten sonra ilk toplantıda ya da hemen sonrasında kararını verebilecektir. Böylelikle bu yeni hükümle hakemler seri bir usulle davayı ya da iddiaları tamamen ya da kısmen reddedebilme imkânına sahip olacaklardır. Buradaki amaç aslında yetki bakımından seri bir yetki itirazı incelemesi olmaktan ziya-

---

[34] Konvansiyon madde 36/3'de Genel Sekreterin yüzeysel diyebileceğimiz davayı kaydetmeme yetkisi İngilizce olarak "*the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre*" (uyuşmazlığın açıkça Merkezin yetkisi dışında olması" halinde bulunmaktadır.

[35] SCHREUER Christoph H, **The ICSID Convention: A Commentary**, 2001, s. 458 vd.

de, temelsiz iddia ya da davaların esastan yoksun olduğunun bir an evvel tespitine yöneliktir. Ancak hüküm, Merkezin ve dahi hakemlerin yetkisine itiraz bakımından da kullanmaya elverişlidir.[36] Burada belirtmekte fayda vardır ki, getirilen bu imkân ilgili 5. paragrafın son kısmında ifade edildiği üzere, tarafın ilk paragraf kapsamında itirazda bulunmasına ya da yargılama sürecinde yine davanın bir dayanağı olmadığı (*lacking legal merit*) itirazını yapmasına engel değildir. Tahkim Kurallarına getirilen bu değişiklik aynı şekilde Ek İmkân Tahkim Kurallarında da madde 45/6'da hükme kavuşturulmuştur.

İhtiyati tedbirlere ilişkin Tahkim Kuralları 39, yukarıda ifade edildiği üzere daha önce bir değişiklik geçirmişti. Buna göre, taraflar onay belgesinde anlaşmışlarsa ancak bu ihtimalde ulusal mahkemelerden de tedbir talep edebiliyorlardı. Bu sefer, Tahkim Kurallarına eklenen yeni 5. paragraf ile hakem mahkemesi daha kurulmazdan önce ya da kurulma sürecinde yapılabilecek bir taleple bu talebin hızlıca (*expedited*) değerlendirilmesi imkânı getirilmiştir. Elbette değerlendirme yine kurulacak hakem mahkemesince karara bağlanacaktır. Ancak, bu yeni yöntemle hakem mahkemesi kurulduğunda talebe ilişkin dosya hazır bir şekilde heyetin önünde olacaktır.[37]

Hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin bildirim konusunda Tahkim Kurallarının 6/2. paragrafında bulunan bildirim metnine yapılan ilaveyle, hakemlerin söz konusu bildirim yükümlülüğünün dava boyunca da devam edeceği belirtilmiştir. Böylece dava sırasında bu durumu etkileyecek bir gelişme olursa, hakemler başlangıçta vermiş oldukları bildirime ek olarak yeni durumu da derhal Genel Sekretere ileteceklerini taahhüt etmiş olacaklardır. Aynı ilave Ek İmkân Tahkim Kuralları 13/2'ye de eklenmiştir.

Kurallarda değişikliklerin ana temasına baktığımızda şeffaflık ön plana çıkmaktadır. Normal şartlarda uyuşmazlık sadece taraflar ve temsilcileri hu-

---

[36] **ANTONIETTI**, 2006, s. 439. Ayrıca bakınız BROWN Chester / PUIG Sergio, "The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules", **Law&Practice of International Courts & Tribunals**, Volume 10/2, s. 227; TERZİ Burak, "ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 37/2, s. 821. Seri (Hızlandırılmış) muhakemenin "seri tahkim" ile aynı kavram olmadığını belirtmekte fayda vardır. Bu talebin yapıldığı ICSID davalarının -kabul/ret sonuçlarıyla- listesi için bakınız. https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Manifest-Lack-of-Legal-Merit.aspx Erişim Tarihi: 09.04.2020.

[37] İhtiyati tedbir talep edilen ICSID davalarının -kabul/ret sonuçlarıyla- listesi için bakınız https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Provisional-Measures.aspx Erişim Tarihi: 09.04.2020.

zurunda ve gizlilik kuralları içinde gerçekleşmektedir. Ancak, belirttiğimiz gibi bazı davaların pür iki taraf arasındaki bir uyuşmazlıktan öte sonuçları bakımından kamuya etkileri de olmaktadır. Bu aşamada, doğrudan uyuşmazlığa taraf olmasa da kamusal etkileri bakımından üçüncü kişilerin de davayı izlemeleri gündeme gelebilmektedir. Bu ise karşımıza iki şekilde çıkmaktadır: sözlü yargılamalara katılıp izleme ve dava dosyasına layiha sunma. Nitekim, bu yönde talepler 2002 ve 2003 yılında açılmış olan davalarda hakem mahkemelerinin önüne gelmiştir. Su imtiyazlarıyla ilgili davalarda hakem heyetleri, uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilerden (sivil toplum kuruluşları dahil) *amicus curie*[38] olarak ya da başka bir formda yapılan duruşmaların kamuya açık olması taleplerini, o zaman yürürlükteki Tahkim Kurallarının 32/2. maddesi gereğince ancak tarafların her ikisinin de rızasıyla mümkün olabileceğini söyleyerek ret etmiştir.[39] Bu konudaki ihtiyacı ve bazı yatırım anlaşmalarında duruşmaların kamuya açık yapılabilmesinin öngörülmüş olmasını da örnek gösteren Merkez Sekretaryası, bu yöndeki taleplerin artık tarafların onayına tabi olmadan ancak Genel Sekretere de danışılarak hakem mahkemesince karara bağlanabilmesini önermiştir.[40] Hüküm bu şekilde Tahkim Kuralları 32'nin 2. paragrafına işlenerek değiştirilmiş ancak tarafların rızasının arandığı kısım çıkartılarak, yerine bir tarafın itirazı olması hali hariç ("*unless either party objects*") ibaresi eklenerek nihai metin halini almıştır. Benzer değişiklik Ek İmkân Tahkim Kuralları 39/2'de de yapılmıştır.

Üçüncü kişilerin müdahalesi konusundaki diğer bir husus, yine uyuşmazlık harici kişilerin davaya layiha sunabilmesi konusudur. 2006 değişikliklerinden önceki Tahkim Kurallarında bu konuda bir hüküm yoktu. Merkez, Tartış-

---

38 Latince olan bu ifadenin Türkçe anlam karşılığı "mahkemenin arkadaşı"dır. Görülmekte olan davada gerçeğin araştırılması ya da ortaya çıkmasında mahkemeye yardım eden kişi demektir.

39 *Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia*, (*Tunari*) ICSID Case no. ARB/02/3, paragraph 17 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10957_0.pdf; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, (*Interagua*) ICSID Case No. ARB/03/17), 5-8. Paragraflar, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c18/dc512_en.pdf; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (Vivendi) ICSID Case No*. *ARB/03/19*, 4-7. paragraflar, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c19/dc516_en.pdf Günümüze kadar ICSID'de açılmış olan ve bu taleplerin yapılmış olduğu davaların listesi için bakınız https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Non-Disputing-Party-Participation.aspx Bu listeden görüleceği üzere bazı kararlarda bu iznin verilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Erişim Tarihleri: 09.04.2020.

40 Discussion Paper, s. 11.; Working Paper, s. 10.

ma Belgesinde bu konuyu gündeme getirirken UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre[41] NAFTA kapsamında görülen tahkim davalarına referans yaparak,[42] bu şekilde verilebilecek layihalarla sürecin güçlenebileceğini öngörmüştür.[43] Bir önceki paragrafta zikretmiş olduğumuz davalardan *Tunari* davasında üçüncü kişinin layiha verme talebi de hakem heyetince reddedilmişti.[44] Ancak *Vivendi* ve *Interagua* kararlarında ise, hakem heyeti Konvansiyonun 44. maddesine atıf yaparak usuli konulardaki hakem heyetinin yetkisinden bahsetmiştir. Daha sonra tespit ettiği kriterlere göre de layiha verme talebini *amicus curiae* olarak kabul etmiştir.[45]

Bu konuda açık bir hüküm bulunmaması karşısında Merkez, üçüncü kişilerin davalara layiha sunabilmelerine ilişkin değişiklik teklifini Çalışma Belgesinde Tahkim Kuralları 37'ye bir paragraf eklenmesi şeklinde önermiştir.[46] Kabul edilen öneriyle Tahkim Kuralları değişik 37'ye göre, uyuşmazlığa taraf olmayan ama yargılamada önemli menfaati bulunanların davalarda layiha sunmaları eklenen 2. paragraf hükümlerine göre mümkün kılınmıştır. Bu kararı verirken hakem mahkemesi, davanın tarafları ile istişare yaptıktan sonra maddedeki hükümleri de değerlendirerek kararını verecektir. Kuralda sözü edilen uyuşmazlığa taraf olmayan "kişi veya kurum" (*person or entity*) gerçek kişi, tüzel kişi, tüzel kişiliği olmayan sivil toplum kuruluşları ya da bir devlet olabilir.[47] Aynı yönde hükümler Ek İmkân Tahkim Kuralları 41'e de eklenmiştir.

---

41 Birleşmiş Milletleri Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Tahkim Kurallarının yapılan değişikliklere göre üç versiyonu vardır: 1976, 2010 ve en son 2013. Son versiyon için bakınız https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

42 Bu davalar Methanex Corporation v USA https://www.italaw.com/cases/683 ve United Parcel Service v Government of Canada https://www.italaw.com/search/site/United%20Parcel%20Service%20v%20Government%20of%20Canada Erişim Tarihi: 09.04.2020.

43 Discussion Paper, s. 9.; Working Paper, s. 11.

44 Kararın 36, 16-17. paragrafları.

45 Her iki karar da aynı hakem heyeti tarafından verilmiştir. Bakınız kararların sırasıyla 10-16 ve 22, 23. paragrafları.

46 Working Paper, s. 11.

47 Günümüze kadar ICSID'de açılmış olan ve bu taleplerin yapılmış olduğu davaların listesi için bakınız https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Non-Disputing-Party-Participation.aspx Erişim Tarihi: 09.04.2020.

Tartışma Belgesinde ortaya konulan diğer bir soru da, hakem kararlarının yayınlanmasına ilişkindir. Önceki değişikliklerle karardan alıntılar (*excerpts*) yayınlanması imkânı getirilmişti. Kararın tamamının yayınlanması için tarafların rızaları yine gerekmektedir. Ancak Tahkim Kuralları 48/4'e yapılan yeni değişiklikle, söz konusu yayınlanacak alıntıların hakem heyetince uygulanan hukuk kurallarına ilişkin olmasına dair önceki metin değiştirilerek, alıntının hakem heyetinin hukuki gerekçesine (*legal reasoning*) ilişkin olacağı hükmü getirilmiştir. Ayrıca, önceki versiyonda Merkezin yayınlama konusunda bir takdir yetkisi varken, değişiklikle bu yetki derhal yayınlama yükümlülüğüne dönüştürülmüştür. Şüphesiz bu değişiklik de genel olarak, değişikliklerle amaçlanan şeffaflığın elde edilmesine ve bu alandaki hukukun gelişmesine katkı sağlayacaktır. Benzer değişiklik Ek İmkân Tahkim Kuralları 53/3'de de yapılmıştır.

2006 değişikliklerinde son olarak zikretmemiz gereken, İdari ve Finansal Yönergelerin 14. maddesinde yapılan değişikliktir. Hükme göre hakem mahkemeleri, uzlaştırma komisyonları ve iptal komitelerinde görev yapacak uzlaştırıcı, hakem ve panel üyelerine ödenecek standart günlük ücretleri tespit etme yetkisi İdari Konseyin Başkanının onayını da almak kaydıyla Genel Sekretere verilmiştir. Yapılan değişiklikle, bu tespitin yılda bir defadan daha fazla yapılamayacağı kuralı kaldırılmıştır. Ayrıca, daha yüksek bir ücret talebi olması halinde bu talebin de Genel Sekreter yoluyla yapılabilmesi imkânı getirilmiştir. Aynı yönergenin ilgili hükmü Ek İmkân Kuralları için de geçerli olduğundan[48] değişiklik bu kurallar kapsamında da uygulanacaktır.

Tartışma Belgesinde, daha resmi nitelikli ya da kurallı olan uzlaştırmaya alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuğun geliştirilmesi ve teşvik edilmesi de gündeme gelmiştir. Ancak bu konu değişiklik metninde bir öneri olarak değil, Merkezin devlet-yatırımcı uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümü hizmetinin sunulması için çalışmaya başladığı şeklinde ifade edilmiştir.[49]

Son olarak bir ICSID temyiz (*appeal*) mekanizması olmalı mıdır konusunda, uluslararası çevrelerde ve yeni yatırım anlaşmalarında yatırım uyuş-

---

[48] Ek İmkân Kuralları 5'e göre, İdari ve Finansal Yönergelerin 14'den 16'ya, 22'den 30'a kadar olan maddeleri ile 34/1. maddesi Ek İmkân Kuralları kapsamındaki tahkim, uzlaştırma ve vakıa tespiti usullerinde de aynen (*mutatis mutandis*) uygulanacaktır. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/AFR_2006%20English-final.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

[49] Discussion Paper, s. 13-14.

mazlıklarının çözümünde bir temyiz mekanizmasına doğru bir eğilim olduğu da Tartışma Belgesinde tespit edilmiştir.[50] Hatta, 2005 yılı itibariyle 20 kadar ülke -ki çoğu ICSID Konvansiyonu tarafı olan ülkelerdir- imzaladıkları yatırım anlaşmalarında yatırımcı-devlet tahkimleri için temyiz mekanizmasını kabul etmişlerdir.[51] Sonuç olarak Merkez, diğer yatırım anlaşmalarında hali hazırda mevcut hükümleri de dikkate alarak, bünyesinde bir temyiz mekanizmasının olmasının etkinlik, ekonomik olma, uyumluluk ve tutarlılık kriterlerinin sağlanmasına da hizmet edeceğini düşünerek bu konuda ilerleme niyetini ortaya koymuştur. Bu amaçla, Tartışma Belgesine iliştirdiği bir ek ile de muhtemel bir ICSID temyiz mekanizmasının özelliklerini detaylı bir şekilde sıralamıştır.[52] Tartışma Belgesine gerek üye devletler gerek diğer çevrelerden gelen yorumlarda, şayet yatırım anlaşmalarında bir uluslararası temyiz mekanizması ya da organı ihdas edilecekse bunun tek bir elden Merkez olması

---

50 Örneğin Kanada ile Avrupa Birliği arasından imzalanmış olan CETA'nın 8.28. maddesinde bir temyiz heyeti olacağı öngörülmüştür. Hatta, hakem mahkemesinin kararlarını inceleyecek olan temyiz heyeti için ICSID Konvansiyonunda öngörülen hakem kararlarının iptali nedenlerine de referans yapmıştır. Daha önemlisi, Konvansiyonda ve incelemekte olduğumuz ICSID Kurallarında belirtilmeyen ve aslında genel olarak uluslararası platformda tahkim kararlarının iptali mekanizmalarında öngörülmeyen ve daha ziyade mahkeme kararlarının temyizinde görülen temyiz nedenlerinin de bu kapsama dahil edildiğini görmekteyiz. Bunlar, yatırım uyuşmazlığını çözecek hakem heyetinin kararlarında uygulanacak hukukun yanlış uygulanması ya da yorumu ve olayların değerlendirilmesinde açık hatalar olarak belirtilmiştir. (madde 8.28/2) *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union* (CETA), Anlaşma 30 Ekim 2016'da imzalanmış olup 21 Eylül 2017'de şartlı olarak yürürlüğe girmiştir. Metin için bakınız https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=engTrans-Pasifik Ortaklık Anlaşmasında ise özel bir temyiz sistemi öngörülmemekle birlikte, madde 9.23/11. madde ile gelecekte yatırımcı-devlet tahkimlerinde bir temyiz mahkemesi ya da heyeti öngörülen bir uluslararası düzenleme yapılırsa, taraf ülkelerin TPP kapsamında verilen hakem kararlarının (madde 9.29) bu temyiz mekanizmasına tabi olacağını değerlendireceklerine dair hüküm bulunmaktadır. https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf Trans-Pasifik Ortaklığı Anlaşması (*Trans-Pasific Partnership Agreement*) (TPP) Amerika Birleşik Devletleri'nin de dahil olduğu Pasifik kıyısı olan 12 ülke tarafından imzalanmıştır. Anlaşma, 2017 senesinde ABD'nin imzasını çekmesi nedeniyle yürürlüğe girememiştir. Ancak, diğer ülkeler daha sonra mevcut anlaşmanın hükümlerinin yeni anlaşmaya birkaç hüküm hariç aynen ithal edildiğini belirttikleri ve TPP11 olarak da adlandırılan Kapsamlı ve Sürekli Trans-Pasifik Ortaklığı Anlaşmasını imzalanmış ve bu anlaşma 30 Aralık 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=eng Erişim Tarihleri: 09.04.2020.

51 Discussion Paper, s. 14.

52 Ibid, s. 15-16 ve ayrıca *Annex*.

konusunda hakim bir görüş mevcuttur.[53] Ancak yine çoğunluk görüşüne göre, gelinen aşamada bu mekanizmanın oluşturulmasının teknik ve bazı politikalar gereği zorluklarından bahsedilmiştir. Merkez Sekretaryası üye devletlerce bir ICSID temyiz mekanizmasının kurulması yönünde bir karar oluştuğunda bu konuda çalışmaya devam edeceğini de ifade etmiştir. Sonuçta bu yöndeki değişiklik önerisi Çalışma Belgesinde yer almamıştır.[54] Bu arada hatırlamak gerekir ki, temyiz mekanizmasının kurulabilmesi için ICSID Kurallarında bir değişiklik yeterli olmamakta, bunun için Konvansiyon hükümlerinde değişiklik gerekmektedir. Bunun için ise, Konvansiyona taraf devletlerin oy birliği ile olumlu bir karar almaları zorunludur. Tahmin edileceği üzere böyle bir kararı almak ise ciddi bir çaba ve zamanı gerektirecektir.

II. ÖNERİLEN SON 2020 DEĞİŞİKLİKLERİ

1. Genel Olarak

2006 değişikliklerinden on yıl sonra Ekim 2016'da İdari Konseyin 50. Yıllık toplantısında, sonuç kısmında, üye devletlere izleyen yılda ICSID Kurallarında değişiklikler üzerinde çalışmalara başlanacağı niyeti bildirilmiştir.[55] Hatta ilginçtir ki, Panama söz konusu yıllık toplantının hemen öncesindeki bir tarihte davalı devletler lehine hükmedilen dava masraflarının tahsili konusunda detaylı bir memorandumu Merkeze sunmuştur. Bu memorandum bu değişiklik sürecinin aslında üye devletler nezdinde ne kadar arzu edildiğinin de bir kanıtını oluşturmaktadır.[56]

---

53 Bu konuda genel olarak bakınız, DÜLGER Ahmet, **Time for the Appeal Tribunal in Investment Arbitration: Lessons from WTO and Transitioning to the New Era**, 2017; LEGUM Barton, "Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes", *in* **Appeals Mechanism in International Investment Disputes**, SAUVANT Karl P / CHISWICK-PATTERSON Michael, (Editörler) s. 231 vd.

54 Working Paper, s. 3-4.

55 ICSID News Release, **50th Annual Meeting of ICSID's Administrative Council** https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=196 Erişim Tarihi: 09.04.2020.

56 https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ROP%20Memorandum%20to%20ICSID%20Administrative%20Council%20re%20Effective%20Protection%20(English%20version).pdf Panama'nın vermiş sunmuş olduğu bu çalışma üzerine Merkez bir araştırma yapmış ve "*Survey for ICSID Member States on Complaince with ICSID Awards*" başlıklı çalışma sonucunu sitesinde yayınlamıştır. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/about/Report%20on%20ICSID%20Survey.pdf Erişim Tarihleri: 09.04.2020.

Bu süreci takiben Merkez, üye devletlerin değişiklikler konuları üzerinde önerilerini almak için iletişime geçmiştir. Merkez 25 Ocak 2017 tarihinde web sitesinden yayınlamış olduğu kamuya açık olan davette, kurallardaki değişiklikler için ilgili çevrelerden öneriler sunmalarını talep etmiş ve bu önerilerini Nisan 2017 tarihine kadar Merkeze ulaştırmalarını bildirmiştir.[57] İlgili çevrelerden/kamudan gelen yorum ve öneriler üye devletlerden gelenlerle birlikte Merkezin sitesinde yayınlanmıştır.[58] Merkez Sekretaryası tüm görüş ve önerileri topladıktan sonra kurallarda önerdiği değişiklikleri açıklama notlarıyla birlikte 2 Ağustos 2018 tarihli ilk Çalışma Belgesi (*Working Paper*) olarak 3 Ağustos'ta sitesinde yayınlamıştır.[59] Söz konusu Çalışma Belgesi-1'i takiben üye devletler ve kamudan gelen geri bildirimler ve toplantılar sonucunda, söz konusu kurallarda önerilen değişiklikler gerek konu olarak gerek ilgili önerilen değişik hükümlerin taslak yazılışı ve dili olarak muhtelif yorum ve görüşlerle değiştirilmiştir. Süreç içinde 125'den fazla ilgili çevrelerle/kamuyla yapılmış olan konsültasyon ve üye devletlerle 3 tur olarak yapılan yüz yüze görüşmeler neticesinde, Mart 2019'da Çalışma Belgesi-2,[60] Ağustos 2019'da Çalışma Belgesi-3[61] ve nihayet yazımızın ana konusu olan 28 Şubat 2020 tarihli nihai Çalışma Belgesi-4 ortaya çıkmıştır.[62]

---

57 https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=213 Erişim Tarihi: 09.04.2020.

58 https://icsid.worldbank.org/en/amendments Erişim Tarihi: 09.04.2020.

59 Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper**, Volume 3 August 2, 2018 https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/Proposals/Working-Paper.aspx (Working Paper 1) Erişim Tarihi: 09.04.2020.

60 Temmuz 2018 tarihine kadar alınmış olan görüş ve önerileri takiben yayınlanmış olan Çalışma Belgesi 1'in yayınlanmasından sonra, üye devletlerle Eylül 2018'de yapılan konsültasyonlar ve akabinde üye devletler ve kamudan alınan yazılı geri bildirimler sonrasında Sekretarya 15 Mart 2019'da Çalışma Belgesi- 2'yi hazırlayarak yayınlamıştır. Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper 2** Volume 1 https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf (Working Paper 2) Erişim Tarihi: 09.04.2020.

61 Çalışma Belgesi-2'nin yayınlanmasından itibaren 15 Ağustos 2019 tarihine kadar yapılan toplantılar ve alınmış olan görüşler neticesinde Çalışma Belgesi -3 hazırlanmış 16 Ağustos 2019 tarihinde merkezin sitesinde yayınlanarak üye devletler ve kamunun görüşlerine sunulmuştur. Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper 3** Volume 1 (Working Paper 3) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

62 Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper 4** Volume 1 (Working Paper 4) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Vol_1_En.pdf Üye devletler ve kamudaki ilgili çevreler tarafından gelen yorum ve öneriler de 3 ayrı doküman olarak, önceki üç çalışma Belgesine referansla ayrı ayrı toplanarak Merkez sitesinde yayınlanmıştır. https://icsid.worldbank.org/en/amendments Erişim Tarihi: 09.04.2020.

Çalışma Belgesi-4, Merkezin 27 Şubat 2020 tarihine kadar almış olduğu tüm öneri ve yorumların değerlendirilerek artık üye devletlerin İdari Konsey aracılığıyla kabulüne sunulacağı son metin haline gelmiştir. Belge ayrıca, üye devletlerin temsilcileri uzmanlarla Kasım 2019 tarihinde yapılan son tur görüşmeleri de yansıtmaktadır. Çalışma Belgesi-4 önceki çalışma belgelerine kıyasla gelinen son aşama olması nedeniyle esaslı değişikliklerden ziyade kozmetik değişiklikler içermekte olup, yeni konular ihtiva etmemektedir. Bu son Belgede üye devletlerden, Merkezin son haline getirmiş olduğunu düşündüğü bu metin üzerinde ayrıca bir görüşmeye ihtiyaç olup olmadığı ya da bu şekliyle oylamaya sunulup sunulmayacağına dair görüş bildirmeleri de istenmiştir. Yine Sekretaryanın amacının her halükârda önerilen değişikliklerin 2020 senesinin ikinci yarısında oya sunulması ve akabinde de değişikliklerin 2021'in ilk aylarında yürürlüğe girmesini temin etmek olduğu da belirtilmiştir.[63]

ICSID Kurallarındaki değişiklik çalışmalarının ana amacı öncelikle, çağdaş uyuşmazlık çözümlerini bir bütün olarak uyuşmazlık taraflarının hizmetine sunmaktır. Özellikle mevcut uyuşmazlık çözüm usullerinden tahkim, uzlaştırma ve vakıa tespit usulleri geliştirilirken, bunların yanı sıra ek imkân uyuşmazlık çözüm yöntemlerine son yıllarda dünyada özel bir gelişme gösteren alan olarak arabuluculuk ("*mediation*") da eklenmek istenmiştir. Merkez bu değişiklikleri önerirken 4 ana amaçtan bahsetmektedir. Birincisi, ifade ettiğimiz üzere Merkez kurallarının modernizasyonu ve uluslararası yatırım uyuşmazlığı hükümlerini içeren yeni düzenlemelerle bir uyumlaştırmadır. İkinci olarak, mevcut kuralların sadeleştirilmesi ve Konvansiyonun resmi dilleri arasındaki uyumun gerçekleştirilmesidir. Üçüncü olarak, yargılamanın tamamını etkileyecek bazı sürelerin kısaltılarak daha hızlı ve etkin yargılama sağlamak ve dahi masrafların makul seviyelerde tutulmasını sağlamaktır. Son olarak ise, çevre mülahazaları ve modern çağın gerekleri kapsamında daha az kâğıt üreterek başvuruların ve iletişimlerin birçok alanda dijital yapılmasının sağlanmasıdır.[64] Son yıllarda imzalanan iki taraflı yatırım anlaşmaları ve benzer hükümleri içeren serbest ticaret anlaşmalarında modern ve daha hızlı uyuşmazlık çözüm usullerinin kabul edilmesinin uluslararası yatırım

---

63 Ibid, s. 1.; ayrıca bakınız **Updated Backgrounder on Proposals for Amendmnet of the ICSID Rules**, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Backgrounder_EN.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

64 Working Paper 1, s. 1-2. POLASEK Martina, "**Overwiew of Proposed Amendments to the ICSID Rules**", UNCITRAL WG III, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/icsid_-_overview_of_rules_amendment_presentation.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

uyuşmazlıklarının çözümünün kalesi durumunda olan Merkezin de rekabet edebilmek için bu gelişmelere cevap vermesini zorunlu kıldığı söylenilebilir.

Merkez nihai şekliyle önermiş olduğu değişikliklerin yer aldığı tüm metinleri temiz kopya ve değişiklik izlemeli metinler halinde Çalışma Belgesi-4 olarak yayınlamıştır. Çalışmamızın bu aşamasından sonra aksi belirtilmedikçe kurallara yapmış olduğumuz atıflar, söz konusu Çalışma Belgesi-4'de nihai olarak önerilmiş olan kurallar metnine yapılmıştır. Yine belirtmek isteriz ki, ICSID kapsamında en sık başvurulan uyuşmazlık çözüm yönteminin Konvansiyon kapsamındaki Tahkim Kurallarına göre tahkim olması nedeniyle bu bölümden sonraki açıklamalarımız esas olarak bu kurallar (Tahkim Kuralları) çerçevesinde olacaktır.

Kurallardaki detaylara geçmeden önce, kuralların tamamını etkileyen değişiklikleri kısaca belirtirsek; öncelikle önerilen değişiklikler ile kuralların tamamında açık ve modern bir lisan kullanılarak sadeleştirme yoluna gidilmiş, orijinal lisanlar olan İngilizce, Fransızca ve İspanyolca dilleri arasındaki uygunsuzluklar giderilmiştir. Ayrıca kurallar kapsamında Merkeze yapılacak tüm başvuruların elektronik olarak yapılması yöntemi önerilmiştir.[65]

2. ICSID Başlangıç Kuralları

Aslında başvuru kuralları olarak da isimlendirebileceğimiz Başlangıç Kuralları, sadece Konvansiyon kapsamındaki uzlaştırma ve tahkim prosedürleri için öngörülmüştür. Kuralların giriş notunda da belirtildiği üzere bu kurallar, karar sonrası başvurulara, Ek İmkân kapsamındaki uzlaştırma ve tahkim usullerine, vakıa tespitine ve yeni önerilen arabuluculuk prosedürlerine uygulanmayacaktır.

Bu kurallarda önerilen ilk değişiklik, Sekretaryaya bir tahkim veya uzlaştırma başvurusu yapıldığında bu başvuruya eklenecek belgelerle ilgilidir. Mevcut versiyonda gerçek kişi başvurucular vatandaşlıkları hakkında bilgi sunacakken, önerilen düzenlemede bilgi yanı sıra bu bilgiyi destekleyen belge sunma yükümlülüğü de getirilmiştir. Benzer şekilde, tüzel kişi başvurucuların Konvansiyonun yetkiye ilişkin 25/2/b hükmü gereğince yabancı kontrol ge-

---

[65] Örneğin bakınız Başlangıç Kuralları Kural 4/1, Tahkim Kuralları Kural 4/2, Ek İmkân Tahkim Kuralları Kural 5/1. Bu kurallardan Tahkim Kurallarındaki öneri diğerlerine göre daha vurgulu bir şekilde "sadece elektronik olarak" şeklinde ifade edilmiştir. "*(2) Documents shall only be filed electronically*...". Burada belirtmeliyiz ki, bu kural yerine göre hakem mahkemesi ya da Genel Sekreterlik tarafından özel durumlarda istisnaya da tabidir.

reğince diğer akit devlet vatandaşı sayılmaya ilişkin anlaşmayı tevsiken ilgili belgelerin sunulmasını da gerekli kılınmıştır.[66]

Diğer bir değişiklik önerisi ise, başvuruya eklenmesi tavsiye edilen bilgilerle ilgilidir. Başvuruya, tarafların yargılamaya ilişkin varsa anlaşmış oldukları usulleri ve ayrıca tüzel kişi başvurucu varsa söz konusu tüzel kişiye sahip ya da onu kontrol eden kişilere ilişkin bilgilerin de eklenmesi tavsiye edilmiştir.[67] Böylelikle başvurunun daha kapsamlı ve açık bir başvuru olması sağlanmak istenmiştir.

3. ICSID Tahkim Kuralları (Tahkim Kuralları)

A. Hakemler

a. Davranış Kodu

Hakemlerin davranış koduna ilişkin bir düzenleme yeni kurallarda maalesef kabul edilmemiştir. Aslında bazı devletler hakem mahkemesinin kuruluşu ile ilgili kural 13'e ya da hakemlerin atanmayı kabul ederken 19. kural kapsamında vereceği bildirime[68] Birleşmiş Milletlerin UNCITRAL Çalışma Grubu III'ün hakemler için Davranış Kodu çalışmasına bir referans yapılmasını talep etmişlerdir. Aynı şekilde bu yönde bir çalışmanın Merkez nezdinde hızlandırılmasını da talep etmişlerdir. Merkez UNCITRAL Çalışma Grubu III ile ortak yürütmekte olduğu Davranış Kodu hazırlanması çalışmalarına referans yaparak, bu çalışma hazır olduğunda üye devletlere söz konusu Davranış Kodunun hakem bildirimi (*declaration*) yoluyla Kurallara eklenmesi konusundaki görüşleri için davet yapacaktır.[69] Son olarak belirtelim ki, bu

---

66 Kural 2/2/d.

67 Kural 3/a ve b.

68 Hakemlerin bu kapsamda atamayı kabul ederken sunacağı Bildirim (*Declaration*) önerilen kurallara bir ek olarak iliştirilmiştir. Ancak belirtelim ki, kurallara bu şekilde yapılan ekler (*Schedules*) kuralların kabulünde İdari Konseyde yapılacak oylamaya dahil değillerdir.

69 **Working Paper 4**, s. 294. Merkez ayrıca 19. kuralın 3. paragrafının da bu yönde bir referans için yeterli olduğunu ifade etmiştir. Çünkü, ilgili kuralda hakemlerin atanmaları üzerine Merkezin yayınladığı formda bir bildirimi imzalamaları gerektiğini belirtilmektedir.
Söz konusu ortak çalışma Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlığı Çözümünde Karar Vericiler için Davranış Kodu (açıklamalar ile) "*Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (with annotations)*" adıyla taslak metin ve açıklamalarıyla Merkezin sitesinde 1 Mayıs 2020'de yayınlanmıştır. Açıklamalı taslak için https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf. Sadece taslak metin için https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Annex_A_Code_Conduct.pdf. Erişim Tarihi: 02.05.2020. UN-

doğrultuda davranış kodlarına yapılan referansları içeren yatırım sözleşmeleri bulunmaktadır. Örneğin, CETA'nın "Yatırım"(*Investment*) başlıklı 8. Bölümündeki 8.30. madde hakemlerin uyması gerekli etik standartlar bakımından Uluslararası Barolar Birliğinin (*IBA-International Bar Association*) bu konuda yayınlamış olduğu Rehber'e atıf yapmıştır.[70]

b. İki-Şapka Sorunu

Kavram İngilizce'de *double-hatting* olarak ifade edilmektedir. Buradaki sorun, hakemlerin aynı zamanda diğer başka -özellikle de benzer- davalarda avukat ya da danışman olarak yer almasıdır. Her ne kadar, hakemlik yaptıkları davanın tarafları için bu hizmetleri aynı anda vermiyor olsalar dahi konu yine de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.[71] İki şapka meselesinin sorun olup

---

CITRAL Çalışma Grubu III, Ekim 2019 tarihindeki 38. Toplantısında ICSID ile birlikte hazırlanmış olan metin (https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.167 Erişim Tarihi: 02.05.2020) kapsamında durumu değerlendirmiştir. Hükümetler tarafından gönderilmiş olan yorum notları da aynı şekilde incelenerek, ortak kod taslağı olarak şekillendirilmiştir. Yine kod bir rehber olarak değil uyulması mecburi bağlayıcı bir davranış kodu olarak dizayn edilmiştir. Kod eklerinden Annex B'de ise bazı serbest ticaret anlaşmalarındaki - NAFTA, EU- Singapur Free Trade Agreement (FTA-Serbest Ticaret Anlaşması), Avustralya-Japonya Ekonomik Ortaklık Anlaşması (Economic Partnership Agreement (EPA)), ABD ile Avrupa Birliği arasında önerilen Trans-Atlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Anlaşması (Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership Agreement-TTIP), CETA, TPP11, AB-Vietnam FTA, AB-Vietnam Yatırımının Korunması Anlaşması (EU-Viet Nam Investment Protection Agreement)- hükümlere ilişkin karşılaştırmalı bir tablo da sunulmuştur. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Annex_B_Codes_Conduct.pdf Erişim Tarihi: 02.05.2020. Taslak kodun hazırlanmasında uzman akademik katkısı olan GIORGETTI'nin bu konudaki yazıları için bakınız: GIORGETTI Chiara / WAHAB Mohammed, "A Code of Conduct for Arbitrators and Judges", **Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/12**, 13 October 2019 https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/giorgetti-wahab-code-of-conduct-af-isds-paper-8-final--14-oct-2019-1.pdf Erişim Tarihi: 02.05.2020.; **Chiara Giorgetti**, "ICSID and UNCITRAL Publish the Anticipated Draft of the Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement", **Kluwer Arbitration Blog**, May 2, 2020, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/02/icsid-and-uncitral-publish-the-anticipated-draft-of-the-code-of-conduct-for-adjudicators-in-investor-state-dispute-settlement/ Erişim Tarihi: 02.05.2020.

70 **IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration**, 23 Ekim 2014, https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx Erişim Tarihi: 10.04.2020.

71 Uluslararası yatırım tahkiminde hakemlerin ve avukatların iki şapka ya da iki farklı rolü konusunu da kapsayan geniş bir eleştirel çalışma için bakınız CEO (Corporate Europe Observatory and the Transnational Insitute), **Profiting From Injustice**, özellikle 34, 43 ve 45. sayfalar. https://corporateeurope.org/en/international-trade/2012/11/profiting-injustice Erişim Tarihi: 10.04.2020.; Ayrıca bakınız IISD (International Institute for Sustainable Development), **Sum-**

olmadığı tartışılmakla beraber, 2017 senesinde yayınlanmış 1077 dava üzerinden yapılan bir araştırmaya göre, davaların %47'sinde en az bir hakemin aynı zamanda diğer bir davada avukat olarak hizmet verdiği tespit edilmiştir. Hatta yine bu davaların 190'ında hem hakemler hem de avukatlar iki şapkaya sahiplerdi.[72]

Bu konuda kurallarda yeni bir hüküm önerilmemiştir. Bazı devletler hakemlerin atanmasında bir yeterlilik olarak bu konuyu öne sürmüş, ancak bu öneri diğer bazı devletler tarafından çeşitliliği riske atacağı için kabul edilmemiştir. Bu konuda yalnızca UNCITRAL Çalışma Gurubu III'ün yapmakta olduğu çalışmaya atıf yapılmıştır.[73] Ancak önerilen kurallar kapsamında hakemlerin atanmasında sunacakları Bildirim metnine eklenen 4/b paragrafı ile, diğer bir uluslararası yatırım uyuşmazlığında avukat, uzlaştırıcı, hakem, ICSID hakem kararlarının iptali davasında *ad hoc* komite üyesi, vakıa tespit komitesi üyesi, arabulucu ya da uzman olarak almış ya da almakta olduğu görevleri bildirim zorunluluğu getirilmiştir. Diğer düzenlemelere bakarsak, CETA'nın 8.30. maddesinin son cümlesinde, iki şapka sorununu giderici bir hüküm kabul edilmiştir. Hükme göre, hakemler atamayı kabul ettiklerinde gerek CETA gerek başka bir uluslararası anlaşma kapsamında devam eden ya da yeni bir yatırım uyuşmazlığında avukat, taraflarca atanmış tanık ya da taraflarca atanmış uzman olarak görev yapamayacaklardır.

Konu Merkez bakımından, Mayıs 2020 başında yayınlanmış olan ICSID ve UNCITRAL'in ortak hazırlamış olduğu yatırımcı-devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne dair davranış kodunda ("Açıklamalı Yatırım Uyuşmazlığı Davranış Kodu") ele alınmıştır.[74] Görüşler için kamuya sunulmuş olan taslak Kodun 6. maddesine göre önerilen hüküm, kabul aşamasındaki son

---

mary of Comments to the Proposals for Amendmentt of the ICSID Arbitration Rules, (IISD Comments) s. 10 https://icsid.worldbank.org/en/Documents/IISD.pdf Erişim Tarihi: 10.04.2020

72 LANGFORD Malcolm / BEHN Daniel / LIE Runar H, "The Ethics and Empirics of Double Hatting", **ESIL Reflections**, Vol. 6, Issue 7, s. 4 https://www.researchgate.net/publication/319562787_The_Ethics_and_Empirics_of_Double_Hatting Erişim Tarihi: 10.04.2020; ayrıca bakınız CROOK John R, "Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension", *in* **Symposium: A Focus on Ethics in Internatonal Courts and Tribunals**, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/FC6538AE5CBDF495577F94D8F51AFA0F/S2398772319000369a.pdf/dual_hats_and_arbitrator_diversity_goals_in_tension.pdf Erişim Tarihi: 10.04.2020.

73 **Working Paper 4**, s. 298-299.

74 Bakınız Açıklamalı Yatırım Uyuşmazlığı Davranış Kodu s. 16 vd. Yukarıda dipnot 69.

halinde CETA'da kabul edilmiş olan hükme göre daha liberal bir hüküm haline gelebilir. Çünkü kod taslağı açıklamalarında her iki opsiyonun da fayda ve sakıncaları tartışılarak her iki yönde alternatifli bir taslak metin oluşturulmuştur. Şöyle ki, taslakta hükmün CETA'daki gibi bir yasak olarak mı yoksa bir bildirim yükümlülüğü olarak mı kabul edileceği karara sunulmuştur.[75]

c. Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Aslında yukarıda iki başlık altında izah ettiğimiz konular da hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığı ile doğrudan ilişkilidir. Bu başlık altında tek bir paragrafta incelemektense, konuların önemine binaen ayrı ayrı başlıklarda değerlendirmeyi uygun gördük. Kurallarda bağımsızlık ve tarafsızlık başlığı ile detaylı bir düzenleme önerilmemiştir. Konu daha ziyade hakemlerin atamayı kabul etmesine ilişkin 19. kuralın ilgili 3. paragrafına göre vereceği Bildirim kapsamında değerlendirilmiştir. Hakemlerin ilgili Bildirimin 2. maddesine göre tarafsız ve bağımsız olduklarını bildirmelerinin yanı sıra 4/c maddesi kapsamında ise, bağımsız ve tarafsız olduklarını etkileyebilecek diğer herhangi bir durumu da açıklama yükümlülükleri vardır. Ancak, uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne dair imzalanmakta olan anlaşmalarda ve bazı model iki taraflı yatırım anlaşma metinlerinde bu konuda daha detaylı düzenlemelere atıf yapıldığını da görmekteyiz.[76] Örneğin, CETA'nın 8.30. maddesinde hakemlerin IBA'nın Rehberindeki kurallara uymaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. IBA Rehberinin ilk kısmı hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ayrılmıştır.

ç. Hakemlerin Reddi

Hakemlerin reddi konusunda fazla bir değişiklik önerilmemiştir. Yukarıda da izah edildiği üzere taraflarca ret talebine konu olabilecek hakem bildiriminin kapsamı önerilen kurallara eklenen Bildirimde genişletilmiştir. Ayrıca, ret prosedürünün başlangıcı otomatikman yargılamayı durdurmamaktadır. Ta-

---

[75] "*Article 6 Limit on Multiple Roles - Adjudicators shall refrain [from acting] / [disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/or] [the same treaty]*.".

[76] Konula ilgili detaylı bir çalışma için bakınız CLEIS Maria Nicole, **The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions**, 2017, özellikle s. 88 vd. https://www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w8h3hc.9?refreqid=excelsior%3Ab53e1c49e52510d35c9777638fce7256&seq=8#metadata_info_tab_contents Erişim Tarihi: 10.04.2020.

rafların yargılamanın devamı konusunda anlaşmaları imkânı ile yargılamaların uzamasının önlenmesi önerilmiştir. Ayrıca ret talebinin yapılmasına ilişkin süre de getirilmiştir. Talep hakem mahkemesinin kuruluşundan ya da tarafın redde konu olayı bildiği ya da bilmesi gerektiği tarihten itibaren 21 gün içinde yapılmalıdır. Söz konusu inceleme ve kararın diğer hakemlerden ziyade bağımsız bir organ tarafından yapılması bir üye devlet tarafından önerilmişse de bu konunun Konvansiyonun 58. maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle kabul edilmemiştir.[77]

d. Taraflarca Atama

Gerek Konvansiyon gerek Kurallara göre, hakemlerin atanmasındaki usul aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa, taraflar birer hakem atayacaklar hakem mahkemesinin başkanı olacak üçüncü hakem ise tarafların ortak kararlarıyla atanabilecektir. Kurallar bu konuda bir değişiklik önermemiştir. Zaten bu konu öncelikle Konvansiyonun 37. maddesi ile düzenlendiğinden kurallarda bu konuda bir değişiklik de getirilemez. Ancak burada kısaca belirtmekte fayda vardır ki, bazı yeni yatırım anlaşmalarında hakemlerin bağımsız bir organ tarafından atanabilmesi konusunda öneriler yapılmaktadır.[78] Kanımızca, bu son öneri uluslararası tahkimin niteliğine pek uygun düşmeyebilecektir. Taraflarca seçilen bağımsız ve tarafsız hakemler gerekli davranış kodları da kabul edildiğinde adil bir yargılamayı pekâlâ yapabileceklerdir. Kaldı ki, bazı durumlarda belirleyici oyu olabilecek yargılamayı yapan hakem mahkemesinin başkanının taraflarca anlaşarak atanabilecek olması ve anlaşma olmazsa bağımsız bir organ olarak İdari Konsey başkanınca atanması yeterli adil bir yargılamayı sağlayacaktır. Burada aslında ana sorun iki şapka konusu etrafında toplanmaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi, CETA benzeri bir hüküm getirilerek sorun çözülebilir. Hatta, hakemlerin bildirimine eklenmesi önerilen yeni 4/b maddesi ile de sorun bir şekilde giderilerek, hakemlerin taraflarca atanmasındaki olumsuz görüşler giderilebilir. Bu şekilde hakemlerin taraflarca ataması aslında tahkim yargılamasının taraflarca yürütülmesi temel ilkesi ile de uyumlu olmaktadır.

---

77 Konunun üye devletlerce Konvansiyon değişikliği yapılarak düzenlenmesi de önerilmiştir. **IISD Comments**, s. 11. Konuyla ilgili ICSID hakem kararlarının incelenmesi için bakınız **CLEIS**, s. 31 vd. Ayrıca bakınız, CRAWFORD James, "Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration", *in* CARON D David /et al, **Practising Virtue: Inside International Arbitration**, 2015, s. 597 vd.

78 Bakınız **IISD Comments**, s. 11.

B. Hakem Mahkemesince Atanan Uzmanlar

ICSID tahkim yargılamasında delillere ilişkin hükümler Konvansiyonun 43. maddesinde ve mevcut Tahkim Kuralları 33-36 arasında kapsamlı bir şekilde belirtilmiştir. Genel kabul edilen ilke gereği delillerin taraflarca getirilmesi benimsenmiştir.

Yeni önerilen 39. kural ile, tarafların uzmana başvurma haklarına halel gelmeksizin hakem mahkemesinin de gerekli gördüğü hallerde uyuşmazlığın kapsamına dair bir ya da birden fazla bağımsız uzman atama imkânı getirilmiştir. Aslında bu öneri mevcut hakem mahkemesi uygulamasının hükme kavuşturulmuş halidir. Benzer hükümler UNCITRAL Tahkim Kurallarında, ICC Tahkim Kurallarında, SCC Tahkim Kurallarında da bulunmaktadır. Hüküm, kuralın ilk taslak haline getirilen eleştiriler kapsamında özellikle Çalışma Belgesi-3 versiyonunda iki önemli ilaveyle mevcut önerilen halini almıştır.[79] Birincisi, söz konusu atama tarafların aksine bir anlaşma yapmaları ya da söz konusu atamaya onay vermemeleri halinde yapılamayacaktır. Kurala göre hakem mahkemesi bu atamayı yaparken uzman atama belgesi içeriğinde ve ücreti hakkında taraflara danışacaktır. İkincisi ise, atanan uzman ya da uzmanların son önerilen taslak ekinde EK-4'de belirtilen bildirimi atanma anında imzalamaları gereğidir. Bu bildirim de hakemlerin atamayı kabul anında verecekleri Bildirime benzer hükümler içermektedir.[80]

C. İlk Toplantı

"İlk Toplantı"("*First Session*") başlığı ile önerilen yeni 29. kural aslında mevcut kurallardaki 13. kural ile 20. kuralın birleştirilmesinden doğmuş ve mevcut uygulamayı da kurallaştırmıştır.[81] İlaveten, prosedürü hızlandırmak için hakem mahkemesinin oluşumundan itibaren 60 gün içinde yapılacak ilk toplantıdan sonra ilk usul kararı da 15 gün içinde verilmelidir. Ayrıca, 60 gün içinde ilk toplantı yapılamazsa ilk toplantının taraflarla birlikte mi yoksa sa-

---

79 **Working Paper 3**, s. 316-317. Bakınız UNCITRAL Tahkim Kuralları 2013 değişikliği ile değiştirilen Kural 29 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf, ICC Tahkim Kuralları 1 Mart 2017 versiyonu madde 25 https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_25, SCC Tahkim Kuralları 1 Ocak 2017 versiyonu madde 34 https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf Erişim Tarihleri: 10.04.2020.

80 **Working Paper 4**, s. 243-244. Bildirimde hakemlerinkine benzer şekilde bağımsızlık, tarafsızlık ve menfaat uyuşmazlığına ilişkin taahhütler bulunmaktadır.

81 **Working Paper 1**, s. 171-172.

dece hakemlerin kendi aralarında mı olacağına hakem mahkemesi karar verecektir. Son olarak, toplantı fiziken, uzaktan ya da hakem mahkemesinin uygun göreceği başka bir şekilde yapılabilecektir.

Ç. Uyuşmazlık Tarafı Olmayan Antlaşma Tarafının Katılımı

Uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilerin mevcut bir davaya layiha sunmalarına imkân veren mevcut kural 37/2 olup, hakem mahkemesince bu izin verilirken diğer şartların yanı sıra, bu kişinin yargılamada önemli bir menfaatinin bulunduğunun da tespiti gerekmektedir. Ancak, 2006 değişikliği ile getirilen mevcut 37. kuraldaki hükmün üçüncü kişilerin (*amicus curiae*) katılımı için pek yeterli olmadığı ileri sürülmüştür.[82]

Yeni önerilen 68. kural ile amaçlanan, mevcut kural kapsamındaki katılımlara ilaveten daha özel bir sebebe dayalı üçüncü kişi katılımıdır. Yatırım tahkimlerinin potansiyel olarak konusu itibariyle geniş bir etki alanı olması ve özellikle bir antlaşmadan kaynaklanan yatırım tahkimlerinde antlaşma tarafı fakat uyuşmazlık tarafı olmayan akit devletler ya da bölgesel ekonomik iş birliği organizasyonları (REIO-*Regional Integration Organisation*) bakımından da etkileri olması nedeniyle özel bir katılım hükmü önerilmiştir. Burada mevcut kuralın ötesinde, katılım sadece uyuşmazlığın kaynağı ve tahkime onayın dayanağı yatırım antlaşmasının tarafı olan diğer akit devlet ya da REIO'lara özgülenmiştir. Bu özgüleme kişi bakımından olmasının yanı sıra konu bakımından da sınırlandırılmıştır. Önerilen kurala göre, davaya sözlü[83] ya da yazılı katılım ancak ilgili antlaşmanın uyuşmazlıkla ilgili olarak "yorumlanması" için yapılabilecektir. Çalışma Belgesi-4'de öneriye getirilen ek hüküm ile hakem mahkemesi, ayrıca uyuşmazlık taraflarının görüşlerini de alarak kendisi de bu katılım davetini üçüncü kişi ilgili antlaşma akit devletlerine yapabilir.[84] Her hâlükârda, hakem mahkemesi bu katılımın yargılamayı akamete uğratmamasını ve taraflar üzerinde bir yük oluşturmamasını da dikkate alacaktır.

---

82 **IISD Report**, s. 14. Mevcut hükümler kapsamındaki durumun ICSID hakem kararlarının analitik bir incelemesini de içeren makale için bakınız BUTLER Nicolette, "Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: *Faux Amici* ?", **Nederlands International Law Review**, 66, April 2019, 143 vd. https://doi.org/10.1007/s40802-019-00132-8 Erişim Tarihi: 10.04.2020. Makalede, önerilen kuralların şeffaflık anlamında bir gelişme getirmekle beraber, aslında arzu edilen amacı tam sağlayamayacağı sonucuna varılmaktadır. Belki de bunun içindir ki, makale başlığında "sözde arkadaş= *Faux Amici*" tabiri kullanılmıştır. Amaca ulaşmak için ise ilave düzenlemeler yapılması/önerilmesi gereği de ifade edilmektedir. Bakınız s. 173 vd.

83 "Sözlü" ilavesi Çalışma Belgesi 4 ile getirilmiştir. **Working Paper 4**, s. 337-338.

84 Ibid.

Son olarak, dava taraflarının söz konusu katılımlar hakkında görüş bildirme bulunma hakkı da vardır.

Şayet söz konusu uyuşmazlık tarafı olmayan akit devletler daha geniş kapsamlı yani sadece yoruma özgü olmayan bir konuda da katılım yapmak istiyorlarsa, bunu yukarıda sözü edilen mevcut kuralın yeni dizaynıyla kural 67'ye göre yapabilirler. Kural 67'ye göre olan katılımlar yalnızca yazılı katılımları kapsamakta olup kuralda detaylı olarak belirtilen şartları da karşılamalıdır. Ayrıca bu kurala göre tarafların söz konusu katılım talebi üzerine vereceği görüşler başvurunun kabul edilip edilmemesini de içerebilecektir. Bu kuralın mevcut haline önerilen yeni bir hükümle üçüncü kişi katılımcının dava dosyasını inceleyebilmesi ise tarafların buna itiraz etmemesi ile mümkün olabilecektir. (Yeni kural 67/6) Tarafların herhangi birinin itirazının olması durumunda bu işlemin gerçekleşemeyecek olması hükümle sağlanabilecek faydayı oldukça azaltmaktadır. Mevcut kurala yapılan diğer önemli ilave ise, katılımı yapacak üçüncü kişilerin bu işlemi yaparken herhangi bir finansal ya da diğer bir destek alıp almadığının da belirtilmesidir. Görüleceği üzere, değişiklik önerilen mevcut kural 67'nin kapsamı yeni önerilen kural 68'e göre daha geniş olmakla beraber, farklı hüküm ve şartlara tabi olarak gerçekleşmesi de nispeten daha güç olabilecektir.

D. Üçüncü Kişi Finansmanı

Genel olarak uluslararası tahkimde ve özellikle uluslararası yatırım tahkiminde uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişi finansmanı (*Third Party Funding*) (TPF) yeni bir eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada uyuşmazlık tarafı olmayan finansman şirketleri özellikle davacı yabancı yatırımcıların dava masraflarını davanın sonucuna göre belli bir getiri üzerinden finanse etmeyi kabul etmektedirler.[85] Uluslararası yatırım uyuşmazlığı özelinde baktığımızda, bu tarz fonlamanın davalı olan devletlerin bu fonlara erişememesi nedeniyle yapısal bir dengesizliğe yol açabileceği ileri sürülmüştür.[86] Bu

---

[85] Bu konuda ICCA-Queen Mary tarafından hazırlanmış olan oldukça kapsamlı rapor için bakınız. ICCA (International Council for Commercial Arbitration) - Queen Mary (School of International Arbitration Queen Mary University of London) **Task Force Report on Third Party Funding in International Arbitration**, https://www.arbitration-icca.org/publications/Third-Party-Funding-Report.html Erişim Tarihi: 10.04.2020.

[86] Frank J Garcia, "The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration", **Investment Treaty News**, 30 Temmuz 2018. https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/ Ayrıca bakınız ÇALIŞKAN Yusuf,

kapsamda yapılan öneriler, ya bu yöntemin yatırım tahkiminde tamamen ya da kısmen yasaklanması ya da bu konudaki endişeleri giderici ancak aynı zamanda finansman olmamasından kaynaklı adalete erişim engelini de aşma yönünde bir düzenleme getirilmesidir.[87]

Kurallar bu konuda özellikle potansiyel menfaat çatışmasını önlemek için TPF sözleşmesine ilişkin bir bildirim zorunluluğu önermiştir. Yeni önerilen "Üçüncü Kişi Finansmanı Bildirimi" (*Notice of Third-Party Funding*) başlıklı kural 14 ile, taraflar uyuşmazlık tarafı olmayan üçüncü kişilerden doğrudan ya da dolaylı olarak almış olduğu finansmanı ya da fonları (davanın sonucuna bağlı olan bir ücret dahil) isim ve adresleri ile birlikte Genel Sekretere bildireceklerdir. Bu yükümlülük hem davanın açılması hem de davanın ilerleyen safhalarında vardır. Hatta, son Çalışma Belgesinde eklenen 5. paragraf ile hakem mahkemesinin finansman sözleşmesi ve finansmanı yapan kişi hakkında ilave bilgi talep edebileceği de kurala eklenmiştir. Bu son paragraf özellikle ilk taslakta sadece isim ve adresinin talep edilmesine olanak sağlayan hükme dar kapsamlı olması nedeniyle getirilen eleştirileri de karşılamıştır.[88] Bu yeni kural ile gerek hakemlerin menfaat çatışması kapsamında gerek Genel Sekreterin davayı tescil ederken yapacağı ilk değerlendirme yetkisi bakımından düzgün bir şekilde bilgilenmesi de sağlanmak istenmiştir.

E. Özel Usuller

Bu başlık altında davanın açıkça esastan yoksun ya da temelsiz olması, taleplerin bölünmesi (ayrılması) ve ilk itirazlar incelenecektir.

Mevcut kurallarda 2006 yılında yapılan son değişlikle 41. kural başlığı "ilk itirazlar"(*Preliminary Objections*) olarak değiştirilmiş ve genel yetki itirazı dışın-

---

"Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan**, 22, 2016, s. 646 vd. http://static.dergipark.org.tr/article-download/7642/fb40/862c/598c4f378b045.pdf? Erişim Tarihleri: 10.04.2020.

87 UNCITRAL'ın bu konudaki çalışmaları için bakınız https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding. UNCITRAL Çalışma Gurubu III bünyesinde 38. toplantının metninde de ifade edildiği üzere bu konu düzenlemeye muhtaçtır. Konunun tamamen yasaklanması yönünde görüşler olduğu gibi özellikle kobilerin de bu yargılamalara erişimi için sistemin mevcudiyetinin bir ihtiyaç olduğu da vurgulanmıştır. https://undocs.org/en/A/CN.9/1004. Bu konuda UNCITRAL Sekretaryasının muhtemel çözümleri önerdiği 2019 tarihli "**Note by Secretariat**" için bakınız https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.172. Erişim Tarihleri: 10.04.2020.

88 Eleştiriler için bakınız **IISD Comments**, s. 13.

da davanın esastan yoksun olduğuna dair ilk itiraz usulü de kurala dahil edilmişti. Son taslak öneri ile kurallara bu konuda ayrıntılı yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Aslında mevcut haliyle 41. kural ilk itirazlara ilişkin prosedürü, hakem heyeti gerekli gördüğünde farklı konuların ayrılarak yargılamanın farklı aşamasında incelenebileceğini ve davanın/iddianın açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu taleplerini hızlıca seri bir usulle yani yargılamanın ilk aşamasında görülmesini düzenlemişti.[89] Yeni önerilen kurallarda bu her üç konu da "Özel Prosedürler"(*Special Procedures*) başlığı ile VI. Bölüm altında 5 yeni kurala sirayet edecek şekilde düzenlenmiştir.[90]

Yeni 41. kural olarak "Hukuki Dayanaktan Açık Yoksunluk"(*Manifest Lack of Legal Merit*) düzenlenmiştir. Yeni kural bu başvurunun içeriğini, usulün netleştirilmesini, itirazın sunulması ve karar verilmesi süresini düzenlemiştir. Kuralın birinci paragrafına göre, bu yöndeki bir itiraz davanın esasına, Merkezin yetkisine ve hakem mahkemesinin görevine ilişkin olabilir. Böylelikle bu konuda bir açıklık getirilmiştir. İtirazı yapacak olan taraf bu itirazını hakem mahkemesi kurulduktan 45 gün içinde sunmalıdır. Hakem mahkemesi kurulmadan önce ise itiraz, Genel Sekretere sunulabilir. Hakem mahkemesi de bu konudaki kararını, bu mahkemenin kuruluşu tarihi ve itiraz hakkında son yazılı veya sözlü mütalaaların veriliş tarihlerinden hangisi sonra ise, o tarihten itibaren 60 gün içinde verecektir. İtiraz kabul edilirse bu konuda nihai karar (*Award*), aksi halde ise yargılamanın devamına karar verilecektir. Yeni hükümle bir standart sağlamak amacıyla karar için bir süre konulmuştur. Uygulamada hakem mahkemelerinin bu kapsamdaki itirazlar üzerine kararlarını ortalama 53 gün içinde vermiş olduğu da belirtilmektedir.[91] Son olarak belirtmekte fayda vardır ki, bu madde kapsamında itirazı reddedilirse tarafın yeni numara ile 43. kurala göre ilk itiraz yapmasına bir engel bulunmamaktadır.

---

89 Hızlandırılmış muhakeme usulüne ilişkin mevcut kural 41/5 kapsamında verilmiş olan ICSID hakem kararlarının detaylı bir analizi için bakınız HOWES B Ted /et al, "The Impact of Summary Disposition on International Arbitration: A Quantitative Analysis of ICSID's Rule 41(5) on Its Tenth Anniversary", **Dispute Resolution International**, Volume 13, No. 1, May 2019, s. 7 vd. https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2019/05/dri-main-pages--may-2019--howes-article.pdf Erişim tarihi: 10.04.2020.

90 2000-2017 seneleri arasında bölünme konusunda hakem mahkemeleri 115 karar vermişlerdir. Bu nedenle konunun ayrıntılı olarak daha açık ve yargılamayı uzatmayacak bir şekilde düzenlenmesi olumlu olmuştur. Bakınız **Working Paper 1**, s. 187. vd. Kural tek bir madde halinde düzenlenmişken bilahare ilk itirazlara ilişkin bölünme ile iki ayrı kural da ilave edilerek son taslak haline gelmiştir. Bakınız **Working Paper 2**, s. 197 vd.

91 **Working Paper 1**, s. 179.

41. kural açıkça hukuki bir temelden yoksun taleplerin bir an önce değerlendirilerek zaman ve para kaybına engel olmak amacıyla getirilmiştir. Hakem mahkemesi açıkça bir yoksunluk görmez ise davaya devam edeceğinden, talebi reddedilen taraf geniş yargılamayı gerektiren ilk itirazını da yapabilecektir.

42. kural ile taleplerin ayrılmasına ya da bölünmesine (*Bifurcation*) ilişkin yeni bir hüküm eklenmiştir. Bölünme esas olarak uluslararası tahkimde sık kullanılan bir kavramdır. Özellikle inşaat hukuku uyuşmazlıklarında, davanın esası incelenirken sorumluluk ve tazminatın hesabı ayrılarak değerlendirilir. Uluslararası yatırım tahkimi bakımından ise, bu daha çok yetkiye ve kabul edilebilirliğe dair itirazların davanın esasından ayrılarak evleviyetle çözülmesini ifade eder.[92] Elbette, yetki ve esasın birlikte incelenip bu defa zararlara ilişkin incelemenin ayrılarak incelenmesi de mümkündür. ICSID uygulamasında özellikle yetkinin esastan ayrılarak incelenmesi oldukça yaygındır. Bu konuda daha çok davalı devletler taleplerde bulunurlar. Buradaki amaç, yetki hükmünün bir an önce incelenerek davanın esasına girilmeden diğer bir deyişle daha fazla zaman ve para kaybı olmadan davanın yetkiden reddinin sağlanabilmesidir. Ancak, bölünme talebinin uygun görüldüğü tüm davalarda genel olarak davaların bitim sürelerinin kısaldığı söylenemez. Böyle olmakla beraber, genellikle ICSID tahkimlerine konu olan davaların yüksek düzeyde karmaşıklığı ve uzun bir zamana sirayet etmesi bölünme uygulamasının kabulünü meşrulaştırabilecektir.[93]

Yeni önerilen 42. kurala göre, ilk itirazlar kapsamında olmadan bir taraf bir sorunun, örneğin sorumluluk ya da tazminat gibi yargılamanın bir başka evresinde değerlendirilmesini talep etmişse, hakem mahkemesi bu talebi özellikle yargılamada usul ekonomisine olan katkısı, uyuşmazlığın tamamı ya da önemli bir kısmının çözümüne katkısı ve ayrı bir aşamada değerlendirmenin talebin niteliği gereği bölünmeyi mümkün kılıp kılmadığı noktalarından inceleyerek bu yöndeki kararını verecektir. Şayet bölünme talebi ilk itiraza ilişkin bir konu ise o zaman bu talep "Bölünme Talebi ile İlk İtirazlar"(*Preliminary Objections with a Request for Bifurcation*) başlıklı 44. kurala göre incelene-

---

92 CARLSON Marinn / CHILDRESS Patrick, "Bifurcation in Investment Treaty Arbitration", s. 48, in BARON Legum (Editör), **The Investment Treaty Arbitration Review**, Fourth Edition, 2019.

93 Bakınız FRANCK Susan D, "ITA (International Treaty Arbitration) Expansion, Time and Costs", s. 135 vd. *in* FRANCK Susan D, **Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration**, 2019.

cektir. Mevcut 41. kuraldaki genel ilk itirazlara yani uyuşmazlık ya da yan bir talebin Merkezin yetkisine ya da hakem mahkemesinin görevine girmediğine ilişkin ilk itirazlar yeni düzenlemede kural 43 olarak önerilmiştir. Bölünme talebi olmaksızın yapılacak ilk itirazlar ise Bölünme Talebi Olmaksızın İlk İtirazlar (*Preliminary Objections without a Request for Bifurcation)* başlıklı yeni 45. kurala göre değerlendirilecektir.

Hakem mahkemesi bu kurallar kapsamında bölünmeye karar verirse (Kural 42), tarafların aksine anlaşmış olmaları durumu hariç, ayırdığı soruna ilişkin yargılamayı erteleyebilecektir. Yine, ilk itiraz yapılmış olan durumda (Kural 43) hakem mahkemesi ilk itirazın ayrı bir prosedür olarak değerlendirmesini yapabileceği gibi davanın esası ile birlikte de değerlendirebilecektir. İlk itiraza ilişkin bir bölünme talebi konusunda ise hakem mahkemesi, ilk itirazı ayrı bir yargılama fazı olarak yapmaya karar verdiğinde esasa ilişkin yargılamayı erteleyerek, ilk itiraz hakkında kararını verebilecek ya da ilk itirazı davanın esasına ilişkin yargılama ile birleştirebilecektir. (Kural 44) Şayet taraflardan biri 44. kuralın 1/a bendindeki sürelerde ilk itiraza ilişkin bir bölünme talebinde bulunmazsa ya da taraflar birlikte bir bölünme talebinde bulunmayacaklarını teyit ederlerse o zaman hakem mahkemesi ilk itirazı davanın esası ile birleştirerek inceleyecektir. (Kural 45) Yeni önerilen kurallarla taleplerin bölünerek incelenebilmesi ve ilk itirazlar konusunda daha açık ve net bir yöntem sunulmuştur. Burada da amaç yine mümkünse taleplerin bölünerek yargılamanın en hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesidir.

Son olarak bu kısımda belirtelim ki, hakemlerin her hâlükârda ve her zaman bir uyuşmazlığın ya da yan bir talebin Merkezin yetkisinde ve kendi görevleri içinde olup olmadığına karar verme yetkileri tamdır.

F. Davaların Birleştirilmesi ve Koordinasyonu

Ortak bir hukuki temelden veya vakıadan kaynaklanmış taleplerin birleştirilmesi (*consolidation*) veya koordinasyonuna (*Coordination*) ilişkin özel bir hüküm mevcut kurallarda bulunmamaktadır. Konvansiyonda ise bu yönde bir uygulamaya izin verebilecek bir hüküm 44. madde olabilir. Maddeye göre, Konvansiyon ve Tahkim Kuralları kapsamında hükme bağlanmamışsa ya da taraflarca bu konuda bir anlaşma da yoksa böyle bir usuli mesele hakkında hakem heyeti karar verecektir. Yine mevcut kurallar 19'da hakem mahkemesinin yargılamanın yapılabilmesi için gerekli kararları vereceği belirtilmektedir. Mevcut ICSID uygulamasında bu durum ancak tarafların anlaşmasıyla

mümkün olabilmektedir. Nitekim, Genel Sekreter böyle durumlarda çelişkili kararların önlenmesi bakımından en azından hakem mahkemelerinin aynı kişilerden oluşturulması için çaba sarf etmektedir.[94]

Açık bir düzenleme olmaması karşısında ilk çalışma belgesinde Merkez, hem tarafların rızası ile ihtiyari birleştirme ve hem de hakem mahkemesi tarafından zorunlu birleştirmeye ilişkin öneri yapmıştır. Ancak, zorunlu birleştirmeye ilişkin kuralı taslak metnine dahil etmemiş bu konudaki çalışmasını üye devletlerin değerlendirmesine sunmuştur.[95] Üye devletlerden çoğunlukla gelen çekinceler ve bu tarz zorunlu birleştirme isteniyorsa bunun zaten yatırım anlaşmalarında hüküm altına alınabileceğinden bahisle, ikinci çalışma belgesinde bu öneri silinmiştir.[96] Sonuç olarak, konu son öneri taslağı 4. Çalışma Belgesinde 46. kural olarak önerilmiştir.

---

[94] Örneğin, *Salini v Morocco* ve *Consortium RFCC v Morocco* davalarında Genel Sekreter aynı hakem mahkemesinin atanmasını istemiş ve taraflar da kabul etmişlerdir. Ancak davalar ayrı ayrı görülmüştür. Bakınız KING Alice M, **The Consolidation of Claims in ICSID Arbitration**, 2008, s. 60 https://core.ac.uk/download/pdf/153552976.pdf Erişim Tarihi: 11.04.2020. Bu kapsamda, ortak hukuki ve vakıasal temeli olan ve aynı üyelerden oluşan hakem mahkemesinin atanarak koordine edilen davaların listesi için Çalışma Belgesi 1'e eklenmiş olan Ek 7 s. 838-840'a bakınız, aşağıda dipnot 95. Bu davalarla ilgili bir inceleme için ayrıca bakınız MAVROMATI Chrysoula / KINNEAR Meg, "*Consolidation of Cases at ICSID*", in Jurisdiction, Admissability and Choice of Law *in* **International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles**, KAPLAN Neil / MOSER Michael (Editörler), 2018, s. 243 vd. http://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-Kaplan-2018-Ch15 Erişim Tarihi: 11.04.2020. Uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamındaki tahkim yargılamalarının koordinasyonu için bakınız WAIBEL Michael, "Coordinating Adjudicating Processes", *in* **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, 2014, ZACHARY Douglas /e al (Editörler) s. 500 vd. https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199685387.001.0001/acprof-9780199685387-chapter-17 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

[95] **Working Paper 1**, s. 192 vd. Zorunlu birleştirme (*Consolidation by Order*) mükerrer kural olarak değerlendirmeye sunulmuştur. Ayrıca bu Çalışma Belgesine eklenen 7 numaralı ek ile bu konularda detaylı açıklamalar yapılmıştır. Schedule 7: Multiparty Claims and Consolidation, Working Paper 1, s. 832 vd. Bu konuda bir başka çalışma da birleştirme için onayın önemine işaret etmektedir. Bakınız KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *et al*, "Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations be Handled Efficiently? Final Report on the Geneva Colloquium Held on 22 April 2006", **ICSID Review- Foreign Investment Law Journal**, 2006, Volume 21, No. 1, s. 119.

[96] **Working Paper 2**, s. 210. Bu arada, ilk öneride "Taraflarının Onayı İle Birleştirme veya Koordinasyon"(*Consolidation or Coordination on Consent of Parties*) olan kural başlığı ikinci çalışma belgesinde "Tahkimlerin Birleştirilmesi ve Koordinasyonu"(*Consolidation or Coordination of Arbitrations*) olarak adlandırılmıştır.

Kurala göre, Merkez tarafından idare edilmekte olan iki veya daha fazla tahkimde taraflar söz konusu tahkimlerin birleştirilmesi ya da koordinasyonu konusunda anlaşabilirler. Davaların birleştirilmesi, talep edilen davalar bakımından o davaların tüm yönleriyle birleştirilip yargılama sonucunda tek bir kararla (*Award*) sonlandırılmasıdır. Ancak birleştirme olabilmesi için, davaların **Konvansiyon kapsamında** bir dava olarak tescil edilmesi ve aynı akit devlete ya da onun bir alt birimi ya da ajanına yöneltilmiş olmalıdır. (Kural 46/2) Diğer bir deyişle, bu ilave hükümle kural birleştirmeyi yalnızca Konvansiyon kapsamında ICSID tahkimleri arasında öngörmektedir. Oysa, 1. Çalışma Belgesindeki ilk taslak bu ilaveyi içermediğinden Merkez tarafından idare edilmek kaydıyla ICSID Konvansiyonu Tahkimi yanı sıra ICSID EK İmkân Tahkimini, UNCITRAL Kurallarına göre tahkimi ve diğer *ad hoc* tahkimleri de kapsayıcı şekilde dizayn edilmişti.[97] Söz konusu 2. paragraf sebebiyle hükmün uygulama alanının daraltılmış olduğunu söyleyebiliriz.[98]

Koordinasyon/eşgüdüm ise, iki ya da daha fazla tahkim davasının bazı usul konularının birbirlerine yakınlaştırılmasını amaçlar, ancak her iki dava da ayrı yargılamalar olarak devam eder. Sonucunda da iki ayrı karar verilir. Koordinasyona örnek olarak, hakem mahkemelerinin aynı hakemlerden oluşması, ortak yargılama takviminin tespit edilmesi, ortak hükümler ve vakıalar temelinde ortak duruşmaların yapılması sayılabilir. Kuralda (46/3) birleştirme için önerilen Konvansiyon kapsamında tescil edilen tahkimler kaydı koordinasyon bakımından bulunmadığından, yine Merkez tarafından idare edilmek kaydıyla (Kural 46/1) ama Konvansiyon kapsamında bir ICSID tahkimi olarak tescil edilmiş olmasını aramaksızın yukarıda sayılan diğer tüm tahkimler için de koordinasyon mümkün olabilecektir.

G. Yargılama Masrafları

Konvansiyonun 61. maddesinin 2. fıkrası tahkim yargılamasında masraflar hakkında nasıl karar verileceğine dair genel bir hüküm içermektedir. Hükme göre, hakem mahkemesi bu hususu vereceği kararında kendi inisiyatifinde karara bağlayacaktır. Kuralların mevcut halinde ise bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır.

---

97 Bakınız **Working Paper 1**, s. 192. İlave hüküm ise 2. Çalışma Belgesinde getirilmiştir. Bakınız **Working Paper 2**, s. 207-209.

98 Ek İmkân Tahkim Kurallarında da birleştirme için yine bu kurallar kapsamında bir tahkim olması önerilmiştir. **Working Paper 4**, Kural 56/2, s. 421.

Önerilen yeni kurallar kapsamında ilk olarak Çalışma Belgesi 1'de masrafların nasıl hükme bağlanacağına ilişkin bir hüküm önerilmemişti. Sadece 19. kuralda avans ve yargılama masrafları olarak önerilen hükümler, Çalışma Belgesi 2'de masraflar başlıklı yeni bir bölüm (Bölüm VIII) ihdas edilerek, yargılama masrafları, avans ödemeleri, masraflar hakkında tarafların sunumları ve karar olmak üzere dört farklı kural halinde bir düzenleme olarak önerilmiştir. Böylelikle yargılama masrafları ayrıntılı bir yeni düzenlemeye kavuşabilecektir.[99]

Yeni kural 49'da taraflarca katlanılacak masrafların neler olduğu, tarafların masrafları ve hukuki hizmet ücretleri, hakem mahkemesinin ve taraflarca onaylanmış yardımcılarının masraf ve ücretleri ve Merkezin direkt masrafları idari masraflar olarak belirtilmiştir. Masraflara ilişkin temel hüküm ise yeni 52. kuralda düzenlenmiştir. Kurala göre, masraflar gerekçelendirilerek kararın (*award*) bir parçası haline getirilecektir. Hakem mahkemesi masraflar hakkında karar verirken her türlü durumu dikkate alacaktır. Ancak hakemler özellikle, yargılamanın tamamı ya da bir kısmının neticesi, tarafların yargılamanın hızlı ve az masraflı olabilmesi yönündeki tutumları olmak üzere yargılama sırasındaki genel tutumları, meselelerin karmaşıklığı ve talep edilen masrafların makul olup olmaması unsurlarına bakarak karar vereceklerdir. Aynı şekilde, hakemler geçici nitelikte olmak üzere masraflar hakkında her zaman karar verebileceklerdir. Özellikle yargılamanın sonucuna göre daha belirgin kıstaslara göre bir karar vermelerine ilişkin hüküm bazı üye devletler tarafından talep edilmişse de mevcut önerilen haliyle kuralın bu hususu kapsadığı ifade edilmiştir.[100] Yargılama masraflarının tümünün davayı kaybeden davacı üzerinde bırakılmasına ilişkin bir hüküm yeni kurallarda da önerilmemiştir. Çünkü bu yönde bir kural Konvansiyonun 61. maddesinde düzenlenen hakem mahkemesinin takdirine aykırı olacaktır. Bu öneri ise ya Konvansiyon hükmünün değiştirilmesi[101] ya da devletlerin yapacağı yatırım anlaşmalarına koyacakları bir hükümle mümkün olabilecektir.

---

[99] **Working Paper 2**, s. 560 vd.

[100] **Working Paper 4**, s. 332. Bazı yazarlarca, masrafların öngörülebilirliğine ilişkin olarak, keskin çizgilerle önceden bir belirleme yerine, masrafların paylaşımı konusunda daha yumuşak bir çözümle konunun detaylandırılarak hakem heyetinin takdirine bırakılması önerilmiştir: GOTANDA John Y, "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, Volume 28, No. 2, 2013, s. 437. Aslında yeni önerilen kurallar bu yazarca önerilen sistemi karşılamaktadır.

[101] **IISD Report**, s. 7. Bu raporda bu yönde bir görüş belirtilmiştir.

Yeni kural 41'e göre davanın esastan açıkça yoksun olduğuna dair itirazın incelemesi sonucunda karar lehine olan taraf için tahmini/farazi masraflara hükmedilmesine ilişkin bir düzenleme talep eden bazı devletlerin talebi kabul edilmemiştir. Bu talebin kabul edilmeme nedenleri de şu şekilde sıralanmıştır: Konvansiyonun 61. maddesindeki temel esaslara göre bu konuda karar verme yetkisi hakem mahkemesindedir ve yeni önerilen düzenlemeye göre de hangi unsurların dikkate alınacağı bir rehber olarak verilmiştir. İkinci olarak, mevcut ya da önerilen herhangi bir hükümde farazi bir masraf düzenlenmemiş olduğundan salt bu konuya özgü bu yönde bir farazi hüküm uygunsuz olacaktır. Üçüncü olarak, bu kısa yargılama sonunda ortaya çıkan durum tahmini masrafı belirlemek için dahi net olmayabilir. Örneğin karar kısmen kabul olabilir. Dördüncü ve son olarak, bu konuda bir düzenleme isteyen devletler bunu yatırım anlaşmalarında zaten hükme bağlayabileceklerdir.[102]

Bazı devletler yeni kural 14'e göre üçüncü kişi finansman sağlayıcılar konusundaki bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenler için, bu durumun masraflar hakkında karar verirken dikkate alınması talep edilmişse de, konu zaten kural 52/1/b'de hakemlerin masraflar hakkında karar verirken dikkate alacakları tarafların tutumunun bu konuyu da kapsayacağından bahisle kabul edilmemiştir.[103]

Ğ. Masraflar İçin Teminat

Mevcut durumda Konvansiyonda ve kurallarda dava sonunda haklı çıkacak davalı taraf (devlet) lehine, katlanılan yargılama masraflarının ödenmesini teminen teminata hükmedilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Merkezin pratiğinde bu konudaki kararlar mevcut kurallardan kural 39'a göre ihtiyati tedbirler kapsamında alınmaktadır. ICSID uygulamasında kamuya açıklanmış olan kararlara bakıldığında, 2018 yılına kadar bu konuda davalı devletler lehine tek bir karar bulunmaktadır.[104] Aynı yönde bir hüküm UNCITRAL kuralları kapsamında verilmiş olan bir kararda da görülebilir.[105]

---

[102] **Working Paper 3**, s. 320. Benzer yönde açıklama **Working Paper 4**, s. 322.

[103] **Working Paper 3**, s. 296.

[104] *RSM Production Corporation v Saint Lucia*, ARB/12/10, 13 Ağustos 2014 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf, Erişim Tarihi: 11.04.2020. bakınız **Working Paper 1**, s. 231. Ayrıca bu karar hakkında ROSENFELD Friedrich, "Security for Costs in ICSID Arbitration: RSM Production Corporation v St Lucia", **Arbitration International**, 2016, 32, s. 157 vd.

[105] *Serafin Garcia Armas and Karina Garcia Gruber v The Bolivarian Republic of Venezuela*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-3, CHARLOTIN Damien / PETERSON Luke E, Arbitrators Ask

Yargılama masrafları için teminat konusu da yeni bir kural olarak gündeme gelmiştir. Posta kutusu ve benzeri formda olup varlıkları bulunmayan şirketler tarafından özellikle hukuki temeli olmayan davalar açıldığında ve bu şirketlerin davaları kaybettiğinde davalı devletler lehine hükmedilecek masrafların tahsili bir sorun olarak davalı konumunda bulunan üye devletler tarafından ortaya konulmuştur. Merkez bu kuralın ilk önerisinin yapıldığı 1. Çalışma Belgesinde teminatın lehinde ve aleyhinde olan görüşleri de sıralayarak oldukça detaylı bir inceleme yapmıştır. Özellikle uluslararası tahkime ve yatırım anlaşmalarına ilişkin düzenlemelere bakıldığında, tüm önde gelen tahkim merkezlerinin kurallarında bu yönde hükümler bulunduğu tespit edilmiştir. Aynı şekilde, Avrupa Birliğinin imzalamış olduğu bazı serbest ticaret anlaşmalarında da masraflar için teminat konusunda düzenlemeler yapılmıştır. Tüm bu düzenlemeleri dikkate alan Merkez masraflar için teminat talep edilebilmesi imkânını yeni bir kural olarak önermiştir.[106]

Son çalışma belgesinde önerilen şekliyle yeni kural 53 olarak üye devletlerin değerlendirmelerine sunulmuştur. Kurala göre, hakem mahkemesi herhangi bir iddianın ya da karşı iddianın ileri sürülmesi halinde diğer tarafın talebi üzerine masraflar için teminat verilmesini emredebilir. Süre olarak, hakem mahkemesi bu yöndeki kararını mahkemenin kurulması tarihi ve son yazılı veya sözlü mütalaaların yapılması tarihlerinden hangisinin tarihi en sonra ise bu tarihten itibaren 30 gün içinde verecektir. Hakemler bu kararı verirken her türlü durumu dikkate alacaklardır. Özellikle, teminat verecek tarafın masraflarla ilgili aleyhine olan kararı yerine getirme imkânı, bu tarafın bu konudaki isteği, teminatın verilmesinin bu tarafın iddiasını ya da karşı iddiasını ileri sürebilmesine etkisi ve tarafların davranışları dikkate alınacaktır. (Kural 53/3) Elbette hakem mahkemesi söz konusu teminat verilmesi yönündeki emrini her zaman değiştirebilir ya da geri alabilir. Teminat verilmesi emri yerine getirilmezse hakem mahkemesi yargılamayı erteleyebilir. Bu erteleme 90 günden fazla sürerse taraflarla da istişare ederek hakem mahkemesi yargılamanın sonlandırmasına karar verebilir. Belirtelim ki, masraflar için teminat

---

Claimants to Prove that They are Solvent Enough to Pay any Eventual Adverse Costs Orders in BIT Claims Against Venezuela, **Iareporter**, https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-ask-claimants-to-prove-that-they-are-solvent-enough-to-pay-any-eventual-adverse-costs-orders-in-bit-claims-against-venezuela/ Kararın İspanyolca orijinali için https://www.italaw.com/cases/2869 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

106 **Working Paper 1**, 229-236.

gösterilmesi talebini davanın taraflarından herhangi biri yapabilir. Yani bu talep sadece davalı konumunda olan devletler için önerilmemiştir.[107]

Üçüncü kişi finansmanının bulunduğu davalar bakımından[108] bir hüküm taslak öneriye 4. paragraf olarak Çalışma Belgesi 3'de eklenmiştir.[109] Bir davada üçüncü kişi finansmanı olduğunda masraflar için teminat verilmesinin finansman temin eden bu taraf için otomatik olması önerilmiş fakat bu öneri çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir. Ancak bu kapsamda, böyle bir finansman olduğunda bu hususun da teminat kararının verilmesinde bir delil olarak 4. paragrafta özellikle dikkate alınacak unsurlardan sayılmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir. Buna rağmen yine de açıkça ifade edilmiştir ki, bizatihi üçüncü kişi finansmanın bulunması teminat gösterme yükümü bakımından tek başına yeterli olmayacaktır. Kuralın (53/4) son önerilen halinde, üçüncü kişi finansmanının mevcudiyetinin "delillerin bir parçası olarak" değerlendirileceği de metne Çalışma Belgesi-4'de dahil etmiştir.[110] Sonuç olarak, bizatihi bu durumun varlığı teminat verilmesi için yeterli olmayacaktır.

H. Süreler

Sürelerin sınırlandırılması ya da sınırlarına ilişkin hükümler mevcut kurallarda 26. kural olarak düzenlenmiştir. Nispeten kısa üç paragraf halinde düzenlenmiş bu hükümlerin özellikle, yeni değişikliklerin amaçlarından biri olan daha kısa sürede yargılamaların sonlandırılması amacı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu amaçla 1. Çalışma Belgesinde bu konuyu kapsamak üzere üç farklı kural olarak yeniden düzenleme getirilmiştir. Sürelerin hesaplanması, Konvansiyon, Kurallar ve Genel Sekreter tarafından tespit edilen süreler ve hakem mahkemesi tarafından tespit edilen süreler ana başlıklarıyla ilk öneriler yapılmıştır.[111] 2. Çalışma Belgesinde üye devletlerden gelen yorumlar değerlendirilerek önerilerde kapsamlı değişiklikler yapılmış ve son iki konu, taraflar ve hakem mahkemelerine uygulanan süreler

---

107 Bu teminatın sadece devletler lehine önerilmesi de savunulmuştur. **IISD Report**, s. 8.

108 Bu konuda bakınız SÜRAL EFEÇINAR Ceyda, "Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018(2), s 33 vd. http://static.dergipark.org.tr/article-download/b9e4/cb90/49e0/5c10e61aee10b.pdf? Erişim Tarihi: 11.04.2020.

109 **Working Paper 3**, s. 333-335, 295.

110 **Working Paper 4**, s. 324 "*... The existence of third-party funding may form part of such evidence ...*".

111 **Working Paper 1**, s. 99 vd.

olarak değişik iki ayrı başlık altında detaylı olarak incelenmiş olup ilgili süreler tablolar halinde verilmiştir.[112] Benzer değişiklik eğilimi 3. Çalışma Belgesinde de devam etmiş ve taraflara uygulanacak süreler iki kurala ayrılarak, ilki sürelerin tespiti diğeri de taraflara uygulanan sürelerin uzatılması olarak düzenlenmiştir.[113] Son öneri taslağı olan Çalışma Belgesi-4'de ise bazı değişikliklerle konu dört kural altında yeni bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.[114]

Kural 9 sürelerin hesaplanmasına ilişkin olup, takvim olarak sürelerin başlangıcına ilişkin hükümleri içermektedir. Sürelerin tespiti ise, Konvansiyonda ve Kurallarda özel olarak belirtilmeyen sürelerin hakem mahkemesi veya Genel Sekreter tarafından ancak taraflara danışılarak tespit edileceği kural 10 olarak önerilmiştir. Yeni kural 11'de ise, sürelerin uzatılması, uzatılmaması ya da uzatıldığı halde bu süreye de uyulmazsa bunun sonuçları düzenlenmiştir. Bu kurala göre, Konvansiyonda hakem mahkemesinin kararına karşı tarafların yapabileceği başvurulara dair süreler, (Konvansiyon madde 49-51) uzatılamayacak olup, süreler dışında yapılan işlemler de dikkate alınmayacaktır. Ayrıca, Konvansiyon ve Kurallarda belirtilen süreler ancak tarafların anlaşması ile uzatılabilecektir. Yine bu süreler zarfında yapılmayan işlemler tarafların aksine anlaşması ya da hakem mahkemesinin bu süreye uyulmamasını meşru kılacak özel durumların olduğuna karar vermesi durumu[115] hariç dikkate alınmayacaktır. Bu durumda, Konvansiyon ve Kurallarda belirtilen (Konvansiyonun 49-51. maddesinde belirtilenler hariç) ya da tarafların anlaşması ile uzatılan bu sürelerde yapılmayan işlemler diğer tarafın onayı olmadığı ihtimalde dikkate alınmayacaktır. (Kural 11/2) Son olarak, hakem mahkemesi ya da Genel Sekreter tarafından tayin edilen süreler ise, taraflarca anlaşarak ya da hakem mahkemesi veya Genel Sekreter tarafından bir tarafın talebi üzerine uzatılabilir. Benzer şekilde bu sürelere uyulmadan yapılan işlemler tarafların anlaşması ile ya da hakem mahkemesi veya Genel Sekreterin duruma göre süreye uyulmamanın meşru bir sebebe dayanması kararı üzerine dikkate alınabilecektir. (Kural 11/3)

Bu kapsamda yeni önerilen son kural 12 ise, hakem mahkemesine uygulanacak süreleri düzenlemektedir. Kural ilk haliyle Çalışma Belgesi-2'de öneril-

---

112 **Working Paper 2**, s. 99 vd.

113 **Working Paper 3**, s. 289 vd.

114 **Working Paper 4**, s. 290 vd.

115 Çalışma Belgesi 3 önerisinde bulunmayan bu ikinci ihtimal Çalışma Belgesi 4 ile eklenmiştir. **Working Paper 4**, s. 291-292.

miştir.[116] Buna göre, hakem mahkemesi tüm sürelere uyarken en iyi çabayı (*best effort*) gösterecektir. Son şekline Çalışma Belgesi-3'de getirilen bu hükümdeki "tüm süreler" tabiri yerine, açıklık olması bakımından hakem mahkemesinin vereceği emirler, ara kararlar ve karara ilişkin süreler ibareleri eklenmiştir.[117] Sürelere uyulamama durumu olursa, hakem mahkemesi bu durumu açıklayan sebeplerle ve bu işlemlerin tahminen gerçekleştirme tarihlerini de tespit ederek taraflara bildirecektir. Tarafların sürelere uymamasının yukarıda izah edildiği üzere bir müeyyidesi önerilmişken, hakem mahkemesinin sürelere uymamasının bir müeyyidesi önerilmemiştir. Hüküm bu yönüyle eleştirilmiş, en azından sürelere uymayan hakem mahkemeleri bakımından örneğin ücretlerinin indirimi gibi bir dengeleyici hüküm konulabileceği ileri sürülmüştür.[118]

I. Karar Süresi

Konvansiyonun 48. maddesi karar (*the Award*) başlığı ile kararın verilmesini düzenlemiştir. Ancak Konvansiyonun bu hükmünde kararın verileceği süre ile ilgili bir belirleme yapılmamıştır. Mevcut kurallar 46'da ise, kararın yargılamanın kapanışından itibaren 120 gün içinde verileceği belirtilmiştir. Ayrıca hakem mahkemesinin bu süreyi 60 gün daha uzatabileceği de öngörülmüştür. Hüküm bu haliyle, yargılamanın kapanışına (*closure of the proceeding*) referans yapması nedeniyle kararın verilişi bakımından bir sınırlama getirmekten uzaktır. Çünkü, hakem mahkemesi yargılamayı neredeyse karar verilene kadar sonlandırmış olmamaktadır. Bu nedenlerle de uygulamada görüldüğü üzere kararların ortaya çıkması uzun zaman almaktadır. ICSID tahkiminde 2018 itibariyle son 15 yılda açılmış olan davalara bakıldığında davaların ortalama sona erme süresinin 49 ay olduğu da belirtilmektedir.[119]

Üye devletlerin karar sürelerinin uzun olması ve doğru orantılı olarak maliyetlerin de artması nedeniyle bu yönde eleştirileri olmuştur. Yeni önerilen kural, mevcut kuraldaki "yargılamanın kapanışı" referans noktasını kaldırmış ve

---

116 **Working Paper 2**, s. 110.

117 **Working Paper 3**, s. 292 "*... orders, decisions and the Award.*".

118 **IISD Report**, s. 6. Ayrıca bakınız FRANCK Susan D, "The Way Forward", s. 300-301 *in* **Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration**, 2019.

119 **Working Paper 1**, s. 257. Çalışma Raporu 1'e eklenen Ek-9'da 1 Ocak 2015 ile 30 Haziran 2017 tarihleri arasında karara bağlanan 63 dava incelenmiş ve bu davalarda hakem mahkemesinin kuruluşundan karar verilinceye kadar geçen ortalama sürenin 43 ay olduğu tespit edilmiştir. Bu ekte ICSID tahkimindeki süre ve maliyet ilişkisi detaylı bir şekilde incelenmiştir. Ayrıca bakınız **FRANCK**, 2019a, s. 114 vd.

hareket noktasını daha somut usuli tarihlere göre tespit etmiştir. Bunu yaparken kurallar kapsamında farklı yargılama usullerini de dikkate alarak bir belirleme yapmıştır. Önerilen kurala göre, şayet karar kural 41/3'deki açıkça hukuki temelden yoksun olma talepli yargılamaya göre verilecekse, hakem mahkemesinin kuruluşu tarihi ve son yazılı ya da sözlü mütalaalardan hangisinin tarihleri sonra ise o tarihten itibaren 60 gün içinde verilmelidir. Önerilen kural 44/3/c bendine göre ilk itirazın davanın esasının incelenmesinden ayrılarak incelenmesi (*bifurcation*) talebi kapsamındaki ilk itiraza ilişkin verilecek karar ise, son yazılı ya da sözlü mütalaalardan hangisinin tarihi sonra ise o tarihten itibaren 180 gün içinde verilecektir. Nihayet hakem heyeti, diğer her türlü ihtimalde son yazılı ya da sözlü mütalaalardan hangisinin tarihi sonra ise o tarihten itibaren 240 gün içinde nihai kararını verecektir. Son olarak belirtelim ki önerilen kurala göre, taraflarca masraflar hakkında sunulan mütalaalar bu kapsamda bir mütalaa olarak sürenin başlangıcında dikkate alınmayacaklardır.

İ. Şeffaflık ve Dava Malzemelerinin Yayını

Uluslararası yatırım tahkimlerinde doğal olarak davalı tarafında devletleri görmekteyiz. Bu davaların gerek dava konusu miktarlarının yüksekliği gerek konularının genel kamuyu da ilgilendirdiği birçok hallerde şeffaflık konusu da öne çıkmaktadır.[120] Doğrudan ya da dolaylı olarak kamuyu da ilgilendiren yatırım tahkimi davalarında bu nedenle kamunun ve daha da önemlisi bu davalarla ilgilenen çevrelerin davaların mevcudiyetinden ve davalarda verilen kararlardan bilgilendirilmeleri, yatırım tahkimlerindeki artışa paralel olarak daha da büyük önem kazanmıştır. Söz konusu şeffaflığın sağlanabilmesi, ilgili yargılamaların tüm aşamasında belli konular bakımından açıklık kuralının benimsenmesi ile mümkün olabilecektir.

Nitekim bu ihtiyaç gözetilerek, UNCITRAL'in Antlaşma Temelli Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Hakkındaki Kuralları 2013 Aralık ayında kabul edilerek kullanıma sunulmuştur.[121] Şeffaflık kuralları, bir yatırım anlaşması kap-

---

[120] Bakınız IBA Report, **Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration**, November 2018, s. 53 vd. https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=expedited+arbitration+in+investment+treaties&ie=UTF-8&oe=UTF-8 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

[121] https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf Bu konudaki gelişim tarihçesi için bakınız IISD, **Transparency and the UNCITRAL Arbitration Rules**, https://www.iisd.org/project/transparency-and-uncitral-arbitration-rules. Kurallar 1 Nisan 2014 tarihi itibariyle yürürlüktedir. UNCITRAL Tahkim Kurallarına 2013 yılında 1. maddeye eklenen 4. paragraf ile, yatırımların ya da yatırımcının

samında UNCITRAL kurallarına göre başlatılan yatırım tahkimlerine uygulanacaktır. Ayrıca, şeffaflık kurallarına standart kurallar olarak yatırım anlaşmalarında referans da yapılmaktadır. Bu kurallara göre, tahkimlerdeki kamu menfaati ya da kamu ilgisi gözetilerek şeffaflığın getirilmesi ile uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının uyumlu bir hukuki çerçevede adil ve etkili çözümü de sağlanabilecektir. Bunu gerçekleştirmek için -belli istisnalara tabi olarak (Madde 7)- tahkim talebinin, davanın detaylarının, tüm yazılı mütalaaların/iddiaların ve hakem mahkemesinin tüm kararlarının yayınlanması öngörülmektedir. Benzer şekilde yine Birleşmiş Milletler'in 2014 tarihli Antlaşma Temelli Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Konvansiyonu (Moritus Konvansiyonu) (*United Nations Convention on Transparency in Treaty Based Investor-State Arbitration*) da Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[122] Konvansiyon, şeffaflıkla ilgili UNCITRAL Kurallarının taraf devletlerce UNCITRAL tahkim kurallarına göre olsun olmasın tüm yatırım tahkimlerine uygulanacağını hüküm altına almıştır. Ancak Konvansiyon taraf devletlere Konvansiyon hükümlerinin uygulama alanını daraltmak amacıyla koyabilecekleri belli çekinceleri de 3. maddesinde belirtmiştir.

ICSID Konvansiyonunda konuyla ilgili 48/5. maddeye göre Merkez, kararları tarafların onayı olmadan yayınlayamayacaktır. Mevcut Tahkim Kurallarının 48/4. hükmü kapsamında ise, Konvansiyondaki kural ilke olarak tekrarlanmakla beraber, akabinde hakem mahkemesince verilen hukuki gerekçeden alıntıların vakit geçirmeksizin yayınlanması öngörülmüştür. Elbette yukarıda belirttiğimiz gelişmeler karşısında yeni kurallarda da bazı ilave açılımlar gerekli olmuştur.

İlk çalışmanın yapıldığı Çalışma Belgesi 1'de konuyla ilgili 3 yeni kural önerilmiştir.[123] Prensip olarak mevcut durumda yayının sadece kararlara (*award*) ilişkin olan hükmü genişletilerek, hakem mahkemesince verilen diğer usuli emirlere (*order*), ara kararlara (*decision*) ve hatta tarafların sundukları layihalara kadar kapsayıcı bir öneri halini almıştır.

---

korunmasını öngören bir antlaşmaya göre başlatılan yatırımcı-devlet tahkiminde UNCITRAL Kurallarına yapılan referans Şeffaflık Kurallarını -bu son kuralların 1. maddedeki uygulama alanında tabi olarak- da kapsayacaktır. Şeffaflık Kuralları prensip olarak tarafların aksine anlaşmaları hariç 1 Nisan 2014 tarihi dahil daha önce imzalanmış olan antlaşmalara göre başlatılan ya da başlatılacak UNCITRAL tahkimlerine uygulanacaktır. Erişim Tarihleri: 11.04.2020.

122 https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXII-3&chapter=22&lang=en Konvansiyon ABD ve İngiltere de dahil 23 ülke tarafından imzalanmış ancak şu anda İsviçre, Kanada, Gambia, Kamerun ve Moritus için yürürlüktedir. Erişim Tarihi: 11.04.2020.

123 **Working Paper 1**, s. 205 vd.

Çalışma Belgesi 1 konuyla ilgili olarak ilk önce kararların yayınlanmasına ilişkin Konvansiyondaki sınırlayıcı hükmü de hatırlatarak, tarafların Moritus Konvansiyonunu kabul ederek bu konuda yatırım antlaşmalarında, yatırım sözleşmelerinde ve hatta iç mevzuatında yayınlara ilişkin hususu açıklığa kavuşturabileceklerini söylemiştir.[124] Tabii ki bir diğer ihtimal de, ICSID Konvansiyonunda yapılabilecek bir değişikliktir. Ancak değişiklik için oy birliği gerekli olduğundan bu zor ve uzun bir süreç olabilecektir.

Yeni kurallarda önerilen en önemli yenilik gerek hakem kararının (*award*) gerek iptal kararının (*Decision on annulment*) yayınlanması konusunda gerekli olan onayın belli durumlarda verilmiş sayılacağına ilişkin kural 62/3'dür. Buna göre, kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde yayınına itiraz etmeyen taraf kararın yayınına onay vermiş kabul edilecektir. Şayet, gerek açık onay gerek bu kurala göre bir onay olmadığında ise, Merkez sadece karardan alıntıları yayınlayacaktır. Buradaki yeni düzenleme ile önerilen hukuki gerekçeden alıntıların değil doğrudan karardan alıntıların yayınlanması olarak ifade edilmiştir. Söz konusu mevcut düzenleme Çalışma Belgesi 3'e kadar muhafaza edilmiştir. Çalışma Belgesi 3'de bunun zaten mevcut yayınlama uygulamasını yansıttığı ifade edilerek "hukuki gerekçe" referansı öneriden çıkarılmıştır.[125] Kural, izleyen paragraflarında tarafların onayının olmadığı durumlarda söz konusu alıntılama işleminin nasıl yapılacağını da belirtmektedir. Genel Sekreter, dokümanı ya da kararı kısaltarak taraflara gönderir. Tarafların yayınlanacak kısımla ilgili itiraz ve görüşlerini aldıktan sonra da karar alıntısı yayınlanır. Ancak belirtmek gerekir ki, bazı üye devletlerin isteği üzerine Çalışma Belgesi 4'de tarafların Merkeze sunacakları itiraz ve yorumlarda alıntılanan metinler içinde nelerin gizli ya da korunan bilgi olduğunu bildirebilecekleri hükmü eklenmiştir. Hatta, kurallara Çalışma Belgesi 3 ile eklenen[126] ve son haline Çalışma Belgesi 4'de getirilen "Gizli ve Korunan Bilgi" başlığını taşıyan yeni bir 66. kural da eklenmiştir.[127] Bu kuralda, Merkez tarafından yapılacak tüm yayınlar için nelerin gizli ve korunan bilgi oldukları tek tek belirlenmiştir.

62. kural kapsamı dışındaki hakem mahkemesinin emirleri ve ara kararları, taraflarca üzerinde anlaşıldığı şekilde verildikleri tarihten itibaren 60 gün içinde Merkez tarafından yayınlanacaktır. Şayet taraflardan biri söz konusu

---

124 Ibid, s. 207-208.

125 **Working Paper 3**, s. 348.

126 **Working Paper 3**, s. 351. Ancak kural numarası bu versiyonda 65 olarak önerilmişti.

127 **Working Paper 4**, s. 351.

alıntı kapsamına itiraz ederse bu konuda karar verme yetkisi hakem mahkemesindedir. Bu talebi Genel Sekreter yapacaktır. Talep üzerine karar veren hakem mahkemesinin kararı ise yayın için belirleyici olacaktır. (Kural 63) Son olarak, yargılama sırasında taraflarca sunulan belgelerin ya da alıntılanan hallerinin yayınlanması için tarafların onayı gereklidir. İlgili tarafın onay vermemesi halinde, diğer taraf hakem mahkemesine sunulmuş olan layiha (destekleyici ek belgeler hariç olmak üzere) alıntısının kapsamı hakkında hakem mahkemesine başvurabilir. Merkez, hakem mahkemesinin karar verdiği alıntıyı yayınlayacaktır. (Kural 64) Her hâlükârda, hakem mahkemesi alıntının kapsamını belirlerken önerilen kural 66'daki gizli ve korunan bilgilerin yayınlanmasını önleyecektir.

Merkez öncelikle üye devletlerin bu kuralları değiştirmek amacıyla daha doğrusu geniş kapsamlı ve uluslararası metinlerde -örneğin Moritus Konvansiyonu ya da UNCITRAL şeffaflık kurallarında- önerildiği şekilde bir şeffaflık için imzalayacakları yatırım anlaşmalarında ya da iç mevzuatlarında söz konusu kurallara atıf yapmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Merkez, ICSID Konvansiyonun bu konudaki hükmünü de dikkate alarak yeni kurallarla mümkün olduğunca bir denge gözetmiştir. Ayrıca, yayınlama konusundaki niyetini de belirtmek için ihtilaf olduğunda konunun hakem mahkemesince çözümleneceğini önererek kendi yetkisinde olumlu bir yaklaşım sergilemiştir.[128] Bu kapsamda, önerilen yeni kurallarla, gizli ve korunan bilgilere dokunmadan, en önemli belgelerin ve bilgilerin kamuya açılımının sağlanacağı belirtilmiştir.[129]

J. Seri Tahkim

Merkezin yeni kuralları hazırlama girişiminin ana amaçlarından bir tanesi de yargılamaların hızlı ve daha az masraflı bir şekilde yürütülmesi ve sonlandırılmasıdır. Mevcut durumda Konvansiyon metninde bu başlığı kapsayan açık bir hüküm yoktur. 44. maddede tahkim yargılamasının Konvansiyon hükümleri ve tarafların aksine anlaşmaları hariç ilgili kurallara göre yürütüleceği belirtilmektedir. Bu kapsamda, Konvansiyon değişikliğine gidilmeden mevcut tahkim kuralları değiştirilerek yeni tahkim yargılama usulleri Konvansiyondaki kabul usullerine göre düzenlenebilir. Seri tahkimin önerilmesinin uluslararası arenada neredeyse tüm tahkim merkezlerinin bu yönde

---

128 **Working Paper 2**, s. 263.

129 **Working Paper 3**, s. 347.

bir düzenleme yapmış olmasının da bir tezahürü olduğu söylenilebilir. Ancak belirtelim ki, yatırım tahkiminin niteliği gereği süreç her ne kadar "seri" olsa da yine diğer tahkim merkezlerince özellikle ticari uyuşmazlıklar için öngörülmüş olan süreçlerden daha uzun bir süreyi kapsamaktadır.[130]

Bu amaçla Merkez, üye devletlerin de olumlu görüşleri çerçevesinde seri tahkim (*expedited arbitration*) usulünü yeni kurallar olarak önermiştir. Çalışma Belgesi 1'e eklenen ICSID tahkiminde zaman ve masrafa ilişkin EK 9'da bu konu detaylı olarak izah edilmiştir.[131] Bu çalışmada daha önce ifade edildiği gibi ICSID Tahkimlerinde bir uyuşmazlığın ortalama çözüm süreci 40 ayın üzerinde olabilmektedir. Bu da taraflar için adaletin geç tecellisini saymazsak, zaman ve para kaybı anlamına gelmektedir. Merkez bu sorunu uluslararası tahkim uygulamalarındaki paralel düzenlemeleri de dikkate alarak, seri tahkim usulünü öngörerek gidermek istemiştir. Önerilen yeni kurallar bunu gerçekleştirmek için, tahkim talebinin tescilinden kararın verilmesine ve hatta karar sonrası başvuruları da içerecek şekilde uyulması gerekli net süreler tespit etmiştir. Kurallardaki varsayılan tahkim usulüne ilişkin hükümlerde taraflara tanınmış olan serbestlik ya da esneklik bu seri usulde sınırlandırılmıştır. Ancak belirtelim ki, seri tahkim de zaten tarafların ihtiyarında bir usul olarak düzenlenmiştir.

Tahkim Kurallarında ICSID tahkimine ilişkin olarak buraya kadar temas etmiş olduğumuz ve kuralların ilk 11 bölümünde düzenlenen/önerilen hükümler, kuralların son XII. bölümünde önerilen seri tahkim (aksi bu son bölümde belirtilmesi hariç) için de uygulanabilir olacaktır. Aslında bu bölüm kendi içinde yeknesak bir bölüm olarak 12 kuraldan oluşmaktadır. Seri tahkim yöntemi ancak, tarafların Konvansiyon kapsamında onaylarını vermiş

---

130 Örneğin ICC'nin 1 Mart 2017 itibariyle geçerli olan seri usule ilişkin hükümleri için bakınız https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_expeditedprocedure1. Bu kurallar iki milyon ABD Dolarını aşmayan uyuşmazlıklar için tarafların bu usulü istememiş olmaları hariç ya da ICC tahkim divanın şartlara göre uygulanmamasını bildirdiği uyuşmazlıklar hariç uygulanacaktır. (ICC Tahkim Kuralları madde 30); SCC'nin seri tahkime ilişkin ilk olarak 1995 senesinde kabul edilmiş olan 1 Ocak 2017 tarihli son versiyon kuralları için bakınız https://sccinstitute.com/media/178161/expedited_arbitration_rules_17_eng__web.pdf; İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC)'ın Seri Tahkim Kuralları için bakınız https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/İSTANBUL-TAHKİM-MERKEZİ-SERİ-TAHKİM-KURALLARI.pdf. ISTAC kurallarına göre, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa uyuşmazlık değeri 300 bin Türk Lirasını aşmayan uyuşmazlıklar tek hakem tarafından 3 ay içinde karar bağlanacaktır. (Madde 1). Erişim Tarihleri: 11.04.2020.

131 **Working Paper 1**, s. 912 vd.

oldukları ICSID Konvansiyonu tahkimine onaylarından ayrı olarak bu bölüm hükümlerine göre bir seri tahkime de onay vermeleri halinde mümkün olacaktır. Taraflar, Genel Sekretere birlikte yapacakları yazılı bir onayla her zaman seri tahkim yöntemini tercih ettiklerini bildirebilirler. (Kural 75)[132] Seri tahkim için onay hakem mahkemesinin kurulmasından sonra da verilebilir, ancak bu durumda hızlandırılmış bir yargılama takvimi için hakem mahkemesi üyelerinin de müsait olduğunu bildirmesi gereklidir. Hakemlerce uygun olmadıklarına dair bildirim yapılırsa, tahkim başladığı gibi varsayılan tahkim usulüne göre yani Kuralların I-XI. bölümler hükümlerine göre cereyan edecektir.

Taraflar hakem mahkemesinin tek ya da üç hakemden oluşmasına karar verebilirler. Ancak taraflar bu sayı üzerinde anlaşarak Genel Sekretere süresinde bildirimde bulunmazlarsa hakem mahkemesi tek hakemden oluşacak ve kural 77'deki usule göre tayin edilecektir. Seri tahkimin niteliği kapsamında, bu yargılama usulünde tarafların sunacakları layiha adedi ve hatta sayfa sayısı da sınırlandırılmıştır. Taraflar toplamda karşılıklı ikişer layiha sunabileceklerdir. Talep dilekçesi ve ona cevap 200 sayfa, sonraki karşılıklı cevaplar ise 100 sayfadan fazla olamayacaktır. İlaveten, seri tahkim yönteminde ilk itiraz, bölünme ve benzeri yargılama fazları olmayacaktır. Tüm dava malzemesi sözünü ettiğimiz karşılıklı ikişer talep ve cevap layihaları içinde değerlendirilecektir. Tek bir duruşma yapılacaktır. Hakem mahkemesince seri tahkim kuralları çerçevesinde oluşturulan takvim kesin olmakla beraber, hakem mahkemesi prosedürün niteliğini de dikkate alarak (Kural 81) bu takvimin ertelenmesini meşru kılacak özel durumlara karar vermesi halinde değişiklik olabilecektir.

Kural 81'de hakem mahkemesinin ve tarafların yargılama sırasında ilgili talep ya da cevapları sunarken uyacakları süreler de açıkça belirtilmiştir. Kuraldaki süreleri hesapladığımızda, tarafların tek hakemli bir seri tahkim yargılaması hakkında tahkim talebinin Genel Sekretere tescil edilmesinden önce anlaşmış olması halinde (ki bu en doğal olarak bir yatırım anlaşmasında olabilir) seri tahkimin en geç 470 gün (artı duruşma günleri) içinde bitirilmesi mümkündür. Çalışma Belgesi 2'de yapılan hesaplamalara göre, tescilden itibaren tahmini seri tahkimde tamamlanma süresi onay zamanı da dahil

[132] Taslağın son haline gelme aşamasında bazı devletler küçük miktarlı talepler için ya da belli bir miktarın altındaki talepler için bu yöntemin otomatik olmasını önermişler, diğer bazıları otomatik uygulamaya karşı çıkarken diğer bazıları ise seri tahkim usulünün tamamen taslaktan çıkartılmasını talep etmiştir. Bazı devletler ise seri tahkimdeki sürelerin yatırım tahkimi için çok kısa olduğunu belirtmiştir. Ancak çoğunluk tasarının amaçları doğrultusunda seri tahkim usulünü olumlu karşılamışlardır. **Working Paper 4**, s. 345.

edilerek, tek hakemli bir seri tahkim için en fazla 510 gün ve üç hakemli bir seri tahkim için ise 540 gün olarak öngörülmüştür. Tarafların seri tahkim için hakem mahkemesinin kuruluşundan sonra anlaşmış olmaları halinde ise bu sürenin 640 güne ulaşabileceği belirtilmiştir.[133] Tabii ki burada hesaplama yapılırken ilgili önerilen kuralda hakem mahkemesinin kararını yazması için öngörülmüş olan 120 günlük süre kural 12 kapsamında -yukarıda da ifade ettiğimiz üzere- en iyi çaba kaydıyla tespit edilmiş olan süredir. Varsayılan tahkim usulü kapsamında (Kurallar Bölüm I-XI) uygulanacak kural 12, kural 75/2'de seri tahkim usulüne uygulanmayacak kurallar arasında sayılmadığından seri tahkim usulünde de uygulama kabiliyetini bulacak ve hakem mahkemesinin gerekçelerini belirterek bu süreyi aşması mümkün olabilecektir. Diğer bir deyişle, kural 12'nin seri tahkim usulünde de uygulanması nedeniyle hakemler için söz konusu süreye riayet yine en iyi çaba kapsamında değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, seri tahkim usulüne onay verirken tarafların davalarını çok iyi değerlendirmeleri ve sınırlı sayılabilecek sürelerde yargılamanın ilerleyeceğini bilerek ona göre karar vermeleri gerekir. Kuralların ilk versiyonu olarak Çalışma Belgesi 1'de önerilen şeklinde seri tahkim usulü dönüşü olmayan bir seçim olarak öngörülmüştü. Bu belgeye gelen geri bildirimlerde bazı devletler bir çıkış yolu olmasını önerdiler. Bu önerileri takiben Çalışma Belgesi 2 taslağına kuralların son hükmü olarak seri tahkimden çıkış hükmü eklendi.[134] Bunun için öncelikle tarafların anlaşması gerekli olup, Genel Sekreterin ya da hakem mahkemesinin onayına tabi değildir. Böyle bir karar sonrası tahkim artık seri tahkim olarak değil varsayılan tahkim usulüne göre yürütülmeye devam edilecektir. Taslağa Çalışma Belgesi 3'de yeni bir mekanizma daha eklenmiştir. Buna göre, özellikle tarafların anlaşamamaları ihtimalini düşünerek bir tarafın isteği ile de çıkış prosedürünün başlatılabilmesi olanağı getirilmiştir.[135] Taraflardan birinin isteği üzerine hakem mahkemesi tahkimin seri tahkim olarak yürütülmesini durdurabilir. Bu karar verilirken hakem mahkemesi konuların karmaşıklığını, yargılamanın safhasını ve diğer tüm ilgili şartları dikkate alacaktır (Kural 86).

---

133 **Working Paper 2**, s. 328 vd.

134 Ibid, s. 327.

135 **Working Paper 3**, s. 370.

4. Ek İmkân Kuralları

Ek İmkân Kurallarının uygulama alanından yukarıda bahsetmiştik. Esas olarak Konvansiyonun 25. maddesindeki yetki hükümlerinin karşılanamadığı hallerde ve yine yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde Ek İmkân Kuralları kapsamında oluşturulan kendi kurallarına tabi olarak tahkim, uzlaştırma ve vakıa tespiti yapılabilmektedir.

Yeni önerilen değişiklikle Ek İmkân Kurallarının kapsamı genişletilmiştir. Özellikle uluslararası yatırım anlaşmaları kapsamında faaliyetleri önemli ölçüde artan REIO'ların bu anlaşmalara taraf olarak da katılmasıyla bu kuruluşların uyuşmazlık tarafı olarak karşımıza çıkmasına imkân yaratmıştır. Genel olarak Ek İmkan Kurallarına getirilen değişiklik önerileri ve söz konusu REIO'ların öneri taslağına potansiyel uyuşmazlık tarafı olarak eklenmesi üye devletlerce geniş bir kabul görmüştür.[136] REIO'ların en önemlisi olarak Avrupa Birliğini söyleyebiliriz. Avrupa Birliğinin üye devletlerin yanı sıra ve hatta üye devletler adına birçok uluslararası yatırım anlaşmasını imzaladığı bilinmektedir. Bu nedenle önerilen yeni kurallar bu kuruluşların da Ek İmkân Kuralları kapsamındaki uyuşmazlık çözüm usullerine taraf olarak katılabilmesini sağlamayı amaçlamıştır. Belirtmekte fayda vardır ki, Konvansiyonun mevcut hükümleri kapsamında REIO'lar Konvansiyona taraf olamamaktadırlar. Bunun için Konvansiyon hükümlerinin değiştirilmesi gereklidir. Bu nedenle, bu kapsamda yapılabilecek olan en azından Ek İmkân Kuralları kapsamındaki uyuşmazlık çözüm yollarını ve özellikle de tahkimi ve yeni önerilen arabuluculuğu bu kuruluşların katılımına da sunmaktır.

Bu itibarla, Ek İmkân Kurallarının "Tanımlar" başlıklı 1. maddesine REIO'lar da eklenmiştir. Çalışma Belgesi 1'de önerilen tanım Çalışma Belgesi 2'de belli kapsamda değişikliğe uğramış olsa da son taslak öneri haline ulaşıncaya kadar çalışma belgelerinde pek bir değişiklik olmamıştır.[137] Son önerilen

---

[136] **Working Paper 2**, s. 411. Benzer şekilde, Afrika Birliği (*the African Union*) kurallarda önerilen REIO tanımının kendi bölgesinde sekiz bölgesel ekonomik organizasyonu kapsadığını ifade etmiştir. Bunlar, Arap Mağrip Birliği (UMA-*Arab Maghreb Union*), Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı (COMESA-*the Common Market for Eastern and Southern Africa*), Sahil-Sahra Devletleri Topluluğu (CEN-SAD - *the Community of Sahel-Saharan States*), Doğu Afrika Topluluğu (EAC-*East African Community*), Doğu Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (ECOWAS-*the Economic Community of Est African States*), Hükümetlerarası Kalkınma Örgütü (IGAD-*Intergovernmental Authority of Development*) ve Güney Afrika Kalkınma Topluluğu (SADC-*Southern African Development Community*).

[137] **Working Paper 1**, s. 415 vd; **Working Paper 2**, s. 408 vd.; **Working Paper 3**, s. 401 vd; **Working Paper 4**, s. 376-377.

taslak madde 1'e göre REIO, Ek İmkân Kuralları kapsamına giren konulara ilişkin ve bu kapsamda bağlayıcı karar alma dahil yetkilerin kuruluşun tarafı olan devletlerce bu kuruluşa devredilmiş olduğu örgütlerdir.[138] Yine hükme göre, "diğer bir devletin vatandaşı" tanımına yapılan ilave ile bu tanım uyuşmazlığa taraf REIO'yu oluşturan devletlerin vatandaşını da kapsamaktadır. Benzer şekilde uyuşmazlık tarafı devlet vatandaşı olan tüzel kişilerin başka bir devlet vatandaşı olarak kabul edilebileceğine ilişkin kısma da uyuşmazlık tarafı devlete ilaveten uyuşmazlığa taraf REIO'yu oluşturan devlet ibaresi de eklenmiştir. (Madde 1/4 ve 5) Yine önerilen 2. maddeye göre, Ek İmkân Kurallarına göre tahkim ya da uzlaştırma usulünün uygulanması bakımından bir devlet ile diğer bir devletin vatandaşı arasındaki yatırım uyuşmazlığından bahsedilirken bu ifade "bir devlet veya REIO ile diğer bir devletin vatandaşı" olarak değiştirilerek REIO'lar da taraf olarak kabul edilmiştir. (Madde 2/1)

Önerilen yeni hükümle Ek İmkân Kurallarının kapsamı genişletilerek değiştirilmiştir. İlk olarak kapsamı düzenleyen mevcut madde 2'deki Konvansiyonun 25. maddesindeki yetki kuralına olan atıf kaldırılmıştır. Ek İmkân Kurallarının kendi içinde bağımsız bir bütünlüğü olması nedeniyle artık bu atıf gereksiz olarak nitelendirilmiştir. Çünkü mevcut hüküm Konvansiyonun 25. maddesindeki "yatırım" kavramından bahsetmekteydi. Bu kısmın önerilen maddeden çıkarılmasıyla artık uyuşmazlık taraflarının aralarında yapmış oldukları anlaşmada ya da onayın kaynağı olan yatırım antlaşmasında kabul etmiş oldukları yatırım tanımlaması Ek İmkân Kuralları kapsamında bir tahkim ya da uzlaştırma olması durumunda yeterli olabilecektir. Mevcut durumda olduğu gibi söz konusu kavramın Konvansiyon kapsamında da bir yatırım olması artık aranmayacaktır. Bu yönüyle Ek İmkân Kuralları tamamıyla ayrı bir niteliğe bürünecektir. Aslında Ek İmkân hakem mahkemelerinin bugüne kadar olan uygulaması da bu yöndedir. Yani, Konvansiyon ya da ICSID tahkiminde olduğu gibi "yatırım" tanımına tarafların anlaşmasından ayrı olarak

---

[138] REIO tabiri aslında uluslararası belgelerde de kullanılmakta olan bir terimdir. Örneğin, Enerji Şart Antlaşması (*Energy Charter Treaty*) (ECT) madde 1/3 https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf, Uluslararası Akitlerde Elektronik İletişimin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (*UN Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts*) madde 17 https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf, Kültürel Anlatımların Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Hakkında UNESCO Konvansiyonu (*UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*) madde 27 https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919. Erişim Tarihleri: 11.04.2020.

Konvansiyon kapsamında da yatırım olup olmadığı testi Ek İmkân tahkiminde hakemlerce yapılmamaktadır.[139] Sonuçta bu referans çıkarılarak kurallar mevcut uygulamayı yansıtır hale gelmiştir.[140]

Mevcut metinden çıkarılan diğer bir ibare, hukuki uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanması ifadesinde kullanılan "doğrudan"(*directly*) ibaresidir. Böylece yeni maddeyle önerilen ifadeyle Merkezin bu kurallar kapsamında idare edeceği tahkim ya da uzlaştırmaya ilişkin uyuşmazlıklar "yatırımdan doğan hukuki uyuşmazlıklar" olarak değiştirilmiştir. Diğer bir deyişle, birçok uluslararası yatırım anlaşmasında gördüğümüz üzere uyuşmazlığın sadece bir yatırımdan kaynaklanması (*arising out of an investment*) olması yeterli olacaktır. (Madde 2/1)

Üçüncü olarak, kapsamda önemli bir genişleme ve değişiklik öngörülmüştür. Mevcut hükümde en azından yatırım kabul eden devlet ya da yatırımcının tabi olduğu devletlerden birinin Konvansiyon tarafı olması gerekmektedir. Oysa önerilen değişiklikle, artık her iki devletin de Konvansiyon tarafı olmaması halinde Ek İmkân Kurallarına göre tahkim ya da uzlaştırma mümkün olabilecektir. Böylece, bu kuralların uygulama alanı genişletilmek istenmektedir.

REIO'ların da kapsama alındığı yeni önerilen madde üç farklı ihtimali kapsamaktadır: 1- uyuşmazlık taraflarının her ikisinin de Konvansiyon tarafı bir devlet veya Konvansiyon tarafı bir devletin vatandaşı olmaması; 2- uyuşmazlığa taraf olan bir devlet ya da uyuşmazlığa taraf vatandaşın tabi olduğu devletlerden birinin (ikisinin birden değil) Konvansiyona taraf devlet olması; 3- Konvansiyon tarafı olup olmadığına bakılmaksızın bir devletin vatandaşı ile bir REIO arasındaki yatırım uyuşmazlığı olması.

Yukarıda detaylı olarak anlatmış olduğumuz Konvansiyon kapsamındaki ICSID Tahkim Kuralları ile büyük ölçüde aynı yeni kurallar Ek İmkân Tahkim Kuralları için de önerilmiştir. Önerilen kuralların neredeyse aynı olması ve Ek İmkân Tahkiminin uygulamada daha sınırlı bir alana sahip olması nedeniyle çalışmamızda bu konuda daha fazla detay vermeyeceğiz.[141]

---

[139] **Working Paper 1**, s. 426.

[140] **Working Paper 3**, s. 404'de ise hakem mahkemelerinin objektif bir şekilde bir yatırım olup olmadığını değerlendirme yetkisinin devam etmekte olduğu da söylenmektedir.

[141] Çalışma Belgesi 1 tarihi itibariyle Merkeze toplamda 59 Ek İmkân tahkimi başvurusu yapılmıştır. **Working Paper 1**, s. 426. Ayrıca, önerilen Ek İmkân tahkim kuralları ve önerilen ICSID Konvansiyonu tahkim kurallarının hem kendi arasında hem de mevcut kurallarla ilgili madde numaralarını karşılaştırmalı olarak gösteren tablo için bakınız **Working Paper 4**, s. 518-520.

5. Vakıa Tespiti

Yukarıda mevcut Ek İmkân Kurallarının kapsamında belirttiğimiz üzere, bu kurallar bir yatırıma ilişkin olarak vakıa tespiti kurallarını da idare etmektedir. Vakıa tespiti Ek (A), Uzlaştırma Kuralları Ek (B) ve Tahkim Kuralları da EK (C) olarak Ek İmkân Kurallarına mevcut sistemde eklenmiştir.

Mevcut sistemde Konvansiyon kapsamındaki uyuşmazlık çözüm usulleri için olan İdari ve Finansal Yönergeler, Ek İmkân Kuralları kapsamında da uygulanmaktadır. Ancak önerilen kurallarda Ek İmkân Kuralları bakımından yeni ve bağımsız Ek İmkân İdari ve Finansal Yönergeleri önerilmiştir. İlk versiyon olan Çalışma Belgesi 1'de, Ek İmkân kapsamındaki tüm bu düzenlemeler yani İdari ve Finansal Yönerge, Tahkim, Uzlaştırma, Vakıa Tespiti ve yeni önerilen Arabuluculuk sırasıyla Ek İmkân Kurallarının A, B, C, D ve E ekleri olarak sunulmuştur. Çalışma Belgesi 2'de düzen değiştirilerek, vakıa tespiti ve arabuluculuk Ek İmkân sisteminden ve ekleri olmaktan ayrılarak bu usuller ayrı ayrı yeni bir kurallar bütünü olarak önerilmiştir. Bu kapsamda, ICSID Vakıa Tespiti olarak adlandırılarak ekine yine kendi İdari ve Finansal Yönergeleri eklenmiştir.[142] REIO'lar burada da kapsama eklenmiştir. Belirtmekte fayda vardır ki, söz konusu çalışma belgelerinin hazırlanması tarihine kadar Merkeze herhangi bir vakıa tespiti başvurusu olmamıştır.[143]

6. Arabuluculuk

Son yıllarda arabuluculuğun uluslararası yatırım hukuku çevrelerinde sıkça gündeme gelmesi ve özellikle uluslararası[144] ve ulusal mevzuatlar[145]

---

142 **Working Paper 2**, s. 706.

143 **Working Paper 3**, s. 710.

144 Örneğin bakınız CETA'da yatırıma ilişkin 8. Bölümde yatırımın korunması kapsamında uyuşmazlık çözüm usullerinden biri olarak madde 8.20'de arabuluculuk da önerilmiş ve ilgili arabuluculuk kuralları da anlaşmaya 29C olarak eklenmiştir. Trans-Pasifik Ortaklık Anlaşmasında da bir yatırım uyuşmazlığının çözümünde arabuluculuğa da başvurulabileceği belirtilmiştir. Madde 9.18/1.

145 Örneğin Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 7.6.2012 tarihinde kabul edilmiş ve hatta etkin bir arabuluculuk sitemini sağlamak için Aralık 2018 yılında kabul edilen değişiklikle dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin düzenleme getirilmiştir. https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6325.pdf İş davalarında ve ticari davalarda arabuluculuğa başvurmak da dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bakınız 2017 tarihli İş Mahkemeleri Kanunu madde 3/1 https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7036.pdf ve Türk Ticaret Kanununa 7155 sayılı kanunla eklenen madde 5/A https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf Erişim Tarihleri: 11.04.2020.

kapsamında da yeni düzenlemelerin kabul edilmiş olması Merkezin de buna kayıtsız kalmayacağının işaretiydi. Bu kapsamda yine Birleşmiş Milletler patronajında hazırlanan ve Eylül 2020'da yürürlüğe girecek Birleşmiş Milletler Arabuluculuktan Doğan Uluslararası Sulh Sözleşmeleri Hakkında Singapur Konvansiyonu da arabuluculuğa dayalı sulh sözleşmelerinin 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair New York Konvansiyonuna benzer kurallar çerçevesinde icra edilebileceği uluslararası bir icra usulü getirmektedir.[146] Bu şekilde aslında kendi başına bağlayıcı bir etkisi olmayan arabuluculuk sonunda varılan sonuçlar bir sulh sözleşmesine bağlanarak icra kabiliyetini uluslararası alanda kazanabilecektir. Benzer şekilde Enerji Şartı Konferansı da ICSID'in de hazırlanmasında destek verdiği Yatırım Arabuluculuğu Hakkındaki Rehber'i (*Guide on Investment Mediation*) 19 Temmuz 2016 tarihinde kabul etmiştir.[147]

Merkez bu yöndeki gelişmeleri ve kendi bünyesinde bu konuda vermiş olduğu hizmetleri[148] de dikkate alarak, önerilen değişikliklerle ilk olarak arabuluculuk kuralları önermiştir. Çalışma Belgesi 1'de Ek İmkân Kurallarının bir eki olarak önerilen arabuluculuk daha sonra Çalışma Belgesi 2'de bağımsız bir kurallar bütünü olarak önerilmiştir. Böylece alanında lider bir durumda olan ICSID, üye ülkelere imzalamış oldukları yatırım anlaşmalarındaki arabuluculuk hükümleri kapsamında etkin bir hizmet sunabilmeyi amaçlamıştır.

Arabuluculuk ticari sözleşmelerde olduğu gibi uluslararası yatırım anlaşmalarında da bağlayıcı uyuşmazlık çözüm usullerine başvurmadan önce tüketilmesi gerekli/önerilen bir yol olarak da karşımıza çıkmaktadır. ICSID Konvansiyonu açısından bakarsak, bir Konvansiyon tahkimi başlatıldıktan sonra

---

146 Singapur Konvansiyonunun İngilizce metni ve Konvansiyonun imzacı/taraf statüsü için bakınız. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status Erişim Tarihi: 11.04.2020. Türkiye de Konvansiyonu 7 Ağustos 2019'da imzalamıştır. Konvansiyon hakkında bakınız ÖZEL Sibel, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Aralık 2019, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, s. 1190 vd. https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909729 Erişim Tarihi: 11.04.2020; ÖZKAN Mustafa, **Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi**, İstanbul 2020.

147 Rehberin İngilizce metni için bakınız https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf Erişim Tarihi: 14.05.2020.

148 ICSID'in yatırımcı-devlet arabuluculuğu konusundaki çalışmaları için bakınız https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/adr-mechanisms--mediation.aspx; https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=242 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

da taraflar arabuluculuk sistemine başvurabilirler. Nitekim mevcut Tahkim Kuralları 43/2'ye göre (Önerilen kurallar 55), taraflar tahkim süresince Genel Sekreterliğe imzalı sulh anlaşmalarını vererek söz konusu sulhun bir karara derç edilmesini talep ederlerse, hakem mahkemesi söz konusu sulhu bir karar (*award*) formunda tespit edebilecektir. Böylece, arabuluculuğun sonucu etkin bir ICSID hakem kararı gibi icra kabiliyetini haiz olacaktır.

ICSID Konvansiyonu kapsamındaki uzlaştırma ile benzerlik gösterse de arabuluculuk farklılıklar da içermektedir. Öncelikle, her iki usul kapsamında da ulaşılan sonuç tahkim gibi bağlayıcı değildir. Arabuluculuk uzlaştırmaya göre çok daha esnek olup tamamıyla ihtiyaridir. Arabuluculukta taraf her zaman çekilebilir. Ayrıca uzlaştırıcı ile arabulucunun rolleri de farklıdır. Uzlaştırıcı taraflara bir çözüm önerisi sunarken arabulucu taraflara çözüme ulaşmaları için yardımcı olur. Prensip böyle olmakla beraber önerilen ICSID Arabuluculuk Kuralları 21/3'e göre, tarafların anlaşması halinde arabulucu sözlü veya yazılı önerilerde bulunabilir.[149] Atanma, usulünün başlangıcı ve yürütülmesinde de farklılıklar bulunmaktadır.

Merkez, arabuluculuk usulü için başvuru yapılmışsa diğer idare ettiği uyuşmazlık çözüm usullerinde olduğu gibi, arabulucuların tespiti, taraflar ve arabulucu arasındaki iletişimin sağlanması, her türlü arabuluculuk toplantılarının organizasyonu ve prosedürün finansal yönetimini arabuluculuk için yeni önerilen Arabuluculuk İdari ve Finansal Yönergesine göre yapabilecektir.

Önerilen ICSID Arabuluculuk Kurallarına (*ICSID Mediation Rules*) göre,[150] bir arabuluculuk olabilmesi için öncelikle uyuşmazlığın bir yatırımdan kaynaklanmış olması gereklidir. İlaveten, taraflardan biri devlet ya da REIO olmalıdır. Son olarak da taraflar Merkez nezdinde arabuluculuk için yazılı onay vermelidirler. (Kural 2) Çalışma Belgesi 2'de önerilen versiyonda "diğer bir devlet vatandaşı"nın da arabuluculuğa taraf olması metinde bulunuyordu. Ancak bu kısım Çalışma Belgesi 3'de hükümden (2/1) çıkartılmıştır.[151]

---

149 Günümüzde arabulucuların çözüm önerisi sunabileceği de artık kabul edilmektedir. Bu anlamda UNCITRAL de arabuluculuk terimini uzlaştırmayı da kapsayacak şekilde kullanmaktadır. Nitekim, UNCITRAL model kanununun 2018 versiyonunda bu iki terimin birbirinin yerine kullanılabileceği belirtilmiştir. Bakınız UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018, dipnot 2. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annexii.pdf Erişim Tarihi: 02.05.2020.

150 Kuralların son önerilen versiyonu için bakınız **Working Paper 4**, s. 215.

151 **Working Paper 2**, s. 771, **Working Paper 3**, s. 563.

Böylelikle, yatırım uyuşmazlığına ilişkin olmak kaydıyla bir tarafında devlet ya da *REIO* olması dışında diğer tarafın kim olduğuna bakılmaksızın tüm arabuluculuk talepleri kurallar kapsamında ve Merkezin idaresindeki arabuluculuğa tabi olabilecektir.

Kurallara göre arabuluculuk evleviyetle tarafların mevcut anlaşmaları üzerine ve taraflardan birinin Merkeze bu yöndeki talebi ile başlayacaktır. Ancak önceki bir anlaşma olmaması halinde de arabuluculuk prosedürünün başlayabilmesi kural 6'da öngörülmüştür. Buna göre, taraflardan biri Merkezin arabuluculuk kurallarına göre karşı tarafı davet etmesi için Genel Sekretere bir başvuruda bulunacaktır. Genel Sekreter de bu başvuruyu karşı tarafa iletecek ve talebi kabul etmesi için 60 günlük süre verecektir. Karşı taraf bu sürede kabul ederse süreç başlayacak, ret eder ya da hiçbir cevap vermezse Genel Sekretere yapılan başvuru düşecektir.

Tarafların anlaşması ile tek ya da iki arabulucu atanabilecektir. Taraflar, talebin tescilinden itibaren 30 gün içinde arabulucu sayısını Merkeze bildirmezlerse tek arabulucu atanacaktır. Taraflarca 60 gün içinde atama olmazsa Genel Sekreter taraflara da danışarak atamayı yapacaktır. Ancak tescilden itibaren 120 gün içinde taraflarca arabulucu atanması konusunda hiçbir adım atılmazsa Genel Sekreter arabuluculuk sürecinin sona erdiğini taraflara bildirecektir. (Kural 13) Arabulucular da hakemler gibi atamayı kabul ederken önerilen kurallara eklenen arabulucu bildirimini imzalayacaklardır.[152]

Arabulucu, taraflara da danışarak arabuluculuğun idaresi için ilk toplantıda bir protokol hazırlayacaktır. Arabuluculuk bu protokole göre idare edilecektir. Şayet taraflarca talep edilirse, arabulucu uyuşmazlık konusunun çözümü için yazılı veya sözlü önerilerde (*recommendations*) bulunabilir. Tarafların anlaşması ile arabulucu uzman yardımı da alabilir. (Kural 20-21)

Arabuluculuk, tarafların bir sulh sözleşmesini imzaladıklarını ya da arabuluculuğu sonlandırmak istediklerini bildirmeleri, taraflardan birinin arabuluculuktan çekildiğini bildirmesi (meğerki diğer taraf devam etmek istesin), arabulucu tarafından uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülme ihtimali olmadığının tespiti halinde arabulucu tarafından sonlandırılır. Söz konusu sona erme ihbarı arabulucu ya da kural 13'deki ihtimalde Genel Sekreter tarafından imzalanıp taraflara Genel Sekreter aracılığıyla gönderilir. (Kural 22)

---

[152] **Working Paper 4**, s. 251.

SONUÇ

Uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne dair düzenlemelerde son yıllarda yaşanan hareketlilik ICSID Konvansiyonu çevresinde de yeni bazı -tabiri caizse- atılımları yapma gereğini doğurmuştur. Bu yazımızın başlangıcında da belirttiğimiz gibi, Konvansiyon değişikliğinin çok daha zorlu bir çalışma olması bakımından yapılacak yeni düzenlemelerin en azından Merkezin kuralları kapsamında olması çabukluk ve pratik olması bakımından önemlidir. Bu kapsamda Merkez, uluslararası yatırım anlaşmalarındaki gelişmelere paralel olarak tarihindeki en kapsamlı değişiklikleri önermiştir. Söz konusu değişiklik ya da yeni kuralları önermedeki temel amaçların bu değişikliklerin Merkezin karar organı İdari Konseyde kabul edilip 2021 itibariyle uygulamaya geçeceğinden şüphe etmemek gerekir. Yazımızda aktarmaya çalıştığımız yeni kurallar 28 Şubat 2020 tarihli nihai taslağı yansıtmakta olup, Merkezin Genel Sekreterinin ifadesine göre[153] İdari Konsey tarafından aynen kabul edilecek olan metin olmasa da ona son derece yakın bir taslaktır. Bu kuralların kabulüyle **daha** şeffaf, hızlı ve etkin bir yatırım tahkimi Merkez bünyesinde -Konvansiyon tahkimi ya da Ek İmkân tahkimi- gerçekleştirilebilecektir.

Önerilen kuralların, Ek İmkân tahkiminin kapsamını genişletmesi de kapsayıcılığı bakımından olumlu bir adım olacaktır. Aynı şekilde uluslararası arenada son yıllarda arabuluculuğa artan oranda bir eğilimin varlığı ve özellikle Singapur Konvansiyonu'nun da Eylül 2020 tarihinde yürürlüğe girecek olması karşısında Merkezin bu alanda da ivmeyi yakalamasına yardım edecektir. Ancak, yazımızda da ifade ettiğimiz üzere önerilen kurallar bazı alanlarda ihtiyaca cevap veremeyebilecektir. Bu alanlarda bir Konvansiyon değişikliği önerilse de bunun kısa sürede olması ise zor görünmektedir. Buna rağmen, örneğin iki-şapka sorununda olduğu gibi Merkezin belli konularda daha kesin bir tavır alması da yerinde olacaktır. 1 Mayıs 2020 tarihinde ICSID-UNCITRAL ortak çalışması olarak önerilen yatırımcı-devlet uyuşmazlığı çözümünde karar vericilere ilişkin önerilen davranış kodunda[154] üye devletlerin yorum ve kabulüne açılmış olan bu konu, yani hakemlerin aynı anda birden fazla

---

[153] ICSID Genel Sekreteri Meg Kinnear 23 Nisan 2020 tarihinde Asian International Arbitration Centre (AIAC) tarafından organize edilen ve konusu ICSID kuralları değişikliği olan webinarda, önerilen taslak kuralların aynen kabul edilmese bile ona son derece yakın ("*extremely close"*) oranda kabul edilebileceğini ifade etmiştir.

[154] Yukarıda dipnot 69.

yatırım tahkiminde belli kapsamda görev kabul etmesinin önlenmesi ya da sınırlandırılması sisteme genel etkileri bakımından önem arz etmektedir. Merkezin (aslında üye devletlerin) burada hangi yönde karar alacağı merakla beklenmektedir.

Diğer taraftan, uluslararası yatırım uyuşmazlığı çözümündeki yeni eğilimlere genel olarak baktığımızda, Merkezin mevcut durumuna bir meydan okuma olarak nitelendirilebilecek gelişmeler de olmaktadır. Bazı çok taraflı ve iki taraflı yatırım anlaşmalarında yatırım uyuşmazlığı çözümü için tahkimden ziyade taraf ülkelerce atanan hakimlerden (hakemler değilse bile) oluşacak bir yatırım mahkemesinden, hatta ilk derece ve temyiz olmak üzere iki kademeli bir uyuşmazlık çözümünden bahsedilmektedir.[155] Bu gelişmeler dikkate alındığında, Merkezin önerilen yeni kurallarının kabulü çok olumlu bir gelişme olmakla beraber yeni düzenlemeler kapsamında Merkezin konumunu belirginleştirecek çalışmalara başlamasının daha şimdiden bir gereksinim olduğu da ileri sürülebilir.

[155] Bu konuda özellikle Avrupa Birliği'nin taraf olduğu yatırım anlaşmaları kapsamındaki gelişmeler için bakınız N Jansen Calamita, "The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID", **ICSID Review Foreign Investment Law Journal**, Volume 32, No. 3, 2017, s. 611 vd.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Raporlar

ANTONIETTI Aurélia, "ICSID and Provisional Measure: An Overview", **News from ICSID**, Vol. 21, No. 2, 2004, s. 10-13.

ANTONIETTI Aurélia, "The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules", **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, Vol. 21, No. 2, 2006, s. 427-448.

BROWER Charles N/GOODMAN Ronald E M., "Provisional measures and the protection of ICSID Jurisdictonal Exclusivity Against Municipal Proceedings, **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, Vol. 6, 1991/2, s. 431-461.

BROWN Chester / PUIG Sergio, "The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules", **Law&Practice of International Courts & Tribunals**, Volume 10/2, s. 227-259.

BUTLER Nicolette, "Non-Disputing Party Participation in ICSID Disputes: *Faux Amici*?", **Nederlands International Law Review**, 66, April 2019, s. 143-178. https://doi.org/10.1007/s40802-019-00132-8 Erişim Tarihi: 10.04.2020.

CALAMITA N Jansen, "The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID", **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, Volume 32, No. 3, 2017, s. 611-624.

ÇALIŞKAN Yusuf, "Uluslararası Yatırım Tahkiminin Üçüncü Kişiler Tarafından Finansmanı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, **Cevdet Yavuz'a Armağan**, 22, 2016, s. 645-658. http://static.dergipark.org.tr/article-download/7642/fb40/862c/598c4f378b045.pdf? Erişim Tarihi: 10.04.2020.

CARLSON Marinn / CHILDRESS Patrick, "Bifurcation in Investment Treaty Arbitration", s. 48-57, in Legum, Baron. editör, **the Investment Treaty Arbitration Review**, Fourth Edition, 2019.

CEO (Corporate Europe Observatory and the Transnational Insitute), **Profiting From Injustice**, https://corporateeurope.org/en/international-trade/2012/11/profiting-injustice Erişim Tarihi: 10.04.2020.

CHARLOTIN Damien / PETERSON Luke E., "Arbitrators Ask Claimants to Prove that They are Solvent Enough to Pay any Eventual Adverse Costs Orders in BIT Claims Against Venezuela", **Iareporter**, https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-ask-claimants-to-prove-that-they-are-solvent-enough-to-pay-any-eventual-adverse-costs-orders-in-bit-claims-against-venezuela/ Erişim Tarihi: 11.04.2020.

CLEIS Maria Nicole, **The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions**, 2017. Erişim Tarihi: 10.04.2020.

CRAWFORD James, "Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration", *in* CARON D David / W SCHILL Stephan/ SMUTNY Abby Cohen / TRIANTAFILOU Epaminontas E, **Practising Virtue: Inside International Arbitration**, 2015, s. (597-605)

CROOK John R., "Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension", *in* **Symposium: A Focus on Ethics in Internatonal Courts and Tribunals**, https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/FC6538AE5CBDF495577F94D8F51AFA0F/S2398772319000369a.pdf/dual_hats_and_arbitrator_diversity_goals_in_tension.pdf Erişim Tarihi: 10.04.2020.

DÜLGER Ahmet, **Time for the Appeal Tribunal in Investment Arbitration: Lessons from WTO and Transitioning to the New Era**, 2017.

FRANCK Susan D., "ITA (International Treaty Arbitration) Expansion, Time and Costs", s. 114-140 *in* Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration, 2019. (2019a)

FRANCK Susan D., "The Way Forward", *in* **Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration, 2019**, s. 298-338.

GARCIA Frank J., "The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration", **Investment Treaty News**, 30 Temmuz 2018. https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-case-against-third-party-funding-in-investment-arbitration-frank-garcia/ Erişim Tarihi: 10.04.2020.

GIORGETTI Chiara, "ICSID and UNCITRAL Publish the Anticipated Draft of the Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement", **Kluwer Arbitration Blog**, May 2, 2020, http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/02/icsid-and-uncitral-publish-the-anticipated-draft-of-the-code-of-conduct-for-adjudicators-in-investor-state-dispute-settlement/ Erişim Tarihi: 02.05.2020.

GIORGETTI Chiara/WAHAB Mohammed, "A Code of Conduct for Arbitrators and Judges", **Academic Forum on ISDS Concept Paper** 2019/12, 13 October 2019 https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/papers/giorgetti-wahab-code-of-conduct-af-isds-paper-8-final--14-oct-2019-1.pdf Erişim Tarihi: 02.05.2020.

GOTANDA John Y., "Consistently Inconsistent: The Need for Predictability in Awarding Costs and Fees in Investment Treaty Arbitrations", **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, Volume 28, No. 2, 2013, s. 420-437.

HOWES B Ted / STOWELL Allison / CHOI William, "The Impact of Summary Disposition on International Arbitration: A Quantitative Analysis of ICSID's Rule 41(5) on Its Tenth Anniversary", **Dispute Resolution International**, Volume 13, No. 1, May 2019, s. 7-41 vd. https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2019/05/dri-main-pages--may-2019--howes-article.pdf Erişim tarihi: 10.04.2020.

IBA Report, **Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration**, November 2018. https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=expedited+arbitration+in+investment+treaties&ie=UTF-8&oe=UTF-8 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

IBA, **IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration**, 23 Ekim 2014, https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx Erişim Tarihi: 10.04.2020.

ICCA-Queen Mary ICCA (International Council for Commercial Arbitration) / Queen Mary (School of International Arbitration Queen Mary University of London) **Task Force Report on Third Party Funding in International Arbitration**, https://www.arbitration-icca.org/publications/Third-Party-Funding-Report.html Erişim Tarihi: 10.04.2020.

ICSID News Release, **50th Annual Meeting of ICSID's Administrative Council** https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=196 Erişim Tarihi: 09.04.2020.

ICSID Secretariat Discussion Paper, **Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration**, October 22, 2004. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

ICSID Secretariat, "***Survey for ICSID Member States on Complaince with ICSID Awards***" https://icsid.worldbank.org/en/Documents/about/Report%20on%20ICSID%20Survey.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

ICSID, "**A Brief History of Amendment to the ICSID Rules and Regulations**", https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/Background%20Material/History-Amendment-ICSID-Rules.aspx Erişim Tarihi: 08.04.2020.

ICSID, "Continuation of the Additional Facility", **News from ICSID**, Vol. 2, No. 1, Winter 1985, s. 6-7.

ICSID, **Updated Backgrounder on Proposals for Amendmnet of the ICSID Rules,** https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Backgrounder_EN.pdf Tarihi: 09.04.2020.

IISD (International Institute for Sustainable Development), **Summary of Comments to the Proposals for Amendmnet of the ICSID Arbitration Rules**, (IISD Comments) https://icsid.worldbank.org/en/Documents/IISD.pdf Erişim Tarihi: 10.04.2020.

IISD, **Transparency and the UNCITRAL Arbitration Rules**, https://www.iisd.org/project/transparency-and-uncitral-arbitration-rules Erişim Tarihi: 11.04.2020.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle / *et al*., "Consolidation of Proceedings" *in* Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations be Handled Efficiently? Final Report on the Geneva Colloquium Held on 22 April 2006", **ICSID Review: Foreign Investment Law Journal**, 2006, Volume 21, No. 1, s. 59-125.

KING Alice M., **The Consolidation of Claims in ICSID Arbitration**, 2008. https://core.ac.uk/download/pdf/153552976.pdf Erişim Tarihi: 11.04.2020.

LANGFORD Malcolm / BEHN Daniel / LIE Runar H., "The Ethics and Empirics of Double Hatting", **ESIL Reflections**, Vol. 6, Issue 7, s. 1-12 https://www.researchgate.net/publication/319562787_The_Ethics_and_Empirics_of_Double_Hatting Erişim Tarihi: 10.04.2020.

LEGUM Barton, "Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes", *in* **Appeals Mechanism in International Investment Disputes**, SAUVANT Karl P / CHISWICK-PATTERSON Michael, (Editörler) s. 231-240.

MAVROMATI Chrysoula / KINNEAR Meg, "*Consolidation of Cases at ICSID*", *in* **Jurisdiction, Admissability and Choice of Law *in* International Arbitration: *Liber Amicorum* Michael Pryles**, KAPLAN Neil / MOSER Michael, (Editörler) 2018, 243-264. http://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-Kaplan-2018-Ch15 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

ÖZEL Sibel, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Aralık 2019, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı**, s. 1190-1210 https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/909729 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

ÖZKAN Mustafa, **Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi**, İstanbul 2020.

PARRA Antonio R., "New Amendments of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", **News from ICSID**, Vol. 19, No. 2, Winter 2002, s. 1, 9-12.

PARRA Antonio R., "Revised Regulations and Rules", **News from ICSID**, Vol. 2, No. 1, Winter 1985, s. 4-6

PARRA Antonio R., "The Development of the Regulations of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", **ICSID Review-Foreign Investment Law Journal**, Volume 22, Issue 1, Spring 2007, s. 55-68.

PARRA Antonio R., "The New Amendments to the ICSID Regulations and Rules and Additional Facility Rules", 28 **Yearbook of Commercial Arbitration**, 2003.

POLASEK Martina, "**Overwiew of Proposed Amendments to the ICSID Rules**", UNCITRAL WG III, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/icsid_-_overview_of_rules_amendment_presentation.pdf Tarihi: 09.04.2020.

Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper**, Volume 3 August 2, 2018 https://icsid.worldbank.org/en/amendments/Pages/Proposals/Working-Paper.aspx Tarihi: 09.04.2020. (Working Paper 1).

Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper 2** https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf Tarihi: 09.04.2020.

Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper 3** https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf Tarihi: 09.04.2020.

Proposals for Amendment of the ICSID Rules - **Working Paper 4** https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Vol_1_En.pdf Tarihi: 09.04.2020.

ROSENFELD Friedrich, "Security for Costs in ICSID Arbitration: RSM Production Corporation v St Lucia", **Arbitration International**, 2016, 32, s. 157-166.

SCHREUER Christoph H., **The ICSID Convention: A Commentary**, 2001.

SÜRAL EFEÇINAR Ceyda, "Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanının Masraflar İçin Teminat Gösterilmesi Kararının Verilmesine Etkileri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018(2), s 33-62. http://static.dergipark.org.tr/article-download/b9e4/cb90/49e0/5c10e61aee10b.pdf? Erişim Tarihi: 11.04.2020.

TERZİ Burak, "ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 37/2, s. 821-845.

UNCITRAL, "**Note by Secretariat**" https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.172. Erişim Tarihi: 10.04.2020.

UNCTAD, **World Investment Report**, FDI Policies for Development: National and International Perspectives, 2003, s. 21. https://unctad.org/en/Docs/wir2003_en.pdf. Erişim Tarihi: 08.04.2020.

WAIBEL Michael, "Coordinating Adjudicating Processes", *in* **The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice**, 2014, DOUGLAS Zachary/JOOST Pauwelyn/ VİNUALES Jorge E (Editörler), s. 500- 530 https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199685387.001.0001/acprof-9780199685387-chapter-17 Erişim Tarihi: 11.04.2020.

Working Paper of the ICSID Secretariat, **Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations**, May 12, 2005, s. 4. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

YILMAZ, İlhan, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, İstanbul 2004.

Anlaşma Metinleri, Kararlar ve Kurallar

Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia, (Tunari) ICSID Case no. ARB/02/3, paragraph 17 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10957_0.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

Antlaşma Temelli Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflık Konvansiyonu (Moritus Konvansiyonu), https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXII-3&chapter=22&lang=en Erişim Tarihi: 11.04.2020.

Asian Agricultural Products Limited v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID case No. ARB/87/3) https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Birleşik Devletler Meksika Kanada Anlaşması (UMSCA), https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between Erişim Tarihi: 08.04.2020

CETA Anlaşması, https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng Erişim Tarihi: 09.04.2020.

Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (with annotations https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf Erişim Tarihi: 02.05.2020

Enerji Şartı Antlaşması, https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/, Erişim Tarihi: 08.04.2020.

ICC Expedited ARbitration Rules, https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_expeditedprocedure1, Erişim Tarihi: 11.04.2020.

ICC Tahkim Kuralları, https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_25 Erişim Tarihi: 10.04.2020.

ICSID Ek İmkan Kuralları, http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/facility/facility-en.htm Erişim Tarihi: 08.04.2020.

ICSID Konvansiyonu, http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm Erişim Tarihi: 08.04.2020.

ISTAC Seri Tahkim Kuralları, https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/İSTANBUL-TAHKİM-MERKEZİ-SERİ-TAHKİM-KURALLARI.pdf, Erişim Tarihi: 11.04.2020.

Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA), https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Metalclad Corporation v United Mexican States (ICSID Case No. ARB/AF/97/1), https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c. Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Methanex Corporation v USA https://www.italaw.com/cases/683 Erişim Tarihi: 09.04.2020.

SCC Expedited Arbitraion Rules, https://sccinstitute.com/media/178161/expedited_arbitration_rules_17_eng__web.pdf, Erişim Tarihi: 11.04.2020.

SCC Tahkim Kuralları, https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf Erişim Tarihi: 10.04.2020.

Southern Pasific Properties v Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3) https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic, (Interagua) ICSID Case No. ARB/03/17), http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c18/dc512_en.pdf Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (Vivendi) ICSID Case No. ARB/03/19) http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/c19/dc516_en.pdf Erişim Tarihi: 08.04.2020.

Trans Pasifik Ortaklık Anlaşması (TPP), https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf Erişim Tarihi: 09.04.2020.

Trans Pasifik Ortaklık Anlaşması (TPP11) https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=eng Erişim Tarihi: 09.04.2020.

Türkiye'nin imzaladığı iki taraflı yatırım anlaşmaları, https://www.sanayi.gov.tr/anlasmalar/yktk Erişim Tarihi: 08.04.2020.

UN Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf, Erişim Tarihi: 11.04.2020.

UNCITRAL Arbitration Rules, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf Erişim Tarihi: 11.04.2020.

UNESCO Convention on the Protection and promotion of the Diversity of Cultural Expressions, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000142919, Erişim Tarihi: 11.04.2020.

United Parcel Service v Government of Canada https://www.italaw.com/search/site/United%20Parcel%20Service%20v%20Government%20of%20Canada Erişim Tarihi: 09.04.2020.

AKREDİTİF AÇTIRAN İLE AKREDİTİF BANKASI ARASINDAKİ İLİŞKİ(*)

Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN(**)
Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ(***)

Öz: Milletlerarası ticaret alanında uygulanan bir ödeme yöntemi olan akreditif, birden çok kişiyi ve ilişkiyi barındıran bir bütündür. Akreditifte; akreditif açtıran, akreditif bankası ve akreditif lehtarı olmak üzere en az üç kişi bulunur. Akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki ilişki karşılık ilişkisi olarak isimlendirilmekte olup, bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Söz konusu uyuşmazlıkların çözümü bakımından, akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki ilişkinin irdelenmesi önemlidir. Bu kapsamda çalışmada, akreditif talimatının genel itibarıyla özellikleri belirtilerek, akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki ilişki bakımından tarafların yükümlülüklerine ve ilişkinin hukukî niteliği hakkında öğretide ileri sürülen görüşlere yer verilmiş, savunduğumuz görüş gerekçeleri ile ortaya konmuş ve bankanın akreditif açtırana karşı sorumlu olduğu ve olmadığı haller tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Akreditif, Akreditif Açtıran, Akreditif Bankası, Akreditif Lehtarı, Sözleşme.

RELATIONSHIP BETWEEN THE LETTER OF CREDIT OPENER AND THE ISSUING BANK

Abstract: As a widespread payment method in international trade, Letter of Credit constitutes a whole containing several subjects and relationships. This is to say that, there are at least three parties: letter of credit opener, issuing bank and beneficiary of a letter of credit. The relation between the letter of credit opener and the issuing bank is called as reciprocity relation and, many disputes arising there from frequently occur. In order to conclude a solution regarding such disputes, it is important to analyse and qualify the relationship between the letter of credit opener and the issuing bank. Thus, in light of the

(*) Makale Gönderim Tarihi: 08.07.2019. Makale Kabul Tarihi: 20.12.2019.

(**) Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı (ORCID kimlik no: 0000-0002-0336-6732; *gsaydin@nku.edu.tr*).

(***) Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü (ORCID kimlik no: 0000-0002-7698-3942; *oersoz@nku.edu.tr*).

scholars' views on the obligation of the parties and the nature of such relationship, this study deals with the general characteristics of a letter of credit. In addition, our grounds on the nature of such relationship are exposed as well as the issuing bank responsibility towards the letter of credit opener is clarified.

Keywords: Letter of Credit, Letter of Credit Opener, Issuing Bank, Beneficiary of Letter of Credit, Contract.

GİRİŞ

Milletlerarası nitelik taşıyan satış sözleşmeleri, alıcı ve satıcının farklı ülkelerde bulunması sebebi ile çeşitli riskler barındırır. Satış bedeli ile satış konusunun teslimi bakımından, aynı anda ifanın mümkün olmaması, ülkelerin siyasal, sosyal ve ekonomik yapılarının, kanunî düzenlemelerinin, para birimlerinin ve piyasa koşullarının farklı olması bu hususta başlıca riskleri oluşturmaktadır.[1] Bu kapsamda akreditif, söz konusu riskleri büyük ölçüde ortadan kaldırmaya yönelik, milletlerarası ticaret alanında fazlaca uygulaması olan, dış ticaret ödeme yöntemlerinden biridir.[2]

Akreditif, mal satın almış kimsenin, banka ile yapmış olduğu anlaşma üzerine, o bankanın, belli belgelerin satıcı tarafından ibrazı karşılığında, söz konusu satıcıya satış bedelini ödemesini hedef tutan bir sözleşmedir.[3] Bu yö-

---

1 AYANOĞLU Ahu, Belgeli Akreditiflerde Akreditif Bankasının Hukuki Durumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s. 5.

2 Dış ticarette kullanılan başlıca ödeme yöntemleri; akreditif, peşin ödeme, mal mukabili ödeme, kabul kredili ödeme ve vesaik mukabili ödemedir. Bu ödeme yöntemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZEL Sibel, **Akreditif ve Hukukî Niteliği,** Beta Yayınları, İstanbul, 1991, (Akreditif), s. 3-12; GÜNAY Gözde Engin, **Türk Hukuku'nda Akreditif,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 5-12; ERDEM H. Ercüment**, Milletlerarası Ticaret Hukuku,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 491-512; VURUCU Mehmet/ARI Mustafa Ufuk, **Güncel Gelişmeler Işığında Uluslararası Bankacılık ve Finans,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 82-96.

3 Y. HGK, E. 2002 / 12-1078, K. 2002 / 1072, 18.12.2002; Y.11.HD, E. 1980 / 642, K. 1980 / 941, 28.02.1980; Y. HGK, E. 1964 / 942, K. 1964 / 637, 04.11.1964, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); Öğretideki çeşitli akreditif tanımları için bkz. EĞİLMEZLER Bedi, "Akreditif", **Adalet Dergisi,** S. 5-6, 1965, (ss. 626-643), s. 627; İLALAN Fuat, "Akreditif ve Kullanılması", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** C. 5, S. 3, 1970, (ss. 562-570), s. 563; TEKİNALP Ünal, **Banka Hukukunun Esasları,** 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 552; ABİK Yıldız, Borçlar Hukuku Açısından Akreditife Bakış, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994, s. 11; REİSOĞLU Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif,** Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, (Akreditif), s. 20; ERDEM, s. 492; YILMAZCAN Abdulkadir, **UCP 600 Kuralları Çerçevesinde Akreditifin İşleyişi,** Legem Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 35; YILMAZ Mutlu/TOPUZ Gökşen/ÖZKEN Ahmet/KOCAEFE CEBECİ Aslıhan, "Akreditiflere İlişkin Ulusla-

nüyle akreditif, alıcı ve satıcı arasında temel bir hukukî ilişkinin bulunması[4] ve bu ilişkide ödemenin akreditifle yapılacağının kararlaştırılması durumunda uygulanabilir.[5] Belirtilmelidir ki akreditif her ne kadar alıcı ile satıcı arasındaki satış sözleşmesinin konusunu oluşturan malların bedelinin ödenmesi amacıyla açılmaktaysa da, bu sözleşmeden tümüyle bağımsız bir nitelik taşır.[6] Söz konusu iki sözleşme arasında hukuken bir bağlılık bulunmamaktadır.[7]

Akreditif, çoğunlukla uzak mesafeli ticari ilişkilerde, satıcının satış bedelini mümkün olabilecek en yüksek garantiyle, bir ya da birkaç bankanın katılımı neticesinde elde etmesini sağlayan bir bankacılık işlemi özelliği göstermektedir.[8] Akreditif kısaca, banka aracılığı ve garantisi ile belge karşılığında yapılan ödeme biçimi olarak tarif edilebilir.[9] Bu yönüyle akreditif, tarafların birbirlerini tanımadıkları ya da birbirlerine tam olarak güven(e)medikleri hallerde uygulanan ve banka garantisi sayesinde kendilerini güvenceye aldıkları bir milletlerarası ödeme aracıdır.[10] Akreditif böylelikle gerek alıcıyı gerekse satıcıyı koruyan bir işlem olmaktadır.[11] Akreditif sayesinde, özellikle milletlerarası nitelik taşıyan satış sözleşmelerinde, sözleşmeye konu malın teslim

---

rarası Düzenlemeler Olan UCP 500 ve UCP 600'ün Mukayeseli Analizi", **Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi,** C. 12, S. 24, 2012, (ss. 379-402), s. 388.

4 EKŞİ Nuray/DURUKANOĞLU Nihayet, "Akreditife İlişkin Güncel Gelişmeler ve Akreditifle İlgili ICC Tarafından Yapılan Son Düzenlemeler", **Legal Hukuk Dergisi,** C. 7, S. 82, 2009, (ss. 3109-3122), s. 3110.

5 ABİK, s. 9.

6 POLAT Ali, "Uluslararası Ticarette Akreditifli Ödemeler ve UCP 600", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,** Y. 7, S. 13, Bahar 2008, (ss. 209-222), s. 212.

7 ÇABRİ Sezer, "Akreditifte Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinin Akreditif İlişkisine Etkisi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan I. Cilt, MÜHFHAD**, C. 22, S. 3, 2016, (ss. 615-644), s. 618-619.

8 SOMUNCUOĞLU Ünal, **Türk Borçlar Kanunu Işığında Akreditif Hukuku,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 13; Akreditifin yalnızca milletlerarası ticarette kullanılacağı düşünülmemelidir. Aynı ülkedeki alıcı ve satıcıların da ödemenin akreditifle gerçekleşeceği konusunda anlaşmaları olanaklıdır. Bkz. REİSOĞLU Seza, **Akreditif ile İlgili 600 Sayılı Kuralların Uygulanması ve Sorunlar**, Konferans (26 Eylül 2014), Ankara, 2014, (Konferans), s. 10; Ancak böyle bir uygulamanın pek görülmediğine ilişkin bkz. TOKDEMİR, Beliz: Dış Ticarette Bir Ödeme Aracı Olan Akreditifin Hukuki Çerçevesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, Toros Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 6.

9 KOSTAKOĞLU Cengiz, **Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar - Akreditif,** 8. Baskı, İstanbul Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 990.

10 CANTEKİN Celalettin, **Kambiyo İşlemleri ve Bankacılık,** 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 99.

11 ERTEM Üner, **Bankacılık ve Kambiyo İşlemleri,** Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 209.

edilmesine karşılık satış bedelinin ödenmemesi ya da bedelin ödenmesine karşılık malın teslim edilmemesi gibi riskler ortadan kalkmakta ve taraflar arasındaki ilişki güvenle sürdürülüp tamamlanabilmektedir.[12]

Başta satış sözleşmesi olmak üzere, inşaat, finansal kiralama gibi başkaca sözleşmelerde de uygulanma alanına sahip olan akreditife ilişkin kurallar, ilk defa 1929 yılında Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tarafından derlenmiştir. Bu kurallar sonrasında birkaç kez gözden geçirilmiş ve son olarak 1 Temmuz 2007 tarihinde Akreditiflere İlişkin Bir Örnek Usuller ve Uygulama Kurallar-2007 Revizyonu 600 sayılı Broşür ile düzenlenmiştir.[13]

Türk hukukunda ise akreditife ilişkin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda,[14] 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda[15] veya başkaca bir kanunda düzenleme bulunmamaktadır.[16] Buna karşılık Türk Parası Kıymetini

---

12 *"... Akreditif ve özellikle belgeli akreditif, ayrı ülkelerde bulunan ve kambiyo (döviz), ithalat, ihracat konularında değişik rejimlere tabi olan ihracatçı ile ithalatçı arasındaki ilişkilerin güven içerisinde yürüyüp sonuçlanmasını sağlar. Bu sayede akitler, örneğin bir alım-satım akdinin tarafları ayrı ülkelerde olmalarına karşın, malın teslim ve semenin ödenmesi gibi edaları karşılıklı olarak yerine getirmek olanağını elde etmiş olurlar..."* Y.11.HD, E. 1976 / 5881, K. 1977 / 558, 10.02.1977, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

13 KAYIHAN Şaban/KARA Etem, **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar),** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 75; Söz konusu kurallar taraflarca kabul edildiği takdirde uygulanma alanı bulur. Taraflar bu kuralların uygulanmasını tamamen ya da kısmen kabul edebilirler. Tarafların bu kuralların uygulanmasını kabul etmemesi durumunda ise Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Bkz. KRING F. Banu, "Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditifle İlgili Son Düzenlemesi Yeknesak Kurallar 600 (UCP 600) ve Uygulamaya Getirdiği Bazı Yenilikler", **DEÜHFD,** C. 11, Özel Sayı, 2009, (Basım Yılı: 2010), (ss. 1219-1237), s. 1226-1227. Anılan kuralların ticari örf ve adet niteliğinde olduğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.1/II uyarınca taraflar yollama yapmasa da, iç hukukta düzenlemenin bulunmadığı hallerde uygulanacağı şeklindeki aksi yönde görüş için bkz. ÖZEL Sibel, "Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi", **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi**, 12-14 Haziran 2012, Ankara 2013, (ss. 347-354), (Makale), s. 350-351.

14 Kanun No: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2011, Sayı: 27846, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

15 Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

16 REİSOĞLU, **Akreditif,** s. 29; AYDOS Oğuz Sadık, **Akreditif,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 14; EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku,** 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 250; *"... Akreditifler hakkında milletlerarası yeknesak kurallar ve teamüller uygulanmaktadır. (Bkz. Prof. Dr. Seza Reisoğlu, Akreditif, Ankara, 1995, sh. 163 vd) Akreditifler yasal olarak düzenlenmemiş olup, genelde akreditif metinlerinde 500 sayılı Milletlerarası Kurallara tabi olunacağı belirtilmektedir. (Bkz. Prof. Dr. Seza Reisoğlu, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 2000, Sh 382)..."*, Y.11.HD, E. 2004 / 1535, K. 2004 / 10618, 01.11.2004, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar[17] ve bu karara dayanılarak çıkarılan tebliğlerde[18] akreditifle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Akreditif birden çok kişiyi ve ilişkiyi barındıran bir bütündür. Akreditif işlemine katılanlar en az üç kişi oluşturur.[19] Bunlar akreditif açtıran (alıcı/ithalatçı/akreditif amiri), akreditif bankası (amir banka) ve akreditif lehtarı (satıcı/ihracatçı)dır. Bu kişilere çoğunlukla bir muhabir banka da katılır.[20] Söz konusu taraflar, akreditif ilişkisi çerçevesinde birbirlerine karşı çeşitli haklara sahip olmakta ve yükümlülükler altına girmektedirler. Çalışma kapsamında taraflar arasındaki ilişki bakımından hak ve yükümlülük incelemesi, yalnızca akreditif açtıran ve akreditif bankası açısından yapılacaktır. Çalışmada ilk olarak akreditif talimatının özellikleri genel olarak ortaya konacak, sonrasında sırasıyla akreditif açtıranın ve akreditif bankasının yükümlülükleri irdelenecek, devamında akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki sözleşme ilişkisinin hukukî niteliği tespit edilerek, bankanın akreditif açtırana karşı sorumlu olduğu ve olmadığı haller açıklanacaktır.

I. GENEL OLARAK AKREDİTİF TALİMATININ ÖZELLİKLERİ

Akreditifte, alıcı ve satıcı arasında kurulan satış sözleşmesinde, ödemenin akreditif yoluyla yapılacağı (akreditif şart/klozu) kararlaştırılmaktadır.[21] Ancak bu kararlaştırma fiili, akreditifin başlangıcı değildir. Ödemenin akreditif yoluyla yapılmasına ilişkin kararlaştırma akreditif ilişkisini kurmamakta, yalnızca alıcının akreditif açma borcu altına girmesini sağlamaktadır.[22] Bu fiilin

---

17 Bakanlar Kurulu Karar Tarihi: 07.08.1989, Karar Sayısı: 89/14391, Resmî Gazete Tarihi: 11.08.1989, Sayı: 20249, Yürürlük Tarihi: 11.08.1989.

18 Bu kapsamda örnek olarak Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (İhracat Bedelleri Hakkında) (No: 2018-32/48, Resmi Gazete Tarihi: 04.06.2018, Sayı: 30525).

19 DAYINLARLI Kemal, "Dış Ticaret", **Yargıtay Dergisi,** C. 16, S. 3, Temmuz 1990, (ss. 406-423), s. 408.

20 EĞİLMEZLER, s. 629; AYDOS, s. 23; Akreditif işleminde akreditif açtıran, akreditif bankası ve akreditif lehtarının bulunması zorunludur. Bunların yanı sıra muhabir banka, görevli banka, teyit bankası, rambursman bankası gibi kuruluşlar da akreditif işlemine katılabilmektedir. Bkz. KOSTAKOĞLU, s. 1003 vd.

21 EĞİLMEZLER, s. 629; BORGGREFE Siegfried, **Akkreditiv und Grundverhältnis,** Berlin, 1971, s. 16; KRING, s. 1223; EKŞİ, s. 256; ERDEM, s. 495-496; Akreditif şartının sözleşmeye açıkça yazılmasının zorunlu olmadığı, ödemenin akreditif yoluyla yapılacağının tarafların örtülü (zımnî) iradesinden anlaşılmasının yeterli olduğu yönünde bkz. KAYA Arslan, **Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukuki Durumu,** Beta Basım Yayım, İstanbul, 1995, s. 9, dn. 26.

22 ÇABRİ, s. 618.

ardından alıcı, satış sözleşmesinden doğan satış bedelini ödeme yükümlülüğünü yerine getirebilmek için, kendi işyerinin bulunduğu yerdeki bir bankaya başvuracaktır. Söz konusu başvuruya akreditif talimatı (teklifi/önerisi/emri/başvurusu/talebi) adı verilmektedir.[23] İşte akreditifin başlangıcı da bu başvurudur.[24] Böylelikle alıcı, akreditif açtıran sıfatını kazanmış olur.[25] Bankanın iktisadî ve hukukî açıdan yükümlülüklerinin kapsamı ise, alıcının akreditif açılması hususundaki talimatı çerçevesinde belirlenecektir.[26]

Akreditif açılması hususundaki talimat, TBK m.12 uyarınca kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı için herhangi bir şekle tâbi değildir. Akreditif talimatı yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir.[27] Uygulamada ise alıcıya, banka tarafından, akreditif açtırma teklif mektubu olarak adlandırılabilecek standart bir form sunulmakta ve alıcıdan bunu doldurup imzalaması istenmektedir.[28] Ancak alıcının, bankanın sunduğu formları doldurması ve imzalaması taraflar arasında sözleşmenin kurulmasının bir geçerlilik şartına bağlandığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Doldurulan formlardaki alıcının imzası, akreditifin şartlarında istenen belgelerin daha kesin ve açık olarak ortaya konmasına ilişkin bir ispat şeklinden ibarettir.[29]

---

23 GÖĞER Erdoğan, **Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti,** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1980, s. 73; DOĞAN Vahit, **Uluslararası Ticarette Ödeme Aracı Olarak Akreditif,** Güncellenmiş 4. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2016, s. 76.

24 KUNT Filiz, Akreditifin Hukuki Niteliği ve İşleme Taraf Kişiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995, s. 69; Alıcının bankaya başvurarak akreditif açtırması ifa yerine geçen edim değil, ifa uğruna edim niteliğindedir. Zira akreditif açılması tek başına borcu sona erdirmez, YILMAZCAN, s. 81; Alıcı, yalnızca akreditif vadesine kadar bir erteleme def'î kazanmaktadır. Bkz. YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2014, s. 1351.

25 ABİK, s. 95-96; EKİCİ Akın, **Akreditif - Hukukî Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri,** Beta Basım Yayım, İstanbul, 1995, (Akreditif), s. 77.

26 DOĞAN, s. 76.

27 AVANCINI Peter/IRO Gert M./KOZIOL Helmut, **Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II,** 2. Auflage, Wien, 1993, N. 4/33, s. 375; ERDOĞAN İhsan, **Akreditif Sözleşmeleri,** Nobel Yayım Dağıtım, Ankara, 2000, s. 8.

28 ÖZEL, Akreditif, s. 33; DOĞAN, s. 83; Akreditif açtırma teklif formu, kâğıt ortamında iletilebileceği gibi elektronik ortamda da iletilebilir, ÖZALP Abdurrahman, **Dış Ticaret'te Yeni Kurallar UCP 600'ın Kullanılması Akreditif,** 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 31.

29 CANARIS Claus-Wilhelm, **Bankvertragsrecht,** 3. Auflage, Berlin-New York, 1988, N. 936, s. 660; ÖZEL, Akreditif, s. 33; EKİCİ, Akreditif, s. 78; DOĞAN, s. 84.

Akreditif talebinde bulunan kişinin akreditif açılması hususundaki talimatı tam ve kesin olmalıdır. Söz konusu talimatta alıcı tarafından, akreditifin açılması, şartları ve değiştirilmesi konularında eksiksiz ve kesin bilgilerin verilmesi gerekir.[30] Bununla beraber alıcı -kromla kaplanmış bir inç başına 12 vida adımından oluşan altı köşeli 500 grosluk cıvata ve somunlar örneğinde olduğu gibi- gereksiz ayrıntılardan da kaçınmalıdır.[31] Burada beklenen, mallara yönelik nitelendirmenin genel ve açık olmasıdır. Aksi halde aşırı gereksiz ve karışık bilgi yığını, malın tespitini zorlaştırarak alıcının görüş ve onayına başvurulmasını gerektireceğinden akreditif prosedürü hızlı işleyemeyecektir. Ancak formda özellikle akreditifin vadesi, en son yükleme tarihi, vesaik ibraz süresi, akreditifin dönülebilir ya da dönülemez olduğu, lehtarın adı, adresi, akreditifin devredilebilir olup olmadığı, poliçeli ise vadesi, vadenin başlayacağı tarih ve kimin üzerine çekileceği, görüldüğünde ödemeli, devir ve ciro edilebilir olup olmadığı, istenen belgeler, emtianın miktarı, fiyatı, yükleme ve boşaltma yerleri, kısmî yüklemeye izin verilip verilmediği, sigortanın kimin tarafından yaptırılacağı gibi noktaların belirtilmesi gereklidir.[32]

Banka, talimatı aldıktan sonra akreditif açılıp açılmayacağına karar verir. Akreditif bankasına gönderilen akreditif talimatı, kural olarak bir öneri niteliğini haiz olup, banka bu öneriyi reddetmediği takdirde hüküm doğurmakta ve banka, talimattaki şartlarla akreditif açma taahhüdü altına girmektedir.[33] Bu hususta bankanın ayrıca bir kabul beyanına gerek yoktur. Akreditif bankası akreditif açma teklifini uygun süre içinde reddetmezse örtülü kabul ile sözleşme kurulmuş sayılır.[34]

Banka, müşterisinin talimatına olumlu cevap verir ise, yani temel ilişkinin alıcısına akreditif açmayı kabul ederse, banka ile müşterisi arasında *karşılık ilişkisi*[35] kurulmuş olur. Karşılık ilişkisinin akreditif açtıranın talimatına

---

30 GÜNAY, s. 85.

31 BOZKURT Sevgi, **Akreditifin Uygulanması,** Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 106.

32 EKİCİ, Akreditif, s. 78.

33 REİSOĞLU, Akreditif, s. 169; ERDOĞAN, s. 90-91.

34 ÖZEL, Akreditif, s. 36; ABİK, s. 99; EKİCİ, Akreditif, s. 79; DOĞAN, s. 79; Akreditif bankasının akreditif açmayacaksa, bu hususu müşterisine bildirmesini gerektiren haller dışında, akreditif açma teklifini açıkça cevaplandırmamasının TBK m.6 uyarınca örtülü kabul anlamına gelmeyeceği şeklindeki aksi yöndeki görüş için bkz. REİSOĞLU, Akreditif, s. 169; KUNT, s. 69-70.

35 Akreditifte akreditif açtıran, akreditif bankası ve akreditif lehtarı olmak üzere en az üç kişi arasında üç köşeli bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkiler; akreditif açtıran ile akreditif lehtarı arasındaki temel ilişki, akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki karşılık ilişkisi ve akreditif

uygun olarak kurulması ile birlikte, banka, lehtar ile süresi içinde talebe uygun akreditif sözleşmesi yapma yükümü altına girmektedir. Banka ile akreditif açtıran arasındaki ilişkinin kurulması bakımından ele alınması gereken bir diğer husus, aralarında kredi ilişkisinin kurulup kurulmayacağıdır. Kural olarak bankanın kendisinden akreditif talebinde bulunan kişiye nakdi kredi açması söz konusu değildir.[36] Ama akreditif talebinde bulunan kişi, akreditif bedelini karşılamak için bankadan nakdi kredi de almış olabilir.[37] Diğer bir deyişle akreditifin kredi açma sözleşmesiyle beraber kurulması zorunlu olmasa da, ihtimal dâhilindedir.[38] Akreditif talebinde bulunan kişiye akreditif bedelini karşılamak üzere nakdi kredi verilmesi durumunda bu kredi, banka ile akreditif açtıran arasında önceden yapılan ve akreditife yabancı olan kredi açma sözleşmesinin sonucu olacaktır.[39] Bu halde bankadan alınan kredi ile karşılık ilişkisinin doğrudan bir bağlantısının bulunmadığı belirtilmelidir.[40]

II. AKREDİTİF AÇTIRANIN (ALICININ) YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Akreditif Konusu Bedeli Ödeme Yükümlülüğü

Alıcının akreditif açtırması, banka ile arasında iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme oluşturmaktadır. Bu sözleşme uyarınca banka, temeldeki satış sözleşmesinin satış bedeli unsurunun ifasında aracılık edecek, alıcı da akreditif konusu bedeli önceden bankaya yatıracaktır.[41]

Uygulamada akreditif açtıranın parayı hemen bankaya yatırmayıp, onun yerine müşterisi olduğu bankadan nakdi veya gayri nakdi -açık veya teminat-

---

bankası ile akreditif lehtarı arasındaki ödeme ilişkisidir. Bkz. KAYA, s. 10-11; Karşılık ilişkisi, akreditif açtıranın akreditif yoluyla ödeyeceği bedel için akreditif bankasına akreditifin açılmasına yönelik başvurma yükümlülüğü, bankanın ise başvurunun olumlu karşılanması halinde temel ilişkinin alacaklısı yani satıcı ile akreditif sözleşmesi yapma yükümlülüğü altına girdiği ilişkidir. Bkz. GÜNAY, s. 84-85.

36 DOĞAN, s. 80.

37 REİSOĞLU, Akreditif, s. 170; Örneğin, akreditif talebinde bulunan kişi, uzun bir zaman sonra eline geçebilecek olan mal için peşin para yatırmak yerine müşterisi olduğu bankadan kredi almayı tercih edebilir. Bkz. ABİK, s. 99.

38 ÖZEN Burak, **Kredi Açma Sözleşmeleri,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 44.

39 YENER Mehmet Deniz, **Kredi Açma Sözleşmesi,** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 47.

40 DOĞAN, s. 80.; Bu nedenledir ki akreditifin, kredi açma sözleşmesinin özel bir görünümü olmayıp, bu sözleşmeye bağlı bir yan anlaşma olduğu belirtilmektedir. Bkz. ÖZEN, s. 45.

41 REİSOĞLU, Akreditif, s. 169; EKİCİ, Akreditif, s. 80.

lı- kredi aldığı görülmektedir. Bu şekilde karşılık tahsil edilmiyorsa marjsız akreditiften, akreditif tamamen veya kısmen karşılığı tahsil edilerek açılıyorsa marjlı akreditiften söz edilir.[42]

Belirtilmelidir ki bankanın akreditif açtırana tanıdığı bu kredi imkânı, akreditif ilişkisinden bağımsız bir ödünç ve kredi açma işlemidir. Söz konusu imkân akreditifi bir kredi müessesesi haline getirmez.[43] Zira bu durumda banka, açmış olduğu akreditifte bir kredi kullandırmamakta, akreditif açtıran lehine bir nevi sorumluluk kredisi vermektedir. Akreditif açtıranın bankaya akreditif bedelini peşin olarak yatırdığı durumda ise akreditifin açılması ile ödeme anında kur farkı oluşmuşsa, bu fark kadar gayri nakdi kredi açıldığı kabul edilmektedir. Yalnız bir halde gayri nakdi kredi ilişkisi söz konusu olmayabilir. Akreditif açtıran talep ettiği akreditif miktarını bankaya döviz olarak yatırmış ise, bu halde kur farkı da ortaya çıkmayacağından herhangi bir kredi ilişkisi kurulmaz. Gayri nakdi krediler bakımından akreditifin diğer kredilerden ayrı bir özelliği bulunmadığı da belirtilmelidir.[44] Ayrıca marjlı akreditifte eğer karşılık yabancı para ile ödenecekse, bankaya yatırılacak olan memleket parası ile rayiç karşılığıdır. Ülkede döviz kısıtlaması varsa, akreditif açtıran o miktardaki meblağın dışarıya transfer edilmesi için gerekli işlemleri yapacak ve gerekli belgeleri bankaya verecektir.[45]

Akreditif açtıran, bankaya yatırması gereken tutarı, bankaya yatırmaz ya da gerekli teminatı sağlamazsa, banka, akreditif alacaklısı satıcıya ödemede bulunmak zorunda değildir.[46]

2. Belgeleri Teslim Alma Yükümlülüğü

Akreditif açtıran, banka ile yaptığı anlaşma uyarınca akreditif şartlarında belirtilen belgeleri teslim almak durumundadır. Zira akreditif açtıranın mal-

---

42 ABİK, s. 101; REİSOĞLU, Akreditif, s. 170; AYDOS, s. 87.

43 EKİCİ, Akreditif, s. 80.

44 DOĞAN, s. 76.

45 ULUÇ Mehmet, "Borçlar Hukuku Açısından Akreditif", C. 3, **Batider,** 1966, (ss. 432-478), s. 466; AYDOS, s. 88.

46 Öğretide bir görüşe göre bu durum banka için akreditif sözleşmesinden haklı nedenle rücu sebebidir. Bkz. TOLUN Osman, "Akreditifin Hukukî Mahiyeti", **Adalet Dergisi,** S. 3, 1957, (ss. 266-280), s. 277; ÖZEL, Akreditif, s. 37; Özellikle lehtar tarafından ibraz edilen akreditif şartlarına uygun belgelerin banka tarafından kabul edilerek akreditif açtırana ödeme için başvurulduğu safhada bankanın rücu etmesi söz konusu olamayacağı için bu görüşe katılma olanağının bulunmadığına ilişkin bkz. AYANOĞLU, s. 92, dn. 106.

ları gümrükten çekebilmesi için bu belgeleri teslim alması gerekir.[47] Belgeler alıcıya bir makbuz karşılığında verilir. Alıcı herhangi bir nedenle belgeleri teslim almazsa, banka ya malları gümrükten çeker ya da mallar gümrük tarafından satışa çıkarılır.[48] Elde edilen satış bedelinin alıcının borcunu karşılamaması halinde ise aradaki fark ayrıca talep edilir.[49]

3. Komisyon ve Masrafları Karşılama Yükümlülüğü

Akreditif bankası tarafından yapılan aracılık faaliyeti, banka açısından bir komisyona hak kazanma şeklinde kendini gösterir. Ancak burada kullanılan *"komisyon"* ifadesi teknik anlamda değildir. Komisyon ile kastedilen, bankanın gördüğü aracılık faaliyeti karşılığında aldığı ücrettir. Gerekli belgeler karşılığında lehtara ödemede bulunduğu anda komisyon ücreti doğar.[50] Akreditifin ifasının sözleşme kurulduktan sonra imkânsız hale gelmesi durumunda ise, banka ancak o ana kadar gördüğü işin karşılığı olarak nispi bir komisyon isteyebilecektir.[51]

Akreditif açtıran, akreditif bankasının komisyonunun yanı sıra, işleme katılan diğer bankaların komisyonlarını, akreditif işlemi kapsamında yapılan vergi, harç gibi tüm masrafları da karşılama yükümlülüğü altındadır.[52] Bununla birlikte taraflar akreditif metninde komisyon ve her türlü masrafın lehtar tarafından karşılanacağını kararlaştırabilirler. Nitekim uygulamada sıklıkla komisyon ve diğer masrafların lehtar tarafından karşılanacağı şartı akreditife konulmakta ve akreditif bankası veya görevli banka akreditif bedelini öderken komisyon ve masrafları düşmektedir.[53] Akreditifteki bu şarta rağmen, akreditif bankası gerekli kesintileri yapmadan akreditif bedelini tam olarak lehtara öderse bunun sonuçlarına kendisi katlanır, akreditif açtırana rücu hakkı bulunmaz. Buna karşılık lehtarın akreditifi kullanmaması, uygun belge ibraz etmemesi veya alacağı üzerine haciz konulması gibi nedenlerle komisyon ve diğer masrafların tahsil edilememesi durumunda, akreditifle ilgili tüm masrafların akreditif açtırana rücu edilmesi mümkündür.[54]

---

47 AYANOĞLU, s. 95; ÖZALP, s. 33.

48 ÖZEL, Akreditif, s. 37-38.

49 AYDOS, s. 88.

50 ULUÇ, s. 466; ABİK, s. 99.

51 EKİCİ, Akreditif, s. 81.

52 AYANOĞLU, s. 94; GÜNAY, s. 91; YILMAZCAN, s. 85.

53 AYANOĞLU, s. 94; GÜNAY, s. 91.

54 REİSOĞLU, Akreditif, s. 174; AYANOĞLU, s. 94-95.

Bankanın alabileceği komisyonlar da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Birincisi her türlü akreditif işleminde alınan *akreditif komisyonları*, ikincisi akreditifin teyit edilmesi halinde satıcının bulunduğu yerdeki banka tarafından alınan *teyit komisyonları*dır.[55] Akreditif dolayısıyla bankalar tarafından yapılan telefon, pul, harç vs. harcamaları ise *masraf* olarak isimlendirilmektedir. Banka gerek komisyon gerekse masraflar için akreditif açtırandan belirli bir avans talep edebilir.[56] Bankanın bu avans verilinceye kadar, belgeler üzerinde hapis hakkı kullanması mümkündür.[57] Belgeler üzerindeki bu hapis hakkı, masraflar ve komisyon bakımından da söz konusu olabilir.[58]

III. AKREDİTİF BANKASININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Akreditifin Süresi İçinde Açılması ve Lehtara Bildirilmesi

Akreditif ilişkisinin aslî borçlusu durumunda olan akreditif bankası, akreditif açtıran alıcının doldurduğu akreditif açtırma teklif mektubunu inceleyerek bir küşat mektubu düzenler. Küşat mektubu, alıcı ile bankanın önceden üzerinde anlaştıkları noktaları resmî olarak satıcının ülkesine ileten bir araçtır.[59] Akreditif bankası düzenlediği küşat mektubunu lehtara iletilmek üzere muhabir bankaya gönderir ve bu şekilde akreditif açılmış olur.[60] Dolayısıyla akreditif bankasının ilk

---

55 ULUÇ, s. 466.

56 ULUÇ, s. 466; AYDOS, s. 89.

57 ÖZEL, Akreditif, s. 38.

58 KUNT, s. 72; ERDOĞAN, s. 115.

59 EKİCİ, Akreditif, s. 81; AYDOS, s. 89.

60 *"... dış alım-satımlarda alıcı ayrı ayrı memleketlerde ikamet ettiklerinden akreditifi açan banka, akreditifi açtığı keyfiyetini lehdara (satıcıya) o memlekette şubesi varsa onun, yoksa bir başka banka vasıtasıyla bildirir. Bu bankaya muhabir banka, denir. Bu muhabir banka, ayrıca kendisi de akreditifi teyid etmemişse (kendisi teyid ederse bu halde, teyidli akreditif-creidit con firme olur ve kendisi de bağımsız bir taahhüt altına girer) sadece akreditifi lehdara bildiren ve hiçbir sorumluluk almayan kişi durumundadır..."*, Y.11.HD, E. 1980 / 3185, K. 1980 / 3644, 04.07.1980; *"... Amir banka alıcı ile yaptığı sözleşmede belli edilen koşullara uygun olarak satıcı lehine akreditif açar ve keyfiyeti satıcının bulunduğu yerde şubesi varsa onun, yoksa başka biri bankanın (muhabir banka) aracılığı ile satıcıya duyurur. Akreditif bankanın bu amaçla muhabir bankaya gönderdiği akreditif mektubunda ödeme koşulları ve satıcının ibraz edeceği belgelerin nev`i ve mahiyeti de belirtilir. Muhabir banka, ancak bu belgelerin satıcı tarafından ibraz edilmesi ve ödeme koşullarının gerçekleşmesi halinde ödemede bulunur. Aksi takdirde ödeme yapamaz; yaparsa akreditif bankasına karşı vekalet hükümlerine göre sorumlu olur. Muhabir banka akreditifi teyit etmediği sürece akreditif bankasının temsilcisi durumunda kalmaya devam eder ve bu nedenle de satıcıya karşı müstakil bir sorumluluk (parasal) yüklenmiş olmaz..."* Y.11.HD, E. 1976 / 5881, K. 1977 / 558, 10.02.1977, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

yükümlülüğü, alıcının talimatına uygun olarak belirlenen süre içinde akreditifi açıp satıcıya bildirmektir.[61] Akreditif bankası ile lehtar arasındaki ödeme ilişkisi de bankanın bu bildirimi ile kurulmuş olur.[62] Banka bu bildirimi zaman kaybetmeksizin yapmalıdır.[63] Banka mücbir sebep olmaksızın uygun süre içinde akreditifi lehtara bildirmezse, alıcı akreditifi feshedebilir.[64] Zira alıcının satıcıya karşı yüklendiği akreditif açtırma borcunun, akreditif bankasının kusuru nedeniyle zamanında yerine getirilememesi, satıcının temel ilişkiyi oluşturan sözleşmeden dönerek alıcıdan olumsuz (menfî) zararını istemesine neden olabilir. Bu durumda alıcı da, o bankada açtırmış olduğu akreditifi feshederek, banka ile arasındaki sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmediği gerekçesi ile, akreditif bankasından olumlu (müsbet) zararını isteyebilecektir (TBK m.112, m.506).[65] Zira akreditifin süresinde açılması ve keyfiyetin lehtara bildirilmesi, bankadan vekil sıfatıyla özen borcu kapsamında beklenen bir edimdir. Belirtildiği üzere, akreditif ilişkisinin sağlıklı şekilde yürütülüp tamamlanması için bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu denli önemli bir edimin yerine getirilmemesi, bankanın vekil olarak özen borcuna aykırı davrandığını gösterir.[66] Kaldı ki akreditife dair bankacılık uygulaması nazara alındığında bu yükümlülüğün bankanın özen borcu kapsamında kalacağı sonucuna da ulaşmak gerekir. Kuşkusuz mücbir sebep sayılabilecek olgular nedeniyle bu borç yerine getirilmediyse, bankanın özen borcuna aykırılıktan ve kusurundan söz etmek mümkün olmayacaktır.[67]

2. Belgelerin Makul Bir Özenle İncelenmesi

Akreditif bankası akreditif bedelini, akreditif talimatında ifade edilen belgelerin lehtar tarafından kendisine ibraz edilmesi halinde öder.[68] Belirtilmelidir ki banka, akreditif şartlarında belirtilmeyen belgeleri incelememekte ve bu belgeleri ibraz eden lehtara iade etmektedir.[69] Bu nedenle lehtar tarafından bankaya ibraz edilen belgelerin, akreditif talimatında öngörülen belgelerle

---

61 EKİCİ, Akreditif, s. 81-82; AYDOS, s. 89; BOZKURT, s. 106.

62 AYANOĞLU, s. 71.

63 EĞİLMEZLER, s. 633; EKİCİ, Akreditif, s. 82; AYDOS, s. 89-90; GÜNAY, s. 89.

64 ULUÇ, s. 467.

65 TEKİNALP, s. 436; KUNT, s. 69-70; AYDOS, s. 90; AYANOĞLU, s. 71-72; GÜNAY, s. 89.

66 GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu,** Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, (Özen), s. 256.

67 GÜMÜŞ, Özen, s. 256.

68 ERDOĞAN, s. 95.

69 AYDOS, s. 90; GÜNAY, s. 93.

uyumlu olması gerekir.[70] Akreditifte kullanılan belgeler çoğunlukla konişmento, yükleme kaydı gibi taşıma belgeleri, sigorta belgeleri, ticari faturalar ile konsolosluk belgesi, ardiye senedi gibi belgelerdir.[71]

Akreditif talimatında gösterilmiş belgelerin akreditif şartlarına uygun olup olmadıklarını saptayabilmek için, akreditife dâhil olan bütün bankalar, belgeleri dürüstlük kuralına uygun olarak makul bir özenle incelemek zorundadır.[72] Güven kurumu olan bankanın, hem tacir hem de vekil sıfatıyla belgelerin incelenmesinde özen göstermesi gerekir. Bu bağlamda ortalama bir bankanın özeninin yeterli olacağı ifade edilmekte[73] ise de ortalama bir bankanın dahi güven kurumu niteliği ve tacir sıfatı nedeniyle üst düzeyde özen göstermesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Şu kadar ki bankanın inceleme yükümlülüğü kural olarak belgelerin şekli varlıklarıyla sınırlıdır.[74] Akreditif şartlarına uygun olmayan belgelerin ibraz edilmesi halinde bankanın, belgeleri teslim almayı reddetmesi ve lehtara ödeme yapmaması gerekir. Ayrıca banka sadece akreditif talimatındaki şartlara uygun olmayan belgeleri değil, aynı zamanda birbiri ile çelişki içerisinde bulunan belgeleri de reddetmeli ve ödeme yapmamalıdır. Bu hususta örnek olarak konişmentoda yükleme tarihinin 18.04.2019 yazarken sigorta poliçesinde 20.04.2019 yazması gibi iki belge arasındaki tutarsızlık verilebilir.[75] Buna karşılık akreditif bankası yapacağı inceleme sonucunda belgelerin akreditif şartlarına uygun olduğunu tespit ederse ödemeyi yapmalıdır.

Yapılacak incelemede sadece belgeler esas alınmalı, temeldeki satış sözleşmesi gibi belge dışı unsurlara dikkat edilmemelidir.[76] Bu yönüyle bankanın, malların kalitesi, temel ilişkide kararlaştırılan vasıfları taşıyıp taşımadığı gibi konularda, bizzat akreditif şartlarında öngörülmedikçe inceleme ve araştır-

---

70 AYANOĞLU, s. 79; Fransız Yüksek mahkemesi bir kararında, lehtara yapılan bildirimle sağlık belgesi ve denetim raporu şeklinde iki belge istenmesine karşın, her iki belgede yer alması gereken bilgilerin yer aldığı tek bir belgenin ibraz edilmesinin banka tarafından kabul edilmesinde bankanın doğru ve yerinde bir takdir hakkı kullandığı sonucuna varmıştır. Sözü edilen karar ve değerlendirilmesi için bkz. Cour de Paris, Revue Generale de Droit Commercial 1943, s. 72, aktaran KAYA, s. 101.

71 Bu belgeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, s. 96 vd.

72 ERDOĞAN, s. 19-20; *"... Belgelerin akreditif şartlarına uygun olup olmadıklarını makul bir özenle inceleme zorunluluğu ve yükümü, akreditif işleminde yer alan bütün bankalara yöneliktir..."*, Y.19.HD, E. 1993 / 633, K. 1994 / 547, 26.01.1994, KOSTAKOĞLU, s. 1137-1138.

73 GÜMÜŞ, Özen, s. 257.

74 GÜMÜŞ, Özen, s. 257.

75 EKİCİ, Akreditif, s. 82.

76 GÖĞER, s. 86.

ma yükümlülüğü bulunmaz.[77] Zira bankalar yalnızca akreditif metniyle bağlı olup, alıcı ile satıcı arasındaki temel hukukî ilişkiden bağımsızdırlar.[78]

Bankacılık uygulamasında, belgelerin akreditif şartlarına uygunluğunun araştırılması konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşler *harfi harfine uygunluk görüşü* ve *bütünler uygunluk görüşü*dür. Türkiye'de ve Amerika Birleşik Devletleri bankacılığında genellikle harfi harfine uygunluk görüşü benimsenmektedir. Ancak bu görüşte aşırılığa gidilmesi halinde akreditifler, ödemeyi sağlama aracı olmaktan çıkıp, adeta ödemeyi önleme aracına dönüşebilir. Bütünler uygunluk görüşüne göre ise, ibraz edilen akreditif belgelerinin noktası virgülüne kadar akreditif şartlarına uygun olması gerekmez. Bu görüşe göre akreditif belgelerinin şeklî ve içeriği itibarıyla akreditif şartlarıyla uyum içinde bulunması yeterlidir.[79] Kanımızca akreditif işleminin çabuk ve etkin bir şekilde gerçekleşmesi için bütünler uygunluk görüşü kabul edilmelidir.[80]

Belirtilmelidir ki bankaların, belgeleri makul bir özen ile inceleme yükümlülüğü kapsamında, belgelerin şekli, yeterliliği, sahte olup olmadığı, geçerlilikleri ve içerdikleri ya da üzerlerine sonradan eklenen genel ve/veya özel şartlar dolayısıyla hiçbir sorumluluğu yoktur.[81]

Ayrıca satıcının ülkesi, alıcı ile satıcı arasındaki temel ilişkiye konu olan malların ihracını izne bağlayabilir. Alıcı bu durumu bilmiyorsa akreditif talimatında banka tarafından aranması gereken belgeler arasında izin belgesinin belirtilmemiş olması mümkündür. Bu halde satıcı tarafından ibraz edilen belgeler karşılığında banka ödeme yapar, ancak mallar alıcıya ulaşamazsa, alıcının zararı söz konusu olacaktır. Bu zarar bankadan kaynaklanmadığı için kural olarak banka sorumluluğu üstlenmez. Kaldı ki alıcının böyle bir riski önceden ihtimal dâhilinde görmesi ve araştırması gerektiği düşünülebilir. Ancak mesleğinde uzman olan sözleşme tarafının, sözleşmenin deneyimsiz tarafını somut sözleşme riskleri hakkında aydınlatması yükümlülüğünün bulunduğuna ilişkin gittikçe güçlenen bir eğilim söz konusudur.[82] Bu yönüyle ithalat ve ihracat işlemlerinde uzman kuruluşlar olmaları

---

77 ERDOĞAN, s. 19.

78 UĞUR Aynaz, "Akreditif İlişkisi ve Hukuki Niteliği", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 9, Ocak 2015, (ss. 35-53), s. 42.

79 Bu görüşler hakkında bilgi için bkz. TUMAY Turhan, **Dış Ticaret Banka Tekniği,** 2. Bası, İstanbul, 1987, s. 83-84; AYDOS, s. 90.

80 Aynı yönde EKİCİ, Akreditif, s. 83.

81 TEKİNALP, s. 437; ERDOĞAN, s. 20; AYANOĞLU, s. 85.

82 GEZDER, Ümit, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu,** İstanbul, 2009, s. 179.

sebebiyle bankaların önceden akreditif açtıranı akreditifin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyebilecek olgular hakkında uyarması gerekir. Bankanın bu uyarıyı yapmaması halinde culpa in contrahendo (sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranış) uyarınca sorumlu olacağı kabul edilmelidir.[83]

3. Belgelerin Süresi İçinde İncelenmesi ile Talimata Uygun Değillerse Süresi İçinde Ret ve İadesi

Akreditif bankası, gönderilen belgeleri aldığında bunları makul bir özenle incelemeli, kabul edip etmediğini belgeleri gönderen bankaya veya belgeler doğrudan lehtardan ise lehtara, azamî beş iş günü içinde bildirmelidir.[84] Bu süre, belgelerin akreditifte ibraz yeri olarak gösterilen banka şubesine ibrazını takip eden günden itibaren işlemeye başlar.[85]

Bankanın makul bir özenle incelemesi gereken belgeler, akreditifin geçerli olduğu süre içerisinde ibraz edilen belgelerdir. Akreditifin geçerlilik süresinden sonra ibraz edilen belgelere ilişkin bankanın inceleme yetkisi bulunmamaktadır.[86] Bu nedenle banka, süresinden sonra ibraz edilen belgeleri incelemeyi, söz konusu belgeler akreditif şartlarına uygun olsalar dahi reddetmelidir.[87] Yine banka incelemeyi en kısa sürede sonuçlandırmalı, eksik ya da yetersiz belge olduğu takdirde süresi içinde kalmak koşuluyla lehtara bunları tamamlama ya da düzeltme imkânı da tanımalıdır.[88] Belgeler süresi içinde ibraz edilmişse akreditif süresi sona erse dahi bankanın inceleme yükümlülüğü devam eder.[89] Ancak bu durumda bel-

---

83 ERDOĞAN, s. 107; Bu hususta *Doğan* bankanın, ülke içi veya milletlerarası ticari ilişkilerden kaynaklanabilecek potansiyel risklere ilişkin akreditif açtıranı uyarma yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmektedir. Ancak yazar bankanın akreditifin yürütümü konusunda, müşterisi olan akreditif talebinde bulunan kimseye bilgi vermesi gerektiğini de ifade etmektedir. Bu hususta talepte bulunan kimsenin gerek kendi ülkesi gerekse lehtarın ülkesinin döviz kuralları hakkında bilgilendirilmesi gerektiği örnek olarak verilmektedir. Bkz. DOĞAN, s. 199-200.

84 Akreditiflere İlişkin Bir Örnek Usuller ve Uygulama Kurallar (UCP)'da beşinci revizyonu gerçekleştiren 1993 tarihli 500 sayılı Broşürde yedi gün olarak öngörülen bu makul süre, altıncı ve son revizyon olan 2007 Revizyonu 600 sayılı Broşür ile beş güne indirilmiştir. Bkz. YILMAZ/TOPUZ/ÖZKEN/KOCAEFE CEBECİ, s. 399; YILMAZCAN, s. 94; Uygulamada yeknesaklığın sağlanması açısından böyle bir kesin süreye yer verilmesinin doğru olduğu, ancak akreditifle ödemenin öngörüldüğü işlemlerin çoğunlukla sınır aşan karakterde olması karşısında, bazı somut olaylarda bu sürenin yeterli gelmeme ihtimaline dayalı olarak tarafların daha uzun bir süre kararlaştırabilecekleri hususunda bkz. KAYA, s. 113-114.

85 AYANOĞLU, s. 86-87.

86 ERDOĞAN, s. 107.

87 KOSTAKOĞLU, s. 1021.

88 KAYA, s. 114.

89 AYANOĞLU, s. 87.

gelerde eksiklik varsa lehtarın tamamlamasına olanak kalmaz. Belgelerin banka tarafından incelenerek kabul edildiği durumda, akreditif bedelinin ödenmesi için ayrıca bir vade öngörülmüşse bu vadenin de beklenmesi gerekmektedir.[90]

Akreditif bankası tarafından belgelerin reddine karar verilmesi durumunda bunun bildirilmesi bakımından izlenecek yöntem ise şudur. Belgelerin gönderene bildirimi, tel haberleşmesi (telefon, telgraf, faks, teleks gibi bir araç) ile veya bunun mümkün olmaması halinde diğer süratli haberleşme araçları ile gecikmeksizin yapılmalıdır. Söz konusu bildirimde, belgelerde tespit edilen uyumsuzluklar belirtilmeli, kabul etmeme sebepleri açıklanmalıdır. Akreditif bankası bu hususlara uymazsa belgelerin akreditif şartlarına uygun olmadığını ileri sürmek hakkından yoksun kalır. Bu durumda ret ve iadede geç kalmak hukuken belgelerin kabulü anlamına gelecektir.[91] Hatta belgeleri gönderen banka, belgelerin şartlara uymadığı konusunda akreditif bankasını haberdar etse veya söz konusu eksiklikler için teminat alarak ya da haklarını saklı tutarak *"rezervli olarak"* ödemede bulunduğunu, vadeli ödeme taahhüdüne girdiğini, poliçeleri devir ve ciro ettiğini akreditif bankasına bildirse dahi, akreditif bankası ret ve iade yükümlülüğünden kurtulmaz. Şöyle ki belgelerdeki eksikleri kesin bir ret için yeterli bulmayan ve önlemini alarak akreditif bankasına bildiren belgeleri inceleyen bankanın söz konusu uyarısına rağmen, akreditif bankası belgeleri ret ve iade etmemişse, bu durum akreditif bankasının eksiklik ve aykırılıkları önemli olarak nitelendirmediği, yani belgeleri kabul ettiği anlamına gelir.[92] Buna karşılık ret bildiriminin zamanında yapılması halinde, akreditif bankası akreditif bedelini faiziyle birlikte geri isteme hakkına sahiptir.[93]

IV. AKREDİTİF BANKASININ SORUMLULUĞU

1. Akreditif Açtıran ve Akreditif Bankası Arasındaki İlişkinin Hukukî Olarak Nitelendirilmesi

A. Eser Sözleşmesi Görüşü

Akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki karşılık ilişkisinin hukukî olarak nitelendirilmesi konusunda öğretide ileri sürülen ilk görüş bu ilişkinin, konusu iş görme olan ve tam iki tarafa borç yükleyen eser sözleşmesi

90 KAYA, s. 114; AYANOĞLU, s. 87.

91 EKİCİ, Akreditif, s. 84.

92 TEKİNALP, s. 438.

93 BOZKURT, s. 109.

niteliğinde olduğunu belirtmektedir.[94] Bu görüşe göre karşılık ilişkisinde her iki taraf da alacaklı ve borçlu konumundadır. Akreditif açtıranın talebini alan bankanın, akreditif sözleşmesinde yalnızca hizmet edimi üstlenmesi yeterli değildir. Bu işlem dolayısıyla akreditif açtıran, bir işin görülmesini isteme hakkına sahip olurken, akreditif bankası da doğacak komisyon ve sair masraflar açısından alacaklı konumuna gelmekte (TBK m.479) ve öngörülen belgelerin süresi içinde ibrazı karşılığında lehtara soyut bir ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Böylelikle akreditif bankası akreditif açtırana karşı hizmet ediminin yanı sıra, somut bir neticenin teminini de üstlenir.

Bu görüşün değerlendirilmesi bakımından, eser sözleşmesindeki *"eser"* kavramının açıklanması gerekir. Öğretide çalışma ürünü olarak ortaya çıkan bir sonucun devamlılık arz etmemesi ve devredilememesi halinde bile eser niteliğinin var olduğu, eser bakımından insan emeğinin ürünü olan ve iktisadi değeri bulunan hukukî bir varlığın meydana gelmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir.[95] Bu kapsamda vekâlet sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde önemli olan belli bir sonucun elde edilmesidir.[96] Oysa akreditifte, akreditif bankasının böyle bir sonuç elde etme yükümlülüğü yoktur. Banka sadece akreditif şartlarına uygun belge ibraz etmesi halinde lehtara ödemede bulunmakta, lehtarın eksik belge ya da uygun olmayan belge ibraz etmesi halinde ise ödemeyi reddetmektedir. Bankadan mutlaka objektif olarak tespit edilebilen bir sonuç beklenmesi söz konusu değildir.[97] Banka, lehtardan belgeleri teslim alıp incelemekte ve bunları akreditif açtırana ulaştırmaktadır.

---

94 EĞİLMEZLER, s. 632; BORGGREFE, s. 17; GÖĞER, s. 53, s. 82; CANARIS**,** N. 923, s. 639.

95 TANDOĞAN Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** C. 2, Vedat Kitapçılık, 5. Tıpkıbasım, İstanbul, 2010, s. 4.

96 TANDOĞAN, s. 39; KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 450; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler,** 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 719; ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 599; WEBER Rolf H., **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, OR Art.1-529, OR Art.394,** 6. Auflage, Basel, 2015, Art.394 N. 2; BÜHLER Roland, **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar** (Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016, Art.394 N. 17; AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku),** 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 796; GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı,** 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, (Borçlar Özel), s. 322; KURŞAT Zekeriya, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", **İÜHFM,** C. 67, S. 1-2, 2009, (ss. 143-166), s. 147.

97 Aynı yönde bkz. ÖZEL, Akreditif, s. 88; AYDOS, s. 68.

Bankanın belgelerin düzenlenmesine bir müdahalesi veya katkısı bulunmaz.[98] Bu gerekçelerle kanaatimizce akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki karşılık ilişkisi eser sözleşmesi olarak nitelendirilmemelidir.

B. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki karşılık ilişkisinin hukukî olarak nitelendirilmesi konusunda öğretide ileri sürülen diğer görüş, bu ilişkinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu belirtmektedir.[99] Bu görüşe göre taraflar arasındaki ilişki çeşitli nedenlerle vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmese bile, akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki ilişki özel olarak kanundaki belirli bir sözleşmeye dâhil olmadığından, TBK m.502/II (BK m.386/II) gereğince bu ilişkiye vekâlete ilişkin hükümler uygulanacaktır.[100] Kaldı ki karşılık ilişkisinin hukukî niteliği itibarıyla eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilse dahi, bu sözleşmenin ilişkiyi belirlemede eksik kaldığı noktalarda TBK m.502/II (BK m.386/II) uyarınca vekâlete ilişkin hükümlere kıyasen başvurulacaktır.[101] Bize göre de akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir.[102] Nitekim TBK m.502/II uyarınca *"Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır."* Böylelikle TBK m.502/II çerçevesinde, gerek Kanun'da düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri bakımından gerekse Kanun'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinin kanunda düzenlenmeyen hususları bakımından vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmelidir.[103]

---

98 Aynı yönde bkz. KUNT, s. 40.

99 ULUÇ, s. 463; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1353; BAHTİYAR Mehmet, "Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi,** 1989, C. 15, S. 1, (ss. 71-88), s. 77; REİSOĞLU, Akreditif, s. 171 vd.; KUNT, s. 42; ERDOĞAN, s. 89; DOĞAN, s. 77; BOZKURT, s. 106; REİSOĞLU, Konferans, s. 16; KOSTAKOĞLU, s. 1007; TEKBEN Tuğçe, Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Verenin Talimatı ve Hukukî Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 191.

100 ULUÇ, s. 463; REİSOĞLU, Akreditif, s. 171; BOZKURT, s. 106; TOKDEMİR, s. 49.

101 ÖZEL, Akreditif, s. 88; AYDOS, s. 68.

102 Aynı şekilde akreditif bankası ile akreditif açtıran (alıcı) arasında meydana gelen hukukî ilişkinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde Yargıtay kararı olarak bkz. Y.11.HD, E. 2008 / 7103, K. 2010 / 3601, 1.4.2010; *"Somut olayda, amir (alıcı) davacı ile akreditif bankası davalı arasındaki hukuki ilişki vekalet sözleşmesi olup, taraflar arasındaki uyuşmazlığın bu sözleşme çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir"*, Y.11.HD, E. 2006 / 204, K. 2006 / 7770, 3.7.2006, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

103 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1156, s. 1353; TEKBEN, s. 191; Vekâlete ilişkin hükümlerin, diğer iş görme sözleşmeleri açısından "genel hüküm" niteliği taşıdığı hakkında ayrıca bkz. FELMANN

Vekâlet sözleşmesi; vekile, vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun biçimde bir iş görme ya da işlem yapma borcu yükleyen sözleşmedir.[104] Vekil, bu sözleşmeyle bir edim sonucunu değil, belirli bir sonuca ilişkin olarak edim fiilinde bulunmayı ve bunu özenle yerine getirmeyi taahhüt eder.[105] Bu kapsamda vekâlet sözleşmesi vekile, vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun olan sonuca yönelik bir iş görmeyi, zaman kaydına tâbi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak,[106] ayrıca sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmamak üzere yüklemektedir.[107] Vekâlet sözleşmesi kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.[108] Zira ancak sözleşme ya da teamülün varlığı halinde vekil ücrete hak kazanmaktadır (TBK m.502/III).[109] Ayrıca her sözleşmede taraflar birbirlerine güven duymaktaysa da vekâlet sözleşmesi, vekil ile vekâlet veren arasında çoğunlukla daha yoğun bir güven ilişkisini barındırır.[110] Bu güven esas olarak karşılıklı olmakla beraber, vekâlet veren bakımından iş konusu hakkında uzman olan vekilin gerek kişiliğine gerekse mesleki bilgi ve yeteneğine ilişkin olarak kendisini göstermektedir.[111]

Bu bilgiler ile akreditifin unsurları birlikte değerlendirildiğinde, akreditif hakkında şu tespitlere varılır. Akreditifte akreditif açtıran, akreditif bankasını,

---

Walter, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art.394-406,** Bern, 1992, Art.394 N. 302; HOFSTETTER Josef, **Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Teilband 6, Obligationenrecht,** Basel-Genf-München, 2000, s. 16.

104 EREN, s. 705; ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,** 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 596; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 596; FELMANN, Art.394 N. 25; HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil,** Zürich/ Basel/Genf, 2012, N. 3221; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 790.

105 ARAL/AYRANCI, s. 438; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 420; WEBER, Art.394 N. 2; BÜHLER, Art.394 N. 17; AKİPEK Şebnem, **Alt Vekâlet,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 36.

106 FELMANN, Art.394 N. 115; HOFSTETTER, s. 18; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 416.

107 TANDOĞAN, s. 356; Eser sözleşmesinin aksine, vekâlet sözleşmesinde vekilin bir sonucun mutlaka elde edilmesi için değil, belirli bir yönde çalışmak için taahhüt altına girdiği ve bu durumun akreditif ilişkisinde açıkça ortaya çıktığı yönünde bkz. EKİCİ, Akreditif, s. 58.

108 AKİPEK, s. 43; YALÇINDURAN Türker, **Vekâlet Sözleşmesinde Ücret,** Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 53.

109 EREN, s. 706; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1165; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 603-604; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 793-794; FELMANN, Art.394 N. 368; HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil,** 10. überarbeitete Auflage, Bern, 2017, s. 335; BÜHLER, Art.394 N. 17.

110 GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 417.

111 SARI Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Ermesi,** Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 28; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 597.

kendi menfaatine ve iradesine uygun olarak belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde, satış bedelini lehtara ödemekle görevlendirmektedir. Yani vekâlet, alıcının akreditife ilişkin talimatlarını ifade etmektedir.[112] Gerçekten de akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki sözleşme gereğince banka, akreditif açtıran adına ve hesabına onun tarafından saptanan koşullar dâhilinde üçüncü şahsa (lehtara) ibraz edeceği belgeler karşılığında ödeme yapma taahhüdünde bulunur.[113] Bu kapsamda akreditif bankası, akreditif açtıranın talimatına uygun olarak lehtar ile akreditif sözleşmesi yapmaktadır. Banka, bu görevini akreditif açtıranın iradesine uygun olarak kendi yetkisi içinde nispeten bağımsız olarak gerçekleştirir.[114] Nitekim vekilin nisbî bağımsızlığı, onun vekâlet verenin menfaatine iş görürken amacına ulaşmak için belli ölçüde karar verme zorunluluğunda bulunmasının bir sonucudur. Özel uzmanlık gerektiren işlerde ise bu bağımsızlık genelde daha geniş ölçüde olmaktadır.[115] Satış bedelinin ödenmesi işine aracılık eden banka da konusunda uzman bir kişi olarak belgelerin değerlendirilmesinde, nispeten serbest olarak hareket etmekte, akreditif şartlarına uymayan belgeleri ise ancak akreditif açtıranın izniyle kabul etmektedir.[116] Bunun dışında banka, akreditif açtıranın talimatlarına sıkı sıkıya bağlıdır. Bankaya akreditif açtıran tarafından tespit edilerek verilen talimatın içeriği, kural olarak akreditif açtıran ile lehtar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan akreditif şartında (klozunda) tespit edilmiştir. Akreditifin, bankanın kendisinden akreditif talebinde bulunan kişiye açacağı krediden karşılanıyor olması da, taraflar arasındaki ilişkinin hukukî niteliğini değiştirmez. Bu halde banka ile akreditif talebinde bulunan arasında, kredi sözleşmesi ve akreditif talebinin kabul edilmesiyle oluşan vekâlet sözleşmesi olmak üzere iki farklı sözleşme vardır.[117]

Ayrıca vekâlet sözleşmesinin kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki ilişki bakımından yetersiz kalacağı anlamına gelmez. Zira TBK m.502/III uyarınca sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır. Bu hüküm kapsamında bankanın komisyonu bakımından ortada bir teamülün bulunduğu sonucuna varılmaktadır.[118] Gerçekten de iş görmenin serbest meslek olarak yapıldığı

[112] BOZKURT, s. 106.

[113] ERDOĞAN, s. 18.

[114] DOĞAN, s. 77.

[115] TANDOĞAN, s. 374-375; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1168.

[116] ÖZEL, Akreditif, s. 88; AYDOS, s. 69; BOZKURT, s. 106.

[117] DOĞAN, s. 77.

[118] ULUÇ, s. 463; EKİCİ, Akreditif, s. 58.

hallerde -örneğin bankalar tarafından- ücret karşılığında iş görülmesi teamüldendir.[119] Vekâlet sözleşmesinde ücret ödenmesinin kural olarak zorunlu olmaması, tek başına, ücret ödenmesini gerektiren iş görme sözleşmelerinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin önüne geçmez.[120] Nitekim akreditif gibi ücret verilmesini öngören bir iş görme sözleşmesi de sırf bu nedenle eser sözleşmesi sayılamaz.[121]

Böylece akreditifin açılmasının açıkça kabul edilmesinden sonra, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan vekilin borçları (TBK m.505-509) genel olarak akreditif bankası için de geçerli olmalıdır. Dolayısıyla akreditif bankası vekâleti kabul edip akreditifi açmaz ise, akreditif açtıranın vekâlet sözleşmesine aykırılıktan ötürü zararlarını karşılamak durumunda kalır[122] (TBK m.112). Akreditif bankasının, öncesinde akreditifin açılmasını kabul edeceği izlenimi yaratıp, sonradan kabul etmediği durumda ise bankanın sorumluluğu culpa in contrahendo kaynaklı olacaktır.[123]

Vekâlet sözleşmesi görüşü kapsamında vekâletin tek taraflı olarak sona erdirilmesi hususlarına da değinilmelidir. Vekâlet sözleşmesinde TBK m.512 uyarınca vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak (azil ve istifa ile) sona erdirebilir. Böylece vekâlet sözleşmesinin taraflarından her biri, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve karşı tarafın onayı aranmaksızın, yalnızca varması gerekli ve yeterli olan bir irade beyanı ile sözleşmeye son verme imkânına sahiptir.[124] Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliği taşımaktadır.[125]

Oysa dönülemez akreditifte akreditif bankası lehtara ödeme konusunda kesin bir taahhüt altına girer. Bu akreditifte, akreditif açtıranın azletmesi bir sonuç

---

119 ARAL/AYRANCI, s. 439; YALÇINDURAN, s. 142.

120 Ancak vekâlet sözleşmesinin ücretli ya da ücretsiz olmasının bu sözleşmeye ilişkin bazı hükümlerin uygulanması bakımından farklılık doğurabileceğine ilişkin bkz. YALÇINDURAN, s. 107-108.

121 ÖZEL, Akreditif, s. 89.

122 REİSOĞLU, Akreditif, s. 172.

123 REİSOĞLU, Akreditif, s. 173.

124 TANDOĞAN, s. 619-620; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1220; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 631-632; SARI, s. 85 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 803.

125 SARI, s. 89; KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa, "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", **FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi,** S. 3, 2014, (ss. 171-212), s. 181; SEÇER Öz, "Vekâlet Sözleşmesinin Vekalete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", **İÜHFD,** C. 6, S. 4, 2015, (ss. 877-944), s. 882.

doğurmayacağı gibi, bankanın istifa ettiğini bildirerek kendisinden beklenen yükümlülükleri yerine getirmemesi de söz konusu olamaz.[126] Ancak akreditif açtıran ile akreditif bankası arasında vekalet sözleşmesi kurulduktan sonra kural olarak akreditif şartlarında değişiklik, akreditif talimatının iptali, vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından akreditif açılıncaya kadar olanaklıdır.[127] Bu bağlamda örneğin akreditif bankasının akreditif şartlarını lehtara bildirmesinden önceki süreçte akreditif açtıranın banka ile arasındaki vekâlet sözleşmesini sonlandırarak akreditif açtırma teklifinden rücu etmesi olanaklıdır.[128]

Belirtilmelidir ki sadece bu farklılık sebebi ile vekâlet sözleşmesi görüşünün kabul edilemeyeceği sonucuna varılamaz. Zira söz konusu farklılık TBK m.512 hükmünün tipik veya atipik vekâlet sözleşmesi ayrımı yapılmaksızın emredici nitelik taşıdığının kabul edilmesi durumunda ortaya çıkar. Ancak öğretide söz konusu hükmün emredici niteliği haiz olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüşe göre, TBK m.512 hükmü emredici niteliktedir. Bu nedenle vekâlet veren ve vekil bu haktan önceden feragat edemezler.[129] Buna karşılık öğretideki diğer görüşe göre vekâlet sözleşmesinin tipik (olağan) ve atipik (isimsiz) olmasına göre bir ayrım yapılmalıdır.[130] Bu görüş uyarınca tipik vekâlet sözleşmelerinde TBK m.512 hükmü emredicidir. Atipik vekâlet sözleşmelerinde ise TBK m.512 hükmü emredici nitelik taşımaz. Bu nedenle atipik vekâlet sözleşmelerinde tarafların sözleşmeyi tek taraflı sona erdirme hakkından önceden feragat etmesi mümkündür.[131] Çünkü tipik vekâlet sözleş-

---

126 ÖZEL, Akreditif, s. 89.

127 REİSOĞLU, Akreditif, s. 173; DOĞAN, s. 102; REİSOĞLU, Konferans, s. 16.

128 KOSTAKOĞLU, s. 1008.

129 TANDOĞAN, s. 623; SEROZAN Rona, **Sözleşmeden Dönme,** Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 130-131; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 632; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1220; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 803; AKİPEK, s. 75; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 418; AKINCI Şahin, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi,** Konya, 2004, s. 65-67; DOĞANCI Doğa Ekrem, "Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. 2, S. 1, Temmuz 2014, (ss. 95-131), s. 106.

130 Vekilin ücret almayacağının kararlaştırıldığı ya da hekimlik, avukatlık, yediemin sözleşmeleri gibi vekilin kişiliğinin önemli olduğu vekâlet sözleşmelerinin tipik, bu unsurların bulunmadığı vekâlet sözleşmelerinin ise atipik olduğu belirtilmektedir. Bkz. YALÇINDURAN, s. 51.

131 HONSELL, s. 361; WEBER, Art.394 N. 21; HUGUENIN, N. 3309; EREN, s. 716; Teknik olarak vekâlet sözleşmesi şeklinde nitelendirilse de, güven ilişkisinin ve her zamanlı fesih hakkının sözleşmenin bünyesiyle uyuşmadığı gerekçesi ile atipik olduğu ileri sürülen vekâlet hallerinin, vekâlet sözleşmesi olarak değil, sui generis sözleşme olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 419.

melerinin aksine, atipik vekâlet sözleşmelerinde taraflar arasında mutlak bir güven ilişkisi bulunmamaktadır.[132]

Kanımızca akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki hukukî ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi bakımından, bu ilişkide TBK m.512 hükmünün uygulanmaması bir eksiklik olarak görülmemelidir. Baskın görüşün kabul edilmesi durumunda dönülemez akreditifin, ilişkiyi tek taraflı olarak sona erdirme hakkından önceden vazgeçilememesinin bir istisnası olarak kabul edilmesi ile bu sorun giderilebilir.[133] Yine diğer görüş olarak TBK m.512'nin atipik vekâlet sözleşmeleri bakımından emredici olmadığının kabul edilmesi halinde de, akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki vekâlet sözleşmesinin atipik vekâlet sözleşmesi olması nedeniyle aynı sonuca ulaşılması mümkündür.

2. Bankanın Akreditif Açtırana Karşı Sorumlu Olduğu Haller

A. Akreditif Bankasının Kendi Fiillerinden Dolayı Akreditif Açtırana Karşı Sorumluluğu

Akreditif bankası, müşterisi olan akreditif açtırana karşı belirttiğimiz yükümlülüklerini yerine getirmediğinde, yani akreditifi süresinde açmadığında, belgeleri kendisinden beklenen makul bir özenle ve makul bir sürede incelemediğinde, şartlara aykırılığı tespit ettiği takdirde belgeleri zamanında ret ve iade etmediğinde, akreditif açtırana karşı aralarındaki vekâlet sözleşmesinin olumlu (müsbet) ihlâli dolayısıyla TBK m.112 ve m.506 hükümleri uyarınca sorumlu olur. Bu durumda akreditif bankası sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmek zorundadır. Şu halde akreditif şartlarında, örneğin lehtardan istenecek belgelerde bir belirsizlik varsa, banka derhâl akreditif açtırana danışarak bu belirsizlikleri aydınlattırmalıdır.[134] Çünkü satıcı alıcının borcunu gereği gibi ve zamanında yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmeden dönerse, alıcı satıcının olumsuz (menfî) zararını karşılamak duru-

---

[132] EREN, s. 716; Nitekim öğretide şahsi güven ilişkisinin ağır bastığı avukatlık, hekimlik sözleşmesi gibi klasik vekâlet sözleşmelerinde taraflara tanınan sona erdirme hakkının emredici olduğu, buna karşılık malvarlığını ilgilendiren ve güven ilişkisinin önemli bir rolünün bulunmadığı vekâlet sözleşmelerinde ise sona erdirme hakkının hayatın olağan şartlarına uygun olmadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda bankanın vekil olduğu sözleşmelerde istikrarlı bir vekâlet veren-vekil ilişkisinin sürdürülmesi için vekâlet sözleşmelerinin sınırlandırılması gerekliliği örnek verilmektedir. Bkz. SEÇER, s. 891-892.

[133] Aynı yönde bkz. AYDOS, s. 70.

[134] BOZKURT, s. 107.

munda kalabilecektir. Bunun devamında alıcı ise, akreditif bankası ile arasındaki sözleşmenin, akreditif bankası tarafından ihlal edilmesi sebebiyle bankadan olumlu (müsbet) zararının karşılamasını talep edebilir.[135] Akreditif bankası vekâleti özenle ifa etmek zorundadır. Aksi halde kasten, ihmâl ya da dikkatsizlikle verdiği zararlardan vekil sıfatıyla sorumlu olur.[136]

B. Akreditif Bankasının Muhabir Bankanın Fiillerinden Dolayı Akreditif Açtırana Karşı Sorumluluğu

Bir akreditifin doğrudan akreditif bankası tarafından lehtara bildirilmek yoluyla açılması mümkün olmakla beraber, lehtarın yabancı bir ülkede bulunması nedeniyle akreditif genelde, lehtarın bulunduğu ülkedeki bir muhabir banka aracılığı ile açılmaktadır. Bu muhabir banka sadece akreditifi ihbar edebileceği gibi, belgeleri inceleme ve akreditifi ödeme ile de yetkilendirilebilir.[137]

İki banka arasındaki ilişkinin hukukî niteliği alt vekâlet olarak kabul edilirse, TBK m.507/II uyarınca vekil başkasına vekillik vermek konusunda yetkili olduğunda yalnızca bu yetkisini kullanırken -yani seçmede ve talimat vermede- gerekli özeni göstermekle yükümlü olacaktır.[138] Oysa muhabir banka, akreditif bankasının borcunu ifasında yardımcı kişi olarak kabul edilirse, akreditif bankasının sorumluluğu TBK m.116 kapsamında sınırlanabilir.[139]

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1964 tarihli bir kararında, muhabir bankanın kusurundan ötürü, akreditif bankasının akreditif açtırana karşı olan sorumluluğunu, BK m.100'de (TBK m.116) düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esasına bağlamıştır. Yargıtay'a intikal eden olayda akreditif açtıran, belgelerin akreditif şartlarına uygun olmamasına rağmen, gö-

---

135 TEKİNALP, s. 436; Alıcının bankadan olumlu ve olumsuz -bu anlamda yoksun kaldığı kazançları da dâhil olmak üzere- tüm zararlarını talep edebileceği görüşünde, EKİCİ, Akreditif, s. 85.

136 GÖĞER, s. 89; REİSOĞLU, Akreditif, s. 171.

137 REİSOĞLU, Akreditif, s. 186.

138 Vekilin kendi yerine koyduğu kişinin (alt vekilin) eylemlerinden sorumluluğu, onu seçmede ve ona talimat vermede özen göstermekle sınırlıdır. Vekil, seçme ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Böylece vekilin, alt vekilin eylemlerinden sorumluluğu, yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğa (TBK m.116) nazaran sınırlandırılmış durumdadır. Bkz. AKİPEK, s. 162-163; Zira yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumlulukta yardımcı kişinin seçiminde ve yardımcı kişiye talimat vermede kusursuzluğun ispatlanması suretiyle sorumluluk kurtulma imkânı bulunmaz. Bkz. ERLÜLE Fulya, "Alt Vekalet", **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan,** İstanbul, 1999, (ss. 259-269), s. 263.

139 EKİCİ, Akreditif, s. 60-61, s. 85; TEKİNALP, s. 448-449.

revli muhabir banka tarafından ödendiğini ileri sürmüştür.[140] Yine Yargıtay'ın 1982 tarihli bir kararında, Hukuk Genel Kurulu'nun 1964 tarihli kararına yollama yapılarak muhabir bankanın yardımcı kişi olduğu kabul edilmiştir.[141]

---

[140] Y. HGK, E. 1964 / 942, K. 1964 / 637, 04.11.1964, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde karar olarak bkz. *"... Akreditif, talimat veren (amir) hesabına belirli belgelerin teslimi karşısında belirli bir miktarın üçüncü kişiye ödenmesi veya emrine hazır tutulması için bankaya verilen talimattır. Bankasına başvuran ithalatçı, akreditifin karşılığını kendi bankasına yatırır veya akreditif tutarı için kendisine kredi açılmasını sağlar. Bunun üzerine ithalatçının bankası, kredi mektubunu hazırlar ve bunu muhabir bankaya yollar. Yabancı ve yerli muhabir banka, amir (ithalatçı) bankanın yardımcısı durumundadır (BK md.100)..."* Y.15.HD, E. 2003 / 4030, K. 2004 / 722, 16.02.2004, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

[141] *"Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir gayri kabili rücu vesikalı ve teyidsiz akreditif işleminden doğmuş bulunmaktadır. Akreditif sürelidir. Davacı bankanın işi tevdi ettiği Amerika'daki muhabir bankanın yanlış işlem yaptığı, vesikaları aramadan ve almadan parayı Amerika'lı ihracatçıya (satıcıya) ödediği, Amerikan firması her ne kadar malları bilahare yollamış ise de süresinden sonra gönderilmiş olmaları nedeniyle ve Türk ithalat mevzuatı gereğince davalı ithalatçı (satın alan) tarafından çekilemediği iddia ve savunma ile dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Yabancı muhabir bankanın hatalı davranışı, yazışmalarda görüldüğü gibi, kendisi tarafından dahi kabul edilmektedir. Yabancı banka bu kusurlu davranışta bulunmasa idi para yabancı ihracatçıya (satıcıya) ödenmeyecek ve dolayısıyla bu uyuşmazlık da doğmayacaktı. O halde, davada çözümlenecek husus yabancı bankanın bu yanlış işlemi sonuçlarından kimin sorumlu olacağı meselesidir. Vesikalı akreditif sistemine göre davacı banka amir banka, yabancı banka da muhabir banka durumundadır. Yerleşmiş Yargıtay İçtihatları gereğince (HGK. 4.11.1964 tarih ve 1942/D-T Esas, 637 Karar sayılı kararı ile Onbirinci Hukuk Dairesi'nin 22.4.1982 tarih 1982/1274-1845 sayılı kararı) yabancı ve yerli muhabir banka amir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de, BK. nun 100. maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur. Maddenin tercüme şekli yanlış anlamaya yer verecek şekilde yapılmış ve sanki sadece (kendisi ile beraber yaşayan şahısların veya mahiyetinde çalışanların) fiillerinden sorumluluk söz konusu imiş gibi yapılmıştır. Oysa maddenin başlığı (muavin şahısların meşkuliyeti) şeklinde geniş anlamlı olduğu gibi İsviçre BK. nun karşılığı ve kaynak maddesi olan 101. maddesinde (... kendisi ile beraber yaşayan şahıslar veya mahiyetinde çalışanlar gibi, yardımcılara işin tevdiinden söz edilmekle maddede yazılı kişilerin sınırlayıcı değil örnek olarak gösterildiği açıkça belirtilmektedir. Bu yardımcı, borçlunun açık veya gizli rızasıyla ifa ya da haklı kullanma eylemlerine katılan herhangi bir kişi olabilir. (Aynı görüşte; Prof. Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 1961, sh. 436, 437; Prof. S.S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 1979 sh. 714, 716) bu durumda Amerika'daki muhabir bankayı davacı bankanın yardımcısı kabul etmek ve onun yanlış işleminden ve davalı ithalatçıya karşı davacı bankayı sorumlu tutmak gerekmektedir. Muhabir bankanın yanlış işlemi nedeniyle ödediği paranın sorumlusu davalı olamaz. Bu sebeplerle davanın reddi gerekirken taraflar arasındaki ilişkinin bir vesikalı akreditif işlemi olduğu hususu ve vesikalı akreditifin özelliği üzerinde durulmadan davalının ithal süresinin uzatılmasını talep etmediği gibi ilişki dışındaki bir nedene dayanılarak davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir. Davacı bankanın yardımcısı durumundaki Amerika'daki muhabir bankası olan (Bankers Trust Company)'ye tabiatiyle rücu hakkı saklıdır."* Y.11.HD, E. 1982 / 4852, K. 1982 / 5626, 15.11.1982, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Kanaatimizce akreditif bankası ile muhabir banka arasındaki ilişki alt vekâlet olarak nitelendirilemez. Çünkü akreditif bankası ile akreditif açtıran arasında kurulan vekâlet sözleşmesinin ifası bakımından, akreditif açtıranın muhabir bankaya alt vekâlet verilmesine yönelik bir iradesi bulunmamaktadır.[142] Kurduğu vekâlet sözleşmesi çerçevesinde borçlandığı edimlerini yerine getirebilmek için muhabir bankaya başvuran akreditif bankasıdır. Bu nedenle muhabir bankanın akreditif bankasının ifa yardımcısı konumunda olduğu kabul edilmeli ve akreditiften kaynaklanan borçların ifası sırasında muhabir bankanın kusurlu hareketinden dolayı akreditif bankası TBK m.116'ya göre sorumlu tutulmalıdır. Ancak TBK m.116/III uyarınca sorumsuzluk anlaşması yapılması durumunda akreditif bankası muhabir bankanın hafif kusurundan sorumlu olmayabilecektir.

3. Bankanın Akreditif Açtırana Karşı Sorumlu Olmadığı Haller

A. Belgelerin Geçersiz, Yetersiz ve Sahte Olması Bakımından

Banka, belgelerin şeklinden, yeterliliğinden, doğruluğundan, geçerliliğinden, sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığından, hukukî sonuçlarından, metninde yer alan ya da sonradan üzerlerine ilave edilen genel ve/veya özel şartlardan dolayı hiçbir yükümlülük ve sorumluluk üstlenmez.[143] Banka, belgeleri sadece akreditif şartlarında istenilenlerden olup olmadığı açısından inceler. Makul bir özen gösterilerek yapılacak inceleme dışında banka tarafından tespit edilmesine olanak bulunmayan geçersiz, yetersiz ve sahte belgelerden dolayı banka sorumlu tutulamaz.[144] Bankanın sorumlu tutulması, ancak sahteciliğe karışması ya da önceden bilgisinin olması veya belgelerin incelenmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermeyip ihmal ile sahte olduğu açıkça belli olan belgeleri kabul etmesi durumunda söz konusu olabilir.[145]

---

[142] Alt vekâlet sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların anlaşması gerektiği hususunda bkz. AKİPEK s. 116-117.

[143] *"... Akreditif sözleşmesinde MTO. Yeknesak Kurallarının uygulanacağı kabul edilmiş olmasına göre, bu kararlara uygun olarak uyuşmazlığın çözümü gerekmektedir. Vesikalı akreditifle bütün ilgililer tarafından emtia değil, vesikalar nazarı itibara alınır. Bankalar herhangi bir vesikanın şekli, sıhhat ve yeterliliği, doğruluğu, vesikalar hakkında mevcut veya vesikalar üzerine sonradan yazılı genel ve özel koşullar dolayısıyla hiçbir sorumluluk ve yükümlülük yüklenmezler. Bir akreditifin şart ve vasıflarına uygun olduğu görülen vesikalar karşılığında yetkili banka tarafından yapılan ödeme, kabul ve iştira muamelesi, talimat ve yetkiyi veren tarafa vesikaları tesellüm etmek ve ödeme, kabul veya iştira yapan bankanın masraflarını tediye etmek hususunda ilzam eder..."*, Y.11.HD, E. 4184, K. 5316, 08.12.1981, KOSTAKOĞLU, s. 1027.

[144] TEKİNALP, s. 442; KUNT, s. 92; AYANOĞLU, s. 97.

[145] Y.11.HD, E. 1993 / 2139, K. 1993 / 8711, 27.12.1993, EKİCİ, Akreditif, s. 86, dn. 66.

B. Akreditife Konu Olan Mallar Bakımından

Akreditif işlemleri, malları değil yapılacak işlem ve hizmetleri konu edinir.[146] Bu nedenle banka, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyle, bu ilişkinin konusu olan mallarla ya da diğer hususlarla ilgilenmeksizin, belgelerin sadece dış görünüşlerini esas alarak inceleme yapmaktadır.[147] Ancak belgelerde gösterilen mallar ile ithal edilen mallar arasında farklılıklar ortaya çıkabilir. Bu durum genellikle malların alıcı tarafından teslim alınması ile tespit edilmektedir. Örneğin malın bozuk olduğu ya da özellikle konteynerler ile yapılan sevkiyatta noksan bulunduğu, alıcı tarafından teslim alınması aşamasında fark edilmektedir. Hatta uygulamada bazen hiç mal gönderilmediği, belgelerde ismi yazılan geminin dahi mevcut olmadığı görülmektedir.[148] Bu gibi durumlarda banka hiçbir sorumluluk üstlenmez. Zira malların cinsi, miktarı, ambalajı, tartısı, kalitesi, durumu, teslim şekli, değeri ve mevcudiyeti bankayı ilgilendirmemektedir.[149] İbraz edilen belgeler akreditif şartlarına uygun olduğu takdirde banka ödemeyi yapar. Bankanın belgeler üzerinden işlem yapması akreditifin taraflar arasındaki temel ilişkiden bağımsız olmasının bir sonucudur.[150] Banka mallarla değil belgelerle ilgilenir.[151] Alıcının bu gibi sahtecilik durumlarından kendini korumak için yapması gereken şey, satıcısını iyi tanımak ve malların tartısı ile kalitesini kendisinin belirleyeceği bir uluslararası gözetme firmasına kontrol ettirmektir.[152]

C. Gönderenin, Taşıyıcının, Sigortacının ve Diğer Kişilerin Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışları, İşlemleri ile Ödeme Güçleri Bakımından

Bankanın sorumluluğunun yalnızca belgelere bağlı tutulması ilkesinin bir sonucu olarak banka, malı gönderenin, taşıyıcının, navlun komisyoncularının, alıcının, sigortacının ve diğer kişilerin dürüstlük kuralına aykırı hareketlerinden, işlem ve edimlerinden, mali durumlarının ve ödeme güçlerinin yeterli olmamasından sorumlu değildir.[153] Banka, inceleme yükümlülüğünü özenle

---

146 EKŞİ/DURUKANOĞLU, s. 3111; EKŞİ, s. 258; ERTEM, s. 209; TOKDEMİR, s. 7.

147 KUNT, s. 94; POLAT, s. 123.

148 TUMAY, s. 101.

149 AYANOĞLU, s. 96.

150 ABİK, s. 17; UĞUR, s. 42.

151 EKİCİ, Akreditif, s. 87.

152 TUMAY, s. 101.

153 KUNT, s. 94; EKİCİ, Akreditif, s. 88.

yerine getirmesi şartıyla, bu kişiler tarafından düzenlenen belgelere ilişkin başkaca bir yükümlülük altına girmez.[154]

D. İletişim Aksaklıkları Bakımından

Banka herhangi bir mesajın, mektubun veya belgenin gönderilmesi sırasında kaybolmasından ve/veya gecikmesinden doğacak sonuçlardan ya da iletişim araçlarıyla yapılacak haberleşmelerden doğacak gecikmeden, değişiklikten ve diğer hatalardan sorumlu değildir.[155] Ancak bankanın haberleşmeden doğan gecikme ve hatadan sorumlu tutulmaması için, söz konusu gecikme ve hatanın onun kontrolü dışındaki bir teknik aksaklıkla ilgili olması gerekir. Örnek olarak, bankanın kendi bilgisayar sistemine yapılan bir saldırı sonucu yaşanan aksaklıkta sorumlu olacağı kabul edilecekken, ülkenin internet altyapısına yapılan bir saldırı sonucunda yaşanan aksaklık halinde sorumlu olmayacağı kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, aksaklığın sebebi daha ziyade mücbir sebebe yaklaşmalıdır. Gecikme, hata ve kaybolmalar bankanın bizzat kendi kusurundan kaynaklanıyorsa, örnek olarak mesaj, mektup ve belge bankanın kendi araçlarıyla ulaştırılıyor ve bu araçlarda bir aksaklık yaşanıyorsa, bunun sonuçlarından banka sorumludur.[156]

E. Mücbir Sebeplerin Varlığı Bakımından

Bankanın, doğal afet, isyan, ayaklanma, iç karışıklık, savaş hali, grev, lokavt gibi kontrolü dışındaki durumlar nedeniyle faaliyetini gereği gibi yerine getirememesinden ötürü doğacak sonuçlardan sorumluluğu bulunmamaktadır.[157] Bu gibi durumlarda faaliyetlerin kesintiye uğraması sırasında lehtar tarafından akreditif bedelinin bankadan tahsili mümkün olmaz.[158] Söz konusu sürede akreditifin vadesi de sona ermişse, mücbir sebepler akreditifin vadesini

---

154 AYANOĞLU, s. 97.

155 EKŞİ, s. 260.

156 EKİCİ, Akreditif, **s.** 89.

157 EKİCİ, Akreditif, s. 90; AYANOĞLU, s. 99; GÜNAY, s. 90-91.

158 Faaliyetlerin uğramasına sebep olan olgu, ifanın o anda mümkün olmadığı, ancak belirli bir süre sonra yerine getirebileceği bir olgu teşkil etmekteyse geçici imkânsızlık söz konusudur. Sözleşme kurulduktan sonra borçlunun edimini yerine getirmesinin geçici olarak imkansızlaştığı hallerde borçlunun kusuru yoksa borçlu temerrüdünün kusura bağlı olmayan sonuçları uygulanma alanı bulur. Bu bağlamda geçici imkânsızlık süresince borçlunun asli edim yükümlülüğü ve alacaklının aynen ifayı talep yetkisi imkânsızlığın sona ermesine kadar ertelenir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı aynen ifayı talep etme hakkından vazgeçmemişse geçici imkânsızlık hali son bulunca aynen ifayı talep edebilir. Geçici imkânsızlığın sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KURT L. Müjde, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136),** Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 312-316.

kendiliğinden uzatmaz. Yani bu ihtimalde mücbir sebep ortadan kalktıktan sonra da lehtar bankadan tahsil yapamayacaktır. Meğerki banka bu hususta özel olarak yetkili kılınmış olsun.[159] Kanımızca da bu sonuç isabetlidir. Türk hukukunda borçlu temerrüdünün kusura bağlı olmamasından ötürü, bu durumda kusursuz olunsa da temerrüdün doğacağı kabul edilmelidir. Öğretide bir görüş ise mücbir sebep dolayısıyla ibraz süresinin geçirilmesi durumunda akreditif şartlarına uygun belgelerin hazırlanması ya da buna dair engellerin ortadan kaldırılması için belirli ilkeler ışığında ve iyiniyet ilkesi gereğince lehtara bir ek süre tanınmasını önermektedir.[160]

F. Lehtarın Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliğinde Olduğu Durumlarda Ödemede Bulunma Bakımından

Lehtarın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması, bankanın ödeme yükümlülüğünün, temel ve karşılık ilişkilerinden bağımsızlığını ortadan kaldıran bir durumdur.[161] Lehtar, akreditif işleminin bağımsızlık niteliğine sığınarak sahte ve hileli davranışlar ile akreditif bedelini talep edemez. Banka lehtarın talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu durumlarda ödeme talebini reddetmekle yükümlüdür.[162] Lehtarın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmasına örnek olarak; temel ilişkiye açıkça aykırılık oluşturan değersiz malların gönderilmesi, ibraz edilen belgelerin sahte olması, tahrif edilmesi ve akreditifin gerçek olmaması halleri verilebilir.[163] Lehtarın hakkını kötüye kullandığının açık delillerle ispat edilmesi gerekir.[164] Şöyle ki kural olarak lehtarın akreditifte yer alan şartları şeklen eksiksiz ve tam olarak yerine getirmiş olması üzerine, bankanın lehtara karşı bağımsız ödeme yükümlülüğü doğar. Ancak lehtarın sahte ve hileli

---

159 EKŞİ, s. 259-260; BOZKURT, s. 113.

160 KAYA, s. 97.

161 EKİCİ Akın, "Akreditifte Lehtarın Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud) Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştira (İskonto) Eden Bankanın Hukuki Durumu", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt I,** Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, (ss. 157-177), (Makale), s. 166.

162 Zira TMK m.2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı o hakkın hukuk düzeni tarafından korunmaması, yani kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin veya savunmaların dikkate alınmamasıdır. Bkz. EDİS Seyfullah, **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümler,** Ankara 1979, s. 324; OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medenî Hukuk,** 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 N. 897.

163 EKİCİ, Makale, s. 167.

164 TEKİNALP, s. 441.

davranışlarının akreditif bedelinin ödenmesinden önce likit deliller ile ispat edilmesi halinde banka ödemede bulunmamak yükümlülüğü altındadır.[165] Likit delil *"bankanın kendi yorumunu, kanaatini, değerlendirmesini eklemeden, lehtarın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ortaya koyan kanıttır"*.[166] Bu kapsamda yerli ve yabancı mahkemeler tarafından verilmiş tespit kararları, ihtiyati tedbir kararları, hakem kararları, uzman bilirkişiler tarafından düzenlenmiş raporlar likit delil olarak değerlendirilebilir.[167]

SONUÇ

Çalışma çerçevesinde akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki ilişki hakkında şu tespitlere varılmıştır:

1. Akreditif birden çok kişiyi ve ilişkiyi barındıran bir bütündür. Akreditif işleminde, akreditif açtıran (alıcı/ithalatçı/akreditif amiri), akreditif bankası (amir banka) ve akreditif lehtarı (satıcı/ihracatçı) olmak üzere en az üç kişi bulunur. Ayrıca bu kişilere çoğunlukla bir muhabir banka da katılmaktadır.

2. Akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki ilişki karşılık ilişkisi olarak isimlendirilmektedir. Bu ilişki kapsamında akreditif açtıran, akreditif konusu bedeli ödeme, akreditif şartlarında belirtilen belgeleri teslim alma, komisyon ve masrafları karşılama yükümlülükleri altındadır. Akreditif bankasının yükümlülükleri ise, akreditifin süresi içinde açılması ve lehtara bildirilmesi, lehtar tarafından ibraz edilen belgelerin makul bir özenle ve makul bir sürede incelenmesi, belgelerin talimata uygun olmaması halinde süresi içinde ret ve iade edilmesidir.

3. Akreditifte akreditif açtıran, akreditif bankasını, kendi menfaatine ve iradesine uygun olarak belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde, satış bedelini lehtara ödemekle görevlendirmektedir. Türk Borçlar Kanunu m.502/II hükmü çerçevesinde, akreditif açtıran ve akreditif bankası arasındaki karşılık ilişkisinin hukukî niteliği itibarıyla vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Akreditif bankası, akreditif açtırana karşı belirttiğimiz yükümlülüklerini yerine getirmediğinde, aralarındaki vekâlet sözleşmesinin olumlu (müsbet) ihlâli dolayısıyla TBK m.112 ve m.506 hükümleri uyarınca sorumlu olur.

---

165 BOZKURT, s. 111.

166 TEKİNALP, s. 459; EKİCİ, Makale, s. 169.

167 EKİCİ, Makale, s. 170.

4. Lehtarın yabancı bir ülkede bulunması nedeniyle akreditif genelde, lehtarın bulunduğu ülkedeki bir muhabir banka aracılığı ile açılmaktadır. Muhabir bankanın, akreditif bankasının ifa yardımcısı konumunda olduğu kabul edilmelidir. Böylece akreditiften kaynaklanan borçların ifası sırasında muhabir bankanın kusurlu hareketinden dolayı akreditif bankası TBK m.116 gereğince sorumlu olur.

5. Akreditif bankası belgelerin şeklinden, yeterliliğinden, doğruluğundan, geçerliliğinden, sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığından, hukukî sonuçlarından, bunların metninde yer alan ya da sonradan üzerlerine ilave edilen genel ve/veya özel şartlardan dolayı yükümlülük ve sorumluluk üstlenmez. Yine malların cinsi, miktarı, ambalajı, tartısı, kalitesi, durumu, teslim şekli, değeri ve mevcudiyeti bankayı ilgilendirmemektedir. Ayrıca banka, malı gönderenin, taşıyıcının, navlun komisyoncularının, alıcının, sigortacının ve diğer kişilerin dürüstlük kurallarına aykırı hareketlerinden, işlem ve edimlerinden, mali durumlarının ve ödeme güçlerinin yeterli olmamasından da sorumlu değildir. Bunların yanı sıra bankanın mücbir sebepler nedeniyle faaliyetini gereği gibi yerine getirememesinden ötürü doğacak sonuçlardan da sorumluluğu bulunmamaktadır. Son olarak banka, lehtarın talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu durumlarda ödeme talebini reddetmekle yükümlüdür.

KISALTMALAR

Batider: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.: bakınız
DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.: dipnot
c.: cümle
C.: Cilt
E.: Esas
HD: Hukuk Dairesi
HGK: Hukuk Genel Kurulu
ICC: Uluslararası Ticaret Odası
İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFD: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.: Karar
m.: madde
MÜHFHAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.: sayfa
S.: Sayı
TBK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
UCP: Akreditife İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları
vb.: ve benzeri
vd.: ve devamı
Y.: Yargıtay

KAYNAKÇA

ABİK Yıldız, Borçlar Hukuku Açısından Akreditife Bakış, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994.

AKINCI Şahin, **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Konya, 2004.

AKİPEK Şebnem, **Alt Vekâlet**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

AVANCINI Peter/IRO Gert M./KOZIOL Helmut, **Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II**, 2. Auflage, Wien, 1993.

AYANOĞLU Ahu, Belgeli Akreditiflerde Akreditif Bankasının Hukuki Durumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000.

AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

AYDOS Oğuz Sadık, **Akreditif**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

BAHTİYAR Mehmet, "Akreditif ve Milletlerarası Özel Hukukta Doğurduğu Sorunlar", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 15, S. 3, 1990, (ss. 71-88).

BORGGREFE Siegfried, **Akkreditiv und Grundverhältnis**, Berlin 1971.

BOZKURT Sevgi, **Akreditifin Uygulanması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

BÜHLER Roland, **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar** (Herausgegeben von Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), OR Art.394, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016.

CANARIS Claus-Wilhelm, **Bankvertragsrecht**, 3. Auflage, Berlin-New York, 1988.

CANTEKİN Celalettin, **Kambiyo İşlemleri ve Bankacılık**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÇABRİ Sezer, "Akreditifte Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinin Akreditif İlişkisine Etkisi", **Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan I. Cilt, MÜHFHAD**, C. 22, S. 3, 2016, (ss. 615-644).

DAYINLARLI Kemal, "Dış Ticaret İşlemlerinde Akreditif", **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 3, Temmuz 1990, (ss. 406-423).

DOĞAN Vahit, **Uluslararası Ticarette Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, Güncellenmiş 4. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2016.

DOĞANCI Doğa Ekrem, "Vekâlet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Benzer Hukuki İlişkiler ile Karşılaştırılması", **Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, Temmuz 2014, (ss. 95-131).

EDİS Seyfullah, **Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümler**, Ankara, 1979.

EĞİLMEZLER Bedi, "Akreditif", **Adalet Dergisi**, S. 5-6, 1965, (ss. 626-643).

EKİCİ Akın, "Akreditifte Lehtarın Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud) Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştira (İskonto) Eden Bankanın Hukuki Durumu", **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt I**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, (ss. 157-177), (Makale).

EKİCİ Akın, **Akreditif - Hukukî Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1995, (Akreditif).

EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

EKŞİ Nuray/DURUKANOĞLU Nihayet, "Akreditife İlişkin Güncel Gelişmeler ve Akreditifle İlgili ICC Tarafından Yapılan Son Düzenlemeler", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 7, S. 82, 2009, (ss. 3109-3122).

ERDEM H. Ercüment, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

ERDOĞAN İhsan, **Akreditif Sözleşmeleri**, Nobel Yayım Dağıtım, Ankara, 2000.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

ERLÜLE Fulya, "Alt Vekalet", **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999, (ss. 259-269).

ERTEM Üner, **Bankacılık ve Kambiyo İşlemleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.

FELMANN Walter, **Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art.394-406**, Bern, 1992.

GEZDER, Ümit, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, 2009.

GÖĞER Erdoğan, **Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1980.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, (Borçlar Özel).

GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk - İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, (Özen).

GÜNAY Gözde Engin, **Türk Hukuku'nda Akreditif**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

HOFSTETTER Josef, **Schweizerisches Privatrecht, 7. Band, Teilband 6, Obligationenrecht**, Basel-Genf-München, 2000.

HONSELL Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil**, 10. überarbeitete Auflage, Bern, 2017.

HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürich/Basel/Genf, 2012.

İLALAN Fuat, "Akreditif ve Kullanılması", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 3, 1970, (ss. 562-570).

KAYA Arslan, **Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukuki Durumu**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1995.

KAYIHAN Şaban/KARA Etem, **Uluslararası Yatırım Hukuku (Doğrudan Yatırımlar**), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa, "Vekalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", **FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, S. 3, 2014, (ss. 171-212).

KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

KOSTAKOĞLU Cengiz, **Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar - Akreditif**, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KRING F. Banu, "Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditifle İlgili Son Düzenlemesi Yeknesak Kurallar 600 (UCP 600) ve Uygulamaya Getirdiği Bazı Yenilikler", **DEÜHFD**, C. 11, Özel Sayı, 2009, (Basım Yılı:2010), (ss. 1219-1237).

KUNT Filiz, Akreditifin Hukuki Niteliği ve İşleme Taraf Kişiler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.

KURŞAT Zekeriya, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü", **İÜHFM**, C. 67, S. 1-2, 2009, (ss. 143-166).

KURT L. Müjde, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medenî Hukuk**, 25. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

ÖZALP Abdurrahman, **Dış Ticaret'te Yeni Kurallar UCP 600'ın Kullanılması Akreditif**, 2. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2007.

ÖZEL Sibel, "Akreditif İlişkisinde UTO Kurallarının (UCP 600) Bankalar Arası İlişkiye Etkisi", **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi**, 12-14 Haziran 2012, Ankara 2013, (ss. 347-354), (Makale).

ÖZEL Sibel, **Akreditif ve Hukukî Niteliği**, Beta Yayınları, İstanbul, 1991, (Akreditif).

ÖZEN Burak, **Kredi Açma Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

POLAT Ali, "Uluslararası Ticarette Akreditifli Ödemeler ve UCP 600", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 7, S. 13, Bahar 2008, (ss. 209-222).

REİSOĞLU Seza, **Akreditif ile İlgili 600 Sayılı Kuralların Uygulanması ve Sorunlar**, Konferans (26 Eylül 2014), Ankara, 2014, (Konferans).

REİSOĞLU Seza, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, (Akreditif).

SARI Suat, **Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Ermesi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2004.

SEÇER Öz, "Vekâlet Sözleşmesinin Vekalete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", **İÜHFD**, C. 6, S. 4, 2015, (ss. 877-944).

SOMUNCUOĞLU Ünal, **Türk Borçlar Kanunu Işığında Akreditif Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2**, 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

TEKBEN Tuğçe, Vekâlet İlişkilerinde Vekâlet Verenin Talimatı ve Hukukî Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

TEKİNALP Ünal, **Banka Hukukunun Esasları**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

TOKDEMİR Beliz, Dış Ticarette Bir Ödeme Aracı Olan Akreditifin Hukuki Çerçevesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, Toros Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

TOLUN Osman, "Akreditifin Hukukî Mahiyeti", **Adalet Dergisi**, S. 3, 1957, (ss. 266-280).

TUMAY Turhan, **Dış Ticaret Banka Tekniği**, 2. Bası, İstanbul, 1987.

UĞUR Aynaz, "Akreditif İlişkisi ve Hukuki Niteliği", **Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ocak 2015, S. 9, (ss. 35-53).

ULUÇ Mehmet, "Borçlar Hukuku Açısından Akreditif", **Batider**, C. 3, 1966, (ss. 432-478).

VURUCU Mehmet/ARI Mustafa Ufuk, **Güncel Gelişmeler Işığında Uluslararası Bankacılık ve Finans**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

WEBER Rolf H., **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, OR Art.1-529, OR Art.394**, 6. Auflage, Basel, 2015.

YALÇINDURAN Türker, **Vekâlet Sözleşmesinde Ücret**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk/ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2014.

YENER Mehmet Deniz, **Kredi Açma Sözleşmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

YILMAZ Mutlu/TOPUZ Gökşen/ÖZKEN Ahmet/KOCAEFE CEBECİ Aslıhan, "Akreditiflere İlişkin Uluslararası Düzenlemeler Olan UCP 500 ve UCP 600'ün Mukayeseli Analizi", **Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, C. 12, S. 24, 2012, (ss. 379-402).

YILMAZCAN Abdulkadir, **UCP 600 Kuralları Çerçevesinde Akreditifin İşleyişi**, Legem Yayıncılık, Ankara, 2017.

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Veri Tabanları:

www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 06.07.2019)

www.swisslex.ch/ (Erişim Tarihi: 06.07.2019)

legalbank.net/ (Erişim Tarihi: 06.07.2019)

www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 06.07.2019)