

MECMUA

Ocak
2017

İÇİNDEKİLER

03 - 06	ARABULUCULUK / MEDIATION / MUSLİHUN
07 - 10	PROFESYONEL FUTBOLCULUK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ
11 - 13	İTHALATTA HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ
14 - 17	VAKIFLARIN KURULMASI ve SONA ERMESİ
18 - 21	YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAK ALANLARI
22 - 25	ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU KARARLARININ SAKATLIĞI
26 - 29	EŞLERİN AİLE KONUTU ÜZERİNDE TASARRUF SINIRLARI
30 - 33	TÜRK HUKUKUNDA YABANCI UNSURLU BOŞANMALAR



Arabulucu
Yakup ERİKEL
Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Kurul Üyesi

ARABULUCULUK / MEDIATION / MUSLİHUN

Arabuluculuk / Arabulucu;

Kelime anlamı ile gerek yazılı gerek sözel dilimizde çok zamandır yer alan ve toplumsal hayatta kullanılan bir kelimedir. Arabulucunun sözlükteki kelime anlamı / Uzlaştıran kimse, uzlaştırıcı / Bir anlaşmazlıkta tarafları uzlaştıran kimse, aracı, uzlaştırıcı / Anlaşmazlık durumunda bulunan kimseleri uzlaştırma işi / Kişiler ya da uluslararası anlaşmazlıklarda uzlaşmayı sağlamaya çalışan ya da sağlayan kimse... gibi anlamlara kullanılmıştır. Bununla birlikte kültürümüzde medeni alana ilişkin evlilik ve kadın erkek ilişkilerinde kadın ile erkeğin arasını bulan kişi olarak da kullanıla gelmiştir.

Burada arabuluculuğa ilişkin bizim kullanacağımız anlam daha çok hukuki alandaki kullanıma ve anlamına ilişkindir. Hukuk tarihindeki kültürümüze dair arabuluculuğun adı (Osmanlı Dönemi / İslam hukuk tarihi) ise muslih - sulh eden / muslihun - sulh müessesesidir. Demek oluyor ki arabuluculuk öncelikle hukuk alanında kullanılan hukuki bir terimdir.

Arabuluculuk kelimesi ile birlikte geçen kelimeler ve kavramlara da bakacak olursak bunlar; hukuk, taraflar, ihtilaf, uzlaşma, anlaşmazlık, anlaşma, anlaşılabilir ortam, toplantı yeri, toplantı tutanağı, varılan sonuç kelime ve kavramlardır.

Öncelikle arabuluculuk / mediation / muslihun hukuki uyuşmazlık çözme metotlarının en eskilerindendir. Bu yönü ile uyuşmazlık çözüm metodu olarak arabuluculuk tarihin ve toplumların ortak değeridir. Zaman içerisinde mahkemeler / dava ve tahkim yolu uyuşmazlıkların çözümünde işlevsel, aktif ve yaygın uyuşmazlık çözüm yolu olarak kullanıldıkça, arabuluculuk / mediation / muslihun gerilerde kalmaya ve unutulmaya başlamıştır. Ancak yine de Anadolu kültüründe ihtilafların çözümünde köylerde, kırsal kesimlerde ve büyük aile topluluklarında akıl kişi, muhtar, toplum önderi kişilerin arabuluculuğuna başvurularak mahkemeye gitmeden ihtilafların halli ve sulh yolu tercih edile gelmiştir. Bununla birlikte 18.03.1924 tarih ve 442 sayılı köy kanunun da belli uyuşmazlıkların ve ihtilafların çözümü muhtara ve ihtiyar heyetine bırakılmış, yani ihtilafların mahkemeye gitmeden bunların arabuluculuğunda çözülmesi yasa olarak düzenlenmiştir. (18/3/1924 Kabul Tarihli Köy Kanunu) Yani yakın tarihte hukuk düzenimizde de olan bir uyuşmazlık çözüm metodudur.

Yasal düzenlemeler ve arabuluculuğun kurumsal olarak dünya ülkelerinde bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak benimsenmeye başlaması 1940 larda Amerika da aile içi uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması ile başlamıştır. Daha sonra Kıta Avrupası öncelikle İngiltere ve diğer Avrupa ülkeleri ile dünya ülkelerinde uygulanmaya ve yasal düzenleme ile hukuk düzenlerinde yer almaya başlayan arabuluculuk aile hukuku dışında diğer ihtilafların çözümünde de kullanılmaya başlanılmış, şu anda da yaklaşık yüz altmış ülkede uygulanmaktadır.

Ülkemizde de 22.Haziran.2012 tarih ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu adlı yasa ile yürürlüğe girmiştir. Adalet Bakanlığı denetim ve organizesinde yürütülen arabuluculuk ülkemizde hukuk eğitimi almış hukukçular tarafından yapılan bir serbest meslektir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında düzenlenen Arabuluculuk; amaç ve kapsamı madde 1 de, temel ilkeleri 3.4.5. maddelerde, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi 15.16.17.18. maddelerinde, arabuluculuk sicili, arabulucu olma koşulları, arabuluculuk siciline kayıt, kayıttan silme, arabuluculuk kurulu oluşum, görev ve yetkileri yasanın diğer maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Elbette ki 6325 sayılı yasanın iki muhatabı vardır. Muhataplardan biri arabulucular ki yasal düzenlemede bu faaliyetin nasıl ve hangi şartlarda yapılabileceği yasakları ve yasak olmayanları arabulucuları muhatap alarak ayrıntıları ile anlatılmıştır. Hiç şüphesiz arabulucu meslektaşlarımız bu kuralları bilmekte ve mesleklerini buna göre yapmaktadırlar. Şu anda ülkemizde yaklaşık altı bin arabulucu olup bunların dört bin kadarı sicile kayıt yaptırarak faaliyetlerini sürdürmektedirler. 2016 yılı yazılı sınavlarına müracaat dokuz bin civarında olup bunların iki bin kadarı Aralık 2016 yazılı sınavına girmiş olup yazılı sınav sonuçlarını beklemektedirler.

Önceki dönem yazılı sınavı kazanan altı bin kadar arabulucu adayı ise mülakat sınavlarına girmekte olup mülakat sonuçlarını beklemektedir. Yani 2016 yılı sonu itibari ile arabulucu yazılı sınavları bitmiş olup mülakat sonuçları ile nihai olarak 2017 yılında yaklaşık onüçbin arabulucu bu mesleği yapıyor olacaktır.

Arabuluculuk sisteminin diğer muhatabı ise uyuşmazlıklarını bu yolla çözecek olan gerçek kişiler ile tüzel kişilerdir. 6325 sayılı yasa yabancılık unsuru da taşıdığı için yabancı gerçek ve tüzel kişilerde bu hukuki yolu ülkemizde kullanabileceklerdir.

Arabuluculuk konusunda elbette çok yazı yazılacak, çok konuşulacak, çok hukuki müzakereler yapılacaktır. Çünkü önümüzdeki yirmi beş yılın hukuk uyuşmazlıklarında kullanılacak en öncelikli ve önemli yolu bu olacaktır. Nitekim iş hukukundaki uyuşmazlıklarda bu yola başvurunun mecburi / zorunlu olması yani arabuluculuğa ihtilafı taşımadan dava açılmaz olması, arabuluculuğun dava açma şartı olarak düzenlenecek olması da önemli bir öncelik konusunu oluşturmaktadır. Yine bu mecburi yolun kullanılmasında arabulucu olarak görev yapan kişiye belli saat ücretini de devlet ödeyecektir.

Ben Hukuk eğitimi almış bir hukukçu / 27 yılını tamamlamış kıdemli bir avukat olarak bu işin neresindeyim. Neden Arabuluculuk müvekkillerim için çok değerli? Çünkü ben arabuluculuğa inanmış, başarılı bir avukat ve şimdi de arabuluculuk yapan bir hukukçuyum.

Öncelikli olarak benim gerek müvekkillerimi gerek bana hukuki fikir soran kişileri arabulucuya / arabuluculuğa yönlendirmemin cazibe noktaları nelerdir?

Diyorum ki bana fikir soranlara;

- SEN uyuşmazlığının gizli kalmasını istiyor musun?
- Uyuşmazlığının çözümünde kendi kararını kendin vermek, kararı SEN vermek veya kararı karşı tarafla birlikte vermek istiyor musun veya sürpriz karar çıkmasını istiyor musun?
- SEN davayı kazanmak veya kaybetmek değil de, birlikte kazanmayı / kazan & kazan istiyor musun?
- SEN mahkemeye masraf yapmadan az masrafla / hatta hiç masraf yapmadan hukuki ihtilafını çözmek istiyor musun?
- SEN ihtilafın kısa zamanda birkaç hafta, birkaç gün, hatta birkaç saatte çözümünü sonuçlanmasını istiyor musun?
- SEN karşı tarafla arkadaşlık, iş ilişkisi, akrabalık gibi ilişkilerinin ihtilaf çözüldükten sonra da devam etmesini istiyor musun?

EVET... EVET... bu sorularıma cevabı EVET ise ona mutlaka ihtilafını arabuluculuk yolu ile çözmesini öneriyorum... Zaten bu sorulara kim HAYIR diyebilir ki... der ki... SONUÇ mu? Tabiki harika ... Hem müvekkillerim, hem de bana fikir soranlar teşekkür ediyorlar ve sonuç çok başarılı ... Bizi doğru seçeneğe yönlendirmişiniz diyorlar.



Ben de diyorum ki;

Artık uyuşmazlıklarımızda mahkemeye gitmeye gerek yok...

Yazımı okuyan tüm dostlara ihtilafsız bir yaşam diliyorum ...

Ama hayatta ihtilaflar kaçınılmazdır.

O zaman da bunların çözümünde Arabuluculuk diyorum ...

İhtilafların Arabuluculuk yolu ile çözümü oluşan krizleri inanılmaz fırsatlara çeviriyor ... Bunu da usulca kulağınıza söylemiş olayım kimse duymadan ...

Bundan sonraki yazılarımda arabuluculuğu sizlerle paylaşmaya devam edeceğim ... Şimdilik kalın sağlıcakla ...

Sevgi ile saygı ile ...

Arabulucu Yakup Erikel





Avukat
Gizem ADIGÜZEL

PROFESYONEL FUTBOLCULUK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

...Spor günümüzde artık dinlenme faaliyeti olmanın yanı sıra ekonomik bir faaliyettir. Eskiden yan iş olarak veya boş zamanlarda yapılan bazı spor faaliyetleri, bugün profesyonel bir meslek haline gelmiştir. Ekonomik değerlerin ve menfaat çatışmasının bu kadar yükseldiği spor sektöründe hukuksal problemlerin çoğalması da kaçınılmaz olmuştur. Bu problem alanlarından biri de hiç şüphesiz sözleşmelerdir...

Sporun içindeki kişi ve kurumların birbirleriyle karşılıklı yaptıkları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla sık sık karşılaşmaktadır. Sporcular, teknik adamlar, sporcu temsilcileri, spor yöneticileri, spor hekimleri vb. oldukça yüklü miktarlardaki sözleşmelerin altına imza atmakta ve bunun karşılığında kulüplerin kendilerinden beklentileri de bu oranda artmaktadır. Günümüzde kulüpler ile sporcular arasında sözleşmenin tek taraflı haksız feshi sebebiyle pek çok problem yaşandığı görülmektedir.

Profesyonel Futbolcu sözleşmesini tanımlamak gerekirse; profesyonel takım

kurmasına izin verilen ve profesyonel futbolcu istihdam etmek isteyen kulüpler ile futbol sporunu bir kulübe sözleşmeyle bağlı olarak, bu sözleşmenin kendisine yüklediği sorumluluk altında ve bir ücret karşılığında yapmak isteyen futbolcu arasında kurulan sözleşmedir. Bu sözleşmenin sınırları Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı ile detaylı olarak belirlenmiştir. İstisnai haller dışında, sözleşmelerin süresi en fazla 5 yıl olarak belirlenebilir. 18 yaşından küçük futbolcular için ise bu süre 3 yıldır.

I - Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Kuruluşu Ve Şekil Şartları

Profesyonel Futbolculuk sözleşmesinin geçerliliği yazılı bir şekle bağlanmıştır. Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın (PFSTT) 19. Maddesi "Tarafların imzaladıkları sözleşmeyi TFF'ye tescil ettirmeleri zorunludur." şeklindedir.

Şekil şartlarının yerine getirilebilmesi için öncelikle taraflarca tip sözleşmenin imzalanması gerekmektedir. Bu sözleşmenin imza tarihini takip eden ilk transfer ve tescil döneminin sonuna kadar Türkiye Futbol Federasyonu'na (TFF) sunulması ve kulüp tarafından tescil ettirilmesi zorunludur.(m.20/II) Sözleşmenin yazılı olması gerekmele birlikte, noterde imzalanması şartı bulunmamaktadır. Fakat sözleşmenin tescil edilebilmesi ve futbolcuya lisans verilebilmesi için federasyona sunulması gereken belgeler arasında, kulübü temsile yetkili kişileri gösterir noter tasdikli imza sirküleri ile futbolcunun imza tarihinden en geç 30 gün önce düzenlenmiş ve ilgili kulüple yapacağı sözleşmede kullanılacağına ilişkin açıklamayı da içeren noter tasdikli imza beyannamesi gerekmektedir. (m.14/I)

Tip sözleşme olan profesyonel futbolculuk sözleşmesinin kurulabilmesi için, genel hükümleri hakkında tarafların açık olarak anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bu sözleşmenin örneği TFF tarafından hazırlanmakla birlikte, taraflar mevzuata aykırı olmamak şartıyla bu örnek sözleşme dışında başka bir sözleşme de yapabilirler. Sözleşmenin genel hükümleri dışında, kulüp ve futbolcu tarafından, emredici kanun hükümlerine, PFSTT'ye, genel ahlak ve adaba, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olmayan özel hükümler de kararlaştırılabilir. Nitekim sözleşmede "Özel Hükümler" başlığı altında boş bir bölüm bırakılarak tarafların özel hükümleri gibi istediği gibi düzenleme olanağı sağlanmıştır.

Uygulamada, futbolcuların boş sözleşmeye imza attıkları görülmektedir. Bu durum, futbolcunun, kulübün istediği şartları aynen kabul ettiğini ya da özel hükümlerin düzenlenmesini istemediği olarak yorumlanır. İmza atan, imzanın üstünün aralarındaki anlaşmaya aykırı olduğunu ispat etmedikçe, borçlandığı edimi yerine getirmek zorunda olup, hata hükümlerine dayanarak bu sözleşmeden kurtulma olanağı bulunmamaktadır.

II - Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi

Taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlüğünü yerine getirmemesi halinde, diğer taraf ödemezlik def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabileceği gibi, zararların giderilmesini de isteyebilir. Bu gibi hallerde tarafların sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır. PFSTT'de sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilecek yaptırımlar düzenlenmiş olup, taraflar bu düzenlemeler doğrultusunda sözleşmeyi feshedebilir, tazminat isteyebilir, sportif cezalar uygulanabilir veyahut talimatın kendilerine verdiği hakları kullanmayarak TFF'den Arabuluculuk da talep edebilirler.

Futbolcu ile kulüp arasındaki sözleşme çeşitli şekillerde sona erebilir. Taraflar sözleşmenin bitiş tarihini belirlemek zorunda olup, bu süre dolduğunda sözleşme kendiliğinden sona erer. Yine 19. Maddeye göre sözleşmelerin bitiş süresinin 31 Mayıs olarak tespit edilmesi zorunludur. Bu tarihten sonra resmi müsabakalar devam etmişse, sözleşmenin süresi müsabakaların bitimine kadar uzamış sayılır.(PFSTT m.19/II)

Profesyonel futbolculuk sözleşmesinde futbolcunun kişiliği önem taşıdığından, ölümü veya ölüme denk tutulan bir durumun gerçekleşmesi halinde, sözleşme ilişkisi kendiliğinden ortadan kalkar.

Dernek şeklinde kurulan tüzel kişiliğe sahip kulübün bu niteliğini kaybetmesi durumunda, sözleşme kendiliğinden sona erer. Çünkü artık bu durumda kulübün tüzel kişi olarak hak ve fiil ehliyeti sona ermiştir.

Sözleşme taraflarının ikisinin de artık sözleşme ilişkisini devam ettirmek istemediği durumlarda, sözleşme ilişkisini karşılıklı olarak sona erdirmeye hakları bulunmaktadır. Karşılıklı sona ermenin kayıtlara işlenebilmesi için sözleşmenin bazı belgelerle birlikte TFF'ye ibrazı zorunludur. PFSTT 26. Maddesine göre, sözleşmeyle birlikte, kulübü temsile yetkili kişileri belirleyen noter tasdikli imza sirküleri ile futbolcunun imza tarihinden en geç 30 gün önce düzenlenmiş ve ilgili kulüple yapacağı sona erdirmeye sözleşmesinde kullanacağına ilişkin açıklamayı da içeren noter tasdikli imza beyannamesi TFF'ye ibraz edilmelidir.

Kulübün sözleşmeyi fesih hakkı PFSTT'nin 27. Maddesinde düzenlenmiş olup, bu hükme göre fesih açıklamasının noter kanalıyla bir ihbarname keşide edilmek suretiyle gerçekleştirilmesi ve ihbarnamenin bir suretinin de bilgi için TFF'ye gönderilmesi gerektiğini düzenlemektedir. (PFSTT m.29/I) Fesih nedeninin varlığını ve haklılığını ispat yükü kulüptedir.

Talimat hükümlerine göre; futbolcunun futbol faaliyeti dışında vaki hastalık veya istirahat hali altı ayı aşarsa; futbolcunun en az altı ay müddetle kesinleşmiş hak mahrumiyeti veya müsabakadan men cezası bulunuyorsa, futbolcu talimatın 25. Maddesinde sayılan yükümlülüklerini ağır surette ihlal ediyorsa ve talimata

aykırı davranışları nedeniyle kesinleşmiş en az 4 resmi müsabakadan men cezası almışsa, kulüp haklı nedenle sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir (PFSTT m.27/I).

Futbolcu sözleşmeden kaynaklanan edimlerini ifa etmede temerrüde düştüğü takdirde ise, sözleşmeyi feshetmek isteyen kulüp, futbolcuya edimlerini uygun bir süre içerisinde edimlerini yerine getirme konusunda ihtarname keşide eder. Futbolcu söz konusu mehle rağmen edimlerini yerine getirmediği takdirde, kulüp mehlin sona ermesinden itibaren ancak 7 gün içerisinde sözleşmeyi feshedebilir (PFSTT m.27/II).

Futbolcunun sözleşmeyi fesih hakkı PFSTT'nin 28. Maddesinde düzenlenmiş olup, futbolcu ücret alacağının ödenmemesi, kulübün sözleşmeden doğan diğer yükümlülüklerini getirmemesi veya sportif haklı sebepler durumunda sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

Kulüp futbolcunun ücretlerini ödemede temerrüde düştüğü takdirde, sözleşmeyi feshetmek isteyen futbolcu, kulübe ve bilgi için TFF'ye ücretin 30 gün içinde ödenmesi konusunda ihtarname keşide eder. Kulüp söz konusu sürede ücreti ödemez ise, futbolcu mehlin sona ermesinden itibaren ancak 7 gün içerisinde sözleşmesini feshedebilir (PFSTT m.28/I) .

23 yaş üstü bir profesyonel futbolcu, sezon sonunda, kulübün oynadığı resmi müsabakaların %10'undan daha azında görevlendirildiği takdirde sözleşmesini sportif haklı sebeple feshetme hakkına sahip olabilir. Böyle bir fesih, futbolcunun durumu ve somut olayın şartları göz önünde tutularak değerlendirilir (PFSTT m.28/V). Futbolcu sportif haklı sebeple feshi kulübün ilgili sezondaki son müsabakasından itibaren 15 gün içinde yapmak zorundadır (PFSTT m.28/VI).

Sözleşmenin sona ermesinin; futbolcunun serbest kalması, zarar görenin tazminat isteyebilmesi, sözleşme ilişkisi sona ermesine rağmen tarafların rekabet yasağı ve sır saklama yükümlülüğünün bulunması gibi bazı sonuçları bulunmaktadır.

Küreselleşen dünyada en yaygın spor durumunda bulunan futbol ekonomik ve sosyal açıdan büyüyen bir spor dalıdır. Futbolun kendi dinamik yapısı içinde giderek artan ekonomik bir değere dönüşmesi ve geniş kitlelere hitap eden bir spor konumuna gelmesi, bu sporun profesyonel olarak icra edilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Profesyonel sıfatını taşıyan futbolcu sözleşmelerinin dikkat ile incelenmesi ve yürürlükte olduğu süre boyunca sözleşme hükümlerine aykırı hareket edilmemesi gerekmektedir. Belirtmiş olduğumuz sebeplerle, kulüpler ve sporcular açısından hukuki yardım alınması büyük önem arz etmektedir.



Avukat
Ahmet Huzayfe ERİKEL

İTHALATTA HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ DAMPİNG SORUŞTIRMALARI

Gelişmekte olan ülkemiz ve dünyanın mücadele etmesi gereken en önemli sorun düşük büyüme oranları ve buna bağlı olarak açlık, işsizlik ve katma değerli ürünlere erişimin kısıtlı olmasıdır. İnsanlığın bu sorun ile mücadelesi ancak üretmekle mümkündür. Teknoloji ve insan kaynağı birlikte uyum içerisinde katma değerli ürünler üretmelidir. Fakat küreselleşen dünyada üretmek tek başına ekonomik büyüme ve sürekli istihdam sağlayamaz. Müteşebbisler teknoloji ve insan kaynağını en verimli şekilde kullanarak katma değerli ürünler üretebilmeli ve bu ürünleri iç ve dış pazarlarda etkin şekilde pazarlayabilmelidir. Ancak bu şekilde gelişmekte olan ülkemiz açısından sürdürülebilir büyüme ve istihdam mümkün olacaktır.

Her müteşebbis bir teşebbüste bulunmadan önce teşebbüsünün sürdürülebilir karlılığı açısından ürettiği ürünün maliyeti, yurt içi satış fiyatı, yurt dışı ihracat fiyatı ve pazar şartlarını ön görmelidir. Bu öngörü çerçevesinde ürettiği ürün kullanış, kalite ve fiyat denklemi içerisinde rakiplerinden farklılık göstermelidir. Ancak bu şekilde üretilen ürünler iç ve dış pazarda talep bulacaktır. Yani her

teşebbüs iç ve dış pazarda varlık gösterebilmek için diğer firmalarla etkin şekilde rekabet etmelidir.

Günümüzde rekabet şartları özellikle dış pazarlar açısından çok zorludur. Ham madde ve iş gücü maliyetleri coğrafi özelliklere göre farklılık göstermektedir. Pek tabi ki bu durum ürün fiyatlarına yansımaktadır. 19. yy liberalleşme akımları ile birlikte devletler teşebbüslerin üretim ve pazarlama faaliyetlerine neredeyse hiç müdahale etmemektedir. Bu müdahalesizlik hali katma değerli ürünler üretmek, iç ve dış pazarda bu ürünleri etkin şekilde pazarlamak açısından teşebbüslere zorluk yaşatmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse uzak doğu, Hindistan ve Çin gibi devletler iş gücü maliyetlerinin düşük olması avantajı ile iç pazarda teşebbüslerin rekabet şartlarını çok zorlamaktadır.

Bu zorlu rekabet şartlarının ve yarattığı ekonomik problemlerin sonucu olarak devletler Dünya Ticaret Örgütü (WTO) önderliğinde ithalat ve ihracatta haksız rekabetin önlenmesi amacıyla Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması eki GATT 94'ün VI maddesinin uygulanmasına ilişkin Anti-Damping Anlaşması ile Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Önlemler Anlaşmaları imzalamışlardır. Ülkemizde bu anlaşmalara taraf olmuş ve Anayasamızın 90. Maddesi çerçevesinde usulüne uygun yürürlüğe giren tüm uluslararası anlaşmalar gibi bu anlaşmalarda iç hukukta yerini bulmuştur. Bunun dışından ithalatta rekabeti düzenlemek ve etkin rekabet ortamı sağlamak açısından İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Yönetmeliği hukukumuzda mevcuttur. Tüm bu mevzuat çerçevesinde yurt dışından ülkemize ithalatta bulunan firmaların damping oranları ve ülkemiz iç pazarına verdikleri zararlar T.C Ekonomi Bakanlığı'nca iç pazarda üretim yapan firmaların talebi üzerine tespit edilir. Ekonomi Bakanlığı bu tespit neticesinde iç pazara zarar veren firmalara "Koruma Önlemleri" ismini verdiği tebliğler vasıtasıyla vergiler ön görerek iç pazarda etki rekabeti sağlar.

I - DAMPİNG VE KORUMA TEDBİRLERİ

Damping bir ürünün normal değerler altında ihraç edilmesidir. Normal değerler İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi (e) fıkrası gereğince menşei ülkede tüketime konu olan benzer mal için normal ticari işlemler sonucunda fiilen ödenmiş olan veya ödenmesi gereken karşılaştırılabilir fiyattır. İhraç fiyatı ise yine aynı kanun kapsamında ihraç amacıyla satılan mal için fiilen ödenmiş olan veya ödenmesi gereken fiyattır.

İthal edilen bir ürüne damping soruşturması kapsamında telafi edici önlemler yani vergi uygulanmasının 3 şartı vardır. Bu şartlardan ilki normal değer ihraç fiyatını aştığı, yani damping marjının artı değerlerde bulunduğu durumdur. Damping marjları normal değer ve ihraç fiyatının ağırlıklı ortalaması ile hesaplanmaktadır. İkincisi söz konusu ürünün iç pazara zarar vermesi veya zarar verme ihtimalinin bulunmasıdır. Üçüncüsü ise damping marjı ile zararın veya zarar verme ihtimalinin arasında illiyet bağı bulunmasıdır. Bu üç şartın bir

arada bulunmasıyla bir ürünün ithalatına damping soruşturması kapsamında koruyucu veya önleyici tedbirler uygulanabilir.

Damping soruşturmasına bir ürünün dâhil olabilmesi için İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun çerçevesinde benzer ürün olması gerekmektedir. Benzer ürün, Damping soruşturmasına konu olan ürün ile aynı özellikleri taşıyan bir malı eğer böyle bir mal yok ise aynı nitelik ve kullanma alanında olan malları ifade eder. Bu madde çerçevesinde dikkat edilmesi gereken husus bir malın yalnızca dış görünüşü veya nitelikleri açısından benzer olması değil ortalama tüketici algısı açısından da benzer olmasıdır.

Bir ürüne damping soruşturması kapsamında önleyici tedbirler uygulanmasının diğer bir şartı da zarar veya zarar tehdididir. Zarar bir üretim dalındaki maddi zararı, maddi zarar tehdidini veya üretim dalının kurulmasını fiziki olarak engellenmesini ifade eder. Bir damping soruşturmasında zararın tespiti, somut delillere dayanmalı ve dampingli veya sübvansiyonlu ithalatın hacmi ve bu ithalatın iç piyasadaki benzer mal fiyatları ile yerli üretim dalı üzerindeki etkilerinin nesnel incelemesini içermelidir. Dampingli ithalatın hacmi ile ilgili olarak; bu ithalatta, mutlak anlamda veya Türkiye'deki üretim veya tüketime oranla önemli ölçüde bir artış olup olmadığı incelenir. Dampingli ithalatın fiyatlar üzerindeki etkisi ile ilgili olarak, dampingli veya sübvansiyonlu ithalatın fiyatlarının Türkiye'deki benzer malın fiyatının önemli ölçüde altında kalıp kalmadığı veya bu ithalatın, önemli ölçüde, fiyatları düşürücü ya da fiyat artışlarını engelleyici etki yaratıp yaratmadığı incelenerek zarar tespit edilmelidir.

Bir damping soruşturmasında incelenen benzer ürünler açısından damping marjları ve zarar tespit edildikten sonra söz konusu zarar ile dampingli ithalat arasındaki illiyet bağı araştırılır. Eğer dampingli ithalat ile zarar veya zarar tehdidi arasında illiyet bağı tespit edilirse söz konusu ürünün ithalatı açısından geçici veya kalıcı koruma tedbirlerine hükmedilir.

II - SONUÇ

Yerli üreticiler iç pazarda etkin rekabet ortamını sağlamak ve ithalatçı firmalarla etkin rekabet etmek için Anti-Damping uygulamalarını dikkatlice takip etmeli ve söz konusu mekanizmaları etkin şekilde kullanmalıdır. İthalatta haksız rekabetin önlenmesi ve yerli üreticinin rekabet şartlarına uyum sağlaması için ithalat uygulamalarından zarar görmeleri halinde damping soruşturmalarına dahil olmaları gerekmektedir. Diğer yandan ithalatçılar söz konusu soruşturmalara dahil olup bilgi ve belge paylaşmayı kabul etmeleri halinde damping soruşturmalarından en az zararla kurtulabileceklerdir. Çünkü her ithalatçı kendi damping marjından sorumludur. Fakat zarar kümülatif olarak hesap edilmektedir. Yani benzer ürün ithal eden diğer firmaların verdiği zarardan zarar vermeyen ithalatçılarda sorumlu tutulmaktadır. Kurunun yanında yaşında yanmaması için damping soruşturması safhasında hukuki olarak destek almak ve en az vergi yüküyle süreci atlatmak açısından taahhütlerde bulunmak elzemdir.



**Avukat
Sena SÜTLÜ**

VAKIFLARIN KURULMASI VE SONA ERMESİ

Vakıflar “Kurum” mahiyetinde olan bir tüzelkişi türüdür. Medeni Kanunu’nun kişiler hukuku kitabında düzenlenmiştir ve ikinci kitabın üçüncü bölümünde yer almaktadır. Her ne kadar Alman Medeni Kanunu’nda vakfın tanımı yapılmamış olsa da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda üçüncü bölümün ilk maddesi olan 101. Maddede vakfın tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre vakıf “gerçek veya tüzelkişilerin yeterli mal ve haklarını belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzelkişiliğe sahip mal topluluğu” olarak tanımlanmıştır. Medeni Kanunu’nda vakıflara ilişkin toplamda on yedi tane madde bulunmaktadır.

Vakıflar, sadece 4721 sayılı Medeni Kanunu’muzda değil özel kanun niteliğinde olan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nda da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Vakıflar Kanunu’nun uygulayıcısı olan Vakıflar Yönetmeliği’nde de detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca vakıflara ilişkin düzenlemeler bunlarla sınırlı kalmamış, 5072 sayılı Vakıf ve Derneklerin Kamu Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği, Kadastro Kanunu, Vergi mevzuatına ilişkin Kanun, İmar Kanunu ve Mera Kanunu’nda da birtakım düzenlemeler bulunmaktadır.

I - VAKIFLARIN KURULMASI

Dernekler gibi vakıflar da belirli bir amaç doğrultusunda kurulur. Vakfın amacının hukuka uygun, belirli, anlaşılabilir ve süreklilik arz etmesi en önemli hususlardır. Bu amaç, belirli bir hizmetin yerine getirilmesi olabileceği gibi başkalarının belirli mallardan yararlandırılması niteliğinde de olabilir. Kurulan vakfın hedefi doğrultusunda malvarlığı özgülenir. Ancak özgülenecek olan bu malvarlığı vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli olmalı, vakfın amaç veya devamını imkânsız ve yararsız hale getirmemelidir. Taşınır ve taşınmaz mallar tahsis edilerek vakıf kurulabileceği gibi bir kimsenin başka birinde olan alacağını tahsis ederek veya bizzat kendi aleyhine ve vakıf lehine bir alacak hakkı meydana getirerek vakıf kurması da mümkündür. Bir malvarlığının bütünü veya bir bölümü vakıf kurmak için tahsis edilebilir. Henüz gerçekleşmemiş fakat gerçekleşeceği bilinen kar payı temettü ve faiz gelirleri tahsis edilerek de vakıf kurulabilir. Bu şekilde tahsis edilecek malların vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli olması gerekir. Ayrıca gerçekten kurulacak olan vakfın amacının MK.m.101/4 uyarınca Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa'nın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve menfaatlere aykırı olmaması, belirli bir ırk veya cemaat mensuplarını destekleme amacını da gütmemesi gereklidir. Nitekim Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 01/01/2004 tarihli 2003/7556E. ve 2004/957K. Sayılı kararında "4721sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101. Maddesinin IV. Fıkrasında "Siyasi düşünceyi destekleme yasağına yer verilmediği bilinen bir olgudur. Buna göre bir vakıf, yasal zeminde ve senedinde öngörülen amacı doğrultusunda bir siyasi düşünceyi destekleyebilecek, siyasi partilerden destek alabilecek ve ona destek verebilecektir. Ancak desteklenen siyasi partinin ya da düşüncenin eylem ve işlemlerinin de Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine, temel ilkelerine, hukuka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı olmaması gerektiği" belirtilmiş ve kararını verirken bu ilkeleri göz ardı etmemiştir. Bu kıstaslar doğrultusunda da vakfın amacı manevi veya makul menfaatleri karşılayacak her türlü husus dahi olabilir; yeter ki vakfın yukarıda bahsetmiş olduğumuz önemli unsurları taşıyor olsun ve Medeni Kanunu'nun 101. maddesine uygun olsun.

Her ne kadar kanunun lafzından açıkça anlaşılamıyor olsa da vakıfların iktisadi amaçla kurulması da mümkündür. Ancak uygulamada daha çok vakıflar manevi amaçlar doğrultusunda kurulmakta; sayısı ve önemi git gide artmaktadır. Vakıflar amaçlarına göre de Medeni Kanun kapsamında sınıflandırılmıştır: aile vakıfları, dini vakıflar, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları, kamuya yararlı vakıflar ve diğer vakıflar olmak üzere çeşitlendirilmiştir. Medeni Kanun'a tabi olan vakıflar dışında Vakıflar Kanunu'nun hükümlerine tabi tutulmuş olan vakıflar mazbut vakıflar, mülhak vakıflar ve cemaat vakıfları olmak üzere düzenlenmiştir.

Vakfın amacı belirlendikten sonra vakfın kurulması için çalışmalara başlanması gerekir. Ancak ilk olarak kimlerin vakıf kurabileceği hususu önem arz etmektedir. MK.m.101/III'te, bir kısım mallarını ya da haklarını belirli ve sürekli bir amaca özgüleyen kişi "vakfeden" şeklinde nitelendirmiştir. Gerçek kişiler vakıf kurabileceği gibi özel hukuk ve kamu tüzelkişileri de vakıf kurabilirler. Nitekim bir gerçek ve bir tüzelkişi bir araya gelip tek bir vakıf dahi kurabilirler. Vakfın kurulabilmesi için herhangi bir kişi sınırlaması da bulunmamaktadır. Fakat bazı

durumlarda ise kurucu kişi sayısı vakfın özelliğine göre değişmektedir. Beş, yedi ya da dokuz kişilik vakıf kurucuları da olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki kurucu gerçek kişi ise Türk Medeni Kanunu'na göre fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Tam ve sınırlı ehliyetli kişilerin vakıf kurabilmelerine karşılık sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsizlerin vakıf kurmaları hukuken mümkün değildir. Sınırlı ehliyetsiz kişiler yani ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar yasal temsilcilerinin izniyle dahi vakıf kuramazlar. Bu kişiler adına yasal temsilcilerinin de vakıf kurmaları mümkün değildir. Vakfeden tüzelkişi ise fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte kuruluş statüsünde vakıf kurabileceğine ve vakfa malvarlığı özgüleyebileceğine dair hüküm olması gereklidir.

Vakıf kurma iradesi vakfın meydana gelebilmesi için zorunlu unsurlardan biridir. Vakıf kurma iradesinin bulunduğu yazılı belgeye "vakıf senedi" denir. Derneklerdeki "tüzük" veya şirketlerdeki "esas sözleşme" ye benzer. Vakıf kurma senedinde, vakıf kurma iradesinin yanı sıra MK.m.106 uyarınca vakfın amacı, bu amaca özgülenmiş mallar ve haklar, vakfın örgütü, yerleşim yeri ve ismi gösterilir. Bunun yanı sıra vakfın çalışma şekli, tasfiyesi vb. konulara ilişkin birtakım mükellefiyetlerin de belirlenmesinde hiçbir sakınca yoktur.

Vakıf senedinde birtakım boşluklar olduğu takdirde ne olacağı sorusu akla gelebilir. Medeni Kanun bu konuda tereddüde yer vermeyecek şekilde 106. maddede düzenleme yapmıştır. şöyle ki vakfın amacı ve özgülenen mal ve haklar vakıf senedinde yeterince belirlenmiş ise diğer eksiklikler vakfın tüzelkişilik kazanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu tür noksanlıklar tescil kararı verilmeden önce mahkemeye tamamlattırılabilceği gibi kuruluştan sonra da tamamlattırılabilir.

MK.m.102/I ve Vakıflar Tüzüğü'nün 4. Maddesinde vakıf kurma iradesinin ancak noterde düzenleme şeklinde yapılacak bir resmi senetle veya ölüme bağlı tasarrufla olabileceği belirtilmiştir. Medeni Kanunu'muzda resmi senetle vakıf kurma işleminin temsilci aracılığıyla yapılmasına imkân tanınmıştır. Ancak bunun olabilmesi için iki koşul gereklidir. Bunlardan ilki temsil yetkisinin noterlikçe düzenlenmiş bir belge ile verilmiş olmasıyken ikincisi ise bu belgede vakfın amacına özgülenecek mal ve hakların belirlenmiş olmasıdır. Bir kimsenin ölümünden sonra ancak ölüme bağlı tasarruf yollarından vasiyet yoluyla vakıf kurması mümkün olabilir. Ölüme bağlı tasarruf yoluyla vakıf kurulabilmesi, Vakıflar Yönetmeliği'nin 6.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre de vasiyet yoluyla vakıflar kişinin ölümünden sonra tescil edilerek kurulabilir.

Vakıf senedinin hazırlanması vakfın hukuki anlamda "vakıf" adı altında kişilik kazanabilmesi için yeterli değildir. Vakfın tüzelkişilik kazanması için yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurularak tescilin sağlanması gerekir. Ancak vasiyet yoluyla kurulacak olan vakıflarda mahkemeye başvuru, ilgililerin istemi üzerine, Sulh hâkimince ya da genel müdürlükçe re 'sen yapılır. Vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzelkişilik kazanır. Yargılama aşamasında, mahkeme Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden kurucuların vakıf kurmaya engel hallerinin olup olmadığını araştırmakla mükelleftir.

Tesciline karar verilen vakıf, vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan, vakfeden ile vakıf adının, yerleşim yerinin, organlarının, amaç ve bu amaca özgülenen mal ve haklarının gösterildiği sicil defterine tescil edilir. Böylece mahkeme siciline tescil edilen vakıf, tescil ile birlikte tüzelkişilik kazanır.

Mahkemenin tescile ilişkin kararı aynı zamanda resmi senetle birlikte Vakıflar Genel Müdürlüğü'ndeki merkezi sicile kaydedilmek üzere genel müdürlüğe de re 'sen tebliğ edilir. Yerleşim yeri mahkemesinin yaptığı bu bildirim üzerine Vakıflar Genel Müdürlüğü, merkezi sicile kaydolun vakfın Resmi Gazete ile ilanını da sağlar. İlanda vakfedenin ve vakfın adı, vakfın yerleşim yeri, tescil kararını veren mahkemenin adı ve tescil kararının tarih ve numarası, özel olarak vakfın amacı, vakfedilen mal ve hakların nelerden oluştuğu, vakfedilen taşınmazların yeri ve tapu tarih numaraları ile yönetim organının kimlerden oluştuğu belirtilir. Ancak unutulmamalıdır ki bir vakfın tüzelkişilik kazanmasında ne Vakıflar Genel Müdürlüğü'ndeki sicile kaydolma ne de Resmi Gazete 'de yapılan ilan kurucu değildir. Her iki işlem de bildirici niteliktedir.

II - VAKIFLARIN SONA ERMESİ

Vakfın sona erme şekli Medeni Kanunu'nda dağılma ve dağıtılma olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. İki durum arasındaki fark vakfın malvarlığının akıbeti açısından önem taşımaktadır. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 27.maddede " sona eren yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar; vakıf senedinde yazılı hükümlere göre, senetlerinde özel bir hüküm bulunmayanlarda ise Genel Müdürlüğün görüşü alınarak mahkeme kararıyla benzer amaçlı bir vakfa; dağıtılan yeni vakıfların borçlarının tasfiyesinden arta kalan mal ve haklar ise Genel Müdürlüğe intikal edeceği" hüküm altına alınmıştır. Genellikle vakıf senedinde vakfın tüzelkişiliğinin sona ermesi halinde malvarlığının nereye özgüleneceği belirtilmektedir. Bazı durumlarda vakıf senedinde vakfın malvarlığının nereye ve hangi amaç ile özgüleneceği belirtilmemekte ya da iradenin açık ve net olmadığı anlaşılmaktadır. Böyle durumlarda karşılaşıldığında malvarlığı, vakıf senedinde bir düzenleme yokmuş gibi Vakıf Genel Müdürlüğü'nün görüşü alınarak hâkim kararı ile belirlenen bir kuruma devredilir.

Medeni Kanun'daki hükümlere paralel olarak Vakıflar Yönetmeliği'nin 19. Ve 20. Maddelerinde de vakıf tüzelkişiliğinin son bulması; vakfın sona ermesi ve dağıtılması başlığında benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Yönetmelikte vakfın sona ermesi veya dağıtılması Asliye Hukuk Mahkemesi'nin vereceği karara bağlanmıştır. Mahkemeye başvurma, vakfın sona ermesi için vakfın yönetim organı veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce; vakfın dağıtılması için ise yine Vakıflar Genel Müdürlüğü veya Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılacak dava ile gerçekleşecektir. Ancak Cumhuriyet Savcısına yönetmelikte yer verilmemiş olsa da Medeni Kanunu'nun 116. Maddesinde cumhuriyet savcılarına yetki verileceği açıkça düzenlenmiştir. Mahkeme vakfın dağılması kararını vermekle beraber tasfiye kurulunun kimlerden oluşacağına da karar verir. Dağılma kararından sonra tasfiye kurulundaki kişiler vakfın malvarlığının tasfiyesi ile sorumlu tutulurlar.

Vakfın sona ermesi merkezi sicile kaydedilir ve Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından Resmi Gazete' de ilan olunur.



Avukat
Zakire ERİKEL

YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAK ALANLARI YÖNETMELİĞİ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretiminin teşvik edilmesi amacıyla üretim lisansı sahibi tüzel kişilere bazı teşvik yöntemleri belirlenmiştir. Bu teşvik yöntemleri 1 Ekim 2013 tarih ve 28782 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesi Ve Desteklenmesine İlişkin Yönetmelik' te düzenlenmiştir. Teşvik uygulamalarından yararlanmak isteyen üretim lisansı sahibi tüzel kişiler başvuru ile yönetmelikte belirlenen hesap ve usuller çerçevesinde teşvik uygulamalarından yararlanabileceklerdir. 1 Ekim 2013 tarihli yönetmelikte bazı değişiklikler yapılmıştır.

Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesi ve Desteklenmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik 29 Nisan 2016 tarihinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nca 29698 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanlarının belirlenmesi, kullanılması,

enerji üretilmesi, enerjinin iletilmesi ve satılması... Tüm bu süreçler ilgili kurum ve kuruluşlarca çıkarılan yönetmeliklerce belirlenmektedir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Orman Genel Müdürlüğü, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi, Enerji Piyasaları İşletme Anonim Şirketi yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretimine ilişkin düzenlemeler yapmaktadır. Bu makalede Yenilenebilir Enerji Kaynak Alanları Destekleme Mekanizması (YEKDEM) 'na ilişkin getirilen yenilikler kapsamında kazanılan hakların korunması gerekliliğine değinilerek değişiklikler incelenecektir.

I - YEKDEM'E İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

"Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun" eki niteliğindeki fiyat listelerinin olduğu I ve II sayılı cetveller ibaresi değiştirilmiştir. Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretime giren tesislere belirlenen zaman aralığı değiştirilmiş ve üretime girecek tesislerde 31.05.2005 – 31.12.2015 tarihleri arası ile ibaresi çıkarılmış ve destekten yararlanacak yenilenebilir enerji firmaları zaman aralığı Bakanlar Kurulu takdirine bırakılmıştır. YEKDEM kapsamındaki enerji üretim tahminleri ve YEKDEM kapsamında enerjinin satın alınması ve uzlaştırılmasına ilişkin düzenlemeler kaldırılmıştır. YEK Toplam Bedelinin hesaplanmasına ilişkin formül değiştirilmiştir. YEKDEM portföy gelirinin hesaplanması ve paylaştırılmasına ilişkin düzenleme değiştirilmiştir. "YEKDEM katılımcıları üretmiş oldukları enerjinin serbest piyasa satışını gerçekleştirir. Söz konusu satış gelirin karşılık YEKDEM gelirini piyasa işletmecisine öder." Düzenlemesi için formül getirilmiştir. Bu düzenleme fazla üretimin YEK Destekleme Mekanizması kapsamında alınmayacağını düzenlemektedir.

YEKDEM Portföyü enerji dengesizlik miktarının hesaplanması ve enerji dengesizlik miktarının paylaştırılmasına ilişkin düzenlemeler kaldırılmıştır.

YEKDEM katılımcılarının yükümlülüklerine ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Önceden tesiste gerçekleştirilen tüm üretim ancak YEKDEM kapsamında değerlendirilip YEKDEM portföyü dışında herhangi bir şekilde ticarete konu edilmezken, yeni düzenleme ile fazla üretimin, fazla üreten firmaya serbest piyasaya satılacağı ve neticesinde yönetmelikte düzenlenen formül ile YEKDEM gelirinin ödeneceği düzenlenmiştir.

YEKDEM katılımcılarının sistem güvenliğini tehlikeye sokmayacak her türlü tedbiri alacağı ve TEİAŞ tarafından gerekli görünen her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğu ve Tolerans katsayı değeri düzenlenmiştir.

Özetle, Yönetmelik değişikliği ile yenilenebilir enerji firmalarının üretecekleri enerji tahminleri ile bağlı olacakları ve oluşan sistem dengesizliklerinden sistem dengesizliğine sebep olan firmanın kendisinin sorumlu olmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

II - YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİĞİ BAŞLICA NEDENLERİ

Yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üretiminin tahmin edilememesinin sistem dengesizliğine yolaçması, dengesizlik maliyetinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu için önemli olması, bu sistem dengesizliklerinin tüketiciye yansıtılmak zorunda kalınması Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nu düzenleme yapmaya yönlendirmiştir. Üretici firmaların dengesizliğe ilişkin tahminleri ile bağlı olmaması neticesinde bu haklarını suiistimal etme ihtimalleri de sistem düzeni açısından ciddi risk oluşturmaktadır. EPDK'a göre Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesi ve Desteklenmesine ilişkin Yönetmeliğin



amacının; yenilenebilir enerji kaynaklarına ilişkin üretim yapan firmaların desteklenmesi olduğu ancak üretici firmaların sorumlu davranmama ihtimallerine karşılık herhangi bir yaptırım olmaması piyasa dengesini ciddi şekilde tehdit etmekteydi.

Yönetmelik kapsamında Yenilenebilir enerji kaynaklarından üretim yapan şirketlerin tahminleri ile bağlı oldukları, tahminlerin üstünde üretim yapılması halinde %2 'lik tolerans gösterileceği, %2'lik tolerans'ın Piyasa Takas Fiyatı ile Sistem Marjinal Fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacaktır.

III - PİYASA İŞLETMECİSİ – EPIAŞ

Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belgelendirilmesi ve Desteklenmesine ilişkin Yönetmelik "Tanımlar" başlıklı 3. Maddesinde Piyasa İşletmecisi tanımlanmıştır. Bu madde kapsamında

"Görev ve sorumlulukları Kanun'da ve ilgili mevzuatta belirlenen ve gün öncesi planlama/gün öncesi piyasa ve uzlaştırma iş ve işlemlerini yapmakla görevli ve yetkili birim" tanımı yapılmıştır.

Enerji Piyasaları İşletme Anonim Şirketi, "Esas Sözleşmesi" "Amaç ve Konu" başlıklı madde 3 kapsamında "Dengesizlik hesaplamalarına ilişkin mali uzlaştırma işlemleri ile birlikte gerekli diğer mali işlemleri yürütmek" ve "faturalandırmakla" piyasa işletmecisi olarak EPIAŞ'ın görevli olduğunu belirtmiştir.

Şirketin yönetmelik değişikliğine ilişkin görüşleri yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üretimi yapan şirketlerin tahminleri ile bağdaşmayan üretim yapmaları sonucu sistemde ciddi dengesizliklerin oluştuğunun tespit edildiğidir. Bu dengesizliğe serbest piyasa tüketicilerinin, dağıtım şirketlerinin katlanmak zorunda kaldığını hatta kendi yaratıkları dengesizlikler haricinde ayrıca piyasa dengesizliklerine de katlanmak zorunda olan doğalgaz, hidroelektrik ve termik santrallerinin kapatılmaya başlanması sonucunun doğduğu bu durumun rekabeti zorlaştırdığı düşünülmektedir.

Tüketicie yansıyan piyasa dengesizliklerinin önüne geçilebilmesi ve devlet açısından düzenli ve tahmin edilebilir elektrik enerjisi üreten doğalgaz, kömür gibi YEKDEM harici piyasa katılımcılarının şartlarını rekabet edilebilir kılmak için yenilenebilir enerji firmalarının tahminleri ile bağlı olabilmesi ve oluşacak dengesizliklere %2'lik tolerans ile kendilerinin katlanması gerekliliği ile yönetmelik değişikliğinin yerinde olduğu görüşündedirler.

Gerek EPDK, gerekse EPIAŞ Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından üretim yapılmasının tahmin edilebilir olduğu görüşündedirler. Ancak; yenilenebilir enerji kaynaklarından rüzgâr enerjisinin tahmin edilebilirliği tartışma konusudur. Kurum rüzgâr atlasları ya da meteorolojiden elde edilen bilgiler doğrultusunda üretilecek elektriğin tahmin edilebileceği görüşünde ancak firmaların birçoğu rüzgârın tahmin edilebilir bir enerji kaynağı olmadığını düşünüyor. Düzenleme hukuk düzenine yeni kazandırıldığı için yeniliklerin kamu ve üretim firmaları açısından yarar ve zararları uygulama ile süreçte gözlemlenebilecektir.





**Stajyer Avukat
Funda DERİNÖZ**

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU KARARLARININ SAKATLIĞI

Yönetim kurulu kararlarının hukuki niteliğine baktığımızda bu kararların birer hukuki işlem olduğu kanısında doktrin ve Yargıtay'da fikir birliği vardır. "Hukuki işlem; bir hak veya hukuki ilişkinin doğumu, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması sonucuna yönelmiş tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı irade beyanlarıdır." (Yarg. 6. HD. 14.4.1989, 1989/6666) Bu nedenle her hukuki işlemde görülebilen sakatlık halleri yönetim kurulu kararları içinde geçerlidir.

Hukukumuz "Yokluk, İptal, Butlan" olmak üzere 3 sakatlık halini öngörmüştür: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (ETTK), yönetim kurulu kararlarının sakatlığı halinde ortaya çıkan hukuki sorunu ve izlenecek yolu bir hükümle düzenlenmemiştir. Yani bir yönetim kurulunun sakatlığı söz konusu olduğunda, bu yönetim kuruluna karşı dava açılabilir mi, açılacaksa hangi davanın açılması gerektiği konusunda kanunda bir hüküm düzenlenmemiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (YTTK) ise ETTK' dan farklı olarak ilk defa Yönetim kurulu kararlarının butlanını düzenlemiştir. Böylece Yargıtay içtihadı kanunlaştırılmıştır. 6102 Sayılı 391. maddede "Batıl Kararlar" kenar başlığı altında batıl yönetim kurulu kararlarını saymıştır. Buna göre,

TTK m. 391 "Yö-netim kurulunun kararının batıl olduğunun tespiti mahkemeden istenebilir. Özellikle; Eşit işlem ilkesine aykırı olan, Anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, Pay sahipleri-nin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kul-lanılmalarını kısıtlayan ya da güçleştiren, Diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar batıldır. "

Kanun hükmüne göre, bir tespit davasıyla yönetim kurulu kararının batıl olduğu iddiası ileri sürülebilecektir. Kararın batıl sayılmasında hukuki menfaati olan herkes yönetim kurulu kararının butlan olduğu iddiasını ileri sürebilir. Ayrıca, bu dava için kanunda herhangi bir süre düzenlenmemiştir. Yönetim kurulu kararının butlanına karar verilmesi halinde bu karar geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır.

Yönetim kurulu kararlarının batıllığı TTK 391. madde de sayılan haller ile sınırlı değildir. "Özellikle" ifadesinin kullanılması Numerus Clausus ilkesine göre hareket edilmediğini, örnek kabilinde sayıldığını göstermektedir. Bu nedenle 6098 sayılı Borçlar Kanunu "Kesin Hükümsüzlük" başlıklı 27. maddesine göre: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." Bu sebeplerden birinin varlığı halinde de Yönetim Kurulu kararı batıl sayılacaktır. Kanun koyucu, yönetim kurulu kararlarının batıl sayılacağı halleri düzenlemiş olmasına rağmen, yokluk ya da iptal edilebilirlik ile ilgili herhangi bir hüküm oluşturmamıştır. Ancak yokluğa veya iptal edilebilirliğe ilişkin genel hükümlerin "Bazı İstisnai Hallerde" ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıklara uygulanabileceği içtihatla kabul edilmiştir.

I - ŞİRKETİN TEMEL YAPISINA AYKIRI YÖNETİM KURULU KARARLARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 391. maddesinin gerekçesine göre, anonim şirketin kanuni tanımına, pay sahiplerinin hak ve borçlarına, organsal yapıya aykırı kararlar şirketin temel yapısına aykırı kararlar olarak kabul edilir.

Bu durum gerekçede şu şekilde örneklendirilmiştir: "Bütün pay sahiplerine bilanço açığını kapatmak amacıyla ek ödeme yükümlülüğü getiren yönetim kurulu kararı" şirketin temel yapısına aykırıdır. Çünkü anonim şirkette her pay sahibi sınırlı olarak sorumludur ve buna ilişkin yönetim kurulu kararları hükümsüzdür." Şirketin organlarına ait devredilmez yetkilerin ihlal edilmesi, pay sahiplerinin koydukları sermayeye faiz getiren kararlar, üye olmayan bir kişinin yönetim kurulunda üye haklarına haiz kılınması" da şirketin temel yapısına aykırıdır ve batıldır.

II - PAY SAHİBİNİN, ÖZELLİKLE VAZGEÇİLMEZ NİTELİKTEKİ HAKLARINI İHLAL EDEN VEYA BUNLARIN KULLANILMASINI KISITLAYAN YA DA GÜÇLEŞTİREN KARARLAR

Pay sahibinin haklarını kısıtlayan yönetim kurulu kararları ilgili hükmün gerekçesinde şu şekilde örneklendirilmiştir: "İptal davasının açılabilmesinin yönetim kurulunun onayına bağlanması, kar elde etme ve onu pay sahipleri arasında paylaştırma amacının terk edilmesi, genel kurula temsilci ile katılabilme olanağının kaldırılması, şirkete teminat gösterme zorunluluğunun getirilmesi, genel kurula katılma hakkının veya oy hakkının veya dava hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin yönetim kurulu kararları gibi." Ayrıca kanun metninde "özellikle" ifadesi kullanılarak sadece vazgeçilmez nitelikteki haklarla sınırlandırılmadığı vurgulanmıştır.

III - SERMAYENİN KORUNMASI İLKESİNİ GÖZETMEYEN YÖNETİM KURUL KARARLARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sermayenin korunması ilkesine uygun olarak hükümler getirilmiş ve bu hükümlere aykırı yönetim kurulu kararlarının butlan olduğu kabul edilmiştir. Bu kapsamda değerlendirilecek Türk Ticaret Kanunu şirketin asgari sermayesine ilişkin düzenlemeyi içeren madde 332; aynı sermaye olarak konulabilecek malvarlığı değerlerine ilişkin madde 342; aynı sermayeye değer biçilmesine ilişkin madde 343; itibari değerinin altında bir bedelle pay çıkarılamayacağına ilişkin madde 347 başlıca düzenlemelerdendir. Bu ve yasada düzenlenen diğer ilgili maddelere aykırı yönetim kurulu kararları da hükümsüzdür.

IV - EŞİT İŞLEM İLKESİNE AYKIRI OLAN YÖNETİM KURULU KARARLARI

Anonim şirketlerde, genel kurula göre, her pay sahibi eşit hak ve borçlara sahiptir. Eşit işlem ilkesi; farklı nitelikteki payların kendi aralarında eşit haklara sahip olmasını gerektirir. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm altına alınmamış olsa da kabul gören bu ilke, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça bir hüküm altında düzenlenmiş ve bu ilkeye aykırı yönetim kurulu kararlarının batıl olacağı sonucuna varılmıştır. Böylece, yönetim kuruluna eşit işlem ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca sadece yönetim kurulu değil, genel kurul da eşit işlem ilkesine uygun hareket etmekle yükümlüdür. Ancak genel kurul kararlarının eşit işlem ilkesine aykırı olması halinde kanun koyucu ilkeye aykırı kararın iptal edilebileceği sonucunu öngörmüştür. Bu nedenle bazı yazarlar öğretide; "Eşit işlem ilkesine aykırı yönetim kurulu kararlarının butlanının değil, iptal edilebilirliğinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Gerekçe olarak ise; " genel kurul kararları dahi ilkeye aykırı olduğu takdirde iptali mümkünken, yönetim kurulu kararlarının ilkeye aykırılığının hukuki sonucunun butlan olması hukuki güvenliği zedelemektedir" denilmektedir.

V- DİĞER BUTLAN HALLERİ

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 391. maddesinin gerekçesinde " Hükümde, en çok rastlanılan batıl kararlar örneklerle (sayım yoluyla) gösterilmiştir. Bir yönetim kurulu kararının geçersiz olup olmadığı genel hükümlere göre belirlenebileceği gibi butlan sebepleri ile geçersizliğin sonuçları da aynı ilkelere göre belirlenir" denilmektedir. Bu nedenle, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan yönetim kurulu kararları da batıl olacaktır.





**Stajyer Avukat
İmge ÖZER**

EŞLERİN AİLE KONUTU ÜZERİNDE TASARRUF SINIRLARI

Mülkiyet hakkının sınırlanması konusunda günümüzde sıkça karşılaştığımız sorunlardan birisi de malik olan eşin ailesiyle birlikte oturduğu ev üzerinde diğer eşin haberi olmaksızın sınırlı aynı bir hak tesis etmesidir. Öyle ki durumdan habersiz olan eş ipoteği öğrenir öğrenmez ipoteğin kaldırılması yönünde dava açmakta ve aile konutu şerhinin konulmasını talep etmektedir. Ancak 'ipotek konulması işleminden önce tapuda aile konutu şerhi bulunmaması malik olmayan eşin bu korumadan yararlanmasına engel midir? Ya da diğer eşin gıyaben onayının alındığının bilinmesi geçerli bir ipoteğe vücut verir mi?' Mevcut çalışmamızda bu konulara açıklık getireceğiz.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu madde 193'e göre 'Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir.' Bu kapsamdaki işler için eşler birbirlerinin fiil ehliyetini sınırlayamaz veya kaldıramaz. Böylece evlilik birliği içinde her bir eşin kendine ait serbestçe hareket edebileceği bir işlem sahası olduğunun altı çizilmek istenmiştir.

Bir de bu işlemlerin dışında kalan ve kanun lafzıyla sınırlanan bir alan mevcuttur. İşte bir taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığı hallerde de kanun koyucunun hukuki işlem ehliyetine müdahalesini görmekteyiz. TMK madde 194 'eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmaz', TMK madde 193'ün aksine tasarruf ehliyetini sınırlandıran bir kural getirmiş ancak "aile konutu"nun hukuksal nitelendirmesini yapmamıştır.

I - AİLE KONUTU NEDİR?

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 gerekçesinde "... Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır ..." denilerek aile konutunun tanımı yapılmıştır. Böylece Türk kanun koyucusu kamu düzeni içerisinde saydığı aile kurumunu bir kez de kanunlar önünde korumaya almıştır.

II- AİLE KONUTU ŞERHİ NASIL İŞLENİR?

- Malik olmayan eşin nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanını tapuda beyanı ile muhtarlıktan alınmış bir ikametgâh belgesiyle,
- Malik olan eşin evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğini tapuda beyanı ile işlenebilir.
- Harçlar kanunu kapsamında aile konutu şerhine yönelik bir husus bulunmadığından aile konutu şerhi talep edilmesi ücrete tabi değildir.

Her ne kadar yazlık, kışlık tatil amaçlarına özgülenerek kullanılan taşınmazlar için aile konutu şerhi konulmayacağı görüşü yaygın olsa da; içinde bulunduğumuz zamanın şartlarına göre bu tarz konutlara bir lüksten çok ihtiyaç olarak bakılması, aile müşterek hayatında önemli bir yeri olması ve artık bir gereksinim halini alması nedeniyle bu tarz taşınmazların da tapuda aile konutu şerhi tesis edilebilecek taşınmazlar olduğunu düşünmekteyiz.

III- AİLE KONUTU ŞERHİ BULUNMAYAN TAŞINMAZLAR KANUNUN SAĞLADIĞI KORUMADAN YARALANABİLİR Mİ?

Hukuk Genel Kurulu aile konutu üzerindeki ipoteğin terkini için açılan davalarda 2013/2-2056 esas, 2015/1201 karar ve 15.04.2015 günlü kararı ile yeni bir uygulamaya geçmiştir. HGK '194. madde ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı gibi işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır' demektedir.

Eski uygulamaya göre ipotek tesisine ilişkin işlemten önce taşınmazın tapu kütüğünde aile konutu olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığı iddiası ortaya sürüldüğünde davalı tarafın kazanımı TMK 1023. maddesine göre iyi niyetliyse

korunuyordu. Bu da iyi niyetin kanıtlanmasında ispat yükünün kimde olduğu yönünde tartışmaya neden oluyor ve Yargıtay daireleri arasında iyi niyetin farklı yorumlandığı kararlar ortaya çıkıyordu. Ayrıca malik olan eşin kötü niyetle hareket ettiği durumlarda ipoteğin geçerli sayılması ve paraya çevrilmesi, aile yaşantısını temelden sarsılmakta ve birliğin dağılmasına neden olmaktaydı. Bu nedenle bu uygulamanın terk edilmiş olması isabetlidir.

Aile konutunun önemi de aslında yukarıda belirttiğimiz kanun maddeleriyle belirlenmektedir. Şöyle ki; söz konusu sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil zaten aile konutu özelliğini haiz olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Mevzu bahis şerh bu durumda “kurucu” değil ancak “açıklayıcı” niteliktedir.

IV- AİLE KONUTU ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK (İpotek vb.) TESİS EDİLEBİLİR Mİ?

İlgili madde ile getirilen sınırlandırma “emredici” niteliktedir. Dolayısıyla bu hakkın eşlerin ortak rızası ile ortadan kaldırılması mümkün değildir. Ancak belirli bir işlem için malik olmayan eşin açık rıza vermesi söz konusu olabilir. TMK m. 194 bu iznin geçerliliği için bir şekil şartı öngörmemiştir. Bu nedenle izin bir şekle tabi olmadan sözlü olarak dahi verilebilir. Fakat maddenin lafzından da anlaşılabileceği üzere iznin “açık” olması gerekir. Bu izin alınarak tesis edilmiş bir ipotek elbette geçerliliğini koruyacak ve hukuk dünyasında icrai etki doğuracaktır.

Söz konusu korumayı bir örnek üzerinden incelemek gerekirse;

Örnek Olay:

Fusun gündüzleri hazır giyim atölyesinde çalışan iki çocuklu evli bir annedir. Kardeşinin arayarak acil paraya ihtiyacı olduğunu söylemesi üzerine Fusun iş arkadaşı Güzin'den borç para ister. Güzin zor zamanlar için sakladığı biraz parası olduğunu ancak bu parayı ona verirse verdiği paraya karşılık bir güvence istediğini belirtir. Bunun üzerine taraflar işlem yapmak üzere tapuya gitmişlerdir. Güzin, Fusun'a ısrarla eşinin durumdan haberdar olup olmadığını sormuşsa da Fusun “Elbette haberi var, senden para almasaydım o gidip kredi çekecekti zaten!” diyerek karşılık vermiştir. Bunun üzerine ipotek tapuda tesis edilmiş Fusun, Güzin'den parayı almış ve kardeşinin borçlarını ödemiştir. Güzin olaydan iki ay sonra çalıştığı iş yerinden çıkartılmış ve iş akdine son verilmiştir. Biriktirdiği paraya ihtiyaç duyduğu anda Fusun'a giderek “Yeni bir iş buluncaya kadar çok zaman geçecek gibi, faturalar dağ gibi yığıldı sana verdiğim paraya ihtiyacım var abla.” diyerek borcunu istemişse de Fusun durumunun iyi olmadığını belirterek şuan ödeyemeyeceğini söylemiştir. Güzin kocasının ısrarı üzerine birkaç kere Fusun'u aramışsa da telefonlarına cevap alamamış, yüz yüze görüşmeye gittiğinde de Fusun'un “Tamam ödeyeceğiz diyoruz ya ne sapık gibi rahatsız ediyorsun param olursa öderim.” diyip kendisine bağırması üzerine ipoteği paraya çevirmeye karar vermiştir. Durumu öğrenen Fusun'un karar vermiştir. Durumu öğrenen Fusun'un kocası Cafer, Fusunla kavga etmiş kocası Cafer,



"Bana sormadan nasıl böyle bir şey yaparsın." diyerek evi terk etmiştir. Hukuki yardım almak üzere bir avukata başvurmaya karar veren Cafer dava açmaya karar vermiştir. Cafer davada söz konusu ipotek işlemini bilmediğini, kendisinin rızasının alınmadığını, buranın ailesiyle beraber oturduğu ev olduğunu, eğer bu ev satılırsa evsiz kalacaklarını ve eşini boşayacağını bu nedenle ipotegin terk edilmesini istemektedir. Güzin cevap dilekçesinde borç verdikten sonra birkaç kez Füsün'un evine yemeğe gittiğini, Cafer'in de burada olduğunu ve zor gününde eşine yardım ettiği için Cafer'in kendisine defalarca teşekkür ettiğini, yani aslında borçtan ve ipotekten haberi olduğunu, ayrıca tapuda aile konutu şerhi bulunmadığını, parayı ödememek için böyle uğraşlar içine girdiklerini iddia etmektedir.

Cafer'in ipotegin terkinini istemesi haklı bir sebebe dayanmaktadır. Zira TMK madde 194'e göre Cafer'in açık rızasının alınması gerekirken kendisine sormak yerine karısının beyanına dayanarak rızasının alınması kanunun aradığı anlamda bir rıza değildir. Bu rızanın sözlü veya yazılı olarak açıkça bu işlem belirtilerek verilmiş olması gerekirdi. Davalı Güzin'in Cafer'in iyi niyetli olmadığı iddiasını ileri sürmesinin bir önemi yoktur çünkü yukarıda da belirttiğimiz nedenlerle (Hukuk Genel Kurulu kararları doğrultusunda) aile konutu üzerinde diğer eşin açık rızası alınmadan konulan ipotegin terkinini davasında TMK. m. 1023'e göre iyi niyet iddiası dinlenmeyecektir. Buna ek olarak aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde konut, aile konutu niteliğini kaybetmeyecektir. Çünkü söz konusu koruma "kamu düzeni"ndendir. Aile kurumu yasalar çerçevesinde Türk kamu düzeni içerisinde sayılıp korunmaktadır. Sonuç olarak tapu kayıtlarından ipotegin terkinini kararı verilecek aile konutu koruma altına alınacaktır.

Kısaca aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutun ipotek edilmesi gibi tek başına bir aynı hakla sınırlandıramaz. Sınırlandırıcaksa da mutlaka diğer eşin 'açık rızasını' alması gerekir. Aksi yönde tesis edilen bütün işlemler mutlak butlanla sakattır, söz konusu sınırlamalar hukuk dünyasında geçersizdir.



Stajyer Avukat
Begüm KAYA

TÜRK HUKUKUNDA YABANCI UNSURLU BOŞANMALAR

Günden güne teknolojinin ilerlemesi ve yeni buluşların hayatımıza girmesiyle beraber, kişiler yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilere daha sıklıkla girmektedir. Küreselleşen, sürekli birbiriyle iletişim halinde dünya içerisinde de doğal bir sonuç olarak; iki yabancının evlenmesi veya vatandaşı olduğu ülke dışında başka bir ülkede yaşaması günümüzde daha da sıradanlaşmıştır. Hukuk düzenleri de, değişen şartlara ayak uydurarak yabancılık unsuru içeren hukuki uyuşmazlıkların çözümü için çeşitli düzenlemeler getirmiştir.

Türk Hukuku'nda da yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkları çözümü için 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun başta olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlemeler getirilmiş, birçok uluslararası sözleşmeye taraf olunmuştur. Yazımızda, yabancıların Türkiye'de boşanması halinde uygulanacak hukuku, boşanma ve hükümlerini, nafaka, evlilik ve mal rejimleri için uygulanacak hükümlerin tespiti için uygulanacak yollar açıklanacaktır.

I - USULE UYGULANACAK HUKUK:

Usule uygulanacak hukuk, davanın nerede, hangi mahkemede, ne zaman açılacağını belirler. Ayrıca, hangi delillerin kabul edileceği, dilekçelerin ne zaman hangi sırayla verileceği gibi mahkemenin işlemleri usul hukuku kurallarına göre belirlenir.

Bir devlet mahkemesinin uluslararası yetkisi, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda o devlet mahkemesinin yetkisi anlamına gelmektedir. Her ülke kendi milletlerarası yetkisini, kendi koyduğu hukuk kurallarıyla belirler. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık için birden fazla devlet mahkemesi kendini yetkili olarak görebilir. Bu halde davacı, çıkarına en uyan ülke mahkemesini seçebilir. MÖHUK m. 40 Türk mahkemesinin yetkisini genel olarak "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder." olarak belirtmiştir. İlgili hükme göre, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığın çözümü için Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığını anlamak, iç hukukta ilgili uyuşmazlıkta herhangi bir Türk Mahkemesinin yetkili olup olmadığını belirlemekten geçer. Ancak bu genel yetki kuralının yanı sıra MÖHUK; miras davaları, bireysel iş akitleri gibi bazı özel hallerde doğan uyuşmazlıklarda özel yetki kuralları belirlemiştir. Yabancı unsurlu boşanma davaları, MÖHUK'nda sayılan özel yetki kurallarına tabi olmadığı için MÖHUK m. 40 kapsamında iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uygulanacaktır. Türk Hukuku'nda boşanma davası için yetkili mahkeme MK m. 168'de belirtilmiştir. İlgili hükme göre

"Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir"

Türk Hukuku'na göre boşanma davasında görevli mahkeme ise aile mahkemesidir. Yetki veya görev kurallarına aykırılık teşkil eden davalar, esasa girilmeden usul bakımından reddedilecektir.

Kişilerin bir davaya taraf olup olamayacağı (taraf ehliyeti) ve kendisinin veya yetkili temsilcisi aracılığıyla davayı takip etme ve usul işlemlerini yapip yapamayacağı (dava ehliyeti) hukuk sistemlerinde düzenlenmiştir. Ancak, yabancı unsurlu bir davada, tarafların dava ve taraf ehliyetinin belirlenmesi de bir sorun teşkil etmektedir. Türk hukukunda, dava ve taraf ehliyetinin belirlenmesi kişinin fiil ve hak ehliyetine sahip olup olmadığına göre belirlenmektedir (HMK m.50,51). Bu nedenle taraf ehliyetine uygulanacak hukuk bakımından hak ehliyetinin tabi olduğu hukuka, dava ehliyetine uygulanacak hukuk bakımından ise fiil ehliyetinin tabi olduğu hukuka bakılmalıdır. MÖHUK m. 9 ehliyeti düzenlemiştir. İlgili hükümde ehliyet için gerekli bağlama kuralı gerçek kişiler için

"Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir",

tüzel kişiler için ise;

“Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.”

şeklinde açıklanmıştır. Bu nedenle yabancı unsurlu boşanma davalarında, kişinin dava ve taraf ehliyeti kişinin milli hukukuna göre belirlenecektir.

II - ESASA UYGULANACAK HUKUK:

Esasa uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın nasıl sonuca bağlanacağını belirleyen hukuk kurallarıdır. Yabancılik unsuru içeren hukuki ilişkilerin çözümü için hangi hukuk kuralı uygulanacağı belirsiz olabilir. Bu sorunun çözümü için hukuk düzenleri hangi ülke kurallarına göre uyuşmazlığın çözüleceğini belirleyen kanunlar ihtilafı kuralları benimsemiştir. Çalışmamız, boşanma davasının esasa uygulanacak kurallarını çeşitli bölümler halinde ele alıp, tek tek inceleyecektir. Kanunlar ihtilafı kurallarının işleyişinde, somut işlem veya ihtilaf bakımından yabancı hukukun yetkili kılınmasına atıf denilmektedir. Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uyuşmazlığı hakimın hukukuna geri göndermesine iade atıf; üçüncü bir devletin hukukuna göndermesine ise de devam eden atıf denilmektedir. Hukukumuzda MÖHUK m.2/3 çerçevesinde, iade atıf ve devam eden atıf sadece aile hukuku ve şahsın hukukunda kabul edilmiştir. İlgili hükme göre, boşanmada esasa uygulanacak hukuku tespit ederken Türk Kanunlar ihtilafı kurallarının atıf yaptığı hukukun maddi hukuk hükümlerine değil, kanunlar ihtilafı kurallarına bakmak gerekir.

MÖHUK m. 14 boşanma ile ilgili kanunlar ihtilafı hükümlerini düzenlemektedir. Boşanma ve hükümleri için belirtilen kanunlar ihtilafı hükümleri aşamalıdır ve taraflara bir seçim hakkı tanımamaktadır. İlgili hüküm şeklindeki gibidir:

“Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutakat mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.”

Ancak, ikinci derece atfın kabul edildiği istisnai hallerden biri olan aile hukukunda atfedilen hukukun maddi hukuk hükümlerine değil, kanunlar ihtilafı hükümlerine bakmak gerekmektedir. Bu nedenle, MÖHUK m. 14’e göre belirlenen hukukun maddi hukuk kurallarına değil, kanunlar ihtilafı kurallarına bakmak gerekir.

Boşanmanın en önemli sonuçlarından biri de eşlerin müşterek çocuklarının velayetinin kimde olacağı hususudur. MÖHUK m.14/3 çocukların velayetinin hangi hukuk tarafından belirleneceğini düzenler. İlgili hüküm *“Boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tabidir”* demektedir. Velayet, Türk Hukuku’nda kamu düzenini ilgilendiren bir kurumdur, ve Yargıtay velayetin müştereken boşanmış çiftlere bırakılmasını kamu düzenine aykırı

kabul etmektedir. Boşanma halinde velayeti kimin alacağı Medeni Kanun m. 336/2'ye göre *"Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir."* Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2004/13947 E. 2004/5854 sayılı kararında, boşanmış karı koca boşanma kararını Türkiye'de tenfiz ettirmek istemiştir. Ancak, Yargıtay bu talebi

"Boşanma veya ayrılığa karar verilmesi halinde hakim velayeti eşlerden birine vermesi gerekmektedir. (MK. md. 336) Velayet düzenlemesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin müşterek çocukların velayetini anne ve babaya bırakması Türk Medeni Kanununa aykırıdır." diyerek reddetmiştir.

Boşanma ile beraber karar verilmesi gereken bir sorun ise eşlerin mallarını nasıl paylaşacağıdır. Türk Kanunlar ihtilafı kuralları, evlilik mallarında eşlere daha geniş bir seçim hakkı vermektedir. İlgili hüküm MÖHUK m. 15 "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." demektedir. MÖHUK m. 2/4 ;*"Taraflara hukuk seçimi imkanı tanınan hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır"* demektedir. Dolayısıyla evlilik mallarına ilişkin 15. maddenin ilk kısmında, taraflara hukuk seçimi imkanın tanınmış ve atıf kural olarak reddedilmiştir; ancak taraflar hukuk seçimi yaparken seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinin de dikkate alınacağını öngörmüşse, atıf kabul edilmelidir. Eğer taraflar bir hukuk seçmedilerse objektif bağlama kuralına göre hareket edilir ve ikinci derece atıf kabul edilir. Bu nedenle ilgili olayda eğer taraflar mal rejimleri için bir hukuk seçimi yapmadılarsa evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku ve onun kanunlar ihtilafı kuralları göz önüne alınır. Ayrıca, taşınmazlara özgü istisnaya dikkat edilmelidir. İlgili hükmün üçüncü fıkrasında taşınmaz malların tasfiyesinde taşınmazın bulunduğu ülke hukuku uygulanmaktadır.

Nafaka, boşanmanın hükümlerinden önemli bir unsurdur. Boşanma hukukunda iştirak ve yoksulluk nafakası büyük önem arz etmektedir. İştirak nafakası, boşanma halinde çocuğun velayeti bırakılan kişiye küçüğün gelişimi, eğitim ve benzeri sebeplerle verilen nafakadır. Yoksulluk nafakası ise boşanma halinde yaşam şartlarında eksikliğe düşecek eşe verilir. Özellikle iştirak nafakasında Türkiye birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmuştur. Bu nedenle MÖHUK hükümleri, önemini yitirmiştir.

Kısaca, yabancı unsurlu boşanmalarda, boşanmanın hükümleri ayrı kanun maddelerinde düzenlenmiştir. Boşanma ile ilişkin genel hükümler MÖHUK m.14'te düzenlenirken evlilik malları ile ilgili düzenlemeler MÖHUK m.15 incelenmiştir. Özellikle boşanmanın genel hükümleriyle ilgili kanun koyucu, tarafların hukuk seçim hakkını kısıtlamıştır. Bunun yanı sıra iç hukuka aktarılan nafaka ile ilgili birçok uluslararası sözleşmeler, uygulanacak hukukun tespiti konusunda taraflara büyük bir sorumluluk getirmektedir.



Ankara Ofis
Talatpaşa Bulvarı İnci Sokak No:1
Hamamönü
Ankara / TÜRKİYE
Tel: +90 312 310 00 60
Fax:+90 312 310 01 45

İstanbul Ofis
Nispetiye Caddesi
Özden Sokak No:13 Beşiktaş
İstanbul / Türkiye
Tel & Faks: 0 212 263 6 263

www.erikel.av.tr
www.yakuperikel.av.tr
erikel@erikel.av.tr