

TOKAT GAZİOSMANPAŞA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

TOGÜHF

Tokat Gaziosmanpaşa University
Faculty of Law Review





**TOKAT GAZİOSMANPAŞA
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
TOGÜHFD**

Cilt I, Sayı 1, Mart 2023

***TOKAT GAZİOSMANPASA
UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW
TOGUFLR***

Volume I, Number 1, March 2023

Tokat-2023

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TOGÜHFD)

Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty Of Law Review (TOGUFLR)

Sahibi/Owner

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

İletişim Bilgileri/Contact Information

Adres: Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Taşlıçiflik Yerleşkesi
Merkez/TOKAT

e-posta: hukukfakultesi@gop.edu.tr, toguhfd@gop.edu.tr.

Telefon: 0 356 252 1616 Dâhili Numaralar: 3706, 3710, 3727, 3729.

Yayın Türü/Publication Type

Yaygın Süreli/Periodical

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TOGÜHFD), Mart ve Ekim ayları olmak üzere yılda iki sayı şeklinde elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan eserlerin tüm yayın hakları Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Fakülte'ye ait olduğunu kabul ederler.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Hukuk Fakültesi'ni ve dergi kurullarını bağlamaz.

Dergide yer alan eserlerin bir kısmı ya da tamamı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın, ticari amaçlarla elektronik veya mekanik bir kayıt sistemi kullanılarak kopyalanamaz, çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Kurulları

Baş Editör/Editor in Chief

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler/Editors

Dr. Öğr. Üyesi İfakat BALIK	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Seyithan KAYA	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri/Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Harun MURATOĞULLARI	İngilizce	Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ	İngilizce	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Semih YUMAK	Almanca	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları/Deputy Editors

Arş. Gör. Dr. Ayşe Nur Merve YAZICI	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Ferhat ÇELİK	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Burhanettin Onur KİREÇTEPE	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Taha KURT	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Arş. Gör. Başar PANCAROĞLU	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Kurulu/Editorial Board*

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (Baş editör)	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nihat BULUT	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat DOĞAN	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman EREN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet KALENDER	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin KARAYAKA	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Nurten YAYLACI	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Dergideki bütün sıralamalar, unvan esas alınarak soyadına göre alfabetik olarak sıralanmıştır (*All rankings in the journal are listed alphabetically regarding surname, based on title*).

Danışma Kurulu/Advisory Board

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cem BAYGIN	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Seda ÖZMUMCU	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Melikşah YASİN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Bülent ALGAN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sinan OKUR	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Soner DEMİRTAŞ	Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDEM	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Nagehan OKUMUŞ	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet SAYDAM	Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın İlkeleri

1. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, elektronik ortamda Mart ve Ekim aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir dergidir.
2. Yayımlanması talep edilen çalışmalar dergiye yalnızca DergiPark sistemi üzerinden gönderilmelidir. Hakem incelemesi dâhil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülmektedir.
3. Derginin Mart sayısında yayımlanması talebiyle gönderilecek çalışmaların son kabul tarihi 1 Ocak, Ekim sayısı için ise 1 Ağustos'tur. Bu tarihlerden sonra gönderilen çalışmalar sonraki sayı için değerlendirmeye alınır.
4. Yayın Kurulu/Editör Kurulu*, derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgülemeye ya da "Özel Sayı" olarak yayımlamaya karar verebilir.
5. Dergide, ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunma ve uygulamayı teorik yönden destekleme amacı doğrultusunda hukuk alanında yazılmış özgün bilimsel çalışmalar yayımlanmaktadır.
6. Dergide araştırma makalesi, derleme makale, karar incelemesi, eser değerlendirmesi ve çeviri türlerindeki çalışmalar yayımlanabilir. Çeviri türündeki çalışmalarda orijinal dildeki nüshaların da dergiye gönderilmesi gerekir.
7. Çalışmaların akademik ölçütlere uygunluğu, çift taraflı kör hakemlik sistemine göre bağımsız iki hakem tarafından değerlendirilmektedir.
8. Dergiye gönderilen çalışmaların, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi ve *COPE (Committee on Publication Ethics)*'un rehber ilkelerine uygun olarak hazırlanması gerekir. Anılan etik ilkelere linkinden ulaşılabilir.
9. Yazar adları Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Örneğin; Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (ornek@gop.edu.tr, ORCID: 0000-1111-2222-3333).
10. Yazarlar ayrıca, <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) iletmelidirler.
11. Dergiye gönderilen çalışmalar, intihal incelemesine tabi tutulacak olup, benzerlik oranı Yayın Kurulu tarafından en fazla % 15 olarak belirlenmiştir.
12. Yazarların, çalışmaları ile birlikte "Etik Beyan Formu", "Telif Hakkı Devir Sözleşmesi" ve "Etik Kurul İznine Gerek Yoktur Beyan Formu"nu göndermesi gerekir. Belirtilen belgelere bağlantısından ulaşılabilir.
13. Dergide yayımlanan eserlerin tüm yayın hakları Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Fakülte'ye ait olduğunu kabul ederler.
14. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Hukuk Fakültesi'ni ve dergi kurullarını bağlamaz.

* Editör Kurulu, baş editör ve editörlerden oluşur.

Yazım Kuralları

1. Derginin yazı dili Türkçe, İngilizce ve Almancadır.
2. Dergide yayımlanması istenen çalışmaların DergiPark sistemi üzerinden Microsoft Word yazılımı formatında ve zengin metin biçiminde (*.rtf) ve işbu başlıkta sıralanan yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Araştırma makalesi şablonuna bağlantısından ulaşılabilir.
3. Dergiye gönderilen çalışmalarda *OSCOLA* (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) 4. Edisyon atıf sistemi esas alınmalıdır. Söz konusu atıf kurallarına ilişkin kısa bilgilendirmeyede.... bağlantısından ulaşılabilir. Kısa bilgilendirme notlarında ayrıntısı bulunamayan hâller için https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf bağlantısında yer alan *OSCOLA* 4. Edisyon atıf kuralları kitapçığından faydalanılmalıdır.
4. Dipnot numaraları her türlü noktalama işaretinden sonra boşluk bırakılmadan verilmelidir. Örneğin; Hukuk, kurallar bütünüdür.¹
5. Araştırma makalelerinde en az 150 en fazla 300 kelimelik Türkçe öz ve İngilizce *abstract* bölümlerine yer verilmeli ve aynı dillerde 5 anahtar kelime (*keywords*) de çalışmaya eklenmelidir.
6. Metin içindeki yabancı kelimeler italik yazılmalıdır.
7. Türkçe eserlere yapılan atıflarda hiçbir yabancı kelimeye yer verilmemelidir. Örneğin; iki yazarlı veya editörlü eserlerde “and” yerine “ve” tercih edilmelidir. Benzer şekilde baskı kısaltması yapılırken “edn” yerine “bs”; “6th” yerine “6. bs” kullanılmalıdır.
8. Dergiye yayımlanması talebi ile gönderilen araştırma makalesinin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en az 5.000 en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Belirtilen sınırlar dışında kalan çalışmaların yayımı hususu editörlerin takdirindedir. Araştırma makaleleri dışındaki çalışmalar belirtilen kelime sınırlarına tabi değildir.
9. Çalışma metni, Times New Roman yazı tipinde 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
10. Paragrafın ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
11. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
 - I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**
 - A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
 - 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
 - a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük
 - (1) İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük
12. “GİRİŞ” ve “SONUÇ” başlıkları numaralandırılmamalıdır.

13. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Soyadları aynı olan farklı yazarlara ait kaynakların sıralanması ilk adların baş harflerine göre alfabetik olarak yapılır. Aynı yazarın farklı eserleri ise eski tarihten başlayarak sıralanır.

14. “KAYNAKÇA” başlığı metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.

OSCOLA Atıf Sistemi Hakkında Kısa Bilgilendirme

Dergimiz OSCOLA 4. Edisyonu kullanmaktadır.

Kısaltmalarda nokta kullanılmaz. Aynı dipnotta birden fazla alıntı olması halinde alıntılar noktalı virgül ile birbirinden ayrılır. Aynı dipnotta birden fazla alıntı olması halinde kronolojik olarak en eskiden en yeniye olacak şekilde sıralanır.

Kitaplar

Dipnot olarak

Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. bs, Yetkin Yayınları 1993) 98

Aynı esere daha sonra yapılan atıflarda, sadece yazarın soyadı kullanılır ardından parantez içerisinde ilgili esere ilk atfın kaçınıcı dipnot olduğu yazılarak parantez kapatılır ve mükerrer atfın kaçınıcı sayfaya yapıldığı belirtilerek atıf bitirilir.

Kapani (n 1) 57

Birden çok yazarlı kitaplarda üç yazar da dâhil olmak üzere üç yazara kadar bütün yazarların tam isimleri kullanılır. Üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise ilk yazarın tam ismi yazıldıktan sonra ve diğerleri anlamında vd. kısaltması kullanılır.

Julian V Roberts and Mike Hough, *Public Opinion and the Jury: An International Literature Review* (Ministry of Justice Research Series 1/09, 2009) 42.

Mualla Öncel ve diğerleri, *Vergi Hukuku* (30. bs, Turhan Kitabevi 2021) 35

Kaynakçada

Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7. bs, Yetkin Yayınları 1993)

Editörlü Kitaplarda Kitap Bölümleri

Önce yazarın tam adı yazılır, ardından tek tırnak içerisinde bölümün adı yazılarak içinde kelimesi ile eser belirtilir. İngilizce eserlerde ise içinde yerine “in” kelimesi kullanılır. Ardından editörün ismi yazılır ve parantez içerisinde editör “ed”; İngilizce eserlerde ise “eds” şeklinde kısaltılır. Daha sonra kitabın adı ve kitapla ilgili atıf bilgileri aynı kitaba atıf yapılmış gibi yazılır.

Francis Rose, ‘The Evolution of the Species’ iç. Andrew Burrows and Alan Rodger (eds), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks* (OUP 2006)

Çeviri Kitaplar

David Ricardo, *Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri* (Barış Zeren, 1. bs, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2008) 127

Makaleler

Dipnot olarak

Önce yazarın tam adı yazılır, ardından tek tırnak içerisinde makalenin adı yazılır. Parantez içerisinde yayın yılı yazıldıktan sonra cilt numarası yazılır cilt numarasından sonra varsa sayı numarası köşeli parantez içerisine yazılır, dergi ismi ve makalenin dergideki ilk sayfasının numarası yazılır.

Rifat Erten, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması’ (2021) 70 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 899

İlgili makalede belirli bir sayfaya atıf yapılacağı durumlarda ilk sayfa numarasının ardından bir virgöl konulur ve belirli sayfa numarası eklenir.

Rifat Erten, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması’ (2021) 70 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 899, 904

Aynı esere yapılan mükerrer atıflarda makalenin dergideki ilk sayfası yazılmaz, doğrudan atıf yapılan sayfa yazılır.

Erten (n 1) 905

Kaynakçada

Erten R, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması’ (2021) 70 [4] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 899

AB Düzenlemeleri ile Kurul ve Komisyon Kararları

Doğrudan AB resmi dillerinden birisinden atıf yapıldığında atfın da orijinal kaynağın kullanıldığı dil ile yapılması gerekmektedir. Resmi çevirinin kullanıldığı durumlarda atıf Türkçe yapılmalıdır.

Consolidated Version of the Treaty on European Union [2008] OJ C115/13

Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (EC Merger Regulation) [2004] OJ L24/1, art 5 Case C–176/03

Commission v Council [2005] ECR I–7879, paras 47–48

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Doğrudan mahkemenin resmi dillerinden birisinden atıf yapıldığında atfın da orijinal kaynağın kullanıldığı dil ile yapılması gerekmektedir. Resmi çevirinin kullanıldığı durumlarda atıf Türkçe yapılmalıdır.

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10

Osman v UK ECHR 1998–VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECHR, 20 July 2004)

Türk Mevzuatına ve Türk Mahkeme Kararları

Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına atıflar; kanunun kabul tarihi ve numarası ile adının yazılmasının ardından parantez içinde Resmî Gazete Tarihi/Resmî Gazete Sayısı gösterilerek yapılır.

22.12.2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (RG 10.1.2017/29944)

Türk yargı kararlarına atıflar ise sırasıyla mahkemenin adı (varsa daire adı eklenir), esas numarası, karar numarası ve tarih yazılarak yapılır. Tarihlerde sayılar arasına nokta yerine eğik çizgi kullanılmalıdır.

Sözdar Oral, B no 2018/21028, (AYM, 13.9.2022), § 12

AYM, E 2021/107, K 2022/109, T 28.09.2022, § 12

Y 11 HD, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

D 9 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Ankara BİM 3 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Kısaltmalar

Türkçe eserlere yapılan atıflarda hiçbir yabancı kelimeye yer verilmemelidir. Örneğin; iki yazarlı veya editörlü eserlerde “and” yerine “ve” tercih edilmelidir. Benzer şekilde baskı kısaltması yapılırken “edn” yerine “bs”; “6th” yerine “6. bs” kullanılmalıdır.

Türkçe ve İngilizce dışındaki dillerde yapılan çalışmalarda kullanılacak kısaltmalar ilgili dile uygun şekilde yapılmalıdır. Örn; “ve” yerine “und”; baskı yerine “auf” kullanılmalıdır.

Kısa bilgilendirme notlarında ayrıntısı bulunamayan haller için https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf linkte yer alan OSCOLA 4. Edisyon atıf kuralları kitapçığından faydalanılmalıdır.

Publication Policy

1. *Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law Review is an electronic journal published twice a year in March and October.*
2. *Studies requested for publication should be sent to the journal only through the DergiPark system. All stages, including referee review, are carried out through the DergiPark system.*
3. *The deadline for acceptance of manuscripts to be published in the March issue of the journal is 1 January and 1 August for the October issue. Manuscripts submitted after these dates will be considered for the next issue.*
4. *The Editorial Board/Editorial Board* may decide to specialise an issue of the journal to a particular theme or gift, or to publish it as a "Special Issue".*
5. *The Journal publishes original scientific studies written in the field of law to contribute to the national and international literature and support the practice theoretically.*
6. *Research articles, review articles, decision reviews, work reviews and translations can be published in the journal. For translated works, the original language copies must also be sent to the journal.*
7. *The conformity of the manuscripts to the academic criteria is evaluated by two independent referees according to the double-blind refereeing system.*
8. *Studies submitted to the journal must be prepared by the Scientific Research and Publication Ethics Directive of the Council of Higher Education and the guidelines of COPE (Committee on Publication Ethics). The aforementioned ethical principles can be found at*
9. *Author names should appear below and to the right of the title in Turkish and English and an asterisk should be placed at the end of the surname. In the starred footnote, the title, institution, field and e-mail address of the author should be stated. For example; Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement and Bankruptcy Law (example@gop.edu.tr, ORCID: 0000-1111-2222-3333).*
10. *Authors should also submit the scientific researcher number (ORCID information) to be obtained from <https://orcid.org/register>.*
11. *The studies submitted to the journal will be subjected to plagiarism review, and the similarity rate has been determined by the Editorial Board as a maximum of 15%.*
12. *Authors are required to submit the "Ethical Declaration Form", "Copyright Transfer Agreement" and "Declaration of No Need for Ethics Committee Permission Form" with their manuscripts. These documents can be accessed from the link*
13. *All publication rights of the works published in the journal belong to Tokat Gaziosmanpaşa University Faculty of Law. The authors agree that all publication and financial rights belong to the Faculty.*
14. *All responsibilities that may arise from the opinions put forward in the works published in the journal belong to the authors. The views/evaluations in the studies published in the journal do not bind the Faculty of Law and the journal boards.*

* *Editorial Board includes the editor-in-chief and editors.*

Writing Rules

1. *The written language of the journal is Turkish, English and German.*
2. *The manuscripts to be published in the journal should be sent via the DergiPark system in Microsoft Word software format and rich text format (*.rtf) and by the publication principles and spelling rules listed in this title. The research article template is available at*
3. *The OSCOLA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) 4th Edition citation system should be taken as the basis for the studies submitted to the journal. Brief information on these citation rules can be found at and* For cases that cannot be detailed in the brief information notes, the OSCOLA 4th Edition citation rules booklet available at https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf should be utilised.
4. *Footnote numbers should be given after all kinds of punctuation marks without a space. For example; Law, is a set of rules.1*
5. *Research articles should include an abstract of at least 150 and at most 300 words in Turkish and an abstract in English, and 5 keywords in the same languages should be included in the study.*
6. *Foreign words in the text should be italicised.*
7. *References to Turkish works should not include any foreign words. For example, "ve" should be preferred instead of "and" in works with two authors or editors. Similarly, when abbreviating the edition, "bs" should be used instead of "edn" and "6. bs" should be used instead of "6th".*
8. *The research article sent to the journal with a request for publication should consist of at least 5,000 and at most 20,000 words, including footnotes. The publication of studies outside the specified limits is at the discretion of the editors. Studies other than research articles are not subject to the specified word limits.*
9. *The text of the study should be prepared in Times New Roman font with 1.5 line spacing and 12 pt. font, and footnotes should be prepared with single line spacing and 10 pt. font. Footnotes are shown at the bottom of the page.*
10. *The first line of the paragraph should start 1.25 cm inside.*
11. *Headings in the text should be organised as follows:*

I. BOLD AND ALL CAPITAL LETTERS

A. Bold and Capitalised First Letters Only

1. Bold and Capitalised First Letters Only

a. Thin and Capitalised First Letters Only

(1) Thin and Only the First Letters are Capitalised

12. *"INTRODUCTION" and "CONCLUSION" headings should not be numbered.*

13. *At the end of the study, there should be a bibliography where the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors. References by different authors with the same surname are listed alphabetically according to the initials of the first names. Different works of the same author are listed starting from the oldest date.*
14. *The title "REFERENCES" should be placed on the next page after the end of the text.*

Brief Information About OSCOLA Citation System

Our journal uses OSCOLA 4th edition.

For more information:

https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf

Turkish Legislation and Turkish Court Decisions

References to the legislation of the Republic of Turkey are made by writing the date and number of the adoption of the law and the name of the law, followed by the Official Gazette Date / Official Gazette Number in brackets.

Industrial Property Law dated 22.12.2016 and numbered 6769 (OG 10.1.2017/29944).

References to Turkish judicial decisions are made by writing the name of the court (if any, the name of the department is added), the number of the basis, the decision number and the date, respectively. In the dates, a forward slash should be used between the numbers instead of a dot.

Sözdar Oral, B no 2018/21028, (Constitutional Court, 13.9.2022), § 12

AYM, E 2021/107, K 2022/109, T 28.09.2022, § 12

Y 11 HD, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

D 9 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Ankara BIM 3 D, E 2021/14074, K 2022/12707, T 2.7.2014

Abbreviations

No foreign words should be used in references to Turkish works. For example, in works with two authors or editors, "ve" should be preferred instead of "and". Similarly, when abbreviating the edition, "bs" should be used instead of "edn" and "6. bs" should be used instead of "6th".

The abbreviations to be used in studies conducted in languages other than Turkish and English should be made in the relevant language. For example; "und" should be used instead of "and"; "aufl" should be used instead of edition.



TOGÜHFD/TOGUFLR
Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Tokat Gaziosmanpaşa University
Faculty Of Law Review



Cilt I/Volume I	Sayı 1/Number 1	Mart 2023/March 2023
------------------------	------------------------	-----------------------------

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ/RESEARCH ARTICLES

- Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik**
Eligibility for Mediation in Consumer Disputes **1-22**
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
- Ceza Hukukunda Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüs (Akim Kalmış Zincirleme Azmettirme)**
Attempted (Unsuccessful) Successive Instigation in Criminal Law **23-74**
Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR
- Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Yaşlı Bireylerin Hakları ve Yaş Ayrımcılığı (Birleşmiş Milletler'in Ülke Raporları Işığında Bir İnceleme)**
The Rights of Older Persons and Age Discrimination in International Human Rights Law (A Study in The Light of Country Reports of the United Nations) **75-108**
Dr. Öğr. Üyesi Nurten YAYLACI

Kira Sözleşmesinde Alt Kira

Sublease on the Lease Contract109-143

Arş. Gör. Merve ARSLAN

**Yabancı Tacire İzaften Acenteye Açılan Davalarda Türk Mahkemelerinin
Milletlerarası Yetkisi**

*The International Jurisdiction of the Turkish Court in the Case Brought Against The Agency
in Reference to a Foreign Trader*.....144-178

Arş. Gör. Fatma SUNAR

Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik*

Eligibility for Mediation in Consumer Disputes

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY**

Öz

Taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın ise profesyonel satıcı/sağlayıcı olduğu tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlığı olarak isimlendirilir ve belli bir parasal sınırın üstündeki bu uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir.

TKHK m 73/A hükmü ile Kanun'da öngörülen istisnalar saklı kalmak üzere, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren söz konusu uyuşmazlıklar için (istisnalar dışında) dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme ile kriter olarak doğrudan doğruya tüketici mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklar kabul edilmiştir. Bir başka deyişle tüketici mahkemelerinin görev alanına giren tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu (dava şartı) arabuluculuk ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Bu durum dava şartı düzenlenmiş olup, hâkim tarafından re'sen gözetilir. Şayet arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmışsa, dava, (dava şartı yokluğundan) usulden reddedilir. Buna karşılık, TKHK m 73/A hükmünde, arabuluculuğa başvurudan istisna tutulan uyuşmazlık ve işlemler belirtilmiştir.

Çalışmada, tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğa elverişlilik ihtiyari ve zorunlu arabuluculuk bakımından ele alınmış; bu uyuşmazlıkların malvarlığına ilişkin olmaları

* Makalenin Geliş Tarihi/Received: 14.11.2022, Makalenin Kabul Tarihi/Accepted: 04.03.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta/e-mail: ozbayibrahim@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-3820-6501).

nedeniyle kural olarak arabuluculuğa elverişli olduğu sonucuna varılmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un emredici hükümler taşıması ise, tüketici uyuşmazlıkları hakkında tarafların alternatif uyuşmazlık yollarına (örneğin arabuluculuğa) başvuramamaları biçiminde anlaşılmalıdır. Ayrıca arabuluculuğa elverişli olmak kaydıyla, söz konusu uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından dayanağının (sözleşme ihlali, fiili uygulama, seçimlik hakların kullanılması veya ayıp dolayısı ile uğranılan zararların tazmini gibi), davanın usulî niteliğinin ve cebri icra hukuku alanına ilişkin olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, arabuluculuk, tüketici mahkemeleri, tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğa elverişlilik, dava şartı (zorunlu) arabuluculuk.

Abstract

Consumer transactions, where one party is the consumer and the other party is a professional seller/provider, and disputes arising from consumer-oriented practices are called consumer disputes and consumer courts are in charge of these disputes over a certain monetary limit.

Turkish Consumer Protection Law (TCPL) with the 73/A provision, without prejudice to the exceptions stipulated in the Law, it is obligatory to apply to a mediator before filing a lawsuit for the said disputes (with exceptions) that fall under the jurisdiction of consumer courts. With this regulation, disputes that directly fall under the jurisdiction of consumer courts have been accepted as criteria. In other words, a regulation has been made regarding compulsory (condition of litigation) mediation in consumer disputes that fall under the jurisdiction of consumer courts. This situation has been regulated as a condition of litigation and is observed by the judge ex officio. If a lawsuit has been filed without resorting to mediation, the lawsuit is procedural (due to the absence of a lawsuit requirement). On the other hand, TCPL m In the 73/A provision, disputes and transactions that are exempted from mediation are specified.

In the study, eligibility for mediation in consumer disputes is discussed in terms of optional and compulsory mediation; It has been concluded that these disputes are suitable for mediation as a rule, since they are related to assets. The fact that the Turkish Consumer Protection Law (TCPL) carries mandatory provisions should not be understood as the parties' inability to resort to alternative means of dispute (for example, mediation) regarding consumer disputes. In addition, provided that it is suitable for mediation, it does not matter whether the basis of the dispute in terms of substantive law (such as breach of contract, actual practice, exercise of optional rights or compensation for damages incurred due to defect), the procedural nature of the case and whether it is related to the field of enforcement law.

Keywords: Consumer, mediation, consumer courts, eligibility for mediation in consumer disputes, condition of litigation (compulsory) mediation.

GİRİŞ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1 inci maddesinin 2 inci fıkrasında; *“Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir”* şeklinde bir hüküm öngörülmüştür.

Bu hüküm gereğince, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri (yani sulh olabilecekleri) iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Bir başka deyişle arabuluculuğun uygulanma alanı değerlendirilirken, *“Taraflar bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kendi özgür iradeleri ile hareket ederek ve mahkemenin kararına gerek olmadan hukuken bir sonuç elde edebiliyorlar ise o konu arabuluculuğa elverişlidir”* demek¹ yanlış olmayacaktır. Bu hüküm esas itibarıyla ihtiyari arabuluculukla ilgili bir düzenlemedir. Ancak son yıllarda, kanun koyucunun özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından mahkemede dava açmadan önce arabulucuya başvuruyu zorunlu hale getirdiği ve bu hallerde arabulucuya başvuru zorunluluğunu bir dava şartı olarak düzenlediği görülmektedir.

Arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenlemelere bakıldığında ülkemizde şöyle bir seyrin izlendiği görülmektedir:

- Arabulucuya başvuru zorunluluğuna (dava şartı olan arabuluculuk) ilişkin ilk düzenleme, bazı iş uyuşmazlıkları hakkında uygulanmak üzere 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m 3 ile yapılmıştır.

- Ticari uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un² 20'nci maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesinde yer almaktadır.

- Son olarak ise hukukumuzda 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun³ ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a *“Dava şartı olarak arabuluculuk”* başlığı ile eklenen **73/A maddesi** ile tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Bu düzenleme gereğince tarafların, istisnalar dışındaki tüketici uyuşmazlıkları ile ilgili olarak tüketici mahkemesine başvurmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunu yerine getirmeleri gerekecektir.

¹ Bkz İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (1. bs, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019) 73.

² RG 19.12.2018/30630.

³ Bkz RG 28.07.2020/31199.

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un (kısaca; 6252 sayılı Torba Kanun) (6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile eklenen) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A maddesine göre;

"(1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:

a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar

b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar

c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar

ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar

d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar

(2) 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz.

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez.

(4) Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir".

Ayrıca 6252 sayılı Torba Kanun'un 60'ıncı maddesi ile TKHK'na eklenen geçici 2. maddesinde; "Bu Kanunun dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri, bu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih⁴ itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtayda görülmekte olan davalar hakkında uygulanmaz" denilmektedir.

I. TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİK

A. Tüketici Uyuşmazlığı Kavramı ve İhtiyari Arabuluculuk Bakımından Arabuluculuğa Elverişlilik

Aşağıda belirtileceği üzere, taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın ise profesyonel satıcı/sağlayıcı olduğu tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, *tüketici uyuşmazlığı* olarak isimlendirilir⁵ ve belli bir parasal sınırın üstündeki

⁴ 7251 sayılı Torba Kanun'un ve dolayısıyla TKHK m 73/A hükmünün yürürlüğe girdiği tarih, Kanun'un Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih olan 28 Temmuz 2020'dir (7251 sayılı Kanun, m 63).

⁵ Bkz Mehmet Akif Tutumlu, *Tüketici Yargılaması Hukuku* (2 bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 66; Gökçen Topuz, *Tüketici Mahkemeleri* (Yetkin Yayınları 2018) 37; Seda Özümucu, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması

bu uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Bu nedenle kanaatimizce “tüketici uyuşmazlığı” terimi ile esasen tüketici hakem heyetlerinin ve tüketici mahkemelerinin görev alanına giren tüm uyuşmazlıklar kastedilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda genel anlamda arabuluculuk faaliyetinin kapsamında olan uyuşmazlıklar, HUAK'ın “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1'inci maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk faaliyetine başvurabilirler.⁶ Şu hâlde taraflar, kamu hukukuna ilişkin olan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvuramayacakları gibi, özel hukuka ilişkin olup, tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar için de arabuluculuğa başvurmaları mümkün değildir.⁷

Bununla birlikte, özellikle eski TKHK döneminde tüketici uyuşmazlıkları bakımından üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konular arasında olmasına tereddütle yaklaşıyordu.⁸ Hatta konuyla ilgili olarak Yargıtay 13. HD'nin 25.09.2008 tarihli eski bir kararında,⁹ tüketici (sorunları) hakem heyetinin faaliyet alanına giren işlerin ihtiyari tahkime elverişli olmadığı kabul edilmişti.

2014 yılında yürürlüğe giren yeni TKHK m 68/5 hükmünde, “*Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmaya engel değildir*”¹⁰ denilmek suretiyle, tüketici hakem heyetine başvuru zorunluğunun, tüketicilerin alternatif çözüm mercilerine başvurmaya engel olmadığı açıkça düzenlenmiş oldu. Sonuçta,

Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış' (2014) 16 [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayı] DEÜHFD 831, 841; Seyhan Selçuk, 'Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı' (2020) 8 [16] Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1173, 1175. Tüketici uyuşmazlığının unsurları hakkında geniş açıklamalar için bkz Selçuk (n 5) 1175 vd.

⁶ Arabuluculuk faaliyetinin uygulanacağı uyuşmazlık türleri hakkında geniş bilgi için bkz Cenk Akil, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' iç Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C I (Yetkin Yayınları 2014) 75-135.

⁷ Arabuluculuk yöntemine başvurulamayacak uyuşmazlıklara; evliliğin sona ermesi ile ilgili davalar (TMK m 146'daki mutlak butlan davası, TMK m 148'deki nispi butlan davası, boşanma davası, TMK m 170'deki yargısal ayrılık hali), kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili davalar, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili davalar, çekişmesiz yargı işleri, soybağı ile ilgili davalar, ahvali şahsiye davaları ve iflas davaları örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca HUAK'ın 1. maddesinin 2. fıkrasında, “aile içi şiddet” iddiasını içeren uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişli değildir (Bilgi için bkz Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2018) 104-105; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2* (5. bs, Yetkin Yayınları 2022) 1498-1508; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2012) 111-113.

⁸ Evrim Erişir, 'Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler' iç Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 14 Kasım 2020) 309.

⁹ Bkz Y 13 HD, E 2008/3492, K 2008/11120, T 25.09.2008 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB).

¹⁰ Benzer bir hüküm Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği (RG 21.9.2022/31960) m 6/7'de yer almaktadır. Buna göre, “Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmaya engel değildir.”

özellikle konumuzla ilgili olarak yeni THHK m 73/A hükmünün ihdasıyla, kanun koyucu, tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğuna yönelik iradesini ortaya koymuş ve elverişlilik konusundaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.¹¹

Son yasal süreç ve değişikliklerden sonra durum şudur: Tüketici uyuşmazlıkları; malvarlığına ilişkin olmaları nedeniyle kural olarak arabuluculuğa elverişlidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un emredici hükümler taşıması ise, tüketici uyuşmazlıkları hakkında tarafların alternatif uyuşmazlık yollarına (arabuluculuk gibi) başvuramamaları biçiminde anlaşılmalıdır. Fakat tarafların akdedeceği arabuluculuk sözleşmesi, tüketicinin korunmasına ilişkin emredici nitelikteki bir hükmün ihlali sonucunu doğuracaksa, sözleşme geçerli olmayacaktır.¹²

Ayrıca arabuluculuğa elverişli olmak kaydıyla, söz konusu uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından dayanağının sözleşme ihlali, fiili uygulama, seçimlik hakların kullanılması veya ayıp dolayısı ile uğranılan zararların tazmini olmasının bir önemi olmadığı gibi, davanın usulî niteliğinin ve cebri icra hukuku alanına ilişkin olup olmadığının da bir önemi yoktur.¹³ Ayrıca TKHK m 73/1 gereğince tüketici mahkemeleri, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda görevlidir.

Kredi kartı, tüketici kredileri, bankacılık sözleşmeleri, aylıklı mal ve aylıklı hizmet, peşin ve taksitle satım, sigorta, ulaşım, kargo sözleşmeleri, abonelik, özel eğitim ve özel kurs, devre tatil, devre mülk, paket tur ve özel hastane işlemlerinden doğan pek çok uyuşmazlık, tüketici uyuşmazlıkları içine girer ve arabuluculuğa elverişlidir. Bu alanlarda varılacak dostane çözümler, arabuluculuğun diğer faydaları yanında, mal veya hizmet sağlayıcısının ticari itibarının korunmasına da hizmet eder.¹⁴

B. Zorunlu Arabuluculuk (Dava Şartı Olarak Arabuluculuk) Bakımından Arabuluculuğa Elverişlilik

İhtiyari arabuluculuk yanında, TKHK m 73/A hükmü ile Kanun'da öngörülen istisnalar saklı kalmak üzere, tüketici mahkemesinin görev alanına giren uyuşmazlıklar için (istisnalar dışında) dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme ile kriter olarak doğrudan doğruya tüketici mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklar kabul edilmiştir. Bir başka deyişle bu hükümle, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk getirilmiştir. Şu halde;

¹¹ Selçuk (n 5) 1188; Erişir (n 8) 311; İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin Yayınları 2021) 49-50. Ayrıca TKHK m 73/A hükmü öncesinde, doktrinde tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği konusuna mesafeli olanlar olduğu gibi (Lale Sirmen, 'Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri' (2013) 3 [Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan] Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2465, 2468); bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktaydı (bkz Topuz (n 5) 20; Akil (n 6) 118).

¹² Akil (n 6) 116-118.

¹³ Bkz İbrahim Ermenek, 'Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu' iç Şebnem Akipek Öcal ve Abdülkerim Yıldırım (eds), *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk (Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2021)* 114.

¹⁴ Bkz Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (2019) 31.

tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu olup, bu durum TKHK'da dava şartı olarak düzenlenmiştir (TKHK m 73/A). Bu durum hâkim tarafından re'sen gözetilir; şayet arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmışsa, dava (dava şartı yokluğundan) usulden reddedilir.

Buna karşılık, TKHK m 73/A hükmünde, arabuluculuğa başvurudan istisna tutulan uyuşmazlık ve işlemler belirtilmiştir. Bu nedenle burada öncelikle tüketici mahkemeleri ve görev alanı ile tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar ele alınacak; daha sonraki başlıkta ise dava şartı arabuluculuğa ilişkin bu kuralın istisnaları açıklanacaktır.

Ancak şu hususu vurgulamak gerekir ki, tüketici uyuşmazlığı, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almasa dahi, şayet HUAK m 1 bakımından arabuluculuğa elverişliyse, bu konuda ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurulabilir.¹⁵

1. Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m 73/1 gereğince; tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Şu halde; tüketici mahkemelerinin görevi belirlenirken tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalar kavramları önem kazanmaktadır. *Tüketici işlemi* kavramından ne anlaşılması gerektiği TKHK m 3/1-1 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre tüketici işlemi, “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” olarak tanımlanmıştır. Bir işlemin tüketici işlemi sayılabilmesi için TKHK anlamında mal ve hizmet sağlanmasını konu edinmesi ve taraflarının da yine TKHK'da belirtilen tüketici-satıcı/sağlayıcı konumunda bulunması yeterlidir. Sözleşmenin türünün bu noktada önem taşımadığını belirtmek gerekir.¹⁶

Tüketici ise TKHK m 3/k hükmünde; “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*”¹⁷ şeklinde tanımlanmıştır. İşte; taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın ise profesyonel satıcı/sağlayıcı olduğu ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir tüketici işleminden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar; tüketici uyuşmazlıklarıdır.

¹⁵ L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Barış Toraman, *Medeni Usul Hukuku* (10. bs, Yetkin Yayınları 2021) 804; benzer şekilde bkz Ermenek (n 13) 120.

¹⁶ Abdülkerim Yıldırım, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler’ (2013) 17 [1-2] GÜHFD 1015, 1021. Tüketici işlemi ile ilgili geniş açıklamalar için bkz Selçuk (n 5) 1179-1182; Sezer Çabri, *6502 sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016) 66.

¹⁷ Ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etmekten maksadın ne olduğu konusunda doktrindeki tartışmalara burada girilmemiştir. Tartışmalar için bkz Çabri (n 16) 51 vd; Selçuk (n 5) 1175 vd.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre tüketici uyuşmazlıklarında görevli olan tüketici mahkemeleri, belli bir parasal sınırın (meblağın) üzerinde kalan uyuşmazlıklara¹⁸ ve konusu para ile belirlenemeyen uyuşmazlıklara¹⁹ bakarlar. Tüketici mahkemeleri ayrıca, tüketici hakem heyetlerinin verdikleri kararlarda itiraz mercii olarak görev yaparlar (TKHK m 70/3).

Tüketici mahkemeleri nezdinde Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaftır (TKHK m 73/2). Tüketici mahkemeleri sadece Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalarda değil, satıcı/sağlayıcılar tarafından tüketiciler aleyhine açılan davalarda da görevlidir.²⁰ Bir başka deyişle taraflardan birinin tüketici olması ve işlemin 6502 sayılı TKHK’da tanımlanan tüketici işleminden kaynaklanması gerekmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, özel mahkeme bulunmayan bir yargı çevresinde görülen ve özel mahkemenin görevine giren bir davada, dava dilekçesinin başlığında veya asliye hukuk mahkemesi kararında özel mahkeme sıfatıyla hareket edildiğinin belirtilmemiş (mesela “tüketici mahkemesi” sıfatıyla ifadesinin kullanılmamış) olması görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez (TTK m 5/4, kıyasen).²¹ Bu durumda, asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı vermemekle birlikte, ara kararı ile davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakma yönünde bir karar vermesi gerekir.²²

Burada önemli bir sorun, tüketici mahkemesinin görev alanına giren bir uyuşmazlığın, aynı zamanda ticari dava niteliği taşıması halinde uyuşmazlığın niteliğinin ne olacağıdır. Bu konudaki tartışmaları bir kenara bırakarak,²³ bu hususta söz konusu uyuşmazlığın tüketici

¹⁸ Y 13 HD, E 2015/34217, K 2017/11615, T 27.11.2017: “Tüketici hakem heyeti veya tüketici mahkemesinin görevli olup olmadığı hususu uyuşmazlığın tüketici hakem heyeti veya mahkemeye başvuru tarihindeki değeri esas alınarak belirlenir” (KİBB).

¹⁹ Pervin Yıldız, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’ <<https://baskentarabuluculuk.com/wp-content/uploads/2020/04/PERV%C4%B0N-YILDIZ-T%C3%BCketici-Mahkemeleri-Dava-%C5%9Eart%C4%B0-Arabuluculuk.pdf>> Erişim Tarihi: 24.01.2021.

²⁰ Mine Akkan, ‘Mahkemeler’ iç Hakan Pekcanitez vd (eds), Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C I (15. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017) 186 dn 136. Doktrinde ileri sürülen aksi yöndeki bir görüşe göre, satıcı/sağlayıcılar tarafından tüketiciler aleyhine açılan davalar, tüketici davası olmadığından, tüketici mahkemelerinin görevine girmez [Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4. bs, Yetkin Yayınları 2020) 662].

²¹ Bkz Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (5. bs, Adalet Yayınevi 2022) 52, Kenar No 17. Bkz ve karşı TTK m 5/4: “Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder”.

²² Y 13 HD, E 2016/23304, K 2019/11117, T 11.11.2019: “Mahkemece, müstakil Tüketici Mahkemesi var ise davaya bakmakla Tüketici Mahkemeleri görevli olduğundan görevsizlik kararı verilmesi, müstakil Tüketici Mahkemesi yok ise ara kararı ile uyuşmazlığa Tüketici Mahkemesi sıfatı ile bakılmasına karar verilmek suretiyle uyuşmazlığın çözülmesi gerekir” (KİBB); Y 13 HD, E 2016/29913, K 2020/3243, T 12.03.2020 (KİBB); Y 13 HD, E 2016/19469, K 2019/9458, T 07.10.2019 (KİBB).

²³ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz Şafak Narbay ve Muhammet Akkuş, ‘Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş- Tüketici İşlemi Kavramı’ iç Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019) 823, 867-869; Abdullah Berat Memiş, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2020) 66 vd.

uyuşmazlığından kaynaklanan arabuluculuk olarak çözüme kavuşturulacağı ve konunun tüketici mahkemelerinin görev alanına gireceği belirtilebilir. Kaldı ki TKHK'nın 83/2. maddesine göre “*tarafardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*”. Bu açık hüküm kanımızca konuya ilişkin tartışmaları ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle, özellikle TKHK'nun özel nitelikli ve sonraki tarihli bir kanun olması nedeniyle, TTK ile mutlak ticari dava olarak düzenlenen konuların dahi tüketici işlemi niteliğini taşıması halinde TKHK'nun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerine tabi olduğunu kabul etmek gerekir.²⁴

2. Kazaî İçtihatlar Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görevine Giren Uyuşmazlıklar

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kazaî içtihatlarda tüketici mahkemelerinin görev alanı oldukça geniş tutulmakta,²⁵ ayrıca tüketici mahkemelerinin görev alanının belirlenmesi uygulamada güçlük arz etmektedir. Konuya ilişkin olarak bazı kazaî içtihatlarla özet de olsa değinmekte yarar vardır. Şöyle ki:

- Tüketicinin davalı tarafta olduğu davalarda da tüketici mahkemelerinin görevli olması mümkündür. Mesela, Yargıtay'a göre bankalarca kredi kartı hamillerine karşı açılan davalar için tüketici mahkemeleri görevlidir.²⁶

- Taraflarından biri tüketici olan sigorta sözleşmesi veya bankacılık işlemi ile ilgili davalar (asliye ticaret mahkemesinde değil) tüketici mahkemesinde görülür.²⁷

²⁴ Benzer yönde bkz Narbay ve Akkuş (n 23) 868. Kazaî içtihatlar da aynı yöndedir. Örneğin Yargıtay'ın bir kararında (Y 17 HD, E 2016/12624, K 2016/11308, T 08.12.2016), davacının, davalı sigorta şirketinin sigortaladığı konutun yangından zarar gördüğü gerekçesiyle, konut sigorta poliçesi kapsamındaki teminat bedelinin davalıdan tahsil edilmesini talep ettiği bir dava hakkında, TKHK m 2, m 3, m 73, m 83 kapsamında yaptığı değerlendirme sonucunda, görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğu sonucuna varılmıştır. Aynı yönde bkz İzmir BAM 11 HD, E 2017/600, K 2017/449, T 27.04.2017 (Lexpera). Y 19 HD, E 2020/439, K 2020/976, T 11.06.2020: “... TKHK'un 83. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm de bireysel kredi kartları dolayısıyla açılacak davaların ticari dava olmayacağını ve ticaret mahkemelerinde değil, tüketici mahkemelerinde görüleceğini göstermektedir” (KİBB); Y 11 HD, E 2017/1841, K 2018/6187, T 10.10.2018: “Dava, Gelir Koruma Sigortası Poliçesine dayalı olarak sigorta tazminatının tahsili istemine ilişkindir. Sigorta sözleşmelerinin Tüketici Kanunu'nda düzenlenmiş olması sebebiyle davanın mutlak ticari dava olduğunun kabulüyle davanın ticaret mahkemesinde görülmesine imkan bulunmadığı açıktır. Bu itibarla, mahkemece; ilgili yasa hükümleri uyarınca tüketici konumundaki davacı tarafından açılan işbu davada tüketici mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek mahkemenin görevsizliği sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir” (KİBB). Tüketici mahkemesinde görülen bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesine gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz Memiş (n 23) 66-67.

²⁵ Budak ve Karaaslan (n 21) 52; Narbay ve Akkuş (n 23) 868. Ayrıca bkz ve karşı Özmumcu (n 5) 841.

²⁶ Y 20 HD, E 2015/14599, K 2016/325, T 14.01.2016; Y 13 HD, E 2014/46629, K 2014/42010, T 30.12.2014; Y 19 HD, E 2014/19709, K 2015/6821, T 07.05.2015 (KİBB).

²⁷ Y 17 HD, E 2014/7922, K 2016/6471, T 26.05.2016.

- Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bir davada Yargıtay, arsasına karşılık birden çok bağımsız bölüm almak üzere anlaşma yapan arsa sahibinin tüketici sayılamayacağına ve bu nedenle davanın tüketici mahkemesinin görev alanına girmediğine hükmetmiştir.²⁸ Yargıtay'ın bir başka kararında²⁹ ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye düşen bağımsız bölümün temlikine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkin bir davada, davacı tüketicinin, yüklenicinin temlikine dayalı olarak tapu iptali ve tescil isteğinde bulunması nedeniyle, o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin tüketici mahkemesinde görülmesi, aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılmasının gerekeceği belirtilmiştir.

- Yargıtay'a göre, yüklenici ile yapılan sözleşme gereği kendisine devredilmesi gereken dairelerin devredilmediği iddiası ve bu dairelerin tapuda davacı adına tescili talebiyle açılan davada görevli mahkeme tüketici mahkemesidir.³⁰

- Satın aldığı taşınmaz üzerinde daha önce tesis edilmiş bulunan ipoteğin borcun ödenmesi sebebiyle kaldırılması (TMK m 883) için açılan bir davada da Yargıtay, uyuşmazlığın TKHK kapsamında olduğu gerekçesiyle davaya tüketici mahkemesinin bakması gerektiğine karar vermiştir.³¹

- Aynı şekilde, Yargıtay; taşıma sözleşmesinden (TTK m 850 vd) kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davasında;³² bankacılık işleminden kaynaklanan tüketici konumundaki davacı tarafından açılan alacak istemine ilişkin davada,³³ tüketici mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir.

- Yargıtay vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar ile ilgili uyuşmazlıkların 6502 Sayılı TKHK kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerektiğine karar vermiştir.³⁴ Benzer şekilde Yargıtay, avukatın açtığı haksız azil nedeniyle ödenmeyen avukatlık ücretinin tahsiline ilişkin davanın, vekâlet sözleşmesinin TKHK'nın kapsamına girmesi nedeniyle tüketici mahkemelerinin görevine girdiğini belirtmiştir.³⁵

- Ayrıca Yargıtay, trafik sigorta poliçesinden kaynaklanan rücu tazminat davasında; talebin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında davalıya ait trafik sigortalı aracın, dava dışı ehliyetsiz sürücü idaresinde iken meydana gelen trafik kazası nedeniyle davacı sigorta

²⁸ Y 23 HD, E 2015/10149, K 2018/3730, T 25.06.2018 (e-uyar).

²⁹ Y 14 HD, E 2016/10141, K 2019/2900, T 01.04.2019 (KİBB).

³⁰ Y 14 HD, E 2016/16828, K 2018/4346, T 04.06.2018 (e-uyar).

³¹ Y 13 HD, E 2016/9825, K 2018/5505, T 10.05.2018 (e-uyar).

³² Y 11 HD, E 2015/15205, K 2016/3941, T 11.04.2016 (e-uyar). Karar özeti için ayrıca bkz Kuru ve Aydın (n 20) 660, dn 8.

³³ Y 11 HD, E 2015/14104, K 2017/2075, T 12.04.2017 (KİBB).

³⁴ Y 13 HD, E 2020/536, K 2020/2563, T 21.02.2020: "...Vekalet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6502 Sayılı yasa kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerekir. Somut uyuşmazlıkta **davacı şirket, tüketici yasasında tanımı yapılan tüketici kapsamında olmadığından**, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 Sayılı yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamı dışında kaldığına göre davaya bakma hususunda genel mahkemeler görevlidir" (KİBB).

³⁵ Y 13 HD, E 2016/29913, K 2020/3243, T 12.03.2020 (KİBB).

şirketinin ödediği maluliyet tazminatlarının sözleşme tarafı olan davalıdan tahsili istemine ilişkin olması durumunda; davalı sigortalının şirket olması ve tüketici sayılmaması nedeniyle davanın, TTK m 1483 ve devamı hükümlerinde sayılan hususlardan olması ve uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemelerinin görevine girmesi nedeniyle tüketici mahkemelerinin görevli olamayacağını belirtmiştir.³⁶

Dikkat edilirse, kazaî içtihatlarda, bir hukuki işlemin sadece 6502 Sayılı TKHK'da düzenlenmiş olmasının tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmeyeceği ve tüketici mahkemesinin görevli olabilmesi için ayrıca taraflardan birinin tüketici olmasının gerekeceğine vurgu yapılmaktadır.³⁷

3. Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Başvurma Zorunluluğunun (Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun) İstisnaları

a. Tüketici Hakem Heyetinin Görevi Kapsamında Olan veya İhtiyari Tahkimde Tahkim Sözleşmesi Yapılmış Uyuşmazlıklar

(1) Tüketici Hakem Heyetleri, Niteliği ve Görev Alanı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 66 ilâ 72'nci maddeleri arasında düzenlenen tüketici hakem heyetleri, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklardan değeri belli bir miktarın altında bulunan uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir ve bu miktar altındaki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetine başvurulması zorunludur (TKHK m 68/1, c 1). Bunun doğal sonucu olarak, bu parasal sınırların üzerindeki uyuşmazlıklar için, tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacak (TKHK m 68, c 2); ancak tüketici mahkemelerinde dava açılabilir.

Tüketici hakem heyetlerinin kuruluş amacının, tüketicinin nispeten maddi olarak daha küçük boyutlu sorunlarını çabuklukla çözümlenmek, tüketiciyi vakit kaybetmeden koruyabilmek olduğu söylenebilir.³⁸

Tüketici hakem heyetlerinin sundukları uyuşmazlık çözüm yönteminin, hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatından yararlanan meslekten hâkimler tarafından yürütülmemesi nedeniyle³⁹ “yargılama dışı” (*extra-judicial*) bir uyuşmazlık çözüm yöntemi

³⁶ Y 17 HD, E 2016/16985, K 2019/7993, T 16.09.2019 (KİBB).

³⁷ Örneğin bkz Y 13 HD, E 2016/4525, K 2019/5053, T 17.04.2019: “Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Bir hukuki işlemin sadece 6502 Sayılı yasada düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığı tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukuki işlemin 6502 Sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Somut olayda; davacı dava konusu meskeni, davalılar ile yaptığı sözleşmeye binaen almış olup, satım sözleşmesi dosya arasında mevcut bulunmaktadır. Tapuda ise, mesken diğer davalı tarafından devredilmiştir. Burada davalılardan birinin satıcı yüklenici, davacının ise tüketici olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin de tüketici işlemi olduğunun kabulü gerekir ...” (KİBB).

³⁸ Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi* (Seçkin Yayıncılık 1999) 367-368. Ayrıca bu amaç tam anlamıyla sağlanmasa da heyete gitmenin, mahkemelere başvurmayla oranla tüketiciler açısından çok daha kolay olduğu haklı olarak ifade edilmektedir [Akipek (n 38) 368].

³⁹ AYM, E 2007/53, K 2007/61, T 31.05.2007: “... Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve

olduğu kuşkusuzdur.⁴⁰ Buna karşılık bu yargı dışı uyuşmazlık çözüm yönteminin, adında yer alan “hakem” sözcüğü nedeniyle “tahkim” veya bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.⁴¹ Kanaatimizce, verdikleri kararların bağlayıcılığı da dikkate alındığında tüketici hakem heyetlerinin zorunlu tahkim niteliğinde olduğu rahatlıkla söylenebilir.⁴²

mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirlir. Bu nedenlerle başvuran Tüketici Sorunları Hakem Heyeti “mahkeme” niteliği taşımadığından, itirazın başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir” (RG 27.12.2007/26739). Ayrıca bkz Y 13 HD, E 2020/1155, K 2020/3580, T 22.04.2020: “Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin mahkeme niteliğini taşımadığı, dava konusu uyuşmazlığın (itirazın iptali davasına bakma) Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin görevi kapsamında bulunmadığı... dikkate alındığında ...” (KİBB).

⁴⁰ Ali Cem Budak, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri’ (2014) 16 [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayı] DEÜHFD 77, 79.

⁴¹ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, tüketici hakem heyetlerine başvuru ihtiyari olmadığı ve tüketici hakem heyetlerinde yer alan hakemleri seçmek konusunda da tarafların bir rolü olmadığından, tüketici hakem heyetlerine başvuru HMK’da ve genel olarak usul hukukunda anlaşıldığı anlamıyla tahkim değildir. TKHK, çözümünde tüketici hakem heyetinin görevli olduğu uyuşmazlıklarda devlet mahkemelerinde dava açmak yolunu tamamen kapadığı için, tüketici hakem heyetlerinin faaliyeti dar anlamıyla bir “alternatif” uyuşmazlık çözümü yöntemi de değildir. Bu nedenle, tüketici hakem heyetlerinin faaliyeti bazı bakımlardan devlet mahkemelerindeki yargılamaya benzetilmiş; *kendine özgü bir yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yoludur*. Bu bakımdan, mevzuatta görülen boşlukların doldurulmasında devlet mahkemelerindeki yargılamaya ilişkin hükümlerden de yararlanılması doğru olacaktır [Budak (n 40) 79-80]. Bu konudaki başka bir görüşe göre, resmi niteliğe sahip olmalarına rağmen bağımsız üçüncü kişi konumunda bulunan tüketici hakem heyetleri, uyuşmazlığı davaya dönüşmeden çözüme kavuşturduğundan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu görüşü savunan yazarlar tüketici hakem heyetlerinin hukukî niteliğini aynı zamanda bir zorunlu (mecburî) tahkim olarak görmekte ve fakat mecburî tahkimi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul etmektedirler [Özbek (n 7) 1189; Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)* (Seçkin Yayıncılık 2003) 130]. Hakem heyetlerinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğinde olduğuna ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz Topuz (n 5) 21. Bir başka yazar ise tüketici hakem heyetlerinin “zorunlu tahkime benzer” bir görünüm kazandığını ifade etmektedir [M Akif Tutumlu, *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri* (3. bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 36].

⁴² Bkz Sema Taşpınar Ayvaz, ‘Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukukî Niteliği’ iç Ertan Yardım (eds) *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu* (Seçkin Yayıncılık 2018) 47; Murat Atalı, ‘6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ iç Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan C I (Yetkin Yayınları 2014) 397, 412; Süha Tanrıver, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’ (2006) 64 TBB Dergisi 151, 175; İbrahim Ermenek, ‘Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri’ (2013) 17 [2] GÜHFD 563, 571 vd. Tüketici hakem heyetlerinin zorunlu bir tahkim organı olarak işlev üstlenmiş bulunduğuna ilişkin bir ifade için bkz Süha Tanrıver ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020) 147 TBB Dergisi 111, 119. Aynı yönde bkz Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (5. bs, Yetkin Yayınları 2022) 152; Alper Uyumaz, ‘Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (2012) 20 [1] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 122-123; Banu Bilge Sarıhan, ‘Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması’ (2021) 4 [2] Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 415, 430. Tüketici hakem heyetine başvurunun hukukî niteliği hakkında tartışmalar için ayrıca bkz Nagehan Tandoğan Özbaykal, ‘Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2020) 26 [1] MÜHFD 467, 468 vd. Tüketici hakem heyetlerinin karar almasının mahkemelere nazaran basitlik ve ivedilik esasına göre düzenlendiği ve tüketici hakem heyetleri kararlarının İİK’nin ilamların yerine getirilmesi hükümlerine göre yerine getirileceğine ilişkin olarak bkz Çabri (n 16) 1003.

Burada şu hususu belirtmek gerekir ki; tüketici hakem heyetine başvuru bakımından parasal sınırlar önceki düzenlemede⁴³ ilçe ve büyükşehir statüsünde olan ve olmayan iller bakımından farklılık içermekteydi. Buna karşılık 21 Eylül 2022 tarih ve 31960 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesiyle, tüketici hakem heyetine başvuruda il ve ilçe bakımından parasal sınır ayrımı kaldırılmıştır.⁴⁴ Dolayısıyla bugün için artık tüketici hakem heyetleriyle tüketici mahkemeleri arasında tek bir sınır (Tebliğ gereğince 2023 yılı için **66.000 TL**) bulunmakta; yetkili tüketici hakem heyetine göre il veya ilçe tüketici hakem heyetine başvurulacağı kabul edilmektedir.⁴⁵

Aynı doğrultuda, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin yürürlüğe girmesinden sonra yayınlanan “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğin”⁴⁶ 3 üncü maddesine göre **2023 yılı** itibariyle, **parasal sınırlar** şu şekilde düzenlenmiştir:

*“MADDE 3- (1) 2023 yılı için yapılacak başvurularda değeri **66.000 TL** (altmışaltı bin) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, İl veya İlçe Tüketici Hakem Heyetleri görevlidir”.*

Böylece önce Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği, akabinde aynı doğrultudaki yeni Tebliğ ile tüketici hakem heyetlerinde başvuruda; büyükşehir olan ve olmayan iller için ayrı ayrı belirlenen parasal sınırlar kaldırılarak tek bir tutar belirlenmiş ve daha önceki karmaşık duruma son verilmiştir. Bu anlamda yeni düzenlemenin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Şu halde, değeri **66.000 TL** (altmışaltı bin) Türk Lirasının altında bulunan tüketici uyuşmazlıklarında, İl veya İlçe Tüketici Hakem Heyetleri görevli olup,⁴⁷ büyükşehir olan ve

⁴³ 6502 Sayılı “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğin” 3 üncü maddesine göre **2022 yılı** itibariyle, **parasal sınırlar** şu şekilde idi: “**MADDE 3 – 2022 yılı için Tüketici Hakem Heyetlerine yapılacak başvurularda değeri;**

a) 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri,

b) Büyükşehir statüsünde olan illerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerinde 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri,

ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerde 10.280 (onbinikiyüzseksen) Türk Lirası ile 15.430 (onbeşbindörtüyüzotuz) Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri, görevlidir” (Bkz RG 16.12.2021/31691).

⁴⁴ Bkz ve karşı Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m 7/2: “İl tüketici hakem heyetleri il sınırları içinde, ilçe tüketici hakem heyetleri ise ilçe sınırları içinde yetkilidir. Tüketici hakem heyeti kurulmayan ilçelerde Bakanlıkça o ilçe için belirlenen hakem heyeti yetkilidir.” Böylece büyükşehir statüsünde olan ve olmayan iller ayrımına yer verilmemiştir.

⁴⁵ Bkz ve karşı Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 42) 153.

⁴⁶ RG 16.12.2022/32045.

⁴⁷ Karşı Ermenek (n 13) 120.

olmayan iller için herhangi bir farklılık artık söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte bu parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetine başvurmadan tüketici mahkemesinde dava açılması durumunda, tüketici mahkemesinin ne işlem yapacağı TKHK’da düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durum, “dava konusu uyuşmazlığın tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık olmaması” HMK m 114/2⁴⁸ anlamında özel kanun hükmüne dayalı bir dava şartı niteliğinde olup; böyle bir uyuşmazlıkla ilgili dava, mahkemeler önünde açılacak olursa, mahkemece dava şartı yokluğu sebebiyle, usulî bir kararla reddedilmelidir (HMK m 115/2, 1. cümle).⁴⁹ Yargıtay da bu durumu dava şartı olarak kabul etmekle birlikte, mahkemece HMK m 114/b hükmü (yargı yolunun caiz olmaması) gereğince usulden ret kararı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁵⁰

Tüketici hakem heyetlerince verilen kararlara karşı tüketici mahkemeleri nezdinde itiraz edilebilir (TKHK m 70/3). Diğer tüm uyuşmazlıklar ise doğrudan tüketici mahkemelerinde dava açılarak karara bağlanır.

TKHK m 66’ya göre ilgili bakanlık, yani Ticaret Bakanlığı,⁵¹ tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevlidir. TKHK m 68’de ise hangi tüketici uyuşmazlıklarının hangi hakem heyetine götürüleceğini belirlemek için tüketici hakem heyetlerinin parasal sınırları belirlenmiştir. Bu maddede belirtilen parasal sınırların her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, o yıl için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanması da hükmüne bağlanmıştır.

(2) Tüketici Hakem Heyetinin Görevi Kapsamında Olan Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamı Dışında Olması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tüketici hakem heyetinin görev sınırında kalan uyuşmazlıklarda tarafların arabulucuya başvurma gibi bir zorunluluğu

⁴⁸ Bkz HMK m 114/2: “Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır”.

⁴⁹ Mehmet Akif Tutumlu, ‘6502 sayılı TKHK’ya göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev ve Yetki Sınırı’ (2014) 9 [89] Terazi Hukuk Dergisi 116, 118; aynı yönde Budak (n 40) 85. Tam tersi durumda; yani, tüketici hakem heyetlerinin görev sınırını aşan (tüketici mahkemelerinin görev alanına giren) miktar veya değerdeki bir uyuşmazlığın çözümü için tüketici hakem heyetine başvurulması halinde de, hakem heyetinin HMK m 115 hükmüne kıyasen, uyuşmazlığı esastan incelemeyen başvurunun reddi kararı vermelidir [Budak (n 40) 85].

⁵⁰ Bkz Y 13 HD, E 2016/15787, K 2019/4585, T 05.04.2019: “Hal böyle olunca, mahkemece, dava değerinin 6502 Sayılı yasanın 68. maddesi gereğince Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuruda bulunmasını zorunlu kılan miktarda olduğu ve bu miktar için mahkemeye dava açılmasının yasa gereği mümkün olmadığı gerekçesiyle, davanın dava şartı noksanlığı (HMK 114-b maddesi) nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (KİBB).

⁵¹ TKHK’da (m 3/1-b) Bakanlığın “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı” ifade edeceği düzenlenmiş olsa da, bunu “Ticaret Bakanlığı” olarak anlamak gerekir. Zira 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile “Ticaret Bakanlığı” kurulmuş olup 10 Ocak 2019 tarihli ve 30651 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 27 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile teşkilat yapısı yeniden şekillendirilmiştir (Bkz <https://ticaret.gov.tr/kurumsal/tarihce>, Erişim Tarihi: 07.03.2021).

bulunmamaktadır. Zira gerek arabulucuya başvuru zorunluluğu gerekse tüketici hakem heyetlerine başvuru (zorunlu tahkim) bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmektedir. Kaldı ki, HUAK m 18/A hükmünün 18. fıkrası ile “*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.*” düzenlemesi getirilmiştir.

Şu halde; söz konusu hüküm gereğince, özel kanunlarda (örneğin konumuzla ilgili olarak TKHK) tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya ihtiyari tahkimde tahkim sözleşmesinin bulunduğu hallerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Kanun koyucunun, belli miktarın altında kalan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetine başvuruyu zorunlu kılması ve TKHK m 73/A hükmü birlikte değerlendirildiğinde, tüketici hakem heyetinin görev alanında kalan uyuşmazlıklarla arabulucuya başvuruyu dava şartı kapsamına almamış olması yerindedir.

Böylece; zorunlu tahkimin söz konusu olduğu hallerde (TKHK, spor hukuku, 3553 sayılı Kanun gibi) dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına giren uyuşmazlıklar açısından bile, öncesinde arabuluculuğun denemesine ihtiyaç duyulmamıştır.⁵²

Aynı şekilde, taraflar arasında (ihtiyari tahkimde) tahkim sözleşmesi yapılmışsa, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

b. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarına Yapılan İtirazlar

TKHK m 70/f 3 gereği “*Taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi şartıyla hâkim, tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir.*” Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı tüketiciler gibi satıcılar da itiraz edebilir. Tüketici hakem heyeti kararlarına itirazın bir kanun yolu olmadığını belirtmek gerekir; zira karara karşı başvuru yolu, kanun yolu olarak nitelendirilebilmesi için, kararın bir üst derece mahkemesince incelenmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak; tüketici hakem heyeti kararlarına itiraza yönelik davanın (itiraz davası), arabulucuya gidilmeden, doğrudan tüketici mahkemesinde açılması gerekir.

c. TKHK'nun 73'üncü Maddesinin Altıncı Fıkrasında Belirtilen Davalar

TKHK m 73/6 hükmü “*Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya*

⁵² Cafer Eminoglu ve Ersin Erdogan, *Ticari Davalarda Arabuluculuk* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020) 126.

hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir” düzenlemesini içermektedir. Tüketici örgütleri tarafından açılacak bu davalar HMK m 113 anlamında topluluk davası niteliğindedir.⁵³ Zira “Topluluk davası” başlıklı HMK m 113 hükmüne göre; “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir”.

Şu halde; tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlığın açacağı bu madde kapsamındaki davalarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunun sebebi ise bu tür davaların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan olmaması ve kamu düzeninden olmasıdır.⁵⁴ Ayrıca TKHK m 73/6’da düzenlenen bu davaların, tüketicinin bireysel yararından ziyade genel olarak tüketicilerin kollektif hukuki himayelerinin gerçekleştirilmesi amacını taşıması, bireysel olarak parasal bir mahkumiyetin söz konusu olmaması, bu dava sonucunda esas olarak edaya ilişkin bir hüküm verilmemesi nedeniyle, zorunlu arabuluculuk kapsamı dışında bırakıldığı belirtilebilir.⁵⁵

d. TKHK’nun 74 üncü Maddesinde Belirtilen Davalar

TKHK’nun “Üretimin veya satışın durdurulması ve malın toplatılması” başlıklı 74. maddesine göre;

“(1) Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir⁵⁶.

(2) Satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır.

(3) Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır”.

⁵³ Aynı yönde bkz Budak (n 40) 77; Kuru ve Aydın (n 20) 662, dn 19; İbrahim Özbay, *Grup Davaları* (Yetkin Yayınları 2009) 216 vd; Erişir (n 8) 314; Selçuk (n 5) 1197; Sarıhan (n 42) 432.

⁵⁴ Mehmet Akif Tutumlu, ‘7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (2020) 15 [169] *Terazi Hukuk Dergisi* 1908.

⁵⁵ Selçuk (n 5) 1198; Özbek (n 7) 1196.

⁵⁶ Bu dava sayesinde hatalı malın zarara neden olmadan piyasadan çekilmesinin sağlanması olduğuna ilişkin olarak bkz TKHK m 74’ün Gerekçesi.

Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretiminin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için tüketici örgütlerince açılacak bu davalar (TKHK m 74/1) da HMK m 113 anlamında topluluk davası niteliğindedir.⁵⁷ Bu madde kapsamında kalan davalar, kamu düzeninden sayılması nedeniyle⁵⁸ dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmamıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu madde kapsamındaki davalar, toplumun birçok kesimini ilgilendiren, tüketicilerin ortak menfaatlerinin korunmasını amaçlayan davalar olması nedeniyle, kanun koyucu tarafından madde kapsamındaki davaların dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında bırakılması, uzmanlık isteyen bu tip uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde çözüme bağlanmasının yerinde olduğu söylenebilir.⁵⁹

e. Tüketici İşlemi Mahiyetinde Olan ve Taşınmazın Aynından Doğan Uyuşmazlıklar

TKHK'nun 73/A maddesi gereğince, tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar ile ilgili dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı kapsamına alınmamıştır. Tüketici işlemi niteliğinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarla ilgili açılacak davalarda arabulucuya başvurunun dava şartı kapsamından istisna tutulması ise uygulamada karşılaşılabilecek özellikle tescille ilgili kısıtlayıcı düzenlemeler nedeniyle isabetli olmuştur.⁶⁰

Burada “taşınmazın aynından doğan dava” kavramı oldukça önem arz etmektedir. Taşınmazın aynından doğan dava, “taşınmaz üzerindeki aynı bir hakka ilişkin dava, diğer bir deyişle uyuşmazlık konusunun doğrudan doğruya taşınmaz olduğu dava” olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede, taşınmazın aynından doğan dava, doğrudan doğruya taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin olabileceği gibi (tapu iptal ve tescil davası gibi), şahsi bir talep hakkına dayanarak taşınmaz üzerinde bir aynı hak değişikliği veya aynı hak sahipliğinde bir değişiklik meydana getiren dava da olabilir. Örneğin, istihkak davası aynı davadır; önalım davası ise şahsi dava olsa da aynı hak değişikliğine yol açacak bir dava niteliğindedir.⁶¹

Tüketici işlemi niteliğinde olan konut ve tatil amaçlı taşınmazların aynından kaynaklanan uyuşmazlıklarda örneğin devre mülk sözleşmeleri (TKHK m 50), ön ödemeli konut sözleşmeleri (TKHK m 40), konut finansman sözleşmelerinden (TKHK m 32) kaynaklanan uyuşmazlıklarda, kanun koyucu, davanın arabuluculuk yöntemi ile değil mahkemece çözümlenmesini hükme bağlamıştır. Bir başka ifadeyle bu uyuşmazlıklarda dava

⁵⁷ Aynı yönde bkz Budak (n 40) 78; Erişir (n 8) 314.

⁵⁸ Tutumlu (n 54) 1908.

⁵⁹ Sarıhan (n 42) 433.

⁶⁰ Yıldız (n 19). Tahkime elverişlilik bakımından benzer hüküm için bkz HMK m 408.

⁶¹ Dilek Karademir Aydemir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (2. bs, Adalet Yayınevi 2019) 314.

açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunlu değildir, ancak ihtiyari olarak arabulucuya başvurma imkânı saklıdır.⁶²

f. Hüküm Sonrası Hukuki Çareler ve Yargılamanın İadesi Kapsamındaki Başvurular

TKHK'da yer almasa da, bu istisnalara ilaveten hukuki çare (müracaat yolu) niteliğindeki bazı yollar ile yargılamanın iadesi taleplerinin de tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığını belirtmek gerekir.

Bu anlamda HMK m 305/A hükmünde düzenlenen hükmün tamamlanması ile hükmün tashihi ve tavzihi talepleri ile olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın iadesi taleplerinde tüketici mahkemelerine başvurulması durumunda dava şartı olarak arabuluculuğa başvurmak gerekmeyecektir.⁶³

SONUÇ

Çalışmamızla ilgili aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

1- Taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın ise profesyonel satıcı/sağlayıcı olduğu tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar, *tüketici uyuşmazlığı* olarak isimlendirilir ve belli bir parasal sınırın üstündeki bu uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir.

2- Tüketici uyuşmazlıkları malvarlığına ilişkin olmaları nedeniyle kural olarak arabuluculuğa elverişlidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un emredici hükümler taşıması ise, tüketici uyuşmazlıkları hakkında tarafların alternatif uyuşmazlık yollarına başvuramamaları biçiminde anlaşılmalıdır. Fakat tarafların akdedeceği arabuluculuk sözleşmesi, tüketicinin korunmasına ilişkin emredici nitelikteki bir hükmün ihlali sonucunu doğuracaksa, sözleşme geçerli olmayacaktır. Ayrıca arabuluculuğa elverişli olmak kaydıyla, söz konusu uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından dayanağının (sözleşme ihlali, fiili uygulama, seçimlik hakların kullanılması veya ayıp dolayısı ile uğranılan zararların tazmini gibi), davanın usulî niteliğinin ve cebri icra hukuku alanına ilişkin olup olmadığının bir önemi yoktur.

3- İhtiyari arabuluculuk yanında, **TKHK m 73/A** hükmü ile Kanun'da öngörülen istisnalar saklı kalmak üzere, tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar için (istisnalar dışında) dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme ile kriter olarak doğrudan doğruya tüketici mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıklar kabul edilmiştir. Bir başka deyişle tüketici mahkemelerinin görev alanına giren tüketici uyuşmazlıklarında zorunlu (dava şartı) arabuluculuk getirilmiştir. Şu halde; tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu olup, bu durum TKHK'da dava şartı olarak düzenlenmiştir (TKHK m 73/A). Bu durum hâkim tarafından re'sen gözetilir; şayet arabuluculuğa başvurulmadan dava

⁶² Sarıhan (n 42) 434; Ermenek (n 13) 124; İlker Koçyiğit ve İzzet Yeşilkaya, *Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları* (Adalet Yayınevi 2020) 535.

⁶³ Aynı yönde bkz Tutumlu (n 54) 1908.

açılmışsa, dava, (dava şartı yokluğundan) usulden reddedilir. Buna karşılık, TKHK m 73/A hükmünde, arabuluculuğa başvurudan istisna tutulan uyuşmazlık ve işlemler belirtilmiştir. Bu istisnalara yukarıda alt başlıklar halinde yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akil C, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' iç Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C I (Yetkin Yayınları 2014) 75
- Akipek Ş, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi* (Seçkin Yayıncılık 1999)
- Akkan M, 'Mahkemeler' iç Hakan Pekcanitez vd (eds), Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C I (15. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (2019)
- Atalı M, 6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi iç Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C I (Yetkin Yayınları 2014) 397
- Azaklı Arslan B, *Medeni Usul Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2018)
- Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (5. bs, Adalet Yayınevi 2022)
- Budak AC, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri' (2014) 16 [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayı] DEÜHFD 77
- Çabri S, *6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016)
- Eminoğlu C ve Erdoğan E, *Ticari Davalarda Arabuluculuk* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020)
- Erişir E, 'Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler' iç Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 14 Kasım 2020) 309
- Ermenek İ, 'Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü ve Arabuluculuğa Uygunluğu' iç Şebnem Akipek Öcal ve Abdülkerim Yıldırım (eds), *Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2021)
- Ermenek İ, 'Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri' (2013) 17 [2] GÜHFD 563
- Ermenek İ, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması* (Yetkin Yayınları 2021)
- Görgün LŞ, Börü L ve Toraman B, *Medeni Usul Hukuku* (10. bs, Yetkin Yayınları 2021)
- Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)* (Seçkin Yayıncılık 2003)
- Karademir Aydemir D, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (2. bs, Adalet Yayınevi 2019)
- Koçyiğit İ ve Yeşilkaya İ, *Ticari Davalarda, İş Uyuşmazlıklarında, Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları* (Adalet Yayınevi 2020)

- Koçyiğit İ ve Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk* (1. bs, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019)
- Kuru B ve Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4. bs, Yetkin Yayınları 2020)
- Memiş AB, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (5. bs, Yetkin Yayınları 2022)
- Narbay Ş ve Akkuş M, ‘Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş- Tüketici İşlemi Kavramı’ iç Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019) 823
- Özbay İ, *Grup Davaları* (Yetkin Yayınları 2009)
- Özbek MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü 2* (5. bs, Yetkin Yayınları 2022)
- Özmumcu S, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış’ (2014) 16 [Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayı] DEÜHFD 831
- Sarıhan BB, ‘Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması’ (2021) 4 [2] Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 415
- Selçuk S, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı’ (2020) 8 [16] Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1173
- Sirmen L, ‘Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri’ (2013) 3 [Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan] Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2465
- Tandoğan Özbaykal N, ‘Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi’ (2020) 26 [1] MÜHFD 467
- Tanrıver S, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’ (2020) 147 TBB Dergisi 111
- Tanrıver S, ‘Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk’ (2006) 64 TBB Dergisi 151
- Taşpınar Ayvaz S, ‘Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği’ iç Ertan Yardım (eds) *Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu* (Seçkin Yayıncılık 2018)
- Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin Yayınları 2012)
- Topuz G, *Tüketici Mahkemeleri* (Yetkin Yayınları 2018)

- Tutumlu MA, ‘6502 Sayılı TKHK’ya Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev ve Yetki Sınırları’ (2014) 9 [89] Terazi Hukuk Dergisi 116
- Tutumlu MA, ‘7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Tüketici Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk’ (2020) 15 [169] Terazi Hukuk Dergisi 1908
- Tutumlu MA, *Tüketici Yargılaması Hukuku* (2 bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Tutumlu MA, *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri* (3. bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Uyumaz A, ‘Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (2012) 20 [1] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103
- Yıldırım A, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler’ (2013) 17 [1-2] GÜHFD 1015
- Yıldız P, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk’ <https://baskentarabuluculuk.com/wp-content/uploads/2020/04/PERV%C4%B0N-YILDIZ-T%C3%BCketici-Mahkemeleri-Dava-%C5%9Eart%C4%B1-Arabuluculuk.pdf>, Erişim Tarihi: 24.01.2021

**Ceza Hukukunda Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüs
(Akim Kalmış Zincirleme Azmettirme)***

Attempted (Unsuccessful) Successive Instigation in Criminal Law

Dr. Öğr. Üyesi Sercan TOKDEMİR**

Öz

Bu çalışmada, ACK m 30/f 1 kapsamında cezalandırmaya layık bir fiil olarak görülen ve azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olan zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi ele alınmıştır. Alman hukukunda, uygulamada ve doktrinde azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olarak cezalandırmaya layık görülen zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği normatif düzeyde de kabul edilmiştir. ACK m 30/f 1’de cürme azmettirmeye veya cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs eden kişinin teşebbüse ilişkin hükümler üzerinden cezalandırılacağı ve azmettirenin cezasında indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca cezada indirim yapılması konusunda hâkime takdir yetkisi verilmemiştir. Alman hukukunda zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi, olay üzerindeki hâkimiyet kaybı görüşüne dayandırılmaktadır.

Alman hukukunda meselenin cezalandırılabilirliğine ilişkin durum bu minvaldeyken Türk hukukunda ne azmettirmeye teşebbüs ne de onun özel bir durumu olan zincirleme azmettirmeye teşebbüse ilişkin normatif bir düzenleme yapılmıştır. Çalışmada, TCK’de

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 19.10.2022, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 07.01.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

- Bu çalışmada Zincirleme Azmettirme, Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüsün Tipikliği ve Azmettirmeye Teşebbüs başlıkları altında yapılan açıklamalar yazarın *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (**e-posta/e-mail:** sercan.tokdemir@gop.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-9749-688X).

azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir kanun maddesinde açık bir şekilde yazılmasa bile bu fiilin cezalandırmaya layık görülmesi önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Azmettirmeye teşebbüs, akim kalmış azmettirme, zincirleme azmettirmeye teşebbüs, akim kalmış zincirleme azmettirme, olay üzerinde hâkimiyet kaybı.

Abstract

The issue of the punishability of attempted successive instigation, which is a particular instance of attempted instigation and is seen as a punishable act in the scope of the German Criminal Code art 30/first parag, is dealt with in this study. In German law, in practice and doctrine, the punishability of attempted successive instigation, which is seen punishable as a particular instance of attempted instigation, has also been accepted at the normative scale. Within art 30/first parag of the current German Criminal Code, it is regulated that a person who attempts to instigate or to instigate for instigating another in order to commit a felony shall be liable according to provisions governing attempting felonies and her/his sentence is determined by making a reduction. In addition, the judge was not given any discretion to reduce the sentence. In German law, the justification for the punishment of attempted instigation is based on the view known as the loss of dominance over the event.

Whilst the situation in respect of the punishability for the aforementioned issue in German law in this manner, no normative regulation has been made in Turkish law concerning neither attempted instigation nor successive attempted instigation as its a particular instance. In the study, it has been suggested that this act should be deemed punishable, even if it is not explicitly written in a presumptive article regarding attempted instigation in the New Turkish Criminal Code.

Keywords: *Attempted instigation, unsuccessful instigation, attempted successive instigation, unsuccessful successive instigation, the loss of dominance over the event.*

GİRİŞ

Zincirleme azmettirmeye teşebbüs, azmettirmenin zincirleme şekilde gerçekleştiği olaylarda söz konusu olur. Asıl fiilin işlenmesinden önce birden fazla kişi doğrudan doğruya faile değil de bir başka azmettirmeye yönelmek suretiyle azmettirme fiilini işlerse zincirleme azmettirmeden bahsedilir. Zincirleme azmettirme, en az bir asıl azmettiren tarafından kendisinde azmettirme düşüncesi olmayan üçüncü bir kişinin faili azmettirmesi için ikna edilmesi demektir.

Hem azmettirmede hem de azmettirmenin zincirleme şekilde gerçekleştiği durumlarda bağlılık kuralı geçerlidir. “Bağlılık Kuralı” başlığı altında düzenlenen TCK m 40’ta şeriklerin gerçekleşen haksızlıktan sorumlu olabilmesi için fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi gerektiği açık bir şekilde düzenlenmiştir. ACK’de¹ ise bağlılık kuralı açıkça

¹ deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassunf der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBI I S 3322].

düzenlenmemiştir. Ancak azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerde failin kasten ve hukuka aykırı olarak fiili işlemesi gerektiği ifade edilmiştir. Suça iştirakte kabul edilen bağıllık kuralı niceliksel ve niteliksel bağıllık kuralı şeklinde bir ayırıma tabi tutulabilir. Niteliksel bağıllık kuralının sonucu olarak azmettirenin ve yardım edenin cezai sorumluluğu için fail tarafından kasten ve hukuka aykırı bir haksızlığın işlenmesi gerekir. Niceliksel bağıllık kuralının sonucu olarak iştirak konusu fiilin en azından teşebbüs aşamasına varması gerekir. Azmettirme için aranan niceliksel gereklilik, zincirleme azmettirme için de aranmaktadır. Asıl fiilin işlenmediği zincirleme azmettirme olaylarında zincirdeki azmettirenlerin cezalandırılması mümkün değildir. Bu durumda teşebbüs aşamasında kalmış zincirleme azmettirme yani zincirleme azmettirmeye teşebbüs söz konusu olur. Asıl fiilin işlenmemesi zincirleme azmettirmede bir başarısızlık durumu olarak görülmekte ve bu durum doktrinde başarısız, neticesiz zincirleme azmettirmeye teşebbüs veya teşebbüs aşamasında kalmış zincirleme azmettirme gibi kavramlar ile ifade edilmektedir.

Alman hukukunda zincirleme azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumudur. Kanun koyucu, mevcut ACK m 30/f.1 kapsamında bu fiili açıkça zikrederek cezalandırmaya layık görmüştür. Azmettirmeye ilişkin hükümde (ACK m 26) zincirleme azmettirmeyi belirtmeyen kanun koyucu, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümde zincirleme azmettirmeye teşebbüsü açıkça zikretmiştir. (Zincirleme) azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran kanun koyucu, (zincirleme) yardım etmeye teşebbüsü cezalandırmamıştır.

Azmettirmeye teşebbüsün tipiklik unsurları, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün de tipiklik unsurlarıdır. Çünkü azmettirme zincirinde sadece azmettirme sayısında bir artış gerçekleşir. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğinin iki unsuru vardır: asıl azmettirenin aracı azmettirmeye azmettirme kararını aldırma teşebbüs etmesi ve işlenmesi planlanan fiilin cürüm niteliğinde olmasıdır. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipiklik unsuru kasttır. Burada, çifte azmettirme kastının olması ve kastın kapsamındaki fiilin yeterince somutlaştırılması yani belirliliğinin sağlanması gerekir.

Çalışmada, öncelikle Türk ve Alman hukuku çerçevesinde suça iştirakin bir şekli olarak azmettirme ve zincirleme azmettirmeye ilişkin bilgiler verilmiştir. Alman hukuku ışığında iştirake/şerikliğe teşebbüsün bir türü olan azmettirmeye teşebbüs ve cezalandırılabilirliği ele alındıktan sonra zincirleme azmettirmeye teşebbüs konusu incelenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle mevcut yasal duruma değinilmiş daha sonra konuya ilişkin kavramsal tartışmalara yer verilmiştir. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün türlerine ilişkin açıklamalardan sonra meselenin cezalandırılabilirliğine ilişkin uygulamadaki ve doktrindeki durum ortaya konularak konunun yelpazesi genişletilmiştir. Son olarak, bu fiilin objektif ve sübjektif tipikliğine ilişkin unsurlar ele alınmıştır. Çalışmada, Alman hukukunda bu fiilin kanun hükmüyle açıkça cezalandırmaya layık görüldüğü ve bundan hareketle ceza hukukunda azmettirmeye teşebbüs gibi zincirleme azmettirmeye teşebbüsün de cezalandırılabilir olduğu neticesine varılmıştır. Aynı bir bilimsel çalışmanın konusu olabilecek

nitelikte olduğundan “zincirleme azmettirmeye teşebbüsten vazgeçme”,² bu çalışmanın kapsamı haricinde bırakılmıştır.

I. ZİNCİRLEME AZMETTİRME

Suçun icrası aşamasında veya icrasından önce suça iştirak eden, ancak tipik fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan kişiye şerik denir.³ Gerek TCK’de⁴ gerekse ACK’de dar fail anlayışından hareketle ikili (*düalist*) iştirak sistemi benimsenmiş ve azmettirme ile yardım etme şeriklik şekilleri olarak kabul edilmiştir.

Şerikliğin ilk görünüş şekli azmettirmedir. Azmettirme (*Anstiftung*)⁵, fiil üzerinde doğrudan hâkimiyet kuran faile suç işlettirmeye yönelik ikna faaliyetlerini ihtiva eden şeriklik statüsünde bir iştirak şeklidir.⁶ Suçun işlenmesindeki manevi müsebbipliği noktasından hareketle azmettirme, “belli bir suç” işleme hususunda henüz bir fikri olmayan ve dolayısı ile karar vermemiş bir kişinin başkası tarafından bir suçu işlemeye karar verdirilmesi” şeklinde tanımlanabilir.⁷ Kasten ve hukuka aykırı olarak belirli bir fiili işlemeye bir başkasını

² ACK m 31/f 1-1 ve f 2’ye göre “(1) Her kim gönüllü olarak, bir başkasını bir cürüm işlemek için azmettirme teşebbüsüne son verir ve onun suç işleme tehlikesini bertaraf ederse otuzuncu madde uyarınca cezalandırılmaz. (2) Suç gönüllü vazgeçenin katkısı olmadan işlenmemiş olursa veya onun önceki davranışından bağımsız olarak gerçekleştirilirse failin cezalandırılmaması için, eylemin gerçekleşmesini önlemek yolunda, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olması yeterlidir.” Kanun metninin çevirisi için bkz Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009) 24–25. Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsten vazgeçmeye ilişkin hükümler zincirleme azmettirmeye teşebbüsten vazgeçmeyi de ihtiva etmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Antje Kroß, ‘Die versuchte Kettenanstiftung und der Rücktritt der an ihr Beteiligten’ [2003] JURA/Heft 4 250, 252–255. Ayrıca bkz Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 329–333.

³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 482.

⁴ 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) [RG 12.10.2004/25611].

⁵ Azmettirmek, Arapça kökenli bir kavram olup “*azm*” kelimesinin “ettirmek” yardımcı fiilinin Türkçeleşmesi sonucu oluşmuştur. Bkz Halid Özkan, *Ceza Hukukunda Azmettirme* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013) 5. “*Azm*” kelimesi kasıt, niyet, karar, yola çıkmak anlamlarına gelir. Bkz Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (20. bs, Aydın Kitapevi 2003) 59. Azmettirmek, Alman hukukunda *Anstiftung* kavramı ile ifade edilir. “*Anstiftung* (Azmettirme)” başlığı altında düzenlenen ACK m 26’da “failde fiili işleme kararının uyandırılması/oluşturulması” anlamında *Bestimmen* kavramı kullanılmıştır. *Bestimmen*, kelime anlamıyla neden olmak anlamına gelir. Daha fazla bilgi için bkz. Tokdemir (n 2) 50, 188-189. Anglo-sakson hukuk sisteminde azmettirme için *instigation/procurement* kavramları kullanılmaktadır. *Instigation*, bir kimsenin kendi davranışlarıyla bir olayın veya bir durumun gerçekleşmesine sebep olunması; *instigator* kötü bir şeyin gerçekleşmesine sebep olan kişiye denir. Doktrinde azmettirme için *abetment* kavramlarını kullanan yazarlar olsa da bu kavram, daha çok suça manevi yardımı ifade etmektedir. Kelimenin sözlük anlamı hakkında detaylı bilgi için bkz. Tokdemir (n 2) 342, 343. *Solicitation* kavramı ise azmettirmeye teşebbüsün (akim kalmış azmettirilenin) cezalandırıldığı suç tipini ifade etmektedir. Kavram, Amerikan hukukunda azmettirme suçu için kullanılmaktadır. Gerek Alman hukukunda gerekse Türk hukukunda azmettirilenin bir suç tipi olarak değil, iştirak kapsamında bir şeriklik şekli olarak cezalandırılması öngörülmüştür. Hukuk sistemimizde teşebbüs ve iştirak kurumları bakımından teşebbüs suçu veya iştirak suçu (azmettirme için azmettirme suçu) kavramları kullanılmaz. Bundan hareketle, İngilizce dilinde azmettirmeyi ifade eden *instigation* kavramının daha doğru bir kullanım olduğu kanaatindeyiz. Bu yüzden çalışmamızın İngilizce başlığında *solicitation* değil, *instigation* kavramı kullanılmıştır. Bkz. Tokdemir (n 2) 344, 354.

⁶ Michael Heghmanns, ‘Überlegungen zum Unrecht von Behilfe und Anstiftung’ [2000] GA 473, 482.

⁷ Friedrich-Christian Schroeder, ‘Die Anstiftung Als Erfolgdelikt’ [2016] GA 65, 562. Ayrıca bkz İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 628; Mehmet Emin Artuk ve

azmettiren kişiye azmettiren denir.⁸ Azmettirme, kanunun özel hükümleri içerisinde cezalandırmaya layık görülen ilgili tipik fiil üzerinde hâkimiyet kurulamadığı için faillikten; azmettiren suç işleme düşüncesi olmayan bir kimseyi önceden etkilediği için yardım etmeden ayrılır.⁹ Ayrıca azmettirme, yardım etmeye göre şerikliğin daha kuvvetli halidir. Yardım etme, azmettirme karşısında; azmettirme ve yardım etme, faillik karşısında tali niteliktedir.¹⁰

Azmettirmeye ilişkin hükümler, sorumluluk alanını genişleten hükümlerdir.¹¹ Azmettirenin sorumluluğu, işlenmiş bir haksızlığın varlığına bağlı kılınmıştır. Azmettirenin işlenen haksızlıktan sorumluluğunu bağlılık kuralı sağlar.¹² Bu kural, zincirleme azmettirme için de geçerlidir.¹³

TCK m 38’de başkasını suç işlemeye azmettirenin, “işlenen suçun cezasıyla” cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar TCK’de azmettirenin işlenen suçun cezasıyla cezalandırılacağı belirtilse de azmettirme, faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak

diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Adalet Yayınevi 2019) 746; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. bs, US-A Yayıncılık 2012) 371; Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu’ (2005) LXIII İÜHF 57, 65. Bauer’e göre “azmettirimin failde fiili işleme kararının alınmasına neden olma” şeklinde de anlaşılabilir. Failin fiili işleme kararını alması, azmettirenin başarısı anlamına gelir ve bu aşamada azmettiriminin tamamlanmasından bahsedilir. Failde fiili işleme kararının uyandırılmış olması azmettiriminin *ilk neticesi* (*erster Erfolg*), bu kararın en azından teşebbüs aşamasına taşınması, yani kararın icrası *ikinci neticesi* (*zweiter Erfolg*) olarak adlandırılır. Bkz Peter Paul Baur, *Die Anstiftung: Art. 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches* (1. bs, PG Keller 1962) 21, 42, 43. Alman hukukunda azmettiriminin ilk neticesi ara netice (*Zwischenerfolg*), ikinci neticesi son netice (*Enderfolg*) olarak adlandırılır. Bkz Klaus Letzguş, *Vorstufen der Beteiligung* (1. bs, Duncker & Humblot 1972) 22, 23. Ara netice/ilk netice aşamasının kısmen tamamlanmış (*teilweise vollenter Erfolg*) ve tamamlanmış ara netice (*vollendeter Erfolg*) olarak iki aşamaya ayrılması mümkündür. Kısmen tamamlanmış ara netice aşamasında azmettiren, faili ikna etmeye yönelik davranışlarını ortaya koyar. Azmettirenin ikna faaliyetleri sonucu failin fiili işleme kararını alması durumunda ara netice aşaması tamamlanır. Fail fiili işleme kararını almamış olsa bile ikna faaliyetleri kapsamında ortaya konulmuş azmettirme hareketi bulunmaktadır. Ayırım hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 208, 209.

⁸ Helmut Satzger, ‘Der >>omnido Facturus<<-und das, Was Man in Jedem Fall Dazu Wissen Muss!’ [2017] JURA/Heft 10 1169, 1169.

⁹ Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020) 107, 237 vd.

¹⁰ Koca ve Üzülmüş (n 3) 495, 567. Azmettiriminin yardım etmeye göre şerikliğin daha ağır şekli olduğu ve yardım etmeden önce dikkate alınması gerektiği hakkında bkz Satzger (n 8) 514–515.

¹¹ Özgenç (n 7) 628; Klaus Geppert, ‘Die Anstiftung (§26 StGB)’ [1997] JURA/Heft 6 299, 299.

¹² Berrin Akbulut, ‘Bağlılık Kuralı’ (2010) XIV GÜHFD 167, 176, 177; Arnd Koch und Katrin Wirth, ‘Grundfälle zur Anstiftung’ [2010] JuS 203, 203. TCK m 40’ta, bağlılık kuralına ilişkin düzenleme kapsamında şeriklerin gerçekleşen haksızlıktan sorumlulukları için fiilin kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz Koca ve Üzülmüş (n 3) 485; Akbulut 168–169. TCK’da bağlılık kuralına ilişkin detaylı bilgi için bkz Çelen (n 9) 138–147. ACK’da ise bağlılık kuralı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerde failin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak fiili işlemesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Bkz Hans Joachim Hirsch, *Strafrechtliche Probleme, Band II* (1. bs, Duncker & Humblot 2009) 621; Johannes Keiler, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law* (1. bs, Intersentia 2012) 164.

¹³ Jost-Dietrich Busch, ‘Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung’ [1959] NJW/Heft 2 1119, 1120.

düzenlenmemiştir. Yeni kanun azmettirmenin hukuki niteliğini şeriklik olarak belirlemiştir. ACK'da (m 26) ise azmettirenin “fail gibi” cezalandırılacağı ifade edilmiştir.¹⁴

Azmettirmenin zincirleme şekilde gerçekleşmesi mümkündür. En az bir asıl azmettiren tarafından, kendisinde azmettirme düşüncesi olmayan üçüncü bir kişinin faili azmettirmesi için ikna edilmesine azmettirmeye azmettirme (*Anstiftung zur Anstiftung*) yani zincirleme azmettirme (*Kettenanstiftung*)¹⁵ denir.¹⁶ Bu neviden azmettirme, asıl azmettiren tarafından üçüncü bir kişinin azmettirilip bu üçüncü kişi aracılığıyla suç işleme düşüncesi olmayan failin kasti bir suça azmettirilmesi şeklinde de ifade edilebilir.¹⁷ Dolayısıyla azmettirenin faili doğrudan azmettirmesi zorunlu değildir. Azmettiren bir başkası üzerinden yani dolaylı olarak da fiilin işlenmesine neden olabilir.¹⁸

¹⁴ Türk ve Alman hukuklarında azmettirme kavramı ve kavramın tanımına ilişkin mukayese için bkz Muhammed Demirel ve Melik Kartal, ‘Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme’ (2019) 21 DEÜHFD (Prof Dr Durmuş Tezcan’a Armağan) 457, 459.

¹⁵ Doktrinde zincirleme azmettirmeyi ifade etmek için azmettirmeye azmettirme (*Anstiftung zur Anstiftung*), dolaylı azmettirme (*mittelbare Anstiftung*) gibi kavramlar kullanılmaktadır. Kavramsal tartışma için bkz Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (1. Aufl, C H Beck 2003) §26, Rn 176; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019) §39, Rn 1342; Thomas Fischer, *Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Aufl, C H Beck 2019) §26, Rn 19; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017) §20, Rn 193; Bernd Hecker, ‘Strafbare Beihilfe Zur Anstiftung? Zeitschrift für das Juristische Studium’ [2012] ZJS 4 485, 487; Johannes Wessels, Werner Beulke und Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. Aufl, C F Müller 2018) §16, Rn 923; Özkan (n 5) 176 vd. YCGK’nın kararına konu olan bir olayda “...sanık A. A.’i kasten öldürme suçuna azmettirmeye azmettirdiğine...” ifadeleriyle zincirleme azmettirme, azmettirmeye azmettirme şeklinde ifade edilmiştir. YCGK, E 2011/1-345, K 2012/73, T 06.03.2012. Karar için bkz Özkan (n 5) 179. Nasıl ki azmettirmeye ilişkin kurallar azmettirmeye teşebbüs için dikkate alınmaktadır, aynı şekilde zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de zincirleme azmettirmeye ilişkin kuralların geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz Roxin §28, Rn 31. Zincirleme azmettirme olaylarında fiile iştirak şeklinin iddiannamedekinden farklı olarak nitelendirilmesi gibi muhakeme hukukuna ilişkin meseleler gündeme gelebilir. Zincirleme azmettirmeye ilişkin olarak AFM, bir kararında iddiannamede müşterek fail olarak nitelendirilen sanığı, olaya ilişkin yaptığı değerlendirme sonucunda ACMK m 264 kapsamında öldürmeye azmettirmeden cezalandırmıştır. Bahsi geçen hükmün birinci fıkrasında, hakkında karar verilen fiilin iddiannamede belirtilen fiil olması gerektiği ifade edildikten sonra, ikinci fıkrada mahkemenin iddiannamedeki fiilin hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Bkz deutsche StPO [in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04.1987, BGBl I S 1704, ber S 1319-] 1987. Kanun metni için bkz <https://dejure.org/gesetze/StPO/264.html>, 14.07.2022.

¹⁶ Paul Krell, ‘Die Kettenanstiftung’ [2011] JURA/Heft 7 499, 499; Fischer (n 15) §26, Rn 8, 19; Heinz Zipf, ‘Probleme der versuchte Bestimmung zu Einer Straftat’ [1980] ÖRZ/7-8 Juli-August 141, 145; Horst Schröder, ‘Grundprobleme des §49a StGB’ [1967] JuS/Heft 7 289, 290; Georg Küpper, ‘Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung’ [1996] JuS/Heft 1 23, 25; Koch und Wirth (n 12) 208; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019) §45, Rn 75.

¹⁷ Susanne Selter, *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe* (1. Aufl, 2008) 35; Zipf (n 16) 145.

¹⁸ Koch und Wirth (n 12) 209. Benzer örnek olay için bkz Claus Roxin, ‘Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)’ [1979] JA/Heft 4 169, 169. LG Bad-Kreuznach, BGH Urteil vom 24.01.2003–2 StR 215/02. Dolaylı faillik durumlarında azmettirme gerçekleşebilir. Faili azmettirecek olan aracı azmettiren arka plandaki dolaylı failin araç olarak kullandığı kişi olabilir. Örneğin, mafya babası U, aile üyelerinin hayatıyla tehdit ederek B’yi, O’yu öldürecek bir kiralık katil tutmaya zorlar. Bir zorunluluk durumu içerisinde hareket eden B, ödül karşılığında K’yi, O’yu öldürmeye azmettirir. Zor durumda kalarak hareket eden B, ACK m 35’te düzenlenen zorunluluk (kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk) halinden yararlanır ve ACK m 212, 211 ve 26 kapsamında kasten öldürmeye azmettirmeden cezalandırılmaz. Arka planda duran U, zorlama yoluyla irade hâkimiyetini doğrudan fail (K) üzerinde değil, suçta kullandığı aracının, yani dolaylı olarak

Zincirleme azmettirmede asıl azmettirenin fiile ilişkin somut tasavvuru yeterli olup azmettirenin arkadaki kişileri ve fiili işleyen faili tanınması, isimlerini ve sayılarını bilmesi gerekmez.¹⁹ Bu neviden azmettirmenin gerçekleşmesi için asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varması yani bağlılık kuralının niceliksel şartının gerçekleşmesi gerekir.²⁰

Zincirdeki bir aracının veya failin azmettirilmesinin başarısızlığına neden olup olmaması noktasında bağlılık ilkesinin zincirleme azmettirme için de geçerli olduğu kabul edilmektedir.²¹ Çünkü zincirleme azmettirme, azmettirmenin bir görünüş şekli olarak ortaya çıkar.²² Asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmasıyla hem asıl hem de aracı azmettiren asıl fiile azmettirmeden cezalandırılır.²³

Örneğin, boşanan A, ortak çocukları T'yi görme konusunda eski eşi F ile sorun yaşar. Çünkü F, mahkeme kararıyla velayeti kendisine verilen T'nin babasıyla olan görüşmelerinde sorun çıkarır. Buna daha fazla dayanamayan A, F'yi öldürmeye azmettirmesi için birini tutar. Tuttuğu kişi, B'yi F'yi öldürmeye azmettirmeyi başarır ve B bir gün F'yi evinin kapısının

azmettirilen (B) üzerinde tesis etmiştir. Dolaylı failliğin aracının iradesi üzerinde hâkimiyetin kurulması şeklinde gerçekleşen bu olayda U, görünüş itibarıyla öldürmeye azmettirmenin doğrudan faili olarak bahsi geçen hükümler kapsamında kasten öldürmeye azmettirmeden cezalandırılır. O'yu öldürmek için yapılan silah atışı isabet etmediği için K'nın fiili teşebbüs aşamasında kalmış olsaydı U, ACK m 212, 211 ve 22 kapsamında teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürmeye azmettirmeden cezalandırılır. K öldürme vazifesini yerine getirmez, yani fiili işlemezse ACK m 212, 211 ve 30/f 1 kapsamında kasten öldürmeye azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılır. Bkz Hecker (n 15) 487. Dolaylı faillik durumlarında gerçekleşen azmettirme durumu dolaylı azmettirme (*mittelbare Anstiftung*) olarak isimlendirilmektedir. Burada arka plandaki kişinin aracı üzerinde üstün bir hâkimiyeti söz konusudur. Bu tür durumlarda dolaylı faillige ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ve fakat arka plandaki kişinin suçun işlenmesi için bir başka kişiyi araç olarak kullanmasının değil, onu azmettirmesinin bir problem olduğu ileri sürülmüştür. Konuya ilişkin tartışma için bkz Küpper (n 16) 25. Dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki farkın fiilin işlenmesi esnasındaki fiil hâkimiyetine dayandığı hakkında detaylı bilgi için bkz Muhammed Emre Tulay, *Kriminelle Vereinigungen im Deutschen Strafrecht im Vergleich Zum Türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik* (1. Aufl, Felix) 149.

¹⁹ Koca ve Üzülmöz (n 3) 485; Küpper (n 16) 25.

²⁰ Kroß (n 2) 250; Busch, 'Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung' (n 13) 1120.

²¹ Busch, 'Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung' (n 13) 1120.

²² Albrecht Lüthke, *Wesen und Bedeutung des §49a StGB Im Rahmen der Teilnahmelehre (Dissertation)* (1963) 70.

²³ Hecker (n 15) 487.

önünde bıçakla öldürür.²⁴ Başka bir örnek olayda kocası M'den sürekli şiddet gören F, S'den M'yi öldürecek birini bulmasını ister. S, M'yi öldürmesi için R'yi bulur.²⁵

Zincirleme azmettirme özellikle örgütlü²⁶ suçlarda söz konusu olmaktadır. Azmettiren, fail veya faileri aracı kılarak başka fail veya faileri suça azmettirebilir. Azmettirmenin gerçekleşmesi için, suça katılanların mutlak surette bir araya gelmesi zorunlu değildir.²⁷ Örneğin bir suç örgütü liderinin, adamlarından birisine bir kiralık katil bulup aleyhine yazılar yazan gazeteciye öldürtmesini istemesi örneğinde olduğu gibi örgüt lideri azmettiren sıfatıyla sorumlu olur.²⁸

Zincirleme azmettirmede, suçu işleyecek üçüncü ve bilinmeyen bir kimseyi azmettirmek üzere bir aracının azmettirilmesi mümkündür.²⁹ Çünkü bu neviden azmettirmede, azmettiren ile fail arasında şahsi bir münasebetin gerçekleşmesi gerekse bile bu şahsi münasebet, azmettiren ile failin birbirini tanıması zorunluluğunu gerektirmez. Birbirini tanımayanlar arasında da bu tarz bir ilişkinin gerçekleşmesi mümkündür.³⁰

Zincirleme azmettirmede işlenecek olan asıl suç konusunda azmettirenin düşüncesinin somutlaştırılmış olması gerekir.³¹ Bu durumda zincirin birinci halkasındaki azmettirenin fiile yönelik somut düşüncesinin varlığı yeterlidir. Çünkü ilk halkadaki azmettirenin, aradaki diğer azmettirenleri/leri tanınmasına ve bu kişilerin sayısını bilmesine gerek olmadığı gibi, faille bir tanışıklığının olmasına da gerek yoktur.³² Diğer bir anlatımla, zincirin başındaki asıl azmettirenin, aradaki azmettiren ve failin kimliği hakkında bilgi sahibi olması gerekmez. Aynı şekilde, failin de asıl azmettiren hakkında bilgi sahibi olmasına gerek yoktur.³³

²⁴ BGHSt 6, 359 (Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15) 1933; Fischer (n 15) §26, Rn 8.). Benzer örnek olay için bkz Wilhelm-Friedrich Schneider, *Strafrecht AT (Fälle)*, , Münster 2019 (8. Aufl, Alpmann Schmidt 2019) 98; Roxin (n 18) 169. Zincirleme azmettirme, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. “Sanık Alaaddin Çakıcı, lokalde bulunan Ergin soyadlı kişiler dışındaki tüm şahısların yaralanmaları emrini bizzat vererek, sanık Basar Barış Çakıcı da bu talimatın gereği olarak önceden kendisine bağlı olarak oluşturduğu grupta yer alan sanıklara lokalde bulunanların tamamının yaralanması talimatını verip eylemin planlamasını yapip eylemde kullanılan silahları dağıtarak ve planlamaya uygun olarak olay sırası da bizzat eylemi organize ederek fiili işleyen sanıklara lokalde bulunan kişilerin tümünü yaralamaları fiilini işlemeye azmettirdikleri ...” YCD, E 318, K 1118, T 07.04.2004. Karar için bkz Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak* (1. bs, Yetkin Yayınları 2009) 270.

²⁵ Rengier (n 16) 45, Rn 75. Örnek olay için bkz Heinrich (n 15) §39, Rn 1342; Schneider (n 24) 98; Hecker (n 15) 487.

²⁶ İştirak dogmatığı nazarıyla Türk ve Alman hukuklarında suç örgütleri hakkında detaylı bilgi için bkz Tulay (n 18) 1 ff.

²⁷ Mahmutoğlu (n 7) 66.

²⁸ Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 524. Aynı yönde bkz Aydın (n 24) 269–270.

²⁹ Sulhi Dönmezer ve Sair Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II* (11. bs, Beta Yayınevi 1997) 525; Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1949) 533.

³⁰ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku* (11. bs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976) 43; Ali Hacıfazlıoğlu, *Teori ve Uygulamada Suça İştirak* (1. bs, Bilge Yayınevi 2014) 341.

³¹ Özgenç (n 7) 633; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)* (2. bs, Seçkin Yayıncılık 2005) 530.

³² Koca ve Üzülmez (n 3) 496.

³³ Özkan (n 5) 179.

Dolayısıyla zincirleme azmettirmede zincirin başındaki yani asıl azmettirenin cezalandırılabilmesi için kendisi ile fail arasında doğrudan bir temasın olması gerekli değildir. Fail ile doğrudan temas kurmayan asıl azmettiren, bir başkanı azmettirmek suretiyle yani aracı azmettiren/ler vasıtasıyla amacına ulaşır. Aracı azmettiren, failde suç işleme düşüncesinin uyandırılmasında aktif rol oynar. Son aracı azmettiren, fail ile doğrudan temas kurarak faildeki suç işleme düşüncesini uyandıran kişidir.³⁴ Ancak suçun işlenişi ile ilgili ayrıntılar faile aittir.³⁵ Fiili işleme kararının aldırılması noktasında merkezi bir konuma sahip olan aracı azmettirenin başarısız olması zincirdeki asıl azmettirenin amacına ulaşamaması anlamına gelir.

Zincirleme azmettirmede azmettirenlerin sayısının bir önemi yoktur ve zincirdeki kişiler azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.³⁶ Zincirde asıl azmettiren ile fail arasında birden fazla azmettiren olabilir. Aradaki zincirler “müşterek azmettirme (*gemeinschaftlicheanstiftung*)”³⁷ şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin, asıl azmettiren iki çalışanına faili azmettirmelerini emredebilir. Bu iki kişi faili birlikte azmettirmiş olabilir.³⁸

Zincirleme azmettirmede asıl azmettiren, aracı azmettireni hangi suçun işlenmesi için azmettirdiyse failin de (son) aracı azmettiren tarafından aynı suça azmettirilmesi gerekir.³⁹ Yani asıl azmettirenin cezalandırılabilmesi, iştirak iradesinin hem asıl azmettiren hem de aracı azmettiren bakımından aynı olmasını gerektirir.⁴⁰ Eğer aracı azmettiren, asıl faili farklı bir suça azmettirirse burada artık yeni bir azmettirme zinciri oluşur.

II. AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS

Şerikliğe teşebbüsün bir türü olan azmettirmeye teşebbüsü (*versuchte Anstiftung*), teşebbüse azmettirmeden (*Anstiftung am Versuch*) yani teşebbüs aşamasında kalmış fiile

³⁴ YCD, E 4188, K 1380, T 12.03.2007. Karar ve değerlendirmesi için bkz Özkan (n 5) 177–178.

³⁵ Aydın (n 24) 259.

³⁶ Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (TCK m.1-75) (7. bs, Beta Yayınevi 2019) 544; Aydın (n 24) 269. Zincirin tüm halkalarındaki azmettirilenlerin aynı ceza ile cezalandırılmaları gerektiği hakkında ayrıca bkz Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. bs, Beta Yayınevi 2014) 497; Aydın (n 24) 269. Bu konudaki görüşler ve eleştiriler için bkz Özkan (n 5) 178.

³⁷ Müşterek (birlikte) azmettirmede azmettirme, müşterek faillik şeklinde gerçekleşir. Örneğin, birbirini destekleyici hareketlerle bir başkasını azmettiren A ve B'nin suça yönelmeye yönelik her bir hareketi tek başına azmettirme bakımından elverişli olmasa bile her ikisi faile suç işleme kararını aldirmaya birlikte neden olduklarından azmettirmeden cezalandırılır. Bkz Küpper (n 16) 25; Koca ve Üzülmez (n 3) 462. A ve B'nin, D'yi belirli bir yerde pusuya düşürüp onu dövmesi için H'yi azmettirdikleri bir olayda H, pusu kurmak suretiyle D'yi döverse, yani fiili işlerse veya en azından fiili teşebbüs aşamasında kalırsa hem A hem B tehlikeli yaralama suçuna (ACK m 224/f 1, Num 3) azmettirmeden birlikte sorumlu olurlar. H'nin söz konusu fiili işlememesi durumunda A ve B, ACK m 30/f 1 kapsamında müşterek olarak tehlikeli yaralama suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olurlar. Bkz Hecker (n 15) 486–487.

³⁸ Özkan (n 5) 178–179.

³⁹ Dönmezer ve Erman (n 29) 525–526.

⁴⁰ Artuk ve diğerleri (n 7) 688; Dönmezer ve Erman (n 29) 525–526.

azmettirmeden ayırmak gerekir.⁴¹ Teşebbüse azmettirme, teşebbüse iştirakin (*Beteiligung am Versuch*) bir görünüş şekli olan teşebbüse şerikliğın (*Teilnahme am Versuch*) bir türüdür. Azmettirmeye teşebbüs de iştirake teşebbüsün (*versuchte Beteiligung*) bir görünüş şekli olan şerikliğe teşebbüsün (*versuchte Teilnahme*) bir türü olarak ortaya çıkar.⁴²

ACK m 30 kapsamında azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung*), cürme veya cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklama (*Sich-Bereit Erklaren*), bir başkasının cürüm önerisini kabul etme (*Annahme des Arbeitens eines anderen*) ve cürüm anlaşması (*Verbrechenverabredung*)⁴³ olmak üzere hazırlık hareketi niteliğinde dört fiil cezalandırılmıştır.⁴⁴

Teşebbüse şerikliğın ortaya çıkış şekillerinden biri, teşebbüse azmettirme yani teşebbüs aşamasına varmış (asıl) fiile azmettirmedir. Teşebbüs aşamasına varmış fiile azmettirmenin cezalandırılabilmesi mümkündür. Çünkü asıl fiilin teşebbüs aşamasına varması, yani icrasının başlaması azmettirenin sorumluluğu için yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, fail fiilini teşebbüs aşamasına taşımak suretiyle asgari cezalandırılabilirlik eşiğini geçmiştir.⁴⁵ Teşebbüse azmettirme, asıl fiilin teşebbüs aşamasına varması yeterli kabul edildiği için başarılı azmettirme (*erfolgleiche Anstiftung*) olarak da görülebilir. Başarılı azmettirmedeki başarıdan maksat sadece fiilin tamamlanması değildir. Fiilin en azından teşebbüs aşamasına varması, fiilin işlenmesi bakımından azmettirenin bir başarısı olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Örneğin, A tarafından azmettirilen B'nin C'ye ateş ettiği, ancak neticenin gerçekleşmemesi sebebiyle suçun teşebbüs aşamasına varması durumunda B kasten öldürme suçuna teşebbüsten, A kasten öldürme suçuna (teşebbüse) azmettirmeden cezalandırılır. Bu durumda; A'nın fiili iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılabilir olduğu için asıl fiilin teşebbüs aşamasına varması, azmettirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.⁴⁷ B'nin C'ye ateş etmesi sonucu C'nin ölmesi, yani fiilin tamamlanması durumunda azmettirenin

⁴¹ Wessels, Beulke und Satzger (n 15) §16, Rn 878.

⁴² Rengier (n 16) §45, Rn 17.

⁴³ Cürüm anlaşması ile örgüt suçu arasındaki fark için bkz Tulay (n 18) 63.

⁴⁴ Roxin (n 18) 169; Wolfgang Joecks, *Münchener Kommentar Zum Strafgesetzbuch, Band I (§1-37)* (3. Aufl, C H Beck 2017) §30, Rn 2, 42; Eser, *Strafrecht II* (3. Aufl, C H Beck 1980) §47, Rn 2; Kristian Kühl, 'Grundfälle zu Vorbereitung, versuch, Vollendung und Beendigung' [1979] JuS/Heft 12 874, 874 ff; Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Aufl, Duncker & Humblot 1996) 704 ff; Uwe Murmann, 'Versuch der Beteiligung' in Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier und Gunter Windmaier (Hrsg), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Aufl, Carl Heymanns 2018) §30, Rn 3; Kristian Kühl, 'Versuch der Beteiligung' in Karl Lackner, Kristian Kühl und Martin Heger (Hrsg), *Strafgesetzbuch (Kommentar)* (29. Aufl, C H Beck 2018) §30, Rn 6 ff; Günther Jakobs *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl, De Gruyter 1991) 769 ff; Fischer (n 15) §30, Rn 14; Karol Thalheimer, *Die Vorfeldstrafbarkeit Nach §30, 31 StGB* (1. Aufl, Peter Lang 2008) 71 ff; Dessecker, 'Im Vorfeld Eines Verbrechens: Die Handlungsmodalitäten des §30 StGB' [2005] JA 549, 551 ff.

⁴⁵ Heinrich (n 15) §39, Rn 1362; Letzgas (n 7) 118, 119; Rengier (n 16) §47, Rn 6.

⁴⁶ Rengier (n 16) §45, Rn 17.

⁴⁷ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel und Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2* (5. Aufl, C F Müller 1978) 261; Roxin (n 15) §26, Rn 8, 9; Muhammed Demirel, *Suçta İştirake Bağlılık Kuralı* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017) 337; Letzgas (n 7) 118–119; Nigel Foster and Satish Sule, *German Legal System and Law* (4th edn, Oxpord University Press 2010) 375; Vehbi Yekebaş, *Suçun ve Suçununun Taaddüdü ve Cürme İştirak* (1. bs, Yeni Cezaevi Matbaası 1952) 108–112.

cezalandırılacağından kuşku bulunmamaktadır. Çünkü fail burada fiilini tamamlamış ve kasten öldürmenin neticesi olan ölüm gerçekleşmiştir.⁴⁸

Azmettirme gerçekleşmesine rağmen failin herhangi bir nedenle fiilin icrasına başlamaması şeklinde ortaya çıkan iştirake/şerikliğe teşebbüs türüne, azmettirmeye teşebbüs denir.⁴⁹ Azmettirmeye teşebbüste bir kimseyi azmettirmeye yönelik verilmiş bir karar çerçevesinde icra edilmiş bir azmettirme fiili vardır. Ancak azmettirme sonucu failde suç işleme iradesi oluşmamış veya oluşmasına rağmen fail suçun icrasına hiç başlamamıştır. Diğer bir ifadeyle, asıl fiilin işlenmemesi nedeniyle azmettirme bakımından bir başarısızlık söz konusudur.

Teşebbüse iştirakte asıl fiilin icrasının tamamlanamaması veya tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi şeklinde başarısızlık yaşanmaktadır. İştirake teşebbüste ise fiilin icrasının başlamaması şeklinde bir başarısızlık yaşanmaktadır. Örneğin, azmettirmeye teşebbüste azmettirenin ortaya koyduğu tüm ikna çabalarına rağmen failin icraya başlamaması nedeniyle azmettirme başarıya ulaşamamaktadır. Azmettiren, suçun işlenmesi yönünde gerçekleştirdiği ikna faaliyetlerinde bütün çabayı göstermiş ve bu konuda hiç tereddüt etmemiştir. Faili ikna yönünde gerçekleştirilen çabalar, azmettirenin iradesi dışındaki nedenlerden dolayı başarıya ulaşamamaktadır.⁵⁰

Teşebbüse azmettirmeden farklı olarak azmettirmeye teşebbüste⁵¹ işlenmiş asıl fiilin varlığı eksik kalmaktadır.⁵² Diğer bir ifadeyle, kasıtlı ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiil bulunmamakta, işlenmesi planlanan fiil teşebbüs aşamasına varmamaktadır.⁵³ Bu durum, asıl fiilin en azından teşebbüs aşamasına varmaması nedeniyle azmettirmede özel bir durum olarak yaşanan bir başarısızlık halidir. Belirtmek gerekir ki bu başarısızlık, şerikliğe teşebbüsün bir türü olarak ortaya çıkar. Yukarıda örnek olarak verilen azmettirme olayında B, suçu işlemeye dair hiçbir faaliyete girişmeden C'yi öldürmekten vazgeçerse veya suç

⁴⁸ Demirel (n 47) 337.

⁴⁹ Wessels, Beulke und Satzger (n 15) §16, Rn 879; Günter Heine und Bettina Weißer, 'Beihilfe' in Adolf Schönke und Horst Schröder (Hrsg), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019) §27, Rn 40; Heinrich (n 15) §39, Rn 1340, 1367; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15) §20, Rn 246; Thalheimer (n 44) 130; Volker Krey und Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, Kohlhammer 2016) §47, Rn 1334; Zipf (n 16) 145; Kühl, 'Versuch der Beteiligung' (n 44) §30, Rn 4; Joecks (n 44) §30, Rn 26; Christian Jäger, *Ezamins-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, C F Müller 2019) §6, Rn 283; Michael Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1. Aufl, Springer 1997) (9. Kapitel), 302; Geppert (n 11) §26, Rn 2; Schröder (n 16) 290; Wolfgang Joecks und Christian Jäger, *Studienkommentar (StGB)* (12. Aufl, C H Beck 2018)§30, Rn 2; Theo Vogler, 'Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat' [1986] ZStW 98/Heft 2 331, 343; Thalheimer (n 44) 130; Holm Putzke, 'Der Strafbare Versuch' [2009] JuS 1083, 1087.

⁵⁰ Yekebaş (n 47) 112.

⁵¹ Doktrinde azmettirmeye teşebbüs için "akim kalmış azmettirme" kavramı da kullanılmaktadır. Meseleye ilişkin terminoloji sorunu, "Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüs Kavramı" başlığında Alman ve Türk hukukunda doktrindeki görüşler çerçevesinde ayrıca ele alınacaktır.

⁵² Eric Hilgendorf und Brian Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl, C H Beck 2015) §10, Rn 119.

⁵³ Heinrich (n 15) §39, Rn 1364; Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (14. Aufl, RS 2015) §26, Rn 1093.

işlemeye yönelik tüm hazırlığını yapmasına rağmen fiilin doğrudan doğruya icrasına başlamazsa A'nın azmettirmeden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü ne suçu işlemekten vazgeçen faile ne de azmettirmeye objektif olarak isnadı mümkün bir (asıl) fiil bulunmamaktadır. Bu durumda, iştirak hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek bir fiilden de bahsedilemez. Netice itibarıyla asıl fiilin işlenmemesi nedeniyle azmettirmenin iştiraktan dolayı cezalandırılması mümkün değildir.⁵⁴ Örnekten de anlaşılacağı üzere azmettirmeye teşebbüs iştiraktan dolayı cezalandırılmaz. Türk hukukunda, bu fiilin cezalandırılmasına yönelik TCK'de herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

Alman hukukunda ise teşebbüs sorumluluğu kapsamında “İştirake Teşebbüs (*Versuch der Beteiligung*)” başlığı altında bağımsız bir ceza normuyla meselenin çözülmesi yolu tercih edilmiştir (ACK m 30/f 1)⁵⁵. Gerek doktrinde gerekse uygulamada (zincirleme) azmettirmeye teşebbüsün bağımsız bir ceza normuyla yaptırım altına alınması kabul edilmektedir.⁵⁶ İştirake teşebbüsü konu edinen ve *Duchesne*⁵⁷ maddesi olarak bilinen mevcut ACK m 30 hükmü,

⁵⁴ Yekebaş (n 47) 71; Zekiye Özen İnci, ‘Alman Ceza Kanunu m 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)’ (2020) 10 HHFD 913, 921.

⁵⁵ “İştirake Teşebbüs” başlığı altında düzenlenen ACK m 30/f 1’e göre “Her kim, bir başkasını bir cürüm işlemek veya bir cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs ederse cürme teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır. Ancak cezası 49’uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir. 23’üncü maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.” Maddenin ikinci fıkrasına göre “Her kim, bir cürüm işlemeye veya bir kişiyi cürme azmettirmeye hazır olduğunu açıklar, bir başkasının cürüm önerisini kabul eder veya başka birisi ile bunu yapmak üzere anlaşır aynı şekilde cezalandırılır.” Kanun metninin çevirisi için bkz Yenisey ve Plagemann (n 2) 23–24.

⁵⁶ Selter (n 17) 281.

⁵⁷ ACK m 30/f 1’de azmettirmeye teşebbüsün yaptırıma bağlanmasının önünü açan *Duchesne* olayı, 1873 yılında şu şekilde cereyan etmişti: *Duchesne-Poncelet* isimli bir Belçikalı, Paris Başpiskoposu *Monseigneur D’Affre*’ye *Otto von Bismark*’ı 60.000 Fransız Frangı karşılığı öldürmesini öngören üç mektup gönderir. Ancak Başpiskopos, bu teklifi kabul etmez. Bir yıl sonra ortaya çıkan söz konusu mektuplar, Belçika ve Almanya arasında diplomatik bir skandala yol açar. Bkz Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15) §20, Rn 245; Dessecker (n 44) 550; Klaus Rogall, ‘Bemerkung zum Versuch der Beteiligung’ in Hans-Ullrich Paeffgen, Martin Böse und Torsten Verrel (Hrsg), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion.: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2011) 861–862; Roxin (n 15) §28, Rn 9; Wessels, Beulke und Satzger (n 15) §16, Rn 917; Geppert, ‘Die versuchte Anstiftung (§30 Abs 1 StGB)’ [1997] JURA/Heft 10 546, 547; Selter (n 17) 270–271; R Amenge Okoth, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law* (1st edn, Springer 2014) 47; Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (1. bs, Beta Yayınevi 2017) 902 dn 60; Jürgen Baumann und Ulrich Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, Gieseking 1985) 590; Lüthke (n 22) 8; Zipf (n 16) 141; Thalheimer (n 44) 5; Jost-Dietrich Busch, ‘Die Strafbarkeit der Erfolglosen Teilnahme und die Gesichte des 49a StGB’ (Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Marburg 1964) 48; Dessecker (n 44) 550; Roxin (n 18) 169; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, C H Beck 2018) 29. Kapitel, Rn 29; Köhler (n 49) 33 1. Kapitel; Beril Taşkın Kapusuzoğlu, *Suçta İştirake Bağlılık Kuralı* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017) 104; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 519; İnci (n 54) 926. İki ülkenin karşılıklı talepleri sonucu azmettirmeye teşebbüs, 08.07.1875 tarihinde Belçika’da cezalandırılmıştır. Bkz Karl Binding, *Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Band, 2. Hälfte, 1905* (Zweite Hälfte, Wilhelm Engelmann 1905) 861; İnci (n 54) 927 ff; Lutz Kretzschmar, ‘Die versuchte Teilnahme im Geltenden und zukünftigen Recht’ (Justus-Liebig-Universität 1975) 5. Daha sonra Almanya’da başarısız iştirak fiilleri bağımsız hükümlerle yaptırıma bağlanmıştır. Bkz Frister 29. Kapitel, Rn 29; Lüthke (n 22) 8; Klaus Letzgus, ‘Versuch der Beteiligung’ in Dieter Dölling und andere (Hrsg), *Gesamtes Strafrecht (StGB, StPO, Nebengesetze) Hand Kommentar* (4. Aufl, Nomos 2017) §30, Rn 2; Dessecker (n 44) 550; Thalheimer (n 44) 5; Rogall 862; Geppert 547; Roxin (n 18) 170. 1876 yılında Belçika’da *Lex Duchesne* maddesi olarak bilinen

26.02.1876 tarihinden 1975 yılına kadar m 49a maddesi olarak düzenlenmiştir.⁵⁸ Söz konusu hüküm, 1975 yılında kanunda yapılan değişiklikler kapsamında ACK m 30 olarak varlığını devam ettirmektedir. ACK m 30'da birbirinden bağımsız iki farklı fıkra düzenlenmiştir.⁵⁹ Birinci fıkrada azmettirmeye teşebbüs, ikinci fıkrada ise cürüm anlaşması mahiyetini taşıyan fiiller cezalandırılmıştır. Böylece iştirakin ön alanında birbirinden bağımsız iki farklı tipikleme bazı hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir.⁶⁰

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs, iştirakin ön alanında bir hazırlık hareketi olarak işlenen ve cezalandırılabilirliği bu alanda hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen özel tehlikeye dayandırılan bir fiil olarak kabul edilmektedir. Bundan hareketle, azmettirmeye teşebbüs, iştirakin ön alanının cezalandırıldığı (özel) durumlardan biri olarak kabul edilmektedir. Birden fazla kişinin iştirak ettiği hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı aşamaya “iştirakin ön alanı (*Vorstufen der Beteiligung*)” denir.⁶¹ Azmettirmeye teşebbüste ise haksızlık içeriği bağlılık kuralıyla açıklanamayan özel nitelikte bir hazırlık hareketinin cezalandırılmasının ceza hukukunun koruma fonksiyonu ile öne çekilmesi durumu vardır.⁶² Özetle; Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği, ön alanın cezalandırılabilir olduğundan hareketle hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine dayandırılır.⁶³

Doktrinde azmettirenin işlediği fiilin hukuksal değerlere yönelik teşkil ettiği tehlikelilik temelinde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının nedenlerine ilişkin “konspiratif tehlike” ve “olay üzerinde hâkimiyet kaybının tehlikeliliği” olmak üzere temelde iki görüş ileri sürülmüştür.⁶⁴

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının sebebi olarak ileri sürülen konspiratif tehlike görüşü, iştirakin ön alanında birden fazla kişinin iradesinin birbirine bağlanmasından doğan (özel) tehlikeliliğe dayandırılır.⁶⁵

m 49a hükmü ACK'ya eklenmiş ve azmettirmeye teşebbüs eden kişinin teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılacağı kabul edilmişti. Bkz Okoth 47; Kretzschmar 5. Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 133–147.

⁵⁸ Fischer (n 15) §30, Rn 1; Zipf (n 16) 141; Joecks (n 44) §30, Rn 6.

⁵⁹ Geppert (n 57) 547; M Günther Andreas, *Täterschaft und Teilnahme im Südafrikanischen Recht*, vol Band S98 (1. Aufl, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2003) 267.

⁶⁰ Baumann und Weber (n 57) 590; Fischer (n 15) §30, Rn 2, 10; Jakobs (n 44) 267.

⁶¹ Geppert (n 57) 547.

⁶² Rene Bloy, ‘Grund und Grenzen der Strafbarkeit der Misslungenen Anstiftung’ [1992] JR/Heft 12 493, 494.

⁶³ Günther Jakobs ‘Kriminalisierung im Vorfeld Einer Rechtsgutsverletzung’ [1985] ZStW 97/Heft 4 751, 752; Murmann (n 44) §30, Rn 1; Letzgus (n 7) 127 ff; LG Zweibrücken, Urteil vom 17.12.2001-4024 Js 4536/01: “Versuchte Anstiftung-Bestimmtheit der Haupttat.”, NStZ-RR, 2002, 136. Azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanı olarak cezalandırılabilirliğine ilişkin bkz Tokdemir (n 2) 160–164.

⁶⁴ Jakobs (n 63) 765, dn 19; Rogall (n 57) 872; Thalheimer (n 44) 11; Bloy (n 62) 493; Günter Stratenwerth und Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)* (6. Aufl, Franz Vahlen 2011), Rn 170; Robert Durl, *Kettenbeteiligungsversuch (Der Versuch Mittelbarer Beteiligung Am Straftaten)* (1. Aufl, Österreich 2019) 407. Doktrinde ayrıca “azmettirenin ahlakının kötülüğü”, “haksızlık anlaşması” ve “varsayımsal bağlılık kuralı” gibi görüşler ileri sürülmüştür. Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 164–178.

⁶⁵ Roxin (n 18) 170–171; Schröder (n 16) 289; Kühl, ‘Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und

Doktrinde baskın olan görüş, hukuksal değerlerin tehlikeye girmesine yol açmak suretiyle olay üzerinde kontrol kaybının (*Kontrollverlust über das Geschehen*) gerçekleşmesi görüşüdür.⁶⁶ Bu görüşe göre bir kimseyi azmettirmekle olay üzerinde hâkimiyet (kontrol) kaybı gerçekleşmiş ve azmettiren kriminal olayı elinden çıkarmıştır.⁶⁷ Azmettiren, azmettirme yönünde gerçekleştirdiği ikna faaliyetleriyle elinden geleni yapmıştır.⁶⁸ Hâkimiyet kaybı görüşüne göre olay üzerinde kontrol kaybının gerçekleşmesiyle bağımsız ve artık üzerinde hâkimiyetin kurulamayacağı nedensellik süreci azmettiren tarafından başlatılmıştır.⁶⁹ Azmettiren, tehlikeli kriminal bir süreç başlatarak işlenmesine devam edilebilirliği her zaman imkân dâhilinde olan fiilin işlenmesinde kendi katkısı olmayacak şekilde olayı elinden çıkarmıştır.⁷⁰ Nihayetinde, kriminal olayın azmettirenin elinden çıkmasıyla hukuksal değerlere yönelik tehlike gerçekleşmiştir.⁷¹

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin, azmettirmenin başlı başına haksız bir fiil olduğunu göz önünde bulundurmak suretiyle olay üzerinde hâkimiyet kaybıyla gerçekleşen tehlikelilik görüşüne dayandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Azmettiren; azmettirmeye teşebbüs etmekle elinden geleni yapmış, faili ikna etme yönünde tüm gayretini ortaya koymuş ve olayı elinden çıkarmak suretiyle tehlikeli kriminal süreci başlatmıştır. Kısacası, azmettiren açısından ok yaydan çıkmıştır. Azmettirenin başlattığı kriminal süreç iştirakin ön alanında hukuksal değerlere yönelik artık tehlike teşkil etmektedir. Bu tehlike, asıl fiil işlenmese bile azmettirmenin başlı başına haksızlık teşkil ettiğini ortaya koymaktadır. Bu haksızlık, azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran bağımsız bir ceza normuyla bertaraf edilebilir.

Bu görüş temelinde, azmettirmeye teşebbüs fiilinin- ACK'de bağımsız bir ceza normuyla cezalandırılabilirliği kabul edilmiştir. Alman hukukunda, uygulamada ve doktrinde baskın görüşün cezalandırmaktan yana olduğu bu fiilin yaptırım altına alınmasına ilişkin TCK'de herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Türk hukukunda meseleye ilişkin 765 sayılı Eski TCK'deki⁷² kanun boşluğu mevcut TCK'de varlığını devam ettirmiştir. Kanaatimizce, azmettirmeye teşebbüs fiilinin, bizim de savunduğumuz olay üzerinde hâkimiyet kaybı görüşü temelinde, Alman hukukunda olduğu gibi kanunun genel hükümleri kısmında bağımsız bir

Beendigung' (n 44) 875; Murmann (n 44), §30, Rn 1. Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 164–170.

⁶⁶ Joachim Kretschmer, 'Anforderungen an versuchte Anstiftung' [1998] NStZ 401, 401; Beatriz Correa Camargo, 'Der Anstiftungsversuch im deutschen Strafrecht', Revista Da Faculdade de Direito Da Universidade de São Paulo (RFDUSP), v 110, 2015,' [2015] RFDUSP/v 110 733, 738; Kühl, 'Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung' (n 44) 875; Geppert (n 57) 547; Jörg Eisele, 'Strafrecht AT: Versuchte Anstiftung zu Einem Verbrechen Gegenüber Einem Verdeckten Ermittler' [2019] JuS 1028, 1029. Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 170–173.

⁶⁷ Kühl, 'Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung' (n 44) 875; Murmann (n 44), §30, Rn 1.

⁶⁸ Roxin (n 18) 170; Eisele (n 66) 1029.

⁶⁹ Camargo (n 66) 739; Eisele (n 66) 1029.

⁷⁰ Rengier (n 16), §47, Rn 8; Roxin (n 15), §28, Rn 5, 8, 12; Camargo (n 66) 751.

⁷¹ Geppert (n 57) 547; Kretschmer (n 66) 401.

⁷² 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu [RG 13.03.1926/320].

ceza normuyla ve sadece belli ağırlıktaki fiiller bakımından cezalandırılması gerekir. Olması gereken hukuk bakımından genel hükümlerde sınırlı cezalandırma formülüyle bu fiilin cezalandırmaya layık görülmesidir. Bununla birlikte, infaz rejimimizin karnesinin iyi olmaması ve yargı üzerinde yol açacağı iş yükü gibi pratik gerekçelerden dolayı, özellikle kasten öldürme ve yalan tanıklık suçları bakımından belli suç tipleri özelinde bu fiilin cezalandırılması Türk hukuku için önemli bir gelişme olacaktır.⁷³

III. ZİNCİRLEME AZMETTİRMEYE TEŞEBBÜS

Bağlılık ilkesinin niceliksel unsuru olarak asıl fiil teşebbüs aşamasına ulaşmayabilir, yani bir başkasını azmettirmek teşebbüs aşamasında kalabilir. Azmettirme zincirinde asıl azmettirenin azmettirmesi teşebbüs aşamasında kalsa bile kendisi sanki faili azmettirmiş ancak başarılı olamamış gibi azmettirmeye teşebbüsten sorumlu olur.⁷⁴

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste bir başka azmettirenin tedarik edilmesi durumu vardır. Fakat bir başka azmettirenin tedariki başarısız olur, yani bir başkası tarafından azmettirilen kişi faili azmettirecek kimseyi bulamaz.⁷⁵ Burada; aracı azmettirenin faili azmettirmesi değil, asıl azmettirenin planı için başka bir kimseyi azmettirmesi başarısız olur. Zincirdeki asıl azmettirenin cezalandırılması, hareketin haksızlığı temelinde aracı azmettirenin asıl azmettiren tarafından harekete geçirilmiş olmasına dayanır.⁷⁶

Nasıl ki zincirdeki aracı azmettiren faili azmettirdiğinde ve failin tipik fiile teşebbüsü başarılı olduğunda asıl azmettiren aracı azmettiren gibi (azmettirmeden) cezalandırılır, aynı şekilde aracı azmettirenin faili azmettirmesi veya asıl azmettiren tarafından azmettirilmesi başarısız olduğunda da asıl azmettiren, aracı azmettiren gibi (azmettirmeye teşebbüsten) sorumlu olur. Böylece, asıl azmettirenin fiilinin (azmettirmenin) teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir.⁷⁷ ,

⁷³ Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasına yönelik öneriler hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 438–468. Türk hukukunda ön alanda işlenen hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıyla cezalandırılabilirliğin genişlemesine ihtiyatlı yaklaşmak gerektiği; önemli-önemsiz, yakın-uzak her türlü tehlikenin cezalandırılmasının hukuk devletinden polis devletine doğru daha büyük bir tehlikenin ortaya çıkabileceği; azmettirmeye teşebbüsün tehlikeli bir hazırlık hareketi olarak cezalandırılması durumunda ispat probleminin gündeme gelebileceği ve çoğu kez bir tanığı bile bulunmayan azmettiren ile fail arasında gerçekleşen azmettirmeye teşebbüsün ispatlanmasının kolay olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz İnci (n 54) 973. “Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bile göz ardı edildiği ülkemizde cezalandırma safhasını bir adım öne çekmenin ve bunu genel hüküm olarak ceza kanunumuza koymanın” isabetli olmayacağı hakkında bkz Özkan, (n 5) 229. AFM’nin kararına konu olan bir olayda tamamlanmış zincirleme azmettirme fiilinin ispat edilemediği bir durumda iddianamenin konu olarak tüketilmesi için teşebbüs aşamasında kalmış zincirleme azmettirmenin de değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İspat problemi hakkında detaylı bilgi için bkz LG Dortmund, BGH 30.04.2009-4 StR 60/09. Karar için bkz <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/4/09/4-60-09.php> (12.02.2022).

⁷⁴ Roxin (n 15), §28, Rn 31; Busch, ‘Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung’ (n 13) 1120; Kroß (n 2) 250.

⁷⁵ Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 250; Zipf (n 16) 145.

⁷⁶ Bloy (n 62) 494.

⁷⁷ Bloy (n 62) 494.

A. Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüs Kavramı

Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüse ilişkin kavramsal tartışma, *akim kalmış azmettirme* ile *azmettirmeye teşebbüs* kavramları çerçevesinde yapılmaktadır.⁷⁸ Akim kalmış azmettirme anlamına gelen *missglücktene Anstiftung*, *misslungene Anstiftung* ve *erfolglose Anstiftung* yaygın olarak kullanılan kavramlardır. Azmettirmeye teşebbüs veya teşebbüs aşamasında kalmış/kalan azmettirme anlamlarına gelen *versuchte Anstiftung* ve *versuchte Bestimmung*, akim kalmış/kalan, neticesiz ve sonuçsuz kavramlarını ihtiva edecek şekilde doktrinde daha fazla tercih edilen kavramlardır.⁷⁹ Azmettirmeye teşebbüs kavramının, tüm türlerini ihtiva edecek şekilde daha genel ve daha kapsayıcı olduğu ileri sürülmüştür.⁸⁰

Doktrinde *Selter*; azmettirmeye teşebbüsün, teşebbüs kurumunun genel ilkelerine göre cezalandırılmaması gerektiğini vurgulamak ve meselenin teşebbüse dayandırılmasının önüne geçmek için akim kalmış azmettirme kavramının kabul edilmesi gerektiğini, bundan hareketle azmettirmeye teşebbüs kavramının yanlış bir kullanım olduğunu ve kanun metnindeki (ACK m 30/f 1) bu hatanın düzeltilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁸¹

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin bahsi geçen kavramsal tartışma, zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de yapılmaktadır. Doktrinde, akim kalmış zincirleme azmettirme anlamına gelen *misslungene Kettenanstiftung* ve *erfolglose Kettenanstiftung* kavramları kullanılmaktadır.⁸²

Doktrinde zincirleme azmettirmeye teşebbüs için kullanılan azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung zur Anstiftung*)⁸³ kavramının doğru bir kullanım olmadığı ileri sürülmüştür. *Selter*, cezalandırılabilirliğin teşebbüse dayandırılmasının doğru

⁷⁸ Türk hukukunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesine ilişkin doktrinde yapılan açıklamalarda akim kalan/kalmış azmettirme, neticesiz azmettirme, sonuçsuz azmettirme ve etkisiz azmettirme gibi kavramlar daha çok tercih edilmektedir. Ancak azmettirmeye teşebbüs veya teşebbüs aşamasında kalmış/kalan azmettirme kavramları da kullanılmaktadır. Kavramsal tercihler için bkz Artuk ve diğerleri (n 7) 748; Özgenç (n 31) 529; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. bs, Seçkin Yayıncılık 2022) 547; Taşkın Kapusuzoğlu (n 57) 96; Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz (n 57) 901; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. bs, Yetkin Yayınları 2018) 505; Demirel (n 47) 342; Akbulut (n 12) 195; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 57) 521; Timur (n 28) 520–521; İnci (n 54) 924, dn 23; Mahmutoğlu (n 7) 92; Aydın (n 24) 171–172; Vesile Sonay Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu* (2. bs, On İki Levha Yayıncılık 2011) 173. Türk ve Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüse ilişkin kavramsal tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 187–194.

⁷⁹ Geppert (n 57) 546; Thalheimer (n 44) 23; Wessels, Beulke und Satzger (n 15), §16, Rn 912 ff; Heinrich (n 15), §39, Rn 1365 ff; Köhl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §30, Rn 1 ff; Fischer (n 15), §26, Rn 12 ff; Roxin (n 15), §28, Rn 9 ff; Rengier (n 16), §45 Rn 6 ff; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Nomos 2017), §43 Rn 1 ff; Köhl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 243 ff; Frister (n 57), 29. Kapitel, Rn 31 ff; Jakobs (n 44), Rn 3 ff; Letzger (n 7) 35; Demirel (n 47) 340; İnci (n 54) 924.

⁸⁰ İnci (n 54) 924.

⁸¹ Selter (n 17) 282.

⁸² Selter (n 17) 282; Letzger (n 7) 147.

⁸³ Joecks (n 44), §30, Rn 40.

olmadığını ve bundan hareketle azmettirmeye teşebbüs (*versuchte Anstiftung*) kavramının yanlış bir kullanım olduğunu, aynı hususun zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de geçerli olduğunu, bu yüzden “başarısız zincirleme azmettirme (*misslungene Kettenanstiftung*)”⁸⁴ kavramının daha doğru bir kullanım olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre zincirleme azmettirmeye teşebbüste, faile fiili işleme kararını aldırılmayan aracı azmettirenin başarısızlığı asıl azmettirenin de başarısızlığıdır. Bu başarısızlığın, akim kalmış/kalan/başarısız olan anlamlarına gelen *misslungene Kettenanstiftung* kavramıyla ifade edilmesi daha yerinde bir kullanımdır.⁸⁵ *Dreher*, zincirleme azmettirmeye teşebbüs için başarısız zincirleme azmettirme (*misslungene Kettenanstiftung*) ve neticesiz zincirleme azmettirme (*erfolglose Kettenanstiftung*) kavramlarını önermiştir.⁸⁶

Kanaatimizce, azmettirmeye teşebbüsün, sonuçsuz/tamamlanmamış azmettirme olduğu açıktır. Azmettirmenin herhangi bir nedenle tamamlanmadığını veya başarısız kaldığını ifade etmek için akim kalmış azmettirme kavramının kullanılması haklı görülebilir. Ancak azmettirenin asgari ceza sorumluluğunu ceza hukuku tekniği bakımından terminolojik olarak en iyi ifade eden kavram, “azmettirmeye teşebbüs” kavramıdır. Başarısız, akim kalmış ve neticesiz kavramları azmettirmeye teşebbüsün türleri için kullanılır. Bu durumda azmettirmeye teşebbüsün daha açık, anlaşılır ve bütün türlerini kapsayıcı bir kavram olduğu söylenebilir. Bu itibarla başarısız/neticesiz/akim kalmış azmettirmeyi ifade ederken azmettirmeye teşebbüs kavramını kullanmak daha yerinde bir tercih olur. Akim kalmış azmettirme kavramını öneren yazarların azmettirmeye teşebbüs kavramını tercih etmemelerinin sebebi, iştirakte bağlılık kuralının tamamen etkisiz kalacağı ve teşebbüste kullanılan doğrudan doğruya icraya başlama ifadesinin burada karışıklığa yol açacağı kaygılarına dayanmaktadır. Bu gerekçelerden hareketle, zincirleme azmettirmenin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda akim kalmış zincirleme azmettirme kavramı yerine “azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs” ve “zincirleme azmettirmeye teşebbüs” kavramlarının kullanılmasının ceza hukuku tekniği açısından daha doğru ve isabetli tercihler olacaktır. Akim kalma kavramı sonuçsuz, neticesiz ve etkisiz anlamlarında kullanılmakta ve kavrama sadece genel anlamlar yüklenmektedir. Fakat akim kalmış (zincirleme) azmettirmede kavrama artık ceza hukuku bilimine göre anlam yüklemek gerekir. Ceza hukukunda akim kalmanın anlamı sonuçsuz, neticesiz veya etkisiz gibi genel ifadelerle sınırlandırılmamalıdır. Bu anlamda, akim kalmış zincirleme azmettirme kavramının, ceza hukuku bakımından zincirleme azmettirmeye teşebbüsü de ifade ettiğini söylemek mümkündür.

⁸⁴ Letzgus (n 7) 148; Eduard Dreher, ‘Grundsätze und Probleme des §49a StGB’ [1954] GA 11, 14.

⁸⁵ Selter (n 17) 282.

⁸⁶ Selter (n 17) 282; Letzgus (n 7) 148. Alman hukukunda, akim kalmış azmettirme anlamına gelen başarısız azmettirme ve akim kalmış zincirleme azmettirme anlamına gelen başarısız zincirleme azmettirme kavramlarını ilk kez *Dreher* kullanmıştır. Bilgi için bkz Bloy (n 62) 494, dn 8.

B. Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüsün Türleri

Failin fiili işleme kararını almış olup olmadığı, zincirin birinci veya ikinci basamağında kesilmenin gerçekleşip gerçekleşmediği durumuna bağlı olarak zincirleme azmettirmeye teşebbüsün hangi türünün gerçekleştiği belirlenir.

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste failin aracı azmettiren tarafından azmettirilmesi teşebbüs aşamasında kalır ve bu şekilde aracı azmettirenin hareketi neticeye ulaşmaz. Zincirin bu aşamasında gerçekleşen başarısızlık bazı nedenlere dayanabilir. Örneğin, ikinci (aracı) azmettiren hiç harekete geçmemiş olabilir. Bu durumda asıl azmettirenin fiili başarısız olur. Ona dayanan aracı azmettirenin azmettirmesinin artık gerçekleşmesi mümkün değildir. Aracı azmettiren harekete geçmiş ancak azmettirme yönündeki çabaları faili ikna etmeye yetmemiş ya da faili ikna etmesine rağmen çabaları failin teşebbüsünü sağlayacak dereceye ulaşmamış olabilir. Diğer bir ifadeyle fail, aracı azmettirenin azmettirmesi sonucu fiili işleme kararını alır. Ancak failini teşebbüs aşamasına taşıyamaz.⁸⁷ Bundan hareketle, başarısız zincirleme azmettirme (*misslungene Kettenanstiftung*) ve neticesiz zincirleme azmettirme (*erfolglose Kettenanstiftung*) şeklinde temelde ikili bir ayırım yapılır.

1. Başarısız Zincirleme Azmettirme

Başarısız zincirleme azmettirme, başarısız azmettirmenin (*misslungene Anstiftung*)⁸⁸ özel bir türüdür. Failin fiili işleme kararını almadığı azmettirmeye teşebbüs türüne başarısız azmettirme denir.⁸⁹ Başarısız azmettirmede azmettiren, failin fiili işleme kararını almasında başarılı olamaz. Fail azmettirenin ikna çabalarına rağmen suç davetine olumsuz yanıt verir.⁹⁰ Örneğin E; arkadaşı B'yi, G'yi öldürmeye azmettirir. B ise E'nin suç işleme teklifini reddeder. Bu durumda Alman hukukunda E'nin kasten öldürme suçuna azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu kabul edilmektedir.⁹¹

Başarısız zincirleme azmettirmede (*misslungene Kettenanstiftung*) aracı azmettiren asıl azmettiren tarafından kendisine yöneltilen bir başkasını azmettirme teklifini kabul etmez ve azmettirme zinciri daha bu aşamada kesintiye uğrar. Örneğin A; B'yi, C'yi yağma suçuna azmettirmeye azmettirir. Ancak B, A'nın azmettirme teklifini kabul etmez.⁹² Başarısız

⁸⁷ Selter (n 17) 286.

⁸⁸ Baur, failin fiili işleme kararını almadığı durumu *misslungene Anstiftung* kavramı ile değil *erfolglose Anstiftungsversuch*, neticesiz azmettirmeyi *erfolglose Anstiftung* kavramları ile ifade etmiştir. Yazar, hem başarısız azmettirme hem de neticesiz azmettirmeyi asıl fiil işlenmediğinden tamamlanmamış azmettirme olarak nitelendirmiştir. Bkz Baur (n 7) 37.

⁸⁹ Geppert (n 57) 547; Murmann (n 44), §30, Rn 14; Geppert (n 11) 302; Zipf (n 16) 142; Dessecker (n 44) 551; Nikolaus Bosch, 'Unmittelbares Ansetzen bei versuchter Anstiftung' [2019] JURA-K/Heft 10 1120, 1120; Joecks (n 44), §30, Rn 27; Roxin (n 18) 169; Kroß (n 2) 250–251; Hans Kudlich, 'Rücktritt vom Versuch der Anstiftung' [2006] JA 91, 92. Başarısız azmettirme hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 213–218. Baur, failin fiili işleme kararını almadığı durumu *misslungene Anstiftung* kavramı ile değil *erfolglose Anstiftungsversuch* kavramı ile ifade etmiştir. Bkz Baur (n 7) 37, 42, 45.

⁹⁰ Heine und Weißer (n 49), §30, Rn 20; Hecker (n 15) 749; Thalheimer (n 44) 24; Jäger (n 49), §6, Rn 276; Schmidt (n 53), §26, Rn 1093; Yekebaş (n 47) 112.

⁹¹ Heinrich (n 15), §39, Rn 1365; Schmidt (n 53), §26, Rn 1093; Dessecker (n 44) 551.

⁹² Selter (n 17) 282. Benzer örnek için bkz Joecks (n 44), §30, Rn 39.

azmettirmeye ilişkin yukarıdaki örnek olayda E, doğrudan B'yi azmettirmeyip üçüncü bir kişiden B'yi azmettirmeyi isteseydi fakat B, buna olumsuz yanıt verseydi başarısız zincirleme azmettirme söz konusu olurdu. Bu durumda hem E'nin hem de B'nin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebilirdi.

2. Neticesiz Zincirleme Azmettirme

Neticesiz zincirleme azmettirme, neticesiz azmettiriminin (*erfolglose Anstiftung*) özel bir türüdür. Failin fiili işleme kararını aldığı ve fakat fiilin teşebbüs aşamasına varmadığı azmettirmeye teşebbüs türüne neticesiz azmettirme denir. Neticesiz azmettirmede azmettiren faile fiil işleme kararını aldırma başarılı olur ancak başka nedenlerle (örneğin, fail fiili işlemekten vazgeçtiği için veya polis tarafından yakalandığı için) teşebbüsten önceki aşamada, yani iştirakin ön alanında azmettiren için bir başarısızlık durumu gerçekleşir.⁹³ Azmettirmeye teşebbüsün bu türünde azmettiren, faile fiili işleme kararını aldıracağı için ilk başta başarılı olur ve fakat en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin yokluğundan dolayı bir başarısızlık gerçekleşir. Örneğin; A'nın B'yi, C'yi öldürmeye azmettirdiği bir olayda fiili işleme kararını alan B'nin, C'nin evini bulamadığı için fiili işlemekten vazgeçmesi durumunda en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilden bahsedilemez.⁹⁴

Neticesiz zincirleme azmettirmede (*erfolglose Kettenanstiftung*) aracı azmettiren, asıl azmettiren tarafından kendisine yöneltilen bir başkasını azmettirme teklifini kabul eder ve bu hususta ikna olur. Fakat fiili işlemekten vazgeçme veya polis tarafından yakalanma gibi herhangi bir nedenden dolayı fail fiilini teşebbüs aşamasına taşıyamaz. Başarısız zincirleme azmettirme konusunda yukarıda verilen yağma örneğinde C, fiili işleme kararını aldıktan sonra suçu işlemekten vazgeçtiğinde neticesiz zincirleme azmettirme gerçekleşir.⁹⁵

Bu iki temel ürü haricinde elverişsiz (*untaugliche Kettenanstiftung*) ve etkisiz (*unwirksame Kettenanstiftung*) zincirleme azmettirme de zincirleme azmettirmeye teşebbüsün görünüş şekilleri olarak kabul edilmektedir.

3. Elverişsiz Zincirleme Azmettirme

Elverişsiz zincirleme azmettirme, elverişsiz azmettiriminin (*untaugliche Anstiftung*) özel bir türüdür. Failin hâlihazırdaki kesin ve gerçekleştirilmesi istenilen fiil hakkındaki kararını vermiş olduğu azmettirmeye teşebbüs türüne elverişsiz azmettirme denir.⁹⁶ Alman

⁹³ Thalheimer (n 44) 24; Zipf (n 16) 142; Lüthke (n 22) 5; Schmidt (n 53), §26, Rn 1093; Jäger (n 49), §6, Rn 276; Köhler (n 49) 9. Kapitel, 546; Geppert (n 57) 547; Dessecker (n 44) 551; Geppert (n 11) 302; Bosch (n 89) 1120; Roxin (n 18) 169; Roxin (n 15), §28, Rn 9; Wessels, Beulke und Satzger (n 15), §16, Rn 913; Schmidt (n 53), §26, Rn 1093; Kroß (n 2) 251; Kühl, 'Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung' (n 44) Fall: 3b, 875-876; Kudlich (n 89) 92; Murmann (n 44), §30, Rn 14; Baur (n 7) 42.

⁹⁴ Hilgendorf und Valerius (n 52), §10, Rn 120; Heinrich (n 15), §39, Rn 1365; Kühl, 'Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung' (n 44) 875–876; Dessecker (n 44) 551; Putzke (n 49) 1087. Neticesiz azmettirme hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 218–220.

⁹⁵ Selter (n 17) 286; Letzgus (n 7) 148.

⁹⁶ Roxin (n 15), §28, Rn 9; Roxin (n 18) 169; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §30, Rn 1; Kretzschmar

hukuk doktrininde elverişsiz azmettirmeye *omnido facturus/alia facturus*⁹⁷ denir.⁹⁸ *Omnido facturusta* hazırlık aşamasında daha doğrusu iştirakin ön alanında kalmış bir azmettirme fiili işlenmiştir.⁹⁹ Örneğin A; B'yi, C'yi öldürmeye azmettirir. Ancak B daha önceden fiili işleme kararını kendi başına almıştır.¹⁰⁰

(n 57) 2; Fischer (n 15), §30, Rn 8; Dessecker (n 44) 551; Satzger (n 8) 1170; Murmann (n 44), §30, Rn 14, 16; Katharina Beckemper und Kai Cornelius, 'Versuchder Beteiligung' in Bernd von Heintschel-Heinegg (ed), *Kommentar Strafgesetzbuch* (3. Aufl, C H Beck 2018), §30, Rn 7; Michael Bohlander, *Michael Bohlander, Principles of German Criminal Law, Oxford/Portland 2009*, (1st edn, Hart Publishing 2009) 168. Elverişsiz azmettirme hakkında detaylı bilgi için bkz Baur (n 7) 38–41; Tokdemir (n 2) 237–242.

⁹⁷ Dennis Bock, 'Die Anstiftung des Zur Tat Bereits Entschlossenen-zum Begriff des >>alias>> oder >>omnido Facturus' [2008] JR/Heft 4 143, 143 ff; Helmut Satzger, 'Teilnehmerstrafbarkeit Und >>Doppelvorsatz<<' [2008] JURA/Heft 7 514, 515. İsviçre hukukunda *omnido facturus* hakkında detaylı bilgi için bkz Baur (n 7) 38–41.

⁹⁸ Joecks (n 44), §30, Rn 27; Hecker (n 15) 749; Thalheimer (n 44) 24, 41; Stratenwerth und Kuhlen (n 64), Rn 144; Hans Kudlich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Aufl, C H Beck 2009) 274; Bohlander (n 96) 168; Schmidt (n 53), §26, Rn 1093; Bock (n 97) 146; Geppert (n 11) 302; Satzger (n 97) 515; Kroß (n 2) 251; Özkan (n 5) 213; Henning Steen, *Die Rechtsfigur des Omnimodo Facturus, Ein Beitrag Zur Abgrenzung von Anstiftung Und Beihilfe* (1. Aufl, Duncker & Humblot 2011) 123 ff.

⁹⁹ Geppert (n 11) 302; Geppert (n 57) 551.

¹⁰⁰ Örnek için bkz İnci (n 54) 946; Demirel ve Kartal (n 14) 463; Koch und Wirth (n 12) 205. Birbirinden habersiz birden fazla kişinin (yan yana failler) azmettirilmesi durumunda da *omnido facturus* söz konusu olabilir. Örneğin, A, işlenmesini istediği fiile B'yi azmettirdikten sonra C'yi de aynı fiile azmettirir. Elverişsiz azmettirme, hâlihazırda fiili işleme kararı alan fail bakımından söz konusu olur. Baur'a göre örneğin, B zaten fiili işlemeye önceden karar vermiş olsa ve C fiili işlese veya en azından teşebbüs aşamasına getirirse A, azmettirmeden sorumlu olur. B'nin artık azmettirilmesinden bahsedilemez. C'nin fiili en azından teşebbüs aşamasına varmamışsa bu durumda A, azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulur. Örnek olay şu şekilde de gerçekleşebilir. B henüz fiili işleme kararını almadan A, C'yi de aynı fiile azmettirirse bu durumda A'nın hangisine fiili işleme kararını aldırıldığının tespit edilmesi gerekir. A, C'yi etkilemeden B, fiili işleme kararını alırsa C'nin azmettirilmesi artık mümkün değildir. Burada C'nin azmettirilmesi bir *omnido facturus* durumu olarak ortaya çıkar. Bkz Baur (n 7) 40. Kanaatimizce örnek olayda B zaten fiili işlemeye karar verdiği için A'nın ilk başta azmettirmeye teşebbüsten (başarısız azmettirme) sorumluluğu doğar. *Omnido facturus*, başarısız azmettirmenin bir görünüm şekli olarak ortaya çıktığı için biz, bu durumda azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunu kabul etmekteyiz. Daha sonra azmettirilen C'nin fiili teşebbüs aşamasına varırsa kanaatimizce hareketin haksızlığı teşebbüs derecesinde de olsa gerçekleştiği için azmettirme söz konusu olur. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm, azmettirmeye ilişkin hüküm karşısında tali norm niteliğinde olduğu için A sadece azmettirmeden sorumlu tutulur. C'nin fiilin teşebbüs aşamasına varmaması durumunda aynı fiilden dolayı ikinci kez azmettirmeye teşebbüs (neticesiz azmettirme) sorumluluğu gündeme gelir ki, burada tek fiilden dolayı azmettirmeye teşebbüs sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir. B'nin henüz fiili işleme kararını almadan C'nin aynı fiile azmettirilmesi durumunda C'ye fiili işleme kararı aldırılmadan bu aşamada B fiili işleme kararını alırsa C bakımından *omnido facturus* durumu gerçekleşir. B'nin fiilin en azından teşebbüs aşamasına varıp varmaması ihtimaline göre birinci duruma ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde A'nın cezai sorumluluğunu tayin etmek gerekir. İkinci durum bakımından B ve C'nin, her ikisinin de fiili işleme kararını almaması durumunda tek bir fiile azmettirme söz konusu olduğu için A'nın azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. Bahsi geçen ihtimaller çerçevesinde denilebilir ki azmettirmeye teşebbüs hareketinin hukuksal değerlere yönelik yol açtığı tehlike önemsiz değildir. *Omnido facturusun* zincirleme şekilde gerçekleşmesi ihtimalinde, azmettiren zincirdeki herhangi bir failin fiili her an işlemesine sebep olur ve bu şekilde hiç işleme düşüncesi olmayan birden fazla kriminal fail sürece dâhil edilmiş olur. Söz konusu durumun toplum bakımından ne kadar tehlikeli olduğu izahtan varestedir. Bu yüzden, *omnido facturusu* azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu çerçevesinde cezalandırmaya layık bir fiil olarak değerlendirmek, gerekir. Fakat başarısız azmettirmenin bir görünüm şekli olarak ortaya çıktığı için kanaatimizce hâkime bu durumda cezada indirim yapma veya cezadan imtina etme şeklinde takdiri yetkisinin verilmesi mümkündür. Daha fazla değerlendirme için bkz Tokdemir (n 2) 217–218, 241–242. Azmettirenler bakımından yan yana azmettirmenin gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin detaylı

Elverişsiz zincirleme azmettirme, *omnido facturusun* zincirleme azmettirmedeki bir görünüş şekli olup¹⁰¹ failin hâlihazırda fiili işleme kararını almış olması sebebiyle aracı azmettirenin artık azmettirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda gerçekleşir. Başarısız zincirleme azmettirme konusunda yukarıda verilen yağma örneğinde C, zaten yağma suçunu işleme kararını almışsa aracı azmettirenin azmettirilmesi artık mümkün değildir.¹⁰²

4. Etkisiz Zincirleme Azmettirme

Etkisiz zincirleme azmettirme, etkisiz azmettirmenin (*unwirksame Anstiftung*) özel bir türüdür. Azmettirenin faile ilk başta fiili işleme kararını aldırıldığı ancak daha sonra fiili işlemekten vazgeçen failin ilk azmettirme olayından tamamen bağımsız olarak tekrardan aynı fiili işleme kararını aldığı azmettirmeye teşebbüs türüne etkisiz azmettirme denir.¹⁰³ Örneğin A; B'yi, C'yi öldürmeye azmettirir. B başta fiili işleme kararını alır, ancak daha sonra bu kararını icra etmekten vazgeçer. Araya belli bir zaman girdikten sonra B, karısının C ile olan ilişkisini öğrenmiş ve bu yüzden C'yi öldürmeye karar vermiş olabilir. Belirtmek gerekir ki B'nin azmettirildiği suçu yeniden işleme kararını alması daha önceki A'nın azmettirme olayından tamamen bağımsızdır. B, fiili işleme kararını almış olmasına rağmen fiilini teşebbüs aşamasına taşıyamayabilir yani fiilin doğrudan doğruya icrasına başlayamayabilir. B; fiili işleme kararını aldıktan sonra C, geçirdiği bir trafik kazasında ölse B'nin daha önce işlemeye karar verdiği fiilin doğrudan doğruya icrası gerçekleşmiş olmaz. Diğer bir ifadeyle en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığından bahsedilemez.¹⁰⁴

Etkisiz zincirleme azmettirmede (*unwirksame Kettenanstiftung*), aracı azmettiren failde fiili işleme kararının oluşmasını sağlar ancak fail bu suçu işlemekten vazgeçer. Azmettirilen fail daha sonra ilk azmettirme olayından tamamen bağımsız olarak tekrardan aynı fiili işleme kararını alır.¹⁰⁵ Diğer bir ifadeyle; etkisiz azmettirmede gerçekleşen ve etkisiz olarak ortaya çıkan azmettirme olayı, zincirleme azmettirmede de söz konusu olabilir. Etkisiz azmettirmeye ilişkin yukarıda verilen örnek olayda B'nin, karısının C ile olan ilişkisini öğrendikten sonra aldığı fiili işleme kararı üzerine D'yi C'yi öldürmeye azmettirdiği bir olayda, D'nin C'ye yönelik fiilinin başarısız olması durumunda etkisiz zincirleme azmettirme söz konusu olur.

Başarısız zincirleme azmettirme türüne ilişkin yukarıda verilen yağma suçu örneğinde aracı azmettiren B, fail C'nin fiili işleme kararını almasına neden olur ancak C suçu işlemekten vazgeçer. C, daha sonra ilk suçu işleme kararından bağımsız olarak ve başka bir nedenden dolayı aynı suçu işleme kararını alır. C, tekrardan işlemeye karar verdiği yağma

açıklamalar için bkz Tokdemir (n 2) 266, dn 440.

¹⁰¹ Lüthke (n 22) 47.

¹⁰² Selter (n 17) 282.

¹⁰³ Roxin (n 15), §28, Rn 9; Letzgus (n 7) 34; Kretzschmar (n 57) 2; Lüthke (n 22) 5; Bosch (n 89) 1120. Etkisiz azmettirme hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 223–226.

¹⁰⁴ Thalheimer (n 44) 24–25.

¹⁰⁵ Selter (n 17) 282.

suçunun doğrudan doğruya icrasına başlamazsa yani fiilini teşebbüs aşamasına taşıyamazsa etkisiz zincirleme azmettirme söz konusu olur.¹⁰⁶

C. Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüsün Cezalandırılabilirliği

1. Tarihsel Gelişim ve Mevcut Durum

Alman hukukunda zincirleme azmettirmeye teşebbüs fiili, 1876 yılından günümüze kadar neredeyse aralıksız olarak cezalandırılmıştır. ACK m 30/f 1 kapsamında cezalandırılmasının yasal zeminde kabul edildiği bu fiilin cezalandırmaya layık olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir.

1876 yılında dönemin ACK'nin ilk halinde azmettirmenin konusu olarak ve 1943 yılında ceza kanununda yapılan değişiklik kapsamında kanun metinde açık bir şekilde bu fiilin cezalandırılabilirliği kabul edilmişti. Ancak 1953 yılında yapılan değişiklikle zincirleme kavramı kanundan çıkarılmıştı. Azmettirmeye teşebbüsü yaptırma bağlayan dönemin ACK'nin 49a maddesi kapsamında azmettirmenin konusunun sadece fail tarafından işlenen bir fiil mi olduğu ve azmettirme gibi bir şeriklik hareketinin de azmettirmenin konusu olarak telakki edilip edilmeyeceği konusunda bir tereddüt oluşmuştu. Bir diğer ifadeyle, azmettirmeye azmettirmenin söz konusu hüküm kapsamında cezalandırılabilir olup olmadığı tartışma konusu olmuştu.¹⁰⁷

Bu dönemde Alman hukukunda şeriklik hareketinin bizatihi kendisine azmettirmenin mümkün olmadığı ve bu yüzden zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiğini ileri süren görüşler vardı. Örneğin, *Schönke/Schröder* hazırlık hareketlerinin cezalandırılması alanının mümkün olduğunca sınırlı tutulması gerektiğini, bu yaklaşımdan hareketle şeriklik fiilinin azmettirmeye teşebbüsün konusu olamayacağını ve bu yüzden zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olmadığını ileri sürmüştü.¹⁰⁸

1953 yılında ACK'de yapılan değişiklik kapsamında zincirleme azmettirmeye teşebbüsü cezalandıran hükümler kanun metninden çıkartılarak azmettirmeye teşebbüsün konusunun sadece bir asıl fiil olması gerektiği kabul edilmişti. Kanun değişikliğinden sonra zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusunda tereddütler ortaya çıkmıştı. Azmettirmeye teşebbüsün konusunun sadece bir asıl fiil olabileceğinden hareketle uygulamada ve doktrinde hükme ilişkin yapılan sınırlı yorumlarla zincirleme azmettirmeye teşebbüsün artık cezalandırılabilir olmadığı ifade edilmişti. 1953 yılında kanun metninde yapılan değişiklikle bu fiilin açıkça cezalandırılabilirliğinden bahsetmenin artık mümkün gözükmediği ileri sürülmüştü.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Selter (n 17) 282.

¹⁰⁷ Selter (n 17) 282–283.1871 tarihli dönemin ACK'da zincirleme şerikliğe teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştı. Sadece suç işlemeye alenen çağrı ve gerçek dışı beyanda bulunmaya teşebbüs gibi münferit suçlar bağlamında bu fiilin cezalandırılabilirliği kabul edilmişti. Daha fazla bilgi için bkz Selter (n 17) 269–270.

¹⁰⁸ Bkz aktaran Selter (n 17) 283. Daha fazla bilgi için bkz Letzgus (n 7) 147–148.

¹⁰⁹ Selter (n 17) 283.

1975 yılında yapılan kodifikasyon kapsamında zincirleme azmettirmeye teşebbüs açık bir şekilde tekrardan cezalandırmaya layık görülmüştür.¹¹⁰ Mevcut ACK m 30/f 1 kapsamında zincirleme azmettirmeye teşebbüs açıkça yaptırıma bağlanmıştır.¹¹¹ Hükmün kapsamında zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasıyla “azmettirilenin muhtemel fiil olarak (*Anstiftung als präsumtive Tat*)” kabul edildiği söylenebilir.¹¹²

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin ACK m 30/f 1, cüm 1’de “*veya bir cürme azmettirmek için (oder zu ihm anzustiften)*” ifadesiyle zincirleme azmettirmeye teşebbüs açıkça yaptırım altına alınmıştır. Alman hukukunda cezalandırılabilirliği uygulamada¹¹³ kabul edilen ve doktrinde tartışma konusu olan bu fiil cezai yaptırım altına alınmış oldu. Söz konusu düzenlemede hükmün zincirleme azmettirme olaylarında uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün kapsamında bu hususun kabul edildiğine vurgu yapmak gerekir. Dolayısıyla hüküm, sadece bir failin suça azmettirilmesinin teşebbüs aşamasında kalması hali için değil, teşebbüs aşamasında kalmış zincirleme azmettirme için de geçerlidir.¹¹⁴

¹¹⁰ Selter (n 17) 269; Thalheimer (n 44) 62; Schröder (n 16) 290.

¹¹¹ Geppert (n 57) 551; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §30, Rn 4; Joecks (n 44), §30, Rn 26, 39. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün Alman hukukundaki tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz Durl (n 64) 413–414, 428 ff. Avusturya hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi azmettirmeye teşebbüsle birlikte zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kanunda açıkça kabul edilmiştir. Bkz Zipf (n 16) 141, 143; Durl (n 64) 151, 617; Tokdemir (n 2) 378. Avusturya Ceza Kanunu m 15/f 2’ye göre “*Fail icra etmek veya icradan önce bir başkasını azmettirmek için fiili işleme kararını alır almaz fiile teşebbüs etmiş olur.*” Kanun metni için bkz österreicherisches StGB [vom 23.01.1974, BGBl Num 60/1974, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5bf0.html>, 03.01.2020]. Belirtmek gerekir ki, Avusturya hukukunda şerik faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak nitelendirilmiştir. Bkz Kurt Schmoller, ‘Avusturya’da Ceza Hukuku Reformu’ in Adem Sözüer (ed), Aykut Ersan (çev), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, vol I (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2013) 546. Şeriklerin de faillik statüsünde muamele gördüğü bu sistemin bir sonucu olarak azmettirme faillik statüsünde bir iştirak şekli olarak kabul edilmiştir. Bkz Christoph Zehetgruber, ‘Austria’ in Peters Laura (ed), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)* (Eleven International Publishing 2018) 113. Bu yüzden, azmettirenin sorumluluğu kasten ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir asıl fiilin varlığına bağlı değildir. Yani niceliksel bağlılık kuralı kabul edilmemiştir. Bkz Schmoller 546, 547. İsviçre Ceza Kanunu m 24/f.2’ye göre “*Her kim bir başkasını bir cürüm işlemeye azmettirmeye teşebbüs ederse teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır.*” Kanun metni için bkz schweizerisches StGB [Beschluss vom 21.12.1937, Inkrafttreten 01.01.1942, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/48/Sweden/show>, 28.11.12018]. İsviçre hukukunda azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye ilişkin hükmün kapsamında cezalandırmaya layık görülmüş, yardım etmeye teşebbüs cezasız bırakılmıştır. Alman hukukunun aksine, zincirleme azmettirmeye teşebbüs (azmettirmeye teşebbüse azmettirme) açıkça ceza yaptırımına bağlanmamıştır. Bkz Durl (n 64) 483, 507; Tokdemir (n 2) 383–384. Macar hukukunda da zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği yasal zeminde açıkça kabul edilmemiştir. Bkz Durl (n 64) 508, 516; Tokdemir (n 2) 388. İsviçre hukukunda azmettirme ve azmettirmeye teşebbüs hakkında detaylı bilgi için bkz Baur (n 7) 21 ff.

¹¹² Murmann (n 44), §30, Rn 11.

¹¹³ Joecks (n 44), §30, Rn 8, 39; Roxin (n 18) 169.

¹¹⁴ Wessels, Beulke und Satzger (n 15), §16, Rn 923; Kurt Sippel, *Zur Strafbarkeit der Kettenanstiftung* (1. Aufl, Elwert 1989) 94, 95; Selter (n 17) 28; Günter Heine und Bettina Weißer, ‘Anstiftung’ in Adolf Schönke

Azmettirmede azmettirenin doğrudan faili azmettirmesi gerekmez. Azmettiren, bir başkası aracılığıyla da bunu gerçekleştirebilir. Azmettirmenin zincirleme şekilde gerçekleştiği bu durumda asıl azmettiren, bir başkası aracılığıyla failin azmettirilmesini sağlar. Diğer bir ifadeyle, zincirdeki asıl azmettiren dolaylı yoldan failin fiili işleme kararını almasına neden olabilir. Failde fiili işleme kararının alınmasına dolaylı olarak neden olmanın cezalandırılması gerektiği azmettirmeye ilişkin hüküm kapsamında kabul edilmektedir.¹¹⁵ Nasıl ki azmettirmeye ilişkin hükmün (ACK m 26) kapsamında zincirleme azmettirmenin cezalandırılabilir olduğu kabul edilmektedir, aynı şekilde kanunda açık hüküm olmasaydı bile maddenin sistematik bağlantısından yola çıkılarak azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün (ACK m 30/f 1) kapsamında zincirleme azmettirmeye teşebbüsün de cezalandırılabilir olduğu sonucuna varılabilir. Bununla birlikte, zincirleme azmettirmeye teşebbüs olaylarında azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün geçerliliğinin kanundaki açık düzenlemeden kaynaklandığı kabul edilmektedir.¹¹⁶ Netice itibariyle, hükmün açıklığı karşısında başarısız zincirleme azmettirme fiilleri cezalandırılabilir niteliktedir.¹¹⁷ Doktrinde aksi yönde görüşler olmasına rağmen zincirleme azmettirmeye teşebbüs ACK m 30/f 1'in bir alt başlığı olarak kabul edilmektedir.¹¹⁸

2. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Bir kimse, suç işleyecek faili azmettirecek bir başka üçüncü kişiyi azmettirdiğinde zincirleme azmettirmeden bahsedilir.¹¹⁹ Zincirleme azmettirmenin de azmettirme gibi cezalandırılması gerekir. Çünkü azmettirme zincirindeki her bir azmettiren suçun işlenmesine katkı sunmaktadır. Zincirin en başındaki (asıl) azmettirenin diğer aracı azmettiren/ler gibi cezalandırılmasının temelinde yatan düşünce, azmettiren olduğu bilinmeyen olayın arkasındaki asıl azmettirenin fail gibi cezalandırılmasını sağlamaktır.¹²⁰

und Horst Schröder (Hrsg), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019) , §30, Rn 16; Schneider (n 24) 99; Roxin (n 15), §28, Rn 31; Frister (n 57), 29. Kapitel, Rn 31; Beckemper und Cornelius (n 96), §30, Rn 12; Eser (n 44), §47, Rn 16; Geppert (n 57) 551; Roxin (n 18) 169; Diethelm Kleszczewski, *Diethelm Kleszczewski, Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Aufl, Leipziger Universitätverlag 2017), §7, Rn 828; Krey und Esser (n 49), Rn 1334. BGHSt 7, 234, 236 (Roxin (n 15), §28, Rn 31; Selter (n 17) 283.); OLG Hamm, Urteil vom 22.10.1991 – 1 Ws 249/91, 16. Karar için bkz <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BECKRS-B-1991-N-00345> (30.07.2019). Kararın çevirisi için bkz Sercan Tokdemir (çev), '22.10.1991 Tarihli Ve 1 Ws 249/91 Sayılı Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararı (Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüste Azmettirilen Fiilin Yeterince Somutlaştırılması)', *YBHD- (Prof Dr M Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı)*, vol 7 (2022) 1777–1785.

¹¹⁵ Sippel (n 114) 94.

¹¹⁶ Bloy (n 62) 494.

¹¹⁷ Hilgendorf und Valerius (n 52), §10, Rn 123.

¹¹⁸ Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 250.

¹¹⁹ Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 193; Hecker (n 15) 487.

¹²⁰ Roxin (n 15), §26, Rn 176, 177. Zincirleme azmettirmenin cezalandırılmasının dayandırıldığı gerekçenin, failde dolaylı olarak fiili işleme kararının alınmasına neden olmanın temelinin dolaylı faillik olduğu yönündeki görüş ve bu husustaki tartışmalar için bkz Sippel (n 114) 84 ff. Cezalandırma gerekçesinin asıl azmettiren ile faili doğrudan azmettiren (aracı azmettiren) arasındaki anlaşmaya dayanmadığı hakkında bkz Selter (n 17) 271.

Zincirleme azmettirme için de bağıllık ilkesi geçerli olup asıl azmettirenin cezalandırılabilmesi için failin fiilin en azından teşebbüs aşamasına varması gerekir. Fiilin teşebbüs aşamasına varmaması azmettirmenin başarısızlığı olarak ortaya çıkar. Bu durum, azmettirmenin zincirleme şekilde gerçekleştiği durumlar için de geçerlidir. Burada, azmettirme hem aracı azmettiren, hem de asıl azmettiren bakımından başarısız olmuş, yani akim kalmıştır. Asıl fiil işlenmediği için kural olarak ne aracı azmettirenin/azmettirenlerin ne de asıl azmettirenin cezalandırılması mümkündür. Asıl fiil işlenmemiş olsa bile zincirdeki tüm azmettirenlerin cezalandırılabilmesi için-kanun metninde açıkça ifade edilmese bile-zincirleme azmettirmeye teşebbüs fiilinin ACK m 30/f 1 kapsamında cezalandırılabilir olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Annenin oğluna babasını öldürmesi için bir kiralık katil tutması görevini verdiği bir olayda, anne ile kiralık katil arasında bağlam noktasını sağlayan çocuktur. Annenin kiralık katili tanınmasına gerek olmadığı gibi kiralık katilin de anneyi tanınmasına gerek yoktur. Bu olayda, fail (katil) fiili işlediğinde çocuk gibi anne de azmettiren olarak sorumlu tutulur. Ancak fail suçu işlemeyi kabul etmez veya kabul etmesine rağmen icraya başlamazsa zincirleme azmettirme hareketi başarısız olur yani akim kalır.¹²¹ Bu başarısızlığa rağmen babanın yaşam gibi hukuksal değerlere yönelik anne ve çocuğun azmettirme hareketlerinden kaynaklı tehlikenin büyük olduğu ortadadır.¹²² Başarısız azmettirme olaylarında olduğu gibi hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikenin ortaya çıktığı başarısız zincirleme azmettirme olaylarında da azmettirenlerin cezalandırılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.¹²³

Kanun koyucunun zincirleme azmettirmeye teşebbüsü cezalandırmasının gerekçesi fail tarafından hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen saldırının cezalandırmaya layık olma noktasında bir dereceye kadar tehlike içermesi gerektiği düşüncesine dayanır. Ancak doktrinde azmettirmenin faile yönelik değil de başka bir azmettirene yönelmesi olaylarında, bu tehlikenin azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılmasının gerekçesi için yeterli olmadığı ileri sürülmüştür.¹²⁴

1975 yılında zincirleme azmettirmeye teşebbüs tekrardan kanunda yaptırım altına alınmış ve yasal zeminde cezalandırmaya layık bir fiil olarak görülmüştü. 1975 yılına kadar yani zincirleme azmettirmeye teşebbüsün ceza kanununda yaptırım altına alınmasından önceki dönemde, uygulamada ve doktrinde bir kısım yazarlar tarafından zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul ediliyorken doktrinin önemli bir kısmı tarafından bu fiilin cezalandırılmasına ciddi bir şekilde karşı çıkılmaktaydı. Söz konusu dönemde baskın görüş azmettirme açıklamasının en azından faile ulaşmış olması gerektiği şeklindeydi. Bundan hareketle zincirleme azmettirmeye teşebbüsün türlerinden olan başarısız

¹²¹ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 193. Örnek olay için ayrıca bkz Hecker (n 15) 487.

¹²² Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 250.

¹²³ Daha fazla bilgi için bkz Kroß (n 2) 251-250.

¹²⁴ Letzgus (n 7) 148.

zincirleme azmettirme (*misslungene Kettenanstiftung*), ACK m 30/f 1 kapsamında cezalandırmaya layık görülmüyordu. Baskın görüşe göre bir üçüncü kişiyi (faili) azmettirecek olan aracı azmettirenin, asıl azmettirenin kendisine yönelttiği azmettirme teklifini reddettiği bu durumun cezalandırılması cezalandırılabilirliği kaçınılmaz bir şekilde öne çeker. Bundan kaçınılması gerektiğini belirten bu görüş, iştirakin ön alanında cezalandırılabilirliği bu şekilde genişleterek fail ile azmettiren arasının dilimlenmesine izin verilmemesi gerektiğini ileri sürmüştü.¹²⁵

Alman hukukunda 1975 yılında zincirleme azmettirmeye teşebbüsün ACK m 30/f 1 kapsamında cezalandırılabilirliğinin tekrardan yasal zemine kavuşması nedeniyle hararetli tartışmalar dinmesine rağmen konunun cezalandırılabilirliğine ilişkin eleştiriler tamamen de bitmiş değildir.¹²⁶ Esasen, asıl fiil işlenmesi bile zincirleme azmettirmeye teşebbüs fiilinin işlenmesiyle hukuksal değerlere yönelik tehlikenin gerçekleştiği kabul edilmekte, meseleye ilişkin tartışmalar cezalandırılabilirliğin genişlemesine yol açtığı hususu üzerinden yapılmaktadır. Tartışmalarda failin birden fazla aracı azmettiren tarafından azmettirilmesiyle asıl azmettireden uzaklaşmış olduğu ve bundan dolayı cezalandırılabilirliğin aşırı genişlediği endişesi dile getirilmiştir.¹²⁷

Selter'e göre ACK m 30/f 1'in ilk kısmında zincirleme şerikliğın cezalandırılabilirliği veya yapısına ilişkin açık bir ifade kullanılmamıştır. Bu kısma ilişkin mevcut metin, kanunun şerikliğe şeriklik halini de dikkate aldığı göstermektedir. Hükmün birinci kısmında geçen azmettirmeye teşebbüs kavramının dolaylı şeriklik halini de ihtiva ettiği kabul edilirse zincirleme azmettirmeye teşebbüsün kanun metninde ayrıca belirtilmesine gerek kalmazdı. Bu nedenle, zincirleme azmettirmeye ilişkin kısmın dar yorumlanması ve cezalandırılabilirliğin mevcut kanun metni çerçevesinde ve fakat sadece diğer azmettiren üzerinde etkisini göstermesine kadar genişletilebilmesi şeklinde anlamlandırılması gerekir. Kanun koyucu zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğini açıkça düzenlenmemiş olsaydı böyle bir sınır çizmek keyfiliğe yol açabilirdi. Bu keyfiliği bertaraf etmek amacıyla zincirleme azmettirmeye teşebbüs fiili kanunda açıkça cezalandırılmıştır. Eğer kanun koyucu, bunu açıkça düzenlemeseydi zincirleme azmettirmeye ilişkin cezalandırılabilirlik sınırı metnin birinci kısmında düzenlenen azmettirmeye teşebbüs olacaktı. Bu gerekçelerden hareketle *yazar*, kanun metni de dikkate alındığında, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olması gerektiğini ileri sürmüştür.¹²⁸

Sippel, zincirleme azmettirmenin fiilinin azmettirme anlamında hukuka aykırı bir fiil olmadığını ve ACK m 30/f 1'de düzenlenen azmettirmeye azmettirmenin bir fiile azmettirme olarak değerlendirilemeyeceğini, bu yüzden zincirleme azmettirmenin azmettirmeye ilişkin genel hüküm çerçevesinde cezalandırılmaz olduğunu, fakat zincirleme azmettirme olaylarında

¹²⁵ Thalheimer (n 44) 63.

¹²⁶ Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği hakkında doktrinde görüş birliğinin olmadığı hakkında bkz Thalheimer (n 44) 62.

¹²⁷ Thalheimer (n 44) 63–64.

¹²⁸ Selter (n 17) 286.

bunun azmettirenin cezalandırılmayacağı anlamına gelmediğini ve nihayetinde zincirleme azmettirmenin cezalandırılabilirliğinin yardım etmeye ilişkin hüküm (ACK m 27) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.¹²⁹

Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğini eleştiren yazarlardan biri de *Zaczyk*'dir. *Zaczyk*, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün mevcut pozitif düzenleme kapsamında cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi gerektiğini, ancak cezalandırılabilirliğe ilişkin burada kabul edilen aşırı genişlemenin artık işlenmiş bir haksızlık (*begangenes Unrecht*) temelinde değil, aksine sadece önleme (*Prävention*) temelinde meşrulaştırılabileceğini ileri sürmüştür. *Yazar*; azmettirme zincirinde bulunan kişi sayısının ikiden fazla olduğu hususu dikkate alındığında, asıl azmettirenin başarısız olmasının hukuksal değerlere yönelik somut bir tehlikeye yol açmasının çok nadiren ortaya çıkabileceği; bundan hareketle ACK m 30 hükmünün kusur ilkesini ihlal ettiği için anayasayı ve hukuk devleti ilkesini de ihlal ettiği açıklamasında bulunmuştur. Yazara göre kanun hükmünün açıklığı karşısında zincirleme azmettirme türlerinin ACK m 30 kapsamında cezalandırılmasından bir endişe duyulmaması gerekir.¹³⁰

Letzgus, aracı azmettirenin iradesi ile failin iradesi arasında gerçekleşen uyuşma nedeniyle asıl azmettirenin cezalandırılabilmesi açısından tehlikelilik sınırının aşıldığından hareketle, olması gereken hukuk bakımından zincirleme azmettirmeye teşebbüsün türlerinden sadece neticesiz zincirleme azmettirmenin cezalandırılabilir olduğunu ileri sürmüştür. *Yazar*, azmettirme zincirinde önceden bir kesinti gerçekleştiğinden zincirleme azmettirmeye teşebbüsün türlerinden başarısız zincirleme azmettirmenin olan hukuk bakımından cezalandırmaya layık bir fiil olmadığını kabul etmiştir.¹³¹ *Letzgus*'a göre failin fiili işleme kararını alması ve fakat başka nedenlerden dolayı fiilin teşebbüs aşamasına varmaması durumunda cezalandırmaya layık zincirleme azmettirmeden bahsedilebilir.¹³² Aracı azmettirenin azmettirmesinden dolayı failin fiili işleme kararını aldığı durumda zincirleme azmettirmeye teşebbüs cezalandırılabilir niteliktedir. Buna karşılık, failin fiili işleme kararını almadığı ve bu yüzden fiilin teşebbüs aşamasına varmadığı başarısız zincirleme azmettirme cezalandırmaya layık bir fiil değildir. Doktrinde, neticesiz azmettirmenin cezalandırmaya layık bir fiil olduğunu, başarısız azmettirmenin ise cezalandırmaya layık bir fiil olmadığını kabul ettiği için *yazarın*, azmettirmenin zincirleme şekilde gerçekleştiği durumda da bu farklılığa gitmesinin bir tutarlılık içerdiği ileri sürülmüştür.¹³³

Başarısız azmettirmede olduğu gibi başarısız zincirleme azmettirmede hâkime takdir yetkisi verilebileceği gibi ceza vermekten tamamen imtina da edilebilir. Başarısız azmettirme gibi başarısız zincirleme azmettirmenin de ACK m 30/f 1 kapsamında cezalandırmaya layık

¹²⁹ Sippel (n 114) 94–95.

¹³⁰ Bkz aktaran Thalheimer (n 44) 64.

¹³¹ Letzgus (n 7) 149.

¹³² Letzgus (n 7) 149.

¹³³ Bkz aktaran Thalheimer (n 44) 64.

bir fiil olduğu kanaatindeyiz. Asıl azmettiren, bir başkasını azmettirmekle hâkimiyetini tekrardan tesis edemeyeceği tehlikeli kriminal süreci başlatmış ve süreci elinden çıkartarak faili azmettirecek bir başka azmettirenin eline bırakmıştır. Bir kimseyi azmettirmekle hukuksal değerlere yönelik tehlikenin ortaya çıkmasına neden olan asıl azmettiren, bu şekilde elinden gelen gayreti göstermiştir. Dolayısıyla daha bu aşamada dış âleme yansıyan bir haksızlık işlenmektedir. Aracı azmettirenin asıl azmettirenin azmettirme teklifini reddetmesi, bu tehlikenin varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Cezalandırılabilirliğin aşırı genişletilmiş olacağı eleştirilerini bertaraf etmek için başarısız zincirleme azmettirmenin cezalandırılması konusunda hâkime takdir yetkisinin verilmesi mümkündür.¹³⁴

Zaczyk'a göre iradelerin birbirine bağlanmasının özel tehlikeliliği, başarısız zincirleme azmettirmenin cezalandırılmasının sebebi olarak kabul edilemez. Çünkü ACK m 30 hükmü, ceza hukukunun temel ilkelerinden kusur ilkesini ihlal ettiği için hukuk devleti ve anayasayı da ihlal etmektedir. Bu yüzden zincirleme azmettirmeye teşebbüs olayları cezalandırılabilir değildir.¹³⁵ Ancak *Letzgus*, etkinin aracı azmettirene ulaşması ve failin fiili işleme kararını alması durumunun yani neticesiz zincirleme azmettirmenin cezalandırılabilir olduğunu kabul etmiştir.¹³⁶

Thalheimer'e göre zincirleme azmettirmeye teşebbüste fiili işleyecek olan, daha doğrusu muhtemel faili araştırıp bulması için aracı azmettireni kendi yerine koyan asıl azmettiren, azmettirme mesajını elinden çıkarmakla hukuksal değerlere yönelik önemli bir tehlikenin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Asıl azmettiren fiil üzerinde etkisini gerçekleştirdiği için aracı azmettirenin onun yerine muhtemel bir faili araştırıp bulması, ilk azmettirme olayından bağımsız düşünülemez. Faili azmettirmesi için bir başkasını azmettirmekle kendi yerine başkasını koyup olayı elinden çıkarmak asıl azmettireni sorumluluktan kurtarmaz. Aksine sadece öne çekilmiş nedensellik sürecinden önemsiz ve genel yaşam deneyimlerine göre öngörülebilirliğin sınırında yer alan bir sapma gerçekleşmiş olur. Nedensellik sürecinden yaşanan bu sapma fiilden bir sapma olarak değerlendirilemez. İkinci (aracı) azmettirenin fiili kendisinin mi işleyeceği yoksa üçüncü bir kişiyi mi azmettireceği her halükârda aracı azmettiren açısından önem arz etmektedir. Bu, asıl azmettiren için de geçerlidir. Çünkü azmettirmeye ilişkin ACK m 26'da azmettiren fail gibi cezalandırılmaktadır. Kanun koyucu, azmettirme hareketinin değersizliğini failin işlediği fiilin değersizliği ile eşdeğer görmektedir. Bazı durumlarda azmettirenin kastından önemli derecede sapma gerçekleşebilir. Bu tarz olaylarda her hâlükârda önemsizlik ölçütünden yola çıkılmalıdır. Bu, aracı azmettirenin fiili kendi başına işlemediği ve ancak işlemesi için üçüncü bir kimseyi azmettirdiği olaylar için de geçerlidir. Fiili bizzat işlediği veya işlemesi için başkasını azmettirdiği her iki durumda da asıl azmettiren, artık denetleyemeyeceği bir süreçle ilişkin kendiliğinden bir dinamizmin gerçekleşmesine neden olmuştur.¹³⁷

¹³⁴ Tokdemir (n 2) 218.

¹³⁵ Camargo (n 66) 737.

¹³⁶ Letzgus (n 7) 145, 148.

¹³⁷ Thalheimer (n 44) 64–65.

Doktrinde zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması, esasen azmettirmeye teşebbüsün dogmatik olarak cezalandırılmasına ilişkin düşüncelerin temeli olarak kabul edilen “şeriklik fiilinin haksızlığı” hususuna dayandırılır. Zincirleme azmettirmede aracı azmettirenin azmettirmeye yönelik planını uygulayabilmesi için, zincirin başındaki (asıl) azmettirenin onu azmettirmek suretiyle suç işleme yönündeki kötü iradesini ortaya koymuştur. Asıl azmettiren, bir başkasını azmettirmeye azmettirerek bundan sonraki nedensel süreç üzerindeki etkisini (gücünü) tamamen kendi elinden çıkarmış ve bunu azmettirdiği kişinin (aracı azmettirenin) eline vermiştir. Aracı azmettiren, faili azmettirmede başarılı olmakla asıl azmettirenin ortaya koyduğu (soyut) tehlikeyi azaltmamıştır. Asıl azmettiren, aracı azmettirenin faili azmettirmesi için elinden geleni yaptığında, fakat aracı azmettirenin azmettirmesi başarısız olduğunda, bu başarısızlıkla asıl azmettiren ahlakının kötü olmadığı şeklinde bir savunmadan yararlanamaz. Bir üçüncü kişiyi azmettirmek suretiyle hukuksal değerlere yönelik tehlikeye yol açması asıl azmettirenin cezalandırılabilmesi için yeterlidir.¹³⁸ Zira şeriklik fiilinin haksızlığı, zincirleme azmettirmeye teşebbüste varlığını devam ettirmekte ve kriminal nedensel sürecin aracı azmettirenin eline geçmesiyle hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlike bu haksızlıktan ileri gelmektedir.

3. Uygulamadaki Durum

Alman hukukunda zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği uygulamada da kabul edilmektedir.¹³⁹

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi’nin 1991 yılında zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu yönünde verdiği bir kararına konu olayda S, sevgilisi K ile evlenebilmek için hasta olan karısını zehirleyerek öldürecek kişiyi azmettirmek üzere B’yi azmettirir. Ancak B’nin S’nin karısını öldürecek kişiyi azmettirmesi başarıya ulaşmaz. İlgili eyalet mahkemesi zincirleme şekilde gerçekleşen azmettirmeye teşebbüsün icrasının başlamadığını ve bundan hareketle zincirleme azmettirmeye teşebbüsün gerçekleşmediği yönünde hüküm kurarken; Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi doğrudan doğruya icranın başladığından hareketle zincirleme azmettirmeye teşebbüsün gerçekleştiği sonucuna varmıştır.¹⁴⁰

Alman Federal Mahkemesi (AFM)¹⁴¹ 27.01.1955 tarihinde verdiği bir kararında 1953 yılında ACK’de konuya ilişkin yapılan değişikliği incelemiş ve yaptığı incelemede azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs anlamında kullanılan “...veya bir cürme azmettirmek için” ibaresinin hükümde yer almasına gerek olmadığını ve cürüm niteliğindeki bir fiile azmettirmeye teşebbüsün şeriklik hareketini de ihtiva ettiği sonucuna varmıştır. Şeriklik fiiline azmettirmenin mümkün olduğu yorumunu yapan AFM, zincirleme azmettirmeye

¹³⁸ Detaylı bilgi için bkz Lüthke (n 22) 47–53; Selter (n 17) 272; Letzgus (n 7) 148.

¹³⁹ BGHSt 7, 234, 236; Tokdemir (n 114) 1777 vd.

¹⁴⁰ Tokdemir (n 114) 1777 vd. Ayrıca bkz Tokdemir (n 2) 112.

¹⁴¹ BGH: Bundesgerichtshof.

teşebbüsün bu kapsamda cezalandırılabilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. AFM, o dönem vermiş olduğu bu kararında zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin zincirleme azmettirmenin cezalandırılmasındaki gerekçeye dayanmadığını ve azmettirmeye başlı başına bir haksızlık tipi gerçekleşmediğinden bu fiilin cezalandırılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁴² Söz konusu değişikliğin yapıldığı dönemde şeriklik fiilinin azmettirmeye teşebbüsün konusu olabileceği, kanuna açıkça yazılmasa da zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu Alman uygulamasında kabul edilmiştir.

AFM'nin bahsi geçen kararından sonra, o dönem doktrininin bir kısmı, azmettirmeye teşebbüsün konusu olan ceza özel kısmındaki ilgili suç tipinin sadece bağımsız şeriklik hareketini cezalandıran bir hüküm olması halinde, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün, azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm kapsamında cezalandırılabilmesini kabul ediyordu. Cürüm kavramının şeriklik fiilini kapsayacak kadar genişletilmesi fonksiyonuyla zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği noktasında şeriklik hareketinin asıl fiil gibi cezalandırılması fiilin cürüm olması kuralının bir istisnası olarak görülüyordu.¹⁴³

Selter; zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılma gerekçesinin aracı azmettirenin başarısız olmasında (faili azmettirmemesinde) aranması gerektiğini, bu fiilin cezalandırılabilirliğinin kriminal olayın elden çıkarılmasıyla yani azmettirenin kriminal olay üzerindeki hâkimiyetini terk etmesiyle açıklanabileceğini ileri sürmüş ve bundan hareketle AFM'nin bu kararını eleştirmiştir.¹⁴⁴

4. Kanaatimiz

Azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanı olarak cezalandırılmasında, yukarıda kabul ettiğimiz “azmettirenin kriminal olay üzerindeki hâkimiyetini kaybetmesiyle hukuksal değerlere yönelik özel bir tehlikenin gerçekleştiği” gerekçesinin zincirlemeye azmettirmeye teşebbüsün iştirakin ön alanı olarak cezalandırılmasında da dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırmaya layık bir fiil olması, kriminal olay üzerindeki hâkimiyetin elden çıkarılmasıyla hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlikeye dayanır. Asıl azmettirenin bir üçüncü kişiyi (faili) azmettirmesi için aracı azmettireni azmettirmesiyle kriminal nedensel süreç elden çıkarılmıştır. Asıl azmettiren, aracı azmettireni harekete geçirerek elinden geleni yapmak suretiyle hukuksal değerlere yönelik tehlikenin gerçekleşmesine ve fiilin her an işlenebilme tehlikesine neden olmuştur. Zincire bir başka azmettirenin dâhil edilmesi ve dâhil edilen bu kişinin asıl azmettirmenin azmettirme teklifini kabul etmemesi, kabul etmesine rağmen faili azmettirme konusunda başarısız olması veya failin aracı azmettirenin teklifini reddetmesi, fiili işleme kararını almasına rağmen fiilini teşebbüs aşamasına taşıyamaması nedeniyle başarısız olması asıl azmettireni sorumluluktan kurtarmaz. Esasen asıl azmettiren yüzünden kriminal sürece suç

¹⁴² BGHSt 7, 234.

¹⁴³ *Selter* (n 17) 284.

¹⁴⁴ *Selter* (n 17) 286.

işleme konusunda fikri olmayan birden fazla kişi dâhil edilmiş ve hukuksal değerlere yönelik tehlike daha da artmıştır.

TCK'de azmettirmeye teşebbüs gibi zincirleme azmettirmeye teşebbüs fiili de cezalandırılmamıştır. ACK m 26'da belirtilmemesine rağmen zincirleme azmettirmenin cezalandırılabilirliği kabul edilmektedir. Ancak, ACK m 30/f 1'de zincirleme azmettirmeye teşebbüs açıkça zikredilerek cezalandırmaya layık görülmüştür. Alman kanun koyucu, doktrindeki tartışmaları göz önünde bulundurarak meseleye açıklık getirmek iradesiyle hareket etmiş ve kanun metninde zincirleme azmettirmeye teşebbüsü özellikle zikretmiştir. ACK'deki gibi TCK'de de azmettirmeye ilişkin hükümde (TCK m 38) zincirleme azmettirme açıkça belirtilmemiştir. TCK'de azmettirmeye teşebbüsü yaptırma bağlayan muhtemel bir hükümde açıkça belirtilmese bile zincirleme azmettirmeye teşebbüsün de cezalandırılması mümkündür. Zira zincirleme azmettirmeye teşebbüs kavramının kanun metninde açıkça zikredilmesi zaruret teşkil etmemektedir.

Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi, Alman uygulamasında da tartışma konusu olmuştur. Şeriklik fiilinin kendisinin azmettirmeye teşebbüse konu olabileceği üzerinde durulmuş, meselenin azmettirmeye teşebbüse ilişkin hüküm (ACK m 30/f 1) kapsamında değerlendirilebileceği yani kanunda bu yönde bir düzenleme yapmaya gerek olmadığı kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, azmettirmeye teşebbüs gibi bunun özel bir durumu olan zincirleme şekli de Türk hukukunda Yargıtay kararlarına konu olmamıştır. Uygulamada meseleye ilişkin bir gelişmenin kaydedilmesi, kanaatimizce kanunda azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğine yönelik bir düzenlemenin yapılmasına bağlıdır.

D. Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüsün Tipikliği

Ceza hukukunda tipiklik, tüm suç tiplerinin özelliklerini taşıyan soyut ve çerçeve bir modeldir. İşlenen somut fiil, bu soyut tanıma uygun düşerse fiilin tipe uygunluğundan bahsedilir. İşlenen hareket suç tipindeki fiile, hareketi gerçekleştiren kişi suç tipindeki faile uygun olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, failin tipe uygun hareket etmesiyle kanunda tanımlanan tipik haksızlık işlenmiş ve bu şekilde fiilin haksızlık içeriği tipiklikteki unsurlar içerisinde ifade edilmiştir.¹⁴⁵ Bir kimsenin suça azmettirilmesiyle azmettirmeye ilişkin tipiklik (ACK m 26, TCK m 38) ihlal edilmiş ve azmettirme şeklindeki tipik haksızlık işlenmiştir. Böylece azmettirme şeklindeki tipik haksızlığın içeriğinin, azmettirmeye ilişkin tipikliğin objektif ve sübjektif unsurları içerisinde ifade edildiğinden bahsedilir.

Alman hukukunda azmettirmenin unsurları tipikliğin objektif (*objektiver Tatbestand*) ve sübjektif (*sübjektiver Tatbestand*) unsurları şeklinde ikiye ayrılır. Azmettirmenin objektif tipikliğinin ilk unsuru fail tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir asıl fiilin

¹⁴⁵ Koca ve Üzülmez (n 3) 108.

varlığıdır (*vorliegen einer vorsatzlichen rechtswidrigen Haupttat*).¹⁴⁶ Objektif tipikliğin ikinci unsuru faile fiili işleme kararının aldırılmasıdır (*Betimmen des Haupttäters zu dieser Tat*).¹⁴⁷ Azmettirmenin sübjektif tipikliği ise kasttır. Kastın hem asıl fiilin varlığı hem de bu asıl fiili işleme kararının aldırılması bakımından kasten hareket etmiş olmak şeklinde çifte azmettirme kastı (*doppelter Anstiftervorsatz*) olması gerekir.¹⁴⁸

Alman hukukunda asıl fiilin işlenmediği hallerde failin azmettirilmesi ACK m 30/f 1 hükmü kapsamında cezalandırılabilir olduğundan asıl fiilin işlenmesi, azmettirmeye teşebbüsün objektif unsuru olarak aranmamaktadır.¹⁴⁹ Azmettiren, asıl fiilin icrası başladığı zaman azmettirmeden; asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmamış olması durumunda azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılır.¹⁵⁰ Azmettirmenin zincirleme şeklinde gerçekleştiği bir durumda zincirdeki tüm azmettirenler azmettirmeye teşebbüsten sorumlu tutulur.

Azmettirmeye teşebbüsün tipiklik yapısı azmettirmenin tipikliğiyle benzer olduğu için azmettirmeye teşebbüse ilişkin tipikliğin objektif ve sübjektif unsurlarının tespitinde azmettirmenin yapısının göz önünde bulundurulması gerekir. Azmettirmeye teşebbüsün tipiklik unsurları, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün de tipiklik unsurlarıdır. Çünkü zincirleme azmettirmeye teşebbüste sadece zincirdeki azmettirme sayısı artmaktadır.

1. Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüsün Objektif Tipikliği

Azmettirmeye teşebbüste azmettirmenin objektif unsurlarından asıl fiilin varlığı eksik kalmaktadır. Asıl fiilin eksikliğine rağmen faile fiili işleme kararının aldırılmış olmasına teşebbüsün gerçekleşmesi gerekir.¹⁵¹ Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine ilişkin incelemede teşebbüs kurumundan faydalanılmaktadır. Buna göre azmettirmeye teşebbüsün birinci objektif unsuru faile fiili işleme kararını aldirmaya teşebbüs etmektir.¹⁵²

Azmettirmeye teşebbüste ya faile fiili işleme kararının aldırılmasına neden olunmamıştır ya da faile fiili işleme kararının aldırılmasında başarıya ulaşılmış, ancak failin fiili teşebbüs aşamasına varmamıştır.¹⁵³ Her iki durumda da azmettirenin faile fiili işleme

¹⁴⁶ Heinrich (n 15), §37, Rn 1283; Geppert (n 11) 301; Fischer (n 15), §26, Rn 2.

¹⁴⁷ Geppert (n 11) 303; Thomas Dräger und Egbert Rumpf-Rometsch, *Die Fälle-Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Fall-Fallag 2019), Fall: 30, Rn 5; Heinrich (n 15), §37, Rn 1283.

¹⁴⁸ Vogler (n 49) 338; Keiler Johannes and David Roef, 'Forms of Participation', *Comparative Concepts of Criminal Law, (203-234), United Kingdom 2016*. (2nd edn, Intersentia 2016) 249; Foster and Sule (n 47) 375; Kai Ambos and Stefanie Bock, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)* (1st edn, Ashgate 2013) 334; Heribert Schumann, 'Criminal Law' in Mathias Reimann and Joachim Kretschmer (eds), *Introduction to German Law* (2nd edn, 2005) 405; Keiler (n 12) 178; Heinrich (n 15), §37, Rn 1305; Putzke (n 49) 1087. LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 21.04.1986-2 StR 661/85: 'Bestimmtheit der Tat bei Anstiftung' NStZ 1986, 407; LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 29.10.1997-2 StR 239/97.

¹⁴⁹ Fischer (n 15), §26, Rn 2.

¹⁵⁰ Roxin (n 15), §28, Rn 37.

¹⁵¹ Heine und Weißer (n 114), §30, Rn 17.

¹⁵² Geppert (n 57) 550.

¹⁵³ Geppert (n 57) 550.

kararının aldırılmasına teşebbüs etmesi yani faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlanmış olması gerekir.¹⁵⁴ Azmettirenin failde fiili işleme kararını uyandırmada başarılı olması, fiili işleme kararının doğrudan doğruya icrasının başlamış olması demektir.¹⁵⁵ Azmettirmenin icrasına başlanmış olsa dahi azmettirenin elinde olmayan nedenlerden dolayı asıl fiilin icrası başlamamış ya da asıl fiil hazırlık aşamasında kalmıştır.¹⁵⁶

Alman hukukunda faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasına başlama sınırının belirlenmesi doktrinde azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine ilişkin tartışmaların mihenk taşıını oluşturmaktadır.¹⁵⁷ Doktrinde, teşebbüs kurallarına kıyasen azmettirmeye teşebbüsün tipikliğinin cezalandırılabilirlik sınırının bağımsız olarak belirlenebileceği kabul edilmiş ve bu sınırın belirlenmesi noktasındaki tartışma, suç daveti içerikli mesajın yani faili azmettirmeye yönelik söylem ve hareketlerin ona ulaşmasının gerekip gerekmediği hususu üzerinden yapılmıştır.¹⁵⁸

Doktrinde azmettirmeye teşebbüsün başlangıç sınırının tespitine ilişkin iki görüş ileri sürülmüştür.¹⁵⁹ Birincisi, azmettirme açıklamasının en azından faile ulaşmasını kabul eden görüştür. İkincisi, azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekli olmadığını ileri süren görüştür.¹⁶⁰

Azınlıkta kalan birinci görüşe göre azmettirmeye teşebbüste faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrasının başlaması için azmettirme açıklamasının azmettirmeye ulaşması gerekir.¹⁶¹ **Baskın olan ikinci görüşe göre** azmettirme açıklamasının yapılmasıyla faile fiili işleme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası başlamıştır. Azmettirmeye teşebbüste icranın başlaması, azmettirme açıklamasının faile ulaşmasına bağlı değildir. Azmettirmeye yönelik açıklamalarla olayın bundan sonraki seyri azmettirenin hâkimiyetinden çıkmıştır. Azmettiren, bu ana kadar elinden geleni yapmıştır.¹⁶²

¹⁵⁴ Fischer (n 15), §30, Rn 9a; Murmann (n 44), §30, Rn 17, 18.

¹⁵⁵ Kleszczewski (n 114), §7, Rn 827.

¹⁵⁶ Jescheck und Weigend (n 44) 701; Geppert (n 11) 302.

¹⁵⁷ Frister (n 57), 29. Kapitel, Rn 32; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 249; Eva Graul, ‘Zur Bestimmtheit des Anstifter-und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung’ [1999] JR/Heft 6 248, 251; Andreas (n 59) 268.

¹⁵⁸ Bloy (n 62) 496; Kretzschmar (n 57) 18–19.

¹⁵⁹ Görüşler için bkz aktaran Heine und Weißer (n 114), §30, Rn 18; Geppert (n 57) 550–551; Schröder (n 16) 290; Joecks und Jäger (n 49), §30, Rn 10; Graul (n 157) 251–252; Kühl, ‘Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung’ (n 44) 877; Putzke (n 49) 1087.

¹⁶⁰ Görüşler hakkında detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz Tokdemir (n 2) 274–283.

¹⁶¹ Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz Rengier (n 16), §47 Rn 21; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 249; Kühl, ‘Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung Und Beendigung’ (n 44) 877; Kühl, ‘Versuch der Beteiligung’ (n 44), §30, Rn 4; Heine und Weißer (n 114), §30, Rn 18; Andreas (n 59) 268; Zipf (n 16) 144; Putzke (n 49) 1087; Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht* (4. Aufl, C H Beck 2017), §28, Rn 18; Stratenwerth und Kuhlen (n 64), Rn 175; Joecks (n 44), §30, Rn 37; Thalheimer (n 44) 37–38.

¹⁶² Görüş hakkında detaylı bilgi için bkz Rengier (n 16), §47, Rn 21; Beckemper und Cornelius (n 96), §30, Rn

Alman uygulamasında¹⁶³ yazılı veya herhangi bir şekilde yapılan azmettirme açıklamasının faile ulaşmasının gerekmediğinden hareketle ikinci görüş savunulmuştur. Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için azmettirme açıklamasının yapılması yeterlidir. Çünkü bu açıklamanın yapılmasıyla azmettiren olay üzerinde hâkimiyet (kontrol) kaybı yaşamıştır.¹⁶⁴ Uygulamada, hâkimiyet kaybının gerçekleşmesi için azmettirme açıklamasının muhtevasında failden işlenmesi istenilen fiilin yeterli bir şekilde somutlaştırılması (*hinreichende Tatkonkretisierung*) gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶⁵ Azmettirmeye teşebbüsün icrasının başladığı an, yeterince somutlaştırılmış fiilin işlenmesi için failin ikna edilmesine yönelik olarak azmettirenin azmettirme açıklamasını yapıp bu açıklamayı terk ettiği andır.¹⁶⁶

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste ya asıl azmettirenin (aracı azmettireni) azmettirmesi başarısız olur ve bu durumda azmettirme zinciri erken bir aşamada kesilir ya da aracı azmettirenin (faili) azmettirmesi başarısız olur ve azmettirme zinciri asıl fiilin işlenmesine yakın bir aşamada kesilir. Diğer bir ifadeyle asıl azmettiren, aracı azmettireni faili azmettirmeye ikna edememiş yani aracı azmettirene faile “azmettirme kararını” aldırnamamıştır. Asıl azmettirenin azmettirmesinin teşebbüs aşamasında yani akim kaldığı bu durum azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs olarak ortaya çıkar. Zincirlemeye azmettirmeye teşebbüsün bu türünde (başarısız zincirleme azmettirme) teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığından bahsedilemez. Asıl azmettiren, ikna etmesine rağmen azmettirme kararını alan aracı azmettiren faile fiili işleme kararını aldırnamamış olabilir veya fiili işleme kararını aldırma başarılı olmasına rağmen failin fiili teşebbüs aşamasına varmamış olabilir. Aracı azmettirenin azmettirmesinin teşebbüste kaldığı bu durum azmettirmeye teşebbüse azmettirme olarak gerçekleşir. Zincirlemeye azmettirmeye teşebbüsün bu türünde (neticesiz zincirleme azmettirme) de teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin varlığından bahsedilemez. Her iki durumda da cezalandırılabilir bir asıl fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden hem asıl azmettirenin hem de aracı azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten sorumluluğu cihetine gidilebilir. Başarısız zincirleme azmettirmenin gerçekleştiği durumda asıl azmettirenin aracı azmettirene azmettirme kararını aldırma teşebbüs etmesi yani doğrudan doğruya icrasına başlamış olması gerekir. Neticesiz zincirleme azmettirmenin gerçekleştiği azmettirmeye teşebbüse azmettirmede aracı azmettirenin faile fiili işleme kararını aldırmasına teşebbüs etmesi yani doğrudan doğruya icrasına başlamış olması gerekir.

Kanaatimizce azmettirmeye teşebbüsün doğrudan doğruya icra başlangıcı için doktrinde ve uygulamada kabul edilen baskın görüş zincirleme azmettirmeye teşebbüsün icra

11; Andreas (n 59) 268; Hilgendorf und Valerius (n 52), §10, Rn 129; Zipf (n 16) 144; Kühl, ‘Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung’ (n 44) 877; Bloy (n 62) 496.

¹⁶³ Uygulamadaki durum hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 283–292.

¹⁶⁴ BGHSt 8, 261 (Rengier (n 16), §47 Rn 22). AFM’nin görüşü için bkz Geppert (n 57) 550.

¹⁶⁵ BGH Urteil vom 5.2.2013–1 StR 405/12: ‘Tatkonkretisierung bei versuchter Anstiftung zu Tötungsdelikt’, NJW, 2013, 1106; LG Frankfurt am Main, BGH, Urteil vom 29.10.1997-2 StR 239/97; LG Saarbrücken, BGH Urteil vom 27.07.2000 4 StR 185/00; LG Zweibrücken, Urteil vom 17.12.2001-4024 Js 4536/01; BGH 8.5.2019-1 StR 76/19.

¹⁶⁶ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 249; Bloy (n 62) 496.

başlangıcının tespiti bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır. Asıl azmettiren tarafından azmettirme açıklamasının yapılmasıyla aracı azmettiren azmettirme kararının aldırılmasının doğrudan doğruya icrası başlamış yani zincirleme azmettirmeye teşebbüs edilmiştir. Aracı azmettirenin azmettirme kararını almaması ve bir başkasını azmettirmekten vazgeçmesi, azmettirme kararını alıp harekete geçmesi ve faile fiili işleme kararını aldırması veya aldırmasına rağmen failin fiili teşebbüs aşamasına taşıyamaması ve nihayetinde asıl failin her hâlükârda işlenmemesi asıl azmettirenin haricinde gerçekleşen durumlardır. Dolayısıyla zincirleme azmettirmeye teşebbüste azmettirmeye teşebbüsün icrasının başlaması için başarısız zincirleme azmettirmede azmettirme açıklamasının aracı azmettiren, neticesiz zincirleme azmettirmede faile ulaşması gerekmemektedir. Azmettirmeye yönelik açıklamalarla olayın bundan sonraki seyri asıl azmettirenin hâkimiyetinden çıkmıştır. Bir başka azmettirenin dâhil etmek suretiyle kriminal nedensel süreci harekete geçiren asıl azmettiren, bu ana kadar elinden geleni yapmış, olayların seyrini bir başka azmettirenin (aracı azmettirenin) eline bırakmıştır. Zincirleme azmettirmeye teşebbüste azmettirmenin doğrudan doğruya icrasının başlaması için azmettirmeye yönelik söz ve hareketlerin aracı azmettiren ulaşması gerekmemektedir.

Objektif tipikliğin ikinci unsuru azmettirmeye teşebbüs konusu failin cürüm¹⁶⁷ niteliğinde bir fiil olmasıdır.¹⁶⁸ Azmettirmeye teşebbüsün konusu cürüm olabileceği gibi cürüm azmettirme de olabilir. ACK m 30/f 1 kapsamında zincirleme azmettirmeye teşebbüs açıkça cezalandırıldığı için azmettirmenin konusunu başka bir azmettirme fiili teşkil edebilir.¹⁶⁹

ACK m 30'da¹⁷⁰ yapılan atıfla zincirleme azmettirmeye teşebbüsün, azmettirmeye teşebbüsün özel bir görünüş şekli olan gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs

¹⁶⁷ Alman hukukunda suçlar cürüm (*Verbrechen*) ve cünha (*Vergehen*) şeklinde ayrılmıştır. Bu ayırım ACK m 12'de düzenlenmiştir. Birinci fıkrada “*alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası tehdidi altına alınmış hukuka aykırı fiiller*” cürüm olarak, ikinci fıkrada “*alt sınırı bir yıldan az hapis cezası veya para cezası tehdidi altına alınmış hukuka aykırı fiiller*” cünha olarak tanımlanmıştır. Üçüncü fıkrada ise “*genel kısımdaki hükümler gereğince veya çok ağır veya hafif haller için cezada yapılması öngörülen artırım veya indirimlerin*” bu ayırım bakımından dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Kanun metninin çevirisi için ayrıca bkz Yenisey ve Plagemann (n 2) 15.

¹⁶⁸ Kindhäuser (n 79), §43, Rn 1. TCK'da cürüm-cünha ayırımı yapılmaya bile (zincirleme) azmettirmeye teşebbüsün belli ağırlıktaki fiillerde cezalandırılabilirliğini kabul etmek gerekir. Türk hukukunda olması gereken hukuk bakımından kanunun genel hükümleri içerisinde yapılması muhtemel bir hükümde ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve alt sınırı en az iki yıl hapis cezası gerektiren suçlarda veyahut belli suç tiplerinde (kasten öldürme ve yalan tanıklık gibi) müstakil düzenlemelerle bu failin cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesini önermekteyiz. Önerimiz hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 438 vd.

¹⁶⁹ Heine und Weißer (n 114), §30, Rn 3.

¹⁷⁰ Azmettirmeye teşebbüsün sadece cürümlerde uygulanabileceği ACK m 30/f 1'de açıkça belirtilmiştir. Bkz Kindhäuser (n 79), §43, Rn 1; Dräger und Rumpf-Rometsch (n 147), Fall:30, Rn 2. Kural olarak cünhalarda ACK m 30/f 1 uygulanabilir değildir. Heine und Weißer (n 114), §30, Rn 9; Joecks (n 44), §30, Rn 14; Stratenwerth und Kühlen (n 64), Rn 171; Hilgendorf und Valerius (n 52), §10, Rn 122; Köhl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 246; Kleczewski (n 114), §7, Rn 824; Murmann (n 161), §28, Rn 6; Bohlander (n 96) 28, 176; Frister (n 57), 29. Kapitel, Rn 33; Bloy (n 62) 495; Kudlich (n 98) 292; Schmidt (n 53), §26, Rn 1093, 1093a; Köhler (n 49) 9. Kapitel, 546; Eser (n 44) §47, 205, 207; Desecker (n 44) 551.

(ACK m 159)¹⁷¹ kapsamında cezalandırılabilir olduğunu ifade etmek gerekir.¹⁷² Ancak ACK m 159’da özellikle zincirleme azmettirmeye teşebbüse ilişkin açık bir atıf bulunmadığı için, zincirleme azmettirme olaylarında ACK m 30’un uygulanmaması gerektiği yönünde bir görüş¹⁷³ ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre ACK m 159 kapsamında “azmettirmeye teşebbüse azmettirmeye teşebbüs”, “azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs” ve “azmettirmeye teşebbüse azmettirme” cezalandırılmamalıdır.¹⁷⁴ Ancak Alman hukukunda baskın görüş, zincirleme azmettirmeye teşebbüs olaylarında da bu maddenin uygulanabilirlik kabiliyetinin olduğu yönündedir.¹⁷⁵ *Söchroeder*; ACK m 159’daki atfın ACK m 30/f 1 metninin bütününe yönelik olduğunu, ACK m 159’daki atıf kapsamındaki cümlenin yapısı ve anlamı itibarıyla çok açık olduğunu, bu yüzden gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüsün zincirleme azmettirme olayları bakımından da uygulanabilir olduğunu ileri sürmüştür.¹⁷⁶

Kanaatimizce, ACK m 159’da zincirleme azmettirmeye teşebbüse atıf yapılmamış olsa bile ACK m 30/f 1 hükmünün açıkça uygulanacağı belirtilmiştir. ACK m 30, zincirleme azmettirmeye teşebbüs olaylarında uygulanabilme kabiliyetine sahip olduğuna göre genel hükme yönelik bu atıf zincirleme azmettirmeye teşebbüs olaylarını da kapsar.

Azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükmün sadece cürümlerde geçerli olduğu kanunda açıkça belirtile de istisnaları, ACK’nın özel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs (ACK m 159: *Versuch der Anstiftung zur Falschaussage*) örnek olarak gösterilebilir. Gerçek dışı beyanda bulunmaya azmettirmeye teşebbüs, cünha niteliğinde olmasına rağmen özel bir suç tipiyle bağımsız olarak cezalandırılmıştır. Bkz Johannes Wessels und Michael Hettinger, *Strafrecht Besonderer Teil I* (39. Aufl, C F Müller 2015), §17, Rn 780. İtihatlarda ACK m 30/f 1 hükmüyle uyumlu hareket edilerek azmettirmeye teşebbüsün sadece cürümlerde cezalandırılabilmesine vurgu yapılmıştır. Bkz LG Düsseldorf, BGH Urteil vom 14.08.2012-3 StR 252/12.

¹⁷¹ ACK m 159’a göre yemin etmeksizin yalan beyanda bulunma suçuna (ACK m 153) ve yemin yerine geçen gerçek dışı temin etme suçuna (ACK m 156) azmettirmeye teşebbüs hakkında otuzuncu maddenin birinci fıkrası ve otuz birinci maddenin birinci fıkrasının bir numaralı bendi ve ikinci fıkrası kıyasen uygulanır. Kanun metninin çevirisi için bkz Yenisey ve Plagemann (n 2) 257–258.

¹⁷² Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder und Manfred Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil (Teilband 2)* (10. Aufl, C F Müller 2012), §75, Rn 94; Manfred Heinrich, ‘Versuch der Anstiftung Zur Falschaussage’ in Dölling Dieter und andere (Hrsg), *Gesamtes Strafrecht (StGB, StPO, Nebengesetze) Hand Kommentar* (4. Aufl, Nomos 2017), §159, Rn 12. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün ACK m 111’de düzenlenen suç işlemeye alenen çağrıda bulunma suçu bakımından da söz konusu olabileceği hakkında bkz Maurach, Schroeder und Maiwald, §93, Rn 7. ACK m 111 şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Her kim alenen, bir toplantıda veya yazılar (md 11/f 3) yayarak hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi için çağrıda bulunursa azmettiren (md 26) gibi cezalandırılır. (2) Çağrı neticesiz kalırsa beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezasına hükmolunur. Bu gibi hallerde fail hakkında hükmedilecek ceza, birinci fıkra uyarınca çağrının neticesi olarak işlenecek suç için öngörülen cezadan daha ağır olamaz; bu durumda m 49/f 1, b.2 uygulanır.” Kanun metninin çevirisi için bkz Yenisey ve Plagemann (n 2) 205.

¹⁷³ *Leckner*, ACK m 159’da özellikle zincirleme azmettirmeye teşebbüsten bahsedilmediği için neticesiz azmettirme olaylarının bu bağlamda cezalandırılmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz aktaran Thomas Vormbaum, ‘Versuchte Beteiligung an der Falschaussage-zum Verhältnis der §§30 Und 159-’ in Thomas Vormbaum (ed), *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik (A. Gipperich-Redaktion)*, vol Band 3 (1. Aufl, LIT 2011) 186.

¹⁷⁴ Heinrich (n 172), §159, Rn 12; Jens Andreas Sickor, ‘Die Strafbarkeit der Teilnahme an der versuchten Anstiftung zur Uneidlichen Falschaussage (§159 StGB)’, *ZStW/Heft 2*, 2011, V 123, I 2’, (2011) 123 *ZStW/Heft 2* 284, 290–291, 301–302; Vormbaum (n 173) 186, 187.

¹⁷⁵ Maurach, Schroeder und Maiwald (n 172), §75, Rn 94; Heinrich (n 172), §159, Rn 12.

¹⁷⁶ Bkz aktaran Vormbaum (n 173) 186.

2. Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüsün Sübjektif Tipikliği

Azmettirmeye teşebbüste gerçekleşen başarısızlık azmettirmenin objektif tipikliğinde meydana gelir. Azmettirmenin sübjektif tipikliğinde farklılaşma veya eksilme/azalma gerçekleşmez.¹⁷⁷ Azmettirmenin sübjektif tipikliği bakımından aranan unsurlar azmettirmeye teşebbüsün sübjektif tipikliği için de geçerlidir.¹⁷⁸ Azmettirmeye teşebbüsün sübjektif unsuru kasttır. Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için kasten hareket etmesi gerekir.¹⁷⁹ Kastın, hem asıl fiilin varlığı hem de bu asıl fiili işleme kararının aldırılması bakımından kasten hareket etmiş olmak şeklinde çifte azmettirme kastı (*doppelter Anstiftervorsatz*) olması gerekir.¹⁸⁰ Diğer bir anlatımla, azmettirenin hem faile fiili işleme kararını aldırma kastını hem de asıl fiilin işlenmesi kastını taşıması gerekir.¹⁸¹ Azmettirenin kastının, fiilin tamamlanmasına yönelik olması gerekir.¹⁸² Azmettirenin fiilin tamamlanmasına yönelik kastının olmaması, azmettirmede çifte kastın gerçekleşmemesi demektir. Bu durumda cezalandırılabilir azmettirmeden bahsedilemez. Çünkü azmettirenin iradesi failin fiili tamamlanmasına yönelmemiştir. Failin fiilini teşebbüs aşamasında bırakması kastıyla hareket eden ajan provokatör azmettiren sıfatıyla cezalandırılmaz.¹⁸³

Kast, objektif tipikliğin bilerek (*Wissen*) ve istenerek (*Wollen*) gerçekleştirilmesidir.¹⁸⁴ Kısacası azmettirenin bir kimseye suç işletme isteğidir.¹⁸⁵ Azmettirenin azmettirmeye teşebbüsün objektif tipikliğine ait unsurları bilmesi ve istemesi gerekir. Bir kimsede suç işleme düşüncesinin uyandırılması ve o kimseye suç işleme kararının aldırılması kasten hareket etmeyi gerektirdiği için azmettirmenin taksirle gerçekleşmesi mümkün değildir.¹⁸⁶

Azmettirenin hem faile fiili işleme kararını aldırma kastının hem de asıl fiilin işlenmesine yönelik kastının olası kast olması (*bedingter Vorsatz*) yeterli kabul

¹⁷⁷ Roxin (n 15), §28, Rn 14; Bloy (n 62) 495; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 251; Kühl, ‘Versuch der Beteiligung’ (n 44), §30, Rn 5; Geppert (n 57) 549; Kindhäuser (n 79), §43, Rn 9; Geppert (n 57) 549; Jäger (n 49), §6, Rn 276; Krey und Esser (n 49), Rn 1334b; Klieschewski (n 114), §7, Rn 826; Heine und Weißer (n 49), §30, Rn 17; Rene Bloy, ‘Zur “Ernslichkeit” des Versuchs Einer Anstiftung Zum Mord (Anmerkung-BGH, 10.6.1998-3 StR 113/98)’ [1999] JZ, 54. Jahre, Num 3 156, 156; Murmann (n 161), §28, Rn 12; Hilgendorf und Valerius (n 52), §10, Rn 128.

¹⁷⁸ Geppert (n 57) 549.

¹⁷⁹ Murmann (n 44), §30, Rn 15; Geppert (n 57) 549; Dennis Bock, ‘Grundwissen Zur Anstiftung (§26 StGB)’ [2007] JA 599, 602.

¹⁸⁰ Vogler (n 49) 338; Johannes and Roef (n 148) 249; Foster and Sule (n 47) 375; Ambos and Bock (n 148) 334; Schumann (n 148) 405; Keiler (n 12) 178; Heinrich (n 15), §37, Rn 1305; Putzke (n 49) 1087. LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 21.04.1986-2 StR 661/85; LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 29.10.1997-2 StR 239/97.

¹⁸¹ Heinrich (n 15), §37, Rn 1283.

¹⁸² Stratenwerth und Kuhlen (n 64), Rn 166.

¹⁸³ Gözde Kazaker, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2019) 278.

¹⁸⁴ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §5, Rn 6; Rengier (n 16), §14, Rn 5.

¹⁸⁵ Özkan (n 5) 113.

¹⁸⁶ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §5, Rn 196; Fischer (n 15), §26, Rn 7.

edilmektedir.¹⁸⁷ Faile fiili işleme kararının aldırılması kastı, azmettirenin failde fiili işleme kararının ortaya çıkacağını bildiği ve en azından onu göze aldığı yani kabullendiği (*billigend in Kauf nehmen*)¹⁸⁸ durumda söz konusu olur.¹⁸⁹ Azmettirenin “açıklamalarının, tasvirlerinin ve hareketlerinin diğer kişinin suç işleme kararını almasını sağlayacağını öngörüp kabullenmesi” durumunda olası kastla azmettirme söz konusu olur.¹⁹⁰ Bu kabullenme, olası kastla azmettirmede karşı tarafta “suç işleme düşüncesinin oluşabileceği hususunun göze alınması” durumunda gerçekleşmiş olur.¹⁹¹

Azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği azmettirenin kastının ciddi olmasını gerektirir.¹⁹² Azmettirmeye yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesiyle failde fiili işleme kararının uyandırılmasının hesaba katılması ve fiilin işlenmesinin istenmesi yeterli olmayıp azmettirenin suçun işlenmesi yönünde ciddi bir kast ile hareket etmesi gerekir.¹⁹³ Kastın ciddiliğinden anlaşılması gereken, azmettirenin failin fiili işlenmesini daha doğrusu fiilin tamamlanmasını ciddi olarak istemesidir. Azmettirenin suçun tamamlanması kastıyla hareket etmesi kastının ciddi olduğunu gösterir.¹⁹⁴ Azmettirenin çifte kastla ve fiilin tamamlanmasına yönelik kastla hareket etmesi kastının ciddi olmasını gerektirir. Ancak kastın ciddi olması, azmettirenin mutlaka doğrudan kastla hareket etmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Azmettirenin olası kast ile hareket etmesi kastının ciddiliği için yeterlidir.¹⁹⁵ Azmettiren, fiile ilişkin tipikliğin işlenmesi tehlikesini kabullendiğinde ciddilik gerçekleşmiş olur.¹⁹⁶ Azmettirenin, failin kayıtsız şartsız fiili işlemeye hazır olduğunu öngörmesi de gerekmemektedir.¹⁹⁷ Azmettiren, azmettirmeye teşebbüs fiilinin fail tarafından ciddiye alınabileceğini tahmin ediyor veya öngörüyorsa olası kastla azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi mümkündür.¹⁹⁸

Azmettirme ve azmettirmeye teşebbüsün subjektif tipikliğine ilişkin yapılan bu açıklamalar zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de geçerlidir. Asıl azmettirenin aracı azmettirenin faili azmettirmesine yönelik en az olası kastla, yani bu fiili kabullenerek hareket etmesi gerekir. Bu kastın, hem aracı azmettireni azmettirme kastını hem de aracı azmettirenin

¹⁸⁷ Beckemper und Cornelius (n 96), §30, Rn 8; Wessels, Beulke und Satzger (n 15), §16, Rn 806; Kudlich (n 98) 278; Bloy (n 177) 156; Murmann (n 44), §30, Rn 15; Bock (n 179) 602.

¹⁸⁸ Özkan (n 5) 122.

¹⁸⁹ Heinrich (n 15), §37, Rn 128; Frister (n 57), 29. Kapitel, Rn 31; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 251; BGHSt 44, 99 (Rengier [n 16], §47, Rn 9, 10).

¹⁹⁰ Satzger (n 97) 517.

¹⁹¹ Demirel (n 47) 432.

¹⁹² Thalheimer (n 44) 29; Bloy (n 177) 158; Beckemper und Cornelius (n 96), §30, Rn 9; Baumann und Weber (n 57) 591; Murmann (n 44), §30, Rn 15; Geppert (n 57) 550; Graul (n 157) 249; Kretzschmar (n 57) 33. LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 29.10.1997-2 StR 239/97.

¹⁹³ Roxin (n 15), §26, Rn 130.

¹⁹⁴ Zipf (n 16) 142; Roxin (n 15), §28, Rn 14; Kühl, ‘Versuch der Beteiligung’ (n 44), §30, Rn 5; Joecks (n 44), §30, Rn 32; Roxin (n 18) 171; Hecker (n 15) 750; Roxin (n 15), §26, Rn 130.

¹⁹⁵ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (n 15), §20, Rn 251.

¹⁹⁶ Thalheimer (n 44) 29.

¹⁹⁷ Hilgendorf und Valerius (n 52), §10, Rn 128.

¹⁹⁸ Fischer (n 15), §26, Rn 9.

azmettirmesi sonucu failin fiili işleme kararını almasına neden olmayı kapsamı gerekir.¹⁹⁹ Azmettirme kastı bakımından aranan ciddilik unsuru zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de geçerlidir.

Azmettirenin azmettirme kastını yeterince somutlaştırması (*hinreichende Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes*) gerekir.²⁰⁰ Somutlaştırmadan anlaşılması gereken, asıl fiilin ana hatlarının (*wesentliche Merkmalen/Grundzügen*)²⁰¹ somut olarak failin önüne konulması ve bu konuda failin ikna edilerek fiili işleme kararını almasını sağlamaktır. Somutlaştırmada azmettirenin her ayrıntıyı resmetmesi gerekmez.²⁰² Fiilin somutlaştırılması zorunluluğu azmettirmede olduğu gibi azmettirmeye teşebbüs için de geçerlidir. Asıl fiilin teşebbüs aşamasına varmadığı durum, azmettirme kastı kapsamındaki fiilin somutlaştırılması ilkesini ortadan kaldırmaz.²⁰³ Azmettirmeye teşebbüsün zincirleme şekilde gerçekleştiği durumda da azmettirme konusu fiilin somut olarak ortaya konulması gerekir. Diğer bir ifadeyle, zincirleme azmettirmeye teşebbüste de asıl azmettirenin kastı kapsamındaki fiilin ana hatlarının ortaya konulması ve bu şekilde yeterince somutlaştırılması, yani yeterli derecede bir belirliliğin sağlanması gerekir.

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste asıl azmettirenin faili tanınması gerekmediği gibi aracı azmettirenlerin kim olduğunu ve sayılarını bilmesi gerekmez. Zincirde sonraki muhatabın belirlenebilir olması yeterlidir.²⁰⁴ Zincirde birbirine bağlanmış halka âdeti ve aradaki kişilerin failin ismini bilmeleri zorunlu değildir. Fiilin somutlaştırılması bakımından aradaki kişilerin şahsen belirlenebilir olması yeterlidir.

Somutlaştırmayı çok sınırlı olarak kabul eden *Schünemann*'a göre zincirleme azmettirmeye teşebbüste asıl azmettirenin ne failin ismini ne de işlenmesi planlanan fiilin zaman ve yerini ayrıntılarıyla bilmesi gerekir.²⁰⁵ *Joecks* ise özellikle ACK m 111 ile sınıırı çizmek için daha yüksek derecede bir somutlaştırmanın varlığını şart koşmaktadır.²⁰⁶

Thalheimer'e göre azmettirmede asıl fiilin işlenebilmesi için failin ortaya konulmuş olması yeterli kabul edilmektedir. Aynı yeterlilik, azmettirmeye teşebbüs ve onun özel bir durumu olan zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de geçerlidir. Ancak burada, özellikle failin fiili işleme kararını almasına neden olacak kadar asıl azmettirenin aracı azmettiren

¹⁹⁹ BGHSt 18, 161; BGH Urteil vom 2.9.1969-1. StR 280/69 (Selter [n 17] 284–285).

²⁰⁰ Schmidt (n 53), §26, Rn 1069; Graul (n 157) 248; Jäger (n 49), §6, Rn 279; Stratenwerth und Kuhlen (n 64), Rn 149; Murmann (n 44), §30, Rn 10; Hecker (n 15) 749; Heinrich (n 15), §39, Rn 1366; Küpper (n 16) 25. LG Zweibrücken, Urteil vom 17.12.2001-4024 Js 4536/01; LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 29.10.1997-2 StR 239/97. Azmettirme kastının somutlaştırılmasına ilişkin Alman hukukunda doktrinde ve uygulamada ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz Tokdemir (n 2) 319–328.

²⁰¹ Küpper (n 16) 25.

²⁰² BGHSt 37, 218. Karar için bkz Özkan (n 5) 113.

²⁰³ Roxin (n 15), §28, Rn 20; Stratenwerth und Kuhlen (n 64), Rn 175; Kretschmer (n 66) 401.

²⁰⁴ Geppert (n 57) 551; Selter (n 17) 284.

²⁰⁵ Bkz aktaran Thalheimer (n 44) 62–63.

²⁰⁶ Joecks (n 44), §30, Rn 41.

onun (fail) hakkında bilgi vererek şahsını somutlaştırması gerekir. Asıl fiilin yeterince somutlaştırılması ise asıl azmettirenin somutlaştırmasına bağlıdır. Asıl azmettirenin belirli bir mağdur veya fiilin işlenme şekli hakkındaki düşüncesini aracı azmettiren ile paylaşmış olması gerekir ki, aracı azmettiren bunu faile ya da üçüncü bir azmettirene aktarabilsin. Aracı azmettiren aracılığıyla gerçekleşen bu aktarım, artık asıl azmettiren aracılığıyla gerçekleşebilecek bir katkıya yani asıl azmettirenin bundan sonraki kendi katkısına tekabül eden davranışlara bağlı değildir. Çünkü artık asıl azmettirenin; işlenmesi düşünülen suçun türü, konusu ve işlenme şekli bakımından ve bununla zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılması adına korunan hukuksal değer bağlamında tipik kriminal bir nedensellik zincirinin başlamasına neden olması söz konusudur. Ayrıca yazara göre zincirde asıl fiilin işlenmesi bakımından uzak bir nedenin gerçekten cezalandırmaya değer olup olmadığı veya hazırlık aşamasında kalan bir nedenin uzak olması, azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirlik problemini de beraberinde getirir.²⁰⁷

AFM, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün subjektif fiil yönünü irdelerken ACK m 30/f 1 çerçevesinde azmettirme kastına ilişkin hususları azmettirmeye teşebbüste de kabul etmektedir. AFM'ye göre fiile ilişkin tüm plan aracı azmettirene ulaştığında, fiili işleyebileceği öngörüsüyle asıl azmettirenin şahsında fiil planının en azından somutlaştırılması gerekir.²⁰⁸ AFM, fiilin somutlaştırılmasıyla ilgili olarak iki önemli esastan hareket etmiştir. Bunlardan biri, ACK m 30/f 1 bakımından önemli olan ve fiilin işlenmesinde önemli bir rol oynayan azmettirenin planının dikkate alınmasıdır. Diğeri, hukuksal değerlerin tehlikeye sokulmasıdır. AFM'ye göre suça iştirakin hukuksal değerlere yönelik tehlikeyi arttırıp arttırmadığının, daha doğrusu korunan hukuksal değerlerin iştirak fiiliyle tehlikeye girip girmediğinin veya doğrudan bir zararın gerçekleşip gerçekleşmediğinin dikkate alınması gerekir. Bu suretle AFM, tehlikeyi kişinin iradesinden yani fiili işleme kararından doğan ve daha sonra birden fazla kişinin suç planı haline gelen tehlike olarak mütalaa etmiştir.²⁰⁹ Birden fazla iradenin birlikteliğinden doğan tehlikeden bahsedebilmek için planlanan fiilin yeterince somutlaştırılması gerekir.²¹⁰

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, 1991 yılında zincirleme azmettirmeye teşebbüse ilişkin verdiği kararında azmettirmeye teşebbüste aranan somutlaştırma ölçütünün burada da geçerli olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre azmettirenin azmettirmeye teşebbüsten cezalandırılabilmesi için azmettirilen fiil öyle somutlaştırılmalı ki bir başkasının bu fiili istediği zaman işleyebilmesi gerekir. Yüksek Mahkeme, kararında somut olayın şartları çerçevesinde fiilin işleneceği zaman ve yerin belirlenebilir olduğunu, azmettirenin kendisini başka bir isimle tanıtsa bile kimliğini aracı azmettirenden saklamadığını ve bunun yeterli olduğunu, aracı azmettirenin mağduru kendisine verdiği fotoğrafta gördüğünü, bu suretle faile mağdura ilişkin bilgiyi sağlamanın zor olmadığını, bunların mağduru tanırır

²⁰⁷ Thalheimer (n 44) 62–63.

²⁰⁸ BGHSt 18, 161; BGH Urteil vom 2.9.1969-1. StR 280/69.

²⁰⁹ BGHSt 18, 160. Karar için bkz Camargo (n 66) 743–744.

²¹⁰ Fischer (n 15), §30, Rn 7; Bloy (n 62) 493; Hecker (n 15) 749; Graul (n 157) 248; Kretschmer (n 66) 402; Tokdemir (n 114) 1781.

kıldığını, somutlaştırmanın yeterli derecede sağlanmış olduğundan hazırlık hareketleri aşamasının geçildiğini ve bu yüzden azmettirmenin teşebbüs aşamasının başladığı sonucuna varmıştır. Eyalet Mahkemesi ise azmettirenin fiilin işleneceği anı halen kendisinde saklı tuttuğunu, asıl azmettiren ile aracı azmettirenin fiilin kesin olarak işleneceği zaman ile ilgili ayrıntılı bir görüşmenin henüz gerçekleştirilmediğini²¹¹, azmettirenin daha sonra teslim edeceğini söylediği mağdura ait sadece bir fotoğraf verdiğini, aracı azmettirenin asıl azmettirenin ismini bilmediğini, fiilin ne zaman işleneceğinin kesin olarak bilinmeyeceğini, bu nedenlerden dolayı fiilin işlenmesine aracılık eden kişi ve fail için mağdurun yeterince somutlaştırıldığından bahsedilemeyeceğini hükmetmiş ve nihayetinde zincirleme azmettirmenin hazırlık aşamasında kaldığına hükmetmiştir.²¹²

Kanaatimizce, (zincirleme) azmettirmeye teşebbüs sorumluluğu için (asıl) azmettirenin bir kimseyi azmettirme ve asıl fiile yönelik kastının fiilin fail tarafından her an işlenebilmesini sağlayacak şekilde somutlaştırılması (belirliliğin sağlanması) gerekir. Somutlaştırmada azmettirenin fiile ilişkin bütün ayrıntıları ortaya koyması gerekmez, önemli hususları açıklaması yeterlidir. Azmettirenin, bundan sonra kendi katkısı aranmaksızın kriminal nedensel süreci elden çıkarması ve süreci failin hâkimiyetine terk etmesi sonucu failin fiili istediği zaman işleyebilecek şekilde fiile ilişkin önemli unsurlarda belirliliği/belirlenebilirliği sağlamasıyla kastının kapsamındaki fiili somutlaştırdığından bahsedilebilir.

E. Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüsün Yaptırımı

Zincirleme azmettirmeye teşebbüs, azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olarak ACK m 30/f 1'de açıkça düzenlenmiştir. 1975 yılında gerçekleştirilen kodifikasyon kapsamında bu fiil tekrardan cezalandırmaya layık görülmüştür.²¹³ Alman kanun koyucu, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün yaptırımını azmettirmeye teşebbüsün yaptırımıyla aynı sonuca bağlamıştır.²¹⁴ Alman hukukunda azmettirmeye teşebbüs için ceza yaptırımı öngörülmüştür.²¹⁵

²¹¹ Sadece mağdurdan bahsetmenin veya fiilin işlenmesine ilişkin ihtimaller üzerine konuşmanın, fiilin işlenmesi rizikosunun gerçekleşmesi anlamına gelmediği hakkında bkz Camargo (n 66) 754.

²¹² Tokdemir (n 114) 1781.

²¹³ Sippel (n 114) 336; Geppert (n 57) 551; Kühl, 'Versuch der Beteiligung' (n 44), §30, Rn 4; Joecks (n 44), §30, Rn 26, 39; Kroß (n 2) 250; Wessels, Beulke und Satzger (n 15), §16, Rn 923; Selter (n 17) 269; Thalheimer (n 44) 62; Schröder (n 16) 290; Selter (n 17) 280; Heine und Weißer (n 114), §30, Rn 16; Schneider (n 24) 99; Roxin (n 15), §28, Rn 31; Frister (n 57), 29. Kapitel, Rn 31; Beckemper und Cornelius (n 96), §30, Rn 12; Eser (n 44), §47, Rn 16; Kleczewski (n 114), §7, Rn 828; Krey und Esser (n 49), Rn 1334; Vormbaum (n 173) 185; Richard Busch, 'Zur Teilnahme an Den Handlungen des §49a StGB' in Friedrich-Christian Schröder und Heinz Zipf (Hrsg), *Festschrift für Reinhart Maurach* (C F Müller 1972) 245.

²¹⁴ Roxin (n 18) 169. Söz konusu hükümde ACK m 23/f 3'e yapılan atıf gereği azmettirmeye teşebbüsün elverişsiz teşebbüsü de kapsadığı kabul edilmiştir. Bkz Heine und Weißer (n 49), §30, Rn 8. ACK m 23/f 3'e göre mahkeme, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan araçların cinsinden dolayı suça teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak etmemişse failin

ACK m 30/f 1'e göre başkasını cürme azmettirmeye veya cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılır ve cezasında ACK m 49/f 1 uyarınca indirim yapılır. Hükümde zincirleme azmettirmeye teşebbüs ceza yaptırımını altına alınmış ve teşebbüse ilişkin hükümler uyarınca cezalandırılması öngörülmüştür. Cezada indirim yapılması zorunlu olup hâkime bu konuda takdir yetkisi verilmemiştir.²¹⁶

Cezayı indiren “Özel Kanuni Nedenler” başlıklı ACK m 49/f 1 uyarınca indirim yapılması kanunen öngörülmüş/hukuken kabul edilmişse müebbet hapis cezasının yerini üç seneden aşağı olmayan hapis cezası alır. Süreli hapis cezasında kanunda yazılı üst sınırın en fazla dörtte üçüne hükmedilebilir. Adli para cezasında aynı hüküm gün birimlerinin en yüksek sayısı için geçerlidir. Bir hapis cezasının yükseltilmiş olan alt sınırı şu şekilde indirilir: on veya beş senelik alt sınırı iki seneye, üç veya iki senelik alt sınırı altı aya, bir senelik alt sınırı üç aya; diğer hallerde kanuni alt sınıra kadar indirilir.²¹⁷

SONUÇ

Çalışmada, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliği meselesi Alman hukuku perspektifiyle ele alınmıştır. Alman hukukunda gerek normatif düzeyde gerekse uygulamada ve doktrinde cezalandırmaya layık görülen azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olarak kabul edilen zincirleme azmettirmeye teşebbüs fiili, ceza hukuku tekniği bakımından yapısal olarak incelenmiş ve cezalandırılmasının altında yatan düşünce ortaya konulmuştur. Bunun yanında çalışmada, Türk hukuku açısından hukuki değerlendirmelere de yer verilmiştir.

Çalışmada, her şeyden önce şeriklikten ve onun teşebbüs aşamasında kalmış halinden bahsedilmiştir. Suçun icrası aşamasında veya bu aşamadan önce suça iştirak eden, fakat kanunda tanımlı tipik fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan kişiye şerik; şerikin işlediği fiile de şeriklik denir. Fail tarafından kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş ve en azından teşebbüs aşamasına varmış bir asıl fiilin olmaması durumunda şerikliğin cezalandırılması kural olarak mümkün değildir. Bu durumda teşebbüs aşamasında kalmış şeriklik yani şerikliğe teşebbüs söz konusu olur. Asıl fiilin hazırlık hareketi niteliğini taşıyan şerikliğin başlı başına haksızlık teşkil etmesinden dolayı cezalandırılabilmesi için ceza kanununda müstakil norm/normlara ihtiyaç vardır. ACK m 30/f 1'de azmettirmeye teşebbüsün ceza yaptırımına bağlanması bunun bir örneğini teşkil eder. Aynı durum zincirleme şeriklik için de geçerlidir. Zincirleme şerikliğin cezalandırılması, şerikliğin cezalandırılabilirliğine ilişkin kurallara tabidir. Asıl fiilin işlenmediği zincirleme şeriklik durumlarında da zincirleme şerikliğe teşebbüs söz

ağır bilgi ve anlama hatasına (*grober Unverstand*) düşmesinden dolayı ACK m 49/f 2 uyarınca ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir. Bkz Vogler (n 49) 333. LG Berlin, BGH Urteil vom 2.03.2005 - 5 StR 518/04.

²¹⁵ Özkan (n 5) 93–94.

²¹⁶ Fischer (n 15), §30, Rn 19; Kindhäuser (n 79), §43, Rn 3; Heine und Weißer (n 114), §30, Rn 8, 42; Rengier (n 16), §47, Rn 3; Beckemper und Cornelius (n 96), §30, Rn 23; Kühl, ‘Versuch der Beteiligung’ (n 44), §30, Rn 9; Joecks (n 44), §30, Rn 70; Stratenwerth und Kuhlen (n 64), Rn 176; Murmann (n 44), §30, Rn 33; Lorenza Picotti, ‘Expanding Forms of Preparation and Participation’ (2007) 78 IRPL 405, 430.

²¹⁷ ACK m 49/f 1 madde metninin çevirisi için bkz Yenisey ve Plagemann (n 2) 41–42.

konusu olur. Teşebbüs aşamasında kalmış (zincirleme) şerikliğin cezalandırılması için bağımsız ceza normlarının üretilmesi gerekir.

Alman hukukunda zincirleme azmettirmeye teşebbüsün, azmettirmeye teşebbüsün özel bir durumu olarak kanunda açıkça cezalandırılması öngörülmüştür. Bu şekilde, zincirleme azmettirme de bir asıl fiil gibi azmettirmeye teşebbüsün konusu yapılmış ve azmettirmeye teşebbüs gibi cezalandırılmıştır. Asıl fiil işlenmediği için zincirleme azmettirmede bir başarısızlık durumu gerçekleşir. Bu başarısızlığı ifade etmek için doktrinde “azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs” kavramının doğru bir kullanım olmadığı ileri sürülmüş; bunun yerine akim kalmış zincirleme azmettirme anlamına gelen “başarısız zincirleme azmettirme” ve “neticesiz zincirleme azmettirme” kavramları önerilmiştir. Kanaatimizce zincirleme azmettirmeye teşebbüste akim kalmış zincirleme azmettirme kavramı yerine “azmettirmeye azmettirmeye teşebbüs” ve “zincirleme azmettirmeye teşebbüs” kavramlarının kullanılması ceza hukuku tekniği açısından daha doğrudur. Zira bu kavramlar, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün tüm türlerini ihtiva etmektedir.

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste başarısızlık aracı azmettirmenin azmettirme teklifini kabul etmemesi veya kabul etmesine rağmen faili azmettirmeye yönelik harekete geçmemesi aşamasında ortaya çıkabileceği gibi aracı azmettirenin azmettirmesine rağmen failin suçu işlemeyi kabul etmemesi veya kabul etmesine rağmen aldığı karar kapsamındaki suçun icrasına hiç başlamaması şeklinde de gerçekleşebilir. Bunun yanında aracı azmettiren hâlihazırda faili azmettirme kararını almış olabileceği gibi aracı azmettirenin azmettirmesine rağmen fail fiili işleme kararını önceden almış da olabilir. Bunlar, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün türlerinden başarısız, neticesiz ve elverişsiz zincirleme azmettirmenin gerçekleştiği olayları teşkil eder. Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün, etkisiz zincirleme azmettirme şeklinde de gerçekleşmesi mümkündür. Burada, ikinci azmettirme olayındaki aracı azmettiren failde fiili işleme kararının oluşmasını sağlar, fakat fail bu suçu işlemekten vazgeçer. Fail daha sonra ilk azmettirme olayından tamamen bağımsız olarak tekrardan aynı fiili işleme kararını alır. Bahsi geçen bu durumların hepsindeki ortak nokta, işlenmiş bir haksızlığın (en azından teşebbüs aşamasına varmış bir fiilin) varlığının eksik olması, zincirleme azmettirmenin akim kalmasıdır. Biz, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün bu türlerinin ACK m 30/f 1 kapsamında cezalandırmaya layık olduğu kanaatindeyiz. Ancak başarısız zincirleme azmettirmede hâkime cezalandırma konusunda takdir yetkisi verilerek bu fiilin cezalandırılmasından imtina edilebileceği gibi ceza indirimine de gidilebilir.

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste asıl azmettirenin faili azmettirecek bir üçüncü kişiyi azmettirmesiyle kriminal nedensel süreç harekete geçirilmiş ve olay üzerindeki hâkimiyet (kontrol) terk edilmiştir. Asıl azmettiren, elinden gelen çabayı sarf etmek suretiyle hukuksal değerlere yönelik tehlikenin gerçekleşmesine ve fiilin her an işlenebilme tehlikesine neden olmuştur. Asıl fiilin herhangi bir nedenle işlenmemesi ne asıl azmettireni ne de zincirdeki diğer azmettiren/leri sorumluluktan kurtarır. Asıl azmettiren tarafından kriminal

sürece suç işleme konusunda fikri olmayan birden fazla kişi dâhil edilerek hukuksal değerlere yönelik tehlikenin yoğunluğu daha da arttırılmıştır.

Zincirleme azmettirmeye teşebbüste asıl azmettirenin, aracı azmettirenin azmettirme kararını aldirmaya teşebbüs etmesi yani zincirleme azmettirme fiilinin doğrudan doğruya icrasına başlamış olması gerekir. Asıl azmettirenin, azmettirme açıklaması kapsamındaki davranışları gerçekleştirmesiyle hâkimiyet kaybı gerçekleştiği için aracı azmettirenin azmettirilmesinin doğrudan doğruya icrası başlamıştır. Bundan sonra fiilin işlenmiş olup olmaması asıl azmettirenin iradesi haricinde gerçekleşen bir durumdur. Zincirin en başındaki (asıl) azmettirenin cezalandırılabilmesi için aracı azmettirenin azmettirme kararını alması gerekmez. Aracı azmettirenin faili azmettirme kararını almaması yani azmettirme teklifini reddetmesi durumunda hâkime cezalandırmama veya indirim yapma konusunda takdir yetkisi verilebilir. Azmettirme kararının alındığı durumda ise artık kriminal süreç asıl fiilin işlenmesine (teşebbüs aşamasına) doğru yaklaşmaktadır. Hukuksal değerlere yönelik tehlike yoğunlaştığı için hâkime bu konuda takdir yetkisinin verilmemesi gerekir. Alman hukukunda, azmettirmeye teşebbüs gibi zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cünhalarda cezalandırılabilirliği kural olarak kabul edilmemiştir. Türk hukukunda cürüm-cünha ayırımı yapılmadığı için muhtemel bir kanun hükmünde belli ağırlıktaki fiiller bakımından bir sınırlandırmanın yapılması gerekir.

Zincirleme azmettirmeye teşebbüsün subjektif tipiklik unsuru kast olup bu kastın olası kast olması yeterlidir. Azmettirmeye teşebbüste aranan çifte azmettirme kastının burada da gerçekleşmesi gerekir. Ciddi olması gereken bu kastın kapsamındaki işlenmesi istenilen fiilin yeterince somutlaştırılması ve kastın fiilin tamamlanmasına yönelik olması gerekir. Fiilin ana hatlarıyla belirliliğinin sağlanması somutlaştırma bakımından yeterli olup asıl azmettirenin fiile ilişkin tüm detayları ortaya koyması gerekmez. Zaten asıl/aracı azmettiren, bir üçüncü kişiyi azmettirmekle kriminal nedensel süreç üzerindeki hâkimiyetini terk etmiş, fiile ilişkin detayların belirlenmesini (yer, zaman ve vasıta gibi) aracı azmettiren/faile bırakmıştır.

Alman kanun koyucu, zincirleme azmettirmeye teşebbüsün yaptırımını azmettirmeye teşebbüsün yaptırımıyla aynı sonuca bağlamıştır. ACK m 30/f 1'de, bir başkasını cürme azmettirmeye veya cürme azmettirmek için azmettirmeye teşebbüs eden kişinin teşebbüse ilişkin hükümler üzerinden cezalandırılacağı ve azmettirenin cezasında ACK m 49 kapsamında indirim yapılacağı ifade edilmiştir. Ayrıca cezada indirim yapılması konusunda hâkime takdir yetkisi de verilmemiştir.

TCK'de ne azmettirmeye teşebbüs ne de zincirleme azmettirmeye teşebbüs cezalandırılmıştır. Kanunumuzda azmettirmeye teşebbüse ilişkin muhtemel bir hükmün düzenlenmesi durumunda, kanun metninde belirtilmese bile -ki Alman hukukunda kanunda açıkça belirtilmiş- zincirleme azmettirmeye teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi gerekir. Nitekim TCK m 38'de açıkça belirtilmese bile zincirleme azmettirmenin cezalandırılabilir olduğu kabul edilmektedir. Aynı yaklaşımın, zincirleme azmettirmeye teşebbüs için de benimsenmesi mümkündür. Bu fiilin cezalandırılabilirliği, Alman hukukunda kabul edilen olay üzerindeki hâkimiyet kaybı görüşü temelinde gerekçelendirilmelidir.

Muhtemel hükmün kapsamında, daha önce belirtildiği gibi başarısız zincirleme azmettirmeye teşebbüs türünün cezalandırılabilirliği konusunda hâkime ceza vermekten vazgeçme veya azmettirenin cezasında indirim yapma şeklinde takdir yetkisinin verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu durumda, hâkimin ceza verilmesine yer olmadığı kararını vermesi gerekir. Bu şekilde, hem cezalandırmanın aşırı genişleyeceği kaygısı bertaraf edilmiş olur hem de hukuksal değerlere yönelik gerçekleşen tehlike suretinde işlenmiş bir haksızlığın varlığı kabul edilmiş olur.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, 'Bağlılık Kuralı' (2010) XIV GÜHFD 167
- Ambos K and Bock S, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Participation in Crime (Domestic and Comparative Perspectives)* (1st edn, Ashgate 2013)
- Andreas MG, *Täterschaft und Teilnahme im Südafrikanischen Recht*, vol Band S98 (1. Aufl, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 2003)
- Artuk ME ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. bs, Adalet Yayınevi 2019)
- Aydın D, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak* (1. bs, Yetkin Yayınları 2009)
- Baumann J und Weber U, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, Gieseking 1985)
- Baur PP, *Die Anstiftung: Art. 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches* (1. bs, PG Keller 1962)
- Beckemper K und Cornelius K, 'Versuchder Beteiligung' in Bernd von Heintschel-Heinegg (ed), *Kommentar Strafgesetzbuch* (3. Aufl, C H Beck 2018)
- Binding K, *Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Band, 2. Hälfte, 1905* (Zweite Hälfte, Wilhelm Engelmann 1905)
- Bloy R, 'Grund und Grenzen der Strafbarkeit der Misslungenen Anstiftung' [1992] JR/Heft 12 493
- , 'Zur "Ernslichkeit" des Versuchs Einer Anstiftung Zum Mord (Anmerkung-BGH, 10.6.1998-3 StR 113/98)' [1999] JZ, 54. Jahre, Num 3 156
- Bock D, 'Grundwissen Zur Anstiftung (§26 StGB)' [2007] JA 599
- , 'Die Anstiftung des zur Tat Bereits Entschlossenen-zum Begriff des >>alias>> oder >>omnido Factorus' [2008] JR/Heft 4 143
- Bohlander M, *Michael Bohlander, Principles of German Criminal Law, Oxford/Portland 2009*, (1st edn, Hart Publishing 2009)
- Bosch N, 'Unmittelbares Ansetzen bei versuchter Anstiftung' [2019] JURA-K)/Heft 10 1120
- Busch J-D, 'Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung' [1959] NJW/Heft 2 1119
- , 'Die Strafbarkeit der Erfolglosen Teilnahme und die Gesichte des 49a StGB' (Rechts und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Marburg 1964)
- Busch R, 'Zur Teilnahme an Den Handlungen des §49a StGB' in Friedrich-Christian Schröder und Heinz Zipf (Hrsg), *Festschrift für Reinhart Maurach* (C F Müller 1972)
- Camargo BC, 'Der Anstiftungsversuch im deutschen Strafrecht', *Revista Da Faculdade de Direito Da Universidade de São Paulo (RFDUSP)*, v 110, 2015,' [2015] RFDUSP/v 110 733
- Çelen Ö, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail-Yardım Eden Ayrımı)* (1. bs, Adalet Yayınevi 2020)
- Demirel M, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017)

- Demirel M ve Kartal M, 'Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme' (2019) 21 DEÜHFD (Prof Dr Durmuş Tezcan'a Armağan) 457
- Dessecker, 'im Vorfeld Eines Verbrechens: Die Handlungsmodalitäten des §30 StGB' [2005] JA 549
- Devellioğlu F, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (20. bs, Aydın Kitapevi 2003)
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II* (11. bs, Beta Yayınevi 1997)
- Dräger T und Rumpf-Rometsch E, *Die Fälle-Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Fall-Fallag 2019)
- Dreher E, 'Grundsätze und Probleme des §49a StGB' [1954] GA 11
- Durl R, *Kettenbeteiligungsversuch (Der Versuch Mittelbarer Beteiligung Am Straftaten)* (1. Aufl, Österreich 2019)
- Eisele J, 'Strafrecht AT: Versuchte Anstiftung zu Einem Verbrechen Gegenüber Einem Verdeckten Ermittler' [2019] JuS 1028
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku* (11. bs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976)
- Eser, *Strafrecht II* (3. Aufl, C H Beck 1980)
- Evik VS, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu* (2. bs, On İki Levha Yayıncılık 2011)
- Fischer T, *Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Aufl, C H Beck 2019)
- Foster N and Sule S, *German Legal System and Law* (4th edn, Oxpord University Press 2010)
- Frister H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, C H Beck 2018)
- Geppert G, 'Die versuchte Anstiftung (§30 Abs 1 StGB)' [1997] JURA/Heft 10 546
- Geppert K, 'Die Anstiftung (§26 StGB)' [1997] JURA/Heft 6 299
- Graul E, 'Zur Bestimmtheit des Anstifter-und Tatvorsatzes bei der versuchten Anstiftung' [1999] JR/Heft 6 248
- Hacıfazlıoğlu A, *Teori ve Uygulamada Suça İştirak* (1. bs, Bilge Yayınevi 2014)
- Hafızoğulları Z ve Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. bs, US-A Yayıncılık 2012)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Hecker B, 'Strafbare Beihilfe Zur Anstiftung? Zeitschrift für das Juristische Studium' [2012] ZJS 4 485
- Hegmanns M, 'Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Anstiftung' [2000] GA 473
- Heine G und Weißer B, 'Anstiftung' in Adolf Schönke und Horst Schröder (Hrsg), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019)
- , 'Beihilfe' in Adolf Schönke und Horst Schröder (Hrsg), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl, C H Beck 2019)

- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, W Kohlhammer 2019)
- Heinrich M, ‘Versuch der Anstiftung zur Falschaussage’ in Dölling Dieter und andere (Hrsg), *Gesamtes Strafrecht (StGB, StPO, Nebengesetze) Hand Kommentar* (4. Aufl, Nomos 2017)
- Hilgendorf E und Valerius B, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl, C H Beck 2015)
- Hirsch HJ, *Strafrechtliche Probleme, Band II* (1. bs, Duncker & Humblot 2009)
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. bs, Beta Yayınevi 2014)
- İnci ZÖ, ‘Alman Ceza Kanunu m 30/1 Perspektifinde Ceza Hukukunda Azmettirmeye Teşebbüs (Sonuçsuz Kalan Azmettirme)’ (2020) 10 HHFD 913
- Jäger C, *Ezamins-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Aufl, C F Müller 2019)
- Jakobs G, ‘Kriminalisierung im Vorfeld Einer Rechtsgutsverletzung’ [1985] ZStW 97/Heft 4 751
- , *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl, De Gruyter 1991)
- Jescheck H-H und Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Aufl, Duncker & Humblot 1996)
- Joecks W, *Münchener Kommentar Zum Strafgesetzbuch, Band I (§1-37)* (3. Aufl, C H Beck 2017)
- Joecks W und Jäger C, *Studienkommentar (StGB)* (12. Aufl, C H Beck 2018)
- Johannes K and Roef D, ‘Forms of Participation’, *Comparative Concepts of Criminal Law, (203-234), United Kingdom 2016*. (2nd edn, Intersentia 2016)
- Kazaker G, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Keiler J, *Actus Reus and Participation in European Criminal Law* (1. bs, Intersentia 2012)
- Kindhäuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Nomos 2017)
- Kluszczewski D, *Diethelm Kluszczewski, Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Aufl, Leipziger Universitätverlag 2017)
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Koch A und Wirth K, ‘Grundfälle Zur Anstiftung’ [2010] JuS 203
- Köhler M, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (1. Aufl, Springer 1997)
- Krell P, ‘Die Kettenanstiftung’ [2011] JURA/Heft 7 499
- Kretschmer J, ‘Anforderungen an versuchte Anstiftung’ [1998] NSTZ 401
- Kretschmar L, ‘Die versuchte Teilnahme im Geltenden und zukünftigen Recht’ (Justus-Liebig-Universität 1975)
- Krey V und Esser R, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (6. Aufl, Kohlhammer 2016)
- Kroß A, ‘Die versuchte Kettenanstiftung und der Rücktritt der an Ihr Beteiligten’ [2003] JURA/Heft 4 250
- Kudlich H, ‘Rücktritt vom Versuch der Anstiftung’ [2006] JA 91

- , *Strafrecht Allgemeiner Teil* (3. Aufl, C H Beck 2009)
- Kühl K, ‘Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung’ [1979] JuS/Heft 12 874
- , *Strafrecht Allgemeiner Teil* (8. Aufl, Frans Vahlen 2017)
- , ‘Versuch der Beteiligung’ in Karl Lackner, Kristian Kühl und Martin Heger (Hrsg), *Strafgesetzbuch (Kommentar)* (29. Aufl, C H Beck 2018)
- Küpper G, ‘Besondere Erscheinungsformen der Anstiftung’ [1996] JuS/Heft 1 23
- Letzgas K, *Vorstufen der Beteiligung* (1. bs, Duncker & Humblot 1972)
- , ‘Versuch der Beteiligung’ in Dieter Dölling und andere (Hrsg), *Gesamtes Strafrecht (StGB, StPO, Nebengesetze) Hand Kommentar* (4. Aufl, Nomos 2017)
- Lüthke A, *Wesen und Bedeutung des §49a StGB Im Rahmen der Teilnahmelehre (Dissertation)* (1963)
- Mahmutoğlu FS, ‘Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu’ (2005) LXIII İÜHFM 57
- Mahmutoğlu S ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (1. bs, Beta Yayınevi 2017)
- Maurach R, Gössel KH und Zipf H, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2* (5. Aufl, C F Müller 1978)
- Maurach R, Schroeder F-C und Maiwald M, *Strafrecht Besonderer Teil (Teilband 2)* (10. Aufl, C F Müller 2012)
- Murmann U, *Grundkurs Strafrecht* (4. Aufl, C H Beck 2017)
- , ‘Versuch der Beteiligung’ in Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier und Gunter Windmaier (Hrsg), *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (4. Aufl, Carl Heymanns 2018)
- Okoth RA, *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law* (1st edn, Springer 2014)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Özgenç İ, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)* (2. bs, Seçkin Yayıncılık 2005)
- , *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Özkan H, *Ceza Hukukunda Azmettirme* (1. bs, Adalet Yayınevi 2013)
- Picotti L, ‘Expanding Forms of Preparation and Participation’ (2007) 78 IRPL 405
- Putzke H, ‘Der Strafbare Versuch’ [2009] JuS 1083
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (11. Aufl, C H Beck 2019)
- Rogall K, ‘Bemerkung zum Versuch der Beteiligung’ in Hans-Ullrich Paeffgen, Martin Böse und Torsten Verrel (Hrsg), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (Duncker & Humblot 2011)
- Roxin C, ‘Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§30 StGB)’ [1979] JA/Heft 4 169

- , *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (1. Aufl, C H Beck 2003)
- Satzger H, ‘Teilnehmerstrafbarkeit Und >>Doppelvorsatz<<’ [2008] JURA/Heft 7 514
- , ‘Der >>omnido Facturus<<-und das, Was Man in Jedem Fall Dazu Wissen Muss!’ [2017] JURA/Heft 10 1169
- Schmidt R, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (14. Aufl, RS 2015)
- Schmoller K, ‘Avusturya’da Ceza Hukuku Reformu’ in Adem Sözüer (ed), Aykut Ersan (çev), *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (Congress on the Criminal Law Reforms in the World and in Turkey)*, vol I (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Schneider W-F, *Strafrecht AT (Fälle)*, , Münster 2019 (8. Aufl, Alpmann Schmidt 2019)
- Schröder H, ‘Grundprobleme des §49a StGB’ [1967] JuS/Heft 7 289
- Schroeder F-C, ‘Die Anstiftung Als Erfolgdelikt’ [2016] GA 65
- Schumann H, ‘Criminal Law’ in Mathias Reimann and Joachim Kretschmer (eds), *Introduction to German Law* (2nd edn, 2005)
- Selter S, *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe* (1. Aufl, 2008)
- Sickor JA, ‘Die Strafbarkeit der Teilnahme an der versuchten Anstiftung zur Uneidlichen Falschaussage (§159 StGB), ZStW/Heft 2, 2011, V 123, I 2’, (2011) 123 ZStW/Heft 2 284
- Sippel K, *Zur Strafbarkeit der Kettenanstiftung* (1. Aufl, Elwert 1989)
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. bs, Yetkin Yayınları 2018)
- Steen H, *Die Rechtsfigur des Omnimodo Facturus, Ein Beitrag Zur Abgrenzung von Anstiftung Und Beihilfe* (1. Aufl, Duncker & Humblot 2011)
- Stratenwerth G und Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Die Straftat)* (6. Aufl, Franz Vahlen 2011)
- Taner T, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1949)
- Taşkın Kapusuzoğlu B, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Thalheimer K, *Die Vorfeldstrafbarkeit Nach §30, 31 StGB* (1. Aufl, Peter Lang 2008)
- Timur D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. bs, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Tokdemir S (çev), ‘22.10.1991 Tarihli Ve 1 Ws 249/91 Sayılı Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararı (Zincirleme Azmettirmeye Teşebbüste Azmettirilen Fiilin Yeterince Somutlaştırılması)’, *YBHD- (Prof Dr M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı)*, vol 7 (2022)
- , *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme* (1. bs, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Tulay ME, *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich Zum Türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik* (1. Aufl, Felix)

- Vogler T, ‘Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat’ [1986] ZStW 98/Heft 2 331
- Vormbaum T, ‘Versuchte Beteiligung an der Falschaussage-zum Verhältnis der §§30 Und 159-’ in Thomas Vormbaum (ed), *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik (A. Gipperich-Redaktion)*, vol Band 3 (1. Aufl, LIT 2011)
- Wessels J, Beulke W und Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (48. Aufl, C F Müller 2018)
- Wessels J und Hettinger M, *Strafrecht Besonderer Teil I* (39. Aufl, C F Müller 2015)
- Yekebaş V, *Suçun ve Suçunun Taaddüdü ve Cürme İştirak* (1. bs, Yeni Cezaevi Matbaası 1952)
- Yenisey F ve Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (1. bs, Beta Yayınevi 2009)
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, (TCK m.1-75)* (7. bs, Beta Yayınevi 2019)
- Zehetgruber C, ‘Austria’ in Peters Laura (ed), *Acting Together in Crime (A Comparative Analysis of Joint Perpatrion of and Assitance to Criminal Offences under French, German, Austrian and Italian Criminal Law in Light of Five Dutch Supreme Court Cases)* (Eleven International Publishing 2018)
- Zipf H, ‘Probleme der versuchte Bestimmung zu Einer Straftat’ [1980] ÖRZ/7-8 Juli-August 141
- 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu [RG 13.03.1926/320]
- deutsches Strafgesetzbuch [in der Fassunf der Bekanntmachung vom 13.11.1998 BGBl I S 3322]
- schweizerisches StGB [Beschluss vom 21.12.1937, Inkrafttreten 01.01.1942, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/48/Sweden/show>, 28.11.12018]
- österreiches StGB [vom 23.01.1974, BGBl Num 60/1974, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5bf0.html>, 03.01.2020]
- 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) [RG 12.10.2004/25611]
- deutsche StPO [in der Fassung der Bekanntmachung vom 07.04.1987, BGBl I S 1704, ber S 1319-] 1987
- BGH 8.5.2019-1 StR 76/19
- BGH Urteil vom 5.2.2013–1 StR 405/12: ‘Tatkonkretisierung bei versuchter Anstiftung zu Tötungsdelikt’ NJW 2013, 1106
- LG Bad-Kreuznach, BGH Urteil vom 24.01.2003–2 StR 215/02
- LG Berlin, BGH Urteil vom 2.03.2005 - 5 StR 518/04
- LG Dortmund, BGH 30.04.2009-4 StR 60/09 [<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/4/09/4-60-09.php> (12.02.2022)]
- LG Düsseldorf, BGH Urteil vom 14.08.2012-3 StR 252/12

LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 21.04.1986-2 StR 661/85: ‘Bestimmtheit der Tat bei Anstiftung’ NStZ 8

LG Frankfurt am Main, BGH Urteil vom 29.10.1997-2 StR 239/97

LG Saarbrücken; BGH Urteil vom 27.07.2000 4 StR 185/00

LG Zweibrücken, Urteil vom 17.12.2001-4024 Js 4536/01: ‘Versuchte Anstiftung-Bestimmtheit der Haupttat’ NStZ-RR 2002, 136

OLG Hamm, Urteil vom 22.10.1991–1 Ws 249/91, 18 [<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BECKRS-B-1991-N-00345> (30.07.2019)]

BGHSt Urteil vom 2.9.1969-1.StR 280/69

BGHSt 14, 156

BGHSt 18, 160, 161

BGHSt 37, 218

BGHSt 44, 99

BGHSt 6, 359

BGHSt 7, 234

BGHSt 8, 261

YCD, E 4188, K 1380, T 12.03.2007

YCD, E 318, K 1118, T 07.04.2004

YCGK, E 2011/1-345, K 2012/73, T 06.03.2012

**Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Yaşlı Bireylerin Hakları ve Yaş Ayrımcılığı
(Birleşmiş Milletlerin Ülke Raporları Işığında Bir İnceleme)***

*The Rights of Older Persons and Age Discrimination in International Human Rights Law
(A Study in the Light of Country Reports of the United Nations)*

Dr. Öğr. Üyesi Nurten YAYLACI**

*“Çevremizdeki dünyaya tam katılımın önündeki gerçek engel, yaşlanma değil ayrımcılıktır.”
Ashton Applewhite*

Öz

Ortalama insan ömrünün uzaması ve toplumların hızla yaşlanması sonucunda, yaşlı bireylerin insan hakları, uluslararası alanda giderek artan şekilde ilgi görmeye başlamıştır. Bu gelişmeler üzerine, yaşlı bireylere yönelik belirli bir insan hakları yaklaşımının gerekli olup olmadığı üzerinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, çocuklar, kadınlar, mülteciler, engelliler gibi kırılgan ve dezavantajlı diğer kategorilerde olduğu gibi, bu alanda da özel bir uluslararası insan hakları sözleşmesi yapılmasına gereksinim olup olmadığının tartışılması büyük önem taşımaktadır. Yine, COVID-19 pandemisinde karantina ve kişisel özgürlükleri kısıtlayan diğer önlemlerin nedeni olarak yaşlı bireylerin görülmesi ve suçlanması bir yana, söz konusu salgın birçok alanda yerleşmiş olan yaş ayrımcılığını da açık etmiştir. Yaşlı bireyler üzerindeki bu orantısız etkileri göz önüne alındığında pandemi, nüfusun bu görünmez

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 14.12.2022, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 01.03.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

- Bu çalışma 15-16-17 Haziran 2022'de düzenlenen 8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu'nda özet olarak sunulan tebliğin güncellenmiş ve geliştirilmiş halidir.

** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta/e-mail: nyaylaci111@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5606-6215).

kesiminin insan haklarının korunmasındaki boşluklara ışık tutmuş ve mevcut hak ihlallerini görünür hâle getirmiştir. Ayrıca, bu çalışmada da yer verilen, Birleşmiş Milletler bağımsız uzmanlarının yaşlı bireylerin haklarına özgü olarak İnsan Hakları Konseyi'ne sundukları kimi ülkelere ilişkin ulusal raporlar da, meselenin artık ihmâl edilemeyeceğini gözler önüne sermektedir. Tüm bu olumsuzluklar, yaşlı bireylerin haklarına özgülenmiş uluslararası düzeyde özel bir insan hakları sözleşmesinin yapılmasına gereksinim olup olmadığının üzerinde durulmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yaşlı Bireylerin Hakları, Yaş Ayrımcılığı, İnsan Hakları, Uluslararası Hukuk.

Abstract

As a result of the prolongation of the average human life and the rapid aging of societies, the human rights of elderly individuals have started to attract increasing attention in the international arena. Based upon these developments, whether a specific human rights approach towards older individuals is necessary or not has begun to be discussed. In this context, it is of great importance to discuss whether there is a need for a special international human rights convention in this area, as is in other vulnerable and disadvantaged categories such as children, women, refugees and the disabled. Once again, apart from seeing and blaming elderly individuals as the reason for quarantine and other measures that restrict individual freedoms in the COVID-19 pandemic, the epidemic in question has also revealed the age discrimination that has settled in many areas. Considering its disproportionate effects on the elderly, the pandemic has shed light on the gaps in the protection of the human rights of this invisible segment of the population and made the existing human rights violations visible. In addition, the national reports on some countries presented to the Human Rights Council by the independent experts of the United Nations, which are also included in this study, reveal that the issue can no longer be neglected. All these negativities make it necessary to focus on whether there is a need for a special international human rights treaty allocated to the rights of elderly individuals.

Keywords: Rights of Older Persons, Ageism and Age Discrimination, Human Rights, International Law.

GİRİŞ

Dünya nüfusu belirgin şekilde ve sürekli olarak yaşlanmaktadır.¹ 2019 yılında dünyada 65 yaş ve üzeri insan sayısı 703 milyondur. 2050 yılında yaşlıların sayısının ikiye katlanarak 1,5 milyara ulaşacağı tahmin edilmektedir. Küresel olarak, 65 yaş ve üzeri kişilerin

¹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons (1995, Annex IV) *UN Doc E/1996/22* (1995) para 1. (Bundan sonra 6 Nolu Genel Yorum olarak anılacaktır). 6 Nolu Genel Yorum için bkz Lema Uyar, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006) 165-177; https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf (Erişim Tarihi: 3 Mayıs 2022).

genel nüfusa oranı 1990’da yüzde 6’ya, 2019’da yüzde 9’a yükselmiştir. Bu oranın 2050 yılına kadar yüzde 16’ya yükselmesi ve böylece dünyadaki her altı kişiden birinin 65 yaş ve üzerinde olması beklenmektedir.² Hâlihazırda, Batı Avrupa en yaşlı nüfusa sahip olmaya devam ederken, yaşlıların yüzde 67’si gelişmekte olan ülkelerde yaşamaktadır. Nüfusun sözü edilen demografik değişimiyle birlikte, önümüzdeki yıllarda öngörülen artışın çoğunun küresel Güney’de gerçekleşmesi öngörülmektedir. Öte yandan, yaşlı nüfusun kendisi de yaşlanmaktadır. 2016’da yaşlıların yüzde 14’ünü oluşturan 80 yaş ve üstü insan grubunun, 2050’de yüzde 21’e çıkması tahmin edilmektedir.³ Belirtilen bu sayıların genel olarak tüm dünyayı ve ülkesel düzeyde tüm toplumları etkilemesi kaçınılmazdır. Nitekim, Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK), dünya nüfusunun gün be gün yaşlanmasının refah devleti modeli üzerindeki olası etkilerini de göz önüne alarak, bu durumu “sessiz devrim”⁴ olarak nitelendirmektedir.

Yine, COVID-19 pandemisi ile görünürlüğü oldukça artan yaş ayrımcılığı da yaygın doğasına rağmen, ancak son zamanlarda ele alınmaya başlanmıştır. Gerçekten, söz konusu salgın, her yaştan insanı farklı şekillerde etkilemiş olmakla birlikte, virüsün insan sağlığına ve yaşamına doğrudan yönelen tehdidinin ötesinde, yaşlı bireylere yönelik ayrımcılık gibi eski bir sorunu görünür hâle getirdiği açıktır.⁵

Gerek nüfusun demografik dönüşümü ve gerek yaşa dayalı ayrımcılığın olumsuz etkilerinin apaçık görünür hâle gelmesi sebebiyle, yaşlı bireylerin insan hakları uluslararası alanda giderek artan şekilde ilgi görmektedir. Bu gelişme sonucunda, yaşlı bireylere yönelik belirli bir insan hakları yaklaşımının gerekli olup olmadığı üzerinde tartışılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, çocuklar, kadınlar, mülteciler, engelliler, göçmen işçiler gibi kırılgan ve dezavantajlı diğer kategorilerde olduğu gibi, bu alanda da özel bir uluslararası insan hakları sözleşmesi yapılmasına gerek olup olmadığının tartışılması büyük önem taşımaktadır. Ancak bu önemli tartışmaya geçilmeden önce, insan haklarının genel öznelerinden olan yaşlı bireylerin hak ve özgürlüklerinin uluslararası insan hakları hukukunda hangi düzeyde ele alındığının ve korunduğunun ortaya konulması gerekli görülmektedir.

Hemen belirtmelidir ki, uluslararası düzeydeki insan hakları sözleşmelerinde yaşlı bireyler “spesifik özne” olarak yer almamakta; bununla birlikte, bu sözleşmelerin kapsamına giren “genel özne” kapsamında korunmaktadır. Eş söyleyişle, diğer kırılgan ve dezavantajlı

² United Nations Department of Economic and Social Affairs, *World Population Ageing, Highlights*, 1 <https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WorldPopulationAgeing2019-Highlights.pdf> (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2022).

³ Rosa Kornfeld-Matte, United Nations Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Thirty-third session *UN Doc A/HRC/33/44* 8 July 2016, paras 18-19.

⁴ 6 Nolu Genel Yorum (n 1) para 2.

⁵ Bkz Marvin Formosa, COVID-19 and older persons: Reflections on human rights, ageism, isolation, dementia care, and gender (2021) 6 (1) *International Journal on Ageing in Developing Countries* 5-19 (Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2022).

gruplardan farklı olarak, yaşlı bireylerin haklarını ele alan özel bir uluslararası düzeyde sözleşme ne yazık ki yoktur. Benzer şekilde, uluslararası insan hakları hukukunun çekirdeğini oluşturan sözleşme hükümlerinde de yaşlı bireylerin haklarına ilişkin açık ve kapsamlı düzenlemeler bulunmamaktadır.⁶ Bununla birlikte, insan haklarının genel öznesi kapsamında bulunmaları nedeniyle uluslararası sözleşmelerin kimi hükümlerinde yer alan düzenlemeler doğrudan ya da dolaylı olarak yaşlı bireylerin haklarını de etkileyen niteliğe sahip olup;⁷ bu alanda oluşan boşluk ise, esnek hukuk belgeleriyle (*soft law*)⁸ doldurulmaya çalışılmaktadır.

Bölgesel nitelikli insan hakları sözleşmelerine bakıldığında ise, görece daha olumlu bir tabloyla karşılaşıldığı söylenebilir. Bu bağlamda, İnter-Amerikan İnsan Hakları Sisteminde 2015 yılında özel olarak yaşlı bireylerin insan haklarının korunmasına ve yaş ayrımcılığının yasaklanmasına yönelik bir sözleşme imzalandığı ve 2017 yılında yürürlüğe girdiği; Afrika Birliği Örgütü belgelerinde ise, henüz yürürlüğe girmemekle birlikte, aynı şekilde bir protokol imzalandığı görülmektedir. Öte yandan, Avrupa Sosyal Şartı ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yaşlı bireylerin onurlu ve bağımsız yaşam sürme ve katılma haklarına yer verilmektedir.

Diğer bir önemli nokta ise, ne İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ne de uluslararası sözleşmelerde yaş ayrımcılığına açıkça işaret edilmemesidir. ESKHK'ne göre bunun nedeni, “durumun göz ardı edilmesi değil, bu belgelerin kabul edildiği dönemde nüfusun yaşlanmasının bugünkü kadar öngörülebilir olmaması veya acil ilgiye değer görülmemiş olması”⁹ ise de, kanımızca son yıllara kadar yaş ayrımcılığının olgusal olarak görünür olmaması böyle bir sorunun yokluğundan değil, aksine geleneksel toplum yapısı içerisinde içselleştirilen ve normal algılanan bir durum olmasından da kaynaklanmaktadır.

Bu makalede, öncelikle uluslararası ve bölgesel insan hakları rejimlerinde yaşlı bireylerin haklarının ve yaş ayrımcılığının ne düzeyde ele alındığı incelenecektir. Kuşkusuz,

⁶ 193 üyesi bulunması nedeniyle evrensel ölçekte en geniş yelpazede faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler Örgütü çerçevesinde bakıldığında; normatif anlamda bir sözleşme olmamakla birlikte insan haklarının etik temellerini oluşturan bir metin olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ve İkiz Sözleşmeler olarak bilinen “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”nde ve ayrıca Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde yaşlı bireylerin haklarına ve yaşa dayalı ayrımcılığa doğrudan gönderme yapan hiçbir hüküm yoktur. Bununla birlikte, “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi”nde, “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”de ve “Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme”de sınırlı da olsa kimi hükümler yer almaktadır.

⁷ İlhami Alkan Olsson, ‘Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Yaşlı Hakları’ (2019) 3 *Senex: Yaşlılık Çalışmaları Dergisi* 39, 41 (Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2022).

⁸ Esnek hukuk belgeleri, devletleri hukukî yönden bağlayıp hak ve yükümlülük doğurmaz. Bu belgeler uluslararası hukukun bağlayıcı nitelikli kaynaklarından biri olmamakla birlikte, uluslararası örf-adet hukukunun delili olmaları bakımından önem taşımaktadırlar. Bildirgeler, genel yorumlar, rehber ilkeler esnek hukuk belgelerinin örneklerindedir.

⁹ 6 Nolu Genel Yorum (n 1) para 11; Olsson da, benzer şekilde konunun tarihsel gelişimi içinde ele alınması gerektiğini savunur. Ona göre, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin kabul edildiği 1948 yılında veya İkiz Sözleşmelerin kabul edildiği 1960'lı yıllarda yaşlılık uluslararası toplumun gündeminde önemli bir yer işgal etmiyordu. Refah devleti modeli ile birlikte sorunsallaştırılan bu alan uluslararası toplumun gündemini meşgul etmeye başladı. Daha ayrıntılı bilgi için bkz Olsson (n 7) 42.

uluslararası ve bölgesel insan hakları sistemlerinin çok geniş bir yelpazede ve değişik düzeylerde yapılandığı dikkate alındığında, eldeki çalışmanın bu alandaki norm ve/veya düzenlemelerin tüketici bir listesini sunmaktan ziyade konu hakkında genel bir çerçevenin ve bakış açısının ortaya konulmasını amaçladığı hatırdan uzak tutulmamalıdır. Ardından, BM bağımsız uzmanlarının yaşlı bireylerin haklarına özgü olarak İnsan Hakları Konseyi'ne sundukları ülke raporları ışığında, eldeki pozitif insan hakları sözleşmelerinin yaşlı haklarını sağlamada ve yaş ayrımcılığı ile mücadele etmede yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı tartışılacak; son olarak uluslararası düzeyde özel bir insan hakları sözleşmesi hazırlanmasına gereksinim olup olmadığı değerlendirilecektir.

I. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA MEVCUT DURUM

A. Yaşlı Bireylerin Hakları

Belirli bir hak öznesine yönelmeyen, yani genel nitelikli uluslararası insan hakları sözleşmelerinde kural olarak insan haklarının sahibi olan özne “herkes” olduğundan, yaşlı bireylerin hakları da genel anlamda mevcut uluslararası insan hakları hukuku kapsamında korunmaktadır. Bu bağlamda, esnek hukuk belgesi niteliğindeki İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi her yaştan insan için geçerlidir. Bildirge'nin ardından Birleşmiş Milletlerce hukuken bağlayıcı nitelikte hazırlanan ve *İkiz Sözleşmeler* olarak bilinen “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS)” ve “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHS)” yaşı ne olursa olsun herkes için geçerlidir. Sözgelimi, MSHS’de yer alan yaşama hakkı, işkence yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, seyahat özgürlüğü ve diğer tüm haklar herkes için olduğu gibi yaşlı bireyler için de temel haklardandır. Aynı durum, ESKHS’de düzenlenen tüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklar için de geçerlidir.

Belirli hak öznelerine yönelik kimi uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ise, yaşlı bireylere yönelik -sınırlı da olsa- bazı hükümler yer aldığı görülmektedir. Sözgelimi, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin (CEDAW) 11/1-e. maddesindeki sosyal güvenlik hakkı; Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesindeki sömürü, şiddet veya istismara maruz kalmama hakkı, 25/b. maddesindeki sağlık hakkı, 28/b. maddesindeki yeterli yaşam standardı ve sosyal korunma hakkı bakımından yaşa ve yaşlı bireylere açık göndermeler yer almaktadır.¹⁰

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü normlar yanında, bu sözleşmelerin taraf devletlerce uygulanmasını izlemek amacıyla bağımsız uzmanlardan oluşan organlar olan komitelerce hazırlanan ve ilgili sözleşmedeki normların hangi çerçevede yorumlanacağına ve nasıl uygulanacağına ilişkin temel ilkeleri gösteren “Genel Yorumlar” da, her ne kadar hukuken bağlayıcılığı olmamakla birlikte, ilgili hakkın somutlaştırılması ve

¹⁰ Esasen bunun nedeni, bu sözleşmelerin tamamının, uluslararası toplumda yaşlılığa ve yaşlı bireylerin haklarına ilişkin tartışmaların başladığı 1980’li yıllarda imzalanmış olmalarıdır. Bkz Olsson (n 7) 42-43.

normatif olarak güçlendirilmesi işlevi gördüğünden,¹¹ taraf devletlerce dikkate alınması gereken esnek hukuk (*soft law*) belgeleridir.

Bu bağlamda, ESKHS'nin uygulanmasını izlemek amacıyla kurulan ESKHK'nın 1995 tarihinde yayımlanan 6 Nolu Genel Yorumu,¹² yaşlı bireylerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarına özgülenmiştir. Komite'ye göre, ESKHS yaşlı bireylerin haklarından açıkça söz etmemiş olsa bile, Sözleşme hükümlerinin herkese uygulanması gerçeği karşısında, yaşlı bireylerin de Sözleşme'de tanınan bütün haklardan yararlanması gereği tartışmasızdır. Bu çerçevede, söz konusu Genel Yorum'da, ESKHS hükümlerinin içeriği ve buna bağlı olarak devletlerin yükümlülükleri yaşlı bireylerin hakları perspektifiyle ele alınmış;¹³ spesifik olarak erkekler ve kadınlar için eşit haklar, çalışma ile ilgili haklar, sosyal güvenlik hakkı, ailenin korunması, yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkı, sağlık hakkı, eğitim ve kültür hakkı yaşlı bireyler bakımından somutlaştırılmıştır.¹⁴

CEDAW'nin uygulanmasını izlemek amacıyla kurulan CEDAW Komitesi'nin 27 Nolu Genel Tavsiye kararında, onurlu yaşlanma ve yaşlı kadınların haklarıyla ilgili olarak taraf devletlerin üstlenmesi gereken yükümlülükler belirtilmekte ve yaşlı kadınların, ayrımcılığa uğramadan ve erkeklerle eşitlik temelinde topluma tam olarak katılabilmeleri için yapılması gerekenler hakkında tavsiyede bulunmaktadır.¹⁵

BM'nin 80'li yıllardan itibaren bu alanda pek çok esnek hukuk belgesini uygulamaya koyduğu bilinmektedir. Bu belgeler, bağlayıcı olmamalarına karşın, yaşlı bireylerle ilgili uluslararası toplumda kabul edilmiş bir dizi politika ve insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde tanınan haklar bağlamında yaşlı bireylerin haklarının korunması konusunda üye devletlere rehberlik etmektedir.

Sözgelimi, 1982 yılında Viyana'da Dünya Yaşlanma Kurultayı'nda (*World Assembly on Ageing*), Yaşlanmaya Dair Viyana Uluslararası Eylem Plânı (*Vienna International Plan of*

¹¹ Olsson (n 7) 41.

¹² Komite, 6 Nolu Yorum'un hazırlanma gerekçesini şu şekilde belirtmektedir: "Sözleşme'ye taraf olan devletlerin çoğu ve özellikle endüstrileşmiş ülkeler, sosyal ve ekonomik politikalarını, özellikle sosyal güvenlik alanında, nüfuslarının yaşlanmasına göre belirlemek durumundadır. Gelişmekte olan ülkelerde, sosyal güvenlik sisteminin yetersizliği veya yokluğu, toplumun genç kesiminin göç etmesi ve sonuç olarak yaşlı insanların temel desteği olan ailenin geleneksel rolünün zayıflaması nedeniyle, daha ciddi bir sorun hâlini almıştır." Bkz 6 Nolu Genel Yorum (n 1) para 3.

¹³ Olsson (n 7) 41-42.

¹⁴ Bkz 6 Nolu Genel Yorum (n 1) paras 20-42.

¹⁵ CEDAW Komitesi'nin tavsiyeleri arasında yaşlı kadınlara yönelik ayrımcılıkla mücadele; verilerin toplanması; kamu görevlilerinin bilinçlendirilmesi; afetlerde kırılgan kesimlere duyarlı politikalar; olumsuz kalıp yargıların ortadan kaldırılması; yaşlı kadınlara şiddet, ihmal ve istismarın önlenmesi ve cezasız bırakılmaması; kamusal yaşama katılma, oy kullanma vs olanakların sağlanması; eğitimde fırsat eşitliği; çalışma ve emeklilik hakları, bakım desteği ve yaşlı yardımı; sağlık hizmetlerine erişim, yaşlı kadınların ekonomik olarak güçlendirilmesi; sosyal hizmetlere erişim; kırsal kesimdeki daha savunmasız yaşlı kadınların korunması ve desteklenmesi; mülkiyet ve miras hakkının korunması. Bkz Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No 27 on older women and protection of their human rights, *UN Doc CEDAW/C/GC/27*, 16 December 2010.

Action on Ageing) kabul edilmiştir.¹⁶ BM Genel Kurulu'nun kabul ettiği bu önemli belge, taraf devletlerin uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan hakları korumaya yönelik olarak almaları gereken önlemleri içeren önemli bir başvuru belgesidir. Söz konusu Eylem Plânı, taraf devletlere yönelik olarak yaşlılık ve yaşlı haklarına ilişkin veri toplama; bu alanda uzmanlaşma, eğitim faaliyetleri ve araştırmalar yürütme; yaşlı sağlığı, beslenmesi ve korunması, konut hakkı, sosyal refah, gelir güvencesi gibi pek çok alanda 62 adet tavsiye niteliğinde karar içermektedir.¹⁷ Bu tavsiyeler ESKHS'de düzenlenen haklarla doğrudan ilgili bulunmaktadır.¹⁸

Yaklaşık on yıl sonra BM Genel Kurulu 1991 yılında Yaşlı Bireyler için Birleşmiş Milletler Prensipleri'ni (*United Nations Principles for Older Persons*) kabul etmiştir. Bu belge, konuyla ilgili bir program içermesi ve yaşlı bireylere karşı insan hakları temelli bir yaklaşımın benimsenmesi nedeniyle son derece önemlidir. Belge, hak temelli bakış açısını esas alan beş bölüme ayrılmıştır.¹⁹ Bunlar; sosyal ve ekonomik yönden yaşlı bireylerin bağımsız bir hayat sürdürebilmelerini, kendileri ile ilgili politikaların belirlenmesine katılma hakkı, her türlü sağlık ve aile bakımı olanaklarından yararlanma hakkı, kendini gerçekleştirme hakkı ve insan onuruna uygun bir yaşam sürme hakkı. 1992 yılında BM Genel Kurulu'nda, 2001 İçin Küresel Yaşlanma Hedefleri (*Global targets on ageing for the year 2001: a practical strategy (A/47/339)*) ve yine, Viyana Uluslararası Eylem Plânı'nın kabul edilmesinin onuncu yıldönümü kapsamında, Genel Kurul Yaşlanmaya Dair Bildirge (*Proclamation on Ageing*) kabul edilmiştir. Ayrıca, 1999 yılı insan nüfusunun yaşlanmasına dikkat çekilmesi amacıyla Uluslararası Yaşlı Bireyler Yılı (*International Year of Older Persons*) olarak ilân edilmiştir.²⁰

2002 yılında Madrid'de İkinci Dünya Yaşlanma Kurultayı (*the Second World*

¹⁶ Report of the World Assembly on Ageing, Vienna, 26 July–6 August 1982, United Nations Publication, Sales No E.82.I.16.

¹⁷ Olsson (n 7) 43.

¹⁸ 6 Nolu Genel Yorum (n 1) para 4.

¹⁹ Implementation of the International Plan of Action on Ageing and related activities: resolution/adopted by the General Assembly, *UN Doc A/RES/46/91*, 16 December 1991; Beş temel ilkedeki ilk olan “Bağımsızlık, yeterli gıda, su, barınma, giyim ve sağlık imkânlarına sahip olmayı içermektedir. Bu temel hakların yanı sıra, çalışma ve eğitim imkânları da eklenmiştir. *Katılım* sözcüğü yaşlı insanların yaşamlarına etki edecek politikaların oluşturulmasında ve uygulanmasında aktif şekilde yer almalarını, bilgilerini ve becerilerini daha genç kuşaklarla paylaşmalarını ve gösteri düzenleme ve örgütlenme imkânlarına sahip olmalarını içermektedir. *Bakım* başlıklı bölüm, yaşlı insanların aile bakımı ve sağlık olanaklarından faydalanmalarını ve bakımevi veya tedavi merkezleri gibi yerlerde de insan hak ve özgürlüklerinden yararlanabilmelerini içermektedir. *Kendini gerçekleştirme* yaşlı insanların toplumdaki eğitim, kültür, eğlence ve dinlenme kaynaklarına ve aynı zamanda manevi kaynaklara erişimle potansiyellerini tam anlamıyla geliştirebilme olanaklarına sahip olmalarını içermektedir. Son olarak, *onur* başlıklı bölüm yaşlı insanların onurlu ve güvenli bir şekilde yaşayabilmelerinin gerekliliği, fiziksel veya ruhsal suiistimale maruz kalmamaları, yaşlı, cinsiyet, din veya etnik orijin, engellilik, mâli durum veya herhangi bir statü nedeniyle ayrımcılık gözetilmeden eşit muameleye tâbi olmaları ve topluma ekonomik katkılarına göre değerlendirmeye tâbi tutulmamaları gereği üzerinde durmaktadır.” Bkz 6 Nolu Genel Yorum (n 1) para 5.

²⁰ 16 Ekim 1992 tarihli BM Genel Kurulu Kararı (47/5), “Proclamation on Ageing”; 6 Nolu Genel Yorum (n 1) para 6-7.

Assembly on Ageing) toplantısı yapılmış; bunun sonucunda Siyasal Deklarasyon (*the Political Declaration*) ve Yaşlanmaya Dair Madrid Uluslararası Eylem Plânı (*the Madrid International Plan of Action on Ageing*) kabul edilmiştir. Aynı belge içindeki 19 maddelik Siyasal Deklarasyonla, yaşlı bireylerin insan haklarının korunması teşvik edilmiş ve yaşlı bireylere yönelik ihmal, istismar ve şiddetin ortadan kaldırılması çağrısı yapılmış; Yaşlanmaya Dair Madrid Uluslararası Eylem Plânı'nda ise, yaşlı bireylerin karar alma süreçlerine katılımları ile çalışma ve sağlık hakları vurgulanmış, çalışma yaşamında yaş ayrımcılığının önlenmesi tavsiye edilmiştir.²¹

BM Genel Kurulu uluslararası hukukta yaşlı bireylerin haklarının hukukî çerçevesini ortaya koymak, bu alandaki eksiklikleri saptamak ve nasıl giderilebileceğine ilişkin önerilerde bulunmak üzere 21 Aralık 2010 tarihinde "Açık Uçlu Çalışma Grubu" kurulması kararı almıştır. Çalışma Grubu 12. toplantısını Nisan 2022'de New York'ta yapmıştır.²²

Bunun yanı sıra, BM İnsan Hakları Konseyi yaşlı bireylerin insan haklarını geliştirmek ve korumak için gerekli önlemlerin alınması amacıyla 2014 yılında ilk kez bağımsız uzman atamıştır. Bağımsız uzmanın görevi; yaşlı bireylerin haklarıyla ilgili ulusal, bölgesel ve uluslararası standartların uygulanmasını değerlendirmek, yaşlı haklarının hayata geçirilmesindeki gelişmeler, güçlükler ve boşluklar hakkında rapor hazırlamak ve tavsiyede bulunmak, bu konuda İnsan Hakları Konseyine ve BM Genel Kurulu'na yıllık rapor sunmak olarak somutlaştırılmıştır.²³ Her ne kadar bağımsız uzmanın kararları ve raporları hükümetler açısından hukukî bir bağlayıcılık taşımasa da, kuşkusuz, yol göstericilik bağlamında çok önemli bir işlevi bulunmaktadır.²⁴ Sözelimi, Mayıs 2020'den itibaren yaşlıların tüm insan haklarından yararlanma konusunda bağımsız uzman olarak atanan Claudia Mahler 2020 yılında Genel Kurul'a sunulan raporunda COVID-19 pandemisinin yaşlı bireylerin insan hakları üzerindeki etkisini değerlendirmiş,²⁵ bu bağlamda, pandemiye karşı uygulanan politikaların ve acil müdahale plânlarının yaşlı bireylerin özel ihtiyaçlarını karşılamaktan çok uzak olduğunu ve mevcut uygulamaların ve politikaların daha önce bu kadar görünür veya belirgin olmayan yaş ayrımcılığını tırmandırdığını vurgulamıştır.²⁶ Mahler, 4 Ağustos 2021 tarihinde İnsan Hakları Konseyi'nin 48. Oturumunda sunulan ikinci raporda daha ayrıntılı

²¹ United Nations, Report of the Second World Assembly on Ageing *UN Doc A/CONF.197/9* Madrid 8-12 April 2002; Olsson (n 7) 44; Claudia Mahler, United Nations Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons *UN Doc A/HRC/48/53* 4 August 2021, para 45.

²² Bkz <https://social.un.org/ageing-working-group/> (Erişim Tarihi: 2 Haziran 2022).

²³ Bkz <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/ie-older-persons> (Erişim Tarihi: 2 Haziran 2022).

²⁴ Olsson (n 7) 44.

²⁵ Claudia Mahler, United Nations Human Rights Council, Impact of the coronavirus disease (COVID-19) on the enjoyment of all human rights by older persons *UN Doc A/75/205* 21 July 2020.

²⁶ Nitekim, bu rapordan sonra COVID-19'un yaşlılar üzerindeki etkisine ilişkin politika özetini sunan BM Genel Sekreteri COVID-19'un kamusal söylemde ve sosyal medyada nefret söylemi de dahil olmak üzere yaş ayrımcılığını ve yaşlılara karşı damgalamayı tırmandırdığını kabul etmiştir. BM üyesi 146 devlet politika özetini destekleyen bir bildiri imzalamıştır. Bkz United Nations, *Policy brief: the impact of COVID-19 on older persons* May 2020.

olarak yaş ayrımcılığı konusuna,²⁷ 16 Temmuz 2021 tarihindeki raporunda da yaşlı kadınların temel insan hakları sorunları çerçevesinde yaşlanmanın toplumsal cinsiyete dayalı etkilerine²⁸ odaklanmıştır. Söz konusu raporlar Dünya Sağlık Örgütü'nce (DSÖ) 2021 yılında yayımlanan ve yaş ayrımcılığı konusunda küresel fikir birliğini ve farkındalığı arttırmayı amaçlayan Yaş Ayrımcılığına Dair Küresel Rapor (*Global Reports on Ageism*)²⁹ ile birlikte ele alındığında, hâlihazırda yaş ayrımcılığının ve yaşlı bireylerin haklarının uluslararası toplumun odak noktası hâline geldiği rahatlıkla söylenebilir.

B. Yaşlı Bireylere Yönelik Yaş Ayrımcılığı³⁰

Geriatrist Robert N. Butler 1969 yılında ilk defa yaş ayrımcılığı (*ageism*) terimini ortaya atmış ve bunu, tıpkı ırkçılık ya da cinsiyetçilik gibi betimleyerek, yaşlılara, yaşlılığa ve yaşlanmanın kendisine yönelik önyargılı tutumların bir kombinasyonu, yaşlılara karşı ayrımcı uygulamalar ile onlar hakkında kalıp yargıları sürdüren kurumsal ve sistematik uygulamalar ve politikalar olarak tanımlamıştır. Butler'a göre, daha genç olanlarca yaşlı bireyler bunak, düşünce ve tavır olarak katı, ahlâk ve beceri bakımından modası geçmiş olarak damgalanmakta; yaş ayrımcılığı genç neslin yaşlı insanları kendilerinden farklı görmelerine alan açmasından dolayı, gençler yaşlı bireylerle insan olarak özdeşleşmeyi kurnazca durdurmaktadır. Yine, yaşa karşı önyargının herkese karşı bir önyargı olduğunu kaydederek, ortalama yaşam süreleri arttıkça ironik olarak onun nihaî kurbanları olmaya çalıştığımızı belirtmiştir.³¹ Açıktır ki, yaş ayrımcılığı, kendi gelecekteki benliklerimize karşı bir önyargıdır ve evrensel bir durumla ilgili tek ayrımcılık olma özelliğine sahiptir. Kökeni ise, yaşlanacağımız gerçeğinin inkârına dayanmaktadır.³²

DSÖ yaş ayrımcılığını, insanlara yaşlarına dayalı olarak kalıp yargılar (nasıl düşündüğümüz), önyargılar (nasıl hissettiğimiz) ve ayrımcılık (nasıl davrandığımız) olarak tanımlamakta,³³ dünya nüfusunun yarısının yaşlılara karşı yaş ayrımcılığı yaptığını ve en

²⁷ Claudia Mahler, United Nations Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons *UN Doc A/HRC/48/53* 4 August 2021.

²⁸ Claudia Mahler, United Nations Human Rights Council, Human rights of older women: the intersection between ageing and gender *UN Doc A/76/157* 16 July 2021a.

²⁹ Raporun İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.who.int/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combating-ageism/global-report-on-ageism> (Erişim Tarihi: 10 Eylül 2022).

³⁰ Genel olarak yaş ayrımcılığı (agesim), yaşını temel alarak kişiye yönelik ayrımcı tutum ve davranışlar sergileme olarak tanımlanabilmektedir. Bu ayrımcı tutum ve davranışlar genç ve yaşlı bireylere yönelik olabilir. Bkz Sema Buz, 'Yaşlı Bireylere Yönelik Yaş Ayrımcılığı' (Bahar 2015) 14 (53) Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 268, 269 (Erişim Tarihi: 21 Mayıs 2022).

³¹ Ashton Applewhite, *Büyükler Yıkılıyor: Yaş Ayrımcılığına Karşı Bir Manifesto* (1. Bası Sander 2022) 27; ayrıca, Robert N. Butler and Myrna I. Lewis, *Aging and Mental Health: Positive Psychosocial Approaches* (St. Louis, Mosby, 1973)'den aktaran Mahler (n 27) para 23.

³² Applewhite (n 31) 31.

³³ WHO, *Global Reports on Ageism, 2021*; Bağımsız Uzman Mahler ise yaş ayrımcılığını, "yaşlı bireylere karşı kronolojik yaşlarına veya kişinin "daha yaşlı" olduğu algısına dayalı kalıp yargılar, önyargılar ve/veya ayrımcı eylemler veya uygulamalar" olarak tanımlar. Bkz Mahler (n 27) para 21. Benzer yönde tanımlar için

yüksek yaygınlığın düşük ve orta gelirli ülkelerde bulunduğunu vurgulamakta;³⁴ tüm ayrımcılık biçimlerinin sosyal olarak en normalleştirilmiş hâli olduğuna dikkat çekmektedir.³⁵

Yaş ayrımcılığı olgusu toplumda ne yeni ne de şaşırtıcıdır. Yaşlı bireyler kronolojik yaşlarına göre damgalanmakta ve yaşla birlikte meydana gelen fiziksel, bilişsel ve duygusal değişikliklere olumsuz kalıp yargılar bağlanmaktadır. Eğitim, istihdam, barınma, ulaşım, sağlık hizmetleri, sosyal hizmetler, kentleşme ve mevzuat alanlarındaki olanaklardan yaygın bir yapısal dışlanma söz konusudur. Akıl sağlığı koşulları ve hastalıklar, yaşlanma sürecinin bir parçası olarak genellikle normalleştirilmektedir. Bu yaş ayrımcılığı kalıp yargıları ve önyargıları yaşlı bireylerin kendileri tarafından da içselleştirilmektedir.³⁶ Applewhite'ın vurguladığı gibi, tüm ayrımcılıklar gibi yaş ayrımcılığı da sosyal olarak inşa edilmiş düşüncelerdir. Bu da onların uydurulmuş düşünceler olduğunu ve zamanla değişebileceğini (düzelebileceğini) gösterir. Yaş ayrımcılığı, tüm bireylerin yaşamlarında baskı katmanları yaratarak etkileşime girer. Baskı, her bireyin gündelik yaşamında karşılaştığı yasal, ekonomik, tıbbî, ticarî ve diğer sistemler aracılığıyla topluma yansıtılarak toplum tarafından pekiştirilir. Bu nedenle, ayrımcılık ve damgalamaya karşı durulmazsa yeniden ve yeniden üretilmiş olur.³⁷

Uluslararası insan hakları hukukuna göre ayrımcılık, herhangi bir alanda insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını veya başkalarıyla eşit bir şekilde yararlanılmasını geçersiz kılma amacı veya etkisi olan herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama olarak tanımlanmakta; bu tanım, doğası gereği yaş ayrımcılığını da kapsamakla birlikte ve birçok ülkede ayrımcılığı yasaklayan yasal düzenlemeler yapılmış olsa da, yaş ayrımcılığı gündelik hayatlarında yaşlı bireyler için büyük bir endişe sebebi olmaya devam etmektedir.³⁸ Bu nedenle, normatif olarak yaşa dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın ortadan kaldırılması elzemdir.

Uluslararası insan hakları hukukunda, yaş ayrımcılığı açık ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, insan haklarının çekirdeği olarak kabul edilen İnsan

bkz Fredrik Snellman, 'Whose ageism? The reinvigoration and definitions of an elusive concept' (2016) 68 (3) *Nordic Psychology* 148, 159; Thomas Nicolaj Iversen, Lars Larsen and Per Erik Solem, 'A conceptual analysis of ageism' (2009) 61 (3) *Nordic Psychology* 4–22; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Update to the 2012 Analytical Outcome Study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons", March 2021, paras 33–41.

³⁴ WHO (n 33); Mahler (n 27) para 29.

³⁵ WHO Report on Ageing and Health, 2015; Mahler (n 27) paras 25-26.

³⁶ Migita D'cruz and Debanjan Banerjee, 'An invisible human rights crisis: The marginalization of older adults during the COVID-19 pandemic' (2020) 292 *113369 Psychiatry Research* 1 2-3 (Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2022); DSÖ, yaş ayrımcılığını kurumsal ayrımcılık, kişiler arası ayrımcılık veya kendine yönelik ayrımcılık olarak üçe ayırmaktadır. Kurumsal yaş ayrımcılığı, yasalar, kurallar, sosyal normlar, politikadaki adaletsizler nedeniyle olanakları kısıtlayan ve bireyleri yaşları nedeniyle sistematik olarak dezavantajlı hâle getiren uygulamaları ifade eder. Kişilerarası yaşlı ayrımcılığı, iki veya daha fazla birey arasındaki etkileşimlerde ortaya çıkarken, kendine yönelik yaş ayrımcılığı içselleştirildiğinde ve bireyin kendine yöneldiğinde ortaya çıkar. Bkz WHO, (n 33) xv.

³⁷ Applewhite (n 31) 20.

³⁸ UN Doc A/HRC/33/44 (n 3) para 62.

Hakları Evrensel Bildirgesi ve İkiz Sözleşmelerdeki ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerdeki “diğer statü” temelinde yaşa dayalı ayrımcılığın da yasaklandığı kabul edilmektedir.³⁹

BM anlaşmaları arasında sadece iki sözleşmede yaş ayrımcılığı yasağına açık göndermeler yer almaktadır. Bunlardan ilki, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme’nin ayrımcılık yasağına ilişkin 7. maddesinde, Sözleşme’de yer alan hakların yaş dahil hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanacağını öngören düzenlemedir. İkincisi ise, Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme’nin bilinçlendirme ile ilgili 8. maddesinde, taraf devletlerin, yaşa dayalı olanlar da dahil olmak üzere yaşamın her alanında engellilere yönelen kalıp yargılar, önyargılar, incitici uygulamalar ile ayrımcı davranışlarla mücadele etme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemedir. Kuşkusuz, yaşa gönderme yapan bu düzenlemeler her iki Sözleşme’nin görece yeni tarihli olmalarından kaynaklanmaktadır.

Yukarıda işaret edilen esnek hukuk belgelerinden, ne Yaşlanmaya Dair Madrid Uluslararası Eylem Plânı ne de daha önceki Yaşlanmaya Dair Viyana Uluslararası Eylem Plânı genel olarak yaş ayrımcılığını ele alırken, Madrid Eylem Plânı yalnızca çalışma yaşamı ile sınırlı olarak yaş ayrımcılığına atıfta bulunmakta; Siyasal Deklarasyon’un 5. maddesi de, yaş da dahil olmak üzere her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırma taahhüdünde bulunmaktadır.

II. BÖLGESEL İNSAN HAKLARI MEKANİZMALARINDA MEVCUT DURUM

Uluslararası insan hakları rejimi sadece BM Örgütü çerçevesinde oluşturulan normatif düzenden ibaret değildir. Avrupa Konseyince hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa kıtasında insan haklarının bölgesel bir koruma sistemi yaratılmış; karşı kıtada Amerikan Devletleri Örgütü’nce Amerikalılar-arası insan hakları sistemi ve Afrika kıtasında Afrika Birliği devletlerinin oluşturduğu bölgesel bir koruma sistemi oluşturulmuştur. Oluşturdukları yargı sistemi ile BM yapısının daha da ilerisinde yer alan bu bölgesel mekanizmalar, yaşlı bireylerin hakları ve yaş ayrımcılığı konusunda daha güncel normatif düzenlemeleri içerdikleri gibi, yargı sistemleri yoluyla da sözleşmelerin günün koşullarına uygun olarak dinamik ve ilerlemeci bir çizgide yorumlanıp anlam kazanmalarına ön ayak olmaktadır.

Yaş ayrımcılığı, 1969 yılında kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Ame-İHS) 1. maddesinde açıkça yasaklanmış bir neden olarak sayılmamış ise de, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi sağlık hizmetlerinin sunumunda yaş ayrımcılığı sorununu incelediği bir kararında, yaşın bu Sözleşme’de yer alan ayrımcılık yasağı güvencesi kapsamında olduğuna karar vermiştir.⁴⁰ Ame-İHS’nin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

³⁹ Mahler (n 27) para 39.

⁴⁰ *Poblete Vilches and others v Chile* (Merits, Reparations and Costs), (Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 8 March 2018) paras 125–143.

Alanında Ek Protokolü'nün 17. maddesinde “yaşlıların korunması”na ilişkin düzenleme öngörülmüştür.

Yaşlı bireylerin hakları ile ilgili kapsamlı düzenleme 15 Haziran 2015 tarihinde Amerikan Devletleri Örgütü üyesi devletlerce kabul edilen “Yaşlı Bireylerin İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmesi”nde yapılmıştır.⁴¹ Sözleşme’de eşitlik ilkesi ve yaş nedeniyle ayrımcılık yapmama yasağı (m 5), yaşlılıkta yaşam ve haysiyetin korunması hakkı (m 6), bağımsızlık ve özerklik hakkı (m 7), katılım ve toplumla bütünleşme hakkı (m 8), güvenlik ve her türlü şiddetten arınmış bir yaşam hakkı (m 9), işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmama hakkı (m 10), sağlık hizmetlerinde özgür ve bilgilendirilmiş rıza verme hakkı (m 11), uzun süreli bakım alan yaşlıların hakları (m 12), kişisel özgürlük hakkı (m 13), ifade ve düşünce özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkı, seyahat ve ikamet özgürlüğü, gizlilik ve mahremiyetinin korunması hakkı, sosyal güvenlik hakkı (m 17), çalışma hakkı (m 18), sağlık hakkı (m 19), eğitim hakkı (m 20), kültür hakkı (m 21), dinlenme, boş zaman ve spor hakkı (m 22), mülkiyet hakkı (m 23), barınma hakkı (m 24), sağlıklı bir çevre hakkı (m 25), erişebilirlik ve kişisel hareketlilik hakkı (m 26), siyasi haklar (m 27), örgütlenme ve toplanma özgürlüğü (m 28), risk durumları ve insanî acil durumlarda güvenliğin sağlanması ve gerekli tedbirlerden yararlanma hakkı (m 29), yasa önünde eşit muamele hakkı (m 30), adalete erişim hakkı (m 31) düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, Sözleşme’de yaşlı bireylerin hakları liberal bir bakış açısıyla ele alınmış ve yaşlılığa özgü sorunlar ayrı normlarda düzenlenmiştir.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 18/4. maddesinde, yaşlı bireylerin fiziksel ve moral ihtiyaçlarını karşılayacak özel tedbirlerle korunma hakkına sahip oldukları vurgulanmıştır. Henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte, 31 Ocak 2016 tarihinde kabul edilen Yaşlıların Haklarına Dair Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Protokolü'nde yaş nedeniyle ayrımcılık yapmama yasağı (m 3), adalete erişim ve yasa önünde eşit muamele hakkı (m 4), kendi kararlarını alma hakkı (m 5), çalışma hayatında ayrımcılığa karşı korunma (m 6), sosyal korunma (m 7), zararlı geleneksel uygulamalar ve istismardan korunma (m 8), yaşlı kadınların korunması (m 9), bakım ve destek (m 10), evde bakım (m 11), savunmasız ve kırılgan çocuklara bakan yaşlı bireylere destek (m 12), engelli yaşlı kadınların korunması (m 13), silahlı çatışmalarda ve doğal felaketlerde yaşlı bireylerin korunması (m 14), sağlık hizmetlerine erişim (m 15), eğitime erişim (m 16), boş zaman aktivitelerine ve programlarına katılma (m 17), erişebilirlik (m 18) hakları düzenlenmiştir. Protokol'de yer alan normlar daha çok yaşlı bireylerin savunmasız ve kırılgan oldukları alanlara yoğunlaştığı gibi, Afrika coğrafyasında hâlen yaygın olan sağlığa zararlı gelenekler uygulamalar (kadın sünneti gibi) ve silahlı çatışmalar gibi sorunların bağımsız birer normda düzenlenmek suretiyle, konuya özel olarak önem verildiği görülmektedir.

⁴¹ İngilizce ismi “Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons” olan Sözleşme, Uruguay ve Kosta Rika'nın 12 Aralık 2016'da onaylamasından 30 gün sonra 11 Ocak 2017'de yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Konseyi çerçevesindeki normatif düzenlemelere bakıldığında, her ne kadar “yaş”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın ayrımcılık yasağına ilişkin (E) maddesinde açıkça ayrımcılık nedeni olarak sayılmamış olsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, yaşlı bireyler ile ilgili verdiği ihlâl kararlarında yaş unsuruna duyarlı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, alzheimer hastalığına yakalanmış yaşlı bir kadının devlete ait bir yaşlı bakım evinden kaybolmasıyla ilgili bir davada yaşama hakkının;⁴² yaş, hastalık/sakatlık durumlarına rağmen cezaevinde tutulma nedeniyle insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağının;⁴³ başvuranın 71 yaşında olmasına rağmen askerlik hizmetini yapmaya zorlanması nedeniyle insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağının⁴⁴ 67 yaşında sağlık problemleri olan bir kadın olan başvuranın otobüste kendisini geçerli bir bilet olmadan seyahat etmekle suçlayan bilet kontrolörüyle tartışması nedeniyle on üç buçuk saat gözaltında tutulmasının orantılı olmaması nedeniyle özgürlük ve güvenlik hakkının⁴⁵ 81 yaşındaki başvuranın açtığı davadaki on yıl devam eden yargılama süresinin, özellikle başvuranın yaşı göz önünde bulundurulduğunda makul bir süreyi aştığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının;⁴⁶ başvurana tahsis edilen bakım ödeneğinin düşürülmesi nedeniyle özel yaşama saygı hakkının;⁴⁷ bir yaşlı bakım evinde çalışan geriatri hemşiresinin, işyerinde yaşlı bireylere sunulan hizmetlerin yetersizliği iddiasıyla işvereni hakkında suç duyurusunda bulunması nedeniyle işten çıkarılmasının, -yaşlı hastaların savunmasız olması ve bu durumu kötüye kullanmanın önlenmesi ihtiyacı göz önüne alındığında- açıklanan bilgilerin inkâr edilemez bir şekilde kamu yararı taşıdığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün⁴⁸ ihlâl edildiğine karar verilmiştir.⁴⁹

Yine, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 23. maddesine göre, üye devletler yaşlı bireylerin sosyal korunma hakkını etkili bir biçimde kullanmalarını sağlamak amacıyla, doğrudan kamusal ya da özel kuruluşlarla işbirliği içinde gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Avrupa Konseyi, yaşlıların insan haklarının geliştirilmesine ilişkin tavsiye kararında, üye devletlere ulusal mevzuatlarında yaşlı bireylerin hakları ve yaş ayrımcılığı ile ilgili hükümlerde yaşa açıkça atıfta bulunmalarını tavsiye etmektedir.⁵⁰

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi’nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 21/1.

⁴² *Dodov v Bulgaria* App no 59548/00 (ECHR, 17 January 2008).

⁴³ *Farbtuhs v Latvia* App no 4672/02 (ECHR, 02 December 2004); *Contrada (No 2) v Italy* App no 7509/08 (ECHR, 11 February 2014).

⁴⁴ *Taştan v Turkey* App no 63748/00 (ECHR, 04 March 2008).

⁴⁵ *Vasileva v Denmark* App no 52792/99 (ECHR, 25 September 2003).

⁴⁶ *Jablonská v Poland* App no 60225/00 (ECHR 09 March 2004).

⁴⁷ *McDonald v United Kingdom* App no 4241/12 (ECHR, 20 May 2014).

⁴⁸ *Heinisch v Germany* App no 28274/08 (ECHR, 21 July 2011).

⁴⁹ Yaşlı bireyler ile ilgili kararlar bakımından AİHM’nin kararları için ayrıca bkz European Court of Human Rights, “Elderly people and the European Convention on Human Rights”, fact sheet, April 2022.

⁵⁰ Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2014)2 of the Committee of Ministers to member States on the promotion of the human rights of older persons. <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/promotion-of-human-rights-of-older-persons> (Erişim Tarihi: 5 Eylül 2022).

maddesi yaşa dayalı ayrımcılığı açıkça yasaklamakta; “yaşlı hakları” başlığını taşıyan 25. maddesi de, yaşlıların, onurlu ve bağımsız bir yaşam sürdürme ve sosyal ve kültürel yaşama katılma haklarını tanımaktadır.

III. BM PERSPEKTİFİNDEN ON ÜLKE ÖRNEĞİ

Önceki bölümde, uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin yaşlı bireylerin haklarına ve yaş ayrımcılığına ilişkin düzenlemeleri ortaya konulmak suretiyle, meselenin normatif boyutu resmedilmiştir. Bu bölümde ise, BM perspektifinden, on ülkenin düzenleyici çerçevelerine ve uygulamalarına bakılacak ve bu alana özgü uluslararası bir sözleşmeye ihtiyaç olup olmadığı değerlendirilecektir.

BM İnsan Hakları Konseyince atanan ve yaşlı bireylerin insan haklarından yararlanmasına ilişkin olarak faaliyet gösteren Bağımsız Uzman, BM üyesi ülkelerin daveti üzerine, o ülkedeki yaşlı bireylere yönelik uygulamaları ve insan hakları alanına ilişkin boşlukları tespit etmek için ziyaretler yapmaktadır. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin resmî internet sitesindeki verilere göre, şimdiye kadar 24 ülkeye ziyarette bulunulmuştur.⁵¹ Raporları tamamlanan ve resmî internet sayfasında yayımlanan ülkeler – alfabetik sırayla- Avusturya, Çin, Kosta Rika, Gürcistan, Karadağ, Mozambik, Namibya, Singapur, Slovenya ve Uruguay'dır.

A. Avusturya

Raporda, Avusturya'nın yaşlı bireylerin haklarının korunmasını ve geliştirilmesini amaçlayan köklü bir politik geleneğe ve güçlü bir düzenleyici yasal çerçeveye sahip olduğu, bu alanda hükümet tarafından federal bir plân benimsenmesinin ve akademiyle birlikte çalışmalar yapılmasının memnuniyet verici olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, yaş ayrımcılığı, ihmal, istismar ve şiddetle etkin bir şekilde mücadele edilmesi; yaşlı bireylerin haklarının daha etkili şekilde sağlanması için sosyal korunma, sağlık hizmetlerine erişim, barınma politikaları ve ayrımcılıkla mücadele mevzuatının yaşlı bireylerin özel gereksinimlerini tam olarak dikkate alacak şekilde sağlanmasının sürdürülmesi; ayrıca, yaşlı bireylerin haklarının korunmasını ve geliştirilmesini de amaçlayan bazı uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin onaylanması tavsiye edilmiş;⁵² ardından, ayrımcılık, istismar ve şiddet, yeterli yaşam standardı, sosyal korunma, eğitim ve öğretim, yaşam boyu öğrenme, bağımsızlık ve özerklik, bakım başlıkları altında spesifik öneriler getirilmiştir.⁵³ Bu bağlamda, ayrımcılığa karşı yasal ve kurumsal çerçevenin federal ve yerel düzeyde karmaşık ve parçalı olduğu, ayrımcılıkla

⁵¹ Bkz United Nations Human Rights Office of the High Commissioner <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/ie-older-persons> (Erişim Tarihi: 7 Eylül 2022).

⁵² UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Rosa Kornfeld-Matte, Mission to Austria, Human Rights Council, A/HRC/30/43/Add.2, 11 August 2015, paras 93-97. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 15 Ekim 2022).

⁵³ ibid paras 99-130.

mücadele hükümlerinin uygulamada yetersiz kaldığı belirtilerek, Hükümete, ombudsman ve ulusal eşitlik ve insan hakları kurumlarının yapılarının uyumlulaştırılması ve yapısal olarak gözden geçirilmesi;⁵⁴ yaşlılara yönelik şiddetin yaygınlığına ilişkin hiçbir veri bulunmadığı belirtilerek, yaşlılara yönelik her türlü şiddet ve istismar vakaları hakkında sistematik ve düzenli aralıklarla, ayrıştırılmış istatistiksel verilerin toplanması;⁵⁵ yaşlı kadınlar ve yaşlı göçmenler de dahil olmak üzere yaşlılar arasındaki yoksulluğu azaltmak için daha fazla önlem alınması; yaşlı bireylerin evlerinde kalabilmeleri ve yeterli barınma haklarından tam olarak yararlanabilmeleri için alternatif barınma yöntemlerinin daha fazla teşvik edilmesi; bu bağlamda, kamu ve özel binaların tasarımı yapılırken yaşlı bireylerin bu binalardan insan haklarına uygun şekilde yararlanabilmeleri için mimar ve mühendislerin insan haklarına dayalı bir yaklaşımı göz önünde tutmaları konusunda farkındalıklarının artırılması;⁵⁶ yaşam boyu öğrenmenin desteklenmesi ve emeklilik sisteminin yaşlı bireylerin çalışma koşulları gözetilerek düzenlenmesi;⁵⁷ yaşlı bireylerin hareketliliğinin artırılması ve hizmetlere erişilebilirliklerinin sağlanması gerektiği, oysa kapsamlı ve engelsiz erişilebilirlik sağlamak için ülke çapında tek tip bir konsept bulunmadığı, kamu ve özel sektörlerce demografik gelişmelere ve yaşlılıkta hareket yeteneğinin kısıtlanması gerçeğine yeterince önem verilmediği;⁵⁸ uzun süreli bakım ödeneklerinin sağlanmasının sosyal bir hak olarak düzenlenmesinin olumlu bulunduğu fakat, sosyal bakımın eyaletlerin yetkileri içinde yer almasına karşın, sağlık bakım hizmetlerinin federal düzenlemeye tâbi olmasının bu iki alanın koordinasyonunu zorlaştırdığı ve sağlık ile sosyal bakımın bütünleştirilmesine engel teşkil ettiği⁵⁹ Raporda yer verilen tespitler ve tavsiyeler arasındadır.

B. Çin

Raporda, Çin'de özellikle yaşlılara yönelik çeşitli politikaların, yaşlılığa özgü kurumsal yapıların ve düzenleyici yasal çerçevesinin mevcut olmasının takdire şayan olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, temel zorluklardan birinin eşitsizliklerin azaltılmasına ve nesiller arasında kaynakların adil dağılımının sağlanmasına çalışılırken, tüm bölgelerde yaşlıların refahını korumanın ve iyileştirmenin göz önünde tutulması gerektiği; yine, Çin'in, özellikle Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi başta olmak üzere, henüz taraf olmadığı tüm insan hakları sözleşmelerini onaylaması, ayrıca Paris İlkeleri ile uyumlu olarak, yaşlıların hakları da dahil olmak üzere insan haklarını geliştirmek ve korumak için geniş bir yetkiye sahip bağımsız bir ulusal eşitlik ve insan hakları kurumu kurması tavsiye edilmekte;⁶⁰

⁵⁴ ibid para 99.

⁵⁵ ibid para 105.

⁵⁶ ibid paras 111-114.

⁵⁷ ibid para 115.

⁵⁸ ibid paras 117-118.

⁵⁹ ibid paras 119-122.

⁶⁰ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Rosa Kornfeld-Matte, Visit to China, Human Rights Council, A/HRC/45/14/Add.1, 7 August 2020, paras 65-72. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 17

ardından, veriler ve istatistikler, ayrımcılık, ihmal, şiddet ve istismar, eğitim ve öğretim, yaşam boyu öğrenme, yeterli yaşam standardı, sosyal korunma ve sosyal güvenlik, bakım, otomasyon, yardımcı ve robotik teknolojisi başlıkları altında spesifik öneriler getirilmektedir.⁶¹ Bu bağlamda, yaş ve cinsiyete göre ayrıştırılmış verilerin ülke çapında, sistematik ve düzenli bir şekilde toplanması, yaşlı bireyler bakımından bu istatistiklerin yaşa dayalı bireysel ve toplu olarak her türlü ayrımcılık, dışlanma, yoksulluk, şiddet, istismar, ihmal ve kötü muamele gibi yaşlıların haklarını fiilen kullanmalarının önündeki engellere ilişkin verileri içermesi;⁶² etnik ve dinsel azınlıklara mensup kişiler, engelli yaşlılar ve kırsal kesimde yaşayanlar başta olmak üzere çoklu ve kesişen ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygun tedbirlerin alınması;⁶³ yaşlı bireylere yönelik şiddet, kötü muamele, ihmal ve istismar vakalarına karşı kamuoyunun bilinçlendirilmesi, ayrıca vakaların soruşturulması ve insan haklarına dayalı çözüm yollarının sağlanması için yargıçlar, avukatlar ve savcılar ile kolluk görevlileri için farkındalık eğitimi verilmesi;⁶⁴ yaşlı kadınlara odaklanılarak yaşam boyu öğrenme süreçlerinin genişletilmesi, yeni istihdam ve katılım biçimleri yoluyla yaşlı kadınların potansiyelinin açığa çıkarılması;⁶⁵ yoksulluğu azaltma programlarının sürdürülmesi ve yaşlıların, -özellikle de yaşlı kadınların ve engelli yaşlıların- yeterli bir yaşam standardına sahip olmaları ve kırsal alanlarda temel hizmetlere erişimlerinin sağlanması için daha fazla önlem alınması;⁶⁶ sosyal korunma ve sosyal güvenlik alanında, özellikle kentsel ve kırsal plânlarda olmak üzere yaşlılık destek sisteminin daha da geliştirilmesi;⁶⁷ acil bir mesele olarak yaşlı bireylere yönelik uzun süreli bakım hizmetlerinde genel bir stratejik vizyon geliştirilmesi;⁶⁸ yaşlı bakım ve sağlık hizmetlerinde kullanılan yardımcı ve robotik teknolojinin, özellikle yaşlı kişiler için etikten hesap verebilirliğe, veri korumasından bilgilendirilmiş rızaya kadar bir dizi sorunu gündeme getirdiği belirtilerek, bu teknolojinin kullanımı için normatif çerçeve ve uygun mekanizmaların oluşturulması, başta biyometrik veriler olmak üzere verilerin toplanması, saklanması ve kullanılmasının yasal çerçevesinin belirlenmesi,⁶⁹ Rapor'da tavsiye edilen önemli noktalardandır.

C. Kosta Rika

Rapor'da, yaşlı bireylerin insan haklarından yararlanması için yasal, kurumsal ve politik bir çerçevenin kabul edilmesi takdir edilmektedir. Bununla birlikte, bu toplumda yaşlanma konusuna bölgesel farklılıkların damgasını vurduğu, başta yerli topluluklar veya Afrika kökenli ve göçmen topluluklara mensup olanlar gelmek üzere, belirli yaşlı gruplarını

Ekim 2022).

⁶¹ ibid paras 73-98.

⁶² ibid paras 73-74.

⁶³ ibid para 75.

⁶⁴ ibid para 79.

⁶⁵ ibid para 81.

⁶⁶ ibid para 82.

⁶⁷ ibid para 83.

⁶⁸ ibid para 86.

⁶⁹ ibid para 94.

etkileyen sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin derinleştiği ifade edilmektedir. Ayrıca, ulusal normların uluslararası ve bölgesel insan hakları rejimiyle örtüşmediği göz önüne alınarak, henüz taraf olunmayan insan hakları sözleşmelerine, özellikle de Yaşlı Bireylerin İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmesi'ne taraf olunması tavsiye edilmektedir.⁷⁰ Rapor'da ayrıca, farkındalık yaratma ve eğitim, kurumsal yapı ve katılım, istatistikler, ayrımcılık, şiddet ve terk, sosyal koruma ve sosyal güvenlik hakkı, yeterli yaşam standardı, özerklik ve adalete erişim, bakım başlıkları altında spesifik öneriler getirilmektedir.⁷¹ Bu bağlamda, yaşlı bireylere yönelik tutumlarda bir değişiklik meydana getirmek, toplumun her düzeyinde yaşlanmayla ilgili mitlere ve kalıp yargılara karşı çıkmak ve kapsayıcılığı, sosyal uyumu ve çeşitliliğe saygıyı teşvik etmek için halkın bilgilendirilmesine yönelik kampanyalar yürütülmesi, yaşlı bireylere kötü muamele ve terk konusunda ailelere, bacıcılara, hekimlere, hemşirelere, toplu taşıma sürücülerine ve genel olarak topluma eğitim verilmesi, ayrıca farkındalığı artırmaya yönelik eğitimlerin yargıçlar, avukatlar ve diğer yargı mensupları ile kolluk personeline de verilmesi;⁷² ombudsmanlığın güçlendirilmesi; yaşlı bireylerin yaşamlarını etkileyen kararlarda etkin bir şekilde yer alabilmelerinin sağlanması;⁷³ yaş, cinsiyet, engellilik ve etnik kökene göre ayrılmış istatistiklerin sistemli olarak toplanması;⁷⁴ özellikle yerli, Afrika kökenli, göçmen yaşlı kişiler gibi belirli toplulukları ve etnik grupları etkileyen yaşa dayalı ayrımcılıkla mücadele için çabaların iki katına çıkarılması;⁷⁵ terk edilme de dahil olmak üzere, yaşlılara yönelik şiddeti önemsemek ve yaşlı bireylere herhangi bir şekilde kötü muameleden suçlu bulunanlara verilen cezaları önemli ölçüde artırmak için yasal düzenlemelerin yapılması;⁷⁶ emekli maaşları için öngörülen prosedürlerin basitleştirilmesi, yaşlılar arasındaki aşırı yoksulluğu azaltmanın bir yolu olarak primsiz yaşlılık aylığı rejiminin üzerinde düşünülmesi;⁷⁷ yerli topluluklardaki yaşlı bireylerin durumuna özellikle dikkat edilmesi ve tüm yaşlı bireylerin gıda, barınma ve tatmin edici bir sağlığa sahip olmalarını sağlamak için yaşlılık döneminde yoksullukla mücadele için etkili önlemlerin alınması, adalete erişim için farkındalığın artırılması;⁷⁸ -daha ziyade volkanik bölgelerde- iklim değişikliğine karşı özellikle kırılgan

⁷⁰ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Costa Rica, Human Rights Council, A/HRC/33/44/Add.1, 4 August 2016, paras 61-69. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 17 Ekim 2022); Bu arada belirtmelidir ki; bu raporun düzenlendiği tarihten sonra Kosta Rika'nın da onaylamasıyla Yaşlı Bireylerin İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmesi 12 Aralık 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷¹ ibid paras 70-111.

⁷² ibid paras 70-71.

⁷³ ibid paras 74-75.

⁷⁴ ibid para 77.

⁷⁵ ibid para 79.

⁷⁶ ibid para 82.

⁷⁷ ibid paras 88-89.

⁷⁸ ibid paras 90-94.

gruplardan olan yaşlı bireylere yönelik önlemler alınması;⁷⁹ evde bakım ve sağlık hizmetlerinin güçlendirilmesi, ülkenin tamamında yeterli sayıda kalifiye geriatri uzmanının bulunmasının sağlanması;⁸⁰ aktif yaşlanmayı teşvik etmek ve yaşlılar arasında ve özellikle yerli nüfusa ve Afrika kökenli nüfusa mensup olanlar arasında eğitimsizliği azaltmak için ek önlemler alınması, yaşlı bireylerin aktif, özerk ve bağımsız olarak topluma katılabilmelerini sağlamak için yaşam boyu öğrenmenin teşvik edilmesi,⁸¹ Rapor'da dikkat çeken noktalardan bazılarıdır.

Ayrıca, Rapor'da uluslararası topluma çağrı yapılarak, insan haklarıyla ilgili mevcut uluslararası ve bölgesel mekanizmaların tam olarak uygulanmasını sağlamak için bu ülkeye uluslararası yardım ve işbirliği yapılması tavsiye edilmektedir.⁸²

D. Gürcistan

Rapor'da, yaşlı bireylerle ilgili kurumsal yapının, daha etkin şekilde faaliyet gösterebilmesi için, bakanlıklar arası koordinasyonu sağlayacak bir seviyeye yükseltilmesi ve ayrıca ESKHS'ye ve Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'ye ek ihtiyarî protokollerin onaylanması tavsiye edilmektedir.⁸³ Ayrıca, istatistikler, ayrımcılık, şiddet, kötü muamele ve istismar, yeterli yaşam standardı ve özerklik, sosyal korunma ve sosyal güvenlik hakları, eğitim, öğretim ve yaşam boyu öğrenme, bakım başlıkları altında spesifik öneriler getirilmektedir.⁸⁴ Bu bağlamda, yaşlıların tüm insan haklarından yararlanmalarının önündeki engeller -örneğin dışlanma, yoksulluk ve her türlü şiddet, istismar ve kötü muamele gibi- hakkında ülke çapında, sistematik olarak, ayrıştırılmış verilerin toplanması;⁸⁵ yaş ayrımcılığı ile mücadele için tutarlı ve çok yönlü bir stratejiye ihtiyaç olduğu vurgulanarak, mevcut yaş ayrımcılığı tutumlarıyla etkin bir şekilde mücadele edilmesi için geniş kapsamlı bir bilinçlendirme kampanyası yürütülmesi, çalışanların işe alınması, terfi ve eğitiminde yaşa dayalı ayrımcılığın yasaklanması;⁸⁶ çeşitli çalışmaların, aile üyeleri de dahil olmak üzere, yaşlı kişilere yönelik şiddet ve istismarın sıklıkla gerçekleştirildiğini gösterdiği vurgulanarak, bu konuda eksik raporlamanın önlenmesi, hane içinde ve kurumsal ortamlarda bakıcıların, yaşlı istismarını önleme ve tespit etme konusunda daha fazla duyarlı hâle getirilmesi ve eğitilmesi, ayrıca, yaşlı kişilerin finansal sömürüsüne karşı önlem alınması, yaşlılara yönelik şiddet, kötü muamele ve istismar konusunda önleyici bir bilgilendirme kampanyası yürütülmesi, yaşlı mağdurların yasal, tıbbî ve psikolojik yardım dahil olmak üzere

⁷⁹ ibid para 97.

⁸⁰ ibid paras 98-107.

⁸¹ ibid paras 108-109.

⁸² ibid paras 110-111.

⁸³ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Georgia, Human Rights Council, A/HRC/39/50/Add.1, 17 July 2018, paras 86-90. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 17 Ekim 2022).

⁸⁴ ibid paras 92-119.

⁸⁵ ibid para 92.

⁸⁶ ibid paras 94-97.

profesyonel yardıma ve sığınma evlerine yönlendirilmesi konusunda bilinçlendirilmesi, aile içi şiddetle mücadele için kolluk personeli ile yargıçlar, avukatlar ve savcılar için eğitim programları düzenlenmesi, sosyal hizmet sunucularının da aile içindeki istismar durumlarını tanımak ve çözmek için özel olarak eğitilmesi, sığınma evlerinin, özellikle tıbbî bakım ve yardıma ihtiyaç duyan yaşlı bireylerin gereksinimlerini karşılayacak şekilde tasarlanması;⁸⁷ kamu binalarının, toplu taşıma araçlarının yaşlı bireylerin erişilebilirliğine uygun tasarlanması, insan haklarına uygun olarak kamu ve özel binaların tasarımında mimarların ve mühendislerin farkındalıklarının artırılması, iklim değişiklikleri, afet plânları ve insanî yardım süreçlerinde yaşlı bireylere duyarlı politikalar geliştirilmesi;⁸⁸ süregelen yaşlı yoksulluğunun ele alınması ve sosyal koruma politikalarının geliştirilmesi;⁸⁹ yaşlı bireylerin kapasitelerine ve tercihlerine uygun olarak işgücünde kalmalarının sağlanması ve eğitilmeleri; artık işgücünün bir parçası olmayan yaşlı bireyler için de yaşam boyu öğrenmenin esas alınması;⁹⁰ acil bir konu olarak genel bir uzun süreli bakım stratejisi geliştirilmesi,⁹¹ Rapor'da üzerinde durulan konulardandır.

Ayrıca, raporda uluslararası topluma çağrı yapılarak, Gürcistan Hükümeti'nin, özellikle yaşlı yoksulluğu sorununu ele alması için ve ayrıca, sivil toplum aktörleri ile birlikte, yaşlılarla ilgili mevcut uluslararası belgelerinin uygulanmasında desteklenmesi tavsiyesinde bulunulmuştur.⁹²

E. Karadağ

Rapor'da, Karadağ'ın yaşlıların sosyal korunmasına ilişkin yasal çerçevesini iyileştirdiği kabul edilmekte ve fakat, yaşlılar için entegre sosyal ve sağlık hizmetleri sağlamak için daha fazla reformun gerekli olduğu ifade edilmektedir.⁹³ Ayrıca, istatistikler, ayrımcılık, şiddet, kötü muamele ve istismar, yeterli yaşam standardı ve özerklik, sosyal korunma ve sosyal güvenlik hakları, eğitim, öğretim ve yaşam boyu öğrenme, bakım başlıkları altında spesifik öneriler tavsiye edilmektedir.⁹⁴ Bu bağlamda, yaşa dayalı her türlü ayrımcılık başta olmak üzere bireysel ve toplu olarak, yaşlıların tüm insan haklarından yararlanmalarının önündeki engeller hakkında bilgi sahibi olunabilmesi için ülke çapında, dışlanma, yoksulluk ve her türlü şiddet, istismar, ihmal ve kötü muamele gibi alanlarda

⁸⁷ ibid paras 98-102.

⁸⁸ ibid paras 103-108.

⁸⁹ ibid para 110.

⁹⁰ ibid paras 111-113.

⁹¹ ibid para 114.

⁹² ibid para 120.

⁹³ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Montenegro, Human Rights Council, A/HRC/39/50/Add.2, 16 July 2018, paras 76-80. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 17 Ekim 2022).

⁹⁴ ibid paras 82-116.

sistematik ve düzenli olarak, ayrıştırılmış verilerin toplanması;⁹⁵ yaşlı kişilere yönelik damgalama ve ayrımcılığın Karadağ'da endişe konusu olmaya devam ettiği belirtilerek, nüfusun yaş ayrımcılığı konusunda bilinçlendirilmesi;⁹⁶ aile içi şiddet vakalarının kapsamlı bir şekilde soruşturulmasının, failerin adalete teslim edilmesinin ve mağdurların yeterince korunmasının ve zararlarının tazmin edilmesinin sağlanması; kurumsal bakımda ve aile ortamlarında yaşlı kişilerin her türlü istismarının tespit edilmesi, bildirilmesi ve önlenmesi için somut önlemler alınması; yaşlıların özel ihtiyaçlarına göre uyarlanmış yeterli sayıda sığınma evlerinin, erişilebilir adli yardım mekanizmasının, mağdurlara danışmanlık, rehabilitasyon ve destek hizmetlerinin fiilî olarak sunulmasının sağlanması; yaşlılara yönelik şiddet, kötü muamele ve istismar konusunda önleyici bir bilgilendirme kampanyası yürütülmesi;⁹⁷ yeterli yaşam standardı sağlanması bakımından özellikle Kuzey bölgesinde, yoksulluk ve sosyal dışlanmayla mücadele çabalarının güçlendirilmesi; hareket yeteneği kısıtlı ve engelli olanlar da dahil olmak üzere, yaşlı bireylerin erişilebilirliğini sağlamak için tüm özel ve kamu binaları ve toplu taşıma için evrensel tasarımın teşvik edilmesi; mimar ve mühendislerin kamu ve özel binaların tasarımında insan haklarına uygun olarak yaşlı bireylerin erişilebilirliğini sağlamak için hak temelli bir yaklaşım benimsemeleri konusunda farkındalıklarının artırılması; acil ve afet durumları ile insanî müdahalelerde verilecek hizmetlerin yaşlı bireylerin özel ihtiyaçlarına ve koşullarına göre uyarlanması; evsiz yaşlılara barınma sağlamak için alınan önlemler takdir edilmekle birlikte, bu kırılğan gruba yardım etmek ve evsizler ve genel olarak da yaşlılar için sosyal konutların mevcudiyetinin ve kalitesinin artırılması için daha sistemli çaba gösterilmesi; yaşlı bireylerin hukukî ehliyetinden yoksun bırakılması konusunun, Engellilerin Haklarına Dair Sözleşme doğrultusunda gecikmeksizin ele alınması ve mevcut vesayet rejiminin yerine, kişinin özerkliğine, bütünlüğüne, onuruna, iradesine ve tercihlerine tam olarak saygı gösteren yeni bir sistem getirilmesi;⁹⁸ yaşlı yoksulluğu sorununun ele alınması ve primsiz yaşlılık aylığı sistemi getirilmesi;⁹⁹ yaşlılık döneminde eğitim ve öğretime erişimin sağlanması, yaşlı bireylerin sürekli değişen koşullar, gereksinimler ve zorluklarla başa çıkmalarını, topluma aktif katılımlarını ve bağımsız bir yaşam sürmelerini sağlamak için ihtiyaçlarına yeterince cevap veren bir yaşam boyu öğrenme stratejisinin geliştirilmesi;¹⁰⁰ uzun erimli bakım plânı ve stratejisi geliştirilmesi, özellikle sosyal korunma ve sağlık sistemleri arasında, yaşlı bireylere yeterli bakımı sağlayacak entegrasyonun oluşturulması; ayrıca, yaşlıların malî yüke katlanmak zorunda kalmadan, kamu sağlık programları kapsamında olmayan tedaviye erişimleri için özel sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerini sağlamak için kamu ve özel sağlık hizmetleri arasındaki entegrasyonun iyileştirilmesi, palyatif bakım hizmetlerinin güçlendirilmesi, “yaşlı yardımcıları” kavramı memnuniyetle karşılanırken, bu tür

⁹⁵ ibid para 82.

⁹⁶ ibid paras 84-87.

⁹⁷ ibid paras 88-94.

⁹⁸ ibid paras 95-100.

⁹⁹ ibid para 102.

¹⁰⁰ ibid paras 105-106.

yardımcıların geriatri ve yaşlı hastalarla nasıl etkileşime geçileceği ile ilgili temel bilgiler de dahil olmak üzere, yeterli eğitim almalarının sağlanması; ayrıca, toplum üyeleri kadar yaşlılarla ilgilenen tüm sağlık profesyonelleri için gerontoloji ve geriatri eğitiminin bir gereklilik hâline getirilmesi, yaşlı bakım evleri için asgari standartların belirlenmesi,¹⁰¹ söz konusu Rapor'da yer alan tavsiyeler arasındadır.

Ayrıca, raporda yaşlı kişilerin insan haklarından tam olarak yararlanmasını sağlaması için uluslararası topluma çağrı yapılarak, Karadağ Hükümetine uluslararası yardım ve işbirliği yapılması tavsiye edilmektedir.¹⁰²

F. Mozambik

Rapor'da, yaşlı bireylerin Mozambik'te kültürün, dillerin ve bilginin koruyucuları olarak toplumunun temel direği olarak görüldüğü belirterek, yaşlı bireylerin haklarını korumaya yönelik önemli politika, araç ve programların Hükümet tarafından kabul edilmesi takdirle karşılanmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu ülkenin henüz taraf olmadığı insan hakları sözleşmelerine ve bilhassa “Yaşlıların Haklarına Dair Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Protokolü”ne taraf olması tavsiye edilmektedir.¹⁰³ Ayrıca, afet sonrası ortamlarda yaşlı bireyler, istatistikler, ayrımcılık, şiddet, kötü muamele, istismar ve büyücülük suçlamaları, yeterli yaşam standardı ve özerklik, bakım başlıkları altında spesifik önlemler getirilmektedir.¹⁰⁴ Bu bağlamda, afetlerden yaşlı bireylerin orantısız bir şekilde etkilendikleri ve özellikle istismar, kötü muamele ve şiddete karşı savunmasız oldukları göz önüne alınarak, yaşlıların afet sonrası iyileştirme ve yeniden yapılandırma çalışmalarında öncelikli grup olarak ele alınması; iklim değişikliği Mozambik'i etkilediğinden, özellikle yaşlılar başta olmak üzere kırılgan durumdaki kişilerin derinlemesine bir analiz ve haritasının çıkarılması, afet sonrası ortamlarda ve insanî müdahalelerdeki hizmetlerin yaşlıların özel ihtiyaçlarına ve koşullarına uyarlanması;¹⁰⁵ yaş ayrımcılığı ile ilgili ayrıştırılmış verilerin toplanması;¹⁰⁶ yaşlı kadınlara yönelik istismar, şiddet ve ihmali haklı çıkarmak ve cinayetleri mazur göstermek için büyücülük suçlamalarının kullanılmasına ilişkin endişelerin dile getirildiği Rapor'da, bu kalıp yargıları ortadan kaldırmak için eyleme geçmenin zorunlu olduğu; yaşlı kadınların “şeytan tarafından ele geçirilmiş” veya “kötü cadılar” olarak görülmesine yol açan eylemlerin toplumsal olarak kınanması için sembolik bir bildiriyle başlayan ortak girişim başlatılması; büyücülük suçlamasının dışında da yaşlı bireylere yönelik şiddet, istismar ve kötü muamelenin önlenmesi;¹⁰⁷ eşitsizliğin çok derin olduğu

¹⁰¹ ibid paras 107-116.

¹⁰² ibid para 117.

¹⁰³ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Visit to Mozambique, Human Rights Council, A/HRC/42/43/Add.2, 17 July 2019, paras 77-83. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 17 Ekim 2022).

¹⁰⁴ ibid paras 85-113.

¹⁰⁵ ibid paras 85-89.

¹⁰⁶ ibid para 90.

¹⁰⁷ ibid paras 96-98.

Mozambik'teki yaşlı bireylerin, özellikle de yaşlı kadınların, yeterli ve insana yakışır bir yaşam standardına sahip olmalarını sağlamak için daha fazlasının yapılması; engelliler ve kırsal kesimde yaşayanlar için temel hizmetlere erişebilirliğin sağlanması;¹⁰⁸ sosyal güvenlik sisteminin genişletilmesi ve yaşlı yoksulluğunun ele alınması;¹⁰⁹ sağlık ve yaşlı bakım hizmetleri alt yapısının oluşturulması için çaba gösterilmesi,¹¹⁰ sözü edilen Raporda yer alan tavsiyelerinden dikkat çekenlerdir.

Ayrıca, raporda Mozambik için de uluslararası topluma yardım ve işbirliği çağrısı yapılmaktadır.¹¹¹

G. Namibya

Rapor'da, 27 yıl önce bağımsızlığına kavuşan Namibya'da eşitsizliklerin çok yoğun olduğu belirtilerek, yaşlı bireylerin haklarının korunması için ulusal politikalar benimsenmesi tavsiye edilmektedir.¹¹² Ayrıca, istatistikler, ayrımcılık, şiddet ve istismar, yeterli yaşam standardı ve özerklik, sosyal korunma ve sosyal güvenlik hakkı, bakım başlıkları altında spesifik öneriler getirilmektedir.¹¹³ Ombudsman tarafından, 2013 yılında Namibya'da insan hakları üzerine yürütülen temel çalışma önemli bir başlangıç noktası olsa da, yaşlı bireylere daha fazla odaklanan ve verilerin yaşlara göre daha fazla ayrıştırılarak, toplumun aşırı heterojenliğini yansıtacak şekilde bir takip çalışması yapılması;¹¹⁴ mevcut ayrımcılık yasağı hükümlerinin özellikle yaşlı bireyleri korumadığı belirtilerek, Namibya Anayasası'nda engelliliği ve yaşı da yasaklanmış ayrımcılık sebebi olarak öngörecektir değişiklik yapılması ve bağımsız bir ulusal eşitlik kurumu kurulmasının düşünülmesi;¹¹⁵ yaşlı bireylere yönelik istismar, kötü muamele ve şiddetin çok boyutluluğu karşısında, uygun müdahalelerin belirlenmesinde yaşlıların yanı sıra farklı disiplinleri, kuruluşları ve aktörleri de içeren kapsamlı, bütünlük ve kapsayıcı bir yaklaşımla konunun ele alınması;¹¹⁶ Namibya'daki yaşlı bireylerin genellikle yeterli ve insana yakışır bir yaşam standardına sahip olmadıkları belirtilerek, yoksulluk, barınma gibi kilit alanların ele alınması;¹¹⁷ primsiz yaşlılık aylığı sisteminin iyileştirilmesi ve yaşlıların hak ettikleri sosyal yardımlardan yararlanmalarını engelleyen nedenlerin ortadan kaldırılması;¹¹⁸ kırsal alanlardaki yaşlı

¹⁰⁸ ibid paras 101-102.

¹⁰⁹ ibid paras 102-105.

¹¹⁰ ibid paras 106-113.

¹¹¹ ibid para 114.

¹¹² UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Namibia, Human Rights Council, A/HRC/36/48/Add.2, 5 July 2017, paras 70-80. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 18 Ekim 2022).

¹¹³ ibid paras 82-110.

¹¹⁴ ibid para 82.

¹¹⁵ ibid paras 86-87.

¹¹⁶ ibid para 92.

¹¹⁷ ibid para 97.

¹¹⁸ ibid para 101.

bireyler için Hükümet tarafından sağlık ve bakım altyapısına daha fazla yatırım yapılması,¹¹⁹ Rapor'da yer alan başlıca önerilerdendir.

Ayrıca, raporda uluslararası topluma çağrı yapılarak, yaşlı bireylerle ilgili mevcut uluslararası belgelerin tam olarak uygulanması için Namibya Hükümetine yardım ve işbirliği yapmaları tavsiye edilmektedir.¹²⁰

H. Singapur

Rapor'da, Singapur'un 65 yaş ve üstü nüfusun 2030 yılına kadar ikiye katlanarak 900.000 kişiye ulaşması beklenen, dünyanın en hızlı yaşlanan nüfuslarından birine sahip olduğu, bu nedenle, 1980'lerden bu yana, yaşlanan nüfusun zorluklarını ele almak için önemli çalışmalar yapıldığı ve eylem plânı hazırlandığı belirtilerek, ulusal çalışmalarda hak temelli bir yaklaşım benimsemeleri ve istenen sonucu almak için eylem plânı kapsamındaki girişimlerin uygulanmasının sürekli olarak izlenmesi tavsiye edilmektedir.¹²¹ Ayrıca, istatistikler, ayrımcılık, şiddet ve istismar, yeterli yaşam standardı ve özerklik, sosyal korunma ve sosyal güvenlik hakkı, bakım, yardımcı ve robotik teknolojisi başlıkları altında spesifik öneriler getirilmektedir.¹²² Bu bağlamda, yaşlı bireylerle ilgili ayrıştırılmış istatistiklere ilaveten onların ihtiyaçlarını daha iyi anlamak ve heterojenliklerini yansıtmak için, çok yaşlı olanlar ile evlerde yaşayanlar da dahil olmak üzere yaşlı bireylerin seslerinin sistematik olarak anketlere dahil edilmesinin sağlanması;¹²³ kadınlara karşı ayrımcılığı kapsayan bir ayrımcılık tanımının anayasal ve yasal düzenlemelerde yer alması ve ayrıca yaş veya engellilik temelinde de dahil olmak üzere kadınlara karşı ayrımcılığı yasaklayan hükümler öngörülmesi;¹²⁴ savunmasız yaşlı bireyleri istismar ve ihmalden korumak için hazırlanan yasa taslağına yaşlı kişilere karşı işlenen şiddet, kötü muamele ve istismardan korunma ve aile içi şiddetin yasaklanmasına ve cezalandırılmasına ilişkin hükümlerin de eklenmesi; ayrıca, yaşlı bireylerin kendini ihmaline ilişkin hükümlerle ilgili olarak, müdahalenin orantılı olması, bağımsız bir organ veya mahkeme kararı gibi resmî bir gözetim sürecinin öngörülmesi;¹²⁵ Singapur'un dünyadaki en yüksek gayri safi milli hasıllardan birine sahip olmasına rağmen, emeklilerin çoğunun temel harcamalarının önemli bir bölümünü karşılamak için akrabalarına ve diğer sosyal destek biçimlerine veya yatırım getirilerine bel bağladığı belirtilerek, yaşlı bireylere yönelik barınma olanaklarının

¹¹⁹ ibid para 105.

¹²⁰ ibid para 111.

¹²¹ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Singapore, Human Rights Council, A/HRC/36/48/Add.1, 31 May 2017, paras 80-87. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 18 Ekim 2022).

¹²² ibid paras 89-111.

¹²³ ibid para 90.

¹²⁴ ibid para 94.

¹²⁵ ibid paras 95-97.

geliştirilmesi;¹²⁶ ayrıca, Singapur'un sosyal korunma felsefesi kendine güvenmeye ve her bireyin, yaşlılığını plânlamak için kişisel sorumluluğuna dayanmakta ise de, devletlerin doğrudan insan hakları normlarından doğan sosyal güvenlik ve yeterli yaşam standardı hakkını sağlama görevi göz önüne alındığında, devletin, yaşlı bireylerin ihtiyaçlarının başka türlü karşılanmadığı durumlarda doğrudan müdahil olması, sosyal güvenlik sistemlerinin kurulması veya genişletilmesi;¹²⁷ Singapur'daki "yerinde yaşlanma" ilkesinde öngörülen yaşlı bireylerin aşına oldukları evde, toplumda ve çevrede yaşamlarında ve faaliyetlerinde minimum değişiklik ile yaşlanmalarına olanak sağlamayı amaçlayan yaklaşımla hemfikir olunmakla birlikte, sağlık ve sosyal hizmetlerin yalnız yaşayan ve sosyal olarak izole edilmiş yaşlılara ulaşmasının sağlanması, uzun süreli bakım stratejileri oluşturulması;¹²⁸ otonom sağlık hizmeti robotlarının kullanımının etikten hesap verebilirliğe, mahremiyetten veri korumasına kadar uzanan bir dizi sorunu gündeme getirdiği dikkate alınarak, gerekli normatif çerçevelerin oluşturulması ve ayrıca, yaşlı bireylerde bakım ve robot kullanımının insan hakları üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi,¹²⁹ getirilen önerilerinden başlıcalarıdır.

I. Slovenya

Rapor'da, Slovenya'nın yaşlı bireylerin haklarının korunması bakımından iyi bir normatif çerçeveye sahip olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada hâlâ iyileştirme yapılması gereken alanlar olduğu ve ilgili yasalardan bazılarının da tam olarak uygulanmadığı belirtilerek, ülke nüfusundaki yaşlanmanın yoğunluğu göz önüne alındığında, yaşlı bireylere yeterli emekli maaşı, yüksek kaliteli sağlık hizmeti ve yeterli istihdam olanakları sağlamanın önümüzdeki yıllarda daha da büyük bir zorluk oluşturacağı dikkate alınarak, sosyal destek sistemlerinin zaman içinde sürdürülebilirliğini sağlamak için verimliliği artıran reformların sürdürülmesi; yine, ESKHS'ye ek İhtiyarî Protokol'ün ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yaşlı bireylerle ilgili tüm sözleşmelerinin onaylanması tavsiye edilmektedir.¹³⁰ Ayrıca, kanunlar ve politikalar, farkındalık yaratma ve eğitim, istatistikler, ayrımcılık, şiddet ve istismar, yeterli yaşam standardı, eğitim, öğretim ve yaşam boyu öğrenme, bakım başlıkları altında spesifik öneriler getirilmektedir.¹³¹ Bu bağlamda, Roman yerleşimlerdeki yaşlı bireylerin ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve siyasi haklarının, Romanlar ve onların temsilcileri ile geniş tabanlı katılım ve istişare yoluyla gerçekleştirilmesi de dahil olmak üzere, temel hizmetlere erişimin sağlanması için özel çaba gösterilmesi ve yasal düzenlemelerin bu çerçevede gözden geçirilmesi;¹³² yaşlı bireylerin

¹²⁶ ibid paras 100-101.

¹²⁷ ibid para 103.

¹²⁸ ibid para 108.

¹²⁹ ibid para 111.

¹³⁰ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Rosa Kornfeld-Matte, Mission to Slovenia, Human Rights Council, A/HRC/30/43/Add.1, 4 August 2015, paras 63-67. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 18 Ekim 2022).

¹³¹ ibid paras 69-91.

¹³² ibid para 69.

toplumda oynadığı rol ve nesiller arası diyaloga duyulan ihtiyaç çerçevesinde, toplumun her seviyesindeki insanların yaşlı bireylere yönelik tutum, ve inançlarının değiştirilmesi ve yaşlı bireylerin insan hakları konusunda bilinçlendirilmeleri için eğitim verilerek farkındalık oluşturulması;¹³³ yaşlı bireylere yönelik ihmal, istismar, şiddet ve damgalama gibi eylemlerin önüne geçilmesi ve yaş ayrımcılığının önlenmesi için bu alanlardaki ayrıştırılmış istatistik verilerinin toplanması;¹³⁴ Slovenya'daki Romanların haklarının korunması için önemli adımlar atılmış olsa da, Romanlara karşı ayrımcılığın yaygın olduğu ve yaşlı Romanların sayısının düşük olmasının da bu durumun göstergesi olduğunu belirterek, Romanlara yönelik ayrımcılık için acil önlemler alınması, Roman toplulukların temel hizmetlere erişiminin güvence altına alınması;¹³⁵ yaşlı bireylere yönelik ihmal, istismar ve şiddetin her düzeyde ve her ortamda önlenmesi, tespit edilmesi ve rapor edilmesi ile bu vakaların soruşturulmasının ve kovuşturulmasının sağlanması;¹³⁶ Slovenya'daki yaşlı yoksulluğunun, özellikle tek yaşayan yaşlı kadınlar, azınlıklar ve bundan orantısız olarak etkilenen diğer marjinal gruplara mensup yaşlı bireyler arasında endişe sebebi olduğu belirtilerek, yaşlılıkta yoksulluk sorununun acilen ele alınması ve yaşlı bireylerin özel ihtiyaçlarını dikkate alan bir barınma politikası benimsenmesi;¹³⁷ yaşlı bireylerin üniversitelere erişiminin kolaylaştırılması için önlemler alınması; yaşlı bireylere yönelik eğitim programlarının ücretsiz, erişilebilir ve özel ihtiyaçlarına dayalı olması, bu alanda kalifiye personel yetiştirilmesi;¹³⁸ geriatri sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, evde ve palyatif bakım hizmetlerinin geliştirilmesi,¹³⁹ Rapor'da yer alan tavsiyelerin başlıcalarıdır.

İ. Uruguay

Rapor'da, Uruguay'ın, yaşlı bireylerin haklarını geliştirmeyi ve korumayı amaçlayan güçlü bir yasal çerçeve oluşturduğuna ve yaşlı bireylerin insan haklarını koruma konusundaki liderliğine dikkat çekilmekte; bu bağlamda, Yaşlıların İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmesi'ni onaylayan ilk ülke olduğu ve yaşlıların insan haklarından yararlanma durumlarına ilişkin veri toplama ve analizleri için Ulusal Yaşlılar Enstitüsü kurulduğu vurgulanmaktadır.¹⁴⁰ Ayrıca, yaş ayrımcılığı, dışlanma, yoksulluk ve her türlü şiddet, istismar, ihmal ve kötü muamele konularında sistematik ve ayrıştırılmış verilerin toplanması ve analiz edilmesi;¹⁴¹ yaşlılık dönemini hastalık, izolasyon, yalnızlık, pasiflik ve

¹³³ ibid para 70.

¹³⁴ ibid para 72.

¹³⁵ ibid para 75.

¹³⁶ ibid paras 78-79.

¹³⁷ ibid paras 80-81.

¹³⁸ ibid para 82.

¹³⁹ ibid paras 83-91.

¹⁴⁰ UN General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, visit to Uruguay, Human Rights Council, A/HRC/42/43/Add.1, 30 August 2019, paras 70-75. <https://spinternet.ohchr.org/ViewMandatesVisit.aspx?visitType=all&lang=en> (Erişim Tarihi: 18 Ekim 2022).

¹⁴¹ ibid para 77.

özerklik kaybıyla ilişkilendiren refah yaklaşımından, yaşlı bireylerin birikimlerini, kapasitelerini ve kaynaklarını kabul eden hak temelli bir yaklaşıma doğru paradigma kaymasının sürdürülmesi; yaşlı bireyleri etkileyen kalıp yargılara ve ayrımcı uygulamalara karşı koymak için daha fazla önlem alınması;¹⁴² yaşlılara yönelik şiddet, kötü muamele ve istismar dahil aile içi şiddeti yeterli şekilde ele almak için yasal ve politik bir çerçeve oluşturma çabaları kabul edilirken, bunun pratikte etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması; aile içi şiddet vakalarının kapsamlı bir şekilde soruşturulması ve mağdurların yeterince korunmasının ve tazmin edilmesinin sağlanması;¹⁴³ hareket yeteneği kısıtlı ve engelli olanlar da dahil olmak üzere, yaşlı kişilerin erişilebilirliğini sağlamak için tüm binalar, kamu hizmetleri ve toplu taşıma için evrensel tasarımın teşvik edilmesi; mimar ve mühendislerin kamu ve özel binaların tasarımında insan hakları temelli bir yaklaşımın uygulanması konusunda farkındalıklarının artırılması; yaşlı bireylerin özel ihtiyaçlarına yönelik barınma stratejilerinin benimsenmesi;¹⁴⁴ evrensel nitelikli primsiz yaşlılık aylığının uygulanmasının düşünülmesi; özellikle yaşlı kadınlar ve yaşlı Afro-Uruguaylılar arasında yoksulluğun azaltılmasına katkıda bulunmanın bir aracı olarak, mevcut gelir testine tâbi primsiz yaşlılık aylığının evrensel olarak kapsanmasını sağlamaya yönelik çabaların sürdürülmesi;¹⁴⁵ yaşlıların sürekli değişen koşullar, gereksinimler ve zorluklarla başa çıkmalarını, topluma aktif katılımlarını ve bağımsız bir yaşam sürmelerini sağlamak için ihtiyaçlarına yeterince yanıt veren yaşam boyu öğrenme stratejisinin geliştirilmesi;¹⁴⁶ uzun süreli bir bakım politikası geliştirilmesi ve bunun tasarımında ve sunumunda insan haklarına dayalı bir yaklaşımın sağlanması,¹⁴⁷ Rapor'da yer alan başlıca önerilerdendir.

IV. ÜLKE RAPORLARI VE NORMATİF ÇERÇEVE ÜZERİNE GENEL DEĞERLENDİRME

Ziyaret edilen ülkelerden Kosta Rika, Gürcistan, Karadağ, Mozambik ve Namibya yaşlı bireylerin haklarının gerçekleştirilmesi için uluslararası toplumun yardım ve işbirliği göstermesi gereken ülkeler olarak öne çıkmaktadır. Sözü edilen beş ülke için Bağımsız Uzman tarafından uluslararası topluma çağrı yapılarak, yaşlı bireylerle ilgili mevcut insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü gerekliliklerin tam olarak uygulanması için ilgili devletlere yardım ve işbirliği yapılması tavsiye edilmektedir. Gerçekten de, hak temelli bir çerçeveden yaklaşıldığında, yaşlı bireylere özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel kimi hakların tanınması ve yaşlı bireylerle ilgili mevcut uluslararası insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü gerekliliklerin tam olarak uygulanması, malî kaynak, yönetsel, kurumsal ve teknik alt yapı ve donanım gerektirdiğinden, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin ilgili devletlere yardım ve işbirliğinde bulunması insan haklarının “gereğini yerine getirme” yükümlülüğünün

¹⁴² ibid para 80.

¹⁴³ ibid paras 83-84.

¹⁴⁴ ibid paras 91-92.

¹⁴⁵ ibid para 96.

¹⁴⁶ ibid para 99.

¹⁴⁷ ibid para 100.

öngördüğü bir gerekliliktir.

Gerek sözü edilen beş ülke ve gerek gayri safi millî hasılları nedeniyle daha iyi olarak nitelenebilecek Avusturya, Singapur, Slovenya, Çin ve Uruguay bakımından, Bağımsız Uzman'ın tavsiyelerinin incelenmesinden, pek çok ülkenin ulusal mevzuatında ve politikalarında, yaşlanma olgusunu yalnızca refah ve sosyal programlar perspektifinden ele almaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Oysa, yaşlı bireyleri yalnızca sosyal destek ve yardımlardan yararlanan kişiler olarak değil, eşit hak sahipleri olarak gören “hak temelli yaklaşıma”¹⁴⁸ gereksinim duyulduğu tartışmasızdır.

Ülke raporlarında yaş ayrımcılığı ile mücadele üzerinde önemle durulmaktadır. Ne yazık ki, raporlardaki tespitlerden de anlaşılacağı gibi, farklı gelişmişlik düzeylerine sahip on ülke bakımından ayrımcılık ile ilgili tablo hiç de iç açıcı değildir. Ülke raporlarındaki tavsiyeler çerçevesinde denilebilir ki, devletler, yaşa dayalı ayrımcılığa karşı korumayı, diğer ayrımcılık biçimleriyle aynı standartta ele almalıdır. Çünkü, ayrımcılıkla mücadele yasaları, ancak “yaşa dayalı olarak” doğrudan, dolaylı ve yapısal ayrımcılığı açıkça yasaklayan geniş bir ayrımcılık tanımı içeriyorsa etkili olabilir. Devletler, yaşlı bireylerin şiddet, istismar, ihmal ve sömürsüne yol açabilecek her tür yaş ayrımcılığıyla mücadeleye yönelik politikaları geliştirmeli; yaş ayrımcılığını yeniden üreten önyargı ve kalıp yargılarla mücadele edilmesini sağlamalı; bu bağlamda, salgın hastalıklar, iklim değişikliği, insanî müdahaleler gibi durumlar için acil durum plânlarını gözden geçirmeli ve COVID-19 pandemisi gibi olumsuz durumlarda açıkça görünür hâle gelen yaşlı bireylere yönelik içselleştirilmiş kalıp yargı ve önyargıların ortadan kaldırmasını sağlamalıdır. Ayrıca, bu tür durumlara karşı yaşlı bireylerin etkili hukuk yollarına erişebilirliği sağlanmalı, bu bağlamda, etkili soruşturma yapılmalı, cezasızlık kültürü beslenmemeli, etkili tazmin yolları oluşturulmalıdır.

Sosyal haklar bakımından da ayrımcılığı besleyen yasal, yönetsel ve kurumsal yapılar ve uygulamalar gözden geçirilip kaldırılmalıdır. Bu bağlamda, zorunlu emeklilik yaşları dahil olmak üzere yaş ayrımcılığını teşvik eden mevcut yasalar, yönetmelikler, gelenekler ve uygulamalar, yaşlıların eğitim ve öğretime, sağlık hizmetlerine erişimini engelleyen yaşa endeksli yasa ve politikalar gözden geçirilmeli, değiştirilmeli veya kaldırılmalıdır. Sağlık hakkıyla ilgili olarak devletler, yaşlı bireyleri politika ve yasa yapma sürecine dahil ederek

¹⁴⁸ Hak temelli yaklaşımın kökeni refah modelinden eşit hak sahipliği modeline yönelik paradigma değişiminde aranmalıdır. Bu model, tüm bireylerin yaşam boyunca onur, eşitlik, özerklik ve katılımını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Yaşlanma olgusuna insan hakları temelli yaklaşım, yaşın sosyal olarak inşa edildiğini savunur. Sözelimi, yaşlıların durumuna yönelik hak temelli yaklaşım eksikliğiyle bağlantılı olarak, yaşlılığın bir adalet ve onur meselesinden ziyade, örneğin sağlık sisteminden işlevsel çözümler gerektiren bir sosyal sorun olarak inşa edildiğini ileri sürer. Çeşitliliği ve kapsayıcılığı esas alır ve yaşlıların kendileri hakkındaki tüm kararlara katılımına değer verir. Ayrıca, seçim imkânının ancak fırsatlar genişletildiğinde ve bireylerin karar verme ve haklarını kullanma konusunda yeterli desteğe sahip olduklarında mümkün olduğunu kabul eder. Devletler, emeklilik ve sosyal güvenlik sistemleri dahil olmak üzere, hak temelli yaklaşımı tüm politikalarına dahil etmelidir. Bkz Mahler (n 27) 76-77; yine bkz Frédéric Megret, ‘The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge’ (2011) 11 (1) *Human Rights Law Review* 37 38.

sağlık hizmetlerine, uzun süreli bakım ve desteğe, palyatif bakıma eşit erişim sağlamalıdır.¹⁴⁹ Yeterli yaşam standardı hakkını gerçekleştirmek için yaşlı bireylerin özel gereksinimlerine uygun yeterli yiyecek, giyecek ve barınma imkânları ve politikaları oluşturulması son derece önemlidir.

Ülke raporlarının açık ettiği bir başka sorun ise, yaşlı bireylere yönelik veri ve istatistiklerin noksanlığıdır. Yaşlı bireylere yönelik plânlama ve stratejilerin hazırlanabilmesi için yaş ayrımcılığı, ihmal, istismar, şiddet, yoksulluk, bakım gibi pek çok alanda ayrıştırılmış verilerin toplanması ve analiz edilmesi elzemdir. Oysa, Bağımsız Uzman'ın ifade ettiği gibi, yaşlı bireyler istatistiklerde hâlâ görünmezdirler.¹⁵⁰ Bu nedenle, sistematik ve düzenli olarak yaşlı bireylerin heterojenliğini ortaya koyan ayrıştırılmış veriler toplanmalı, bunun kurumsallaşması için de insan hakları izleme organlarına sunulan periyodik raporlara ve BM evrensel periyodik gözden geçirme raporlarına yaşlı bireylerin hakları ve yaş ayrımcılığı verileri de eklenmelidir.¹⁵¹

Ülke raporlarındaki tespitlerden yola çıkarak yaptığımız bu değerlendirmeler, son kertede, yaşlı bireylerin hakları ve yaş ayrımcılığı konusunu özel olarak ele alan uluslararası bir sözleşme yapılmasına ihtiyaç olup olmadığı üzerinde durmayı da gerekli kılmaktadır.

Hemen belirtmelidir ki, önceki BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri M. Bachelet, Uluslararası Yaşlanma Federasyonu'nun 2021 yılındaki 15. Konferansında yaptığı konuşmasında, yaşlı bireylerin hakları ile ilgili konulara daha fazla öncelik vermek ve daha iyi destek sağlamak için yaşlıların haklarına yönelik özel bir uluslararası normatif enstrümana ihtiyaç olduğunu vurgulamıştır.¹⁵² Bağımsız Uzman Mahler de, BM Genel Kurulu'na sunduğu tematik raporunda, mevcut normatif çerçevenin, yaşlıların insan haklarının korunmasına ilişkin boşlukları sistematik olarak kapatacak araçlara ve kapasiteye sahip olmadığını vurgulayarak, yaşlı bireylerin insan haklarının ve yaş ayrımcılığının yer aldığı kapsamlı ve bağlayıcı bir normatif belgenin hazırlanmasını önermektedir.¹⁵³

Öğretide, yaşlı bireylerin insan haklarını korumaya yönelik uluslararası bir sözleşmenin varlığının, onların haklarının daha etkili korumasına imkân vereceğini savunanlar olduğu gibi, bu görüşe katılmayanlar da bulunmaktadır. İlk görüşü savunanlara göre, uluslararası sözleşmenin yapılması, sözleşmeye taraf olanların yaşlı bireylerin haklarını iç hukuklarına adapte etmelerine ve bu konuda pozitif yükümlülük üstlenmelerine kapı

¹⁴⁹ Mahler (n 27) paras 81-83.

¹⁵⁰ Mahler (n 27) para 86.

¹⁵¹ ibid para 93.

¹⁵² Michelle Bachelet, UN High Commissioner for Human Rights, International Federation of Ageing, 15th Global Conference Rights Matter, 12 November 2021. <https://www.ohchr.org/en/statements/2021/11/protecting-human-rights-older-persons> (Erişim Tarihi: 23 Ekim 2022).

¹⁵³ Mahler (n 27) para 95; yine BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin resmi görüşü için bkz UN Human Rights Office of the High Commissioner, Update to the 2012 Analytical Outcome Study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons, Working paper prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, March 2021, paras 212-219.

aralayacağı gibi, sözleşme izleme/denetleme organlarınca bunlara uyulup uyulmadığının izlenmesine ve denetlenmesine de olanak sağlayacaktır. İkinci görüşü savunanların temel dayanakları arasında, belirli gruplara özgü uluslararası sözleşmelerin, insan haklarının evrenselliği ilkesini zayıflattığı tezi yer almaktadır. Bir diğer karşı duruş noktası ise, uluslararası sözleşmelerin şeklen bağlayıcılığına karşın, pratikte hükümetleri bu sözleşmelerin hükümlerine uymaya zorlamanın hayli güç olmasıdır. Dahası, spesifik bir uluslararası sözleşmenin getireceği yükümlülükler devletlere ilave bütçe yükü getireceği için, böyle bir sözleşme şeklen bağlayıcı olsa da, hükümleri pratikte uygulanabilir olmayacaktır. Bu nedenle, esnek hukuk belgeleri (*soft law*) ile bu hakların korunması ve geliştirilmesi pekâlâ mümkündür, dahası tercihe şayandır.¹⁵⁴

Kanımızca, ikinci görüşe katılmak olanaklı değildir. İnsan haklarının spesifik özneleri ve bunun yanı sıra yaşlı bireyler, yukarıda da işaret edildiği gibi, aslında “herkes” olarak kastedilen genel öznenin kapsamında bulunmaktadır. Bununla birlikte, çocuklar, kadınlar, engelliler, mülteciler ve sığınmacılar, yaşlı bireyler gibi spesifik özneler *de jure* veya *de facto* olarak insan haklarından yeterince yararlanamamakta ve bazı engellerle karşılaşmaktadırlar. Bu engeller, biyolojik veya sosyo-ekonomik nedenlerden, ayrımcılıktan ve sosyal damgalanmadan veyahut bu sayılanların kesişiminden doğabilir. Bu da, bazı insan hakları sözleşmelerinin özel hak süjelerine özgülenmesini gündeme getirir. Dolayısıyla, insan hakları öncelikle zayıfın, savunmasız ve dezavantajlı olanın yanında olmak amacıyla ise, belirli birey ve birey gruplarına özgü sözleşme yapılması insan haklarının evrenselliği ilkesiyle çelişmez. Öte yandan, kısa bir süre önce içinden geçtiğimiz COVID-19 pandemisi dahi esnek hukuk belgeleriyle yaşlı bireylerin yeterince korunmadığını açık seçik ortaya koymuş iken, ilk görüşü dile getirenlerin savunduğu haklı gerekçelerle bu alanda da -tıpkı bağlayıcı sözleşme sistemleri mevcut olan çocuklar, kadınlar, engelliler, mülteciler gibi- uluslararası bir sözleşme akdedilmesi daha isabetli olacaktır.

Nitekim, her kıtadan farklı gelişmişlik düzeylerine sahip spesifik ülke raporlarının da açık ettiği gibi, bu ülkelerde yaşlı bireylerin haklarına yönelik düzenleyici çerçeveler bulunsa da,¹⁵⁵ bunların çoğunun meseleye hak temelli perspektifinden bakmaktan hayli uzak olduğu, nitekim uluslararası topluma çağrı yapılan beş ülke (Kosta Rika, Gürcistan, Karadağ,

¹⁵⁴ Bu görüşlere yer veren bir çalışma için bkz Olsson (n 7) 44-45.

¹⁵⁵ Türkiye hakkında bağımsız uzmanca düzenlenmiş bir rapor bulunmamakla birlikte, genel olarak yasal ve kurumsal çerçeveye bakıldığında; Anayasa'nın 10. maddesinde, “benzeri sebepler”in ayrımcılık yasağı kapsamında sayıldığı; anılan kural nedeniyle, yaş yönünden ayrımcılık yapılmayacağı sonucuna varılabileceği; yine, aynı maddede *inter alia*, yaşlıların korunması için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı; 61. maddesinde de, sosyal güvenlik bakımından yaşlı bireylerin devletçe korunacağı ve devletçe sağlanacak yardım ve diğer haklar ve kolaylıkların kanunla düzenleneceği, Anayasa'nın ilgili diğer hükümlerinin de “herkes” olarak kabul edilen genel özne olması nedeniyle yaşlı bireyler için uygulanabileceği; pek çok yasal düzenleme ile yaşlı bireylerin haklarını düzenleyen kurallara yer verildiği ve kurumsal yapı olarak da Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesinde genel müdürlük düzeyinde yapılanmaya gidildiği görülmektedir. Bkz Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı resmî web sayfası. <https://www.aile.gov.tr/eyhgm> (Erişim Tarihi: 25 Ekim 2022).

Mozambik, Namibya) açısından, uluslararası/bölgesel insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasında yardım ve işbirliği tavsiye edildiği, yine Çin bakımından, henüz taraf olunmayan insan hakları sözleşmelerine taraf olunmasının tavsiye edildiği, diğerleri bakımından da göz ardı edilemeyecek düzeyde eksiklikler bulunduğu ve hatta tümünde konuya bilimsel bakış açısıyla yaklaşılabilmeğe esas istatistiksel verilerin dahi bulunmadığı hatırdan uzak tutulmamalıdır.

Son olarak, Yaşlıların İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Amerikalılar-arası Sözleşmesi'ni onaylayan ilk ülke olan Uruguay'ın, gerek kurumsal ve yasal çerçevesini ve gerek uygulamalarını söz konusu Sözleşme'ye uyumlaştırmak için attığı görece olumlu adımlar, bu alandaki spesifik bir sözleşmenin konuya sağladığı katkıyı anlayabilmemiz için değerli bir örnek olarak görülmektedir.

SONUÇ

Yaşlı haklarına ve yaş ayrımcılığına hak temelli yaklaşım, yaşın sosyal olarak inşa edildiğini ve dolayısıyla, yaşa yönelik kalıp yargıların, ön yargıların ve ayrımcılığın değiştirilebileceğini kabul eder. Hak temelli yaklaşımın yerleştirilmesi ise, tüm ülkelerde bir paradigma değişikliğini gerektirmektedir. Kanımızca, yaşlı haklarıyla ilgili özel bir uluslararası sözleşmenin yapılması, sözleşmeye taraf olan devletlerin hak temelli bir paradigma değişimine doğru evrilmelerine rehberlik edecek; bu bağlamda, taraf devletlerin yaşlı bireylerin haklarını iç hukuklarına uyumlaştırmaları ve böylelikle pozitif yükümlülük üstlenmeleri sonucunu doğuracaktır. Yine, uluslararası bir sözleşmeyle bağlanma yoluyla, sözleşme izleme organlarınınca sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığının izlenmesi ve denetlenmesi de sağlanmış olacaktır.

Yukarıda, uluslararası düzeydeki insan hakları sözleşmelerinde yaşlı bireylerin spesifik özne olarak yer almadığı, bununla birlikte, bu sözleşmelerin kapsamına giren genel özne kapsamında korunduğu belirtilmiş idi. Öte yandan, her ne kadar Amerika ve Afrika insan hakları sistemlerinde spesifik insan hakları sözleşmelerinin akdedildiği söylenebilir ise de, mevcut bölgesel insan hakları sözleşmelerinin hem ülkelere yetersiz sayıda onaylanmaları ve esasen sınırlı bölgesel bir alana yönelik olmaları nedeniyle, yaşlı hakları ve yaş ayrımcılığını ele alma konusunda sınırlı yeteneği olduğu tartışmasıdır. İnsan hakları yargı organlarındaki yaş ayrımcılığına ilişkin sınırlı sayıda dava da, bu konuya hak temelli bakışın yetersiz olduğunun bir başka göstergesidir.¹⁵⁶

Kuşkusuz, uluslararası bir sözleşmenin akdedilmesi meselenin çözümü için tek çare görülmemekle birlikte, böyle bir manifestonun toplumlarda yaşlı bireylere bakış açısının değişmesi için kültürel bir dönüşümün sağlanmasında nirengi noktası olabileceği düşünülmektedir. Bu bağlamda, çocuklar, kadınlar, mülteciler, engelliler, göçmen işçiler gibi kırılgan ve dezavantajlı diğer kategorilerde elde edilen kimi kazanımlar ve bilinçlenme süreçleri göz önüne alındığında, dezavantajlı kategorilerden biri olduğu tartışmasız olan yaşlı

¹⁵⁶ Mahler (n 27) para 50.

bireyler için de artık bir özel sözleşme için zamanın geldiği, hatta, COVID-19 pandemisinin açık ettiği hak ihlallerine ve dünya nüfusunun demografik dönüşümüne bakıldığında, bunun günümüzde bir gereklilik olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, salt hukukî perspektiften konuya yaklaşmak yeterli olmayacağından ve meselenin getirdiği kültürel ve toplumsal zorluklar göz ardı edilemeyeceğinden, sürecin yaşlı bireylerin katılımıyla ve multi disiplinler yaklaşımlarla ele alınması daha isabetli olacaktır. Gerçekten de, ilkin yaşlı bireylerin sesleri dönüşüm sürecine rehberlik etmeli; devletler ve uluslararası toplum, yaşlı nüfusun çeşitliliğini ve farklılığını temsil eden kuruluşlar, sivil toplum örgütleri, ulusal insan hakları kurumları aracılığıyla yaşlı bireylerle yakından ilişki kurmalıdır. İkinci olarak, disiplinler arası yaklaşımla meselenin ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel, tıbbî, gerontolojik ve diğer yönlerden ele alınması ve evrensel tasarımının buna göre yapılması büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Alkan Olsson I, 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Yaşlı Hakları' (2019) 3 *Senex: Yaşlılık Çalışmaları Dergisi* 39-47 (Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2022)
- Applewhite Ashton, *Büyükler Yıkılıyor: Yaş Ayrımcılığına Karşı Bir Manifesto*, (1. Bası Sander 2022)
- Butler Robert N. and Lewis Myrna I, *Aging and Mental Health: Positive Psychosocial Approaches* (St. Louis Mosby 1973)
- Buz Sema, 'Yaşlı Bireylere Yönelik Yaş Ayrımcılığı' (Bahar 2015) 14 (53) *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi* 268-278 (Erişim Tarihi: 21 Mayıs 2022)
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 6: The economic, social and cultural rights of older persons (1995, Annex IV), *UN Doc E/1996/22*, 1995
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No 27 on older women and protection of their human rights, *UN Doc CEDAW/C/GC/27*, 16 December 2010
- Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2014)2 of the Committee of Ministers to member States on the promotion of the human rights of older persons
- D'cruz Migita and Banerjee Debanjan, 'An invisible human rights crisis: The marginalization of older adults during the COVID-19 pandemic' (2020) 292 113369 *Psychiatry Research* (Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2022)
- European Court of Human Rights (ECHR), "Elderly people and the European Convention on Human Rights", fact sheet, April 2022
- Formosa Marvin, 'COVID-19 and older persons: Reflections on human rights, ageism, isolation, dementia care, and gender' (2021) 6 (1) *International Journal on Ageing in Developing Countries* 5-19 (Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2022)
- Iversen Thomas Nicolaj, Larsen Lars, Solem Per Erik, 'A conceptual analysis of ageism' (2009) 61 (3) *Nordic Psychology*
- Kornfeld-Matte Rosa, United Nations Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Thirty-third session, *UN Doc A/HRC/33/44*, 8 July 2016
- Mahler Claudia, United Nations Human Rights Council, Impact of the coronavirus disease (COVID-19) on the enjoyment of all human rights by older persons, *UN Doc A/75/205*, 21 July 2020
- _____, United Nations Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, *UN Doc A/HRC/48/53*, 4 August 2021
- _____, United Nations Human Rights Council, Human rights of older women: the intersection between ageing and gender, *UN Doc A/76/157*, 16 July 2021a
- Megret Frédéric, 'The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge' (2011) 11 (1) *Human Rights Law Review*

- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Update to the 2012 Analytical Outcome Study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons, March 2021
- Snellman Fredrik, ‘Whose ageism? The reinvigoration and definitions of an elusive concept’ (2016) 68 (3) *Nordic Psychology*
- Uyar Lema Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006 (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006)
- https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/05/05/BMde_Insan_Haklari_Yorumlari_1981_2006.pdf (Erişim Tarihi: 3 Mayıs 2022)
- United Nations, Report of the World Assembly on Ageing, Vienne, 26 July – 6 August 1982, United Nations Publication, Sales No E.82.I.16
- United Nations, Implementation of the International Plan of Action on Ageing and related activities: resolution/adopted by the General Assembly, *UN Doc A/RES/46/91*, 16 December 1991
- United Nations, Department of Economic and Social Affairs, *World Population Ageing, Highlights*, s.1 <https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WorldPopulationAgeing2019-Highlights.pdf> (Erişim Tarihi: 18 Mayıs 2022)
- United Nations, Report of the Second World Assembly on Ageing, *UN Doc A/CONF.197/9*, Madrid, 8-12 April 2002
- United Nations, “Policy brief: the impact of COVID-19 on older persons”, May 2020
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Update to the 2012 Analytical Outcome Study on the normative standards in international human rights law in relation to older persons, Working paper prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, March 2021
- United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Rosa Kornfeld-Matte, Mission to Austria, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/30/43/Add.2*, 11 August 2015
- United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Rosa Kornfeld-Matte, Visit to China, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/45/14/Add.1*, 7 August 2020
- United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Costa Rica, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/33/44/Add.1*, 4 August 2016
- United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Georgia, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/39/50/Add.1*, 17 July 2018
- United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Montenegro, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/39/50/Add.2*, 16 July 2018

United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Visit to Mozambique, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/42/43/Add.2*, 17 July 2019

United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Namibia, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/36/48/Add.2*, 5 July 2017

United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons on her mission to Singapore, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/36/48/Add.1*, 31 May 2017

United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Rosa Kornfeld-Matte, Mission to Slovenia, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/30/43/Add.1*, 4 August 2015

United Nations General Assembly Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, visit to Uruguay, Human Rights Council, *UN Doc A/HRC/42/43/Add.1*, 30 August 2019

World Health Organization, *Report on Ageing and Health*, 2015

World Health Organization, *Global Reports on Ageism*, 2021

Yargı Kararları:

Dodov v Bulgaria App no 59548/00 (ECHR, 17 January 2008)

Farbtuhs v Latvia App no 4672/02 (ECHR, 2 December 2004)

Contrada (No 2) v Italy App no 7509/08 (ECHR, 11 February 2014)

Taştan v Turkey App no 63748/00 (ECHR, 4 March 2008)

Vasileva v Denmark App no 52792/99 (ECHR, 25 September 2003)

Jablonská v Poland App no 60225/00 (ECHR, 9 March 2004)

McDonald v United Kingdom App no 4241/12 (ECHR, 20 May 2014)

Heinisch v Germany App no 28274/08 (ECHR, 21 July 2011)

Poblete Vilches and others v Chile (I/A Court H R, 8 March 2018)

Kira Sözleşmesinde Alt Kira*

Sublease on the Lease Contract

Arş. Gör. Merve ARSLAN**

Öz

Alt kira sözleşmesi, asıl sözleşmeyi ilgilendirecek şekilde yapılan ancak asıl sözleşmeden bağımsız olan sözleşme olarak tanımlanabilen alt sözleşme özelliği gösterir ve kiracının kiraya verenden kiraladığı kiralananı bir başka kira sözleşmesi yaparak, kiraya veren konumuna geçmek suretiyle, bir üçüncü kişiye kiralaması şeklinde tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, alt kira sözleşmesi de kira sözleşmesi niteliğindedir ve genel anlamıyla Türk Borçlar Kanunu (TBK) m 322’de ve ürün kirasına yönelik olarak TBK m 366’da düzenlenmiş ve bu hükümlerle kiralananın alt kiraya verilebilmesi belirli şartlara tabi tutulmuştur. Bu çalışmada, alt kira sözleşmelerinin unsurları olan asıl sözleşme unsuru, alt kira sözleşmesi yapılmasına engel durum mevcut olmaması, asıl sözleşmenin kiracısının alt kiracı ile sözleşme akdetmesi hususları incelenecektir. Ayrıca genel kira hükümlerinin uygulanacağı kiracı-kiraya veren, kiracı-alt kiracı arasındaki ilişkilerden bahsedilecek, kiraya veren ile alt kiracı arasındaki ilişki ise farklılık arzemesi bakımından ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Alt kira sözleşmesinin sona erme sebepleri anlatıldıktan sonra, son olarak, alt kira sözleşmesinin kiranın devri ile sözleşmenin devrinden farklarından bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Alt Sözleşme, Kira Sözleşmesi, Alt Kira Sözleşmesi, Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Ürün Kirası.

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 29.09.2022, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 03.01.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (**e-posta/e-mail:** merve.arslan.ma.ma@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-9702-3422).

Abstract

A sublease contract is an agreement relating to the main contract but is independent from the main contract and can be defined as the lessee in the original agreement forming a lease contract with another sublessee. The qualification of the sublease contract is the lease agreement, and in general it is regulated in the article 322 of the Turkish Code of Obligations which also includes regulations on leasing of residence and roofed workplace and the article 366 for usufructuary lease. the sublease contract is subject to certain conditions set up in these provisions. This study examines the elements of the sublease contract which are main contract, non-obstacle to sublease and agreement of the lessee of the main contract with the sublessee. In addition, the relationship between lessor-lessee and lessee-sublessee will be mentioned, and their relationship will be elaborated with respect to the difference between them. After explaining the reasons for termination of the sublease contract, this study discusses the differences of the sublease contract and the transfer of the rent and transfer of the contract.

Keywords: *Subcontract, Lease Contract, Sublease Contract, Dwelling and Roofed Workplace Lease, Usufructuary Lease.*

GİRİŞ

Kira sözleşmesinin tarafları olan, kiracı ve kiraya veren, sözleşmenin kurulmasıyla birtakım haklar edindikleri gibi birtakım borçlar altına girerler. Kiraya veren kiralananı teslim etme, kiracının güvenliğini temin etme, vergi ve benzeri yükümlülüklerle katlanma, ayıptan ve zapttan sorumlu olma gibi borçların altına girerken; kiracı da bedel ödeme, kiralananın temizlik ve bakımı için gereken giderleri karşılama, kiralananı özenle kullanma, komşulara saygı gösterme, ayıp halinde ayıbı kiraya verene bildirme ve gerekiyorsa ayıbın giderilmesine katlanma, kiralananı gerektiğinde gösterme ile alt kira, kullanım hakkı devri, sözleşme devri gibi konularda borç yüklenmektedir (Türk Borçlar Kanunu m 301 vd.). Dolayısıyla, alt kira, kiracının borçları üst başlığıyla TBK m 322’de düzenlenen bir müessesedir. Konunun anlaşılması amacıyla, öncelikle genel anlamıyla kira sözleşmesinin hükümlerinin kavranması ve alt kira ile ilgili açıklamaların yapılması gerekmektedir.

I. KİRA SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Kira sözleşmesi kullandırma borcu doğuran, tam iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatik*) bir sözleşme¹ olup tanımı TBK m 299’da açıkça yapılmıştır. Buna göre, kira sözleşmesi, “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan*

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin Yayıncılık 2019) 311; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2019) 222; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (Beta Yayıncılık 2019) 235; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Turhan Kitabevi 2019) 185; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Yetkin Yayıncılık 2019) 253.

yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği” sözleşmedir. Söz konusu kira sözleşmesi tanımı, tüm kira sözleşmelerini kapsar nitelikte genel bir tanım olduğundan TBK m 339 ve devamı maddelerinde düzenlenen konut ve çatılı iş yeri kiralaları ve TBK m 357 ve devamı maddelerinde düzenlenen ürün kirasını da kapsamına alır.² Hal böyle olmakla birlikte, konut ve çatılı iş yeri kiralaları ile ürün kirası bakımından farklı düzenlemeler söz konusudur. Zira, konut ve çatılı iş yeri kiralaları için kanunda ayrı bir tanım yapılmayıp genel tanım yeterli görülürken; ürün kirasının ayrııcı özellikleri sebebiyle TBK m 357’de özel bir tanımın yapılması gerekli görülmüştür. Böylece TBK m 357’de ürün kirası, “*kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir*” şeklinde ayrıca tanımlanmış, konut ve çatılı iş yeri kiralaları için ise ayrı bir tanım yapılmamıştır. Ancak, kira sözleşmelerine uygulanacak hükümler genel anlamıyla TBK m 299 ve m 338 arasında düzenlenmiştir. Konut ve çatılı iş yeri kiralalarına uygulanmak üzere düzenlenen TBK m 339 ve devamı maddelerinde ve ürün kirasına uygulanacak olan TBK m 357 ve devamı maddelerinde somut uyuşmazlık için uygulanacak bir hüküm yoksa, her ikisi için de TBK m 299-338 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

B. Unsurları

1. Taraflar

Kira sözleşmesi, bir tarafın kiralananı kullanmayı veya kullanma ve yararlanmayı diğer tarafa bıraktığı, diğer tarafın da karşılığında bir bedel ödediği sözleşmelerdir (TBK m 299). Bu tanımdan hareketle kiralananı kullanmayı veya yararlanmayı devretmeyi yüklenen tarafa kiraya veren, bunun karşılığında bedel ödeyen tarafa ise kiracı denir.³ Dolayısıyla, kira sözleşmesi, kiracı ve kiralayan olmak üzere iki taraftan oluşur.

Kiracı tarafın gerçek kişi olması zorunlu olmayıp, tüzel kişi de olabilmekte⁴; hatta kiracı tarafın birden fazla kişiden de oluşması mümkün olduğundan, bunlar tüzel kişiliğe sahip olmayan bir topluluk özelliği dahi gösterebilmektedirler.⁵ Ancak bunun için, hem gerçek hem tüzel kişinin hem de tüzel kişiliği haiz olmayan topluluktaki tüm gerçek kişilerin fiil ehliyetine sahip olması gerekir.⁶ Gerçek kişiler ayırt etme gücüne sahip olma, ergin olma ve kısıtlı olmama durumlarından her birine sahip olduğunda fiil ehliyeti kazanırken (Türk Medeni Kanunu (TMK) m 10), tüzel kişilerin fiil ehliyetlerini kazanması kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmalarına bağlıdır (TMK m 49). Tam fiil ehliyetine sahip gerçek kişi, kira sözleşmesini izne ihtiyaç duymadan yapabilecekken (TMK m 9); ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kira sözleşmesi yapması yasal temsilcinin iznine

² Eren (n 1) 313.

³ Eren (n 1) 314; Kılıçoğlu (n 1) 223-226; Aral ve Ayrancı (n 1) 261-262.

⁴ Eren (n 1) 314; Kılıçoğlu (n 1) 223 225; Aral ve Ayrancı (n 1) 261-262.

⁵ Ercan Akyiğit, *Kira Sözleşmesi* (Seçkin Yayıncılık 2012) 70.

⁶ Aral ve Ayrancı (n 1) 261-262; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 186; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Adalet Yayınevi 2019) 346.

bağlıdır (TMK m 16). Ancak, bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri için vesayet makamı izni gerekir (TMK m 462/1-6).⁷ Sınırlı ehliyetli eşler de ailenin sürekli ihtiyaçlarından olmaması sebebiyle, kural olarak diğer eşin rızası olmadan kira sözleşmesi yapamaz (TMK m 188) ve var olan sözleşmeyi feshedemezler (TMK m 194).⁸

Sözleşmenin taraflarından bir diğerini oluşturan kiraya veren taraf da gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir.⁹ Yine kiraya veren tarafın birden fazla kişiden oluşması mümkündür ve söz konusu tarafı tüzel kişiliğe sahip olmayan bir topluluk da oluşturabilir.¹⁰ Kiracı tarafın sahip olması gereken ehliyet kurallarına ilişkin yaptığımız açıklamalar kiraya veren taraf bakımından da geçerlidir.

Hukumumuzda TBK m 85 düzenlemesiyle alacak bölünebiliyorsa kısmi borçluluk, bölünemiyorsa müteselsil borçluluk kuralı kabul edilmektedir. Kira sözleşmelerinde, kira sözleşmesinden doğan kullanma/yararlanma borcu bölünemezken; bedel ödeme borcu bölünebilir niteliktedir. Kiracı ve kiraya veren tarafları birden fazla kişiden oluşabilmektedir. Kiracı birden fazla kişiden oluşuyorsa kiracılardan her biri, bedel ödeme borcunun bölünebilir olmasından dolayı, kural olarak kısmi borçluluk esasına göre sorumlu olurlar ancak, bunun istisnasını aksine anlaşma (TBK m167/1) ve ticari işler (TTK m 7/1) oluşturur. Dolayısıyla taraflar kiracıların müteselsil sorumlu olacaklarını kararlaştırmışlarsa veya iş, ticari işse ve birden fazla kiracı varsa müteselsil sorumluluk esasına göre sorumlu olacaklardır.¹¹ Kiraya veren taraf da, özellikle paylı ve elbirliği mülkiyet hallerinde, birden fazla kişiden oluşabilir; paylı mülkiyette kira sözleşmesi yapılması ve feshi kural olarak pay ve paydaş çoğunluğu (TMK m 691), elbirliği mülkiyette ise oybirliği gerektirir (TMK m 702). Bu şekilde karar alınarak kira sözleşmesi yapılmışsa, kira sözleşmesi sebebiyle doğan borçlardan sorumluluk TBK m 85'e göre belirlenecektir.¹² Burada kiraya verenlerin yararlandırma veya kullandırma borcu bölünemediğinden müteselsil borçluluğun geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Kiraya verenin kiralananın maliki olması şart değildir.¹³ Kiraya veren kiralananın maliki, kiralanan üzerinde sınırlı ayni hak, intifa hakkı sahibi, kiracısı, yöneticisi

⁷ Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 346; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C 1/2 (Vedat Yayıncılık 2008) 103.

⁸ Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 346-347.

⁹ Eren (n 1) 314; Kılıçoğlu (n 1) 223 225; Aral ve Ayrancı (n 1) 261-262.

¹⁰ Akyiğit (n 5) 70; TBK m 358: "Bu ayırımında ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır."

¹¹ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 241; Kılıçoğlu (n 1) 225; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 189-190.

¹² Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 188-189; Kılıçoğlu (n 1) 224; Eren (n 1) 314; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 348-349.

¹³ Aral ve Ayrancı (n 1) 261; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 347; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku* (Seçkin 2016) 17.

olabilirken;¹⁴ kiracı kiralananın zilyedir, ki kiracının kira sözleşmesinin kullanan/yararlanan tarafında olması zilyet olmasına bağlıdır.¹⁵

2. Anlaşmanın Varlığı

Her şeyden önce bir sözleşmenin kurulması için, TBK m 1 ve 2 gereğince, tarafların esaslı noktalarda uyuşması suretiyle, irade beyanlarını karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamış olmaları gerekir. Kira sözleşmesi bakımından esaslı noktalar kiralananın, kiraya veren tarafından, kiracıya, kullanma veya yararlanma hakkı sağlayacak şekilde teslimi ile kiracının ödeyeceği kira bedeli olup¹⁶, taraflar arasında bu hususlarda bir mutabakatın varlığından bahsedebiliyorsak sözleşme kurulmuş sayılmaktadır.¹⁷

Sözleşmenin kurulması için teslim ve kira bedeli konusunda anlaşılmış olması yeterli olup, ayrıca kiralananın teslimi ve bedelin ödenmesi gerekmez; teslim ve bedel ödeme borcu sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların yerine getirmeyi yüklediği borçlardır.¹⁸

3. Kiralanan Şey

Kira sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK m 299'da kiralananadan “bir şey” şeklinde söz edilmiştir. Yine, TBK m 357'ye göre de ürün kirasında kiralananadan “ürün veren bir şey” olarak bahsedilmiştir. Burada “şey”den kastedilen adi kirada “maddi mallar” olup taşınır veya taşınmaz mallardır¹⁹; ürün kirasında ise “şey” ifadesiyle kastedilen “maddi veya maddi olmayan mallar”dır, zira bir hakkın adi kira şeklinde kiralınması mümkün değilken; ürün kirasına verilmesi mümkündür.²⁰ Örneğin, bir mucidin icadından elde ettiği kazanç hakkını (maddi olmayan hak) kiralaması mümkündür.

Taşınır ve taşınmaz mallar kira sözleşmesinin konusunu oluşturur.²¹ Taşınır mülkiyetinin kapsamına nelerin girdiği TMK m 762'de “nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler” şeklinde ifade etmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı ise TMK m 704'te üç kalem halinde sayılmıştır. Buna göre, “arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler” taşınmaz anlamında kira sözleşmesinin konusu olabilmektedir.

¹⁴ Aral ve Ayrancı (n 1) 261; Eren (n 1) 314; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 347.

¹⁵ Eren (n 1) 314.

¹⁶ Aral ve Ayrancı (n 1) 257; Eren (n 1) 326.

¹⁷ Ercan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç ilişkileri)* (Yetkin Yayınevi 2015) 93; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 363; Tandoğan (n 7) 11.

¹⁸ Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 211.

¹⁹ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Filiz Yayınevi 2018) 189; Ruhi ve Ruhi (n 13) 17.

²⁰ Eren (n 1) 319-320; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 23; Erzurumluoğlu (n 17) 92; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 360; Ruhi ve Ruhi (n 13) 17.

²¹ Gümüş (n 19) 189; Ruhi ve Ruhi (n 13) 17.

Kiralanan şeyin konusunu tüketilemeyen şeyler oluşturur, tüketilebilen şeyler ve para kira sözleşmesinde kiralanan niteliğinde olmaz; olursa sözleşme kira sözleşmesi değil, ancak bir ödünç verenin parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşme olan tüketim ödünç sözleşmesi niteliğinde olur (TBK m 386).²² Hal böyle olmakla birlikte, tüketme amacı asıl amaç olmaksızın yapılan sözleşmede örneğin bir sergide bantla duvara yapııştırılan muzun sergilenmesine yönelik yapılan kira sözleşmesinde tüketim mallarının da kiralanan şey niteliğini haiz olması mümkündür.²³

Kamuya ait taşınır ve taşınmaz mallar da kira sözleşmesine konu olan şey kapsamına girebilmektedir ve bunlar için TBK'nın kira sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır.²⁴ Söz gelimi, kamuya ait bir park alanının sergi yapılmak üzere kiralananında durum böyledir.

Kiralananın belirli olması şart olmayıp belirlenebilir olması da yeterlidir.²⁵ Yine, kiralanan şeyin tam olarak kiralananması gerekmeyip, bir kısmının kiraya verilmesi de mümkündür.²⁶ Söz gelimi, bir dairenin odalarından her birinin başka kişilerle kısmi kira sözleşmeleri yapmak suretiyle kiralananması mümkündür.²⁷

4. Kira Bedeli

Kira sözleşmesi, tarafların esaslı unsurlarda anlaşması yoluyla kurulur ve esaslı unsurlardan birini kira bedeli oluşturur.²⁸ Tarafların kira bedeli hususundaki anlaşması, kira bedelinin tam olarak belirlenmesi veya belirlenebilecek konuma getirilmesi şeklinde olabilir.²⁹ Ayrıca kiracının bedel ödeme borcu altında olduğu TBK m 313'te "*Kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür*" şeklinde ifade edilmiştir. Kira bedeli, TBK m 26'da düzenlenen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde serbestçe belirlenebilir. Ancak bu belirlemenin, TBK m 27 gereğince, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmaması gerekir, aksi takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanmaktadır. Ayrıca konut ve çatılı işyerleri kiraları için düzenlenen TBK m 343'te de kararlaştırılmış kira bedelinin sonradan değiştirilebileceğine ve hatta bu değişikliğin kiracı aleyhine bile yapılabileceğine dair düzenleme getirilmiştir.³⁰ Sonuç olarak, kira bedelinin belirlenmesi ve değiştirilmesinde sözleşme serbestisi ilkesi geçerli kabul edilmektedir. Yine konut ve çatılı işyerleri için TBK m 346'da getirilen düzenlemeyle kiracının kira bedeli ve yan giderler dışında bir bedeli ödemeye mahkûm edilemeyeceği kuralı getirilmiş ve kiracının

²² Kılıçoğlu (n 1) 220.

²³ Eren (n 1) 321.

²⁴ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 238; Eren (n 1) 321.

²⁵ Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, C I (On İki Levha Yayıncılık 2017) 8.

²⁶ Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 216.

²⁷ İnceoğlu (n 25) 10.

²⁸ Aral ve Ayrancı (n 1) 257; Eren (n 1) 326.

²⁹ Eren (n 1) 325; Ruhi ve Ruhi (n 13)18.

³⁰ TBK m 343: "Kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz."

kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi halinde ceza koşulu ödemesine veya müstakbel kira bedelinin de muaccel olacağına ilişkin bir yükümlülük yüklenemeyeceği düzenlemiştir.³¹

Kira bedelinin taraflarca aylık, üç aylık, yıllık olarak ödenmesi şeklinde dönemsel edimli sözleşme kurmak suretiyle kararlaştırılması mümkün olmakla beraber; bir kere ödenerek sona erecek şekilde ani edimli sözleşme kurulmak suretiyle kararlaştırılması mümkündür.³²

Kira sözleşmesinde, kira bedeli, kural olarak “para”dır; ancak kira bedelinin para dışında bir şeyle (mal veya hizmet gibi) ifası kararlaştırılmışsa, artık kira sözleşmesinden değil, karma sözleşmeden bahsedilmektedir.³³ Konut ve çatılı iş yeri kiraları ile ürün kirasında kural kira bedelinin para olarak ödenmesiyle, ürüne katılmalı kira sözleşmesinde ise TBK m 357 gereğince, istisnai olarak, bedelin para değil, ürünün belirli bir miktarından oluştuğu görülmektedir.

Taraflar kira bedelinin yabancı para (aynen veya değeri üzerinden) veya altın değeri üzerinden ödenmesini kararlaştırabilirler.³⁴ Altın değeri üzerinden ödemenin kararlaştırıldığı kira sözleşmelerinin geçerli olacağı 1987 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu Kararında³⁵ şu ifadelerle belirtilmiştir; “Taraflar arasındaki kira sözleşmesinden kira karşılığı altın olarak belirlenmiştir ... taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü ... kira parasının altın esasına göre belirlenmesinin geçerli bulunup bulunmadığı sorununun çözümüne bağlı görülmüştür. Borçlar Kanunu’nun ... akit serbestisi prensibi cari olup, ... butlanı gerektirir bir durum söz konusu değildir ... Bu nedenlerle ortada geçersiz bir sözleşmenin varlığından söz edilemez”. Yabancı parayla ödemenin kararlaştırıldığı durumlar, kira bedelinin de para borcu niteliğinde olması sebebiyle, TBK m 99’da düzenlemeye tabi olmaktadır. Buna göre, sözleşmede aynen ödeme kaydı yoksa bedel ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parasıyla veya kiracının tercihi doğrultusunda aynen yabancı para cinsiyle ödenebilir, ancak kiracı kira bedelini ödemede temerrüde düşerse kiraya veren TBK m 99/3’te tanınan kanuni seçimlik yetkisini kullanmak suretiyle bedelin aynen veya yabancı paranın değeri üzerinden ülke parasıyla ödenmesini isteyebilmektedir³⁶. Her ne kadar kural bu olsa da Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34) m 8/2-3³⁷te taşınmaz

³¹ TBK m 346: “Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.”

³² Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 240; Ruhi ve Ruhi (n 13)18.

³³ Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 216; Aral ve Ayrancı (n 1) 259; Eren (n 1) 324; Kılıçoğlu (n 1) 220-221; İnceoğlu (n 25) 13.

³⁴ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 240; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 217; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 362.

³⁵ Yargıtay HGK, E 1986/13-734, K 1987/517, T 17.6.1987 <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim: 11.09.2022).

³⁶ TBK m 99/2-3: “Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.”

³⁷ İlgili Tebliğ m 8/2: “Türkiye’de yerleşik kişiler kendi aralarında akdedecekleri; konusu yurt içinde yer alan

kiralarının yabancı para ile veya yabancı para üzerinden ödenmesi, Türkiye’de yerleşik yabancılar hariç olmak üzere yasaklanmıştır. Taşınır kiralarında, ilgili tebliğ m 8/9³⁸ gereğince, kural olarak yabancı para ile veya yabancı para üzerinden ödeme kararlaştırılabilir, ancak taşıt kiralarında m 8/10³⁹ gereğince yasak söz konusudur.⁴⁰

C. Niteliği

Kira sözleşmeleri, TBK m 299’da tanımlandığı üzere, bir tarafın kiralananı kullanmayı veya kullanma ve yararlanmayı diğer tarafa bıraktığı, diğer tarafın da karşılığında bir bedel ödediği sözleşmelerdir. Bir başka ifadeyle, kira sözleşmeleri tarafların borç altına girdiği *borç sözleşmeleridir*⁴¹ ve söz konusu borç altına girme durumu, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklaması ve anlaşması yoluyla meydana geldiğinden, sözleşme *rızai sözleşme* özelliği gösterir.⁴² Tarafların her biri, borç altına girdiğinden, bir başka ifadeyle, kiraya veren taraf kiralananın teslimini, kiracı da karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiğinden kira sözleşmeleri *iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir*.⁴³ Kiracının üstlendiği borç, bedelin ifası olduğundan kira sözleşmeleri *ivazlı sözleşme* özelliği gösterirler; ancak sözleşmede bedel kararlaştırılmazsa, artık kira sözleşmesinden değil, TBK m 376 gereğince eksik iki tarafa borç yükleyen ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği ariyet (kullanım ödünçü) sözleşmesinden bahsedilir.⁴⁴

Kira sözleşmelerinde kiraya veren kiralananı teslim anında ve teslimden sonraki kira süresince kullanmaya elverişli şekilde bulundurma ve kullandırma/yararlandırma borcu sebebiyle sürekli edimli bir borç yüklenmektedir.⁴⁵ Kiracı ise genellikle kira bedelini

gayrimenkul olan, konut ve çatılı iş yeri dâhil gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.” İlgili Tebliğ m 8/3: “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan Türkiye’de yerleşik kişilerin veya bu maddenin on dokuzuncu fıkrasında belirtilen kişilerin alıcı veya kiracı olarak taraf oldukları gayrimenkul satış ve gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin dövizcinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.”

³⁸ İlgili Tebliğ m 8/9: “Türkiye’de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri; taşıt satış sözleşmeleri dışında kalan menkul satış sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür. (Ek cümle: RG 19.4.2022/31814) Ancak sözleşme konusu ödeme yükümlülüklerinin Türk parası cinsinden yerine getirilmesi ve kabul edilmesi zorunludur.”

³⁹ İlgili Tebliğ m 8/10: “Türkiye’de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri; taşıt kiralama sözleşmeleri dışında kalan menkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür.”

⁴⁰ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 240; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 217; Kılıçoğlu (n 1) 220.

⁴¹ Kılıçoğlu (n 1) 222; Eren (n 1) 315.

⁴² Aral ve Ayrancı (n 1) 256; Eren (n 1) 317; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 236; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 363; Gümüş (n 19) 189; Ruhi ve Ruhi (n 13)16.

⁴³ Aral ve Ayrancı (n 1) 258; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 236; Eren (n 1) 316; Kılıçoğlu (n 1) 222; Ruhi ve Ruhi (n 13)16.

⁴⁴ Eren (n 1) 317.

⁴⁵ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler 316.

dönemsel olarak ödemesi sebebiyle, dönemsel edimli bir borç yüklendiğinden, ancak kira bedelinin toplu şekilde ödemesi kararlaştırılarak sözleşmenin ani edimli olarak kurulması da mümkündür.⁴⁶ Sonuç olarak, kira sözleşmesi, iki tarafın da borcunu tek seferde ifa etmesiyle sona ermeyip; borçların ifası zamana yayıldığından, *sürekli borç doğuran sözleşme* özelliği gösterir.⁴⁷

D. Şekli

Türk Borçlar Kanunu'nda, ne konusu taşınır olan kira sözleşmelerinin kurulması ne de konusu taşınmaz olan kira sözleşmelerinin kurulması bakımından, istisnai haller dışında, geçerlilik şekli düzenlenmiştir. TBK m 26'ya göre, kural olarak, bir diğer ifadeyle, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğünü içeren sözleşme özgürlüğünün kabul edildiği görülmektedir. Taraflar sözleşmeyi ister sözlü, ister yazılı, ister resmi şekilde yapabilecekleri gibi açık veya örtülü irade beyanıyla da sözleşme kurabilirler⁴⁸. Ancak birtakım istisnalar mevcuttur.

Taşınmazlar bakımından yapılan kira sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh düşüleceği konusunda taraflar yazılı bir anlaşma yapmışlarsa (TBK m 312) ve yine sicile kayıtlı taşınır için yapılan sicile tescil ve şerh edilmesi gereken kira sözleşmesi mevcutsa, bu sözleşmeler bakımından sözlü şekil kabul edilemez, zira şerh veya tescilin yapılabilmesi için bunun belgelenmesi gerekir ve sözleşmenin yazılı veya resmi şekilde yapılması gerekmektedir⁴⁹. Malikin rızası varsa, yazılı bir şerh anlaşması yapılmak şartıyla, alt kira sözleşmesi de tapu kütüğüne şerh edilmektedir.⁵⁰ Yine, kamu tüzel kişilerine ait taşınmazların kiraya verilmesinde tarafların sözleşmeyi notere onaylatmak suretiyle yazılı şekilde yapılması gerekir (Devlet İhale Kanunu m 57).⁵¹ Ayrıca HMK m 200 gereğince senetle ispat zorunluluğu, bir diğer ifadeyle yazılı belgeyle ispat zorunluluğu için para sınırı 2020 yılı itibarıyla 4.486,428 TL olup, bu miktarı aşan uyuşmazlıkların yazılı belgeyle ispat edilmesi zorunludur. Örneğin, söz konusu miktardan fazla kira bedeli alacağı için kiraya veren ile kiracı arasında uyuşmazlık söz konusu olduğunda kira sözleşmesinin varlığının yazılı kira sözleşmesi sunularak ispatlanması gerekir. Her ne kadar kira sözleşmesi için kural olarak şekil serbestisi öngörülmüş olsa da bu durumda kira sözleşmesinin ispat açısından yazılı şekilde (veya resmi şekilde) yapılmış olması gerekir.

⁴⁶ Yavuz, Acar ve Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) 240.

⁴⁷ Aral ve Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri 256-257; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler 222; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı 189; Ruhi ve Ruhi, Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku 16.

⁴⁸ Eren (n 1) 327; Aral ve Ayrancı (n 1) 258; Erzurumluoğlu (n 17) 93.

⁴⁹ Kılıçoğlu (n 1) 226; Eren (n 1) 327; Ruhi ve Ruhi (n 13)19.

⁵⁰ Eren (n 1) 328.

⁵¹ Aral ve Ayrancı (n 1) 264.

E. Süresi

Kira sözleşmesi, TBK m 300/1 gereğince “*belirli ve belirli olmayan bir süre için*” yapılabilmektedir. İkinci fıkrada ise, tarafların bir süre kararlaştırarak yaptıkları kira sözleşmesinin belirli süreli kira sözleşmesi niteliğine sahip olduğu, bir süre kararlaştırılmadan yapılan kira sözleşmelerinin ise belirsiz süreli kira sözleşmesi olarak nitelendirildiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kira sözleşmesinde süre unsuru esaslı unsur olmayıp kararlaştırılmamasının sonucu sözleşmenin belirsiz süreli olmasıdır.⁵² Süre, örtülü veya açık iade beyanıyla kararlaştırılabilir (TBK m 327/1). Belirli süreli kira sözleşmesinin yapılabilmesi için üç unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir: i- Taraflar kira sözleşmesi yapma konusunda anlaşmış olmalı, ii- Taraflar kira sözleşmesinin süre ile sınırlandırılması konusunda anlaşmış olmalı, iii- Taraflar olağan fesih haklarından feragat ettikleri (çünkü belirli süreli kira sözleşmeleri ancak önemli sebeple fesih veya ikale sözleşmesi ile sona erdirilebilir⁵³) ve sürenin dolmasıyla sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği konusunda anlaşmış olmalı.⁵⁴ Bu unsurlardan ilki mevcut değilse, kira sözleşmesi kurulmamış olur; diğer iki şart mevcut değilse, sözleşme belirli süreli sözleşme özelliği kazanmamış olur, dolayısıyla sözleşme artık belirsiz süreli bir kira sözleşmesidir.

Belirli veya belirsiz süreli kira sözleşmesi olma özelliği sözleşmenin sona ermesi bakımından önem arz eder. TBK m 327 gereğince, belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin dolmasıyla sözleşme kendiliğinden sona erer, ancak taraflar sözleşmeyi sürdürmeye devam ederse sözleşmenin belirsiz süreli kira sözleşmesi niteliğine dönüştüğü kabul edilir. Baştan belirsiz süreli kurulan sözleşmede ise, bir süre söz konusu olmadığından, sürenin dolması ve sözleşmenin kendiliğinden geçersiz hale gelmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Her ne kadar belirsiz süreli kira sözleşmesi yapılması mümkün olsa da, kiralananın sonsuz süreli olarak kiralınması kişilik haklarına aykırılık oluşturduğundan, söz konusu şekilde kira sözleşmesi yapılmamalıdır.⁵⁵ Böyle bir sözleşme yapılmış olsa bile söz konusu hüküm geçersizdir⁵⁶, ancak TBK m 331 gereğince önemli sebeple fesih hakkı kullanılarak veya sözleşme ayakta tutulmak suretiyle sürenin indirilmesi talebine yönelik mahkeme kararı yoluyla bu olumsuz hal giderilebilmektedir.⁵⁷ Ayrıca yaşam boyu sürecek kira sözleşmeleri geçerli olup eski Borçlar Kanununa göre belirli süreli kira sözleşmesi sayılırken; yeni Borçlar Kanununda belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilmiştir ve belirsiz süreli sözleşmelerde feshe ilişkin hükümler bu sözleşmeler için de uygulanabilir hale getirilmiştir.⁵⁸

⁵² Kılıçoğlu (n 1) 226.

⁵³ Aral ve Ayrancı (n 1) 265.

⁵⁴ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 243.

⁵⁵ Eren (n 1) 322; Akyiğit (n 5) 58.

⁵⁶ Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 367; Tandoğan (n 7) 13.

⁵⁷ Eren (n 1) 323.

⁵⁸ Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 347.

F. Tarafların Borçları

Kira sözleşmesinde, kiralananı kullanma veya kullanma ve yararlanma hakkını devretmeyi yüklenen tarafı kiraya veren; bunun karşılığında bedel ödeyen tarafı kiracı oluşturmakta, bir başka ifadeyle, kira sözleşmesi iki taraftan oluşmaktadır.⁵⁹ Buradan anlaşıldığı üzere, her iki tarafa da borç yüklenmektedir. Kullanma veya kullanma ve yararlanma hakkını devretme ve bedel ödeme borçları en temel borçlar olup, bunların yanında kiracı ve kiraya veren birtakım başka borçlar da yüklenmektedir.

Kiraya verenin borçları temel olarak TBK 301-312 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kiraya veren öncelikle kiralananı kullanıma elverişli şekilde kararlaştırılan tarihte kiracıya teslim etme ve kira süresi boyunca aynı şekilde bulundurma borcu altına girmektedir (TBK m 301). Kiraya veren sigorta, vergi ve benzeri yükümlülükler (TBK m302) ile kiralananın kullanımıyla ilgili olan yan giderlere (TBK m303) katlanma borcu altındadır. Kiraya veren şartları mevcutsa kiralanda bulunan ayıp (TBK m 304 vd) ve kiralananın zaptı (TBK m 309 vd) sebebiyle ortaya çıkan zararlara katlanma borcu altına girmektedir. Kiracının borçları ise, TBK m 313 vd maddelerinde temel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kiracı öncelikle bedel ödeme borcu (TBK m 313) olmak üzere, kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu (TBK m 316), kiralananın temizlik ve bakımı için gereken giderleri karşılama borcu (TBK m 317), ayıp halinde ayıbı kiraya verene bildirme ve ayıbın giderilmesine katlanma borcu (TBK m 319), gerektiğinde kiraya verenin kiralanda yapacağı yenilik ve değişikliklere katlanma borcu (TBK m 320), kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açan durumlarda ve konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça alt kiraya vermeme borcu gibi alt kiraya ilişkin borçlar (TBK m 322), kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça kira ilişkisini devretmeme borcu gibi borçlar yüklenmektedir.

Kiracı ve kiraya verenin borçlarının kapsamlı ve ayrıca ele alınması gereken bir konu olması sebebiyle bu çalışmada ayrıntısına girilmemiştir. Çalışma kapsamında, kiracının alt kira bakımından borçları kapsamlı şekilde ele alınacak, bunlara ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

II. ALT KİRA SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Asıl sözleşmeyi ilgilendirecek şekilde yapılan, ancak asıl sözleşmeden bağımsız olan sözleşmeler *alt sözleşme* olarak adlandırılır.⁶⁰ Alt sözleşme ve asıl sözleşme aynı anda ve bağımsız olarak sürdürülmektedir.⁶¹ Kural, alt sözleşmeden önce kurulmuş bir asıl sözleşmenin varlığı iken; henüz asıl sözleşme kurulmadan alt sözleşmenin tarafların birbirine

⁵⁹ Eren (n 1) 314; Kılıçoğlu (n 1) 223-226; Aral ve Ayrancı (n 1) 261-262.

⁶⁰ Nalan Kahveci, *Alt Kira ve Kiranın Devri* (Güncel Yayıncılık 2005) 63; Halil Akkanat, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi* (Filiz 2000) 15; Şebnem Akipek, *Alt Vekalet* (Yetkin Yayıncılık, 2003) 83.

⁶¹ Kahveci (n 60) 65; Akkanat (n 60) 15; Akipek (n 60) 84.

uygun ve karşılıklı irade beyanlarını sunmak kaydıyla kurulması da mümkündür.⁶² Alt sözleşmeler üç ayrı tarafın bulunduğu, ancak sürekli ve benzeri borç ilişkilerinde söz konusu olabilen, borç sözleşmeleridir.⁶³

Alt kira sözleşmesi, alt sözleşme özelliği gösterir ve kiracının kiraya verenden kiraladığı kiralananı bir başka kira sözleşmesi yaparak kiraya veren konumuna geçmek suretiyle bir üçüncü kişiye kiralaması şeklinde tanımlanabilir.⁶⁴ Buradan da anlaşıldığı üzere, alt kira sözleşmesinin niteliği de kira sözleşmesidir⁶⁵ ve genel anlamıyla TBK m 322'de (konut ve çatılı iş yeri kiralalarına ilişkin düzenleme de getirmektedir) ve ürün kirasına yönelik olarak TBK m 366'da düzenlenmiş ve bu hükümlerle kiralananın alt kiraya verilebilmesi belirli şartlara tabi tutulmuştur.

Alt kira sözleşmesi niteliği itibariyle -kira sözleşmesi niteliğine sahip olması sebebiyle- kullanma hakkı veren, tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli borç ilişkisi doğuran, rızai, ivazlı ve son olarak -alt sözleşme özelliği sebebiyle- kira sözleşmesinden bağımsız sözleşmelerdir.⁶⁶

Alt kira sözleşmesinin kira sözleşmesi niteliği taşıması sebebiyle, niteliğine uygun olduğu ölçüde yaptığımız temel açıklamalar geçerli olacaktır. Çalışmada bahsedildiği üzere, kiraya verenin malik olması zorunluluğu yoktur.⁶⁷ Öyle ki, alt kira sözleşmesinde de kiraya veren konumundaki asıl kira sözleşmesinin kiracısı malik konumunda değildir, kiralananın zilyedi konumundadır.⁶⁸ Yine, kira sözleşmesinde kiralanan şeyin tam olarak kiralınması gerekmeyip, bir kısmının kiraya verilmesi de mümkün olduğundan;⁶⁹ alt kira sözleşmesinde de kiracının kiralananın yalnızca bir kısmını kiraya vermesi mümkündür.⁷⁰

Türk Borçlar Kanunu m 322 gereğince, kiracının asıl kira sözleşmesine bağlı alt kira sözleşmesinde kiraya verenin rızasını almasına gerek yokken; konut ve çatılı iş yeri kiralalarında kiracının alt kira sözleşmesi yapabilmesi kiraya verenin yazılı rızasına tabi kılınmıştır (TBK m 322/2). Ürün kirasında ise kiracı, kiraya veren için zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmeyecek bazı yerler hariç, kural olarak kiraya verenin rızası olmadıkça kiralananı alt kiraya veremez (TBK m 366). Alt kiranın da alt kiraya verilmesi mümkündür, ancak burada rızanın hem ilk kiraya veren hem de ilk alt kiraya verenden alınması gerekir.⁷¹

⁶² Kahveci (n 60) 65.

⁶³ Kahveci (n 60) 63-64.

⁶⁴ Kılıçoğlu (n 1) 252.

⁶⁵ Eren (n 1) 367.

⁶⁶ Yasemin Erol Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri* (Adalet Yayınevi 2017) 54-58.

⁶⁷ Aral ve Ayrancı (n 1) 261; Aydoğdu ve Kahveci (n 6) 347; Ruhi ve Ruhi (n 13)17.

⁶⁸ Eren (n 1) 314.

⁶⁹ Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 216; Süreyya Arıkan, *Alt Kiranın ve Kiranın Devredilmesinin Nitelendirilmesi ve Alt Kira ve Kiranın Devrinin Tahliye Davalarına Etkileri* (Yüksek Lisans 1988) 21.

⁷⁰ Kılıçoğlu (n 1) 253; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 316.

⁷¹ Eren (n 1) 368.

Rızanın yazılı şekilde verilmesi gerekmekte ve rıza alt kira sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra verilebilmektedir.⁷²

Kira sözleşmesinde olduğu gibi, alt kira sözleşmesinde de, TBK m 26 gereğince, sözleşme özgürlüğü vardır ve bu sebeple kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Kanundan kaynaklanan sebeplerle veya tarafların anlaşmasıyla şekil şartı getirilmiş olabilir, ancak tarafların asıl sözleşme için şekil şartı getirmiş olmalarına rağmen, alt kira sözleşmesi için şekil şartı getirilmemişse, yine alt kira sözleşmesi için de kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerli olacaktır.⁷³ Bu çerçevede, taraflar sözleşmeyi ister sözlü, ister yazılı, ister resmi şekilde yapabilecekleri gibi; açık veya örtülü irade beyanıyla da sözleşme kurabilirler.⁷⁴

B. Unsurları

1. Asıl Sözleşme Unsuru

Alt kira sözleşmesi hem kurulması hem sona ermesi bakımından asıl sözleşmeden bağımsızdır.⁷⁵ Asıl sözleşme bulunmaksızın alt kira sözleşmesinin yapılması mümkündür.⁷⁶ Zira alt kira sözleşmesi ve asıl sözleşme aynı anda ve bağımsız olarak sürdürülmektedir. Ancak alt kira sözleşmesi her ne kadar bağımsız bir sözleşme olsa da asıl sözleşme olmaksızın devam ettirilemez.⁷⁷ Öyle ki, asıl kira sözleşmesinin kiracısının yaptığı sözleşmeye alt kira sözleşmesi denmektedir, dolayısıyla bir asıl kira sözleşmesi mevcut olmalıdır ki, söz konusu kiracı bir alt kiracıyla başka bir kira ilişkisi kurabilsin. Yine, alt kira sözleşmesi asıl kiradan bağımsız nitelikte olduğu için asıl kira sözleşmesi geçersiz olursa veya sona ererse alt kira sözleşmesi de geçersiz olmaz veya sona ermez.⁷⁸ Ancak asıl sözleşme geçersiz olduğunda veya sona erdiğinde, alt kirada kiraya veren konumuna geçen kiracı, kiralananın kullandırılması veya yararlandırılması borcunu ifa edemeyecek, alt kiracıya karşı bu sebeple sorumlu olacak ve yine asıl kiraya verenle sona eren sözleşme ilişkisi sebebiyle kiraya veren kiralananı geri isteyebilecek, haksız işgal davası açabilecektir.⁷⁹ Alt kira ilişkisinin yalnızca kiracı ile kiralanan arasında bir ilişki olması sebebiyle asıl kiraya verenin kiralananı isteyemeyeceğini savunan aksi görüş de mevcuttur.⁸⁰

Sonuç olarak her ne kadar alt sözleşme kurulma ve sona erme bakımından bağımsız olsa da asıl sözleşmeyle açıkladığımız hususlardan etkilenmektedir, zira alt sözleşmenin dayanağını asıl sözleşme oluşturmaktadır.

⁷² Eren (n 1) 368.

⁷³ Erol Durak (n 66) 59; İstisnaları için bkz 10.

⁷⁴ Aral ve Ayrancı (n 1) 258; Eren (n 1) 327; Erzurumluoğlu (n 17) 93.

⁷⁵ Kahveci (n 60) 69; Coşkun Akyol, Türk Borçlar Kanununa Göre Alt Kira Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri (Yüksek Lisans 2016) 9.

⁷⁶ Erol Durak (n 66) 58.

⁷⁷ Kahveci (n 60) 65; Akkanat (n 60) 15; Akipek (n 60) 84.

⁷⁸ Akyol (n 75) 10.

⁷⁹ Kahveci (n 60) 70; Akyol (n 75) 9; Erol Durak (n 66) 51.

⁸⁰ Tandoğan (n 7) 159.

2. Alt Kira Sözleşmesinin Yapılmasına Engel Bir Durumun Bulunmaması

Alt kira sözleşmesinin yapılabilmesi için kanundan veya anlaşmadan kaynaklı bir engel söz konusu olmamalıdır. TBK m 322 gereğince, kiracının asıl kira sözleşmesine bağlı alt kira sözleşmesinde kiraya verenin rızasını almasına gerek yoktur, ancak yine de alt kira sözleşmesi yapılabilmesi kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe sebep olunmaması şartına bağlanmıştır. Konut ve çatılı iş yeri kiralalarında kiracının alt kira sözleşmesi yapabilmesi her halükarda kiraya verenin yazılı rızasına tabi kılınmıştır (TBK m 322/2). Ürün kirasında ise kiracı, kiraya veren için zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmeyecek bazı yerler hariç, kural olarak, kiraya verenin rızası olmadıkça kiralananı alt kiraya veremez (TBK m 366). Alt kiranın da alt kiraya verilmesi mümkündür, ancak burada rızanın hem ilk kiraya veren hem de ilk alt kiraya verenden alınması gerekir.⁸¹ Alt kira sözleşmesi yapılabilmesi için rızanın arandığı tüm durumlarda, rıza alt kira sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra yazılı olarak verilmiş olmalıdır.⁸²

Sonuç olarak, kiraya verenin rızasına ihtiyaç duyulan hallerde rıza alınamamışsa bu durum alt kira sözleşmesi yapılmasına engel teşkil etmektedir ve yine alt kira sözleşmesi yapılmasının kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe sebep olacak olması da alt kira sözleşmesine engel oluşturan bir başka durumdur.

3. Asıl Sözleşmenin Kiracısının Alt Kiracı ile Sözleşme Akdetmesi

Alt kira sözleşmesini kiracının kiraya verenden kiraladığı kiralananı bir başka kira sözleşmesi yaparak kiraya veren konumuna geçmek suretiyle bir üçüncü kişiye kiralaması şeklinde tanımlamıştık.⁸³ Buradan da anlaşıldığı üzere, bir alt kira sözleşmesinin olmazsa olmaz unsuru, asıl kira sözleşmesi ve alt kira sözleşmesini birbiriyle ilişkilendiren kiracının varlığıdır. Dolayısıyla, alt kira sözleşmesi yapılabilmesi için i- Kiracısının mutlaka her iki sözleşmenin de tarafı olması, ii- Alt kiracıyla kira sözleşmesi kurması gerekir.

Kiracı, kiraya verenle alt kiracı arasında geçiş noktası görevi görmekte, alt kiracı ve kiraya veren genellikle kiracı üzerinden haklarını ileri sürebilmektedir, ancak bazı durumlarda kiraya veren ve alt kiracı, kiracı araya girmeksizin de ilişki kurabilmektedirler.⁸⁴ Kiraya veren- kiracı- alt kiracı ilişkileri aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

C. Alt Kirada Taraflar Arası Karşılıklı Haklar ve Borçlar

1. Genel Olarak

Kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme⁸⁵ olup, kullanma veya yararlanma hakkını devretme ve bedel ödeme borçları sözleşmeden kaynaklanan en temel

⁸¹ Eren (n 1) 368.

⁸² Eren (n 1) 368.

⁸³ Kılıçoğlu (n 1) 252.

⁸⁴ Erol Durak (n 66) 52-53.

⁸⁵ Aral ve Ayrancı (n 1) 258; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 236; Eren (n 1) 316; Kılıçoğlu (n 1) 222; Ruhi ve Ruhi (n 13)16.

borçlardır. Ancak bunların yanında kiracı ve kiraya veren genel kira hükümlerinden kaynaklanan başka borçlar da yüklenmektedir.

Kiracı ve kiraya veren ilişkisinde, kiraya verenin borçları temel olarak kiralananı kullanıma elverişli şekilde kararlaştırılan tarihte kiracıya teslim etme ve kira süresi boyunca aynı şekilde bulundurmaktır (TBK m 301). Kiraya veren sigorta, vergi ve benzeri yükümlülükler (TBK m302) ile kiralananın kullanımıyla ilgili olan yan giderlere (TBK m303) katlanma borcu altındadır. Kiraya veren şartları mevcutsa kiralanda bulunan ayıp (TBK m 304 vd) ve kiralananın zaptı (TBK m 309 vd) sebebiyle ortaya çıkan zararlara katlanma borcu altına girmektedir. Burada kiracı veren için borç olan durumlar kiraya veren için talep hakkı doğurur. Bir diğer ifadeyle, kiracının borçları aynı zamanda kiraya verenin kira sözleşmesinde sahip olduğu haklardır.

Kiracının borçları ise temel olarak bedel ödeme borcu (TBK m 313), kiralananı özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcu (TBK m 316), kiralananın temizlik ve bakımı için gereken giderleri karşılama borcu (TBK m 317), ayıp halinde ayıbı kiraya verene bildirme ve ayıbın giderilmesine katlanma borcu (TBK m 319), gerektiğinde kiraya verenin kiralanda yapacağı yenilik ve değişikliklere katlanma borcu (TBK m 320), kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açan durumlarda ve konut ve çatılı iş yeri kiralarında kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça alt kiraya vermeme borcu gibi alt kiraya ilişkin borçlar (TBK m 322), kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça kira ilişkisini devretmeme borcu gibi borçlar yüklenmektedir. Burada da kiraya veren için borç niteliğinde olan durumlar kiracı için talep hakkı doğurur. Dolayısıyla, kiracının borçları aynı zamanda kiraya verenin kira sözleşmesinde sahip olduğu haklardır.

Alt kiracının kiracıyla alt kira sözleşmesi yapması durumunda, alt kiracı bakımından kiracıya karşı yine genel hükümlerden kaynaklanan hak ve borçlar doğmaktadır. Bir diğer ifadeyle, kiracı-kiraya veren ve kiracı-alt kiracı ilişkisinde aralarında bir kira sözleşmesi mevcut olduğundan genel hükümlerde düzenlenen hak ve borçlar aynen uygulanacaktır. Ancak, alt kiracı ile kiraya veren arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur, bu sebeple aralarındaki ilişki ayrıca ele alınarak incelenmelidir.

2. Kiraya Veren - Alt Kiracı Arasındaki İlişki

Alt kira sözleşmesi hem kurulması hem sona ermesi bakımından asıl sözleşmeden bağımsız⁸⁶ bir başka kira sözleşmesi niteliğinde⁸⁷ bir sözleşmedir. Sözleşmelere hâkim olan ilkelerden nisbilik ilkesi gereğince, kural olarak, sözleşme üçüncü kişiler açısından bir etki doğurmamakta, sözleşmenin tarafları hak ve borçlara sahip olmaktadır ve alt kira sözleşmesinin tarafları olan kiracı ve alt kiracı için de durum bu şekildedir.⁸⁸ Her ne kadar

⁸⁶ Kahveci (n 60) 69; Akyol (n 75) 9.

⁸⁷ Eren (n 1) 367

⁸⁸ Kahveci (n 60) 80; İrfan Yazman, *Alt Kira ve Hasılat Kirası Münasebetlerinde Alt Kira ve Kiranın Devri* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü No: 22, 1960-61) 21; İpek Yücer, 'Alt Kira' (2008) 57 AÜHFD 805.

kural bu olsa da bazı hallerde kiraya veren de alt kiracıya karşı, alt kiracı da kiraya verene karşı birtakım haklara ve borçlara sahip olmaktadır.⁸⁹

a. Kiraya Verenin Hakları

(1) Kiralananın Sözleşmeye Uygun Biçimde Kullanılmasını Talep Hakkı

Kira sözleşmesinin ne şekilde kullanılacağına ilişkin hükümler öncelikle kiracı ile kiraya veren arasında yapılacak sözleşmede belirlenir ve bu sözleşmede kiralananı kullanma hakkının kapsamına nelerin girdiği, nelere izin verilip nelerin yasaklandığı hususları belirtilir. İşte alt kiracının kullanma hakkının kapsamı da kiracının kullanma hakkının kapsamı kadardır, bir diğer ifadeyle kullanım hakkı kapsamı alt kira sözleşmesine göre değil, asıl kira sözleşmesine göre belirlenecektir.⁹⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki, asıl sözleşmede ve alt sözleşmede belirlenen kapsam ve sınırlar dışında; alt kiracı TBK'da düzenlenmiş kiralananı özenle kullanma borcu gibi birtakım kira sözleşmesinden kaynaklanan borçlar da üstlenmektedir ve bu borçlar sebebiyle kiraya verenin talep hakkı da doğmaktadır.

Kira sözleşmesinin sözleşmeye uygun olarak kullanılması bakımından alt kiracı kiracıya karşı alt kira sözleşmesinde kararlaştırılan kadar, kiraya verene karşı asıl kira sözleşmesinde kararlaştırılan kadar sorumlu olacaktır ve kiraya verenin asıl sözleşmeye uygun davranmayı talep edebilmesinin dayanağını kiraya verenin sahip olduğu herkese karşı ileri sürülebilen mülkiyet hakkı oluşturur.⁹¹ Bazı yazarlar, kiraya verenin alt kiracının sözleşmeye uygun davranmasını talep hakkına sahip olmasını, nisbilik ilkesinin istisnası olarak tanımlamış olsalar da, malik olan kiraya veren açısından bu mülkiyet hakkından doğan bir haktır ve mülkiyet hakkı sözleşmeden doğan nispi hakka göre daha geniş kapsamlı hak sağladığından, söz konusu kuralın istisna niteliğinde olmadığı, başlı başına bir hak olduğu görüşündeyiz.⁹² Ancak, kiraya veren mülkiyet hakkına sahip olmasa bile, TBK m 322/3'in kiraya verene doğrudan talep hakkı verdiği açıktır.

Mülkiyet hakkı mevcutsa bunun sağladığı ve mülkiyet hakkı mevcut olmasa bile kanundan kaynaklanan hak sebebiyle kiraya veren bazı durumlarda alt kiracıya karşı doğrudan talep hakkına sahip olabilmektedir, kiraya verenin alt kiracıdan kiralananı asıl sözleşmeye uygun biçimde kullanmasını doğrudan talep etmesinde de durum böyledir.⁹³

Alt kira sözleşmesinde kiracının sözleşme sebebiyle alt kiracıdan kiralananı sözleşmeye uygun biçimde kullanması konusunda doğrudan talep hakkı olduğuna şüphe yoktur. Bu durumda hem kiracı hem asıl kiraya veren alt kiracıya karşı kiralananı sözleşmeye

⁸⁹ Akyol (n 75) 63.

⁹⁰ Kahveci (n 60) 82; Yazman (n 88) 806.

⁹¹ Kahveci (n 60) 82; Yazman (n 88) 16; Yücer (n 88) 806.

⁹² Aksi görüş için bkz; Kahveci (n 60) 82; Yazman (n 88) 16; Faruk Acar, *Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül* (Seçkin Yayıncılık 2003) 179; Rona Serozan, 'Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi' (1986) 2 MHAD 113.

⁹³ Kahveci (n 60) 82.

uygun biçimde kullanma borcunun alacaklısı konumundadır.⁹⁴ Ayrıca, alt kiracının bu borcu yerine getirmemesi halinde, kiracı da TBK m 322/3 gereğince, borcun yerine getirilmemesinden kiraya verene karşı sorumlu olur. Sonuç olarak, kiraya veren kiralananın sözleşmeye aykırı kullanılmasından uğradığı zararlar için hem kiracıya hem alt kiracıya başvurabilmektedir. Yine, kiracı da alt kiracının sözleşmeye aykırı davranmasından zarar görmüşse, alt kiracıdan zararın tazminini talep edebilmektedir.⁹⁵

(2) Hapis Hakkı

Taşınmaz kiralarda kiraya verene tanınan hapis hakkı TBK m 336'da düzenlenmiştir. Buna göre, kiraya veren taşınmaz kiralarda işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira bedeli için hapis hakkına sahiptir; bu hapis hakkı yalnız kiralanda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan kiracıya ait haczedilebilir (m 336/3) taşınır mallar üzerinde kullanılabilir. Dolayısıyla, kiraya veren ödenmeyen kira bedeli için kiracının söz konusu taşınır mallarına el koyabilir ve kira bedeli ödenmezse el koyduğu malları paraya çevirerek kira bedelini buradan elde edebilir.⁹⁶ Kiracı (alt kira sözleşmesinin kiraya vereni) ile alt kiracı arasında bulunan alt kira sözleşmesi sebebiyle, kiracı da kira bedeli alacağına karşılık alt kiracıya karşı TBK m 366/1 gereğince hapis hakkına sahiptir.

Kiraya veren hapis hakkını kiracıya karşı ileri sürebildiği gibi alt kiracıya karşı da ileri sürebilmektedir (TBK m 336/2). Ancak, bu birtakım şartların varlığına bağlıdır. Buna göre, 1- Kiracı ile kiraya veren arasında taşınmaz kira sözleşmesi olmalı, 2- Kiracı kiraya verene karşı kira bedeli ödeme borcunu yerine getirmemiş olmalı, 3- Alt kiracının kiracıya karşı kira bedeli ödeme borcu bulunmalı, 4- Kiraya verenin hapis hakkı çerçevesinde el koyduğu taşınır mallar alt kiracının asıl kiracıya olan kira borcunu aşmamalı, 5- Hapis hakkı yalnızca alt kiracının kiralanda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınır malları üzerinde kullanılmış olmalıdır (TBK m 336/2).⁹⁷ Kiraya veren yalnızca bu şartlar altında alt kiracının taşınır malları üzerinde hapis hakkına sahiptir. Hapis hakkının tanınmasıyla kiraya verenin kira bedeli sebebiyle doğan alacak hakkı güvence altına alınmakta ve birtakım sınırlamalar getirmek yoluyla da aynı zamanda alt kiracı korunmaktadır.⁹⁸

Kiralanda bulunan eşyalar kiracıya veya alt kiracıya ait değil de bir üçüncü kişiye aitse, kiraya veren iyiniyetli olduğu durumda yine TBK m 336'daki şartlara riayet ederek hapis hakkını kullanabilir, ancak kiraya veren kiralandaki taşınır malların kiracıya ait olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa veya mal kaybolmuş veya başka bir biçimde

⁹⁴ Kahveci (n 60) 82; Akyol (n 75) 67.

⁹⁵ Akyol (n 75) 69.

⁹⁶ Kahveci (n 60) 91.

⁹⁷ Yücer (n 88) 806; Yazman (n 88) 23; Kahveci (n 60) 94-95.

⁹⁸ Yazman (n 88) 22; Kahveci (n 60) 93.

malikinin elinden iradesi dışında çıkmışsa kiraya veren TBK m 337 gereğince bu mallar üzerinde hapis hakkı kullanamayacaktır.

Alt kira sözleşmesi geçerli olarak kurulmuşsa, yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, kiraya verenin hapis hakkını alt kiracıya karşı kullanabilmektedir. Ancak, doktrinde, alt kira sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş olmaması durumunda hapis hakkının kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, alt kira sözleşmesi geçersiz olsa bile kiracı ile kiraya veren arasında kira sözleşmesi mevcut olduğundan hapis hakkının kullanılabilceğini; bir başka görüş, alt kiracının üçüncü kişi sayılarak kiraya verenin hapis hakkını kullanamayacağını; bir başka görüş ise, kanunda alt kira sözleşmesi sebebiyle uygulanacak hapis hakkı için geçerli-geçersiz ayrımı yapılmadığından hapis hakkının iki durumda da uygulanabileceğini savunmaktadır.⁹⁹ Fikrimizce, her ne kadar alt kira sözleşmesi geçersiz olsa da kiraya verenin istememesine rağmen verdiği yetki aşılarak alt kira ilişkisi kurulmuştur ve kiraya verene ikinci bir darbe vurularak kira bedeli güvencesi olarak sahip olduğu hapis hakkının elinden alınması yerinde değildir. Bir diğer ifadeyle, kiraya veren hapis hakkını muhafaza etmeli, bu hakkın kullanılmasından zarar görecektir olan üçüncü kişi zararının tazmini için kiracıya başvurmalıdır, zira bu durumda kiracının iyiniyetli olduğu söylenemez.

b. Kiraya Veren Borçları

(1) Kiralananın Kullanılmasına Katlanma Borcu

TBK m 299'a göre; kiraya veren açısından kira sözleşmesi, kiraya verenin *"bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakma borcu altına girdiği"* sözleşmedir. Madde hükmüne göre, kiraya veren kiracının kiralananı kullanmasına katlanma borcu altındadır. İşte bu borç, kiralananın alt kiraya verilmesi durumunda da kiraya verenin alt kiracının kiralananı kullanmasına katlanma borcu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁰

(2) Ayıptan Sorumluluk

Ayıptan sorumluluk, TBK m 304 ve devamında kiraya verenin kiracıya karşı ayıptan sorumluluğu şeklinde düzenlenmiştir. Ayıp, kiralanda bulunması gereken kullanıma elverişlilik sağlayan niteliklerin bulunmaması veya dürüstlük kuralları gereğince kiralanda olması gereken niteliklerin olmaması olarak tanımlanabilir.¹⁰¹ Sonuç olarak, ayıptan sorumluluk kiraya verenin kiralananı kullanıma elverişli şekilde teslimi ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurma borcundan ileri gelmektedir.¹⁰² Ayıptan sorumluluktan bahsedebilmek için 1- Bir ayıp mevcut olmalı, 2- Kiracının ayıbın oluşmasında kusuru olmamalı, 3- Kiracı ayıbı sözleşme kurulmasından önce bilmemeli veya bilebilecek durumda olmamalı ve ayıbın sonradan ortaya çıkması durumunda ayıba rağmen kiralananı kullanmaya devam ederek

⁹⁹ Kahveci (n 60) 97; Akyol (n 75) 87.

¹⁰⁰ Yücer (n 88) 807; Kahveci (n 60) 99.

¹⁰¹ Sezer Çapri, *Kiraya Veren Ayıptan Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2013) 42; Eren (n 1) 333.

¹⁰² Eren (n 1) 333; Kahveci (n 60) 113.

ayıptan doğan haklarından feragat etmemiş olmalı, 4- Ayıptan sorumsuzluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşması mevcut olmamalı, 5- Kiracı kiralananı gözden geçirip ayıbı bildirmiş olmalıdır.¹⁰³ Tüm bu şartlar sağlandığı takdirde, kiraya veren kiracıya karşı ayıplardan sorumlu tutulmakta ve kiracı ayıptan doğan birtakım seçimlik haklara sahip olmaktadır. Buna göre, kiracı, TBK m 306 gereğince, ayıbın uygun bir sürede giderilmesini isteyebilir, giderilmezse kiraya veren hesabına kendi giderebilir ve masrafları kira bedelinden indirebilir, kiralananın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteyebilir veya TBK m 307 gereğince ayıbın yol açtığı durumla orantılı olarak kira bedelinden indirim isteyebilir, TBK m 308 gereğince zararının karşılanması isteyebilir, son olarak kiracının ayıp durumunda TBK m 305/2 ve önemli ayıplarda TBK m 306/2 gereğince süre verilmesine rağmen ayıp giderilmezse kiracı tek taraflı varması gerekli irade beyanıyla sözleşmeyi feshedebilir.¹⁰⁴

Kiraya verenin alt kiracıya karşı ayıplardan sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, ayıptan sorumluluk kiraya verenin kiralananı kullanıma elverişli şekilde teslimi ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurma borcundan ileri geldiğinden¹⁰⁵ ve kiraya verenin alt kiracıya karşı bu borçları üstlenmiş olmamasından, bir diğer ifadeyle alt kira sözleşmesinin asıl kira sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme olmasından ötürü, alt kiracı ayıp sebebiyle doğan haklarını doğrudan kiraya verene karşı ileri sürememekte ancak kiracıya karşı ileri sürebilmektedir.¹⁰⁶ Kiracı, alt kiracının ayıptan doğan zararını gidermişse, kiraya verenden istemde bulunabilmekte ve böylece kiraya veren ile alt kiracı arasında aracı görevi görmüş olmaktadır.¹⁰⁷ Bir başka görüş ise, alt kira sözleşmesi sebebiyle üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurulduğunu ve bu durumun alt kiracı ile kiraya veren arasında ilişki kurulmasını sağladığını, böylece alt kiracının ayıp sebebiyle kiraya verene başvurabileceğini savunmaktadır.¹⁰⁸ Bu durumda her ne kadar kiraya veren ile kiracı arasında sözleşmesel ilişki olmasa da *dürüstlük kuralından kaynaklanan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme*¹⁰⁹ olduğundan alt kiracının kiraya verene karşı *kanundan kaynaklanan talep hakkı* olduğu kabul edilir.¹¹⁰

(3) Zapttan Sorumluluk

Kiraya verenin zapttan sorumluluğu TBK m 309'da düzenlenmiştir. Buna göre, eğer bir üçüncü kişi kiralanan üzerinde kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmüştü, kiracı bunu kiraya verene bildirmekle, kiraya veren de davayı üstlenmek ve kiracının zararını gidermekle yükümlüdür. Satış sözleşmesi için düzenlenen zapt hükümleri uygun düşüğü

¹⁰³ Eren (n 1) 333-338.

¹⁰⁴ Eren (n 1) 338-345.

¹⁰⁵ Kahveci (n 60) 113; Eren (n 1) 333.

¹⁰⁶ Yücer (n 88) 808; Kahveci (n 60) 101.

¹⁰⁷ Yücer (n 88) 807; Yazman (n 88) 17; Kahveci (n 60) 100.

¹⁰⁸ Kahveci (n 60) 101; Yücer (n 88) 808.

¹⁰⁹ Serozan (n 92) 108; Kahveci (n 60) 101.

¹¹⁰ Kahveci (n 60) 101.

ölçüde kira sözleşmesine de uygulandığından¹¹¹ kiraya veren doğrudan zararlardan kusuru olmasa da sorumlu tutulurken dolaylı zararlardan ancak kusuru varsa sorumlu olmaktadır.¹¹² Kiraya verenin kiracıya karşı zapttan sorumluluğunun doğması için 1- Üçüncü kişi kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmüş olmalı, 2- Üstün hak kira sözleşmesinin yapılmasından önce var olmalı, 3- Kiracı üstün hakkı derhal kiraya verene bildirmiş olmalıdır.¹¹³ Bu şartlar gerçekleşmişse, kiracı, kiraya verene karşı ileri sürebileceği birtakım haklara sahip olur. Bildirimle birlikte öncelikle kiraya veren ya davada kiracının yanında yer almak ya da kiracı yerine geçerek davayı yürütmek zorundadır. Bunun yanında kiracı kiraya verenden zapt sebebiyle uğradığı tüm zararları talep edebilir, kiraya veren kusursuzluğunu ispatlayamazsa tüm zararları, ispatlarsa sadece doğrudan zararları karşılamak durumundadır.¹¹⁴ Buradaki açıklamalarımız kira sözleşmesinde kiracı ile kiraya veren, alt kira sözleşmesinde kiracı (kiraya veren konumunda) ile alt kiracı arasında söz konusu olan zapttan sorumluluğa ilişkindir.

Alt kiracının kiraya vereni zapttan sorumlu tutabilmesi konusunun değerlendirilmesi gerekir. Alt kira sözleşmesinin asıl kira sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme olmasından ötürü, alt kiracı, zapt sebebiyle doğan haklarını ayıptan sorumlulukta olduğu gibi doğrudan kiraya verene karşı ileri sürememekte ancak kiracıya karşı ileri sürebilmektedir.¹¹⁵ Ayrıca, ayıptan sorumluluğun aksine, bir görüşe göre, zapt halinde, alt kiracının ifa menfaatleri etkilendiğinden ve bu menfaatlerin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin koruma kapsamında değerlendirilememesi sebebiyle, alt kiracı zapt sebebiyle kiraya verene başvuramamalıdır.¹¹⁶ Ancak burada, alt kiracı kiracıya başvurabilmekte ve kiracı zapt sebebiyle zararı gidermişse, kendi zararı için kiraya verene başvurabilmektedir.

c. Alt Kiracının Hakları

Alt kira ilişkisi, asıl kira sözleşmesindeki kiracının bir üçüncü kişiyle alt kira sözleşmesi yaparak kurduğu bir ilişki olmakla beraber, alt kira sözleşmesiyle asıl sözleşmenin tarafı olan kiraya veren ile alt kiracı arasında bir ilişki kurulmamaktadır. Öyle ki, alt kira sözleşmesi hem kurulması hem sona ermesi bakımından asıl sözleşmeden bağımsız¹¹⁷ bir başka kira sözleşmesi¹¹⁸ niteliğindedir. Sonuç olarak, kiraya veren ile alt kiracı arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmadığından alt kiracının kiraya verene karşı ileri sürebileceği sözleşmesel bir hak da bulunmamaktadır.¹¹⁹ Ancak, yukarıda açıkladığımız kiraya veren için borç olan hususlar, kiracı bakımından talep hakkı oluşturacaktır.

¹¹¹ Tandoğan (n 7) 123-124; Eren (n 1) 346.

¹¹² Kılıçoğlu (n 1) 73; Yavuz, Acar ve Özer (n 1) 71; Aral ve Ayrancı (n 1) 113.

¹¹³ Eren (n 1) 346-348.

¹¹⁴ Eren (n 1) 349.

¹¹⁵ Yücer (n 88) 808; Kahveci (n 60) 101.

¹¹⁶ Kahveci (n 60) 102.

¹¹⁷ Kahveci (n 60) 69; Akyol (n 75) 9.

¹¹⁸ Eren (n 1) 367.

¹¹⁹ Akyol (n 75) 93.

Alt kiracı, öncelikle kiraya verenden kendisinin kiralananı sözleşmeye uygun olarak kullanmasına katlanmasını isteyebilecektir.¹²⁰ Yine, kira sözleşmesinin asli unsurlarından biri kiralananın kullanıma ve yararlanmaya elverişli şekilde teslim etme olduğundan, alt kira sözleşmesi mevcutsa alt kiracı kiralananın zilyedi konumundadır ve bu sebeple kiraya verenin alt kiracının zilyetliğini ihlal etmesi durumunda alt kiracı zilyetliğe ilişkin koruma yollarından yararlanma hakkına sahiptir.¹²¹

Alt kira sözleşmesi ile üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurulduğunu ve bu durumun alt kiracı ile kiraya veren arasında ilişki kurulmasını sağladığını, böylece alt kiracının ayıp sebebiyle kiraya verene başvurabileceğini savunan görüşü¹²² kabul edersek, alt kiracının ayıp sebebiyle kiraya verenden talep hakkı doğduğunun da kabulü gerekir. Ancak, kiraya verenin zapt sebebiyle alt kiracıya karşı bir sorumluluğunun doğması mümkün olmadığından, alt kiracının da zapt sebebiyle bir talep hakkının doğması olası gözükmemektedir.

Alt kiracı ile kiraya veren arasında bir sözleşme bulunmadığından, kiraya verenin alt kiracıya zarar vermesi durumunda alt kiracı TBK m 49'a göre talepte bulunabilecektir. Öyle ki, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille alt kiracıya zarar veren kiraya veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

d. Alt Kiracının Borçları

Kira sözleşmesinin kapsamı, öncelikle kiracı ile kiraya veren arasında yapılacak sözleşmede belirlenir. Alt kiracının kullanma hakkının kapsamı da kiracının kullanma hakkının kapsamı kadardır, bir diğer ifadeyle kullanım hakkı kapsamı alt kira sözleşmesine göre değil, asıl kira sözleşmesine göre belirlenecektir.¹²³ Buna göre, yine kiraya verenin hakları kiracı için borç niteliği taşıyacağından, kiraya verenin kiralananın sözleşmeye uygun şekilde kullanılmasını talep hakkı olduğu gibi, alt kiracının da kiralananı asıl sözleşmeye uygun kullanma konusunda borcu söz konusudur. Alt kiracı, kapsamı daha dar belirlenmiş alt kira sözleşmesini ileri sürerek bu borcundan kurtulamaz.

III. KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA VE ÜRÜN KİRASINDA ALT KİRA

Konut ve çatılı iş yeri kiralari için de TBK m 322 hükmü geçerli olup, hükmün ikinci fıkrasında konut ve çatılı işyerlerine özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, *“kiracı, konut ve çatılı iş yeri kiralalarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralananı başkasına kiralayamayacağı gibi, kullanım hakkını da devredemez.”* Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, konut ve çatılı işyerlerinin alt kiraya verilmesi için kiraya verenin rızası gerekir ve bu rızanın,

¹²⁰ Kahveci (n 60) 103.

¹²¹ Kahveci (n 60) 103; Akyol (n 75) 93.

¹²² Kahveci (n 60) 101; Yücer (n 88) 808.

¹²³ Kahveci (n 60) 82; Yazman (n 88) 806.

kanunun şekil şartı öngördüğü hallerde, kanunda düzenlenen şeklin geçerlilik şekli olması kuralı gereğince, geçerlilik şekli (TBK m 12/2) olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Bir diğer ifadeyle, kiraya verenin rızayı yazılı şekilde vermediği, örneğin sözlü şekilde verdiği hallerde rıza geçerli olmamakta ve yazılı olmaksızın verilen rızaya dayanılarak yapılan alt kira sözleşmesi de geçerli sözleşmenin sonuçlarını doğurmamaktadır. Konut ve çatılı iş yeri kiralaları için özel olarak düzenlenen TBK m 322/2 kuralı dışında başka bir özel düzenleme olmadığından alt kira sözleşmesi için uygulanacak diğer genel hükümler ve yaptığımız açıklamalar konut ve çatılı iş yeri kiralalarına da uygulanmaktadır. Buna göre, konut veya çatılı iş yerini alt kiraya veren kiracı kiralananı tam veya kısmen kiralayabilir, ancak kiracının bu suretle kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamış olması gerekir (TBK m 322/1). Yine alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullanmaktaysa, sorumluluk kiracıda olup; kiraya veren de kiracısına karşı sahip olduğu hakları alt kiracıya karşı da ileri sürebilmektedir (TBK m 322/3). Ayrıca, alt kiranın kira sözleşmesi niteliği göstermesinden dolayı, konut ve çatılı iş yeri kiralaları için düzenlenen kira hükümleri ile bunlarda düzenleme olmaması durumunda adi kiralara yönelik düzenlenen hükümler de alt kira sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır.

Ürün kiralaları için TBK m 366'da alt kira ilişkisini düzenleyen özel hüküm getirilmiştir. Buna göre, *“Kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya veremeyeceği gibi, kullanım ve işletme hakkını da başkasına devredemez. Ancak kiracı, kiralanda bulunan bazı yerleri, kiraya veren için zarar doğuracak bir değişikliği gerektirmemek koşuluyla kiraya verebilir”*. İkinci fıkrada ise, alt kiraya ilişkin düzenlenen hükümlerin ürün kirasında da kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Burada rızanın alt kira sözleşmesi için zorunlu olduğu ancak herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden şekil serbestisi ilkesine tabi olduğu açıktır.¹²⁴ Ancak, ilk fıkranın ikinci cümlesine göre kiracı, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe sebep olmayan bazı yerleri kiraya verenin rızası olmadan alt kiraya verebilir. Buna örnek olarak, ürün getiren tarla için kira sözleşmesinin tarafı olan kiracı tarla içindeki prefabrik evin bir odasını depo olarak kullanılmak üzere bir başkasına alt kiraya verebilmektedir.¹²⁵ Yine, ürün kirası için düzenlenen kira hükümleri ile burada hüküm bulunmaması halinde adi kiraya ilişkin hükümler alt kiranın da kira sözleşmesi niteliğinde olması sebebiyle alt kira için de uygulanmaktadır.

IV. ALT KİRANIN SONA ERME SEBEPLERİ VE SONUÇLARI

A. Alt Kiranın Sona Erme Sebepleri

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda alt kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak, alt kira sözleşmesinin kira sözleşmesi niteliğini haiz

¹²⁴ Erol Durak (n 66) 19.

¹²⁵ Erol Durak (n 66) 19.

olması¹²⁶ sebebiyle, Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmeleri için düzenlenen sona erme sebepleri alt kira sözleşmesi için de uygulanmaktadır.¹²⁷ Ayrıca, genel hükümlerde düzenlenen borç ilişkisini sona erdiren sebeplerin varlığı halinde, alt kira ilişkisinin de borç ilişkisi olması sebebiyle, alt kira sözleşmesi sona erebilmektedir.¹²⁸ Burada belirtmek gerekir, geniş anlamda borcu (özellikle sözleşmeyi) sona erdiren sebepler ifa, ikale, fesih, dönme, geri alma ve iptal şeklinde olup, bütün olarak borç ilişkisini sona erdirirler.¹²⁹ Böylece sözleşme ortadan kalkar. Ancak dar anlamda borcu sona erdiren sebepler borcun yenilenmesi, borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas, zamanaşımı (daha sonra zamanaşımı konusunda açıklama yapılacaktır) ve sonraki imkansızlık ile olup. borç ilişkisini değil, bu ilişkiden doğan çeşitli halleri sona erdirirler.¹³⁰ Ayrıca, asıl sözleşmenin sona ermesinin de alt kira sözleşmesini etkilediği haller söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, kira sözleşmesi üç halde sona ermektedir: i- Genel hükümlerde düzenlenen borcun sona erme halleri sebebiyle, ii- Kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin sebeplerle, iii- Alt kiraya ilişkin sebeplerle. Çalışmamızda birinci ve ikinci ayrımlardan kısaca bahsedildikten sonra, asıl konumuz olan alt kiraya ilişkin sebeplerle sona erme ele alınacaktır.

2. Asıl Sözleşme Bakımından Dar ve Geniş Anlamda Borcun Sona Ermesi Hallerinin Alt Kiraya Etkisi

Geniş anlamda borcun veya sözleşme ilişkisinin en olağan sona erme hali, TBK m 83 ve devamı düzenlemesi gereğince, edimlerin taraflarca ifasıdır.¹³¹ Buna göre, alt kira sözleşmesinde de edimlerin ifası sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurabilir. Ancak, kira sözleşmesi, kural olarak, kiraya veren tarafından sürekli borç (kullanma veya kullanma ve yararlanma borcu) ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliğinde olması sebebiyle, tek seferde ifa ile sözleşme sona ermesi söz konusu değildir. Ancak, örneğin, taraflar kiraya verenin belirli bir süre için kiralananı kullandırmasını kararlaştırmışlarsa ve kiracının bedel ödeme borcunu kiralananı kullanmasının sonunda tek seferde yapılacak bir yıllık ödemeye bağlamışlarsa, bu süre sonunda kullandırtma ve bedel ödeme edimleri ifa edilmiş olduğundan, teknik olarak kira sözleşmesi sona ermiş sayılmaktadır. Ancak, bu örnekte, belirli süreli kira sözleşmesi söz konusu olduğundan ve TBK belirli süreli kira sözleşmesi sebebiyle kendiliğinden sona erme halini özel olarak düzenlediğinden sona erme pratikte TBK m 83 ve devamı maddeleri sebebiyle değil, TBK m 327/1 sebebiyle gerçekleşmiş olacaktır.

Borcu dar anlamda sona erdiren haller TBK m 132-161 arasında ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ibra, yenileme, birleşme, sonraki (kusursuz) ifa imkânsızlığı, takas

¹²⁶ Eren (n 1) 367.

¹²⁷ Akyol (n 75) 100; Yücer (n 88) 811; Kahveci (n 60) 138.

¹²⁸ Akyol (n 75) 100; Yücer (n 88) 810; Kahveci (n 60) 138; Yazman (n 88) 20; Erol Durak (n 66) 105.

¹²⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2021) 1423.

¹³⁰ Eren, (n 129) 1423 vd.

¹³¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2019) 1413.

ve zamanaşımı borcu sona erdiren hallerdendir.¹³² Borcu sona erdiren hallerden ibra, TBK m 132 gereğince, tarafların aralarında bir ibra sözleşmesi yapmak suretiyle borcu ortadan kaldırmalarıdır. Yenilemede ise, taraflar hali hazırdaki borç yerine yeni bir borç meydana getirmek suretiyle önceki borcu sona erdirmektedirler (TBK m133). Birleşme halinde, TBK m 135 gereğince, tarafların alacaklı borçlu sıfatları birleşerek borç ortadan kalkmaktadır. Sonraki imkânsızlık halinde, borçlunun kusuru olmaksızın ifanın gerçekleşmesi olanaksız hale gelmektedir ve borçlunun borcu sona ermektedir. Takas ise, her iki tarafın muaccel borçlarını diğerinden olan alacağıyla değiştirme suretiyle borcu ortadan kaldırmaları halidir (TBK m 139). Son olarak, zamanaşımı, TBK m 146 ve devamında ayrıca düzenlenmiş olup borcu sona erdiren sebepler arasında sayılmıştır. Ancak esasen borcu sona erdiren bir sebep olmayıp, alacaklının borcu takip ve dava etmesini engelleyen bir sebeptir.¹³³ Bir başka ifadeyle, zamanaşımı tarafların ileri sürmesi ile sonuç doğuran bir müessese olup borcun ifasından kaçınmayı sağlayan bir defidir¹³⁴ ve bu yolla alt kirada da zamanaşımına uğrayan borcun talep ve dava edilmesi imkanı, bir başka ifadeyle, kiraya verenin alacağına kavuşması imkanı, ortadan kalkabilmektedir. Meğerki kiracı zamanaşımına uğrayan borcunu ödemiş olsun. Tüm bu üstünden geçtiğimiz borcu sona erdiren, genel hükümlerde düzenlenen haller, alt kira sözleşmesinde tarafların yüklendiği borçlar bakımından da kira sözleşmeleri için özel olarak düzenlenmiş hüküm bulunmazsa ve uygulanması niteliğine uygun düşüyorsa uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerin meydana gelmesi halinde, borç sona ermekte, ancak borç ilişkisi yani sözleşme varlığını devam ettirebilmektedir. Ancak sözleşmenin içeriğini oluşturan tüm borçların sona ermesi durumunda sözleşme de sona ermiş olacaktır. Asıl sözleşmenin sona ermesinin alt kiraya etkisi aşağıda açıklanmaktadır.

3. Kira Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sebeplerle Sona Erme

Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmeleri için düzenlenen sona erme sebepleri, alt kira sözleşmeleri bakımından da uygulanmaktadır.¹³⁵ TBK m 327 ve devamında kira sözleşmesinin sona erme halleri düzenlenmiştir. Sona erme halleri, olağan ve olağanüstü sona erme halleri olarak ikiye ayrılır; olağan sona erme sebeplerini ise belirsiz süreli kira sözleşmeleri ve belirli süreli kira sözleşmeleri şeklinde ikili ayırım yapılarak incelemek mümkündür. TBK m 300 gereğince, tarafların kira sözleşmesinin belirli bir süre boyunca devam edeceğini ve süre sonunda sona ereceğini kararlaştırdıkları sözleşmeye belirli süreli, böyle bir süre kararlaştırmadan yaptıkları sözleşmeye belirsiz süreli kira sözleşmesi denir.¹³⁶

Olağan sona erme sebeplerinden belirli süreli kira sözleşmesi için sözleşmenin sona ermesi sebebi kararlaştırılan sürenin bitmesidir (TBK m 327/1) ve kural olarak belirli süreli

¹³² Eren (n 131) 1413.

¹³³ Eren (n 129) 1451.

¹³⁴ Eren (n 129) 1451.

¹³⁵ Akyol (n 75) 100; Yücer (n 88) 811; Kahveci (n 60) 138.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz çalışmanın "Süresi" başlık kısmı.

sözleşmelerin feshi mümkün değildir.¹³⁷ TBK m 327/2'ye göre, eğer sürenin sona ermesine rağmen taraflar sözleşmeyi sürdürmekteyse, sona erme gerçekleşmemiş sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmüş olur, ki bu durumda artık kira ilişkisinin sona ermesi belirsiz süreli kira sözleşmesi için düzenlenen sona erme hallerine göre mümkün olabilecektir.

Belirsiz süreli kira sözleşmesinin olağan sebeple feshine ilişkin düzenlemeler TBK m 328 ve devamında getirilmiştir. Buna göre, hem kiracı hem kiraya verenin, “*daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebileceği*” kabul edilmiştir. Fesih döneminden kasıt, sözleşmenin sona ereceği süreyken, fesih bildirim süresinden kasıt feshin yapılabileceği süredir.¹³⁸ Fesih bildirim süreleri taşınmaz/taşınır yapı, taşınır ve mesleki faaliyet sebebiyle kiralanan ve özel kullanıma yarayan taşınır şeklinde üçlü ayrımla düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz/taşınır yapılar için yapılan kira sözleşmesinin feshinde sözleşmeyi feshedecek tarafın yerel adette sözleşmenin sona ermesi için kabul edilen sürenin sonundan itibaren, yerel adette belirlenmiş bir süre yoksa altı aylık kira döneminin sonundan itibaren, üç aylık fesih bildirim süresi içinde bildirim yapması gerekir (TBK m 329). Taşınır yapı kirası haricindeki taşınır kiralalarında ise feshedecek tarafın sözleşmenin feshini üç gün önceden bildirim yapmak suretiyle her zaman gerçekleştirmesi mümkündür (TBK m 330/1). Ancak, burada söz konusu taşınır, kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir mal ise, burada kiraya verenin feshi için TBK m 330/1 geçerliyken, kiracının feshi için farklı bir bildirim süresi öngörülmüştür. Buna göre, kiracının kira sözleşmesini feshetmek için üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden bildirim yapması gerekmektedir (TBK m 330/2).

Olağanüstü sebeplerle sona erme ise TBK m 331 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre, olağanüstü fesih sebepleri üçe ayrılır; 1- Önemli sebeple fesih, 2- Kiracının iflası sebebiyle fesih, 3- Kiracının ölümü sebebiyle fesih. Ayrıca TBK m 316/2'de düzenlenen kiracının borçlarını ihlal etmesi sebebiyle kiraya verenin sözleşmeyi feshetmesi halinde; TBK m 305/2 ve 306/2 gereğince, kiracının kiraya verenin borçlarını ihlal etmesi sebebiyle sözleşmeyi feshetmesi halinde ve TBK m 315 gereğince, kiracın temerrüdü sebebiyle kiraya verenin sözleşmeyi feshetmesi halinde de her ne kadar kanun sistematüğinde olağanüstü fesih başlığı altında düzenlenmemiş olsalar da olağanüstü fesih söz konusu olmaktadır.¹³⁹

Türk Borçlar Kanunu m 331'e göre, hem kiracı hem kiraya veren; bir diğer ifadeyle alt kirada hem kiracı hem alt kiracı, sözleşmenin devam etmesini çekilmez hâle getiren önemli sebep varsa, sözleşmeyi belirsiz süreli kira sözleşmesinde olduğu gibi, yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Olağanüstü sebeple fesih hem belirsiz hem belirli süreli kira sözleşmesinde mümkündür.¹⁴⁰ Buna göre, sözleşmenin olağanüstü feshi için i-

¹³⁷ Eren (n 1) 383; Tandoğan (n 7) 195.

¹³⁸ Eren (n 1) 387.

¹³⁹ Eren (n 1) 391-393.

¹⁴⁰ Eren (n 1) 388.

sözleşmenin devamı taraflardan biri için çekilmez hale gelmeli, ii- Önemli sebep olağanüstü nitelikte olmalı bir diğer ifadeyle, sözleşmenin kurulduğu sırada bilinmemeli ve bilinebilecek durumda olunmamalıdır, iii- Önemli sebep feshi gerçekleştirecek tarafın kusuru sebebiyle ortaya çıkmış olmamalıdır, iv- Fesheden fesih bildirimini yapılmasında yasal fesih bildirim sürelerine uyumuş olmalıdır.¹⁴¹

Kiracı, kiralananın kendisine teslim edilmesinden sonra iflas ederse ve kiraya verenin müstakbel kira bedelleri için güvence istemesine rağmen, kiraya verenin bildirdiği süre içinde güvence vermektan kaçınırsa, kiraya veren önemli sebeple feshin aksine, herhangi bir bildirim süresi gözetmeksizin sözleşmeyi feshedebilir (TBK m 322).

Kiracı, kira sözleşmesi süresince vefat ederse, kiracının mirasçıları önemli sebeple fesihte olduğu gibi, yasal fesih bildirim sürelerine uyarak bildirimde bulunur ve sözleşmeyi en yakın fesih dönemi sonu için olağanüstü sebeple sona erdirmiş olurlar (TBK m 333).

Konut veya çatılı iş yeri kiralalarının sona ermesi bakımından TBK m 347 ve devamında özel düzenlemeler getirilmiştir. Belirli veya belirsiz süreli yapılan konut veya çatılı iş yeri kiralalarında sözleşmenin sona erme fesih bildirimini veya dava yoluyla olabilmektedir.¹⁴² Belirli süreli kira sözleşmesinde sözleşmeyi sona erdirmek isteyen kiracı sözleşmenin süresinin bitiminden on beş gün önce yazılı bildirim yaparak, kiraya veren ise ancak on yıllık uzama süresi sonunda bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce yazılı bildirim yaparak kira sözleşmesini feshedebilecektir (TBK m 347/1). Belirsiz süreli kira sözleşmesinde sözleşmeyi sona erdirmek isteyen kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra yazılı fesih bildirim yaparak sözleşmeyi feshedebilecektir (TBK m 347/2). Konut veya çatılı iş yeri kiralalarının sona ermesinin bir diğer yolu ise davadır. Buna göre, kiraya veren gereksinim, yeniden inşa ve imar sebebiyle (TBK m 350) veya kiralananı sonradan edinen kiraya veren gereksinim sebebiyle (TBK m 351) kanuni sürelerle uyarak dava yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Yine, TBK m 352’de düzenlenen kiracıdan kaynaklanan sebeplerle dava yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür.

Alt kira sözleşmesi bir konut veya çatılı iş yeri kirasına yönelikse, konut ve çatılı iş yeri kiralaları için düzenlenen sona erme halleri uygulanmaktadır; alt kira sözleşmesi bir adi kira sözleşmesine yönelikse yukarıda açıkladığımız olağan ve olağanüstü sebeplerle sona erme halleri geçerli olmaktadır. Yine, konut veya çatılı iş yerine ilişkin yapılan alt kira sözleşmesi sebebiyle ortaya çıkan sona erme hali konut ve çatılı iş yeri kiralaları için düzenlenen sona erme halleri için getirilen hükümlerde düzenlenmemişse, bu durumda da yine adi kiraya ilişkin sona erme hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

¹⁴¹ Eren (n 1) 389-390.

¹⁴² Eren (n 1) 416; Alper Uyumaz ve Mehmet Akçaal, ‘Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi’ (2013) 1 Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-145.

4. Alt Kiraya İlişkin Sona Erme Sebebi: Asıl Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi

Alt kira sözleşmesi, asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir.¹⁴³ Ancak, alt kira sözleşmesi her ne kadar bağımsız bir sözleşme olsa da asıl sözleşme olmaksızın devam ettirilememektedir.¹⁴⁴ Bunun sebebi, alt kira sözleşmesini akdedenin asıl kira sözleşmesinin kiracısı olmasıdır ve asıl kira sözleşmesi mevcut değilse ne kiracıdan ne de alt kira sözleşmesinden bahsedilebilmektedir. Ayrıca, bağımsızlık özelliği sebebiyle, asıl kira sözleşmesi geçersiz olursa veya sona ererse alt kira sözleşmesi de geçersiz olmaz veya sona ermez¹⁴⁵; ancak bu durumda alt kirada kiraya veren konumuna geçen kiracı, kiralananın kullandırılması veya yararlandırılması borcunu ifa edemeyecek, alt kiracıya karşı bu sebeple sorumlu olacak ve yine asıl kiraya verenle sona eren sözleşme ilişkisi sebebiyle kiraya veren kiralananı geri isteyebilecektir.¹⁴⁶

Asıl kira sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle, alt kirada, kiraya veren konumuna geçen kiracının, kiralananın kullandırılması veya yararlandırılması borcunu ifa edemeyecek olması ifanın imkânsızlaşmasına yol açar. Burada, kiracı borçlarını güçsüzlüğü nedeniyle yerine getiremediğinden, söz konusu imkânsızlık subjektif ifa imkânsızlığı olup, TBK m 123-125 hükümleri uyarınca, borçlunun temerrüdü sebebiyle, kiracı alt kiracıya karşı sorumlu olmaktadır.¹⁴⁷

Kiracı, asıl sözleşmeyi devam ettirmek istiyor, ancak alt kira sözleşmesini sona erdirmek istiyorsa ve bu sebeple asıl kira sözleşmesinin sona erdirilmesini kabul etmişse, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmakta ve bu durum alt kira sözleşmesinin sona ermesine yol açmamaktadır.¹⁴⁸ Bu konuda Yargıtay¹⁴⁹ Hukuk Genel Kurulu kararında bu husus şöyle ifade edilmiştir: *“Taraflar, diğer borç doğuran akidler gibi karşılıklı olarak kira sözleşmesini süresinden önce feshedebilirler (ikale). Davacı kiralayan ile kiracısı da aynı yola başvurarak kira sözleşmesini karşılıklı anlaşma (sözleşme) ile sona erdirmişlerdir. Burada hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır... Fakat ilk kiralayan ve kiracı sırf alt kiracıyı zarara sokmak için ilk kira sözleşmesini bozmuşlarsa BK mad. 41/2’de öngörülen genel davranış kuralını ihlal ettikleri için davalıya vermiş oldukları zararı tazmin etmekle yükümlü olurlar. Bu hükme göre, "Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs... o zararı tazmine mecburdur". Bunun da ayrı bir davada ileri sürülüp ispat edilebilmesi gerekir.”*

¹⁴³ Kahveci (n 60) 69; Akyol (n 75) 9.

¹⁴⁴ Kahveci (n 60) 65; Akkanat (n 60) 15; Akipek (n 60) 84.

¹⁴⁵ Akyol (n 75) 10.

¹⁴⁶ Kahveci (n 60) 70; Akyol (n 75) 9; Erol Durak (n 66) 51; Aksi görüş için bkz Tandoğan (n 7) 159: “Alt kira ilişkisinin yalnızca kiracı ile kiralanan arasında bir ilişki olması sebebiyle asıl kiraya verenin kiralananı isteyemeyeceğini savunan aksi görüş de mevcuttur”.

¹⁴⁷ Yücer (n 88) 998; Kahveci (n 60) 145.

¹⁴⁸ Kahveci (n 60) 145.

¹⁴⁹ Y HGK, E 2001/6-1042, K 2001/1030, T 14.11.2001 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim: 27.08.2022).

Asıl kira sözleşmesinin tarafları olan kiracı ve kiraya veren, asıl sözleşmeyi gerçekte sona erdirmek istememelerine rağmen, alt kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için sözleşmeyi görünürde sona erdirmişlerse, bu işlem muvazaa sebebiyle geçersiz kabul edilmekte ve alt kira sözleşmesi sona ermemektedir.¹⁵⁰ Yine, kiracı ve kiraya veren asıl sözleşmeyi sona erdirme yönünde bir irade ortaya koymamışlarsa, kiraya veren sözleşmeyi feshetmiş ve kiracı kiraya verenin feshinin altında yatan alt kira sözleşmesini feshetme niyetini biliyorsa, burada zihni kayıttan bahsedilmekte, işlem geçersiz olmakta ve bu durumda yine alt kira sözleşmesi varlığını sürdürmeye devam etmektedir.¹⁵¹

TBK m 322/3'e göre, alt kiracı, kiralananı kiracıya tanınandan başka biçimde kullanıyorsa; kiraya veren, kiracısına karşı ileri sürebildiği hakları alt kiracıya karşı da ileri sürebilmekte ve alt kiracının başka biçimde kullanmasından kiracı, kiraya verene karşı sorumlu tutulmaktadır. Bu hükümden alt kiracının kullanım hakkının asıl kiracının kullanım hakkıyla sınırlı olduğu sonucu çıkarılır ve bu sınırlama hem süre hem kapsam yönünden geçerlidir.¹⁵² Yargıtay¹⁵³ da kararında *“davacı alt kiracıdır ve kiraları ilk kiracıya ödediğini kendi edimini yerine getirdiğini, ilk kiracının temerrüdü nedeniyle tahliye kararı alınmasının, kendisine etkili olamayacağını savunmuş ise de, ikinci kiracı kiralananı birinci kiracıya müsaade edilenden başkaca kullanamayacağına göre, ilk kiracıya karşı tahliye kararı alınmakla, ikinci kiracı durumundaki davacının da burada şağil duruma düşmüş sayılması gerekir ve tahliye kararı ile kiralananın çıkarılması yasa gereğidir.”* ifadelerini kullanarak alt kiracının kullanım hakkının asıl kiracının kullanım hakkıyla sınırlı olduğu görüşünü ortaya koymuştur. Açıklanan sebeplerle, kiraya verenin kiracı aleyhine açtığı tahliye davası alt kira sözleşmesini de sona erdirmekte ve alt kiracının da tahliyesine yol açmaktadır.¹⁵⁴

B. Alt Kiranın Sona Ermesinin Sonuçları

1. Kiralananın İadesi

Kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra, TBK m 334 gereğince, kiracı, kiralananı teslim aldığı haliyle geri vermekle yükümlüdür. Alt kira sözleşmesi de bir kira sözleşmesi olduğundan, alt kiracı alt kira sözleşmesinin sona ermesi halinde kiralananı kiracıya (alt kirada kiraya veren konumunda) iade etmekle yükümlüdür. Bir diğer ifadeyle, alt kira sözleşmesinde geri vermeyi borçlanan alt kiracı iken, asıl kira sözleşmesinde kiracıdır; buna

¹⁵⁰ Yazman (n 88) 18; Kahveci (n 60) 145; Yücer (n 88) 814.

¹⁵¹ Kahveci (n 60) 146.

¹⁵² Akyol (n 75) 104.

¹⁵³ Y 13 HD, E 1988/6606, K 1989/2095, T 28.3.1989 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim: 27.08.2022).

¹⁵⁴ Kahveci (n 60) 146; “Alt kiracının kira ilişkisi kiracıya bağlı olarak devam eder. Kiralayan ile kiracı arasındaki kira ilişkisi herhangi bir şekilde sona erdiğinde alt kiracının da kiracılığı son bulur. Taşınmaz kiracı tarafından üçüncü kişiye kiralandığında kira ilişkisinin tarafı olarak kira devam eder. Alt kiracı kira sözleşmesinin tarafı durumuna geçmez. Bu nedenle davacı kiralayan ile kiracı arasındaki kira sözleşmesi karşılıklı iradelerle feshedildiğinden alt kiracı olan davalının da kiracılığı kiracıya bağlı olarak son bulmuştur. Bu itibarla kiralananın tahliyesine karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi hatalı olmuştur”: Y HGK, E 2001/6-653, K 2001/672, T 3.10.2001 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim: 27.08.2022).

göre, kural olarak, alt kiracı doğrudan kiraya verene karşı iade borcu altına girmemektedir.¹⁵⁵ Ancak, bu hususun TBK m 322 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

Kiraya verenin iadeyi talep edip edemeyeceği tartışmalıdır: Bir görüşe göre, asıl kiraya veren ile alt kiracı arasında sözleşme yoktur ve bu sebeple de kiraya veren iade talep edemez¹⁵⁶; ancak aksi görüş ise, asıl kiraya verene TBK m 322/3'te verilen hakkın kıyasen iadeyi talep etme hakkı bakımından da uygulanacağı ve kiraya verenin bu şekilde iade talep edebileceği yönündedir.¹⁵⁷

Asıl kiraya verenin iade talep edebileceğini kabul ettiğimizde, talebin dayanağını zilyetlikten doğan talep hakları veya mülkiyet hakkından doğan talep hakları oluşturmaktadır.¹⁵⁸ Alt kira sözleşmesi hukuka ve asıl sözleşmeye uygun ve geçerli olarak kurulmuşsa, kiralanan kiracının elinden isteği dışında çıkmadığından ve alt kiracı da zilyetliği kötü niyetle kazanmamış olduğundan kiraya veren zilyetliğe dayanarak iade talep edemez, bu durumda mülkiyet hakkına dayanarak iade talebinde bulunabilmektedir¹⁵⁹, ancak burada malik olmayan kiraya verenin hakları ihlal edilmiş olacağından, bir görüşe göre, burada da zilyetliğe dayanılarak iade talep edilebilmelidir.¹⁶⁰ Alt kira sözleşmesi hukuka ve asıl sözleşmeye uygun olarak kurulmamış ve geçersizse asıl kiraya veren zilyetliğe dayanarak iade talep edebilmektedir.¹⁶¹

TBK m 322 gereğince, kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra alt kiracı kiralananı iade etmezse kiraya veren kiracıdan aralarındaki kira sözleşmesine dayanarak tazminat talep edebilmektedir.

2. Alt Kiraya Verme Yasağına Rağmen Alt Kira Sözleşmesi Kurulması ve Sonuçları

Alt kira sözleşmesi, asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olduğundan¹⁶² alt kiraya verme yasağı mevcut olsa da, kiracı alt kiracıyla alt kira sözleşmesi yapabilir ve bu sözleşme geçerlidir; ancak bu durumda sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereğince, sözleşme yalnızca kiracı ve alt kiracı arasında sonuç doğurmakta, alt kiracı kiraya verene karşı fuzuli şağil, bir diğer ifadeyle, kiralananı hukuken geçerli bir sebep olmaksızın kullanan kişi durumunda kabul edilmektedir.¹⁶³

¹⁵⁵ Aziz Erman Bayram, 'Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu' (2017) 21 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 144.

¹⁵⁶ Yazman (n 88) 25, Kahveci (n 60) 152; Yücer (n 88) 815.

¹⁵⁷ Tandoğan (n 7) 159; Yazman (n 88) 25; Kahveci (n 60) 152; Bayram (n 152) 144.

¹⁵⁸ Kahveci (n 60) 152-153.

¹⁵⁹ Bayram (n 152) 144.

¹⁶⁰ Kahveci (n 60) 153.

¹⁶¹ Kahveci (n 60) 153.

¹⁶² Kahveci (n 60) 69; Akyol (n 75) 9.

¹⁶³ Kahveci (n 60) 154.

Yasak olmasına rağmen alt kira sözleşmesi yapılması halinde, kiraya veren birtakım haklara sahip olmaktadır. Buna göre, kiraya veren, sözleşmeye uygun olmayan davranış yüzünden kiracıyla olan sözleşmesini TBK m 316 gereğince feshedebilir ve kiralananın tahliyesi için alt kiracıya tahliye davası açabilir, kiralananın bir kısmı alt kiraya verilmekle beraber bir kısmı kiracı tarafça kullanılmaktaysa, bu durumda kiraya veren hem kiracıya hem alt kiracıya tahliye davası açabilir.¹⁶⁴ Zira, Yargıtay da bir kararında kira sözleşmesinin bir bütün olduğunu ve kiralananın bir kısmının yasağa rağmen alt kiraya verilmesi durumunda kiraya verenin kiralananın tamamı için (bir diğer ifadeyle, hem kiracıya hem alt kiracıya karşı) tahliye davası açması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶⁵

TBK m 316/2 gereğince, kiracının yasağa rağmen kiralananı alt kiraya vermesi durumunda, konut ve çatılı iş yeri kirasında, kiraya veren, sözleşmeyi feshetmeyip tahliye davası açmadan önce kiracıya “*alt kiracıyı tahliye etmesi gerektiği ve tahliyenin gerçekleştirilmediği durumda asıl kira sözleşmesini feshedeceği*” konusunda ihtarda bulunması gerekir.¹⁶⁶ Ancak, doğrudan üçüncü kişiye açılacak davalar için üçüncü kişiye ihtarda bulunmaya gerek yoktur.¹⁶⁷ Kiracıya yapılacak ihtar, aykırılığın giderilmesi için en az otuz gün süre verilecek şekilde yapılmalıdır. İhtardan sonra süresi içinde, kiracı, alt kiracıyı tahliye ederse, artık kiraya verenin kiracıyı tahliye etmek için hukuki sebebi olmadığından, ayrıca kiracıya karşı tahliye davası açma olanağı ortadan kalkmış olur.¹⁶⁸ Konut ve çatılı iş yeri kirası dışındaki kira sözleşmelerinde kiraya verenin bir ihtarda bulunmasına gerek yoktur, kiraya veren yazılı bir bildirimde bulunarak sözleşmeyi hemen feshedebilir.

Kiraya verenin tahliye davası açmasında malik olma şartı aranmaz, öyle ki Yargıtay¹⁶⁹ bir kararında “*Taraflar arasındaki kira sözleşmesi gereğince davacının kiralayan sıfatıyla dava açma hakkı vardır. Zira kiralayanın malik olması şart değildir*” ifadelerini kullanmak suretiyle bunu ortaya koymaktadır.¹⁷⁰

Yasak olmasına rağmen kiralananın alt kiraya verilmesi halinde kiraya veren bildirimde bulunmamış veya tahliye davası açmamışsa asıl kira sözleşmesinin içeriğinin değiştirilip değiştirilmediğinin, bir diğer ifadeyle, alt kiraya izin verdiği sonucunun çıkıp çıkmayacağını değerlendirilmesi gerekir.¹⁷¹ Yargıtay¹⁷² kararlarında kiraya verenin

¹⁶⁴ Seçkin Topuz ve Ferhat Canpolat, ‘Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi’ (2011) 1 *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 13; Kahveci (n 60) 155.

¹⁶⁵ Y 6 HD, E 1979/760, K 1979/3275, T 13.4.1979 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim: 27.08.2022).

¹⁶⁶ Topuz ve Canpolat (n 161) 13.

¹⁶⁷ Olcay Göçüm, *Kira Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019) 134.

¹⁶⁸ Akyol (n 75) 114.

¹⁶⁹ Y 6 HD, E 2015/6580, K 2015/9190, T 27.10.2015 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim: 27.08.2022).

¹⁷⁰ Göçüm (n 164) 135.

¹⁷¹ Topuz ve Canpolat (n 161) 14.

¹⁷² “Davacılar ile davalılardan Kerim arasında yapılan 1.6.2000 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinin özel şartlar 2. maddesinde kiracının devir hakkının bulunmadığı belirtilmiştir... Dinlenen davalı tanıkları kiralananı 1995 tarihinden beri davalı şirketin kullandığını, zaman zaman davacıların kiralananı uğradıklarını, kiralananı davalı şirketin kullandığını bildiklerini ve ses çıkarmadıklarını

kiralananın yasak olmasına rağmen alt kiraya verilmesine göz yumduğu hallerde örtülü onayının olduğu ve sonrasında dava açmasının iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle davaların reddedildiği görülmektedir.

Yasak olmasına rağmen alt kira sözleşmesi yapılması halinde, kiraya veren sözleşmeyi feshetmeyip kiracıdan sözleşmenin gereği gibi ifasını ve zararı varsa zararının giderilmesini de talep edebilir.¹⁷³ Ayrıca, kiraya veren zilyetliğin korunmasına ilişkin davaları, geçici davalar olması sebebiyle istenen yararı sağlamayacak olsa da, yasak olmasına rağmen alt kira sözleşmesi yapılması sebebiyle açabilir.¹⁷⁴ Yine, bu durumda kiraya veren kiralananın maliki ise mülkiyet hakkına dayanarak alt kiracıya karşı istihkak davası açması da mümkündür.¹⁷⁵

Yasak olmasına rağmen kiracının kiralananı alt kiracıya kiralaması halinde, alt kiracı, kiraya veren için fuzuli şağilken, kiracı bakımından fuzuli şağil değildir. Ancak, alt kira sözleşmesi mevcut olmamasına rağmen varmış gibi kiralananı işgal eden kişinin de kiracı karşısındaki durumu fuzuli şağildir¹⁷⁶ ve burada kiracı tahliye davası açarak kiralananın tahliyesini isteyebildiği gibi haksız ve kötü niyetli olarak kiralananı kullanan kişiye karşı ecrimisil tazminatı (fuzuli işgal tazminatı) talep edilmektedir.¹⁷⁷

V. ALT KİRA – KİRANIN DEVRİ – SÖZLEŞMENİN DEVRİ ARASINDAKİ FARKLAR

Bir başkasına bir şeyin kullanımının devri üç yolla sağlanmaktadır: 1- Alt kira, 2- Kiranın devri, 3- Sözleşmenin devri'dir.¹⁷⁸ Söz konusu kullanım devir yolları birbirlerinden farklı özelliklere sahiptir.

söylemişlerdir. Dosyada mevcut 2000 ve 2001 yıllarına ilişkin banka ekstrelerinden bazı aylar kiralalarının da davalı şirket tarafından davacıların banka hesabına yatırıldığı görülmüştür. Bu durumda ihtarname tanzimine kadar kiralananın davalı şirket tarafından kullanılmasına davacıların zımnen muvafakat ettikleri, akde aykırılığın giderilmesi için davalılara gönderilen ihtarnamenin 3.8.2001 tarihinde keşide edildiği davanın uzun bir süre geçtikten sonra 5.6.2003 tarihinde açıldığı, davacıların bu davranışlarıyla da kiralananın davalı şirkete devrine zımnen muvafakat ettikleri, sonradan dava açmalarının iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istem gibi karar verilmesi hatalıdır.”: Y 6. HD, E 2004/10420, K 2005/772, T 8.2.2005 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim: 27.08.2022); “1.1.1980 başlangıç tarihli, bir yıl süreli kira sözleşmesinin özel şartlarının 4. maddesinde, kiralananın devri mal sahibinin yazılı muvafakatına bağlanmıştır. Bu şarta göre, kiracı tarafından kiralananın başkasına devir edilmesi halinde, yazılı izin gerekmektedir. Ancak kiracı, kiralananı, kiralayanın yazılı iznini almadan başkasına devir etmiş, kiralayan da bunu bildiği halde ses çıkarmamak suretiyle zımni muvafakat etmiş ise, bu husus maddi vaka olması sebebiyle şahit dâhil her türlü delil ile ispat edilmesi mümkündür. Fuzuli şağil davalının bu durumu ispat etmesi halinde, davacı kiralayanın bu durumu esas çıkarmayarak zımni muvafakat edip, bilahare fuzuli şağillikten dava açması MK'nun 2. maddesindeki iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz”: Y 6 HD, E 1997/4138, K 1997/4248, T 12.5.1997 <https://www.kazanci.com.tr/> (Erişim: 27.08.2022).

¹⁷³ Erol Durak (n 66) 108; Yücer (n 88) 817; Kahveci (n 60) 156.

¹⁷⁴ Yücer (n 88) 818; Kahveci (n 60) 160.

¹⁷⁵ Kahveci (n 60) 160-61.

¹⁷⁶ Yücer (n 88) 818.

¹⁷⁷ Kahveci (n 60) 163; Akyol (n 75) 116-117.

¹⁷⁸ Akyol (n 75) 16; Kahveci (n 60) 75.

Alt kira, TBK m 322’de düzenlenmiş olup, kiracının kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmamak koşuluyla, kiralananı tamamen veya kısmen bir başkasına kiraladığı anlaşmadır. Kiranın devri ise TBK m 323’te düzenlenmiş olup kiracının kiraya verenin yazılı rızasını almak koşuluyla, kira ilişkisini bir başkasına devrettiği ve bunun sonucunda devredilenin sözleşmede kiracının yerine geçtiği ve devredenin kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kaybederek kural olarak –iş yeri kiralari hariç- borçlarından kurtulduğu anlaşmadır. Sözleşmenin devri ise kira ilişkisi dışında TBK m 205’te düzenlenmiş, devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devredenin sözleşmenin tarafı olmaktan çıktığı ve sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve borçlarının devralana geçtiği bir anlaşmadır.

Alt kira- kiranın devri- sözleşmenin devri müesseselerinin taraf sıfatı bakımından farklarından bahsedecek olursak; alt kirada asıl sözleşmenin tarafı olan kiracı, kiralananı alt kiracıyla alt kira sözleşmesi yapmak suretiyle kiralaması sebebiyle taraf sıfatını kaybetmez, aksine her iki sözleşmenin de tarafı haline gelir, ancak kiranın devri ve sözleşmenin devrinde devreden taraflar sözleşme ilişkisindeki taraf sıfatlarını kaybetmektedirler.¹⁷⁹

Alt kira- kiranın devri- sözleşmenin devri müesseselerinin alt kiraya verenin/devredenin sorumluluğunun devam edip etmediği hususunda farklarından bahsedecek olursak; alt kirada kiracı kiralananı alt kiraya vermekle taraf sıfatını kaybetmeyip her iki sözleşmenin de tarafı haline geldiğinden borçlarından kurtulmanın aksine hem alt kiracıya hem asıl kiraya verene karşı borçlar üstlenmektedir¹⁸⁰, ancak kiranın devrinde devreden iş yeri kiralari dışında borçlarından kurtulmakta bir diğer ifadeyle, devreden kiracının tüm hak ve borçları devralan kiracıya geçmektedir, iş yeri kiralalarında ise devralanla birlikte sözleşmenin bitimine kadar (en fazla iki yıl) müteselsil sorumluluğunun ardından yine sorumluluktan kurtulmaktadır¹⁸¹ (TBK m 323/2-3), sözleşmenin devrinde ise devreden tüm hak ve borçlarını devralana geçirerek sorumluluktan kurtulmaktadır (TBK m 205/1).

SONUÇ

Kira sözleşmesi kullandırma borcu doğuran kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m 299). Alt kira sözleşmesi ise kiracının kiraya verenden kiraladığı kiralananı bir başka kira sözleşmesi yaparak kiraya veren konumuna geçmek suretiyle bir üçüncü kişiye kiralaması şeklinde tanımlanan alt sözleşmelerdir. Alt kira sözleşmesi de niteliği itibariyle kira sözleşmesidir. Bu yüzden, nasıl kira sözleşmesi taraflar, anlaşmanın varlığı, kiralanan şey, kira bedeli unsurlarından oluşuyorsa alt kira sözleşmesi de bu unsurları içinde barındırmakla beraber ek olarak asıl sözleşme unsuru, alt kira sözleşmesi yapılmasına engel durum mevcut olmaması ve asıl sözleşmenin kiracısının alt kiracı ile sözleşme akdetmesi unsurlarını da bünyesinde

¹⁷⁹ Kahveci (n 60) 75; Seda Öktem Çevik, ‘Türk Borçlar Kanunu m 323 Uyarınca Kira Sözleşmesinin Devri’ (2016) 11 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 664.

¹⁸⁰ Kahveci (n 60) 75.

¹⁸¹ Topuz ve Canpolat (n 161) 12; Öktem Çevik (n 176) 665.

taşımaktadır. Alt kira sözleşmesi genel anlamıyla TBK m 322’de (Konut ve çatlı iş yeri kiralalarına ilişkin düzenleme de getirmektedir) ve ürün kirasına yönelik olarak TBK m 366’da düzenlenmiş ve bu hükümlerle kiralananın alt kiraya verilebilmesi belirli şartlara tabi tutulmuştur.

Alt kira sözleşmesinin taraflarını kiraya veren, kiracı ve alt kiracı oluşturur. Kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan her biri diğerine karşı birtakım borçlar yüklenirken birtakım haklara da sahip olmaktadır. Kiraya veren-kiracı ve kiracı-alt kiracı ilişkisinde aralarındaki kira sözleşmesine dayanan ve genel kira hükümlerinden kaynaklanan borçlar ve haklar mevcutken, kiraya veren- alt kiracı arasında sözleşmesel ilişki mevcut değildir. Buna rağmen kiraya veren kiralananın sözleşmeye uygun şekilde kullanılmasını isteme, kiralananın iadesini isteme, hapis hakkı gibi haklara sahip olmakta; ayıptan sorumluluk, kiralananın kullanılmasına katlanma borcu gibi borçlar üstlenmektedir. Alt kiracı ise kiraya verenin hak ve borçları karşısında kiralananı kira sözleşmesine uygun şekilde kullanma, kiralananı geri verme, ayıbı bildirme gibi borçlar ile ayıptan sorumluluk sebebiyle talep hakkı, zilyetlikten kaynaklanan haklar edinmektedir.

Alt kira sözleşmesinin sona ermesinde çeşitli sebeplerle meydana gelmektedir. Alt kira sözleşmesinin sona ermesiyle kiralananın iadesi söz konusu olmaktadır. Eğer alt kira sözleşmesi yasak olmasına rağmen yapılmışsa, kiraya veren sözleşmeye uygun davranmama sebebiyle asıl sözleşmeyi feshedebilecek ve kiralananın tahliyesi için alt kiracıya tahliye davası açabilecek, kiralananın bir kısmı alt kiraya verilmekle beraber bir kısmı kiracı tarafça kullanılmaktaysa, bu durumda kiraya veren hem kiracıya hem alt kiracıya tahliye davası açabilecektir.

KAYNAKÇA

- Acar F, *Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül* (Seçkin Yayıncılık 2003)
- Akipek Ş, *Alt Vekalet* (Yetkin Yayıncılık 2003)
- Akkanat H, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi* (Filiz Yayınevi 2000)
- Akyiğit E, *Kira Sözleşmesi* (Seçkin Yayıncılık 2012)
- Akyol C, 'Türk Borçlar Kanununa Göre Alt Kira Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri' (Yüksek Lisans 2016)
- Aral F ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Yetkin Yayıncılık 2019)
- Arıkan S, 'Alt Kiranın ve Kiranın Devredilmesinin Nitelendirilmesi ve Alt Kira ve Kiranın Devrinin Tahliye Davalarına Etkileri' (Yüksek Lisans 1988)
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Adalet Yayınevi 2019)
- Çapri S, *Kiraya Verenin Ayrıptan Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2013)
- Bayram AE, 'Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu' (2017) 21 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 144
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin Yayıncılık 2019)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayıncılık 2019)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin Yayıncılık 2021)
- Erol Durak Y, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri* (Adalet Yayınevi 2017)
- Erzurumluoğlu E, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)* (Yetkin Yayıncılık 2015)
- Göçüm O, *Kira Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019)
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Filiz Yayınevi, 2018)
- İnceoğlu M, *Kira Hukuku, C I* (On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Kahveci N, *Alt Kira ve Kiranın Devri* (Güncel Yayıncılık 2005)
- Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2019)
- Öktem Çevik S, 'Türk Borçlar Kanunu m. 323 Uyarınca Kira Sözleşmesinin Devri' (2016) 11 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 664
- Ruhi C ve Ruhi AC, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2016)
- Serozan R, 'Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi' (1986) 2 MHAD 108
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C 1/2* (Vedat Yayıncılık 2008)

Topuz S ve Canpolat F, 'Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi' (2011) 1 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 13

Uyumaz A ve Akçaal M, 'Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2013) Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143

Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (Beta Yayınevi 2019)

Yazman İ, *Alt Kira ve Hasılat Kirası Münasebetlerinde Alt Kira ve Kiranın Devri* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü No: 22 1960-61)

Yücer İ, 'Alt Kira' (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 791

Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Turhan Kitabevi 2019)

<https://www.kazanci.com.tr> (Yargıtay Kararları)

<https://www.mevzuat.gov.tr/> (Kanun Metinleri)

**Yabancı Tacire İzaften Acenteye Açılan Davalarda Türk Mahkemelerinin
Milletlerarası Yetkisi***

*The International Jurisdiction of the Turkish Courts in the Case Brought Against the Agency
in Reference to a Foreign Trader*

Arş. Gör. Fatma SUNAR**

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 105. maddesinde acentenin yetkileri düzenlenirken acenteye müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisi tanınmıştır. Kanun hükmüne göre, acente müvekkili adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda müvekkili adına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasının son cümlesine göre, yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı kayıtlar geçersiz olacaktır. Yabancı tacire izafeten acentesine açılan davalarda acentenin konumunun, yetkilerinin ve usul hukuku kapsamında niteliğinin tespit edilmesi, yargılamanın selameti açısından önemlidir. Bunun yanı sıra Türk Ticaret Kanunu 105. maddesinin 2. fıkrası ile getirilen düzenlemenin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine etkisi çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır. Türk mahkemelerinin yetkisi hususunda yapılacak tespit ile taraflar arasındaki yetki sözleşmeleri ve tahkim anlaşmalarının geçerliliği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Acentenin Temsil Yetkisi, Milletlerarası Yetki, Münhasır Yetki, Yetki Sözleşmesi, Tahkim Anlaşması

* **Makalenin Geliş Tarihi/Received:** 31.10.2022, **Makalenin Kabul Tarihi/Accepted:** 22.02.2023.

İntihal/Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir./This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta/e-mail: fatma.sunar@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0685-646X).

Abstract

In Article 105 of the Turkish Commercial Code, the agency's powers are regulated, while the agency are to represent its client in court. According to the provisions of the law, the agency may file a lawsuit on behalf of the client in disputes arising from the contracts concluded on behalf of the client or act as an intermediary, as well as the same capacity. However, in the last sentence of the second paragraph of the article, the records contrary to this provision in the contracts about those acting as agents on behalf of foreign traders shall be invalid. Determining the position, powers and title of the agent within the scope of procedural law in cases is important for the safety of the proceedings. In addition, the effect of the regulation brought by Article 105 (2) on the international jurisdiction of the Turkish courts constitutes the main subject of our study. As a result of the regulation, whether the jurisdiction of the Turkish courts is exclusive or not, jurisdiction agreements and arbitration agreements between the parties will be valid.

Keywords: *Authority to Represent Client, International Jurisdiction, Exclusive Jurisdiction, Jurisdiction Agreement, Arbitration Agreement*

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu¹(TTK) m 105'te acentenin müvekkilini temsil yetkisi düzenlenmiştir. Acente bu madde kapsamında müvekkili adına hakkı koruyan beyanlarda bulunabilme yetkisinin yanı sıra müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisini de haizdir. TTK m 105/2'ye göre, acente aracılıkta bulunduğu veya müvekkili adına akdettiği sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda müvekkili adına dava açabilir ve bu sözleşmelerden dolayı müvekkiline izafeten acentesine dava açılabilir.

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesini düzenleyen TTK m 105/2 hükmünde yerli ve yabancı tacirler bakımından bazı farklılıklar öngörülmüştür. Buna göre, yabancı tacirler, acenteleri tarafından mahkemede temsil edilmelerine aykırı düzenleme getiremeyeceklerdir. Bir diğer ifade ile, yerli tacirler acentelerinin kendilerini mahkemede temsil etme yetkisini kaldıracak sözleşmeler düzenleyebilirken yabancı tacirlerin böyle bir düzenleme yapmaları kanunun emredici hükmü karşısında mümkün görünmemektedir.

TTK m 105/2 ile getirilen bu düzenlemenin amacının yabancı tacirle Türkiye'deki acentesi vasıtasıyla işlem yapan kişilerin korunması olduğu Kanun'un gerekçesinden anlaşılmaktadır. Kanun hükmünün bu amacının gerçekleşmesi için yabancı tacirle acentesi vasıtasıyla yapılan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda Türkiye'de yetkili bir mahkemenin bulunması gerekmektedir.

TTK m 105/2 hükmünün uygulanması ile medeni usul hukuku ve milletlerarası özel hukuk alanlarında önemli sonuçlar doğmaktadır. Çalışmamız kapsamında kanun hükmünün

¹ 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG 14.2.2011/27846).

getiriliş amacı temel alınarak çeşitli alanlardaki hukuki meseleler incelenmiş ve yargı kararlarıyla beraber doktrindeki farklı görüşlere yer verilmiştir.

I. ACENTENİN MÜVEKKİLİNİ TEMSİL YETKİSİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası ticarete tacirler ticari ağlarını genişletmek amacıyla ücret karşılığı verecekleri hizmet ve malları tacir yardımcılarını aracılığı ile buldukları konumdan farklı bölgelere ulaştırmaktadır.² Tacirlerin faaliyet alanlarını genişletirken kendilerini temsil edecek ve ticari işlemlerin yapılmasında yetkili olacak kişilerle aralarındaki ilişki kanuni olarak düzenlenmiştir.³

Tacir yardımcılarının görev ve yetkileri birbirinden farklı olmakla birlikte tacir yardımcılarını temelde bağımlı ve bağımsız tacir yardımcılarını olarak ikiye ayrılmaktadır. Bağımlı tacir yardımcılarını, tacirin kendilerine vermiş olduğu emir ve talimatlar doğrultusunda hareket etmek ve tacirin gözetiminde çalışmak mecburiyetindedirler. Bağımlı tacir yardımcılarınına ticari temsilci (mümessil), ticari vekil ve pazarlamacı örnek gösterilebilir.⁴ Bağımsız tacir yardımcılarını ise, bağımlı tacir yardımcılarının aksine tacirden emir ve talimat almazlar. Genel olarak kendilerine ait işletmeleri olduğundan çalışma süre ve şekillerini kendileri tayin etmektedirler.⁵

Bağımsız tacir yardımcılarınından olan acente, TTK m 102/1'de yapılan tanıma göre, ticari vekil, ticari mümessil, satış memuru veya işletmenin çalışanını gibi işletmeye bağılı olmaksızın ayrı bir hukuki konumda olan, müvekkil ile arasında kurulan sözleşmeye dayanarak belirlenen bir bölge veya yerde süreklilik arz edecek şekilde bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelere aracılık etmeyi yahut tacir adına sözleşme yapmayı meslek edinmiş kimsedir. Kısaca acente, tacire bağılı olmaksızın bir ticari işletme ile ilgili sözleşmelere

² Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş* (22. bs, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 171; Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (9. bs, Yetkin Yayınları 2016) 467; Şaban Kayhan, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi* (4. bs, Seçkin Yayıncılık 2011) 25; Çiğdem Daniş-Akkan, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Etme Yetkisi' (2008) 24(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 219, 219-221; Hilal Üçüncü, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 961, 962.

³ Tacir yardımcılarını hakkındaki düzenlemelerin bir kısmını TBK'da diğerk kısmını da TTK'da düzenlenmiştir. Ticari temsilci TBK m 547-550; ticari vekil TBK m 551-554; komisyoncu TBK m 532-546; simsar TBK m 520-525; pazarlamacı TBK m 448-460; acente TTK m 102-123 ve taşıma işleri komisyoncusu TTK m 917-930 maddelerinde düzenlenmiştir. Bkz Adem Aslan, 'Acentelerin Davada Temsil Yetkisi ve Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu' Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -IV- (Tebliğler ve Tartışmalar) (23 Ekim 2020, On İki Levha Yayıncılık 2021) 105.

⁴ Arkan (n 2) 173-191; Ayhan, Özdemir ve Çağlar (n 2) 467-504.

⁵ Arkan (n 2) 193-246. Bağımsız tacir yardımcılarını, çalışma usul ve şartlarını kendileri tayin etseler de müvekkillerinin bu usul ve şartlara aykırılık teşkil etmeyen emir ve talimatlarını yerine getirmekle yükümlü olması hakkında bkz Ayhan, Özdemir ve Çağlar (n 2) 525.

aracılık eden veya sözleşmeleri o işletme adına yapan kişi olarak tanımlanabilir.⁶

Acentenin yetkilerini genel olarak düzenleyen TTK m 105/1’de, acente müvekkili adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşme ile ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları yapmaya ve kabul etmeye yetkili kabul edilmiştir. Acentenin bu beyanları yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmiş olması şartı aranmamaktadır.⁷ Ayrıca kanun hükmünde herhangi bir ayrıma gidilmediğinden hem aracı acentenin hem de müvekkili adına sözleşme yapmaya yetkili acentenin bu beyanları yapmaya ve kabule yetkili olduğu ifade edilmektedir.⁸

Acente, TTK m 105/2’ye göre, müvekkili adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar nedeniyle müvekkili adına dava açabilir ve kendisine de aynı sıfatla dava açılabilir. TTK m 105/2 son cümlesinde yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkında bu hükme aykırı olarak getirilen kayıtların geçersiz olacağı hükmü yer almaktadır. Maddenin devam eden üçüncü fıkrasında ise acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararların acentelere karşı uygulanamayacağı ifadesi bulunmaktadır.

B. Kanuni Düzenlemenin Tarihiçesi ve Amacı

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesi TTK m 105/2’nin ilk cümlesinde düzenlenmiştir. Hükme göre acente, müvekkili adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardan dolayı müvekkili adına dava açabilir, buna paralel

⁶ Arkan (n 2) 203-204; Ayhan, Özdemir ve Çağlar (n 2) 525; Kayıhan (n 2) 34-37; Mustafa İsmail Kaya, *Acentelik Hukuku* (1. bs, Adalet Yayınevi 2014) 1-3; Ayşenur Berzek, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (10. bs, Beta Yayıncılık 2013) 162; Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (3. bs, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015) 108-09; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi* (7. bs, Dora Yayıncılık 2014) 85; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku Ders Notları-Soru Örnekleri* (16. bs, Beta Yayıncılık 2015) 192-93; Mustafa Çeker, *Ticaret Hukuku Genel Esaslar* (2. bs, Karahan Kitabevi 2015) 54-55.

⁷ Acentenin görevlendirildiği bölgede müvekkili, müşteri ile bizzat kendisi sözleşme imzaladığında bu sözleşme ile ilgili ihtar ve ihbarların yine acente tarafından yapılması ve kabul edilmesi hususu tartışmalıdır. Acentenin yükümlülükleri arasında sayılan “müvekkilin menfaatlerini gözetme yükümü” gereğince, acentenin görevlendirildiği bölgede müvekkilin kendisi müşteri ile sözleşme imzalamış olsa da acente tarafından ihtar, ihbar veya protesto yapabilmesi hakkında bkz Arkan (n 2) 221 naklen Schlegelberger-Schröder §91, Anm 9; Berzek (n 6) 170.

⁸ Doktrinde sözleşme yapan acente ile birlikte aracı acentenin de müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisine sahip olması eleştirilmiştir. TTK m 107/2’deki sözleşme yapan acenteye yönelik olarak tescil ve ilan etme zorunluluğu mevcut olmasına rağmen aracı acente bakımından böyle bir külfetin olmaması ve bunun bir sonucu olarak bir uyuşmazlık meydana geldiğinde acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisini kullanması durumunda aracı acente ile müvekkil arasında bir acentelik ilişkisinin olup olmadığının mahkeme tarafından araştırılmasının mahkemeye ayrıca iş yükü olacağı değerlendirilmesi için bkz Daniş-Akkan (n 2) 227; Hayri Domaniç, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları* (4. bs, Temel Yayınları 1988) 359. 6762 sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin acenteler bakımından yerinde olduğu ancak maddede aracı-sözleşme yapan acente ayrımı yapılmaksızın her iki çeşit acenteye de temsil yetkisinin tanınması eleştirilmiştir. Müvekkili adına en basit sözleşmeyi yapmaya yetkisi bulunmayan aracı acentelerin bu maddeyle müvekkillerini mahkemede temsil edebilmelerinin yersiz ve fazla olması hakkında bkz Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Hukuku Şerhi* (1. bs, Temel Yayınları 1988) 314-15.

olarak kendisine karşı aynı sıfatla dava açılabilir.⁹ Fıkranın devam eden cümlesinde, yabancı tacirler için acentelik yapılması halinde bu hükme aykırı olarak acentelik sözleşmesinin içeriğinin düzenlenemeyeceği hükmü yer almaktadır.

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisini düzenleyen kanun hükmünün kaynağı incelendiğinde karşımıza 1882 tarihli İtalyan Ticaret Kanunu'nun 375. maddesi çıkmaktadır. İtalyan Ticaret Kanunu m 375, "tüccar memuru" olarak dilimize tercüme edilmiş olan, ticari işletmenin faaliyet alanını genişletmek adına işlemler yapmakla yetkilendirilmiş kişinin yetkilerine ilişkin bir maddedir. Buna göre, tüccar memurları, tacir adına yaptıkları işlemlerden dolayı uyuşmazlık konusu olan borçlar bakımından mahkemede borçlulara dava açabilmekte ve aynı şekilde tacir adına yaptığı işlemlerden doğan borçlardan dolayı tüccar memuruna karşı dava açılabilir.¹⁰

Cumhuriyet tarihinin ticaret hukukundaki ilk düzenlemesi 26.05.1926 tarihli ve 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun¹¹ (TK) 95 ve 96. maddelerinde tüccar memur ve mümessillerinin yetkileri düzenlenmiştir.¹² TK m 95'te tüccar memurları, kendilerine tevdi edilen ticaretin icrası için gerçekleştirdikleri ticari işlemlerden doğan borçlardan dolayı müvekkili adına mahkemede dava açmaya yetkili kılınmış ve müvekkiline izafeten kendisine dava açılmasına da kanunen imkân verilmiştir. TK m 96'da yabancı şirket ve işletmeler adına Türkiye'de faaliyet gösteren, ticari işlemler yapan tüccar mümessillerine de TK m 95 hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir.¹³ Acenteler bakımından düzenleme getirmeyen bu hükümler, yabancı müvekkili adına Türkiye'de ticari işlemler yapan tacir yardımcılarında izafeten dava açılması imkanını getirmesi dolayısıyla sonraki düzenlemeler açısından bir kaynak niteliğini taşımaktadır.¹⁴

Ticaret Kanunumuzun hazırlanışı sürecinde etkisi olan İsviçre ve Alman hukuklarındaki düzenlemelere bakıldığında Türk hukukunda olduğu gibi acentenin davada müvekkilini temsil etmesine imkân veren bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Bu anlamda acentenin yetkilerini düzenleyen Alman Ticaret Kanunu §91 ve İsviçre Borçlar Kanunu Art 418e/1 maddeleri incelendiğinde acente, müvekkilinin hakkını koruyucu beyanları yapmaya yetkilendirilmiştir.¹⁵

⁹ Aslan (n 3) 106.

¹⁰ Emre Külüslü, Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2020) 6-7; Arkan (n 2) 204.

¹¹ 26.5.1926 tarih ve 865 sayılı Ticaret Kanunu (RG 28.6.1926/406).

¹² <https://www.kanunumcom/files/kanun_tbmm_c004_00865.pdf> Erişim Tarihi: 30.08.2022.

¹³ İlk başta "Ticareti Berriye Kanunu" olarak isimlendirilen ancak daha sonra adı "Ticaret Kanunu" olarak değiştirilen Cumhuriyet dönemindeki ilk ticaret hukuku düzenlemesi 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz Atatürk Ansiklopedisi, < <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/ticaret-kanunu-ataturk-donemi/>> Erişim Tarihi: 20.09.2022.

¹⁴ Emre Esen, 'Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzaften Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi' (2021) 41 (2) Public and Private International Law Bulletin 581, 585.

¹⁵ Cemil Güner 'Türk Ticaret Kanunu'nun 'Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi 'ne İlişkin

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisini düzenleyen TTK m 105 ile 29.06.1956 tarihinde kabul edilen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁶(eTTK) m 119 büyük oranda benzerdir. Ancak iki hususta bu düzenlemeler birbirinden ayrılmaktadır. İlk olarak eTTK m 119/3'te yerli-yabancı tacir ayrımı yapılmaksızın acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisini kaldıracak kayıtların geçersiz olacağı hükmü yer alırken TTK m 105/2'de acentenin yerli müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisini ortadan kaldıracak hükümlerin getirilebileceği ifadesi yer almaktadır.¹⁷ Zira TTK m 105/2'nin son cümlesinde yapılan değişiklikle yabancı tacirler adına acentelik faaliyeti yapanların acentelik sözleşmelerinde yabancı müvekkillerini mahkemede temsil etmelerine aykırı kayıtlar konulamayacağı hükmü getirilmiştir.

ETTK m 119 ve TTK m 105 arasındaki ikinci fark, 105. maddeye eklenen "*Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanamaz.*" hükmüdür. ETTK'nın uygulandığı dönemde doktrinde eleştirilen bir husus olarak karşımıza çıkan, acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri tacirlere karşı Türkiye'de açılan davalar neticesindeki kararların acentelere uygulanmaması amacıyla TTK'da bu konuda ayrı bir hüküm getirilmiş ve bu hatalı uygulamanın önüne geçilmiştir.¹⁸

TTK m 105/2'nin gerekçesi incelendiğinde acenteye müvekkilini davada temsil yetkisinin tanınmasıyla amaçlananın, yabancı tacirler adına aracılıkla sözleşmeler yapan veya bizzat sözleşme yapan acentelerle işlem yapan Türk vatandaşlarını korumak olduğu görülmektedir.¹⁹ Düzenlemenin temel hedefi, yurt dışındaki yabancı tacirlerin Türkiye'de bulunan acenteleri vasıtası ile sözleşme yapan kişilerin bu sözleşmelerle ilgili uyuşmazlık doğması halinde yine Türkiye'de dava açabilmesini sağlamaktır.²⁰ Başka bir ifadeyle, bu düzenleme, yabancı tacirlerin acenteleriyle işlem yapan Türk vatandaşlarının hukuken korunmasını sağlamak ve açılacak davalarda Türk mahkemelerini yetkili kılmak için kaleme alınmıştır.²¹ Çünkü yerli tacirlerin kendilerinin ve işletmelerinin merkezi de doğal olarak

Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 10 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 523; Arkan (n 2) 224.

¹⁶ 29.6.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG 9.7.1956/9353).

¹⁷ Aslan (n 3) 113.

¹⁸ Yargıtay'ın acentenin mahkemeye hasım olarak çağırıldığına göre yargılamanın neticesinde verilen kararın da acenteye icra edilebileceği yönünde eski tarihli kararları bulunmaktadır. Bkz Y 11 HD, E 1982/2235, K 1982/2756, T 08.06.1982. Yargıtay'ın konu hakkında verdiği kararların ayrıntılı analizleri için bkz Bozer ve Göle (n 6) 112; Kayıhan (n 2) 198.

¹⁹ Gerekçe metni için bkz < <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> > Erişim Tarihi: 21.07.2022.

²⁰ Aslan (n 3) 114; Turgut Kalpsüz, 'Müvekkillere İzfeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması' (1983) 12 (1) BATİDER 1, 2.

²¹ Güner (n 15) 523; Özge Ayan, '6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler' (2012) 12(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79, 89; Şafak Narbay ve Murat Uyumaz, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi' (2013) 11 (121) Legal Hukuk Dergisi 101, 104-05; Kağan Susuz, 'Acentenin Tacir Adına Dava Açma ve Tacire Karşı Açılan Davalarda Taciri Temsil Yetkisi' (2011) (110) Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi < www.e-akademi.org >

Türkiye’de olacağından, yerli tacirlerin acenteleriyle işlem yapan kişilerin Türkiye’de dava açabilmeleri konusunda bir problem doğmamaktadır. Ancak merkezleri ve yerleşim yerleri yurt dışında bulunan yabancı tacirlere ait işletmelerin Türkiye’de bulunan acenteleri ile işlem yapan üçüncü kişilerin bu işlemlerden herhangi bir uyuşmazlık doğması neticesinde davalarını Türkiye’de açmaları mümkün olmayabilir. İşte bu nedenle TTK m 105/2, yabancı tacirlere karşı Türkiye’de dava açılabilmesinin önünde bulunan kanuni engelleri kaldırmayı amaçlamaktadır. Doktrinde de bahsedilen düzenlemenin amacının faaliyet alanı Türkiye olan yabancı tacirlerin acenteleri aracılığıyla hukuki işlem tesis etmelerinin yargılama hukuku açısından Türk vatandaşları için külfet oluşturmaması olduğu ifade edilmektedir.²²

Hükmün getiriliş amacının esas olarak yabancı tacirlerin acenteleri vasıtasıyla işlem yapan Türk tacirlerin korunması olduğunu belirten *Esen*, milletlerarası ticarete rol oynayan Türk tacirlere himaye sağlamayı amaçlayan TTK m 105/2 hükmünün uygulanmasının uzun vadede Türk ekonomisine ve Türk tacirlere zarar verebileceğini ifade etmektedir.²³ Zira yabancı tacire izafeten acentesine dava açılması durumunda TTK m 105/2 hükmü gereğince taraflar arasında yabancı mahkeme lehine yapılmış yetki sözleşmelerinin geçersiz kabul edilmesi, yabancı tacirlerin Türk tacirlerle ticaret yapmamasına neden olacağı gibi milletlerarası ticaretin işleyişine de aykırı görülmektedir. Ayrıca 1926 ve 1956 yıllarında yabancı mahkemede dava açmanın güçlüklerinden bahsediliyor olsa da TTK’nın kabul edildiği 2011 yılında bu güçlüklerin aynı ölçüde olmadığı, yabancı şirketlerle ticaret yapan Türk şirketlerin bu ihtimalleri göz önüne alarak hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁴

C. Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etmesinin Şartları

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisini kullanabilmesi kanunda bazı şartlara bağlanmıştır ve bu şartların sağlanmadığı bir uyuşmazlık halinde acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesi mümkün olmamaktadır.²⁵ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, “*TTK'nın 119/1. maddesi gereğince, ancak acentenin aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukavelelerle ilgili ihtilaflar nedeniyle müvekkili namına acente aleyhine dava açılabilir. ...bir anlaşmazlık sözleşmeden doğmuş olsa bile acente bu sözleşmeye aracılık etmemiş veya sözleşmeyi akdetmemiş ise, müvekkili namına dava açamayacağı gibi kendisine de müvekkiline izafeten dava açamaz.*” şeklinde hüküm kurarak acentenin temsil yetkisinin bulunmasını kanunda yer alan şartların gerçekleşmesine bağlamıştır.²⁶

Kanundaki düzenlemeye göre, acentenin davada temsil edeceği kişi yalnızca müvekkilidir. Müvekkilin yabancı ülke veya Türk vatandaşı olmasının bir fark

Erişim Tarihi: 15.08.2022 4; Bozer ve Göle (n 6) 110.

²² Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (7. bs, Beta Yayıncılık 2019) 126.

²³ *Esen*, İzaften Dava Hakkı (n 14) 588.

²⁴ *ibid* 589.

²⁵ Güner (n 15) 526.

²⁶ Y 11 HD, E 2015/7974, K 2016/2470, T 07.03.2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgi/BankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 04.08.2022.

oluşturmayacağını savunan görüşe göre, müvekkilin yabancı olup olmaması hususu yalnızca TTK m 105/2'nin son cümlesindeki sınırlamaya takılması bakımından önemlidir.²⁷ Doktrindeki bir diğer görüşe göre, arada geçerli bir acentelik sözleşmesi bulunması şartı sadece müvekkilin Türk vatandaşı olması ihtimalinde aranmalıdır. Zira TTK m 103 uyarınca sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemler yapanlar bakımından acentelik sözleşmesinin yanı sıra buna benzer farklı bir hukuki ilişkinin bulunuyor olması acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesi için yeterli kabul edilmektedir.²⁸

TTK m 105/2'de yer alan tüm şartların tam ve eksiksiz olarak bulunması acentelere tanınan bu istisnai yetkinin kullanılmasında ön şart kabul edilmektedir. Acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisine sahip olabilmesi, müvekkil ve acente arasında acentelik sözleşmesinin olması ön şartına bağlıdır. Müvekkil ile acentenin arasında sözleşme ilişkisinin olup olmadığı hususu acentenin müvekkilini mahkemede temsil ettiği hallerde mahkemece denetlenmelidir. Bu denetim re'sen yapılmalıdır. Eğer denetleme neticesinde böyle bir sözleşmenin olmadığı tespit edilirse bu noktada mahkeme davanın esasına girmeksizin davayı usulden reddetmelidir.²⁹

Acentenin, müvekkilini mahkemede temsil edebilmesi ve acenteye müvekkiline izafeten dava açabilmesi için uyuşmazlığın konusunun acentenin müvekkili adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşme olması gerekmektedir.³⁰ Bir diğer anlatımla, acentenin bu istisnai yetkiye sahip olabilmesi için dava konusu uyuşmazlığın kaynağının acentelik faaliyeti sonucu ortaya çıkan sözleşme olması gerekmektedir.³¹ Ayrıca acente, müvekkilinin sözleşmeden kaynaklanmayan sorumluluklarından doğan uyuşmazlık hallerinde mahkemede temsil yetkisine sahip değildir. Bir diğer ifade ile, söz konusu dava müvekkilin işlediği bir haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanundan doğan bir borçtan kaynaklanıyorsa artık acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesi mümkün olmayacaktır.³²

²⁷ Güner (n 15) 526; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2011) 86; Bahtiyar (n 6) 201.

²⁸ Zeynep Özgenç, 'Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Yabancı Müvekkilini Davada Temsil Yetkisi' (2022) 12 (1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 718, 726; Narbay ve Uyumaz (n 21) 125-26; Aslan (n 3) 107-08.

²⁹ Külüşlü (n 10) 28 vd; Kaya (n 6) 76; Nurcan Demirtaş, 'Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Etmesi' (2019) 5 (1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83, 87.

³⁰ Bu husus eTTK'nın Hükümet Tasarısında ifade edilmiştir. Tasarıda, acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmeye yetkili olduğu uyuşmazlıkların, acentenin aracılıkta bulunduğu sözleşmelerin gereğince yerine getirilmemesi yönündeki beyanlardan doğan ihtilaflar olduğu hakkında bkz Kayıhan (n 2) 187-88; Demirtaş (n 29) 89; Kalpsüz (n 20) 3.

³¹ Özgenç (n 28) 726.

³² Narbay ve Uyumaz (n 21) 126-28; Arkan (n 2) 223; Güner (n 15) 526-27; Özgenç (n 28) 726; Aslan (n 3) 111.

Yargıtay kararlarında³³ da kanuni düzenlemeye paralel olarak, acentelerin müvekkillerini mahkemede temsil etme yetkisinin sadece acentelerin aracılıkta bulunduğu veya müvekkili adına akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda kullanılabileceğini; haksız fiil veya kanundan doğan borçlardan kaynaklanan davalarda acentenin bu yetkiye haiz olmadığı ifade edilmiştir. Örneğin Yargıtay'ın 17.10.1983 tarihli kararında³⁴ dava konusunun acentelik sözleşmesinden değil, çatma fiili nedeniyle haksız fiilden kaynaklandığı tespit edilmiş ve acentenin yalnızca sözleşmelerden kaynaklanan davalarda müvekkilini temsil etme yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir.

Acentelik sözleşmesinde acenteye belli bir bölgede tekel hakkı tanınmışsa ve acente söz konusu bölgede faaliyet gösteriyorsa acentenin katkısı olmaksızın bu bölgede sözleşme kurulması halinde acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Acentenin yetkili olduğu bölgede müvekkilinin üçüncü kişi müşteriler ile bizzat sözleşme kurması durumunda acentenin bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda müvekkilini mahkemede temsil yetkisini kullanamayacağını savunan görüşe göre, acente tarafından tekel hakkına sahip olunması veya başka herhangi bir sebep, acenteye müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisi kazandırmayacak; her durumda acentenin davaya konu olan sözleşmeyi müvekkili ad ve hesabına yapması veya yapılmasına aracılık etmesi şartı aranacaktır.³⁵

Temsil yetkisinin olmadığı veya acente tarafından aşıldığı hallerde acentenin yine de müvekkilini mahkemede temsil edebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna *Güner*, yetkisizlik konusunu düzenleyen TTK m 108'i temel alarak cevap vermektedir. Buna göre, acentenin temsil yetkisi olmadığı halde müvekkilinin ad ve hesabına sözleşme yapması veya temsil yetkisi olan bir acentenin temsilde sınırı aşarak işlem yapması durumlarında yetkisiz temsil gündeme gelecektir ve yetkisiz temsille akdedilmiş sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda acentenin müvekkilini mahkemede temsil edebilmesi yalnızca müvekkilin bu işleme icazet vermesi ile mümkün olabilecektir.³⁶ Böylelikle yetkisiz temsilde müvekkil, sözleşmeyi öğrendiğinde icazet verebilir; vermediği halde ise acente yetkisi olmadan yaptığı

³³ Y 11 HD, E 1989/4080, K 1990/4364, T 31.05.1990 "...davacı haksız fiil sonucu uğradığı zararın tazmini için haksız fiili gerçekleştiren geminin donatanına izafeten acentesine dava açmıştır. TTK m 119'a göre acentenin akdettiği veya aracılık ettiği sözleşmelerden doğan ihtilaflardan dolayı müvekkil adına acenteye karşı dava açılabilir. Anılan yasa hükmünden anlaşılacağı üzere müvekkil aleyhine açılan davanın müvekkile izafeten acentesine yöneltilebilmesi için dava konusu uyuşmazlığın öncelikle bir sözleşmeden doğması, buna ilaveten acentenin bu sözleşmeyi müvekkilini temsilen akdetmesi veya aracılıkta bulunmuş olması gerekir. Diğer bir deyişle, müvekkilinin akit dışı sorumluluğuna dayalı bir dava müvekkile izafeten aracı acenteye karşı açılmaz." Aynı yöndeki diğer Yargıtay kararları için bkz Y 11 HD, E 1986/6014, K 1986/5977, T 14.11.1986; Y 11 HD, E 1984/893, K 1984/1015, T 24.02.1984.

³⁴ Y 11 HD, E 1983/3997, K 1983/4487, T 17.10.1983 "...davacının römorkuna Lübnan bayraklı geminin çarpması ile verdiği hasarın tazmini ile açılmış dava haksız fiile dayanmaktadır. Dava konusu istem acentelik sözleşmesi ile ilgili akitten doğmamış olup çatma gibi haksız fiile dayandırıldığından, donatanın şahsi sorumluluk hükümlerinin uygulanarak davalı gösterilmesi gerekmektedir."

³⁵ Kaya (n 6) 79; Kayıhan (n 2) 213; Külüslü (n 10) 39; Demirtaş (n 29) 99. Aksi yönde görüş için bkz Daniş-Akkan (n 2) 225.

³⁶ Güner (n 15) 527.

bu sözleşmeden kendisi sorumlu olacaktır.³⁷ Netice olarak, müvekkil açıkça icazet vermediği sürece acentenin bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda müvekkilini mahkemede temsil etmesi mümkün olmayacaktır.

Acentenin mahkemede müvekkilini temsil edebilmesi bakımından kanun hükmünde, aracı ve sözleşme yapabilen acente ayrımı yapılmamıştır. Önemli olan, üçüncü kişi ile işlem yapan kişinin acente sıfatı ile hareket etmiş olmasıdır.³⁸ Doktrinde sözleşme yapan acente ile birlikte aracı acentenin de müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisine sahip olması eleştirilmiştir. TTK m 107/2 hükmüne göre, sözleşme yapan acentenin müvekkili adına sözleşme yapabileceğine ilişkin belgeleri tescil ve ilan ettirmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, acentenin bu belgeleri tescil ve ilan ettirmesi ile acentenin müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisine sahip olup olmadığının tespiti kolaylıkla yapılabilecektir. Ancak aracı acentenin müvekkili ile arasında mevcut bir acentelik ilişkisinin bulunup bulunmadığı mahkeme tarafından yapılacak inceleme sonucu ortaya çıkacaktır. Aracı acentenin, aracılık ettiği sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda, acente ile müvekkil arasında bir acentelik ilişkisinin olup olmadığının mahkeme tarafından ayrıca araştırılması, mahkemenin işleyişini engelleyecek bir husus olarak değerlendirilmiştir.³⁹

D. Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etmesinin Hukuki Niteliği

Acentenin müvekkilini mahkemede temsil edebilmesinin kanuni dayanağı olan TTK m 105/2'ye göre acenteler, aracılık ettikleri veya müvekkili adına akdettikleri sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda müvekkili adına dava açabilecekleri gibi kendilerine karşı da aynı sıfatla dava açabilir. Kanunun gerekçesinde bu düzenleme ile yabancı tacirlerin acenteleriyle işlem yapan üçüncü kişi müşterilerin bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından Türkiye'de dava açabilmelerinin amaçlandığı, çalışmamızda daha önceki başlıklarda ifade edilmişti. Ancak bu noktada maddenin amacını gerçekleştirmek için acentelere verilen müvekkilini mahkemede temsil yetkisinin niteliğini tespit etmek, acentenin temsil yetkisini kullanırken tâbi olacağı hükümleri belirlemek bakımından önem arz etmektedir.

Öncelikle, usul hukukuna ait olan taraf, taraf sıfatı, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, dava takip yetkisi, davada temsil ve vekalet ehliyeti kavramlarının kısaca açıklanması acentenin temsil yetkisinin hukuki niteliğinin tespiti için faydalı olacaktır.

Doktrinde genel olarak kabul edilen şekli taraf teorisine⁴⁰ göre, dava açarak mahkemeden bir hakka dayanarak hukuki koruma talep eden davacı, dava dilekçesinde davalı

³⁷ Güner (n 15) 527; Çeker (n 6) 63; Özgenç (n 28) 727.

³⁸ Sözleşme yapma yetkisine sahip olan acentenin bu yetkiye haiz olduğunu tescil ve ilan ettirmesi zorunlu olsa da tescil yapılmadan acentenin üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmelerin müvekkili bağlayıcı nitelik taşıması hakkında bkz Aslan (n 3) 119; Kayıhan (n 2) 190; Güner (n 15) 526.

³⁹ Daniş-Akkan (n 2) 227; Domaniç, *Genel Esaslar* (n 8) 359; Domaniç, *Şerh* (n 8) 314.

⁴⁰ Taraf kavramı ile ilgili olarak usul hukukunda üç teori bulunmaktadır. Bunların, uyuşmazlık konusu maddi hukuk ilişkisinin taraflarının aynı zamanda davanın da tarafı olduğunu kabul eden *maddi taraf teorisi*, malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uyuşmazlık konusu mal hakkında tasarruf edebilecek kişilerin

tarafı da göstererek şekli olarak usul kurallarına uygun şekilde dava açmış olacak ve davayı açan kişi davacı taraf, dava açılan kişi ise davalı taraf sıfatına sahip olacaktır. Bu noktada davalı kişinin maddi hukuka göre gerçek borçlu olup olmadığı önemli değildir. Davalı, gerçekte davaya konu olan hukuki ilişkinin tarafı olmayabilir. Zira bir kişinin davada davalı veya davacı taraf sıfatına sahip olabilmesi için salt dava dilekçesinde taraf gösterilmesi yeterlidir.⁴¹ Dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler, şeklen davanın tarafları olsa da mahkemenin davanın esası hakkında karar verebilmesi için bu kişilerin gerçekten davacı ve davalı sıfatına sahip olması gerekmektedir.⁴² Maddi hukuktan doğan bir hakkı dava etme yetkisi, kural olarak o hakkın sahibine ait olduğundan aktif husumet olarak da ifade edilen davacı olma sıfatı, hakkın sahibine aittir. Aynı şekilde maddi hukuktan kaynaklanan hakkın kendisinden istenebileceği kişi de pasif husumet ehliyetine sahip olan davalı taraftır.⁴³ Bir görüşe göre, acentenin aracılık ettiği veya müvekkili adına akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda müvekkili adına dava açabilmesi veya müvekkiline izafeten acentesine dava açılabilmesi, acentenin bu davalarda aktif ve pasif husumet ehliyetinin bulunduğunu göstermektedir.⁴⁴ Bu görüşe göre, acentenin tacirin yardımcısı olarak müvekkili adına dava açması veya müvekkiline izafeten acenteye dava açılması imkanının getirilmesi ile acenteler, davada taraf sıfatına sahip olarak beyanda bulunabileceklerdir. Bir diğer ifade ile acentelere müvekkilinden talimat almaksızın dava açabilme yetkisi ve kendisine dava açılabilmesi imkânı tanınmış olduğundan, dava süresince taraf sıfatına sahip kişiler hangi tür beyanlarda bulunabiliyorsa acentelerin de bu tür beyanlarda bulunabilecekleri kabul edilmelidir.⁴⁵ Ancak kanaatimizce uyuşmazlığa konu maddi hukuk ilişkisi bakımından acentenin hak ve borcu bulunmadığından aktif veya pasif husumet ehliyetine sahip olduğu söylenemeyecektir.

Taraf sıfatı, maddi hukuka ilişkin bir kavram olup gerçek hak sahipliğini ifade etmektedir. Taraf sıfatının varlığı, bir dava şartı olmayıp uyuşmazlığın esasına ilişkin yapılan değerlendirmenin neticesinde belirlenecektir.⁴⁶ Uyuşmazlık konusu maddi hukuk ilişkisinde

davanın tarafı olduğunu savunan *fonksiyonel taraf teorisi* ve taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisinden bağımsız olarak mahkemeden kendisi için hukuki koruma talep edenin davacı, kendisine karşı dava açılarak koruma talep edilen kişinin ise davalı taraf olacağını kabul eden *şekli taraf teorisi* olması hakkında bkz Hakan Pekcanitez ve Hülya Taş Korkmaz, 'Taraflar' iç Hakan Pekcanitez vd (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C I* (15. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017) 548-50.

⁴¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4. bs, Yetkin Yayıncılık 2016) 181-82; Gönen Eriş, İçtihatlı-Açıklamalı 6335-6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler (2. bs, Seçkin Yayıncılık 2014) 1615.

⁴² Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu *Medenî Usûl Hukuku* (11. bs, Yetkin Yayınları 2022) 287-88.

⁴³ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 42) 288.

⁴⁴ Aslan (n 3) 110-11.

⁴⁵ Yazar, acentelerin müvekkilleri adına dava açabilmesi veya müvekkillerine izafeten acentelerine dava açılabilmesi yetkisinin vekillere tanınan yetkilerden farklı olduğunu belirtmiş ve acentenin davacı ya da davalı sıfatıyla bulunduğu davalarda yapacağı kabul, feragat, sulh, ibra beyanlarında bulunabileceğini ifade etmiştir. Bkz Aslan (n 3) 112.

⁴⁶ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 42) 197-98.

acentenin hakkının veya borcunun bulunmadığından dolayı taraf ehliyetini haiz olmadığı görüşüne⁴⁷ katılmaktayız.

Taraf ehliyeti, bir usul hukuku terimi olarak kısaca, açılan bir davada taraf olabilme ehliyeti şeklinde tanımlanabilir.⁴⁸ Davada taraf olmak, davacı veya davalı olarak usulî işlemleri yapabilmek anlamına gelmektedir.⁴⁹ Taraf ehliyeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁰(HMK) m 50'de düzenlenmiştir. Buna göre, taraf ehliyetine sahip olmak, hak ehliyetine sahip olmayı gerektirmektedir. Türk Medeni Kanunu⁵¹(TMK) hükümlerine göre ise hak ehliyetine tüm gerçek ve tüzel kişiler sahiptir. Ayrıca taraf ehliyeti dava şartlarından olduğu için davanın her aşamasında yokluğu taraflarca ileri sürülebilir ve hâkim re'sen incelemekle yükümlüdür.⁵² Acente ile müşteri arasında yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda acentenin mahkemede müvekkilini temsil etmesi durumunda taraf ehliyeti acenteye değil müvekkile aittir. Zira acentenin aracılık ettiği veya müvekkili adına akdettiği sözleşmelerden doğan hak ve borçlar müvekkile aittir. Müvekkil adına acente tarafından açılan davalarda veya müvekkile izafeten üçüncü kişinin acenteye açtığı davalarda acente, davanın tarafı değildir.⁵³

Bir diğer usul hukuku terimi olan dava ehliyeti ise davayı bizzat veya bir vekil vasıtasıyla yürütme ve usul işlemlerini yapma olarak tanımlanabilir.⁵⁴ HMK'daki düzenlemeye göre bir kişi fiil ehliyetine sahipse dava ehliyetine de sahip olacaktır. Bu sayede kişiler doğrudan kendi davalarını takip edip usulî işlemler yapabileceği gibi bir vekil tayin ederek bu işlemlerin yapılmasını sağlayabilir.⁵⁵ Acentenin müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisinin söz konusu olduğu davalarda, maddi hukuk bakımından fiil ehliyetine sahip olan müvekkilin dava ehliyetine de sahip olduğu; acentenin bu davalarda müvekkilinin temsilcisi konumunda bulunduğu ifade edilmektedir.⁵⁶

Davayı takip yetkisi, HMK m 53 uyarınca, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak tarif edilmektedir. Dava takip yetkisinin kanunda belirtilen istisnai durumlar

⁴⁷ Daniş-Akkan (n 2) 230; Üçüncü (n 2) 974; Narbay ve Uyumaz (n 21) 110 vd; Külüşlü (n 10) 20.

⁴⁸ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. bs, Demir Yayıncılık 2001) 887; Ramazan Arslan vd, *Medeni Usul Hukuku* (8. bs, Yetkin Yayıncılık 2022) 270.

⁴⁹ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (5. bs, Yetkin Yayıncılık 2022) 209.

⁵⁰ 12.1.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG 4.2.2011/27836).

⁵¹ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG 8.12.2001/24607).

⁵² Kuru (n 48) 1026.

⁵³ Narbay ve Uyumaz (n 21) 110-111; Demirtaş (n 29) 90-91. Acentenin müvekkilini temsilen bulunduğu davalarda taraf gösterilmesinin acentenin kişisel sorumluluğunun da doğmasına neden olacağı söylenmesi yazara göre hatalı bir girişimdir. Ayrıca TTK'da müvekkilleri karşısında zayıf konumda olduklarından dolayı koruyucu hükümler ile hukuki güvenliği sağlanmaya çalışılan acentelerin müvekkilleri hakkında verilen kararların icrasının da acenteler hakkında olması çelişkili bulunmuştur. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Kayıhan (n 2) 197; Özgenç (n 28) 729.

⁵⁴ Kuru (n 48) 1027.

⁵⁵ Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 40) 585-88.

⁵⁶ Narbay ve Uyumaz (n 21) 111; Daniş-Akkan (n 2) 230; Külüşlü (n 10) 19.

dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edileceği kanun hükmünde ifade edilmektedir.⁵⁷ Doktrindeki bir görüşe göre, dava takip yetkisi müvekkile aittir.⁵⁸ Dava takip yetkisinin acenteye ait olduğunun kabul edilebilmesi için müvekkilin taraf ehliyetini ve dava ehliyetini haiz olup dava takip ehliyetine sahip olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca müvekkiline izafeten acentesine açılan davalarda müvekkilin bizzat davayı yürütebilmesi veya vekili ile takip etmesi mümkün olduğundan dava takip yetkisinin müvekkile ait olduğu belirtilmiştir.⁵⁹

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, acente, davayı takip yetkisine sahip olmamakla birlikte, kanuni davayı takip yetkisine sahiptir.⁶⁰ Kanuni davayı takip yetkisinin mevcut olabilmesi için kanun hükmü ile bu yetkinin tanınmış olması, taraflar arasında kanuni davayı temsil yetkisinin temelini teşkil edecek bir hukuki ilişkinin mevcut olması ve açılmış bir davanın bulunması şartlarının müvekkiline izafeten acentesine açılan davalar bakımından mevcut olduğu savunulmaktadır.⁶¹ Ancak acentenin kanuni davayı takip yetkisini haiz olabilmesi için davayı takip etmekte kişisel bir yararının bulunması ve müvekkilin başka bir temsilci vasıtasıyla davayı takip etme yetkisinin bulunmaması gerektiği öne sürülerek bu görüş eleştirilmiş ve acentenin kanuni davayı takip yetkisine sahip olmadığı ifade edilmiştir.⁶²

Temsil, kanuni ve iradi olmak üzere iki türlü olabilir.⁶³ Kanuni temsilin doğması, içeriği ve sona ermesi kanun hükümleriyle düzenlenmiştir.⁶⁴ İradi temsil ise dava ehliyetine sahip kişinin davasını bizzat takip edebilmesinin yanında kendisini temsil etmesi ve davayı takip etmesi için bir vekil tayin etmesi olarak açıklanmaktadır.⁶⁵ HMK m 52'ye göre, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanlar kanuni temsilcileri; tüzel kişiler ise yetkili organları tarafından davada temsil edilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisi, müvekkilin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmamasından kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle acente, müvekkilinin kanuni temsilcisi konumunda yer almamaktadır.⁶⁶

Davaya vekalet ehliyeti, davanın taraflarından farklı üçüncü bir kişinin vekil sıfatını haiz olarak davayı yürütebilmesi için gereken ehliyet olarak tanımlanmaktadır.⁶⁷ Doktrindeki

⁵⁷ Kuru (n 48) 1152-53; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 40) 592.

⁵⁸ Özgenç (n 28) 729; Güner (n 15) 528.

⁵⁹ Özgenç (n 28) 729; Güner (n 15) 528; Üçüncü (n 2) 976; Kayıhan (n 2) 197; Narbay ve Uyumaz (n 21) 111; Külüşlü (n 10) 21-24; Susuz (n 21) 5.

⁶⁰ Cemile Demir-Gökyayla Ticarî Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (1. bs, Vedat Kitapçılık 2021) 270.

⁶¹ Demir-Gökyayla (n 60) 270-71

⁶² Külüşlü (n 10) 20-22.

⁶³ Arslan vd (n 48) 291.

⁶⁴ Arslan vd (n 48) 291.

⁶⁵ Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 41) 196-97; Demirtaş (n 29) 84-85; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 40) 667-74.

⁶⁶ Külüşlü (n 10) 24.

⁶⁷ Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 40) 673.

ağırlıklı görüşe göre, acenteler bu davalarda müvekkillerinin temsilcisi olarak yer alırlar. Bir diğer anlatımla acente, davaya vekalet ehliyetini haizdir.⁶⁸ Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, TTK m 105/2 ile Avukatlık Kanunu⁶⁹(AvK) m 35/1'e önemli bir istisna getirilmiştir.⁷⁰ AvK m 35'e göre kendilerine vekalet verilerek davaları ve diğer yargı işlerini takip etmeye yetkili kişiler kural olarak baro levasına kayıtlı avukatlardır. Ancak kanun maddesinde diğer kanun hükümlerini saklı tutulmuş ve avukatlık tekelinin istisnalarının mevcut olduğu belirtilmiştir. İşte bu noktada acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesi de TTK m 105 ile avukatlık tekeline getirilen bir istisna olarak kabul edilmektedir.⁷¹

E. Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisinin Kapsamı

TTK m 105/2'de düzenlenen acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisinin kapsamının, madde metninde “dava” kelimesi yer alıyor olsa da, uygulamada ve doktrinde geniş anlamda yorumlanmasının gerektiği kabul edilmektedir.⁷² Buna göre, teknik anlamda aslında dava tanımına uymayan diğer yargı işleri de acentenin müvekkilini temsil ederken yapabileceği işlerden sayılmaktadır.⁷³ Buna göre, acente, ilamlı veya ilamsız icra takipleri, ihtiyati tedbir, delil tespiti gibi hukuki işlemleri yapmaya yetkili kabul edilmektedir. Yerli tacirle yapılmış olan acentelik sözleşmesinde aksi öngörülmediği takdirde, acente müvekkili tacir adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşmelerle alakalı olarak müvekkilini temsil yetkisi kapsamında ilamlı veya ilamsız icra takipleri yapabilir, mahkemeye ihtiyati tedbir veya delil tespiti talebinde bulunabilir. Acentenin bu usulî işlemleri müvekkil tacire izafeten kendisini muhatap göstererek yapabileceği ifade edilmektedir.⁷⁴

⁶⁸ Narbay ve Uyumaz (n 21) 111; Kendigelen (n 27) 228-29; Berzek (n 6) 159; Kayıhan (n 2) 197; Güner (n 15) 527; Bozer ve Göle (n 6) 110-11; Susuz (n 21) 5; Aynı yönde bkz Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Kitap Ticari İşletme Yedinci Kısım Acentelik (TK m 102-123)* (2. Bası, Beta Yayıncılık 2016) 57; Üçüncü, (n 2) 977; Sıtkı Anlam Altay, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi’, (2010) Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan 223, 230; Demirtaş (n 29) 92. Doktrinde acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesinin vekâlet ilişkisi olan iradi temsilden ayrılan bazı noktaları olması nedeniyle *sui generis* nitelikler barındıran bir usul hukuku müessesesi olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre, müvekkile izafeten acenteye karşı dava açılması durumunda tebligat asil olan müvekkil tacire değil doğrudan acenteye yapılmaktadır. Normal koşullarda davalının tayin ettiği bir vekili bulunsa bile dava dilekçesinde bahsedilen vekil gösterilmez ve doğrudan asile tebligat yapılması hakkında bkz Külüşlü (n 10) 23 vd.

⁶⁹ 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (RG 7.4.1969/13168).

⁷⁰ Narbay ve Uyumaz (n 21) 109; Demirtaş (n 29) 90; Bozer ve Göle (n 6) 110.

⁷¹ Güner (n 15) 529; Daniş-Akkan (n 2) 230; Kayıhan (n 2) 209 vd; Üçüncü (n 2) 977; Kaya (n 6) 76; Demirtaş (n 29) 92. TTK Tasarısındaki hükümlerin değerlendirilmesi sonucunda acentenin, TTK m 105/2 ile müvekkile izafeten yapılacak tebligatlar bakımından bir aracı olduğu yönündeki görüş için bkz Külüşlü (n 10) 17 vd.

⁷² Narbay ve Uyumaz (n 21) 109-10; Kayıhan (n 2) 185; Daniş-Akkan (n 2) 222; Güner (n 15) 525; Aslan (n 3) 112.

⁷³ Kayıhan (n 2) 185; Narbay ve Uyumaz (n 21) 109; Daniş-Akkan (n 2) 222.

⁷⁴ Narbay ve Uyumaz (n 19) 108. “Müvekkilini temsil yetkisine sahip olan acenteye karşı müvekkilin sözleşmeden doğan borcunun ödenmesi amacıyla icra emri gönderilebilir.” Y 12 HD, E 2008/15858, K 2008/19443, T 06.11.2008.

Acentenin müvekkilini temsil etme yetkisi kapsamında aracılık ettiği veya müvekkili adına akdettiği sözleşmelerle alakalı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda acente, HMK m 74'te düzenlenen hususlarla bağlıdır. HMK m 74'e göre, acentenin maddede yer alan işlemleri yapabilmesi için müvekkili tarafından özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Söz konusu işlemler HMK m 74'te; "sulh, hakimin reddi, davanın ıslah edilmesi, yemin teklifi, yemin kabulü, haczin kaldırılması, müvekkilin iflasının talep edilmesi, tahkim sözleşmesi yapma, hakem sözleşmesi yapma, davadan feragat etme, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma, karşı tarafı ibra, karşı tarafın davasını kabul etme, yargılamanın iadesini talep etme, hakimlerin fiilleri nedeniyle Devlet'e karşı tazminat davası açma, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili olan davaları açma" olarak sayılmaktadır. Maddede sayılan bu işlemleri acente, müvekkili tarafından özel olarak yetkilendirilmedikçe yapamayacaktır.⁷⁵

II. TÜRK TİCARET KANUNUNUN 105. MADDESİNİN UYGULANMASI BAKIMINDAN YABANCI TACİRİN TESPİTİ

TTK m 105/2 hükmünün uygulanabilmesi için yabancı tacirin acentesi vasıtasıyla işlem yapılması gerekmektedir. Bu durumda yabancı tacirin tespitinin yapılması hükmün uygulanabilmesi için önemli ve gereklidir.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁷⁶(TVK) m 3/1-d'ye göre yabancı, "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi*" ifade etmektedir. Bu tanımdan yola çıkılarak diğer devlet vatandaşları, vatansızlar, uluslararası koruma statüsü sahipleri, çifte vatandaşlığa sahip olup bunlardan hiçbiri Türk vatandaşlığı olmayanlar, mülteciler, geçici koruma kapsamında olanlar, göçmenler Türk hukukuna göre yabancı kabul edilmektedir.⁷⁷

Vatandaşlığın belirlenmesinde gerçek kişilerin yabancı olup olmadığının belirlenmesinde fazla güçlük çekilmezken tüzel kişiler açısından aynı yorumu yapmak mümkün değildir.⁷⁸ Tüzel kişilerin tâbiyet bağı ile devlete bağlı olması doktrinde tartışmalara sebep olan bir konudur. Ancak günümüzde tüzel kişinin tâbiyetinin bulunduğu ancak gerçek kişilerin tâbiyet bağı ile aynı esaslara dayanmadığı kabul edilmektedir.⁷⁹

Tüzel kişilerin tâbiyetinin tespiti konusunda farklı hukuk sistemlerinde çeşitli ölçütler uygulanmaktadır. Bir diğer ifadeyle tüzel kişilerin tâbiyetinin tespitinde uluslararası hukukta

⁷⁵ Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 41) 264; Arkan (n 2) 215; Narbay ve Uyumaz (n 21) 110; Daniş-Akkan (n 2) 229; Güner (n 15) 525; Kendigelen (n 27) 87; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 40) 678-680.

⁷⁶ 29.5.2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (RG 12.6.2009/27256).

⁷⁷ Rona Aybay ve Nimet Özbek, *Vatandaşlık Hukuk* (4. bs, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 21 vd; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku* (6. bs, Savaş Yayınevi 2021) 5-20; Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin-Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (26. bs, Beta Yayıncılık 2021) 16-30.

⁷⁸ Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 77) 17.

⁷⁹ Doğan, *Yabancılar Hukuku* (n 77) 21.

birlik sağlanamamıştır.⁸⁰ Bu nedenle her somut olayda bu tespitin ayrı olarak yapılması gerekir.⁸¹

Ticari şirketlerin yabancı sıfatı taşıyıp taşımadığı, TTK hükümlerine bakılarak tespit edilebilir.⁸² TTK m 40'a göre, her tacir, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline; ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını tescil ettirmekle yükümlüdür.⁸³ TTK m 40/4 ve 48/3 hükümlerinde tescil ve şube konuları düzenlenirken “*merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubesi/şubeleri*” ifadesinin yer aldığı görülmektedir. Ayrıca 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁸⁴ m 12'ye göre, merkezini yurt dışına taşıyan şirketin sicilden silinmesi gerekir. Bu hükümlerden yapılan çıkarımla, merkezleri Türkiye'de bulunmayan şirketler yabancıdır. Bir diğer anlatımla Türkiye'de merkezi olmayan ticari şirketler, Türk hukukuna göre yabancı tüzel kişi olarak kabul edilmektedir.⁸⁵ Ancak bu noktada ticari şirketin yabancı olup olmadığının tespitinde ticari şirketin merkezinden ne anlaşılması gerektiği önem taşımaktadır. Türk hukukunda, şirketlerin idare merkezleri, tescil ve ilan edildikleri yer olarak kabul edilmektedir.⁸⁶ Kanun hükümlerinden hareketle, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de kurulan ve idare merkezi Türkiye'de olan ticari şirketlerin Türk tâbiyetini haiz olacağı sonucu çıkarılmaktadır.⁸⁷

Türk hukukunda yabancı kavramının ne olduğu ve yabancı şirketlerin tespitinin hangi esaslara tabi olduğunun açıklanmasının ardından yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda tacir kavramının tanımının ve tespitinin nasıl yapılacağına açıklanması gerekmektedir. Zira TTK

⁸⁰ Tüzel kişilerin tâbiyetinin belirlenmesinin bir diğer önemli sonucu diplomatik himaye yetkisinin kullanımınıdır. Devletten diplomatik himaye talep edebilmek, o devlet ile kişinin arasında vatandaşlık (tâbiyet) ilişkisinin varlığına bağlıdır. Uluslararası Adalet Divanı'nın vermiş olduğu *Barcelona Traction, Light Power Co. Kararında* ifade edildiği gibi tüzel kişilerin tâbiyetinin tespitinde çeşitli sistemler, farklı ölçütler kabul edilmesi nedeniyle uluslararası hukukta genel olarak kabul edilmiş ve uygulanan bir sistem bulunmaması hakkında bkz Aybay ve Özbek (n 77) 9.

⁸¹ ibid 8-9. Her devlet mahfuz yetkiyi haiz olduğundan tüzel kişilerin tâbiyet kazanması ve kaybetmesindeki esasları kendisi belirleyecektir. Tüzel kişilerin, özellikle ticari şirketlerin, tâbiyetinin tespiti bakımından doktrinde çeşitli sistemler öngörülmüştür: kurucuların vatandaşlıklarını esas alan sistem, sermayenin bulunduğu yer sistemi, kuruluş yeri sistemi, merkez yeri sistemi ve kontrol sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (17. bs, Savaş Yayınları 2021) 215-18.

⁸² Şirketin faaliyet gösterdiği alanlarda özel kanun hükümleri mevcut ise bu düzenlemelere de bakılması gerektiği hakkında bkz Çelikel ve Öztekin-Gelgel (n 77) 34. Örneğin 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m 2/2-b hükmünde olduğu gibi ortaklarının yabancı olması dolayısıyla şirketlerin bazı alanlarda faaliyet göstermesi sınırlanabilir. Doğan, *Yabancılar Hukuku* (n 77) 21-22; Doğan, *Vatandaşlık Hukuku* (n 81) 218.

⁸³ TTK'daki düzenlemelerde, anonim şirketler bakımından, TTK m 354, 355'te; limited şirketler için TTK m 587, 588 hükümlerinde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki sicile tescil edileceği ifade edilmektedir.

⁸⁴ 14.1.2011 tarih ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG 14.2.2011/27846).

⁸⁵ Çelikel ve Özdemir-Gelgel (n 77) 34-35; Doğan, *Yabancılar Hukuku* (n 77) 219.

⁸⁶ Tüzel kişinin kuruluş belgesinde belirtilmiş olan merkez ile şirketin gerçek idare merkezi aynı yer olmayabilir. Bu durumda gerçek idare merkezinin dikkate alınmasının gerektiği hakkında bkz Doğan, *Vatandaşlık Hukuku* (n 81) 219.

⁸⁷ ibid, 219.

m 105/2'nin son cümlesinde “*Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar...*” hükmü ile herhangi bir yabancı kişiden değil, yabancı tacirden bahsedilmektedir.

Milletlerarası usul hukukunda bir kavramın esasa veya usule ilişkin olması, uygulanacak hukukun tayininin tespitinde rol oynamaktadır. Yargılama usulü ile ilgili konularda *lex fori*; maddi hukuk kavramlarına *lex causae* uygulanır.⁸⁸ Usul hukukuna ilişkin kavramların *lex fori*'ye tabi olmasının temel sebebi, bu kuralların kamu düzenine dair olmasından dolayı kamu hukuku niteliği taşımasıdır.⁸⁹ Ayrıca bir kavramın usul hukukuna ilişkin düzenleme getiren kanunda yer alması onu doğrudan *lex fori*'ye tabi kılmayacağı gibi maddi hukuk konularının düzenlendiği kanunda yer alması da doğrudan *lex causae*'nin uygulanması sonucunu doğurmamaktadır.⁹⁰

Doktrindeki bir görüşe göre, tacir sıfatı maddi hukuka ait bir kavramdır. Bunun yanı sıra usule ilişkin sonuçların doğması tacir kavramına bağlı kılınmışsa bu noktada tacir kavramını bir usul hukuku kavramı olarak kabul etmek gerekir. Yalnızca usul hukuku konularına ait olduğu sürece *lex fori* uygulanacaktır.⁹¹ Örneğin Türk hukukuna göre kural olarak tacirler iflasa tabidir. Ancak her durumda tacir kavramının *lex fori*'ye ait olduğunun söylenemeyeceğini belirten *Nomer*, tacir sıfatının tespitinin uyuşmazlığa uygulanacak hukuktan çıkarılabileceğini ifade etmektedir. Örneğin taraflar arasındaki borç ilişkisine yabancı hukukun uygulandığı bir davada tarafların tacir olup olmadıkları da bu yabancı hukuk kurallarına göre tespit edilmelidir.⁹²

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, tacir sıfatının tayininde ilgili kişinin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, idare merkezi veya iş yeri gibi bağlama noktalarından hareket etmek doğru olmamaktadır. Zira kişi, tüm bu bağlama noktalarından bağımsız bir ülkede tacir sıfatını kazanmış olabilir. Bu bakımdan kişinin herhangi bir ülkede herhangi bir şekilde tacir sıfatını kazanmış olması, kişinin Türk mahkemelerinde tacir olarak kabul edilmesi için yeterli olacaktır.⁹³

Doktrindeki bir başka görüş ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁹⁴(MÖHUK) m 9/1'de hak ve fiil ehliyetinin kişinin milli hukukuna tabi olduğu hükmü gereğince kişinin tacir sıfatına haiz olup olmadığı bakımından milli hukukunun uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁵

⁸⁸ Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2. bs, Yetkin Yayıncılık 2021) 226.

⁸⁹ ibid 227.

⁹⁰ ibid 227.

⁹¹ Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (20. bs, Beta Yayıncılık 2013) 406.

⁹² ibid 406.

⁹³ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5. bs, Vedat Kitapçılık 2016) 394.

⁹⁴ 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG 12.12.2007/26728).

⁹⁵ Çiğdem İbiş, ‘Milletlerarası Yetki Sözleşmeleri’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 33-34.

Tacir kavramı, maddi hukuka ilişkin bir kavram olup kişinin milletlerarası ticaretteki faaliyetleri sonucunda vatandaşı olmadığı veya ikametgâhının bulunmadığı bir ülkede tacir sıfatını kazanmaları muhtemel görünmektedir. Bu nedenle kanaatimizce de kişinin tacir sıfatının bulunup bulunmadığı konusunda tacir sıfatının kazanıldığı ülke hukukunun yetkili olması gerektiği görüşü isabetlidir. Bu doğrultuda, kişinin bu hukuka göre tacir sıfatını kazanmış olması Türk hukuku açısından yeterli olmalıdır.

Türk Hukukundaki mevcut düzenlemelere göre kanunda sayılan belli koşulları sağlayan kişiler tacir sıfatını kazanabilirler. TTK m 12-15 arasında gerçek kişi tacirler, TTK m 16'da ise tüzel kişi tacirler hakkında düzenleme yapılmıştır. Sınırlı sayı ilkesi gereğince ilgili maddelerde sayılan kişiler tacir sıfatını haiz olmaktadır.

TTK m 12/1'e göre, bir ticari işletmeyi tamamen veya kısmen kendi adına işleten gerçek kişi, tacir olarak kabul edilmiştir.⁹⁶ Kanun maddesine göre kişinin tacir olabilmesi fiil ehliyetine sahip olması şartına bağlanmıştır. Bir diğer ifadeyle, kişinin tacir olabilmesi için kişinin medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip olması gerekir.⁹⁷

Kanunda yapılan gerçek-tüzel kişi tacir ayrımında gerçek kişilerin tacir olması için gereken şartlar ve tüzel kişilerin tacir olabilmesinin şartları arasında farklılıklar bulunmaktadır. TTK m 12'de gerçek kişinin hangi durumlarda tacir niteliğini haiz olacağı düzenlenmiştir. TTK m 12/1'de bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişinin tacir sıfatına sahip olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca TTK m 12/3'te ortada bir ticari işletme olmasa da varmış gibi göstererek iyiniyetli üçüncü kişilerle işlemler yapan kişilerin de tacir olarak kabul edileceği ve bunun sonucu olarak tacir gibi sorumlu tutulacağı hükmü yer almaktadır.⁹⁸

Tüzel kişi tacirlere geldiğimizde ise kanun koyucu tahdidi olarak TTK m 16/1'de kimlerin tüzel kişi tacir olabileceğini saymaktadır. Düzenlemeye göre ticaret şirketleri, amacına ulaşmak için ticari işletme kuran ve işleten dernekler, vakıflar, devlet, il özel idareleri, belediye ve köyler ile diğer kamu tüzel kişilerin kurulan kendi kuruluş kanunları nedeniyle özel hukuk tüzel kişisi kabul edilen kurum ve kuruluşlar tüzel kişi tacir sıfatını haiz olmaktadır.

⁹⁶ Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (15. bs, Vedat Kitapçılık 2015) 129. Kanun maddesinde yer alan "kısmen de olsa kendi adına işletme" lafzı, adi şirketin ticari işletme sahibi olması durumunda adi şirketin tüzel kişiliği olmadığından ortakların tümünün ayrı ayrı tacir sıfatına sahip olmasını sağlamak amacıyla getirildiği hakkında bkz Bozer ve Göle (n 6) 48.

⁹⁷ TTK m 13'te ticari işletmenin küçük veya kısıtlı kişiye ait olması durumunda bu ticari işletmenin yasal temsilci tarafından işletilmesi ihtimali değerlendirilmiştir. Bu durumda kanunen yasal temsilci tacir kabul edilmemekle beraber ceza hükümlerinin uygulanması bakımından yasal temsilci tacir gibi sorumlu olan kişilerden sayılmaktadır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Bozer ve Göle (n 6) 45.

⁹⁸ ibid, 46.

III. YABANCI TACİRE İZAFETEN ACENTESİNE AÇILAN DAVADA YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ

A. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Yabancı unsurlu davalarda belli bir devletin mahkemesinin yetkili olup olmadığı sorunu milletlerarası yetkinin konusunu oluşturmaktadır.⁹⁹ Mahkeme önüne gelen davada esasa girmeden önce söz konusu dava bakımından yetkili olup olmadığını tespit etmelidir. Bir diğer ifadeyle, mahkeme yabancı unsurlu bir davada esasa hangi hukuk kurallarının uygulanacağını kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlemeden önce milletlerarası yetkiyi haiz olup olmadığını tespitini yapmalıdır.¹⁰⁰ Milletlerarası yetkide mühim olan, davanın görülmesinde devletin, konumuz özelinde Türk mahkemelerinin, yetkili olup olmadığını tespit edilmesidir. Türkiye sınırları içerisinde hangi yer mahkemesinin bu davada yetkili olacağı meselesi başka bir incelemenin konusudur.¹⁰¹

Milletlerarası yetkinin ön şartı yabancılık unsuru barındıran bir özel hukuk uyuşmazlığının mevcut olmasıdır. Yabancılık, uyuşmazlığa konu hukuki ilişkide farklı şekillerde bulunuyor olabilir. Örneğin, uyuşmazlığın taraflarının farklı devletlerin vatandaşı olması, uyuşmazlık konusu malın yabancı ülkede bulunuyor olması, ifa yerinin yabancı bir ülke olarak kararlaştırılmış olması gibi durumlarda yabancılık şartının gerçekleşmiş olduğundan bahsedilmektedir.¹⁰² Yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı davaya bakan mahkemece tespit edileceğinden nisbi bir kavramdır. Mahkeme, kendi hukuku dışında başka bir ülkenin hukuku ile bağlantılı olan davada yabancılık unsuru bulunduğuna kendi hukukuna göre hükmeder.¹⁰³

⁹⁹ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 93) 383; Ergin Nomer 'Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu' (1974) 40 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 393, 393-95; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 91) 423.

¹⁰⁰ Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2. bs, Beta Yayıncılık 2000) 17.

¹⁰¹ Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 100) 20-21.

¹⁰² ibid 24.

¹⁰³ Yabancılık ve milletlerarası kavramları aynı anlamda kullanılmakla beraber bir devlet mahkemeleri için yabancılık unsurlu kabul edilen dava, diğer devlet mahkemeleri için iç hukuka dair görülebilmektedir. Bu nedenle yabancılık unsurunun sübjektif ve objektif esaslardan kaynaklı olabileceği görüşü mevcuttur. Bu görüşe göre, hukuki ilişkinin bağlı olduğu devletin hukuku açısından bu davada yabancılık unsuru bulunmayacağından yabancılık unsurunun sübjektif olarak bulunması söz konusu davanın milletlerarası nitelik taşıması için yeterli olmayacaktır. Zira davanın görüleceği mahkeme bu davayı iç hukukuna ilişkin kabul edecektir. Ancak dava konusu hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlık başka bir devletin mahkemesinde görüldüğünde yabancılık unsurunun bulunduğu söylenebilecektir. Yazar bu durumu "sübjektif yabancılaştırma" olarak ifade etmektedir. Bir diğer kavram olan objektif yabancılıkta ise dava konusu hukuki uyuşmazlığın en az iki farklı ülke ile bağlantılı olması ihtimalinden söz edilmektedir. Bunun sonucu olarak en az iki farklı devletle bağlı olan bu uyuşmazlık herhangi bir devletin mahkemesine götürüldüğünde milletlerarası yetki kurallarına göre çözümlenmesi gerekmektedir. Yabancılık unsurunun milletlerarası kavramından daha geniş anlamda kullanıldığını ifade eden yazara göre her milletlerarası özelliğe sahip davada yabancılık unsuru bulunmasına rağmen her yabancılık unsurunun bulunduğu dava milletlerarası niteliği haiz olmayabilir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 100) 24-26.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel kural MÖHUK m 40'ta düzenlenmektedir. Bu kurala göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin edecektir.¹⁰⁴ Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel kural MÖHUK m 40'ta yer almaktadır. Bu genel kuralın ardından kanun koyucu, MÖHUK m 41-46 arasında yabancılık unsuru içeren bazı özel uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ayrıca ve doğrudan düzenlemiştir.¹⁰⁵ MÖHUK'ta düzenlenen özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, iç hukukun yer bakımından yetki kuralları uygulanarak tespit edilecektir.¹⁰⁶ HMK m 6'ya göre, genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.¹⁰⁷ Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan davalılar bakımından genel yetkili mahkeme ise, HMK m 9'da davalının mutad meskeninin bulunduğu yer olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁸ HMK'da düzenlenen genel yetkili mahkemelerin yanı sıra HMK ve diğer kanunlarda yer alan özel yetki kuralları vasıtasıyla genel yetkili mahkemelerin yetkisi bertaraf edilmeksizin davacının davasını açabilmesi için alternatif mahkemeler gösterilmektedir.¹⁰⁹ Ancak iç hukukta düzenlenen kesin yetki kurallarının uygulandığı durumlarda davanın muhakkak o mahkemede açılması gerektiğinden genel yetkili mahkemede dava açılması mümkün olmamaktadır.¹¹⁰

Bazı durumlarda devletler uyuşmazlık hakkında mutlaka kendi mahkemeleri tarafından karar verilmesi gerektiği kanaatini taşımakta ve yabancı mahkemelerin bu konularda karar vermiş olmasını tanıma ve tenfiz engeli olarak kabul etmektedir. Nitekim MÖHUK m 54/1-b'ye göre, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konuda verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir.¹¹¹

¹⁰⁴ Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 93) 361; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1. bs, Savaş Yayınları 2022) 39; Güngör (n 88) 240-241.

¹⁰⁵ Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK'ta ve Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası anlaşmalarla düzenlenmiştir. Bkz Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 93) 361.

¹⁰⁶ ibid 374-375.

¹⁰⁷ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 42) 111.

¹⁰⁸ ibid 113-114.

¹⁰⁹ ibid 114 vd.

¹¹⁰ ibid 119-120.

¹¹¹ Münhasır yetkinin bulunduğu durumlarda, mahalli devletin menfaati yabancı devlet mahkemelerinin bu konuda karar vermesini engelleyemese de kendi ülkesinde bu kararın tanınmasını ve tenfiz edilmesini engeller. Burada söz konusu olan bir devletin meydana getirdiği yetki kuralları ile bir başka devletin mahkemesinin yetkisini yok etmek, davayı görmesine engel olmak değildir. Münhasır yetki kuralları ile devlet, yalnızca kendi mahkemelerinde görülmesini istediği bir davanın yabancı mahkemede görülmesine engel olamaz. Devletler, yabancı mahkeme kararlarının kendi ülkesinde nasıl ve ne şekilde etki edeceğini belirleyebilir. Zira bir devlet hukuki bir konuda sadece kendi mahkemelerinin yetkili olmasını düzenlemiş, bu konuda verilecek olan yabancı mahkeme kararlarının da ülkesinde bir etkide bulunmasını kanun hükümleri ile engellemişse bu noktada devletin diğer bir devletin mahkemelerinin yetkisini belirlemesinden söz edilemez. Yazar, münhasır yetkinin anlamının yabancı mahkemenin o konudaki yargılama yetkisini tanımamak olduğunu ve devletin kendi mahkemelerini münhasır yetkili kıldığı konuda yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olan kararın kendi ülkesinde icra kabiliyetinin olmayacağı şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Emre Esen, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda¹¹² münhasır yetkinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Münhasır yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri milli hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturmaktadır. Kamu düzeni tarafların uymak zorunda oldukları kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kuralların bütünü olarak anlaşılmaktadır.”

Türk mahkemelerinin münhasır yetkiyi haiz olduğu durumlar mevzuatta tespit edilmiş değildir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini HMK veya MÖHUK'ta tanımlamamış ve Türk mahkemelerinin hangi durumlarda münhasır yetkili olduğunu belirlememiştir.¹¹³ Münhasır yetkinin tanımının kanunlarda yer almaması ve hangi hallerde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kanunlarda düzenlenmemiş olması doktrinde doğru bir yaklaşım olarak görülmektedir. Buna göre, münhasır yetkinin tanımı ve kapsamı kamu düzeni ve devletin egemenlik anlayışı ile yakından ilişkili olduğundan zamana göre farklılıklar gösterebilir. Bu nedenle münhasır yetkiyi kesin sınırlarla tespit etmek doğru olmayacaktır.¹¹⁴

Milletlerarası usul hukukunun amacı ve yöntemi medeni usul hukukundan ayrıldığı için iç hukukta Türk mahkemelerini kesin yetkili kılan kurallar, yabancılık unsuru taşıyan davalarda Türk mahkemelerini münhasır yetkili hale getirmemektedir. Bunun nedeni olarak, iç hukuktaki kesin yetki kuralları ile milletlerarası usul hukukundaki münhasır yetki kurallarının aynı amaca hizmet etmemeleri ve barındırdıkları anlamların farklı olması gösterilmektedir.¹¹⁵ Doktrinde, yetki ile ilgili düzenleme getiren maddelerin lafzından ve getiriliş amacından hareket ederek Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olup olmadığının tespitinin yapılması gerektiği ifade edilmiştir.¹¹⁶ Bu farklılıkların sonucunda

Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2002) 22(2) Public and Private International Law Bulletin 183, 187-188.

¹¹² YHGK, E 2013/1628, K 2015/894, T 04.03.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 10.08.2022.

¹¹³ Esen, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı (n 111) 183; Ebru Akduman, 'Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi' (2020) 15 (163) Terazi Hukuk Dergisi 466, 468.

¹¹⁴ Emre Cumahioğlu, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi' (2008) 3(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431, 432-434.

¹¹⁵ Cumahioğlu (n 114) 433.

¹¹⁶ Esen, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı (n 111) 184; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. bs, Beta Yayıncılık 2018) 192.

MÖHUK'ta yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenirken kesin yetki bir tenfiz engeli olarak sayılmamıştır.¹¹⁷

Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edildiği davalara taşınmazın ayınından doğan uyuşmazlıklar,¹¹⁸ iflas davaları,¹¹⁹ fikri sınai haklara ilişkin davalar¹²⁰ örnek gösterilmektedir.

B. Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkili Olmasının Sonuçları

1. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Kanuni Bir Engel Teşkil Etmektedir

Türk mahkemelerinin hangi davalar bakımından münhasır yetkili olduğu ne doktrin ne de yargı kararlarından tam olarak tespit edilemese de münhasır yetkinin sonuçları kanunlarda düzenlenmiştir. Buna göre, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konularda yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizi mümkün değildir.¹²¹ Bir diğer anlatımla, yabancı bir devlet mahkemesince verilmiş bir kararın Türk devletinde sonuç doğurabilmesi, icra edilebilmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar MÖHUK m 54'te sayılmıştır.¹²² MÖHUK m 54/1-b'ye göre, yabancı mahkeme kararının tanınması ve

¹¹⁷ Esen, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı (n 111) 186-187.

¹¹⁸ HMK m 12/1 hükmü, "Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir." şeklindedir. Maddeye göre, taşınmazın ayınından doğan veya tapu sicilinde değişikliğe neden olacak davalarda, taşınmazın zilyetliğine ilişkin davalarda taşınmazın coğrafi olarak bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkili kabul edilmektedir. Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk (n 104) 67.

¹¹⁹ İflas davalarında yetkili mahkemeye ilişkin düzenleme İcra İflas Kanunu m 154'te bulunmaktadır. İİK m 154 hükmünde yer alan kurala göre, iflas davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkeme, borçlunun muamele merkezindeki asliye ticaret mahkemesidir. Borçlunun yerleşim yeri veya muamele merkezinin Türkiye'de olması durumunda borçluya karşı açılacak davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilmesi hakkında bkz Akduman (n 113) 472-74.

¹²⁰ Sınai Mülkiyet Kanunu m 156'de Türk Patent ve Marka Kurumu'nun aldığı kararlara karşı yetkili ve görevli mahkeme Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olarak belirlenmişken hak sahibince üçüncü kişilere karşı açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri mahkemesi yahut fiilin gerçekleştirildiği veya etkilerinin görüldüğü yer mahkemesi olarak belirlenmiştir. Ancak davacının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmuyorsa dava tarihinde sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yer mahkemesi, hak sahibinin üçüncü kişilere açacağı davalarda yetkilidir. Maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi Türk Marka ve Patent Kurumu'na karşı açılacak davalarda Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi kesin yetkili kabul edilmiştir. Ancak hak sahipleri ve üçüncü kişilerin aralarındaki uyuşmazlıklar özel yetki kuralları ile yetkilendirilmiş mahkemelerce görülecektir. Fikri sınai hakların hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması hakkında bkz B. Bahadır Erdem, Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (1. bs, Beta Yayıncılık 2003) 197.

¹²¹ Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (n 116) 192; Güngör (n 88) 241.

¹²² Tenfiz şartlarını düzenleyen MÖHUK m 54: "(1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir: a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması.

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki

tenfizi için Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konulara ilişkin olmaması gerekmektedir. Doktrinde, münhasır yetki alanına giren davalarda yalnızca mahalli devletin menfaatinin bulunması nedeniyle yabancı mahkemelerce verilmiş kararın tanınmasının ve tenfiz edilmesinin engellendiği ve böylece belirli bir davanın sadece mahalli mahkemelerde görülmesi sağlanarak belli bir dava bakımından yabancı mahkemelerin yetkisini bertaraf ettiği ifade edilmektedir.¹²³ Ancak bu görüşe karşı doktrinde, bir devletin kendi yetki kuralları ile bir başka devletin mahkemelerinin yetkisini bertaraf edemeyeceği görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe göre, münhasır yetkinin söz konusu olduğu davalarda yalnızca yabancı mahkemelerin vermiş olduğu kararların mahalli devlet bakımından herhangi bir etkiye sahip olmaması sonucu doğmaktadır.¹²⁴

2. Yabancı Mahkemeleri Yetkilendiren Yetki Sözleşmesi Yapılması Durumu

MÖHUK m 47’de yabancı mahkeme lehine yetki sözleşmesi yapılabilmesi için yer itibarıyla münhasır yetkili Türk mahkemesinin bulunmaması şartı yer almaktadır. Buna göre tarafların arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan yabancı unsurlu uyuşmazlığın konusu Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir husus ise yabancı mahkemeler lehine yetki sözleşmesi geçerli olmayacaktır.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu alanlarda yabancı mahkemeler tarafından verilmiş kararlar tanıma ve tenfize konu edilemeyeceğinden bu konulara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki sözleşmesi yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Bu sözleşmeler yabancı hukukta sonuç doğuruyor olsa da Türk hukuku bakımından bir sonuç doğurmamaktadır.¹²⁵

3. Tarafların Uyuşmazlığın Çözümlemesi İçin Tahkim Anlaşması Yapması Durumu

Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olmasının bir diğer sonucu tahkim konusunda ortaya çıkmaktadır. Münhasır yetkinin tahkim anlaşmasına etkisini incelemeden önce tarafların tahkim anlaşması düzenlemesi hakkında açıklama yapılacaktır.

Tahkim, tarafların aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkları devletin mahkemelerinde değil, hakemler aracılığı ile çözüme kavuşturmaları şeklinde

tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.”

¹²³ Cumalıoğlu (n 114) 432.

¹²⁴ Esen, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı (n 111) 187-88.

¹²⁵ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 91) 456, 489; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (n 104) 74-75; Güngör (n 88) 241.

tanımlanmaktadır.¹²⁶ Uyuşmazlığın tahkim yoluna gidilerek çözümlenebilmesinin iki temel şartı bulunmaktadır: Uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve tarafların uyuşmazlığın çözümünde tahkim yoluna gidilmesi hususunda anlaşmış olmaları.¹²⁷

Kural olarak taraflar aralarındaki özel hukuk karakterli uyuşmazlığın hakemlerce çözülmesi amacıyla tahkim anlaşması yapabilirler.¹²⁸ Bu durum, sözleşme serbestisinin usul hukukundaki bir yansıması olarak kabul edilmektedir.¹²⁹ Ancak devletler birtakım nedenlerden dolayı bazı uyuşmazlıkların tahkim yargısında çözülmesini istememekte ve sınırlayıcı düzenlemeler getirmektedir.¹³⁰ Bu düzenlemeler yapılırken devletler kendi milli hukuklarını ve taraf oldukları uluslararası anlaşmaları referans alırlar. Bunun sonucunda, bir devlet hukukuna göre tahkime elverişli olan bir husus, başka bir devlet hukukuna göre tahkime elverişli olmayabilir.¹³¹ Bir diğer ifade ile devletler, kamu düzeni gerekçesi ile belirli uyuşmazlıkların tahkimde görülmesini engelleyici hükümler getirebilmektedir. İşte bu durumda, tarafların tahkim yoluna gitme yönündeki irade serbestisinin kısıtlanması sonucu doğmaktadır.¹³²

MTK m 1’de¹³³ ve HMK m 408’de, Türkiye sınırları dahilinde olan taşınmazların aynı haklarına ilişkin uyuşmazlıkların ve iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı düzenlemesi yer almaktadır. Bahsi geçen kanuni düzenlemelerden yapılacak yorumla, Türk hukukunda taraflar, iradeleri ile belirleyebilecekleri konularda tahkim yoluna gidebilecektir.¹³⁴

Bu açıklamalar ışığında doktrinde genel olarak, tarafların, taşınmazın aynına dair konularda, ceza yargılaması alanında, aile ve kişiler hukuku uyuşmazlıklarında, kural olarak idari uyuşmazlıklarda, çekişmesiz yargı işlerinde, kamu düzenine ilişkin konularda tahkim anlaşması yapamayacakları kabul edilmektedir.¹³⁵

¹²⁶ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5. bs, Vedat Kitapçılık 2020) 5; Turgut Kalpsüz ‘Tahkim Anlaşması’ (1. bs, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C 2 Beta Yayıncılık 2003) 1027, 1028.

¹²⁷ Akıncı (n 126) 8.

¹²⁸ Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1. bs, Vedat Kitapçılık 2010) 13.

¹²⁹ Huysal (n 128) 13.

¹³⁰ ibid 13.

¹³¹ Esra Yıldız-Üstün ‘Malpraktis Davalarının Tahkime Elverişliliği: Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği’ (2022) 30 (3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1753, 1758.

¹³² Huysal (n 128) 13-14.

¹³³ Maddenin kenar başlığı “Amaç ve Kapsam” olarak düzenlenmiş olsa da hükmün lafzı nazara alındığında tahkime elverişliliği konu edildiğinin kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz Cansu Yener, ‘Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015) 115.

¹³⁴ Akıncı (n 126) 538; Huysal (n 128) 255; Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkim* (1. bs, Adalet Yayınevi 2015) 10-11.

¹³⁵ Akıncı (n 126) 538; Huysal (n 128) 256; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (1. bs, Beta Yayıncılık 2013) 73 vd.

IV. TÜRK TİCARET KANUNUNUN 105. MADDESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde yabancı tacire izafeten acentesine dava açılabilceğini düzenleyen TTK m 105/2 hükmünün niteliği bakımından temel olarak iki görüş mevcuttur. İlk görüşe göre, TTK m 105/2 hükmü ile yetkili mahkemenin tespiti yönünde bir düzenleme getirilmemekte¹³⁶ fakat, yabancı tacire izafeten acentesine açılan davalar bakımından taraflara ilişkin dava şartları ile ilgili bir düzenleme getirilmektedir.¹³⁷ İkinci görüşe göre ise, TTK m 105/2 ile bir yetki kuralı getirilmektedir.¹³⁸

TTK m 105/2'nin yetki ile ilgili düzenleme getirilmediğini savunan görüşe göre, yabancı ülkede dava açılmasının önlenmesi için kanun koyucu TTK m 105/2 hükmü ile Türkiye'de acentesi marifetiyle işlem yapan yabancı tacirlerin taraf ehliyetini haiz olmasını sağlamaktadır.¹³⁹ Bir diğer anlatımla, bu maddede Türkiye'deki acentesi vasıtasıyla işlem yapan yabancı tacirlerin dava açma ve davaya taraf olma ehliyeti düzenlenmektedir. Böylelikle MÖHUK m 9'da¹⁴⁰ yer alan, tüzel kişilerin davaya taraf olma ehliyetlerinin statülerinde yer alan idare merkezi hukukuna göre belirleneceği kuralına istisna getirildiği savunulmaktadır.¹⁴¹ TTK m 105/2 hükmü ile yetkiye ilişkin bir düzenleme getirilmediğine katılan bir diğer görüşe göre, maddede yalnızca dava ehliyeti açısından bir düzenleme getirilmektedir.¹⁴²

TTK m 105/2 hükmü ile yetkiye ilişkin bir düzenleme getirildiğini savunan bir görüşe göre, tüzel kişilere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme davalı taraf tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olmakla beraber TTK m 105/2 ile bu genel kurala istisna getirilmektedir. Bu hüküm doğrultusunda, yabancı müvekkili adına veya yabancı müvekkiline izafeten acenteye açılacak davalarda acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili mahkemedir.¹⁴³ Diğer bir görüşe göre, TTK m 105/2 hükmü ile yabancı tacirin Türkiye'de

¹³⁶ Yetkili mahkeme tespitinin, MÖHUK m 40'ta yapılan atıfla HMK m 6 genel yetki kuralınca yapılması görüşü hakkında bkz Esen, *İzafeten Dava Hakkı* (n 14) 588. Aynı yönde bkz Külüslü (n 10) 80; Şanlı, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 22) 155-56. TTK m 105 ile bir yetki kuralı getirilmediği görüşüne katılmakla birlikte, TTK m 105 hükmünün bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralı niteliği taşıdığını savunan Güner, söz konusu düzenleme ile yabancılık unsuru içeren bir konuda maddi çözüm getirildiğini savunmaktadır. Konu hakkında açıklamalar için bkz Güner (n 15) 532.

¹³⁷ Doktrindeki görüşler için bkz Cemile Demir-Gökyayla (n 60) 267.

¹³⁸ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 91) 446.

¹³⁹ Şanlı, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 22) 154.

¹⁴⁰ Ehliyet başlıklı MÖHUK m 9: "(1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır. (3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. (4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir. (5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir."

¹⁴¹ Şanlı, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (n 22) 154.

¹⁴² Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, (n 100) 108-14.

¹⁴³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 91) 446.

bulunan acentesi dava takip yetkisini haiz olmasından dolayı şekli taraf teorisine göre davanın tarafı konumunda bulunmaktadır.¹⁴⁴ Bu doğrultuda, Türkiye’de yerleşim yeri veya mutad meskeni olmayan tacire karşı, dava takip yetkilisinin (acentesinin) yerleşim yeri; yerleşim yerinin bulunmaması halinde ise mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu savunulmaktadır.¹⁴⁵ TTK m 105/2’nin Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması sonucunu doğuran bir hüküm olduğunu savunan Yargıtay ise TTK m 105/2 hükmünün niteliği hakkında doktrinden farklı bir yorum yapmaktadır.¹⁴⁶

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir kararda, Yargıtay, uyuşmazlık konusu olayda yabancılık unsurunun bulunduğu tespitini yaparak davada MÖHUK’un uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Ardından taraflar arasındaki konişmentoda yer alan yetki şartının MÖHUK ve TTK hükümlerince incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Türk mevzuatındaki düzenlemelere göre yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda tarafların yetki sözleşmesi akdedebileceğini ancak MÖHUK m 47’ye göre Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu durumlarda yetki sözleşmesi yapılamayacağına değindikten sonra TTK m 105/2 hükmünün son cümlesine göre yabancı tacirler adına Türkiye’de acentelik faaliyetinde bulunulması durumunda yabancı tacir adına Türkiye’de dava açılması halinde MÖHUK m 47 uyarınca Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, bu kabule dayanarak davalı gemi acentesinin müvekkili olan yabancı tacir hakkında mahkemenin yetkisizlik kararı vermesini doğru bulmamış ve bu gerekçeler nedeniyle mahkeme kararını bozmuştur.¹⁴⁷ Aynı yöndeki bir diğer kararında Yargıtay, deniz yolu taşımacılığında kaynaklanan yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin konişmentoda yer alan yetki şartına göre Londra mahkemelerinin yetkili olması nedeniyle verdiği yetkisizlik kararını bozmuştur.¹⁴⁸ Söz konusu kararda Yargıtay, uyuşmazlığa konu olayda yabancılık unsuru bulunması nedeniyle MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerektiğini ardından da olayda konişmentoda yetki şartının bulunması nedeniyle aynı zamanda TTK hükümlerinin de uygulanacağını belirttiikten sonra yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıklarda tarafların yetki sözleşmesi akdedebileceğini, ancak MÖHUK m 47/1’e göre tarafların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldıracak yetki sözleşmeleri yapamayacaklarını, ayrıca MÖHUK m 54/1-

¹⁴⁴ Demir-Gökyayla (n 60) 275.

¹⁴⁵ ibid 275-76.

¹⁴⁶ TTK m 105/2 hükmünün münhasır yetki tesis etmediğini savunan Tüysüz’e göre, TTK m 105/2 hükmünün getirilme amacı, yabancı tacirlere Türkiye’de dava açabilmektir ve madde, davanın yabancı mahkemede görülmesini engelleyecek şekilde kaleme alınmamıştır. Bu nedenle Tüysüz, Yargıtay’ın TTK m 105/2 hükmünün münhasır yetki düzenlemesi getirdiği görüşüne katılmamaktadır. Konu hakkında bkz Cemre Tüysüz, ‘Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi’ (2021) 79 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 507.

¹⁴⁷ Y 11 HD, E 2019/3298, K 2020/2018, T 25.02.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 08.07.2022.

¹⁴⁸ Y 11 HD, E 2019/3799, K 2020/3051, T 22.06.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 08.07.2022.

b'ye göre yabancı mahkemelerin Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konularda karar vermiş olmasının bir tenfiz engeli olarak düzenlendiğini belirtmiştir. Ardından TTK m 105/2 hükmüne göre yabancı müvekkiline izafeten acenteye dava açılabilirliği gibi, acentenin müvekkili adına dava açabilme yetkisine sahip olduğu ve bu hükme aykırı şartların geçersiz olduğu yönünde açıklamalar yapılmış ve TTK m 105/2 hükmü ile kanun koyucunun Türk mahkemelerine münhasır yetki tanıdığı yorumu yapılmıştır. Dava konusu olayda konişmentonun acente tarafından düzenlenmiş olduğuna dikkat çekilmiş ve acentenin müvekkili adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda dava doğrudan yabancı müvekkile açılrsa dahi Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenlerle de Yargıtay somut olayda konişmentoda yer alan yetki şartının geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay, 05.02.2020 tarihli bir diğer kararında¹⁴⁹ öncelikle davalı tarafın acente olması hususunu incelemiş ve TTK m 105/2 gereğince acenteye asaleten ve müvekkiline izafeten dava açılabilirliğini, ayrıca fıkranın son cümlesine göre, yabancı tacirlerin Türkiye'deki acentelerine izafeten dava açılmayacağı yönündeki düzenlemelerin geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Ardından, konişmentoda yer alan yetki şartının TTK m 105/2 hükmü gereğince geçersiz olduğuna hükmedilerek bu gerekçeler doğrultusunda kararın bozulmasına oyçokluğuyla karar vermiştir. Karara ilişkin karşı oy yazısında ise 6102 sayılı TTK m 105/2'nin yabancı müvekkiline izafeten acentesine dava açılması hususunu düzenlediğini, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dair bir düzenleme getirmediği belirtilmiştir.

İncelenen kararlarda da görüldüğü üzere, TTK m 105 ile MÖHUK m 47 hükümleri yabancı tacire izafeten acenteye açılan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde birlikte uygulanmaktadır. Zira acenteler yabancı müvekkilleri adına ve hesabına işlemler yaparken müşterilerle yapmış oldukları sözleşmelere yetki kaydı ekleyerek veya ayrı bir yetki sözleşmesi yaparak uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesi konusunda anlaşabilmektedir. Bunun neticesinde izafeten acenteye dava açılmasını düzenleyen TTK m 105 ile tarafların yabancı mahkeme lehine yetki sözleşmesi yapabilmesini düzenleyen MÖHUK m 47'nin birlikte uygulanması söz konusu olmaktadır.

Yargıtay'ın incelenen kararlarında bu hükümlerin beraber uygulanmasıyla birtakım hukuki sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Öncelikle, uyuşmazlığa konu olayda yabancılık unsurunun bulunması durumunda MÖHUK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yabancı tacire izafeten Türkiye'deki acentesine dava açılması bakımından TTK m 105/2 hükmü gündeme gelecek ve söz konusu hükmün Türk mahkemeleri lehine bir münhasır yetki getirdiği sonucuna ulaşılması ihtimalinde MÖHUK m 47 gereğince Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu durumlarda taraflarca yetki sözleşmesi düzenlenemeyecektir.¹⁵⁰ Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabul edilmesinin bir diğer sonucu, yukarıda

¹⁴⁹ Y 11 HD, E 2019/293, K 2020/953, T 05.02.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 08.07.2022.

¹⁵⁰ Aslan (n 3) 114.

belirttiğimiz üzere tarafların aralarında düzenlediği tahkim anlaşmasının geçersiz olmasıdır. *Aslan*'a göre, yabancı tacire karşı Türkiye'de dava açılabilmesi hususunun düzenlendiği TTK m 105/2 hükmü kanun koyucu tarafından kamu düzeninden kabul edilmekte ve bu nedenle bu hükme aykırı olarak getirilecek hükümler geçersiz kabul edilmektedir.¹⁵¹

Ulaşılan bu sonuca göre, yabancı müvekkile izafeten acenteye açılan davalarda acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisini ortadan kaldıracak düzenlemelerin kanunen geçersiz olması bir anlamda, acenteye Türkiye'de dava açılmasını engelleyecek kayıtların geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü Yargıtay kararlarına göre TTK m 105/2 hükmü, milletlerarası yetkili mahkemeyi tespit eden bir hüküm niteliği taşımaktadır. TTK m 105/2 hükmüne göre davalı taraf acente olduğunda genel yetki kuralı (HMK m 6) gereğince davalı acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkili hale gelecek ve bunun neticesinde yabancı müvekkilini temsil eden acentenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili mahkeme olması sonucunu doğuracaktır. Yabancı tacire doğrudan dava açmayan, onun yerine acentesine dava açan kişilerin Türkiye'de dava açabilmesini sağlayan bu hüküm "yalnızca Türkiye'de dava açılması" sonucuna ulaşılacak biçimde yorumlanmış ve acentenin bulunduğu yer mahkemesinin milletlerarası münhasır yetkili mahkeme olduğu kabul edilmiştir.

Yabancı tacire izafeten acentesine açılan davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğuna davacının hukuki menfaati gözetilerek ulaşıldığı kabul edilse de kanaatimizce bu yorum şekliyle bazı hukuki sorunlara yol açılabilmesi olağandır. Zira, yabancı tacire izafeten acentesine açılan davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilmesiyle tarafların bu tür uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesi yapamamaları veya aralarındaki tahkim anlaşmasının geçersiz olması ya da bu konuda alınmış yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanıma ve tenfize konu edilememesi söz konusu olacaktır.

Münhasır yetkinin niteliğine bakıldığında esasında kamu düzenini ve menfaatini yakından ilgilendiren konularda Türk mahkemelerinin karar vermesinin önemli olduğu durumlarda söz konusu olduğu görülmektedir. Bu nedenle taraflar arasındaki ticari ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda acentenin müvekkilini mahkemede temsil etmesinin bir sonucu olarak davacının Türkiye'de dava açabilmesini sağlamak için Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabulü milletlerarası usul hukuku anlayışı çerçevesinde izahı zor bir durumdur. Bu noktada Yargıtay tarafından verilen kararların kanuna uygun olduğu tarafımızca kabul edilmekle birlikte milletlerarası ticarete faaliyet gösteren tacirlerin salt yurt dışında dava açmalarından doğacak külfet göz önünde bulundurularak Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabulü kanaatimizce doğru değildir. Zira özel hukuk kişileri arasında borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda tarafların yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşması yapabilmesi irade serbestisinin bir gereği kabul edilmektedir. Acentenin yabancı tacir adına akdettiği veya aracılıkta bulunduğu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların yetki sözleşmesi ile yabancı devlet mahkemesinde görülmesi veya tahkim yolunda çözümlenmesi

¹⁵¹ *Aslan* (n 3) 114.

tarafarla kararlaştırılabilir. Sözleşmenin yabancı tacir adına yapılması, sözleşmenin borç ilişkisi doğuran özel hukuk sözleşmesi olması niteliğini değiştirmemektedir. Milletlerarası ticari ilişkilerin gelişmesi, taraf iradeleri ile oluşturulmuş yetki sözleşmelerin veya tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi ile sağlanabilir.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu kabul edilen dava çeşitleri incelendiğinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması için dava konusunun devletin menfaatlerini etkileyecek şekilde önemli ve değerli olduğu görülmektedir. Örneğin taşınmazların aynına ilişkin davalarda Türk mahkemeleri münhasır yetkilidir. Devlet, ülke bütünlüğünün sağlanması için egemenlik hakkı dolayısıyla kendi topraklarını ilgilendiren hususlarda kontrol sahibi olmak istemektedir. Zira münhasır yetki, kamu düzeninin korunması amacıyla mahkemelerin yetkilendirilmesidir. Kamu düzeni kavramının milletlerarası usul hukukunda taraf iradelerinin öne çıktığı yetki sözleşmesi ve tahkim anlaşması konuları bakımından dar yorumlanması gerekmektedir.¹⁵²

Çalışmamızın konusu olan yabancı tacire izafeten acenteye açılan davalarda taraflar arasındaki borç ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar söz konusudur. TTK m 105/2 ile getirilen emredici hükmün amacı, yabancı tacirle acentesi vasıtasıyla işlem yapan tacirin yurt dışında dava açma zorluğuna katlanmamasını sağlamaktır. Bu anlamda, Türk tacirin zayıf konumda olduğu ve korunması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak zayıf tarafın korunmasını sağlayacak hükümler kanunlarda mevcuttur. Sözleşmenin bir tarafının zayıf konumda olduğu iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, açılacak davada zayıf tarafın korunmasına yönelik özel yetki kuralları MÖHUK m 44, 45 ve 46'da düzenlenmiştir. Buna uygun olarak MÖHUK m 47/2 uyarınca MÖHUK m 44, 45 ve 46'da öngörülen Türk mahkemesinin yetkisinin zayıf tarafı korumak amacıyla sınırlı münhasır nitelikte olduğu ve bu nedenle yetki anlaşması ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi suretiyle bu yetkinin bertaraf edilemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁵³

Ayrıca yabancı tacire izafeten Türkiye'de faaliyet gösteren acentesine açılan davalarda dava ile ilgili tebligatlar acenteye yapılmaktadır. Acente, yabancı müvekkili ile aralarında bulunan acentelik ilişkisinden doğan özen yükümlülüğüne ve müvekkilini bilgilendirme yükümlülüğüne uygun olarak dava ile gerekli bilgilendirmeleri yabancı müvekkiline yapmakla yükümlüdür.¹⁵⁴ Ancak hakkında yargılama yapılan kişi olan, bir diğer ifade ile taraf sıfatına sahip olan yabancı müvekkile tebligat yapılmadan yalnızca Türkiye'deki acentesine dava ile ilgili tebligatların yapılması usul hukukunun genel ilkelerine aykırılık teşkil ettiği yorumu yapılmaktadır.¹⁵⁵

¹⁵² Banu Şit, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (1. bs, İmaj Yayınevi 2005) 217.

¹⁵³ Tüysüz (n 146) 498; Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (n 116) 120 vd; Şanlı, Esen ve Ataman-Figanmeşe (n 93) 387-90.

¹⁵⁴ Narbay ve Uyumaz (n 21) 129; Külüşlü (n 10) 91.

¹⁵⁵ Esen, İzaften Dava Hakkı (n 14) 587.

Bu durumda, neticesinde kendisi hakkında karar verilecek olan bir davadan haberdar edilmesi acentesinin inisiyatifine bırakılmış olan yabancı müvekkilin hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği savunulmaktadır.¹⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 6. maddesinde yer alan hukuki dinlenilme hakkı, Anayasamızın 36. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma hakkının usul hukukundaki yansımasıdır.¹⁵⁷ HMK m 27’de yer alan düzenlemeye göre, davanın tarafları ve diğer ilgililer bu hakka sahiptirler. Maddeye göre bu hakkın kapsamı, yargılama hakkında bilgi sahibi olunması, açıklama ve ispat hakkı ve hâkimin tarafların iddia ve savunmalarını dikkate alarak kararını somut ve gerekçeli olarak vermesi olarak nitelendirilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında izafeten yabancı tacire açılan davalarda tebligatın kendisini temsil eden acenteye yapılması doktrinde¹⁵⁸ hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir. Ancak, acentenin müvekkilini mahkemede temsil yetkisinin hukuki niteliğinin esasında avukatla temsil kuralının bir istisnası niteliğini taşıdığı ve vekille takip edilen işlerde vekile tebligat yapılmasının yeterli olduğu kanaatini taşımaktayız. HMK m 73, 81, 82 ve 83 ile AvK m 41 ve Tebligat Kanunu¹⁵⁹ m 11 gereğince vekille takip edilen işlerde vekile tebligat yapılması zorunludur.¹⁶⁰ Kanun hükmündeki vekil ifadesinden yalnızca avukatların anlaşılması gerekmemektedir. Konumuz kapsamında, yabancı tacire izafeten acentesine açılan davalarda acentenin vekil konumunda bulunduğu kabul edildiğinden bu davalarda tebligatın acenteye yapılması kolaylık olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁶¹ Bu durumda, acenteye yapılan tebligatın ardından acentenin taciri bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu sayede, müvekkilin hak arama hürriyeti ve hukukî dinlenilme hakkının ihlal edilmesi endişeleri bu konuda acentenin müvekkilini bilgilendirmesi ile bertaraf edilebilir.

Sonuç olarak, TTK m 105/2 hükmünün değiştirilerek hem usul hem de maddi hukuk açısından birçok tartışma barındıran izafeten dava hakkının kaldırılması ve acentenin bulunduğu yer mahkemesinin acentenin aracılıkta bulunduğu veya müvekkili adına akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yetkili olması sağlanarak sorunun çözülmesi mümkün görünmektedir. Bu sayede davasını Türkiye’de açmak isteyen davacı taraf korunmuş olacak ve münhasır yetkili olmasa da milletlerarası yetkiyi haiz bir Türk mahkemesi hazır bulunacaktır. Ayrıca bu çözüm ile Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olması kabulünün neticesi olan yetki sözleşmelerinin ve tahkim anlaşmalarının geçersiz olması sonucu ortadan kaldırılmış olacaktır.

¹⁵⁶ Esen, İzafeten Dava Hakkı (n 14) 589.

¹⁵⁷ Hakan Pekcanitez, ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’ 754 <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>> Erişim Tarihi: 15.08.2022.

¹⁵⁸ Esen, İzafeten Dava Hakkı (n 14) 590-591.

¹⁵⁹ 11.2.1959 tarih ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu (RG 19.2.1959/10139).

¹⁶⁰ Y 8 HD, E 2016/7148, K 2016/9420, T 30.05.2016 <<http://kazanci.comtr>> Erişim Tarihi: 28.07.2022.

¹⁶¹ Özgenç (n 28) 752.

SONUÇ

Tacir yardımcılarından olan acentenin müvekkilini mahkemede temsil etme yetkisi TTK m 105/2 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, acentenin aracılıkta bulunduğu veya müvekkili adına akdettiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, acente müvekkili adına dava açabilir ve kendine de bu sıfatla dava açılabilir. Ancak yabancı tacirler adına acentelik yapanlar bakımından bu hükme aykırı şartlar getirilemeyeceği TTK m 105/2 son cümlesinde ifade edilmiştir. 1926 tarihli Ticaret Kanununda temelleri atılan izafeten dava hakkı, 1956 ve 2011 tarihli Türk Ticaret Kanunlarında da yer almıştır. Düzenlemenin amacı, yurt dışında bulunan yabancı tacirle Türkiye'deki acenteleri vasıtasıyla işlem yapan kişilerin söz konusu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda yurt dışında dava açma külfetine katlanmak zorunda kalmadan Türkiye'deki acenteye müvekkiline izafeten dava açabilmesini sağlamaktır.

Milletlerarası ticarete tarafların aralarındaki sözleşmeye yetki kaydı eklemesi veya müstakil bir yetki sözleşmesi düzenlemesi olağan karşılanmaktadır. Ancak tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren yetki sözleşmesi yapabilmesinin şartları ve sınırları bulunmaktadır. MÖHUK m 47/1 hükmüne göre, münhasır yetkinin bulunmadığı durumlarda taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların yabancı mahkemede görülmesi için yetki sözleşmesi düzenlenebilir. Acentenin aracılık ettiği veya müvekkili adına yaptığı sözleşmede uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesi için yetki kaydı bulunması muhtemeldir. Aynı şekilde taraflar aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yolunda çözümlenmesi için tahkim anlaşması yapmış olabilirler. Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması gerekmektedir. Tahkime elverişlilik, devletlerin siyasi, ekonomik ve sosyal durumlarına göre değişkenlik gösterdiğinden bir ülke bakımından tahkime elverişli olan husus diğer bir devlet bakımından tahkime elverişli olmayabilir. Ancak milletlerarası uygulamada ağırlıklı olarak tahkime elverişli kabul edilmiş bir konunun diğer ülkeler için de tahkime elverişli hale gelebileceği söylenebilir.

Taraf iradeleri ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi veya tahkim yoluna gidilebilmesi için aşılması gereken önemli şartlardan biri Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunmasıdır. Zira kanun koyucu tarafların her konudaki uyuşmazlıkları için yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşması düzenleyebilmesini istememekte; özellikle kamu düzeni ve devletin egemenlik hakkıyla ilişkili konularda taraf iradelerini sınırlayıcı düzenlemeler getirmektedir. Bu bağlamda yabancı tacire karşı Türkiye'de dava açılması amacını taşıyan TTK m 105/2 hükmünün uygulanması bakımından taraf iradelerinin sınırlandırıldığı söylenebilecektir.

Yargıtay'ın son dönemlerde vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, TTK m 105/2 hükmünün Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu sonucuna ulaştığı görülmektedir. Ancak münhasır yetkinin kamu düzeni ve menfaatini yakından ilgilendiren durumlarda gündeme geldiği ve davanın mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesi sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir. Çalışmamızın konusu bakımından taraflar arasında borç ilişkisinden

doğan bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu, acentenin aracılık ettiği veya müvekkili adına yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olmasını gerektirecek bir kamu menfaatinin bulunmadığı kanaatini taşımaktayız. Hükmün gerekçesinde, davacı tarafın yurt dışında dava açma külfetinden kurtulması için getirilmiş bir düzenleme olduğu ifade edilen TTK m 105 hükmünde, Türk mahkemelerinin yetkisini tesis için bir düzenleme getirilmediği görölmektedir. Bu anlamda tarafların iradeleri doğrultusunda meydana getirmiş oldukları yetki sözleşmelerinin ve tahkim anlaşmalarının geçersiz olduğu sonucuna ulaşılması, irade serbestisinin kısıtlanmasına neden olmaktadır. Bu anlamda, Türkiye'deki acentesi vasıtasıyla işlem yapan yabancı tacire izafeten acentesine dava açılması imkânı getiren hükmün kaldırılması ve yabancı tacirin acentesi ile işlem yapan kişilerin Türkiye'de dava açabilmesine imkân tanıyacak bir yetki kuralının getirilmesi ile mevcut hukuki sorunların çözüme kavuşturabileceğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Akduman E, 'Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi' (2020) 15 (163) Terazi Hukuk Dergisi 466
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5. bs, Vedat Kitapçılık 2020)
- Altay SA, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi' (2010) Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan 223
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş* (22. bs, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016)
- Aslan A, 'Acentelerin Davada Temsil Yetkisi ve Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu' Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu -IV- (Tebliğler ve Tartışmalar) (23 Ekim 2020, On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Arslan R vd, *Medenî Usul Hukuku* (8. bs, Yetkin Yayıncılık 2022)
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (5. bs, Yetkin Yayıncılık 2022)
- Ayan Ö, '6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Acentelik Kısımında Getirdiği Yenilikler' (2012) 12 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79
- Aybay R ve Özbek N, *Vatandaşlık Hukuku* (4. bs, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015)
- Ayhan R, Özdamar M ve Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (9. bs, Yetkin Yayınları 2016)
- Bahtiyar M, *Ticari İşletme Hukuku Ders Notları-Soru Örnekleri* (16. bs, Beta Yayıncılık 2015)
- Berzek A, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (10. bs, Beta Yayıncılık 2013)
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Ticaret Hukuku Bilgisi* (7. bs, Dora Yayıncılık 2014)
- Bozer A ve Göle C, *Ticari İşletme Hukuku* (3. bs, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015)
- Cumalıoğlu E, 'Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi' (2008) 3(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 431
- Çeker M, *Ticaret Hukuku Genel Esaslar* (2. bs, Karahan Kitabevi 2015)
- Çelikel A ve Öztekin-Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (26. bs, Beta Yayıncılık 2021)
- Daniş Akkan Ç, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Etme Yetkisi' (2008) 24 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 219
- Demir-Gökyayla C, *Ticari Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (1. bs, Vedat Kitapçılık 2021)
- Demirtaş N, 'Acentenin Davada Müvekkilini Temsil Etmesi' (2019) 5 (1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7. bs, Savaş Yayınevi 2021)

- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, (17. bs, Savaş Yayınevi 2021)
- Doğan V, *Türk Yabancılar Hukuku* (6. bs, Savaş Yayınevi 2021)
- Domaniç H, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları* (4. bs, Temel Yayınları 1988)
- Domaniç H, *Türk Ticaret Hukuku Şerhi* (1. bs, Temel Yayınları 1988)
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (1. bs, Beta Yayıncılık 2013)
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2. bs, Beta Yayıncılık 2000)
- Erdem BB, *Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (1. bs, Beta Yayıncılık 2003)
- Ergin N, 'Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu' (1974) 40 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 393
- Eriş G, *İçtihatlı-Açıklamalı 6335-6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler* (2. bs, Seçkin Yayıncılık 2014)
- Esen E, 'Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanunu'nun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi' (2021) 41 (2) Public and Private International Law Bulletin 581
- Esen E, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2002) 22 (2) Public and Private International Law Bulletin 183
- Güner C, 'Türk Ticaret Kanunu'nun 'Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi'ne İlişkin Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 10 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2. bs, Yetkin Yayıncılık 2021)
- Huysal B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1. bs, Vedat Kitapçılık 2010)
- İbiş Ç, 'Milletlerarası Yetki Sözleşmeleri' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018)
- Kalpsüz T, 'Müvekillere İzafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması' (1983) 12 (1) BATİDER 1
- Kalpsüz T, 'Tahkim Anlaşması' (1. bs, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C 2 Beta Yayıncılık 2003) 1027
- Kaya A, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Birinci Kitap Ticari İşletme Yedinci Kısım Acentelik (TK m 102-123)* (2. bs, Beta Yayıncılık 2016)
- Kaya Mİ, *Acentelik Hukuku* (1. bs, Adalet Yayınevi 2014)
- Kayhan Ş, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi* (4. bs, Seçkin Yayıncılık 2011)
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2011)

- Korucu Y, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim* (1. bs, Adalet Yayınevi 2015)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6. bs, Demir Demir Yayıncılık 2001)
- Külüşlü E, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi* (1. bs, On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Narbay Ş ve Uyumaz M, 'Acentenin Müvekkili Mahkemede Temsil Yetkisi' (2013) 11 (121) *Legal Hukuk Dergisi* 101
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (20. bs, Beta Yayıncılık 2013)
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. bs, Beta Yayıncılık 2018)
- Özgenç Z, 'Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Yabancı Müvekkilini Davada Temsil Yetkisi' (2022) 12 (1) *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 718
- Pekcanitez H, 'Hukuki Dinlenme Hakkı' <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Pekcanitez.pdf>> Erişim Tarihi: 15.08.2022
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özkes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4. bs, Yetkin Yayıncılık 2016)
- Pekcanitez H ve Taş Korkmaz H, 'Taraflar' iç Hakan Pekcanitez vd (eds), *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku C I* (15. bs, On İki Levha Yayıncılık 2017)
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (15. bs, Vedat Kitapçılık 2015)
- Susuz K, 'Acentenin Tacir Adına Dava Açma ve Tacire Karşı Açılan Davalarda Taciri Temsil Yetkisi' (2011) (110) *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* <www.e-akademi.org> Erişim Tarihi: 15.08.2022
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5. bs, Vedat Kitapçılık 2016)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. bs, Beta Yayıncılık 2019)
- Şit B, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1. bs, İmaj Yayınevi 2005)
- Tüysüz C, 'Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Yetkisine İlişkin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Hükümlerin Yabancı Mahkeme Lehine Akdedilen Yetki Anlaşmalarına Etkisi' (2021) 79 (2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 485
- Üçüncü H, 'Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi' (2013) 17 (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 961
- Yener C, 'Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015)
- Yıldız-Üstün E, 'Malpraktis Davalarının Tahkime Elverişliliği: Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği' (2022) 30 (3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1753