



# HUKUK DERGİSİ

HAKEMLİ DERGİ

ÖZEL SAYI

**Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı**



YAZILIM TİCARET  
LİMİTED ŞİRKETİ

# LEGES HUKUK DERGİSİ

## HAKEMLİ DERGİ

Leges Yazılım Tic. Ltd. Şti. adına

**Sahibi ve Sorumlu Müdür**

Ömer Faruk KAHRAMAN

**Editör**

Av. Zehra Birsen YAMAK

Av. Mustafa ÖZBEK

### **Yayın Danışmanı**

Av. Aydın Barış HASÇAĞAN

### **Kültür - Sanat Danışmanı**

Av. Zehra Birsen YAMAK

**Yıl : 10**

**Sayı : ÖZEL SAYI**

ISSN 1309-9620

**Yayın Türü :** Yaygın Süreli Yayın

Her ay yayımlanır

**Basıldığı Yer :** Yıldız Matbaacılık ve Baskı Sistemleri

Ziya Gökalp Mah.42/4 Sok.No:18/2 Zeytinburnu - İSTANBUL - TÜRKİYE

### **Yönetim Yeri :**

Sümer mah. 29/5 sok. No:2 Nur Apt. K: 4 D:11 Zeytinburnu-İstanbul-TÜRKİYE

Tel: 0212 547 60 82

www.legesakademi.net - www.leges.com.tr • e-posta: leges@leges.com.tr

Kapak Tasarım : LegesGraf

Dizgi - Tasarım : LegesGraf

Düzeltilen : Leges Yazılım

### **REKLAM TARİFESİ**

İç Sayfalar (Siyah-Beyaz) - 2000.TL +KDV

Kapak Karşılığı - 3500.TL +KDV

İç Kapaklar - 4000.TL +KDV

Arka Kapak - 5000.TL +KDV

İnsört (4 Sayfa) - 4000.TL +KDV

Copright 2010 - Bu derginin tüm yayın hakları Leges Yazılım Tic. Ltd. Şti.'ye aittir.

Her hakkı saklıdır. Alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

**YILLIK ABONELİK BEDELİ (12 SAYI): PEŞİN 600 TL - VADELİ 680 TL**

## YAYIN KURULU

- ◆ **Prof. Dr.** Ufuk AYDIN Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Yusuf KARAKOÇ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** İsmail KAYAR Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Murat KAYIKCI Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Köksal KOCAAĞA Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Mesut ÖNEN Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Feridun YENİSEY Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Doç.Dr.** Ebru CEYLAN İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Hakim** Derya KONAK
- ◆ **Hakim** Güler AYBERK
- ◆ **Av.** Rifat ÇULHA
- ◆ **Av.** Selçuk HANEGELİOĞLU

## DANIŞMA KURULU

- ◆ **Prof. Dr.** Nüvit GEREK Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Didem ALGANTÜRK LIGHT İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Walter ANDREWS University of Washington
- ◆ **Prof. Dr.** Mustafa AVCI Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Ali AKYILDIZ Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Ufuk AYDIN Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Ali Şafak BALI Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Vladimir BELYAKOV Russian Academy of Sciences
- ◆ **Prof. Dr.** Uwe BLAESING Universiteit Leiden
- ◆ **Prof. Dr.** Bernt BRENDMEON University of Oslo

- ◆ **Prof. Dr.** Valerij BOVTUN Altay Devlet Teknik Üniversitesi
- ◆ **Prof. Dr.** Maria ÇIKIA Bilimler Akademisi
- ◆ **Prof. Dr.** Ramazan ÇAĞLAYAN Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Mustafa ÇEKER Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Abdullah DİNÇKOL Doğu Üniversitesi Rektörü
- ◆ **Prof. Dr.** Yücel ERTEKİN Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Gavril GAVRILEVIÇ FILIPPOV NEF Üniversitesi
- ◆ **Prof. Dr.** Hüseyin HATEMİ İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Halil KALABALIK Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Yusuf KARAKOÇ Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** İsmail KAYAR Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** M.Macit KENANOĞLU İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Ahmet KILIÇOĞLU Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Stale KNUDSEN University of Bergen
- ◆ **Prof. Dr.** Köksal KOCAAĞA Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Nevzat KOÇ İstanbul Medipol Üniversitesi
- ◆ **Prof. Dr.** Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Tekin MEMİŞ Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Mesut ÖNEN İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Demet ÖZDAMAR Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Selçuk ÖZTEK Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Bravina Rozalia INNOKENTYEVNA SAHA Cumhuriyeti Bilimler Akademisi
- ◆ **Prof. Dr.** Oğuz SANCAKDAR Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Almagul SARYMSAKOVA Kazakistan Amerikan Üniversitesi
- ◆ **Prof. Dr.** Pervin SOMER Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Kemal ŞENOCAK Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Ali Dursun ULUSOY Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** M.Fatih UŞAN Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Prof. Dr.** Feridun YENİSEY Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- ◆ **Doç. Dr.** Müslüm AKINCI Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Doç. Dr.** Şahin BAĞIROV Azerbaycan Milli İlimler Akademisi
- ◆ **Doç. Dr.** Ebru CEYLAN İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Doç. Dr.** Fatma KOCABAŞ Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
- ◆ **Doç. Dr.** İbrahim SUBAŞI Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Doç. Dr.** Metin TOPÇUOĞLU Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Doç. Dr.** Esra YAKUT Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Yard. Doç. Dr.** Ahmet Haluk ATALAY Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Yard. Doç. Dr.** Mesut AYGÜN Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Yard. Doç. Dr.** Emel BADUR Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Yard. Doç. Dr.** Filiz TEPECİK Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Yard. Doç. Dr.** Gamze TURAN BAŞARA Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- ◆ **Yard. Doç. Dr.** Bülent YÜCEL Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# İÇİNDEKİLER

## MAKALELER

- ❑ Borçlusunun, Üçüncü Kişilerdeki ‘Hak Ve Alacakları’nı / ‘İpotek Hakkı’nı Haczedene Alacaklı, Hangi Durumlarda İcra Müdürlüğünden İİK. m.120/II Uyarınca “Üzerine Haciz Koyduğu ‘Hak ve Alacağı’nı / ‘İpotek Hakkı’nın Tahsil Yetkisinin Kendisine Verilmesini” İstemek Zorundadır  
**Av. Talih UYAR** İzmir Barosu Avukatlarından  
(9 Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.) ..... 13
- ❑ Yargı Reformu Birinci Paketi ve CMK’daki Değişiklikler Ne Getiriyor?  
**Av. Celal ÜLGEN**..... 20
- ❑ Şartla Salıverme Uygulamalarının Tarihsel Gelişimi  
**Celal Hakan KAN** - Adana Cumhuriyet Savcısı..... 25
- ❑ Ticaretin Kuralları  
**Abdurrahman ÖZALP** - ICC Türkiye Bankacılık Komisyon Başkanı ..... 50
- ❑ Paya Dayalı Kitle Fonlamanın Temelleri  
**Yavuz AKBULAK** - SPK Başuzmanı ..... 55
- ❑ Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Kusursuzluk ve Uygun İlliyet Bağlı Karinelerinden Yararlandığı Haller (TTK m. 1182)  
**Av. Şafak TÜRKEN** ..... 86
- ❑ Hukuk Yargılamasında Yetki, Dava Dilekçesi, Yargılama Safhaları  
**Av. Necdet YILDIRIM** - Mersin Barosu / Çağ Üniversitesi Sosyalbilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi ..... 107
- ❑ Adi Ortaklık Sözleşmesi İle Ürün Kirası Sözleşmesinin Karşılaştırılması  
**Av. Ayberk BAĞCI**..... 125

## TEŐEKKÜR

MedenileŐme dőzeyi arttıka hukuka olan ihtiyaın paralel olarak arttığı gerçeğinden anlaşılıyor ki; değerli hukukçulara ihtiyaç da aynı doğrultuda artmaktadır. Hukukun üstünlüğü için hayatını adayan değerli hocamız Prof. Dr. Saim Üstündağ'ın 2012 yılında aramızdan ayrılıŐı anısına, değerli çalıŐmalarını paylaşan Sayın Av. Prof. Dr. H. Tamer İNAL, Av. Talih UYAR, Av. Celal ÜLGEN, Adana Cumhuriyet Savcısı Celal Hakan KAN, ICC Türkiye Bankacılık Komisyon Başkanı Abdurrahman ÖZALP, SPK Başuzmanı Yavuz AKBULAK, Av. Şafak TÜRKEN, Av. Necdet YILDIRIM ve Av. Ayberk BAĞCI'ya ve emeği geçen herkese LEGES ailesi olarak sonsuz teŐekkürlerimizi sunarız.

Hukuk deryasında bir damla da olsa katkımız olması ümidiy-le....

**Av. Mustafa ÖZBEK**  
Genel Yayın Yönetmeni

## TAKDİM

### HOCAM, PROF. DR. SAİM ÜSTÜNDAĞ'A SAYGILARIMLA

Değerli Hocam merhum Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ'ın ilk defa 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dördüncü sınıfta öğrencisi oldum. Kendisi icra iflas derslerimize giriyordu ve ben, diğer derslerimde olduğu gibi, bu dersleri de düzenli olarak takip ediyordum. Oldukça teknik bir dersti ve çok yoğun işleniyordu. Bu nedenle çok iyi takip etmek ve bir derse gelirken, bir öncekini tekrar gözden geçirmek gerekiyordu ki, anlatılan konular iyi anlaşılabilirdi. Sayın Hocamız'ın da sınavlarının çok zor olduğunu bildiğimden, bu derse özel bir önem veriyordum.

Bu dersle ilgili anımı burada paylaşmak istiyorum. Bu olay beni çok onurlandırmış ve medeni cesaretimi arttırmıştır. Olay şöyle olmuştu: Yine bir derste bir konu işlenmiş ve arkasından Hocamız sınıfa bir soru yöneltmişti. Şimdi ismini hatırlayamayacağım bir arkadaşımız, bu soru üzerine, konuya ilişkin olarak verilen bir örneği kavrayamadığını ve tekrarlanmasını rica etti. Bu sırada Hocamız da kürsüden inmiş ve sıralar arasında dolaşıyordu. Arkadaşımızın bu talebini ilettiği sırada Hocamız tam da benim oturduğum koltuğun yanında duruyordu. Alışkanlık olacak, ben ikinci sınıftan itibaren hep aynı yerde otururdum. O da, kürsüden bakıldığında sağ bölümün ikinci sırasının birinci koltuğu idi. Sıra başı olduğu için, Hocamız kolaylıkla uzandı ve eliyle sırtıma dokunarak, kürsüye gitmemi ve söz konusu örneği tekrar benim anlatmamı istedi. Ben ilk önce çok şaşır-dım ve açıkçası, tüm sınıfın huzurunda bunu yapıp yapamayacağım konusunda bir an için endişe yaşadım. Zira, bir üniversitede kürsüye çıkacak ve diğer öğrencilere bir şeyler söyleyecektim. Bu o zamanlar hiç hayalini dahi kuramayacağım bir durumdu.



Tereddüt ettiğimi gören Hocamız benden olan talebini tekrarlayınca, yerimden kalkıp kürsüye gittim ve dilim döndüğünce örneği sınıfa açıklamaya başladım. İlk cümlelerimde sesim titriyordu ve ben dahi ne söylediğimi duyamıyordum. Fakat, sınıfın beni hayret ve ilgiyle dinlediğini fark edince, birden cesaretim arttı ve konuşmaya devam ettim. Sanırım sonunda Hocamızın bana verdiği görevi amacına ulaştırmıştım. Dersten sonra bir kaç arkadaşım beni cesaretimden dolayı tebrik etti.

Şimdi o anı hatırlıyorum ve bir profesörün öğrencisinden böyle bir istekte bulunmasının o öğrenci açısından ne kadar onur verici bir davranış olduğunu daha iyi idrak ediyorum. Hocam bana güvenmiş ve bunu tüm sınıfa göstermişti. Bu benim için, aynı zamanda ilk defa bir kürsüden bir topluluğa hitap etme tecrübesiydi.

Ayrıca belirteyim ki, icra iflas sınavının finalinden aldığım not nedeniyle, sınav listesinde notların işlendiği sütunun yanında yer alan açıklama kısmına da “üstün başarı” cümlesi yazılmıştı. Bu da bana, Hocamızın başka bir teveccüh göstergesiydi.

Hocamız ile bağlantım, mezun olduktan sonra da devam etti. 1985 yılında doktora için Almanya’ya gitmiştim, fakat Türkiye’ye geldiğim zamanlar, fırsat buldukça Hocamızı da ziyaret ediyordum.

Doktoramı tamamlayıp, Türkiye’ye döndükten bir süre sonra doçentlik tez çalışması için konu arayışına girdim. Almanya’daki eğitimim döneminde, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Federal Mahkeme kararlarında da sıkça gündeme gelen, çok tartışmalı bir konuydu. Ben de bir ziyaretimde Hocamıza bu konudan söz ettiğimde, başka bir şey düşünmeye gerek olmadığını, bu konuyu ele almamın çok yerinde olacağını söyleyerek, benim bu husustaki kararımı pekiştirmiş oldu.

Sevgili Hocamı, bana sana sağladığı destek ve öğrettikleri için, şimdi minnetle anıyorum.

**Prof. Dr. Veliye YANLI**

# MAKALELER

- ◆ BORÇLUSUNUN, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEKİ 'HAK VE ALACAKLARI'NI / 'İPOTEK HAKKI'NI HACZEDEN ALACAKLI, HANGİ DURUMLARDA İCRA MÜDÜRLÜĞÜNDEN İİK. m.120/II UYARINCA "ÜZERİNE HACİZ KOYDUĞU 'HAK VE ALACAĞIN' / 'İPOTEK HAKKI'NIN TAHSİL YETKİSİNİN KENDİSİNE VERİLMESİNİ" İSTEMEK ZORUNDADIR

**Av. Talih UYAR** İzmir Barosu Avukatlarından  
(9 Eylül Üniv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

- ◆ YARGI REFORMU BİRİNCİ PAKETİ VE CMK'DAKİ DEĞİŞİKLİKLER NE GETİRİYOR?

**Av. Celal ÜLGEN**

- ◆ ŞARTLA SALIVERME UYGULAMALARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

**Celal Hakan KAN** Adana Cumhuriyet Savcısı

- ◆ TİCARETİN KURALLARI

**Abdurrahman ÖZALP** ICC Türkiye Bankacılık Komisyon Başkanı

---

◆ PAYA DAYALI KİTLE FONLAMASININ TEMELLERİ

**Yavuz AKBULAK** SPK Başuzmanı

---

◆ DENİZ TAŞIMACILIĞINDA TAŞIYANIN KUSURSUZLUK VE UYGUN İLLİYET BAĞI KARİNELERİNDEN YARARLANDIĞI HALLER

**Av. Şafak TÜRKEN**

---

◆ HUKUK YARGILAMASINDA YETKİ, DAVA DİLEKÇESİ, YARGILAMA SAFHALARI

**Av. Necdet YILDIRIM** Mersin Barosu /

Çağ Üniversitesi Sosyalbilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

---

◆ ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ İLE ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

**Av. Ayberk BAĞCI**

---



**BORÇLUSUNUN, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERDEKİ ‘HAK VE ALACAKLARI’NI / ‘İPOTEK HAKKI’NI HACZEDEN ALACAKLI, HANGİ DURUMLARDA İCRA MÜDÜRLÜĞÜNDEN İİK. m.120/II UYARINCA “ÜZERİNE HACİZ KOYDUĞU ‘HAK VE ALACAĞIN’ / ‘İPOTEK HAKKI’NIN TAHSİL YETKİSİNİN KENDİSİNE VERİLMESİNİ” İSTEMEK ZORUNDADIR\***

*Av. Talih UYAR\*\**

Borçlunun üçüncü kişilerdeki ‘hak ve alacakları’ nı / ‘ipotek hakkı’ nı haczedenden alacaklı;

- a) Hangi durumlarda, icra müdürlüğünden İİK. m.120/II uyarınca “üzerine haciz koyduğu ‘hak ve alacağın’ / ‘ipotek hakkı’ nın tahsil yetkisinin kendisine verilmesini” istemek zorundadır?
- b) Borçlunun üçüncü kişilerdeki ‘hak ve alacak’ ları / ‘ipotek hakkı’ üzerine haciz koyan alacaklının bu haczi ‘ne zaman’ düşer?

\*

Bilindiği gibi “ödeme yerine alacakların devri” başlıklı İİK.’nun 120/II. maddesinde “haczedilen alacağın tahsil için devri” konusu düzenlenmiştir.

Bu madde uyarınca, borçlusunun üçüncü kişideki alacağı üzerine haciz koyan alacaklı, icra dairesinden “bu alacağın takip yetkisinin kendisine devredilmesini” talep edebilir. Bu yetkiyi alan alacaklı, gerekli masrafları kendisi karşılamak suretiyle alacağın tahsili için her türlü işlemi kendisi yapar. Bunun sonucunda, tahsil edilen miktardan öncelikle ‘alacağı tahsil için devralmış olan alacaklı’ yararlanır.

\* Bu yazı, bir dava dosyasına “Uzman Görüşü” (Hukuki Mütalâa) “HMK. m.293” olarak sunulmuştur.

\*\* Dokuz Eylül Ün. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.

Bu durumda, icra müdürü ‘*alacağı tahsil için devralan alacaklıya*’ bir ‘*belge*’ verir. Bu ‘*belge*’ye dayalı olarak, alacağı devralmış olan alacaklı, alacağın tahsili için ‘*dava*’ açar, ‘*icra takibi*’ yapar veya mevcut (başlamış) bir ‘*icra takibi*’ (dosyası) varsa, bu dosyaya elindeki ‘*belge*’yi sunarak o ‘*takip*’e devam eder.<sup>1</sup>

Bu maddedeki düzenleme, iflas hükümleri içinde yer alan “*münazalı hakların talep eden alacaklılara temliki*” başlıklı İİK.’nun 245. maddesinin<sup>2</sup>, icra hukukundaki karşılığı teşkil etmektedir.....

Bir alacaklı, “*borçlusunun, üçüncü kişideki hak ve alacağı/ipotek alacağı*”<sup>3</sup> üzerine veya “*borçlusunun ‘alacaklı’ sıfatıyla takipte bulunduğu bir icra dosya-sına haciz koyarak bu dosyada tahsil edeceği paranın kendisine ödenmesini*” isterse, alacaklının ayrıca –borçlusunun, üçüncü kişideki hak ve alacağına haciz koydurduğu tarihten itibaren İİK.’nun 106. maddesinde öngörülen 6 aylık süre içinde- icra müdürlüğüne başvurarak **İİK.’nun 120/II maddesine göre** “*üzerine haciz koyduğu bu alacağı takip yetkisinin de kendisine verilmesini*” istemesi gerekir mi? Yoksa, alacaklının “*üzerine haciz koydurduğu (dosyadaki) paranın kendi dosyasına gönderilmesini*” -6 ay içinde- istemesi yeterli midir?

**Yüksek mahkeme**, bu konudaki uyuşmazlığı (sorunu) şöyle bir ayırım yaparak çözmüştür:

**a-A)** Eğer, alacaklının haciz koyduğu ‘*hak ve alacak*’/ ‘*hapis hakkı*’ henüz bir icra takibine konu yapılmamışsa veya ‘*bu hak ve alacak*’/ ‘*hapis hakkı*’ bir icra takibine konu yapılmış olmakla beraber icra dosyasında, borçludan tahsil edilmiş herhangi bir para yoksa, yani alacaklı “*bu dosyada, ileride tahsil edilecek paranın kendisine ödenmesini*” istemiş-

1 Ayrıntılı bilgi için bknz: **BULUT, U.** İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, 2013, s:215 vd. – **KURU, B.** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s:295 – **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s:632 vd. – **UYAR, T./ UYAR, A./UYAR, C.** İİK. Şerhi, C:2, 3. Baskı, 2014, s:2182 vd. – **PEKCANITEZ, H./ ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, 2013, s:378 vd. – **COŞKUN, M.** Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, 5. Baskı, 2016, C:2, s:2544 vd.

2 İİK. m.245 “Alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkı isteyen alacaklıya devrolunur. Hasıl olan neticeden masraflar çıkarıldıktan sonra devralanın alacağı verilir ve artanı masaya yatırılır.”

3 Bknz: 12.HD. 14.11.2013 T. 26641/36040; 12.HD. 01.11.2013 T. 24026/34330 (www.e-uyar.com)

se, alacaklının bununla yetinmeyip, icra müdürlüğünden ayrıca, “*üzerine haciz koyduğu bu ‘hak ve alacağın’, ‘ipotek hakkı’nın takip yetkisinin de kendisine verilmesini*” istemesi gerekir. Bu husus **yüksek mahkemenin** 12. HD. 20.10.2015 T. E:12762 K:25154 sayılı kararında (EK-1) şu şekilde açık seçik belirtilmiştir:

*“Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları İİK.nun 106. maddesinin 2. fıkrası uyarınca menkul hükmündedir. Bu nedenle haciz hakkında İİK.nun 106 ve 110. maddeleri uygulanır. Fakat borçlunun hak ve alacağının taşınır satışı gibi satışı söz konusu olmaz. İcra ve İflas Kanununda, satışın dışında, özel paraya çevrilme usulleri düzenlenmiştir. Bunlardan birisi de İİK.nun 120/II. maddesidir. Bu maddeye göre, borçlunun üçüncü kişideki hak ve alacaklarının haczi halinde, alacaklı, icra müdüründen takip yetkisi alarak haczedilen hak ve alacağın tahsilini sağlamalıdır. Bir diğer anlatımla haczedilen hak ve alacağı paraya çevirmelidir. İşte borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacağının haczinde, ‘satış talebi’nden anlaşılması gereken, İİK.nun 120/II. maddesi uyarınca ‘yetki talebi’nde bulunmaktır. Buna göre, alacaklı, hak ve alacağın haczinden itibaren İİK.nun 106. maddesinde öngörülen 6 aylık sürede icra müdürlüğüne başvurarak İİK.nun 120/II. maddesine göre kendisine yetki verilmesini talep etmelidir.”*

Peki alacaklı, burada bahsedilen 6 aylık sürede “*kendisine bu alacağın takip yetkisinin verilmesini*” talep etmezse ne olur?

Bu sorunun cevabını **yüksek mahkeme**;

*“.....Aksi halde, İİK.’nun 110. maddesi uyarınca konulmuş olan haciz düşer.”*

şeklinde belirtmiştir.

**Yüksek mahkeme** alacaklının, borçlusunun üçüncü kişideki ‘*hak ve alacağı*’ / ‘*ipotek hakkı*’ üzerine haciz koydurması veya borçlusunun ‘*alacaklı sıfatıyla*’ takipte bulunduğu takip dosyası üzerine haciz koydurması halinde, alacaklının, oturup o dosyaya para yatmasını beklemesini istememektedir. Çünkü, uygulamada, borçlunun bir dosya üzerine takip alacaklısının borcundan dolayı haciz konulması halinde, takip alacaklısı-

nın, takip borçlusunu ile haricen anlaşarak o dosyayı fiilen sona erdirdikleri bilindiğinden, borçlunun alacaklısının, daha aktif bir rol üstlenerek, icra müdürlüğünden ‘o dosyadaki alacağın takip yetkisini’ de -İİK.m.120/II uyarınca- almasını ve o dosyanın alacaklısı yerine geçip, ‘haciz’, ‘muhafaza’, ‘kıymet takdiri’ ve ‘satış’ işlemlerini gerçekleştirmesini istemektedir....

**B)** Eğer, alacaklının haciz müzekkeresi gönderdiği –borçlusunun ‘alacaklı’ sıfatıyla takipte bulunduğu- icra dosyasında ‘borçludan tahsil edilmiş bir para’ var ve ‘para üzerine borçludan gönderilen haciz müzekkeresi uyarınca haciz konmuşsa’, “bu para İİK.’nun 106/II uyarınca menkul hükmünde” ise de bu paranın satılması söz konusu olamayacağından ‘bu paranın alacaklı tarafından kendi icra dosyasına -6 ay içinde getirilmesi (celbi) talebi, ‘satış talebi’ gibi değerlendirilmesi’ gerekecektir. Bu nedenle, bu durumda, alacaklının, icra müdürlüğünden ayrıca “bu dosyadaki alacağın takip yetkisinin kendisine verilmesini” (İİK. m.120/II) istemesi gerekmez.....

Bütün bu hususlar;

√ **Yüksek mahkemenin**, 12.HD. 06.04.2017 T. E:85, K:5611 sayılı kararında (EK-2);

*“İİK’nun “paraya çevirme” başlığını taşıyan 106. vd. maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, taşınır hükmündedir. Aynı Kanun’un 110. maddesinde ise; “Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar” hükmü yer almaktadır.*

*Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun alacaklı konumunda olduğu... 8. İcra Dairesi’nin 2011/11595 Esas sayılı dosyası üzerine konulmuş olup, İİK’nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun bu takip dosyasındaki alacağı menkul hükmünde ise de, mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebinin, ‘satış talebi’ gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekir. Hal böyle olunca, haciz konulan takip dosyasında, 14.4.2016 tarihinde tahsilat*



yapılmış olup, bu tahsilat ile para istenebilir hale geldiğinden, bu tarihten itibaren şikayet tarihi olan 27.6.2016 tarihine kadar 6 aylık paranın celbi süresinin dolmadığı görülmektedir.....”

√ **Yüksek mahkemenin**, 12.HD. 10.11.2015 T. E:26749, K:27420 sayılı kararında (EK-3);

“Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil bankalardaki hak ve alacaklar üzerine konulmuş olup İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun üçüncü kişi bankadaki alacağı menkul hükmünde ise de, mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebi satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır.”

√ **Yüksek mahkemenin**, 12.HD. 24.03.2011 T. E:25735 K:4525 sayılı kararında (EK-4);

“Borçlunun üçüncü kişi ... Bank A.Ş. İzmir E. Ticari Şubesindeki mevduatına 27.07.2006 tarihinde haciz konmuştur. İİK'nun “paraya çevirme” başlığını taşıyan 106 ve devamı maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil bankadaki paraya konmuştur. Her ne kadar alacak ve para, menkul hükümlerine göre haczedilir ise de, bu paranın satılarak paraya çevrilmesi söz konusu olamayacağından, satış isteme açısından İİK.nun 106.ve 110. maddelerinin tatbiki düşünülemez. Ancak yasada para alacağı üzerine konulan haczin ne kadar süreyle mevcudiyetini koruyabileceği yönünde bir açıklık bulunmadığından, İİK.nun 106. maddesinde menkul mallar için öngörülen 1 yıllık sürenin para alacakları yönünden hacizden itibaren paranın istenmesi için gerekli azami süre olarak uygulanması gerekmektedir. Somut olayda alacaklı banka, 04.07.2007 tarihinde icra müdürlüğüne başvurarak, ‘haczedilen paranın dosyaya gönderilmesi için’ talepte bulunmuş, icra müdürlüğüne de talep doğrultusunda üçüncü kişiye müzekkere yazılmıştır. Bu durumda alacaklı tarafından, haciz tarihinden itibaren 1 yıllık süre içinde paranın istenmesi keyfiyetinin yerine getirildiği görülmektedir. O halde belirtilen nedenlerle, mahkeme kararının onanması gerekirken bozulduğu anlaşılmakla, alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.”

Alacaklının üzerine haciz koyduğu borçlusunun üçüncü kişideki hak ve alacağı “*ipotek hakkı*” da olabilir.<sup>4</sup>

Alacaklının, üzerine haciz koyduğu borçlusunun ‘alacaklı sıfatıyla’ yaptığı takip, ‘*haciz yoluyla takip*’ olabileceği gibi ‘*rehin (ipotek) hakkının paraya çevrilmesi yoluyla takip*’ de olabilir.

**b) aa-** Borçlunun üçüncü kişideki ‘*hak ve alacağı*’na/ ‘*ipotek hakkı*’na haciz koyan ve icra müdürlüklerinden bu ‘*hak ve alacağın*’/ ‘*ipotek hakkı*’nın “tahsil yetkisinin de kendisine verilmesini” (İİK.m.120/II) istemek zorunda bulunan alacaklı, **haciz tarihinden itibaren 6 ay içinde** icra müdürlüğüne başvurmak zorundadır.

**Aksi takdirde İİK.’nun 110. maddesi uyarınca, borçlunun, üçüncü kişideki ‘hak ve alacağı’/ ‘ipotek hakkı’ üzerine koyduğu haciz düşer.**

**bb-**Borçlunun üçüncü kişiden “tahsil edilmiş parası üzerine” haciz koydurmuş olan alacaklı, bu paranın ‘*paraya çevrilmesi*’ söz konusu olmayacağından –“para üzerine haciz konulduğunu” öğrendiği tarihten itibaren- 6 aylık süre içinde, “haciz koydurduğu paranın kendi dosyasına gönderilmesini” (celbini) istemek zorundadır. **Aksi takdirde, bu para üzerine koyduğu haciz düşer.**

\*

Bir olayda;

- Alacaklı L.... AŞ., İstanbul 1. İcra Müdürlüğü’nün 20../..., 20../..., 20../..., 20../... ve 20../... sayılı takip dosyaları ile A..... AŞ.’den alacaklı bulunmaktadır.
- U..... LTD. ŞTİ. de, A..... AŞ.’ye borçlu olup, İstanbul ili, .... ilçesi .... mahallesi, ... pafta, ... ada, ... parsel, bodrum kat, .. bağımsız bölüm, zemin kat, 2. bağımsız bölüm ve 3. Kat, 5. bağımsız bölüm nolu taşınmazlar üzerinde, 05.01.2012 tarih ve ... yevmiye sayılı işlemlerle alacaklı A..... AŞ. lehine tesis edilmiş ipoteği vardır.

4 Bknz: 12.HD. 14.11.2013 T. 26641/36040; 12.HD. 01.11.2013 T. 24026/34330 (www.e-uyar.com)

- L..... AŞ., kendisine borçlu bulunan A..... AŞ.'nin lehine (U... LTD. ŞTİ.'den olan alacağından dolayı kurulmuş olan) bu ipotek haklarına haciz koydurmuştur.
- A..... AŞ., 05.01.2012 tarih ve ... yevmiye sayılı ipotekten kaynaklanan alacağını – L..... AŞ. lehine konulmuş olan hacizle yükümlü olarak Ö. D. D.'ye 29.05.2013 tarihinde temlik etmiş, Ö. D. D. de temlik aldığı bu ipotek alacağını, 13.12.2013 tarihinde D.... SAN. ve TİC. AŞ.'ye –L.... AŞ. lehine konulmuş olan hacizle yükümlü olarak- temlik etmiştir.
- D..... SAN. ve TİC. AŞ., temlik aldığı bu ipoteye dayalı olarak İstanbul Anadolu ... İcra Müdürlüğü'nün .../... sayılı dosyasından *'ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla'* takipte bulunmuş ve ipotekli taşınmazlar bu dosyadan yapılan ihale neticesinde, alacağına mahsuben D.... SAN. ve TİC. AŞ. tarafından satın alınmıştır.
- Alacaklı L.... AŞ., A..... AŞ. lehine kurulmuş olan –ve daha sonra D.... AŞ.'ye temlik edilmiş bulunan- ipotek hakkı üzerine sadece *'haciz'* koymakla yetinmiş, ayrıca icra müdürlüğünden **“üzerine haciz konulan ipotek hakkının tahsil yetkisinin de kendisine verilmesini”** istememiştir.

Yukarıda; a-(A) paragrafında yaptığımız açıklamalar ve 12. HD.'nin 20.10.2015 T. ve E:12762, K:25154 sayılı içtihadı doğrultusunda;

*“Alacaklı, borçlunun üçüncü kişideki hak ve alacağının (ipotek hakkının) haczinden itibaren İİK.'nun 106. maddesinde öngörülen 6 aylık sürede icra müdürlüğüne başvurarak 120/II. maddesine göre kendisine yetki verilmesini talep etmelidir. Aksi halde İİK.'nun 110. maddesi uyarınca haczi düşmüş olacaktır.*

*Somut olayda, alacaklı (L.... HİZ. AŞ.) tarafından haciz tarihinden itibaren 6 aylık süre içinde, icra müdürlüğüne başvurularak İİK.nun 120/II. maddesine göre –ipotek alacağının tahsili için- ‘yetki’ talep edilmediği görülmekte olup, bu durumda İİK.nun 110. maddesi uyarınca ‘haczi düşmüş’ bulunmaktadır.....” 10.04.2018*

# YARGI REFORMU BİRİNCİ PAKETİ VE CMK'DAKİ DEĞİŞİKLİKLER NE GETİRİYOR?

*Av. Celal ÜLGEN*

Bilindiği gibi, “Reform” sözcüğü ıslahat, yeniden düzenleme, yeniden şekil verme anlamına gelmektedir. Bu nedenle yargıda yapılacak değişiklikler için reform sözcüğünün kullanılmasıyla yargıda köklü değişiklikler yapılmayacağı, değişikliklerin sistemsel olmadığı, ağır aksak işleyen eski şekline bazı yenilikler getirileceği bu yeniliklerin ise yargı sorunlarını çözmekten oldukça uzak olduğunu daha strateji belgesi açıklandığında görsel ve yazılı basına açıklıkla söylemişim.

Demokrasimizin en temel sorunu Erklar Ayrıllığı ilkesinin yaşam bulması ve buna bağılı olarak da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının kâğıt üzerinden çıkıp uygulamaya geçmesidir. Bugün hukukumuzda “Hukukun Üstünlüğü ilkesi” yerine “üstünlerin hukuku” ilkesi egemen ise Hukuk devletinden söz etme olanağı kalmayacaktır. Anayasanın ikinci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında hukuk devletini, “İnsan haklarına saygılı ve hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekte kendisini yükümlü gören, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağılı olan devlettir.” şeklinde tanımlamaktadır. Kâğıt üzerinde yer alan bu tanım ne yazık ki eylemde işlememektedir. Yargı reformu denilen şey, bu çirkinliği, hoyratlığı ve hak ihlallerini kaldırmak yerine, örtecek, gizleyecek bir makyajdan öteye gidemeyecektir.

Yürütme, yasama, yargı erk üçlemesinin her konuda anayasaya ve yasalara uygunluğunun denetlenmesi zorunludur. En önemlisi ise yürütme erkinin hükümet etme, yönetme konusunda yurttaştan aldığı onaya dayanarak yaptığı her adımın yasa ve anayasaya uygunluğunun denetlenmesi gereğidir. Laik demokratik bir hukuk devletinde genç cumhuriyetimizin ve ülke bütünlüğünün sürdürülebilir olması (kimilerinin beka dediği durum) erkler arasındaki ayırımın korunması ve sisteminin iyi işlemesine bağılıdır. Bu nedenle bu sistemin eksiksiz işlemesini sağlayacak

kurum aslında yasalara ve maddelere dağıtılmış bu denge ve denetleme sisteminin parçalarının korunmasına bağlıdır.

Bugün Yargıçların özlük işlerini düzenleyen HSK'nın ve Yürütme ve yasamay denetleyecek olan yüksek mahkemelerin yapılanmasında bir değişiklik ön görülmemektedir. Bir Hukuk Devletinde erklerin ayrı olması da tek başına yetmemekte ve de erkler hukuka bağlı olması ve bağlı kalması da gerekmektedir. Yargı organlarının, yürütmenin ve yasamanın hukuka bağlı olup olmadıkları ne yazık ki sorgulanmamaktadır. Yargıçlar, bağımsız olmalı ve bağımsızlığı anayasal ve yasal güvence altına alınmalıdır. Hukuki güvenlik ilkesi geçerli olmalı, yürütmenin yapacağı eylem ve işlemler önceden bilinebilir olmalıdır. Yargı, başta düşünce özgürlüğü ve lekelenmeme hakkı olmak üzere bütün klasik hakların korumasını etkin bir biçimde yapmalıdır.

Bugün Anayasa mahkemesine yapılan bireysel başvuru sayısının rekor düzeylere ulaştığından yakınılmaktadır. Yargı o denli bozuk ve o denli güvenilmez ki Anayasa mahkemesi hak ihlallerini denetleyici bir mahkeme olmaktan çıkmış bir temyiz mahkemesi olarak başvuru yağmuruna tutulmuştur. Hatta AİHM de bu konuda yoğun ve gereksiz başvurularla tıkanmış durumdadır.

Yargının sorunları aslında salt yasa eksikliğinden değil uygulayıcı eksikliğinden de kaynaklanmaktadır. Örneğin İstanbul Adliyesinde bazı savcılar bulduğu koridorlara avukatların girmesi yasaktır. Bu bölgelere kısıtlı bölge denilmektedir. Yasada böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Cumhuriyet başsavcısının emriyle savcılar bulduğu koridorlara avukatların girmesi yasaklanmış ve hatta 'müstahdem' iznine tabi tutulmuştur. Bu yargı sisteminde Avukatın adı yoktur. Savunma gereksiz sayılmış, işlevsizlik kılınmıştır.

Siyasi iktidar haklar ve özgürlükler adına geri çekilmedikçe, gerçek bir demokrasi örneği sergileyerek yargıyı siyasetin arka bahçesi olarak kullanmaktan vazgeçmedikçe yargı bir uydu erk görevinden öteye gidemez.

İktidarın Yargı Reformunu adını verdiği birinci paketdeki 39 maddelik yasa teklifi TBMM Adalet Komisyonundan küçük değişiklikler yapılarak geçti ve yasalastı.

Tutukluluğa ilişkin azami sürelerde bir değişiklik yok. CMK 102. Madde a, b ve c fıkraları korunmuş salt yeni bir (d) fıkrası getirilerek soruşturma evresindeki, iddianamesi henüz yazılmamış yani davası açılmamış tutuklu işlerde bir yıllık tutukluluk sınırı ile kanunun yayınlanma tarihinden üç ay sonra cezaevlerini rahatlatarak tahliyeler amaçlanmıştır. Bu değişiklik salt iddianame yazımını çabuklaştıracak ve tutukluluk sürelerinde bir değişiklik olmayacaktır. Reform adı verilen değişikliklerin amacının özgürlüklerden yana olması elbette temenni edilirdi.

Terörle mücadele yasasının 7. Maddesine “Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” diye bir cümle eklenmiş. Bu cümle yargıca yasayı böyle yorumla diye bir açıklama içermekte. Ancak Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları zaten suç oluşturmuyordu.

Bu genel kuralın maddeye eklenmesine gerek duyulması düşündürücüdür.

Uygulayıcılar, örneğin Soruşturma savcıları, Yargıçlar için haber verme sınırının nerede başlayıp nerede biteceğini kim söyleyecek. Bu konudaki ölçütleri nereden bulacak? Eleştiri sınırı için de aynı kaygı duyulabilir. Bunun yerine ulusal üstü hukuktan “şiddeti önermemek koşuluyla yapılan tüm açıklamalar düşünce açıklaması kapsamındadır” gibi bir tanımın yer alması daha doğru olmaz mıydı? CMK’daki Bu değişiklikleri uygulayıcıların, soruşturma savcılarının ve yargıçların insaf ve inisiyatifine bırakılmış olduğunu söyleyebiliriz.

Cumhuriyet savcılarında kendilerine intikal eden konularda şüpheliye karşı **seri muhakeme** usulünü uygulama yetkisi tanınıyor. Biraz daha ileri gidilerek seri muhakeme uygulanmasına olanak verilen suçlarda savcılar için yargıç gibi hüküm verme yetkisi getiriliyor. Savcılar yeni düzenlemeye göre hükmün açıklanmasının ertelenmesi (HGB) kararı verebilecekler hatta alternatif yaptırımlar uygulayabilecekler.

Bu husus ilk bakışta bir yenilik gibi gelse de Savcılara böyle bir yetki verilmesi, hatta Amerika yargı sistemindeki gibi bu suçlarla ilgili sanık ve avukatı ile pazarlık yapılmasının önünün açılması CMK sistemi içinde oldukça yadırgatıcı değil mi?

CMK; tez, antitez ve sentez üçlemesi üzerine kurulmuş bir yargılama sürecidir.

Savcının belli suçlarda yargıç gibi karar verebilecek olması, yani belli suçlarda CMK'nın temelini oluşturan tez, antitez ve sentez üçlemesini bozmuş olacaktır.

Bütün bunların yanında savcıya temel cezadan yarı oranında indirim uygulama suretiyle yaptırımı belirleme yetkisinin tanınması yargıç ve savcı tanımlarını değiştirecek ki bunu kabul etme olanağı bulunmaktadır.

Ceza Kanunu ve sonra Ceza Muhakemesi Kanununda **uzlaşma** sisteminin getirilmesi ile Amerika sistemine doğru ilk somut adım atılmıştı. Yasal düzenlemede; “Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla, mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir” şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Burada yargı erki ve millet adına karar veren mahkemeler yerine alternatif yargı sistemi getiriliyor ve uzlaşma adında Birleşmiş Milletlerce de mevzuata sokulması devletlere tavsiye edilen bir kurum olarak uzlaşma (mediation) hukukumuzda yerini almış bulunuyordu.

Amerika Birleşik Devletleri'nde “diversion” olarak adlandırılan uzlaşma kurumunda; bir suçun faili ve mağdurunu mümkün olan en kısa sürede, soruşturmanın sona ermesinde sonra ve fakat kovuşturmanın evresinin başlamasından önce, tarafsız bir aracının huzurunda, isteme bağlı olarak, bir araya getirilmesi, mağdurun zararının giderilmesi hakkında pazarlık yapmaları, tarafların bir araya gelmek istememeleri durumunda ise bunun tayin ve tespit edilen aracı (arabulucu) tarafından yürütülmesi sağlanıyordu. CMK'da yer alan bu kurum nerede ise üzerinden 15 yılı yakın bir zaman geçmiş olmasına karşın hiç işlemedi.

Fakat bu durumu Birleşmiş Milletlerin devletlere önermesi ve bu konuda Türkçe bir kılavuz bastırması ve BM temsilcilerinin Türkiye'ye gelerek Adalet Bakanlığı ile, barolarla ve TBB ile iletişim kurdukları

süreç bence garipsenmesi gereken bir süreçtir. BM asli görevlerini bırakarak ülkelere alternatif yargı sistemleri dayatmayı neden istemiştir? UNDP kısaltması ile anılan ve Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (United Nations Development Program) bu işleri kendisine iş edinmiş ve kurtarıcı edasıyla hareket ederek önceden kararlaştırdıkları kurumları bizim gibi ülkelere sosyal ve ekonomik açıdan geliştirme adı altında sisteme sokmaya çalışmışlardır.

22 Haziran 2011 tarihinde BM Genel Kurulu'nda oydaşma (konsensüs) ile kabul edilen (A/65/283) numaralı karar uyarınca, BM Genel Sekreteri'nin Haziran 2012'de hazırladığı "Etkin Arabuluculuk Rehberi" (A/66/811) ve bu rehberin Adalet Bakanlığı vasıtasıyla Türkçeye çevrilmesi bu dayatmanın bir başka örneğini ortaya çıkarmıştır.

Gene alternatif yargı sisteminde yer alan Arabuluculuk kavramının önce İş davalarına dava şartı olarak getirilmesi daha sonra ise bu kavramın alanını genişletmek için bütün ticari davalar için ve de kısmen Aile hukukundan doğan davalar için de de öngörülmesine tanık olmaktadır. Yabancı hukuk sistemlerinden, ülkemizin sosyal yapısı ve hukuk anlayışları dikkate alınmadan ülkemize dayatılması ve kaba montajı ülkemizdeki yargı birliğini ve hukukun üstünlüğü ilkesini temelden zedelemiştir.

Meclise sunulan son yargı paketi içinde de daha önce kaldırılan Özel Yetkili Ağır ceza Mahkemesini düzenleyen madde yerine CMK 250 maddede adı altında yeni bir madde getirilmesi ve seri muhakeme yöntemini düzenleyen bu madde devamında savcılara şüpheli ve avukatı ile pazarlık ederek ve ceza indirimi yaparak suç için dava açmadan karar verme, erteleme ve paraya çevirme yetkisi verilmesi bu kuşatmanın ara halkalarından biri olarak tanımlanabilir.



# ŞARTLA SALIVERME UYGULAMALARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

*Celal Hakan KAN\**

## ÖZET

Toplumsal düzeni sağlamak için uygulanan yasalarla, düzeni bozabilecek davranışlar için belirli yaptırımlar geliştirilmiştir. Bu yaptırımların temel amacı düzenin bozulması konusunda caydırıcılık olmakla birlikte, bu konuda yasalara uygun davranmayanların ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılmasını sağlamaktır. Ancak optimal olarak belirlenen cezalar, bireylerin ıslah olma sürelerinin farklılığı nedeniyle, kimi zaman bireyin topluma kazandırılmasında gecikmelere neden olmaktadır.

Bahsedilen durum ceza yasalarında şartla salıverme uygulamalarının gündeme gelmesini ve bu şekilde bireyin topluma kazandırılmasına ek olarak cezanın bireyselleştirilmesini gündeme getirmiştir. Esasında ilk olarak İngiltere’de ortaya çıkan şartla salıverme uygulamalarının temel amacı cezaevlerinin doluluk oranını azaltmak olsa da zaman için bahsettiğimiz amaca yönelik bir hizmet söz konusu olmuştur. Bu bağlamda devam eden süreçte ABD, Fransa, İrlanda vb. ülkelerde de şartla salıverme uygulamasına geçilmiştir. Türkiye’de şartla salıverme uygulamalarına Cumhuriyet ile geçildiği görülmektedir.

**Anahtar kelimeler:** şartla salıverme, koşullu salıverme, şartlı tahliye, denetim süresi, cezanın ferdileşmesi

## ABSTRACT

With the laws applied to ensure social order, certain sanctions have been developed for behaviors that may disrupt the order. The main purpose of these sanctions is to discourage those who do not comply with the law in this regard, although it is a deterrent to the disruption of order. However, punishments which are determined as optimal, sometimes lead to delays in bringing the individual to society due to the difference in the duration of correction.

---

\* Adana Cumhuriyet Savcısı, hakankan\_31@msn.com

This situation brought forth the necessity of conditional release in the criminal laws and the individualization of punishment in addition to bringing the individual to the society in this way. In fact, although the main purpose of the first-time conditional release practices in the UK was to reduce the occupancy rate of the prisons, there was a service for the purpose we mentioned. In this context, the USA, France, Ireland and so on. conditional release has also started in other countries. Turkey is seen as passed by the Republican administration to release on bail.

**Key words:** conditional release, conditional release, conditional release, audit period, individualization of punishment

## GİRİŞ

Toplum içinde düzeni bozan bireylerin ıslahı amacıyla gönderildikleri infaz kurumlarının dolması ve bu doluluğu azaltma amacıyla ilk olarak İngiltere’de bir “sürgün” uygulaması şeklinde ortaya çıkan şartla salıverme uygulamaları günümüzde cezanın bireyselleştirilmesi konusunda başvurulan yegâne uygulamalardandır. Amerika Kıtası’nda kolonilerin bağımsızlığı ile Avustralya’ya yönelen sürgünlerin, bu kıtada düzenlenmesi ile günümüzdeki uygulama modeline dönüşmeye başlayan uygulama kısa süre içinde pek çok ülke tarafından uygulanmaya başlanmıştır.

Türkiye’de Cumhuriyet tarihi ile yaşıt sayılabilecek şartla salıverme uygulamaları ilk uygulamaya konulduğu andan itibaren sürekli bir gelişim ve dönüşüme tabi tutulmuş ve zamanın gereklerine uygun bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır.

### 1. Şartla Salıvermenin Hukukî Niteliği ve Amacı

Şartla salıvermenin hukuki niteliği incelendiği zaman hürriyeti bağlayıcı cezalar içinde farklı bir infaz şekli olarak cezalara dair şahsileştirme sağladığı üzerinde durulduğu görülmektedir<sup>1</sup>. Bu bağlamda şartla salıverme, diğer tüm cezalar gibi, hükümlünün ıslah edilmesi ve bu şekilde tekrar topluma kazandırılması amacına yöneliktir. Ancak şartla

1 Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, 1997, s. 852.

salıvermede hükümlünün infaz kurumu dışına çıkarılması direkt bir özgürlük olarak değerlendirilmemelidir. Diğer bir ifade ile denetimli olarak geçirilen süre de cezanın bir parçası olarak kabul edilmelidir. Bu husus yalnızca, şartla salıverme yoluyla hükümlünün cezasının kurum içinde değil belirlenen şartlar dâhilinde kurum dışında infaz edilmesini kapsamaktadır. Bu nedenle şartla salıvermeden yararlanan hükümlünün denetimli serbestlik süresi boyunca devletle arasında ceza ilişkisinin devam ettiğini söylemek mümkündür. Ancak bu ceza ilişkisinde infazın şekli değişiklik göstermektedir<sup>2</sup>.

Şartla salıverme konusunda doktrin incelendiği zaman öncelikli olarak tartışılan konular arasında bu uygulamanın hükümlü açısından bir hak mı yoksa bir lütuf mu olduğu sorusunun yer aldığı görülmektedir. Bu hususta öne sürülen görüşler incelendiğinde; belirli bir zümreye göre hükümlünün uygulama açısından belirlenen şartları yerine getirmiş olması, onu şartla salıverme konusunda hak sahibi yapmaktadır<sup>3</sup>. Buna ek olarak kişinin elde ettiği bu hak kamu yararını gerektirdiği için şartların yerine getirilmesinin ardından hükümlünün bu hakkı kullanmak zorunda olduğu da belirtilmektedir<sup>4</sup>. Bu konuda bir diğer görüş ise şartla salıvermeyi infaz kurumu bünyesinde iyi hal gösteren hükümlüler için bir lütuf olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte şartla salıverme uygulamalarının ödül olarak değerlendirildiği de görülmekle beraber bu uygulamayı kısmî affin farklı bir çeşidi olarak ele alan görüşler de vardır<sup>5</sup>.

Şartla salıvermeyi bir lütuf ve hak olarak değerlendiren iki baskın görüşün yanı sıra farklı bir görüş ise bu uygulamanın ne bir lütuf ne de bir hak olduğunu ileri süren görüştür. Bu görüş şartla salıvermeyi cezanın muayyen bir infaz şekli olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle şartla salıverme uygulamalarının bir mecburiyet temeline oturtulması ve bu konuda hükümlü veya bir başka yapının talebine ihtiyaç duyulmaması üzerinde durulmaktadır. Buna istinaden mecburen uygulanması gereken bir

2 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 915 vd.

3 Veli Kafes, *TCK Öntasarımları ve İçtihatları Işığında Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar*, Ankara, 1998, s. 12.

4 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. III, 12. Baskı, İstanbul, 1997, n. 1720.

5 A. Rıza Mengüç, *Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1975, s. 191.

husus olması itibarıyla şartla salıvermenin bir lütuf olarak değerlendirilmesini eleştirir. Buna ek olarak uygulamanın infaz kurumları tarafından zorunlu olarak icra edilmesi gerekliliği üzerinde durulduğu için bunun bir hak olamayacağı da belirtilmektedir. Nitekim hakkın söz konusu olduğu durumlarda talep veya uygulama, hak sahibinin inisiyatifine bağlıdır. Ancak zorunluluğun olduğu durumlarda bir haktan söz etmek mümkün değildir<sup>6</sup>.

Doktrinde yer alan bu açıklamalar doğrultusunda şartla salıvermeyi, belirli bir şart doğrultusunda hürriyeti bağlayıcı cezanın farklı bir infaz şekli olarak değerlendirmek mümkündür<sup>7</sup>. Bununla birlikte uygulamada bireyin infaz kurumu bünyesindeki hal ve tavırları belirleyici olduğu için şartla salıverme cezanın kişiselleştirilmesi için de bir araç olarak kullanılmaktadır. Şartla salıvermeden yararlanan hükümlünün kendisi için belirlenen şartları belirlenen süre içinde getirmesi durumunda devletle arasındaki infaz ilişkisi sona erecektir. Ancak belirlenen sürede şartlara riayet edilmemesi durumunda ise dışarıda geçirilen zaman hükümlülük süresine dâhil edilmekle birlikte cezanın kalan kısmının infaz edilmesi için kişinin yeniden infaz kurumuna alınması söz konusu olacaktır<sup>8</sup>.

Doktrinde şartla salıvermeyi toplum açısından bir infaz siyaseti veya topluma bireyin yeniden uyum sağlamasını kolaylaştırma amacına yönelik bir uygulama olarak değerlendirenlerin olduğu da görülmektedir<sup>9</sup>. Ancak bu görüşün yanı sıra yine doktrinde şartla salıvermenin gereği olan infaz kurumu dışındaki denetimli sürenin cezanın devamı olarak değerlendirildiği ve bu nedenle şartla salıvermenin bir emniyet tedbiri olduğu yönünde yorumların olduğu da görülmektedir<sup>10</sup>.

Şartla salıverme müessesesinin hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi deneme süresinin yapısı ve uygulamadan yararlanan hükümlünün bu süreçteki durumu ile yakından ilişkilidir. Bu nedenle doktrinde şartla salıvermenin hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için deneme süresinin hukuki yapısı üzerinde durulması gerektiği belirtilmektedir<sup>11</sup>. Nitekim

6 Erem, Danışman, Artuk, *a.g.e.*, s. 853.

7 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 589.

8 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2002, s. 589.

9 Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1998, s. 852 vd.

10 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1982. s. 634.

11 Ahmet Caner Yenidünya, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme*, İstanbul, 2002, s. 21.

şartla salıvermeden istifade edildiği andan itibaren başlayan deneme süresi hürriyeti bağlayıcı olan cezanın infazı noktasında dereceli olarak belirtilen sistemin son aşamasıdır. Diğer bir ifade ile deneme süresi de bir ceza süresi olarak değerlendirmektedir. Bu süre boyunca devlet ile şartla salıvermeden istifade eden hükümlü arasındaki ceza – infaz ilişkisi devam eder. Deneme süresi içinde şartla salıverilen hükümlü her ne kadar özgür bir insan gibi serbest hareket etse de hukuki anlamda hükümlü olma statüsü devam etmektedir. Şartla salıvermenin yalnızca ceza açısından infaz şeklini değiştiren bir uygulama olduğu ve bu değişen infaz şeklinin infaz kurumu bünyesinde değil kurum dışında gerçekleştirildiği anlamına gelmektedir<sup>12</sup>.

Sonuç itibarıyla şartla salıverme uygulamaları hükümlü için ne bir hak ne de bir lütuf olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Nitekim bu müessese işleyişi itibarıyla bireyin hürriyetini bağlayan yaptırımın infazında farklı bir şekil olarak cezanın kişiselleştirilmesi amacına hizmet etmektedir ve bu hizmet sayesinde hükümlünün ıslah edilmesi yoluyla tekrardan topluma kazandırılması sağlanmaktadır. Bununla birlikte doktrinde yer alan şartla salıvermenin cezaevinde çekilmeyen cezanın bir kısmının denetimli olarak toplum içinde geçirilmesi yönüyle hürriyeti bağlayıcı cezalar için farklı bir seçenek olduğu yönündeki değerlendirme de oldukça yerinde bir değerlendirmedir. Nitekim denetimli serbestlik süresince cezanın infazı devam etmektedir. Ancak bu, infaz kurumu içinde değil kurum dışında gerçekleşen bir durumdur<sup>13</sup>.

## 2. Şartla Salıverme Müessesesinin Tarihsel Gelişimi

Şartla salıverme uygulamasının temelleri incelendiği zaman müessesenin öncelikli olarak İngiltere'de yapılan bir uygulama ile ortaya çıktığını görmek mümkündür. Nitekim İngiltere bünyesinde oldukça kalabalık hale gelen infaz kurumlarında mevcut yoğunluğu azaltmak amacıyla hükümlülerin bir kısmının Amerika'ya gönderilmesi bu uygulamaların ilk adımını teşkil etmektedir. Amerika'ya hükümlü gönderilmesi ile süren uygulama Amerika Kıtası'nda var olan İngiliz kolonilerinin bağımsızlıklarını elde etmelerinin ardından Avustralya'ya gönderim şeklinde devam

12 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 98.

13 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 100 vd.

etmiş ve bu sayede şartla salıverme uygulamalarının temelleri atılmıştır. İngiltere’den sonra uygulamanın Amerika Birleşik Devletleri’nde de ortaya çıktığı görülmektedir. Devlet bünyesinde XIX. yüzyıldan itibaren şartla salıverme uygulamalarının derecelendirilmiş İrlanda sisteminin bir parçası olarak ortaya çıktığı kaydedilmektedir. Bununla birlikte müstakil bir sistemden ziyade derecelendirme sisteminin bir parçası olarak uygulanmaya başladığı da kabul edilmektedir. Bu nedenle şartla salıverme uygulamaları ile ilgili olarak doktrinde bir Anglo – Amerikan hukuku olduğu yönünde genel bir kabul olduğunu görmek mümkündür<sup>14</sup>.

İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri öncülüğünde başlayan şartlı salıverme uygulamalarının Avrupa’ya yayılması da çok uzun sürmemiş ve 1850 yılında şartla salıvermenin küçük suçlular açısından ilk olarak Fransa’da ortaya çıktığı görülmüştür. 1861 yılında yetişkinler için uygulanması yönüyle Portekiz’de şartlı salıverme uygulamaları hukuk sistemi içine oturtulmuştur.

## 2.1. Şartla Salıvermenin Amerika Birleşik Devletleri’ndeki Gelişimi

Şartla salıverme uygulamasının Amerika Birleşik Devletleri bünyesinde gelişimi esasında şartla salıvermenin dünya üzerindeki ilk uygulamalarını da ifade etmektedir. Bilindiği gibi Amerika, Fransa ve İngiltere’ye ait kolonilerin yerleşmesi ile bayındır bir hale gelmeye başlamıştır. Buraya gelen kolonilerde yaşayan insanlar geldikleri yerlere dair gelenek – görenek, kültür, adet gibi birtakım unsurları da buraya taşımakla beraber yaşadıkları yerlerdeki toplumsal hayatı düzenleyen kuralları da geldikleri bu yeni kara parçasına aktarmışlardır. Amerika Kıtası’na yerleşen bu kolonilerin yaşadıkları yerlerdeki kültürel varlıkları ve soyut unsurları aktarmaları belirli bir süre devam etmiş ve bu koloniler zaman içinde geldikleri yerlerle olan bağlılıklarını bir bağımsızlığa dönüştürmüşlerdir. Her ne kadar bağımsızlık olarak nitelendirilse de soyut anlamdaki bağların kopmasının uzun zaman alması gelenek, kültür gibi unsurlarla beraber kuralların da uzun bir dönem boyunca bu kıtaya aktarımının devam etmesi sonucunu doğurmuştur. Buna ek olarak yine buraya yerleşen iki farklı

14 Dönmezer, Erman, *a.g.e.*, s. 1719.

millete dair kolonilerin zaman içinde birbirleriyle olan etkileşimlerinin üst seviyeye çıkması kendi içinde karma bir yapının oluşması sonucunu doğurmuştur. Yaşanan bu etkileşim İngiltere’de ortaya çıkan ve yayılım gösteren şartlı salıverme uygulamalarının Amerika hukuk sistemi içine de yerleşmeye başlaması sonucunu doğurmuştur. Ancak ilk dönemler için Amerika Kıtası’na, Fransa ve İngiltere’de yaşayan suçluların gönderilmesi şartla salıverme uygulamasının olumsuz yönünün ortaya çıkabilmesi gibi bir ihtimali gündeme getirse de devam eden süreçte yapılan görüşmeler sonucunda belirli şartların kabul edilmesi uygulamanın yürütülmesi açısından etkili bir sonuç ortaya çıkarmıştır<sup>15</sup>.

Aslında Amerika’ya gönderilen suçluların buradaki mevcut hukuk sistemi içinde şartla salıvermenin kabul edilmesi konusunda etkili olduğunun da altını çizmekte yarar vardır. Buraya gönderilen suçluların işlediği yeni suçlar nedeniyle artan suç oranları ve hapisanelerin dolması, hapisane sayısını arttırmanın dışında farklı bir çözüm arayışına yönelme gibi bir sonuç ortaya çıkarmıştır. Bu çözüm arayışı içinde mevcut sistemde kullanımda olan şartla salıvermenin gündeme gelmesi ve bu şekilde cezaevlerinin doluluk oranlarının azaltılabilmesi ile birlikte kişilerin daha çabuk ıslahına yönelik bir faaliyet yürütülmesi gündeme gelmiştir. Bu doğrultuda belirtilen hususları gerçekleştirmeye yönelik girişimler şartla salıverme uygulamasının hukuk sistemi içine oturtulmasında etkili olan unsurlardan bir diğeri olarak değerlendirilebilir<sup>16</sup>.

Şartla salıverme müessesesinin uygulamaya konulması aşamasında günümüzdeki yapı ile birebir aynı bir uygulama sisteminden bahsetmek mümkün değildir. Nitekim ilk olarak New York’ta bulunan Elmira Eyalet Hapishanesi’nde uygulamaya konulan şartla salıverme, uygulama aşamasında hükümlünün işlemiş olduğu suça verilen cezanın türünün veya infaz suresinin göz önüne alınmadığı bir uygulama modeli olması açısından dikkat çekicidir. Bununla birlikte uygulama safhasında hükümlünün ceza süresi ne olursa olsun bu cezanın bir yılını “iyi hal”li olarak belirtilen durumda geçirmiş olması ve kendisinin şartla salıverilmesi durumunda sosyal yaşamda neler yapacağı hakkında ilgili mercii tatmin edici

15 George F. Cole, Cristopher E. Smith, *The American System Of Criminal Justice*, Eight Edition, Belmontetc. 1998, s. 557.

16 Harry E. Allen, Clifford E. Simonsen, *Corrections in Amerika: An Introduction*, Third Edition, New York, London, 1981, s. 45, 46.

bir plan sunması, müesseseden yararlanabilmesi için yeterli olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca şartla salıverilmenin gerçekleşmesinin ardından denetimli serbestlik olarak belirtilen süre ise altı ayyla sınırlı tutulmuştur<sup>17</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki şartla salıverme uygulamalarının içeriği ele alındığında iki farklı sistemin bu yapı içinde geçerli olduğu görülmektedir. Bunlar müddetsiz hüküm ve şartla salıverme kurumlarının elinde olan takdir yetkisine dayanma ile gerçekleşen uygulamalardan oluşmaktadır. XIX. yüzyıl itibarıyla ele alındığında Amerika Birleşik Devletleri'nde müddetsiz hüküm sisteminin herhangi bir ceza için amaç en uygun sistem olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>18</sup>. Ancak XX. yüzyılın sonlarına doğru müddetsiz hüküm sisteminin kaldırılması ve şartla salıverme konusunda yetkili kurulların yetkilerinin sınırlandırılması yönünde görüşlerin ortaya çıktığı ve bu görüşlerin giderek yaygınlık kazandığı da görülmektedir<sup>19</sup>. Fikirlerin yaygınlık kazanması ile birlikte suçla mücadele konusunda yasal zeminin yeniden yapılanmaya gittiği ve yeni bir yasal düzenin oturtulmaya çalışıldığı görülmektedir. Yapılan çalışmalarla suçla mücadeleyi gerçekleştirmek amacıyla yeni bir federal yasanın kabul edildiği kaydedilmektedir. Yeni oturtulan bu yasa ile yedi kişilik bir heyetin oluşturulduğu ve bu heyet vasıtasıyla suçla mücadele konusunda yeni bir kanunun yapılması çalışmalarına da başlandığı belirtilmektedir. Bu doğrultuda 1987 yılında yeni ceza yönergesinin yürürlüğe girdiği görülmektedir<sup>20</sup>.

Uygulamaya konulan bu yeni ceza yönergesi ile müddetsiz hüküm uygulamasına son verilmiş bunun yerine cezanın belirli olduğu bir sisteme geçilmiştir. Eyalet sisteminin görüldüğü Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulamaya konulan bu sistemin kısa bir zamanda diğer bütün eyaletler bünyesinde yayılmaya başladığı da kaydedilmektedir. Bu yayılma ile birlikte eyaletlerde şartla salıverme uygulaması konusunda yetkili olarak belirtilen kurulların mevcut yetkilerine dair düzenlemeler

17 Herbert G. Callison, *Introduction to Community-Based Corrections*, New York, 1983, s. 26.

18 Michael Tonry, "The Fragmentation of Sentencing and Corrections in America", *Sentencing and Corrections*, Issues for the 21. Century, September, 1999, s. 3.

19 Francis A. Allen, *The Habits of Legality, Criminal Justice and The Rule of Law*, New York - Oxford, 1996, s. 74.

20 Frank Schmalleger, *Criminal Justice Today, An Introductory Text For The Twenty - First Century*, New Jersey, s. 339.



yapılmış ve kimi eyaletler bünyesinde şartla salıverme kurullarının yetkileri bütün olarak kaldırılırken bazı eyaletlerde ise yasalarla belirlenen ölçüde sınırlandırılmıştır<sup>21</sup>. Bu durum Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyaletlerde şartla salıvermenin uygulanmaması gibi bir sonucu ortaya çıkarmaktadır. Ancak uygulama dönüşümü incelendiği zaman kısa bir süre içinde yasalardan bağımsız bir şekilde uygulamaların eski haline dönmeye başladığı da dikkat çekmektedir. Günümüzde ise Amerika Birleşik Devletleri bünyesindeki eyaletlerde uygulanan sistemler incelendiği zaman şartla salıverme uygulamalarının yeniden gündeme alındığı ve hatta uygulama safhasında da kendini gösterdiğini görmek mümkündür<sup>22</sup>.

## 2.2. Şartla Salıvermenin Fransa'daki Gelişimi

Fransa'da şartla salıverme uygulamalarının XIX. yüzyılın ortalarına doğru ortaya çıktığı kaydedilmektedir. Ancak uygulama itibarıyla Fransa'da şartla salıvermenin ilk dönemler için bütün mahkûmları kapsamayan bir yapı arz ettiği ve bununla birlikte yalnızca “küçük suçlular” olarak nitelendirilen belirli bir yaş diliminin altında hüküm giyen mahkûmlara uygulanacak şekilde düzenlendiği de görülmektedir<sup>23</sup>. İlk dönemler için küçük suçlular üzerinde uygulanan şartla salıverme uygulamalarının gerek infaz kurumlarına sağladığı rahatlama ve gerekse bireyin ıslahı noktasındaki faydaları değerlendirildikten sonra uygulamanın kısmî olarak mevzuata dâhil edilmeye başlandığına yer verilmektedir.

1850 Kanunu'nun 9. maddesi ile küçük suçlular için uygulanmaya konulan şartla salıverme uygulamasının kısa bir süre sonra, 1854 tarihinde, siyasi suçluların da bu kapsama dâhil edilmesiyle genişletildiği görülmektedir<sup>24</sup>. Ancak siyasi suçlular için uygulanacak olan şartla salıverme hükümleri cezanın bir bölümünün çekilmesinin ardından bireyin toplum içine denetimli olarak salıverilmesi şeklinde uygulanmamıştır.

21 Sue Titus Reid, *Criminal Justice*, Third Edition, New - York - Toronto, 1993, s. 689.

22 Cole, Smith, *a.g.e.*, s. 557.

23 Patricia O'Brien, “The Prison On The Continent, Europe, 1865 - 1965”, *The Oxford History Of The Rprison. The Practice Of Punishment in Western Society*, (Edited by Norval Morris - David J. Rothman), New York - Oxford, 1998, s. 189.

24 Pierre Bouzat, Pinatel Jean, *Traité de droitpénal et de criminologie, Tome I, Droitpénalgénéral par Pierre Bouzat*, Deuxième Edition, Paris, 1970, s. 817.

Bu nitelikteki suçlular için uygulanan şartla salıverme müessesesi daha çok “sürgün” şeklinde ortaya çıkmıştır. Nitekim yapılan uygulamalar göz önüne alındığında Fransa bünyesinde siyasi suçtan hüküm giyen bireylerin şartla salıverme uygulaması sonrasında ceza kolonisi olarak adlandırılan yapılara sürgün edildiği görülmektedir. Bu nedenle Fransa’da sürgün suçu olarak uygulamaya konulan şartla salıvermenin bireye dair bir ıslah sağlama veya topluma geri kazandırma amacına yönelik olmaktan ziyade bireyin kalan cezasını infaz kurumu dışında çalışarak geçirmesini sağlama amacına yönelik olduğunu söylemek mümkündür<sup>25</sup>. Ancak daha sonra sürgün konusunda yapılan düzenlemeler ve 1885 yılında çıkarılan kanunla Fransa ve sömürgesi olan Cezayir’de yer alan ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin dikkate alındığı görülmüştür. Bununla birlikte şartlı salıverme uygulamalarının bu ceza kanununun hemen ardından koloni cezalarını genelleyebilecek şekilde güncellendiği de görülmektedir<sup>26</sup>.

1885 tarihli kanun ile şartla salıverme uygulamalarını düzenleme adına belirli bir kararname çıkarılması gündeme gelse de yaşanan gelişmeler incelendiğinde böyle bir düzenlemenin yapılmadığı kaydedilmektedir. Bununla birlikte müessesenin işlerliğinin sağlanması aşamasında şartla salıverme uygulamalarında istenmeyen durumların ve kötü uygulamaların ortaya çıkması da zaman içinde söz konusu olmuştur. Yaşanan bu kötü uygulamaların sonucunda ceza infaz kurumlarında kurumun mahkûm sayısına göre şartla salıverme uygulamasına başvurulması gibi bir durum gündeme gelmiştir. Bu nedenle mahkûm sayısı açısından yoğun olan infaz kurumlarının daha fazla şartla salıverme uygulamasına başvurduğu görülmektedir<sup>27</sup>.

Fransa’da 1885 yılında yapılan düzenlemelerle şartla salıvermenin günümüzdeki uygulamalarına da ışık tutulduğu görülmektedir. Nitekim belirtilen dönemdeki düzenlemelerden birinde şartla salıvermeden yararlanacak olan hükümlülerin öncelikle iyi hal olarak nitelendirilen davranışları sergilemesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Bununla birlikte genel geçer bir şartla salıverme uygulaması yerine her infaz kurumu için ayrı

25 O’Brien, *a.g.e.*, s. 189.

26 Roger Merle, Andre Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes Généraux de la Science Criminelle, Drit Pénl Général*, Cinquième édition, Tome I, Paris, 1984, s. 872.

27 Vabres, *a.g.e.*, s. 530.

bir takım uygulamalara gidilmesi de karar verilen hususlar arasında yer almaktadır. Bu dönemde mahkûmun iyi hal göstermesi ile ilgili olarak günümüzde olduğu gibi hükümlünün bir süre gözlenmesi gerektiği üzerinde durulmuş ve bu da kendi içinde infaz kurumunda geçirilecek olan sürenin belirli bir süre olması gibi bir zorunluluğu ortaya çıkarmıştır. Günümüzde olduğu gibi belirtilen dönemde de şartla salıvermeden faydalanacak olan hükümlünün almış olduğu cezanın infaz kurumunda geçmesi gereken kısmı, cezai geçmiş ve mevcut cezanın süresi gibi kriterler uygulamada farklılıklar olmasının temel nedenlerindedir. Bu nedenle Fransa'da mükerrer suçlu olmayanların, mahkûmiyet süresine göre 6 aydan az bir yükümlülüğü bulunanların vb. şartla salıvermeden farklı şekillerde yararlandıkları görülmektedir. Fransa'da şartla salıverme uygulamalarında en dikkat çekici hususlardan biri mahkûmun bu uygulamadan istifade ettikten sonra infaz kurumu dışında geçimini yasal yollarla temin edebileceğine dair belge sunma zorunluluğu taşımasıdır. Bu da şartla salıvermeden yararlandıktan hemen sonra kendisini çalıştırabilecek birinin bu hususu belgeli bir şekilde taahhüt edebilmesi yoluyla sağlanan bir garantidir<sup>28</sup>.

Şartla salıverme uygulamasına dair yetkilerin 1885 yılı itibariyle ilk dönemlerde İçişleri Bakanlığı tarafından kullanılabilen bir yetki olması dikkat çekicidir. 1891 yılına gelindiğinde ise şartla salıverme uygulamasını kullanılabilmek yetkisi Adalet Bakanlığına verilmiştir. Adalet Bakanlığı tarafından şartlı salıverme yetkisinin kullanılması noktasında keyfi bir uygulamadan veya genel geçer bir tavırdan söz etmek mümkün değildir. Nitekim uygulamadan yararlanabilecek olan hükümlülerin öncelikli olarak ceza infaz kurumu tarafından onaylanması ve uygulamadan yararlanabileceklerine dair bir karar verilmesi gerekmektedir. Bunun devamında ise ilgili hükümlülerin mahkûmiyet kararlarını veren mahkemeler tarafından da şartla salıverme konusunda belirleyici bir hükmün verildiği kaydedilmektedir<sup>29</sup>.

Fransa'da 1885 Yasası ile uygulanan şartla salıverme müessesesinin güçlü bir denetim mekanizmasına sahip olması da sistemin dikkat çeken noktaları arasındadır. Bu yasaya göre hükümlülerin cezalarının en az yarısının infaz edilmesinden sonra şartlı salıvermeden yararlanmaları bir

28 Georges Vidal, Joseph Magnol, *Ceza Hukuku*, C. I, (Çev. Şinasi Z. Devrin), Ankara, 1949, s. 514.

29 Vidal, Magnol, *a.g.e.*, s. 514.

şarttır. Bununla birlikte bu uygulamadan yararlanan hükümlülerin infaz kurumu dışına çıktıktan sonra özel topluluklar veya denetimden sorumlu müesseselerin gözetimi altında tutulmaları da ne denli ciddi bir uygulama yapıldığının göstergesidir. Ancak tüm bu sıkı denetimlere rağmen dönem itibarıyla hükümlülerin şartla salıverme uygulamalarından yararlanabilmek amacıyla taleplerinde herhangi bir azalma olmadığına dikkat çekilmektedir. Nitekim 1886 ile 1895 yılları arasında kalan dönemde şartla salıverme müessesesinden 12 bine yakın hükümlünün yararlandığı da kaydedilmektedir. Bu hükümlülerin her biri denetimli serbestlik dönemlerini özel denetim organlarının gözetimi altında geçirmeyi kabul etme şartıyla bu uygulamadan istifade etmişlerdir<sup>30</sup>.

### 2.3. Şartla Salıvermenin İngiltere’deki Gelişimi

Şartla salıverme uygulamalarının dünya genelindeki yayılımı değerlendirildiği zaman İngiltere’nin bu uygulamalarda dünya genelinde temel teşkil eden bir ülke olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim şartla salıvermenin temel esasını oluşturan hükümlülerin belirli bir denetime tâbi tutularak cezalarının geri kalan kısımlarını tamamlamalarının ilk örneklerinin İngiltere’de ortaya çıktığı bilinmektedir. Ancak bu husus ortaya çıkış şekli itibarıyla günümüzdeki ile birebir aynı şekilde değerlendirilemez. Nitekim İngiltere’deki şartlı salıverme uygulamalarının ilk örnekleri hükümlülerin kalan cezalarını kolonilerde çalışarak tamamlanması esasına dayanmaktaydı<sup>31</sup>.

İngiltere’de şartla salıverme uygulamalarının ortaya çıkışının toplumsal anlamda sınıfsal bir değişimin sonucu olduğunu belirtmek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Bu dönemde İngiltere’de feodalitenin sona ermesi ile beraber feodal beylere bağlı olarak çalışan kişilerin işsiz kalması gibi bir sorun ortaya çıkmış ve toplum içinde ekonomik anlamda güçsüz bireylerin sayısı artmıştır. İşsiz kalan insanların yeni iş bulamaması nedeniyle yaşamlarını sürdürebilmek için suça yönelmeleri ise ülke genelinde suç oranlarının artması gibi bir sonuç doğurmuştur. Suç oranlarının artması ve cezalandırılan suçluların infaz kurumlarına cezalarını çekmek için yönlendirilmeleri sonucunda İngiltere’de XIX. yüzyılın

30 O’Brien, *a.g.e.*, s. 189 – 190.

31 Cole, Smith, *a.g.e.*, s. 556.

ikinci yarısında cezaevlerindeki doluluk oranı üst seviyelere ulaşmıştır. Bu bağlamda cezaevlerinin doluluğu konusunu çözümlmek için girişilen arayışlarda 1857 yılı öncesinde İngiltere’de “Sürgün Yasası” olarak adlandırılan bir kanun ortaya çıkmış ve bu kanuna göre hükümlüler affedilebilmek için kral adına çalışmayı kabul etmişlerdir. Ancak bu çalışma şekli bireylerin ülke içinde, kendi evlerinin yanında yapılacak olan bir çalışmayı kapsamamaktadır. Nitekim çalışma şartını kabul eden bireylerin denizasıırı kolonilere gönderilmesi de bunu kanıtlar niteliktedir. Hükümlülerin transferi esnasında kullanılan gemilerdeki imkânların ne denli kötü olduğu kaynaklarda yer verilen bir diğer husustur. Nitekim pek çok hükümlünün kolonilere sevki noktasında varış noktasına ulaşmadan yaşamını kaybettiği de bilinmektedir<sup>32</sup>.

Sürgün olarak gönderilen yere ulaşım şartları ve burada mevcut çalışma koşulları çok zor olmasına rağmen yine de özgürlüğüne kavuşmak amacıyla pek çok hükümlünün kral adına çalışmayı kabul ettiği bilinmektedir. Bu doğrultuda XVI. yüzyılın sonlarından XVIII. yüzyılın üçüncü çeyreği dâhil olmak üzere pek çok insanın sürgüne gönderildiği de kaydedilmektedir. Bu dönem içinde gönderilen kişi sayısının 200 bine yakın olduğu da kaynaklarda yer verilen bilgiler arasındadır<sup>33</sup>.

İngiltere’de hüküm giyen kişilerin şartlı salıverme uygulaması doğrultusunda Amerika Kıtası’na sürgün edilmelerine yönelik uygulamaların 1776 yılında Amerika Kıtası’ndaki kolonilerin bağımsızlıklarını ilan ettiği döneme kadar sürdüğü bilinmektedir. Kolonilerin bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından sürgün uygulamalarının durdurulduğu da yer verilen bilgiler arasındadır. Amerika Kıtası’na yapılan sürgünlerin durdurulması İngiltere’deki infaz kurumlarının doluluk oranlarının gittikçe artması gibi bir sonuç ortaya çıkardığı için İngiltere tarafından mahkûmların sürgün edilebileceği yeni bir yer arayışına girilmiş ve bu doğrultuda 1770 yılında keşfedilen Avustralya’ya sürgün gönderme fikir gündeme gelmiştir.

Avustralya’nın sürgün yeri olarak seçilmesinin bir diğer sebebi ise buranın yeni bir yerleşim yeri olması ve bayındır hale getirilmesi amacıyla çalışacak çok sayıda insana ihtiyaç duyulmasıdır. Bu nedenle Amerika

32 Allen Simonsen, *a.g.e.*, s. 24.

33 Cole, Smith, *a.g.e.*, s. 556.

Kıtası'na gönderimin durdurulmasından 11 yıl sonra yani 1787 yılından 1875 yılı dâhil olmak üzere 150 bine yakın insanın Avustralya'ya gönderildiği literatürde yer alan bilgiler arasındadır. Yapılan bu sürgünlerin ardından Avustralya da Amerika Kıtası gibi önemli bir koloni merkezine dönüşmüştür. Ancak Avustralya'ya yapılan sürgünlerde Amerika Kıtası'ndakinden farklı bir yol izlendiği görülmektedir. Nitekim bu kıtaya sürgün olarak giden mahkûmların dâhil oldukları kolonileri yöneten kişilere mahkûmları affetme yetkisi verilmiştir. Bu da mahkûmların Avustralya'da Amerika Kıtası'nda olduğundan daha ılımlı davranışlar sergilemeleri ve sosyal yapıya uymaya dair bir çaba göstermeleri sonucunu doğurmuştur. Her ne kadar iyi hal gösterdikten sonra affedilse de yeniden suç işleyen bireylerin olması yapılan uygulamaların gözden geçirilip güncellenmesine dair bir teklifi gündeme getirmiştir. Yapılan bu teklif doğrultusunda gözden geçirilen sistem güncellenerek salıverme uygulamalarının belirli şartlarla işletilmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu noktada ilk şart olarak salıvermeden yararlanan hükümlünün müesseseden yararlanmasının ardından geçinebileceğine dair kendini ispat etmesi ve ikametgâh olarak belirli bir bölgeyi tercih etmesi belirlenmiştir. Günümüzdeki pratiğe yakın olan bu uygulama müessesenin daha sağlıklı işleyiş göstermesini sağlasa da yine bu dönem için salıvermeden sonra bir denetim süresi uygulamasının olmadığına da dikkat çekilmektedir<sup>34</sup>.

Uygulama noktasında pek çok güncellemeye tabi tutulan şartla salıverme müessesesi üzerinde yapılan yeniliklerde Norfolk Adası'nda yaşanan gelişmelerin de payı olduğunu söylemek mümkündür<sup>35</sup>. Çünkü bu yerleşim yerine sürgün olarak gelen bireylerin maruz kaldığı şartların çok ağır olması ve bu nedenle pek çok mahkûmun intihar etmeye kadar varabilecek girişimlerinin bulunması ada üzerinde uygulanan yaptırımların gözden geçirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır<sup>36</sup>. Norfolk Adası'nda gerçekleşen olayların büyümesi İngiltere'de bir ulusal mesele halinde değerlendirilerek bu olayların yatıştırılabilmesi ve sistemin normale döndürülmesi için çare arayışlarını gündeme getirmiştir. Bu konuda Alexander Moconochie gönüllü bir şekilde sistemi iyileştirebilme adına Norfolk Adası'na yönetici olarak gönderilmiştir<sup>37</sup>.

34 Cole, Smith, *a.g.e.*, s. 556.

35 Allen, Simonsen, *a.g.e.*, s. 44.

36 Sakıp Güran, *Cezanın İnfazı, Sistemler ve Tatbikat*, Ankara, 1942, s. 13.

37 Güran, *a.g.e.*, s. 14.

Moconochie'nin adaya varmasının ardından tüm sistemi incelediği ve mevcut sistemin günümüze yakın bir hale dönüşmesine yönelik girişimlerde bulunduğu kaydedilmektedir. Bu noktada kendisi, sabit olan cezaların çalışma yoluyla tamamen bitirilmesine dayalı sistemin mevcut sorunların temel kaynağı olduğu üzerinde durmuştur. Bu nedenle sürgüne gönderilseler bile iyi hal gösteren mahkûmların ödüllendirme niteliğinde bir uygulamaya tabi olmalarının mevcut atmosferi iyileştirici bir etkisi olacağını savunmuştur. Bu düşüncesi doğrultusunda Moconochie, infaz sistemi içinde mahkûm davranışlarının puanlamasına dayalı bir sistemi devreye sokmuştur<sup>38</sup>.

Temelde hükümlünün belirli bir puan üzerinden sisteme dâhil edilmesi ile başlayan puanlama, hükümlünün gösterdiği iyi hal olarak nitelendirilen davranışlarla eksilerek ilerlemekteydi. Tasarlanan yeni sistemde hükümlünün eğitsel faaliyetlere katılması, dini faaliyetlerde yer alması, sosyal projelere dâhil olması ile mevcut puanı düşürmesi ve sıfırlanan puanıyla özgürlüğünü elde etmesi gibi bir uygulama söz konusuydu. Ancak sistemin en önemli düzenleyici unsurlarından biri hükümlünün yanlış davranışlarıyla sildiği puanların yeniden geri eklenmesine yönelik bir uygulamanın da yapılmasıydı<sup>39</sup>.

Moconochie'nin şartla salıverme uygulamalarında yapmak istediği en dikkat çekici güncellemelerden biri ise zaman kavramını fiil kavramı ile değiştirmesidir. Diğer bir ifade ile hükümlünün infaz kurumu bünyesinde belirli bir zaman geçirmesi yerine belirli davranışları sergilemesi veya belirli işleri bitirmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Bu da mevcut cezanın zamana bağlı değil görev esasına göre tamamlanması anlamına gelmektedir<sup>40</sup>.

İlk etapta garip olarak karşılanırsa da uygulama safhası değerlendirildiğinde uygun bir yöntem olarak ele alınan fiile dayalı sistem, her mahkûm için cezanın türüne göre belirlenmiş işlerin tamamlanmasını kapsamaktaydı. Diğer bir ifade ile standart bir sistem söz konusu değildi. Bu doğrultuda yine puanlama sistemine dayalı olarak belirlenen eğitim

38 Todd Clear, "Correction Beyond Prison Walls", *Criminology: A Contemporary Handbook*, Edit.: Joseph F. Sheley), Second Edition, Belmont, 1995, s. 460.

39 Güran, *a.g.e.*, s. 14.

40 Reid, *a.g.e.*, s. 531.

faaliyetleri, dini törenler, sosyal projeler gibi kişinin ıslahına yönelik yapılara dâhil olması gerekliliği cezanın türü ve süresine göre yoğunluk göstermekte veya azalmaktaydı. Moconochie mahkûmun şartla tahliye edilmesinde bu programlara dâhil olmasının göz önüne alınmasının daha sağlıklı sonuçlar doğurabileceğini de belirtmekteydi<sup>41</sup>. Sistemin en dikkat çeken yönlerinden biri ise bireysellikten kurtularak beraberlik ve işbirliği duygularının geliştirilmesi amacıyla mahkûmlara grupla çalışma şartının da getirilmiş olmasıdır. Ayrıca grup içi denetimin sağlanabilmesi amacıyla her bireyin gruptan sorumlu olması uygulamasına da gidildiği bilinmektedir<sup>42</sup>.

İlk dönemler için eleştiri veya tepki olsa da Moconochie'nin belirlediği yöntemin uygulanması sonucunda elde edilen olumlu sonuçlar, yöntemin diğer ülkelerde de kısa zamanda benimsenmesi ve uygulanması sonucunu doğurmuştur. Bu doğrultuda sistemin daha ileri taşınması amacıyla yapılan çalışmalar sonucunda 1854 yılında İrlanda'da Mococonochie'nin sistemi Walter Crofton tarafından İrlanda Müddetsiz Hukuk Sistemi içine yerleştirilmiş ve bu da İrlanda'ya özel bir uygulama olan "Dereceli Sistem" in ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur<sup>43</sup>.

## 2.4. Türk Hukuk Sistemi İçinde Şartla Salıvermenin Tarihsel Gelişimi

Türk hukuk sistemi içinde şartla salıverme uygulamalarının geçmişi incelendiği zaman günümüze yakın bir dönemde Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan önce Anadolu topraklarında hüküm süren Osmanlı İmparatorluğu bünyesinde 1858 tarihinde düzenlenen Ceza Kanunu'nda şartla salıverme uygulamalarına yer verilmediği görülmektedir<sup>44</sup>. Bu bağlamda şartla salıverme uygulamalarının Türk hukukuna, Türk Ceza Kanunu ile birlikte 1926 yılında girdiğini söylemek mümkündür. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan şartla salıverme uygulamaları daha sonra pek çok değişikliğe uğrasa da ilgili maddenin ilk şeklinde "*3 seneden fazla müddetle ağır hapis veya hapis cezasına*

41 Allen, Simonsen, *a.g.e.*, s. 44.

42 Reid, *a.g.e.*, s. 531.

43 Cole, Smith, *a.g.e.*, s. 556.

44 Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s. 117 vd.



*mahkûm olanların ağır hapiste 3 seneden eksik olmamak üzere, cezanın 3/4'ünü ve hapiste görülürse bakiye müddeti cezaiyesi 3 seneden fazla olmamak şartı ile ve talepleri üzerine meşruten tahliyelerini istihsal edebilecekleri”* hükmüyle şartla salıverme uygulamalarına yer verilmiştir. 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi incelendiğinde bu madde dâhilinde günümüzdeki şartla salıverme uygulamalarına uygun olarak bir hapis cezası süresi, bu cezaya dair infaz kurumu bünyesinde bulunması gereken süre ve bu süreden sonra kişinin talebi ile şartla salıvermeden yararlanabileceği üzerinde durulduğu görülmektedir. Bu da Türk hukuk sistemi içine şartla salıverme uygulamalarının girdiği ilk durumda bile günümüzdeki uygulamalara oldukça yakın bir nitelikte bulunduğu ve dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nun dönem şartları itibariyle oldukça modern bir yapıda olduğunun göstergesidir.

1936 tarihinde yürürlüğe giren 3038 Sayılı Kanun'la Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesi değiştirilmiş ve bu madde bünyesinde bulunan hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında tedrici bir serbesti sistemi benimsenmiştir. Benimsenen bu derecelendirme sistemi dört devreden oluşmaktadır. Ancak 3038 Sayılı Kanun'la 1936 yılında getirilen dereceli sistem bir yıl sonra 1937 tarihinde 3112 Sayılı Kanun ile geliştirilmiş ve dereceli sistemin uygulamasına dair detaylar ortaya konulmuştur. Doktrinde bu detaylar;

- **Birinci devre:** Hükümlü işlediği suçta dair belirlenen cezanın 1/20'si oranında bir hücrede gece – gündüz olmak üzere yalnız tutulur. Ancak hükümlünün ceza süresi ne olursa olsun, hücrede tutulacağı süre 1 aydan az ve 6 aydan fazla olamaz.
- **İkinci evre:** Hükümlü yalnız geceleri tecrit edilir. Hükümlünün belirli bir süre tutuklu kalmış olması durumunda, tecritte tutulduğu süre ile mahkûmiyet süresinin toplamının cezadan düşülmesinin ardından kalan sürenin 1/6'sı kadar bir zaman şartla salıverme için gereken süreyi ifade eder.
- **Üçüncü devre:** Bu devrede geçen her 3 günlük süre 4 günlük mahkûmiyete karşılık olarak hesaplanır. Mahkûmun bir tutukluluk süresinin olması durumunda birinci ve ikinci devre kapsamında geçirilen süreler çıkarıldıktan sonra geri kalan sürenin 1/3'ü kadar süre belirlenir.

- **Dördüncü devre:** Cezanın kalan kısmı için geçirilen süre boyunca her gün iki mahkûmiyet günü olarak hesaplanır. Derecelendirilmiş serbestlik sistemine göre mahkûmların ikinci devreden üçüncüye, buradan da dördüncü devreye geçebilmesi iyi hal göstermesi şartına bağlanmıştır.

şeklinde ifade edilmiştir<sup>45</sup>.

Devam eden yıllarda suç oranlarında görülen artış hem ceza kanununda yer alan maddelerin hem de infaz sisteminin daha sert tedbirler almasını gerekli kılmıştır. Bu doğrultuda 1953 yılında 6123 Sayılı Kanun'la Türk Ceza Kanununun 13. maddesi değiştirilmiştir. Bu madde bünyesinde hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı üç devreye ayrılmış ve yeni bir sistem uygulamaya konulmuştur. Bu sistemde şartla salıverme uygulamalarına da yer verilmiştir. 6123 sayılı kanunla getirilen yeni sisteme göre; hapis cezası 20 yıl olan bir mahkûm, 17 yıl 9 aylık infaz süresinin ardından 2 yıl 3 aylık bir süre için şartla salıvermeden yararlanabilecektir. 6123 Sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin ardından ceza sürelerinde artırıma gidildiği görülmekle beraber yaş ve hafifletici sebeplere dair indirimlerin de azaltılması dikkat çekmektedir. Bu denli sert bir sistemin uygulamaya konulması sonucunda iki yıllık bir süre zarfında mevcut mahkûm sayısında 1/3'lük bir artış olduğu kaydedilmektedir. Buna ek olarak infaz kurumları bünyesinde artan yaralama, öldürme gibi olaylara ek olarak firar ve idareye başkaldırı olaylarının da giderek artması bu sistemde de değişiklik yapılması fikrini gündeme getirmiştir<sup>46</sup>.

Değişiklik fikri doğrultusunda yapılan güncellemeler ile mevcut Türk Ceza Kanunu'nun 13, 16 ve 17. maddeleri 1957 yılında kabul edilen 6988 Sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Yapılan yeni güncellemeler ile üç devreli infaz sistemi sabit tutulmakla birlikte bu sistem içinde birtakım değişikliklere de gidilmiştir. Örneğin; sistemin birinci devresindeki hücre hapsi uygulamasının 8 ayla sınırlı tutulması öngörülmüş yine bu kanun bünyesinde şartla salıverme müessesesine ilişkin hükümlerde de değişikliğe gidilmiştir. Yapılan bu değişiklik ile şartla tahliye uygulaması hükümlünün iktidarı oranında şahsi hakların tazmini koşuluna bağlanmıştır. Buna ek olarak şartla salıvermenin geri alınmasına dair sebepler arasında

45 Feyyaz Gölcüklü, *Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)*, Ankara, 1966, s. 154.

46 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 69.

sıralanan “cürümden dolayı mahkûm olma” ibaresi “kasti bir cürümden dolayı” şeklinde değiştirilmiştir<sup>47</sup>.

Belirli bir süre uygulamada kalan bu değişikliklerin 1965 tarihinde yürürlüğe giren 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun ile yeniden düzenlemeye tabi tutulduğu ve bu kanun bünyesinde şartla salıverme uygulamasının da yeniden düzenlendiği görülmektedir. 647 Sayılı Kanun ile Türk Ceza Kanunu'nun 16. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun bünyesinde bulunan 19. madde ile de hürriyeti bağlayıcı cezaların türü ve miktarı ne olursa olsun tüm hükümlülerin şartla salıvermeden faydalanabilmesi yönünde düzenlemeye gidilmiştir<sup>48</sup>.

647 Sayılı Kanun'un 19. maddesi 1712 Sayılı Kanun'la değiştirilerek yapılan düzenleme ile şartla salıvermenin kapsamı genişletilmiştir. Yapılan değişiklikle cezanın infazı sırasında firar edenlerin bile şartla salıvermeden yararlanabilmesi karara bağlanmıştır. Ancak bunların muvakkat cezalarda, cezaya dair belirlenen sürenin 4/5'ini çekmeleri, müebbet hapis cezalarında ise 30 yıllık bir süreyi infaz kurumunda tamamlamış olmaları gerekliliğine de yer verilmiştir<sup>49</sup>.

Yapılan bu düzenleme ile kapsamı oldukça genişletilen şartla salıverme uygulamalarının 1982 yılında bir çerçeve ile sınırlandırıldığı ve disiplini sağlamaya yönelik bir güncellemeye tabi tutulduğu görülmektedir. 1982 tarihli 2638 Sayılı Kanun'la 647 Sayılı Kanun'un 19. maddesine yeni bir fıkra eklenmiş ve bu fıkayla; tutukluluğu veya hükümlülüğü esnasında iki defa firar eden veya bu yönde girişimde bulunanların, cezavevi idaresine karşı ayaklanma suçundan mahkûm edilenlerin, hükümlülüğü süresince hücre hapsi veya katıksız hapis olarak nitelendirilen disiplin cezalarına dört ve daha fazla maruz kalanların, haklarında verilen disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıvermeden yararlanamayacaklarına değinilmektedir<sup>50</sup>.

1986 tarihinde yürürlüğe giren 3267 Sayılı Kanun'la 647 Sayılı Kanun'un 19. maddesinde tekrar değişikliğe gidilmiştir. İlgili maddenin birinci ve ikinci fıkraları değiştirilerek TBMM tarafından haklarında

47 Gölcüklü, *a.g.e.*, s. 55 vd.

48 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 71.

49 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 73.

50 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 74.

verilen ölüm cezaları iptal edilenlerin bile şartla salıvermeden yararlanmaları karara bağlanmıştır. Buna ek olarak muvakkat ve müebbet olarak verilen cezalara maruz kalan hükümlülerin şartla salıvermeden yararlanma süreleri de kısaltılmıştır<sup>51</sup>.

647 Sayılı Kanun'un 19. maddesinde yapılan bir diğer değişiklik ise 1988 tarihli 3506 sayılı kanunla gerçekleşmiştir. Yapılan değişiklik sonucunda kişinin şartla salıvermeden yararlandıktan sonra infaz süresi doluncaya kadar geçen sürede yeni bir suç işlemesi durumunda, salıvermeden suçun işlendiği zamana kadar olan sürenin cezadan düşülmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Buna ek olarak diğer düzenlemelerde, hükümlünün şartla salıverilmesinin ardından kastî bir suç nedeniyle uygulamanın geri alınması nedeniyle bir daha şartla salıvermeden yararlanamayacağına yer verilmiştir. Ancak 3506 Sayılı Kanun'la bu uygulama da hükümlünün aynı suçtan şartla salıvermeden yararlanamayacağı sabit kalmak üzere yeni suçuna dair şartların oluşması durumunda müesseseden yararlanılabileceğine yer verilmiştir<sup>52</sup>.

1990 yılında yürürlüğe giren 3653 Sayılı Kanun'la 647 Sayılı Kanun'un 19. maddesinde yeniden güncellemeye gidilmiş ve maddenin ikinci fıkrası yeniden değiştirilmiştir. Yapılan değişikliğe göre; firar ve firara teşebbüs, cezaevi idaresine karşı ayaklanma suçu ile disiplin cezası olarak dört kere tecrit alanların şartla salıvermeden yararlanmaları karara bağlanmıştır. Buna ek olarak ölüm cezası, müebbet hapis cezası ve diğer hürriyeti bağlayıcı cezalara dair şartla salıvermeden yararlanma sürelerine de düzenleme getirilmiştir<sup>53</sup>.

2004 yılında yürürlüğe giren 5218 Sayılı Kanun'la da 647 Sayılı Kanun'da güncellemeye gidilmiştir. Ancak bu kanunla yapılan güncellemeler daha çok şartla salıvermeden faydalanma sürelerine yöneliktir. Bu bağlamda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılanların 25 yıl, müebbet hapis cezasına çarptırılanların 20 yıl, diğer hürriyeti bağlayıcı cezalarda ise cezanın ½'sini çekmek şartıyla infaz kurumunda iyi halli olarak nitelendirilen hükümlülerin talep etmeseler bile şartla salıverme yoluyla salıverileceklerine değinilmektedir. Ancak hakkında belirlenen

51 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 75.

52 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 76.

53 Yenidünya, *a.g.e.*, s. 76.

cezalara hükmedilen mahkûmlardan firar ve firara teşebbüs, cezaevi idaresine karşı ayaklanma ve disiplin cezası olarak dört kere hücre hapsi alanların şartla salıvermeden faydalanabilmeleri için infaz kurumunda geçirmeleri gereken süreler daha fazla olarak belirlenmiştir.

Ayrıca 5218 Sayılı Kanun'la 3713 Sayılı Kanun'un 17. maddesine eklenen fıkra ile ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezası ile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılan terör suçluları hakkında şartla salıverme hükümlerinin uygulanamayacağına da yer verilmiştir.

2004 yılında yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da şartla salıvermenin yalnızca hapis cezaları için uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle müesseseden istifade edecek mahkûmun infaz kurumunda belli bir süre yatmış olması şartı aranmaktadır. Yasaya göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilmiş olanlar 30 yılını, müebbet hapis cezasına mahkum edilmiş olanlar 24 yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkum edilmiş olanlar ise cezalarının 2/3'ünü infaz kurumunda çektikleri taktirde şartla salıvermeden yararlanabileceklerdir. Bu yatış süreleri verilen hapis cezalarının değişik kombinasyonlarına göre farklılık gösterir (CGTİHK madde 107).

Bunlara ek olarak tekerrür durumuna göre de şartlı salıverme süresi ile ilgili düzenlemeler yeni yasada bulunmaktadır. CGTİHK madde 108/1'de tekerrür durumunda işlenen suç nedeniyle gerçekleşen mahkûmiyet halinde;

- ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları için 39 yılının,
- müebbet hapis cezaları için 33 yılının,
- süreli hapis cezalarının  $\frac{3}{4}$ 'ünün

infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi durumunda şartlı salıvermeden yararlanılacağına yer verilmektedir. Bu yatış süreleri verilen hapis cezalarının değişik kombinasyonlarına göre farklılık gösterir (CGTİHK madde 108).

Yukarıdaki paragrafta bahsedilen şartla salıverme sürelerinin 5237 TCK'nın 102/2. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçu, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu, 104/2 ve 104/3. maddelerinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 188. maddesinde tanım-

lanan uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilenler hakkında da uygulanacağına CGTİHK'nın 108/9. maddesinde yer verilmektedir. Lakin bu sürelerin çocuklar hakkında uygulanmayacağı CGTİHK'nın 108/10. maddesinde belirtilmiştir.

2014 yılında 6545 Sayılı Yasa ile CGTİHK'da değişiklik yapılarak çocuğa karşı işlenen bir suç nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olunması durumunda 39 yılın, müebbet hapis cezalarında ise 33 yılın infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi durumunda hükümlünün şartla salıvermeden yararlanabileceğine yer verilmiştir.

6545 Sayılı Kanun ile getirilen bu düzenlemede suçun niteliğinden ziyade mağdurun vasfı ile verilen ceza miktarı dikkate alınarak hesaplama yapılır. Ancak bu hususun kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştiriler vardır<sup>54</sup>.

15.8.2016 tarih ve 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesi ve sonrasında 9.11.2016 tarih ve 6757 Sayılı Kanun'un 28. maddesiyle değiştirilerek kabul edilen CGTİHK'nın geçici 6. maddesinde; *"1.7.2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçları (m. 81, 82), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (m. 102, 103, 104, 105), özel hayata ve hayatın gizli alanlarına karşı suçlar (m. 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (m. 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, bu kanunun 107. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "üçte ikilik" oran "yarısı" olarak uygulanır."* denilmektedir. Geçici 6. maddede tahdidi bir şekilde sayılan suçların dışında kalan ve 01.07.2016 tarihinden önce işlenmiş olan suçlar hakkında şartla salıvermeden yararlanmak için uygulanacak indirim oranının ½ olduğu belirtilmiştir. 01.07.2016 tarihinden sonra işlenen suçlarda ise 2/3 şeklindeki oranın uygulanmaya devam edileceği anlaşılmaktadır.

54 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, 2015, s. 749.

## SONUÇ

Cezanın kişiselleştirilmesi amacına yönelik olan ve hükümlülerin toplumsal yaşama dönebilmesi adına daha fazla gayret göstermesini sağlayan şartla salıverme uygulamaları ilk olarak İngiltere’de ortaya çıksa da kısa zamanda oldukça hızlı bir yayılım göstermiştir. Ancak ortaya çıkış şekli ve uygulama biçimi değerlendirildiğinde şartla salıvermenin ilk dönemler itibariyle günümüzdeki yapısından oldukça uzak olduğunu söylemek mümkündür.

Türk hukuk sistemi içine Cumhuriyet döneminde giren şartla salıverme uygulamalarının ilk dönemlerden itibaren günümüzdeki yapısına yakın bir mahiyette olduğu ve bu nedenle de uygulama açısından her dönem için belirlenen hedeflere hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Ancak sistemin işleyiş açısından birtakım aksaklıkları bünyesinde barındırdığını da söylemek eksik bir değerlendirme olmayacaktır.

Aksaklık açısından ilk husus uygulamadan istifade edenlerin tekrar suç işlemesidir. Bu konuda kastî olma hususu gözetilse de bireylerin suça meyilli olma durumları yalnızca infaz kurumu bünyesindeki gözlemlerle anlaşılamayacağı için salıverme öncesinde uygulamaya hak kazanabileceklerin belirli bir zaman diliminden itibaren psikolojik değerlendirmelere tabi tutulması uygulamanın daha sağlıklı sonuçlar vermesi açısından önemlidir. Buna ek olarak şartla salıvermeden istifade edecek olan bireylerin mahkûmiyetten önceki sosyal yaşamlarının da dikkate alınması gerekliliğinden bahsetmekte yarar vardır. Bireylerin belirli bir yapıya dâhil olması, bu yapı içinde değerlendirme sonucunda suça olan eğilim konusunda karar merciine yardımcı olabilecek doneler sunacaktır.

Son olarak şartla salıverme konusunda gelişen teknolojiiden istifade edilerek bireyin denetim süresinde yaptığı fiillerin izlenmesi sosyal yaşama dönüşün ilk dönemlerinde oluşabilecek olumsuzlukların önlenmesi açısından yarar sağlayacaktır. Bu bağlamda belirli alanlara girişlerin kısıtlanması, alkol vb. maddelerin kullanımına sınır getirilmesi de pratikte amaca ulaşmaya hizmet edebilecek uygulamalardandır.

**KAYNAKÇA**

- Allen, Francois A., *The Habits of Legality, Criminal Justice and The Rule of Law*, New York - Oxford, 1996.
- Allen, Harry E., Clifford E. Simonsen, *Corrections in Amerika: An Introduction*, Third Edition, New York, London, 1981.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 2007.
- Bouzat, Pierre, Pinatel Jean, *Traité de droit pénal et de criminologie, Tome I, Droit pénal général par Pierre Bouzat*, Deuxième Edition, Paris, 1970.
- Callison, Herbert G., *Introduction to Community-Based Corrections*, New York, 1983.
- Clear, Todd, "Correction Beyond Prison Walls", *Criminology, A Contemporary Handbook*, Edit.: Joseph F. Sheley), Second Edition, Belmont, 1995.
- Cole, George F., Cristopher E. Smith, *The American System Of Criminal Justice*, Eight Edition, Belmont etc. 1998.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2002.
- Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. III, 12. Baskı, İstanbul, 1997.
- Erem, Faruk, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, 1997.
- Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989.
- Gölcüklü, Feyyaz, *Türk Ceza Sistemi (Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar)*, Ankara, 1966.
- Güran, Sakıp, *Cezanın İnfazı, Sistemler ve Tatbikat*, Ankara, 1942.
- Kafes, Veli, *TCK Öntasarıları ve İçtihatları Işığında Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar*, Ankara, 1998.
- Mengüç, A. Rıza, *Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1975.



Merle, Roger, Andre Vitu, *Traité de droitcriminel, Problémés Généraux de la Science Criminelle, Drit Pénl Général*, Cinquiémeédition, Tome I, Paris, 1984.

O'Brien, Patricia, "The Prison On The Continent, Europe, 1865 - 1965", *The Oxford History Of The Rpison. The Practice Of Punishment in Western Society*, (Edited by Norval Morris - David J. Rothman), New York - Oxford, 1998.

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1982.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2015.

Reid, Sue Titus, *Criminal Justice*, Third Edition, New - York - Toronto, 1993, s. 689.

Schmallegger, Frank, *Criminal Justice Today*, An Introductory Text For The Twenty - First Century, New Jersey.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1998.

Tonry, Michael, "The Fragmentation of Sentencingand Corrections in America", *Sentencingand Corrections*, Issuesforthe 21. Century, September, 1999.

Vidal, Georges, Joseph Magnol, *Ceza Hukuku*, C. I, (Çev. Şinasi Z. Devrin), Ankara, 1949.

Yenidünya, Ahmet Caner, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme*, İstanbul, 2002.

# TİCARETİN KURALLARI

*Abdurrahman ÖZALP \**

Ticaret genel anlamıyla kişilerin birbirlerine mal ve hizmet alıp satmalarınıdır. Ticaret ulusal ve uluslararası olabilir. Ulusal olanına “iç ticaret”, uluslararası olanına “dış ticaret” diyoruz. Ticaretin yapılması için teslim ve ödemeye ilişkin yöntemler vardır; üretim yerinde teslim, kapıda teslim, taşıma aracı üzerinde teslim, alıcının yerinde teslim, takas, peşin ödeme, açık hesap, teslimde ödeme, kredili ödeme vs. Teslim ve ödeme yöntemleri bağlanıçta çok basit yapılırken daha sonraları ticaret ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte temel fonksiyonları aynı kalmakla birlikte bunlarda gelişti ve çeşitlendi. Hal böyle olunca da gerek iç ticarete gerekse de dış ticarete kurallara ihtiyaç duyuldu. İç ticarete bu daha az hissedilmekle birlikte dış ticarete çok daha önemli oldu, zira ülkeler farklı olduğundan dolayı dil, kültür ve alışkanlıklar farklıdır. Kurallar her zaman ortak bir dildir. Bir kuraldan herkes aynı şeyi anlar. Dünya ticaretini kolaylaştırmayı kendisine bir misyon kabul eden Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) (International Chamber of Commerce-ICC) bu amaçla bir dizi kural oluşturmuştur. Bunlar; Mal teslimi için Incoterms (International Commercial Terms), Tahsiler için URC (Uniform Rules for Collections), Akreditifler için UCP (Uniform Customs and Practices for Documentary Credits), Garantiler için URDG (Uniform Rules for Demand Guarantees), Teminat Akreditifleri (Standby L/C) için ISP (International Standby Practices) ve benzeri kurallardır. Mevcut durumda Ticaretin kuralları bunlardır. Bu kurallar 1930’lu yıllardan bu yana yerel ve uluslararası ticarete başarı ile kullanılmaktadır.

Ticaretin kuralları ticaretin gelenek görenek örf ve adetlerine dayanır. Bir tür Lex Mercatory gibidir ancak tam olarak değildir. “Bir Örnek Kurallar” olarak bilinen ve kullanılan bu kurallar ICC’nin öncülüğünde

\* ICC Türkiye Bankacılık Komisyon Başkanı

konusunda uzman kişiler tarafından hazırlanır, milli komitelerin görüşüne sunulur ve genel bir mutabakat sağlandıktan sonra yayınlanır. Bunların en çok bilinenleri şunlardır; Teslim yöntemleri için INCOTERMS, Garanti akreditifleri (standby LC) için ISP (International Standby Practices), Ticari Akreditifler için “Akreditiflere İlişkin Bir Örnek Usuller ve Uygulama Kuralları” (“Uniform Customs and Practice for Documentary Credits” - “UCP 600”), Tahsiller için “Vesaik Mukabili Ödeme İşlemlerine ilişkin Tahsiller İçin Bir Örnek Kurallar” (“Uniform Rules for Collections” - “URC 522”) ve Garantiler/kontrgarantiler için “Garantilere İlişkin Bir Örnek Kurallar” (“Uniform Rules for Demand Guarantees” - “URDG 758”) dir. ICC kuralları dünya çapında çok yaygın olarak kullanılmaktadır. ICC kurallarının tüm dünyada çok yaygın olarak kullanılması beraberinde bazı yanlış anlamaları da getirmiştir. Birçok kişi tarafından bunların bir yasa veya yaptırımı olan düzenlemeler olduğu sanılmaktadır, oysa durum bundan farklıdır, bu kurallar dünya ticaretini kolaylaştırmak amacıyla ICC tarafından kural haline getirilen standart uygulama ve geleneklerdir. Ticari faaliyetin içerisindeki taraflar sözleşmelerini bunlara tabi tutarak bunları sözleşmelerinin parçası haline getirirler, böylece her defasında mazbut bir sözleşme imkanı elde ederken her defasında sözleşmelerine aynı benzer bilgileri tekrar tekrar yazma zahmetinden kurtulurlar. Ayrıca bu kurallar tüm dünyada ticari camia tarafından çok iyi bilindiği için yabancı ülkelerde bulunan kişilerle sözleşme yapmak çok daha kolay olur. Aslında bu kurallar, yani bir örnek kurallar standart sözleşmelere benzerler, sözleşme şablonu gibidirler.

Bir örnek kurallar standart sözleşmeler ile benzerlik gösterdikleri halde standart sözleşmelerden farklı olarak sözleşmenin tamamını değil, bir parçasını oluştururlar ve sözleşme serbestisi kapsamında atıf (“incorporation”) yapılarak sözleşmeye eklenerek sözleşmenin parçası haline getirilirler. Bir örnek kuralların dünya çapında itibar ve kullanım alanı vardır, bu bakımdan hernekadar bir Lex Mercatoria gibi görülürlerse de iyi bir kaynak olmakla birlikte yukarıda belirttiğimiz gibi bir Lex Mercatoria değildirler.

Tarihi gelişime baktığımızda bir örnek kurallar veya eski deyimiyile yeknesak kurallar ilk olarak akreditiflere ilişkin kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak 1929 yılında ortaya çıkan taslaklar sadece

birkaç Avrupa bankası tarafından kullanılmıştır. ICC tarafından akreditiflere ilişkin çıkarılan ilk kurallar 1933 tarihli 82 sayılı broşurdur. ICC'nin Viyana'daki 7.kongresinde kabul edilmiştir. Daha sonraki yıllarda sırasıyla 1951 yılında 151, 1962 yılında 222, 1974 yılında 290, 1983 yılında 400, 1994 yılında 500 ve 2006 yılında 600 sayı ile revize edilmiştir. ICC'nin bir örnek kuralları öncelikle Belçika, Almanya, Fransa, Hollanda, İtalya, Romanya ve İsviçre bankaları tarafından uygulamaya alınmıştır. Amerikan bankaları 1938 yılında kuralları kabul etmekle birlikte bazı çekincelerini bildirmişlerdir. ICC, 1951 yılında yapılan revizyonda Amerikan bankalarının çekince, uygulama ve taleplerini dikkate almıştır. 1951 yılındaki revizyondan sonra bir çok ülkenin kuralları kullanması mümkün olmuş ancak dünya çapında bir yaygınlık sağlanamamıştır. Özellikle İngiltere ve İngiliz ekolündeki ülkelerin kuralları kullanmakta isteksiz davranmaları bunda etkili olmuştur. Ancak 1962 yılındaki revizyondan sonra yaygın bir kullanım sağlanabilmiştir. Bu revizyondan sonra İngiltere ve etkisindeki ülkeler kuralları kullanmaya başlamışlardır.

290 Sayılı 1974 revizyonu akreditif kurallarının olgunlaştığı ve tüm dünyada standart olarak kullanılmaya başladığı dönemdir. Bu revizyondan sonra akreditiflerle ilgili bu kurallar tüm dünyada atıf yapılan tek kaynak haline gelmiştir. Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) bir sonraki yıl yaptığı toplantısında kuralları övmüş, ICC'yi kutlamış ve tüm dünyada akreditif işlemlerinde kullanılmasını tavsiye etmiştir.

Bundan sonra ICC kurallara her zaman sahip çıkmış, takip etmiş, sorunları tespit etmiş ve düzenli olarak güncellenmelerini yani revize edilmelerini sağlamıştır. Kurallar ilk çıktıklarında bankaları korumak üzere tasarlanmıştı, ancak daha sonra dünya çapında yaygın kullanılmalari üzerine tüm tarafları korumak üzere tasalanmaya başlandı. Özellikle 1974 revizyonununun sonra bugünkü standart yapısına kavuştu. Bundan sonra ticaret ve teknolojideki gelişmeler dikkate alınarak revizyonlar yapıldı.

UCP'nin 2006 yılında yapılan 600 sayılı revizyonunun önsözün de ICC Genel Sekreteri Guy Sebban, ICC'nin faaliyet ve amacını şu şekilde özetler; "1919'da kurulan ICC'nin öncelikli hedefi milliyetçiliğin ve korumacılığın dünya ticaret sistemini ciddi biçimde tehdit ettiği

bir zamanda uluslararası ticaretin akışını kolaylaştırmak olmuştur. UCP bu yaklaşımla ve ülkelerin akreditif uygulaması konusunda kendi ulusal kurallarını geliştirmeleri ve uygulamaları sonucu oluşan karışıklığı azaltmak amacıyla hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bugün itibariyle ulaşılmış olan söz konusu hedef akreditif uygulamasında birörnekliliği sağlayacak bir kurallar dizisi oluşturmak ve böylece uygulamacıların sıklıkla birbiriyle çatışan çok sayıda ulusal mevzuatla uğraşmalarına son vermektir. UCP'nin ekonomik ve hukuksal açıdan çok farklılık gösteren ülkelerdeki uygulamacılar tarafından evrensel düzeyde kabul görmüş olması kuralların başarısının kanıtıdır.

UCP'nin bir kamu merciinin değil, özel bir uluslararası organizasyonun eseri olduğunu önemle not etmek gerekir. Kurulduğu günden bu yana ICC, iş kollarının bizzat kendilerinin koyduğu kurallarla uygulamada bulunmalarının önemi üzerinde ısrarla durmuştur. Konumuzu oluşturan ve tamamen özel sektör mensubu hukukçu ve uzmanlar tarafından hazırlanan kurallar bu yaklaşımın geçerli olduğunu kanıtlamış bulunmaktadır. UCP, ticaretle ilgili olarak şimdiye kadar geliştirilmiş en başarılı özel kurallar dizisidir.”<sup>1</sup>

UCP 600'ün giriş kısmında kuralların revizyonu ve amacı Gary Collyer tarafından şu şekilde anlatılır;

“Önceki revizyonlarda olduğu gibi genel hedef bankacılık, taşımacılık ve sigortacılık dallarındaki gelişmelerin dikkate alınmasına yönelik bulunuyordu. Ayrıca uyumsuz uygulama ve yorumlamalara yol açabilecek ifadelerin çıkarılması için UCP'de kullanılan dil ve biçimin gözden geçirilmesi gerekiyordu.

Revizyon çalışmalarına başlandığı sırada dünya çapında yapılan birkaç araştırma akreditifler altında ibraz edilen belgelerin takriben %70'inin rezervler nedeniyle ilk ibrazda geri çevrildiğini gösteriyordu. Bu durum akreditifin bir ödeme aracı olarak görülmesini olumsuz biçimde etkilemiş ve halen etkilemekte olup sorunun üzerine gidilmediği takdirde akreditifin uluslararası ticarete tanınmış bir ödeme aracı olarak piyasadaki payını sürdürmesinde veya arttırmasında ciddi sorunlar yaşanabileceğini göstermektedir. Bankaların rezervli ibrazlarda rezerv komisyonu almaya

1 Guy Sebban, Önsöz, ICC'nin 2006 revizyonu 600 sayılı yayın (UCP 600),

başlamaları, bilhassa ileri sürülen rezervlerin kuşkulu veya yersiz bulunduğu durumlarda konunun önemini artırmıştır. UCP 500'ün yürürlükte bulunduğu süre içinde dava konusu yapılan anlaşmazlıkların sayısında artış gözlenmemekle birlikte ICC'nin Akreditiflere ilişkin Anlaşmazlıkların Çözümü için Bilirkişilik Hizmeti Kuralları'nın (DOCDEX) Ekim 1997'de yayımlanması (Mart 2002'de revize edilmiştir) altmıştan fazla vakanın karara bağlanmasıyla sonuçlanmıştır.”<sup>2</sup>

Bu görüşler ICC kurallarının dış ticaretteki yeri ve önemini kısaca özetlemektedirler.

ICC bu kural yapıcılığını hukukçu, uzman ve uygulamacıların görüşlerine dayandırırken bir taraftan da gelişmeleri takip eder ve bunları kurallara yansotmayı başarır. Son yıllarda yapılan ve revize edilen elektronik kurallar bunun en iyi göstergesidir. Akreditiflere ilişkin olarak eUCP revize edilirken Tahsilere ilişkin olarak eURC yeni oluşturuldu. Daha öncesinde yeni bir ödeme yöntemi olan BPO (Bank Payment Obligation) için URBPO (Uniform Rules for Bank Payment Obligation) kuralları yapılmış ve başarıyla uygulanmıştı, halende uygulanmaktadır. Dijital sisteme yönelik olarak daha geniş kapsamlı URDT (Uniform Rules for Digital Trade) kuralları geliştirme çalışmaları bu makalenin yazıldığı tarihte devam etmektedir.

ICC kurallarının dünya ticaretine katkısı büyüktür. Herşeyden önce ticareti kolaylaştırmaktadır, ihtilafların çözümüne katkıda bulunmaktadır, çoğu zaman sözleşmelerin hazırlanması aşamasında devreye girerek ihtilafların ortaya çıkmasını engellemektedir. Dünya ticareti için ortak bir lisandır. Farklılıkların etkisini azaltmaktadır. Bu nedenle yasa olmadıkları halde yaygın olarak kullanılmaktadırlar. Ticaretle uğraşan herkesin güvenli, kolay ve riskten uzak ticaret yapabilmesi için bu kuralların önemini algılaması, bilmesi ve getirdiği kolaylıklardan fayda elde etmeye çalışması gerekir.

2 Gary Collyer, Giriş, ICC'nin 2006 revizyonu 600 sayılı yayın (UCP 600),

# PAYA DAYALI KİTLE FONLAMASININ TEMELLERİ \*

## (FUNDAMENTALS OF SHARE-BASED CROWDFUNDING)

*Yavuz AKBULAK\*\**

### 1. KİTLE FONLAMASI KAVRAMI

Kitle veya topluluk fonlaması biçiminde Türkçeleştirilen “crowd-funding”<sup>1</sup> maddi olanakların yetersizliğinden dolayı gerçekleştirilemeyen ve bu nedenle rafta kalan ya da rafa kalkan düşüncelerin ve/veya projelerin ya da henüz topluma sunulamayan yeni ürünlerin genellikle internet (platformlar, bloglar, forumlar gibi sosyal medya ortamları) aracılığıyla kalabalıklara, yani geniş kitle ya da topluluklara veya kuruluşlara ulaşılarak finanse ettirilmesi veya fonlandırılması işlemidir<sup>2</sup>.

Bu yöntem, doğal afetler, siyasi kampanyalar, bireysel gazetecilik, sinema filmi çekimleri, yazılım geliştirme, bilimsel araştırmalar gibi çok geniş kitle hareketlerinin finanse edilmesinde ve/veya mikro finansman uygulamalarında kullanılmakta olup, öncelikle bu amaçla oluşturulan yatırım platformlarının katma değeri yüksek projelerin ortaya çıkmasında etkili olabileceği düşünülmektedir.

Kitle fonlaması, “ilk olarak” İngiliz müzik grubu Marillion tarafından 1997 yılında kullanılmış ve anılan grup internette başlattıkları kampanyayla ABD turnelerini düzenlemiş ve bu yöntem, daha sonra müzik

---

\* Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz. Yazıdaki tüm hata, kusur, noksanlık ve eksiklikler yazarına aittir.

\*\* SPK Başuzmanı

1 Anılan kavram, “crowd financing” (kitle finansmanı), “equity crowdfunding” (topluluğa/kitleye dayalı özkaynak sağlama) “hyper funding” (sıra dışı fonlama) veya “crowd sourced capital” (topluluğa dayalı sermaye) şeklinde de ifade edilebilmektedir. Söz konusu kavram literatürde kooperatifler (cooperatives), toplumsal sermaye (social capital), karşılıklılık veya mütekabiliyet (reciprocity), para veya yardım toplama (online fundraising) ve ortaklaşacılık (collectivism) kavramlarıyla da karşılaştırılmaktadır.

2 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz AKBULAK, “Küçük Ölçekli Finansman Yöntemi: Kitle Fonlaması”, Dünya Gazetesi, 22.09.2012; Yavuz AKBULAK, “Kitle Fonlaması”, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2016, Cilt:14, Sayı:165.

ve film sektörlerinde hızla yayılmaya başlamıştır<sup>3</sup>. Ancak, yatırımcılardan bu yolla para toplamanın yasal olup olmadığına ilişkin bazı endişeler mevcuttur. Yaygın olarak, yatırımcılar elektronik ortamda sunulan bir ürünü -çoğunlukla bir müzik parçası ya da özel bir ürünün internet sitesinden indirilmesi, belli bir para karşılığında film izlenmesi gibi- satın almak için ödeme yapmakta, kitle fonlaması yoluyla internette blog oluşturma ve internet gazeteciliği gibi araçlarla, müzik yapımı, bağımsız film çekme gibi yaratıcı işler için fonlama mekanizması oluşturulmakta, bu işleri yapacak işletmelerin kuruluşu için fon sağlanmaktadır.

Faaliyetleri itibariyle benzer işletmeler (peer to peer companies) doğrudan borçlanma çabasıdadırlar. Banka kanalıyla borçlanma yerine, bir kitleden borçlanma yoluyla finansman, küresel çapta faiz oranlarının yüksek olduğu dönemlerde, özellikle kredi borcunu geri ödemeye çalışan tüketiciler ve küçük işletmelere maliyet bakımından önemli bir seçenek oluşturmaktadır.

Bu konuda, farklı ülkelerin düzenleyici otoriteleri nelerin menkul kıymet olduğu, nelerin olmadığı konusunda farklı tanımlara sahip olmakla birlikte, ABD’de uygulanan Howey Testi genel kabul görmektedir. Bu teste göre, yapılan işlem, parasalsa, kar amacıyla ve halka açık bir şirketçe yapılıyorsa ve üçüncü kişilerin sunulan ürüne ilgisine/talebine bağlıysa “yatırım sözleşmesi” ve buradan hareketle “menkul kıymet” sayılmaktadır. Buna göre, yatırımcıların, diğer yatırımcıların tercihlerine/hareketlerine dayalı olarak kar etme güdüsüyle borsaya yatırım yapmalarını özendiren “kitle fonlama anlaşması” da menkul kıymet olarak nitelendirilmektedir. Yasal düzenlemelerdeki hükümlere uygun olmayan izahname metinleriyle yapılan menkul kıymet satışları yasadışı sayılmıştır. Düzenlemelere aykırı işlemlerin, sağlanan kara, yatırımcılara verilen zarara ve işlenen suçun ilk kez işlenmiş olup olmadığına bağlı olarak, çeşitli büyüklüklerde cezai yaptırımları bulunmakta olup, yaptırımlar, bazen sermaye piyasalarında ömür boyu çalışma yasağına kadar gidebilmektedir.

3 ABD’de bu yöntemi kullanan internet siteleri şunlar olmuştur: ArtistShare (2000/2001), Sellaband (2006), Indiegogo (2008), Pledge Music (2009), Kickstarter (2009), RocketHub (2009), InvestedIn (2010), GoFundMe (2010), Rock The Post (2011). İngiltere’deki internet siteleri de şöyledir: Peerbakers (2008), Sponsume (2010), PleaseFundUs (2011), Pushfunder (2012). Öte yandan, 2019 yılının en iyi kitle fonlaması web siteleri de şunlardır: gofundme, indiegogo, kickstarter, justgiving, fundly, facebook <https://www.crowdfunding.com/> (Son Erişim: 28.11.2019).



## 2. KİTLE FONLAMASI YÖNTEMLERİ

Dünyada halen uygulanmakta olan kitle fonlaması yöntemleri şunlardır:

- 1) Bağış ve ödül temelli fonlama,
- 2) Borçlanma temelli fonlama,
- 3) Pay ya da hisse temelli fonlama.

### 2.1. Bağış ve Ödül Temelli Fonlama

Bu yöntem, menkul kıymet alım satımı içermeyen ve genellikle bağış olarak bir program ya da bir proje için fon toplayan veya toplanan paranın, proje katılımcılarına ödül verilmesi üzerine kurulu bir sistemi içermektedir.

#### 2.1.1. Bağış temelli

Bu tür projelere fon sağlayanlar finansal bir getiri talep etmemekte olup, bu yöntemde risk söz konusu değildir. Ancak proje sahiplerinin bu yolla istenilen tutarda fonu toplaması oldukça zordur.

#### 2.1.2. Ödül temelli

Bunda herhangi bir menkul varlığın satın alınması söz konusu değildir. Bunun yerine, projesi için fon toplayan birey ya da şirket projesinin başarıya ulaşması halinde önceden kararlaştırılmış bir ödülü fon sağlayıcılara vermeyi taahhüt etmektedir. Örneğin; yazacağı bir roman için fon arayan bir yazar, projesine katkı sağlayan destekçisine proje sonunda kitabının bir nüshasını gönderebilir. Bu yöntemin en iyi örneği ABD’de bir saat firmasının ürünlerine ilişkin Ar-Ge çalışmaları için ihtiyaç duyduğu 100.000,-ABD dolarını ödül karşılığında finanse etme girişimidir. Firma yapılan her 100,-ABD dolarlık bağış karşılığı, projenin tamamlanması halinde bağış sahibine bir saati ücretsiz olarak verme taahhüdünü “ödül” olarak belirlemiştir.

Bu yöntem bir takım olumlu ve olumsuz hususları beraberinde getirmektedir. Proje sahipleri, yatırımcılara finansal getiri vaadi yerine bir takım ödüller vererek;

- Yeni ortaklar edinmekten kaçınabilmekte,
- Büyük tutarlarda üretim kararları almadan önce ürün veya hizmetlere olan talebi test edebilme olanağı bulabilmektedir.

Bununla birlikte bu kitle fonlaması yönteminin aşağıdaki gibi olumsuz özellikleri de söz de söz konusudur:

- Ödül fon sağlayıcıya teslim edilmediğinde, sorumlunun kim olacağı belirsizliği,
- Projenin, proje sahiplerinin önceden açıkladığı şekilde yürütülmemesi durumunda kimin sorumlu olacağı belirsizliği,
- Toplanan fonların geri ödenmesi gerektiğinde, işlemlerin nasıl yürütüleceğinin açık olmaması,
- Geniş bir kitleye hitap eden bir proje ya da ürün olmadıkça gerekli finansman tutarının sağlanmasının güçlüğü.

## 2.2. Yatırım Temelli Fonlama

Yatırım temelli fonlamada bir firmanın varlıklarına ya da performansına dayalı bir menkul kıymetin satışı söz konusudur. Başka bir deyişle, firma borçlanarak ya da fikri mülkiyet haklarına ilişkin varlıklarını ya da firma paylarını satarak yatırımcılardan para toplamaktadır. Girişim sermayesi yatırımcıları ve melek yatırımcılardan farklı olarak, yatırım temelli kitle fonlaması yöntemlerine yatırım yapanlar daha küçük tutarlı yatırımcılardır.

### 2.2.1. Pay (hisse) temelli

Bu yöntemde finansmana gereksinim duyulan tutar karşılığında firmanın hisselerinin bir kısmı satışa sunulur ya da kar paylaşımı hakkı vaat edilerek finansman sağlanır. Genellikle bir girişimcinin yenilikçi

fikrin yaşama geçirilmesi için kurduğu firması için fon toplamak istemesi nedeniyle yatırımcılar bireysel bir girişimi ya da yenilikçi bir fikir desteklemek gibi finansal olmayan dürtülere de sahip olabilirler. Genellikle finansmana ihtiyaç duyan girişimci tarafından yatırım gereksinimi tutarı bir limit olarak belirlenir ve kitle fonlaması yoluyla belirlenen bir süre içerisinde bu tutarın sağlanması durumunda yatırım yapılır. Bu yöntemin uygulanması durumunda, fonun toplanacağı platform aracılığıyla yatırımcılarla firmaya, firmanın değerlemesine, iş planına, toplanacak fonun olası kullanım şekline ve firmanın hisselerinin ne kadarının satışa sunulduğuna ilişkin çeşitli bilgiler paylaşılır.

Esasen bu yöntem, borsada işlem görmeyen şirketlerin karşılık olarak hisselerine kısmen sahip olunması suretiyle projelerine finansman sağlanması olarak özetlenebilir. Hisse karşılığı kitlesel fonlamada en büyük risk ve fırsat, şirketin sunulan projeden bağımsız şekilde, genel hisse değerlerine bağlı olarak, yapılan yatırımın risk ve getirisi ile paraleldir. Bu sebeple özellikle hisse karşılığı kitlesel fonlama opsiyonu sunan şirketlerin melek yatırımcılar ile birlikte projelerini olgunlaştırdıktan sonra gerekli platformlara sunması önem arz etmektedir. Hisse karşılığı kitlesel fonlama ödül karşılığı kitlesel fonlamaya kıyasla çok daha riskli ve karmaşıktır. ***Bu sebeptendir ki birçok ülkede, ilgili otoriteler nezdinde akredite olmayan yatırımcıların (ki akredite olanlar ABD’de “accredited investor”; İngiltere’de “sophisticated investor” olarak tanımlanmaktadır) hisse karşılığında kitlesel fonlama faaliyetinde bulunması yasal olarak mümkün değildir.***

Bu yöntemde göz önüne alınması gereken riskler yatırım kaybı, şirketin likidite sorunları yaşaması, uzun süreli kar payı dağıtma şartlarının oluşmaması, öz sermaye kaybının yaşanması ve şirketin yatırım alanlarının çeşitlendirilmesi eğilimi olarak özetlenebilir. Bu şekilde yatırım yapılan projelerinde dikkat edilecek bir başka önemli konu ise yine karlılığın sağlanmaması halinde çıkış stratejilerinin önceden planlanmış olmasıdır. Şirketlerin borsada işlem görmemesinden bahisle çeşitli kamu-yu aydınlatma yükümlülüklerinden muaf tutulması da küçük yatırımcılar için önemli belirsizlikler doğurabilmektedir.

Hisse karşılığı kitlesel fonlama sağlanan şirketlerde özellikle fikri mülkiyet haklarının korunmasına ve yönetsel hakların tasarrufuna yönelik önlemler alınması da gerekmektedir. Büyük fotoğrafta bir girişim sermayesi yapısı ile benzerlik gösteren hisse karşılığı kitlesel fonlamada, internet platformları ilgili projenin arzı öncesinde ekseriyetle fona ihtiyaç duyan şirketlerden kapsamlı bir inceleme raporu (“due diligence”) istemekte ve bu raporu yayınlamaktadırlar. Sistemin işleyişi tek başına doğrudan platforma yatırım tutarının aktarılması ile sonlanmayıp, hisse edinimine ilişkin gerekli sözleşmelerin de imzalanmasını gerektirmektedir. Bu yöntemde internet platformları aracı konumunda olup hisse karşılığı yatırılan tutarlar bir emanet hesapta (“escrow account”) tutulmakta ve internet platformunun işlemin tamamlandığına ilişkin bilgilendirmesi ve talimatı üzerine aktarımı sağlanmaktadır<sup>4</sup>.

### 2.2.2. Borç (kredi) temelli (peer to peer lending-P2P)

Yüksek faiz getirisi beklentisi ile yatırımcılar belirli bir vade sonunda anapara ve faiz elde etmek için aracı bir kuruluş olmaksızın bir internet platformu üzerinden teminatsız kredi sağlarlar. Bu sistemde genellikle ihtiyaç duyulan tüm finansmanın belirlenen bir süre içerisinde sağlanabilmesi durumunda diğer kreditorlerin sağladığı kaynak kullanılabilir hale gelir. Bu yöntemde, kreditor ve borçlu arasında önceden belirlenen bir faiz oranının varlığı ve iflas durumunda kreditorlerin öncelikli olarak alacaklarını tahsil edebilmeleri fon sağlamayı kolaylaştırmaktadır. Bu model genellikle bankalardan kredi alabilmek için yeterli varlığa/teminata sahip olmayan kişiler ya da küçük firmalarca kullanılan bir yöntemdir.

Diğer taraftan, bu model sadece geleneksel yöntemlerle bankalardan borçlanabilmek için yeterli kredi değerliğine sahip olmayanlar tarafından değil, borç alacak kişinin yüksek kredi değerliğine ve gösterebilecek nitelikli teminatlara sahip olmasına rağmen bankalardan alabileceği kredinin faiz oranından daha düşük oranda faiz oranları ile borçlanmak istediğinde kullanılmaktadır. Zamanla bu model aracı online platformların rol aldığı bir model haline gelmiştir. Online platformlar kalabalıktan özel projeler için kredi toplamakta ve proje için ihtiyaç duyulan tutara ulaşıldığında

4 Bu konuda bkz. “Tüm Yönleriyle Kitlesel Fonlama (Crowdfunding)”, <http://herdem.av.tr/tr/tm-ynleriyle-kitlesel-fonlama-crowdfunding/> (Son Erişim: 28.11.2019).

borçlunun kullanabilmesi için bu tutarı borçlu hesabına aktarmaktadır. Toplanan kredinin vadesi geldiğinde ise borçludan ödemeleri tahsil etmekte ve kreditorlerin hesaplarına aktarmaktadır.

Online platformlar verdiği bu hizmetler karşılığında komisyon ücreti olarak çalışmaktadır. Bu tür platformlar kuruluş ve faaliyet maliyetlerinin ve bürokrasi masraflarının daha az olması nedeniyle daha düşük faizle kredi sağlayabilmektedir.

Aslında, bu yöntem finansman arayışında olan girişimcilerin banka ve finansman kurumları dışında, kitlelerden internet üzerinden sağladıkları krediler karşılığında borçlanarak faiz ödeme yükümlülüğü altına girdikleri bir kitlesel fonlama yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle 2006 ve 2007 yıllarında ABD’de kurulan Prosper ve Lenders Club (Borç Verenler Kulübü) ile ivme kazanan bu fonlama yöntemi kurulduğu ilk zamanlarda yalnızca Facebook üyelerinin finansman ihtiyaçlarını karşılarken, bugün borçlanma karşılığı kitlesel fonlama da geniş bir ağa yayılmıştır. Sistem temelinde ihtiyaç sahibi girişimcilerin yatırımcıları ikna ederek finansman ihtiyaçlarını karşılamak üzerine kurulu olup, bu sistemde girişimcinin kredi notu veya kredi geçmişinin içeriği önem arz etmemektedir. Ortalama 3-5 yıllık vadelerle 2.000,-ABD dolarından 40.000,-ABD dolarına kadar kredi sunan bu sistemde platformlar kendi politikalarına göre krediyi özgüledikleri alanı seçebilmektedirler. Örneğin 2007 Haziran’ında kurulan Fynanz 2007-2013 yılları arasında özellikle öğrencilere yönelik 20 yıllık vadelere varan kredi imkânları sunarken 2013 yılında LendKey yapılanmasına geçtiğinde bulut teknolojisini de kullanarak otomotiv ve inşaat projelerine varan geniş bir skalada borçlanma karşılığı kitlesel fonlama imkânı sunar hale gelmiştir. Bu yöneme son yıllarda özellikle Çin menşeli internet platformlarınca yatırım yapıldığı görülmektedir. Çin menşeli internet sitesi Renren’in ABD menşeli Fundrise şirketine yaptığı yatırım sonrasında özellikle emlak ve inşaat alanında da yaygınlaşan borçlanma karşılığı kitlesel fonlama yine Çinli Alibaba’nın Yu Le Bao platformunu hayata geçirmesi ile sinema endüstrisi için de bir finansal kaynak olma yolunda gelişim göstermiştir. Bugün borçlanma karşılığı kitlesel fonlama yenilenebilir enerjiden, emlak sektörüne, sinema endüstrisinden, inşaat ve tedarik yönetimlerine kadar geniş yelpazede girişimci ve yatırımcıların ilgi odağı halindedir. Risk sermaye-

si şirketlerinin, borçlanma karşılığı kitlesel fonlamada yaşanan önemli hacim artışı sonrasında bu platformlara yatırım yapmaya başlaması da bu finansman yönteminin bankalar ve kurumsal finansman kurumları tarafından sunulan ürünlere oranla önemli şekilde cazibe merkezi haline geldiğini göstermektedir<sup>5</sup>.

### 3. KİTLE FONLAMASININ AVANTAJLARI

Kitle fonlamasının esas getirisi, geleneksel girişim sermayesi yatırım alanlarının dışına çıkmak ve bu yatırımlara oranla çok daha geniş bir yatırımcı yelpazesine ulaşmaktır. Örnek olarak, kitle fonlamasının müşterilere çok daha iyi bir fiyat ayrıcalığı sağlaması, özellikle bireysel yatırımcılar için farklı aralıklarda sermaye olanağı yaratmasından dolayı çok daha geniş arz fazlası yaratabilir. Fakat bu sadece tutarı az olan fonlamalar için geçerlidir. Yatırım ihtiyacı arttıyındaysa, hem yatırımcı için risk oluşur hem de birçok farklı aralıktaki fonlamayı kontrol etmek, yatırım alan için çok zor bir hale bürünür.

Daha geniş bir kaynaklama, aslında daha geniş bir coğrafi bölge anlamına gelir. Geleneksel olarak girişimciler, sabit bir coğrafi konumdan finansman sağlamaya çalışırlar. Buna verilebilecek en önemli örnek de Silikon Vadisi'dir. Sabit bir konumda kurulan şirketler erken evre kaynaklama döneminde diğer şirketlerle aynı ağda ve mesafede bulunmaya özen gösterirlerdi. Ancak kitle fonlaması, yatırımcıyla girişimci arasındaki coğrafi konum zorunluluğunu yıkmış ve yatırımcı ile girişimci arasındaki mesafeyi ortalama 4.800 km'ye çıkarmıştır. Böylece, girişim projelerinin başlangıç sermayesi için geleneksel olarak kullanılan kişisel çevre (arkadaşlar, aile bireyleri vb.) demokratikleşmiş, uzaklık sorunu olmaksızın herkese yayılmıştır. Bu tür finansal yararlarının dışında, kitle fonlaması aracılığıyla girişimcinin ürününün halka sunulması ve potansiyel tüketicinin dikkatinin çekilmesi çok önemli bir husustur. Piyasaya sürülmeden önce potansiyel tüketici tarafından ürünün onaylanması, ürün piyasaya sürüldüğü anda büyük avantajlar sağlamaktadır. İlk fon sağlayıcıları ürünü ilk kullananlar olup, bu ilgi doğru bir şekilde yönlendirilebilirse ürün için ağızdan ağıza yayılan çok yararlı bir referans oluşturabilir.

5 Bkz. "Tüm Yönleriyle Kitlesel Fonlama (Crowdfunding)", <http://herdem.av.tr/tr/tm-ynleriyle-kitlesel-fonlama-crowdfunding/> (Son Erişim: 28.11.2019).

Buna karşın, kitle fonlama yatırımcıları yatırıma karar verirken, özellikle benzer projelerden, “en iyi 5 şirket” listelerinden, bloglardaki proje haberleri ve güncellemelerinden gözle görülür şekilde etkilenmekte, ayrıca projenin ivme kazandığı konusunda kanıt istemektedirler. Ek olarak, kitle fonlamasıyla yola çıkan girişimlerin önündeki en büyük engelse, daha sonraları şirketlerini büyütme için gerekecek sermayeyi sağlayacak risk yatırımcılarına erişimdir. Elbette, şirkete kitle fonlaması yapanlar arasında da, geniş ağa sahip olanlar olabilir ve bu olanaklarını şirketin potansiyel yatırımcılara ulaşması için kullanabilirler. Ancak, daha önceden projelerine “büyüme sermayesi” için yatırım vaadinde bulunan bir risk yatırımcı kitlesine sahip olmayan girişimciler için kitle fonlama kampanyaları zor olabilir. Kitle fonlaması bu ayrıntılarıyla birlikte; sadece bir web sitesine proje koymak kadar kolay değildir<sup>6</sup>.

## 4. TÜRKİYE’DEKİ GENEL HUKUKİ DURUM<sup>7</sup>

### 4.1. Tarihi Gelişim

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun<sup>8</sup> (TTK) 6335 sayılı Kanun’un 27’nci maddesi ile değişik 552’nci maddesi uyarınca, Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasak olup, bu maddeye aykırı hareket edenler, 6335 sayılı Kanun’un 30’uncu maddesiyle değişik yeni TTK m.562/11 uyarınca 6 (altı) aydan 2 (iki) yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu<sup>9</sup> (SPKn) ile yürürlükten kaldırılan 2499 sayılı SPKn’na göre, ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Sermaye Piyasası Kurulu’na (SPK/Kurul) kaydedilmesi zorunlu olup, buna aykırı davranılması izinsiz halka arz fiilini oluşturmaktadır. Mülga 2499 sayılı SPKn’da izinsiz para toplamaya iliş-

6 Bu konuda bkz. Mustafa ERGEN, Jason LAU, Kuntay BİLGİNOĞLU, “Dağıtık Girişimci Sermayesi: Kitle-Fonlaması”, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı 3. Sanayi Şurası: 2013, Tebliğ Metni, s.5.

7 Bu konuda bkz. Yavuz AKBULAK, “Kitle Fonlaması”, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2016, Cilt:14, Sayı:165.

8 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

9 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

kin olarak öngörülen temel ceza 2-5 yıl hapis ve 5.000 günden 10.000 güne kadar adli para cezasıdır (SPKn m.47/f.1-A). Ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle sağlanan menfaatin 3 katından az olamaz (SPKn m.47/f.2). Tekerrür halinde verilen ceza yarı oranında artırılır (SPKn m.48).

Diğer taraftan, 6362 sayılı SPKn'nun 7061 sayılı Kanunla değişmeden önceki 4 üncü maddesine göre, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Kurulca onaylanması zorunludur.

Aynı Kanun'un "İzahnamenin onaylanması" başlıklı 6 ncı maddesi uyarınca, SPK, izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca belirlenen izahname standartlarına göre eksiksiz olduğunun tespiti hâlinde izahnamenin onaylanmasına karar verir. Yine aynı Yasanın 7'nci maddesine göre izahname onaylandıktan sonra Kurulca belirlenecek esaslar çerçevesinde yayımlanır, ayrıca ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmez. Ancak, izahnamenin nerede yayımlandığı hususu ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilir. 6362 sayılı Yasanın 10'uncu maddesi gereğince, izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan ihraççılar sorumludur. Zararın söz konusu kişilerden tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması halinde; halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihracıncının yönetim kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludur. Bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi izahnamede yer almak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da hazırladıkları raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden SPKn hükümleri çerçevesinde sorumludur.

6362 sayılı SPKn'nun "Usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti" başlıklı 109 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını halka arz edenler ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın sermaye piyasası araçlarını satanlar 2 (iki) yıldan 5 (beş) yıla kadar hapis ve 5.000 (beş bin) günden 10.000 (on bin) güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.



Yukarıdaki düzenlemeler birlikte dikkate alındığında, mevcut durum itibarıyla Türk hukukunda kitle fonlaması ile finansman sağlanmasında bir takım yasal engellerin bulunduğu, yaptırımı ağır sorumluluk ve cezaların mevcut olduğu söylenebilir<sup>10</sup>.

#### 4.2. Mevcut Hukuki Durum

7061 sayılı Kanunla<sup>11</sup> 6362 sayılı SPKn'nun 3, 4, 16 ve 99 uncu maddelerinde yapılan değişiklikler ve SPKn'a eklenen 35/A maddesi ile kitle fonlamasına aracılık eden ve elektronik ortamda hizmet veren kitle fonlaması platformlarının kurulması ve faaliyete başlaması Sermaye Piyasası Kurulu'nun iznine tabi tutulmuş olup, platformların kuruluşlarına, ortaklarına, pay devirlerine, çalışanlarına, her bir fon sağlayıcısı tarafından yatırılacak veya proje sahipleri ile girişim şirketleri tarafından toplanabilecek paranın azami limitine ve faaliyetleri sırasında uymaları gereken diğer ilke ve esaslar ile toplanan fonların ilan edilen amacına uygun olarak kullanıldığının kontrolü ve denetimine ilişkin esaslar hususunda ikincil düzenleme yapma yetkisi de Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiştir.

7061 sayılı Kanununun 107 nci maddesi ile 6362 sayılı SPKn'nun 3 üncü maddesine eklenen "z" bendine göre, "**kitle fonlaması**", bir projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla SPK tarafından belirlenen esaslar dâhilinde SPK'nun yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanmasını, ifade eder.

SPKn'nun 7061 sayılı Kanun'un 108 inci maddesi ile değişik 4 üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Kurulca onaylanması zorunludur. Diğer kanunların yardım ve bağış toplanmasına ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla **kitle fonlaması suretiyle halktan para toplanması**, Kurulca faaliyet izni verilen kitle fonlama platformları aracılığıyla gerçekleştirilir ve bu Kanunun **izahname ya da ihraç belgesi hazırlama yükümlüğüne ilişkin hükümlerine tabi değildir**.

10 Ülkemizdeki kitle fonlama web siteleri (fonlama büyüklükleri oldukça düşüktür) şunlardır: www.fongo-go.com, www.fonlabeni.com, www.biyayda.com, www.crowdfon.com.

11 05.12.2017 tarihli ve 30261 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Yine, SPKn'nun 7061 sayılı Kanun'un 109 uncu maddesi ile değişik 16 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca payları borsada işlem gören ortaklıklar ile **kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak üzere** pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır.

Son olarak, SPKn'nun 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin<sup>12</sup> (KHK) 67 nci maddesi ile eklenen ve 7061 sayılı Kanun'un 111 inci maddesi değişik "**İzinsiz sermaye piyasası faaliyetinde uygulanacak tedbirler**" başlıklı 99 uncu maddesine göre, SPK'dan izin alınmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplandığına veya Türkiye'de yerleşik kişilere yönelik olarak internet aracılığıyla yurt dışında kaldıraçlı işlem ve kaldıraçlı işlemlerle aynı hükümlere tabi olduğu belirlenen türev araç işlemleri yaptırıldığına ilişkin bilgi edinilmesi halinde, SPK'nın başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, ilgili internet sitesine erişimi engeller.

SPK, ortaklığa dayalı kitle fonlaması modelinin ülkemiz sermaye piyasası mevzuatına entegrasyonuna sağlıklı bir işleyiş kazandırılması amacıyla hazırladığı III-35/A.1 sayılı "**Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği**" (Tebliğ)<sup>13</sup> 03.10.2019 tarihli ve 30907 sayılı Resmi Gazetede

12 29.04.2017 tarihli ve 30052 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

13 Bu Tebliğde geçen;

- a) Borsa: 6362 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan borsayı,
- b) BTK: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,
- c) Emanet yetkilisi: Kitle fonlama platformları aracılığıyla toplanan fonu, girişim şirketine aktarılana veya yatırımcılara iade edilene kadar bu Tebliğdeki hükümler çerçevesinde emanetçi sıfatıyla bloke eden İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş. ile 2/7/2013 tarihli ve 28695 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Portföy Saklama Hizmetine ve Bu Hizmette Bulunacak Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği (III-56.1)'nde tanımlanan diğer portföy saklayıcılarını,
- ç) Geniş yetkili aracı kurum: 17/12/2013 tarihli ve 28854 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ (III-39.1)'de tanımlanan geniş yetkili aracı kurumu,
- d) Girişimci: Projesine kaynak arayan Türkiye'de yerleşik gerçek kişileri,
- e) Girişim şirketi: Türkiye'de kurulu veya kurulacak olan, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak ihtiyacı bulunan anonim ortaklıkları,
- f) Halka açık ortaklık: 6362 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde tanımlanan ortaklığı,
- g) Kampanya: Bir girişim şirketinin veya projenin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla gerçekleştirilen fon toplama talebinin platformlar üzerinden kamuya duyurulmasını,
- ğ) Kampanya sayfası: Bir girişim şirketine veya projeye ilişkin olarak platform nezdinde oluşturulan ve yalnızca üyelerin erişimine açık tutulan internet sayfasını,
- h) Kanun: 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununu,

yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

- i) Katılım bankası: 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan katılım bankalarını,
- i) Kitle fonlaması: Bir projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla Kurul tarafından belirlenen esaslar dâhilinde Kanunun yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanmasını,
- j) Kitle fonlaması bilgi formu (Bilgi formu): Projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonun toplanabilmesi amacıyla kampanya sayfasında ilan edilen ve standartları Kurulca belirlenen formu,
- k) Kitle fonlama platformu (Platform): Kitle fonlamasına aracılık eden ve elektronik ortamda hizmet veren kuruluşu,
- l) Kurul: Sermaye Piyasası Kurulunu,
- m) Liste: Kurulca paya dayalı kitle fonlamasına aracılık etmesi uygun görülen platformların yer aldığı listeyi,
- n) MKK: Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketini,
- o) Nitelikli yatırımcı: Kurulun, girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan nitelikli yatırımcıları,
- ö) Önemli etkiye sahip ortak: Sermaye veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak %10 veya daha fazlasını temsil eden paylara ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylara sahip ortağı,
- p) Pay: Girişim şirketinin sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren menkul kıymeti,
- r) Paya dayalı kitle fonlaması: Pay karşılığında kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanmasını,
- s) Proje: Girişim şirketine dönüşme potansiyeli taşıyan, planlanan teknoloji faaliyeti ve/veya üretim faaliyetinin gerçekleştirilmesi için kaynak ihtiyacı olan iş fikrini,
- ş) Tanıtıcı bilgiler: Platformlar tarafından kampanyalara ilişkin olarak her türlü iletişim aracıyla kamuoyu ile paylaşılan iş fikri özeti, girişim şirketinin ticaret unvanı ve merkez adresi, girişim şirketinin yöneticilerinin veya girişimci ve ekibinin adı, soyadı ve geçmiş tecrübeleri, hedeflenen ve toplanan fon tutarı, belirlenen ve geriye kalan kampanya süreleri, varsa fon sağlayan yatırımcı sayısı ve kampanyayı destekleyen nitelikli yatırımcıların unvanları gibi genel nitelikteki özet bilgileri,
- t) Teknoloji faaliyeti: Katma değeri ve rekabet edebilirliği yüksek teknolojik ürün ve hizmet üretimini ve/veya teknolojik bir buluşun ticari bir ürün, yöntem ya da hizmete dönüştürülmesi amacıyla yürütülen teknoloji geliştirme faaliyetini,
- u) TTK: 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununu,
- ü) Türkiye’de yerleşik kişiler: 7/8/1989 tarihli ve 89/14391 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda tanımlanan Türkiye’de yerleşik kişileri,
- v) Üretim faaliyeti: Yüksek katma değer ve istihdam yaratma potansiyeli taşıyan bir iş modeline bağlı olarak girdilerin belirli bir süreçten geçirilerek fiziksel ürüne dönüştürülmesi faaliyeti,
- y) Üye: Üyelik şartlarını yerine getiren ve platform ile üyelik sözleşmesi akdeden yatırımcıyı,
- z) Üyelik sözleşmesi: Platform ile üyeler arasında elektronik ortamda akdedilen ve asgari unsurları Kurulca belirlenen çerçeve sözleşmeyi,
  - aa) Yatırım komitesi: Girişim şirketine veya girişimciye ait projeye ilişkin hazırlanan fişibilite raporunu değerlendiren, kampanyalara ilişkin hazırlanan kitle fonlaması bilgi formunu onaylayan ve platform yönetim kurulu tarafından belirlenen komiteyi,
  - bb) Yönetim kontrolü: Kurulun pay alım teklifine ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan yönetim kontrolünü ifade eder.

Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliğiyle;

- Kitle fonlama platformlarına,
- Kitle fonlama platformlarının faaliyetlerine,
- Kitle fonlama platformu üyeliğine ve kampanya sürecine ve
- Fon kullanım yerlerine ve girişim şirketlerine

ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

### 4.3. Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'ndeki Temel Esaslar

#### 4.3.1. Listeye alınma

Kitle fonlama platformlarının Tebliğ hükümleri çerçevesinde faaliyette bulunabilmeleri SPK tarafından listeye alınmalarına bağlıdır. SPK tarafından listeye alınabilmesi için platformun;

- a) Anonim ortaklık olması,
- b) *Asgari 1.000.000 Türk Lirası olan sermayesinin tamamının nakden ödenmiş olması ve ödenmiş sermayesi ile özsermayesinin bu tutardan az olmaması,*
- c) Paylarının tamamının nama yazılı olması,
- ç) Ticaret unvanında “Kitle Fonlama Platformu” ibaresinin bulunması,
- d) Esas sözleşmesinin Tebliğde yer alan hükümlere uygun olması ve esas sözleşmesinin faaliyetlere ilişkin maddesinde platformun münhasıran kitle fonlaması faaliyetinde bulunacağını belirtmesi,
- e) Ortaklarının ve yönetim kurulu üyelerinin belirtilen şartları sağlaması,
- f) Yönetim kurulunun asgari olarak 3 kişiden oluşması,
- g) Tebliğde nitelikleri belirlenen bir yatırım komitesini oluşturmuş olması,
- ğ) İç kontrol ve risk yönetim sistemi ile muhasebe ve operasyon birimini oluşturmuş olması,

- h) Kurulun bilgi sistemleri yönetimi düzenlemelerinde dar yetkili aracı kurumlar için öngörülen bilgi sistemleri altyapısını oluşturarak faaliyete geçirmiş olması,
- ı) Belge, kayıt ve muhasebe işlemlerini yürütecek sorumlu birimde yeterli sayıda personeli istihdam etmiş olması,
- i) Paya dayalı kitle fonlaması faaliyetinin operasyonel işlemlerini yerine getirmeyi teminen MKK ve emanet yetkilisi ile sözleşme imzalaması ve bilgi işlem sistemleri ile teknolojik altyapısını bu kuruluşların belirlediği esaslar çerçevesinde uyumlaştırması,
- j) Üyelerin, girişim şirketi yetkilileri ve/veya girişimci ile elektronik ortamda iletişim kurabilecekleri altyapıyı platform nezdinde oluşturması,
- k) Kendi personeli arasında, personeli ile hizmet verdiği kişiler arasında ya da hizmet verdiği kişilerin kendileri arasında çıkabilecek çıkar çatışmalarını tanımlaması, çıkar çatışmalarının önlenmesi için alınabilecek tedbirleri ve çıkar çatışmalarının önlenememesi durumunda izlenecek prosedürleri içeren yazılı çıkar çatışması politikası oluşturması ve bu politikayı yönetim kurulu kararına bağlaması,

şartlarını yerine getirmesi zorunludur.

Katılım bankaları ve geniş yetkili aracı kurumların listeye alınma başvurularında (g), (i) ve (j) bentlerinde aranan şartların sağlanması yeterlidir. Tebliğde listeye alınma şartları dışında platformlar için öngörülen diğer hükümler, aksi belirtilmedikçe, aracı kurumlar ve bankalar bakımından da uygulanır. Platformların tüzel kişi ortaklarının, önemli etkiye sahip ortaklarının (e) bendinde yer alan şartları taşımaları zorunludur.

#### **4.3.2. Platform ortakları ve yönetim kurulu üyelerinde aranacak şartlar**

Platformun ortaklarının ve yönetim kurulu üyelerinin;

- a) Müflis olmaması, konkordato ilân etmiş olmaması ya da SPK'ya başvuru tarihi itibarıyla iflas erteleme süresi içinde olmaması,

- b) Faaliyet izinlerinden biri SPK tarafından iptal edilmiş kuruluşlarda, bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmaması,
- c) Kanunda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunmaması,
- ç) 35 sayılı mülga Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı oldukları kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması,
- d) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörizmin finansmanı, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,
- e) İşin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması,
- f) Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca işlem yasaklı olmaması,

zorunludur. En az bir yönetim kurulu üyesinin 15.02.2013 tarihli ve 28560 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelikte tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişilerden olması zorunludur. Bu hüküm katılım bankaları ve geniş yetkili aracı kurumlar bakımından uygulanmaz.

#### 4.3.3. Yatırım komitesi

Platform yönetim kurulu tarafından oluşturulacak yatırım komitesinin;

- a) En az üç üyeden oluşması,
- b) Üye sayısının çoğunluğunun finans, girişimcilik, işletmecilik, hukuki danışmanlık, teknoloji, sanayi ve ticaret gibi alanlarda en az beş yıllık tecrübeye sahip kişilerden olması,
- c) Yalnızca bir üyesinin platformun yönetim kurulu üyesi olması ve bu üyenin belirtilen şartı haiz olması,
- ç) En az bir üyesinin Sermaye Piyasası Faaliyetleri Düzey 3 Lisansına sahip olması,
- d) Üyelerinin tamamının şartları sağlamış olması,

zorunludur. (c) bendi katılım bankaları ve geniş yetkili aracı kurumlar bakımından uygulanmaz. Ancak katılım bankaları ve geniş yetkili aracı kurumların yatırım komitesinin en az bir üyesinin Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelikte tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişilerden olması zorunludur. Yatırım komitesinin kitle fonlaması bilgi formunu onaylaması üye tamsayısının çoğunluğunun bu yönde karar vermesi ile mümkündür. Platform tarafından burada belirtilenden daha ağır bir nisabın belirlenmesi mümkündür. Yatırım komitesi üyeleri; kendilerinin, eşlerinin, alt ve üstsoylarının sermaye, denetim ve idari bakımdan doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili oldukları projelere veya girişim şirketlerine ait kampanya başvurularının değerlendirilmesinde oy kullanamazlar. Yatırım komitesi üyelerinden herhangi birinin bir girişim şirketinin veya projenin kampanyasının platformda yayımlanma kararına karşı şerh koyması halinde, bu şerhe ve şerhin gerekçesine ilişkin ilgili girişim şirketinin veya projenin kampanya sayfasında açıklama yapılır. Yatırım komitesi üyeleri Tebliğ kapsamındaki faaliyetleri karşılığında girişim şirketlerinden veya girişimcilerden herhangi bir ekonomik menfaat temin edemez ve değerlendirdikleri kampanyalara fon sağlayamazlar.

#### 4.3.4. Listeden çıkma

Platform, belirtilen şartlardan herhangi birini kaybetmesi halinde bu durumu iki işgünü içinde Kurula bildirir. Kurulca uygun görülen süre içinde listeye alınma şartlarının herhangi birini sağlayamayan platform

Kurul tarafından listeden çıkarılır. Kurulca resen veya başvuru üzerine listeden çıkarılan platformlar, listeden çıkarılmaya ilişkin Kurul karar tarihinden itibaren bir yıl süreyle kitle fonlaması faaliyetinde bulunmak üzere yeniden listeye alınmak için Kurula başvuramaz. Kurulca resen listeden çıkarılan platformun ortakları bir yıl süreyle kitle fonlaması faaliyetinde bulunmak üzere Kurulca listeye alınmak için başvuruda bulunan başka bir platformda veya Kurul listesinde bulunan bir platformda herhangi bir unvan altında görev alamaz ve ortak olamaz. Platformların, listeden çıkarılmasına ilişkin Kurul kararının kendilerine bildirildiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde sona erme kararı almaları veya esas sözleşmelerini ticaret unvanı ile amaç ve faaliyet konuları da dâhil paya dayalı kitle fonlaması faaliyetlerini kapsamayacak şekilde değiştirmeleri zorunludur. Bu değişikliklerin yayımlandığı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, ilanı izleyen 10 işgünü içinde Kurula gönderilir. Listedен çıkarılmalarına ilişkin Kurul kararının kendilerine bildirildiği tarihte platformların para toplama yetkisi sona erer.

#### 4.3.5. Platformların faaliyetleri

Platformlar münhasıran kitle fonlaması faaliyeti yürütebilirler. Platformların bu faaliyetlerin yürütülmesi esnasında girişim şirketine veya girişimciye yönelik danışmanlık hizmeti vermesi aykırılık teşkil etmez. Platformlar;

- a) Fon toplayan her bir girişim şirketi veya proje için kampanya sayfası oluşturarak, kampanya süreci ve kampanyanın gerçekleştiği takvim yılını izleyen beş yıl boyunca girişim şirketine ilişkin periyodik açıklamaların bu sayfa üzerinden yapılmasını sağlayacak gerekli altyapıyı kurma,
- b) Yatırım komitesi tarafından onaylanan bilgi formunu (a) bendinde belirtilen kampanya sayfasında yayımlama, bilgi formu ve kampanyaya ilişkin yatırımcıların yatırım kararını etkileyebilecek her türlü bilgiyi kampanya süresince ve kampanyanın gerçekleştiği takvim yılını izleyen beş yıl boyunca bu sayfada yatırımcıların incelemesine açık tutma,



- c) Yatırımcılardan toplanan fonların emanet yetkilisi nezdinde kampanya süresi tamamlanana kadar platform adına, kampanya süresinin hedeflenen fon tutarına ulaşarak tamamlanmasını müteakip girişim şirketi adına açılan hesaplarda bloke ettirilerek girişim şirketine aktarılmasını veya bu Tebliğde belirtilen esaslar çerçevesinde yatırımcılara iade edilmesini sağlama,
- ç) Payların MKK nezdinde kayden oluşturulma sürecine kadar gerçekleştirilecek işlemleri yerine getirme veya bir yatırım kuruluşu vasıtasıyla yerine getirilmesini sağlama,
- d) Yatırımcıların hak ve menfaatlerini koruyucu ve olası hak kayıpları ve suistimalleri önleyici tedbirleri alma,
- e) Yatırımcılara, girişim şirketlerine ve girişimcilere ilişkin bilgilerin gizliliğini muhafaza etme ve bu bilgilerin gizliliğinin sağlanmasını teminen gerekli her türlü tedbiri alma,
- f) Emanet yetkilisinin toplanan fon tutarını nemalandırıp nemalandırmayacağını, alınacak ücret, komisyon ve kesintileri internet sitesinde ilan etme,

görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Platformlar, her bir kampanyanın değerlendirilmesinde ve yayımlanmasında adil ve şeffaf olmak ve taraflar arasında çıkar çatışmasına sebebiyet vermemekle yükümlüdür. Platformlar girişim şirketlerinin veya proje sahibi girişimcilerin kampanya başvurularını yatırım komitesine sunmadan önce reddedebilir. Her halükarda reddedilen başvuruların reddedilme gerekçesi hakkında platform tarafından başvuru sahiplerine bilgi verilir. Platformlar, kampanyalarını yürüttükleri girişim şirketlerini veya projelerin girişimcilerini Tebliğ kapsamındaki yükümlülükleri hakkında bilgilendirmek zorundadır. Platformun bu yükümlülüğünü yerine getirdiğine dair ispat yükü platforma aittir. Platformların, yatırım komitesinin kitle fonlaması bilgi formunun onaylanmasına ilişkin değerlendirme sürecinde girişim şirketlerinden veya girişimcilerden yeterli bilgi ve belgeyi temin etmeleri ve yatırım komitesinin kararına dayanak oluşturan belge, kayıt ve raporları saklamaları zorunludur. Platformlar her bir kampanya için hedeflenen ve toplanan fon tutarı, fon sağlayan yatırımcı sayısı ve kalan kampanya süresi hakkında platform üzerinden anlık olarak bilgi verir. Fonlamanın

gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, her bir kampanya için kampanya süresinin sona ermesini takip eden işgünü fonlama sonuçları platform üzerinden kamuya duyurulur. Geniş yetkili aracı kurumlar hariç platformlar, TTK uyarınca hazırlanan finansal tablo ve raporlarını veya 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca hazırlanan yıllık finansal tabloları ile faaliyet raporlarını ilgili takvim yılını izleyen dördüncü ayın sonuna kadar Kurula gönderir ve internet sitesi üzerinden kamuya duyurur.

Katılım bankalarının tabi olduğu mevzuatta yer alan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla kitle fonlama platformları, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya rehin almak suretiyle kredi veya ödünç para verme işlerine aracılık edemezler ve paya dayalı kitle fonlaması dışında herhangi bir sermaye piyasası aracı karşılığında kitle fonlaması faaliyeti yürütemezler. Platformlar gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı hakların alım satımı ve gayrimenkul projelerinin geliştirilmesi ile girişim şirketlerine iştirak edilmesine yönelik kitle fonlaması faaliyeti yürütemezler. Platformlar yurt dışında yerleşik gerçek ve tüzel kişilere yönelik Türkiye’de yerleşik kişilerden fon toplanması amacıyla kitle fonlaması faaliyeti yürütemezler. Platformlar girişim şirketi veya projelere ilişkin yatırımcılara yönelik olarak yatırım tavsiyesi niteliğindeki değerlendirme, analiz ve yorumlarda bulunamazlar. Platformlar, girişim şirketini veya kampanya süreci tamamlanmamış projeleri tanıtmaya yönelik basılı ya da elektronik ortamda paylaşılan tanıtıcı bilgiler ile platforma veya kampanya sayfasına yönlendirme yapan tanıtımlar hariç olmak üzere kampanyası yürütülen girişim şirketlerine veya projelere ait ticari ürün ve/veya hizmetlerin reklamlarını yayımlayamazlar.

#### **4.3.6. Yurt dışında yerleşik platformların faaliyetleri**

Türkiye’de yerleşik kişilere yönelik tanıtım, reklam ve pazarlama gibi faaliyetlerde bulunulmamış olması şartıyla, Türkiye’de yerleşik kişilerin tamamen kendi iradeleri doğrultusunda, yurt dışında yerleşik platformlar üzerinden katıldıkları kitle fonlaması işlemleri, bu amaçla yurt dışında açtıkları hesaplar, söz konusu hesaplara gönderilen nakit ve diğer kıymetler ile bu hesaplar üzerinden gerçekleştirdikleri işlemler Tebliğin kapsamı dışındadır. Yurt dışında yerleşik platformlar tarafından Türkiye’de iş yeri açılması, Türkçe internet sitesi oluşturulması, sunulan kitle

fonlama faaliyetlerine ilişkin olarak doğrudan ve/veya Türkiye’de yerleşik kişi ya da kurumlar aracılığıyla tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinde bulunulması durumlarından herhangi birinin varlığı halinde faaliyetlerin Türkiye’de yerleşik kişilere yönelik olduğu kabul edilir ve Tebliğ hükümleri uygulanır.

#### 4.3.7. Platforma üyelik işlemleri

Kitle fonlaması işlemlerinde bulunabilmek için yatırımcıların ilgili platforma elektronik ortamda üye olmaları zorunludur. Platformlar tarafından üyelik işlemleri kapsamında;

- a) Türkiye’de yerleşik gerçek kişiler ile tüzel kişilerin imza yetkilileri için MKK tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde 03.09.2016 tarihli ve 29820 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte tanımlanan kimlik doğrulama işleminin yerine getirilmesinin sağlanması ve bu suretle kimlik bilgileri tespit ve teyit edilen üyelerin bilgilerinin MKK’ya iletilmesi,
- b) Türkiye’de yerleşik olmayan kişiler için bu kişiler adına MKK nezdinde hesap açıldığının ve bu hesaba ilişkin sicil tanımlama işleminin gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi ve bu suretle kimlik bilgileri tespit ve teyit edilen üyelerin bilgilerinin MKK’ya iletilmesi,
- c) Üyelerle üyelik sözleşmesinin akdedilmesi, bu sözleşmenin elektronik ortamda saklanması ve bir örneğinin uygun haberleşme vasıtasıyla üyelere iletilmesi,
- ç) Üyelerden, “Paya Dayalı Kitle Fonlaması Faaliyetleri Genel Risk Bildirim Formu”nun okunup anlaşıldığına dair yazılı veya elektronik bir beyanın alınması, bu beyanın saklanması ve bir örneğinin uygun haberleşme vasıtasıyla üyelere iletilmesi,
- d) Üyelerin kitle fonlaması yatırımlarının taşıdığı riskleri anlayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olduklarının, yatırımlarının tümünü kaybedebileceklerinin ve sahip olacakları payların devir

imkânının kısıtlı olabileceğini anladıklarının tespit edilmesi ve yapılan tespit sonucunda kitle fonlaması yatırımlarına uygun olmadığı değerlendirilen kişilerin üyelik başvurularının reddedilmesi,

- e) Nitelikli yatırımcı statüsünü haiz üyelik oluşturulabilmesi için üyelik işlemleri tamamlanmadan önce üyenin MKK nezdinde nitelikli yatırımcı olduğunun tespit edilmesi,
- f) Üyelerin varsa yıllık net gelirlerine ilişkin beyanlarının derhal MKK'ya iletilmesi ve bu beyanların saklanması,

gerekir. Platform nezdindeki bilgilerin kamu tüzel kişileri dâhil üçüncü kişiler ile paylaşımında 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa ve ilgili diğer mevzuata riayet edilir.

#### 4.3.8. Yatırım sınırları

Nitelikli yatırımcı olmayan gerçek kişiler, bir takvim yılı içerisinde *paya dayalı kitle fonlaması yoluyla azami 20.000 Türk Lirası yatırım yapabilir*. Ancak *bu sınır 100.000 Türk Lirasını aşmamak kaydıyla yatırımcının platforma beyan ettiği yıllık net gelirinin %10'u olarak uygulanabilir*. Yatırım sınırlarına ilişkin kontrol, platformlarca üye bazında MKK'ya iletilen en son tarihli beyan dikkate alınarak MKK tarafından gerçekleştirilir.

#### 4.3.9. Fon toplamaya ilişkin esaslar

Toplanan fonların aktarılmasından önce girişim şirketinin kuruluş işlemlerinin tamamlanmış olması ve bu fonların yalnızca sermaye artırım suretiyle çıkarılacak paylar karşılığında girişim şirketine aktarılması zorunludur. Girişim şirketlerinin mevcut paylarının satışı suretiyle fon toplanamaz. Sermaye artırım suretiyle çıkarılacak paylar oydan yoksun olabilir. Girişim şirketi payları karşılığında yatırımcılardan sağlanan fonların tamamının nakden ödenmiş olması zorunludur. Yatırımcılara verilecek payların tüm ortaklık hak ve koşulları ile varsa bu paylara ilişkin

imtiyazlar bilgi formunda açıkça belirtilir. Nitelikli yatırımcılar hariç olmak üzere yatırımcılara verilecek paylar arasında imtiyaz farkı yaratılmaz. Platform nezdinde kampanya yürütülebilmesi için kitle fonlaması bilgi formunun yatırım komitesi tarafından onaylanması ve bu formun kampanya sayfasında yayımlanması zorunludur. Yatırım komitesi tarafından kitle fonlaması bilgi formunun onaylanması için asgari olarak bilgi formunda yer alan bilgilerin tutarlı, anlaşılabilir ve Kurulca belirlenen kitle fonlaması bilgi formu standartlarına göre eksiksiz olduğunun tespiti zorunludur. Platformlar, her bir kampanyaya ilişkin onaylı bilgi formunun, fon sağlama talebinin iletilmesinden önce ilgili üye tarafından okunduğunu tespit etmekle yükümlüdür. Bir girişim şirketi veya girişimci tarafından herhangi bir on iki aylık dönemde kitle fonlama platformları aracılığıyla en fazla iki kampanya ile fon toplanabilir ve bu dönemde toplanabilecek fon tutarı Kurulca izahname hazırlama yükümlülüğünden muafiyet tanınan ve her yıl Kurul Bülteni aracılığıyla ilan edilen ihraç sınırını geçemez. Bilgi formunda açıklanmak ve ***ihraç sınırını geçmemek kaydıyla talep edilen fon miktarının azami %20'sine kadar ek fon toplanabilir***. 1.000.000 Türk Lirasını aşan fon taleplerinde, hedeflenen fonun en az %10'una tekabül eden tutarın kampanya süresi içerisinde nitelikli yatırımcılar tarafından karşılanmış olması zorunludur. Bu zorunluluk toplanan ek fon bakımından uygulanmaz. Bu fıkra da belirtilen sınırların altında olmamak kaydıyla, girişim şirketi veya girişimci tarafından bilgi formunda belirtilmek kaydıyla nitelikli yatırımcılara tahsisat oranı belirlenebilir. Girişimciler veya girişim şirketinin ortakları, kampanya sürecinin başladığı tarihi takip eden üç yıl içerisinde miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra nedenleriyle yapılacak devirler ile girişimciler veya girişim şirketi ortaklarının nitelikli yatırımcılara ya da kendi aralarında yapacakları devirler hariç olmak üzere paylarını devredemezler.

#### 4.3.10. Kampanya süreci

Kampanya süreci, bir girişim şirketi veya girişimci tarafından herhangi bir kitle fonlama platformuna fon toplama talebiyle başvurulduğu anda başlar. Mevcut kampanya süreci tamamlanmadan aynı girişim şirketi veya girişimci tarafından başka bir kampanya süreci başlatılamaz.

Kampanya süresi, yatırım komitesi tarafından onaylanmış bilgi formunun kampanya sayfasında yayımlandığı tarihte başlar ve bu süre altmış günü geçemez. Platform üyeleri tarafından kampanya süresi boyunca ilgili girişim şirketi veya projeye yönelik fon sağlama talepleri platforma iletilir. Bu taleple eş zamanlı olarak üyeler fon sağlamaya ilişkin ödeme emirlerini kimlik bilgileri ile uyumlu bir ödeme aracı vasıtasıyla yerine getirir. Platform, yatırımcılar tarafından kendisine iletilen fon sağlama taleplerini kampanya süresi boyunca anlık olarak MKK'ya ve emanet yetkilisine iletir. Fonların toplanması, toplanan fonların emanet yetkilisi nezdinde platform adına açılan hesapta bloke edilerek girişim şirketine aktarılması ve/veya söz konusu fonların ve varsa nemalarının yatırımcılara iade edilmesi emanet yetkilisi tarafından sağlanır. Yatırımcılar tarafından fon sağlamaya ilişkin ödeme emrinin verildiği andan itibaren 48 saat içerisinde cayma hakkına yönelik bildirim platforma iletilmesi suretiyle hiçbir sebep gösterilmeksizin cayma hakkının kullanılması mümkündür. Cayma hakkının kullanılmasını izleyen işgünü içerisinde emanet yetkilisi tarafından fon tutarının iadesi için gerekli işlemler yerine getirilir. Kampanyanın erken sonlanması veya kampanya süresiyle birlikte cayma hakkı sürelerinin tüm yatırımcılar bakımından sona erdiği tarih itibarıyla hedeflenen fon tutarının toplanmış olması durumlarında varsa toplanan fon tutarının nemasının yatırımcılara iadesi sonrasında;

a) Girişim şirketi tarafından yürütülen kampanyalarda, platform adına emanet yetkilisi nezdinde açılan hesapta bloke edilen fon, girişim şirketinin emanet yetkilisi nezdinde açılan bloke hesabına aktarılır ve ilgili girişim şirketi tarafından kampanya süresinin sona ermesini takip eden otuz işgünü içinde toplanan fon tutarı kadar sermaye artırımını yapılır.

b) Girişimci tarafından yürütülen kampanyalarda, kampanya süresinin sona ermesini takip eden doksan gün içinde girişim şirketi kurularak emanet yetkilisi nezdinde platform adına açılan hesapta bloke edilen fon, girişim şirketinin emanet yetkilisi nezdinde açılan bloke hesabına aktarılır ve en geç kuruluş işleminin ticaret siciline tescilini takip eden otuz işgünü içinde ilgili girişim şirketi tarafından toplanan fon tutarı kadar sermaye artırımını yapılır.

c) Sermaye artırım işlemlerinin tamamlanmasını müteakip platform, her bir yatırımcının sağladığı fon tutarını ve bunun karşılığında çıkarılacak payların toplam nominal değerinin bilgisini MKK'ya derhal iletir. Girişim şirketi, tüm paylarının Kanununun 13 üncü maddesi çerçevesinde MKK nezdinde kayden oluşturulmasına ve hak sahiplerinin hesaplarına aktarılmasına yönelik işlemlerin gerçekleştirilmesini derhal sağlar.

ç) Sermaye artırımına ve tüm payların MKK nezdinde kayden oluşturularak hak sahiplerinin hesaplarına aktarılmasına ve bunu takiben emanet yetkilisi nezdinde girişim şirketi adına bloke edilen fonun girişim şirketine tevdi edilmesine yönelik işlemlerin tamamlanmasıyla birlikte kampanya süreci sona erer.

Hedeflenen fon tutarının kampanya süresinin bitiş tarihi veya kampanya süresiyle birlikte cayma hakkı sürelerinin tüm yatırımcılar bakımından sona erdiği tarih itibarıyla toplanamamış olması halinde, ilgili sürenin bitimini takip eden işgünü içinde platform tarafından yapılacak bildirim üzerine emanet yetkilisi nezdinde bloke edilen tutarlar ve varsa neması, bu bildirim takip eden işgünü içinde emanet yetkilisi tarafından yatırımcılara iade edilir ve bu suretle kampanya süreci sona erer. İade işlemleri emanet yetkilisi tarafından belirlenen prosedüre göre gerçekleştirilir. Yükümlülüklerin, süresi içinde yerine getirilmemesi halinde, söz konusu fıkrada düzenlenen sürelerin bitimini takip eden işgünü içinde emanet yetkilisi nezdinde bloke edilen tutarlar ve varsa neması yatırımcılara iade edilir ve bu suretle kampanya süreci sona erer. Bu durumda yatırımcıların özel hukuk hükümlerinden doğan hakları saklıdır. Listeden çıkarılan platformlar nezdinde devam etmekte olan kampanya süreçleri sonlanmış sayılır ve toplanan fonlar varsa neması ile birlikte emanet yetkilisi tarafından belirlenen prosedüre göre yatırımcılara iade edilir. Yatırımcılar tarafından kampanya bazında ilgili platforma iletilen fon sağlama taleplerine ilişkin ödemeler ile emanet yetkilisine intikal eden nakit aktarımlarının eşleştirilmesine ve kampanya süresinin sona ermesini takiben payların üye bazında dağıtımının tespitine yönelik işlemler bilgi formunda belirtilen usul ve esaslar ile MKK ve emanet yetkilisi tarafından belirlenen prosedürlere uygun olarak platform tarafından gerçekleştirilir.

#### 4.3.11. Kaydileştirme ve dağıtım esasları

Paya dayalı kitle fonlaması yoluyla toplanan fonlar karşılığında çıkarılacak paylar da dâhil olmak üzere girişim şirketinin tüm paylarının Kanunun 13 üncü maddesi çerçevesinde MKK nezdinde elektronik ortamda kayden oluşturulması ve bunlara ilişkin hakların hak sahipleri bazında izlenmesi zorunludur. Girişim şirketi paylarının kaydileştirilmesi ve yatırımcılara dağıtımını amacıyla girişim şirketi veya girişim şirketinin yetkilendireceği bir yatırım kuruluşu aracılığıyla MKK'ya başvuruda bulunulur. Bu başvurulara ilişkin esaslar MKK tarafından belirlenir. Toplanan fonların girişim şirketinin hesaplarına aktarılmasından önce kaydileştirme işlemlerinin tamamlanmış olması zorunludur.

#### 4.3.12. Fon kullanım yerleri

Toplanacak fonların hangi amaçlarla kullanılacağına ilişkin girişim şirketi veya girişimci tarafından bir raporun hazırlanması ve bu raporun kampanya süresinin başlangıç tarihi itibarıyla kampanya sayfasında yayımlanmış olması zorunludur. Toplanan fonlar doğrudan veya dolaylı olarak gayrimenkul, gayrimenkule dayalı haklar ve gayrimenkul projelerinin satın alınması veya finansmanında kullanılamaz. Kampanya süresinin bitiş tarihi ile toplanan fonların tamamının kullanıldığı tarih arasındaki altı aylık dönemler itibarıyla ve her durumda fonların tamamının kullanıldığı tarih itibarıyla girişim şirketinin veya projenin mevcut durumuna ve fonun kullanıldığı yerlere ilişkin bilgiler kampanya sayfasında duyurulur. Toplanan fonların bilgi formunda ilan edilen amacına uygun olarak kullanıldığının kontrolü ve denetimi Kanun uyarınca listeye alınmış bir bağımsız denetim kuruluşu tarafından özel amaçlı bağımsız denetim raporu hazırlanmak suretiyle yerine getirilir. Bu kapsamda hazırlanacak özel amaçlı bağımsız denetim raporu 1.000.000 Türk Lirasının üzerinde fon toplayan girişim şirketleri açısından fonların kendilerine aktarıldığı tarihten itibaren yıllık olarak, bu tutarın altında fon toplayan girişim şirketleri açısından ise bilgi formunda fonların tamamının kullanılacağı belirtilen tarih ve her halükarda toplanan fon tutarına bakılmaksızın fonların tamamının kullanıldığı tarih itibarıyla düzenlenir. Raporlar, hazırlama



yükümlülüğünün doğduğu tarihi takip eden otuz gün içerisinde hazırlanır, imzalanma tarihini takip eden beş işgünü içinde girişim şirketine teslim edilir ve girişim şirketi tarafından teslim alınmasını takiben iki işgünü içinde kampanya sayfasında ve girişim şirketinin internet sitesinde duyurulur. Bağımsız denetim kuruluşu tarafından belirtilen raporda toplanan fonların bilgi formunda ilan edildiği şekilde kullanılmadığının tespit edilmesi veya gerekli incelemelerin yapılmasını engelleyen faaliyetlerde bulunulması durumunda, bağımsız denetim kuruluşu konuya ilişkin olarak derhal Kurula bilgi verir. Toplanan fonların ilan edilen amacına uygun olarak kullanılmasından girişim şirketinin yönetim kurulu sorumludur. Bağımsız denetçi tarafından dördüncü fıkrada belirtilen raporda toplanan fonların ilan edilen amacına uygun olarak kullanılmadığının tespit edilerek Kurula bildirilmesi üzerine Kurulun 5237 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde suç ihbarında bulunması hali saklıdır.

#### 4.3.13. Girişim şirketlerinin nitelikleri

Paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplayacak girişim şirketlerinin;

- a) Teknoloji faaliyeti ve/veya üretim faaliyetinde bulunmaları,
- b) Bilgi formunun ilan edildiği tarih itibarıyla son beş yıl içinde kurulmuş olmaları,
- c) Tabi oldukları mevzuat uyarınca hazırlayacakları en son yıllık ve varsa son güncel ara dönem finansal tablolarında, 30.12.2013 tarihli ve 28867 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği (II-16.1)'nin 8 inci maddesinde finansal tablo kalemleri için öngörülen eşikleri aşmamaları,
- ç) Düzenli olarak takip ve kontrol edilen tescil edilmiş internet sitelerinin bulunması,

zorunludur. Aşağıda sayılan şirketler paya dayalı kitle fonlaması yoluyla fon toplayamazlar:

- a) Halka açık ortaklıklar,
- b) Yönetim kontrolü başka bir tüzel kişiye ait olan şirketler,
- c) Halka açık ortaklıklar ile sermaye piyasası kurumlarının, önemli etkiye sahip ortak konumunda bulunduğu şirketler.

## 5. SONUÇ

Kitle fonlaması mevcutta en sık ticari amaç taşımayan sosyal projelerin fonlanmasında kullanılmaktadır. Dolayısıyla ödül ve bağış temelli kitle fonlaması türleri bütün dünyada hali hazırda en çok fon yaratan yöntemlerdir. Ülkemizde halen sadece ödül temelli sistemin uygulanabilirliğinden söz edilebilir. Gelişen ekonomilere sahip ülkeler yenilik ve büyümeyi teşvik etmek için kitle fonlamasının gücünden yararlanabilirler. Fakat bunun için yerleşik anlayış ve uygulamaları, yasal politikaları ve gerekli teknik altyapıyı iyi analiz etmeye, anlamaya ve uygulamaya gereksinim duyulmaktadır. SPK'nın hazırladığı paya dayalı kitle fonlaması tebliğ taslağının finans hukuk sistemimize önemli katkılar yapabileceği düşünülmektedir.

### Konunun Özeti

\*Kitle fonlaması girişimcilere ucuz finansman, küçük tasarruflara yatırım imkânı verir

\*Her girişim para toplayamayacak, ön elemenden geçecektir

\*Her yatırımcı yılda en fazla 20 bin lira yatırım yapabilecektir

### Finansal piyasalara “imece” geliyor

Dünyada yaygınlaşan kitle fonlaması Türkiye’de de uygulamaya giriyor. 2017 yılında yasal düzenlemesi yapılarak kurulumuzun yetkilendirildiği kitle fonlamasına ilişkin hazırlanan Tebliğ 03.10.2019 tarihli ve 30907 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre başlangıç aşamasındaki girişimler sermaye ihtiyacını gidermek için halktan para toplayabilecek. Böylece ekonomik kalkınmayı destekleyici potansiyele sahip yenilikçi ve teknoloji odaklı girişimlerin hayata geçirilmesine olanak sağlanmış olacaktır. Yenilikçi ve katma değere dayalı iş modeli bulunan şirketlerin yararlanması amacıyla yalnızca Tebliğ’de tanımlı teknoloji ve üretim faaliyetini gerçekleştiren veya gerçekleştirecek olan girişimlere kitle fonlaması imkânı verilecektir.

### Kitle fonlamasına katılacak girişimler ön elemenden geçecek

Girişimciler ile bireysel yatırımcılar internet üzerinden bir platformda buluşacaktır. Sadece Sermaye Piyasası Kurulu’nun faaliyet izni verdiği ve listesine aldığı platformlar kitle fonlamasına aracılık edebilecek. Her girişim kitle fonlamasından faydalanamayacaktır. Aracılık eden platformların kendi bünyelerinde oluşturacakları en az üçer kişilik yatırım komitelerinin inceleyeceği ve ölçütlere uygun girişimler fon toplayabilecektir. Bunun yanı sıra olası kayıpların sınırlandırılması için yatırımcılar 1 yıl içinde en fazla 20 bin lira yatırım yapabilecektir. Bu limit yatırımcının gelir düzeyine bağlı olarak 100 bin liraya kadar artırılabilir. Yatırımcıların haklarını gözetken kurallar ve denetimler sayesinde insanların saadet zincirlerinin tuzağına düşerek mağdur olmasının da önüne geçilebilecektir.

### Kitle fonlamasıyla kazan-kazan dönemi başlıyor

Yeni iş kuran girişimcilerin yaşadığı en büyük zorlukların başında finansmana erişim geliyor. Bankadan uygun şartlarda kredi bulamayan girişimciler, kitle fonlaması sayesinde ihtiyaç duydukları maliyetsiz finansmana erişebileceklerdir. Bireysel yatırımcılar da tek başlarına kayda değer bir etki yaratamayacak olan küçük tutardaki fonlarını birleştirerek bir şirketin hayata geçmesini sağlayabileceklerdir. Böylece yatırımcılar gelişme potansiyeli olan bir şirkete kuruluş aşamasında ortak olma fırsatını elde edeceklerdir.

**KAYNAKLAR**

- ALTUNTAŞ, Baybars, “*Türkiye’nin En Kapsamlı Crowdfunding Raporu*”, 03.05.2014, <https://baybarsaltuntastips.wordpress.com/2014/05/03/turkiyenin-en-kapsamli-crowdfunding-raporu/> (Son Erişim: 28.11.2019)
- AKBULAK, Yavuz, “*Kitle Fonlaması*”, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2016, Cilt:14, Sayı:165
- AKBULAK, Yavuz, “*Küçük Ölçekli Finansman Yöntemi: Kitle Fonlaması*”, Dünya Gazetesi, 22.09.2012, <http://www.dunya.com/yorum-inceleme/kucuk-olcekli-finansman-yontemi-kitle-fonlamasi-166289h.htm> (Son Erişim: 28.11.2019)
- ATSAN, Nuray, Eda ORUÇ ERDOĞAN, “*Girişimciler İçin Alternatif Bir Finansman Yöntemi: Kitlesel Fonlama (Crowdfunding)*”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, İİBF Dergisi, Nisan 2015, 10(1), 297-320, [http://iibfdergi.ogu.edu.tr/makaleler/1247434\\_10-1\\_N%C4%B-0SAN%202015\\_Makale\\_0.pdf](http://iibfdergi.ogu.edu.tr/makaleler/1247434_10-1_N%C4%B-0SAN%202015_Makale_0.pdf) (Son Erişim: 28.11.2019)
- ERGEN, Mustafa, Jason LAU, Kuntay BİLGİNOĞLU, “*Dağıtık Girişimci Sermayesi: Kitle-Fonlaması*”, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı 3. Sanayi Şurası: 2013, Tebliğ Metni, <http://www.sanayisurasi.gov.tr/pdfs/dagitik-girisimci-sermayesi-kitle-fonlamasi.pdf> (Son Erişim: 28.11.2019)
- KARAARSLAN, Mustafa Halid, Başar ALTUNTAŞ, “*Sosyal Pazarlamanın Yeni Adresi: Kitle Fonlaması*”, 20. Ulusal Pazarlama Kongresi, 10-13 Haziran 2015, Eskişehir, [http://www.pazarlama.org.tr/upk-2015/konferans\\_dosyaları/bildiriler/121.pdf](http://www.pazarlama.org.tr/upk-2015/konferans_dosyaları/bildiriler/121.pdf) (Son Erişim: 28.11.2019)
- ONUR, Mediha Nur, Öznur DEĞİRMENCİ, “*Crowdfunding-Kitle Fonlaması*”, Hazine Müsteşarlığı Çalışma Raporları, Sayı:2015-7, Haziran 2015, [http://m.hazine.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/%C3%87al%C4%B1%C5%9Fma%20Raporlar%C4%B1/HM\\_Calisma%20Raporu\\_2015-7.pdf](http://m.hazine.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/%C3%87al%C4%B1%C5%9Fma%20Raporlar%C4%B1/HM_Calisma%20Raporu_2015-7.pdf) (Son Erişim: 28.11.2019)
- TEKEOĞLU, Nurdan, “*Kitlesel Fonlama İle Alternatif Film Finansmanı Oluşturma Ve Bir Film Analizi: Sıra Dışı İnsanlar*”, International Journal of Social Science, Doi number:<http://dx.doi.org/10.9761/>

JASSS3057, Number:38, p.295-302, Autumn II 2015, [http://www.jasstudies.com/Makaleler/382410443\\_22-Yrd.%20Do%C3%A7.%20Dr.%20Nurdan%20TEKEO%C4%9ELU.pdf](http://www.jasstudies.com/Makaleler/382410443_22-Yrd.%20Do%C3%A7.%20Dr.%20Nurdan%20TEKEO%C4%9ELU.pdf) (Son Erişim: 28.11.2019)

“Tüm Yönleriyle Kitlesele Fonlama (Crowdfunding)”, <http://herdem.av.tr/tr/tm-ynleriyle-kitlesele-fonlama-crowdfunding/> (Son Erişim: 28.11.2019)

### **Mevzuat**

2499 sayılı (mülga) Sermaye Piyasası Kanunu

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği

İnternet Siteleri

<https://www.crowdfunding.com/> (Son Erişim: 28.11.2019)

<https://www.entrepreneur.com/topic/crowdfunding> (Son Erişim: 28.11.2019)

<http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1292> (Son Erişim: 28.11.2019)

# **DENİZ TAŞIMACILIĞINDA TAŞIYANIN KUSURSUZLUK VE UYGUN İLLİYET BAĞI KARİNELERİNDEN YARARLANDIĞI HALLER**

(TTK m. 1182)

*Av. Şafak TÜRKEN*

## **GİRİŞ**

Dünya ticaret yaşamında ürünlerin bir yerden diğerine aktarılmasında deniz taşımacılığı yoğun olarak kullanılmaktadır. Deniz taşımacılığı, tüm taşımacılık türleri içerisinde, yüklerin büyük miktarlarda ve uzak mesafelere, uygun maliyetlerle ve sistemli olarak taşınmasını sağlaması sebebiyle haklı olarak önemli bir hacime sahiptir.

Böylesine yaygın bir faaliyet ağı içerisinde, üstelik riskleri oldukça yüksek bir işin görülmesi sebebiyle, sayısız ihtilafın meydana geleceğini tahmin etmek mümkündür.

Meydana gelen ihtilaflarda ise, taşıyanın taşınan eşyanın ziyayı, hasara uğraması yahut geç tesliminden kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğu konusunda izlenecek olan yaklaşım mühim bir meseledir. Zira taşıyanın sorumluluğunun fazlaca daraltılması ve bunun tümünden bir sorumsuzluk boyutuna varması da taşıyanın her koşul altında ve sınırsız olarak sorumlu tutulması da ticari hayat için sarsıcı sonuçlara yol açabilecektir.

Bu nedenle, deniz taşımacılığının en eski dönemlerinden günümüze kadar daima taşıyanın sorumluluğu hususunda çeşitli düzenlemeler getirilmiş, taşıyanın hangi hallerde ve hangi koşullar altında meydana gelen zarardan sorumlu tutulacağı, sorumluluğunun sınırları ve yine taşıyanın hangi hallerde ve hangi koşullar altında sorumlu tutulamayacağı belirli ve ön görülebilir kılınmak istenmiştir.

Hukukumuzda bu husus, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK)<sup>1</sup> m. 1178 ve devamında yer alan hükümlerinde düzenlenmiştir.

---

1 RG: 14.02.2011/ 27846

TTK'da konunun, “*Taşıyanın Sorumluluğu*” (TTK m. 1178), “*Sorumluluktan kurtulma hâlleri*” (TTK m. 1179 vd.) ve “*Taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı hâller*” (TTK m. 1182) olmak üzere üç temel başlık altında düzenlendiği görülmektedir.

Biz de bu çalışmamızda “*Taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı haller*” başlıklı, TTK m. 1182 hükmünü, yani diğer bir deyişle, taşıyanın muhtemel sorumsuzluk hallerini incelemeye çalışacağız.

## 1. Genel olarak Taşıyanın Kusursuzluk Ve İlliyet Bağı Karinelerinden Yararlanması

29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı (Eski) Türk Ticaret Kanunu (ETTK)<sup>2</sup> döneminde konuya ilişkin düzenleme “*taşıyanın mesul olmaması*” başlıklı m. 1063 hükmünde<sup>3</sup> yer almaktaydı.

Konunun ele alındığı TTK m. 1182 hükmünün gerekçesinde, bu maddede yer alan düzenlemenin “*6762 sayılı Kanun'un 1063'üncü maddesi ile 1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının c ile p bentlerinden*<sup>4</sup> başlığı değiştirilmek suretiyle alın-

2 RG: 09.07.1956 / 9353

3 ETTK m. 1063 hükmü şu şekildedir: “1) Taşıyan aşağıdaki sebeplerden ileri gelen zararlardan mesul değildir: 1. Deniz veya gemi işlemlerine elverişli diğer suların tehlike ve kazalardan; 2. Harb hadiselerinden, karışıklık ve ayaklanmalardan, amme düşmanlarının hareketlerinden, salahiyetli makamın emirlerinden veya karantina tahditlerinden; 3. Mahkemelerin elkoyma kararlarından; 4. Grev, lokavt veya diğer çalışma manilerinden; 5. Yükletenin veya yükün sahibiyle acentasının veya mümessilinin hareket veya ihmallerinden; 6. Denizde can ve mal kurtarmadan veya kurtarma teşebbüsünden; 7. Hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilmeden veya malın gizli ayıplarından yahut malın kendine has tabii cins ve mahiyetinden. 2) Zararın halin icaplarına göre birinci fıkrada yazılı tehlikelerin biri sebebiyle vuku mümkün ise zararın bu tehlikeden ileri geldiği farz olunur; şu kadar ki, aksi ispat olunabilir. 3) Tehlikenin meydana gelmesine taşıyanın mesul olduğu bir hadisenin sebep olduğu ispat olunursa taşıyan mesuliyetten kurtulamaz”.

4 1924 tarihli Brüksel Sözleşmesi m. 4/ f. 2/ c-p hükmü şu şekildedir: “c) Deniz veya seyri-sefere elverişli diğer suların tehlike ve kazaları. d) Mücbir sebep. e) Harp Olayları. f) Kamu düşmanlarının hareketleri. g) Hükümdarların, yöneticilerin veya halkın müsadereci veya el koyması, veya yargısal işlemle seferden men. h) Karantina sınırlamaları. i) Gönderen veya eşyanın maliki ile bunların temsilcilerinin veya adamlarının fiilleri veya ihmalleri. j) Her ne sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın kısmi veya genel nitelikteki grev veya lokavt veya iş durdurmalar veya diğer çalışma engelleri. k) İsyan veya iç karışıklıklar. l) Denizde can veya eşya kurtarma veya kurtarmaya teşebbüs. m) Hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilme veya eşyanın gizli ayıpları, eşyanın kendi niteliği veya kendiliğinden bozulmasından

mış” olduğu belirtilmiş ve kanunun “...1181’inci maddesinde ayrıca düzenlenmiş olması sebebiyle kurtarma haline bu maddede yer verilmiş...” olduğu vurgulanmıştır.

Taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağı karinelerinden yararlandığı haller, yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m. 1182 hükmünde düzenlenmektedir. Bu haller ile, taşıyanın sorumlu tutulamayacağını karine olarak kabul edildiği bir takım durum ve sebepler belirlenmiştir. Bahse konu hükmün üçüncü fıkrasına göre, zararın durumun gereklerine göre birinci fıkrada yazılı olan ve aşağıda değineceğimiz sebeplerin birinden ileri gelmesi muhtemel ise, bu sebepten ortaya çıktığı varsayılır; ancak bunun aksinin ispatlanması mümkündür.

Belirtmek gerekir ki; taşıyanın sadece söz konusu zarara hükümde sayılan hallerden bir veya birkaçının sebep olmuş olabileceğini yani zararın söz konusu olaydan kaynaklanmasının muhtemel olduğunu ispatlaması, ispat külfetinin yükü ilgiliye geçmesi için yeterli görülmektedir<sup>5</sup>.

Diğer yandan; hükümde bahsi geçen durum ve sebeplerin somut olayda mevcut olması doğrudan taşıyanın sorumluluğunun ortadan kalkması sonucuna yol açmayacaktır. Bu durumda, taşıyanın kusursuz sayıldığına dair bir karine söz konusu olacak ve böylece ispat yükü taşıyan lehine yer değiştirecektir<sup>6</sup>.

Hal böyleyken, TTK m. 1182 hükmünün gerekçesinde de “...1179’uncu maddesinde sorumluluktan kurtulabilmesi için taşıyanın zararın sebebini ve bu sebebini gerçekleşmesinde gerek kendisinin, gerek adamlarının kusurunun bulunmadığını ispat etmesi şart koşulduğu halde bu maddede yazılı hallerde aksi ispatlanmadıkça taşıyanın ve adamları-

*kaynaklanan diğer ziya veya hasar. n) Ambalajın yetersizliği. o) İşaretlerin yetersizliği veya uygun olmaması. p) Gerekli özen gösterilmesine rağmen keşfedilemeyen gizli ayıplar”.*

- 5 SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku – Giriş – Gemi – Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, C. 1, 4. baskı, İstanbul 2017, s. 512; KENDER, Rayegân / ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, 12. baskı, İstanbul 2010, s. 150; ATEŞ, Ebru, Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen “Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu’nun” Türk Hukukuna Etkisi (1924 Lahey Kuralları), 1. baskı, İstanbul 2008, s. 87.
- 6 YETİŞ ŞAMLI, Kübra, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu, 2. baskı, İstanbul 2013, s. 221.



*nın kusurunun olmadığı ve zarar ile sebep arasında uygun illiyet bağının bulunduğu varsayılmaktadır”* denilerek ifade olunduğu gibi aksi ispatlanabilecek bir varsayımdan bahsedilmekte olup, sorumluluk tamamıyla ortadan kalkmamaktadır<sup>7</sup>.

Belirtmek gerekir ki, hükmün amacı sayılan hal ve sebeplerin bir zarara neden olması durumunda ispat yükünün değişmesini sağlamaktır<sup>8</sup>. Taşıyanın sorumluluktan kurtulması ise, yüküle ilgilinin ispat külfetinin kendisine geçmesine neden olan karineyi çürütememesinin bir sonucudur.

Hükmün birinci fıkrasında taşıyanın kusursuzluk ve uygun illiyet bağından yararlanacağı haller:

*“a) Denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları.*

*b) Harp olayları, karışıklık ve ayaklanmalar; kamu düşmanlarının hareketleri, yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamaları.*

*c) Mahkemelerin el koyma kararları.*

*d) Grev, lokavt veya diğer çalışma engelleri.*

*e) Yükleyen, taşıyan ve eşyanın maliki ile bunların temsilcilerinin ve adamlarının fil veya ihmalleri.*

*f) Hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilme veya eşyanın gizli ayıpları ya da eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliği.*

*g) Ambalajın yetersizliği.*

*h) İşaretlerin yetersizliği.”*

7 Karinenin aksi ispatlanmadığı takdirde taşıyanın sorumlu tutulamayacağına dair, ETTK döneminde verilmiş olan bir karar: “...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerek-tirici sebeplere ve ziya ve hasarın taşıyanın dikkat ve ihtimamı ile dahi önüne geçilemeyecek bir sebepten ileri geldiği ve dolayısıyla olaya TTK'nın 1063/bent 1 inci hükmünün uygulan-masının mümkün bulunduğu ve aynı maddenin son fıkrasında yazılı olduğu şekilde tehlikenin meydana gelmesinde mesul olduğu bir hadisenin sebep olduğu da ispat edilmemiş olmasına göre davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmektedir...” Yarg. 11. H.D.'nin 1985/ 3947 E., 1985 / 3965 K. sayılı ve 25.06.1985 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 04.12.2019).

8 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 221.

Şeklinde sıralanmış bulunmaktadır. Aşağıda bu hususlara ilişkin daha detaylı açıklamalara yer vereceğimizden, şimdilik sıralamakla yetiniyoruz.

Listede sıralanan haller esasen iki grupta toplanmaktadır. Fıkranın a ve d bentlerinde sayılan haller kusursuz ifa engelleri; e ve h bentlerinde sayılan haller ise alacaklının sebep olduğu ifa engelleridir<sup>9</sup>. Ayrıca, hükümde verilen liste sınırlı sayı (*numerus clausus*) prensibine tâbi olduğundan, başka sebeplerin eklenmesi ya da geniş yoruma tâbi tutulması mümkün değildir<sup>10</sup>.

TTK'da, ETTK'dan farklı olarak, taşıyanın eşyayı geç teslimden kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğunun düzenlenmiş olması karşısında, taşıyanın yükün zıyaından ya da hasara uğramasından kaynaklanan zararların yanı sıra gecikme zararları bakımından da TTK m. 1182 hükmüne dayanabileceği kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

Hüküm kapsamında, taşıyanın ve yüküle ilgilinin ispatlamak durumunda olduğu hususlara da değinmekte yarar vardır. Şöyle ki, taşıyan hükümde sayılan hal ve sebeplerin varlığını ve zararın somut olayda bu hal ve sebepler neticesinde meydana gelmiş olabileceğini kanıtlamak durumundadır. Yani taşıyan, meydana gelen zarar ile hükümde sıralanan hal ve sebepler arasında *muhtemelen* illiyet bağı bulunduğunu gösterir nitelikteki somut vakıaları ortaya koymalıdır<sup>12</sup>.

Özetle denilebilir ki, taşıyan zararın bu hallerden bir veya birkaçından doğmuş olduğunu değil, *doğmuş olabileceğini* gösteren vakıaları ispatlayacaktır<sup>13</sup>. Bu durumda artık taşıyanın ayrıca, kusurunun bulunmadığını ispat etmesine de gerek yoktur<sup>14</sup>.

Taşıyanın hükümde sayılan hal ve sebeplerden bir veya birkaçının mevcudiyetini ortaya koyması durumunda, hükümde düzenlenen karine

9 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 227.

10 ÜLGNER, Fehmi, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, 1. baskı, İstanbul 1991, s. 95; ÜLGNER, M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri II: Zaman Çarteri Sözleşmeleri, 1. baskı, İstanbul 2016, s. 329; SÖZER, Cilt I, s. 513.

11 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 228.

12 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 229.

13 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 143; GÜDEN, Faysal, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, 1. baskı, İstanbul 2017, s. 102.

14 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 142.

gereği ispat yükü yük ilgisine geçecektir<sup>15</sup>.

Ancak yük ilgisinin bu karineyi çürütmesi için zararın başka bir sebepten dolayı meydana gelmiş olabileceğini muhtemel gösteren vakıaları ortaya koyması yeterli değildir<sup>16</sup>. Bu bağlamda yük ilgilisi: 1) zararın taşıyan tarafından vukuu bulunduğu ileri sürülen olayların neticesi olarak değil, taşıyanın sorumlu tutulması gereken bir başka sebepten ötürü meydana geldiğini veya 2) söz konusu zarara taşıyanın ileri sürmüştüğü sebep ya da sebeplerin yol açamayacağını yani yol açmasının mümkün olmayacağını veya 3) zararın nedeni taşıyanın iddia ettiği olay olmasına rağmen, tehlikenin ortaya çıkmasına taşıyanın kusurunun sebep olduğu ya da zararın meydana gelmesinde söz konusu sebebin yanı sıra taşıyanın ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun da etkili olduğunu veya 4) geminin yolculuğa elverişsiz halde çıkarılmış bulunduğunu veya 5) zararın ticari kusur niteliğindeki bir olaydan kaynaklandığını ispat etmek durumundadır<sup>17</sup>.

TTK m. 1182/ f. 2 uyarınca, birinci fıkrada bahsi geçen hal ve sebeplerin ortaya çıkmasına taşıyanın sorumlu olduğu bir olayın yol açtığı ispatlanırsa, taşıyan sorumluluktan kurtulamayacaktır. Yani taşıyan hükümde sayılan hal ve sebeplerden birinin zarara sebebiyet vermiş olması durumunda dahi, kendisinin ve adamlarının kusurundan sorumlu tutulabilecektir.

Ancak “*sebeplerin birleşmesi*” başlıklı TTK m. 1183 hükmü uyarınca taşıyanın veya adamlarının kusurunun diğer bir sebeple birlikte zıya, hasar veya teslimdeki gecikmeye yol açması halinde, taşıyan, zıya, hasar veya teslimdeki gecikmenin sadece belirtilen kusura bağlanabilen kısmından sorumludur. Böyle bir kısmi sorumluluk için, bu hallerin söz konusu kusura bağlanamayacak olan kısmının taşıyanca ispatı gerekecektir. Bu hüküm çerçevesinde, yük ilgisinin TTK m. 1182/ f. 1 hükmünde sayılan hal ve sebeplerden birinin yanı sıra, taşıyanın sorumlu olduğu

15 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 229-230; SÖZER, Cilt I, s. 518.

16 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 230.

17 ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Sözleşmesi, C. II, 10. baskı, İstanbul 2010, s. 162; YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 230; SÖZER, Cilt I, s. 518; SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku: Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi, 2. baskı, İstanbul 2012, s. 763-764; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 145; GÜDEN, s. 102-103; ATEŞ, s. 87.

diğer bir sebebin de zararın oluşmasında etkili olduğunu ispatlaması durumunda TTK m. 1183 hükmü uyarınca taşıyan meydana gelen zararlar-  
dan kusuru oranında yani kısmi olarak sorumlu olacaktır<sup>18</sup>.

İlaveten TTK m. 1182 hükmünün, taşıyanın navlun sözleşmesinin ifasında özen gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını fakat, taşıyanı bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat etme yükümlülüğünden kurtardığını vurgulamak gerekir. Hal böyleyken, taşıyanın tehlike sırasında da özen yükümlülüğünün gereği olarak zararı önlemek veya zararı önlemek mümkün değilse de azaltmak amacıyla gerekli tedbirleri alması kendisinden beklenecektir<sup>19</sup>.

TTK m. 1182/ f. 1 hükmünde sıralanan hal ve sebeplere yukarıda listede şeklinde yer verilmişti. Aşağıda ise, bu sebeplerin her birini ayrı olarak inceleyecek ve ifade edilmek istenenin ne olduğunu izah etmeye çalışacağız.

## 2. Denizin veya geminin işletilmesine elverişli diğer suların tehlike ve kazaları

TTK m. 1182/ f. 1/ a bendinde yer verilen bu husus, kaynağını Lahey/Visby Kuralları'nın m. 4/ f. 2/ c bendinden almaktadır.

Burada kastedilen; taşıyan, adamları ya da gemi adamları tarafından öngörülemez ve bu nedenle de engel olunamayacak nitelikteki denize ve deniz yolculuğuna mahsus olaylardır<sup>20</sup>.

Yani taşıyanın olayın gerçekleşebileceğini tahmin edebileceği durumlarda, TTK m. 1182 hükmündeki karineden yararlanması mümkün değildir. Öte yandan, bu tür olayların mücbir sebep teşkil etmesi aranmaktadır<sup>21</sup>.

Örnek vermek gerekirse, geminin karaya oturması, sis nedeniyle rotasından çıkması, kayalara bindirmesi gibi durumlar bu bendin kapsa-

18 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 231-232.

19 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 231.

20 SÖZER, Cilt I, s. 514; ÜLGNER, Çarter Sözleşmeleri II, s. 327. Deniz tehlikeleri ya da kazaları kaynaklı bir zarar, geminin denize elverişsizliğinden ileri geliyorsa bu sebebe dayandırılmayacağı yönünde bkz. PAYNE, William / HOLDEN, James Milnes, Payne's Carriage of Goods by Sea, 6th ed., London 1954, s. 71.

21 SÖZER, Cilt I, s. 514.

mında sayılmaktadır<sup>22</sup>.

Yargıtay 11. H.D.'nin bir kararında<sup>23</sup> “*Bremen’den İstanbul’a taşınmak üzere yüklenen 4335 ton borunun 95 adedinin sözleşmeden kaynaklanan yetkiye istinaden güverteye yüklendiği andak meteoroloji raporunda şiddetli fırtına olacağı belirtilmesine rağmen, kaptanın bu uyarıyı kaale almayarak yükü güverteye yolluca istif etmeyip, elverişli laşing malzemesi kullandığından bahisle açılan davada davalı yükün güverteye usulüne uygun olarak istif edildiği; kullanılan laşing malzemesinin elverişli olduğu; yapılan bağlamanın da usulüne uygun ve sağlam olduğu; dava konusu hasarın ise tam anlamıyla mücbir sebep olarak kabul edilebilecek olan şiddetli fırtınadan ileri geldiği nitekim aynı gün Danimarka şilebinin de bu hava ve deniz şartlarına dayanamayarak battığı; bütün bu nedenlerle Türk Ticaret Kanunu’nun 1063. Maddesinin 1. Bendine dayanarak sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı, bir an için sevk ve idare bakımından kusurlu olduğu düşünülse dahi Türk Ticaret Kanun’u madde 1062(2) uyarınca yine sorumluluğun söz konusu olamayacağı...*” şeklinde açıklamalara yer verilmiş olup, bu kararda da şiddetli fırtına ve batma durumlarının deniz tehlikeleri olarak kabul edildiği görülmektedir.

Yine Yargıtay 11. H.D.’nin bir kararına<sup>24</sup> konu olan ihtilafta, davacı tarafından nakliyat poliçesiyle sigortalı bulunan malların, davalı taşıyana ait gemiyle Antwerp limanından İstanbul’a taşınması sonucunda 28 fiçinin boş olarak teslim edilmesi, bu yüzden sigortalıya ödeme yapılması sebebiyle sigortalıya ödenen miktarın taşıyandan rücuun tahsilinin talep edildiği ve davalı taşıyanca geminin sefere ve yola elverişli olarak hazırlandığı, yükün ehil kişilerce istiflendiği, ancak *yolda geminin şiddetli fırtınaya yakalandığı, malların bu yüzden hasara uğramış olabileceğinin ileri sürüldüğü* yargılamada; yerel mahkemece toplanan deliller, temyiz raporu ve sair belgeler üzerinde yapılan inceleme sonucu alınan bilirkişi raporuna dayanılarak *hasarın deniz tehlikesi altında meydana geldiği ve bundan davalı taşıyanın sorumlu olamayacağından bahisle davanın reddine karar verilmiş olup yerel mahkemenin temyizen incelenen kararı dairece onanmıştır.*

22 SÖZER, Cilt I, s. 514.

23 Yarg. 11. H.D.’nin 1992/ 7258 E., 1993/ 7737 K. sayılı ve 25.11.1993 tarihli kararı (GÜDEN, s. 106-107).

24 Yarg. 11. H.D.’nin 1983/ 5397 E., 1983 / 5458 K. sayılı ve 05.12.1983 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 04.12.2019).

Şiddetli rüzgar sebebiyle meydana gelen bir başka ihtilafta yine Yarg. 11. H.D. tarafından<sup>25</sup> “...*gemi kaptanının deniz protestosunda geminin dokuz şiddetinde rüzgara maruz kaldığının belirtildiği, meteorolojik bulguların deniz protestosunu teyit ettiği, taşıyanın TTK. 'nun 1063/1 'inci maddesi hükmü gereğince hasardan sorumlu tutulamayacağı...*” yönünde karar verilmiştir.

Yükün zıya ya da hasara uğramasından doğan zararlar bu bendin kapsamına girecek olmakla birlikte, deniz tehlikeleri olarak nitelendirilebilecek bir olayın gerçekleşmesi seferin gecikmesine ve bu gecikme de yükün ziyana neden olursa bu durum da bent kapsamında değerlendirilmektedir<sup>26</sup>.

### **3. Harp olayları, karışıklık ve ayaklanmalar, kamu düşmanlarının hareketleri, yetkili makamların emirleri veya karantina sınırlamaları**

Harp olayları ile kastedilen iki veya daha fazla egemen devletin ya da devlet niteliğinde olmayan örgütlü toplulukların birbirlerine karşı silahlı kuvvet kullanması şeklinde meydana gelen olaylardır<sup>27</sup>. Bu tür olaylar bakımından, resmi şekilde bir savaş ilan edilmiş olup olmaması ya da sivil hedeflerin de eyleme dahil olup olmaması sonuç açısından bir değişiklik yaratmayacaktır<sup>28</sup>. Bunun yanı sıra, iç savaşlar da harp olayları deyiminin kapsamında kabul edilmelidir<sup>29</sup>.

Bu bağlamda, zararın savaş ortamında ya da savaş ortamına mahsus tehlikeler nedeniyle meydana gelmesi gerekir<sup>30</sup>. Örnek vermek gerekirse, geminin bir denizaltının torpili nedeniyle batması ya da savaşmakta olan

25 Yarg. 11. H.D.'nin 2004/ 633 E., 2004 / 9859 K. sayılı ve 14.10.2004 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 04.12.2019).

26 SÖZER, Cilt I, s. 514.

27 SÖZER, Cilt I, s. 514-515; ÜLGENER, Çarter Sözleşmeleri II, s. 329; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 117; OKAY, Sami, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri, C. II, 2. baskı, İstanbul 1971, s. 225; AKINCI, Sami, Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri, 1. baskı, İstanbul 1968, s. 445; GÜDEN, s. 108.

28 ÜLGENER, Çarter Sözleşmeleri II, s. 329; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 117; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 225; AKINCI, s. 445; SÖZER, Sorumluluk Rejimi, s. 759; GÜDEN, s. 108.

29 SÖZER, Cilt I, s. 515; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 118; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 225; GÜDEN, s. 108.

30 SÖZER, Cilt I, s. 515.

tarafından birinin döktüğü mayına çarpması gibi hallerden bahsedilmektedir<sup>31</sup>.

Öte yandan, taşıyanın savaş ortamından kaynaklı risklerden haberdar olması ve bu rizikoları göze alarak taşıma yapması durumunda bu bentten faydalanması mümkün değildir<sup>32</sup>.

Karışıklık ve ayaklanmalar ise, terör olayları<sup>33</sup>, devlete karşı yürütülen hukuka aykırı ve silahlı faaliyetleri ifade eder<sup>34</sup>. Karışıklık kavramı ile iç savaş kavramını birbirinden ayıran, karışıklık olarak tanımlanabilecek olayların, iç savaş kadar büyük gruplar tarafından icra edilmemesidir. Ayaklanma halinde ise, geniş bir saha içerisinde, ülke dahilinde meydana gelen toplu hareketler söz konusudur<sup>35</sup>.

Kamu düşmanlarının hareketleri deyiminin kapsamına ise, yağmalama, deniz haydutluğu (korsanlık) ya da silahlı soygun gibi olaylar girmektedir<sup>36</sup>.

Yetkili makamların emirleri deyimi ile, gemiye ve/veya yüke el konulması ya da bunların müsadere edilmesi veya ülkeye giriş ya da çıkışının yasaklanması, ambargo kararları gereği konulan tahditlerin uygulanması gibi hususlar kastedilmektedir<sup>37</sup>.

Karantina sınırlamaları, bulaşıcı hastalıklara karşı gemi veya yük ya da her ikisi için birden alınan çeşitli tedbirlerdir<sup>38</sup>. Karantina aslında sağlık otoriteleri tarafından karar verilen bir izolasyon süreci olup, gemide bulunan insanları ya da hayvanları etkileyebilecek bir bulaşıcı hastalığın söz konusu olması durumunda uygulanır<sup>39</sup>.

31 SÖZER, Cilt I, s. 515.

32 SÖZER, Cilt I, s. 515; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 226.

33 BERLINGIERI, terör olaylarına “*kamu düşmanlarının hareketleri*” kavramının kapsamında yer vermektedir, bkz. BERLINGIERI, Francesco, International Maritime Conventions: The Carriage of Goods and Passengers by Sea, Vol. I, Abingdon 2014, s. 34.

34 SÖZER, Cilt I, s. 515; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 118.

35 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 118.

36 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 118; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 226; AKINCI, s. 445; COLINVAUX, RAOUL P., The Carriage of Goods by Sea Act, 1924, London 1954, s. 77.

37 SÖZER, Cilt I, s. 515; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 120; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 226; AKINCI, s. 445-446; COLINVAUX, s. 78; GÜDEN, s. 108.

38 SÖZER, Cilt I, s. 515; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 121; GÜDEN, s. 108.

39 BERLINGIERI, The Carriage of Goods and Passengers by Sea, s. 36.

Misalen, Ebola virüsü Afrika’da uzun süre geniş bir bölgenin rizikolu bölge olarak kalmasına neden olmuştur. İşte, bu tür insan sağlığı üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurabilecek bulaşıcı hastalıkların varlığı durumunda gemi, yük ya da her ikisi için birden karantina sınırlamaları getirilebilmektedir.

#### 4. Mahkemelerin el koyma kararları

Bu kararlar ile kastedilen, mahkemelerin özel hukuk uyuşmazlıkları nedeniyle verdikleri, gemiye ihtiyati haciz konulması, gemiye icrai haciz konulması veya gemiye ihtiyati tedbir yolu ile el konulması yönündeki kararlardır<sup>40</sup>.

Öte yandan, yüke el konulması halinde bu duruma kendisi sebep olmadığı sürece taşıyan yüke el konulması nedeniyle meydana gelen zararlardan zaten sorumlu tutulamayacaktır. Tabii taşıyanın şahsi borcu yüzünden gemiye ve yüke el konulmuşsa, taşıyan sorumlu olmadığını ileri süremeyecektir. El konulan yük haricindeki yüklerde bir zarar meydana gelmesi durumunda da taşıyan kusur ve ihmali bulunmadığı takdirde sorumlu tutulamaz. Örneğin, bir yüke el konulması nedeniyle yolculuk uzamış ve diğer yüklerde çürüme meydana gelmiş ise durum böyledir<sup>41</sup>.

Görüldüğü üzere, incelemekte olduğumuz bu bendin kapsamı ile yukarıda incelemiş olduğumuz bent kapsamında bahsi geçen “*yetkili makamların emirleri*” kavramı arasında fark vardır. Şöyle ki, incelemekte olduğumuz bent özel hukuk uyuşmazlıkları nedeniyle bir mahkemenin vermiş olduğu kararları konu edinmekte iken; yukarıda incelemiş olduğumuz bent kapsamında bahsi geçen “*yetkili makamların emirleri*” kavramı, bir malın ithal ya da ihracatının yasaklanması durumlarında olduğu gibi, kamu hukukuna ilişkin tasarrufları konu edinmektedir<sup>42</sup>.

40 SÖZER, Cilt I, s. 516; ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 123-125; ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 123; AKINCI, s. 446; GÜDEN, s. 108.

41 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 125.

42 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 123.



## 5. Grev, lokavt veya diğer çalışma engelleri

Bu bent uyarınca zarara grev, lokavt ya da diğer çalışma engelleri neden olmuş ise taşıyan kusursuz sayılacaktır.

Bu noktada, kısaca grev ve lokavt kavramları üzerinde durmakta yarar vardır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>43</sup> (SenTİSK) m. 58/ f. 1 hükmünde “İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya *bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına...*” grev denileceği hüküm altına alınmıştır.

Lokavt ise, SenTİSK m. 59/ f. 1 hükmünde “İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir” ifadeleri ile tanımlanmıştır.

Diğer çalışma engelleri deyimi ise, gemi adamlarının hastalanmaları nedeniyle çalışmamaları, kolera ya da diğer bir salgın hastalık korkusu ile işi bırakmaları ya da mürettebatın savaş riski bulunması nedeniyle söz konusu sefere çıkmayı reddetmeleri gibi örneklendirilebilecek çeşitli durumları kapsamaktadır<sup>44</sup>.

Belirtmek gerekir ki, taşıyanın sorumluluğunun ortadan kalkması için grevin meydana gelen zarara doğrudan sebep olması gerekir. Aksi halde, yani grev zarara sadece dolaylı olarak yol açmış ise, taşıyanın meydana gelen zararlardan sorumluluğu devam etmektedir. Örneğin; yükleme ya da boşaltma limanındaki işçilerin grev yapmaları, yükleme ya da boşaltma faaliyetlerinin yürütülmesine engel oluyorsa yüke gelen zarara doğrudan doğruya grevin sebep olduğu söylenebilir. Bu durumda da taşıyanın meydana gelen zarardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır<sup>45</sup>.

Bunun yanı sıra, taşıyanın grev, lokavt ya da diğer çalışma engellerinden dolayı meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaması için, bu

43 RG: 07.11.2012/ 28460.

44 SÖZER, Cilt I, s. 516; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 127-129; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 227; AKINCI, s. 446.

45 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 128.

olaylara kasten kendisinin sebep olmaması gerekir. Örneğin, sırf bu bentten faydalanabilmek adına taşıyanın grevi teşvik etmesi ya da önlenebilecek iken bunu yapmaması gibi durumlarda sorumluluktan kurtulması mümkün değildir<sup>46</sup>.

Yargıtay 11. H.D. de ETTK döneminde çiçek yükünün taşınması ile ilgili olarak meydana gelen bir ihtilafa ilişkin vermiş olduğu kararında<sup>47</sup> “...mahkemece grevin niteliği araştırılmalı, ayrıca grev kararını ne kadar bir süre önce alınmış olduğu soruşturularak davalı işletmenin önceden grev kararını bilmesine rağmen dava konusu gül gibi çabuk bozulacak bir malın taşıma işinin yüklenmemesi gerektiği üzerinde...” durularak değerlendirme yapılmasının gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

## 6. Yükletenin, taşıtanın veya eşyanın malikinin veya bunların temsilcilerinin ve adamlarının fiil veya ihmalleri

Yükün cinsinin, özelliğinin, niteliğinin ve değerinin yanlış olarak bildirilmesi gibi durumlar bu bent kapsamına girmektedir<sup>48</sup>.

Böyle bir yanlış bildirim nedeniyle taşıyan yükleri konulmaması gereken bir ambara ya da diğer bir yükün yanına istifleyebilir veya yolculuk sırasında göstermesi gereken dikkat ve özeni yerine getirememiş olabilir. Örneğin, soğutucu depolarda taşınması gereken bir mal olan taze et, yalnızca gıda malzemesi olarak beyan edilmiş ve bu nedenle taşıyan tarafından soğutucu depoya yerleştirilmemiş olabilir ya da belirli aralıklarla havalandırılması gereken bir yük, yanlış beyan nedeniyle taşıyan tarafından yolculuk boyunca ambarda tutulmuş olabilir. Bu gibi hallerde, taşıyan meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacaktır<sup>49</sup>.

46 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 128-129; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 227; AKINCI, s. 447. Aynı yönde: Yalnızca taşıyanın gemilerini etkileyen ve taşıyanın gemi adamları ile iş sözleşmelerinin koşullarının müzakere edilmesine makul olmayan bir şekilde yaşamaması sonucunda meydana gelen grevlerde, taşıyanın kusurlu olduğunun kabul edileceği belirtilmektedir. Bkz. BERLINGIERI, The Carriage of Goods and Passengers by Sea, s. 37.

47 Yargıtay 11. H.D.’nin 1979/ 5533 E., 1979 / 5488 K. sayılı ve 03.12.1979 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 04.12.2019).

48 SÖZER, Cilt I, s. 516; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 131; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 228; BERLINGIERI, The Carriage of Goods and Passengers by Sea, s. 36.

49 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 131-132; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 228.

Yükün değerinin olduğundan yüksek beyan edilmesi sorumluluk sınırı açısından; düşük beyan edilmesi ise, navlun miktarının hesaplanmasında yükün değerinin de göz önüne alındığı durumlar açısından sorun yaratacaktır. Bu nedenle, yükün değerinin olduğundan yüksek beyan edilmesi de düşük beyan edilmesi de bu bent kapsamında değerlendirilmektedir<sup>50</sup>.

Ancak, taşıyanın bu bent uyarınca sorumsuzluk karinesinden yararlanabilmesi için, yük ilgisinin malın cins veya değerini kasten yanlış beyan etmiş olması gerekmektedir. Eğer yanlış beyan yükün değerine ilişkin ise, konişmentoda yer alan bilgi ile gerçek değer arasında hatırı sayılır bir değer farkı bulunmuyorsa taşıyanın bu bent uyarınca sorumsuzluk karinesinden yararlanmaya çalışmasının iyiniyet kuralına aykırı olacağı belirtilmektedir<sup>51</sup>.

Bu doğrultuda, bent kapsamında taşıyanın söz konusu beyanın yanlış olduğunun yanı sıra, yük ilgilisi tarafından kasten böyle bir yanlış beyan verildiğini de ispatlaması gerekecektir. Diğer yandan, yük ilgilisi de taşıyanın yanlış olarak verilen bu bilgidен haberdar olduğunu veya zarara kasten sebep olduğunu ortaya koymak suretiyle zararının tazmin edilmesini sağlayabilir<sup>52</sup>. Öte yandan, taşıyanın nitelikli kusurunun ya da adamlarının kastının yahut nitelikli kusurunun varlığı halinde yük ilgisinin böyle bir imkânı bulunmamaktadır<sup>53</sup>.

Konişmento kayıtlarının etkisi de bu hükmün uygulanması açısından önem arz etmektedir. Zira yük hakkında temiz konişmento düzenlenmiş olduğu takdirde, artık taşıyan yükte dışarıdan bakıldığı zaman anlaşılabilir durumda olan eksiklik veya hasarlar hakkında sorumsuzluk iddiasında bulunamayacaktır. Öte yandan, gizli kusurlar için sorumsuz olduğunu ileri sürebilir<sup>54</sup>.

50 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 155.

51 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 156.

52 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 158; ÇAĞA / KENDER, Cilt II, s. 174-175. Böyle bir durumda, yük ilgilisi tarafından mutlaka kasten yani bilerek yanlış beyanda bulunulmuş olmasının gerektiği ve ağır kusurun dahi yeterli olmayacağı belirtilmektedir. Bkz. ÇAĞA / KENDER, Cilt II, s. 174.

53 YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu, s. 218.

54 SÖZER, Cilt I, s. 516; GÜDEN, s. 111-112.

Bu bent kapsamındaki bir diğer durum ise, yükleme ve istifleme faaliyetlerinin taşıtan ya da yükleten tarafından gerçekleştirilmesi ve bu kişilerin söz konusu faaliyetleri yürütürken yükte bir zarara yol açmış olmalarıdır<sup>55</sup>.

Örneğin Yargıtay 11. H.D.’nin benzer bir ihtilafta vermiş olduğu kararında<sup>56</sup> “...İlk derece mahkemesince, taşımaya ilişkin konişmentoda “Shipper’s Load Stow Cont” kaydının bulunması ve yine taşıma belgesinde FCL/FCL ibarelerine yer verilip taşımanın konteynerin yükleten tarafından tamamen doldurulduktan sonra taşıyana mühürlü durumda teslim edilmiş olduğunun anlaşıldığı, bu durumda taşıyanın mühürlenmiş olan konteyneri açarak konteyner içindeki istifleme ve kontrol yükümlülüğünün bulunmadığı, her ne kadar ekspertiz raporunda konteynerin belli bir yükseklikte ve zemine hızlıca bırakılması veya benzeri ani ve sert biçimde maruz kalması suretiyle konteyner içinde istif edilmiş emtianın ezilmesi - çizilmesi sonucu meydana gelmiş olabileceği kanısına varıldığı belirtilmiş ise de dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporunda, dosyadaki mevcut belge ve fotoğraflardan konteynerin dış kısmında aldığı bir darbe sonucu konteyner içine doğru oluşan bir çökme görülmeyip aksine dışa doğru ombilasyon oluştuğu ve hasarın paletler içi istifleme ve sabitleme kaynaklı olduğunun tespit edildiği, konteyner içi yükleme ve istifin taşıtan tarafından yapıldığı ve konteyner içi yüklemenin piyasadaki uygulama ile teamüllere uygun olmadığı kanaatine varıldığı, 3 adet konteynerin yüklü ve kapalı, gümrük işlemleri yapılmış bir şekilde taşıma sürecine alındığı, “full container load” olması sebebiyle yükleme, istifleme ve sabitlemenin, konteyner içi aktivitelerin kural olarak taşıtanın tasarruf alanında olduğu, TTK 1182/1-e bendi gereğince konteyner içi yüklemelerden kaynaklı zararlardan taşıyanın sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir... Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmışa göre... davacı vekilinin temyiz isteminin reddi ile...kararın onanmasına” karar verilmiştir.

55 AKINCI, s. 448; ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 131; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 228; COLINVAUX, s. 81.

56 Yarg. 11. H.D.’nin 2018/3460 E., 2019/4978 K. sayılı ve 27.06.2019 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 27.11.2019).

Tabii taşıyanın bu faaliyetlere nezaret etme ve yüke özen gösterme yükümlülüklerinin de ihmal edilmemesinin gerektiği göz ardı edilmemelidir<sup>57</sup>.

### **7. Hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilme veya eşyanın gizli ayıpları ya da eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliği**

Bu bent bağlamında, yükün cinsinden veya niteliğinden kaynaklanan sebeplerden ötürü eksilmesi olarak tanımlanabilecek *fire* kavramı gündeme gelmektedir. Fire söz konusu olduğu takdirde taşıyan bu bent uyarınca kusursuzluk karinesinden yararlanabilecektir<sup>58</sup>.

Yine yükün dış etkenler sonucu değil de, tamamen kendisine has özelliğinden ötürü buharlaşması ya da kurumması sonucunda meydana gelen eksilme ve değişiklik de bu bent kapsamında kabul edilmektedir<sup>59</sup>.

Uygulamada hacim veya tartı itibarıyla kendiliğinden eksilmeler hususunda yüke göre sabit fire oranları tespit edilerek, bir standart getirilmeye çalışılmaktadır<sup>60</sup>.

Örneğin Yargıtay 11. H.D.<sup>61</sup> tarafından dökme üre emtiasının taşınmasına ilişkin bir ihtilafta “...üre maddesi için deniz yolu taşımacılığı sırasında meydana gelmesi beklenen makul fire oranının %2 olduğu kara nakliyesi sırasında fire oranının %1-1.5 olarak kabul edildiği bu durumda hem deniz nakliyesi hem de kara nakliyesi sırasındaki fire oranları birlikte değerlendirildiğinde 94.350 kg(%3,44) üre eksikliğinin fire oranı kapsamında kaldığı, TTK'nın 1182/f. Bendinde taşıyıcı lehine öngörülen karinenin aksinin de ispatlanamadığı, taşıyanın TTK'nın 1182. Maddesi gereğince kusursuz olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir...davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına...” denilmek suretiyle bu husus nazara alınarak hüküm kurulmuştur.

57 AKINCI, s. 448.

58 SÖZER, Cilt I, s. 517; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 137; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 232; GÜDEN, s. 113.

59 SÖZER, Cilt I, s. 517; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 137; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 232; GÜDEN, s. 113.

60 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 138.

61 Yargıtay 11. H.D.'nin, 2016/5515 E., 2017/7193 K. sayılı ve 13.12.2017 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 27.11.2019).

Yükte bir takım gizli ayıplar bulunması ve bu ayıplar nedeniyle yolculuk sırasında zarar meydana gelmesi de bent kapsamında değerlendirilir. Yani bu tür ayıplar nedeniyle meydana gelen zararlar için taşıyanın sorumluluğuna gidilemez. Öte yandan, yükün gemiye alınmadan önce kontrol edilmesi gerekiyor olmasına rağmen, taşıyan bu yükümlülüğünü yerine getirmemişse bu bent uyarınca kusursuzluk karinesi ileri sürülemez<sup>62</sup>.

Örneğin, henüz tespit edilemeyecek bir şekilde bozulmaya başlamış olan gıda maddesinin gemiye yüklenmesi ve yolculuk süresince bu bozulmanın daha kötü hale gelmesi durumunda taşıyan bu nedenle meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Ancak, yolculuğun başlangıcından önce, görülebilir bir şekilde bozulmaya başlamış olan yükün bu duruma dikkat etmeyerek temiz konişmento veren bir taşıyan, gönderilene karşı bu zarar sanki gemide meydana gelmiş gibi sorumlu olacaktır<sup>63</sup>.

Eşyanın kendisine özgü doğal cins ve niteliği nedeniyle yolculuk sırasında zıya veya hasara uğraması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, zararın sebebi yükün kendisine özgü doğal cins ve niteliği olmasına karşın, genellikle dış olayların etkisi ile harekete geçmektedir. Taşıyanın bu gibi olaylara karşı herhangi bir tedbir alması mümkün olmadığından, meydana gelen zararlardan sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Örneğin, demirin paslanması, kömür gibi maddelerin kendiliğinden parlamaları gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilir. Tabii taşıyanın yüke elverişsizlik ya da yüke özende kusurdan dolayı sorumlu tutulabileceği durumlar söz konusu olabilir<sup>64</sup>.

Yargıtay 11. H.D.'nin naylon torbalar içinde taşınan suni gübre yükü hakkında vermiş olduğu bir kararında ise, bahsi geçen yükün doğal yapısı ve niteliği gereği kendiliğinden eksilen bir mal sayılmayacağı sebebiyle taşıyanın eksik çıkan gübre tutarından sorumlu tutulduğu görülmektedir<sup>65</sup>.

62 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 138-139; SÖZER, Cilt I, s. 517.

63 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 139.

64 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 140.

65 Yarg. 11. H.D.'nin 1985/1289 E., 1985/1567 K. sayılı ve 21.03.1985 tarihli kararı (www.kazanci.com, E.T.: 28.02.2018).

Yine dairenin çeşitli kararlarında, kağıt torbalara konulmuş bulunan öğütülmüş çimento yükünün hacim veya tartı itibariyle kendiliğinden eksilen yahut malın kendisine has cins ve mahiyetinden ziyana uğrayan emtiadan bulunmadığı belirtilmiştir<sup>66</sup>.

Dairenin bir diğer kararında firenin, ambalajsız taşınan her çeşit maldaki kuruma, dökülme, bozulma gibi nedenlerle doğan ağırlık ya da hacim kaybı olmasından bahisle, yargılama konusu olayda davalının donatanı olduğu gemide taşınan dökme çelik yükünün özelliğinden kaynaklanması mümkün olmayan eksikliğin fire olarak kabulünün mümkün bulunmadığı belirtilmiştir<sup>67</sup>.

Meydana gelen zararın bent kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında yükün kendine özgü yapısının örneklerde görüldüğü şekilde göz önünde tutulması gerekecektir.

Yükte meydana gelen zarara hem yükün kendisine özgü doğal cins ve niteliği, hem de taşıyanın sorumlu olduğu, ticari kusur gibi, bir durum birlikte sebep olmuş ise, taşıyan kendi kusuru oranında sorumlu olur<sup>68</sup>.

## 8. Ambalajın yetersizliği

Cins ve niteliğine uygun olarak ambalajlanması gereken bir yükün yetersiz bir ambalaj içerisinde ya da tamamen açıkta teslim edilmiş olması sonucunda meydana gelen zararlar bu bent kapsamında değerlendirilecektir<sup>69</sup>. Zira böyle bir durum yükü ilgili şahsın kusur veya ihmali olarak değerlendirilmektedir<sup>70</sup>. Tabii ki öncelikle yükün kötü ambalajlandığı hususunun taşıyan tarafından ispatı gerekmektedir<sup>71</sup>.

66 Yarg. 11. H.D.'nin 1984/2559 E., 1984/2851 K. sayılı ve 15.05.1984 tarihli kararı (www.kazanci.com, E.T.: 28.02.2018); Yarg. 11. H.D.'nin 1983/ 2645 E., 1983 / 2811 K. sayılı ve 30.05.1983 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 04.12.2019).

67 Yarg. 11. H.D.'nin 2004/ 9907 E., 2005 / 8363 K. sayılı ve 20.09.2005 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 04.12.2019).

68 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 140; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 231.

69 SÖZER, Cilt I, s. 517; ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 132; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 228; AKINCI, s. 448; GÜDEN, s. 114.

70 ÜLGNER, Sorumsuzluk, s. 132; OKAY, Navlun Mukaveleleri, s. 228.

71 Yarg. 11. H.D.'nin 1983/ 2645 E., 1983 / 2811 K. sayılı ve 30.05.1983 tarihli kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, E.T.: 04.12.2019).

Yargıtay 11. H.D.'nin yükün nakliye sırasında içinde taşıdığı torbaların yapıştırma yerlerinden açılması sonucunda içindeki yükün hasarlanması şeklinde meydana gelen zarara ilişkin olarak açılmış olan bir davada vermiş olduğu kararında<sup>72</sup> da “...torbaların başka yerden değil de yapıştırma kenarlarından patlamasından meydana gelmişse bu olgu yük ambalajının kifayetsizliğini gösterdiğini, bu durumda taşıyıcının sorumluluğunun söz konusu olamayacağı sonucuna varılmıştır” ifadeleriyle bu yönde hüküm kurduğu görülmektedir.

Yükün ambalaj içerisinde olması gerekirken açıkta yüklenmesi veya ambalajın koruyuculuk bakımından yetersiz durumda olması gibi sebeplerle bir zararın meydana geleceği belirgin ise, taşıyanın da gereken uyarılarda bulunması veya konşimentoya bu hususu yazması beklenmektedir<sup>73</sup>. Aksi halde, taşıyan gözle görülebilecek eksiklik veya yetersizliklerden dolayı meydana gelen zararlar bakımından sorumlu tutulamayacağını ileri süremez<sup>74</sup>. Bu husus yüke nezaret etme yükümlülüğünün de bir gereğidir.

Ancak, söz konusu eksiklik veya yetersizliğin gözle görülmesi mümkün değilse, taşıyanın sorumlu tutulması mümkün değildir. Örnek vermek gerekirse, ambalaj olarak kullanılan sandığın dayanıksız tahtalardan imal edilmiş olması, taşıyan tarafından tespit edilmesi mümkün olmayan bir yetersizliktir. Fakat, aynı sandığın kırık ya da çatlak gibi dışarıdan anlaşılabilir bir yetersizliğe sahip olması durumunda, bunun taşıyan tarafından tespit edilebilmesi pekâlâ mümkündür<sup>75</sup>.

72 Yarg. 11. H.D.'nin 1991/1425 E., 1992/8213 K. ve 06.07.1992 tarihli kararı (www.kazanci.com, E.T.: 28.02.2018).

73 SÖZER, Cilt I, s. 517.

74 SÖZER, Cilt I, s. 517. Aksi görüş: BERLINGIERI, taşıyanın, taşıtanın ya da yükletenin dikkatini ambalajın yetersiz olduğuna çekmemesi durumunda, ambalaj yetersizliğine dayanarak sorumluluktan kurtulma imkanının ortadan kalkacağı yönündeki bu görüşe katılmamaktadır. Yazar öncelikle yükün taşıma için uygun şekilde hazırlanmasının, taşıtanın yükümlülüğünde olduğuna dikkat çekmektedir. Ayrıca taşıyanın normal olarak, ambalajın yeterli olup olmadığı bakımından bir muayene yapma durumunda olmayacağını ve hatta çoğu durumda, yeterli bir ambalajlamanın yapılmış olup olmadığını takdir edebilmek için gerekli olan bilgi birikimine de sahip olmayacağını belirtmektedir. Bkz. BERLINGIERI, *The Carriage of Goods and Passengers by Sea*, s. 40. Diğer yandan; Lahey Kuralları çerçevesinde de ambalajdaki yetersizliğin makul bir kontrole anlaşılabilirliği durumlarda ambalaj yetersizliğine dayanarak sorumluluğun bulunmadığının ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. PAYNE / HOLDEN, s. 72. Yine Lahey Kuralları bakımından, temiz konşimento düzenlenmiş olduğu takdirde taşıyanın haricen görülebilir nitelikteki ambalaj yetersizliğine dayanamayacağı yönünde bkz. COLINVAUX, s. 84.

75 ÜLGENER, *Sorumsuzluk*, s. 132.



## 9. İşaretlerin yetersizliği

Gemiye yüklenen yüklerin birbirinden ayırt edilmelerinin sağlanması için üzerlerinde işaretler bulunması gerekmektedir<sup>76</sup>. Üstelik bu işaretlerin yolculuk sırasında maruz kalınacak olan etkenlere karşı dayanıklı da olması gerekir<sup>77</sup>. Zira varma limanında teslimatın sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için, bu işaretlerin yolculuk sonunda gemi varma limanına ulaştığında da mevcut olmaları gerekmektedir<sup>78</sup>. Bu tür işaretlerin yetersiz olmasından dolayı meydana gelen zararlar bent kapsamındadır<sup>79</sup>.

Taşıtan veya yükleten malı gemiye söz konusu işaretler olmaksızın teslim etmişlerse, kaptan bunu taşıtan ve yükleten adına yerine getirebilir. Diğer yandan, yük üzerinde işaretler konulmuş olarak teslim edilmiş fakat, bu işaretler yolculuk sırasında dış etkiler nedeniyle silinmiş olursa, taşıyan meydana gelen (karışma, kaybolma vb. gibi) zararlardan sorumlu tutulamaz<sup>80</sup>.

## KAYNAKÇA

AKINCI, Sami, Deniz Hukuku: Navlun Mukaveleleri, 1. baskı, İstanbul 1968.

ATEŞ, Ebru, Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen “Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu’nun” Türk Hukukuna Etkisi (1924 Lahey Kuralları), 1. baskı, İstanbul 2008.

BERLINGIERI, Francesco, International Maritime Conventions: The Carriage of Goods and Passengers by Sea, Vol. I, Abingdon 2014 (Kısaltma: BERLINGIERI, The Carriage of Goods and Passengers by Sea).

76 Yüklerin işaretlenmesi sırasında göz önüne alınması gereken hususlar ile bu işaretlerin türlerine ilişkin açıklamalar için bkz. SEVEN, Vural, Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu, 1. baskı, Ankara 2003, s. 65 vd.

77 SÖZER, Cilt I, s. 517-518; ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 133; GÜDEN, s. 115.

78 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 133; SÖZER, Sorumluluk Rejimi, s. 763.

79 İşaretlerin yetersiz olması nedeniyle yükün yanlış gönderilene teslim edilmiş olması durumunda da taşıyanın bu gerekçeye başvurabileceği belirtilmemiştir. Bkz. BERLINGIERI, The Carriage of Goods and Passengers by Sea, s. 40. Diğer yandan, işaretlerin yanlış ya da hatalı olmasının bu bent kapsamına dahil olmadığı yönünde Bkz. COLINVAUX, s. 85.

80 ÜLGENER, Sorumsuzluk, s. 133-134.

- COLINVAUX, RAOUL P., The Carriage of Goods by Sea Act, 1924, London 1954 (Kısaltma: COLINVAUX, The Carriage of Goods by Sea).
- ÇAĞA, Tahir / KENDER, Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Sözleşmesi, C. II, 10. baskı, İstanbul 2010 (Kısaltma: ÇAĞA / KENDER, Cilt II).
- GÜDEN, Faysal, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, 1. baskı, İstanbul 2017.
- KENDER, Rayegân / ÇETİNGİL, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler, 12. baskı, İstanbul 2010 (Kısaltma: KENDER / ÇETİNGİL, Deniz Ticareti Hukuku).
- OKAY, Sami, Deniz Ticareti Hukuku: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri, C. II, 2. baskı, İstanbul 1971 (Kısaltma: OKAY, Navlun Mukaveleleri).
- PAYNE, William / HOLDEN, James Milnes, Payne's Carriage of Goods by Sea, 6th ed., London 1954.
- SEVEN, Vural, Taşıyanın Yüke Özen Borcunun İhlalinden (Yük Zıya ve Hasarından) Doğan Sorumluluğu, 1. baskı, Ankara 2003 (Kısaltma: SEVEN, Yüke Özen).
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku – Giriş – Gemi – Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, C. 1, 4. baskı, İstanbul 2017 (Kısaltma: SÖZER, Cilt I).
- SÖZER, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku: Gemi-Donatan-Taşıyan ve Deniz Ticareti Hukuku'nda Sorumluluk Rejimi, 2. baskı, İstanbul 2012 (Kısaltma: SÖZER, Sorumluluk Rejimi).
- ÜLGENER, Fehmi, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, 1. baskı, İstanbul 1991 (Kısaltma: ÜLGENER, Sorumsuzluk).
- ÜLGENER, M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri II: Zaman Çarteri Sözleşmeleri, 1. baskı, İstanbul 2016 (Kısaltma: ÜLGENER, Çarter Sözleşmeleri II).
- YETİŞ ŞAMLI, Kübra, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu, 2. baskı, İstanbul 2013 (Kısaltma: YETİŞ ŞAMLI, Taşıyanın Sorumluluğu).

### ***DİĞER YAYINLAR***

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

# HUKUK YARGILAMASINDA YETKİ, DAVA DİLEKÇESİ, YARGILAMA SAFHALARI

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi hocalarımdan*

*Prof. Saim Üstündağ'ı rahmetle yad ediyorum.*

***Av. Necdet YILDIRIM \****

Hukuk Yargılaması dava konusu edilen çekişmeli ve çekişmesiz yargılamanın ana unsuru gibidir. Esasa ilişkin önem, usul için de geçerlidir. Usule ilişkin uygulama ne kadar yerinde ve zamanında yapılırsa Adaletin gerçekleşmesi tarafların Mahkeme sonucundan hoşnutlukları seviyesini o kadar yükseltecektir. Hakikatin aranmasında usule uygun yargılamanın yapılması, keza tarafların Mahkeme kararlarına karşı olan güven duygusunu da etkilemektedir.

Hukuk Yargılama Yasasının benim sıklıkla yargılamalarına vekil olarak katıldığım Aile Mahkemelerinin yargılama safhalarında da, sonuca etkili olmaktadır. Özellikle bu aklandaki deneyimlerimi bu makalede aktarabilmem halinde, Avukat meslektaşlarımın yararlanacağını düşünmekteyim.

Rahmet andığımı Üstündağ hocamız konuları anlatınca özellikle, kanun düzenlemesini öne alır, Yargı kararlarını Türkiye, İsviçre, Almanya, bazen diğer batılı ülkelerle karşılaştırdıktan sonra, Türk doktrininde çeşitli hocalarımızın konu ile ilgili görüşlerini de anlatmayı asla ihmal etmezdi. Sınav sorularında da bu ayrıntılara girilmesini ve kendine özgü görüşünün de yazılmasında ısrarcı olurdu. Rahmetli Üstündağ hocanın bu tavizsiz duruşu sayesinde mukayeseli olarak düşünme, karşılaştırma aşamalarının uygulanmasında ben de her aşamada dikkat etmeye özen gösterdim.

Makalemizin sınırlı olacağını gözeterek, bendeniz de yapabildiğim ölçüde Yerleşmiş Yargı kararlarına, değişiklikten sonra eserlerine ve

\* Mersin Barosu, Çağ Üniversitesi Sosyalbilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yükseklikans Öğrencisi.

makalelerine ulaşabildiğim bilim insanlarının yasa maddeleri ile ilgili yorumlarını ve görüşlerini aktarmaya çalışacağım.

İlk maddelerden başlayarak özellikle yargılamanın ilk aşamalarında, yer alan yasa maddelerinin tek tek incelenmesi ve yargılamada bu maddelerden kaynaklanan sorunların nasıl aşılabileceğini anlatacağım.

Aile Mahkemelerindeki yargılamanın ön aşamalarında ve istinaf ve Temyiz aşamalarında davayı etkileyen bazı gelişmelerinde anlatılması ve incelenmesi gerektiğini düşünüyorum. Hatay Barosu Başkanlığı tarafından basımı 2017 yılında gerçekleşen “Boşanma Davaları” kitabımdan da bazı alıntılarla, gerek dava dilekçelerinde yer alması gereken temel unsurların ve kanıtların sunulma aşamalarında, dilekçe teatisinin gerçekleştiği aşamalarda cevap verme ile cevapsız bırakılmanın sonuçlarını da yargı kararları eşliğinde yer vereceğim.

Öncelikle görev bakımından 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasında belirlenen düzenlemelerin ne olduğuna bakmak gerekmektedir. Öncelikle Devletin koruması gereken kişilerin ve kurumların bütününe bağlayan ve değişmez bazı Kamu Düzenini sağlayan düzenleme mevcuttur. Bu konu HMK Madde 1.den başlayan maddelerde düzenlenmiştir. Burada sağlanmak istenen bütün yurttaşların ve sınırlarımız içinde ve sınırlarımız dışında yaşayan kişilerin bazı özellikli durumları hariç, herkes ve her kuruma kişisel teşebbüslere uygulanan temel kurallarla belirlenerek, her yerde ve mahkemelerde herkese eşit ve özdeş Hukuki Kuralların uygulanmasını hedeflemektedir.

Bazı özel Hukuk alanlarında Hukuk Muhakemeleri Kanunu bazı özel kurallar getirmekte, sözleşme serbestisi kapsamında yetki, kamu düzeni dışındaki özel alanlarda kanıt ve yargılama yöntemlerini kendi aralarında düzenleyebilecekleri yöntemleri de düzenleme işidir. Ancak ben sadece temel bazı yargılama sorunlarını ve Aile Mahkemelerindeki uygulamalarının sınırlarını çizmekle yetineceğim.

Mahkemelerin görevleri Kamu Düzenindedir ve bu yetki özel kurallarla veya sözleşmelerle düzenlenemez. Bu husus aşağıdaki gibi emredici hukuk kuralı olarak yasaya birinci madde olarak konulmuştur. İşte bu madde;

## GÖREVİN BELİRLENMESİ VE NİTELİĞİ

**MADDE 1-** (1) Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir.

Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevlerinde önceki yasal düzenlemenin aksine daraltıcı bir hükümlerle sınır konulmuş bazı özel durumlarla sınırlandırılmıştır. Mal varlığı içinde yer alan Gayrimenkul davalarında Asliye Hukuk görevli olmaya devam edecektir. Aile Mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde Asliye Hukuk Mahkemeleri Aile Mahkemesi sıfatı ile aile Hukukundan kaynaklanan ve kanunda sınırlandırılması bulunan bütün davalara da bakmakla görevlidir.

## ASLİYE HUKUK MAHKEMELERİNİN GÖREVİ

**MADDE 2-** (1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.

(2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunda yeni düzenleme ile Sulh Hukuk Mahkemelerinin baktığı davalarda çerçeve belirlenmiş, daha önce Asliye Hukuk Mahkemelerinin görev alanında bulunan davalar ile arabuluculuk anlaşma sözleşmelerinin onaylanması ile yasada sayılan diğer dava türlerinde görevli kılınmıştır. Daha önceki düzenlemede Veraset ilamının verilmesi görevi sadece Sulh Hukuk Mahkemelerine verilmişken, yeni düzenleme ile belli şartlarda Noterlerin veraset belgesi verme yetkisi de tanınmıştır. Bu da HMK da yapılan önemli yeni bir düzenleme olarak yer almaktadır. yasa Sulh Hukuk Mahkemesinin görev alanını 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 4.Madde ile şöyle düzenlemiştir;

## SULH HUKUK MAHKEMELERİNİN GÖREVİ

**MADDE 4-** (1) Sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın;

Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere

tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları,

b) Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davaları,

c) Taşınır ve taşınmaz mallarda, sadece zilyetliğin korunmasına yönelik olan davaları,

ç) Bu Kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hâkimini görevlendirdiği davaları, görürler.

Aile Mahkemelerinin görev alanları özel bir yasa ile yine 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu uygulanmak şartı ile 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre 4787 sayılı Yasaya göre belirlenmiştir.

### AİLE MAHKEMELERİNİN GÖREVLERİ

**Madde 4.** - Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,

2. 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

3. Kanunlarla verilen diğer görevler.

Bu yasa ile bu mahkemelerde görev yapacak Hâkimler, Uzmanlar ve personellerin özel bir biçimde ve dereceye göre belirlenmesi esas alınmıştır.

Aile mahkemeleri hâkimlerinin nitelikleri ve atanmaları

**Madde 3.** - Aile mahkemelerine, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adlî yargıda görevli, evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihan aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır.

## ÂİLE MAHKEMELERİ BÜNYESİNDE BULUNAN UZMANLAR

**Madde 5.** - Her aile mahkemesine,

1. Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek,

2. Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek,

3. Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak,

Üzere Adalet Bakanlığınca, tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı atanır.

Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukukî veya fiilî herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılır.

Bu uzmanlar, 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenen hâkimin reddi sebeplerine göre reddolunabilir.

Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler

**Madde 6.** - Aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda:

1. Yetişkinler hakkında;

a) Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyarak, gerektiğinde uzlaştırmaya,

b) Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya,

c) Resmî veya özel sağlık veya sosyal hizmet kurumlarına, huzur evlerine veya benzeri yerlere yerleştirmeye,

d) Bir meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna vermeye,

2. Küçükler hakkında;

a) Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya,

b) Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmeye,

c) Çocuk mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri almaya,

d) Genel ve katma bütçeli daireler, mahallî idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmeye,

Karar verebilir.

Aile mahkemesince verilen bu kararların takip ve yerine getirilmesinde 5 inci Maddeye göre atanan uzmanlardan biri veya birkaçı görevlendirilebilir. Bu kararlara uyulmaması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 113/A Maddesi uygulanır.

Usul hükümleri

**Madde 7.** - Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

Bu Kanunun uygulamasında, vesayet makamı olarak aile mahkemesince verilen kararlara karşı, Türk Medenî Kanununun 397 nci Maddesinde belirtilen denetim makamı görevi, varsa bir sonraki numaralı aile mahkemesince, yoksa o yerdeki asliye hukuk mahkemesince, asliye mahkemesi derecesinde başka mahkeme yoksa en yakın yerdeki aile mahkemesi veya 2 nci Maddenin ikinci fıkrasına göre görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesince yerine getirilir.



Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

### KADROLAR

**Madde 8.** - Adalet Bakanlığı taşra teşkilâtında kullanılmak üzere ekli (1) ve (2) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13.12.1983 tarihli ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) ve (II) sayılı cetvelin ilgili bölümlerine eklenmiştir.

Hâkimler için belli derece ve kademe ile Aile Mahkemelerinde görev yapmalarını sağlayacak temel eğitimleri ve uzmanlıkları almış oldukları var sayılan hâkimler atanmaktadır. Bu Hakimlere “Aile Mahkemesi Hakimi” sıfatı verilmiştir.

Uzmanlar üç bölümde belirlenmiştir.

- 1- Pedagog
- 2- Psikolog
- 3- Sosyal Hizmet Uzmanı

Bu Uzmanlara Aile Mahkemesi Uzmanları sıfatı verilmiştir.

Bu kadrolarda görev yapan uzamanlar görev verilen Mahkemenin kendilerine tayin ettiği mekânlarda ve verilen görevleri yapmak üzere istihdam edilirler. Maaşları Devlet memurları Uzman kadroları çerçevesinde Devlet tarafından maaş ödenir. Sosyal güvenceleri Devlet Memurları Yasasına bağlı olarak gerçekleşmektedir.

Yazı işleri Müdürleri, Kâtip ve Mübaşir Kadroları da genel hükümlere uygun olarak Adalet Bakanlığı tarafından sağlanır.

Değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler

**Madde 9.** - 1) 14.1.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesinin birinci fıkrasındaki “Sulh Hâkimi” ibaresi “Aile Mahkemesi Hâkimi” olarak değiştirilmiştir.

Yetki meselesi Hukuk Yargılama Yasasında çok tartışma gerektiren zaman zaman Yüksek Yargıya kadar intikal eden ihtilaflara sebep olmaktadır.

Davalara bakan Hakimlerin kişisel düşüncelerini takdir olarak kullanmaları, genel yetki kuralları ile Yüksek Yargı Kararları ve İçtihadı Birleştirme kararları ile tartışma konusu olan ve yetki konusunda yoğun ihtilafın olduğu bazı davalarda, Yargı Kararlarının yetersiz takibi, değişikliklerin zamanında takip edilmemesi ve kendine özgü hatalı takdirler, davaların gereksiz yere uzamasına sebep olmakta, tarafların mağdur olmasına yol açmaktadır.

Özellikle çekişmenin olmadığı ve ilk itiraz olarak herhangi bir karşı düşünce ve beyan olmadan kendiliğinden görev sayılarak verilen kararların da tartışılması ve acilen çözülmesi gereken belki de bu konuda daha açıklayıcı ve anlaşılır yasal düzenlemenin değişiklik olarak getirilmesinde yarar vardır. Böylesi bir düzenleme hem yargı safhalarını hızlandıracak, hem de Adil Yargılanma esaslarına bağlılığı sağlayacaktır.

## **YETKİ**

### **GENEL KURAL**

**MADDE 5-** (1) Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir.

#### **Genel yetkili mahkeme**

**MADDE 6-** (1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.

(2) Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirlenir.

#### **Davalının birden fazla olması hâlinde yetki**

**MADDE 7-** (1) Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır.

(2) Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir.

**Bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak davalarda yetki**

**MADDE 8-** (1) Memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak alacak veya taşınır mal davaları için, orada bulunmaları uzunca bir süre devam edebilecekse, buldukları yer mahkemesi de yetkilidir.

**Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması hâlinde yetki**

**MADDE 9-** (1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.

**Sözleşmeden doğan davalarda yetki**

**MADDE 10-** (1) Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.

**Mirastan doğan davalarda yetki**

**MADDE 11-** (1) Aşağıdaki davalarda, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir:

Terekenin paylaşılmasına, yapılan paylaşma sözleşmesinin geçersizliğine, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisine, miras sebebiyle istihkaka ilişkin davalar ile mirasçılar arasında terekenin yönetiminden kaynaklanan davalar.

**YARGILAMA AŞAMALARI****1- İLK DERECE MAHKEMESİNDE****- DİLEKÇELERİN KARŞILIKLI VERİLMESİ.**

Dava dilekçesinde Yasanın öngördüğü şekillere uygun olarak düzenlenmesi yasa emri ile belirlenmişti. Tarafların adları soyadları, Türkiye Cumhuriyeti Kimlik numaraları, Mernis kaydının bulunduğu adresleri, davanın adı ve niteliği varsa değeri, Taleplerin açık ve net olarak yazılması, davanın açıklaması sıra numaraları altında hangi sebeplere dayanıyorsa yer alması ve hangi kanıtlarla ispat edileceğinin her sebepten sonra gösterilmesi, dava açanın dava açmakta Hukuki yararının bulunup bulunmadığının açıklanarak yer verilmesi gerekmektedir.

Dava dilekçesi verildikten sonra ilk inceleme neticesinde dava dilekçesinde eksiklik bulunmuyorsa davalıya veya davalılara tebliğ edilerek yasa uyarınca dilekçe tebliğinin yaratacağı yasal süreler ve neticeleri tebligata yazılarak iki haftalık kesin süre içinde cevap hakkının kullanılması hakkının bulunduğu hatırlatılır. Cevap vermemesi halinde iddiaları inkâr etmiş sayılacağı ihtar edilir. İhtarın sonuçları tebligatta yer alır.

Cevap dilekçesinin verilmesi halinde yine gerekli yasal süreler ve uyarılar ihtar notu ile davacıya iletilerek cevaba cevap hakkını kullanabileceği yazılır.

Taraflar veya vekilleri; İDM, BAM ya da Yargıtay'a UYGUNSUZ (HUMK'da ki deyişle: MÜNASEBETSİZ) dilekçe veririse;

Bu dilekçe dosyada kalır. Ancak dikkate alınmaz.

Uygunsuз dilekçenin yeniden düzenlenmesi için hâkim tarafından uygun bir süre verilir.

Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez.

Usulüne uygun şekilde süresinde dayanılıp gösterilmeyen hiçbir VAKIA ve TANIK anlatımını hükme esas alamaz. Yargıç yasal olarak gerekçeli karara esas alamayacağı ve alsa dahi gerek BDM tarafından gerekse Yargıtay tarafından geçerli sayılmayarak bu kanıtlara dayanılarak verilmiş kararları BOZACAĞINDAN !! Bu tür delilleri toplayarak ADİL YARGILANMA SÜRESİNİ uzatmamak gerekmektedir.

(HMK m. 25, 26, 33, 119/1-e,f, 129, 140/3 son cümle, 194/2)

\*Her taraf veya vekilleri;

1- Dayandığı delilleri 2- Hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmek ZORUNDADIR. (HMK m. 194/2)

HAKİM; taraf vekillerine hangi delili hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini sormak ZORUNDADIR. (HMK m. 31)

Uygulayıcılar; HMK'nın bütün maddelerini benimsemek ve uygulamak zorundadır (HMK m. 33)

\*Boşanma davalarında maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası ne zaman istenebilir?

- Dilekçelerin KARŞILIKLI VERİLMESİ sırasında “süresinde” ve-receğiniz dilekçe ile istenebilir.

- Davacı eş iseniz cevaba cevap dilekçesinde isteyebilmeniz için ce-vap dilekçesi verilmiş olmalı ve üstelik bu dilekçe sürede verilmiş olmalı ki cevaba cevap dilekçesinde istenebilir.

- Dilekçelerin karşılıklı verilmesi işlemi bittikten sonra ön inceleme duruşmasına DAVALI gelmezse isteyebilirsiniz.

- Dilekçelerin karşılıklı verilmesi işlemi bittikten sonra ayrı bir dava da açarak isteyebilirsiniz. (Bu davanız ana dava ile zorunlu olarak birleş-tirilecektir)

- Boşanma hükmü kesinleşmiş olsa bile hükmün kesinleşmesinden itibaren BİR YIL içinde de (TMK m. 178) uyarınca istenebilir.

Nafaka istenirken tedbir, karar kesinleşince yoksulluk ya da çocuk için ise katkı nafakası isteği yazılmalıdır. Aksi takdirde karar kesinleşince nafaka kendiliğinden sona erer.

1- HMK m. 139 Ön inceleme duruşmasına DAVET

2- HMK m. 147 Tahkikat duruşmasına DAVET

3- HMK m. 186 Sözlü Yargılama duruşmasına DAVET

Taraflara ayrı ayrı üç davet “yapılmaması” HMK m. 27 hükmüne göre hukuki dinlenilme hakkının ihlali olduğundan hükmü “AÇIKÇA” sadece bu sebeple İSTİNAF ederseniz BAM bu sebeple dava dosyasının İDM’ye geri GÖNDERİLMESİNE kesin olarak karar vermek zorunda-dır.

### - ÖN İNCELEME HMK. MD.145

Ön inceleme davetiyesi ile taraflar duruşma günü ve saatinden ha-berdar edilerek, ön incelemede izlenecek safahat uyarı olarak duruşma davetiyesine ihtar olarak yazılır. Ön duruşmaya gelmemenin neticeleri ihtar edilir.

Duruşmada Hâkim tarafların uzlaşmaları için teklifte bulunur. Uz-laşma olmazsa duruşmaya devam ederek, tarafların dayanaklarını ve ta-leplerini beyan etmelerini ister ve duruşma zaptına geçirir. Ön duruşmada

tarafra iki haftalık süreler vererek dilekçelerinde belirledikleri kanıtlarını, tanık listelerini, başka yerden getirtilecekse getirtilmesi gereken belgelerin nereden getirtileceğinin ve tanık ücretleri ile davetiye giderlerinin yatırılması için iki haftalık kesin süre verir. Bu aşamadan sonra tahkikat aşamasına geçileceğini, tavaflara tahkikat duruşmasında hazır değilse davetiye çıkartılarak gerekli yasal uyarılar yapılır. Duruşma zaptı bildirek zabıt birlikte imza altına alınır.

### **\*Yargıtay “HUKUK GENEL KURULU” kararı**

“Dilekçelerin teatisi aşamasında herhangi bir delil bildirmeyen davacı veya davalıya ön inceleme duruşmasında delillerini bildirmesi için yeni bir süre verilmesine imkân bulunmamaktadır.”(HGK, 20.4.2016, E. 2014/13-856, K. 2016/523)

Boşanma davasında usulüne uygun şekilde tanık “gösteren” taraf, daha sonra karşı tarafın AÇIK İZİNİ olmadıkça gösterdiği “tanıklarını” dinletmekten VAZGEÇEMEZ

Tanık deliline “DAYANMAYANA” tanık listesi vermesi için mehil verilmez !..

Bu statüdeki avukat izleyen duruşmada tanıklarını hazır etse de hakim DİNLEYEMEZ.

Hâkim dinlese de hükme esas alınamaz

“Yargılamanın etkin ve makul bir süre içinde bitirilmesi için delil gösterilmesi dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredilmiştir. Buna göre, dilekçelerin teatisi aşamasında herhangi bir delil bildirmeyen davacı veya davalıya ön inceleme duruşmasında delillerini bildirmesi için yeni bir süre verilmesine imkân bulunmamaktadır.”(HGK, 20.4.2016, E. 2014/13-856, K. 2016/523)

### **\*Hukuk Genel Kurulu Kararı”**

\*Hukuka AYKIRI YOLLA elde edilen CD KAYITLARINDA GEÇEN BEYANLARIN boşanma davasında kusur belirlemede dikkate alınması hukuken olanaklı değildir.(E. 2015/25084, K. 2017/4769, )

Davacı davasını açmış ve davalı karşı dava açmamış ise, Davalı eşin maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Davalının Maddi ve Manevi tazminat isteyebilmesi için onun da boşanma ya da karşı dava açması aran-

mayacak talebin varlığı yeterli kabul edilecektir. Harç bile gerekmeden maddi ve manevi tazminat isteyebilir,

### - TAHKİKAT.

**MADDE 147- (1)** Taraflar, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra TAHKİKAT İÇİN duruşmaya davet edilir.

Tahkikat aşamasında tarafların gösterdiği tanıklar hâkimin uygun göreceği zaman dilimi içinde ve sırası ile dinlenir. 1- Sadece tarafların usulüne uygun şekilde “dayandıkları VAKIALAR” hakkında dinlenilir.

Örnek:

Davacı eş sadece fiziksel şiddet vakıasına dayanmışsa aile hakimi tanıkların sadece bu konudaki bilgisini sormalıdır.

2- Taraf vekilleri “dayanmadıkları vakıalar” hakkında da tanığın beyanının alınmasında ısrar ederse ara kararı ile HMK m. 119/1-e ve f, 194 m. hükmüne göre talebin reddine karar vermelidir.

Taraflara tanık beyanlarına ilişkin diyecekleri sorulur. Yapılması gereken ve yapılmamış olan inceleme ve bilirkişi süreçleri başlatılır, giderleri yine iki haftalık kesin süre içinde yatırılması kararlaştırılıp ihtar edilir. Yapılacak tahkikat kalmamışsa taraflara sözlü yargılamaya geçileceği esas hakkındaki diyeceklerini sunmaları veya tayin edilecek sözlü yargılamadan önce iki hafta içinde bildirmeleri için kesin süre verilebilir. Bu duruşmada beyanda bulunacaklar ise önce sözlü yargılamaya geçileceği ara kararı verilir. Bu celsede karar verilmeyecekse sözlü yargılama günü tayin edilerek gelmeyen tarafa duurşma günü uyarısı ile birlikte gönderilir ve gün tayin edilir.

Kural olarak Hakim; teati aşamalarında dayanılmış olması, ön incelemede verilen süre içinde gösterilmiş olması ve gösterilen vakalarla ilgili olmak üzere tanık anlatımlarını alır. Bu anlatımlardan tanıkların bizzat gördükleri ve içinde yer aldıkları, boşanma sebebi olabilecek veya kusur belirlenmesine esas alınabilecek görgüye dayalı bilgilerini gerekçeli kararına esas almaktadır.

**MADDE 186- (1)** Mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, SÖZLÜ YARGILAMA VE HÜKÜM İÇİN tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder.

\*Boşanma davasında duruşmaya katılan **TARAF VEKİLLERİ** duruşma disiplinine uygun olarak;

1- Tanıklara 2- Bilirkişilere 3- Duruşmaya çağrılan diğer kişilere,”- **DOĞRUDAN**” soru yöneltebilir.

Dava konusu olmayan/ uyuşmazlığın çözümüne etkisi olmayan/ dayanılmayan vakıya yönelik soruya itiraz edilebilir. Sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine Hâkim karar verir.

Duruşmayı yöneten Hâkim adı geçen kişileri önce kendisi dinledikten sonra AVUKATLARA doğrudan soru sorma hakkını hatırlatmalıdır.

\*Hukuka AYKIRI YOLLA elde edilen CD KAYITLARINDA GEÇEN BEYANLARIN boşanma davasında kusur belirlemede dikkate alınması hukuken olanaklı değildir.(E. 2015/25084, K. 2017/4769, 26.04.2017

Boşanma davalarında hâkim gerek re’sen gerek istem üzerine taraflara YEMİN önermez.

\*Davacı, dava dilekçesini ISLAH ederek vakıya “DEĞİŞİMİ” ya da “EKLEMESİ” yapabilir mi?

Davacı,

- 1- Islah yoluyla, dayandığı vakıaları değiştirebilir.
- 2- Islah yoluyla davaya yeni vakıaları dâhil edebilir/ekleyebilir
- 3- Evvelce göstermiş olsa bile, davaya kattığı (Değişim ya da Ekleme yoluyla) bu yeni vakıalara

ilişkin delil de gösterebilir.

4- Mahkeme bu halde, ikinci tanık listesi verilemeyeceğine ilişkin yasağa (HMK. m. 240/2) dayanarak, gösterilen bu tanıkların dinlenmesinden kaçınamaz.

(**TMK m. 184/2**) Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tüm hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir.

Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkında açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğinin taraflara tefhim eder.



**- SÖZLÜ YARGILAMA. HMK.186**

Sözlü yargılamada hâkim taraflara esas hakkında diyeceklerini yazılı almışsa son sözü verir. Son söz taraflarca yazılı biçimde esas hakkında beyan olarak sunulmuş ise bile, usulen yeniden sorarak taleplerinin ne olduğunu açıklamalarını ister. Yazılı olarak verilmemişse esas hakkındaki beyanlarını alarak son sözlerini sorar ve duruşmanın bittiğini bildirir. Bu aşamadan sonra tarafların duruşmada herhangi bir biçimde konuşmaları, talepte bulunmaları, itiraz etmeleri olanaklı değildir. Tarafların yasaya aykırı buldukları hususlarda gerekçeli istinaf veya temyiz dilekçelerine yazarak talepte bulunabilirler. Yargıç hükümden sonra dosya hakkında herhangi bir tasarrufta bulunma yetkisi kalmamaktadır. Sadece idari yönden dosyanın istinaf ya da Yargıtay incelemesi için gerekli idari işlemlerle, karar ve sair istinaf ve temyiz dilekçelerinin taraflara tebliği dışında yetkisi kalmamaktadır. Bir ay içinde gerekçeli kararını yazarak taraflara tebliğ ettirir.

**- HÜKÜM.HMK.Md.321**

Tahkikatın tamamlanmasından sonra, Mahkeme tarafların son beyanlarını alır ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder.

Kararın tefhimi, Mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak; zorunlu hallerde, Hâkim bu durumun sebebini de tutanağa yazdırmak suretiyle, sadece hükmün özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilir. Bu durumda gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğ çıkartılması gerekir.

Yasa hükmü bu konuda emredici hüküm ifade etmense karşın uygulamada kısa karardan sonra bir ay içinde yazılan gerekçeli karar tarafların tebliğ talebi yazılı olarak yapılmışsa ancak tebliğe çıkarılmaktadır.

Bu aşama hâkim dava dosyasındaki kararını açıklar ve zapta geçirir. Buna kısa karar denir. Duruşma safhaları sona ermiştir. Hâkim bir aylık süre içinde gerekçeli kararını yazmak zorundadır. Hâkimin kısa kararı ile gerekçeli kararı arasında hüküm fıkraları bakımından ayrılık olmamalıdır. Kısa kararda yer almayan bir hüküm gerekçeli kararda yer almışsa bozma sebebidir.

Hâkim gerekçeli kararını somut vakıalara, somut kanıtlara ve usul kurallarına dayandırmak ve gerekçelerini anlaşılır ve yasal dayanaklara dayandırmalı, karar net bir biçimde anlaşılmalıdır.

Aile mahkemelerinde sürekli yapılan bir hata!....

Birden fazla sebeple açılan boşanma davasında her bir dava hakkında tek bir karar verilmektedir. Oysa yerleşmiş Yargıtay uygulamasında dava türü olarak yazılan veya dayanılan mesnetten başka dava türü olduğu anlaşılan davalar için ayrı/ayrı ret, kabul veya karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Aksi uygulama Bozma ile sonuçlanmaktadır.

Halim kararlarında tarafların dayanmadığı bir vakıanın varmış gibi gerekçeli kararına esas alamaz. Tarafların “DAYANMADIĞI” bir vakıanın mahkemece boşanma hükmüne ESAS ALINMASI mümkün değildir.

Boşanma davasında süresi içinde usulüne uygun şekilde gerçekleşmeyen:

- 1- Maddi tazminat (TMK m. 174/1)
- 2- Manevi tazminat ( TMK m. 174/2)
- 3- Yoksulluk nafakası (TMK m. 175)

Talepleri hakkında;

«Talebin REDDİNE» değil,»Talep hakkında KARAR VERİLME-SİNE YER OLMADIĞINA» karar verilmelidir. **(Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 23.05.2017, E. 2017/1022, K. 2017/7780)**

Boşanmanın sebeplerini oluşturan vakıalara yeteri kadar açıklık getirmiş olan tanık anlatımı tek bir tanık dahi olsa Hâkim tarafından boşanma kararı verilebilmesi için yeterlidir.

Yasal süresi içinde davaya CEVAP DİLEKÇESİ VERMEYEN davalının gösterdiği delillerle gerekçeli karara esas ve kusur belirlemesine ESAS ALINAMAZ. Başka kanıtlarla kusur belirlemesinde az kusurlu, eşit kusurlu, çok kusurlu veya tek başına kusurlu biçiminde karar verilmelidir. Oysa Yargıtay’ımız vermiş olduğu kararlarla bu uygulamanın hatalı olduğunu ve verilen kararların bozulması yönünde kararlarını vermektedir. (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 21 MART 2017 günlü kararı)

(HMK m. 196) Uyarınca gösterilen kanıtlardan vazgeçilmesi karşı tarafın açık muvafakatine bağlıdır. Karşı taraf kanıtların toplanmasında, tanıkların dinlenmesinde kararlı ise Yargıç takdir hakkını kullanarak kanıtlardan vazgeçilmesini kabul edemez.

Aile Hâkimi talep sonuçlarıyla (HMK m. 119-1/ğ) bağlı olup başka şeye karar veremeyeceğinden (HMK m. 26) ÖZEL BOŞANMA SEBEBİYLE açılan boşanma davasında GENEL BOŞANMA SEBEBİYLE (TMK m. 166) boşanma kararı veremez.

Aksi uygulamada hükmü sadece bu sebeple İSTİNAF ediniz. Bu karar bozulacaktır. Uygulamada bu yönde yerleşmiş kararlar mevcuttur. Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin görüşleri bu yöndedir.

(Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 7 Mart 2017 günlü kararı)

Yargılamada Gerekçeli karar taraflara tebliğ edildikten sonra, gerekçeli kararlara karşı HMK da yazılı kesin süreler içinde Harcı ve giderleri yatırılmış, BAM'a yönelik İstinaf dilekçeleri, Yargıtay'a yazılacak yine gider ve harçları yatırılmış Temyiz dilekçeleri verilmiş ise HMK da süreç özetle aşağıda yazılı olduğu üzere işletilmektedir.

## **2- BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNDE**

- Dilekçelerin karşılıklı verilmesi
- Ön inceleme (İstinaf talebiyle sınırlı)
- Esastan inceleme (İstinaf talebiyle sınırlı) (Tam tahkikat değildir)
- Hüküm (Gerekli olan ret/gibi-yerine karar)

## **3- İSTİNAF**

- Denetim mahkemesidir
- Hüküm mahkemesidir
- Ara karar verebilir
- Geçici hukuki koruma (ihtiyati tedbir/ihtiyati haciz) kararı verebilir

**YARGITAY, ELİNDEKİ DOSYALARI İSTİNAF'A GÖNDERMEYECEKTİR.**

## YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI ÖZETİ

3 Mart 2017 günlü YİBK sonuçları İlk derece ve BAM hakimleri taraflarca usulüne uygun sürede “AÇIKÇA DAYANILMAYAN” bir delili talep üzerine ya da kendiliğinden toplayamaz.

2- Taraflarca usulüne uygun sürede AÇIKÇA dayanılmayan bir delil toplanmış olsa bile asla hükme esas alınmaz.

3- YİBK kararı;

İlk derece mahkemelerini, Bölge adliye mahkemelerini ve Yargıtay’ı BAĞLAR

4- Kuşkusuz ki kendiliğinden delil toplama kuralının geçerli olduğu davalarda (vesayet, velayet vb) bu YİBK uygulanmaz.

5- taraflar ve vekillerince;

- Hem dayandıkları vakıaları

- Hem de bu vakıaları ispat edecekleri delileri AÇIKÇA yazmak zorundadırlar. (HMK m. 194 ve 3.3.2017 YİBK)

6- Görüldüğü üzere Yargıtay TEKSİF İLKESİNİ uygulamadaki kararlılığını YİBK ile açıkça gösterdiğinden bu YİBK’ya sadece İDM ve BAM değil YARGITAY’IN bütün daireleri ve HGK da uymak ZORUNDADIR !!!

7- Dayanılmayan bir vakıayı ya da delili hükme esas alan bütün İDM kararlarını 3.3.2017 günlü YİBK ve TMK m. 194 hükmüne göre “bu sebeple” İSTİNAF edilmesi halinde Bozulmaktadır.. BAM 3.3.2017 günlü YİBK’na uymak zorundadır.

\* \* \*

Yazmaya çalıştığım bu makale sınırlı konular ve özellikle özgülendiği amaca yönelik olarak, olabildiğince yalın ve kısa tutulmaya çalışarak yazmaya gayret ettim. Makalemi yazarken Yargıtay 2.Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan’dan çok yararlandım. Kendisine ve bana Usul Hukukunda derin bilgiler bırakan merhum Prof.Saim Üstündağ hocama minnetlerimi sunuyorum. Üstündağ hocama rahmet dilerim.11/01/2019

# ADİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ İLE ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

*Av. Ayberk BAĞCI*

## GİRİŞ

### I. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Ürün Kirası Sözleşmesi İle Karşılaştırmalı Olarak Unsurları

#### A. Kişi

Adi ortaklık sözleşmesinin meydana gelmesi için gerekli olan kişi unsuruna sözleşmenin tanımının yapıldığı TBK'nın 620. maddesinde "... iki veya daha fazla kişinin..." ifadesi kullanılarak yer verilmiştir. Görüldüğü gibi ortak sayısı bakımından bir sınırlama söz konusu değildir. Fakat uygulamada ortaklar yapılan işlemlerden dolayı tüm malvarlıkları ile sorumlu olduklarından dolayı ortak sayısı fazla değildir. Genelde iki veya üç kişiden kurulur.<sup>1</sup>

Ürün kirası sözleşmesinde ise kiraya veren ve kiracı olmak üzere her zaman iki taraf bulunur. Adi ortaklık sözleşmesinde iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişinin irade açıklaması gerekir. Adi ortaklık sözleşmesi ile tüzel kişiliği olmayan bir şahıs birliği oluşturulur.<sup>2</sup>

#### B. Sözleşme

Adi ortaklık sözleşmesi TBK'nın özel kısmında yer alan diğer sözleşmelere benzememektedir. Kendine özgü(sui generis) karakterde bir sözleşmedir. Sözleşmenin taraf sayısının ikiden fazla olabilmesi ve borcun konusunun kanunda belirtilmemiş olması bu sözleşmeyi farklı

1 Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Adana: Karahan Kitabevi, 2005, s.16.

2 Aker, Halit, Ticari İşletme Kirası, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 207'den naklen Linder Mayer, s. 73.

kılan özellikleridir. Adi ortaklık sözleşmesinde ortakların sermaye koyma borçları yönünden edimlerin birleşimi ilişkisi mevcuttur.<sup>3</sup> Yani adi ortaklıkta ortaklardan her biri diğer ortaklardan karşı edimi elde etmek için borç altına girmemektedir. Katılım payının ifası diğer ortaklara değil ortaklığa yapılır. Ortaklıktan elde edilecek kazanç payı da bu anlamda ivaz değildir.<sup>4</sup> Ancak bu açıdan sözleşme tipinde ivazlılık dolaylı biçimde söz konusu olabilir.<sup>5</sup>

Bu özelliği ile adi ortaklık sözleşmesi edim değişimini amaçlayan “mübadele sözleşmesi” olarak vasıflandırılmaz. Bu sebeple tek taraflı, eksik iki taraflı ya da tam iki taraflı bir sözleşme değildir.<sup>6</sup> Yani adi ortaklıkta kazandırmanın sebebi karşı taraftan alacak hakkı kazanmak değil, ortak amaç için edimleri birleştirmektir.<sup>7</sup>

Ürün kirası sözleşmesinde ise kiraya veren kira bedeli, kiracı ise kiralananı işleterek ürün elde etmek amacı taşırlar. Tarafların hak ve borçları bir değişim içindedir. Adi ortaklık sözleşmesinde ise her ortak, müşterek amaca ulaşmak için emek ve sermayelerini şirket çatısı altında birleştirmektedir. Bu yönüyle tarafların adı ortaklıktaki “müşterek amaçları” ürün kirasında yerini “zıt menfaatlere” bırakmaktadır.<sup>8</sup>

Adi ortaklık sözleşmesinin geçerliliği için kanun özel bir şekil şartı aramamıştır. TBK’nın 12. maddesinde belirtilen şekil serbestisi prensibi doğrultusunda herhangi bir şekle bağlı olmadan sözlü olarak kurulabileceği gibi tarafların iradeyi ortaya koyan davranışlarıyla da oluşturulabilir.<sup>9</sup> Aynı şekilde ürün kirası sözleşmesi de şekle tabi değildir.

Ancak adi ortaklık sözleşmesinin taraflarının katılma payı olarak devri şekle bağlı bir hakkı borçlanırsa, şirkete gayrimenkul mülkiyetini getirirse veya bir alacak temlik ederse sözleşmenin ilgili maddelerini resmi şekilde yapılması gerekir.<sup>10</sup>

3 Doğanay, Ümit Yaşar, Adi Şirket Akdi, İstanbul: Kurtuluş Matbaası, 1968, s. 22.

4 Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 58.

5 Barlas, s.84 vd.

6 Barlas, s. 58.

7 Doğanay, s. 25

8 Aker, s. 209.

9 Doğanay, s.71.

10 Doğanay, s. 71.

### C. Ortak Amaç

Bir hukuki ilişkinin adi ortaklık olarak kabul edilebilmesi için sözleşmede ulaşılmak istenen amacın taraflardan her biri için ortak olması gerekmektedir.<sup>11</sup> Ortaklar bu amacı gerçekleştirmek için ticari ya da esnaf işletmesi işletmek gibi ticari amaçlar güdebilecekleri gibi, zirai ya da mesleki türden iktisadi amaçlara da ulaşmak isteyebilirler.<sup>12</sup>

TBK'nın 357. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ürüne katılmalı kira sözleşmesinde kiracının riski de kendisine ait olmak üzere kendi hesabına kiralananı işletmesi, kiraya verenin bir gözetim yetkisine sahip olmasına rağmen, nedeniyle ortak amaçtan bahsedilemez.<sup>13</sup>

### D. Ortak Amaç Uğruna Birlikte Çaba (Affectio Societatis)

Adi ortaklıktan bahsedebilmek için ortak amaç unsuru gereklidir ancak yeterli değildir. Ortakların aynı zamanda bu amacın gerçekleşmesi için katkıda bulunması zorunludur. Bu sebeple her ortak ortak amacın gerçekleşmesi için birlikte çaba ve özen göstermek zorundadır.<sup>14</sup>

Ortak amaç uğruna birlikte çaba unsuru adi ortaklığı ürüne katılmalı kiradan ayıran en önemli unsurdur. Bu çaba zıt ekonomik menfaatlerin gerçekleştirilmesi amacını taşıyan karşılıklı ifanın söz konusu olduğu ürüne katılmalı kirada yoktur. Kiracı, kira konusu ürün getiren malı, hakkı veya ticari işletmeyi riski kendisine ait olacak şekilde işletmektedir. Kiraya verenin kar üzerinden bir pay alacak olması, kendisine kira konusu üzerinde gözetim yetkisi verse de, bu durum ortak amaç ve bunun

11 Barlas, s.24.

12 Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2003, s. 46.

13 Aker, s. 215'ten naklen Yarg. 4. HD. T. 13.04.1972, E. 75, K. 126, "Kira bedeli hasılatın bir kısmı ise buna iştirakli kira denir. Bu kiranın adi ortaklıkla ilgisi yoktur:... Kira bedelinin semere veya hasılatın bir kısmı veya bir payı olması şekli iştirakli kiradır. Bu kiraya B.K. 271. Maddesi alat, hayvan, yahut zahire de dahil olabilir. Adi ortaklık ile bir işletme kurulmasına karşılık iştirakli kirada sadece kiracının işletmesi söz konusu olmaktadır. Adi ortaklıkta; ortak bir teşebbüs, iştirakli kirada ise kiracının müstakil bir teşebbüsü vardır. Adi ortaklıkta ortakların hepsi zarardan sorumlu oldukları halde iştirakli kirada kiralayan zarardan sorumlu değildir. Tarla, tohum, traktör ve su motoru davacı tarafından, diğer giderler davalı tarafından sağlanmak ve araziler davalı tarafından ekilmek üzere taraflar arasında yapılan sözleşme bir iştirakli kira sözleşmesidir. Sözleşmede ayrıca tarla, tarla, traktör tohum ve su motoru karşılığı verilecek payları ayrı ayrı gösterilmiştir. Ortada kiracının müstakil bir teşebbüsü mevcuttur." Erdoğan, Tahliye, 10. Baskı, s. 74.

14 Aker, s. 215, Barlas, s.35, Pulaşlı s. 20.

uğrunda çaba göstermek unsurunun varlığı için yeterli değildir.

Adi ortaklık sözleşmesi için tarafların benzer menfaatlere sahip olması, sabit bir kira değil kardan pay verilmesi, kiraya verenin zarara da katılması, kiracıya kiralananı teslim ve kullanılmaya elverişli bulundurma borcunu yönetim ve denetim yetkisi tanınmış olması gibi durumların somut olguda gerçekleşmesi gerekir.<sup>15</sup>

### E. Katılım Payı

TBK'nın katılım payını düzenleyen 621. maddesi uyarınca her ortak para, alacak veya benzeri bir mal ya da emek olarak ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür. Ortakların müşterek amaca ulaşabilmeleri bir takım değerleri ortaklığa tahsis etmeleri ile mümkündür. Bu değerler para, taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet veya kullanma ve yararlanma hakları, üçüncü kişilerdeki alacak hakkı, fikri veya sinai haklar gibi somut ekonomik değerler adi ortaklığa katılma payı olarak getirilebileceği gibi, kişisel bilgi ve beceri, know-how, müşteri çevresi, emek ve ticari itibar gibi soyut değerler de katılma payının konusunu teşkil edebilir.<sup>16</sup>

(Ürün kirası sözleşmesinin konusunu ise ürün getiren mal veya hak ya da ticari işletme oluşturabilir. Ürün kirasının konusunu oluşturan bu değerlerin adi ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde ürün kira sözleşmesine benzer bir hukuki durum oluşur.)

Ürün kirasının konusunu oluşturan değerlerin adi ortaklığa katılım payı olarak getirilmesi durumunda, olaya hangi sözleşmenin uygulanacağını belirlemek için sözleşmenin “amaç” unsuruna bakılmalıdır. Fakat bu unsur dahi her iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmeye yetmez. Çünkü adi ortaklıkta emeğin sermaye olarak konulabilmesi ve ürün kirasında kiracının faaliyetinin bir tür emek sarfı niteliğinde olması, ürün kirasının ürüne katılmalı kira türünün bulunması ve burada kiraya verenin kiracının faaliyeti üzerinde belli ölçüde de olsa gözetim hakkına sahip olması iki sözleşme sözleşme tipini birbirine yaklaştırıp aralarındaki sınırın belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bunun dışında ürüne katılmalı kirada kiraya verenin daha fazla ürün ve dolayısıyla kar elde etmek için kendi emeğini

15 Aker, s. 215'ten naklen Lindenmeyer, s. 74, Ulmer, Vor § 705 n. 79.

16 Barlas, s. 25.



de ortaya koyması halinde de amaç unsuru tek başına yeterli değildir.<sup>17</sup> Bu gibi durumlarda her iki sözleşmeyi birbirinden ayırmak için tarafların gerçek iradeleri yanında somut olayın özelliklerini de değerlendirerek bir sonuca varılmalıdır.<sup>18</sup>

## II. Adi Ortaklığa Egemen Özellikler

Adi ortaklığın hak ehliyetinin olmadığı ve tüzel kişiliğinin bulunmadığı doktrin ve Yargıtay kararlarında oybirliği ile kabul edilmektedir.<sup>19</sup> TBK'nın 638. Maddesi de kullanım hakkı veren mallar dışındakiler için ortaklığın malvarlığı değerlerinin ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği halinde bütün ortaklara ait olacağını belirtmesi de bu fikri desteklemektedir.

Ortaklar arasındaki hak sahipliğinin elbirliği halinde olmasının sonucu olarak malvarlığı üzerinde tasarruf tüm ortakların elbirliği ile alacakları karar sonucu gerçekleşir. Her ortak sadece kazanç payı ve ileride tasfiye sonucunda kendisine düşecek paya yönelik olarak tek başına tasarrufta bulunabilir.<sup>20</sup>

Ürün kirası sözleşmesi ise tipik bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu sözleşme ile kiraya veren kiracıya ürün getiren bir şeyi geçici olarak, ürünleri ise kalıcı olarak edinmesini sağlamaktadır. Kiracı ise kiraya vereceğinin karşılığı para ya da ürünün belli bir oranını verir.<sup>21</sup> Görüldüğü gibi ürün kirasında taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi mevcut değildir. Tarafların birlikte mülkiyet ilişkisi yaratma amaçları yoktur.<sup>22</sup>

Adi ortaklığın bir tüzel kişiliği olmaması sebebiyle ortaklık işlemlerinden doğan borçlardan dolayı ortakların her biri sorumludur. Bu sorumluluğun müteselsil sorumluluk olduğu TBK'nın 634. maddesinde düzenlenmiştir. Ortaklık ilişkisi mevcut olmayan ürün kirası sözleşmesinde tarafların müteselsil sorumlu oldukları düşünülemez.

17 Cansel, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara: Desen Matbaası, 1953, s. 55.

18 Aker, s.206'dan naklen Emmerich, in: Staudingers, Vorben. zu § 581 n. 44.

19 Barlas s. 68.

20 Barlas s. 87.

21 Cansel s. 4.

22 Aker s. 214.

### III. Adi Ortaklıkta Ürün Kirası ile Karşılaştırmalı Olarak Tarafların Borçları

#### A. Katılım Payı Koyma Borcu

TBK'nın 621. maddesinde belirtildiği üzere her ortak şirket amacının gerçekleşmesi için ortaklığa bir katılım payı koymak zorundadır.

Ortaklardan birinin sermaye koyma borcunu yerine getirmemesi halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda belirtilmemiştir. Diğer ortaklar TBK'nın 639. maddesinin 7. fıkrası uyarınca ortaklığın feshini haklı nedenle mahkemeden isteyebilir. Yargıtay'da aynı görüştedir. Adi ortaklık sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olmaması nedeniyle ortaklardan biri borcunu yerine getirmezse diğer ortak bu durumda ona karşı ödemelik def'i ve temerrüt hükümlerine başvuramaz.<sup>23</sup>

Katılım payı koyma borcunun ifası ortaklar için hem yükümlülük hem de haktır. Bu sebeple bir ortağın zamanında ve gereği gibi yaptığı ifa teklifini haklı sebep olmaksızın reddeden ortaklar hem alacaklı temerrüdüne hem de borçlu düşmüş olurlar.<sup>24</sup>

Ürün kirasında kiracının kira parasını ödemediğinde temerrüde düşmesi durumunda kiraya veren kiracıya yazılı olarak en az altmış gün mehil verip bu süre içinde borcun ödenmemesi halinde sözleşmeyi feshedebilir. Kiraya veren kira konusunu teslim etmezse kiracı ödemelik def'inde bulunabileceği gibi borçlunun temerrüdü hükümlerine de başvurabilir.

TBK'nın 621. maddesinin üçüncü fıkrasına göre adi ortaklık sözleşmesinde katılım payı koyma borcu bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki, bir şeyin kullanılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki hasara ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin kurallar kıyas yoluyla uygulanır.

#### B. Zarara Katılma Borcu

TBK'nın 623. maddesi uyarınca ortaklar şirketin işlemlerinden meydana gelen zararı paylaşmak zorundadırlar. Bunun tek istisnası maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Katılım payı olarak sadece emeğini koyan ortağın zarara katılmaması sözleşme ile kararlaştırılabilir.

23 Pulaşlı s.25.

24 Şener, Oruç Hamdi, Adi Ortaklık, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 207.

Ürün kirası sözleşmesinde ise kiraya verenin kiracının zararına ortak olması düşünülemez. Sadece ürüne katılmalı kirada, kiracının ürün elde edememesi halinde, dolaylı olarak kiraya verenin zarara katlanması söz konusu olabilir.

### C. Şirketi İdare Borcu

Adi ortaklıkta şirketin idaresi ortaklar için borç olduğu gibi aynı zamanda haktır. TBK'nın 625. maddesinde düzenlenmiştir. İdare yetkisi sözleşme ile bir veya birkaç ortağa verilmemiş ise bütün ortaklar şirketi idare ile yükümlüdür. Ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması veya olağanüstü işlerde karar alınması bütün ortakların elbirliği ile karar almalarına bağlıdır.

Adi ortaklık sözleşmesi ortaklar arasında ürün kirasında olduğu gibi basit bir borçlar hukuku ilişkisi kurmakla kalmaz. Aynı zamanda ortaklığı idare ve temsil gibi hak ve borçları da içeren bir organizasyon meydana getirir. Ürüne katılmalı kirada kiralayanın belli ölçüde de olsa gözetim hakkına sahip olması ürün kirasını adi ortaklığa yakınlaştırır.<sup>25</sup>

### D. Rekabet Yasağı

TBK'nın 626. maddesinde düzenlenen ve ortakların kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici ve zarar verici işleri yapamaması şeklinde tanımlanan rekabet yasağı ürün kirası sözleşmesinin tarafları arasında söz konusu olmaz.

### E. Özen Gösterme Borcu

Adi ortaklıkta özen borcu TBK'nın 628. maddesinde düzenlenmiştir. Her ortak kendi işlerinde gösterdiği çaba ve özeni ortaklık işlerinde de göstermek zorundadır. Ortaklık işlerini ücret karşılığı olarak yerine getiren ortağın sorumluluğu vekalet sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir.

Ürün kirası sözleşmesinde ise kiraya veren kiralananı sözleşme süresince sözleşmede öngörülen kullanmaya ve işletmeye elverişli bir halde bulundurmaya zorundadır. Kiracı ise kiralananı özgülendiği amaca uygun ve iyi bir biçimde işletmekle ürün vermeye elverişli bir halde tutmak zorundadır.

25 Aker s. 215.

#### **IV. Adi Ortaklıkta Ürün Kirası ile Karşılaştırmalı Olarak Tarafların Hakları**

##### **A. Kazanç İsteme Hakkı**

TBK'nın 622. maddesi uyarınca ortaklar ortaklık işlerinde elde edilen bütün menfaatleri kendi aralarında paylaşmakla yükümlüdürler. Karın dağıtılmasına ilişkin olarak sözleşme ile bazı usul ve esaslar belirlenebilse bile tüm karın ortaklardan bir veya birkaçına ait olacağı yönünde "aslan payı ortaklığı" hükmü geçersizdir.<sup>26</sup>

Ürüne katılmalı kira sözleşmesinde kiracının, kiraya verene devşirilecek ürünün ya da kazancının belli bir oranını kira bedeli olarak ödemesi durumunda her iki sözleşme benzerlik göstermektedir.

##### **B. Ücret, Faiz, Avans ve Masrafları İsteme Hakkı**

TBK'nın 627. maddesindeki düzenlemeye göre bir ortağın ortaklık için yaptığı giderlerden dolayı diğer ortaklar ona karşı sorumludur. Bu ortak yönetim işlerinden dolayı zarara uğrarsa diğer ortaklar zararını karşılamakla yükümlüdürler. Ortaklardan biri şirkete avans olarak para verirse, faizi ile birlikte geri isteyebilir. Yükümlü olmadığı halde ortaklık için emek sarf eden ortak hakkaniyet gereği emeğinin karşılığını isteyebilir.

Ürün kirası sözleşmesinde ise kiraya veren, kiracıdan kira bedeli ve yan giderleri ödemesini isteyebilir. Kiracı ise kiraya verenden esaslı onarımları yapmasını isteyebilir.

##### **C. Tasfiye Payını İsteme Hakkı**

TBK'nın 643. maddesine göre adi şirketin tasfiyesi sonucunda bir şey artarsa bu kazanç ortaklar arasında paylaşılır.

Ürün kirası sözleşmesinde ise kiraya veren, kiracıdan kiralananı tutanağa geçirilmiş bütün eşyalarla birlikte geri vermesini ister.

##### **D. İdare ve İtiraz Hakkı**

TBK'nın 624. ve 625. maddeleri uyarınca ortaklık sözleşmesinde bir oran belirtilmemişse ortaklık kararları oybirliği ile alınır. Ortaklığın yönetimi sözleşme veya alınan kararla bir ortağa bırakılmamışsa bütün

<sup>26</sup> Pulaşlı s. 29.

ortakların ortaklığı idare etmek hakkı vardır. Ortaklığın yönetimi ortaklardan birçoğuna veya tümüne bırakılmışsa ortaklardan her biri işlem yapabilir. Ancak ortaklığı yönetmeye yetkili diğer ortaklar itiraz etmek suretiyle işlemin yapılmasını engelleyebilirler.

## V. Ortaklık Sıfat ve Haklarının Devri

Adi ortaklığa yeni bir ortak alınması, ortaklık payının devri ve alt katılım TBK'nın 632. maddesinde düzenlenmiştir.

### A. Adi Ortaklığa Yeni Ortak Alınması

Adi ortaklıkta ortaklardan hiçbiri diğer ortakların onayı olmadan bir üçüncü kişiyi şirkete ortak olarak alamaz. Ortaklığa yeni bir ortak alınması, ortaklar ile üçüncü kişi arasında yapılacak ve "katılım sözleşmesi" olarak nitelendirilebilecek olan sözleşme ile mümkündür. Bu sözleşme de adi ortaklık sözleşmesi gibi şekle tabi değildir. Fakat ortaklığa gelen kişinin getirdiği katılım bağının devri resmi şekle bağlıysa katılım sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması zorunludur.<sup>27</sup>

Bu durumda şirkete yeni giren ortak YTTK'nın 236. maddesi gereğince borcun ne zaman doğduğuna bakılmaksızın müteselsil sorumludur. Ortaklar aralarında aksini kararlaştırırsa da üçüncü kişiler açısından hüküm ifade etmez.

### B. Ortaklık Payının Devri

Ortaklardan birinin payını -ister tamamen ister kısmen olsun- devredilmesi için ortak ile devralan arasında devir sözleşmesi yapılmalıdır ve bu devri bütün ortakların onaylaması gerekmektedir.<sup>28</sup>

Devir sözleşmesi alacağın temlik hükümlerine tabidir ve bu sebeple yazılı olarak yapılmalıdır. Ortaklık malvarlığında taşınmaz olsa bile taşınmazın değil elbirliği şeklindeki hak sahipliği devredildiği için sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekmez.<sup>29</sup>

Diğer ortakların onayı ile birlikte ortağın payı devredilmiş olur. Ortaklığa giren kişi, ortaklığın kuruluşundaki gibi ortaklık malvarlığı

27 Oruç s. 372.

28 Oruç s. 375.

29 Oruç s. 374.

üzerinde elbirliği şeklinde malik olur. Devralan ortak payını devraldığı ortakla aynı hukuki konuma gelir. Ortaklığı idare ve temsil yetkisine sahip olur.<sup>30</sup>

Diğer ortaklar devre onay vermezse payın devri sadece taraflar arasında hüküm ifade eder. Bu durumda ortakla üçüncü şahıs arasında alacağın temlik hükümleri uygulanır. Bunun sonucunda ortaklıktan kaynaklanan malvarlığı mal varlığı değerleri temlik edilene aitken diğer haklar temlik edilende kalır.<sup>31</sup> Yani TBK'nın 186. maddesi gereğince diğer ortaklara ihbar yapılmak şartıyla üçüncü kişi ortaklıktan kar payı gibi mali nitelikteki hakları talep edebilir. Bu durumda alt katılımdakine benzer bir hukuki durum ortaya çıkar. Aradaki temel farklılık devir halinde ortakla üçüncü şahıs arasındaki ilişkiye adi ortaklık kuralları yerine temlik kurallarının uygulanmasıdır.

### C. Alt Katılım

Alt katılım, ortaklardan birinin tek taraflı olarak üçüncü kişiyi ortaklıktaki payına ortak etmesidir. Bir ortağın üçüncü kişi ile ortaklıktaki paydaşlığı müştereken yürütmek için yeni bir adi ortaklık kurmasıdır.<sup>32</sup>

Alt katılım ilişkisinde sadece asıl katılan ile alt katılan arasında hukuki ilişki kurulur. Asıl ortak tüm ortaklık işlerinde kendi adına fakat iç ilişkide hem kendi adına hem de alt katılan hesabına yapar. Yönetim yetkisi de asıl ortaktır. Asıl ortak bu yetkiyi kullanırken alt katılanın çıkarlarını da düşünmelidir. Aksi halde alt katılan haklı sebeple alt katılım sözleşmesinin feshini mahkemeden isteyebilir. Asıl ortaklığın sona ermesi alt ortaklığı da sona erdirir.

Alt katılım ilişkisi asıl katılan ve alt katılan arasında yapılan sözleşme ile kurulur. Alt katılan, sözleşme tarihinden itibaren haklarını diğer ortaklardan isteyebilir. Sözleşmenin kurulması için diğer ortakların onayı gerekmez. Adi ortaklık sözleşmesinde alt katılım yasaklanmışsa, buna rağmen kurulan alt katılım geçerlidir. Fakat TBK'nın 639. maddesinin 7. fıkrası uyarınca ortağı çıkarmak için haklı sebep teşkil edebilir.<sup>33</sup>

30 Oruç s. 381.

31 Oruç s. 382.

32 Oruç s. 384.

33 Oruç s. 386.

Ürün kirası sözleşmesinde kiracının, kiraya verenin rızasını almadan alt kira sözleşmesi yapması, kullanım hakkını ve işletim hakkını üçüncü bir kişiye devretmesi TBK'nın 366. Maddesi uyarınca yasaklanmıştır. Ancak kiracı kiralanda bulunan bazı yerleri kiraya veren için zarar meydana getirmeyecek şekilde kiraya verebilir. TBK'nın 323. maddesi uyarınca kiracının, kira ilişkisini üçüncü kişiye devretmesi kiraya verenin onayını almadan mümkün değildir.

## **VI. Adi Ortaklık Sözleşmesinin Ürün Kirası Sözleşmesi ile Karşılaştırmalı olarak Sona Ermesi ve Sonuçları**

Adi ortaklık sözleşmesinin sona erme sebepleri TBK'nın 639. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

“1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.

2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle.

3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebrî icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.

4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.

5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.

6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.

7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.”

Ayrıca TBK'nın 640. maddesinde ise belirsiz süreli ortaklıkların sona ermesi için, dürüstlük kuralına uygun olmak koşuluyla, ortaklardan birinin altı ay önceden fesih bildiriminde bulunabileceği düzenlenmiştir.

Ürün kirası sözleşmesinin sona ermesi ise TBK'nın 367 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Belirli süreli kira sözleşmesi sürenin bitiminde

kendiliğinden sona erer. Eğer taraflar örtülü olarak sözleşmeyi devam ettirirse sözleşme bir yıl uzamış olur ve taraflar altı ay önceden bildirimde bulunmak koşuluyla sözleşmeyi kira dönemi sonunda feshedebilirler. Ayrıca belirsiz kira sözleşmeleri, taraflardan birinin sözleşmede veya yerel adetle belirlenmemişse, altı ay önceden bildirimde bulunmasıyla sonlandırılabilir. Taraflar, sözleşme ilişkisinin kendileri için çekilmez hale gelmesi durumunda da altı ay önceden bildirimde bulunmak koşuluyla sözleşmeyi feshedebilirler. Bunun dışında kiracının ölümü ve iflas etmesi de sözleşmeyi sona erdiren nedenler arasındadır. Taraflardan birinin borcunu ödemede temerrüde düşmesi durumunda da diğer taraf sözleşmeyi feshedebilir.

Adi ortaklığın sona ermesi ile birlikte şirket tasfiye aşamasına girer. Ortaklığın sona ermesinin en önemli sonuçlarından biri, idareci ortakların idare hak ve yetkilerinin sona ermesidir.<sup>34</sup> Çünkü TBK'nın 644. maddesinde belirtildiği gibi ortaklığın sona ermesi halinde tasfiyenin bütün ortaklar tarafından elbirliği ile yapılır. Ancak ortaklar ortaklık sözleşmesine koyacakları bir hükümlerle birlikte bir ortağı bu konuda görevlendirmiş olabilirler. Bunun dışında ortaklar tasfiye işlerini yürütmek üzere bir görevli atayabilirler. Bu konuda anlaşamazlarsa, ortaklardan her biri hakim tarafından tasfiye görevlisi atanmasını isteyebilir. TBK'nın 643. maddesinde uyarınca şirketin borçları ödendikten ve ortakların ortaklığa yaptığı avanslar ve ortaklık için yaptıkları giderler ve katılım payları geri verildikten sonra bir şey kalırsa bu kar ortaklar arasında paylaşılır. Eğer borçlar, avanslar, giderler ödendikten sonra kalan varlık, katılım paylarını karşılamaya yetmezse zarar ortaklar arasında paylaşılır.

Ürün kirasının sona ermesi halinde ise kiracının kira konusu eşyayı geri verme borcu doğar. Eğer tarımsal bir taşınmaz söz konusu ise kiracı henüz devşirilmemiş ürünler üzerinde hak iddia edemez ama ürünün yetiştirilmesi için yaptığı masrafı isteyebilir. Ayrıca kiracı, kiralananı iyi işletmemesi nedeniyle sebep olduğu değer eksikliğini de ödemek zorundadır. Kiraya veren de kiracının yaptığı masraftan ve emeğinden doğan değer artışı için kiracıya tazminat öder.

34 Bozkurt, Tamer, Ticaret Hukuku, 1. Baskı, İstanbul: İkinci Sayfa, 2008



## KAYNAKÇA

- Aker, Halit, Ticari İşletme Kirası, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012
- Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008
- Bozkurt, Tamer, Ticaret Hukuku, 1. Baskı, İstanbul: İkinci Sayfa, 2008
- Cansel, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara: Desen Matbaası, 1953
- Doğanay, Ümit Yaşar, Adi Şirket Akdi, İstanbul: Kurtuluş Matbaası, 1968
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2003
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Adana: Karahan Kitabevi, 2005
- Şener, Oruç Hamdi, Adi Ortaklık, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008
- Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükmüler), 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2003

## KISALTMALAR

- C.** : cilt
- dn.** : dipnot
- eBK** : 818 sayılı Borçlar Kanunu
- HD.** : Hukuk Dairesi
- s.** : sayfa
- TBK** : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
- vd.** : ve devamı
- Y.** : Yargıtay