



Yıl: 49 Sayı: 127

Ocak-Şubat-Mart 2024

Bursa Barosu

DERGİSİ





Bursa Barosu

her yönüyle
sosyal medya
hesaplarında...

Ayrıca



App Store Google Play

'den indirilebilen
BURSA BAROSU
uygulamasıyla
avucunuzun içinde...

MART 2024

içindekiler



ARŞİV

Sayfa 12

CMK ÜCRET TARİFESİ İÇİN EYLEMSELLİK KARARI



Sayfa 13

CMK ÜCRET TARİFESİ İPTAL DAVASI'NDA SÖZLÜ SAVUNMA



Bursa Barosu

Yıl: 49 Sayı: 127
Ocak-Şubat-Mart 2024
Yerel Süreli Yayın (3 Aylık)

İmtiyaz Sahibi
Bursa Barosu adına
Av. Metin ÖZTOSUN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Gülender
ADIGÜZEL ÖZCAN

Editör-Sayfa Tasarımı
İhsan BÖLÜK

Baskı
Dizgi Ofset
Matbaacılık ve Cilt Sanayi
Matbaacılar Sitesi, Dizgi Cad.
No. 6 - KONYA
Tel: 03323420742
Faks: 03323420005
dizgiofset@yahoo.com

Yayıncı / Yönetim
Bursa Barosu Başkanlığı

Kıbrıs Şehitleri Cad.
Adalet Sarayı
G-Blok Kat:1
Osmangazi
BURSA

Tel: 444 50 99
0224 251 66 06

Faks: 0224 251 62 49

basin@bursabarosus.org.tr

Bursa Barosu Dergisi, Bursa Barosu Başkanlığı tarafından T.C. yasalarına uygun olarak yayımlanmaktadır. Bursa Barosu Dergisi'nin isim ve yayın hakkı Bursa Barosu Başkanlığı'na aittir. Yayımlanan yazı, fotoğraf ve konuların her hakkı saklıdır ve tüm sorumluluğu eser sahiplerine aittir. İzin alınmadan alıntı yapılamaz. Reklamların sorumluluğu reklam verenlere aittir. Bursa Barosu Dergisi, Basın Meslek İlkeleri'ne uymaya söz vermiştir.

İçindekiler

4 Başkan'dan

6 Cumhuriyete ve onun yapı taşı olan devrim kanunlarına karşı eylemli ve planlı yıkma hareketine sessiz kalmayacağız!

8 Laiklik ilkesine sahip çıkmaya ve savunmaya devam ediyoruz!

10 Avukatı hedef göstermekten vazgeçin!

11 TBB ve barolardan büyük savunma mitingi

16 Bursa Barosu 2022-2023 Staj Dönemi, TBB Başkanı Av.



Erinç Sağkan, başkan yardımcısı Av. Gürkan Altun, yönetim kurulu üyeleri Av. R. Erhan Toprak ve Av. Nizam Dilek'in katılımıyla açıldı.

20 Meslekte 40-50 yıl onuru

22 Farazi Dava Çalışması ödül töreni

23 TBB yöneticileriyle birlikte protokol ziyaretleri

24 Adalet Bakanı Yılmaz Tunç Bursa Barosu'nda

25 Güçlü Kadın Başarı Ödülü, Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu'na

Bursa Barosu Kadın Hakları Merkezi: 8 Mart örgütlü mücadelemizin sembolüdür

27 Barolardan ortak açıklama: Cezasızlık algısı hukuka güveni zedelemektedir.

28 İznik Gölü kıyısına kağıt fabrikası kurma girişimine yeni dava

29 Kirazlıyayla halkına iyi haber! İdare mahkemesi, maden için verilen "ÇED olumlu" kararını iptal etti.

30 Doğal afetlerde can kayıplarına yol açan ihmal ve sonrasındaki hak ihlallerine YETER ARTIK!

32 Sandık görevlilerine seçim hukuku eğitimi
Seçim gününe özel hukuki destek hattı

33 Bursa Barosu: seçmen iradesine saygı gösterin

34 TBB ve barolardan "Hukuk Devletine Saygı" çağırısı: "İstanbul 13. ACM ve Yargıtay 3. CD'nin Can Atalay kararı anayasal düzene meydan okumadır"

35 UYAP sisteminde güncelleme isteklerimizi bakanlığa ilettik.

36 Gerçekliğin Ve Sadakatin İz Düşümü: The Accolade

38 Okumak, Öğrenmek Ve Yaşam Sürekliliği - Av. Gaffar AKER

39 Kimsesizin kimsesi - Şiir - Arslan GEDİK

40 Zeytin - Şiir - Av. Metin ÖZTOSUN



41

Uluslararası Ticari Tahkimde
Prag Kuralları

Av. Gülender ADIGÜZEL ÖZCAN

49

Tahkim Şartı Ve Tahkim Anlaşması

Av. Atahan ÇAKMAKKAYA

51

Franchise Sözleşmeleri

Av. Sena YENİ

66

Mal Rejimi Sözleşmesi

Av. Sena TOPÇU

79

7405 Sayılı Kanun Kapsamında
Sporda Şirketleşme

Stj. Av. Melike GÖĞÇEN

87

Hukukun Üstünlüğü İlkesi İle Hukuk
Devleti İlkesinin Karşılaştırması

Av. Münevver BİLİR

92

Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi:
Uluslararası Hukuk Ve İnsan Hakları
Açısından İncelenmesi

Av. Aykut YAVUZ

95

Sınırdışı Uygulamalarında
Ahıska Türklerinin Durumu

**Av. Enver RECEP
Av. Güzel ERYÜREK**

makaleler

*"Neden bu gözyaşları, bu zulüm neden?
Öğrenecek bir gün bunu bütün dünya.
Yeryüzü gülümseyecek, evlatlarım gülümseyecek,
Ve sevinçler yeşerecek mezarımızın üstünde,
Kıyımlar sona erecek, dünya olacak mutlu
Kardeşliğin ve barışın koynunda.
Çalışın evlatlarım, çalışın ve bir anıt dikin,
Sevgiye ve sevince bir anıt,
İnsanlık onuruna ve de inanca,
Sizin adınıza koruduğumuz, sizin adınıza!"*

Ethel Rosenberg

Değerli meslektaşlarım;

ABD’de haksız ve uydurma ithamlarla eşi Julius Rosenberg ile birlikte idam edilmiş Ethel Rosenberg’in dizeleri bunlar. İdama mahkum olan bir insanın çalışmaya, sevgiye, insanlık onuruna olan inancı ve umudunu gösteriyor bizlere...

İnsanlık ve hukuk tarihi aynı zamanda bir mücadele tarihi... Bu mücadele tarihi tüm insanlığın ortak acıları ve gözyaşları üzerine kurulmuş, inatla, dirayetle ve umutla yazılmış bir tarih...

Bu tarih yazılırken birçok insan ağır bedeller ödüyor. Bu ağır bedelleri ödeyenlerin mücadelesinin yanında da çoğunlukla avukatlar yer alıyor. Hatta bu mücadelede savundukları insanlarla beraber bedel ödüyor ya da onca itiraz ve mücadelelerine rağmen adalete erişemiyor ve bizzat haksızlıklara uğruyor avukatlar...

Rosenberglerin davasında olduğu gibi, Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan, Hüseyin İnan davasında savunma yapan Av. Halit Çelenk’in onca mücadelesine rağmen onların haksız idamlarına engel olamayışı gibi bazen engel olamıyoruz haksızlıklara ve adaletsizliklere...

Ancak her şeye rağmen tarih akıp gidince onların yaptığı mücadeleler hatırlanıyor. Çünkü yapılan adalet mücadelesi insanlık tarihine bir altın madalyon gibi takılmış gibi ışıdayıp duruyor. Ve yapılan her mücadele ve itiraz birbirine eklenen zincir halkalarıyla insanlığın bu mücadelesini daha ileriye taşıyor. Yani aslında hiçbir mücadele boşa gitmiyor. İnsanlık bu mücadeleler sonucu hep iyiye doğru gidiyor. Bazen gerileme ve duraklama dönemleri oluyor ancak akış hep ileriye doğru...

Ancak bu mücadelede örgütlü olmak büyük önem arz ediyor. Tüm hukuksuzluklara, haksızlıklara karşı mücadele etmek için örgütlü olmak bir zorunluluk. Salt bireysel bir çaba ile mücadeleden sonuç alınamıyor, toplumsal bir değer yaratılamıyor, haklara kavuşulamıyor ya da sonuç alması çok güç oluyor.

Avukatlıkta da baroların önemi bu aşamada devreye giriyor. Güçlü meslek örgütü güçlü avukat demek... Güçlü bir meslek örgütü, hukukun üstünlüğü, demokrasi, insan hakları için mücadele ederek ve bu alanın düzenlenmesinde söz sahibi ve etken olarak, yani fonksiyonunu tam olarak ifa ederek, meslek haklarının korunmasında da üstün bir söz sahibi konumuna gelebiliyor. Fonksiyon alanlarından dışlandığı ölçüde meslek hakları da geriliyor.

Uzunca bir süredir, baroların kendi meslek yasalarından ve mesleğin doğasından kaynaklı hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları konusundaki itirazları karşısında onların seslerinin kısılmasını ve fonksiyon kaybı yaşamasını isteyen bir anlayışla mücadele etmek zorunda kalıyoruz. Bu anlayışa sahip olan iktidar erkleri kendi değerlerini topluma dayatmak için tüm örgütlü yapıları tasfiyeye ve etkisizleştirmeye giriştiği süreçlerde barolar da bundan payını alıyor. Bunun için de baroların önce bölünmeye çalışıldığı ancak güçlü dirençle karşılaşılınca ve sadece iki şehirde zoraki numaralı baro kurulabildiği, bununla da amaca ulaşamayınca bu sefer de baroları ekonomik olarak zorda bırakıp, adalet ve hukukun üstünlüğü gibi değerleri savunan baroların bu değerleri yeterince savunamaması ve sonuçta fonksiyon ve güç kaybı yaşamasının amaçladığını açıkça gördük...

Örneğin geçen yıl yürürlüğe giren 0/5 yaş kırımındaki avukatlardan baro aidatı alınmaması yasası, CMK tarifelerinin yeterli şekilde arttırılmaması, bütün baro başkanlarının önünde verilen söze rağmen adli yardım birikmiş ödeneklerinin ek ödenekle itfa edilmemesinin altında tam da bu yatmakta...

Mesleğe yeni başlayan avukatların maddi hiçbir sorununu çözmeyen, onlara yeni iş alanları, refah yaratamayanlar, onları açlıkla baş başa bırakıp, genç avukatları güvensiz ve etkisiz kılmaya, kendi örgütleri baro ile genç avukatın bağlarını iyice koparıp, baroları güçsüzleştirip, avukatı

örgütsüzleştirmeye ve avukatları yalnızlaştırarak tamamen kendine itaat edecek bir hale dönüştürülmeye çalışılmakta... 19 Ocak 2024'de başlayan CMK OCAS sisteminin kapatılması eyleminin olduğu gün Bursa Barosu'na ziyarete gelen Adalet Bakanı'nın, tüm Türkiye'de aynı anda hak arayan avukatların bu eylemini "ideolojik" bulan ve "madem biz bu CMK atama işini Bakanlığa alalım" demesi de aslında bunun kanıtı...

Değerli meslektaşlarım;

Avukatlar ve bağımsız savunma; halkın savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının güvencesidir. Avukatların tam bir özgürlük, bağımsızlık ve geçinme kaygısı olmadan mesleğini icra edemediği bir ortamda bağımsız ve tarafsız yargıdan, adil bir yargılamadan ve adil bir devlet düzeninden söz edilemez.

O yüzden bugün artık bizler "Avukat İçin de Adalet!" diye haykırmak zorunda kalıyoruz. Yaşadığımız sorunlar, mesleğimizin icrasını imkansız hale getirirken adaletin tesisi önünde büyük bir engel oluşturuyor. Bizler artık, mesleki faaliyetimizin temeli olarak yargı bağımsızlığının tesisini, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun hareket edilmesini, nitelikli bir hukuk eğitimiyle hem mesleğimizde hem de adalet hizmetlerinde niteliğin artırılmasını, yalnızca Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı değil staj sonrasında Avukatlık Meslek Sınavı da istiyoruz. Avukata yönelik şiddetin artık son bulmasını, şiddet faillerinin en ağır yaptırımlarla cezalandırılmasını istiyoruz.

CMK Ücret Tarifesi'nin avukatın emek ve mesaisini karşılayacak düzeyde olmasını, mesleğimizin itibarının korunmasını istiyoruz.

Stajyer avukatlar için Hazine'den karşılanan ücret talep ediyor, adli yardım ödeneklerinin artırılmasını, başta CMK ve adli yardım ödemelerinde olmak üzere, avukatlık hizmetleri için KDV'nin kaldırılmasını istiyoruz. Adalet halkın ekmediğidir ve devletin temelidir. O yüzden ADALETTE KDV OLMAZ diyoruz.

Bunlar yapılırken avukatlık mesleğinin iş alanlarının daraltılmasının önüne geçilmesini, KVKK vb. gerekçelerle mesleki faaliyetlerimizin engellenmemesini, baroların gelirlerinin artırılmasını sağlayacak hukuki mekanizmaların hayata geçirilmesini talep ediyoruz. Bağlı çalışan avukatların hukuki statülerinin güvence altına



 *Av. Metin Öztosun*

alınmasını, kamu avukatlarının özlük haklarının kanunla düzenlenmesini istiyoruz.

Avukatın tekel hakkını olduğu kadar yurttaşın adil yargılanma hakkını da ihlal eden hukuka aykırı faaliyetlere son verilmesini, yargının kurucu unsurları arasında eşitlik, savunma makamı için adil bir temsil gücü istiyoruz.

Bu taleplerimizi karşılanana kadar yinelemek, mücadele etmek için siz değerli meslektaşlarımızın örgütlü bu mücadeleye destek olması ve katılması çok değerli. Bu mücadelede başarı ancak sizin bu mücadeleye katılmanız ile daha çabuk bir şekilde gerçekleşebilecektir.

Siz sevgili meslektaşlarıma bir telefon ve bir nefeslik yürek mesafesinde olduğumuzu hatırlatarak, umudun hizasına yazdığımız mücadele kararlılığıyla hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum.

CUMHURİYETE VE ONUN YAPI TAŞI OLAN DEVRİM KANUNLARINA KARŞI EYLEMLİ VE PLANLI YIKMA HAREKETİNE SESSİZ KALMAYACAĞIZ!

BASIN AÇIKLAMASI
3 OCAK 2024

Bilindiği üzere 3 Mart 1924'deki Cumhuriyet devrimi kanunu ile hilafet kaldırılmış aynı gün “Tevhid-i Tedrisat Kanunu” (Öğretim Birliği Yasası) ile çocuklarımızın eğitimi milli eğitim bakanlığına bağlanmış, “Şeriye ve Evkaf Vekaleti” kaldırılarak yerine diyanet işleri kurulmuştur.

Bu üç yasa ile birlikte Cumhuriyetin kilit taşı laik hukuk düzenine ve laik eğitime geçilmiş, vatandaşların din ve vicdan özgürlüğü yolunda da büyük bir adım atılmış ardından tüm sistem bu üç yasa üzerine inşa edilmiş; medeni kanundan borçlar kanununa, ceza kanunundan ticaret kanununa yapılan düzenlemelerle Türkiye Cumhuriyeti uygar hukuk düzenleri olan ülkeler içindeki yerini almıştır.

Ancak son zamanlarda Türkiye'nin bu yapısını tersine çevirmek için daha önceleri alttan alta gerçekleşen karşı devrim sürecinin hızlandığı, Cumhuriyete ve onun yapı taşı olan devrim kanunlarına, anayasanın temel niteliklerine karşı eylemli ve planlı yıkma hareketine apaçık

başlandığı görülmektedir.

Anayasamızla korunan devrim yasalarına karşı yapılan saldırılar artık bizzat yürütmeye bağlı kurumlar tarafından kurumsal ve sistematik bir hale büründürülmüş, diyanet işleri ve milli eğitim bakanlığının yaptığı ÇEDES projesi gibi projelerle Cumhuriyet devrim kanunları delinmeye başlanmış ve bizzat milli eğitim bakanının ağzından tarikatlarla işbirliği yapıldığı söylemi ile bu durum açıkça ifade edilerek artık tüm çıplaklığıyla da gözler önüne serilmiştir.

Bunların üstüne Cumhuriyetimizi anayasamızdaki kural ve ilkeler üzerine kuran, milletimizin ortak bağı ve değeri Atatürk'ün manevi varlığına karşı Suudi Arabistan'da yapılanlar yürütme tarafından görmezden gelinmiş ve tüm baskılara rağmen iki güzide kulübümüzün dik duruşlarıyla geri dönmesi sayesinde milli onurumuz ayaklar altına alınmaktan son anda kurtulmuştur.

Bunlar da yetmezmiş gibi Gazze bahane

edilerek yapılan yürüyüşlerde hilafet çağrılarının yapıldığı, hilafet sloganlarının atılarak pankartların taşındığı görülmüş ve bu duruma ne yargı makamları işlem yapmış ne de yürütmeden bir ses çıkmıştır.

Tüm bu sebeplerle;

"Milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılaplarına ve laik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, " diyerek yemin ederek göreve başlayan tüm milletvekillerini ve cumhurbaşkanını bu anayasal yeminlerine sadık olarak görev yapmaya, bu görevlerinin yeminlere uygun yerine getirilip getirilmediğinin, devletin kurumlarının anayasaya uygun davranıp davranmadığının denetimini yapacak

olan yargı mensuplarını da hukuka, vicdana ve anayasaya sadakata tarih önünde bir kere daha yüksek sesle davet ediyoruz.

Bizler mevcut düzenin desteğini ve hoşgörüsünü ardına almış azgın azınlıkların, Cumhuriyetimizin sağladığı faziletli hakları ve özgürlükleri ellerimizden almasına ve bizleri Ortadoğu karanlığına hapsedmelerine müsaade etmeyeceğiz.

Size söz; Cumhuriyete ve onun yapı taşı olan devrim kanunlarına karşı eylemli ve planlı yıkma hareketine sessiz kalmayacağız.

Size söz; Her ahval ve şeraitte, Atatürk ün ilimle, irfanla kurduğu bu Cumhuriyete, onun ilke ve devrimlerine, hukuka, anayasamıza ve laikliğe sahip çıkacağız.

BURSA BAROSU BAŞKANLIĞI

LAİKLİK İLKESİNE SAHİP ÇIKMAYA VE SAVUNMAYA DEVAM EDİYORUZ!

Kurtuluş savaşı sonrasında milletimizi demokrasi, hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler gibi evrensel değerlerle buluşturan Gazi Mustafa Kemal Atatürk önderliğinde kurulan Cumhuriyetimiz, köklü değişim ve devrim sürecinin temeline, evrensel değerlerin en önemli ilkelerinden olan lâiklik ilkesini yerleştirmiştir.

Laiklik geniş manada din ve devlet işlerinin ayrılması ile din ve vicdan özgürlüğünün teminatı olarak tarif edilmekle beraber, lâikliğin ana ögesi egemenliğin millete ait olmasıdır. Milli egemenlik kavramına ilk olarak Amasya Genelgesi'nde yer verilmiş daha sonra 1921 Anayasası'nda, "egemenliğin kayıtsız koşulsuz milletin olduğu" kanunlaştırılmıştır. Halen bu hüküm Anayasamızın başlangıç ilkeleri arasında yer alan değişmez ve değiştirilmesi teklif edilemez hükümler arasındadır.

3 Mart 1924'de devrim yasalarıyla, Hilafet ile Şeriye ve Evkaf Vekâleti kaldırılmış ve Tevhidi Tedrisat Kanunu (eğitim birliği) ile yönetimin ve eğitimin laik

niteliği ortaya çıkarılmış, Cumhuriyet devrimlerimizin bir nevi ön sözü yazılmıştır. Devam eden süreçte medeni yasa, ticaret ve ceza yasalarının kabulü; 1928 yılında yapılan değişikliklerle, "devlet dininin İslâm olduğu" ve Meclis'in görevleri arasında sayılan "ahkâmı şer'iyenin tenfizi" kurallarının Anayasa'dan çıkarılmasıyla da laik devletin temelinin sağlamlaştırılmasına önemli bir adım atılmıştır. Tüm bu süreçlerin sonunda 5 Şubat 1937'de de lâiklik ilkesine Anayasa'da açıkça yer verilmiş ve devletin laik niteliği 1961 ve 1982 anayasalarında değişmez ve değiştirilmesi teklif edilemez hükümler arasında yerini almıştır.

Lâiklik, yukarıda bahsettiğimiz gibi yalnızca din ve devlet işlerinin ayrılması değildir. Laiklik, bireyleri yurttaş olmaya taşımasının yanı sıra, duygu ve düşüncede, yönetim ve yaşamda, bilimsel yöntem ve akılcı yaklaşımları öngören bir dünya ve siyaset görüşü ile yaşam biçimini esas almaktadır. Lâik sistemde, devlet

yönetimi, siyasal, toplumsal, hukuksal, ekonomik tüm alanlar, bilimsel bulgularla, çağdaş uygarlığın verilerine ve gereksinmelerine göre düzenlenmekte ve uygulanmaktadır.

Lâiklik aynı zamanda demokrasinin de olmazsa olmaz koşuludur. Demokrasi ancak, aydınlanma sürecini yaşayan ve dinsel baskıdan kurtulabilen toplumlarda gelişebilmektedir. O yüzden siyasal iktidarın düzeni ve uygulamalarında dinsel inanç ve kurallar belirleyici olmamalı, dinsel öğretilerden bağımsız bir yönetim modeli oluşturulmalı ve uygulanmalıdır.

Lâiklik tüm bunların yanı sıra kişisel veya siyasal çıkarları için dini sömünlere, eylem ve girişimlere karşı da tüm toplumu korumakta, kamusal yaşam ve devlet düzeninde, çağdaş akla, bilime, insan haklarına dayalı ilkelerin egemen olmasını sağlamaktadır.

Tüm bunlara rağmen ülkemizde son yıllarda, eğitimden siyasete, ekonomiden kadın haklarına kadar yaşamın her alanı için din referansları kullanılmakta, Anayasamızda yer alan laiklik ilkesi maalesef ki eylemli olarak ihlal edilmektedir. Tüm bu kaygı verici talep, eylem ve işlemleri sık sık görmekte hatta birçok düzlemde bunun kötücül sonuçlarını hep beraber

yaşamaktayız.

Bu sebeplerle; toplumdaki farklılıklardan kaynaklanan karşıtlık ve çatışmaları önleyen, barış ve hoşgörü ortamında yaşama olanağını tanıyan, toplumsal sorunlara, adaletli, eşitlikçi, akılcı ve sağduyulu çözümler üretilmesini, düşüncenin başka düşünce ve inançlarla sınırlanamayacak biçimde özgürleşmesini sağlayan, hukuk devletinin, demokrasinin kilit taşı, tüm anayasal özgürlüklerin teminatı olan laiklik ilkesini zedeleyen yaklaşımlardan vazgeçilmesini, tüm devlet erklerinin, siyasal, sosyal kurumlarımızın laiklik ilkesine daha çok sahip çıkmasını hepimizin iyiliği için bir kere daha talep ediyoruz.

Bu vesileyle Türkiye Cumhuriyeti'ni çağa ve yeniliklere açık hale getirip, akli ön plana çıkaran laiklik ilkesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na girişinin 87. yıldönümünü kutluyor ve bu ilkeye her şartta sahip çıkmaya ve savunmaya devam edeceğimizi tüm kamuoyuna bir kere daha ilan ediyoruz.

BASIN AÇIKLAMASI**5 ŞUBAT 2024****BURSA BAROSU BAŞKANLIĞI**

AVUKATI HEDEF GÖSTERMEKTEN VAZGEÇİN!

2 9.02.2024 tarihinde SZC TV’de yayınlanan program esnasında yayında bulunan konuşmacılar tarafından, Mersin’de yaşanan ve hepimizi derinden etkileyen yaşlı iki vatandaşımızın darp edilmesine ilişkin konu tartışılırken olayda karşı taraf vekilliğini üstlenen meslektaşlarımız hakkında “Ben avukat olsam utanırım böyle bir şeyi savunmaya, böyle bir dava açmaya, böyle bir akıl vermeye utanırım. İnsanda biraz utanma duygusu olur”, “O ailenin avukatı olup dava açan avukata da ceza versinler her şey para değil bu kadarı vicdansızlık”, “O avukata da ceza versinler ahlaksızlık yapmış çünkü” gibi hakaret ve nefret içeren beyanlarda bulunulmuştur.

Öncelikle belirtmek isteriz ki; Barolar, bugüne kadar hiç kimseden talimat almadan, haksızlığa uğramış, hakları ihlal edilmiş her vatandaşımızın yanında olduğu gibi bundan sonra da kimsenin talimatı olmadan hak ihlaline uğrayan tüm vatandaşlarımızın yanında olmaya devam edecektir. Hepimizi derinden sarsan bu olaya ilişkin Barolar olarak konunun takipçisi olacağımızı duyuruyoruz.

Anayasamızın 36. maddesi her vatandaşımızın hak arama hürriyeti olduğunu net bir şekilde belirtmiştir.

AVUKAT VEKİLDİR; DAVALARIN TARAFI DEĞİLDİR.

Avukatları, vekilliğini yaptıkları davalardan dolayı ahlaksız veya utanmaz olarak nitelendirmek de kimsenin haddi değildir.

Ülkemizde avukata yönelik şiddet giderek artarken ve avukatlar dosyanın bir tarafı gibi algılanırken, herkes tarafından izlenen bir programda hukuk bilgisinden yoksun beyanlarla savunma görevini üstlenen Avukatlar hakkında hakaret içerikli söylemlerde bulunan ve Avukatı hedef gösteren yayıncı kanalı ve programa katılanları yüksek sesle kınıyoruz. Zira Barolar olarak, avukatlara yönelik şiddete karşı özveriyle mücadele etmeye gayret ederken bu ve benzeri söylemlerin avukatı düşman gibi göstermek ve avukata karşı şiddete teşvik etmek dışında hiçbir faydası olmayacaktır. Bu sebeple konuya ilişkin ilgili şahıslar hakkında suç duyurusunda bulunulacak olup barolar olarak yasal sürecin de takipçisi olacağımızı kamuoyuna saygılarımızla bildiririz.

BASIN AÇIKLAMASI
3 OCAK 2024

ADANA BAROSU, ADIYAMAN BAROSU, AFYONKARAHİSAR BAROSU, AĞRI BAROSU, AKSARAY BAROSU, AMASYA BAROSU, ANKARA BAROSU, ANTALYA BAROSU, ARDAHAN BAROSU, ARTVİN BAROSU, AYDIN BAROSU, BALIKESİR BAROSU, BARTIN BAROSU, BATMAN BAROSU, BAYBURT BAROSU, BİLECİK BAROSU, BİNGÖL BAROSU, BİTLİS BAROSU, BOLU BAROSU, BURDUR BAROSU, BURSA BAROSU, ÇANAKKALE BAROSU, ÇANKIRI BAROSU, ÇORUM BAROSU, DENİZLİ BAROSU, DİYARBAKIR BAROSU, DÜZCE BAROSU, EDİRNE BAROSU, ELAZIĞ BAROSU, ERZİNCAN BAROSU, ERZURUM BAROSU, ESKİŞEHİR BAROSU, GAZİANTEP BAROSU, GİRESUN BAROSU, GÜMÜŞHANE BAROSU, HAKKARİ BAROSU, HATAY BAROSU, İĞDIR BAROSU, ISPARTA BAROSU, İSTANBUL BAROSU, İZMİR BAROSU, KAHRAMANMARAŞ BAROSU, KARABÜK BAROSU, KARAMAN BAROSU, KARS BAROSU, KASTAMONU BAROSU, KAYSERİ BAROSU, KIRIKKALE BAROSU, KIRKLARELİ BAROSU, KIRŞEHİR BAROSU, KİLİS BAROSU, KOCAELİ BAROSU, KONYA BAROSU, KÜTAHYA BAROSU, MALATYA BAROSU, MANİSA BAROSU, MARDİN BAROSU, MERSİN BAROSU, MUĞLA BAROSU, MUŞ BAROSU, NEVŞEHİR BAROSU, NİĞDE BAROSU, ORDU BAROSU, OSMANİYE BAROSU, RİZE BAROSU, SAKARYA BAROSU, SAMSUN BAROSU, SİİRT BAROSU, SİNOP BAROSU, SİVAS BAROSU, ŞANLIURFA BAROSU, ŞIRNAK BAROSU, TEKİRDAĞ BAROSU, TOKAT BAROSU, TRABZON BAROSU, TUNCELİ BAROSU, UŞAK BAROSU, VAN BAROSU, YALOVA BAROSU, YOZGAT BAROSU, ZONGULDAK BAROSU

TBB VE BAROLARDAN BÜYÜK SAVUNMA MİTINGİ

Türkiye Barolar Birliği yönetimi ve baro başkanları; 17 Ocak 2024 tarihinde 2024 yılı CMK Ücret Tarifesi, birikmiş ve ödenmeyen adli yardım ücretleri ile avukatların genel ve ekonomik sorunlarını görüşmek üzere toplanmıştır.

Toplantıda baro başkanları, Adalet Bakanlığı tarafından açıklanan CMK Ücret Tarifesi hususunda CMK görevi yapan üyeleriyle yaptıkları değerlendirmeler ve aldıkları kararlar hakkında bilgilendirmede bulunmuş, ortak bir tutum geliştirmek amacıyla görüş ve önerilerini ifade etmiştir.

Görüşmelerde;

✓ Adalet Bakanlığı'nın Türkiye Barolar Birliği'ne ilettiği CMK Ücret Tarifesi taslağının ortalama yüzde 90 oranında artış içermesine ve bu oranın dahi TBB tarafından yeterli bulunmadığının bildirilmesine rağmen, tarifenin Resmi Gazete'de yüzde 58 artış ile yayımlanmasının,

✓ Meslektaşlarımızın görevlerini yaparak hak ettikleri ve ilgili kurumlara çok sefer iletildiği halde uzun yıllardır ödenmeyen adli yardım vekalet ücretleri sorununun çözümsüz bırakılmasının gerek meslektaşlarımızın hakları gerekse yurttaşların adalete erişimleri bakımından kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir.

Aşağıda belirtilen konularla birlikte, avukatlık mesleğine dair hayati sorunların çözümü için ortak mücadele kararlılığı bir kez daha vurgulanmıştır.

Baro başkanlarının avukatlık mesleği ve avukatların CMK, adli yardım görevlendirmelerinden kaynaklanan temel sorunlarına ilişkin değerlendirmeleri sonucunda;

✓ CMK ücretlerinin ödenmesinde verilen hizmetin kamu hizmeti olduğu dikkate alınarak, halen yüzde 20 oranında KDV alınması uygulamasından vazgeçilerek KDV'nin yüzde 1'e indirilmesi,

✓ CMK ücretlerinin avukatlık mesleğinin saygınlığına ve günün ekonomik koşullarına uygun bir seviyeye getirilmesi için tarifenin yıl içerisinde birden fazla kez yayımlanabilmesine ve artış yapılabilmesine engel teşkil eden yönetmelik

hükümünün değiştirilmesi,

✓ CMK hizmetine dair yol giderlerine ilişkin illerdeki farklı uygulamalara son verilerek mesleğin onuruna ve günün ekonomik koşullarına uygun duruma getirilmesi için düzenleme yapılması,

✓ Deprem bölgesinde hizmet veren barolarımız başta olmak üzere, meslektaşlarımızın verdiği adli yardım hizmeti karşılığında tahakkuk eden birikmiş vekalet ücretlerinin tek seferde ödenmesinin sağlanması taleplerinin hayata geçirilmesi konusundaki kararlılık vurgulanmıştır.

Kadın, çocuk ve engelli bireylerle ilgili görevlendirmeler istisna tutulmak üzere, bu talepler doğrultusunda; 19 Ocak 2024 tarihinden itibaren 1 ay süreyle CMK Kapsamındaki Zorunlu Müdafî/Vekil Görevlendirmeleri Otomasyon Sistemi'nin kapatılması, görevlendirme taleplerinin yazılı şekilde kabul edilmesi ve barolarımızın, görev kabul etmeyerek yönetime destek veren meslektaşlar hakkında ceza puanı uygulamaması ilkesel olarak karar altına alınmıştır.

Bu hususlara ilişkin olarak Türkiye Barolar Birliği'nin yapacağı görüşmeler çerçevesinde, belirlenen takvim içerisinde somut gelişmelerin yaşanmaması halinde, ilerleyen günlerde konunun tekrar değerlendirilerek, CMK hizmetinin sunumuyla ilgili olarak daha etkili kısıtlamalar da dahil olmak üzere gerekli adımların atılması; ayrıca avukatların ve avukatlık mesleğinin sorunlarına ilişkin olarak Ankara'da, tüm illerden meslektaşlarımızın katılımıyla "Büyük Savunma Mitingi" düzenlenmesi konusunda görüş birliğine varılmıştır.

Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği; hukuk devletinin, bağımsız yargının, hak arama özgürlüğünün teminatı olan savunmayı ve onun temsilcisi 186 bin avukatı, dolayısıyla yurttaşın hakkını savunmak için ortak mücadeleden bir an bile vazgeçmeyecektir.

Meslektaşlarımızın ve kamuoyunun bilgilerine saygılarımızla sunarız.

**TÜRKİYE BAROLAR
BİRLİĞİ**



CMK ÜCRET TARİFESİ İÇİN EYLEMSELLİK KARARI

BASIN AÇIKLAMASI
18 ŞUBAT 2024

Değerli meslektaşlarımız...
19 Ocak 2024 tarihinde baro başkanlarının aldığı karar sonucu başlamış olan CMK otomatik atama sisteminin 1 ay süre ile soruşturma ve kovuşturma makamlarına kapatılması sürecinin sonunda gelinen noktada ne TBMM'ye sunulan 8. yargı paketinde ne de bakanlık tarafından CMK ücretleri ve diğer taleplerimize karşı henüz olumlu bir adım atılmamıştır.

Bu süreçte Bursa Barosu'na ziyarete gelen Adalet Bakanı tarafından bizzat iletilen görüş ve tavır, meslektaşlarımız tarafından konuyla ilgili barolara ve Bursa Barosu'na iletilen tüm yaklaşım ve görüşler birlikte değerlendirilmiş, baro başkanlarının ortak kararı ile alınan bu eylemin sonlanacağı 19 Şubat 2024 tarihinden sonra CMK görevi alan 3200'ü aşan meslektaşımızı sürece aktif bir şekilde katarak aşağıda aşamalar halinde belirttiğimiz adımların başkanlığımızca uygulanmasına karar verilmiştir.

Buna göre;

1 - Tüm CMK sistemine kayıtlı meslektaşlarımızdan; CMK tarifesinin yasa ile AAÜT'nin en az 1/2'sine kadar yükseltilmesi, adli yardım ve CMK görevlendirmelerinde KDV oranının % 1'e düşürülmesi, CMK beraat vekalet ücreti sorununun çözümü için bakanlığa iletilmek üzere Bursa Barosu Başkanlığı'na talep dilekçesi sunmalarının istenmesine,

2 - CMK görevlendirmesi duruşmalarına giren meslektaşlarımızın Şubat-Mart 2024 ayları boyunca duruşma zabıtlarına "Kovuşturma makamlarının talebi üzerine baro tarafından görevlendirildiğim işbu dosyada bakanlık tarafından

AAÜT'nin 1/4'ünden az belirlenen CMK ücret tarifesine itiraz ediyorum" beyanını geçirmeleri ve bu zabıtları Bursa Barosu'na iletmelerinin istenmesine,

3 - Bursa Barosu'nca 2020 yılında CMK tarifesine karşı açılan ve 19/03/2024 tarihine duruşma günü verilen Danıştay'daki iptal davasına, isteyen meslektaşlarla birlikte katılınmasına,

4 - Bu dilekçe ve zabıtların nitelikli ve etkili bir sayıya ulaşmasından sonra dilekçelerin baro başkanlığının talep dilekçesi ile birlikte Nisan 2024 ayı başında Bursa Barosu Başkanı tarafından elden Adalet Bakanlığı'na sunulmasına,

5 - Nisan 2024 sonuna kadar konu ile ilgili bir gelişme sağlanamaması halinde;

a- Her ayın 1. cuma günü, gün boyunca tüm meslektaşlarımızdan CMK OCAS sisteminde soruşturmalarını pasife almalarının istenmesine,

b- Her ayın 2. Cuma günü saat 12.30'da adliye önünde 30 dakikalık sessiz pankartlı protesto yapılmasına ve CMK yapan meslektaşlarımızdan bu protestoya etkili katılım sağlamalarının istenmesine,

6 - Bu aşamalarda tüm barolarla ve TBB ile alınacak ortak kararlara uygun yeni yöntemlerin uygulanmasına,

7 - Tüm bunlara rağmen bir gelişme sağlanamaması ve CMK görevi yapan meslektaşlarımızdan güçlü tam bir destek alınması halinde CMK görevlendirmelerinin çocuk ve kadın hariç süresiz durdurulmasına;

karar verilmiştir.

BURSA BAROSU BAŞKANLIĞI

CMK ÜCRET TARİFESİ İPTAL DAVASI'NDA SÖZLÜ SAVUNMA

Bursa Barosu'nca CMK ücret tarifesinin iptali için açılan davanın Danıştay 10. Dairesi'nde 19 Mart 2024 tarihinde görülen duruşmasına Baro Başkanı Av. Metin Öztosun ile Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin girdi ve sözlü savunma yaptılar.

Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun sözlü savunmasında şöyle konuştu:

"Sayın Heyet

Duruşmadaki sözlerime sizlerin duruşma salonlarında pek alışık olmadığınız bir şekilde şiirle başlamak istiyorum.

'Mutsuzluktan söz etmek istiyorum / Dikey ve yatay mutsuzluktan / Mükemmel mutsuzluğundan insan soyunun' diye başlar Turgut Uyar 'acıyor' şiirine... 'Dikey ve yatay mutsuzluk' ne peki? Dikey mutsuzluk, hayatın farklı aşamalarında zamansal olarak yaşanan mutsuzluklardan oluşuyor. Yatay mutsuzluk ise genellikle günlük yaşamda karşılaşılan kişisel ve mesleki hayatta yaşanan zorluklar gibi faktörlerden kaynaklanıyor genelde...

Bahsettiğim iki mutsuzluk, tam da avukatlık mesleğinin geldiği aşamada özellikle genç avukatların çok daha ağır yaşadığı bir mutsuzluk. Bursa Barosu psikodestek merkezinden yardım alan avukatlar bunun kanıtı...

İDARENİN EŞİT VE ADİL OLMASI...

Peki, idare hukukunun mutsuzlukla ne ilgisi var diyorsanız, onu da açıklamak gerek. Tüm idare hukuku hem bireysel hem de genel olarak kamu yararı, yani kamu mutluluğu ile ilgilidir. İdarenin eşit ve adil olması ile yaratılır bu mutluluk...

Türk idare hukukunun anayasal dayanaklarına baktığımızda da bu mutluluğu ve bunun yaratacağı kamusal düzeni sağlamaya yöneliktir tüm bu kaynaklar...

İdari mahkemelere kendi usul yasaları dışında hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi, kanunilik ilkesi gibi temel anayasal ilkeler yol gösterici olup kaynak oluyor idare hukukuna...

Bu ilkelerden en başatı olan hukuk devleti ilkesi, hukuk kurallarının sadece vatandaşları değil yöneticileri de bağladığı ve hukuk kurallarının istisnasız herkese etkin ve adil biçimde uygulanması olarak karşımıza çıkıyor. Bireylerin, yönetimin eylem ve işlemlerine karşı gidebilecekleri etkin yargısal yollar gerçekte var mı yoksa sadece görünüşte mi var? Ya da yargının adil ve etkin işlemlerini sağlayan mekanizmalar (yargı bağımsızlığı gibi) kurulmuş mu sorusunu da karşımıza çıkarıyor hukuk devleti ilkesi...

Tüm bu soruları yanıtlarken eşitlik ilkesi, ayırmacılık yasağı, farklı hukuki kategorilere ayırmanın haklı ve objektif temeli olması kuralı gibi kurallar da karşımıza çıkıyor.

Sayın heyet...

İdare hukuku niye var? Devlet yetkilerini kullananların haksızlıklarına, hukuksuzluklarına, keyfiliklerine karşı, bizleri birey ve kamusal olarak korumak için var.

Ceza hukuku da böyle bir alan... Dikey adaletin sağlandığı alanlar bunlar. Ancak burada 2020 tarifi için açılan davada, bu tarifenin üstüne 4 tarife daha yayınlandıktan ve dava açıldıktan 4 yıl sonra bizi bu duruşmaya niye çağırdınız diye size sormak da bu aşamada en tabi hakkımız sanırım. 180 bin avukatın büyük bir çoğunluğunu ilgilendiren bir tarife davasında bu kadar ağır kalınmasını anlamlandıramıyoruz.

ÇOK EMEK HARCANDIĞINI HEPİMİZ BİLİYORUZ

Burada konumuz CMK tarifi olduğu için, ceza yargılamasında ne yapar avukatlar biraz değinmek isterim. Çünkü

bir hakim arkadaşım ceza yargılamasında avukat ne yapıyor ki demişti bana. Böyle bir ön kabulden gidersek salt bilirkişi raporları üzerine hüküm kuran bir çok hakim için de aynı şeyi söyleyebiliriz. Ancak ne hakimler ne de avukatlar için durumun öyle olmadığını ne kadar çok emek harcadığını da aslında hepimiz biliyoruz.

Ben duruşma salonlarında salt duran dikilen adam olmayan, adalet mücadelesi yapan binlerce CMK müdafii tanıyorum. Çevremden de onlarca örnek verebilirim. Ama

takip ettiğim bir CMK dosyasından örnek vereceğim, ne yapar CMK avukatı diye...

2000'li yılların başında 'Reyhan' diye kodlayacağım bir dosyam. 'Reyhan' diye kodlama sebebim, Şahsiyet diye bir tv dizisi vardı. Orada cinsel istismara uğramış bir küçük kız vardı, adı Reyhan'dı... Ona benzer bir vakayı içeren dosya... Öyle bir ceza dosyasında tek başıma mücadele ettim ve adaleti sağlayamadım. Adaleti sağlayamamanın ya da ağır yüklerini taşıyorum onun gibi CMK'dan baktığım onlarca eski dosyada. Halen zamanın içinden gelip sızlatıp duruyorlar yüreğimi. Nasıl bir iş yaptığını anlatmak için örnek verdim CMK avukatlarının...

Evet, yukarıda bahsettim ya dikey bir mutsuzluğu taşıyoruz sırtımızda zamana yayılan ve ömür boyu süren. Ama buna emeğimizin karşılığını vermeyen eşit ve adil olmayan tarifelerle yatay mutsuzluk da ekletiyor sayın bakanlıklar...

O yüzden avukatlar ve barolar olarak bize sunulana razı gelmiyoruz. Başlangıçta bahsettiğimiz; hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı, ayırmacılık yasağı ihlali anlamına gelen, 'hukuken aynı durumda olup'

aynı davaya bakan avukatlara farklı tarifeler uygulayan, avukatları farklı hukuki kategorilere ayırmanın haklı ve objektif temeli olmadan mevcut AAÜT'nin 1/6'sından az tarife kuralı koyan bu tarifelere itiraz ediyoruz.

Bu itirazımıza Anayasaya aykırılık iddiamızı da eklemek isteriz.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, 5560 sayılı Kanunla değişik 13'üncü maddesinde de;

'(1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince



soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafî ve vekile, avukatlık ücret tarifesiyle ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.

(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliği'nin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir' hükmü anayasaya aykırıdır.

Bu hükümle aynı işe AAÜT tarifi yanında ikinci bir tarife olan 'CMK tarifi yaratarak; hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı, ayrımcılık yasağı ihlali anlamına gelen, hukuken aynı durumda olup' aynı davaya bakan avukatlara farklı tarifeler uygulayan, avukatları farklı hukuki kategorilere ayırmanın haklı ve objektif temeli olmadan mevcut AAÜT'nin 1/7'sinden az tarife uygulanması sonucunu doğurarak Anayasaya aykırı bir kural koyma yetkisi veren kanunun 1. md.sinin 'avukatlık ücret tarifesiyle ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliği'nin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret' cümlesi anayasaya aykırıdır.

Öncelikle sayın mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiamız doğrultusunda bekletici mesele yaparak hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasını talep ediyoruz.

AVUKATLIĞIN TAMAMI KAMU HİZMETİ!

Sayın heyet...

Tekrar bilin diye söylüyorum, kupkuru bir matematik işlemi ve kupkuru metinlerin davası değil bu davamız. Çünkü yukarıda bahsettiğim gibi yoğun ve acıyla mücadeleyle yoğrulmuş emek var CMK dosyalarında... Ve halen bazen bir film, bazen bir şiir, bazen bir koku hatırlatır ve bir dosya gelir oturur yüreğinizin ta orta yerine...

Sayın Adalet Bakanı Bursa Barosu'nu ziyaretinde CMK için 'bu bir kamu hizmeti' dedi. 'Evet' dedim, bu bir kamu hizmeti ama zaten avukatlığın tamamı bir kamu hizmeti. Ancak tarifeler arasındaki aşırı nispetsizlik, sürekli olarak CMK tarifesinin AAÜT'den her yıl oransal olarak çok daha gerilemesi bu tarifelerin hukuka aykırılığını açıkça ortaya koyuyor.

Bu hukuka aykırılığı ve davadaki haklılığımızı kanıtlar örnek vermek gerekirse;

*2020 CMK tarifesinde asliye ceza dosyası için 713 TL ücret verilirken, AAÜT'de bu rakam 3400 TL. CMK/

AAÜT'ye oranı 4,76 kat iken;

*2024 CMK tarifesinde asliye ceza dosyası için 2481 TL ücret veriliyor, AAÜT'de bu rakam 17900 TL. CMK/AAÜT'ye oranı 7,21 kata çıkmış durumda...

Yani yasa ile objektif bir artış yetkisi verilmiyor. Bakanlıklar bazen ÜFE/TÜFE bazen yeniden değerlendirme bazen de hiç bir kritere uymadan keyfi oranlarda artışlar yapıyorlar.

Bu yıl CMK müdafilerine beraat vekalet ücreti ile CMK'dan atanan müdahil vekillerine karşı vekil ücreti verilmesinin önü açıldı. Halen buna direnen mahkemeler olmakla beraber CMK tarifeleri ile AAÜT arasında dengesizliği, ayrımcılığı, eşitsizliği kaldırma yönünde çok önemli bir adım atıldı aslında.

HUKUKSAL YOL AÇISI BİR DAVA

Bu dosyada vereceğiniz Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi için dosyayı gönderme kararı veya iptal kararı ile eşitsizliğin kaldırılması için bu yıl AAÜT konusunda atılan bu adımın genişletilmesini sağlayarak CMK tarifiyle iş yapan yaklaşık 100 bin avukata da inanılmaz bir umut olacaksınız. O yüzden bu dava hukuksal bir yol açıcı açacak türden bir dava. Bakanlık avukatları cevap dilekçesinde söylemiyor ama içten içe bu davayı kazanmamızı istiyorlar biliyorum. Çünkü yeri geldi mi onların da mali haklarıyla ilgili davalar için olumlu bir hukuki bakış açısı olacak bu dava...

Sonuçta; girişte dizeleri ile başladığımız Turgut Uyar'ın şiirinin sonunda dediği gibi

'Eylül toparlandı gitti işte

Ekim filan da gider bu gidişle

Tarihe gömülen koca koca atlar

Tarihe gömülür o kadar.'

Ama biz avukatlar yaptığımız itiraz ve mücadele ile sizler de o itirazlara karşı verdiğiniz kararlarla tarih içinde yer alıyorsunuz.

Bu davanın da müspet manada öyle olmasını umuyor, öncelikle anayasaya aykırılık iddiamız hakkında bekletici mesele yapılarak dosyanın somut norm denetimi ile yasanın ilgili maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini,

Bu yapılmayacaksa yasadan ayrı olarak tarife belirleme hususunda objektif ölçülerinden uzaklaşılması ve idarenin keyfiliğine yol açması sebebiyle tarifenin iptaline karar verilmesini ve davamızın kabulüne karar verilmesini talep ediyorum."

HABER

2023-2024

STAJ OKULU AÇILDI





**Bursa
Barosu 2022-2023
Staj Dönemi, Türkiye Barolar
Birliği (TBB) Başkanı Av. R. Erinç Sağkan,
başkan yardımcısı Av. Gürkan Altun, yönetim
kurulu üyeleri Av. R. Erhan Toprak ve Av. Nizam Dilek'in
katılımıyla açıldı.**



BAOB Oditoryum’da gerçekleştirilen açılışta konuşan Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, stajyer avukatlara seslendi ve adaletin amacının insanları birbirinden olmadığını, çobanla kralı eşitlemek, adalet karşısında ikisinin de boynunun kıldan ince olduğunu bilmek olduğunu söyledi. Öztosun şöyle konuştu:

“Adalet, kim olursa olsun fikrini hiç beğenmesek hatta nefret etsek de düşüncesini özgürce ifade

edebilmesidir. Adalet birbirimize ve geleceğimize güvenmektir. O yüzden de adalet devletin temelidir...

İşiniz zor... Hukukun Üstünlüğü Endeksi’nde Türkiye 140 ülke arasında 116 ‘inci sırada yer alıyor. Hukukun üstünlüğünün olmadığı bir yerde hukuk adamı olmaya çalışmak da zor. O yüzden zor ve yorucu bir meslek bu... Baştan söyleyelim dikensiz gül bahçesine girmiyorsunuz, her tarafı diken olan bir yerden gül dermeye çalışacaksınız.

Ama şunu unutmayın. Hepimizin adaletsizliği engelleyecek gücümüzün olmadığı zamanlar olabilir. Fakat itiraz etmeyi beceremediğiniz bir zaman asla olmamalı...”

TBB Başkanı Av. R. Erinc Sağkan da, “Mesleğimi başka hiçbir meslekle kıyaslamam. Başka bir mesleğin üstünde ya da altında görmem. Ama hukuk meslekleri arasında avukatlığın yeri ayrıdır” diyerek başladığı konuşmasında şöyle dedi:

“Dosya üzerinden değerlendirme yaptığınız bir meslek değildir avukatlık. İstismara uğrayan çocuğu istismar sarmalından, şiddete uğrayan kadını şiddet sarmalından çıkartan meslektir avukatlık... İstismara uğrayan çocuğun, şiddet gören kadının derdini dert edinen meslek grubuyuz biz. Emniyette yanında, sabah yanında, duruşmada yanındayız. Farkımız budur. Vicdani yükümlülüğü daha fazladır. Bazı örnekler vardır ki, yaptığınız işin ne olduğunu anlatmaya yeter. Bir kız çocuğu var, babası sanık, kız çocuğunun annesi ve abileri avukata baskı yapıyor, saldırıyor burnunu kırıyor, kızın ifadesini değiştirmek için ve genç meslektaşımız o istismar

Av. Metin Öztosun





dosyasında tek başına mücadele ederek sanığın ceza almasını sağlıyor. Birkaç ay sonra adınızı atacağınız meslek böyle bir meslek. Böylesi mücadeleleri göze alarak başlamalısınız. Hukuk herkese eşit olarak uygulanmadığı müddetçe hukukun varlığından söz edemeyiz. O yüzden yaptığımız iş başından sonuna kadar yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü ve insan hakları mücadelesidir.”

Sağkan, stajyer avukatların ekonomik sorunlarının çözümü noktasında çaba sarf ettiklerini, stajyerlerin kamudan kaynak aktararak asgari ücret tutarında ödemeye desteklenmesi, staj yaptıkları ofislerde emek sömürsüne maruz bırakılmamaları gerektiğini ifade etti.

TBB Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun da, stajyer avukatın ücret karşılığında çalıştırılması talebinin çok öncelerden beri var olduğunu belirterek şöyle konuştu:

“Staj kredisi miktarını artırdık, şu an 3 bin lira... Bu parayla bir şey olmayacağını biliyoruz ama ülke genelinde 24 bine yakın stajyer sayısı olduğunu

düşündüğünüzde nasıl bir bütçe gerektirdiğini, ne büyük zorluklarla finanse edilebileceğini takdirlerinize sunarım. Bursa Barosu’nun stajyer sayısı şu an 700’e yakın... Buna cevap vermek gerçekten çok zor. Ne yapıldı peki? Sosyal güvenliğiniz var, sağlık güvenceniz var. Üstatlarımızın çabalarıyla Avukatlık Kanunu’na eklenen vekalet pulu sayesinde bugün hepimizin genel sağlık sigortası yapılabiliyor. Primleri düzenli olarak ödenebiliyor. Sağlık problemiyle karşılaştığımızda devletin yetmediği noktada 300 bini aşan bir limitle TBB meslektaşlarımızın yanında olmaya devam ediyor. Bu geçmiş yıllara göre çok büyük kazanımlar. Bizim iktidarlardan istediğimiz stajyer avukatların, hakim savcılarda olduğu gibi hazine tarafından desteklenmesiydi. Bağkur priminin 7 bin liraya ulaştığı günümüzde, genç meslektaşlarımızdan iki-üç prim alınmaması, KDV’den muaf tutulması ya da indirim uygulanması isteklerimize karşın Meclis’ten çıkan karar, avukatların ilk 5 yıl baro aidatı ödememesi yönünde oldu. 186 bin avukatın 90-95 bini mesleğin ilk 5 yılında... Bu şu anlama geliyor, avukatların yarısı barolarına aidat ödemeyecekler. Bursa Barosu’nda yıllık aidat 1200 lira ki, bunun 200 lirası TBB keseneği... Böylelikle genç avukatları desteklemiş mi olacağız? Oysa bir aylık Bağkur primi 6-7 bin lira... Avukatlık asgari ücret tarifesine göre bir boşanma davasından alınacak bedel 17400 lira bunun üzerinden ödenecek KDV 48... Ayda sadece 150 liraya tekabül eden baro aidatını, baro kasasından çıkartıp genç avukatların cebinde tutunca hizmet yapmış olunmuyor.”

TBB Yönetim Kurulu üyeleri Av. R. Erhan Toprak ve Av. Nizam Dilek de Bursa Barosu stajyerleriyle mesleki tecrübelerini paylaştığı açılıшта, daha sonra meslekte 40 ve 50 yılını tamamlayan avukatlara TBB tarafından berat ve madalyaları ile Bursa Barosu Farazi Dava Çalışması’nda başarılı olanlara ve jüri üyelerine plaket ve belgeleri verildi.



Törende sunumu Bursa Barosu Yönetim Kurulu Üyesi Av. Umur Mısırlı yaptı.

CMK Uygulama Mrk. Bşk. Av. Türker Sarnık, okulun eğitim programıyla ilgili bilgi verdi.



MESLEKTE 40-50 YIL ONURU





FARAZİ DAVA ÖDÜLTÖRENİ





TBB YÖNETİCİLERİYLE PROTOKOL ZİYARETLERİ

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Av. R. Erinc Sağkan, Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun, yönetim kurulu üyeleri Av. R. Erhan Toprak ve Av. Nizam Dilek, Bursa Barosu Staj Okulu açılışı için Bursa'ya geldi. Sağkan ve beraberindekiler, Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Genel Sekreter Av. Yener Poroy, yönetim kurulu üyesi Av. Umut Mısır ile birlikte Bursa Cumhuriyet Başsavcısı Ramazan Solmaz ve Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanı Ömer Gülmüş'ü makamlarında ziyaret ettiler.





ADALET BAKANI YILMAZ TUNÇ BURSA BAROSU'NDA

Çocuk Adalet Merkezi açılışı için Bursa'ya gelen Adalet Bakanı Yılmaz Tunç, Bursa milletvekilleri, Bursa Valisi, Bursa Cumhuriyet Başsavcısı ve bakanlık bürokratları ile birlikte Bursa Barosu Başkanlığı'nı

ziyaret etti. Ziyarete CMK ücretleri ile beraber hukuki ve mesleki sorunlara ilişkin Bursa Barosu'nun görüş, talep ve çözüm önerileri gerekçeleri ile birlikte Adalet Bakanı ve milletvekillerine iletildi.



BURSA ÇOCUK ADALET MERKEZİ (ÇAM)'I ADALET BAKANI AÇTI

Çocuklara yönelik adli işlemlerin, yetişkinlerden ayrı olarak çocuk dostu ortamda yürütülmesi amacıyla kurulan Çocuk Adaleti Merkezi, Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun'un katıldığı törenle

Bursa'da Adalet Bakanı Yılmaz Tunç, Bursa Valisi Mahmut Demirtaş ve diğer yargı erkani tarafından hizmete açıldı. Çocuk Adalet Merkezi Bursa Gaziakdemir Mahallesi'nde eski BAM binasında faaliyete geçirildi.

GÜÇLÜ KADIN BAŞARI ÖDÜLÜ, KADIN CİNAYETLERİNİ DURDURACAĞIZ PLATFORMU'NA



Bursa Barosu, 8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar Günü nedeniyle geleneksel hale getirdiği Güçlü Kadın Başarı Ödülü'nü bu yıl "Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu" adına Genel Sekreter Fidan Ataselim'e verdi.

Bursa Barosu Başkanlığı'nda düzenlenen törene Başkan Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri ve avukatlar ile Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu Bursa İl Koordinatörü Cemile Boncuk katıldı. Bursa Barosu Başkanı Öztosun, Fidan Ataselim'e berat ve plaket takdim etti.



Bursa Barosu Kadın Hakları Merkezi:

"8 MART ÖRGÜTLÜ MÜCADELEMİZİN SEMBOLÜDÜR"



8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar Günü nedeniyle Bursa Barosu Kadın Hakları Merkezi'nce (KHM) Adalet Sarayı önünde basın açıklaması yapıldı. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ile yönetim kurulu üyeleri ile avukatların katıldığı basın açıklamasını, KHM Başkanı Av. Büşra Pinar Altınoluk okudu. Açıklama şöyle:

"8 Mart, eşit işe eşit ücret isteyen kadınların neredeyse iki yüz yıl öncesinden bugünkü eşitlik ve adalet mücadelemize ışık tuttuğu dayanışmanın ve direnişin adıdır. Tüm dünyada kadının insan hakkı ihlallerine karşı yaşamın her alanında eşitlik ve adalet talep etme kararlılığının, ayrımcılığa ve şiddete karşı duruşun ve örgütlü kadın mücadelesinin sembolüdür.

Başta, Cumhuriyetimizin devrim yasalarından olan ve kadın ile erkeği eşit konuma getirmeyi amaçlayan laik medeni kanunumuz olmak üzere örgütlü kadın mücadelesi sonucunda yasal güvenceye kavuşturulan kazanımlarımızın daha ileriye taşınmasını, toplumsal cinsiyet eşitliğinin mutlak surette sağlanmasını, kadına yönelik şiddeti önleyici bütüncül politikaların geliştirilmesini, cinsiyete dayalı ayrımcılığın ve şiddetin son bulmasını savunuyoruz. İstanbul Sözleşmesi'nden hukuka aykırı bir biçimde keyfiyetle çıkıldığı, şeriat karşıtı düşüncelerini açıkladığı için meslektaşımızın gözaltına alındığı, geçtiğimiz yıl 403, son iki ayda 71 kadının öldürüldüğü, bir günde 8 kadının katledildiği, uygulanan cezasızlık politikalarının erkek failleri daha da cesaretlendirdiği bir süreçten geçiyoruz. Bütün bunlara rağmen Cumhuriyetimizin ikinci yüzyılında kadınlar sanat, spor ve bilim alanlarında uluslararası arenada elde ettiği başarılarla mücadelemize güç katıyor ve kadınların yıllardır büyük bir inanç ve azimle sürdürdüğü mücadele, demokrasinin temelini oluşturuyor.

Bursa Barosu Kadın Hakları Merkezi olarak; uzun yıllar verilen kadın mücadelesi sonucunda elde edilen kadın hak ve kazanımlarından bizi bir nebze dahi geriye götürecek her türlü söylem, girişim, eylem ve karanlık zihniyetin karşısında olacağımızı bir kez daha vurguluyoruz. Kadının insan haklarının yaşama geçirildiği, kadının hayatın her alanında erkekle eşit konumda ve özgür bir birey olarak var olduğu; ayrımcılık, yoksulluk ve şiddetin son bulduğu, kadın emeğinin görünür olduğu bir dünya özlemiyle mücadelemizi ve dayanışmamızı sürdüreceğimizi kamuoyuyla paylaşıyoruz.”



KADINLAR MEYDANLARI İNLETTİ

8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar Günü nedeniyle Bursa Kadın Platformu tarafından Fomara Meydanı'ndan Kent Meydanı'na düzenlenen yürüyüşe Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin ile yönetim kurulu üyeleri, Kadın Hakları Merkezi üyeleri de katıldı.





- | | | | | |
|--------------------------|----------------------|--------------------------|---------------------|----------------------|
| 1- Adana Barosu | 14- Bitlis Barosu | 27- Gümüşhane Barosu | 40- Kırşehir Barosu | 53- Sakarya Barosu |
| 2- Adıyaman Barosu | 15- Bolu Barosu | 28- Hatay Barosu | 41- Kilis Barosu | 54- Samsun Barosu |
| 3- Afyonkarahisar Barosu | 16- Burdur Barosu | 29- Isparta Barosu | 42- Kocaeli Barosu | 55- Sinop Barosu |
| 4- Aksaray Barosu | 17- Bursa Barosu | 30- Iğdır Barosu | 43- Konya Barosu | 56- Sivas Barosu |
| 5- Amasya Barosu | 18- Çanakkale Barosu | 31- İstanbul Barosu | 44- Kütahya Barosu | 58-Tekirdağ Barosu |
| 6- Ankara Barosu | 19- Çorum Barosu | 32- İzmir Barosu | 45- Malatya Barosu | 58- Tokat Barosu |
| 7- Antalya Barosu | 20- Denizli Barosu | 33- Kahramanmaraş Barosu | 46- Mersin Barosu | 59- Trabzon Barosu |
| 8- Artvin Barosu | 21- Düzce Barosu | 34- Kars Barosu | 47- Muğla Barosu | 60- Uşak Barosu |
| 9- Aydın Barosu | 22- Edirne Barosu | 35- Kastamonu Barosu | 48- Nevşehir Barosu | 61- Yalova Barosu |
| 10- Balıkesir Barosu | 23- Elazığ Barosu | 36- Kayseri Barosu | 49- Niğde Barosu | 62- Yozgat Barosu |
| 11- Bartın Barosu | 24- Erzurum Barosu | 37- Karabük Barosu | 50- Ordu Barosu | 63- Zonguldak Barosu |
| 12- Batman Barosu | 25- Eskişehir Barosu | 38- Karaman Barosu | 51- Osmaniye Barosu | |
| 13- Bilecik Barosu | 26- Gaziantep Barosu | 39- Kırıkkale Barosu | 52- Rize Barosu | |

BASIN AÇIKLAMASI

4 ŞUBAT 2024

CEZASIZLIK ALGISI HUKUKA GÜVENİ ZEDELEMEDİR

Özellikle son dönemlerde toplumda infial yaratan, sosyal medya ve haberlere yansıyan suç haberlerinin faillerinin, daha önce bir ya da birkaç suçtan dolayı hükümlü olduğunun ortaya çıkması toplum nezdinde hükümlülerin yeteri kadar ceza almadığı hatta yaptıkları eylemlerin yanına kar kaldığı yönünde olan algıları artırmıştır.

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılacak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.

Ancak gerek 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve gerekse de Adalet Bakanlığı'nca çıkarılan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nde pandemi ve cezaevlerindeki doluluk oranlarını azaltmaya dönük değişiklikler sonucu cezalarının çok cüzi bir kısmının infazı neticesinde açık cezaevine geçişin mümkün kılındığı ve böylelikle infaz edilen kısımdan sonraki süre bakımından hükümlülere denetimli serbestlikten faydalanma imkanı tanındığı görülmektedir.

Yapılan bu değişikliklerin sıklığı değişikliklerin

denetimini, kanunun uygulanmasını ve hatta bu değişikliklerin takibini dahi neredeyse imkansız hale getirmenin yanı sıra sürekli olarak yapılan lehe düzenlemeler neticesinde cezaların genel ve özel önleme amaçlarından sapıldığı görülmektedir.

Bu noktada vurgulamamız gerekir ki; infaza ilişkin tüm hususların kanunla düzenlenmesi, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği gibi infazı doğrudan etkileyen bir konudaki düzenlemenin yönetmelik çıkarılmak suretiyle yapılması usulünün terk edilerek hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılma şartlarının da kanun koyucunun iradesine bırakılması gerekmektedir.

İnfaz rejimlerinin amacı cezasızlık algısı yaratmak değil, aksine cezanın infazı sonrası süreçte dahi kişilerin denetiminin sağlanması ve gerçek bir topluma kazandırma olmalıdır. Bu amaçtan uzaklaşılması; suç oranlarının artmasına, toplumsal barışın ve kamu düzeninin tehlikeye düşmesine ve kamu vicdanının hukuka olan güveninin de yok olmasına sebebiyet vermektedir.

Bu nedenle kanun koyucunun infaz hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından bu hususları göz önünde bulundurarak mağdur odaklı onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde infazda cezasızlık algısına yol açacak nitelikteki düzenlemeleri yürürlükten kaldırması toplumsal barış ve hukuka güven için bir zorunluluk haline gelmiştir.

İZNİK GÖLÜ KIYISINA KAĞIT FABRİKASI KURMA GİRİŞİMİNE YENİ DAVA

İznik Gölü'ne 350 metre mesafede Albayrak Turizm Seyahat AŞ tarafından kurulmak istenen ve yapılan plan değişiklikleri ile "ÇED olumlu" kararı mahkemelerce 2014 ve 2015 yıllarında iptal edilen kağıt fabrikası için hukuksuz yeni bir adım daha atıldı.

Bursa Barosu adına Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu Üyesi Av. Erol Çiçek'in takip ettiği ve hukuksuz kararların iptali için dava açtığı konuda yaşanan gelişmeler özetle şöyle:

İznik Gölü 1/25.000 ölçekli Nazım İmar Planı (NİP)

askıdayken Albayrak Holding bünyesindeki Varaka AŞ tarafından yapılan itiraz üzerine, 1/25.000 ölçekli NİP'nin Döğtaş ve Yenisan arasında kalan bir bölümü tarımsal alandan çıkarılarak, sanayi alanına dönüştürüldü. Örnekköy 108 ada, 2 parsel dışındaki büyük bölüm ise Bursa İl Toprak Koruma Kurulu'nun 20.10.2023 tarih ve İTKK-2023/10-173 sayılı kararıyla, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu kapsamından çıkarıldı. Alanın, sanayiye açılması niyetli bu karar güncel 1/25.000 ölçekli Nazım İmar Planı'na aykırıdır.

TARIM DIŞI KULLANIM

İl Toprak Koruma Kurulu, bu alanın 5403 sayılı kanun kapsamından çıkarılmasına ilişkin teklifi daha önce, söz konusu parsellerin "Büyük Ova Koruma Alanında, sulu, mutlak ve verimli tarım arazisi olduğundan, sulak alan tampon bölgesinde kalmasından ve alanın bütünlük arz etmesinden dolayı" önce reddetmişti. Bu gerekçelerin hiçbirini karşılanmamasına rağmen daha sonra teklifi kabul ederek alanı tarım dışı kullanıma açtı.

Hal böyleyken Varaka Kağıt 13 Kasım 2023 tarihinde proje tanıtım dosyasıyla Bursa Valiliği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü'ne ÇED başvurusunda bulundu ve alanın tamamı (252.572,53 m²) için 15 Aralık 2023 tarihinde 'ÇED gerekli değildir' kararı verildi.



İl Toprak Koruma Kurulu kararıyla 5403 sayılı kanun kapsamından çıkarılması, alanın sanayiye açıldığı anlamına gelmemektedir ki, söz konusu alan için verilen 'ÇED gerekli değildir' kararı hukuka aykırıdır.

Küresel iklim krizinin şiddeti ve etkilerinin giderek arttığı günümüzde Bursa için stratejik önemi bulunan İznik Gölü'nde seviye minimum işletme kotu olan 83,3 metrenin altına düşmüş, ayrıca hızla kirlenmektedir. Bursa Büyükşehir Belediyesi'nin, kağıt fabrikasının su ihtiyacı konusunda tavrı belirsizdir. Üstelik Bursa ve Orhangazi'nin su sıkıntısı çektiği, iklim değişikliği nedeniyle sorunun gelecekte daha da büyüyeceği ortadayken, kağıt fabrikasına içme suyundan pay verilme olasılığı halkın ve diğer canlıların en temel haklarından olan sağlıklı içme suyu hakkının gasbı olacaktır.

Bursa Barosu, 1. sınıf, sulu tarım arazilerinin ve İznik Gölü sulak alanının korunması amacıyla hem 'ÇED olumlu', hem de İl Toprak Koruma Kurulu'nun tarım dışı kullanım kararına karşı İdare Mahkemesi'nde dava açtı.

Tüm ekosistemleri, şimdiki ve gelecek nesillerin yaşam hakkını tehdit eden ekolojik yıkımları aynen sürdürme anlayışına ve bunun sonucu olan hukuka aykırı idari işlemlere karşı mücadelemizi aynı kararlılıkla sürdüreceğimizin bilinmesini isteriz.

KIRAZLIYAYLA HALKINA İYİ HABER!

İDARE MAHKEMESİ, MADEN İÇİN VERİLEN “ÇED OLUMLU” KARARINI İPTAL ETTİ



Bursa'nın Yenişehir İlçesi Kirazlıyayla Mahallesi'nde, Meyra Madencilik tarafından kurulmaya çalışılan Çinko-Kurşun-Bakır Zenginleştirme (Flotasyon) Tesisi ve Atık Barajı Projesi için 2019 yılında verilen “ÇED Olumlu” kararı, Bursa 1. İdare Mahkemesi'nce iptal edildi.



Yenişehir'in Kirazlıyayla Köyü'nde Meyra Madencilik tarafından kurulan Çinko-Kurşun-Bakır Zenginleştirme (Flotasyon) Tesisi ve Atık Barajı Projesi için verilen ÇED olumlu kararına yönelik İdare Mahkemesi'nce verilen iptal kararı köyde sevinç yarattı. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Çevre ve Kent Hukuku Komisyonu Başkanı Av. Eralp Tabek ve DOĞADER temsilcileriyle Kirazlıyayla'ya giderek köylülere kararla ilgili bilgi verdi. Bursa 1. İdare Mahkemesi'nce verilen kararın Danıştay tarafından onanması durumunda maden sahasında yapılan inşaatın yıkılması istenecek.



Bursa Barosu Başkanlığı'nın da vatandaşların yanında müdahil olduğu davada gerekçeli kararını açıklayan mahkeme, hukuka uygun bulmadığı idari işlemde, maden tesisinin çevre ve insan sağlığı açısından tatmin edici veriler bulunmadığına dikkat çekti. Bursa 1. İdare Mahkemesi'ndeki davada, “Çinko-Kurşun-Bakır Zenginleştirme (Flotasyon) Tesisi ve Atık Barajı Projesi için verilen 19 Nisan 2019 tarih ve 5482 sayılı Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Olumlu” kararının hukuka aykırı olduğu öne sürülmüştü. Kirazlıyayla'nın zengin sulak topraklara sahip olduğu ve her türlü meyve ve sebze tarımı ile hayvancılığın yapıldığı belirtilerek, dava konusu ÇED raporunda proje alanı için gerekli olan proses su ihtiyacının Yenişehir Ovası'ndan, İznik Gölü'nden, Göllüce Sulama Kooperatifi'nden ve ocak alanı içinde açılacak kuyudan karşılanacağını açıkladığı, ancak Göllüce Sulama Kooperatifi'ne tarımsal sulama amaçlı tahsis edilmiş olan suyun başka amaçlarla kullanılmasının mümkün olmadığı, İznik Gölü'nün de zaten su seviyesinin azalmakta olduğu, proses suyu için açılacak kuyuların da yerleri ve kapasiteleri

hakkında raporda herhangi bir bilgiye yer verilmediğine dikkat çekildi. Proje alanında koruma kapsamında bitki ve hayvan türleri bulunduğu, yakınında zeytinlikler olduğu, proje bölgesinin deprem bölgesinde yer aldığı ve atık barajının depremde zarar görmesi halinde bundan bütün Yenişehir Ovası'nın etkileneceğine vurgu yapıldı.

ÇED olumlu raporuna göre atık barajının ömrünün 10 yıl olmasına rağmen bu süreden sonra yeni atıkların depolanması konusunun belirsiz bırakıldığı, tehlikeli ve tehlikesiz atıklar için oluşturulacağı belirtilen geçici atık alanlarının neden geçici olduğu, kanal ve kuyu özellikleri konusunda detay verilmediği, atık barajından suyun arıtılarak tekrar proseste kullanılacağı ifade edilmesine rağmen arıtma sistemine yönelik olarak bilgi verilmediği belirtilirken, tüm bu sebeplerle tesisin telafisi olanaksız zararlara yol açacağı kaydedildi.

İptal istemine yönelik gerekçeleri, ilgili tüm mesleki disiplinler açısından irdeleyen mahkeme, nihai değerlendirme sonunda hukuka uygun bulmadığı dava konusu işlemin iptaline karar verdi.

Doğal afetlerde can kayıplarına yol açan ihmal ve sonrasındaki hak ihlallerine

YETER ARTIK!



Bursa Barosu Başkan Av. Metin Öztosun, Adalet Sarayı önündeki basın açıklamasında meslektaşlarını önce saygı duruşuna davet etti. Öztosun şöyle konuştu:

"6 Şubat 2023 tarihinde saat 04.17'de Kahramanmaraş ilimiz Pazarcık ilçesinde gerçekleşen, akabinde aynı tarihte saat 13.24'de Elbistan ilçesinde gerçekleşen ve onları izleyen artçı depremler, ülkemizin başta Adıyaman, Hatay, Kahramanmaraş, Malatya, Diyarbakır, Kilis, Şanlıurfa, Gaziantep, Osmaniye ve Adana illerinde, ilçe ve köylerinde büyük yıkımlara, can kayıplarına ve yaralanmalara yol açmıştır. Bir yıl önce yaşanan deprem felaketinde kaybettiğimiz on binlerce yurttaşımızın ve 121 meslektaşımızın acısını bir

kez daha yüreklerimizde hissediyoruz. Hayatlarını ve yakınlarını kaybeden; evleri, ofisleri yıkılan meslektaşlarımızı ve vatandaşlarımızı unutmuyoruz.

Depremden hemen sonra Bursa Barosu'nca; yıkılan ve hasar gören binaları inşa eden müteahhitler ile mevzuata aykırı olarak bu yapılara ruhsat, imar ve iskân veren yetkililer, sorumlulukları bulunan diğer teknik görevliler, yapı denetim görevlileri ve ilgili diğer kişiler denetim görevini yerine getirmeyen ilgili belediye, bakanlık yetkilileri ile arama ve kurtarma çalışmalarının, eksik yürütülmesi neticesinde can kayıplarına neden olan kişilerle ilgili deprem yıkımının yaşandığı tüm illerin başsavcılıklarına şikayet dilekçesi ile başvurulmuş şüpheliler hakkında kamu davası açılması talep edilmiştir."

Bursa Barosu'nun 4 ekipten oluşan gönüllü avukatlarının depremden sonraki iki ay boyunca 10-20 günlük zaman dilimlerinde Hatay ve Adıyaman'da görev yaptıklarını anlatan Öztosun, meslektaşlarına teşekkür etti.

Öztosun, "Deprem nedeniyle sorumluluk makamındaki herhangi bir yönetici veya siyasi bugüne kadar istifa etmediği gibi, suç duyularına rağmen yıkımlarda sorumluluğu, buraları plansızca imara açan, ruhsatlandıran, denetimini yapmayan hiçbir kamu yöneticisine de aradan 1 yıl geçmesine rağmen şu ana kadar herhangi bir kovuşturma açılmamış, Marmara Depremi'nde olduğu gibi yine etkili bir cezai soruşturma yapılmamış, çöken binlerce ruhsatlı binanın altında kalarak can veren yurttaşların yaşam hakkı ihlal edilmiştir" dedi.

Cumhurbaşkanının depremzedelerden helallik istemesinin üzerinden bir yıl geçtikten sonra yerel seçim sebebiyle yine Cumhurbaşkanı tarafından yapılan bir konuşmada "Hatay, kamu yatırımlarını noksansız alsa da yereldeki vizyon eksikliği nedeniyle potansiyelini açığa çıkarmakta zorlanan şehrimiz. Merkezi yönetimle yerel yönetim el ele vermezse, dayanışma halinde olmazsa o şehre herhangi bir şey gelmez. Hatay'a geldi mi? Şu anda Hatay garip kaldı" demek suretiyle Cumhuriyet tarihimizde hiçbir Cumhurbaşkanı, hiçbir siyasetçi tarafından yapılmayan "bana ve partime oy vermezseniz, hizmet filan beklemeyin" tarzında dehşet verici hukuka, anayasaya aykırı bir konuşmaya şahit olduk. Ve aslında Hatay'a günlerce neden bir yardım gitmediğini ve niye garip ve çaresiz bırakıldığını da



bu konuşma sayesinde aslında anlamış olduk.

O yüzden Bursa Barosu olarak yeter artık diyoruz. Yaşamın en küçük kırıntısından bile vazgeçmemek, tüm bu acıyı doğuranlarla mücadele etmek, adalet ve tarih karşısında hesap sormak yeni acılar doğmasın, insanımız onuruyla yaşasın ve bir daha göçük altında kalmasın ve ülkemizi gerçekten yaşanır hale gelsin diye yapılanları, yapılmayanları, söylenenleri ve acı çekenleri unutmuyor ve unutturmuyoruz.

Bursa Barosu olarak doğal afetlerin öncesi ve sonrası için gerekli önleyici ve koruyucu tedbirlerin alınması, tüm gerçek ve tüzel kişilerin tüm faaliyetlerinde doğal afetlere ilişkin hukuki sorumluluklarını yerine getirmesi için her türlü mücadeleye devam edeceğimizi tekrarlıyoruz" diye konuştu.

Öztosun'un ardından, Hatay'da depremde kurtulan Av. Nisanur Şanlı, deprem anı ve sonrasında yaşadıklarını gözyaşlarıyla anlattı.



UĞUR MUMCU'YU ANDIK!

24 Ocak 1993 tarihinde Ankara'da aracına yerleştirilen bombayla katledilen Gazeteci-Yazar-Hukukçu Uğur Mumcu, ölüm yıldönümünde Setbaşı Mahfel önünden Cumhuriyet Alanı'ndaki Atatürk Anıtı önüne kadar yapılan yürüyüşle anıldı. Çağdaş Gazeteciler Derneği Bursa Şubesi'nin anma organizasyonuna

Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Bursa Barosu önceki başkanlarından Av. Yahya Şimşek ve çok sayıda avukat da katıldı. Yürüyüş öncesi yapılan konuşmalarda, Uğur Mumcu ile özgür ve bağımsız bir ülke için mücadele ederken katledilen gazeteciler, akademisyenler ve aydınların isimleri tek tek anons edildi.

SANDIK GÖREVLİLERİNE SEÇİM HUKUKU EĞİTİMİ

Bursa Barosu, 31 Mart yerel seçimleri öncesi, sandık bölgelerinde görev alacak avukatlar için seçim hukuku eğitimi düzenledi. BAOB'daki Av. Özgür Aksoy Konferans Salonu'nda gerçekleştirilen eğitimi Bursa Barosu Yönetim Kurulu üyeleri Av. Nilay Parlar ve Av. Umut Mısır verdi. Eğitimi Başkan Av. Metin Öztosun da izledi.



SEÇİM GÜNÜNE ÖZEL HUKUKİ DESTEK HATTI



Bursa Barosu, 31 Mart 2024 Pazar günü yapılan Mahalli İdareler Genel Seçimi sırasında ortaya çıkabilecek hukuki sorunların çözümüne katkı sunmak için iletişim hattı oluşturdu. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri ile seçim günü sandık görevlileri, siyasi parti temsilcileri ve vatandaşlardan gelen hukuki destek taleplerine yanıt verdiler.



BURSA BAROSU: SEÇMEN İRADESİNE SAYGI GÖSTERİN

Bursa Barosu, 31 Mart'ta yapılan Mahalli İdareler Genel Seçimi öncesi ve sonrasında yaşanan hukuka aykırı ve adil olmayan uygulamaların sona ermesini, sandığa yansıyan seçmen iradesine saygı gösterilmesini istedi. Bursa Barosu Başkanlığı'ndan yapılan yazılı açıklamada, yerel seçimlerde yurttaşların iradesi ile oluşan yerel yönetimlere başarı dileğinde bulunuldu ve "Ancak tüm seçim sürecinde, seçimlerin serbest ve adil olma ilkelerinin ihlali üzerine tespitlerimizi, itirazlarımızı da tarihe şerh etmeyi bir borç biliyoruz" denildi.

Bursa Barosu'nun açıklaması şöyle:

"Bilindiği üzere hukuk devleti ilkesi, hukuk kurallarının sadece vatandaşları değil yöneticileri de bağladığı ve hukuk kurallarının istisnasız herkese etkin ve adil biçimde uygulandığı devlet olarak karşımıza çıkar. Hukuk devletinin içeriği de eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı gibi kurallar ile görünür hale gelir. Demokratik hukuk devleti de bu bahsedilen ilkelerin demokrasinin vazgeçilmezi olan siyasi partilere, sivil topluma ve seçim süreçlerinde uygulanması ile işlerlik kazanır.

Hatırlanacağı üzere 1961 Anayasası'ndan bu yana var olan adalet, içişleri, ulaştırma ve haberleşmeden sorumlu bakanların seçimden önce istifa etmesi kuralı 2017 Anayasa referandumu ile kaldırılmış, bu bakanlıkların tarafsızlıklarını koruması salt ettikleri yemine sadık kalmalarına bırakılmıştır.

Ancak geçtiğimiz yerel seçimler öncesi bu bakanların bırakın görünüşte tarafsız olmayı seçim çalışmalarına bizzat katıldıkları, adaylara oy istedikleri ve bu çalışmalarda kamu olanaklarının kullanıldığı gözlemlenmiş, kamu yayınlarında muhalefet temsilcilerine neredeyse yer verilmemiş ve buna benzer ihlallerle hukuka ve anayasaya aykırı adil, tarafsız, eşit ve demokratik olmayan bir seçim süreci yürütülmüştür.

Üstüne üstlük 31 Mart 2024 tarihinde yapılan Mahalli İdareler Genel Seçimleri öncesi ülkemizin doğusundaki bölgelerde birçok il ve ilçe merkezinde seçmen sayısı ve nüfus yoğunluğuyla orantılı olmayan asker veya polislerin seçmen olarak kaydedildiği, bu kayıtlara yapılan itirazların ise ilçe seçim kurullarınca reddedildiği ve seçim günü bu kaydedilenlerin oy kullandığı gözlemlenmiş ve buralarda seçimlerin serbest ve adilliğine de şüphe düşmüştür.

Yine seçim sonrası bu bölgelerde seçilen belediyelere kayyum atanacağı söylentileri ve Van Büyükşehir Belediye Başkanı seçiminde açık farkla birinci gelen adaya mazbata verilmemesi de halen bu şüpheleri devam ettirmektedir.

Tüm hukuka aykırı ve adil olmayan bu uygulama süreçlerinin sona ermesini, sandığa yansıyan seçmen iradesine saygı gösterilmesini talep ediyor, bu tür uygulamalara karşı demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin tam yanında olduğumuzu kamuoyuna bir kez daha ilan ediyoruz."

TBB VE BAROLARDAN "HUKUK DEVLETİNE SAYGI" ÇAĞRISI

"İSTANBUL 13. ACM VE YARGITAY 3. CD'NİN CAN ATALAY KARARI ANAYASAL DÜZENE MEYDAN OKUMADIR"

Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve İstanbul Barosu'nun, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, Anayasa Mahkemesi tarafından Av. Ş. Can Atalay hakkında ikinci kez verilen ihlal kararını yok sayarak Anayasa'yı da hiçe sayan ve tüm yurttaşları hukuki güvenceden mahrum bırakacak tutumu karşısında hukuk devletine sahip çıkma çağrısına çok sayıda baro başkanı ile avukat katıldı.

İstanbul Çağlayan Adliyesi önünde yapılan ortak basın açıklamasına Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri Av. İsmail İşel, Av. Umut Mısır, Av. Gülender Adıgüzel Özcan, İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Av. Kemal Özgür Yetkin, Genç YK temsilcileri Av. Sibel Gündüz, Av. Enes Burhan ve İnsan Hakları Komisyonu başkan yardımcısı Av. Eser Cem Kara da katıldı.

TBB Başkanı Av. Erinc Sağkan, başkan yardımcısı Av. Gürkan Altun ile TBB yöneticilerinin de bulunduğu açıklamada bir konuşma yaptı ve anayasal düzene meydan okumayı marifet sanan bir yaklaşımla karşı karşıya olunduğunu söyledi. Sağkan şöyle konuştu:

"Jüristokrasi, demokratik meşruiyet taşımayan, yargıçların siyasal kararlar verdiği ve hakimiyeti ellerinde tuttıkları yargı kararlarına dayanan antidemokratik bir rejimi ifade eder. Yargıtay ilgili ceza dairesi Anayasa'nın açık hükmüne rağmen Anayasa'yı yok sayıyor. Daha açık söylemek gerekirse 5 kişilik bir ceza dairesi olarak Anayasa yapıcı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden, hükümetten ve Anayasa'nın bir toplum sözleşmesi olduğu göz önüne alındığında toplumun her bir ferdinden daha güçlü olduğunu söylüyor. Devam ediyor, yasama organına da hesap sorarcasına bir hüküm kuruyor. Yasama organının bir üyesini, milletin iradesini cezaevinde alıkoyuyor. Şimdi sormak gerekiyor: Hangi yüksek yargı organının kararı jüristokrasiyi andırmaktadır?

Şunu artık net olarak ifade etmeliyiz: Mesele



yalnızca Hatay Milletvekili seçilen Avukat Can Atalay'ın bireysel başvurusu olmaktan çıkmıştır.

Karşı karşıya olduğumuz durum, şu veya bu mahkemeler arasındaki bir yorum farklılığı meselesi de değildir. Bugün söz konusu olan Yargıtay 3. Ceza Dairesinin yetkisi

olmadığı halde bir Anayasa Mahkemesi kararı için hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği şeklinde gerekçe kurabilmesidir.

Bugün söz konusu olan, Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararında Anayasa Mahkemesini "terör örgütlerinin söylemleri ile uyum" göstermekle itham etmesidir.

Bugün söz konusu olan Anayasa'nın ihlal edilerek Anayasa Mahkemesi kararına uyulmamak şeklinde karar verilmesi suretiyle Atalay'ın kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, seçilme hürriyetinin ve onu seçen halkın seçme hürriyetinin gasp edilmesidir. Bugün söz konusu olan Yargıtay Ceza Dairesinin Anayasa'ya, hukuka aykırı bir karar vermesi değil, Anayasa'nın yok sayılabileceğini, Anayasa'nın istenildiğinde askıya alınabileceğini; bu güce sahip olunduğunun gösterilmesi suretiyle Anayasal düzene meydan okunmasıdır.

Geldiğimiz aşama itibarıyla, haklarında suç duyurusunda bulunduğumuz İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinden talep edilebilecek hukuki bir mesele kalmamıştır. Bugün buradan, diğer Anayasal organlara, kurumlara ve kişilere; Anayasal düzene karşı açıkça suç işleyen heyet üyeleri hakkında gereğinin yapılması görevini hatırlatmak istiyoruz. Anayasal düzeni tanımayan hâkim ve savcılar için disiplin ve ceza soruşturmaları derhal yürütülmelidir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararının gereği yerine getirilmeli, Hatay Milletvekili seçilen Şerafettin Can Atalay'ın tahliyesi ve milletvekilliği görevinin gereklerini yerine getirmesi sağlanmalıdır. Can Atalay'ın tutuklu geçirdiği her an, hukuksuzluk daha da büyümektedir."

UYAP SİSTEMİNDE GÜNCELLEME İSTEKLERİMİZİ BAKANLIĞA İLETTİK

Bursa Barosu, UYAP sisteminde bazı güncellemeler talep etti. Adalet Bakanlığı'na yazılı talepte bulunan Bursa Barosu'nun istekleri şöyle:

» UYAP'ta evraklar kronolojik olarak görüntülenebilmeli;

» UYAP'taki dosyalar ayrı bir programa gerek kalmadan tek bir sekme ile bilgisayara indirilebilmeli;

» Banka hacizlerinde bankalardan KEP yolu ile gelen cevaplar ayrı bir programa ihtiyaç duymadan açılabilirmeli;

» KEP'ten gelen diğer yazışmalar ayrı bir programa ihtiyaç duyulmadan açılabilirmeli;

» Duruşma sırası geldiğinde CELSE uygulamasına bir dosya önceden bildirim gönderilmeli;

» Savcılık dosyaları CELSE uygulamasında görülebilmeli;

» İcra dosyalarında talep gönderme sekmesiyle oluşturulan şablon talep, üzerinde değişiklik yapılarak gönderilebilmeli;

» UYAP dilekçeleri ile gönderilen ek evrak sayısı 5'ten minimum 10 evraka yükseltilmeli ve aynı zamanda video yükleme seçeneği de eklenmeli;

» Saat 23:45 ile saat 00:00 arası vezne işlemleri kapalı olduğundan vekaletname ile birlikte

işlem yapılamadığı ve son günlü işlerde hak kayıpları yaşanabildiği için bu süre zarfında da işlemler yapılabilirmeli;

» Anayasa Mahkemesi başvuruları ilgili mahkemenin UYAP ekranından yapılabilirmeli, harç ve evrak göndermek için ilave sekmeler eklenmeli;

» Değişik iş dosyaları ve içeriği de UYAP ekranında görüntülenebilmeli;

» CELSE uygulamasında da evrak gönderme ve ödeme yapılabilirmeli;

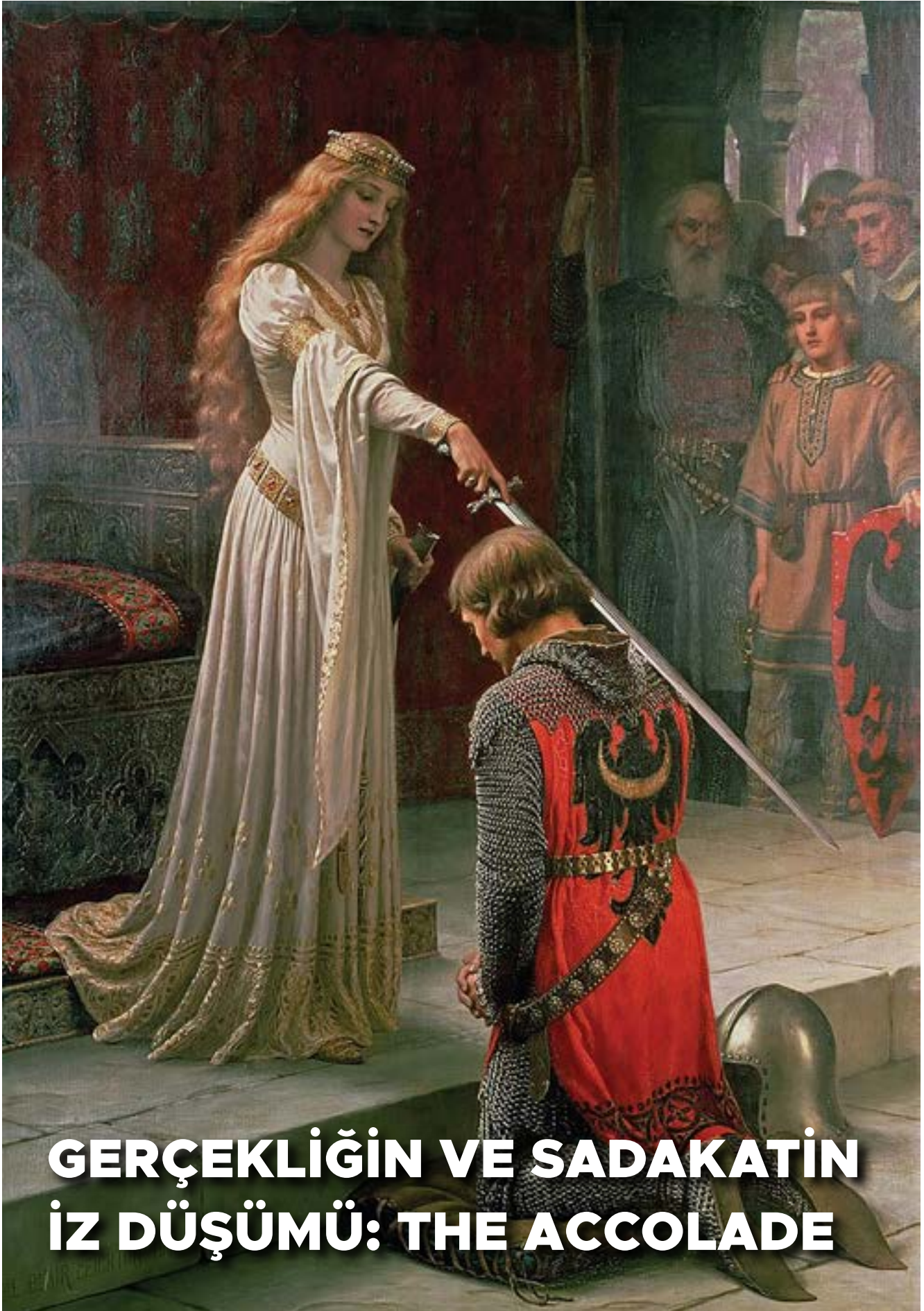
» İcra dosyalarında talep ile birlikte masraf alınması esnasında, dosyada mevcut gider avansı kullanılabilirmeli;

» Hazineye ve savcılıklara kesilecek makbuzlar UYAP üzerinden gönderilebilmeli;

» İcra dosyalarına "Evrak Gönderme" sekmesinden talep gönderilmesi sonrasında aynı icra müdürlüğüne 5 dakika bekleme ve 120 dakika sorgulama süresi kaldırılmalı;

» Savcılık dosyalarına talep ve beyan evrakı gönderme seçeneği eklenmeli;

» Sulh ceza hakimliklerine değişik iş başvuruları, örneğin "Erişimin Engellenmesi", "İdari Gözetim Kararına İtiraz Başvurusu" yapılabilirmeli ve harç ile masraflar yatırılabilirmeli...



GERÇEKLIĞİN VE SADAKATİN İZ DÜŞÜMÜ: THE ACCOLADE

Av. Kübra KORKMAZ

Sanat, zamandan ileri yaşayanlarla, ait olmadığı zamanda kalanlar arasında bir iz düşümdür. Yaratılan her eserde geçmişin en güzel detaylarını yansıtan sanatçıların en başında Edmund Blair Leighton gelir.

1852 senesinin Eylül ayında Londra’da dünyaya gelen Edmund Blair Leighton, tıpkı kendisi gibi yetenekli bir ressam olan Charles Blair Leighton’ın oğluydu. O yüzden çocukluk yıllarında ilk eğitimi bizzat babasından alacak kadar şanslıydı küçük Edmund. Detaycı bir kişiliği vardı; bu kişiliğinin etkisini çizdiği resimlerde de görmek mümkün. Özellikle tarihsel konulara ve romantizme meraklı olduğundan, tablolarında önümüze çıkan masalsı atmosferin içine kapılıp gitmemek neredeyse imkânsız. Dokunaklı orta çağ aşk hikayeleri denildiğinde on dokuzuncu yüzyılın önde gelen isimlerinden biri olmayı başarmıştı Edmund Blair Leighton.

Leighton çok ince ve detaylı işlenmiş ve ilgi çekici konulu tablolar hazırlayan bir sanatkar ressam olarak tanındı. 1878 yılından itibaren 1920 yılına kadar "Kraliyet Akademisi"nin Burlington House'daki yıllık sergilerine eserleri ile katıldı. Bu akademi Leighton'a Assosiyasyon Üyelik ve de Akademik Üyelik şerefi bağışladı. Hayatının son 12 yılına kadar Kraliyet Yağlıboya Ressamları Enstitüsü üyeliği yaptı.

Leighton eserlerinde özellikle Orta Çağ İngiliz şövalyeleri zırhlarının çok ince detaylarla ele alındığı görülür. Orta Çağ sevdasını gerçek hayatında da yansıtarak, İngiltere’de bulabildiği ve satın alabildiği kadar şövalye teçhizatı satın almıştır.

The ACCOLADE (ÖVGÜ): 1901 yılında Edmund Blair Leighton tarafından, son döneminde bilinen en ünlü eserlerinden biri olmuştur. Resim, Orta çağ İngiltere’inde bir şövalyelik kılıcını almak üzere güzeller güzeli kraliçenin önüne eğildiği anı betimlemektedir. Resimdeki şövalye, muhtemelen oğlu için savaşarak şövalyelik unvanı almaya hak kazanmıştır ve bu nedenle kraliçe tarafından ödüllendirilir. Resimdeki kişilerin kim olduğunu net olarak bilmesek de zırhtaki ayrıntılar Polonya’nın Henry V, Duke of Wroclaw olduğunu bazı kaynaklardan görebilirsiniz.

Fransızca: chevalier / İngilizce: knight anlamına gelen şövalyenin soydan olmayan bir seçkinlik unvanı taşıması, resme baktığımızda teslimiyeti bu kadar keskin ve net olarak hissettirmesi özgünlüğüne dair bir hissiyat bırakır. Detaylı ve güçlü bir şekilde kullanılan renklerinin yanı sıra, şövalyenin yüzündeki ifade ve kraliçenin yüzündeki sevinç ifadesi de resme başka bir perspektifte bakmamıza yön verebilir. Aldıkları eğitimin hakkını veren adaylar şövalye ilan edilir edilmez o andan itibaren kendilerine öğretilen teknikleri, doğruları ve değerleri hayatlarına tatbik edeceklerini, ayrıca üzerindeki sorumlulukları en iyi şekilde yerine getireceklerini sözle ifade ederek herkesin önünde bir yemin ederdi. Dönemlere ve krallara göre değişiklik gösteren yemin için tek ve kesin bir metin mevcut değildir. Ancak içerik itibarıyla hepsinde şövalyelerin aynı konulara hassasiyet gösterecekleri ve benzer durumlarda benzer şekilde hareket edecekleri belirtilmektedir. Örnek bir yemin metni olarak şunu verebiliriz: Kiliseyi savunacağıma, kötülerin karşısında olacağıma, kadınları ve zayıfları koruyacağıma, ülkenin refahını sağlayacağıma ve devam ettireceğime ve diğer şövalye kardeşlerimin uğruna kanımın son damlasına kadar savaşacağıma, yanlışın ve haksızlığın öcünü alacağıma ve erdemlerimi koruyacağıma ant içerim.”

Bazı yerlerde (The Accolade / Övgü)’nün Aşk ve Batı olarak yazıldığını görürüz. Kral olarak resmedilmeyip, kraliçe olarak resmedilmesi ve bakışları böyle bir adlandırmaya sebebiyet vermiş olabilir.

Sanatçının diğer eserlerine de baktığımızda Old Times (1877), Till Death Do Us Part (1878), Lady Godiva (1892), The Elopement (1893), The King and the Beggar –maid (1898) eserlerinde de ikili ilişkileri ve yansıttığı dönemi ayrıntıları ile görebiliriz. Yaşanılan şehir, dönem ve akım yapılan her eseri etkiler. Tarihsel ve romantik konulu tarzlarda eserler vermesi, Alegorik Orta Çağ tarihsel eserleri ile Ön-Raffaelloluk Akımı’na yaklaşmasını göz önünde bulundurursak, yansıttığı dünyaya inanmamızı, ayrıntılara önem verdiğini anladığımız her eserinde belki de THE ACCOLADE’de olduğu gibi sadakati ve ayrıntılarda saklı aşkı bulabiliriz...

OKUMAK, ÖĞRENMEK VE YAŞAM SÜREKLİLİĞİ

Av. Gaffar AKER

Kızım daha yeni doğmuş ve kucağıma aldığımda “kızım büyüyecek de okula başlayacak ve üniversiteyi bitirecek de” diye başlayan sözlerim aklıma takıldı. Evet, dünün küçük bebekleri bugünün üniversiteyi bitirmiş, iş gücü sahibi gençleri oldular. Kızım da üniversite mezunu oldu. Çocuklar ve ebeveynler hep anı yaşarlar. Hep birlikte büyüdükçe “geleceğin” farkına varırız. Geçmiş unutmadan, nostaljik duygularla yaşarken geleceğin yaşam tadına varırız. Durağan olmayan yaşamda, değişimi tüm hızıyla yaşar hale geliriz. Gelecekteki ihtiyaçlarımızı, hayallerimizi ve beklentilerimizi bugünden öngörmek ve geleceği planlamak sosyal bir varlık olan insanı insan yapan özelliklerindendir.

İnsanoğlu büyürken gelecek için hazırlıklı olmayı öğrenir, öğrenmekle de kalmaz uygulama şansı yakalar. Bu bir fırsat ve uygulamadır. Yaşam şansını değerlendirip değerlendirememekle karşı karşıya kalır. Gelecek için bugünden hazırlıklı olmak, toplumdan topluma değişiklik göstereceği gibi insandan insana da değişebilir. Tarihsel ve sosyal statülerinden dolayı bazı toplumsal katmanlarda gelecek kaygısı diğer toplumsal katmanlara göre farklılıklar gösterse de temel kriter değişime ayak uydurmaktır. Kimi toplumlar bu fırsatları toplumsal değerlerin elverdiği ölçüde çok iyi değerlendirir yol alır, kimi toplumlar bu fırsatları değerlendiremez geri kalır. Her toplumsal yaşamın dinamikleri sosyo-ekonomik dinamiklerde gizlidir. Dolayısıyla her toplumsal katman kendi geleceklerini hazırlarken yaşamın her alanında kendi kaderlerini kendilerinin belirleyeceğini düşünürler. İnsanlar çoğunlukla yaşam faaliyetlerini toplumsal bir fayda yerine bireysel/ailesel yaşam bakış açısıyla sürdürürler. Elbette bu yaşanan toplumsal üretim ve özel mülkiyet anlayışının egemen olmasının bir sonucudur diye bakmak lazım. İnsanlar yaşadıkları toplumsal ilişkilerin sonucu olarak ya toplumsal ya da bireysel yaşamı ön planda tutarlar.

Yaşadığımız çağda insanlar yaşamlarını genellikle “avlamak, hedefi vurmak ve rakibi yenmek” gibi algılar üzerine kurarlar. Satrançta olduğu gibi mat varsa sonuç vardır. Oysa yaşam tek düze değildir. Yaşam ne gri ne de beyazdır. Yani yaşam bir “çiftçilik” gibidir. Tıpkı işin ehli iyi çiftçiler gibi güzel ve kaliteli bir yaşamı isteyen insanlar da toprağı hazırlamayı, tohum atmayı, filizlenen bitkileri zararlı canlılardan korumayı, ekinleri sulamayı, gübrelemeyi, ilaçlamayı iyi bilmelidirler. Güneşin doğup batacağını, yağmurun yağacağı zamanı, rüzgârın esme anını ve zamanı geldiğinde hasadı nasıl toplayacaklarını iyi bilmek zorundadırlar. En önemlisi ne kadar aceleleri olursa

olsun zamanından önce hasadın mümkün olmadığına bilincinde hareket etmek zorundadırlar. Bir çiftçinin doğa kanunlarına gösterdiği saygıyı insanoğlu da kaliteli insan yaşamına özen göstermekle mükelleftir. Kaliteli ve öngörülebilir yaşam tarzı yaratmak hiç de kolay olmasa gerek. Emek ve özen ister, zamanı iyi ve verimli kullanmayı gerektirir. Dahası sürekli bir eğitim çalışması ile deneyimlemeyi ister. İnsana ve doğaya saygıyı ister.

Elbette kaliteli bir yaşama sahip olmak, topluma faydalı bir birey olmak sorumluluk ister, değişen ve gelişen teknolojik yenileşme ve iletişime açık olmaktan, empati kurmaktan geçer. Çağdaş ve gelecek odaklı kültürlerde, bireyler sadece bugünü değil yarını da düşündükleri için sorumluluk duyguları çok yüksek olmak zorundadır. Günlerini ve zamanlarını “Har vurup harman savurmak” anlayışının dışında kurmak ve yaşam standartlarını buna göre tasarlamak temel anlayış olmalıdır.

Toplumun bir bireyi olarak bu anlamda eğitim ve öğretimin kalitesi kuşkusuz toplumsal gelişme ve çalışmaların yakalanmasında çok önemli yer tutmakta olduğunu görüyor ve bu öngörüyle hareket etmekteyim. Sürdürülebilir bilimsel çağdaş bir eğitimi ve öğrenimi yakalamış toplumlar her alanda gelişmeyi yakalayan, soran-sorgulayan toplumlardır. Aksi durum geri kalmışlığın sebebi olacaktır. Her yaşta önümüze çıkan eğitim fırsatlarının değerlendirilmesi ve bundan faydalanılması toplumsal eğitim sistemine bir katkı olarak görülmelidir.

1980’li yıllarda başlamış olduğum İstanbul Hukuk Fakültesi eğitimime vermiş olduğum kesintiden sonra af ile yakalamış olduğum eğitim fırsatımı iyi değerlendirip 2020 yılında mezun oldum. Sürmekte olan yoğun bir iş hayatımın arasında öğrencilik hiç de kolay değildi. Ama asıl beni motive eden kişi, oğlumun bana gönderdiği avukatlık cübbesi ve hâkim tokmağı oldu. Okulu bırakmaya yakın duygularım bir anda yok oldu ve beni ne olursa olsun okulu bitirmeye motive etti. Dolayısıyla 60 yaşından sonra öğrenci olmak çok zor olsa da içimde ukde kalan avukatlık ruhsatıma, yoğun çalışma azmi ve inatla sahip oldum. Artık ben bir avukattım.

Okumanın yaşının olmadığını, azmin elinden bir şeyin kurtulamayacağını ispatlamış olmanın dışında başta aileme, yakın çevreme ve dostlarıma moral ve motivasyon aşıladığım için mutlu ve gururluyum. Eğer sürdürülebilir ve toplumsal başarılar elde etmek istiyorsak bilimin ışığında koyduğumuz yaşam kurallarına uymak, değişim ve gelişime ayak uydurmak zorundayız.



kimsesizin kimsesi

Avukatlık; hak, hukuk, adalet yolu
Kanun maddeleri konuşur dolu dolu
Gasp edilen haklardır davada konu
Haksız kazançlardır inciten kulu

Hakkı savunan avukattır adaletin tecellisi
Hakkın kazanılmasıdır onun tek tesellisi
Vidhanını rahatlatır adaletin hakkı tescili
Ortaya çıkmasıdır; hırsızın, haksızın sicili

Haklının hakkını almasının rehberidir
Mazlumun, masumun adil sesidir
Savunmasız, kimsesiz olanın kimsesidir
Hakkın, hukukun, adaletin simgesidir

"Mahkeme kadiya mülk değildir"
Fakat "Adalet mülkün temelidir"
Doğrucu avukat adaletin direğidir
Hırsıza, gaspa engel onun yüreğidir

Doğruyu, hakkı, gerçeği savunan avukatların
müvekkilleri her zaman mutlu olsun

Bu yolda; adaleti, hakkı, hukuku ve doğruyu
savunan avukatların "5 Nisan Avukatlar
Günü" kutlu olsun

Arslan GEDİK

adlı yurttaşın Avukatlar Günü nedeniyle
Bursa Barosu'na gönderdiği dizeler



Çizgi: Gürbüz Doğan Ekşioğlu

zeytin



Çizgi: Gürbüz Doğan Ekşioğlu

*Kabil Bankasının Kandahar şubesinde
sıfırsekiz sularında
üstenilmeyen bir intihar saldırısı
Tam da devlet memurları
terli bir rüyadan yeni uyanmışken
Üçbinbeşyüz kilometre mesafedeki
merkez bankasının
beşbin bazlı puanları
yabancı basında kendisine
arsız bir iştahla yer buluyordu*

*Öte yandan güneşten kaçırılıp
küfle kilitlenirken şehirlerin kapıları
Şehvetli hatiplerin kadife kılıflı sözleriyle
hafızalardan silinmeye çalışılıyordu
yedi kat olmuş leş kokuları*

*Daha da artması bekleniyordu
savcılardan sorulamayan halk acılarının
Bombalar yağıyordu üstüne
bilinci iyidiş edilmiş mısraların*

*Belki anlamı olabilirdi her şeyin
tutabilseydik eğer titreyen çocukların elini
Gözlerine bakıp da katillerimizin
"itham saatidir" diyebilseydik
çarmıha gerili bu sınavdan çıkabilirdik.*

*Sussun kurşundan gözyaşlarımız
Çözmeli ağırlı yerlerinden bu bilmeceleri
Dinleyerek göğsümüzü en derinlerinden
Bin yıllık şarapları artık akdenize dökmeli.*

Av. Metin ÖZTOSUN
10.04.2024

ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE PRAG KURALLARI

Gülender ADIGÜZEL ÖZCAN¹

Özet

Uluslararası ticari tahkimde delil ikamesi aşaması tarafların iddialarını kanıtlamaları açısından çok önemli bir nokta olup delil ikamesinde uygulanan kurallar tahkim yargılamasının verimliliğini ve etkililiğini önemli ölçüde etkilemektedir.

Bu çalışmada (i) uluslararası ticari tahkimde delili ikamesi kavramı ve delil ikamesinde uygulanacak kuralların belirlenmesi (ii) IBA Kuralları ile Prag Kurallarının tarihçesi ve amacı (iii) Prag Kurallarının getirdiği yeni düzenlemelerin IBA Kuralları ile karşılıklı olarak incelenmesi ele alınacaktır. Yapılacak bu çalışmayla Prag Kurallarının delil ikamesi sürecini nasıl etkileyeceği değerlendirilerek; tahkim yargılamasının, daha verimli ve tercih edilebilir hale gelmesine katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Ticari Tahkim, Prag Kuralları, IBA Kuralları, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi, Anglosakson Hukuk Sistemi, Delil ikamesi.

PRAG RULES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Abstract

The procedure of taking evidence in international commercial arbitration is a very important point for the parties to prove their claims. However, the rules of taking of evidence which are applied in international commercial arbitration have a very strong effect on efficiency and effectiveness of arbitration.

In this study; (i) the legal concept of taking evidence and determination of evidentiary rules in international commercial arbitration and; (ii) historical processes and aims of IBA Rules and Prague Rules, and (iii) the new regulations of Prague Rules which are different from the IBA Rules, will be examined. The aim of this study is to contribute to making arbitration more efficient and preferable by

¹- Avukat, Bursa Uludağ Üniversitesi Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, gulenderadiguzel@gmail.com

Dünyada globalleşmenin artması ile birlikte uluslararası ticari ilişkiler artmış ve buna bağlı olarak da uluslararası ticari uyuşmazlıklar daha karmaşık bir hal almıştır. Her ne kadar bu uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yargılaması çokça tercih edilse de tahkim yargılamalarının çok uzun sürebilmesi ve maliyeti tahkim yargılamasının verimliliğini ve etkililiğini olumsuz etkilemektedir.

evaluating how the Prague Rules will affect the process of taking of evidence.

Keywords: International Commercial Arbitration, Prag Rules, IBA Rules, Civil Law , Common Law, Taking Of Evidence.

GİRİŞ

İlk çağlardan bu yana farklı uluslar birbiriyle ticaret yapmış ve bu uluslar arasında çeşitli ticari uyuşmazlıklar yaşanmıştır. Bu uyuşmazlıkların çözümü önceleri daha geleneksel ve benzer yöntemlerle yapılmakta iken, modern devlet anlayışının ortaya çıkması ve bu devletlerin spesifik hukuk kültürlerinin oluşmasıyla birlikte söz konusu uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü daha karmaşık bir hale gelmiştir. Her ne kadar birbiriyle ticari ilişki içinde bulunan devletlerin taraf olduğu çeşitli uluslararası antlaşmalar, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde rol alsada söz konusu uyuşmazlıkların taraf devletlerden birinin devlet yargısı altında çözülmesinin bu karmaşıklığı giderdiğinden bahsetmek zordur. Aksine birçok uyuşmazlıkta taraflardan birinin diğer devletin hukuk sistemine aşına olmaması ve mahkemelere erişiminin zorluğu uyuşmazlığın çözümünü daha da karmaşık bir hale getirmektedir. Bu sebeplerle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlık taraflarının çoğu kez devlet yargısı yerine alternatif uyuşmazlık çözümlerini tercih ettiği görülmektedir. Özellikle uyuşmazlık hakkında 3. bir kişi olan hakem veya hakem heyetinin bağlayıcı bir karar verdiği, bu yönüyle devlet yargısına benzeyen tahkim usulü bu tür uyuşmazlıkların çözümünde çokça tercih edilmektedir.

Ancak diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin birçoğunda olduğu gibi tahkim usulü de Anglosakson Hukuku kökenlidir. Bu durum Kıta Avrupası Hukuku kültüründen gelen taraflar ve tahkim uygulayıcıları için çeşitli zorluklara yol açabilmektedir. Bu durumun en görünür olduğu tahkim usulü aşamalarından biri de delil ikamesi aşamasıdır. Tahkimde delil ikamesine ilişkin birincil hukuk kaynaklarında ayrıntılı düzenlemeler mevcut olmayıp genellikle esnek hukuk kuralları (soft law) olarak adlandırılan kılavuz ilkeler dikkate alınmaktadır. Tahkim yargılamasında delil ikamesinde çoğunlukla Uluslararası Barolar Birliği tarafından yayınlanmış kısaca IBA (International Bar Association) kuralları olarak adlandırılan kılavuz ilkeler referans alınmaktadır. Ancak IBA kuralları daha çok Anglosakson Hukuku etkisi taşımaktadır. Bu sebeple 2018 yılında kendilerini

Prag çalışma grubu olarak adlandıran bir grup hukukçu, tahkimde delil ikamesinde hukuk kültürleri arasındaki uyumu sağlamak adına Kıta Avrupası Hukuku etkisini de taşıdığını iddia ettikleri Prag Kurallarını yayınlamışlardır. Prag kurallarının uygulanma tarihinin çok yeni olması sebebiyle konu üzerinde çok fazla araştırma yapılmamış olup bu yönde yapılacak çalışmaların literatüre ve çalışma alanına katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca Türk hukuk sistemi de Kıta Avrupası Hukuk sistemi örneklerinden biri olup Kıta Avrupası hukuk sistemi etkisi taşıyan Prag Kurallarının değerlendirilmesi ve tartışılması, Türkiye menşeli şirket ve kurumlar açısından tahkimin daha çok tercih edilmesi ve uygulanabilirliğinin artmasına katkı sağlayabilecektir. Bu tezin yazılma amacı Uluslararası tahkimde delil ikamesi aşamasında IBA kuralları ile Prag kurallarının farklılıklarının değerlendirilmesi ve Prag kurallarının uluslararası ticari tahkimin işlevselliğine nasıl bir etkide bulunabileceğinin tartışılmasıdır.

1. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE DELİL İKAMESİ

Delil sözcüğü farklı birçok şekilde tanımlanmakla beraber sözlük anlamı aranılan gerçeğe ulaştırabilen iz manasına gelmektedir (<https://sozluk.gov.tr/?kelime=> - (30.07.2021))

.Hukuk terminolojisinde ise çekişmeye sebep olan vakanın gerçekleşip gerçekleşmediğini mahkeme önünde ispatlamaya yarayan usul hukuku ispat aracı olarak tanımlanmaktadır (Türk Hukuk Kurumu, 1943; 66).

Delil ikamesi ise tarafların iddialarını ispat etmek için, delillerini yargılama sırasında ibraz etme eylemleridir (Erdönmez,2013; 15). Tahkim usulünde de bir yargılama süreci söz konusu olup tarafların iddialarını kanıtlamak için delil ikamesi büyük bir önem arz etmektedir. Diğer alternatif uyuşmazlık türlerinin birçoğunda tarafların uzlaşmaları ön planda iken tahkimde maddi gerçeğin ne olduğu çözüm noktasıdır. Maddi gerçeğe ulaşmak da ancak yargılama sürecinde sunulan delillerle mümkün olabilir.

Bu sebeplerle diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına oranla tahkim yargılamasında delil ikamesinin uyuşmazlığın çözümünde çok önemli bir rolü vardır.

2. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE DELİL İKAMESİNE İLİŞKİN KURALLARIN BELİRLENMESİ

Devlet yargısında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda delillerin nasıl toplanacağı ayrıntılı

olarak önceden belirli olup uluslararası ticari tahkim usulü için bunu söylemek daha zordur. Zira ulusal yargı mevzuatlarında, uluslararası ticari tahkimde delil ikamesine ilişkin yeterince düzenleme bulunmamaktadır. Tahkimin devlet yargısı dışında bir uyuşmazlık çözüm yolu olması sebebiyle, delillerin toplanması kurallarının belirlenmesinde, hakem heyetine ve taraflara belirli bir irade serbestisi tanır (Derekaya, 25.07.2021). Hem Kıta Avrupası hem Anglosakson Hukuk sistemi uygulanan devletlerde bu uygulama hakim olup Türk ulusal mevzuatındaki hükümler de benzer özelliktedir. Türk ulusal mevzuatında uluslararası ticari tahkimde delillerin ikamesine ilişkin hükümler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda düzenlenmiştir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri; "Hakem veya hakem kurulunca bilirkişi seçimi

MADDE 431-

(1) Hakem veya hakem kurulu; a) Belirlediği konular hakkında rapor vermek üzere bir veya birden çok bilirkişi seçimine, b) Tarafların bilirkişiye gerekli açıklamaları yapmalarına, ilgili belge ve bilgileri vermelerine, c) Keşif yapılmasına, karar verebilir.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan birinin talebi veya hakem ya da hakem kurulunun gerekli görmesi üzerine bilirkişiler, yazılı veya sözlü raporlarını vermelerinden sonra çağrılacakları duruşmaya katılırlar. Bu duruşmada taraflar, bilirkişilere soru sorabilir ve uyuşmazlık konusunda kendi seçtikleri özel bilirkişileri dinletebilirler.

Delillerin toplanması MADDE 432

Taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebilir."

Şeklinde olup görüldüğü üzere sadece bilirkişi deliline ilişkin ayrıntılı olmayan bir hükme yer verilmiş ve delillerin toplanmasında mahkeme yardımına başvurulabileceği belirtilmiştir.

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ilgili hükümleri;

"Madde 10. ... D) Taraflarca kararlaştırılan ya da hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde davacı, tarafların ad, unvan ve adreslerini, temsilcisini, tahkim şartını veya sözleşmesini, uyuşmazlığın doğduğu veya ilgili olduğu sözleşme veya hukukî ilişkiyi, iddianın dayandığı olayları, uyuşmazlığın konusunu, miktarını ve istemini

içeren dava dilekçesini; davalı ise, cevaplarını içeren dilekçesini hakem veya hakem kuruluna verir. Taraflar dilekçelerine yazılı delillerini ekleyebilir ve ileride sunacakları delillere yollama yapabilirler. Taraflar, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını ve diğer hâl ve şartları dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir. İddia veya savunmanın tahkim anlaşmasının kapsamı dışına çıkacak şekilde değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkün değildir.

Madde 11

A) Hakem veya hakem kurulu, delillerin sunulması, sözlü beyanlarda bulunulması ve bilirkişiden açıklama istenmesi gibi sebeplerle duruşma yapılmasına karar verebileceği gibi; yargılamanın dosya üzerinde yürütülmesine de karar verebilir. Taraflar duruşma yapılmaması konusunda anlaşmadıkça, hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine yargılamanın uygun aşamasında duruşma yapar. Hakem veya hakem kurulu, dava ile ilgili her türlü keşif tarihini, bilirkişi incelemesini veya diğer delillerin incelenmesi için yapacağı toplantı ve duruşmaları ve tarafların gelmemeleri halinde bunun sonuçlarını uygun bir süre önceden taraflara bildirir. Hakem veya hakem kuruluna sunulan dilekçeler, bilgiler ve diğer belgeler taraflara bildirilir.

Madde 12

A) Hakem veya hakem kurulu;

1. Belirlediği konular hakkında rapor vermek üzere bir veya birden çok bilirkişi atanmasına,
2. Tarafların bilirkişiye gerekli açıklamaları yapmalarına, ilgili belge ve bilgileri vermelerine,
3. Dava ile ilgili keşif yapılmasına, Karar verebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan birinin istemi veya hakem ya da hakem kurulunun gerekli görmesi üzerine bilirkişiler, yazılı veya sözlü raporlarını vermelerinden sonra çağrılacakları duruşmaya katılırlar. Bu duruşmada taraflar, bilirkişilere soru sorabilir ve uyuşmazlık konusunda kendi seçtikleri özel bilirkişileri dinletebilirler.

B) Taraflar, delillerini hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde verirler. Hakem veya hakem kurulu, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir. Bu takdirde mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri

Kanunu hükümlerini uygular...”

Şeklinde olup MTK hükümleri HMK hükümlerine oranla delil ikamesine ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Ancak bu hükümler de yeterince ayrıntılı olmayıp HMK hükümleri gibi emredici olmayan hükümlerdir. Kanun hükümleri UNCITRAL model tahkim kanunu dikkate alınarak hazırlanmış olup diğer ülkelerin genelinde de bu kanun model alınarak uluslararası tahkime ilişkin düzenlemeler yapılmıştır (Küçükaya, 2015;255). Bu durum göze alındığında ve yukarıda yer vermiş olduğumuz kanun maddeleri incelendiğinde, hukuk sistemlerinin uluslararası ticari tahkimde delillerin toplanmasına ilişkin kuralların belirlenmesini, tarafların ve hakem heyetinin iradesine bıraktığı sonucuna varılabilir. Ancak taraflar uyuşmazlık öncesi yapılan tahkim anlaşmalarında delil ikamesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermeyip ad-hoc tahkim yerine kurumsal tahkimi benimseseler dahi, kurumsal tahkim kurallarında da delil ikamesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere çok fazla rastlanılmamaktadır. Bu sebeplerle hem ad-hoc tahkimde hem kurumsal tahkimde delil ikamesinde, birtakım kurumların delil ikamesine ilişkin olarak yayınladıkları kılavuz ilkeler referans alınmaktadır.

3. IBA KURALLARI'NIN TARİHÇESİ VE AMACI

Uluslararası Barolar Birliği uluslararası ticari tahkimde delil ikamesine ilişkin ilk kez 1983'te “Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin Sunulması ve Tahkikine İlişkin Kurallar” adlı kılavuz kuralları yayınlamıştır. Sonrasında bu kurallar gözden geçirilip geliştirilmiş ve 1999 yılında IBA Kuralları olarak yayınlanmıştır. Bu kurallar geniş bir kabul edilebilirliğe ulaşmış olup ilerleyen yıllarda güncellenmiştir. IBA kurallarının güncel hali Uluslararası Barolar Birliği Konseyi'nin 17 Kasım 2020 tarihli kararı ile kabul edilmiştir.

IBA kurallarının amacı tahkim yargılamasında taraflar arasında verimli, ekonomik ve adil bir delil ikamesi süreci sağlamak ve farklı hukuk sistemleri arasında uyum sağlamak olarak belirtilmiştir (IBA, 2010: 2). Bu bağlamda IBA kurallarının tüm dünyada uluslararası tahkim yargılamasında delil ikamesine ilişkin en çok referans alınan kurallar olması söz konusu amacın belirli bir oranda karşılandığının göstergesidir. Fakat IBA kurallarının hala Anglosakson hukuk sistemine daha yakın olduğu ve bu durumun tahkim yargılamasının verimliliğini olumsuz yönde etkilediğine ilişkin tartışmalar mevcuttur.

4. PRAG KURALLARI'NIN TARİHÇESİ VE AMACI

Prag Kuralları kendini Prag çalışma grubu olarak adlandıran 44 hukukçu tarafından düzenlenmiş olup 14 Aralık 2018 yılında resmi olarak imzalanmıştır.

Prag Kurallarının başında, çalışma grubuna ait bir not yer almaktadır. Bu notta gün geçtikçe tahkim yargılamasında zaman ve maliyet konusunda arzu edilmeyen bir sürecin söz konusu olduğu, delil ikamesi aşamasında; belge sunumu başta olmak üzere, birden çok durum tespiti yapılması ve birçok bilirkişiye başvurulması, duruşmalardaki çapraz sorgunun çok uzun sürebilmesi gibi nedenlerle bu durumun olduğu, IBA kurallarının Anglosakson Hukuk sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk sistemi arasında önemli bir köprü oluşturduğu ancak bu kuralların halen Anglosakson Hukuk sistemine daha yakın olduğu, bu sebeplerle Prag Kurallarıyla delil ikamesine Kıta Avrupası Hukuku sistemi bakış açısı getirilerek tahkim yargılamasının işlevselliğinin ve verimliliğinin artırılmasının amaçlandığı belirtilmiştir (Prag Rules, 2018: 2).

Ayrıca belirtmek gerekir ki çalışma grubunun bu notunda Prag Kurallarının herhangi başka bir kurallar bütününe ya da tarafların ve hakem heyetinin iradesinin yerine geçmek gibi bir amacının olmadığı, ihtiyaç duyulduğu halde Prag Kurallarının bütününe ya da sadece bir kısmının tahkim yargılamasında dikkate alınabileceği ifade edilmiştir.

5. PRAG KURALLARININ IBA KURALLARINDAN FARKLI OLARAK GETİRDİĞİ YENİ DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ

5.1. Hakem Heyetinin Rolü

5.1.1. Prag Kurallarının “Hakem Heyetinin Aktif Rolü” Başlıklı 2. Maddesi Gereği İncelenmesi

Prag Kurallarının hem giriş bölümünde hem de 2. maddesinde hakem heyetinin tahkim yargılamasında etkin bir rol almasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Hatta 2. maddenin başlığı “Hakem Heyetinin Aktif Rolü” (Proactive Role of the Tribunal) şeklinde olup Prag Kurallarının iki farklı hukuk sistemi arasında köprü olmak adına getirdiği en önemli yeniliklerden birinin bu olduğu söylenebilir. Zira hakem heyetinin etkin olması Kıta Avrupası Hukuku Sisteminde mevcut olan hâkimin resen araştırması ilkesinin (inquisitorial approach) bir görünümüdür.

Prag Kurallarındaki bu yaklaşım tahkim yargılamasında daha etkin ve güçlü bir hakem

heyetini öngörmektedir. Prag Kurulu Çalışma grubu üyelerinden biri olan Klaus Peter Berger de Prag Kuralları yayınlanmadan önce yayınlanan bir makalesinde, tahkim yargılamasının verimliliğinin artması ve iki hukuk sisteminin farklılıklarının, yargılama süresince oluşturduğu çelişkilerin ortadan kalkması için daha etkili ve güçlü hakemlere ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir (Berger ve diğerleri, 2016: 415-435).

Prag Kurallarının 2. maddesi ayrıntılı olarak incelendiğinde hakem heyetinin dava yönetim sürecine ilişkin görüşmeleri nasıl yürüteceği IBA kuralları ile benzerlik göstermektedir ancak; dava dosyası gelir gelmez hakem heyetinin herhangi bir gecikmeye yer vermeksizin dava yönetim sürecine ilişkin görüşmeleri başlatması ile hakem heyetinin daha hızlı bir süreç yürütmek adına bu görüşmeyi elektronik ortamda gerçekleştirmek için tarafları teşvik etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi hakem heyetinin etkinliğine dikkat çekmektedir. Maddenin devamında tahkim heyetine, tarafların talepleri, uyuşmazlığa konu olan ve uyuşmazlığa konu olmayan kısımları ve hukuki gerekçeleri dikkate alınarak taraf pozisyonlarını açıklığa kavuşturması, bütün bunlardan sonra da dava sürecine ilişkin takvimi taraflarla görüşerek oluşturması öngörülmekte olup bu kısım IBA kuralları ile benzerlik göstermektedir (Jun, 2019: 56).

Ayrıca Prag Kuralları 2. maddenin 4. fıkrasında hakem heyetinin lüzumlu görmesi durumunda, taraflara, hakkında uyuşmazlık olmadığı düşünülen ama hakem heyetinin uyuşmazlık olduğu kanaatine vardığı konuları, taraflardan birinin iddiasını kanıtlamak için gerekli olduğunu düşündüğü delilleri, tarafların iddialarını dayandırdıkları hukuki gerekçelerin anlaşılabilirliği durumunu, tarafların iddia ve savunmalarını kanıtlamak amacıyla yapabilecekleri eylemleri herhangi bir aşamada bildirebileceği belirtilmektedir. Bu durumun hakem heyetinin ihsas-ı reyî anlamına gelmeyeceğine de ayrıca değinilmiştir.

5.1.2. Prag Kurallarının “Jura Novit Curia” başlıklı 7. maddesi Gereği İncelenmesi 7. maddenin 1. fıkrasında ispat yükünün uyuşmazlık taraflarında olduğu belirtilmiştir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında her ne kadar taraflarca dayanılmamış olsa da hakem heyetinin gerekli gördüğü durumlarda tarafların dayanmadığı ancak uyuşmazlıkla ilgili olan hukuki gerekçelere dayanarak hareket edebileceği belirtilmiştir. Bu durum madde başlığında da belirtilen “Jura

Novit Curia” yani “Hakim hukuku bilir.” İlkesinin uygulanabileceği anlamına gelmektedir. IBA kurallarında böyle bir hüküm yer almaz iken Anglosakson Hukuk Sistemlerinde taraflarca getirilme ilkesi (adversarial approach) hakim olup mahkemelerde yargıçların yanı sıra hukukçu olmayan jürilerin de karar verici olması sebebiyle karar vericinin hukuku bildiği varsayımı ile hareket edilmemektedir.

Prag Kurallarının hakem heyetinin tahkim yargılamasındaki etkin rolüne doğrudan vurgu yapan maddeleri 2. ve 7. maddeleridir. Diğer maddelerde de dolaylı olarak bu duruma değinilen düzenlemeler olup aşağıda bu düzenlemelere ayrıca değinilecektir.

5.2. Hukuki Uyuşmazlığın Tespiti

Prag Kurallarının 3. maddesinin 1. fıkrasında hakem heyetinin hukuki uyuşmazlığın tespiti (fact finding) konusunda aktif bir rol alması gerektiği belirtilmiş olup IBA Kurallarında bu vurgu yapılmamaktadır. Hukuki uyuşmazlığın tespitinde hakem heyetinin aktif rol alması Kıta Avrupası Hukuk sistemi kültüründe mevcut olan bir uygulamadır. Türk hukuk sisteminde de hukuk davalarında ön inceleme aşamasında hakimler hukuki uyuşmazlık tespitinde aktif olarak rol almaktadır (HMK,141. Madde).

Ayrıca Prag Kurallarının 3. maddesinin 2. fıkrası, hakem heyetinin her aşamada uygun görmesi durumunda fıkranın devamında belirtilen bütün eylemlerde bulanabileceği belirtilerek başlamış olup bu eylemler ; taraflardan uyuşmazlıkla ilgili gördüğü belgelerin ibrazını ve olay tanıklarının duruşmada hazır edilmesini talep etmek, hukuki meseleler de dahil olmak üzere bir veya birden fazla bilirkişiye başvurmak, yerinde denetim yapılmasına karar vermek ve gerekli gördüğü diğer tüm eylemler şeklinde sıralanmıştır. Özellikle gerekli görülen tüm eylemler şeklinde geniş yorumlanabilecek bir hüküm kurulmasının hakem heyetinin rolünü oldukça güçlendirebileceği söylenebilir.

5.3. Belge İbrazı

Prag Kurallarının belge ibrazına ilişkin hükümlerinin tahkimde delil ikamesinde hukuk sistemleri arasında uyumlaştırma sürecine ilişkin önemli bir adım potansiyeli taşıdığını söylemek mümkündür. Özellikle 4. Maddenin 2. fıkrasında hakem heyetinin e-delil keşfi (e- discovery) dahil belge araştırmasından (document production) kaçınması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu delil keşfi usulü Anglosakson Hukuk sistemlerinde

çok yaygın olup bir hukuki uyumsuzluğa ilişkin bütün belgelerin belirlenmesi, toplanması ve ortaya çıkarılması işlemidir. Teknolojinin gelişmesi ile bilgiler elektronik ortamlara kaydedilmeye başlanmış olup e-delil keşfi e-postalar, belgeler, sunumlar, veri tabanları, sesli mesajlar, ses ve video dosyaları, sosyal medya ve web siteleri dahil elektronik ortama kaydedilmiş bütün dataları içerebilmektedir. Anglosakson hukuk sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde bu uygulama çok yaygın olup bazı durumlarda taraflar kötü niyetle davranıp varlığından haberdar olmadıkları ancak iddialarını kanıtlayacak bir veri elde etmek kastıyla bu delile başvurabilmektedir. Tarafların bu stratejisi Anglosakson hukuk sistemlerinde "olta veya zarf atma" (fishing expedition) şeklinde tanımlanmaktadır (Kubalczyk, 2015: 93). Bu uygulama hem delil keşfinin çok uzun sürebilmesi hem maliyeti arttırması yönü ve tarafların gereklilikten ziyade sadece "olta veya zarf atmak" amacıyla bu usule başvurabilmesi yargılamanın verimliliğini ve etkililiğini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Prag Çalışma Grubunun notları bölümünde de bu durumun tahkim yargılamasını olumsuz etkilediği belirtilmiş olup bu sorunu gidermek amacı ile böyle bir düzenleme konmuştur.

5.4. Tanık

Prag Kurallarında tanık delili 5 maddede düzenlenmiş olup maddenin 2.,3.,5. Ve 9. Fıkralarının IBA Kurallarından farklı bir yaklaşım içerdiği söylenebilir. Şöyle ki 5. maddenin 2. fıkrasında, hakem heyetinin tarafları dinledikten sonra aynı maddenin 3.,5., ve 9. doğrultusunda kimlerin sözlü olarak ifade vermek için duruşmaya çağırılacağına karar vereceği belirtilmiştir. 5. Maddenin 3. Fıkrasında hakem heyetinin, tanık ifadelerinin yazılı olarak sunulmasından öncesinde veya sonrasında, bir tanık ifadesinin konu dışı, esasa etkisi olmayan, aşırı maliyetli, tekrar niteliğinde olması veya herhangi bir sebepten dolayı uyumsuzluk çözümü için gerekli olmaması durumunda, tanığı sözlü olarak ifade vermesi için duruşmaya çağırılmaya karar verebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle hakem heyetine tarafların dinlenmesini talep ettiği bir tanığı dinlememe olanağı tanınmıştır. 5. Maddenin 5. Fıkrasında hakem heyetinin gerekli görmesi halinde duruşmadan önce özel olarak bir tanığın ifadesini taraflardan yazılı olarak ibraz edilmesini talep edebileceği öngörülmektedir. 5. Maddenin 9. fıkrası ise daha çok duruşma sırasında tanık ifadesi alınması sürecine ilişkindir. Bu madde

hükmüyle tanık ifadesi alınırken sürecin hakem heyetinin kontrol ve talimatları doğrultusunda ilerletilebileceği belirtilmiş olup hakem heyetinin tanığa yöneltilen bir sorunun sorulmasını, sorunun konu dışı, lüzumsuz veya hükme esas olmayacak nitelikte olduğuna takdir etmesi durumunda reddedebileceği belirtilmiştir. Ayrıca tahkim heyetinin gerekli görmesi durumunda tanık ifadesinin alınması sürecine ilişkin zaman limiti koyma, tanığa sorulabilecek soruları belirleme gibi sınırlamalar getirebileceği belirtilmiştir.

Anglosakson hukuku sistemlerinde tanık delili için çapraz sorgu tekniğinin uygulanması oldukça yaygın olup Prag kuralları ile getirilen bu düzenlemeler çapraz sorgu tekniğine aykırılık oluşturacak niteliktedir. Zaten daha önce de belirttiğimiz üzere çalışma grubunun notlarında hakem heyetlerinin çapraz sorgu yapılmasından çekinmesi gerektiği belirtilmiş olup özellikle Prag Kuralları 5. Madde 9. Fıkra ile tanık dinlenmesi sırasında çapraz sorgu yapılmasını engelleyici düzenlemeler getirilmiştir.

5.5. Dostane Çözüm

IBA Kuralları tahkim yargılaması sürecinde dostane çözüme ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ancak Prag Kurallarının 9. Maddesi bu konuya ilişkin olup madde başlığının adı da "Dostane Çözüm" şeklindedir. Bu maddenin 1. Fıkrasında hakem heyetinin tahkim yargılaması sürecinin herhangi bir aşamasında tarafları dostane çözüm yoluyla uyumsuzluğun çözümüne teşvik edebileceği belirtilmektedir. 9. Maddenin 2. Fıkrasında ise tarafların yazılı onayları doğrultusunda hakem heyeti üyelerinden birinin dostane çözüm sürecinde arabulucu olarak hareket edebileceği ifade edilmiştir. Dostane çözüm sürecinin olumsuz neticelenmesine ilişkin hükümler de 9. Maddenin 3. Fıkrasında yer almakta olup işbu hüküm arabuluculuk rolünü üstlenen tahkim heyeti üyesi için iki farklı ihtimal öngörülmüştür; arabulucu rolünü üstlenen hakem heyeti üyesi bütün tarafların yazılı onayının olması durumunda, tahkim yargılamasında dostane çözüm öncesinde sürdürdüğü görevi devam ettirebilecek olup bütün tarafların yazılı onayı olmaması durumunda ise bu üyenin görevi sonlandırılacaktır.

Doktrinde tahkim yargılamasında hakem heyetinin uyumsuzluk hakkında karar veren mekanizma olarak tarafları dostane çözüme yönlendirip yönlendiremeyeceği tartışma konusudur. Bu durumun analizinde tarafların hangi hukuk

sisteminden geldiği önem taşımaktadır. Çünkü Anglosakson Hukuk sistemi dikkate alındığında yargı makamı uyuşmazlığın çözümünde karar veren kişi olarak değerlendirilirken Kıta Avrupası Hukuku sistemlerinde daha liberal bir yaklaşım hakim olup yargı makamı karar veren kişi olmasının yanı sıra tarafların sulh olmasında da etkin olarak rol alabilmektedir. Bu durum da tahkim yargılamalarında Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemi kültürünün çeliştiği birçok noktadan bir tanesi olup Prag Kurallarının bu konuda Kıta Avrupası hukuk sistemi yaklaşımını benimsediği söylenebilir (Berger ve diğerleri, 2017: 887-889).

SONUÇ

Dünyada globalleşmenin artması ile birlikte uluslararası ticari ilişkiler artmış ve buna bağlı olarak da uluslararası ticari uyuşmazlıklar daha karmaşık bir hal almıştır. Her ne kadar bu uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yargılaması çokça tercih edilse de tahkim yargılamalarının çok uzun sürebilmesi ve maliyeti tahkim yargılamasının verimliliğini ve etkililiğini olumsuz etkilemektedir. Bu durumun tarafların farklı hukuk kültürlerinden gelebilmesi buna karşılık tahkim yargılamasında Anglosakson Hukuk Sistemi uygulamalarının hakim olması ve bu uygulamaların bir kısmının yargılama sürecine olumsuz etki etmesinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Özellikle tahkim yargılamasının büyük bir kısmını oluşturduğu delil ikamesi aşamasında bu durum net olarak görülmektedir. Prag Kuralları da tam olarak delil ikamesinde tahkim yargılaması sürecini olumsuz etkileyen uygulamalara Kıta Avrupası Yaklaşımı getirerek bu durumun çözümüne katkı da bulunma iddiası ile yayınlanmıştır. Bu noktada IBA Kurallarının çok önemli ve yararlı bir referans olduğunu kabul etmekle beraber Prag Kurallarının getirdiği yeni düzenlemelerle birlikte tahkim yargılamasının verimliliğini ve etkililiğini arttırma ile iki hukuk sistemi arasındaki uyumu arttırma potansiyeli taşıdığı kanaatindeyiz. Şöyle ki; Prag Kuralları 12 maddeden oluşan bir kılavuz ilkeler bütünü olup IBA Kuralları kadar ayrıntılı düzenlemelere yer vermemiş, bu çalışmamızda incelediğimiz üzere hakem heyetinin etkin rolü, delil keşfi, çapraz sorgu, tahkim yargılaması sırasında dostane çözüm gibi tahkim yargılamasında tartışma konusu olan

uygulamalara Kıta Avrupası yaklaşımı getirmiştir. Doktrinde bazı görüşler bu hükümlerin emredici olmayıp taraflara seçim şansı sunması nedeniyle IBA Kurallarından çok da farklılaşmadığını ileri sürmüştür (Amaral, 2018). Ancak bu kuralların kılavuz ilkeler olması ve tahkimde uygulanacak kurallarda taraf iradesinin önemi dikkate alındığında bu fikre katılmak pek mümkün değildir. Aksine bu hükümlerin emredici olmamasının iki hukuk sistemi arasında bir köprü kurmak adına önemli bir adım olduğu kanaatindeyiz. Zira bu durum taraflara ve hakem heyetine somut olaya göre tahkim yargılaması süreci açısından daha yararlı olacak uygulama ve yaklaşımı seçme şansı verebilecektir. Bunun yanı sıra özellikle belge ibrazına ilişkin yapılan düzenlemenin tarafların hem zaman hem de maddi yönden tasarruf etmesi anlamına geldiği ve bu sebeple tahkimi daha fazla tercih edebilecekleri ve yargılama sürelerinin kısalabileceği söylenebilir.

Her ne kadar Prag Kurallarının iki hukuk sistemi arasında köprü kurarak tahkim yargılaması sürecinin verimliliğini ve etkililiğini arttırma potansiyeline sahip olduğu kanaatinde olsak da bu durumun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini bu aşamada söylemek mümkün değildir. Zira Prag Kuralları 18 Aralık 2018 tarihinde yayınlanmış olup henüz bu kuralların tahkim yargılamalarında ne kadar etkili olduğunu ölçecek kadar zaman geçmemiştir. Bu durumda Prag Kurallarının tahkim yargılamalarında etkili olup olmayacağını tahkim uygulayıcılarının delil ikamesinde bu kuralları referans almaya başlamaları halinde zaman gösterecektir.

KAYNAKÇA

- Berger, K.P. ve Jensen, J.O. (2016). *Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*. *Arbitration International*, 32(3), 415-435.
- Berger, K.P. ve Jensen, J.O. (2017). *The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement*. *Fordham International Law Journal*, 40(3), 887-889.
- Erdönmez, G. (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi*. *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(5), 15.
- Jun, W.J. (2019). *A Critical Look at the Prague Rules: Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*. *Journal*

of Arbitration Studies, 29(3), 56.

Kubalczyk, A.M. (2015). *Evidentiary Rules in International Arbitration – A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation*. Groningen Journal of International Law, 3(1), 93.

Küçükkaya, H. G. (2015). Kanada ve Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkime İlişkin Bazı Hükümlerin Mukayeseli İncelenmesi. İÜHFM, LXXIII(2), 255. Türk Hukuk Lugatı .(1943). Ankara:Türk Hukuk Kurumu, 66.

4/2/2011 Tarih ve 27836 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

5/7/2001 Tarih ve 24453 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4686 Sayılı Milletler Arası Tahkim Kanunu.

İNTERNET KAYNAKLARI

Arbitration (Prague Rules)”, <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>, (Erişim

Tarihi:30.07.2021).

Arbitration”,<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A1509790ECC9D> , (Erişim Tarihi:30.07.2021).

Guilherma Rizzo Amaral,(2018). “Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part 1”, <https://www.prague.rules.com/upload/iblock/360/3602b5ce4008cd4e32842c9cd2c60789.pdf>, (Erişim Tarihi 30.07.2021).

Kemal Çağrı Derekaya, Uluslararası Ticari Tahkimde Deliller <http://kemalcagridereka.ya.av.tr/medya/hukuki-makaleler/169-uluslarasi-ticari-tahkimde-deliller.html>,(Erişim Tarihi 25.07.2021).

Prag Çalışma Grubu (2018), “Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International

Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Sözlükleri Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/?kelime=> (Erişim Tarihi25.07.2021).

Uluslararası Barolar Birliği (2021), “IBA Rules on the Taking of Evidence in International

TAHKİM ŞARTI VE TAHKİM ANLAŞMASI

Av. Atahan ÇAKMAKKAYA

Gerek hukukçu meslektaşlar ve gerekse de alanında uzman ve ilgili kişilerce inceleme konusu ve odak noktası olan tahkim gerek ulusal ve gerekse de uluslararası arenada gelişimi ve yaygınlığı olan niş bir alandır. Bilindiği üzere kelime anlamı “sağlamlaştırma, güçlendirme” olan tahkim, hukuk dünyasında her ne kadar usul hukukunda karşımıza çıksa da etkisi bakımından sadece usul hukuku ile sınırlı değildir. Hukukun temel ilkelerinden biri olan vecizin işaret ettiği gibi “Usul esasın kapısıdır.” Tahkim konusunda bu sözün Amaçsal Yorum Metodu ile anlamı Lafzi Yorum Metodu ile sınırlandırılmayacak kadar önem arz etmektedir zira profesyonel olarak uyuşmazlık konusunun incelenmesi noktasında sadece hukukçular ile sınırlandırmamakta ancak alanında uzman kişi ve kişilerce de (hakem/hakem heyeti) hızlı ve pratik olarak değerlendirilmektedir. Yerel hukuk noktasında HMK, Uluslararası Hukuk noktasında MTK bu konuda kanuni sınırları çizmektedir.

Tahkim süreci her şeyden önce bir tahkim şartı/ tahkim sözleşmesi ile başlamaktadır. Tahkim usuli bir yargılama metodu olup hukuki ilişkide taraf olan gerçek veya tüzel hukuk kişilerinin bu konuda açık ve birbirine uygun irade beyanları ile yapmış mutabık kalmış oldukları tahkim iradesi ile bu süreç başlamaktadır. Tahkim yargılaması için ilk adım tahkim şartı ile başlamaktadır. Tahkim konusunda, tahkim iradesinin ayrıca kurumsal veya kurumsal olmayan (ad hoc) tahkime atıf, uygulanacak kurallar/ hukuk kuralları ve yetki konusunda da mutabık kalınan irade üçerine bina edilir tahkim şartı. Bu atıf, üzerinde anlaşmaya varılmış olan bir sözleşmenin maddesi olabileceği gibi, anlaşma sonrası birbirine uygun ve açık bir şekilde taraflarca tahkim yargılamasına gönderme yapılabilmektedir. Açıklık unsuru noktasında gerek kanununun ve gerekse de Yargıtay’ın muhtelif Kararlarında tahkim kurumunun muhtevası gereği tahkim iradesinin hukuki ilişki tarafları arasında açık bir şekilde üzerinde anlaşmaya varılan bir şart olduğunu ifade etmektedir.

Tahkim şartı konusunda şayet kurumsal tahkim iradesi tarafların irade dünyasında vücut bulursa,

Bu yazı temel olarak tahkim şartı ile varlık kazanabilecek olan tahkim yargılamasının ön koşulu olan tahkim sözleşmesi/ tahkim şartı hakkında bilinmesi gereken unsurlar ve buna göre uygun bir şekilde hazırlanmamış olan tahkim sözleşmesi/ tahkim şartı sonucunda yaşanabilecek olan usuli sonuçlara dikkat çekmektedir.

tahkim merkezleri örnek tahkim şartı adı altında sözleşmelerde yer alması gereken ifadeler konusunda yol gösterici olmaktadır. Ayrıca ve hemen belirtilmesi gerekir ki bilhassa uluslararası tahkim tarihi ve uygulaması ile süreç içerisinde ortaya çıkan tahkim şartı kalıpları, basit gibi görünen ancak her bir kelimenin hukuki olarak bir karşılığı ve anlamı olan bir yapı ihtiva eder.

Örnek vermek gerekirse ISTAC internet sitesinde de yer alan örnek tahkim şartı olarak “Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.” denilmektedir. Aynı sayfanın devamında ise “Aşağıdaki hükümler, örnek tahkim şartına eklenebilir: -Acil Durum Hakemine İlişkin Kurallar uygulanmaz.-Tahkim yeri (Şehir / Ülke)’dir.- Tahkim dili (...)’dir.-Hakem sayısı (...) olacaktır.- Uyuşmazlığın esasına (...) hukuku uygulanır.” denilmektedir. Yine tahkim uygulamalarında önemli merkezlerden bir olan TBB Tahkim Merkezi internet sayfasında yer aldığı şekilde “Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Tahkim yeri Ankara/ Türkiye’dir. Tahkim dili Türkçe’dir. Uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanır. Hakem sayısı 1’dir.” denilmektedir. Yine Ankara Barosu Tahkim Merkezi internet sayfasında yer aldığı şekilde “Bu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, Ankara Barosu Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.” denilmektedir. Son olarak İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi internet sitesinde örnek tahkim şartı olarak “İşbu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilgili olan ya da bu sözleşmenin ihlali, feshi veya geçersizliğine ilişkin bulunan her türlü uyuşmazlık veya istem İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir.” denilmektedir. Bu şarta ek olarak yine aynı sayfanın devamındaki açıklamalarda “AŞAĞIDAKİ

HÜKÜMLER TARAFLARCA YUKARIDAKİ TAHKİM ŞARTINA EKLENEBİLİR: Tahkim dili olacaktır.- Uyuşmazlığın esasına ... hukuku uygulanacaktır. ACİL DURUM HAKEMİ KURALLARI UYGULANMAKSIZIN İTİTAM TAHKİMİ TARAFLAR ACİL DURUM HAKEMİ KURALLARININ UYGULANMASINI İSTEMİYORSA TAHKİM ŞARTINA ŞU İLAVEYİ YAPABİLİR: Acil durum hakemi kuralları uygulanmaz.” denilmektedir.

Tahkim sözleşmesinin tanımı HMK Madde 412/1 de kanun koyucu tarafından yapılmaktadır. Maddede “Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.” denilmektedir. Aynı bir yazının irdeleme konusu olacak ve üzerinde ayrıca durulması gereken bir husus da tahkime elverişliliktir zira lafzi olarak ve mantık bilimi açısından doğru olan bir tahkim şartı nihayetinde evvela ulusal hukuk ardından uluslararası hukuk bağlamında elverişlilik koşuluna bağlıdır. Bu durum tahkime elverişlilik olarak karşımıza çıkmaktadır. HMK Madde 408 “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.” denilmektedir. Çerçeve olarak ve genel bir bakış açısı kazandırmak için şunu söyleyebiliriz ki genel olarak kamusal yönü ağır basan uyuşmazlıklar özelinde tahkime elverişlilikten bahsedilmesi oldukça güçtür ancak yine de hukuk ilmin temel mottolarından birini de göz ardı etmek sağlıklı olmayacaktır; her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Bu yazı temel olarak tahkim şartı ile varlık kazanabilecek olan tahkim yargılamasının ön koşulu olan tahkim sözleşmesi/ tahkim şartı hakkında bilinmesi gereken unsurlar ve buna göre uygun bir şekilde hazırlanmamış olan tahkim sözleşmesi/tahkim şartı sonucunda yaşanabilecek olan usuli sonuçlara dikkat çekmektedir. Bir tahkim yargılamasından bahsedebilmek için öncelikle bir tahkim sözleşmesinin/ şartının varlığının gerekli olduğu usuli bir gerçektir.

Av. Sena YENİ¹

GİRİŞ

Son yıllarda teknolojik gelişmeler ile birlikte dünyada mal ve hizmetlere kolay erişim önem kazanmıştır. Mal ve hizmetlerden yararlanan kimselerin beklentilerinin de bu yönde şekillenmesiyle birlikte ilgili pazarlardaki rekabette ayakta kalmak isteyen işletmeler, bu ihtiyaçları karşılayabilmek ve büyüebilmek için çeşitli arayışlara girmişlerdir. Bu arayışlara çözüm getiren en önemli yöntemlerden birisi de franchising yöntemidir. Bu yöntem ile geliştirilmiş ve başarısı kanıtlanmış bir sisteme sahip olan firmalar, bağımsız girişimciler vasıtasıyla farklı bölgelerde, belirli kalite ve standartlara sahip mal ve hizmetlerin sürümünü yapma olanağı bulmuştur. Franchise alan olarak nitelendirilecek bağımsız girişimciler ise başarısı kanıtlanmış bir sistem içerisinde yer alarak, piyasadaki rekabette avantaj sahibi hale gelip faaliyet gösterme şansı elde etmiştir.

Bu çalışma ile franchise sözleşmesi ile ilgili temel bilgileri ortaya koymaya çalışarak değerli okuyucuyu bilgilendirmek amaçlanmıştır. Çalışmada Yargıtay kararlarına uygun olarak sözleşme için “franchise sözleşmesi” franchise sistemi için “franchising” terimleri kullanılmıştır.

Çalışmamız, bir giriş, üç ana bölüm ve bir sonuç bölümünden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümü, franchise sözleşmesinin tanımından, niteliklerinden, unsurlarından, şekli ve çeşitlerinden ibarettir. Çalışmamızın ikinci bölümü, franchise sözleşmesini tarafların borçları bağlamında ele alarak açıklamaktadır. Çalışmamızın üçüncü bölümü ise franchise sözleşmesinin sona ermesinden ibarettir.

I. FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, NİTELİKLERİ, UNSURLARI, ŞEKLİ VE ÇEŞİTLERİ

A. Franchise Kavramı ve Sözleşmenin Tanımı

Franchise yahut franchising terimi Fransızca kökenli “franc”, “francher” kelimelerinden türetilmiş olup “serbest bırakma”, “hür”,

Sözleşmenin kurulmasından itibaren kısa bir zaman sonra franchise alana isnat edilemeyen bir sebeple sözleşmenin sona ermesi halinde, başlangıç ücretinin kullanılamayan kısmının, franchise alana geri ödenip ödenmeyeceği hususunda kanaatimizce franchise alanın, franchise verenin edimlerinin karşılığı olarak ödediği başlangıç ücretinin franchise alana geri ödenmesi hukuka aykırılık yaratacaktır.

1- Bursa Barosuna bağlı 7925 sicil numaralı Avukat, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı lisansüstü eğitim öğrencisi, senaayenn@gmail.com.

“bağımsız” ve “imtiyaz” anlamlarına gelmektedir².

Kanunda herhangi bir biçimde, az ya da çok düzenlenmemiş ve fakat pratikte belli bir şekilde sık sık uygulanmak suretiyle bir sözleşme tipine dönüşen sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak anılır³. Franchise sözleşmesi de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁴’nda (TBK) ve sair mevzuatta düzenlenmemiş olmakla isimsiz sözleşmeler içerisinde yer almaktadır.

Gürzumar’a göre franchise sözleşmesi; “Franchise verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai haklar üzerinde, franchise alana kullanma, lisans hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği, franchise alanın ise hem bu sisteme dahil mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir”⁵.

Yargıtay⁶’a göre ise franchise sözleşmesi; bir ürün ve hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın, işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu

ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli iş ilişkilerin bütünü olup birbirinden bağımsız iki taraf arasında meydana getirilen sözleşmesel ilişkidir.

Bu tanımlar ışığında franchise sözleşmesini şu şekilde tanımlayabiliriz: Sözleşme; franchise verenin franchise alanı kendi isim, marka ve imajı altında mevcut pazarlama sisteminden, ticari deneyim ve bilgilerinden yararlandırmak suretiyle fikri ve sınai unsurları franchise alana kullandırma, onu franchise sistemine dahil etme, belirli iş konseptinden faydalanma hakkını belli bir ücret karşılığında franchise alana sürekli olarak devretmeyi üstlendiği isimsiz bir sözleşmedir⁷.

B. Sözleşmenin Nitelikleri

Franchise sözleşmesi, birbirinin karşılığını oluşturan; franchise verene, franchise alanı ticari yöntemlerinden sözleşme süresince devamlı olarak yararlandırma ve sürekli destek verme borcu yüklerken franchise alana ise başlangıç ücreti ve aylık ücret ödeme, sürümü artırma borcu yüklemekte olup tam iki tarafa borç yükleyen⁸, ivazlı bir sözleşmedir⁹. Birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan ve dolayısıyla rızai bir hukuki işlem olan sözleşmenin, edimlerin fiili olarak ifa edilme şekilleri ve alacaklının menfaatlerinin gerçekleşmesi bakımından zaman faktörünün

2- Dilber Ulaş, “Franchising Sisteminin, Franchise Alan Ve Veren Yatırımcılar Açısından Verimliliğinin Değerlendirilmesi”, *Verimlilik Dergisi*, sy 2 (Mayıs 2004): 29; Yeşim Ayata, *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 1; Barış Cihan Cantürk, *Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 6.

3- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 947; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 11; Umut Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 25; Hakkı Mert Doğu, *Kanuna Karşı Hile* (İstanbul: On İki Levha, 2023), 151; Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli Ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 147; Leylan Demirağ Aktaş, *Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021), 15; Yalçın Tosun, *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku Ve Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 214; Hüseyin Hâtemi, Rona Serozan, ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku: Özel Bölüm* (İstanbul: Filiz, 1992), 321.

4- RG., 04.02.2011.

5- Osman Berat Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1995), 10.

6- bkz. Yargıtay 19.HD, E.2001/819 K., 2001/4917 K., T.25.06.2001, www.kazanci.com, ET:30.11.2023; Yargıtay 11.HD, E.2015/3509 K.2015/10334, T.12.10.2015, www.lexpera.com, ET:30.11.2023.

7- Eren, *Borçlar Hukuku*, 982; Ayata, *Tarafların Borçları*, 8; Fatma Yavuz, “Franchise Sözleşmelerinde Franchise - Alanın Hak Ve Yükümlülükleri” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi, 2018), 11; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 29; Ayşe Tuğba Altıntaş, “Franchise Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Borçları” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2019), 20; Çiğdem Kırca, “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Üretici İmalatçı Olarak Franchise Veren”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 1999, 23; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 8; Metin Topçuoğlu, “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Haziran 2003, 115; Semih Yünlü, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 159; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 15; Leyla Demirağ Aktaş ve Şükrü Yıldız, “Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi Ya Da Feshi Durumunda Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu”, *Şubat 2019*, 116.

8- “Franchise sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi kuran bir sözleşme türü olup, taraflar arasında sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini gerektiren şartlar belirlenmediği takdirde tarafların müdahalesi olmadan sona erdirilemez.”, YARGITAY, 11. HD, T.03.07.2006, E.2005/5416, K.2006/7900, www.lexpera.com, ET:27.11.2023.

9- Eren, *Borçlar Hukuku*, 985; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 10; Yavuz, “Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri”, 45.

etkisi dikkate alındığında sürekli bir sözleşme olduğu da söylenebilir¹⁰.

Franchise sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin bir diğer husus da sözleşmenin çerçeve sözleşme niteliğini taşımasıdır¹¹. Sözleşmede akit konusu mal veya hizmetlerin sürümünde yapılacak işbirliği ve tarafların hareket kabiliyetleri yalnızca genel hatlarıyla belirlenir, bu temel sözleşme, ileride yapılacak tamamlayıcı sözleşmelere esas teşkil eder¹².

Çalışmanın önceki bölümünde¹³ de bahsettiğimiz gibi, franchise sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda veya bir başka özel veya genel bir kanunda tanımı, unsurları ve hükümleri itibarıyla düzenlenmediği için isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. İsimsiz sözleşmeler kendi içinde "karma sözleşmeler" ve "kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler" olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁴. Karma sözleşme, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin esaslı öğelerinin, kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesinden oluşmaktadır¹⁵. Sui generis sözleşmelerde ise, tamamıyla kanunda düzenlenmemiş edimlerin, kanunda öngörülmemiş ve özgün bir şekilde bir araya gelmesi söz konusudur, yani burada yepyeni bir hukuki ilişki vardır¹⁶. Bunun yanında belirtilmelidir ki, sözleşmelerin karma ve sui generis olarak adlandırılmasında sınırlar oldukça siliktir¹⁷.

Doktrinde tartışmalı olan husus; franchise sözleşmelerinin karma sözleşme mi yoksa kendine özgü (sui generis) sözleşme mi olduğu

hususudur. Baskın görüşe göre¹⁸ franchise sözleşmesi, kanunda tanımlı sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasının içerdiği unsurları, özellikle asli edimleri, kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirdikleri karma sözleşme niteliğinde bir sözleşme türüdür. Doktrindeki diğer görüşe göre¹⁹ ise sözleşme, kanunda tanımlı olmayan sözleşme unsurlarını bir araya getiren kendine özgü yapıda bir sözleşme türüdür. Karma ve sui generis sözleşmeye dair yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda franchise sözleşmesinin hukuki niteliği bağlamında bizim görüşümüz de sözleşmenin karma nitelikte bir sözleşme olduğu yönündedir²⁰. Zira bu sözleşmede, kanunda düzenlenmiş diğer sözleşmelerde yer alan unsurlar bir arada bulunmaktadır. Franchise sözleşmesi vekalet, hizmet, tek satıcılık, acentelik ve lisans sözleşmeleri için öngörülen unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşan bir sözleşme türüdür²¹.

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti açısından önem arz eder. Karma sözleşmelere –dolayısıyla bizim katıldığımız görüşe göre franchise sözleşmelerine de- uygulanacak hükümler hakkında çeşitli görüşler vardır²². Burada çalışmanın ana temasından uzaklaşmamak

10- Eren, *Borçlar Hukuku*, 986; Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 116; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 35.

11- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 28; Ayata, *Tarafların Borçları*, 17.

12- Hasan Ali Güçlü, "Franchise Sözleşmesi" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Başkent Üniversitesi, 2020), 29; Burcu Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi, 2006), 13.

13- Bkz. "Franchise Kavramı ve Sözleşmenin Tanımı".

14- Eren, *Borçlar Hukuku*, 952.

15- Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 16; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 53; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 37.

16- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 20.

17- Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 17.

18- Ayata, *Tarafların Borçları*, 15; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 18; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 15; Çiğdem Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, Yayın (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997), 49; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 34.

19- Hâtemî, Serozan, ve Arpacı, *Borçlar Hukuku*, 321; Bahar Şimşek, "Franchising Sözleşmesi" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 2018), 47.

20- Ayata, *Tarafların Borçları*, 15; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 18; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 15; Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, 1997, 49; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 34.

21- Franchise sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkı bahsi için bkz. Ayata, *Tarafların Borçları*, 14; Eren, *Borçlar Hukuku*, 991-93; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 27-40; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 88-107.

22- Çeşitli tiplerin birbirini götürmesi görüşüne göre karma sözleşmelere, unsurunu taşıdıkları sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümlerin hiçbir kıyas yoluyla dahi uygulanmamalı, bunlara ait sorunlar borçlar kanununun genel hükümleri aracılığı ile çözümlenmelidir. Soğurma görüşüne göre ise hangi tipe ait unsur daha önemli ise o tipe dair hükümler karma sözleşmeye uygulanmalıdır. Üçüncü bir görüş olan birleştirme görüşüne göre ise karma sözleşmedeki her edime, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin edimler uygulanmalıdır. Bu konudaki görüşler hakkında bkz. Ayata, *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları*, 15.

adına, bizim katıldığımız görüşe göre²³ karma sözleşmelere herhangi bir kanun hükmünün doğrudan doğruya değil, ancak kıyas yoluyla uygulanabileceğini belirtmekle yetineceğiz.

C. Sözleşmenin Unsurları

1. Genel Olarak

Franchise sözleşmesi; franchise verenin franchise paketi veya sistemi olarak adlandırılan edimler bütününe franchise alanın kullanımına sunma unsurunu, franchise alan ve franchise verenin sürümünü arttırmak amacıyla bir araya geldikleri ve bu suretle oluşturdukları “dikey işbirliği” unsurunu, sözleşmenin karşılıklı borç içeren bir yapıya sahip olmasının bir sonucu olarak franchise alanın ödediği ücret unsurunu ve her sözleşmenin barındırdığı genel bir unsur olarak tarafların anlaşması unsurlarını haizdir²⁴. Aşağıda franchise sözleşmesinde tarafların yüklendikleri ve sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturan edimler kısaca belirtilmiş, bu unsurların içeriğine ve hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar ise aşağıda yer alan “Tarafların Borçları” kısmına bırakılmıştır.

2. Sistem veya Paket Unsuru

Franchise sözleşmesinin en önemli unsurlarından biri “franchise sistemi” veya “franchise paketi” olarak adlandırılan franchise verenin franchise alana bu sözleşme ile sunduğu kapsamlı edimler bütünüdür²⁵. Franchise sözleşmesine konu olan sistem, içinde; bir üretim, işletme ve pazarlama sistemini, gayri maddi malları ve franchise organizasyonunu barındırmaktadır²⁶. Daha açık bir anlatımla bu sistemin içerisinde; tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükler, franchise alan olarak seçilecek girişimcilerde aranacak özellik ve nitelikler, franchise verenin işletme adı, sürümü yapılacak malın markası, amblemi, franchise verenin yönetim ve denetim fonksiyonu, franchise birimlerinin açılacağı bölgelerin fizibilite açısından sahip olması gereken özellikler, franchise alan tarafından ödenecek ücret ile taraflar arasında koordinasyonu sağlayacak diğer örgütsel, idari ve finansal konulardaki tercihlerin net bir şekilde

ifade edilmesi gerekmektedir²⁷.

3. Dikey İşbirliği Unsuru

Franchise sözleşmesinde taraflar, sözleşmeye konu mal veya hizmetlerin sürümünü gerçekleştirme ortak amacı doğrultusunda bir araya gelmektedirler. Bu birliktelik, franchise veren ve franchise alanların farklı ekonomik basamaklarda faaliyet göstermelerinden ötürü “yatay” değil, “dikey” bir birlikteliktir²⁸. Franchise sözleşmesinde taraflar arasındaki işbirliği, diğer sözleşme türlerine nazaran çok daha sıkı bir işbirliğidir²⁹. Gerçekten de franchise alan hukuki ve iktisadi açıdan bağımsız bir tacir olsa da, onun özgürce düzenleme yapabileceği hususlar oldukça sınırlıdır. Çünkü franchise alanın işletmesi sisteme tamamen entegre olmaktadır. Dolayısıyla bu sistemdeki işletmeler arasında “tam işbirliği” nin varlığından söz edilir³⁰.

4. Ücret Unsuru

Franchise sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir, franchise alan, franchise verene bir bedel ödeme borcu altındadır. Franchise alanın ödemekle yükümlü olduğu bu bedel, giriş ücreti ile dönemsel olarak kararlaştırılan ücretten oluşur³¹. Giriş ücreti, sisteme katılmanın ve franchise verenin bu aşamada yerine getirdiği yükümlülüklerle karşılık bir defaya mahsus, ödenen ücrettir. Dönemsel ücret ise genellikle, franchise alanın, ciro veya sürüm miktarına bağlı olarak, aylık yahut belirli aralıklarla ve sabit olarak ödenebilir³².

5. Anlaşma Unsuru

Franchise ilişkisinin sözleşmeye dayanması sebebiyle, sözleşmenin kurulabilmesi için Türk

23- Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 73.

24- Eren, *Borçlar Hukuku*, 986; Ayata, *Tarafların Borçları*, 5; Çiğdem Kırca, “Franchise Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Şekli”, *Franchise Sözleşmesi*, s. 15-36, 01 Ocak 1997, 20.

25- Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, 1997, 25-26; Topçuoğlu, “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar”, 116.

26- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 7; Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, 1997, 267.

27- Eren, *Borçlar Hukuku*, 987; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 35; Yavuz, “Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri”, 35.

28- Eren, *Borçlar Hukuku*, 998; Topçuoğlu, “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar”, 117; Altıntaş, “Tarafların Hak ve Borçları”, 29.

29- Pınar Öztürk, “Franchise Sözleşmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Ekim 1998, 469.

30- Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, 1997, 29; Yavuz, “Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri”, 36; Altıntaş, “Tarafların Hak ve Borçları”, 29.

31- Eren, *Borçlar Hukuku*, 987; Topçuoğlu, “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar”, 118; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 23; Kırca, “Franchise Sözleşmesi”, 01 Ocak 1997, 31; Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, 1997, 35; Boso, “Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri”, 18.

32- Topçuoğlu, “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar”, 118.

Borçlar Kanunu m. 1³³ uyarınca icap ve kabulün uyuşması gereklidir. Franchise sözleşmesinin kurulabilmesi için taraf iradelerinin aynı yönde uyuşmuş olması şarttır³⁴. Sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu için irade beyanları uyuşan tarafların sözleşme (fiil) ehliyetine sahip olması gerekir³⁵.

D. Sözleşmenin Şekli

Türk Borçlar Kanunu md.12/1'de sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, şekle bağlanamayacağı hususu düzenlenmiştir³⁶. İsimsiz sözleşmeler kanun tarafından düzenlenmedikleri için bunlara özgü bir içerik sınırlaması ya da şekil sınırlaması da söz konusu olamaz. Nitekim isimsiz sözleşmelerin ortaya çıkmasının temel nedeni de sözleşme özgürlüğü ilkesidir³⁷. Diğer yandan, sözleşme konusu olan üretim, işletme ve pazarlama sistemi, marka, patentli bir teknik buluş veya 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu³⁸ (FSEK) bağlamında bir eser içeriyorsa franchise sözleşmesindeki kanuni şekil serbestisinin istisnasız olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır³⁹. Zira FSEK'e göre eser üzerindeki mali haklara dair sözleşmeler yazılı şekle tabi olmalıdır⁴⁰.

Franchise sözleşmesinin marka veya patent lisansına ilişkin hükümler içermesi halinde sözleşmenin geçerliliğinin de yazılı şekil şartına tabi olup olmaması gerektiği doktrinde tartışılan bir husustur. Bu bağlamda bir görüşe göre⁴¹ patent ve marka lisansı hakkında tarafları korumak amacıyla getirilen şekil kuralının uygulanabilmesi

için franchise sözleşmesinin de aynı şekilde yapılmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde franchise sözleşmesi geçerli olmayacaktır. Doktrindeki bir başka görüşe göre⁴² ise franchise sözleşmesinin şekli açısından, bu münferit unsurlarda aranan şekil şartı aranmaz. Bizim görüşümüz de bu yöndedir. Franchise sözleşmesi çerçeve sözleşme niteliğinde olduğundan lisans sözleşmesine dair şekil şartları yerine getirilmemiş olsa dahi sözleşme geçerlidir. Zira, lisans sözleşmesini akdetme, borcun ifasını ilgilendiren bir aşamadır. İkinci görüşü savunan yazarlar, böyle bir durumda franchise sözleşmesinin geçerli olacağını, ancak franchise alanın ilgili marka veya patent üzerinde henüz bir kullanma hakkına sahip olamayacağını, akabinde franchise verenin sonradan şekle uygun bir marka veya patent lisansı sözleşmesini yapmamasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğini savunurlar⁴³.

E. Sözleşmenin Çeşitleri

1. Genel Olarak

Mal ve/veya hizmetlerin sürümüne yönelik olan franchising çeşitli açılardan ayrımlara tabi tutulmaktadır⁴⁴. Bu ayrımlar; tarafların bulundukları ülkelere, sözleşmenin konusuna, kararlaştırılan dağıtım kanallarına, ürün veya hizmetin alıcılarına, franchise alıcısına sağlanan hakların hukuki ve ekonomik özelliklerine göre tasniflenmiş olabileceği gibi⁴⁵ bununla beraber anılan sınıflandırmalar, franchising türlerini keskin bir şekilde ayırmamakta, bilakis uygulamada bazı sınıflandırmaların iç içe geçtiği de görülmektedir⁴⁶. Ülkemizde, Uluslararası Franchise Derneği⁴⁷

33- TBK m. 1: "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir."

34- Eren, Borçlar Hukuku, 988; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 28.

35- Kırca, Franchise Sözleşmesi, 1997, 36; Eren, Borçlar Hukuku, 989.

36- TBK m.12/1: "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir."

37- Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 16; Eren, Borçlar Hukuku, 947; Özbilen, Sözleşmelerin Şekli, 146.

38- RG., 13.12.1951.

39- Ayata, Tarafların Borçları, 18; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 17; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 20; Yeniocak, Franchise Sözleşmesi, 39.

40- FSEK m. 52: "Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır."

41- Kırca, Franchise Sözleşmesi, 1997, 34-35; Ayata, Tarafların Borçları, 19; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 17; Yeniocak, Franchise Sözleşmesi, 40; Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 117.

42- Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, 31.

43- Ayata, Tarafların Borçları, 20.

44- Eren, Borçlar Hukuku, 989; Kırca, "Franchise Veren", 24; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 7; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 11; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 46; Kırca, Franchise Sözleşmesi, 1997, 38; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 25.

45- Konuya ilişkin öğretideki diğer ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 9-11; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 25-27; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 11-22; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 46-58; Çiğdem Kırca, "Franchise Sözleşmesi" (Doktora Tezi, Ankara, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996), 38-50; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 62-76; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 25-30.

46- Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 7; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 62.

47- 1991 yılından beri faaliyet gösteren franchising sisteminin Türkiye'deki tek çatı örgütü.

(UFRAD) tarafından yapılan sınıflandırmada ise franchising, sistemin uygulandığı ülke ve sunulan fırsatlar olarak iki türe ayrılmıştır⁴⁸. Bunlar arasında inceleme konumuz açısından önemli olanı, franchising sisteminde sunulan fırsatlar açısından yapılan ayrımdır. Bu esastan hareketle franchising; üretim, hizmet ve dağıtım franchisingi olmak üzere üçe ayrılır⁴⁹.

2. Üretim Franchisingi

Franchise sözleşmesinin konusunun franchise alanın, malları üreterek veya işleyerek hazırlayıp satması olduğu durumlarda üretim franchisingi söz konusudur⁵⁰. Üretim franchisinginde kural olarak franchise alanlar, franchise verenden veya onun göstereceği üçüncü kişilerden aldıkları ham maddelerle malları üretir ve bunları satarlar. Ancak, franchise verenin üretici olduğu ve franchise alanın bu yarı mamul malları alıp, işleyip, geliştirip sattığı durumlarda da üretim franchisingi söz konusudur⁵¹. Uygulamada şişeleme sözleşmeleri olarak da geçen bu türün örneklerini Coca Cola, Efes Pilsen gibi markalar oluşturmaktadır⁵². Burada franchise veren hammaddeleri, bunların kullanım oranlarına dair know-how⁵³'ı ve diğer metodları sağlamakta, franchise alan ise bunlara uyarak hazırladığı karışımı şişeleyerek piyasaya sunmaktadır⁵⁴.

3. Hizmet Franchisingi

Konusunun hizmet sunumu olduğu hizmet franchisingi sistemlerinde, franchise alan franchise verenin gösterdiği ilke ve talimatlara uygun olarak

hizmeti hazırlar ve tüketicilere sunar⁵⁵. Hizmet franchisinginde franchise alanın, tüketicilere hizmet sunması yanında mal satması da söz konusu olabilir. Ancak mal satımı ikinci dereceden bir önem taşır⁵⁶. Ayrıca bu franchising türünde hizmet için zorunlu olan malları franchise verenin üretmesi de söz konusu olabilir. Mesela restoran zincirlerine ilişkin hizmet franchisingi sistemlerinde hizmet için gerekli bazı yan malları franchise veren üretmiş olabilir⁵⁷. Ülkemizde görülen Hilton otelcilik, Avis araba kiralama ve McDonald's restoran zincirleri, özellikle son dönemde gündemde olan güzellik merkezi zincirleri, hizmet franchisingine örnek teşkil eder⁵⁸.

4. Dağıtım Franchisingi

Mal satım franchisingi olarak da anılan bu türde, sözleşme konusu malların franchise alanlar tarafından tüketiciye satılması söz konusudur⁵⁹. Franchise veren genellikle franchise alanın sattığı malların üreticisidir. Franchise alanın, franchise verenin belirlediği standartlardaki malları bir üçüncü kişiden alıp, franchise verenin markası ve işaretleri altında satması halinde de mal franchisingi gerçekleşir. Bu çeşit franchisingin örnekleri; benzin istasyonları, araba bayileri, motorlu araç bayileridir⁶⁰.

II. FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

A.Franchise Veren Borçları

1. Genel Olarak

Franchise sözleşmesi tam iki taraflı bir sözleşme olduğu için bir tarafın borcu aynı zamanda diğer tarafın haklarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla franchise alanın franchise sözleşmesinden kaynaklanan hakları, aynı zamanda franchise verenin bu sözleşmeden kaynaklanan

48- Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 25.

49- Eren, *Borçlar Hukuku*, 990; Kırca, "Franchise Veren", 24.

50- Eren, *Borçlar Hukuku*, 990; Kırca, "Franchise Veren", 24; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 9; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 26; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 14; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 49; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 38.

51- Kırca, "Franchise Veren", 24.

52- Murat Aydoğdu, "Türk Ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti", *DEÜ Yayınları*, sy Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan (2001): 10; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 9.

53- Know-how kavramı, uygulama tarafından geliştirilmiş ve ilk olarak Amerika'da kullanılmış olup "the knowledge how to do it" (nasıl yapıldığı bilgisi) ifadesinin kısaltılmış halidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Muhammed Sulu, *Ticari Sırların Korunması (Oniki Levha Yayıncılık, 2020)*, 26.

54- Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 9.

55- Eren, *Borçlar Hukuku*, 991; Kırca, "Franchise Veren", 24; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 9; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 26; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 13; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 48; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 40; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 26.

56- Kırca, "Franchise Veren", 24.

57- Meselâ kuaför sistemlerinde şampuan, boya gibi maddeler; temizlik sistemlerinde temizlik için gerekli maddeler franchise veren tarafından üretilmiş olabilir.

58- Eren, *Borçlar Hukuku*, 991.

59- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 15; Kırca, "Franchise Veren", 25.

60- Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 26; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 68.

yükümlülüklerini oluşturur⁶¹. Franchise verenin çok çeşitli yükümlülükleri (dolayısıyla franchise alanın hakları) olmasına karşı temel olarak asli yükümlülükleri kısaca birkaç cümle ile özetlenebilir. Franchise verenin asli yükümlülüğü, sahibi olduğu gayri maddi malları da içeren bir sistemi franchise alanın kullanımına sunması; bu sistemin kullanımı sırasında ise gerekli desteği ve eğitimleri franchise alana vermesidir⁶².

2. Franchise Alanı Aydınlatma Borcu

Franchise veren, franchise alana henüz sözleşme akdedilmeden önce franchise konusu ile ilgili gerekli bilgilendirmeyi yapmalı, tescilli tüm ticari marka, logo, sembol ve isimler ile ilgili tüm bilgileri franchise alana doğru şekilde aktarmalıdır⁶³. Eğer herhangi bir unsurda hukuki bir problem varsa bu durum ve taraf olunan hukuki davalar da franchise alana bildirilmelidir. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır⁶⁴. Bu bağlamda taraflardan birinin, karşı tarafın sözleşme kurma iradesini etkileyecek oranda önemli bir hususta bilgi vermemesi, sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış⁶⁵ (culpa in contrahendo) anlamına gelir ki bu durumda karşı taraf, uğradığı zararın tazminini

61- Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 40; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 153; Hasan Levent Yüksel, "Franchise sözleşmesinin genel olarak incelenmesi, ifası ve sona ermesi" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 57.

62- Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 40.

63- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 11; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 15; Ayata, *Tarafların Borçları*, 59; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 42; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 153; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 57; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 75; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 125; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 40.

64- Yargıtay 19.HD, 2001/819 E., 2017/4917 K., 25.06.2001 T. www.lexpera.com, ET: 04.12.2023

"... Franchise veren, ürüne hizmete veya bilgi birikimine ve bunlara ait denenmiş, kalitesi kanıtlanmış ve başarılı bir markaya, isme sahip ve bunların satış, dağıtım ve işletme hakkını belirli bir bedel karşılığı veren taraftır. Franchise veren isim, marka ve diğer ayırt edici işaretlerin sahibi olması veya yasal kullanım hakkına sahip bulunmalıdır. Ayrıca tescilli tüm marka, logo, sembol ve isimlerle ilgili tüm bilgileri franchise alana vermesi gereklidir. Eğer herhangi bir hususta hukuki bir problem varsa bu yön ayrıca açıklanmalı ve franchise veren o konularda taraf olduğu tüm hukuki davaları franchise alana bildirmelidir."

65- Culpa in contrahendo sorumluluğunun sebebine ilişkin farklı görüşler ve tartışmalar için bkz. Süleyman Yalman, *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk* (Ankara: Seçkin, 2006), 69.

borca aykırılık hükümlerine göre talep edebilir.

3. Franchise Alana Yararlanacağı Hakları, Maddi Olmayan Malları Devir ve Teslim Borcu

Franchise verenin, sahibi olduğu üretim, işletme ve pazarlama sistemini, yani franchise sistemini ortaya çıkaran gayri maddi malları ve hakları (marka, patent, endüstriyel tasarım ve model fikri, işletme adı, sembol, amblem, know-how vb.) franchise alana devir ve teslim şeklinde sözleşmeden kaynaklanan "asli bir edim yükümlülüğü" vardır⁶⁶. Bu yükümlülük ile franchise alana, franchise sistemindeki gayri maddi mallardan yararlanabilmesi için gerekli hukuki ve fiili zemin temin edilerek onun franchise organizasyonuna maksimum düzeyde entegre olup tek bir imaj altında faaliyet göstermesi sağlanır⁶⁷.

4. Franchise Alanı Destekleme Borcu

Franchise veren franchise alana karşı, sistemin gereği gibi işlemesine katkıda bulunacak her türlü desteği sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün konusunu özellikle işletme yerinin, işletme binasının, malzeme ve personelin seçimi, reklam faaliyetleri ve finansman sağlanması oluşturur⁶⁸. Hem bu borcun kapsamının belirlenmesi hem de herhangi bir ihtilafa zemin hazırlamaması için franchise verenin destek borcu sözleşmenin kendisinde yahut sözleşmenin eki konumundaki el kitaplarında ayrıntılı olarak düzenlenir. Bu el kitaplarında özellikle know – how unsuru detaylıca

66- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 90; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 127; Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 118; Aydoğdu, "Türk Ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti", 9; Ayata, *Tarafların Borçları*, 41-42; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 157; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 40; Eren, *Borçlar Hukuku*, 994; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 80; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 55; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 42; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 24.

67- Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 119; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 81; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 127; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 76; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 134.

68- Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 119; Eren, *Borçlar Hukuku*, 994; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 60-63; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 12; Aydoğdu, "Türk Ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti", 9; Ayata, *Tarafların Borçları*, 68; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 158.

düzenlenir⁶⁹.

5. Franchise Konusu Hak ve Malların, İşletme Konsept ve Sisteminin Elverişliliğini Garanti Borcu

Franchise veren, franchise alana karşı franchise sisteminin özellikle pazarlama, dağıtım ve satış konseptinin işlerliğini ve verimliliğini garanti etmek zorundadır⁷⁰. Franchise alanı bilgilendirme yükümlülüğünün bir uzantısı niteliğinde olan bu yükümlülük dolayısıyla franchise veren özellikle sistemin taşıdığı mali riskler konusunda; daha önceki tecrübeleri doğrultusunda yaklaşık bir gelir-gider hesabını franchise alanla paylaşmalıdır⁷¹. Öte yandan franchise veren taraf, sözleşme konusu işte franchise alanın mutlaka kâr edeceğine ilişkin bir garanti vermiş olmaz, meğerki sözleşmede aksine hüküm bulunsun⁷². Zira franchise alan, yaptığı yatırımın riskini üstlenmek zorundadır⁷³.

6. Franchise Alanlara Eğitim, Talimat ve Öğüt Verme Borcu

Franchise alanlar, haklı olarak franchise verenin yardımını beklemekte olup bu yardım çoğu zaman franchise alanın franchise almasının temel nedenini oluşturmaktadır. Eğitim, yaklaşımdaki yeknesaklık ve deneyimlerin tümü; franchise alan tarafından birlikte satın alınmaktadır⁷⁴. Bu bağlamda franchise veren, işletmeden en yüksek verimi almak, sürümü artırma için gerekli bilgileri tavsiyeleri, danışmanlık ve talimatları vermek, onu bu konuda eğitmek ve yeni bilgilerle donatmak zorundadır. Franchise veren, yardım ve destekleme yükümlülüğünün ve aynı zamanda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan⁷⁵ (TMK) kaynaklanan dürüstlük kuralının gereği olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra da franchise alanı önemli konularda sürekli olarak bilgilendirmekle yükümlüdür⁷⁶.

69- Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 61; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 30.

70- Eren, *Borçlar Hukuku*, 995.

71- Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 53; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 153.

72- Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 53.

73- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 153.

74- Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 44; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 12; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 62; Ayata, *Tarafların Borçları*, 71; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 30; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 108; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 162; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 158.

75- RG., 08.12.2001.

76- Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 01 Ocak 1997, 140; Ayata, *Tarafların Borçları*, 72; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 161.

7. Tekel Hakkını Gözetme Borcu

Franchise sözleşmesinde tekel (münasır bölge) borcu; franchise verenin, franchise verdiği bölge sınırları içinde, franchise alandan başka birine franchise hakkı vermemeyi veya franchise konusu malı/hizmeti franchise alanın münhasır bölgesinde doğrudan kendi adıyla veya dolaylı olarak başkalarının aracılığıyla satmamayı taahhüt etmesi halidir⁷⁷.

Hukukumuzda tekel kaydının franchise sözleşmesinin zorunlu unsuru olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide, tekel bölgesinin, franchise sözleşmesinin tipik ve objektif esaslı unsuru olduğunu ileri süren görüşler⁷⁸ mevcuttur. Baskın görüş ise⁷⁹, tekel hakkının franchise sözleşmesinin esaslı unsuru olmadığı yönündedir. Rekabet Kurulu da, münhasırlık bölgesini franchising sözleşmesinde esaslı bir unsur olarak kabul etmemektedir⁸⁰. Bizce de, franchise sözleşmesinin tipik unsuru olmayan bu borcun tanındığını kabul etmek için sözleşmede açık hüküm olmalıdır. Sözleşmede böyle bir kayıt olmamasına rağmen, dürüstlük kuralı çerçevesinde tekel

77- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 117-18; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 72; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 36; Aydoğdu, *"Türk Ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti"*, 9; Ayata, *Tarafların Borçları*, 74; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 178.

78- BAHTİYAR, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bs., İstanbul, Beta, 2017, s. 223; SCHULTESS, Victor G., *Der Franchisevertrag nach schweizerischem Recht*, Zurich, 1975, s. 132, 190 vd. (GÜRZUMAR, s. 15, dn 98'den naklen).

79- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 15,17; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 72; Ayata, *Tarafların Borçları*, 75; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 37; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 164; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 114; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 163; Yüksel, *"Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi"*, 67; Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 197; Güçlü, *"Franchise Sözleşmesi"*, 83; Boso, *"Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri"*, 41.

80- Rekabet Kurulu'nun bu yöndeki kararlarına emsal olarak bkz. RKK, 02-39/432-182 K., 20.06.2002 T., (Çevrimiçi), www.rekabet.gov.tr, 29.11.2023: "Ayrıca sözleşme ile, franchise alanlara bir bölge tahsis edilmiş olmakla birlikte, bu bölgede franchise alana bir tekel hakkının tanınmadığı, franchise verenin aynı bölgede önceden belirlenmiş bir sayıda gerek bayilik gerekse franchise sistemi yoluyla satış noktaları oluşturabileceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemelerin, marka içi rekabeti olumlu yönde etkileyen, dolayısıyla franchise alanlar arasında tavsiye edilen fiyatlardan ötürü bir fiyat koordinasyonu oluşmasını güçleştiren nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmıştır."

hakkının tanınması da mümkündür⁸¹. Örneğin, franchise verenin, franchise alan ile aynı alışveriş merkezinde, sırf sözleşmede aksi yönde hüküm olmadığı için kendisinin mağaza açması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır⁸².

B. Franchise Alanın Borçları

1. Genel Olarak

Franchise verenin franchise sözleşmesinden kaynaklanan hakları, aynı zamanda franchise alanın bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini oluşturur⁸³. Franchise alanın çok çeşitli yükümlülükleri olmasına karşı temel olarak asli yükümlülüklerinin mal veya hizmet sürümünü arttırma ve ücret ödeme yükümlülüğü olduğu söylenebilir.

2. Sözleşme Konusu Mal ve Hizmetlerin Sürümünü Sağlama ve Arttırma Borcu

Franchise alan, franchising sistemine konu mal ve hizmetlerin sürümünü kendi adı ve hesabına⁸⁴ yapmak ve bu sürümün artmasını desteklemek borcu altındadır⁸⁵. Borcun ifasında kendisinden beklenen özen ölçütü ise basiretli bir tacirin⁸⁶ göstermesi beklenen özendir⁸⁷. Franchise alan, mal veya hizmet sürümünü arttırmak için sürekli olarak piyasa araştırmaları yapmalı,

müşteri çevreleriyle iletişim kurmalı, bölgede gerekli tanıtım ve reklamlara başvurmaldır. Ayrıca franchise alan, franchise verenin bu borçların ifasını denetleme hakkını da kabul etmek zorundadır⁸⁸. Uygulamada bu yükümlülük genellikle, belirli bir sürede asgari ciroya ulaşmak veya kararlaştırılan miktarlarda sürüm yapmak şeklinde somutlaştırılmaktadır⁸⁹.

3. Franchise Sistemindeki Gayri Maddi Malları Kullanma ve Geliştirme Borcu

Franchise alan, franchise verenin kendisine sunmuş olduğu maddi olmayan (fikri) malları kullanmak ve personeli bu hususta eğitmek zorundadır⁹⁰. Zira franchise sisteminin müşteride aynı imajı oluşturmaya ancak mal ve hizmetlerde aynı marka, amblem ve işletme adının kullanılması ve mal ve hizmetlerin aynı kalite ve standartta sunulması ile mümkündür. Kullanılmaması durumunda franchise verenin işletmesinin imajı tehlikeye düşer ve sürümün gereği gibi arttırılması hedefi gerçekleşemez⁹¹.

6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu⁹²'nin (SMK) 9. maddesi ile marka isminin kullanımına ilişkin 5 yıllık süre getirilmiştir⁹³. Bu hüküm dolayısıyla franchise alanın franchise verene ait ana marka ile yan markaları tescilden itibaren 5 (beş) yıl süresince kullanma borcu bulunmaktadır⁹⁴.

4. Franchise Veren Talimatlarına ve Kontrollerine Katılma Borcu

Franchise alanın, franchise verenin talimatlarına uyma borcu; franchise sistemini ve sistemdeki

81- Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 120; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 164; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 36.

82- Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 36; Yeniocak, Franchise Sözleşmesi, 73.

83- Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 40; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 153; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 57.

84- Franchise sözleşmesinde taraflar arasında sürümü arttırma amacına yönelik sıkı bir işbirliği ilişkisi bulursa da sözleşmeye karakteristik özelliğini kazandıran en önemli unsur franchise alanın, ticari faaliyetini franchise verenden bağımsız, ayrı bir kişi olarak sürdürmesidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yeniocak, Franchise Sözleşmesi, 75-76.

85- Eren, Borçlar Hukuku, 997; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 31; Yeniocak, Franchise Sözleşmesi, 75; Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 120; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 47; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 85; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 120; Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, 12.

86- Tacirin, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi anlamında bir objektif özen ölçüsüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (Ankara, 2019), 153.

87- Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, 12; Yeniocak, Franchise Sözleşmesi, 31; Ayata, Tarafların Borçları, 93-94; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 31.

88- Eren, Borçlar Hukuku, 997; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 121.

89- Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 121; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 86.

90- Eren, Borçlar Hukuku, 997; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 49; Topçuoğlu, "Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar", 121; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 31; Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, 155; Yeniocak, Franchise Sözleşmesi, 76-77; Ayata, Tarafların Borçları, 96; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 190.

91- Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 49.

92- RG., 10.01.2017.

93- 6769 sayılı SMK m.9 : " :ilmiştir. husuta yapacağı denetimleri kabul etmek ve personeli bu hususta eğitmek zorundadır.riyle iletişiTescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir. ".

94- Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 50.

maddi ve gayri maddi malları kullanma borcu ile bağlantılıdır⁹⁵. Zira, sunulan ürün ve hizmetin yeknesak ve aynı kalitede olması için franchise alan, franchise verenin talimatlarına uymalı, kontrolüne katlanmalıdır⁹⁶. Bu borcun içeriği, genellikle franchise veren tarafından el kitabında açıkça yazılır⁹⁷. Burada, sadece üretim değil, işletmede hizmetin sunulmasından, dekorasyona, personelin kıyafetinden hal ve hareketlerine dair birçok yönerge, kural ve bilgi mevcuttur⁹⁸. Nitekim Yargıtay tarafından; davalı tarafından sisteme aykırı davranılması nedeniyle yapılan feshin geçersizliği ileri sürülerek açılan dava sonucunda davacının sözleşmede belirtildiği gibi ürünleri davalıdan veya onun göstereceği üçüncü kişiden temin etme yükümlülüğü bulunduğu, ürün fiyatlarının fahiş olduğunun ileri sürülemeyeceği, ... ve bu nedenle yapılan feshin haklı olduğuna karar verilmiştir⁹⁹.

Ancak önemle altı çizilmelidir ki, franchise alanın uymakla yükümlü olduğu talimatlar işletme idaresi ve franchise sisteminin gerekleri ile sınırlıdır¹⁰⁰.

5. Franchise Verenin Menfaatlerini Koruma ve Sadakat Borcu

Franchise sözleşmesi taraflar arasında güvene dayalı bir ilişki yaratmaktadır. Sözleşme, sürekli nitelikte bir borç ilişkisi olduğu için bu güven kesintisiz devam etmektedir. Bu nedenle her bir franchise alanın hem franchise verene hem de diğer franchise alanlara karşı sistemin en iyi şekilde çalışmasına katkıda bulunma yükümlülüğü

bulunmaktadır¹⁰¹. Bu doğrultuda franchise alan, franchise verenin menfaatlerini korumalı, gerektiğinde franchise verenin çıkarlarını kendi çıkarlarından üstün tutmalı ve kendi kazancını artırmak için franchise verenin çıkarlarına ters düşen bir davranışta bulunmamalıdır¹⁰². Ayrıca franchise alan, franchise verene fayda sağlayacak davranışlarda bulunmalı ve zarar verecek davranışlardan kaçınmalıdır¹⁰³.

Franchise alanın, franchise verenin menfaatlerini koruma ve sadakat borcu gereği rekabet etmeme, sır saklama, bilgi ve hesap verme, borçlarını bizzat ifa etme yükümlülükleri vardır¹⁰⁴.

6. Bedel Ödeme Borcu

Franchise alanın diğer bir borcu franchise verene ait fikri ve sınai hakları kullanmasının ve franchise verenin onu koruma ve destekleme borcunun

95- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 156; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 32.

96- Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 125; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 140; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 174; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 216; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 38; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 11; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 32; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 14; Ayata, *Tarafların Borçları*, 99.

97- Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 32.

98- Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 77-78.

99- Yargıtay 11.HD, 2014/9988 E. ve 2015/638 K., 19.01.2015 T., www.lexpera.com, ET: 04.12.2023.

100- Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 32; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 175; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 218.

101- Eren, *Borçlar Hukuku*, 998; Kırca, *Franchise Sözleşmesi*, 1997, 156; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 16; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 130; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 130; Ayata, *Tarafların Borçları*, 103; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 38; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 78; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 52; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 82.

102- Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 156; Eren, *Borçlar Hukuku*, 998; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 17; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 130; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 130; Ayata, *Tarafların Borçları*, 104.

103- Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 131; Ayata, *Tarafların Borçları*, 104; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 80; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 178; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 225; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 73; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 38; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 17; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 134.

104- Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Eren, *Borçlar Hukuku*, 983; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 17; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 38; Ayata, *Tarafların Borçları*, 104; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 83-87; Demirağ Aktaş, Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, 52; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 130-47; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 130-42; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 178-90; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 78-88; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 225-42; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 73-77; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 38-39; Tayfun Tuna, "Türk Hukukunda Franchise-Alanın, Franchise Sözleşmesi Sonrası İçin Rekabet Yasağı Anlaşmasıyla Sınırlandırılması" (Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2023), 35-37.

karşılığını teşkil eden bedel ödeme borcudur¹⁰⁵. Taraflar bu bedeli sözleşmede serbestçe kararlaştırabilirler¹⁰⁶. Franchise sözleşmelerinde ücret çeşitleri, giriş ücreti, dönemsel ücret ve reklam ücreti olarak üç çeşittir.

Giriş ücreti, franchise alanın; işletmesinin kurulmasında franchise verenin yaptığı yardımların, maddi olmayan mallardan ve haklardan yararlanmanın karşılığında bir defaya mahsus olarak ödediği ücret türüdür¹⁰⁷. Öğretide, sözleşmenin kurulmasından itibaren kısa bir zaman sonra franchise alana isnat edilemeyen bir sebeple sözleşmenin sona ermesi halinde, başlangıç ücretinin kullanılmayan kısmının, franchise alana geri ödenip ödenmeyeceği hususu tartışmalıdır. Bazı Alman mahkemelerinin, böyle durumlarda başlangıç ücretinin yarısının veya sözleşmenin süresine göre orantılı bir şekilde hesaplanarak kalan miktarın franchise alana ödenmesi gerektiğine ilişkin hükümler verdiği nakledilmektedir¹⁰⁸. Ancak bu kararlar kanaatimizce haklı olarak, franchise verenin işletmenin kurulması sırasında yardım yükümlülüğünü yerine getirdiği ve sistemde yer alan gayri maddi malları özellikle de know-how'u aktardığı durumlarda, bu edimlerin karşılığı olan başlangıç ücretinin franchise alana geri ödenmemesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁹. Zira know-how'u oluşturan gizli yahut gizli olmayan bilgilerin bir kere aktarıldıktan sonra geri verilmesi imkanı olmadığı gibi,

franchise alanın öğrendiği bu bilgilerin sonradan kullanılmasının engellenmesi de oldukça zor, hatta neredeyse imkansızdır¹¹⁰.

Dönemsel ücret, franchise alanın aylık veya yıllık cirosuna bağlı olarak ve belirli aralıklarla franchise verene ödediği ücret çeşididir. Bu ücret türü, uygulamada genellikle sözleşmede franchise alanın yıllık cirosunun belirli bir yüzdesi olarak kararlaştırılır¹¹¹.

Reklam ücreti ise ortak reklam giderlerinden franchise alanın payına düşen kısım olarak tanımlanabilir¹¹². Uygulamada reklam ücreti ya peşin olarak belirlenir ve ödenir, ya da ciro üzerinden nispi oranlarla ödenir¹¹³.

III. FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A.Sözleşmeyi Sona Erdiren Olağan Sebepler

1. Belirli Sürenin Dolması

Taraflar franchise sözleşmesini akdederken belirli süreli veya belirsiz süreli olarak akdedebilirler. Belirli süreli sözleşmeler; sürenin dolması ile otomatik olarak sona erer. Kural olarak belirli süreli sözleşmeler, olağan fesih yoluyla sona erdirilemezler¹¹⁴. Bu sözleşmeler, sürenin dolmasından önce ancak olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilebileceklerdir¹¹⁵. Süresiz sözleşmelerde sözleşmelerin bitimi hususunda belli bir süre kararlaştırılmamaktadır. Bununla birlikte belirli süreli olarak kararlaştırılan sözleşmenin süresinin

105- Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 48; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 32; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 79; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 116; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 15; Ayata, *Tarafların Borçları*, 102; Aydoğdu, *"Türk Ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti"*, 9; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 165; Yüksel, *"Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi"*, 68; Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 205; Güçlü, *"Franchise Sözleşmesi"*, 67; Boso, *"Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri"*, 37. 106- Eren, *Borçlar Hukuku*, 996. 107- Eren, 996; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 33; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 79; Ayata, *Tarafların Borçları*, 102; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 117; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 80; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 165; Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 206; Güçlü, *"Franchise Sözleşmesi"*, 68. 108- LG Wuppertal Az.: 17 O 1/85. (Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 293-94'den naklen); Ayata, *Tarafların Borçları*, 102; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 117; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 165. 109- Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 293; Yüksel, *"Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi"*, 69; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 118; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 168.

110- Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 118; Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 294.

111- Eren, *Borçlar Hukuku*, 996; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 81; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 33; Güçlü, *"Franchise Sözleşmesi"*, 69; Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 208; Yüksel, *"Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi"*, 69; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 167; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 119; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 81.

112- Eren, *Borçlar Hukuku*, 996; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 34; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 120; Ayata, *Tarafların Borçları*, 103; Yüksel, *"Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi"*, 70; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 83-84; Kırca, *"Franchise Sözleşmesi"*, 1996, 167; Şimşek, *"Franchising Sözleşmesi"*, 209; Güçlü, *"Franchise Sözleşmesi"*, 70; Tuna, *"Türk Hukukunda Franchise-Alanın, Franchise Sözleşmesi Sonrası İçin Rekabet Yasağı Anlaşmasıyla Sınırlandırılması"*, 38.

113- Eren, *Borçlar Hukuku*, 997.

114- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 169; Ayata, *Tarafların Borçları*, 113; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 107; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 57; Eren, *Borçlar Hukuku*, 998; Yavuz, *"Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri"*, 168; Altıntaş, *"Tarafların Hak ve Borçları"*, 147.

115- Eren, *Borçlar Hukuku*, 998.

dolmasının ardından taraflar sözleşmeyi sürdürmeye devam ederse bu durum da tarafların sözleşmeyi uzatma iradelerinin varlığına karine teşkil eder ve sözleşme zımni olarak uzamış olur¹¹⁶. Dolayısıyla belirli süreli franchise sözleşmelerinde sözleşmenin kararlaştırılan süre sonunda mutlaka sona erebilmesi için, taraflardan birinin süre bitiminden sonra sözleşme ile bağlı olmayacağına ilişkin bir irade beyanında bulunması şarttır¹¹⁷. Uygulamada kendiliğinden uzamayı engellemek için taraflar franchise sözleşmesine tarafların açık iradesi olmadığı sürece sözleşmenin kendiliğinden olarak uzamayacağına ilişkin hüküm eklemektedirler¹¹⁸. Aksi durumda sözleşme, kendiliğinden uzayacak ve belirsiz süreli sözleşme halini almış olacaktır¹¹⁹.

Bunun yanında franchise asgari ve azami süreler veya her ikisini birden belirlemek suretiyle de akdedilebilir. Azami süre sözleşmenin geçerliliğini koruyacağı en ileri tarihi ifade ederken asgari süre sözleşmenin bitmesi için geçmesi gereken minimum süreyi ifade eder¹²⁰. Belirlenen asgari sürenin bitmesini takiben sözleşme her zaman için feshedilebilir. Azami süreli sözleşmelerde ise sözleşmeler taraflarca belirlenen azami süre sonunda otomatik olarak sona erer¹²¹. Kimi zaman da sözleşmenin sona ermesi hakkında taraflar sözleşmede belli bir olayın gerçekleşmesi kaydına yer verebilirler. Taraflardan birinin işyerini kapatması ya da başka bir şehre göçmesi durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğinin kararlaştırılması bu durumun bir örneğidir¹²².

2. Olağan Fesih

Belirsiz süreli franchise sözleşmelerinde olağan fesih ile taraflardan biri tek taraflı bir irade beyanıyla geleceğe etkili olarak sözleşmeyi sona

erdirebilir¹²³. Ancak bunun için belirli bir fesih süresine uymak gerekir. Taraflar sözleşmede açıkça bir fesih süresi belirlemişlerse bu süre Türk Borçlar Kanunu m. 640/1¹²⁴'nin kıyasen uygulanması ile 6 ay olarak kabul edilmelidir¹²⁵.

Olağan fesih yoluyla sözleşmenin sona ermesi için Yargıtay'ın da belirttiği gibi¹²⁶, taraflar herhangi bir sebebe dayanmak zorunda olmayıp bu hususta karşı tarafa varması gerekli irade beyanı olması yeterlidir. Dolayısıyla sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik irade beyanı, karşı tarafın hakimiyet alanına girdiği anda değil, TBK 640 hükmünün kıyasen uygulanması ile, 6 aylık sürenin bitmesiyle sona erer¹²⁷. Ayrıca olağan fesih hakkının kullanılması dürüstlük kuralına, özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmamalıdır¹²⁸.

123- Eren, *Borçlar Hukuku*, 999; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 122; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 48; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 67; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 169; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 151; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 196; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 92-93; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 258; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 86; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 43; Demirağ Aktaş ve Yıldız, "Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu", 118. 124- TBK m. 640/1: "Ortaklık, belirsiz süre için veya ortaklardan birinin ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuşsa, ortaklardan her biri, altı ay önceden fesih bildiriminde bulunabilir."

125- Franchise sözleşmesinin olağan fesih süresine acentelik sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ya da vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri süren azınlık görüşüne karşılık yapılan hukuki tartışmalar sonucu çoğunluk görüşü; diğer sözleşmelerde belirlenen sürelerin kısalığı, franchise sözleşmelerinde yapılacak hazırlık süresinin uzun olması, franchise alanın daha fazla risk alması ve bağımsızlığı gibi nedenlerle franchise sözleşmelerine adi ortaklık sözleşmelerine ilişkin 6 aylık fesih süresinin uygulanması gerektiği noktasında toplanmıştır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Demirağ Aktaş ve Yıldız, "Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu", 119; Eren, *Borçlar Hukuku*, 999; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 171; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 49.

126- Yargıtay 11.HD, E.2005/5416, K.2016/7900, 3.7.2016 T., www.lexpera.com, ET:06.12.2023: "Franchise sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme türü olup, taraflar arasında sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini gerektiren şartlar belirlenmediği takdirde tarafların müdahalesi olmadan sona erdirilemez. İlke olarak belirsiz süreli sözleşmeler, olağan ve olağanüstü fesih yolu ile sonlandırılabilir. Buna göre sözleşmenin sebepsiz sona erdirilmesi olağan fesih ... olarak adlandırılır".

127- Eren, *Borçlar Hukuku*, 999.

128- TMK m.2/2: "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."

116- Eren, 998-99.

117- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 169; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 167; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 148; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 195; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 91-92; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 247; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 85.

118- Demirağ Aktaş ve Yıldız, "Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu", 117; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 109; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 58.

119- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 169; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 58.

120- Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 60; Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 39.

121- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 40.

122- Gürzumar, 39; Demirağ Aktaş, *Sona Erme Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*, 60.

B. Sözleşmeyi Sona Erdiren Olağanüstü Sebepler

1. Sözleşmenin Önemli Sebeplere Dayanarak Olağanüstü Feshi (Haklı Sebeple)

Franchise sözleşmesinde belirli veya belirsiz süreli olması fark etmeksizin, sözleşmede kararlaştırılmasa bile taraflardan her biri, kendisi için sözleşmeye devamın beklenemeyeceği durumlarda, dolayısıyla haklı (önemli) sebebin varlığı halinde, sözleşmeyi derhal geleceğe etkili olarak feshedebilir¹²⁹. Sözleşmenin olağanüstü sebeple feshi için karşı tarafın kusurunun bulunması şart değildir¹³⁰. Olağanüstü feshin olağan fesihten ayrıldığı en önemli nokta olağanüstü fesihte tarafların fesih öneli beklemek zorunda olmamalarıdır¹³¹.

Kanun koyucu, haklı fesih sebebin tanımlamadığı gibi, haklı fesih nedenlerini de saymamıştır. Haklı fesih sebebi oluşturabilecek olgular her somut olay bağlamında ayrıca değerlendirilir. Hâkim takdir hakkını kullanırken, Türk Medeni Kanunu m. 4¹³²'te yer alan hak ve nesafet ilkesi doğrultusunda karar vermekle yükümlüdür¹³³. Bu değerlendirmede önemli olan, bu sebebin -herhangi bir tarafın kusurundan kaynaklanmasa bile- karşılıklı güven ilişkisini sarsması ve taraflardan sözleşmeye devam etmesini beklenmeyecek hale getirmesidir¹³⁴. Bu bağlamda örneğin, franchise alanın bedel ödeme veya sürüm arttırma borçlarını yerine getirmemesi franchise veren yönünden sözleşmenin haklı sebeple feshi

nedeni olarak kabul edilebilir¹³⁵.

2. Sözleşmenin Taraflardan Birinin Ölmesi, Ehliyetini Kaybetmesi veya İflas Etmesi Nedeniyle Sona Ermesi

Franchise sözleşmesinde, tarafların arasındaki sıkı işbirliği ve güven ilişkisi ile tarafların kişisel yetenekleri önem taşır¹³⁶. Dolayısıyla, taraflardan birinin ölümü, ehliyetini kaybetmesi, iflas etmesi veya ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde sözleşmeye, benzerliği haiz acentelik sözleşmesine dair 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹³⁷ (TTK) m. 121/3 hükmü atfıyla Türk Borçlar Kanunu m. 513/1¹³⁸ hükmünün kıyasen uygulanabileceği ve dolayısıyla -taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa- sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği ifade edilmektedir¹³⁹. Ancak, franchise sisteminin, franchise verenin kişiliğinden daha önemli olduğu sözleşmelerde anılan hallerde sözleşme kendiliğinden¹⁴⁰ sona ermeyecektir¹⁴¹.

Franchise alanın veya verenin iflası halinde de sözleşmenin kural olarak kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir¹⁴². Franchise verenin iflasında, her ne kadar franchise sözleşmesine iflas masasının devam edebileceği ihtimali akla

129- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 172; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 110; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 50; Eren, *Borçlar Hukuku*, 999; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 175; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 157; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 206; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 98; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 271; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 88; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 43; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 119.

130- Eren, *Borçlar Hukuku*, 1000.

131- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 172; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 50.

132- TMK m. 4: "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."

133- Demirağ Aktaş ve Yıldız, "Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu", 119.

134- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 173; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 207; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1000; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 50; Demirağ Aktaş ve Yıldız, "Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu", 119.

135- Eren, *Borçlar Hukuku*, 1000; Demirağ Aktaş ve Yıldız, "Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu", 120.

136- Eren, *Borçlar Hukuku*, 1000; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 46; Yavuz, "Franchise Alanın Hak ve Yükümlülükleri", 179; Altıntaş, "Tarafların Hak ve Borçları", 149; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 211-12; Yüksel, "Sözleşmenin Genel Olarak İncelenmesi", 102; Şimşek, "Franchising Sözleşmesi", 252; Güçlü, "Franchise Sözleşmesi", 92; Boso, "Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri", 43; Demirağ Aktaş ve Yıldız, "Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu", 117-18. 137- RG., 14.02.2011.

138- TBK m. 513/1: "Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır."

139- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 174; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 107; Ayata, *Tarafların Borçları*, 115; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 46.

140- Buna karşın, franchise sisteminin franchise verenin kişiliğinden önemli olduğu hallerde, sözleşmenin devam edebilmesi için, tarafların aksini kararlaştırmamış olması ve franchise verenin haleflerinin de sistemi devam ettirmek istemesi gerekir. Bkz. Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 174.

141- Eren, *Borçlar Hukuku*, 1000; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 47; Kırca, "Franchise Sözleşmesi", 1996, 212.

142- Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 174; Cantürk, *Sözleşmede Denkleştirme İstemi*, 47; Eren, *Borçlar Hukuku*, 1001.

gelebilirse de, özellikle franchise sözleşmesinin karakteri, müşteri nezdinde yaratılan imaj ve giderek franchise verenin ürettiği malların da iflas masasına gireceği dikkate alındığında, gerek sürümün gerek mal ve hizmet sunumunun oldukça sektöre uğrayacağı ortadadır¹⁴³. Hal böyleyken, kanaatimizce¹⁴⁴ de en hakkaniyetli sonuç, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini kabul olacaktır.

SONUÇ

Franchise sözleşmesi; franchise verenin franchise alanı kendi isim, marka ve imajı altında mevcut pazarlama sisteminden, ticari deneyim ve bilgilerinden yararlandırmak suretiyle fikri ve sınai unsurları franchise alana kullandırma, onu franchise sistemine dahil etme, belirli iş konseptinden faydalanma hakkını belli bir ücret karşılığında franchise alana sürekli olarak devretmeyi üstlendiği isimli bir sözleşmedir.

Franchise sözleşmesi, bünyesinde kanunda yer alan diğer sözleşmelere ait unsurları barındırır. Zira söz konusu sözleşme vekalet, hizmet, tek satıcılık, acentelik ve lisans sözleşmeleri için öngörülen unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle oluşan bir sözleşme türüdür. Bu sebeple franchise sözleşmesinin sui generis yapıda ayrı bir sözleşme türü olduğu değil, karma nitelikte bir isimli sözleşme olduğu kanaatini taşımaktayız.

Sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Franchise sözleşmesinin marka veya patent lisansına ilişkin hükümler içermesi halinde de sözleşmenin geçerliliği konusunda herhangi bir şekil şartı aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. Franchise sözleşmesi çerçeve sözleşme niteliğinde olduğundan lisans sözleşmesine dair şekil şartları yerine getirilmemiş olsa dahi sözleşme olacaktır.

Franchise sözleşmesinde “tekel hakkı gözetme borcu” nun tarafların esaslı borçları arasında sayılıp sayılmayacağı noktasında ise tekel hakkı gözetme borcunun tarafların esaslı borçları arasında sayılmaması gerektiği görüşündeyiz. Kanaatimizce franchise sözleşmesinin tipik unsuru olmayan bu borcun tanındığını kabul etmek için sözleşmede açık hüküm olmalıdır. Veya

sözleşmede böyle bir kayıt olmamakla birlikte dürüstlük kuralı çerçevesinde tekel hakkının tanınmasının kabulü mümkün olmalıdır.

Sözleşmenin kurulmasından itibaren kısa bir zaman sonra franchise alana isnat edilemeyen bir sebeple sözleşmenin sona ermesi halinde, başlangıç ücretinin kullanılmayan kısmının, franchise alana geri ödenip ödenmeyeceği hususunda kanaatimizce franchise alanın, franchise verenin edimlerinin karşılığı olarak ödediği başlangıç ücretinin franchise alana geri ödenmesi hukuka aykırılık yaratacaktır. Bu noktada franchise aktarılan gayri maddi malların da bulunduğunu göz ardı etmemek gerekir. Zira franchise alana aktarılan tecrübe ve bilgilerin bir kere aktarıldıktan sonra geri verilmesi imkanı olmayacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

FSEK : 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

m. : madde

RG. : Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : Sayfa

SMK : 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

UFRAD: Uluslararası Franchise Derneği

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

KAYNAKÇA

Altıntaş, Ayşe Tuğba. “Franchise Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Borçları”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019.

Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku. Ankara, 2019.

Ayata, Yeşim. Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

Aydoğdu, Murat. “Türk Ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Franchise Anlaşmalarında Grup Muafiyeti”. DEÜ Yayınları, sy Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan (2001): 1-25.

Boso, Burcu. “Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri”. Yüksek Lisans Tezi,

143- Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, 175; Ayata, Tarafların Borçları, 115; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 47.

144- Eren, Borçlar Hukuku, 1001; Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, 174; Cantürk, Sözleşmede Denkleştirme İstemi, 47.



Galatasaray Üniversitesi, 2006.

Cantürk, Barış Cihan. *Franchise Sözleşmesinde Denkleştirme İstemi*. İstanbul: On İki Levha, 2020.

Demirağ Aktaş, Leyla, ve Şükrü Yıldız. “Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi Ya Da Feshi Durumunda Franchise Verilen Taşınmazın Hukuki Durumu”, Şubat 2019.

Demirağ Aktaş, Leylan. *Franchise Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021.

Doğu, Hakkı Mert. *Kanuna Karşı Hile*. İstanbul: On İki Levha, 2023.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Güçlü, Hasan Ali. “Franchise Sözleşmesi”. *Yüksek Lisans Tezi*, Başkent Üniversitesi, 2020.

Gürzumar, Osman Berat. *Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukukten Korunması*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1995.

Hâtemî, Hüseyin, Rona Serozan, ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku: Özel Bölüm*. İstanbul: Filiz, 1992.

Kırca, Çiğdem. “Franchise Sözleşmesi”. *Doktora Tezi*, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1996.

———. *Franchise Sözleşmesi*. Yayın. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997.

———. “Franchise Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Şekli”. *Franchise Sözleşmesi*, s. 15-36, 01 Ocak 1997.

———. “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından Üretici İmalatçı Olarak Franchise Veren”. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 1999.

Özbilen, Arif Barış. *Sözleşmelerin Şekli Ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*. İstanbul: On İki Levha,

2017.

Öztürk, Pınar. “Franchise Sözleşmesi”. *Yargıtay Dergisi*, Ekim 1998.

Sulu, Muhammed. *Ticari Sırların Korunması*. Oniki Levha Yayıncılık, 2020.

Şimşek, Bahar. “Franchising Sözleşmesi”. *Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul Üniversitesi, 2018.

Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Topçuoğlu, Metin. “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku”. *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Haziran 2003.

Tosun, Yalçın. *Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku Ve Fikir Ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar*. İstanbul: On İki Levha, 2016.

Tuna, Tayfun. “Türk Hukukunda Franchise-Alanın, Franchise Sözleşmesi Sonrası İçin Rekabet Yasağı Anlaşmasıyla Sınırlandırılması”. *Doktora Tezi*, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2023.

Ulaş, Dilber. “Franchising Sisteminin, Franchise Alan Ve Veren Yatırımcılar Açısından Verimliliğinin Değerlendirilmesi”. *Verimlilik Dergisi*, sy 2 (Mayıs 2004): 0-0.

Yalman, Süleyman. *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*. Ankara: Seçkin, 2006.

Yavuz, Fatma. “Franchise Sözleşmelerinde Franchise - Alanın Hak Ve Yükümlülükleri”. *Yüksek Lisans Tezi*, Gazi Üniversitesi, 2018.

Yeniocak, Umut. *Franchise Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.

Yüksel, Hasan Levent. “Franchise sözleşmesinin genel olarak incelenmesi, ifası ve sona ermesi”. *Yüksek Lisans Tezi*, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Yünlü, Semih. *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha, 2019.

Eşler tarafından herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapılmaması durumunda 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanunun ilgili maddeleri uyarınca eşler arasında uygulanacak olan mal rejimi, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi olacaktır.

MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ

Av. Sena TOPÇU

Öz

İstenilen mal rejimlerinin seçimi veya seçilen mal rejiminin istenilen şekilde uygulanması için yapılan mal rejimi sözleşmeleri, evlilik birliklerinin önemli iktisadi sonuçlarıdır. Yani daha ayrıntılı ifade ile; yeni Türk Medeni Kanunu ile 2002 yılından sonra geçerli yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi dışından bir mal rejimi seçilebilmesi veya yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini kanunun belirlendiği sınırlar dahilinde bazı hükümlerinde değişiklik yapılabilmesi amacıyla mal rejimi sözleşmeleri; eşler tarafından noter aracılığıyla veya henüz evlilik öncesi nişanlılar tarafından evlendirme memuruna yazılı beyan ile yapılabilir. Çalışmamda ilk olarak konunun bütünlüğü açısından, genel olarak mal rejimi kavramı ele alınmıştır. Ardından mal rejimi sözleşmesi ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Son olarak 4721 sayılı kanunun 10.maddesi kapsamında mal rejimi sözleşmelerinin 2002 yılından öncesi açısından, geçmişe etkili şekilde yapıлып yapılamayacağı konusu doktrindeki görüşler bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Mal rejimleri, mal rejimi sözleşmesi, edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı rejimi, mal rejimi sözleşmesi şekli, mal rejimi sözleşmesi içeriği.

Abstract

The property regime contracts made for the selection of the desired property regimes or the desired implementation of the selected property regime are the important economic consequences of marriage unions. So with more detailed expression; With the new Turkish Civil Code, property regime contracts in order to be able to choose a property regime other than the legal property regime, which is the legal property regime after 2002, or to make changes in some provisions of the legal property regime, the participation in the acquired property regime, within the limits determined by the law; It can be done by the spouses through a notary public or by the engaged ones before marriage with a written statement to the marriage officer. In my study, first of all, in terms of the integrity of the subject, the concept of property regime in

general was discussed. Then, the property regime contract is discussed in detail. Finally, within the scope of Article 10 of Law No. 4721, the issue of whether the goods regime contracts can be made retroactively in terms of before 2002 has been evaluated in the context of the views in the doctrine.

Key Words

Goods regimes, property regime contract, acquisition regime, property separation regime, property regime contract form, property regime contract content.

GİRİŞ

Toplumumuzun temel yapı taşlarından olan aile; bir erkek ve bir kadının evlilik kurumunu işletmesi ile oluşur. Karı ve koca dediğimiz en az iki kişi veya çocukların da katılımıyla anne, baba ve çocuklardan oluşan aile; toplumumuzun temel yapı taşlarından olmakla birlikte yine toplumumuzu oluşturan en küçük birimdir diyebiliriz. İşte bu toplumun temel yapı taşı niteliğinde olan ve aileyi kuran karı ve koca sıfatlarına haiz kadın ve erkeğin sahip oldukları mallar açısından evlilikle birlikte birçok maddi yükümlülükleri olacaktır.

Evlilik, manevi yönü çok daha fazla ağır basan bir birlik olmasına karşın bu birliğin bir önemli sonucu da az önce maddi yükümlülükler olarak belirttiğim gibi iktisadi sonuçlardır. Evliliğin iktisadi sonuçları ile eşlerin sahip oldukları malların akıbeti gibi konular kast edilmekle birlikte kanunumuzca düzenlenen mal rejimleri ile bu sorun giderilmeye çalışılmıştır. Mal rejiminin kısaca tanımını yaparsak; Evlilik birliği kurulmadan önce ve/veya devam ederken eşlerin, sahip oldukları malvarlığı üzerindeki hak ve yükümlülükleri ile evlilik son bulduğunda bu değerler üzerindeki tasarrufları düzenleyen kurallar bütünü mal rejimi olarak ifade edilebilir¹. Evlilik birliğinin kurulmasıyla eşlerin sahip oldukları mallara ait mülkiyet, yönetim ve yararlanma haklarının ne şekilde kullanılacağı ve bu mallar dolayısıyla doğan sorumlulukların hangi oranda ve kime ait olacağı, evlilik sona erdiği zaman malların nasıl paylaşılacağı soruları mal rejiminin konusunu oluşturur. Bu bağlamda kanunda sınırlı sayıda (numerus clausus) sayılan mal rejimlerinin, evlilik birliğinin taraflarınca seçimi evlilikten önce olabileceği gibi evlilikten sonra da olabilecektir. Aynı zamanda yine

yukarıdaki açıklamalarım ışığında; mal rejimi ile eşlerin, evlilikten önce sahip oldukları ve “evlilik süresince” kazandıkları mallara ilişkin tüm haklar düzenlenmiş olmakla birlikte aynı zamanda olası bir boşanma halinde bu malların akıbeti konusu da mal rejimleri ile düzenlenmekte olduğu anlaşılmaktadır.

17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilen 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi 4 Nisan 1926 tarihinden itibaren 31.12.2001 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. 1.1.2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) yürürlüğe girmiştir. Bu yeni Medeni Kanunun asıl kaynağı İsviçre hukukudur ve aynı zamanda İsviçre hukuku kaynak alınarak düzenlenen bu yeni kanun birçok önemli yeniliği de beraberinde getirerek Türk hukukuna önemli katkılar sağlamıştır. 2002 yılına yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun ile hukukumuzda meydana gelen en büyük yeniliklerden biri de konumuzu oluşturan, mal rejimlerine ilişkindir. Konuyu daha ayrıntılı açıklarsak; eski Medeni kanunumuzda yasal mal rejimi olarak “mal ayrılığı” rejimi uygulanmaktaydı. Yani; taraflar kendi mallarından ve borçlarından sorumlu olarak tabiri caizse herkesin malı kendineydi diyebiliriz. Evlilik boyunca biriktirilen, kazanılan mallar hakkında herhangi bir paylaşım metodu öngörmeyen bu mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olarak kanunumuzca kabul edilmesi kadın aleyhine eşitsiz bir durum ortaya çıkarmıştır. Zira eski zamanlarda baskın olan ataerkil toplum yapısını ve bundan kaynaklı, erkeğin evlilik birliğinde çok daha fazla söz sahibi olacağını düşünürsek en basitinden tüm taşınmazlar erkeğin üstüne yapılacaktır ve hatta bununla kalmayıp kadın kendisine miras kalan taşınmazı dahi erkeğin üstüne yapacaktır. Bunun sonucunda da herhangi bir boşanma halinde mal ayrılığı rejiminin gereği olarak erkeğin üstüne yapılan tüm taşınmazlar erkeğin malı olacağından kadın bu mallar kapsamında herhangi bir hak talep edemeyecektir. Bu bağlamda mal ayrılığı rejiminin; kadının evlilik süresince yaptığı emeklerini göz ardı eden ve kadını özellikle maddi açıdan zor durumda bırakan bir düzenleme olduğu söylenebilir. İşte 2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun ile yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanması düzenlenmiştir. Eski Medeni kanununda yasal mal rejimi olarak düzenlenmiş olan mal ayrılığı rejiminin sonucu olarak herkesin malının kendisine ait olması kuralı tersine edinilmiş mallara katılma rejiminde ise mal ortaklığı kuralı olarak kabul edilmiştir. Yani edinilmiş mallara

1- AYDOS, Oğuz Sadık, *Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi*, s. 385.

katılma rejimi ile eşlerin, evlilik birliği içerisinde edindikleri mallara diğer eşin ortak olması sağlanmıştır.

2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni kanun ile yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin ne olduğunu ve eski yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi ile farklarını açıkladık. Bu noktada son olarak çıkaracağımız en önemli sonuç; yeni Medeni Kanun ile edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi evlilik birliğinde ki kadın açısından ve özellikle erkek otoritesinin baskın olduğu evlilik birlikleri açısından çok daha hakkaniyetli bir uygulama olduğu açıktır.

I. GENEL OLARAK MAL REJİMLERİ VE MAL REJİMLERİNİN ÖNEMİ

A. Mal Rejimi Kavramı

Yukarıda da açıkladığım üzere mal rejimi; eşlerin, evlilikten önce sahip oldukları ve aynı zamanda evlilik süresince de edindikleri mallar üzerindeki hak ve yükümlülüklerini kapsadığı gibi aynı zamanda da olası bir boşanma halinde de yine eşlerin sahip oldukları bu malların nasıl tasfiye edileceği ve bu mallar üzerindeki tasarruflarını da kapsamaktadır. Yani çok genel bir ifade ile mal rejimi konusu aslında evliliğin iktisadi bir sonucudur diyebiliriz.

Önceleri, mal rejimi kavramı ile evliliğin genel hükümleri kapsamında değerlendirilen malvarlığı hukuku kastedilmekteydi. Bu kapsamda eşlerin bakım ve giderlere katılma yükümlülüğü, evlilik birliğinin temsili ve eşlerin birbirleri ile yaptıkları hukuki işlemler mal rejiminin konusunu oluşturuyordu ancak aile kavramının zaman içerisinde değişimiyle birlikte doğal bir sonuç olarak aile hukukunda da değişimler meydana gelmiştir. Bunun sonucunda mal rejimi hukuku evlilik birliğinin eşlerin malvarlıkları üzerine yaptığı etkiyi, özellikle eşlerin mülkiyet, idare, yararlanma ve tasarruf yetkilerini, evlilik birliğinin sona ermesinde malların paylaşımını ve bu malvarlığı değerleri ile üçüncü kişilerin ilişkilerini konu alır olmuştur². Görüldüğü üzere değişen zaman ile aile kavramının da bu değişime ayak uydurmasıyla birlikte, mal rejimi hukukunun kapsamı çokça değişmiştir. Bu konuda özellikle değinilmesi gereken bir başka nokta ise mal rejimi hukukunun kapsadığı alanın da çok fazla genişlemesidir.

Yukarıdaki açıklamalarımın yola çıkarak mal rejiminin konusunu; evlilik birliği devam ederken aile ihtiyaçları için harcanmayıp biriken malvarlığı değerlerinin akıbetinin, evlilik süresince veya duruma göre mal rejiminin sona ermesinde ne olacağı oluşturmaktadır diyebiliriz.

B. Mal Rejimleri ve Mal Rejimlerinin Aile Birliğindeki Önemi

1. Genel Olarak Mal Rejimleri

Kıta Avrupa'sı ülkelerine baktığımızda karşımıza iki temel mal rejimi modeli çıkmaktadır³. Bunlar "mal ayrılığı ve mal ortaklığıdır". Mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerini iki temel mal rejimi olarak addedilmesinin nedeni Kıta Avrupa'sı ülkelerine bakıldığında bu iki rejimin mal rejimi olarak uygulanıyor olması ve hatta yasal mal rejimi olarak da uygulanıyor olmasıdır. Nitekim bizim hukukumuzda da mal ayrılığı ve mal ortaklığı, Medeni Kanunumuzca düzenlenen mal rejimlerimiz arasındadır. Bunlar dışında edinilmiş mallara katılma rejimi ve paylaşımlı mal ayrılığı olmak üzere Türk Hukukunda toplam dört adet mal rejimi bulunmaktadır.

Mal ayrılığı rejimi; 01.01.2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun öncesinde yürürlükte bulunan eski Medeni Kanun döneminde yasal mal rejimi olarak düzenlenmekteydi. Bu rejimde tabiri caizse her eşin malı kendineydi. Yani; her eş, kendi malvarlığı değerleri üzerinde mülkiyet hakkında sahip olduğu gibi, malvarlığını yönetme, yararlanma, kullanma ve malvarlığı üzerinde tasarruf etme hakkına da sahiptir. Evlilik birliğinin sahip olduğu bir malvarlığı söz konusu değildir. Evliliğin sona ermesi ile her eş sahip olduğu malvarlığını alır, diğer eşin malvarlığı üzerinde evlilik birliğinde doğan aynı ya da şahsi bir hak yoktur. Bu rejimde eşlerin ekonomik çıkarları ön planda tutulmuş ve eşlerin özerkliği tam olarak sağlanmıştır.

Mal ortaklığı rejimi; "ortaklık malları" ile "eşlerin kişisel mallarından" oluşur. Bir eşin kişisel malı olduğu ispatlanmadıkça, tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılır. Bu kapsamda kural olarak, eşlerin kanun gereğince kişisel malı sayılanlar dışındaki malları ile gelirleri ortaklık mallarını oluşturur. Daha genel bir ifade ile evlilik ile eşler, ortak malvarlığı değerleri üzerinde birlikte mülkiyet hakkına sahiptir. Ortak malvarlıklarını aile birliğinin yararına

2- ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, (2020), Ankara, s.34.

3- ACABEY, Beşir, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi* (1998) İzmir, s.77 vd.

uygun olarak yönetir, kullanır, yararlanırlar ve ortak malvarlığı değerleri üzerinde beraber tasarruf ederler. Evliliğin sona ermesi ile birlikte ortak malvarlığı eşler arasında paylaşılır.

Edinilmiş mallara katılma rejimi; 2002 yılından önce yürürlükte olan eski Medeni Kanun döneminde yasal mal rejimi olarak uygulanan mal ayrılığı rejiminin eşler arasında büyük haksızlıklara neden olduğunun anlaşılması ile yeni Medeni Kanun ile yasal mal rejimi olarak getirilmiştir. Yani 01.01.2002 tarihinden itibaren, eşlerin kendi iradeleri ile herhangi bir mal rejimini seçmemeleri durumunda, malvarlıklarına dair hukuken uygulanacak olan yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir. Bu rejime göre; Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin evlilik birliği içerisinde edindikleri mallara diğer eşin ortak olmasıdır. Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar. Burada edinilmiş mallar eşlerin ortak malı sayılmasına karşın adı üstünde kişisel mallar her eşin kendi malı sayılmış ve bu mallar paylaşımına sokulamayacaktır.

Son olarak paylaşılmalı mal ayrılığı rejimi; eşlerin evlilik birliğini herhangi bir zaman diliminde sonlandırması halinde evlilik birliğindeki her mal eşit olarak pay edilecektir. Diğer eşin malvarlığına katkıda bulunan eş mal rejiminin sonlanması ile katkısı oranında bedelin kendisine ödenmesini talep edebilecektir. Bu sebep ile eşler arasında tasfiyeye oldukça kolaylık sağlayan bir rejimdir⁴.

Yukarıda açıkladığım bu dört mal rejimi de Medeni Kanunumuzda düzenlen seçimlik mal rejimleridir ve aile birliklerinin ihtiyaçları ışığında, eşlerin iradeleri doğrultusunda bu mal rejimlerinden birini seçme ve gerektiğinde içeriğini sınırlı da olsa değiştirme imkânı tanınmıştır. Eğer eşler tarafından saydığımız bu mal rejimlerinden bir tanesi seçilmemişse, edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olduğundan evliliğin tabi olduğu mal rejimi olacaktır.

2. Mal Rejimlerinin Aile Birliğindeki Önemi

Aile, kadın ve erkeğin oluşturduğu insanlık tarihi kadar eski, toplumca kabul görmüş önemli bir sosyal olgudur⁵. Aile kavramının bu kadar önemli olmasından yola çıkarak bu birliğin bir sonucu olan eşlerin malvarlıkları üzerindeki tüm hak ve yükümlülükleri de yani iktisadi sonuçlar da bir o kadar önem taşımaktadır. Bu kapsamda,

eşlerin malvarlıkları üzerindeki tüm hak ve yükümlülüklerini düzenleyen mal rejimlerinin önemi de yadsınamaz zira evlilik birliğinde ekonomik adaletin sağlanması açısından mal rejimlerinin rolü önemlidir. 2002 yılından önce yürürlükte olan eski Medeni Kanun döneminde yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimin uygulanmasının eşler arasında çok büyük haksızlıklara ve kadının mağduriyetine neden olduğunu yukarıda açıklamıştık. Zira; mal ayrılığı rejiminde herkesin malı kendisine ait olmasından dolayı, ekonomik ve sosyal hayata erkeğe nazaran daha az katılan kadın, ev işleri, çocuk büyütme ve bakımı konusundaki emeklerine rağmen evlilik birliğinin özellikle boşanma ile sona erdiği bazı hallerde, ekonomik anlamda eli boş olarak hayatını idame ettirmek zorunda kalıyordu⁶ ve bu durum karşısında da yapacağı bir şey olmuyordu. Yıllardır süregelen bu haksızlıktan dolayı eşler arasında adaleti sağlamak ve kadının mağduriyetini ortadan kaldırmak için 2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun ile artık yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi getirildi. Böylece eşlerin evlilik birliğinde yaptıkları kader birliği ve adalet, edinilmiş mallara katılma rejimi ile ekonomik alanda da sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda; evlilik birliğinde eşler açısından eşitlik, mağduriyetlerin en aza indirilmesi ve hakkaniyetin sağlanması gibi konular açısından mal rejimlerinin ne kadar önemli olduğunu görüyoruz.

II. MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİ

A. Genel Olarak Mal Rejimi Sözleşmesi Kavramı ve Kapsamı

Mal rejimine ilişkin bir tanım kanun koyucu tarafından yapılmamıştır ancak mal rejimlerinden ve kanunda hali hazırda bu konu kapsamında bulunan hükümlerden yola çıkarsak; Mal rejimi sözleşmesi genel olarak resmi şekil şartına bağlı iki taraflı bir hukuki işlemdir şeklinde genel hatlarıyla bir tanım yapmak yanlış olmayacaktır. Bu tanıma ek olarak da bu hukuki işlemin içeriği hakkında; mal rejimine ilişkin kanunda bulunan hükümler hakkında yine kanunun izin verdiği ölçüde düzenlemeler getirdiğini söyleyebiliriz. Bu tanımdan hareketle mal rejimi sözleşmeleri resmi bir şekil şartına bağlıdır ve aynı zamanda kanunun çizdiği sınırlarla bu düzenlemelerin getirilebilmesi de mal rejimi sözleşmesinin içeriği konusunda taraflara sınırsız bir özgürlük verilmediğinin kanıtı niteliğindedir.

4- <https://www.ahmetekin.av.tr/mal-ayriligi-paylasmali-mal-ayriligi-ve-mal-ortakligi>.

5- Hegnauer/Breitschmid, Nr. 1.02.

6- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (2002), Turhan Kitabevi, s.89 vd.

Mal rejimlerinin ve bu mal rejimlerinin istenilen şekilde uygulanabilmesi için veya istenilen mal rejiminin uygulanabilmesi için yapılan mal rejimi sözleşmelerinin evlilik birliklerinin iktisadi bir sonucu olduğunu söylemiştik ancak burada ifade edilen iktisadi sonuç kavramı çok geniş bir kavramdır. Bu bağlamda burada iktisadi sonuçlar bakımından ayırt edilmesi gereken noktalar vardır; Eşlerin sözleşme serbestisi kapsamında ve yasal düzenlemelerin verdiği izinle anlaşmalı boşanmada boşanmanın fer'i olarak kabul edilen nafaka, maddi ve manevi tazminat şeklindeki mali konularda yaptığı anlaşmalar ile diğer hukuki ilişkiler kapsamında örneğin tüketim ödöncü, kira akdi gibi anlaşmalar iktisadi nitelikli olsalar da, mal rejimi konusunda olmadıklarından, mal rejimi sözleşmesi kapsamında nitelendirilmemektedir⁷.

Doktrinde mal rejimi sözleşmelerinin dar ve geniş anlamda mal rejimi sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmıştır. Kanunda öngörülen resmi şekil şartına uyularak yapılan mal rejimi sözleşmeleri dar anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılmaları şart koşulmayan, ancak mal rejiminin konusunu oluşturan kimi hususların şekle bağlı olmayan anlaşmalarla düzenlenmesi de, geniş anlamda mal rejimi sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Dar anlamda mal rejimi sözleşmesi, eşlerin veya evlenme vaadinde bulunmuş tarafların yani nişanlıların evlenmeden önce, yasada yer alan mal rejimlerinden birini yasanın düzenlendiği şekliyle veya izin verdiği değişikliklerle seçtikleri şekle bağlı bir aile hukuku sözleşmesidir⁸. Yani daha ayrıntılı bir ifade ile dar anlamda ki mal rejimi sözleşmesi; eşlerin veya nişanlıların, evlenmeden önce veya evlendikten sonra, kanunda seçimlik mal rejimleri olarak düzenlenmiş olan mal ayrılığı, mal ortaklığı veya paylaşımlı mal ayrılığı rejimlerden bir tanesini aralarında uygulanması için kararlaştırabilirler. Aynı zamanda kanunda düzenlenen bu seçimlik mal rejimlerinin veya yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin içeriğinde kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde de değişiklik yapılabilmesi mal rejimi sözleşmesi ile sağlanmıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin yeni Medeni Kanun ile yasal mal rejimi olarak kabul edilmesinin

en büyük nedeninin; kadınların büyük haksızlıklara uğrayarak mağdur olmasını ortadan kaldırarak eşler arasında ki menfaatlerin dengelenmesinin sağlanması olduğunu söylemiştik. Bu rejimi aleyhine addeden, ekonomik anlamda güçlü olan tarafta, kendini garanti altına almak istemiş, mal rejimi sözleşmesi yapmaktan yana olmuştur. Sonuç olarak yeni sistemde yapılan mal rejimi sözleşmesi sayısı artmaktadır. Ancak bu duruma daha ziyade evlenmeden önceki aşamada rastlanılmakta, evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi yapılması uygulamada istisna olarak kalmaktadır⁹.

Mal rejimi sözleşmesinin içeriği ve kapsamı konusu Medeni kanun md. 203'de düzenlenmiştir. Bahsi geçen madde uyarınca; "Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler." Bu düzenleme hukuk güvenliğinin sağlanması için getirilmiştir¹⁰. Bu maddeyi ayrıntılı biçimde yorumlarsak ilk olarak; mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce de yapılabileceğini görüyoruz ancak mal rejimleri evlilik birliği ile ilgili ve eşler arasında uygulanan bir rejim olduğunu düşünürsek evlenmeden önce seçilen mal rejiminin evlilik ile yürürlük kazanacağını söyleyebiliriz. Bunun dışında ikinci olarak; tarafların istedikleri mal rejimini kanunda yazılı sınırlar içinde seçebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda kanunda tahdidi olarak sayılan seçimlik mal rejimleri dışında farklı bir rejimin taraflarca seçilemeyecektir. Kanunda düzenlenen bu hüküm ile aile hukuku gibi kamusal yönü ağır basan bir alanda eşlere sınırsız bir seçim hakkı tanınmayarak, olası bir kargaşanın önüne geçilmek istenmiştir¹¹. Buna karşılık eşlerin malları üzerindeki haklarını ve tasarruf yetkilerini kısıtlamanın hukuk düzeni çerçevesinde doğru olmayacağından aralarındaki mali ilişkileri serbestçe düzenlemelerine imkân vermek amacıyla yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi dışında üç tane daha seçimlik mal rejimi kanunumuzca düzenlenmiştir. Böylece eşler maddi açıdan kendilerine en uygun olan mal rejimini seçebileceklerdir.

9- KİRAZ, a.g.e., s.17.

7- KİRAZ, Betül, *Mal Rejimi Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, s.15.

8- DOĞRU, Ecem, *İstanbul Barosu Dergisi, Mart/Nisan 2016, Cilt 90, Sayı 2016/2, s. 92.*

10- YILDIRIM Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2014, s. 95; OY Osman/OY Gerçek Onur, Karı Kocanın Edinilmiş Mallara Katılma ve Miras Hakları, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul 2016, s. 5.*
11- ERGÜN, Zafer, *Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2009, s. 1550.*

Yukarıda ifade edilen kanun maddesinden yola çıkarak tarafların istedikleri mal rejimini kanundaki sınırlar çerçevesinde kaldırabileceği ve değiştirebileceği de hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, eşlerin aralarında hali hazırda uygulanan yasal mal rejimini veya seçimlik mal rejimini değiştirebilmeleri veya kaldırabilmeleri için kanunda tahdidi olarak sayılan mal rejimlerinden birini seçmeleri gerekmektedir. Yani mesela, yasal mal rejiminin kaldırılması ancak taraflarca diğer üç mal rejiminden birinin seçilmesi ile söz konusu olabilir. Bu kapsamda eşler yeni bir seçimlik mal rejimini belirlemeden ve bu konuda bir mal rejimi sözleşmesi yapmadan hali hazırda bulunan, yasal veya seçimlik mal rejiminin kaldırılacağına ilişkin bir sözleşme yapamazlar. Eğer eşler hali hazırda bulunan mal rejimini kaldırmaya yönelik bir sözleşme yapmışlar fakat yeni bir mal rejimi seçmemişlerse yasal mal rejimine dönmek istedikleri kabul olunur¹². Ayrıca eşlerin aralarında uygulanacak olan mal rejimini seçmeleri durumunda seçtikleri mal rejiminin son bulma tarihini de mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırabileceklerdir. Aynı zamanda son bulma tarihinden sonra uygulanacak olan yeni mal rejimini de aynı şekilde kararlaştırmaları mümkündür. Seçimlik rejimlerden birinin belirli bir vadeye kadar geçerli olduğunun kabul edildiği hallerde, sürenin dolması ile başka bir seçimlik rejim kabul edilmemişse yasal mal rejimi eşler arasında geçerli olmaya devam eder. Örneğin eşler mal ayrılığı rejimini seçmişler ve bunun evlilik tarihinden itibaren yedi yıl süreceğini kararlaştırmışlarsa, yedi yılın sonunda mal ayrılığı rejimi sona erer ve eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olur¹³.

Mal rejimi sözleşmelerinin kapsamı ile alakalı değinilmesi gereken bir nokta da; 2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun ile eskiden yasal mal rejimi sayılan mal ayrılığı rejiminin artık olağanüstü mal rejimi kategorisine alınmasıdır. Bu şu demek oluyor; TMK md.206 uyarınca; hâkim bu hükümde sayılan haklı bir sebebin varlığı halinde ve eşlerden birinin istemi üzerine mevcut olan mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini isteyebilir. Yani başka bir ifade ile; olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığının kararlaştırılabilmesi için haklı bir sebebin varlığı gerekir ve buna ek olarak da eşlerden biri bu haklı sebebin varlığı ile birlikte mal

ayrılığı rejimine geçiş için bir irade ortaya koyması gerekir. Bu konudaki kararı da hakim verecektir. Mahkeme kararı ve eşlerden birinin istemi ile mal ayrılığı rejimine geçilmiş olması mutlak bir sonuç doğurmayacaktır, TMK md.208 uyarınca; mal ayrılığı rejimine geçişte var olan haklı sebebin ortadan kalkması ile yine hakim kararı ile eski mal rejimine veya diğer seçimlik mal rejimlerden birine dönülebilmesi mümkündür, bunun için herhangi bir koşul aranmamıştır. Buna karşılık TMK md.211 uyarınca; eşler şayet mal ortaklığı rejimini kabul etmiş ve bu rejim alacaklıların talebi veya kanun gereği olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığı rejimine dönmüşse, eşler mal rejimi sözleşmesi ile ancak edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilirler. Bu halde eşler yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle, mal ortaklığı rejimine geri dönemezler. Bunun için tüm alacaklıların tatmin edilmesi ve sonrasında hakim kararı gerekir¹⁴.

B. Mal Rejimi Sözleşmesinin Tarafları

TMK md.203 uyarınca; mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabileceğini yukarıda ifade etmiştik. Evlendikten sonra eşlerin mal rejimi sözleşmesi yaparak bu sözleşmenin tarafı olabilecekleri açıktır. Ancak kanun hükmü uyarınca evlenmeden önce de mal rejimi sözleşmesini yapılabilecektir. Yani nişanlılar da evlenme başvurusu sırasında bu yönde ki iradelerini göstererek mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabileceklerdir ancak nişanlılar tarafından yapılan bu mal rejimi sözleşmesinin hüküm doğurması tabi ki tarafların evlenmeleri şartına bağlıdır¹⁵. Burada nişanlıların evlenme başvurusu sırasında yapacakları mal rejimi sözleşmesi; noterde düzenleme ya da onama şeklinde yapabilecekleri gibi başvuru sırasında hangi mal rejimi seçildiğini memura yazılı olarak bildirerek de yapılabilir. Sonuç olarak evli olan eşler mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabileceği gibi henüz evlenmemiş olan nişanlılar da bu sözleşmenin tarafı olabileceklerdir.

Nişanlıların mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabileceğini belirtmiştim ancak bu konu ile alakalı önem teşkil edecek bir ayrıntıya değinilmesi gerekiyor; evlenmeden önce yapılacak mal rejimi sözleşmesi açısından, bu sözleşmeyi yapacak kimselerin evlenme niyetini ortaya koymaları gerekmektedir. TMK md.18 uyarınca

12- GÜMÜŞ Alper Mustafa, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 220.

13- KIRAZ, a.g.e., s.20.

14- KIRAZ, a.g.e., s.20.

15- Hausheer, Heinz, in: *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 182 Nr. 15.

da nişanlanmanın evlenme vaadiyle olacağı kabul edildiğinden, nişanlı kimselerin evlenme niyetlerini ortaya koydukları kabul edilecektir ve bu bağlamda geçerli bir şekilde mal rejimi sözleşmesi yapabileceklerdir. Ancak doktrinde bu açıklamaların tersi görüşler de bulunmaktadır; Doktrinde mal rejimi sözleşmesi yapmak isteyen taraflar arasında nişanlılık statüsünün aranmayacağı da savunulmaktadır. Buna göre evlilik birliğinin geçerli bir şekilde kurulması, önceki nişanlılık ilişkisini şart koşmadığından, mal rejimi sözleşmesi bakımından da böyle bir zorunluluk söz konusu olmamalıdır¹⁶.

Kanaatimce evlenmeden önce yapılan mal rejimi sözleşmesinin hüküm doğurması evlenme şartına bağlı olmasından yola çıkarak evlenme niyetini ortaya koymayan kişilerin bu sözleşmeyi yapmalarının bir anlamı olmayacaktır. Nişanlılık statüsünün hukukumuzca kabul edilmesinde dolayı ve resmi şekilde tarafların evlenme iradelerini ortaya koymasından dolayı mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce yapılabilmesi için gerekli olduğunu ifade edebilirim.

C. Sözleşme Ehliyeti

TMK md.204 sözleşme ehliyeti başlıklı hüküm uyarınca; “Mal rejimi sözleşmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar.” Fiil ehliyeti şartlarının; ergin olmak, kısıtlı olmamak ve ayırt etme gücüne sahip olmak olduğundan yola çıkarsak, mal rejimi sözleşmesi yapılabilmesi için fiil ehliyetinin aranmadığı sonucunu çıkarabiliriz. Zira mal rejimi sözleşmesi yapılabilmesi için yalnızca ayırt etme gücünün varlığı aranmış buna karşılık küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızası ile bu sözleşmeyi yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bunun sebebi hukuk sistemimizde belirli koşulların varlığı halinde ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlıların da evlenebilmesine veya nişanlanabilmesine olanak tanınmasıdır¹⁷.

Mal rejimi sözleşmesi yapacak kimselerin ayırt etme gücüne sahip olmaları yeterli görülmüştür ancak küçük ve kısıtlılar açısından yasal temsilcilerinin rızasının alınması aranmıştır. Burada küçük ve kısıtlılar açısından mal rejimi sözleşmesi

yapabilmek amacıyla yasal temsilcisinin rızasından kasıt yasal temsilcinin, temsilci sıfatıyla yani küçük veya kısıtlının yerine geçerek bu sözleşmeyi yapması değildir. Zira mal rejimi sözleşmesi yapmak kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. Bu bağlamda mal rejimi sözleşmesi temsil kabul etmez. Bunun sonucu olarak ise, iradi veya yasal temsilcinin hiçbir şekilde sözleşmeye geçerli bir imza koyması mümkün değildir¹⁸. İlgili kanun hükmünden de; mal rejimi sözleşmesi yapmak isteyen küçük ve kısıtlı için yasal temsilcinin, küçük veya kısıtlının yerine geçerek, onun adına ve hesabına bizzat mal rejimi sözleşmesi yapması değil yapılacak sözleşmeye rıza vererek katılması anlaşılmaktadır. Bu bağlamda mal rejimi sözleşmesinin ehliyetsizlik sebebiyle iptalinin istenebilmesi de mümkündür¹⁹.

Doktrinde küçük ve kısıtlılar açısından yasal temsilcinin rızasının gerekliliğinin yalnızca mal rejimi sözleşmesi yapma süreciyle sınırlı olduğuna dair görüşler vardır. Daha ayrıntılı bir ifade ile mal rejimi sözleşmesi, küçük veya kısıtlı tarafından yasal temsilcinin rızası ile yapıldıktan sonra mal rejimi sözleşmesi ile seçilen mal rejiminin değiştirilip eski mal rejimine dönmek istendiğinde yasal temsilcinin rızasının aranmasına gerek olmayacağı savunulmuştur. Ancak aynı görüşe göre, seçilen mal rejimi değiştirilmek istenip eski mal rejimi yerine farklı bir mal rejimi seçilmek istenmesi durumunda ise yine yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiği savunulmuştur²⁰. TMK md.208 uyarınca, hali hazırda uygulanan mal rejiminin değiştirilip kaldırılabilmesi için yeni bir mal rejimi sözleşmesi yapılmış olması gereğinden yola çıkarsak ve aynı zamanda TMK md.204 uyarınca, küçük ve kısıtlı açısından mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için yasal temsilcinin rızasının olması koşulunu göz önünde bulundurursak fikrimce hali hazırda uygulanan mal rejiminin değiştirilip kaldırılması için de yasal temsilcinin rızası alınması gerekmektedir.

Yukarıda anlattıklarım bağlamında; eşlerden birinin mal rejimi sözleşmesi yaparken temyiz kudretinden mahrum olması sözleşmeyi batıl kılar. Bu halde küçük veya kısıtlı olanın kanuni temsilcisinin rızası da, kanunun geçerlik şartı olarak aradığı temyiz kudretinin eksikliğini giderip

16- ACAR, Faruk, *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Miras Hakkı*, s. 104.
17- KİRAZ, a.g.e., s.24.

18-AKINTÜRK Turgut, *Aile Hukuku (2004)*, İstanbul, 9. Baskı Beta Basım, s. 139.

19- MORTAŞ, Süleyman, *Yargısal Anlayışlar Işığında Eşler Arasında Mal Rejimleri (2015)*, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 17.

20- GÜMÜŞ, a.g.e., s. 222.

sözleşmeyi geçerli hale getiremez. Sonuç olarak, gerek yasal gerekse iradi temsilci ayırt etme gücünden yoksun eş adına mal rejimi sözleşmesi yapamayacaktır²¹. Ancak buna TMK'nın 206. maddesinde bir istisna getirilmiştir. Buna göre, eşlerden biri evlilik sonrası sürekli olarak ayırt etme gücünü yitirirse, her iki eş de hakime başvurarak olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçilmesini talep edebilir. Bu halde gerekli başvurunun ayırt etme gücünü yitiren eşin yasal temsilcisi tarafından yapılacağı açıktır²². Öte yandan yasal temsilci, temsil ettiği ayırt etme gücünü yitirmiş eşin ancak lehine ise bahsedilen geçişi talep edebilecek ve bu yönde karar verilebilecektir²³.

D. Mal Rejimi Sözleşmesinin Şekli

Mal rejimi sözleşmesinin şekli TMK md.205'de düzenlenmiştir. TMK md.205 uyarınca; "Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır. Ancak, taraflar evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler. Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilcilerince imzalanması zorunludur." Görüldüğü üzere Türk hukukunda mal rejimi sözleşmesi bir şekil şartına bağlıdır. Evvelce kurulmuş olan bir mal rejimi sözleşmesinin, sonradan değiştirilmesi veya

Ortadan kaldırılması da yine aynı resmi şekil şartına tabidir²⁴. Burada söz konusu resmi şekil geçerlilik açısından gerekli olduğundan, buna aykırı sözleşmeler mutlak butlan ile sakat olacaktır. Ancak bu konuda değinilmesi gereken bir nokta vardır; mal rejimi sözleşmelerinin evlenmeden önce de evlenme başvurusu sırasında yapılabileceğini ifade etmiştik. Bu bağlamda evlenmeden önce evlenme başvurusunda yapılacak olan mal rejimi seçimine ilişkin beyanın adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir ancak burada kast edilen geniş anlamda bir mal rejimi sözleşmesidir. Yani; Bu bildirimle sadece sözleşmesel mal rejimlerinden biri seçilebilir, bunun dışında seçilen mal rejimine ve mal rejimi sözleşmesi ile düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkin düzenleme yapılamaz. Eşler mal rejiminin içeriğinde kanunun izin verdiği değişiklikleri yapmak istiyorlarsa, mutlak surette noterde düzenleme veya onaylama şeklinde bir mal rejimi

sözleşmesi yapmalıdırlar²⁵.

TMK md.205/2'de, mal rejimi sözleşmesinin şeklini düzenleyen bu hükümde aynı zamanda mal rejimi sözleşmesinin gerektiğinde tarafların yasal temsilcilerince imzalanması gerektiğini zorunlu tutmuştur. Burada kanun hükmünde geçen yasal temsilcinin bir dolaylı temsil ilişkisini kast etmediğini yani yasal temsilcinin küçük veya kısıtlının yerine geçerek onun ad ve hesabına bir mal rejimi sözleşmesi yapamayacağını sadece küçük veya kısıtlının yapmış olduğu mal rejimi sözleşmesine rıza göstermesi gerektiğini yeri gelmişken tekrar belirtelim. Zira bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı şahsi haklardandır.

Mal rejimi sözleşmesi Türkiye'de bulunan herhangi bir noterde yapılabilir. Bu anlamda, sadece eşlerin yerleşim yerinin bulunduğu noter yetkili değildir. Ancak noter dışında herhangi bir makam ya da merci mal rejimi sözleşmesini düzenleyemez, onaylayamaz veya tescil edemez²⁶. Yukarıda az önce açıkladığımız, evlenmeden önce yapılacak mal rejimi seçimi beyanlarının evlendirme memuruna adi yazılı şekilde yapılması gerektiği evlendirme memurunun noter işlevi gördüğü anlamına gelmemektedir ve karıştırılmamalıdır. Yani evlendirme memurunun mal rejimi sözleşmesi yapma yetkisi yoktur yalnızca mal rejimi seçimine ilişkin beyanı kabul ederler. Ancak kanun hükmünde ifade edildiği üzere mal rejimi seçimine ilişkin beyan yazılı şekil şartına bağlanmıştır, bu bağlamda yazılı yapılmayan bildirimler şekil şartının eksikliğinden hüküm ifade etmeyecektir.

Yukarıda bahsedilen nitelikli resmi şekil şartları ispat değil, geçerlilik şekli niteliğindedir.¹¹⁴ Bu sebeple mal rejimi sözleşmesinin bahsedilen şekillerde yapılması zorunludur. Şekil şartı öngörülmesinin nedeni, tarafları daha iyi düşünmeye sevk etmek ve gerektiğinde başka fikirlere de başvurabilmelerini sağlayarak korumaktır²⁷. Söz konusu şekil şartlarına uyulmaması, mal rejimi sözleşmesinin kesin hükümsüz hale gelmesine neden olacaktır. Öte yandan mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği için eski Medeni Kanundaki düzenlemelerin aksine özel bir sicile tescil yahut ilan şartı aranmadığı gibi hakim kararı da gerekmemektedir. Zira daha ayrıntılı şekilde ifade edersek; eski Medeni Kanunda mal

21- A.g.e., s. 222.

22- ACAR, a.g.e., s. 111.

23- ZEYTİN, a.g.e., s. 50.

24- AKINTÜRK, a.g.e., s. 140.

25-KİRAZ, a.g.e., s.37.

26- GENÇCAN, Ömer Uğur, *Mal Rejimleri Hukuku* (2022), 8. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 106.

27-ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku* (2015), Ankara, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, s. 404.

rejimi sözleşmelerinin geçerliliği hakim onayına bağlanmıştır ve aynı zamanda bu mal rejimi sözleşmesini üçüncü kişilere karşı öne sürebilmek için de noterler tarafından tutulan özel bir sicile tescil ve ilan şartı aranmıştır.

III. MAL REJİMLERİNDE SÖZLEŞME SERBESTİSİ

A. Mal Rejimi Sözleşmesi Yapıp Yapmama Serbestisi

Özel hukuk alanında, özellikle borçlar hukukunda geçerli olan sözleşme serbestisi yani bir sözleşmeyi yapma ya da yapmama konusunda kişilerin serbest olması, aile hukukunda da belirli sınırlarla geçerli bir ilkedir. Türk Medeni Kanunu, eski Medeni Kanunundaki gibi, seçimlik mal rejimlerini yer vererek zorunlu bir mal rejimi uygulanmasını zorunlu tutmamıştır veya kişilerin bir mal rejimi sözleşmesi yapması konusunda da bir zorunluluk getirmemiştir. Yani mal rejimi sözleşmesi yapıp yapmama veya yapılacaksa hangi mal rejiminin seçilmesi gerektiği konusunda taraflar serbest bırakılarak sözleşme serbestisi ilkesi uygulanmıştır. Ancak burada ki sözleşme serbestisinin sınırsız bir serbesti olduğu söylenemez zira taraflar eğer bir mal rejimi sözleşmesi yaparak bir mal rejimi seçmek isterlerse bu durumda sadece kanunda tahdidi olarak sayılan mal rejimlerinden birini seçebilirler. Daha ayrıntılı ifade ile taraflar eğer bir mal rejimi seçmek isterlerse bu durumda ancak kanunda sayılan seçimlik mal rejimlerinden olan mal ortaklığı, mal ayrılığı veya paylaşımlı mal ayrılığı rejimlerinden birini seçebilirler. “Eşler, bu seçimlik mal rejimleri dışında başka bir mal rejimi seçemeyecekleri gibi Borçlar hukukundan farklı olarak karma veya kendine özgü bir rejim de meydana getiremezler²⁸.” Buna ek olarak yabancı ülkede geçerli olan bir mal rejimini de seçmeleri, Milletlerarası Özel Hukuk kuralları saklı kalmak kaydıyla mümkün değildir. Kanun koyucu mal rejimi sözleşmesine ilişkin bahsedilen sınırlamaları getirerek eşleri, eşlerin mirasçılarını ve üçünü kişi konumundaki eşlerin alacaklılarını korumayı ve hukuki işlem güvenliğini sağlamayı hedeflemiştir²⁹. Bu şekilde yasal mal rejimi olarak kabul edilen mal rejimi dışında kanunda tahdidi olarak seçimlik mal rejimlerinin de getirilmesinde ki amaç tarafların kendilerine ve evlilik birliğine en uygun ve ideal

olan mal rejimini seçebilme hakkını vermektedir. Zira kanun koyucu gerek ekonomik gerekse sosyolojik açıdan, günümüzün en ideal mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olduğu tespitinden yola çıkarak, onu yasal mal rejimimiz olarak düzenlemiştir³⁰. Ancak tüm evliliklerde eşler arası ilişkiler tek tip değildir. Dolayısıyla edinilmiş mallara katılma rejiminin her evliliğe uygunluğundan bahsedilemez³¹.

Yukarıda belirttiğim gibi; eşler ya da evlenmeden önce de mal rejimi sözleşmesi yapılabileceğini göz önüne alırsak nişanlılar da yani eşler ya da nişanlılar bir mal rejimi sözleşmesi yaparak kanunda sayılan seçimlik mal rejimlerinden birini seçmek zorunda değildirler. Bu bağlamda eşler, eğer bir mal rejimi sözleşmesi yapmamışlarsa kanun koyucu, eşlerin büyük bir kısmını tatmin ettiğini ve onların ortak çıkarlarını gözettiğini kabul ettiği edinilmiş mallara katılma rejiminin eşler arasında geçerli olacağını TMK md.202 ile hükme bağlamıştır³². Buradan, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin yalnızca bir mal rejimi sözleşmesi yapılmadığında uygulanacağını aksi takdirde bir mal rejimi sözleşmesiyle seçimlik mal rejimlerinden biri seçildiği takdirde tekrar yasal mal rejimine dönülemeyeceğini anlamamak gerekir. Zira TMK md.203 uyarınca, bir mal rejimi sözleşmesi ile seçimlik mal rejimlerinde biri seçilmiş olsa dahi taraflar istediği takdirde edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilirler veya diğer seçimlik mal rejimlerini de seçebileceklerdir. Mal rejiminin seçimi, değiştirilmesi ve kaldırılması konusunda ki taraflara tanınan serbesti konusunda istisna teşkil edecek bir hüküm TMK 211’de düzenlenmiştir. Bahsi geçen madde uyarınca; aralarında mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerin mal rejimi, alacaklının talebi veya kanun gereği olağanüstü mal rejimine dönüşmüş ise, eşler, mal rejimi sözleşmesi ile sadece edinilmiş mallara katılma rejimini seçebilirler. Yani emredici bu hüküm karşısında, eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile mal ayrılığı ve paylaşımlı mal ayrılığını seçmeleri mümkün değildir. Aksine bir mal rejimi sözleşmesi batıldır.

B. Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına Göre Mal Rejimi Seçimi

Özel hukuka ilişkin bir işlem veya ilişki yabancılik unsuru taşıması halinde bu işlem veya ilişki

28- ŞEKER, Muzaffer, *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular*, (2022), İstanbul, s.8.

29- KARAKİMSELİ Ayşe, *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 82.

30- ACAR, a.g.e., s. 99.

31- KIRAZ, a.g.e., s.12.

32- ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, (2020), Ankara, s.50.

hakkında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uygulanır. Mal rejimi sözleşmesinin taraflarından birinin yabancı olması durumunda da bu sözleşme ilişkisi yönünden yabancılık unsurunun varlığı kabul edileceğinden bu sözleşme kapsamında MÖHUK uygulanması gerekecektir. MÖHUK'un evlilik malları başlığı altındaki 15.maddesinde eşlerin aralarındaki mal rejimine ilişkin uygulanacak hukuk hüküm altına alınmıştır. MÖHUK md.15/1 uyarınca; “Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır.” Hükümden anlaşılabileceği üzere eşler, evlilik malları hakkında evlenme anındaki, kendilerinden birinin mutad mesken veya millî hukuklarından “birini” açık olarak seçebileceklerdir. Yani, taraflar yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle, kendilerine hem hangi ülke hukukunun, hem de o hukuktaki hangi mal rejiminin uygulanacağını kararlaştırabileceklerdir³³. Eğer eşler bu şekilde bir seçim yapmamışlarsa sırasıyla; eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku ve son olarak bunların hiç biri bulunmuyorsa Türk hukuku evlilik malları hakkında uygulanacaktır.

C. Mal Rejimi Sözleşmesinin İçeriğini Belirleme Serbestisi

Eşlerin, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, mal rejimi sözleşmesi yapıp yapmama konusunda serbest olduklarını ve aynı zamanda eğer bir mal rejimi sözleşmesi yapacaklarsa kanunda tahdidi olarak sayılan seçimlik mal rejimleri ile sınırlı olmak üzere istedikleri mal rejimini seçebileceklerini daha önce ifade etmiştik. Bunlara ek olarak bir de TMK md.203 uyarınca; eşler, mal rejimi sözleşmesi ile seçtikleri mal rejiminin içeriğini kanunun öngördüğü sınırlar içinde düzenleyebilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır; evlenmeden önce nişanlılar tarafından evlenme başvurusu sırasında yapılacak mal rejimi seçimi açısından yazılı şekil şartı yeterliydi. Yani evlenmeden önce

mal rejimi seçimi için notere gitme zorunluluğu yoktu, evlenme başvurusu sırasında da seçilen mal rejimini yazılı şekilde bildirmek yeterli oluyordu. Ancak seçilen mal rejiminin içeriğine ilişkin bir beyan bu şekilde geçerli olmayacaktır zira içeriğe ilişkin değişikliklerin düzenleme şeklinde noterde yapılması gerekmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kanunumuzda düzenlendiğinden bu konuda örnek teşkil etmesi açısından, kanundaki sınırlamalar çerçevesinde, edinilmiş mallara katılma rejimin içeriğinde yapılabilecek düzenlemelere değinmekle yetineceğim:

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde mal grupları kişisel mal ve edinilmiş mal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ikili ayırım kanunda emredici hükümle düzenlenmiş olduğundan mal rejimi sözleşmesi ile değiştirilemezler. Ancak, kanunda emredici hükümle düzenlenen bu mal gruplarının mal rejimi sözleşmesiyle değiştirilememesine karşılık, bu mal gruplarına giren malvarlığı değerlerinin yeri değiştirilebilir. Başka bir ifade ile, mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mal grubuna giren bir malvarlığı değerinin, buradan çıkarılıp kişisel mal grubuna dahil edilmesi mümkündür. TMK 221/1 ve 2 uyarınca; “Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını da kararlaştırabilirler.” Burada dikkat edilmesi gereken nokta; kanunen kişisel mal kabul edilen malvarlığı değerlerinin, mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mal olarak kabul edilemeyeceğidir.

TMK md.227/3 uyarınca; eşler, mal rejimi sözleşmesiyle değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler.

TMK md.223/2 uyarınca; “Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.” Bu hükümden çıkarılan sonuç kapsamında; eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, eşlerden birinin, diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunmasına karar verebilir.

TMK md.237/1 uyarınca; “Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir.” Yani eşler, artık değere katılma oranı

33- ŞENSÖZ Ebru, *Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk, s. 103.*

konusunda kanunun belirlediği orandan başka bir oranı mal rejimi sözleşmesi ile kabul edebilirler.

TMK md.240/1 uyarınca; sağ kalan eşin, aile konutu ve ev eşyası üzerinde kendisine tanınan intifa, oturma gibi haklardan mal rejimi sözleşmesiyle vazgeçmesi mümkündür. Bu hakların karşılıksız olarak tanınması ve bu hakların yerine mülkiyet veya başka bir aynı hakkın sağ kalan eşe tanınması da mal rejimi sözleşmesiyle mümkündür³⁴.

IV. ZAMAN BAKIMINDAN MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN KAPSAMI (4722 SAYILI KANUNUN 10. MADDESİ BAKIMINDAN EŞLERİN GEÇMİŞE ETKİLİ ŞEKİLDE MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ YAPABİLMESİNİN TARTIŞILMASI)

22.11.2001 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun ile aile hukuku alanında büyük reformlar yapıldığını söylemiştik. Bu yeniliklerden en çok dikkat çeken ve özellikle kadın açısından çok fazla önem teşkil eden; eski Medeni Kanun döneminde yasal mal rejimi olarak kabul edilen mal ayrılığı rejiminin yerine yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesidir. Zira mal ayrılığı rejimi ile eski Medeni Kanunun uygulanma süreci boyunca kadın aleyhine sonuçlar ortaya çıkmıştır ve bu durum telafi edilemeyecek şekilde kadının haksızlığa uğramasına ve mağdur olmasına neden olmuştur. Bu bağlamda yeni kanun ile evlilik süresince edinilen mallar açısından iki eşin ortak malı sayılarak eşler arasında ki eşitlik gözetilmiştir ve kadının mağduriyeti de ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejimi evlilik birliğindeki kadın açısından ve dolayısıyla da hukukumuz açısından olumlu sonuçlar ortaya çıkarmaktadır ancak yeni Medeni kanunun yürürlüğe girip yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini düzenlemiş olsa da eski kanunda yasal mal rejimi olarak kabul edilen mal ayrılığı rejiminin uygulanması tamamen ortadan kalkmamıştır³⁵.

Bunun nedeni, yeni Medeni kanunla birlikte 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10. Maddesidir.

Bahsi geçen madde uyarınca; “Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi

oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasında tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanır. Davanın redle sonuçlanması hâlinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar. Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler. Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi hâlinde, Türk Kanunu Medenîsinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır.” Bu hükümde ki “Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder.” İfadesinden yola çıkarak; eski Medeni kanunda yasal mal rejimi olarak kabul edilen mal ayrılığı rejiminin, yeni Medeni kanunun yürürlük tarihi olan 01.01.2002 tarihinden önce ki evlilikler açısından uygulanmaya devam edileceği anlaşılmaktadır. Yukarıda ifade ettiğim, yeni Medeni kanunun yürürlüğü ile yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiş olsa da mal ayrılığı rejimi etkisini tamamen kaybetmemesinin dayanak noktası olan hüküm işte bu hükümdür. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanmaya başlama zamanı yeni Medeni kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002 tarihidir. Bu tarihten önce yapılan evlilikler açısından ise 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı rejimi uygulanmaya devam edilecektir. Ancak hükmün devamında; yeni Medeni Kanunun yürürlük tarihi olan 01.01.2002 tarihinden itibaren, bir sene içinde (31.12.2002 tarihine kadar), noterde yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle yeni yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik tarihinden itibaren uygulanmasına kararlaştırabilirler. Bu durumda evlilik, 01.01.2002 tarihinden önce yapılmış olsa da evliliğin yapıldığı tarihten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır. Aksi takdirde, yani bu 1 yıllık süre içinde, yeni yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin, evlilik tarihinden itibaren uygulanmasını öngören mal rejimi sözleşmesi

34- ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, (2020), Ankara, s.57.

35- ŞEKER, a.g.e., s.

yapılmadıysa iki farklı zaman dilimi için iki farklı mal rejimi uygulanacaktır³⁶. İki farklı zaman diliminden kasıt; evlilik tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı rejimi; 01.01.2002 tarihinden sonrası için ise edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır. Yani edinilmiş mallara katılma rejimi açısından eşler sanki yeni Medeni Kanunun yürürlük tarihi olan 01.01.2002 tarihinde evlenmiş gibi kabul edileceklerdir³⁷.

Bunlara ek olarak kanun koyucu yukarıda açıkladığımız 1 yıllık süre açısından başka bir düzenleme daha öngörerek; bu 1 yıllık süre içerisinde seçimlik mal rejimlerinden birini 01.01.2002 tarihinden itibaren uygulanmak üzere seçebileceklerini aksi takdirde ise yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanacağını hüküm altına almıştır.

Tüm bu anlattıklarım çerçevesinde; Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10.maddesinin ne kadar problemli bir madde olduğu açıktır. Bu bağlamda bahsi geçen madde doktrinde de çok fazla eleştirilmiş ve tartışmalara neden olmuştur. Doktrindeki eleştirilere değinmek gerekirse; ilk olarak doktrinde en fazla tartışılan ve eleştirilen konu, yeni Medeni kanun md.10/3'te öngörülen bir yıllık süre geçtikten sonra yapılacak mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminin 2002 yılından önce kurulan evlilikler açısından evlilik tarihinden itibaren uygulanabilirliğinin tartışılmasıdır. Bu konuda doktrinde; mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminin 2002 yılından önce ki evlilikler açısından evlilik tarihinden itibaren uygulanabilmesi gerektiğini savunanlar gerekçe olarak tarafların aralarında yapacakları anlaşmalarla mal rejimi sözleşmesinin geçmişe etkili olması ile elde edilmek istenen sonuca benzer bir hukuki durumun oluşturulmasının mümkün olmasıdır. Ayrıca; normal şartlarda mal rejimi sözleşmesi ile seçilen yeni mal rejiminin uygulanması geçmişe dönük istenilen tarihten itibaren başlatılabiliyor olması ve mal rejiminin sona ermesi halinde evlilik birliği içinde kazanılan malların, tabi olunan mal rejiminden bağımsız olarak iradeleriyle kurdukları bir paylaşma sözleşmesi ile paylaşabilecekleri de gerekçe gösterilerek mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminin başlamasını 2002'den önce kurulan evlilikler için evlilik tarihinden itibaren başlatabilmeleri gerektiği

savunulmuştur³⁸. Son olarak aynı görüşe göre kamu düzenine de herhangi bir aykırılık yoktur. Zira zaten mal ayrılığı rejiminden kadının aleyhine bir durum doğurduğundan ve eşler arasında eşitsizliğe yol açarak adaleti tam olarak tesis etmediğinden ötürü vazgeçilip edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak uygulanmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, eşlerin serbest iradeleriyle bu olumsuzluğu ortadan kaldırıp, 1 yıllık süre geçmesine rağmen, mal rejimi sözleşmesiyle evliliğin başından itibaren edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanabilmesi gerekmektedir. Doktrinde tüm bu anlattıklarım tersine, kanundaki düzenlemelere paralel şekilde görüş bildirenler de vardır. Mesela ZEYTİN'e göre³⁹; kanunda belirtilen 1 yıllık süre geçmişse, eşler mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin başından itibaren uygulanmasına karar verememeleri gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalarım ışığında, bende ilk görüşe ve gerekçelerine katılarak 1 yıllık süre geçmiş olması durumunda, mal rejimi sözleşmesiyle, edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik tarihinden itibaren geçerli olmasını kararlaştıramayacak olmalarının kimseye bir faydasının olduğunu ve kimsenin bir menfaatinin korunduğunu düşünmüyorum. Eşler, iradeleri doğrultusunda yapacakları bir mal rejimi sözleşmesi ile zaman sınırı olmaksızın, 2002 tarihinden önce evlenmiş olsalar dahi, edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik tarihinden itibaren uygulanmasına karar verebilmelidir.

SONUÇ

Mal rejimleri evlilik birliklerinin iktisadi sonuçlarıdır ve önem teşkil ederler zira evlilik birliği içerisinde edinilen malların evlilik birliğinin sona ermesi durumunda ki akıbeti, mesela malların mülkiyeti kime ait olacağı gibi konular mal rejimleri ile dolayısıyla da mal rejimi sözleşmesi ile belirlenirler.

Eşler bir mal rejimi belirleme ve bu yönde bir mal rejimi yapıp yapmama konusunda serbesttirler. Eşler tarafından herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapılmaması durumunda 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanunun ilgili maddeleri uyarınca eşler arasında uygulanacak olan mal rejimi, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi olacaktır. Eşler buna karşılık kanunda sınırlı sayıda belirlenmiş olan seçimlik

36- a.g.e., s.3.

37- a.g.e., s.3.

38- ŞEKER, a.g.e., s. 23-24.

39- ZEYTİN, a.g.e.

mal rejimlerinden, kendi evlilik birliğine en ideal olan mal rejimi seçip bir mal rejimi sözleşmesi de yapabilirler. Mal rejimi sözleşmeleri, evlilik birliği içerisinde noter suretiyle yapılabileceği gibi evlenmeden önce nişanlılar tarafından evlendirme memuruna bu yönde bir yazılı beyanda bulunmak sureti ile de yapılabilir.

Mal rejimi sözleşmesi yapabilmenin ehliyet açısından şartlarına bakıldığında; ayırt etme gücüne sahip olma aranmıştır. Küçük ve kısıtlılar ise yasal temsilcileri aracılığı ile mal rejimi sözleşmesi yapabileceklerdir. Bu bağlamda temyiz kudreti, mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için yeterli sayılmıştır. Küçük ve kısıtlıların mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi bakımından önemle belirtmek gerekir ki; yasal temsilci aracılığı ile mal rejimi sözleşmesi yapabileceklerdir ancak burada yasal temsilci küçük veya kısıtlının yerine geçerek onun adına bir mal rejimi sözleşmesi yapamaz. Kanunun ilgili maddesinden de anlaşıldığı üzere burada yasal temsilcinin görevi mal rejimi sözleşmesi yapmak değil, küçük veya kısıtlının mal rejimi sözleşmesi yapma doğrultusunda gösterdiği irade kapsamında rıza göstermektir.

Son olarak yeni Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 2002 yılından öncesi kapsamında geçmişe etkili şekilde mal rejimi sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı konusu doktrinde çok fazla farklı görüşlere ve tartışmalara neden olmuştur. Zira; 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10. Maddesi uyarınca 01.01.2002 tarihinden itibaren bir yıl içerisinde bir mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminin 2002 yılından önce olan evliliklerde evlilik tarihinden itibaren uygulanması kararlaştırılmamışsa, bir yıl geçtikten sonra bu kapsamda yani 2002 yılından önceki evlilikler için edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik tarihinden itibaren geçmişe etkili olarak uygulanması kararlaştırılmayacak. Bu durumda evlilik tarihinden itibaren 2002 yılına kadar olan süreç için o dönem yasal mal rejimi olan mal ayrılığı uygulanacak olup 2002 yılından sonrası için ise edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır. Ancak doktrindeki görüşler doğrultusunda, bu hükmün eşlerden herhangi bir tarafın menfaatini korumadığı veya bu hükmün olmaması durumunda herhangi bir taraf aleyhine bir durum ortaya çıkma olasılığı olmadığı da açıktır. Kısaca bu hükmün kimseye bir faydası olmamasından dolayı hatta mal ayrılığı rejiminin mahiyeti kapsamında kadın aleyhine bir durum ortaya çıktığından, 2002

yılından sonra yapılan mal rejimi sözleşmelerinin de geçmişe etkili şekilde evlilik tarihinden itibaren geçerli yapılabilmesi sağlanmalıdır.

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
bkz.	: Bakınız
f.	: Fıkra
md.	: Madde
s.	: Sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamında

KAYNAKÇA

- ACAR, F.(2006). *Edinilmiş Mallara katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları.*
- AKINTÜRK, T. (2004). *Aile Hukuku (9. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.*
- GÜMÜŞ, A. (2008). *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık.*
- GENÇCAN, Ö. (2022). *Mal Rejimleri Hukuku (8. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.*
- KİRAZ, B. (2019). *Mal Rejimi Sözleşmeleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.*
- Mevzuat.gov.tr İnternet Sitesi (Erişim Tarihi: 10.12.2022).
- MORTAŞ, S. (2015). *Yargısal Anlayışlar Işığında Eşler Arasında Mal Rejimleri. Ankara: Adalet Yayınevi.*
- ŞEKER, M. (2022). *Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.*
- ŞENSÖZ, E. (2006). *Milletlerarası Özel Hukukta Mal Rejimine Uygulanacak Hukuk, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem 17-18 Kasım. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları.*
- ŞİPKA, Ş. (2013). *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar (3. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.*
- ZEYTİN, Z. (2020). *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık*

7405 SAYILI KANUN KAPSAMINDA SPORDA ŞİRKETLEŞME

Stj. Av. Melike GÖĞÇEN¹

Öz:

Teknolojik ve ekonomik gelişmelerin yaratmış olduğu sporda endüstrileşme dünyada olduğu gibi Türkiye’de de yaygınlaşmaktadır ve Türk spor kulüplerinin elde edebileceği gelir fazlalaşmıştır. Bu sebeple spor kulüplerinin zorunlu yapısı olan dernekler ve hükümleri artık gereken ihtiyacı karşılayamamaktadır. Türk sporunda finansal revizyon gerçekleştirilmek istenerek 7405 sayılı kanunla ilk defa spor anonim şirketi oluşturulmuştur. Bu çalışmada gelir kaynağı artırımı sağlayabilmek ve kulüplerin rekabet gücünü artırabilmek için hayata geçirilmesi planlanan spor anonim şirketi ve 7405 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri incelenmiştir. Çalışmada, oluşturulmak istenen spor anonim şirketinin ve ilgili hükümlerinin iyiye dönük beklentileri karşılayamayabileceği, daha kapsamlı ve üzerine düşünülmüş düzenlemelerin neler olabileceği ele alınmıştır.

Giriş

Geçmişte oyalanmak, işten uzaklaşmak ve salt haz duymak için yapılan spor, artık günümüzde yatırım ve getiri sağlama aracına dönüşmüştür. Günümüz spor dünyasında spor kulüplerinin ulusallıktan uzaklaşarak küreselleşmesi ve uluslararası faaliyetlerde rekabet ortamı oluşturması spor kulüplerinin ekonomik kaygısını da beraberinde getirmiştir. Spor kulüplerinin stadyumlarını büyüterek ve geliştirerek gelir elde etmek istemesiyle başlayan spor endüstrisi, teknolojik ve ekonomik gelişmelerin de katkısıyla git gide büyümüştür. Reklam ve sponsorluk anlaşmalarından, müsabaka yayınlarından, logolu ürün üretimi ve satışından elde edilebilecek gelirlere ve daha fazlasına sahip olmak spor kulüplerinin önceliği hâline gelmiştir. Elde edilebilecek her gelire sahip olabilme ve ticari faaliyetlerde bulunabilme ihtiyacı spor kulüplerinin dernek olan hukuki yapısı ile karşılanamamaktadır. Spor kulüplerinin yapısının değiştirilmesi ve bunun

Yeni Spor Kanunu ile birlikte bu popülist söylemin kontrol altına alınmak istediğini hükümlerden kavrayabiliyoruz. Şirketleşerek kaynak artırımı yapmak, yönetici sorumluluğunu daha da arttırarak kulübü korumak, kâr dağıtımı yapılmayarak sermaye çıkışını engellemek kanunun ana amacı olmakla birlikte bu kanunun Türk sporuna olan zararının faydasından daha fazla olacağı konusunda endişelenmek tüm makale boyunca üzerinde durduğumuz konular bakımından mümkündür.

¹- Stajyer Avukat, Bursa Barosu / Makale ile ilgili geri dönüşleriniz için: melikegogcen@gmail.com

hukuki zemine oturtulması ihtiyacı hiç olmadığı kadar kendisini hissettirmektedir.

İşte bu sebepler ile 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu (yeni Spor Kanunu) ile tüm spor kulüplerinin dernek olarak kurulması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır ve spor kulüplerinin şirketleşmesinin önü açılmıştır. Esasen aşağıda da değineceğimiz üzere şirketleşme Türk spor düzenine ilk defa kazandırılmamıştır. Nitekim Türkiye’de futbol anonim şirketleri hâlihazırda mevcuttur ve beklenen olumlu etkinin istenilen düzeyde oluştuğunu söylemek güçtür. Bu çalışmada 7405 sayılı Kanunu’nun şirketleşmeye yönelik hükümleri incelenerek birtakım eleştiriler ve Türk sporunun kalkındırılmasına yönelik görüşler belirtilecektir.

Spor Anonim Şirketinin Kuruluşu

Türkiye’deki spor kulüplerinin en büyük sorununun mali sorunlar olduğu ve bu mali sorunu yaratan sebeplerin ortak çıkış noktasının kulüplerin yeterli seviyede gelir yaratamamalarına rağmen harcamalarına dikkat etmeyerek sürekli bütçe açığı vermesi ve mali borçlanma yoluna gitmesi yeni Spor Kanunu’nun teklifi ve gerekçelerinde üzerinde durulan konulardandır². Spor kulüplerinin borçlanma yoluyla finansmanının, varlıklarını tehdit ettiği endişesiyle Türk sporunun geleceğinin tehlike altında olduğu düşünülmektedir. Tüm bu gerekçeler ile yeni Spor Kanunu oluşturma zarureti ortaya çıkmıştır.

5253 sayılı Dernekler Kanunu’na göre dernekler kazanç paylaşma amacı ile kurulamazlar. Yeni Spor Kanunu’nun gerekçesinde bu hükme değinilerek sporun endüstri hâline geldiği ve spor kulüplerinin statüsünün artık dernek olarak devam edemeyeceği, spor kulüplerinin dernekler mevzuatından çıkarılarak farklı bir yasal düzenlemeye tabi tutulması ihtiyacına değinilmiştir.

Yeni Spor Kanunu’nun 2’nci maddesi tanımlar başlığında spor anonim şirketinin tanımı yapılmıştır. Buna göre Spor anonim şirketi, “Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulduktan sonra spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde tescilini yaptırarak spor federasyonlarının faaliyetlerine katılacak olan spor kulübüne bağlı veya bağımsız kurulan anonim şirket” olarak tanımlanmıştır. Spor anonim şirketi, bir spor kulübünün iştiraki olarak

kulübe bağlı şekilde devamlılığını sürdürebileceği gibi herhangi bir spor kulübüne bağlı olmadan da Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulup Gençlik ve Spor Bakanlığına tescilini yaptırarak spor faaliyetlerine katılabilecektir.

Yeni Spor Kanunu’nun ikinci bölüm 14’üncü maddesi ile spor anonim şirketi vasfının kazanılması ve kaybedilmesi hüküm altına alınmıştır. Madde gerekçesinde Türkiye’deki spor dallarının en popülerleri olan futbolun endüstri hâline gelmesi ile beraber kulüplerin giderlerinin gelirlerinden daha fazla artış gösterdiğine değinilmiştir. Özellikle hızla artan futbolcu transfer giderlerinin kulüp bütçelerini zorlayarak kulübü borçlanmaya itmesinin ve özel nitelikte futbolcu transferleri, genel nitelikte ise artan kulüp giderleri için kaynak arayışına girilmesinin bir sonucu olarak şirketleşme ve halka arzın gereklilik olduğu ifade edilmiştir. Spor anonim şirketinin bu vasfı kazanma anı Gençlik ve Spor Bakanlığına tescil edildiği an olarak kabul edilecektir. Tescil edildikleri an spor anonim şirket vasfı kazanan anonim şirketler ayrıca faaliyette bulunacakları spor dallarıyla ilgili olarak spor federasyonlarına branş tescili yaptıracaklardır.

Görüldüğü üzere Türk spor sistemi, yeni Spor Kanunu’yla birlikte spor kulübü ve spor anonim şirketi olmak üzere iki farklı yapıda örgütlenmek istenmiştir. Buna göre bir anonim şirket, eğer spor faaliyeti yürütmek isterse Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde tescil olunacaktır. Bununla birlikte mevcut spor kulüplerinin şirketleşmesine dair ise hüküm bulunmamaktadır.

Yeni Spor Kanunu m. 14/3 uyarınca spor federasyonlarına, kuruluşların belirli liglerde yer alabilmesi için spor anonim şirketi vasfına sahip olma zorunluluğunu isteme ve bu spor anonim şirketi için ödenmiş sermayesinin bir milyon Türk Lirasından az olmamak üzere asgari sermaye zorunluluğu getirebilme yetkisi verilmiştir. Bu hükümle, yeni Spor Kanunu’nun gerekçesine göre spor kulüplerinin dernek ve kulüp vasfı sebebiyle karşılaşılan genel kurul öncesinde yöneticisiz kalma, spor kulüplerinin başkan ve yöneticilerinin mali desteğine devamlı muhtaç olma durumlarının önüne geçileceği düşünülmektedir. Bu itibarla yeni Spor Kanunu ile oluşturulan ihtiyari şirketleşmenin geçici olabileceği düşünülebilir. Zira şirketleşme devlet eli ile zorunlu hâle getirilmek istenmemiş, spor federasyonlarının inisiyatifine bırakılmıştır.

Yeni Spor Kanunu’nun 15’inci maddesinde spor anonim şirketinin hissedarlık yapısı ele alınmıştır.

2- Kanun’un genel gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf>

Bu madde ile birlikte spor kulüplerinin, belirli spor dalına ait malvarlıklarının aktif ve pasiflerini kendi kurmuş oldukları spor anonim şirketine sermaye olarak koyabileceği ya da önceden kurulmuş olan bir spor anonim şirketine devredebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca yeni Spor Kanunu madde 15/2 uyarınca spor kulübü ile malvarlığı veyahut sözleşme yoluyla bağlantı kuran spor anonim şirketinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195'inci maddesi bağlamında spor kulübünün doğrudan ya da dolaylı hâkimiyetinde bulunması zorunlu tutulmuştur. Anılan hüküm uyarınca bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa birinci şirketin hâkim şirket, diğer şirketin ise bağlı şirket olduğu düzenlemiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Spor anonim şirketi, spor kulübüne bağlı veya bağımsız olarak kurulabilecektir. Bu bakımdan, bağlılık unsuru ise TTK m. 195'e dayandırılmıştır. Ancak anılan hüküm kapsamında bağlılık unsuru, hâkim şirket ve bağlı şirket düzeyindedir. Bu noktada, spor kulübünün hukuki statüsünün anonim şirket olmadığına yönelik açık hüküm de dikkate alındığında, söz konusu atfın, sorunlara yol açabileceği düşünülmektedir. Şöyle ki; TTK m. 195/5 uyarınca hâkim şirketin teşebbüs olabileceği de düzenlenmiştir. Öğretide yapılan "teşebbüs" kavramına ilişkin olarak iktisadi bir faaliyet yürütülmesine vurgu yapılmaktadır³. Oysaki spor kulübü ise eklenti işletmeleri olmadan iktisadi bir faaliyet yürütmemektedir. Bu itibarla spor kulüplerinin hukuki niteliğinin yeni Spor Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da dernek olarak kabul edilmesi hâlinde iktisadi amaç taşıyan en az iki bağlı şirketin varlığıyla birlikte ancak teşebbüs oluşabilecektir.⁴ Dolayısıyla spor kulübünün TTK m. 195 kapsamında bir bağlılık kavramıyla ele alınmasının uygun olmadığını ifade etmek gerekir.

Şirketler kazanç sağlamak ve sahip olunan bu kazancı üyeler arasında paylaşmak üzere iktisadi amaçla kurulan özel hukuk tüzel kişisidir⁵. Spor anonim şirketi ise kamusal bir hak olan, spor hakkının icrasını içeren, kendine mali kaynak

yaratmak için niteliğini şirkete dayandıran bir oluşumdur. Bu sebeple yeni Spor Kanunu kapsamında düzenlenmiş olan spor anonim şirket hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu kapsamında düzenlenmiş olan anonim şirket hükümlerine uyumlaştırılmaya çalışılması; amaçları birbirinden farklı olan iki oluşumun ihtiyaçlarına denk düşmeyecektir. Yeni bir tüzel kişilik olan spor anonim şirketin özgün yapısı oluşturulmalı ve korunmalıdır.

Yeni Spor Kanunu ile birlikte hayata geçirilmek istenen Türk sporunun geliştirilmesi amacına ve spor anonim şirketlerin özgün yapısına binaen, spor anonim şirketlere sorumluluk yüklenmesinin pozitif etkisine değinmek gerekir. Örneğin; elde etmiş olduğu kârı ya da geliri belirli oranı geçmiş olan büyük bir spor anonim şirketin, söz konusu kârdan ya da gelirden kanuni düzenleme ile belirli hâle getirilecek olan oranlarının amatör spor kulüplerinin kalkındırılması ve spor kulüplerinin altyapı sistemlerinin iyileştirilmesi adına dağıtılmasının, küçük ve büyük spor anonim şirketleri ve spor kulüpleri arasındaki rekabet farkının en az seviyeye indirgenmesine katkı sağlayacak şekilde bir sistem oluşturulabileceği kanısındayız. Böylelikle şirketsel tabanda teklik baz alınarak sağlanan gelişim, tüm bir spor düzeninin kalkındırılması amacına da teşkil edecektir.

Yeni Spor Kanunu m.15/2 hükmü uyarınca, TTK m. 195 kapsamında doğrudan veya dolaylı hâkimiyeti bulunan spor kulübü lehine düzenlenecek imtiyazlar hariç olmak üzere spor anonim şirketinde; diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen herhangi bir imtiyazın tesis edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki anonim şirketlerde pay sahipliğinde eşitlik ilkesi benimsenmiş olup, her pay sahibinin hak ve yükümlükleri eşittir. Ancak istisnai olarak, birtakım pay ve oy hakkı gibi haklarda imtiyaz yolu ile üstünlük sağlanabilir⁶. Spor anonim şirketinde bunun önüne geçilmek istenerek anonim şirketlerden önemli bir farklılığa gidilmiştir. Spor kulübünün menfaati, pay sahiplerinin menfaatine nazaran üstün tutulmuş ve spor anonim şirketinin varlığının sürdürülmesinin

3- KARAMAN COŞGUN, Özlem, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, 2015, s.112

4- KARAMAN COŞGUN, s.137

5- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Kişiler Hukuku, İstanbul, Ekim 2018, s.527

6- Bağlantı:[https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/anonim-sirketlerde-imtiyazli-paylar#:~:text=%E2%80%9C%C4%B0mtiyaz%3B%20k%C3%A2r%20pay%C4%B1%2C%20tasfiye,edilme%20hakk%C4%B1nda%20imtiyaz%20tan%C4%B1nabilece%C4%9Fi%20d%C3%BCzenlenir,\(Erişim%20tairihi:%2025.03.2023\)](https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/anonim-sirketlerde-imtiyazli-paylar#:~:text=%E2%80%9C%C4%B0mtiyaz%3B%20k%C3%A2r%20pay%C4%B1%2C%20tasfiye,edilme%20hakk%C4%B1nda%20imtiyaz%20tan%C4%B1nabilece%C4%9Fi%20d%C3%BCzenlenir,(Erişim%20tairihi:%2025.03.2023))

daha önemli olduğu esas alınmıştır.

Yeni Spor Kanunu m. 15/3 bağlamında ise bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirket paylarının nama yazılı olması zorunlu tutulmuştur. Kanun gerekçesinde sermaye piyasası mevzuatına göre halka açık anonim şirket niteliğinde olanların hariç bırakıldığı belirtilmiştir. Zira sporun kamu hizmeti niteliğine istinaden, söz konusu şirketlerde pay sahibi olanların tespit edilebilmesi gerekmektedir.

Yeni Spor Kanunu m. 15/4 uyarınca spor kulübü ile bağlı spor anonim şirketinde kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından herhangi bir menfaatin sağlanamayacağı öngörülmüştür. Kanun gerekçesinde TTK m. 348 hükmüne atıf yapılarak şirket sermayesinin azalmasına sebebiyet verebilecek eylemlerin önünün kapatılmak istendiği ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki anonim şirketlerde kuruculara menfaat sağlanmasının amacı, şirketi kurarak riske giren, faaliyete geçmesinde zaman ve emek harcayan kişileri ödüllendirmektir.⁷ Ortaklığın yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu üyelerine sağlanan menfaatin amacı ise yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaatlerini kendi menfaatlerinden üstün tutmasına teşvik edilmesidir⁸. Yeni Spor Kanunu'nda düzenlenen spor anonim şirketlerinde belirtilen kişilere menfaat sağlanmayacağı hükmünün, aşağıda inceleneceği üzere yöneticilerin sorumluluğunun ağırlaştırılmış olması da dikkate alındığında, bireylerin spor anonim şirket kurma ve yönetmekten kaçınmalarına yol açabileceği kanısındayız. Şirket sermayesinin azalmasının önlenmesine yönelik tedbirler bağlamında, devletin ve spor anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde düzenlemeler yapması şeklinde yaklaşım benimsenmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Örneğin; Hem spor anonim şirketi oluşturma rağbetini sağlayabilmek hem de şirket sermayesinin azalmasının önüne geçebilmek için dağıtılacak şirket kârını yasaklamak yerine, devletin ve esas sözleşmelerin belirlediği bir oran

sınırının dikkate alınarak kâr dağıtımı yapılması hem şirketin hem de şirket içerisinde rol alan figürlerin menfaatinin korunmasını ortak noktada buluşturabilir.

Spor Anonim Şirketinde Mali Sınırlandırmalar

Spor kulüpleri ve spor anonim şirketinin bütçe ve harcama ilkeleri, Spor Kanunu'nun 20. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre spor anonim şirketi, prensip olarak bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin en fazla %25'ini temlik edebilecektir.

%25'i aşan brüt gelirin temliki ve mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonra doğacak olan ya da vadesi gelecek olan gelir ve alacaklarının devrinde nitelikli genel kurul kararı aranmıştır. Nitekim anılan kararlar, sermayenin en az üçte birini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin katılacağı genel kurulda, toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alınabilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu surette dahi, devir oranı, mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonraki olağan dönemde doğacak olan veya vadesi gelecek olan gelir ve alacaklar bakımından hiçbir şekilde bir önceki hesap döneminde gerçekleşen brüt gelirin %50'sini geçemeyecektir.

Yeni Spor Kanunu m. 20/5 uyarınca spor anonim şirketleri, prensip olarak, bir bütçe yılında önceki yıl brüt gelirlerinin en fazla %10'u kadar borçlanabilecektir. %10 üzerindeki borçlanmaların gerçekleştirilebilmesi ise halka açık spor anonim şirketleri ve diğer spor anonim şirketleri bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, %10 üzerindeki borçlanmalar halka açık spor anonim şirketleri için sermayenin çoğunluğunu oluşturan pay sahipleri veya temsilcilerinin, diğer spor anonim şirketleri için ise sermayenin en az üçte ikisini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile kabul edilecek ek bütçe ile gerçekleştirilecektir. Ancak ek bütçe ile gerçekleştirilecek borçlanma önceki yıl brüt gelirlerinin %50'sinden fazla olamaz. Öte yandan spor anonim şirketlerinin ya da spor kulüplerinin önceki yıl bütçelerindeki brüt gelirleri, giderlerinden fazla olur ise takip eden yıl, bu sınırlamaların üzerinde söz konusu brüt gelir fazlası kadar ilave borçlanma yapabilirler. Ayrıca, spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri ancak önceki yıl brüt gelirlerinin en fazla %10'una kadar ve her hâlükârda vadesi mevcut yönetim

7- YÜCE, Aydın Alber, " 7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, 2022, s. 493

8- AKIN, Murat Yusuf / SULU, Muhammed, " Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 1, Haziran 2019, s. 171

kurulunun olağan görev süresinin bitiminden önce gelecek şekilde borç verebilir. Bu noktada, eğer alınmış veya verilmiş mevcut borçların vadesi mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinin bitiminden sonraki bir tarihe uzatılırsa da mevcut yönetim kurulunun olağan görev süresinde verdiği veya aldığı borç kapsamında değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.

Anonim şirketlerde ana sözleşmede ya da kanunda daha ağır yetersayı öngörülmemişse TTK m. 418 uyarınca genel kurul, sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu oran ağırlaştırılabilir ama hafifletilemez. Aynı maddenin ikinci fıkrasında karar yetersayısı hazır bulunan oyların çoğunluğu olarak belirlenmiştir.⁹

Yeni Spor Kanunu'nda ise, işaret edildiği üzere, spor anonim şirketinde gelir ve alacağın devrine karar verilebilmesi için toplantıya katılan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile devredileceği düzenlenmiştir. Spor anonim şirketinde %10'un üzerindeki borçlanma kararının sermayenin en az üçte ikisini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oyu ile alınacağı düzenlenmiştir. Yeni Spor Kanunu ile TTK kapsamında öngörülen toplantı ve karar yetersayılarına göre nitelikli çoğunluk aranması, kuşkusuz, belirtilen kararların alınmasında önemine istinaden daha fazla uzlaşılması amacıyla kabul edilmiştir. Bu surette spor anonim şirketin zararına gelir veya alacak devrinin ya da borçlanmanın yapılmasının önüne geçilse de, öngörülen ölçüde ağırlaştırılmış nitelikli yetersayılara yer verilmesi, karar alma sürecinde aksamalara yol açabilmesi ve özellikle uluslararası alanda spor anonim şirketleri arasındaki kaynak alışverişini sekteye uğratma tehlikesini barındırmaktadır. Bu sebeple yeni Spor Kanunu'nda düzenlenen karar yeter sayıları TTK kapsamında düzenlenen karar yeter sayılarına paralel bir biçimde düzenlenebilirdi. Böylelikle uygulanması süregelerek istikrarı sağlanmış düzenlemenin yeterliliği, spor anonim şirketlerin dayanıklılığına zemin oluşturabilirdi.

Yeni Spor Kanunu'nun gerekçesinde her ne kadar spor anonim şirketlerince gerçekleştirilecek borçlanma yüzdesi sınırlarının sağlıksız borçlanmalarının önüne geçeceği ifade edilse de bu durumun beklenen olumlu etkinin aksine

olumsuz etki doğuracağı kanaatindeyiz. Çünkü Türk spor kulüplerinde özellikle sporcu transferleri Euro üzerinden gerçekleştirilmektedir. Bir spor kulübünün Türk lirası gelirin Euro bazında gidere dönüşmesi özellikle kur dalgalanmalarının fazlaca yaşandığı, finansal denge ve ekonomik istikrarın sağlanamadığı dönemlerde spor kulüplerinin mali hareketliliğine ket vuracağı aşîkârdır.

Yeni Spor Kanunu m. 20/8'e göre spor anonim şirketlerinde; yönetim kurulu üyelerine, bunların eşleri ve üçüncü dereceye kadar hısımlarına hak ve alacaklar devredilemeyecek, bu kişiler lehine rehin, kefalet, ipotek veya diğer bir teminat sağlanamayacak, sorumluluk yüklenemeyecek ve söz konusu kimselerin borçları devralınamayacaktır. Keza fıkranın devamında, spor anonim şirketlerinin; spor anonim şirketleri çalışanlarına, yüzde beş ve üzeri pay sahiplerine, yönetim kurulu üyelerinin yüzde beş ve daha fazla pay sahibi olduğu şirketlere hak ve alacağını devredemeyeceği ve spor anonim şirketlerinin TTK m. 195 kapsamında doğrudan ya da dolaylı hâkimiyetinin bulunduğu kişilere borç veremeyeceği, lehe rehin, kefalet, ipotek veya diğer bir teminat sağlayamayacağı, sorumluluk yükleyemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca aynı fıkarda spor anonim şirketlerinin yönetim kurulu üyelerinden, bunların eşlerinden ve üçüncü dereceye kadar hısımlarından, TTK m. 195 kapsamında doğrudan ya da dolaylı hâkimiyeti bulunan kişilerden aldıkları borçların beşinci fıkarda bulunan borçlanma sınırlarına tâbi olduğu da hükme bağlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 395'inci maddesinde pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin şirkete nakit borçlanamayacağı, şirketin bu kişiler için kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sayılanlara sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarının devralınamayacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık yeni Spor Kanunu, TTK düzenlemesinden farklı olarak pay sahibi olsun ya da olmasın tüm yönetim kurulu üyelerine ve yakınlarına ek olarak spor anonim şirketleri çalışanlarına ve TTK m. 195 kapsamında doğrudan ya da dolaylı hâkimiyetinin bulunduğu kişilere bahsedilen hakların ve işaret edilen diğer ek hakların tanınamayacağını düzenlemiştir. Bu itibarla haklar ve imtiyazlar konusunda yeni

9- ŞENER, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 2019, s.514

Spor Kanunu ile TTK kapsamından daha katı düzenlemeye gidilmiştir.

Görüldüğü üzere yeni Spor Kanunu'nun 20.maddesi çerçevesinde, yönetim kurullarının olağan görev sürelerinde veyahut görev sürelerini aşacak şekilde sağlıklı mali borçlanma yapmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

Spor Anonim Şirketinde Yönetim

Yeni Spor Kanunu m. 20/13 spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerinin sorumluluğunu düzenlemektedir. Eğer spor kulübü ya da spor anonim şirketi başkanı, yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri mevzuat, tüzük ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasıt veya ihmalle ihlâl ederse kulübe, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı verdiği zararlardan müteselsil olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak zarara sebebiyet verenlerin aynı maddenin dördüncü, beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarına ilişkin sorumluluklarına aykırı davranışlarında kasıt veya ihmâl aranmayacağı, zararın doğmasını engellemek için gereken özeni gösterdiğini ispat etmedikçe sorumluluğunun devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda da spor kulübü, spor anonim şirketi, spor anonim şirketi pay sahipleri ve bunların alacaklıları, spor kulübünün ve spor anonim şirketinin yükümlendirdiği zarar tutarı için sorumluları doğrudan takip edebilecektir. Kanun gerekçesinde bu hükmün TTK kapsamında yer alan sorumluluk hükümlerine benzer düzenlemeler ile uyumlu şekilde spor anonim şirketi ve spor kulübü yönetenlerinin, mevzuata uygun iş ve işlem yapmaları hususunda daha sağduyulu davranmalarının sağlanarak kamuoyunun da beklentisinin karşılanacağı belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili maddelerine göre anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil edilir. Yönetim kurulu üyelerinin görev süresi 3 yıldır ve esas sözleşmede aksine hüküm bulunmuyorsa aynı kişi yeniden seçilebilir. Yönetim kurulu üyeleri görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirket menfaatlerinin dürüstlük kurallarına uyularak gözetilmesinin yükümlülüğü altındadır. Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlâl ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına

karşı verdikleri zarardan sorumludur. Şirketin uğradığı zararın tazmini için, şirket ve her bir pay sahibi talepte bulunabilir. Birden çok kişi eğer aynı zararı tazmin ile yükümlü ise kusurları seviyesinde, durumun gereklerine göre bu zararlardan, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde diğerleriyle müteselsilen sorumludur.¹⁰

Türk Ticaret Kanunu kapsamında kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin, yeni Spor Kanunu kapsamında ek olarak spor anonim şirketi başkanının sorumluluğuna gidebilmek için akdi sorumluluğun maddi şartlarının oluşması gerekmektedir. Bu şartlar ise sözleşmeden doğan yükümlülüğe özen borcuna aykırı davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusurdur.¹¹ Fakat yeni Spor Kanunu'nun 20. maddenin 13. fıkrasına göre zarara sebebiyet verenlerin dördüncü, beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarına ilişkin yükümlülüklerine uygun davranmadıklarında kasıt veya ihmâl aranmayacak ve zararın doğmaması için gereken özeni ispat ettiklerinde sorumluluktan kurtulacaklardır. Bu sebep ile bahsi geçen sorumlulukları incelememiz gerekmektedir.

Spor kanunun 20.maddesinin 13. fıkrasının birinci cümlesi "spor kulübü ve spor anonim şirketi başkan ve yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileri; mevzuat, tüzük ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kasıt veya ihmalle ihlâl ettikleri takdirde kulüp, şirket, pay sahipleri ve alacaklılara karşı verdikleri zararlardan müteselsilen sorumludur." şeklindedir. Sorumluluk hukukunun temel dayanağı var olan zararın tazminin kim tarafından ve ne oranda yapılacağının tespitidir. Kusur sorumluluğu ise sorumluluğun doğması ve tazmininin derecesinin belirlenmesinde rol oynar. Bu yönden kusurun, sorumluluğu sınırlandırıcı bir yönü bulunmaktadır.¹²

Düzenlemenin ikinci cümlesinde ise atıf yapılan fıkralarda öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranışlardan doğan sorumlulukta kast ve ihmâlin aranmayacağı, sorumluluktan kurtulabilmek için doğan zararın engellenmesi için gereken özenin

10- DAL, Seniha, "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Hukuki Sorumluluğu", *PressAcademia Procedia*, Cilt: 12, Sayı: 1, İstanbul, 2020, s. 112

11- KAPLAN, İbrahim, " 6102 Sayılı Yttk Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara Ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 65, Sayı: 4, Ankara, 2016, s.3505

12- OĞUZ, Habip, "Sorumluluk Hukukunda Kusur", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7, Sayı:28, Ekim 2016, s.278

gösterildiğinin ispat edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Şu hâlde, kanun koyucu, söz konusu zararlar bakımından tipik bir kusursuz sorumluluk türü olarak özen sorumluluğu öngörmüştür. Nitekim özen sorumluluğu, zarar verenin kusuruna dayanmaz. Zararın doğmasından sorumlu tutulan kişi gerekli özeni gösterse dahi zararın gerçekleşeceğini ya da özen yükümünü gereği gibi yerine getirdiğini ispatlaması hâlinde ancak sorumluluktan kurtulabilir.¹³ Keza kusur sorumluluğuna farklı olarak, ispat yükü, zararı veren kişilerin üzerindedir.¹⁴ Özen sorumluluğunda sorumluluğun doğması için kusur veya özel (tipik) tehlike gibi kurucu bir şart aranmadığı için¹⁵ kusura dayanmayan sorumlulukta sorumluluk doğuran olay, zarar ve zararın tazmin gerektiren olay arasında bir illiyet bağı bulunması sorumluluğun doğması için yeterlidir.¹⁶

Görüldüğü üzere yeni Spor Kanunu, spor kulübü ve spor anonim şirketi yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin olarak TTK yaklaşımından farklı olarak, kusursuz sorumluluğu da hükme bağlamıştır. Özen sorumluluğunun esasları da dikkate alındığında, yeni Spor Kanunu ile hayata geçen maddenin yöneticiler üzerinde psikolojik baskı oluşturmaya muhtemeldir. Zira doğan zararın tazmininden sorumlulukları hükümle birlikte çok kolaylaştırılmış ve dahası ispat külfeti de aleyhe olacak şekilde yer değiştirilmiştir. Günümüz endüstrileşen sporuna ayak uydurarak kendine gelir kaynağı imkânı yaratmak spor anonim şirketin amacı iken yöneticilerin sorumluluklarının ağırlaştırılması daha önce de değindiğimiz üzere şahısların spor anonim şirketi kurmak ya da yönetmekteki rağbetleri konusunda endişe uyandırmaktadır. Bu noktada esasen, sorumluluğun artırılmış olmasının, yönetim kurulunun karar alırken daha özenli ve hassas davranmasına katkı sağlayacağı söylenebilir de ele aldığımız konular bakımından, yaratacağı etki

kanaatimizce daha olumsuz olacaktır.

Sonuç

Yeni Spor Kanunu ile birlikte günümüz endüstrileşen spor düzenine uyum sağlayabilmek adına oluşturulan spor anonim şirketi kavramı çok üzerine düşünülmeden ve eksik bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Spor anonim şirket olarak yapılandırılmak istenen sportif oluşumlar için Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen yönetici sorumluluklarından ve karar yeter sayılarından daha ağır düzenlemeler getirilerek sporda şirketleşmeye olan rağbetin önüne geçilmiştir. Dernek olarak kurulma zorunluluğu bulunan spor kulüplerinin bu zorunluluğu ortadan kaldırılarak ve kapsamı hakkında yeterli düzeyde düzenleme yapılmayarak anonim şirket olarak oluşmak istemeyen kulüplerin statüsünün ne olacağı hakkında boşluk oluşturulmuştur. Şirketleşmenin amacı kâr elde etmek ve ekonomik değer artışı sağlamak iken sermayenin azalmaması için şirket kârından dağıtım yapılamayacağı hükmünün getirilmesiyle spor anonim şirketinin Türk hukukunda düzenlenmiş olan şirket amacıyla tam olarak uyumunun sağlanamadığı da söylenebilir. Dernek statüsünde oluşmuş spor kulübü ile kendisine ekonomik kaynak yaratmak için şirketleşmiş bir sportif oluşumun birbirleri ile olan rekabetinin adilliği ise bir diğer problemidir.

Yeni Spor Kanunu'nda gördüğümüz şey aslında popülizmin yansımasıdır. Bir spor kulübünün yöneticisinden o spor kulübünün taraftarına kadar herkesten kulübün giderlerinin fazla olduğunu ve ekonomik kaynak olmadığı için kulübün gelişemediğinden yakındığını duyabiliriz. Bu yeni Spor Kanunu ile birlikte bu popülist söylemin kontrol altına alınmak istediğini hükümlerden kavrayabiliyoruz. Şirketleşerek kaynak artırımı yapmak, yönetici sorumluluğunu daha da arttırarak kulübü korumak, kâr dağıtımını yapılmayarak sermaye çıkışını engellemek kanunun ana amacı olmakla birlikte bu kanunun Türk sporuna olan zararının faydasından daha fazla olacağı konusunda endişelenmek tüm makale boyunca üzerinde durduğumuz konular bakımından mümkündür.

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de hatırı sayılır kitlesi bulunan futbolda şirketleşme zaten mevcutken üç büyükler olarak adlandırdığımız futbol kulüplerinin Avrupa ülkelerinde bulunan futbol kulüpleri kadar başarılı olamayışından Türk

13- BAŞOĞLU, Başak, " Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı: 2, 2015, s. 38

14- 14 BÜYÜKHATİPOĞLU, Mahmut Can, "Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı ile Düzenlenen Spor Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Dr. Haluk Burcuoğlu Armağanı, Ankara, 2022, s.162

15- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s.694

16- HGK., 13.06.2019, E. 2017/24, K.2019/657, Lexpera

sporunun tek ihtiyacının şirketleşme olmadığını anlayabiliriz. Yeni Spor Kanunu'nda daha kapsamlı düzenlemeler yapılarak, sporda örgütlenme daha sistemli hale getirilerek, sporda vergilendirmenin tekrar spora dönmesini sağlayarak, sporda eğitimi ve profesyonelliği teşvik ederek Türk sporunun istenilen başarı seviyesini yakalaması sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

AKIN, Murat Yusuf / SULU, Muhammed: "Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Haziran 2019, s. 169 – 184

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Kişiler Hukuku, İstanbul, Ekim 2018

BAŞOĞLU, Başak: "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı: 2, 2015, s.29 – 56

BÜYÜKHATİPOĞLU, Mahmut Can: "Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı ile Düzenlenen Spor Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Dr. Haluk Burcuoğlu Armağanı, 2022, s.153 – 176

DAL, Seniha: "Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Genel Hukuki Sorumluluğu", PressAcademia Procedia, Cilt: 12, Sayı: 1, 2020, s.

111 - 113

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019 HGK., 13.06.2019, E. 2017/24, K.2019/657, Lexpera

KAPLAN, İbrahim: "6102 Sayılı Yttk Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara Ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 65, Sayı 4, Ankara 2016, s.3493 – 3510

KARAMAN COŞGUN, Özlem: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, s.107 – 166

OĞUZ, Habip: "Sorumluluk Hukukunda Kusur", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:28, Ekim 2016, s.273 – 286

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2019

YÜCE, Aydın Alber: "7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, 2022, s. 482 - 500

[https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/anonim-sirketlerde-imtiyazli-paylar#:~:text=%E2%80%9C%C4%B0mtiyaz%3B%20k%C3%A2r%20pay%C4%B1%2C%20tasfiye,edilme%20hakk%C4%B1nda%20imtiyaz%20tan%C4%B1nabilece%C4%9Fi%20d%C3%BCzenlenir,\(Erişim tairihi: 25.03.2023\)](https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/anonim-sirketlerde-imtiyazli-paylar#:~:text=%E2%80%9C%C4%B0mtiyaz%3B%20k%C3%A2r%20pay%C4%B1%2C%20tasfiye,edilme%20hakk%C4%B1nda%20imtiyaz%20tan%C4%B1nabilece%C4%9Fi%20d%C3%BCzenlenir,(Erişim tairihi: 25.03.2023))

[https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf,\(Erişim Tarihi: 23.01.2023\)](https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf,(Erişim Tarihi: 23.01.2023))

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ İLE HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN KARŞILAŞTIRMASI

Av. Münevver BİLİR

BAŞLARKEN

İnsanlığın var olduğu her aşamada çeşitli görünümelerde, adil ya da adil olmayan biçimlerde bir hukuk sistemi kurulmuştur diyebiliriz. Buna karşılık günümüzde hukuk daha görünür ve standardize bir yapıdadır; zira ülkelerin siyasi varlığı anayasalar veya anayasal etkiye sahip düzenlemelerle diğer ülkeler tarafından tanınmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti, mevcut anayasasıyla “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” görüşünü benimsemektedir. Bu hüküm lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere hukuk devleti doğal olarak hukukun üstünlüğünü korumayı garanti etmez. Yine Türk Anayasası, göreve başlayacak milletvekilleri ile cumhurbaşkanının ant içme metninde yer verdiği “...hukukun üstünlüğüne bağlı kalacağıma namusum ve şerefim üzerine ant içerim” sözleriyle hukukun üstünlüğünü kavramını resmen tanımış ayrıca hukukun üstünlüğü ilkesinin uygulanmasında araç olan eşitlik, devlet işlerinin yargı denetimine tabii olması, olağan yargıç gibi ilkelerle de pekiştirmeye çalışmıştır.

Hukuk devleti ilkesi ile hukukun üstünlüğü ilkesinin bir arada bulunabilir bu görüntüsüne rağmen farklı yoğunluklarda uygulanması durumunda birbirlerine tamamen ters düşebilecek duruma gelebilirler. Çünkü bu iki ilkenin kapsamı, etki alanında bulundurduğu kavramlar ve odak noktaları birey-devlet çerçevesinde incelendiğinde iki farklı uç nokta üzerinden açıklanabilir. Devlet ve toplum ilişkisini, bu ilkelerden ziyade esas olarak demokratik toplum gerekleri dediğimiz kavramın üzerine yerleştirirsek doğru yoğunluğa ulaşabileceğimiz ve hukuk devleti ile hukukun üstünlüğünün çelişmediği bir düzen

...mevcut durumda birbirinin tersi yönünde ivme kazanan hukukun üstünlüğü ilkesi ile hukuk devleti (kanun devleti) ilkesini barıştırmak ve birbirini tamamladığını savunan görüşlerde olduğu gibi ikisinin de güçlü yanlarını alıp ideal bir toplum düzeni kurmak, siyasi otoritelerin ve hukuk emekçilerinin katkısıyla bir gün gerçekleştirilecek bir proje olarak kabul edilebilir.

yaratabileceğimiz kanaatindeyim.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİ

Evrensel Adaletin Anahtarı

Hukukun bir toplumda üstün tutulduğu modeli, yani devletin veya bir zümrenin korunmasındansa toplumu oluşturan kişilerin önemsenmesini hukuk felsefesinin gelişimiyle beraber daha M.Ö. 5. yy'dan itibaren gözlemlemeye başlıyoruz. Antik Yunan kültüründe gelişen Epikürcü okul, bireyin mutluluğunu ön plana çıkarmanın gerekliliğini vurgulamıştır. Onlara göre Toplum Sözleşmesi de bireyci tutumun bencillik seviyesine ulaşması gerçeğine karşı kişilerin karşılıklı olarak birbirlerinin haklarını ihlal etmemesi ve ettirmemesi üzerine kuruludur.¹

Modern devletlerin kurulması ve liberalleşmesi üzerine hukukun üstünlüğü ilkesine eşitlik odaklı çeşitli yaklaşımlar geliştirilmiştir. 17. yy'da John Locke ve sonrasında Montesquieu'nün teorileri ile Fransız İhtilali, dönemlerine göre hakkaniyet için dönüm noktası olmuşlardır. Locke'a göre insanlar önce doğal yaşama halinde bulunurken kendi aralarında yaptıkları bir sözleşme ile devleti kurmuşlardır,² ancak Locke bununla yetinmeyip orta sınıf mensuplarının da iktidardan pay alması gerektiğini savunmuştur. "Bu, bir eşitlik durumudur: her türlü erk ve yargı hakkı karşılıklıdır, kimsenin elinde başkasından fazlası bulunmaz; doğanın bütün nimetlerinden eşit olarak faydalanmak ve eşit yetkileri kullanmak üzere rastgele doğan, aynı tür ve sıradan yaratıkların kimseye bağlı ya da uyruk olmadan aralarında eşit olmaları gerektiği, her şeyden daha apaçıktır."³ Bu tasvir her ne kadar özgürlüklerle dolu, mutlu bir toplum çizse de insan denilen yaratığın bunu kusursuz olarak sürdürebilmesi pratik anlamda imkansızdır çünkü her bireyde mevcut olan idare ve yargılama hakkı kullanıldıkça karşıdaki bireyin haklarıyla da çarpışmaya başlayacaktır. Bunu engellemek için de sözleşmeyle güçler ayrılığı ilkesini benimsemiş ve en üstün güç kabul ettiği yasama erkinin (parlamentonun) tasarladığı yasaların uygulanmasının yargıçlara bırakılmasını savunmuştur.⁴

Montesquieu'nün fikirlerini incelediğimizde deneysel yaklaşımı ve kültürleri tüm çevresel faktörleriyle ele alması bakımından daha

gerçekçi sonuçlara ulaşmak mümkündür.⁵ Yine Montesquieu'nün da kendine has kuvvetler ayrılığı teoremi bulunmaktadır ve onun teorisinde nasıl hukuk toplum tarafından biçimlendiriliyorsa aynı şekilde toplum da hukuk tarafından biçimlendirilmektedir. Ancak kati olan şudur ki adalet objektif bir kavramdır ve kanun yapımındaki en temel değerdir.⁶ Yasama da yürütme de yargı da sadece kendi sınırları içerisinde hareket edebilecektir. Diğer bir deyişle yasama sadece kanun yapacak, yürütme sadece kanunları yürütecek, yargı da sadece kanunların söylediği nitelikte bir yargılama yapacaktır. Bu erklerden biri kendisine atfedilen görevden fazlasını uygulamaya başladığında adalet ortadan kalkar.⁷

Günümüze dönecek olursak hukukun üstünlüğü dediğimizde ilk akla gelen husus kanunlara sıkı sıkıya bağlılık duymak ve buna göre yönetip yönetilmek gelebilir ancak bu tek başına hukukun üstünlüğünü her zaman sağlayamayabilir. Mevcut düzenlemeleri hukuk nosyonu bakımından yeterli kabul edip sorgulamaksızın uygulamak yukarıda özetlediğim hukuk düşünürlerinin de aradığı liberal, refah ortamını yaratmanın tam aksine yoğun bir şekilcilik nedeniyle toplumları yozlaşmaya da sürükleyebilir.

HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Sırf Kanuniliğin Hukuk Üzerindeki Etkisi

Devletlerin kurulmasında anayasa hukukunun rolünün çoğunlukla siyasi bir amacı hukuki çerçevede içinde gerçekleştirmek olduğu çıkarımında bulunabiliriz. Nitekim hukuk devleti ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesine nazaran tarih sahnesinde çok daha fazla irdelenmiş ve uygulanmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin literatüre yerleşmesinin öncüsü olan İngiliz anayasa hukukçusu Albert Venn Dicey'e göre hukuk devleti üç farklı ifadenin birleşimiyle ortaya konabilir:⁸

1. Hiç kimsenin yürürlükteki hukuka ve usule göre hukuka aykırı davrandıkları sabit olana kadar herhangi bir yaptırıma tabii tutulamaz.
2. Statüsü, durumu, rütbesi ne olursa olsun herkes olağan hukuka göre olağan mahkemelerde yargılanacaktır. İdare hukuku, hukuk devletinin mantığına aykırıdır.
3. Anayasanın genel hükümleri, mahkemelerde bireysel davalarda bireylerin haklarını saptayan

1- Akad, Vural Dinçkol ve Bulut (2017). S:33

2- Akad vd. (2017). S:132

3- Gökberk (1979). S:298

4- Akad vd. (2017). S:135

5- Akad vd. (2017). S:140

6- Gürkan (1988). S:8

7- Gözler (2017). S:221

8- Turhan (2020). S:3241

yargı kararlarının sonucu olarak ortaya çıkar ve bu kurallar anayasaya hukuk devleti olma niteliğini kazandırır.

Dicey'ye ve ondan etkilenen diğer bir siyaset bilimci Freidrich August von Hayek'e göre hukuk devleti esasında keyfi devletin tersi olan bir sistemdir. Bir devletin hukuk devleti olması için gereken şey belirliliktir; biraz daha açmak gerekirse bir devlet faaliyetlerinde önceden belirleyip ilan ettiği kurallara uymak ve vatandaş da yetkili makamlardan hangi hareketleri sonucunda ne tür uygulamalarla karşılaşacağını bilmek durumundadır.⁹

Bir hukuk devletinin etkin biçimde faaliyet göstermesi için, hukukçuların da birleştiği ortak nokta olan açıklık ve belirlilik gibi ilkelerin yanı sıra devletin hem yasama hem de yürütme faaliyetlerinin bağımsız mahkemelerce yargısal denetime tabi olması gereklidir.¹⁰ Aksi durumlarda denetlenmeyen bir devletin, öncesinde veya güncel olarak hukuka uygun bulmadığı normların zaman içinde hukuklaşarak uygulanabilir norm statüsü kazanabilmesinin önü açılmış olur. Immanuel Kant bu durumu bireyin aklının hukukun temeli olmasıyla açıklamıştır: "Zorunluluk taşıyan her kuralın biricik kaynağı olan akıl, bu buyurtusuna gerçi bir zorunluluk kazandırır; ama bu zorunluluk yalnızca öznel koşullara bağlıdır ve bütün öznelerde aynı derecede varsayılmaz. Aklın yasa koyucu olması için ise, yalnızca kendi kendini varsaymakla yetinmesi istenir, çünkü kural, ancak bir akıl sahibi varlığı öbüründen ayıran rastlantısal, öznel koşullara bağlı olmaksızın geçerli olduğunda, nesnel ve geçerlidir."¹¹ Özetlemek gerekirse; hukuk devletinin sağladığı imkanlar ve bireylerden beklediği davranışlar, bireyin aklına ve muhakeme yeteneğine duyulan saygıyı diri tuttuğu sürece kabul edilebilir niteliktedir.

BU İLKELER NEDEN ZIT KAVRAMLAR OLARAK YORUMLANMAKTADIR?

Aralarındaki Tezat Sadece Bir Yorum Boyutunda Mıdır?

Yukarıda gerek modern dönem hukukçuları gerekse daha ilkel dönemdeki hukukçuların görüşlerinden yola çıkılarak açıklanan hukuk devleti kavramı özetle bir devletin hukuk kuralları koyması ve yasama, yürütme, yargı erklerinin de bu kurallar nezdinde kuvvetler ayrılığı ilkesine

de dayanarak o devletçe sürdürülmesi anlamına gelmektedir. Türkiye Cumhuriyeti de hukuk devleti ilkesini benimseyen devletlerden biridir, ancak var olan kurallara uymak kendini hukuk devleti olarak tanımlayan bir milleti gerçekten hukuka uygun davranmaya mı iter, asıl incelenmesi gereken nokta budur. İngiliz hukukçu Joseph Raz'ın hukuk devletine bir yorumundan yola çıktığımızda görürüz ki keyfi iktidarın karşısında olmak doğrudan hukuk devletini gerçekleştirmek anlamına gelmez, çoğu zaman iktidarın keyfine göre koyduğu kurallara uymak zaten hukuk devletine uygun davranmak anlamına gelir. Ancak hukuk devleti ilkesini benimseyen bir devletin yargı organında keyfiyeti kesin anlamda dışlaması gerekmektedir.¹² Bu bağlamda TC Anayasası'nın bazı maddeleri üzerinden keyfi iktidarı ve kuvvetler birliğini dışlamak konusunda yeterli derecede kararlı bir devlet olup olmadığımızı sorgulamalıyız:

A. Anayasa Mahkemesi

1. Kuruluşu

Madde 146 – (Değişik: 7/5/2010-5982/16 md.)

"Anayasa Mahkemesi on beş üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer..."

9- Turhan (2020). S:3244

10- Akad vd. (2017). S:372

11- Yaylalı (2018). S:104

12- Turhan (2020). S:3246

Yukarıdaki maddeye göre bağımsız bir yargı sistemine sahip olduğunu savunan Türkiye Cumhuriyetinin en yüksek mahkemesi olan Anayasa Mahkemesi üyelerinin toplam 15 adet üyesinden 12 tanesinin, yürütmenin başı olan cumhurbaşkanı tarafından seçildiğini görmekteyiz. Bu bağımsız yargı sistemimizin hem üyeler yönünden hem de etki ettikleri toplum yönünden karşılıklı sakıncaları olduğu kanaatindeyim. Şöyle ki; üye yargıçların göreve gelmelerinin gerekçesinin cumhurbaşkanının onları seçmiş olduğu gerçeği, verdikleri kararlarda başlarının üzerindeki bir bıçak gibi sallanmaktadır. Cumhurbaşkanının kim olduğundan bağımsız şekilde, bu kadar sınırsız yetkilere sahip biri tarafından atanmak elbette birer insan olan hakimlerin de mesleki güvenceleri bakımından tehdit olarak algılanıp kararlarını etkileyebilir. Öte yandan AYM kararlarının etki alanındaki bireyler de cumhurbaşkanı tarafından atanan üye yargıçların hakkaniyetli davranmasına duyacağı güven sarsılmaktadır. Zira aynı sebep dolayısıyla bir hakimin bile tereddüde düşebileceğini kabul ederken sadece bir vatandaşın hakimin hukukundan şüpheye düşmeyeceğini düşünmek mümkün değildir.

Bir diğer tartışılması gereken madde ise Anayasa'nın 125/4 "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez. " hükmüdür. İlk bakışta, yargı erkinin yerindelik denetimi yapmasının tabi ki kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacağı düşünülebilir. Fakat burada asıl mesele yargı organının, idari makamların yerine geçerek bir işlem tesis etmesi değildir. Belki kural içi boşluk veya kanun yapım tekniğinde hataya düşülmüş olması gibi nitelendirilebilecekse de burada yargı yetkisi HUKUKA UYGUNLUK denetimi ile sınırlanmıştır. Bu da demek oluyor ki muhakeme yeteneğine sahip bir hakim elindeki kuralla yetinmeyip hakkaniyet odaklı bir yargılamaya ulaşmak için hukuk mantığından yararlanarak gerçekten de hukuka uygun bir karar verebilir. Tekrar etmek gerekirse; bu karar işlem tesisi niteliğinde olmak zorunda değildir, zira idari makamların hukukilik denetiminden geçmeyen işlemi tekrardan uygulamaya konduğunda, itiraz eden de olmazsa geçerli olarak varlığını

sürdürebiliyor. Bu noktada en azından hukukilik denetiminden geçemeyen bir işlemin yasaklanması boyutunda karar verilmesi ya da idareye hukuka uygun bir yöntemi uygulamak yönünde karar verilmesi kuvvetler ayrılığını tehlikeye düşürmeyeceği gibi bireylerin de mahkemeye duyduğu güveni arttıracaktır ve hukukun üstünlüğünü muhafaza edecektir.

Yukarıda açıkladığım örneklerden anlaşıldığı üzere hukuka uygun davranma arzusunda olmak yani hukuk devleti olmak kusursuz olmayı beraberinde getirmemektedir. Yoğun bir şekilde hukuk devletinin savunulması da gördüğümüz gibi hukukun üstünlüğünü geri plana atmaktadır.

Örneğin vergi kanununda mükelleften %80 vergi alınacağını belirtilmesi üzerine o kişiden %80 vergi alınması hukukun üstünlüğüne açıkça aykırıdır, çünkü bir mükellefin emeğinin karşılığının vergi adı altında tamamına yakınının idarece tahsili bir vatandaşlık görevi olmaktan çıkıp emek hırsızlığına girer ve bunu muhakeme etmek için hakimlik eğitimi almaya dahi gerek yoktur. Böyle bir durum karşısında hukuk devleti ilkesini benimseyen bir devlet o vergiyi almakta kendini şeklen haklı görür ve tahsilat yaparken hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen bir devlet ya en başta bu oranda bir vergi düzenlemesini kabul etmez ya da bir şekilde kanunlaşan ilgili düzenlemenin hakkaniyete aykırı olmasının nedeniyle kaldırılması yönünde çalışma yapar. Tüm bu sebeplerle, evrensel, hukukun özünü temel alan bir konsensüse ulaşamamış devletlerde hukukun üstünlüğünü savunanlar ve hukuk devleti olmayı savunanlar birbirlerine karşı tarafta kalmaya mahkumdurlar.

BİTİRİKEN

Hukuk Devleti İle Hukukun Üstünlüğü Arasındaki Tezat Çözülebilir Mi?

"Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuki güvenliği sağlayan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde

açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına imkân tanınamaması gerekir. Belirlilik ilkesi; hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır.”

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bir kısmı verilen E.2021/90 K.2022/108 numaralı kararında açıklamaya çalıştığı hukuk devleti ilkesi, özellikle ilk paragrafta baktığımızda hukukun üstün kılınmasını sağlama bilinciyle barışık görünmektedir. Her alanda adalet sağlamayı çıkış noktası yapan bir mantalite karşısında elbette ilk olarak yasama organından buna uygun düzenlemeler yapmasını beklemek doğaldır fakat her ne kadar yasama organı diye de adlandırsak devletin tüm erklerinde olduğu gibi yasama organının da faaliyetleri insanlar tarafından görüldüğü için eksik, yanlış veya yoruma açık düzenlemelerle karşılaşmak mümkündür. Bu noktada kurtarıcı olması beklenen de yargı organıdır, zira Anayasamıza göre idarenin bütün eylem ve işlemleri kural olarak yargı denetimine açıktır. Diğer bir deyişle yasama veya yürütme organının bir işleminin hukuka aykırılığından şüphelendiğimiz durumlarda yargı organının şüpheleri ortadan kaldıracığına ve gerekirse hukuka aykırı olan kanunu aşp, olan değil olması gereken hukuka varacağına duyulan inanç sayesinde hukuki güvenilirliğin sağlandığı bir düzen kurulabilir.

Yine aynı kararın ikinci paragrafında ise hukuk devletinin ayrılmaz unsuru olarak ancak belirlilik ilkesinin keyfî düzen karşısında durabileceğini, yani kanunlara sıkı sıkıya bağlı kalınmanın zorunlu olduğu belirtilmiştir. Söz konusu kararın her iki paragrafının açıkça çeliştiğini söylemek zordur, çünkü gerçekten birbirlerini tamamlayan özellikler sıralanmıştır. Buna rağmen detaylıca muhakeme ettiğimizde şöyle bir soru sormanın gerekliliğine inanıyorum: “Bu anayasanın uygulandığı devlette;

1. Milletvekilleri yeterli üstün hukuk bilincine sahipler mi, sahip oldukları varsayımında bu bilinç

yasalara da yansıyor mu?

2. İdare ajanları hukuk devleti ilkesi kapsamında yükümlü oldukları usullere bağlılık gösteriyorlar mı?

3. Yargı organının temsilcileri kanunları uygulamak başta olmak üzere hakkaniyet ve adalet perspektifinde, aldıkları hukuk eğitimini efektif olarak kullanıyorlar mı?

Devletin tüm organlarına soracağımız bu sorular karşısında birine alacağımız olumsuz bir cevap olsa da diğerlerine alınan cevapların hukuken tatmin ediciliği; hukukun üstünlüğünü sağlamaya dikkat eden bir devlet sınırları içinde yaşadığımızı dair güven uyandırabilecektir.

Sonuç olarak, benim kanaatime göre, mevcut durumda birbirinin tersi yönünde ivme kazanan hukukun üstünlüğü ilkesi ile hukuk devleti (kanun devleti) ilkesini barıştırmak ve birbirini tamamladığını savunan görüşlerde olduğu gibi ikisinin de güçlü yanlarını alıp ideal bir toplum düzeni kurmak, siyasi otoritelerin ve hukuk emekçilerinin katkısıyla bir gün gerçekleşebilecek bir proje olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

1. Akad, M., Vural Dinçkol, B. ve Bulut N. (2017). *Genel Kamu Hukuku*
2. Gökberk, M. (1979). *Felsefenin Evrimi*
3. Gözler, K. (2017). *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*
4. Gürkan, Ü. (1988). *Montesqueiu ve Kanunların Ruhu, AÜHFD, C.40 S.1*
5. Turhan, M. (2020). *Albert Venn Dicey'nin Hukuk Devleti Anlayışının Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları. ÇÜHFD, C.5, S.1, s:3237-3258*
6. Yaylalı, M. (2018). *Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen. Liberal Düşünce Dergisi, 23, S:91-92, s:93-109*
7. AYM E.2021/90 K.2022/108 T.28.09.2022

Devletler, kamu güvenliğini, kamu düzenini, kamu sağlığını tehdit eden bir yabancıyı ülkelerinden sınır dışı etme hakkını uluslararası hukuktan almaktadır. Her ülkenin kendi yasal prosedürleri olsa da, bu kararlar temel insan haklarını ihlal etmeyecek şekilde uygulanmalıdır.

YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ: ULUSLARARASI HUKUK VE İNSAN HAKLARI AÇISINDAN İNCELENMESİ

Av. Aykut YAVUZ

GİRİŞ

Dünya genelinde, ülkeler kendi sınırları içindeki yabancıların sınır dışı edilmesi konusunda kararlar almak zorunda kalıyorlar. Devletler, milli güvenlik, kamu güvenliği, genel sağlık ve ahlakın korunması gibi kamusal menfaatleri için tehlike arz eden bir yabancıyı ülkelerinden sınır dışı edebilir. Ancak bu işlem, uluslararası hukuk ve insan hakları açısından bazı önemli prensiplere tabi tutulmalıdır. Bu makalede, yabancıların sınır dışı edilmesi ile ilgili temel kavramlar, Yabancıların bu sınır dışı etme kararına karşı başvurabileceği yargı yolu ve uluslararası hukukun belirlediği prensipler ele alınmıştır.

1-İltica Hakkı (Sığınma Hakkı) ve Uluslararası Koruma:

Öncelikle İltica hakkı nedir ve kimlere verildiğini inceleyelim;

13 Ağustos 1993 tarihli Fransız Anayasa mahkemesinin kararı uyarınca iltica hakkı şu şekilde açıklanmıştır: “İltica hakkının anayasal bir değer olması sebebiyle, genel olarak yabancı uyruklu kişinin bu hakkını ararken başvurusuna ilişkin karar verilinceye kadar geçici olarak ülkenin sınırları içinde kalmasına izin verilmektedir”.

Wikipedia ansiklopedisinin tanımında İltica Hakkı şu şekilde açıklanmaktadır:

“Sığınma hakkı ya da iltica hakkı, kimi ülkelerin önceden belirlenmiş koşullara uygun başvurularda bulunan kimselere verdiği hukuki ve politik bir haktır. Yaşadıkları ülkede cinsel, ırksal, dinsel, politik, kültürel vb ayrımcılıklara uğradığını gösteren belgelerle hak veren ülkelerin adli makamlarına başvuran kimselerin başvuruları ülkenin ilgili komisyonlarınca incelenir ve eğer kabul görürse kişiye sığınma hakkı verilir. Böylece kişi söz konusu devletin koruması altına girer. Bunun yanı sıra kendi ülkelerinde yaşam koşullarının elverişli olmaması ya da can

güvenliğinin tehlikede olması durumunda da iltica talebinde bulunulabilir. Bir ülkede yaşanan iç savaş, savaşı, çatışma, katliam ya da soykırım gibi durumlarda kitlesel sığınma istemleri yapılabilir.”

Yabancıların sınır dışı edilmesi meselesi, iltica hakkı ile yakından ilişkilidir. Uluslararası koruma hukuku, sığınma hakkını tanıır ve iltica başvurularının adil bir şekilde değerlendirilmesini gerektirir. Bir kişinin iltica talebi kabul edilmedikçe, o kişi sınır dışı edilmemelidir.

Diğer taraftan AİHS'nin 3. Maddesinin de sınır dışı etme işleminin uygulanması sonucunda yabancıların gönderileceği ülkede işkenceyle veya hayatını tehdit eden risklerle karşılaşma durumları söz konusu olabileceği de göz önünde tutulmalıdır.

13 Ağustos 1993 tarihli Fransız Anayasa mahkemesinin kararı uyarınca iltica hakkı su şekilde açıklanmıştır: “İltica hakkının anayasal bir değer olması sebebiyle, genel olarak yabancı uyruklu kişinin bu hakkını ararken başvurusuna ilişkin karar verinceye kadar geçici olarak ülkenin sınırları içinde kalmasına izin verilmektedir”.

2. Yasal İşlem ve Adil Değerlendirme:

Sınır dışı edilme işlemi, yasal süreçlere ve adil bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu, kişinin haklarını savunmasına ve sınır dışı edilme nedenlerini itiraz etmesine olanak tanıır.

Sınır dışı edilme işlemi Düzensiz Göçten kaynaklanmaktadır. Şöyle ki;

Düzensiz göç, insanların bir ülkeden başka bir ülkeye yasal olmayacak şekilde girişleri (kaçak, pasaportsuz, vizesiz ...) ,çıkışları, çıkmaya teşebbüs etmeleri ile yasal bir şekilde giriş yapmalarına karşın yasal kalış hakkını vize muafiyeti ve ikamet izni ihlali nedeniyle ihlal etmeleri ihlal etmeleri. Çalışma izinleri bulunmamasına rağmen kaçak bir şekilde çalışmaları sonucunda ilgili ülkenin göç yasalarına muhalefet etmeleri durumudur. Düzensiz göç tanımına kamu düzeni, kamu güvenliği ve sağlığını tehdit eden kişiler de eklenebilir.

3. İnsan Hakları İhlali Riski:

Sınır dışı edilme işlemi, insan haklarını ihlal edebileceği potansiyel riskler nedeniyle dikkatle yapılmalıdır. İnsanların sınır dışı edilmesi sonucunda işkence, kötü muamele veya ölüm gibi tehlikeli koşullara maruz kalma riski varsa, bu işlem yapılmamalıdır. Örneğin AİHS m. 8 kapsamında aile yaşamına saygı hakkının ihlali riski ortaya çıkabilir.

Diğer dikkat edilmesi gereken önemli bir husus ise AİHS'ne ek 4 Nolu Protokolün 4. maddesinde yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaklanmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu Avrupa İkamet Sözleşmesinde de 10 (m. 3/1) sınır dışı edilme için “milli güvenlik, kamu düzeni ve genel ahlak” gibi gerekçelerden söz edildiğini de unutmamak gerekir.

4. Sınır Dışı Etme Nedenleri:

Her ülkenin, sınır dışı etme nedenlerini belirleyen kendi yasaları vardır. Yasal düzeyde, YUKK'da 18 bir yabancı hakkında hangi hallerde sınır dışı kararı alınabileceği belirtilmiştir.

YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU (YUKK) nda Sınır dışı etme kararı alınacaklar başlığından sınır dışı edilecek kişiler Madde 54.maddesinin ilk fıkrasında açıkça belirtilmiştir. : yasa dışı giriş, güvenlik tehdidi oluşturma, Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi olma, vize süresinin aşılması, bulaşıcı hastalık, kamu düzeni ve sağlığı için tehlike oluşturma, İkamet izinleri iptal edilenler, Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler, kamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler, ikamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar, Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler.

5.Sınır Dışı Etme Kararına Karşı Yargı Yolu ve Hukuki temsil

Deport Kararı (Sınır dışı etme kararı) gerekçeleriyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine veya avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi bu karar itiraz edebilir. Karar kendisine tebliğ edildiğinde kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilmektedir.

Yabancılar, sınır dışı edilme işlemi sırasında veya öncesinde hukuki temsil sağlanmalıdır. Bu, kişilerin haklarını savunmalarına yardımcı olur. Yabancılar hukuku kapsamında ele alınan özellikle mülteciler hukuku, vatandaşlık hukuku ve deport hukuku alanlarında hizmet veren Avukatların müvekkilin hak kaybı yaşamaması için konuştuğu dili iyi bilmeleri gerekmektedir.

6.Yargı yoluna başvuru süreci

Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde o kararı veren İl Göç İdaresinin bulunduğu ilin İdare Mahkemesine başvurabilir. İdare Mahkemesine yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin vermiş olduğu karar kesindir. Açılan davaya ilişkin dava bilgi formu yabancıların idari gözetim altında tutulduğu Geri Gönderme Merkezine ulaştırılması ve yabancıların dosyasında yer almalıdır aksi halde Geri Gönderme Merkezinin sınır dışı kararına karşı dava açıldığından bilgi sahibi olamaz. Yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı deport edilemez.

6458 sayılı YUKK'un 57 nci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan yabancılara ya da idari gözetimi sonlandırılan yabancılara belirli adreste bulunma, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik kelepçe gibi idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilebilir. Yabancıların Avukatı itiraz dilekçesinde bu alternatif yükümlülüklerden bahsetmesi tavsiye edilir.

İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurup gerekçelerini öne sürerek itirazda bulunabilir. Sulh ceza hâkiminin kararı kesindir ancak yabancıların, avukatının veya yasal temsilcisinin idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurma hakkı vardır.

İdari Gözetim altında bulunan yabancı hakkında verilen idari gözetim kararı ile sınır dışı edilme kararı genellikle aynı gün içinde verilir, bu nedenle savunmasını yapacak olan Avukatın dosyasını iyi incelemelidir.

7. Sınır Dışı Etme Kararı Alınmayacaklar

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda (YUKK) Yabancılar başlıklı İkinci Kısımın Sınır Dışı Etme başlıklı Dördüncü Bölümünde Sınır Dışı Etme Kararı Alınmayacaklar hakkında bir düzenleme mevcuttur. Şöyle ki;

MADDE 55 – (1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz:

a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar

b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler

c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar

ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları

d) Tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları

(2) Birinci fıkra kapsamındaki değerlendirmeler, herkes için ayrı yapılır. Bu kişilerden, belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları istenebilir.

8. Geri İade Yasağı:

Uluslararası hukuk, bir kişiyi geri iade etmenin (refoulement) yasaklandığını belirtir. Bu, bir kişinin sınır dışı edilmesi durumunda, o kişinin işkence, kötü muamele veya zulme tabi tutulma riski taşıdığına uygulanır. YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU Madde 4'de geri gönderme yasağı hüküm altına alınmıştır;

“MADDE 4 – (1) Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.”

SONUÇ

Yabancıların sınır dışı edilmesi, karmaşık bir konu olup uluslararası hukuk ve insan haklarına uygun bir şekilde ele alınmalıdır. Devletler, kamu güvenliğini, kamu düzenini, kamu sağlığını tehdit eden bir yabancıyı ülkelerinden sınır dışı etme hakkını uluslararası hukuktan almaktadır. Her ülkenin kendi yasal prosedürleri olsa da, bu kararlar temel insan haklarını ihlal etmeyecek şekilde uygulanmalıdır. Sınır dışı etme işlemleri, uluslararası toplumun dikkatli gözlemi altındadır ve insan haklarının ve yabancıların sınır dışı edilmek istendiği ülkede ailesinin olmasına bağlı olarak, hassas bir alan olması sebebiyle aile hayatına da saygı hakkının korunması büyük önem taşımaktadır.



SINIRDIŞI UYGULAMALARINDA AHISKA TÜRKLERİNİN DURUMU

Av. Enver RECEP/Av. Güzel ERYÜREK

Ahıska Türkleri, Gürcistan'ın güneybatısında yer alan Ahıska bölgesinde yaşayan TÜRK halkıdır. Tarihi kaynaklara göre, Ahıska Türkleri, 16. yüzyıldan beri bu bölgede yaşamaktadır. Ahıska Türklerinin yaşadığı topraklar, Osmanlı İmparatorluğu'nun bir parçası iken, 1829 yılında Rusya ile imzalanan Edirne Antlaşması ile Rus egemenliğine girmiştir. Rusya, Ahıska Türklerini asimile etmek ve bölgedeki Müslüman nüfusu azaltmak için çeşitli politikalar uygulamıştır. Bu politikalar, 1918-1921 yılları arasında bağımsız olan Gürcistan Cumhuriyeti tarafından da devam ettirilmiştir.

1944 yılında, Sovyet lideri Josef Stalin, Türkiye sınır bölgesinde yaşayan Türk nüfusunun Nazi işbirlikçisi, Türkiye Cumhuriyeti'ne bilgi sızdırmak ve olası ayaklanma itham ve suçlamaları ile yük ve hayvan vagonlarında, insanlık dışı bir muamele ile Orta Asya'ya sürgün etmiştir. Yaklaşık 100 bin Ahıska Türkü, hayvan vagonlarında zorlu bir yolculuğa çıkarılmış, binlercesi yolda ölmüştür. Sürgün edilen Ahıska Türkleri, Özbekistan, Kazakistan, Kırgızistan ve Rusya'nın çeşitli bölgelerine dağıtılmıştır. Sürgün sırasında ve sonrasında, Ahıska Türkleri, ağır şartlar altında yaşamış, ayrımcılığa, baskıya ve şiddete maruz kalmıştır. Sürgünden sonra Ahıska Türkleri 12 yıl sıkıyönetim altında yaşamak zorunda bırakılmıştır. 1956 yılında sıkıyönetim kaldırılmış, ancak vatanlarına hiçbir şekilde dönmelerine izin verilmemiştir.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, Ahıska Türkleri, anavatanlarına dönmek için çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Ancak Gürcistan hükümeti, Ahıska Türklerinin vatandaşlık taleplerini reddetmiş, geri dönüşlerini engellemiştir. 1999 yılında Avrupa Parlamentosu'nda Gürcistan'a Ahıska Türklerinin kendi topraklarına dönmesi için Gürcistan ile anlaşmaya varılmış, yapılan anlaşma neticesinde Ahıska Türklerinin Gürcistan'a dönmesi için şartlar getirilmiştir. Bu şartların bazıları, Türk isim ve soy ismi kullanılmayacak, Gürcistan Devleti dönen Ahıska Türklerini kendi

Türkiye Cumhuriyeti'nde göç ve iskan hakkında kanunda olmasına rağmen Türkiye'de kalabilmesi için "haklı nedenleri olduğunu ispatlaması" istenilmektedir. Ahıska Türklerinin bu sorunları aşabilmesi 3835 sayılı kanunun tam işletilmesi veya yeniden yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

topraklarına değil, Gürcistan Devletinin belirlediği yerlere yerleştirecekti. Bu durum, Ahıska Türklerinin uluslararası hukukta korunmasız bir azınlık haline gelmesine yol açmıştır. Ahıska Türkleri, bugün yaklaşık 600 bin kişilik bir nüfusa sahiptir ve dünyanın 15'ten fazla ülkesinde yaşamaktadır. Ahıska Türkleri, kültürel, dini ve etnik kimliklerini korumak için mücadele etmekte, anavatanlarına dönmek için umutlarını sürdürmektedir.

Sürgün Ülkelerindeki Durumları

Ahıska Türkleri, sürgün edildikleri ülkelerde, hem yerel halk hem de devlet tarafından dışlanmış, horlanmış ve ayrımcılığa uğramıştır. Ahıska Türkleri, sürgün bölgelerinde, genellikle tarım ve hayvancılıkla uğraşmış, kendi kültürlerini ve geleneklerini yaşatmaya çalışmıştır. Ancak bu durum, onları diğer topluluklardan izole etmiş ve asimilasyon baskısını artırmıştır.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra Ahıska Türkleri, yeni bağımsız devletlerde de vatandaşlık, eğitim, sağlık, iş ve mülkiyet hakları gibi temel haklardan mahrum bırakılmıştır. Özellikle Özbekistan'da, 1989 yılında, Ahıska Türklerine yönelik büyük bir POGROM gerçekleşmiştir. Bu olayda, yaklaşık 300 Ahıska Türkü öldürülmüş, binlercesi yaralanmış, evleri ve işyerleri yakılmış ve yağmalanmıştır. Bu pogrom, Ahıska Türklerinin Özbekistan'dan göç etmelerine neden olmuştur. Ahıska Türkleri, başta Rusya olmak üzere, diğer eski Sovyet ülkelere sığınmıştır.

Ahıska Türkleri Hakkında Türk Mevzuatındaki Düzenlemeler

Türkiye Cumhuriyeti, Özbekistan' da avukatlık yapan İBRAHİM GAZİGİL ve yine Özbekistan'da yükseköğrenim gören arkadaşlarının girişimleri neticesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 1992 yılında Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair 3835 Sayılı Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun, Ahıska Türklerinin Türkiye'ye göç etmelerini, yerleşmelerini ve vatandaşlık başvurusunda bulunmalarını düzenlemektedir. İşbu kanun çerçevesinde kurulan komisyonun çalışmaları ile Kazakistan, Azerbaycan ve Özbekistan'dan toplamda 150 aile İğdir iline yerleştirilmiştir. İskân kanunu çerçevesinde gelen Ahıska Türklerine vatandaşlık, diploma denkliği, sosyal hakları tanınmıştır. Ancak, daha sonra işbu kanun uzunca bir süre işletilmemiş ve uygulanmasında bazı sorunlar ve eksiklikler yaşanmıştır. Bu nedenle, 2009 yılında 5838 Sayılı Kanunun 19. maddesi ile kanuna bir geçici madde eklenmiştir. Bu madde, Ahıska Türklerinin vatandaşlık başvurularının kolaylaştırılmasını,

başvuru süresinin uzatılmasını ve başvuru şartlarının esnetilmesini öngörmektedir.

Ahıska Türklerinin Türkiye'ye göç etmesi ve Türk vatandaşlığına alınması ile ilgili hukuki sorunlar, Ahıska Türklerinin ikamet izni, kimlik, vatandaşlık, yerleşim, eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, kültür, dil ve din gibi temel hak ve özgürlüklerine ilişkindir. Bu sorunların çözümü için, Türkiye'nin Ahıska Türklerine yönelik politikalarını, uluslararası hukuk, insan hakları ve azınlık hakları çerçevesinde gözden geçirmesi, Ahıska Türklerinin talep ve beklentilerini dikkate alması, Ahıska Türklerinin sivil toplum örgütleri ile iş birliği yapması ve Ahıska Türklerinin Türkiye Cumhuriyetine dönüşlerini kolaylaştıracak girişimlerde bulunması gerekmektedir.

Ahıska Türklerinin Türkiye'de ikamet ve çalışma izni hakkı konusunda kanun, yönetmelik, genelge çıkartılmış ise de uygulamada çok büyük sorunlarla karşılaşmaktadır. TBMM'de 1992 yılında çıkan kanundan sonra bulundukları ülkelerden Türkiye'ye kendi imkanlarıyla göç eden Ahıska Türkleri, turistik pasaport ile gelmek zorunda kaldıklarından Türkiye'de de yabancı muamelesi görmektedirler. Göç İdaresi müdürlüklerinde turistik vize ile gelen Ahıska Türklerine, Türkiye Cumhuriyeti'nde kalış amacını ispat edemediğinden haklarında sınır dışı kararı verilmektedir. Aslında Ahıska Türklerinin Türkiye'de iskanına ilişkin 3835 sayılı kanunun işletilmesi durumunda sorunlarının büyük bir kısmı çözülmüş olacaktır.

Turist olarak gelen Ahıska Türkleri kısa dönem ikamet izni başvurularında (kısa dönem ikamet izinleri: turizm amaçlı kalacak yabancılar) turistik vize uygulaması ile bir defaya mahsus oturma izni verilmektedir. Süre bitiminden itibaren uzatılması talepleri turistik bir amacı olmadığı ispatlanmadığı gerekçesi ile idari karar ile Ahıska Türkleri hakkında sınır dışı kararı alınmaktadır. İşbu sınır dışı işlemi kararları davaya konu edilse de idare mahkemeleri işlemin İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanun hükümleri ve devletin egemenlik yetkisi gereği şartları taşısa dahi ikamet izni verip vermeme hususunda takdir hakkı olduğu gerekçesi ile davalar reddedilmektedir.

İşin özüne bakıldığı takdirde AHISKA TÜRKLERİ, TÜRK İRKİNİN bir parçasıdır. Türkiye Cumhuriyeti'nde göç ve iskan hakkında kanunda olmasına rağmen Türkiye'de kalabilmesi için "haklı nedenleri olduğunu ispatlaması" istenilmektedir. Ahıska Türklerinin bu sorunları aşabilmesi 3835 sayılı kanunun tam işletilmesi veya yeniden yasal düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Bursa Barosu

DERGİSİ





Kır Çiçeklerimiz Solmasın

Çağdaş Eğitim Kooperatifi “Kır Çiçekleri Okusun Diye...” sosyal sorumluluk projemize yapacağınız her bağış kızlarımızın eğitimine destek olacaktır.



HALK BANKASI

ŞUBE	BURSA
ŞUBE KODU	278
IBAN NO	TR61 0001 2009 2780 0043 0001 44

İŞ BANKASI

ŞUBE	BURSA TİCARİ ŞUBE
ŞUBE KODU	2198
IBAN NO	TR30 0006 4000 0012 1980 0261 79

GARANTİ BANKASI

ŞUBE	GÖRÜKLE
ŞUBE KODU	687
IBAN NO	TR89 0006 2000 6870 0006 2947 67

YAPI KREDİ BANKASI

ŞUBE	CUMHURİYET
ŞUBE KODU	452
IBAN NO	TR62 0006 7010 0000 0068 6525 75

