

gündem NAZALI

www.nazaligundem.com

ISSN 2602-3601 / 2022 KIŞ / SAYI 18

4.

Emel

Ayrupa ve Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Aşırı Fiyat

S. 03

Üst Hakkı Sahibinin Elde Ettiği Gelir, Kira Geliri Kapsamında Vergilendirilebilir mi?

S. 13

Çalışanın Elektronik Ortamdaki İletişiminin Gözetimi ve Denetimi

S. 45

ISSN: 2602-3601

YIL: 4 / 2022 KIŞ / SAYI: 18

SAHİBİ

NAZALI Avukatlık Ortaklığı adına
ERSİN NAZALI

SORUMLU MÜDÜR

ÇAĞDAŞ GÜREN

YAYIN YÖNETİM YERİ

19 Mayıs Cad. Dr. İsmet Öztürk Sok.
No:3 Elit Residence Kat:4 Daire: 12
Şişli 34360 İSTANBUL
T:+90(212)380-0640
F:+90(212)217-1890
<http://www.nazali.av.tr>

Dergimiz üç ayda bir yayınlanır

BASKI-CİLT

Yapım Tanıtım Yayıncılık Ltd. Şti.
Gülbağ Mah. Gülbağ Cad. No:80/1
Mecidiyeköy Şişli / İSTANBUL

NAZALI Gündem'de yer alan yazı, şekil, tablo ya da resimlerin telif hakkı (Copyright c) NAZALI Avukatlık Ortaklığına aittir. Bir bölümü ya da tamamı izinsiz kopyalanamaz ya da basılamaz. Yazılardan alıntı yapıldığında, derginin kaynak olarak belirtilmesi gereklidir. Yayımlanan yazıların bilimsel ve etik sorumluluğu yazarlara aittir. Dergimiz yayımlanan haberler dışındaki yazılarda belirtilen görüşler karşısında resmen tarafsızdır. Dergide adı yer alan ürün veya servis reklamı için hiçbir güvence vermez.

İÇİNDEKİLER

- 3 AVRUPA VE TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA AŞIRI FİYAT
- 13 KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NUN İŞTİRAK HİSSESİ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASI DÜZENLEMELERİ KAPSAMINDA HOLDİNG ŞİRKETLERİNİN DURUMU
- 21 SERMAYE AVANSI OLARAK GÖNDERİLEN TUTARLARIN SERMAYEYE EKLENMESİ
- 27 TEHİR-İ İCRA SÜRECİ VE SÜRECİN İCRA İFLAS KANUNU MADDE 36'NİN DEĞİŞİKLİĞİ DOĞRULTUSUNDA İNCELENMESİ
- 33 TÜRK İŞ HUKUKUNDA BİLGİ UÇURMA (WHISTLEBLOWING)
- 39 KİSMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNDE BİR DİLEMA: HAFTA TATİLİ
- 45 ÇALIŞANIN ELEKTRONİK ORTAMDAKİ İLETİŞİMİNİN GÖZETİMİ VE DENETİMİ
- 51 TELİF ESERLERİNİN İHLÂLİNDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ
- 57 YASAL ÖNALIM HAKKININ MUVAZAALİ İŞLEMLERE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ
- 63 VAKFIN KURULUŞU VE TÜZEL KİŞİLİK KAZANMASI
- 69 BİR PAZARLAMA TEKNİĞİ OLARAK YEŞİL AKLAMA
- 73 İŞ SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA İŞÇİYE ÖDENEN PRİM/BONUS/İKRAMİYE GİBİ ÜCRET DIŞI ÖDEMELERİN SİGORTALI PRİME ESAS KAZANCA TABİ TUTULUP TUTULMAYACAĞI HUSUSU

ÖNSÖZ

Sevgili Dostlar,

NAZALI Gündem olarak 4. yaşımızı sizlerle birlikte kutlamaktan büyük mutluluk duyuyoruz!

2017 yılında başlamış olduğumuz NAZALI Gündem dergisi çalışmamıza emek veren değerli çalışma arkadaşlarımıza ve bu emeğe her defasında büyük bir ilgi ile karşılık veren siz Dostlarımıza teşekkür ederiz.

Her yeni sayısında heyecanlı bir şekilde çalışmalarını paylaşan çalışma arkadaşlarımız sayesinde Dergimiz farklı konularda yayımlanan makaleler ile gitgide zenginleşmeye devam etmektedir.

Bu sayımızda da yine özgün ve farklı makaleler ile sizlerin karşısındayız. Rekabet Hukuku ekibimiz tarafından kaleme alınan ve aşırı fiyat uygulamasının Türk ve Avrupa uygulaması açısından değerlendirildiği makale, uygulamanın farklı kararlar özelinde ele alınmış olması bakımından oldukça faydalı bir çalışma olmuştur.

Oldukça yaygın kullanımı olan sermaye avansı kavramını ele alan makaleleri ile avukat Simgе Kavtelek ve stajyer avukat Ayça Akçay, konuyu detaylı olarak analiz ederek gönderilen avans tutarlarının sermayeye eklenmesinde süre kavramı üzerinde durmuşlardır.

Çevreye karşı duyarlılık ve doğayı koruma kavramlarının gitgide önem kazandığı günümüz dünyasında pazarlama tekniklerinin bu kavramlara doğru yöneldiği görüyoruz. Konuyla ilgili hukuki düzenlemeleri ve Avrupa Birliği uygulamalarını ele alan makaleleri ile avukat Süreyya Korkmaz ve stajyer avukat Gözde Nur Kaya, gelişen dünyadaki akımı bizlerle paylaşmaktadırlar.

Farklı ve birbirinden değerli konuları içerir bu sayımızı da keyifle okumanızı dileriz.

Bir kez daha NAZALI Gündem'in gelişmesi ve daha da iyi olması için büyük bir özveri ile çalışan değerli çalışma arkadaşlarımıza, NAZALI Gündem'in yayına hazırlanması konusunda başından beri çok zaman harcayan Gözde SARUHAN BERK'e ve değerli üstadımız YMM Mükerrerem YANAR'a bir kez daha teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Keyifli okumalar.

NAZALI GÜNDEM

BİZDEN HABERLER

◇ **2 ŞUBAT 2022 TARİHİNDE “GLOBAL TAX REFORM- PİLLAR TWO” WEBİNARIMIZI GERÇEKLEŞTİRDİK.**

2 Şubat 2022 tarihinde gerçekleşen webinarımızda Yönetici Ortağımız Ersin NAZALI moderatörlüğünde İstanbul Ofisimizden Pınar SOLYALI, Kiev Ofisimizden Vladyslav KUPRIËENKO ve Amsterdam Ofisimizden Parham RAHİMZADEH tarafından uluslararası vergi düzenlemeleri konusunda son güncel gelişmeler ele alınmıştır.

◇ **NAZALI VERGİ & HUKUK BÜNYESİNDE ORTAK POZİSYONUNA TERFİ EDEN ÇALIŞMA ARKADAŞLARIMIZI TEBRİK EDİYORUZ.**

Yurt içinde ve yurt dışında büyümeye ve gelişmeye devam ederek 6 farklı ülkede faaliyet gösteren NAZALI Vergi & Hukuk olarak; Halil SAĞLAM (Bağımsız Denetim), Serap GEYİK CPA,IA (Teşvikler ve Outsourcing Hizmetleri), Fatih BAKIR (Sosyal Güvenlik), Nazif KARATAŞ (İş Hukuku), Gözde SARUHAN BERK (Vergi - Dava ve Uyuşmazlık Çözümü, Şirket Yeniden Yapılandırması), Ömer EMEN (Tam Tasdik ve KDV İade Hizmetleri) ve Pınar SOLYALI'nın (Vergi Danışmanlığı Hizmetleri) ortak pozisyonuna terfi etmelerini duyurmaktan büyük mutluluk duyuyoruz.

◇ **REKABET HUKUKU EKİBİMİZ TARAFINDAN İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ BÜNYESİNDE VERİLEN EĞİTİMLER DEVAM EDİYOR.**

Rekabet Hukuku Ortağımız Metin PEKTAŞ ile avukatlarımız Derviş Boran BEYSÜLEN, Deniz KIVANÇ ve Beyza SARIPINAR, 29 Ocak 2022 tarihinde “Yatay Anlaşmalar (Karteller)” konusunda İstanbul Ticaret Üniversitesi bünyesinde “Sertifikalı Rekabet Hukuku ve Uygulamaları Eğitim Programı”nda yer almış olup; aynı Üniversite’de 26 Şubat 2022 tarihinde ise “Emek Piyasalarında Rekabet Hukuku Uygulamaları” üzerine yapacakları sunum ile programa katkı sağlayacaklardır.

◇ **“2021 YILI ÜCRET GELİRLERİ BEYANNAMESİ” WEBİNARIMIZI GERÇEKLEŞTİRDİK.**

Vergi bölümü direktörümüz Semra ERSOY ile vergi bölümü ortağımız Ömer EMEN tarafından 14 Ocak 2022 tarihinde “Ücret Gelirlerinin Vergilendirilmesi ve Beyanname Verme Yükümlülüğüne” ilişkin webinar gerçekleştirilmiştir.

AVRUPA VE TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA AŞIRI FİYAT

Metin PEKTAŞ

*Ortak, Rekabet Hukuku ve
Uyum, Rekabet Kurumu Eski
Başuzmanı*

Beyza SARIPINAR

Avukat

Çağrıhan DİNÇER

Stj. Avukat

ÖZET

Hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyatlandırma davranışları rekabet hukuku zemininde inceleme konusu olabilmektedir. Bu çalışmada, aşırı fiyatlandırma davranışları hakkında alınan Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurulu kararları incelenecektir. Aşırı fiyatın nasıl tespit edildiğine yönelik kararlar arasında karşılaştırmalara da yer verilerek aşırı fiyatın tespitinde uygulanan ekonomik değer testine odaklanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aşırı Fiyat, Ekonomik Değer Testi, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması.

GİRİŞ

Rekabet hukukunda aşırı fiyata müdahale edilip edilmemesi gerektiğine dair tartışmalar süregelmiştir. Tekelci, fahiş, sömürücü fiyat gibi terimlerle birlikte de kullanılan aşırı fiyat kavramına dair rekabet hukuku ve iktisadında görüş birliği bulunmamaktadır. Pek çok otorite yanlış müdahale ya da gereğinden fazla müdahale riski nedeniyle aşırı fiyat soruşturmalarına sık sık başvurmamaktadır. Türk Rekabet Hukuku açısından bakıldığında ise aşırı fiyat kavramı doğrudan bir hükümde yer almamakta olup hâkim durumun düzenlendiği ve Avrupa Birliği İşleyişine Dair Antlaşma ("ABİDA")'nın 102. maddesindeki aşırı fiyat hükmüne nazaran daha geniş bir düzenleme olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu çalışma kapsamında öncelikle aşırı fiyat konusunda verilen belli başlı AB kararlarına değinilecek olup ardından Rekabet Kurulu'nun yakın tarihli Port Akdeniz, Biletix ve Sahibinden.com kararlarına yer verilecektir.

1. AŞIRI FİYATLAMAYA İLİŞKİN AB YAKLAŞIMI

AB hukukunda aşırı fiyatlandırma davranışı, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağını düzenleyen ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu maddedeki hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik kapsama dahil edilen a bendindeki ifadeye göre, "adil olmayan alış veya satış fiyatları veya diğer adil olmayan ticari şartların, doğrudan veya dolaylı olarak dayatılması" yasaktır. Maddenin lafzında aşırı fiyattan ziyade "adil olmayan" kavramının tercih edilmesi dikkat çekmektedir. AB uygulamasında, aşırı fiyata müdahale zeminin oluşması için bazı şartların gerçekleşmesi beklenmekte bu şartlar oluşmadan gerçekleştirilen müdahaleler gereksiz bulunmaktadır. Uygulamada öncelikle piyasanın kendi kendini düzeltme imkânının ortadan kalktığı durumlarda aşırı fiyata müdahale gündeme gelebilmektedir. Ancak bu durum tek başına müdahale için yeterli olmayıp bunun yanında tüketici ve toplam refahta azalma meydana gelmesi gerekmektedir. Avrupa Komisyonu uygulamaya yönelik sakıncalarına rağmen aşırı fiyatlamaya müdahale etmekten vazgeçmemekle birlikte, bu müdahalenin sınırlarını daraltma yönünde bir tutum benimsemiştir.¹

Bu çalışma kapsamında ilk olarak, AB uy-

¹ Çiğdem Ünal, *Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlandırma Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 103, 2010, s. 25

gulamasında aşırı fiyata ilişkin en önemli örnekler olmaları sebebiyle *United Brands* ve *Port of Helsingborg* kararları incelenecektir.

1.1 United Brands Kararı²

Aşırı fiyat kavramının özü, ilk olarak United Brands Kararı'nda "ürünün ekonomik değeriyle makul bir ilişkisi yoksa, bir fiyat aşırıdır." olarak değerlendirilmiştir. Komisyon bu değerlendirmeye ulaşmak için iki aşamalı bir test uygulamaya karar vermiştir. Teste göre öncelikle, "fiyat-maliyet marjının aşırı olduğu" ve dayatılan fiyatın "ya kendi içinde ya da rakip ürünlerle karşılaştırıldığında adil olmadığı" gösterilmelidir.

United Brands, 1974 yılında dünya pazarındaki tüm muz ihracatının %35'ini karşılayan ve ilgili pazarda yaklaşık %45 paya sahip olan en büyük muz tedarikçisidir. Komisyon United Brands'a ait Chiquita markasının pazar payının Almanya, Hollanda, Danimarka, İtalya ve Birleşik Krallık'ta %40 veya üstünde olduğunu ve "Chiquita" marka muzları için Belçika, Lüksemburg, Danimarka ve Almanya'yı içeren bir coğrafi pazarda aşırı ve ayrımcı fiyatlar uyguladığını tespit etmiştir. Soruşturma kapsamında Komisyon, fiyatların aşırı olup olmadığını tespit etmek için üç farklı karşılaştırma yapmıştır:

- Almanya, Danimarka, Belçika ve Lüksemburg'da Chiquita markası için üretilen muzların fiyatı, aynı ürünün İrlanda'daki fiyatından daha yüksektir.
- Chiquita ile markasız muzların ilgili coğrafi pazardaki fiyatları arasında %20-40 fark vardır ancak fiyat farkı kalite farkından daha fazladır.
- Almanya, Danimarka, Belçika ve Lüksemburg'daki rakipler tarafından satılan benzer kalitedeki markasız muzların fiyatlarının tamamı Chiquita'ya kıyasla daha düşüktür.

Karşılaştırmalar sonucunda Komisyon, tüketicilerin aynı ürünü satın almak için incele-

nen pazarlarda İrlanda'dakinden önemli ölçüde daha fazla harcamak zorunda olduğunu çok açık olduğunu ancak diğer karşılaştırmalar kapsamında fiyat farklılıklarını kaliteyle açıklamanın mümkün olması sebebiyle net bir değerlendirmeye varılamayacağı kanaatine ulaşmıştır. Komisyon İrlanda kıyaslamasında, halihazırda İrlanda'da uygulanan fiyatlar kâr sağlıyorsa ilgili pazarda uygulanan daha yüksek fiyatın daha fazla kâr sağlayacağı değerlendirmesinde bulunmuştur. Ancak bir görüşe göre, bu türden bir çıkarım yapabilmek için teşebbüsün iki pazar için maliyetlerinin farklılaşmadığının ortaya konulması gerekirdi.³

Söz konusu karar daha sonra ABAD tarafından bozulmuştur. ABAD, sunulan ürün/hizmetin ekonomik değeriyle makul bir bağlantısı olmayan bir fiyatın haksız bir fiyat olduğunu ve sunulan ürünün ekonomik değerine kıyasla aşırı fiyat uygulamanın bir kötüye kullanma hali oluşturacağını tespit etmiştir. ABAD'ın bu ifadelerinden, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün rekabetçi şartlarda uygulamayacağı ve sunduğu ürünün/hizmetin ekonomik değerinin önemli ölçüde üzerinde olan fiyatların rekabet hukuku anlamında aşırı fiyat olarak değerlendirileceği anlaşılacakla birlikte ekonomik değer kavramına ilişkin belirsizliğin giderilmediği görülmektedir. ABAD, Komisyon'un karar verirken yeterli bir maliyet analizini yapmadığını, testin ilk aşamasına aşırı fiyat-maliyet marjı kriterinin dahil edilmediğini tespit etmiştir. Bir başka deyişle Komisyon, United Brands'ın ilgili pazarda kâr edip etmediğini belirleyememiş ve İrlanda'daki fiyatların zarara yol açmış olabileceğini hesaba katmamıştır. ABAD'a göre, fiyatlar soruşturma öncesi 20 yıllık dönemde belirgin artış göstermemiştir ve bundan dolayı testin ilk adımı karşılanmadığından fiyat haksız sayılmayacaktır. Testin ikinci aşamasında ise fiyatın hâkim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı diğer ve karşılaştırılabilir fiyatlarla ya da benzer ürünlere rakipler tarafından uygulanan fiyatlarla karşılaştırılması öngörülmüştür.

² *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas. - Case 27/76, 14.02.1978*

³ *Pınar Akman, Luke Garrod, When Are Excessive Prives Unfair?, 2010*

1.2 Port of Helsingborg Kararı⁴

Helsingborgs Hamn AB (HHAB), İsveç'in Helsingborg limanı işletmesinin tek sorumlu işletmesi olması sebebiyle doğal tekel konumundadır. HHAB limandaki inşaat işlerini yapmakta, limanı kullanan gemilere ilişkin tüm servisi sağlamakta ve söz konusu servise ilişkin ücretleri belirlemektedir. Scandlines Sverige-AB (Scandlines) Komisyon'a yaptığı şikâyetinde HHAB'ın limanı kullanan feribotlara sağladığı servis için fiili maliyetini yansıtmayan aşırı fiyatlar uyguladığını ve bu davranışla ABİDA m.102'yi ihlâl ettiğini iddia etmiştir.

Bu davada Komisyon, United Brands testinin kümülatif olarak uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre, ilk aşamada (i) maliyet ile fiyat arasındaki farka bakılarak kârın aşırı olup olmadığı belirlenecek ve eğer birinci aşamada verilen cevap olumlu ise ikinci aşamaya geçilerek (ii) fiyatın kendi içinde ya da rakip ürünlerin fiyatıyla karşılaştırıldığında haksız olup olmadığı saptanacaktır.

Testin ilk aşamasına Komisyon, bir maliyet-fiyat analizi yapmış ve liman için talep edilen ücretlerden elde edilen gelirin fiilen katlanılan masraflardan fazla olduğunu bulmuştur. HHAB'ın feribotlara ilişkin servislerden gelir elde ettiği fakat limanın verdiği diğer hizmetler sebebiyle zarara uğradığı tespit edilmiştir. Bu değerlendirmelerden sonra ikinci aşamaya geçen Komisyon, HHAB'ın uyguladığı fiyatı rakiplerin fiyatlarıyla kıyaslamıştır. Her limanın aldığı yatırımların, sağladığı hizmetlerin, gelirlerinin farklılaşması gibi parametreleri de göz önünde bulunduran Komisyon, HHAB'ın fiyatlarının diğer liman işletmelerine nazaran 'aşırı' olmadığını tespit etmiştir. Karşılaştırma sonucunda bir tür haksız fiyatlandırma yapıldığı kanaatine ulaşmanın mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Komisyon tarafından, yapılan karşılaştırmalar sonrası fiyatların kendi içinde adil olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine karar

verilmiştir. Ancak bu çalışmanın sağlıklı bir sonuç vermesi için basit bir fiyat-maliyet analizi yapılması yeterli görülmeyip ekonomik değer üzerine yoğunlaşmıştır. Komisyon'a göre hizmetin ekonomik değeri, maliyet ve kâr marjının toplamından ibaret olmayıp somut olayın kendine has özellikleri ürün/hizmete ilişkin talep gibi fiyat dışı faktörler dikkate alınarak belirlenmelidir. Nihayetinde Komisyon, limanın taşımacılık açısından mükemmel olan konununun feribotların hızlıca Öresund'a geçmelerini sağlaması ve aşırı fiyata yönelik yeterli delil bulunamaması gerekçeleriyle fiyatların haksız olmadığına karar vermiştir.

2. AŞIRI FİYATA İLİŞKİN YAKIN DÖNEM REKABET KURULU KARARLARI

Aşırı fiyat kavramına ve tespitine yönelik Kurul kararlarına bakıldığında; Kurul'un izlediği yaklaşım, aşırı fiyata ancak sınırlı koşullar altında rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu yaklaşımın altında yatan gerekçe, müdahale sonucunda teşebbüslerin kârlarının sınırlandırılması nedeniyle pazara yeni girişlerin ve pazarda yatırımların engellenmesi gibi pazarın işleyişine ilişkin sakıncalar ve rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamaya müdahale yöntemindeki hata riskidir. Kurul, *Sahibiden.com* kararının hukuka uygun olmadığına karar veren Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 2019/946 E., 2019/2625 K. sayılı kararına değinerek aşırı fiyatlamaya müdahalenin "istisnai hallerde" başvurulacak bir yöntem olduğunu vurgulamış, müdahalenin ancak olumlu sonuçları olacağına kesin verilerle ortaya konulması halinde mümkün olabileceğini değerlendirmiştir.

Kurul'un aşırı fiyatı değerlendirdiği ilk kararlardan biri olan ASKİ Kararı'nda⁵, hukuki bir tekel olarak faaliyet gösteren ve Ankara Belediyesi'ne ait bir şirket olan ASKİ'nin su ve atık-su tarifesinde aşırı fiyat uyguladığı iddiası değerlendirilmiştir. Aşırı fiyat kavramı Kurul tarafından bu kararda United Brands kararında

4 Case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, 23.07.2004

5 Rekabet Kurulu Kararı, T.13.03.2001, S.01-12/114-29

olduğu gibi “sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılığın bulunması” olarak tanımlanmıştır. Kurul, aşırı fiyatın tespit edilmesi için kullanılacak olan yöntemleri yine United Brands kararında olduğu gibi sırasıyla *i. tüm üretim maliyetleri toplamı ile fiyatın karşılaştırılması*, *ii. ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması* ve *iii. komşu pazarlardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması* olarak benimsemiştir. Kararda, bazı abone tarifelerinde %280 oranında kârla satış yapıldığı tespit edilmiş olsa da finansman giderleri de dahil edildiğinde suyun maliyetinin ortalama satış fiyatının iki katına çıktığı ve ASKİ'nin zarar ettiği değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Kurul, nihayetinde ASKİ'nin aşırı fiyat uygulamadığına kanaat getirmiştir.

BELKO Kararı'nda⁶ ise, Ankara Belediyesi'ne ait şirketlerden biri olan BELKO'nun hukuki tekel konumu ile perakende kömür satışında aşırı fiyat uyguladığı iddia edilmiştir. İlgili dönemde kömür ürününün ikamesinin bulunmadığı ve yasal tekel hakkına sahip olan şirketin, aşırı istihdam yarattığı ve etkin olmayan bir yönetim şekli benimsediği tespit edilmiştir. Karara göre, şirketin iyi yönetilmemesi maliyetlerin artmasına sebebiyet vermiş ve kömür ürününde aşırı fiyat uygulaması doğmuştur. Buna ek olarak, şirketin kârlılığının düşük olduğu, hatta bazı dönemlerde zarar ettiği Kurum tarafından tespit edilmiştir. BELKO'nun satış fiyatlarının rekabete açık diğer coğrafi pazarlardaki fiyatlarla karşılaştırıldığında %50-60 oranında daha yüksek olduğu saptanmıştır. Nihayetinde BELKO'nun kendisine sağlanan tekel imtiyazının kömür alımında sonradan oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olduğu ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle Kanun'u ihlâl ettiği kanaatine varılarak teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

Aşırı fiyata ilişkin verilmiş olan bir başka Kurul kararında⁷, TÜPRAŞ'ın fiyatlandırma ve

sözleşmelere ilişkin uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl edip etmediği incelenmiştir. Kurul, TÜPRAŞ tarafından uygulanan rafineri satış fiyatlarını (RSF), dünya çapında fiyat belirleme yetkisi olan ve dünyadaki fiziki petrol ticaretinin büyük bir kısmında referans olarak fiyatları kullanılan Platts İtalya CiF Med şirketinin fiyatları ile karşılaştırmıştır. Kurum tarafından yapılan fiyat karşılaştırmasına istinaden TÜPRAŞ'ın hâkim durumda olduğu kurşunsuz benzin toptan satışı ve motorin toptan satışı pazarlarında 11.10.2008- 01.01.2009 tarihleri arasında (yaklaşık 80 günlük bir zaman diliminde) aşırı fiyatlandırma ile hâkim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Konuya ilişkin geçmiş dönemlerdeki Kurul kararları bunlarla sınırlı olmasa da bu çalışmada esasen yakın dönemde alınan üç karara değinilecektir.

2.1. Port Akdeniz Kararı⁸

Rekabet Kurumu, Port Akdeniz'in aşırı fiyatlama yaparak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasına ilişkin vermiş olduğu kararda öncelikle limanın imtiyaz sözleşmesini incelemiştir. Yapılan incelemede, Akdeniz Limanı'nın işletme hakkının 1998 yılında yapılan imtiyaz sözleşmesiyle otuz yıllığına Port Akdeniz'e devredildiği, ilk beş yıllık dönem sonrasında Port Akdeniz'in fiyatları serbestçe belirleme yetkisinin olduğu, ilk beş yıllık dönem sonrasında Türkiye Deniz İşletmeleri'nin fiyatlara ilişkin bir denetim yetkisinin bulunmadığı görülmüştür. Yapılan soruşturma sonrasında Port Akdeniz'in Batı Akdeniz coğrafi pazarında konteyner elleçleme hizmetlerindeki pazar payının %100 seviyesinde olduğu tespit edilmiştir. Yapılan değerlendirmeye göre, ilgili pazara giriş engellerinin Port Akdeniz'in kilit girdilere ve özel bilgiye erişim imkânına, atıl kapasiteye, dikey bütünlüğe, güçlü bir dağıtım ağına ve geniş bir ürün portföyüne, yüksek marka bilinirliğine, finansal ve ekonomik güce sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca otuz yıllık süreyle

6 Rekabet Kurulu Kararı, T.06.04.2001, S.01-17/150-39

7 Rekabet Kurulu Kararı, T.17.01.2014, S.14-03/60-24

8 Rekabet Kurulu Kararı, T.05.11.2020, S.20-48/666-291

öngörülmüş olan imtiyaz sözleşmesi bir diğer giriş engeli olarak gösterilmiştir. Belli yük cinsleri açısından Port Akdeniz'in alternatifinin bulunmaması, sağlayıcı değiştirmenin önündeki fiili ve potansiyel kapasite sınırı kısıtlarından dolayı müşterilerin Port Akdeniz karşısında önemli bir pazarlık gücünün olmadığı değerlendirilmiştir.

Kurum fiyatlandırma davranışını incelerken limanın zarar edip etmediği, fiyatın maliyetlerinin üzerinde olup olmadığı, döviz kurlarındaki artışlar gibi unsurları da dikkate almıştır. Limanların konum, hinterland, fiziksel özellikler, talep, teknik özellikler gibi sektör özelliklerinin farklılaşmasından dolayı karşılaştırma yapmak zor olsa da kararda kıyaslamalara öncelik verilmiştir.

Rekabet Kurumu tarafından aşırı fiyatlandırmanın tespitine ilişkin yapılan iktisadi analizlerde, birim fiyatlarda ve birim fiyat ile birim maliyet arasında farkın artış seyrinde olduğu, maliyetlerde düşüş yaşanmasına rağmen birim fiyatta artışın sürdüğü tespit edilmiş olup fiyatlardaki artışın Antalya Limanında verilen hizmetin kalitesinin diğer limanlardan daha yüksek olmasıyla açıklanamayacağı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. 13 limanla yapılan kıyaslamaya dayanan değerlendirmede, Port Akdeniz'in en yüksek yıllık ortalama birim fiyat uygulayan ve en yüksek kârlılık oranına sahip liman işletmecisi olduğu ve Kurum tarafından yapılan yerinde incelemelerde teşebbüsün yüksek fiyatlar hakkında şikayetler aldığı ve diğer limanlara geçilmesini önlemek amacıyla yüksek kotalarla indirimler uyguladığı anlaşılmıştır.

Soruşturma sürecinde hukuk kurallarıyla fiyatlara müdahalenin iktisat teorisi ve öğretide eleştirildiği savunmasına karşılık Kurum, bu görüşlerin pazara giriş engellerinin olmadığı pazarlar için geçerli olduğunu ancak fiyata yalnızca sınırlı koşullar altında müdahale edilebileceği değerlendirilmesinde bulunmuştur. Otuz yıl süreyle öngörülmüş olan imtiyaz sözleşmesi sebebiyle Port Akdeniz'in doğal tekel olduğu ve kısa vadede giderilmeyecek pazara giriş engellerinin mevcudiyeti Kurum tarafından kabul edilmiştir. Kararda, aşırı fiyat tespitinin yalnızca konteyner elleçleme hizmetlerine ilişkin

olduğu tespit edilmiş olup Port Akdeniz tarafından hesaplanan *mark-up* ve kâr marjı oranları salt döviz kurundaki artışın TL'ye yansımaları değil, tam aksine bu durumu önlemek için USD cinsinden hesaplanan birim fiyat ve birim maliyetler üzerinden yapılan analizleri içerdiği değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

Konu hakkındaki iktisadi analizin tamamlanması adına otuz dokuz limandan bilgi istenmiş, ekonomik değer testinin ilk aşaması olarak Port Akdeniz tarafından yıllar itibarıyla her bir ilgili ürün pazarı için uygulanan birim fiyatlara, katlanılan birim maliyetlere ve söz konusu hizmetlere ilişkin kaydedilen kârlılık göstergelerine; ardından testin ikinci aşaması olarak bilgi talep edilen limanlar ile Port Akdeniz'in her bir yük türü için yapılan birim fiyat ve kârlılık karşılaştırmalarına yer verilmiştir.

Kararda özetle, Port Akdeniz'in tekel konumu, pazarda önemli giriş ve büyüme engelleri ve pazarda dengeleyici bir alıcı gücünün olmasından dolayı teşebbüsün hâkim durumda olduğu, Port Akdeniz tarafından konteyner elleçleme hizmetleri pazarında 2016-2018 yılları arasında aşırı fiyatlandırma yaptığı kanaatine ulaşıldığı, yapılan iktisadi analiz sonucunda uygulanan fiyatların sürekli olarak makul olmayan şekilde yüksek olduğu, bu çerçevede ilgili teşebbüsün Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

• **Port of Helsingborg ve Port Akdeniz Kararlarına Mukayeseli Bir Yaklaşım**

Avrupa Komisyonu'nun HHAB ve Rekabet Kurumu'nun Port Akdeniz kararları birlikte incelendiğinde, her iki kararda da liman işletmecilerinin doğal tekel konumları tespit edilerek değerlendirmeye başlanmıştır. Rekabet Kurumu bu tespitini imtiyaz sözleşmesine dayandırırken, Komisyon, limanın Helsingborg Belediyesi tarafından HHAB'a satılmasından sonra arazi üzerindeki iskele, vapur rampaları, vinçler ve binalar gibi bütün varlıkların sahibinin HHAB olmasına dayandırmıştır.

Komisyon, HHAB'ı daha iyi bir hizmet sağlıyor diye cezalandırmak istememiştir. Test uy-

gulamasına yönelik olarak Komisyon, United Brands testini kümülatif ele almakla kalmayıp testin kümülatif şekilde uygulanması gerektiği vurgusunda bulunmuştur. Rekabet Kurumu da Komisyon gibi testi kümülatif olarak ele almış, ancak testin uygulanış standardına ilişkin bir yorumda bulunmamıştır. Her iki kararda da yapılan fiyat-maliyet analizleri sonrasında fiyatın aşırı olup olmadığının değerlendirilmesi için bir oran ortaya konulmamıştır.

Yapılan kâr-maliyet analizlerinde, Komisyon, HHAB'ın taşımacılık ücretlerine ek olarak taşımacılığı etkileyen bütün etmenleri ve hizmetleri de incelemiştir. Bunun sonucunda HHAB'ın feribotlara ilişkin servislerden gelir elde ettiğini fakat limanın verdiği diğer hizmetler sebebiyle %6,1'lik bir zarara uğradığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak Kurum tarafından yapılan değerlendirmenin kapsamı Komisyon'un incelemesine göre daha dar tutulmuş ve yalnızca taşımacılık ücretleri incelenmiştir. Bunun yanında Kurum, Port Akdeniz masraflarını diğer limanlarla karşılaştırırken Komisyon'un yaptığı gibi alınan yatırımların, sunulan hizmetlerin, gelirlerinin farklılaşması gibi parametreleri göz önünde bulundurmayıp salt ücretlendirme kıyaslaması yapmıştır.

Hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirmesinde Komisyon, Helsingborg Limanı'nın taşımacılık açısından mükemmel olan konumunun feribotların hızlıca Øresund'a geçmelerini sağlaması sebebiyle kötüye kullanım oluşturmayacağı sonucuna ulaşırken Kurum, daha çok imtiyaz sözleşmesinden gelen doğal tekel konumu ve liman hinterlandına ulaşımındaki mecburiyet üzerinden bir değerlendirme yapıp hâkim durumun kötüye kullanıldığı kanaatine varmıştır.

2.2. Biletix Kararı⁹

Rekabet Kurulu, Biletix kararında, Biletix'in bazı etkinlik biletlerinin tek satıcısı olduğu, internet üzerinden satışını gerçek-

leştirdiği biletlerin asıl bedellerine ek olarak hizmet bedeli, işlem bedeli ve kargo bedeli adı altında yüksek miktarda ek bedeller tahsil ettiği, biletin iletilmesi için müşteriden gönderim bedeli altında yüksek miktarda ek bedeller tahsil ettiği, biletin iletilmesi için müşteriden gönderim bedeli alınmasının zorunlu tutulduğu, gönderim bedeli ödemeyen müşterilerin Türkiye'de sadece altı ilde bulunan ve haftanın belirli gün ve saatlerinde çalışan perakende merkezlerine gitmek zorunda bırakıldığı iddialarını değerlendirmiştir.

Kararda, Biletix'in 2016-2019 döneminde en yüksek pazar payına sahip teşebbüs olduğu ve pazar payının hâkim durum eşiği olarak kabul edilen %40 oranının çok üzerinde olduğu tespit edilmiştir. Bunun yanında, Biletix'in etkinlik portföyünün gerek çeşitlilik gerek hacim olarak rakiplerinden çok daha güçlü olduğu sonucuna varılmıştır. Biletix'in dolaylı şebeke dışsallıklarıyla beslenen portföyü ile hem tüketici hem de organizatörler açısından rakiplerine kıyasla oldukça önemli bir konumda bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, Biletix'in internet sitesinin popülerliğini gösteren trafik verilerinin teşebbüsün marka bilinirliği açısından bir gösterge niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.

Kararda şikâyet konusu uygulamalar üç ayakta değerlendirilmiştir:

1. **Biletix'in uygulamaları çerçevesinde yeni bir hizmet yaratıp (bilet teslim hizmeti) onu asıl hizmete bağlayarak hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı**

Biletix alınan biletlerin teslim edilmesi için tüketicilere e-posta hesabına, perakende noktasına, özel kuryeyle teslim olarak seçenekler sunmakta ve bu seçeneklerin her biri için, daha önce alınan hizmet bedelinden farklı olarak bilet sayısından bağımsız bir işlem bedeli almaktadır.

9 Rekabet Kurulu kararı, T.20.06.2019, S.19-22/341-M

Kurum tarafından bilet teslim hizmetinin bilet satın alma hizmetinden bağımsız olarak kendi başına talebini oluşturabilecek ve bu haliyle ekonomik bir anlam ifade edebilecek yeterlilikten uzak olduğu değerlendirilmiştir. Kurum, bir bilet alma sürecinin belgelenmesi ya da kullanıcının bu hizmeti almaya hak kazandığının ispatı olarak görebileceğimiz bilet, makbuz vb. belgelerin tüketiciye ulaştırılmasının kendi başına bir hizmet değil, biletleme hizmetinin bir aşaması olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Kararda Kurum, talep edilen bedellerin tek bir hizmet için farklı aşamalarda istenen ücretler olduğu, bunların toplanarak tek bir ücret olarak kabul edilebileceği, bu sebeple, dosya konusu uygulamaların bağlama teorisi kapsamında değerlendiremeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

2. Tüketicilerden talep edilen söz konusu ücretlerin aşırı fiyat teorisi kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı

Bu konuda üç kümülatif şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir: Teşebbüsün pazarda geçmiş yatırımların veya inovasyonların sonucu olmayan ve aşılmaz yasal giriş engelleriyle korunan tekel ya da tekele yakın konumda bulunması, teşebbüsün uyguladığı fiyatların ortalama toplam maliyetleri büyük ölçüde aşması ve bu fiyatların komşu pazarlarda yeni mal ve hizmetlerin ortaya çıkmasını engelleme riski bulunması.

Soruşturma sürecinde, Biletix'ten EDT analizinin yapılabilmesi adına etkinlik biletlerinin satışına aracılık hizmetleri özelinde katlandığı maliyetler ve bu faaliyetlerden elde ettiği gelirler talep edilmiştir. Ancak Biletix'in dosya konusu uygulamalarının aşırı fiyat tespitine yol açacak somut bilgi, belge ve bulgu içermediği kanaatine ulaşılmıştır.

3. Mevcut uygulamaların, diğer sömürücü uygulamalardan farklı bir noktada ihlâl niteliği taşıyıp taşımadığı

Biletix, bir ürün veya hizmetin yalnızca başlangıç fiyatının reklamını yaptığı ve hizmete ait diğer bedelleri ancak satın alma sürecinden sonra ortaya koyduğu "damla fiyatlandırma" ile satış yapmaktadır. Ancak bu uygulamalar tüketicinin zihninde karışıklık yaratarak fiyat araştırmasından caymasına ve dolayısıyla tüketici refahında azalışa neden olmaktadır. Kurul, OECD raporları doğrultusunda otoritelerin pazara her zaman geleneksel araçlarla müdahale etmemesi ve tüketicinin korunması hukuku ve rekabet hukuku ayırıştırmasına dikkat etmesi gerektiğini dile getirmiştir. Haksız bir ticari uygulamaya rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilebilmesi için sadece tüketici üzerinde zarar doğurması değil, aynı zamanda rekabet ortamında da zarar doğurması gerektiği kabul edilmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlâlden söz edebilmek için bir teşebbüsün hâkim durumu ile, davranışının kendisi ve/veya rekabete aykırı sonuçları arasında nedensellik bağı kurulması gerekmektedir. Ancak, Biletix'in damla fiyatlandırma uygulaması ile hâkim durumu arasında doğrudan bir ilişki kurulamamış ve anılan fiyatlandırma yönteminin uygulanabilirliğinin Biletix'in hâkim durumuna atfedilmesi mümkün görülmemiştir.

Rekabet Kurulu kararında; Biletix'in etkinlik biletlerinin (futbol müsabakaları hariç) satışına platform üzerinden aracılık hizmeti pazarında hâkim durumda bulunduğu, Biletix'in bilet fiyatlarına çeşitli isimler altında ekstra masraflar eklemek yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl etmediğine, tüketiciye zararı olduğu değerlendirilen damla fiyatlandırma uygulaması hakkında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tedbir alabileceği hususuna ilişkin olarak T.C. Ticaret Bakanlığı'na görüş gönderilmesine karar verilmiştir.

2.3.Sahibinden.Com Kararı¹⁰

Rekabet Kurulu Sahibinden.com kararında, Sahibinden.com'un vasita ve emlak satış/kiralama hizmetlerine yönelik çevrim içi platform hizmeti pazarlarında sahip olduğu hâkim durumunu aşırı fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığı iddiası üzerine başlattığı soruşturma sonucunda teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Kurul daha önce 01.10.2018 tarihinde vermiş olduğu kararında, Sahibinden.com'un, vasita satış hizmetlerine yönelik online platform hizmeti ve emlak satış/kiralama hizmetlerine yönelik online platform hizmeti pazarlarında hâkim durumda bulunduğuna ve bu pazarlarda 2014-2017 yıllarında uygulamış olduğu fiyatların rekabetçi pazarlarda gözlenmeyecek ölçüde yüksek olduğu dolayısıyla da aşırı fiyatlamasının bulunduğu kanaatine vararak teşebbüs hakkında 10.680.425,98 TL idari para cezasına hükmetmiştir.

Kurul'un bu kararı üzerine, Sahibinden.com 06.03.2019 tarihinde Kurul'un daha önce teşebbüs hakkında 01.10.2018 tarihinde aşırı fiyatlama yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği yönünde vermiş olduğu kararının yeniden değerlendirilmesi için başvuruda bulunmuştur. Kurul yapmış olduğu incelemeler neticesinde başlıca;

- Rakiplerinin aksine Sahibinden.com'un emlak ya da vasita gibi tek bir hizmet kategorisine odaklanmak yerine çok sayıda hizmet kategorisinden oluşan bir portföy sunması ve şebeke etkisi yaratarak pazara giriş engelleri yarattığı,
- Aşırı fiyatlamasının sömürücü nitelikleri gereği tüketici refahında bir azalmaya yol açtığı,
- Ekonomik değer testinin hatalı olduğuna yönelik iddianın yerinde olmadığı nitekim bu hususun Sahibinden.com'un aşırı fiyatlama davranışı içinde bulunduğu, bu hususun kendi geçmiş fiyatla-

rı ve rakip fiyatları ile; ardından farklı alanlarda platform hizmeti sunan teşebbüslerin özsermaye kârlılık oranları ve net kârlılık oranları ile karşılaştırmaları ile ortaya konulduğu,

- Kurum müdahalesi olmadan pazardaki fiyatların olağan seyrine dönemediği dolayısıyla fiyata müdahalenin pazarı olumsuz etkilediğinin söylenemeyeceği,

değerlendirmelerinde bulunarak 01.10.2018 tarihinde verilen kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Bunun üzerine teşebbüs tarafından Ankara İdare Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Mahkeme yapmış olduğu incelemeler neticesinde rekabet hukukunda fiyat artışına ilişkin "aşırı fiyatlama yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması" yaklaşımı ve uygulamasının, son derece sınırlı ve istisnai olarak kabul görülmesi sebebiyle Kurum'un fiyat artışına müdahale edebilmesi için tüketici refahının çok açık bir şekilde ihlâl edildiğine ve hâkim durumun bu şekilde kötüye kullanıldığına yönelik tespit ve değerlendirmelerin tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve kesin nitelikte olması gerektiği, ispat standardı açısından ise; "neredeyse kesin olarak ne olduğunun" ispatının gerektiği, şüphe üzerinden kanaate varılmasının hukuken yetersiz kalacağı, bu şüphenin haklı olduğunu ortaya koyacak somut deliller ve gerekçelerle olayın ispatının hukuken aranması gerektiği ancak olgu, iddia ve tespitlerin belirtilen niteliklerde olmaması, kesin ve tartışmasız olarak elde edilmiş somut delillere dayanılmadan yalnızca gözlemlere istinaden verilmiş olması sebebiyle 01/10/2018 tarih ve 18-36/584-285 sayılı Kurul Kararı ile bu Karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin 02/05/2019 tarih ve 19-17/239-108 sayılı Kurul Kararı'nın bozulmasına karar vermiştir.

Rekabet Kurulu bunun ardından 15.10.2020 tarihinde Sahibinden.com'un 2018-2020 yılındaki uygulamaları hakkında yeniden bir soruşturma başlatmıştır. Soruşturma kapsamın-

10 Rekabet Kurulu kısa kararı, T.12.08.2021

da yapılan incelemeler neticesinde Kurul İdare Mahkemesi tarafından verilen karara uyarak teşebbüsün, anılan yıllar arasında “kurumsal üyelerin emlak satış/kiralama faaliyetlerine yönelik çevrim içi platform hizmeti, kurumsal üyelerin vasıta satış faaliyetlerine yönelik çevrim içi platform hizmeti, bireysel üyelerin emlak satış/kiralama faaliyetlerine yönelik çevrim içi platform hizmeti, bireysel üyelerin vasıta satış faaliyetlerine yönelik çevrim içi platform hizmeti” pazarlarında aşırı fiyatlama yoluyla hâkim durumunu kötüye kullanılmadığı kanaatine varmıştır.

SONUÇ

Sonuç olarak, bir hâkim durum davranışı olan aşırı fiyatlama, otoriteler tarafından sınırlı durumlarda müdahale edilen bir ihlâl türüdür. Aşırı fiyat değerlendirmelerinde rekabet otoriteleri, tüketici refahının ciddi anlamda olumsuz etkilendiği ve bu durumun iktisadi olarak açık ve kesin bir şekilde tespit edildiği durumlarda müdahale yönlü kanaate ulaşabilmektedir. Az sayıdaki Avrupa Komisyonu ve Rekabet Kurulu kararlarında da bu yaklaşımın sergilendiği görülmüştür.

ÜST HAKKI SAHİBİNİN ELDE ETTİĞİ GELİR, KİRA GELİRİ KAPSAMINDA VERGİLENDİRİLEBİLİR Mİ?

Gözde SARUHAN BERK

Ortak, Avukat-Arabulucu,

Vergi Uyuşmazlıkları ve Şirket Yeniden Yapılandırılmaları

Derya OĞUZER

Stj. Avukat

ÖZET

Üst hakkı tesisinden elde edilen gelirin vergilendirilmesi kapsamında; üst hakkının, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ("GVK")'nın vergi tevkifatını düzenleyen 94. maddesinde açıkça sayılmadığından tevkifata tabi tutulmayacağı görüşünün yanı sıra, üst hakkı devrinin kiralama anlamına gelmesinden ötürü tevkifata tabi tutulacağı yönünde birbiriyle zıt iki görüş mevcuttur. İkinci görüş hukuki belirlilik ilkesi kapsamında verginin yasallığı ve kıyas yasağı ilkelerine aykırı olduğundan hukuken doğru bir görüş olduğu tartışmaya açık bir durumdur.

Bu çalışmamızda, üst hakkı kavramının kiralama işleminden ayrılan farklarını ve vergi kanunları karşısındaki durumu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Üst Hakkı, Kiralama, Vergi Tevkifatı, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu.

GİRİŞ

Üst hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK")'nda sınırlı aynı haklar kapsamında irtifak hakları ve taşınmaz yükü bölümünün irtifa hakları ve diğer irtifak hakları ayrımı altında düzenlenmiştir. Üst hakkı kurulmasına dair sözleşme, aksi kararlaştırılmayarak en az otuz yıl süreli ve başkasına devredilebilecek şekilde bağımsız nitelikte kurulduğunda, üst hakkı tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilebilir.¹ Kira ve satış akdi ise esas olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK")'nda düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme, farklı mevzuatlarda düzenlenen ve birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğuran işlemler olduklarından GVK'nın "vergi tevkifatı"nı düzenleyen hükümleri kapsamında

üst hakkının, kiralama şeklinde değerlendirilemeyeceğinin savunulması mümkündür.

1. KİRALAMA VE ÜST HAKKI KAVRAMLARI VE FARKLARI

Üst hakkı, bir kişiye başkasına ait arazinin altında veya üstünde bir yapı yaparak veya mevcut bir yapıyı muhafaza ederek ona malik olma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır.² Belirli bir gerçek veya tüzel kişi lehine kurulabilen üst hakkı, aksi kararlaştırılmadığı sürece devredilebilir ve mirasçılara geçebilir. Başkalarına devredilebilen ve mirasçılara geçebilen üst hakkı bağımsız bir irtifak hakkıdır. Üst hakkının sona ermesi üzerine arazi malikinin üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödemesi kararlaştırılabilir.

Kira hakkı ise kiralayanın kiralayana ödeyeceği belirli bir bedel karşılığında, belirli bir sürede, belirli bir şeyin veya hakkın kullanıl-

¹ Türk Medeni Kanunu Madde 826

"Üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. En az otuz yıl için kurulan üst hakkı, sürekli niteliktedir."

² Türk Medeni Kanunu Madde 826

"C. Üst hakkı

I. Konu ve tapu kütüğüne kayıt

Madde 826.- Bir taşınmaz maliki, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabilir."

ması yetkisini sağlayan ve taraflarca birbirine karşı ileri sürülebilecek şahsi bir haktır.³

TMK'da sınırlı ayni haklar kapsamında irtifak hakları ve taşınmaz yükü bölümünün intifa hakkı ve diğer irtifak hakları kısmında düzenlenen üst hakkının ayni hak olması, sahibinin söz konusu şey üzerindeki hakkını doğrudan doğruya herkese karşı ileri sürebileceği anlamına gelir. Buna karşın kira, şahsi bir hak olup; kiracıya ayni bir hak sağlamadan sadece alacak hakkı verdiği için ötürü kira sözleşmesi yalnızca sözleşmenin tarafları arasında hüküm ifade eder. Kiralananın tapu siciline şerh edilmesinde dahi, sahip olunan hak bir ayni hakka dönüşmez, şahsi nitelikte bir alacak hakkı olarak kalır.⁴

2. GELİR VERGİSİ KANUNU ("GVK")'NUN 94. MADDESİNE GÖRE VERGİ TEVKİFATI

Vergi tevkifatı, ilgili mevzuat uyarınca ödemeler sırasında, ödemenin ilgili olduğu verginin tamamı veya bir kısmının ödeme yapan taraftan kesilip ilgili vergi dairesine ödenmesini ifade eder. Vergi tevkifatı, verginin kaynağında kesilmesi anlamına gelmekte ve bir tür vergi güvenlik müessesesi olarak uygulanmaktadır. Vergi tevkifatı, ilgili olduğu kanuna göre çeşitli şekillerde isimlendirilir. Kurumlar vergisi, katma değer vergisi ve gelir vergisi kanunları uyarınca yapılan çeşitli tevkifatlar bulunmaktadır. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ("GVK") uyarınca yapılan söz konusu kesintilere de "gelir vergisi tevkifatı" denilmektedir.

GVK'nın 94. maddesinde üzerinden vergi tevkifatı yapılacak tüm gelirler sıralanmıştır. Söz konusu maddenin beşinci fıkrasında⁵, aynı

Kanun'un 70. maddesinde yazılı ve içerisinde gayrimenkul olarak tescil edilen hakların da yer aldığı mal ve hakların; vakıflar ve derneklere ait gayrimenkullerin; kooperatife ve yabancı devletlere, yabancı kamu idare ve kuruluşları ile uluslararası kuruluşlara ait olan ve diplomatik stasüsü bulunmayan gayrimenkullerin kiralınması karşılığında bunlara yapılan kira ödemelerinden gelir vergisi tevkifatı yapılacağı belirtilmiştir. Buna karşın "üst hakkı tesisinden elde edilen gelirler" ile ilgili olarak tevkifat yapılacağına dair bir ibareye yer verilmemiştir.⁶

3. ÜST HAKKI TESİSİNDEN ELDE EDİLEN GELİRİN TEVKİFATA TABİ TUTULMASININ "VERGİNİN YASALLIĞI" İLKESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuki güvenlik ilkesinin en önemli ve gerekli olduğu alanlardan biri devletin, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunma yetkisine en çok sahip olduğu vergilendirme alanıdır. Vergilendirmede hukuki güvenlik ilkesinin kapsamına da verginin belirliliği, vergi kanunlarının geriye yürümezliği ve kıyas yasağı ilkeleri girmektedir. Kıyas, bir olay hakkında kanunda yer alan bir kuralın, nitelikleri ve kuruluşları itibarıyla ona benzeyen fakat kanunda düzenlenmemiş başka bir olaya uygulanmasıdır. Bu yönüde medeni hukuk ve borçlar hukuku alanlarında sıklıkla başvurulmaktadır ancak bir kamu hukuku dalı olan idare hukukunda kıyasa başvurulması çok istisnai durumlarda mümkün olmakla birlikte vergi ve ceza hukukunda ise "kıyas yasağı" mevcuttur. Vergi hukukunda "verginin yasallığı" ilkesinden ötürü kıyasa başvurulamaz. Yasallık ilkesi ise, Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenmiş olup; vergilerin ancak kanunla konulabileceği,

3 M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, EŞYA HUKUKU, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.505

4 A. Lâle SİRİMEN, Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.570

5 Vergi tevkifatı

"Madde 94 - Kamu idare ve müesseseleri, iktisadî kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadî işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, ziraî kazançlarını bilanço veya ziraî işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecburdurlar.

...

5. a) 70 inci maddede yazılı mal ve hakların kiralınması karşılığı yapılan ödemelerden,"

6 <https://vergidosyasi.com/2019/01/31/vergi-tevkifatı-stopaji-veya-kesintisi-nedir/>

değiştirilebileceği ve kaldırılabilirliği anlamına gelmektedir.⁷

Üst hakkı tesisinin kiralama olarak değerlendirilmesi ve üst hakkı tesisinden elde edilen gelir üzerinden vergi tevkifatı yapılması, hukuki güvenliğin sağlanması açısından son derece önemli olan verginin yasallığı ilkesine aykırılık teşkil edecektir. GVK'da üzerinden tevkifat yapılacak hususlar başlığı altında düzenlenmemiş olan üst hakkının, kıyasen "kira geliri" olarak değerlendirilerek üzerinden tevkifat yapılması söz konusu ilkeye aykırıdır. Bu şekilde bir vergilendirmeye kanun koyucu haricindeki organ ve erkler göre işlem tesis edilmesi durumu gündeme gelebileceği için mükellefin vergi ödevini ifa etmesi kapsamında birçok karışıklıkla karşılaşılacaktır.

Danıştay 3. Dairesi'nin 11.03.2021 tarih ve E.2019/7245, K.2021/1290; E.2019/3490, K.2021/1289; E.2018/1929, K.2021/1288 sayılı kararlarında da "Anayasa'da öngörülen verginin yasallığı ilkesi de dikkate alındığında, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun vergi tevkifatını düzenleyen 94. maddesinde açıkça sayılmayan dava konusu üst hakkı üzerinden vergi tevkifatı yapılmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle tahakkuk eden vergi kaldırılarak iadesine hükmedilmiştir." şeklindeki gerekçeyle davalıların temyiz istemi reddedilerek Vergi Dava Dairesi kararı onanmıştır.

4. ÜST HAKKININ KİRALAMA ŞEKLİNDE DEĞERLENDİRİLİP DEĞERLENDİRİLEMEYECEĞİ HAKKINDAKİ ÖZELGELER

Üst hakkı, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece bağımsız nitelikte bir haktır. İrtifak haklarında bağımsızlık, hakkın başkalarına aktarılabilmesi ve mirasçılara geçebilmesi anlamına gelmektedir. Üst hakkı, otuz yıl ve üzeri süreler için tesis edildiğinde "sürekli" hak niteliğini kazanır. Sürekli ve bağımsız olan üst hakkı da tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilebilir, bu sayede de hak sahibinin kişiliğinden tamamen ayrılır.

Afyonkarahisar Valiliği tarafından verilen 30.12. 20216 tarih ve 63611781-120[94-2016-2]-38 sayılı özelgede, arsa sahibinin arsa üzerinde,

üçüncü kişi lehine 25 yıllık süreyle üst hakkı tesis ettirmesi durumunda arsa sahibine ödenen bedellerin "kiralama" olarak kabulünün gerekmede olduğu ve bahse konu üst hakkı tesis karşılığında yapılan ödemelerin gayrimenkul sermaye iradı olarak dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Gelir İdaresi Başkanlığı Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen 18.04.2012 tarih ve 38418978-120[94-11/26]-480 sayılı özelgede de belediyeye ait müstakil evlerin devir sözleşmesi ile 27 yıllığına kullanma hakkının devir alınması durumunda tevkifat yapıp yapılmayacağı hususunda gayrimenkule ilişkin sözleşmenin süresinin 27 yıl olması nedeniyle, yapılan işlemin kiralama olarak kabulünün gerektiği yönünde bilgi verilmiştir. Bu çerçevede, gayrimenkulün kullanım hakkını devreden dernek tarafından nakden veya hesaben yapılan bir ödeme bulunması halinde, söz konusu kira ödemeleri üzerinden GVK'nın 94/5-a maddesi uyarınca %20 oranında tevkifat yapılacaktır.

Konunun katma değer vergisi tevkifatı açısından ele alındığı 21.03.2005 tarih ve B.07.0. GEL.0.55/5501-2824 / 12966 sayılı özelgede de Hazine adına kayıtlı taşınmaz mal üzerinde şirket lehine tescil ettirilen üst hakkı karşılığında tahsil olunan kira bedeli üzerinden katma değer vergisi hesaplanmasının katma değer vergisi mevzuatı karşısındaki durumu değerlendirilmektedir. Özelgede, üst hakkının tapu kütüğünden ayrı bir sayfaya bağımsız ve sürekli bir hak olarak kaydedilmiş olması durumunda bunun bir "gayrimenkul kiralaması" olarak değerlendirileceğinden bahisle gayrimenkulün sahibi olan Hazinesinin iktisadi bir işletme niteliğinde olmamasından ötürü Katma Değer Vergisi Kanunu ("KDVK")'nın 17/4-d maddesi gereğince üst hakkının devrinin de katma değer vergisine tabi olmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu irtifak hakkının tapu siciline ayrı bir sayfaya bağımsız ve sürekli bir hak olarak tescil edilmemiş olması durumunda ise bunun bir hak kiralaması olarak değerlendirileceği ve kira karşılığı alınan bedel üzerinden KDVK'nın 1/3-f maddesi gereğince katma değer vergisi hesaplanacağı yönünde bilgi verilmiştir.

7 Yiğit YILDIZ, "Kıyas Yasağı İlkesinin Vergi Hukukundaki Yansımaları", *Lebib Yalkın Dergisi*, Kasım 2019

Özetle, özgelere değerlendirildiğinde üst hakkı üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapıp yapılmayacağı hususunda üst hakkının tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya tescil edilip edilmemesi önemli bir nokta olarak belirlenmiştir. Özelgelerden; bağımsız ve sürekli nitelikte kurulup tapu kütüğünde taşınmaz olarak tescil edilen üst hakkından elde edilen gelirin “kiralama” olarak değerlendirilmeyeceği anlaşılmaktadır. Buna karşın özgeleredeki somut olaylarda üst hakkı otuz yıldan kısa bir süre için tesis edilmiş olduğundan ötürü süreklilik niteliği kazanamayarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya tescil edilememiş, bu durumda da söz konusu hakkın tesisinin kiralama anlamına geleceğinden ötürü üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapılacağı belirtilmiştir. Konunun KDVK açısından değerlendirildiği özelerde ise tapu kütüğünden ayrı bir sayfaya tescil edilmesi durumunda “gayrimenkul kiralaması”, ayrı bir sayfaya tescil edilmemiş olması durumunda ise “hak kiralaması” olacağı belirtilerek üst hakkı tesisi doğrudan kiralamanın türleri olarak ele alınmıştır.

Üst hakkı aksi kararlaştırılmadığı sürece bağımsız ve sürekli bir hak olup tapu kütüğünde bağımsız bir sayfaya tescil edilebilmesi ise üst hakkının doğurduğu hukuki sonuçları değiştirmez. Taraflara konusu üzerinde tanıdığı haklar ve yüklediği borçlar, üçüncü kişilerle olan ilişkiler yönünden doğurduğu hukuki sonuçlar ve akde uygulanacak hükümler açısından bir değişiklik meydana gelmez. Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya tescil edilmesi sayesinde, yalnızca üst hakkının devri kolaylaşacaktır. Kaldı ki zaten bağımsız niteliğinden ötürü başkalarına devri ve mirasçılara geçişi konusunda bir sınırlama bulunmayan üst hakkının, üst hakkı sahibinin kişiliğinden bağımsızca başka bir sayfaya taşınmaz olarak devri de hakkın niteliklerinin doğal ve olağan bir sonucudur. Sonuç olarak taşınmaz olarak tescil edilmesi durumunda hakkın niteliklerinde bir değişiklik meydana gelmemektedir. Bu sebeple de ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak tescil edilmesi durumunda kiralama anlamına gelmeyeceği, aksi takdirde ise geleceği veya ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak tescil edilmesi durumunda gayrimenkul kiralaması, ayrı bir sayfada yer almaması durumunda hak kira-

laması şeklinde değerlendirileceği yönündeki bir yaklaşım hukuki dayanaktan yoksundur.

SONUÇ

Kiralama, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu veya 6750 sayılı Gayrimenkul Kiralamaları Hakkında Kanun hükümlerine göre tesis edilen şahsi bir hak iken; üst hakkı ise TMK’da düzenlenen bir sınırlı ayni haktır.

Üst hakkının tapu kütüğünün ayrı sayfasına kaydedilmesi durumunda “taşınmaz” olarak değerlendirilmesi söz konusu hakkın tesisinin esasen “kiralama” olduğu anlamına gelmeyecektir. Bu durumda en önemli noktalardan biri GVK’nın 94. maddesinde açıkça sayılmayan üst hakkını; üzerinden elde edilen gelirden tevkifat yapılacağı açık olan kiralama ile eşdeğer tutmak ve vergi tevkifatının konusu yapmak “verginin yasallığı” ilkesiyle bağdaşmayacak olup; üst hakkı üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapılmasının hukuka aykırılık teşkil edeceğini değerlendirmek mümkün olacaktır.

KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NUN İŞTİRAK HİSSESİ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASI DÜZENLEMELERİ KAPSAMINDA HOLDİNG ŞİRKETLERİNİN DURUMU

Serena BAKİOĞLU
Avukat

ÖZET

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5. maddesinde kurumlar vergisinden müstesna olan bazı kazançlar düzenlenmiştir. Aynı maddenin 1. fıkrasının sırasıyla (c) ve (e) bentlerinde yer alan yurt dışı iştirak hissesi satış kazancı istisnası ile gayrimenkul ve iştirak hissesi satış kazancı istisnasının holdinglere uygulanması hakkında incelemelerimizi içeren makalemizde, mevzuatta bu istisnaların uygulanma şartları ve somut olaya göre değerlendirilmesi gereken durumların özelgeler üzerinden incelenmesine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Holding Şirketler, Kurumlar Vergisi Kanunu, İştirak Hissesi Satış Kazancı İstisnası.

GİRİŞ

Holding şirketleri, grup şirketleri arasında diğer şirketlere iştirak eden ve çoğunlukla bu şirketlerin oy çoğunluğuna sahip pay sahibi durumunda olan şirket olarak tanımlanmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 519. maddesinde de holding şirketleri "başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketler" olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda holding şirketler saf holding niteliğinde olup yalnızca diğer şirketler üzerinde hakimiyet sahibi olma niteliği taşıyabileceği gibi, karma holding niteliğinde olup kendisi de ticari faaliyet gösterebilecektir.¹ Her iki şekilde de holding şirketin, grup şirketler üzerinde hakimiyet sağlamak için şirketlere iştirak etmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ("KVK")'nın 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) ve (e) bentlerinde düzenlenmiş olan iştirak hissesi satış kazancı istisnasından yararlanılması holdingler nezdinde mümkün olabilmektedir. Ancak işbu istisnalardan yararlanma koşullarının sağlanması açısından somut olaya göre holding özelinde inceleme yapılması gerekmektedir.

Nitekim bu kapsamda mevzuatımızdaki eksiklikler nedeni ile uygulamada özelgeler kapsamında hareket edildiğinden şirketler nezdinde vergisel problemler doğmaktadır. Bu kapsamda işbu makalemizde konuyla ilgili süregelen tartışmalar ve içtihat ışığında incelememiz ile görüşlerimiz yer alacaktır.

1. YURT DIŞI İŞTİRAK HİSSESİ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASI (KVK 5/1-C)

KVK'nın 5. maddesinin 1.fıkrasının (c) bendinde kazancın elde edildiği tarih itibarıyla aralıksız olarak en az 1 yıl süreyle nakit varlıklar dışında kalan aktif toplamının %75 veya daha fazlası, tam mükellef olmayan anonim veya limited şirket niteliğindeki şirketlerin her birinin sermayesine en az %10 oranında iştiraktan oluşan tam mükellef anonim şirketlerin, en az 2 yıl süreyle aktiflerinde yer alan yurt dışı iştirak hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kâr, sayılan şartları taşıması halinde elde edilen kurum kazancının tamamı kurumlar vergisinden müstesna olacaktır.

Bu istisnadan yararlanmak isteyen tam mükellef anonim şirketlerin aşağıda sayılan şartları sağlamaları gerekmektedir:

- Yurt dışında iştirak edilen şirketin kanunî veya iş merkezi Türkiye'de bulunmayan anonim veya limited şirket niteliğinde olması,

1 Çakır, Rasim Can. 6102 sayılı TTK' da Holding Şirketler. Dünya Gazetesi, Ocak 2014

- Kazancın elde edildiği tarih itibarıyla, her birinin sermayesine en az %10 oranında iştirak edilen yurt dışı iştiraklerine isabet eden hisselerin aralıksız olarak en az 1 yıl süreyle nakit varlıklar dışında aktif toplamının %75 veya daha fazla olması,
- Söz konusu iştirak hisselerinin en az 2 tam yıl süreyle şirket aktifinde yer alması.

1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği (“Genel Tebliğ”)nin “5.3. Tam mükellef anonim şirketlerin yurt dışı iştirak hisselerini elden çıkarmalarına ilişkin istisna” başlıklı düzenlemesinde de bu şartlara yer verilmiştir.

Bununla birlikte Genel Tebliğ’in “5.2.2. Yurt dışındaki inşaat işlerinin yapılabilmesi için ilgili ülke mevzuatına göre ayrı bir şirket kurulmasının zorunlu olduğu durumlarda istisna uygulaması” başlıklı düzenlemesinde yurt dışındaki inşaat, onarım, montaj işleri ve teknik hizmetlerin yapılabilmesi için ilgili ülke mevzuatına göre ayrı bir şirketin kurulması zorunlu tutulduysa bu şartlar aranmaksızın yurt dışı iştirak kazançları istisnasının uygulanacağı düzenlenmiştir. Normal şartlarda Türkiye’de kanuni merkezi ya da iş merkezi bulunması sebebiyle tam mükellef olan ve KVK’nın 5/1-e maddesine göre istisnadan yararlanabilecek olan inşaat şirketinin, ilgili ülkede ayrı bir şirket kurarak faaliyet gösterme zorunluluğu olması durumunda da 5/1-c’deki şartlar aranmadan istisnadan yararlanabilmelerine imkân tanınmıştır.

Bu kapsamda hukuki mevzuatın incelenmesi sonucunda KVK’nın 5/1-c maddesinde yer alan düzenlemenin özel bir istisna hükmü olduğu, bu maddede yer alan şartların KVK’nın 5/1-e maddesinde yer alan şartlardan daha ağır olduğu ve bu şartları sağlayan şirketlerin yurt dışı iştirak kazancının tamamının kurumlar vergisinden müstesna tutulduğu, bu şartları sağlamayan şirketlerin ise KVK’nın 5/1-e maddesi kapsamında yer alan şartları sağlaması halinde iştirak satış kazancının %75’inin istisna kapsamında olacağı anlaşılmıştır.

Bu doğrultuda KVK’nın 5/1-c maddesi ve Genel Tebliğ holding şirketlerine özel ayrıca bir

düzenleme getirmediğinden, holding şirketleri maddede sayılan şartları sağladığı takdirde bu istisnadan faydalanabilecektir.

2. GAYRİMENKUL VE İŞTİRAK HİSSESİ SATIŞ KAZANCI İSTİSNASI (KVK 5/1-E)

KVK’nın 5/1-e bendinde ise, az iki tam yıl süreyle şirketlerin aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların %75’lik kısmı ile 2 yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazların satışından doğan kazançların %50’lik kısmı kurumlar vergisinden istisna tutulmuştur.

Söz konusu istisna hükmünden yararlanabilmek için;

- İstisnanın uygulanmasına konu olacak iktisadi kıymetlerin iştirak hisseleri, kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan hakları veya taşınmaz olması,
- İstisna uygulamasına konu olacak taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının en az 2 tam yıl süreyle kurumun aktifinde yer alması,
- Taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışında kazanç, satış işlemi ile doğacağından, satış işlemi ister peşin isterse vadeli olarak yapılmış olsun istisnanın, satışın yapıldığı dönemde uygulanması,
- Bu değerlerin satışından elde edilecek kazancın istisnadan yararlanan kısmının, pasifte özel bir fon hesabına alınması ve satışın yapıldığı yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar söz konusu fon hesabında tutulması,
- Menkul kıymet veya taşınmaz ticareti ile uğraşılmaması

gerekmektedir.

Maddenin gerekçesinde istisnanın temel amacının kurumların mali yapılarının güçlendirilmesinin teşviki olduğu, bu nedenle ekonomik açıdan firmalara ilave imkân sağlamayan

işlemlerin istisna kapsamı dışında kalacağı; bu bağlamda da kurumların yönetimini etkileyecek şekilde birbiriyle ilişkili kişi veya kurumlar ya da aynı gruba dahil şirketler arasında yapılacak taşınmaz ve iştirak hissesi satışlarından fiktif olarak elde edilecek kazançlara istisna hükmünün uygulanmayacağı açıklanmıştır. Ancak madde gerekçesinde holding şirketlerin istisna kapsamındaki durumuna ilişkin olarak herhangi bir açıklama mevcut değildir.

Genel Tebliğ'in "5.6.2.3.4.2. Holding şirketlerin durumu" başlıklı düzenlemesi kapsamında incelendiğinde amacı başka şirketlere iştirak etmek olan holding şirketlerinin iştirak hisselerinin satışından doğan kazançlar için iki farklı ayrıma gidilmektedir.

Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği uyarınca, şirketler iktisap ettikleri diğer şirket hisseleri ve ortaklık paylarını II-Menkul Kıymetler veya 24- Mali Duran Varlıklar hesaplarında izlemektedir. II-Menkul Kıymetler hesabı kısa vadeli fiyat değişimlerinden kâr elde etmek amacıyla alınan hisseler ve ortaklık paylarını izlemek için kullanılmaktadır. Bu kapsamda eğer holding şirketlerinin iştirak hisseleri bu hesapta takip ediliyor ise iştirak hissesinin satışından doğan kazanç kapsamında istisnadan faydalanmak mümkün değildir.

Ancak holding şirketlerin 24-Mali Duran Varlıklar hesabında izlenen iştirak hisselerinin satışından doğan kazançlar KVK 5-1-e kapsamında sayılan diğer şartları sağladığı takdirde istisnadan yararlanmak mümkün olacaktır.

Mevzuatımızda yer alan bu düzenlemeler ile güncel özeldeler kapsamında bir inceleme yapıldığında; İdare'nin söz konusu holdinglerin KVK 5/1-e kapsamında düzenlenmiş olan istisnadan yararlanabilmesini olabildiğince dar yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir.

Örneğin, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı (Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü)'nin 02.01.2021 tarih ve B.07.1.Gİ-B.4.34.16.01-KVK 5-32 sayılı özeldesinde, "...Bu

hüküm ve açıklamalara göre, kısa vadeli fiyat değişimlerinden yararlanarak kâr elde etmek amacıyla geçici bir süre elde tutmak üzere aldığınız ve Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği uyarınca «II-Menkul Kıymetler» hesabında izlenen hisse senetleri veya ortaklık paylarının satışından kaynaklanan kazanç dolayısıyla, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesinin birinci fıkrasının (12) numaralı bendinde yer alan istisna hükmünden yararlanmanız mümkün bulunmamaktadır. Ancak, «24- Mali Duran Varlıklar» ana hesabının alt hesaplarında izlenmesi gereken iştirak hisselerinin satışından doğan kazançlar ise madde hükmünde belirtilen diğer şartların da sağlanması kaydıyla söz konusu istisnadan yararlanabilecektir..." açıklamasına yer verilmiştir.

Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 07.01.2019 tarih ve 64597866-125[5/1-e]-E.360 sayılı özeldesinde holdingin, borçlandığı iştirakine borçlarını diğer bir iştirakinin hisselerini satarak ödemesini istisna kapsamı dışında tutmuştur. Doğrusöz bu özeldeyi, satılan iştirak hisselerinin aynı grup içerisinde yer almasından grubun ekonomik yapısının aynı olduğu yönünde bir görüş içermesi açısından eleştirmektedir.²

Bir diğer örnek ise, KVK 5/1-e'deki düzenlemenin amacının kurumların bağlı değerlerinin aktif bir şekilde ekonomiye katılması olarak yorumlayan Kocaeli Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü'nün 11.11.2016 tarih ve 93767041-125[5-2016-9]-85 sayılı "İştirak edilen şirketin %50 hissesinin dar mükellef kuruma devredilmesinden elde edilen hasılatın iştirakin sermaye artışında kullanılması durumunda KVK 5/1-e istisnasının uygulanıp uygulanamayacağı" konulu özeldesidir. Özeldede kısaca, holding şirketin, bağlı şirket hisselerinin %50'sini dar mükellef bir yatırımcıya devretmesi ve ardından bağlı şirkette nakdi sermaye artışı yapılacağı, hisselerin satışından elde edilen kazancın sermaye artışında kullanılması durumunda istisnadan yararlanmanın mümkün olup olmayacağı sorusu üzerine istisnanın amacının kurumların bağlı değerlerini nakde çevirmek suretiyle işletmelerin sağlam mali kaynaklara kavuşturulması ve değerlerin

2 Doğrusöz Bumin, Holdingin Grup Şirketine İştirak Satışı, Dünya Gazetesi, 07.07.2020

nakde dönüşmesiyle aktif bir şekilde ekonomiye katılması olduğu açıklanmıştır. Bu nedenle söz konusu olayda, iştirak hisselerinden elde edilen kazancın istisna kapsamında olacağı, ancak bunun sermaye artışında kullanılması durumunda sermaye artışında kullanılan kısmın istisna kapsamının dışında olduğu yönünde görüş verilmiştir.

Somut olayda şirket hisselerinin %50'sinin devredilmesinin ardından sermaye artışında kullanılması halinde kanımızca, özeldede yer verilen açıklananın aksine, istisnaya engel bir durum bulunmamaktadır. Aksine “değerlerin nakde çevrilmek suretiyle işletmelerin sağlam kaynaklara kavuşturulması” ifadesiyle de desteklendiği gibi, işletmelerin sağlam kaynaklara kavuşturulmasına yönelik bir işlem olan sermaye artırımını söz konusudur.

SONUÇ

Makalemizde ele almış olduğumuz istisnalardan holdinglerin, temel işlevlerinin “iştirak etme” olduğu göz önüne alındığında; madde düzenlemelerinde sayılmış diğer şartları da sağlamaları durumunda yararlanmaları mümkündür. Ancak yer verilen özeldelerden de anlaşılacağı gibi Vergi İdaresi mevzuatta düzenlenmiş istisnaları olabildiğince dar yorumlama eğiliminde olup grup şirket yapılanmasının sonuçlarını görmezden gelebilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi grup yapılanmalarında söz konusu istisnaların değerlendirilmesi şirketler özelinde farklılık gösterebilecek olup yapılandırılmalar kapsamında bu hususlara dikkat edilmesi önem arz etmektedir.

SERMAYE AVANSI OLARAK GÖNDERİLEN TUTARLARIN SERMAYEYE EKLENMESİ

Simge KAVTELEK
Avukat

Ayça AKÇAY
Stj. Avukat

ÖZET

7338 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 59. maddesiyle yapılan düzenleme ile nakdi sermaye artışlarının, yurt dışından getirilen nakitle karşılanan kısmı için yüzde 50 olan indirim oranının yüzde 75 olarak uygulanmasına yönelik değişiklik yapılmış ve yurt dışından şirkete ne şekilde sermaye getirilebileceğinin sermaye avansının uygulaması bakımından önemini tekrar gündeme getirmiştir.

Mevzuatımızda açık bir düzenleme olarak yer almayan ancak uygulamada şirketler tarafından sıkça başvurulmuş sermaye avansına faiz işletilip işletilemeyeceği ve avans tutarının sermayeye eklenebileceği makul sürenin ne olduğu tartışmaların fitilini ateşlemektedir. Makalemizde, sermaye şirketlerinin ortak oldukları şirketlere aktardıkları sermaye artırım avansının niteliği, faiz konusu, tutarın sermayeye eklenmesindeki makul süre ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Avansı, Makul Süre, Faiz.

GİRİŞ

Sermaye, muhasebe alanında, ödenmiş ve ödenmemiş sermaye hesaplarında özkaynaklar (özsermaye)¹ içerisinde takip edilirken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nda sermaye öncelikle, esnaf-tacir ayrımı ortaya konulurken bir ölçüt² olarak yer bulmuş; sonrasında ise ticaret şirketleriyle ilgili genel hükümlerin bulunduğu bölümünde sermaye koyma borcu başta olmak üzere çeşitli düzenlemelere konu edilmiştir. TTK'nın 128. maddesinde ise her ortağın usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçlu olduğu hükme bağlanmıştır.

TTK ve vergi mevzuatında sermayenin farklı görünüşleri ve düzenlemeleri mevcutken,

"sermaye avansı" kavramının herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak düzenleme olmamasına rağmen uygulamada pay sahiplerinin şirkete fon sağlaması sıkça başvurulmuş bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pay sahipleri tarafından şirkete kaynak sağlamanın farklı yolları mevcuttur. Pay sahibi şirkete sermaye taahhüdünde bulunmak suretiyle, şirket sermayesine değer aktarır ancak sermayenin korunması ilkesi gereği iade edilmeyecek bu değer karşılığını pay olarak iktisap eder. Pay sahipleri istekleri doğrultusunda şirkete borç vererek de kaynak sağlayabilirler. "Sermaye avansı" ise, bu iki yoldan farklı olarak alternatif bir seçenek olarak, şöyle tanımlanabilir: "Pay sahibi ile şirket arasındaki bir ödünç akdinden kaynaklanan, nakden ya da ileride yapılacak bir sermaye artırım esnasında yaratılacak yeni payların pay sahibine verilmesi suretiyle ifa edilebilmesi için şirkete seçim yetkisi tanınan, muhasebesel açıdan sermayeye dâhil edilebilecek bir kaynak olarak özel bir hesapta izlenen pay sahibine ait alacağa verilen isim"³.

¹ Vergi Usul Kanunu'nun ("VUK") "Bilanço" başlıklı 192. maddesinin 4. fıkrasında özkaynaklar (özsermaye), Türk Ticaret Kanunu'daki ("TTK") sermayeye ilişkin hükümler doğrultusunda "Aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, müteşebbisin işletmeye mevzu varlığını (öz sermayeyi) teşkil eder." şeklinde tanımlanmıştır.

² Ölçüt olarak değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz: MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2020.

³ AYOĞLU, Tolga: "Sermaye Avansı Kavramı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 29-58.

Gerçekten de sermaye avansında pay sahibi şirkete ödünç sözleşmesi kaynaklı olarak ödünç verirken, şirketin, borcu nakden ödemek yerine, sermaye artırımına giderek rüçhan hakkı çerçevesinde payına düşen sermaye borcu ile şirketten olan alacağını takas edebilme hakkına da sahip olacağını kabul eder ve borcun ifası amacıyla böyle bir takas işlemini gerçekleştirmek ya da nakden ödeme yapmak konusunda şirkete seçim yetkisi verir ki bu da sermaye avansının karakteristik özelliğini oluşturur.⁴ Konuya muhasebe tekniği açısından yaklaşan bir görüş de, sermaye avansının bir borç olmayıp şirket sermayesinin peşin olarak ödenmiş olan kısmını ifade eden sermaye artırım avansı bedellerinin şirket bilançosunda özkaynaklar içerisinde gösterilmesinin daha doğru olacağını ifade etmektedir.⁵ Sermaye avansı muhasebesel açıdan uygulamada özkaynaklar kalemi altında, 529 hesap numaralı “Diğer Sermaye Yedekleri” hesabında izlenmektedir.

Sermaye şirketlerinde, yurtdışı ya da yurtiçindeki ortakların daha sonra yapacakları sermaye artırımında kullanılmak üzere sermaye artırım avansı vermeleri konusunda açık bir düzenleme olmadığı gibi engelleyen herhangi bir hüküm de mevcut değildir.⁶ Ancak ortada esasında bir irade beyanı ve ödünç niteliği olduğundan bu müessesinin uygulaması için özel bir yasal dayanak aramaya da gerek duyulmamalıdır.

Sermaye avansının kullanımı, açık bir düzenleme bulunmadığından şekle tâbi olmakla birlikte, ispat açısından, uygulamada sermaye avansının verildiğine ilişkin şirketin yönetim kurulu kararında bu konu da belirtilmelidir. Vergisel açıdan, sermaye avansına faiz işletilmemesi/düşük faiz işletilmesi ve uzun süreli kaynak kullanımı, örtülü kazanç aktarımı eleştirilerini gündeme getirebilir.

Bu nedenle sermaye avansı bakımından,

avansın yönetim kurulu tarafından karara bağlanmış, makul bir sürede sermayeye eklenmiş olması ve tutarın sermayeye eklenmek suretiyle sermaye artırımını için kullanılacak olmasının açıkça belirtilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁷ Nitekim, Danıştay 4. Dairesi'nin 4.11.1988 tarih ve E.1998/2191, K.1998/3909 sayılı kararında yönetim kurullarında karara bağlanarak tahsis edilen sermaye artırım avanslarına faiz yürütülmemiş olmasının örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmeyeceğine hükmedilmiştir.⁸

TTK madde 590 ve Kurumlar Vergisi Kanunu (“KVK”) madde 11 uyarınca, sermaye için faiz ödenmeyeceği düzenlemesi ve sermaye avansının bir borç niteliğinde olmaması dayanak alınarak, sermaye avanslarına faiz ödenmemesi gerektiği savunulmaktadır. Esasında, sermaye avansında faiz işletilecek tutar, sermaye avansı sermayeye eklenene dek gerçekten “sermaye” niteliği taşımamakta olduğundan sermaye için faiz ödenmemesi hükmü burada uygulama alanı bulmamalıdır. Sermaye avansının esasında hukuki niteliğinin ödünç sözleşmesi olduğu göz önünde bulundurulursa, pay sahibinin şirketten olan alacağı tüketim ödünç sözleşmesine dayalı bir para alacağı niteliğinde olduğundan, bu alacağa sermaye artırımını işlemine kadar faiz işletilebilmesinin kural olarak mümkün olduğunu belirtmek gerekir.⁹

Şirket tarafından sermaye avansı niteliğindeki alacağa faiz ödenmemesi söz konusu ise, pay sahibi tarafından avans konusu meblağın şirkete uzun bir vade ile ya da belirli bir vade olmaksızın uzun süreyle kullandırılması durumunda örtülü kazanç/sermaye aktarımı yasağı devreye girebilir. Bu nedenle, örtülü kazanç/sermaye aktarımı kavramı açısından değerlendirme yapılırken, pay sahibi tarafından avans olarak verilen meblağı şirketin kullanma süresi tek başına kriter olarak alınmamalı, şirketin avans konusu meblağı kullanma süresi ve bunun karşılığında piyasa şartları ile uyumlu faiz ödeyip ödemediği birlikte değerlendirilmelidir.

4 AYOĞLU, a.g.e

5 <https://www.nevzaterdag.com/sirketlerde-sermaye-avans-bedelinin-hukuki-boyutu/> (son erişim tarihi: 30.12.2021)

6 MÜSTEHLİK Mehmet, (Aralık 2009), *Sermaye (Artırım) Avansı, Sermaye ve Örtülü Sermaye İlişkisi, Sayı: 204, E-Yaklaşım*,

7 MÜSTEHLİK, a.g.m

8 MÜSTEHLİK, a.g.m

9 AYOĞLU, a.g.e

SERMAYE AVANSININ SERMAYEYE EKLENMESİNDE MAKUL SÜRE

Öncelikle, sermaye avansı niteliğinde olan bir para aktarımının yapılmasında ortağın yurtiçinde ya da yurtdışında olması sermaye avansının niteliğini değiştirmez. Kanunda açık hüküm, tebliğlerde herhangi bir düzenleme olmasa da özellikle Danıştay kararlarında, örtülü kazanç aktarımı eleştirileri bakımından, sermaye avansının niteliğini koruyabilmesi için “makul süre” içinde sermayeye eklenmesi gerektiği söylenmiştir.

Makul sürenin ne olduğu konusunda yürürlükten kalkmış olan 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çerçevesinde çıkarılan 95/6990 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı ile ilgili 2 No.lu Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında Tebliğ’de bu sürenin azami 1 yıl olması gerektiği savunulmakta¹⁰ olsa da Danıştay kararlarında fikir birliği bulunmamaktadır.

Nitekim Danıştay 4. Dairesi 4.11.1998 tarih ve E.1998/2191, K.1998/3909 sayılı kararında, verilen sermaye avanslarının geri çekilmeden makul bir sürede sermayeye dönüşmesi halinde sermaye avansı verilebileceği sonucuna varmıştır. Burada davacı tarafından 3 ay içinde sermaye artırımını yapılmış ve Danıştay makul süre olarak 3 ayı kabul edilmiştir. Bunun aksine yine Danıştay 4. Dairesi’nin E.2008/9064 K.2009/3348 sayılı ve 17.6.2009 tarihli kararında ise davacı tarafından 1 yıl içerisinde sermaye artırımını yapıldığından bu kararda makul süre 1 yıl kabul edilmiştir. Ancak düzenleme artık yürürlükte olmadığından ve Danıştay’ın ortak bir uygulaması bulunmadığından makul süre bakımından bir sınırın olmadığını kabul etmek gerekir.

Sermayeye eklenmek üzere ortaklar tarafından sermaye avansı gönderilmesi makalemizin başında da anlattığımız üzere mevzuatımızca yasaklanmış değildir. Bu bakımdan herhangi bir düzenleme de bulunmadığından yurtdışı mukim ortaklar tarafından Türkiye’deki şirkete daha sonra sermayeye ilave edilmek üzere ser-

maye avansı gönderilmesi de mümkündür.

17.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’na bağlı olarak yayınlanan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’nda; “*Sermaye artırım avanslarının, döviz hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl içinde sermaye olarak tescil edilmesi zorunludur*” hükmü yer almakta idi. Ancak Hazine Müsteşarlığı tarafından 10 Ocak 2008 tarihli olarak yayımlanan Genel Yazıya istinaden değişen ve 21 Şubat 2008 tarihinden itibaren hükümleri geçerli olan 21.02.2008 tarih ve 2008/YB-5 sayılı TCMB Genelgesi ile daha önceki Genelge’de ifade edilen bir yıllık zorunlu süre kaldırılmış olup; “*Yabancı sermayeli mevcut bir şirkete yurt dışındaki yabancı ortak tarafından gönderilen sermaye artışı veya sermaye avansı bedelinin, Türk Lirası mevduat veya döviz tevdiat hesabına alacak kaydedildiği tarihten itibaren tescil edileceği tarihe kadar sermaye avansı veya sermaye artışı bedeli olarak takip edilmeye devam edilmesi, sermaye bedelinin firma tarafından yurt dışına geri ödenmesi için bankaya müracaat edildiği tarihte krediye dönüştürülmesi ve krediye ilişkin anapara ve faiz geri ödemesinin şirket tarafından yapılacak yazılı beyana istinaden gerçekleştirilmesi,*” gerektiğini ifade eden hükümler getirilmiştir. Bu bakımdan 21 Şubat 2008 tarihinden sonra gelen sermaye avanslarında, ilgili avansların sermayeye dönüştürülme sürelerinin zorunlu olarak bir yıl olmaktan çıktığı açıkça söylenebilir.

Ülkemizde güncel olarak 7338 sayılı Kanun değişikliğinde de görüldüğü üzere, yabancı sermayenin gelmesini teşvik amacıyla düzenlemeler yapılmaktadır. Bu bakımdan yabancı yatırımcıya fazladan yükümlülük getiren ve yürürlükten kaldırılmış olan bir düzenlemeye dayanan bu süre sınırlamasının olması durumunun hukuki dayanaktan yoksun bir savunma olduğu söylenebilir. Bu konuda, uzun yıllardır yargı kararlarına rastlanılmamasının da aslında uygulamada vergisel uyumsuzluğun azlığından kaynaklandığı söylenebilir.

Ancak Sermaye Hareketleri Genelgesi’nin sermaye artırımında pay bedellerinin ödenme-

¹⁰ MÜSTEHLİK, a.g.m.; MAÇ Mehmet, (Kasım 2012), Yabancı Ortaklar Tarafından Gönderilen Sermaye Artırım Avansının Yasal Dayanağı, Hukuki Niteliği ve Vergisel Boyutu, Sayı 107, MDERGİ/8822A.011

sine ilişkin 6'ncı maddesine Hazine ve Maliye Bakanlığının 04.11.2019 tarih ve 468620 sayılı yazısı üzerine yeni bir fıkra eklenerek: "(5) *Yabancı ortaklardan ileride gerçekleştirilecek sermaye artışı için şirket hesabına yatırılan tutarların sermayeye ilave edilebilmesi, sermaye artışı payı için ikinci fıkrada açıklanan işlem süreci çerçevesinde **en geç üç ay içinde sermaye artışının gerçekleştirilmesi ve sermaye artırımının belgelenmesi suretiyle mümkündür.***" denilmiştir.

Buna göre, Türkiye'de yerleşik şirketin, yabancı ortaklarının, şirket hesabına yatırılan tutarlarını (sermaye avansı) **en geç 3 ay içinde sermayeye eklemesi** ve sermaye artırımını belgelendirmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise normlar hiyerarşisi dikkate alınmak suretiyle genelelerin, kanun dayanak gösterilerek çıkarılabilesidir. Yeni eklenen fıkranın getirildiği Bakanlık yazısıyla Genelge'nin değişmesi mümkün olsa da bu dayanak kanuna aksi bir şekilde getirilemeyecektir. Sermaye Hareketleri Genelgesi'nin ilgili maddeleri ise, makalemizin önceki kısımlarında da açıklandığı üzere, 2008 yılında yürürlükten kalkmış olan bir kanun uyarınca düzenlenmiştir. Sonuç olarak, henüz uygulamada 3 aylık sürenin makul süre olarak kabul edildiği örneklerle rastlanmamış olsa da yürürlükte olmayan bir kanuna dayalı yapılan bu düzenlemenin esas alınması hukuka aykırı olacağından yurtdışı mukim ortaklar tarafından gönderilen sermaye avansı bakımından da bir süre sınırlamasının olmaması gerekmektedir.

Son olarak, vergisel açıdan belirtmekte fayda vardır ki örtülü kazanç aktarımı bakımından, pay sahibinin şirketten olan alacağı ödünç sözleşmesi kaynaklı bir alacak niteliğinde olduğundan ve sermaye artırımını işlemine kadar bu alacağa faiz işletilebilmesi kural olarak mümkün olduğundan, ödünç sözleşmesinin belirli bir vadeye bağlanmamış olması nedeniyle örtülü kazanç aktarımı durumunun oluştuğu ileri sürülemez.¹¹ Buna karşılık, sermaye avansına faiz işletilmemesi ve avans tutarının şirkete bir süre olmaksızın kullandırılması durumu,

örtülü kazanç aktarımı yasağı bakımından risk teşkil eder. Bu nedenle, örtülü kazanç aktarımı kavramı açısından değerlendirme yapılırken, pay sahibi tarafından avans olarak verilen tutarı şirketin kullanma süresi tek başına kriter olarak alınmamalı, şirketin avans konusu tutarı kullanma süresi ve bunun karşılığında emsal bir faiz ödeyip ödemediği birlikte değerlendirilmelidir.¹²

SONUÇ

Her ne kadar sermaye avansının mevzuatımızda herhangi bir tanımı bulunmamakta olsa da uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Sermaye şirketlerinde, yurtdışı ya da yurtiçindeki ortakların daha sonra yapacakları sermaye artırımında kullanılmak üzere sermaye artırım avansı vermelerini mevzuat bakımından engelleyen herhangi bir hüküm mevcut olmadığı gibi hem yurtiçi hem de yurtdışındaki ortakların bu yolu uygulamada tercih ettikleri makalemizde de açıklandığı gibi görülmektedir.

Ancak sermaye avansına faiz işletilip işletilemeyeceği ve tutarın sermayeye ne kadar süre içinde eklenebileceği konusundaki tartışmalar nedeniyle, vergisel açıdan örtülü kazanç aktarımı eleştirileri gündeme gelebilmektedir. Bu eleştirilere hitaben, makalemizde de savunulduğu gibi avansın yönetim kurulu tarafından karara bağlanmış, makul bir sürede sermayeye eklenmiş olması ve tutarın sermayeye eklenmek suretiyle sermaye artırımını için kullanılacak olmasının açıkça belirtilmesi gerektiği, Danıştay kararlarından da açıkça görülebilir. Ayrıca TTK madde 590 ve KVK madde 11 uyarınca, sermaye için faiz ödenmemesi ve sermaye avansının bir borç niteliğinde olmaması düzenlemeleri de göz önünde bulundurulduğunda sermaye avanslarına faiz ödenmemesi gerektiği savunulmaktadır.

Bu bakımdan eğer şirket tarafından sermaye avansı niteliğindeki alacağa faiz ödenmemesi söz konusu ise, pay sahibi tarafından avans konusu meblağın şirkete uzun bir vade ile ya da belirli bir vade olmaksızın uzun süreyle kullan-

11 AYOĞLU, a.g.e

12 AYOĞLU, a.g.e

dırılması durumunda örtülü kazanç/sermaye aktarımı yasağı devreye girebilecektir. Burada ise pay sahibi tarafından avans olarak verilen meblağı şirketin kullanma süresi (makul süre) tek başına kriter olarak alınmamalı, şirketin avans konusu meblağı kullanma süresi ve bunun karşılığında piyasa şartları ile uyumlu faiz ödeyip ödemediği gibi durumların da birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yukarıdaki bölümlerde açıklanan nedenlerle sermaye avansının yurtiçindeki ortaktan gelmesi durumunda makul süre bakımından herhangi bir süre bulunmamasına rağmen yurtdışındaki ortaktan sermayeye eklenmek üzere sermaye avansının gelmesi durumunda Sermaye Hareketleri Genelgesi'ne eklenen maddeye baktığımızda 3 aylık sürenin varlığını görmekteyiz.

Ancak konu ile ilgili güncel mahkeme kararlarına rastlanmasa da özellikle örtülü kazanç aktarımı eleştirilerini bertaraf etmek amacıyla, sermayenin geldiğine dair şirket yönetim kurulu kararı alınması ve kararda emsal nitelikte bir vade belirlenmesi faydalı olacaktır.

TEHİR-İ İCRA SÜRECİ VE SÜRECİN İCRA İFLAS KANUNU MADDE 36'NİN DEĞİŞİKLİĞİ DOĞRULTUSUNDA İNCELENMESİ

Rabia Şeniz ERDOĞAN
Kıdemli Avukat

İrem ÇITAK
Stj. Avukat

ÖZET

İlamsız icra takibinin aksine, ilamlı icra takibinde borçlunun itiraz ederek takibi doğrudan durdurabilmesi mümkün değildir. İlama karşı kanun yoluna başvurulması da icra takibini kendiliğinden durduramayacaktır. Kanun yoluna başvuran borçlu, ancak icra mahkemesinden tehir-i icra kararı alınmasıyla istinaf ya da temyiz incelemesinin neticelenmesine dek icranın durdurulmasını sağlayabilmektedir. 30 Kasım 2021 tarih ve 31675 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile birlikte İcra ve İflas Kanunu'nun tehir-i icra sürecine dair düzenlemelerde esaslı değişikliklere gidilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tehir-i İcra Kararı, İcra'nın Geri Bırakılması Kararı, Mehil Vesikası, Teminat, İlamlı İcra Takibi.

GİRİŞ

İcra ve iflas hukukunda ilamsız icra takibi, alacaklının takip talebi ile başlamaktadır. Alacaklının talebi üzerine, icra dairesi borçluya ödeme emri gönderecektir. Ödeme emrinin borçluya tebliği ile birlikte yedi gün içinde itirazda bulunmayan borçlu bakımından takip kesinleşecek ve haciz, akabinde de satış işlemleri gerçekleştirilebilecektir. Borçlunun yedi gün içerisinde ödeme emrine itiraz etmesi halinde ise takip duracaktır. Bu halde alacaklı, icra mahkemelerinde itirazın kaldırılması ya da genel mahkemelerde itirazın iptali yollarına başvurabilecektir.

İlamlı takipte ise ilam yahut ilam niteliğinde belgeyi¹ haiz alacaklı icra dairesinde borçlu aleyhine takip talebinde bulunacaktır. Burada ilamsız icranın aksine alacaklının elinde bir yargılama sonucu elde edilmiş ilam yahut ilam niteliğinde belge zaten mevcuttur. Bu doğrultuda icra dairesinde ödeme emri değil, icra emri düzenlenir. Kural olarak icra emrinin yerine ge-

tirilmesi gerekmekte birlikte icra emrine karşı, ilamsız icra takibinde olduğu gibi takibin durmasını sağlayan doğrudan bir itiraz müessesesi öngörülmemiştir. Nitekim alacaklının elindeki ilamın ya da ilam niteliğindeki belgenin ispat gücü çok yüksektir. Ancak borçlunun takibe karşı koyma imkânı tamamen ortadan kaldırılmamıştır.

Yapılan yargılama neticesinde alacaklı lehine hüküm verilmişse de karara karşı kanun yolunun açık olması halinde aleyhine hüküm kurulan taraf istinaf kanun yoluna, istinaf incelemesinin neticelenmesiyle şayet mümkünse temyiz kanun yoluna başvurabilecektir. Kanun yoluna başvurulması halinde mahkeme kararı kesinleşmeyecek ancak kararın kesinleşmemiş olması icra takibine engel teşkil etmeyecektir. Nitekim kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamlar dışında, bir hüküm için kanun yoluna başvurulması icrayı durduramayacaktır. Kesinleşmeden icra edilemeyecek ilamlar Kanun'la düzenlenmiş bulunmaktadır.²

Konusu para olan ilamların icraya konulabilmesi için ise hükmün kesinleşmiş olması şart değildir. İlamın istinaf ya da temyiz edilmiş olması, icranın geri bırakılması -tehiri icra-kararı getirilmedikçe ilamın icrasını durdurmaz. Ni-

1 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m.38.

2 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m.31/a, 72; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.350, 367; 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m.57; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.4; 6085 sayılı Sayıştay Kanunu m.64. hükümlerinde sayılan ilamlar dışındaki ilamların icra edilebilmesi için kesinleşmesi gerekmez.

tekim 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 364. ve 364. maddelerinde düzenlenen "İstinaf (ve temyiz) yoluna başvuru satıştan başka icra muamelelerini durdurmaz." hükmü de yalnız icra mahkemelerinin takip hukukuna ilişkin kararları için olup, bu hüküm mahkeme ilamlarının icrası (ilamlı icra) hakkında uygulanmayacaktır.³

TEHİR-İ İCRA SÜRECİNİN YÜRÜTÜLMESİ

2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 33. maddesinde tehir-i icra ya da diğer bir ifadeyle icranın geri bırakılması hususu düzenlenmiştir. İlk derece mahkemelerinde gerçekleşen yargılama sonucunda yazılan gerekçeli kararın taraflara tebliği akabinde, belirtilen madde hükmünde yer aldığı üzere ilam ve ilam niteliğindeki belge dayanak tutularak, alacaklı tarafından takibe konu edilen miktarı talep etmek adına ilamlı icra takibi başlatılmaktadır. İlam, bir yargılama sonucunda mahkemenin kararının yazıldığı ve taraflara verilen, imzalı ve mühürlü resmi belge olarak tanımlanabilir. Mahkeme tarafından verilmemiş olmasına rağmen, icra hukukunda ilam gibi sonuç doğuran belgelere ise ilam niteliğinde belgeler denilmektedir. İcranın geri bırakılması yalnızca ilamlı icra takiplerinde söz konusu olabilecek, ilamsız icra takiplerinde uygulama alanı bulamayacaktır.

İlk derece mahkemesinde görülen duruşma sonucunda verilen kısa karar neticesinde, dava aleyhine sonuçlanan tarafın tehir-i icra sürecini hızlıca yürütebilmesi adına her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almasa da UYAP sisteminde bulunan ve uygulamada çoğunluk mahkemelerce kabul görülen tehir-i icra talepli süre tutum dilekçesinin sunulması, kısa kararda belirlenen kanun yolu doğrultusunda ve açılan davanın türüne göre maktu veya nispi olmak üzere istinaf ya da temyiz yoluna başvuru harcının ve istinaf ya da temyiz karar harcının yatırılması gerekmektedir.

İcra emrinin tebliğ alınması sonucunda ilk derece mahkemesinden üst mahkemeye başvuru

rulduğu ve harçların yatırıldığına dair derkenar isimli evrak alınır ve icra dosyasına sunulur. İlk derece mahkemesinden derkenar alınabilmesi için üst mahkemeye başvurulduğunu içerir dilekçenin mutlaka tehir-i icra talepli olması gerekmektedir, dilekçede bu ifadeye yer verilmemesi her ne kadar üst mahkemeye başvuru talebinde bulunulmuşsa da tehir-i icra sürecinin işletilememesine neden olacaktır.⁴ Bu süreçte, maktu miktarda olan tehir-i icra karar harcının da ilk derece mahkemesine yatırılması beklenmektedir; aksi takdirde, verilen tehir-i icra kararında bu hususa ayrıca yer verilecek ya da bu harcın yatırılmaması halinde tehir-i icra kararı talebi reddedilebilecektir.

Mahkeme nezdinde belirtilen süreç yürütülürken, icra dosyasında dosya borcunun toplam bedelinin üzerine yaklaşık üç aylık faizi de eklenerek hesaplanan dosya hesabı yaptırılmalıdır. Üç aylık dosya hesabının miktarı, borçlu tarafından icranın geri bırakılması sürecinin yürütülmesi adına yatırılacak olan teminat bedelini ifade etmektedir. Dosya hesabı yapılırken faizin üç aylık olarak belirlenmesinin nedeni, dava dosyasının üst mahkeme incelemesinin ideal görüşte üç ay içerisinde sonuçlanacağı beklentisidir. İcra müdürlüğü tarafından yapılan dosya hesabı doğrultusunda, borçlu tarafından icra dosyasına depo edilecek olan teminatın türü nakit teminat ya da teminat mektubu olarak belirlenmelidir.

Teminat türünün nakit olarak belirlenmesi halinde, bu miktarın icra müdürlüğü tarafından düzenlenen icra emrinde belirtilen IBAN numarasına yatırılması gerekmektedir. Teminatın yatırılması işlemi gerçekleştirilirken banka dekontunda açıklama kısmına "2021/... E. sayılı dosyaya ilişkin nakit teminattır." ifadesinin yazılması, icra müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen depolama işlemi kolaylaştırmaktadır. Teminat türünün teminat mektubu olarak belirlenmesi halinde, ilgili icra müdürlüğüne hitaben, tarafların isimlerinin yer aldığı, mahkeme bilgilerinin belirtildiği ve dosya hesabında hesaplanan dos-

3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2021 tarihli ve 2017/8-1680 E., 2021/758 K. sayılı ilamı, Kazancı İçtihat Bankası.

4 "Tehir-i icra talebinde bulunulmaması nedeniyle, alacaklının icra takibine devam etmesi ve icra dosyasına yatırılan parayı tahsil etmesi, yasadan kaynaklanan hakkın kullanılması olup bu işlemlerden dolayı alacaklıya kusur izafe edilemeyeceği de açıktır." yönündeki Yargıtay 4 Hukuk Dairesi'nin 16.01.2018 tarih ve 2016/3049 E., 2018/97 K. sayılı ilamı, Kazancı İçtihat Bankası.

ya borcunu kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Teminat mektubunda yer alması gereken ifadeler, “Süresi içinde icranın geri bırakılması kararı getirilmediğini veya başvurunun Bölge Adliye Mahkemesi’nce/Yargıtay’ca reddedildiğini bildiren ilk yazılı talebiniz üzerine, önceden bir ihtarname çekilmesin, hüküm alınmasına ve borçlunun iznine gerek olmaksızın, yukarıda belirtilen tutara kadar talep edilen miktarı derhal, nakden ve talep anından ödeme anına kadar geçecek günlere ait kanuni faiziyle birlikte garanti veren borçlu sıfatı ile ödeyeceğimizi Bankamız ad ve hesabına kabul ve taahhüt ederiz.” şeklinde olmalıdır. Aynı zamanda ilgili teminat mektubu kesin ve süresiz olarak düzenlenmelidir.

Tehir-i icra kararının verilebilmesi için gereken bir diğer husus da teminat yatırma işlemleri sonrasında borçlu tarafından icra müdürlüğüne düzenlenen mehil vesikası isimli belgenin alınmasıdır. Mehil vesikası, icranın geri bırakılması kararını getirmek üzere alınan süreyi gösteren belge anlamına gelir. İcra dosyasına yatırılan teminatın türünün nakit olması halinde, borçluya icranın geri bırakılması kararının getirebilmesi için, icra müdürlüğü tarafından ivedi bir şekilde 60 günlük ya da 90 günlük süre içeren mehil vesikası düzenlenmektedir. Düzenlenen mehil vesikasında 60 günlük veya 90 günlük sürenin, mehil vesikasının yazıldığı tarihte ya da dava dosyasının üst mahkemeye sevk edildiği tarihte başlayacağı özellikle belirtilmektedir. İcra müdürlüğü tarafından tanınan süre içerisinde borçlu tarafından tehir-i icra kararının icra müdürlüğüne sunulması gerekmektedir. Aksi takdirde takibin durması söz konusu olmayacaktır.

Teminat türünün teminat mektubu olarak tercih edilmesi halinde, ilgili teminat mektubu icra müdürlüğü tarafından icra hukuk mahkemesine iletilmekte, teminat mektubu icra hukuk mahkemesi tarafından uygunluk denetimine tabi olmaktadır. İcra hukuk mahkemesi tarafından teminat mektubunun mehil vesikası verilmesi adına uygun bir teminat olduğu yönünde karar verilirse, teminat mektubu icra müdürlüğüne gönderilmekte ve müdürlüğün kasasında depo edilmekte, fiziken ilgili icra dosyasının içerisinde saklanmamaktadır. İcra hukuk mahkemesi teminat mektubunu hem içerik hem de

şeklen kontrol etmekte, icra dosyasında gerçekleştirilen dosya hesabını kapsayacak miktarda düzenlenip düzenlenmediğini denetlemektedir. Teminat mektubunun icra müdürlüğüne iade edilmesi sonrasında nakit teminat yatırılmasında olduğu gibi icra dosyası kapsamında mehil vesikası yazılmaktadır.

Ayrıca, mehil vesikasının ilk derece mahkemesi dosyasına da eklenmesi gerekmektedir. UYAP sistemi üzerinden icra müdürlüğü mehil vesikasını ilk derece mahkemesine bir üst yazı ile gönderebilir, gönderilmediği takdirde borçlu tarafından mehil vesikasının ilk derece mahkemesi dosyasına sunulması tarafımızca tavsiye edilmektedir.

Mehil vesikasında tehir-i icra kararının getirilmesi için borçluya 60 günlük veya 90 günlük süre verilmişse de borçlu 60 gün içinde kararını getiremez ise icra müdürlüğüne başvurarak 30 günlük ek süre talep edebilecektir. Verilen 30 günlük bu ek süreyi içerir ek mehil vesikası kesin olup tekrar uzatılması mümkün olmayacaktır. Kesin olan bu süre içerisinde borçlu tehir-i icra kararını getiremezse, alacaklı yatırılan teminat bedelini icra dairesinden talep edebilecektir.

TEHİR-İ İCRA KARARININ ALINMASI

2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nun 36. maddesinin birinci fıkrasında, “İlâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ VEYA YARGITAYDAN karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Bu süre ancak zorunluluk hâlinde uzatılabilir.” hükmü yer almakta ise de 30 Kasım 2021 tarih ve 31675 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile birlikte İcra ve İflas Kanunu’nda yer alan bazı maddelerde değişikliğe gidilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun yayımlandığı tarih olan 30 Kasım 2021'de yürürlüğe girmiştir. İcra İflas Hukuku'nda da geçerli derhal uygulanma ilkesi gereğince, yeni kanun yürürlüğe girdikten sonraki olay ve işlemlere uygulanmakta, geçmiş yürüme söz konusu olmamaktadır. Nitekim, 30 Kasım 2021 tarihinden sonra verilecek olan tehir-i icra kararlarının yeni düzenleme doğrultusunda verilmesi gerekmektedir.

7343 sayılı Kanun doğrultusunda İİK madde 36'nın ilk fıkrası şu şekilde güncellenmiştir;

“İlâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için TAKİBİN YAPILDIĞI YER İCRA MAHKEMESİNDEN karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir. Bu süre ancak zorunluluk hâlinde uzatılabilir.”

Gerçekleştirilen değişiklik doğrultusunda, tehir-i icra kararı Bölge Adliye Mahkemesi ya da Yargıtay'dan değil, takibin yapıldığı/başlatıldığı yerde bulunan İcra Mahkemesi tarafından verilmektedir.

Tehir-i icra kararının üst mahkeme tarafından verildiği dönemde, mehil vesikasının ilk derece mahkemesi dosyasına eklenmesi ve tehir-i icra kararının yatırılması sonrasında, dava dosyasının üst mahkemeye sevk edilmesi ile birlikte tehir-i icra kararı ek bir talebe yer olmaksızın direkt olarak verilmekteydi; ancak, madde değişikliği sonrasında tehir-i icra kararının alınmasında önemli usuli düzenlemeler söz konusu olmuştur.

Tehir-i icra kararı verilmesinin yeni süreci şu şekildedir: Borçlu tarafından takibin yapıldığı yerde yer alan icra hukuk mahkemesinde değişik iş dosyası olmak üzere dava açılmaktadır.

Davanın UYAP sistemi üzerinden açılması halinde, dava türü olarak “İlamlı Takip – İcranın Geri Bırakılması (İİK 36)” seçilmelidir. Taraf olarak borçlu “Talep Eden” yani davacı, alacaklı için ise “Karşı Taraf” yani davalı seçilmelidir. Tüm bilgilerin girilmesi akabinde icra mahkemesi dosyasına 27,20-TL tutarında başvurma harcı, 97,70-TL tutarında peşin harç ve 8,50-TL tutarında vekâlet harcı ödemesi yapılması gerekmektedir. Dava evrakları olarak, mehil vesikası ek tutularak tehir-i icra talepli dava dilekçesinin UYAP sisteminden yüklenmesi gerekmektedir. Dava dilekçesinin tehir-i icra talepli olması, talepte bulunan borçlu, alacaklı, borç miktarı, icra dosyasının bilgileri, ilamı veren ilk derece mahkemesinin bilgileri, teminatın türü ve miktarı belirtilmeli, netice ve talep kısmında ise İİK'nin 36. maddesi ve HMK'nin 350/I. maddesi uyarınca İCRANIN GERİ BIRAKILMASI ve İİK'nin 36/III. maddesi uyarınca icranın geri bırakılması kararının hükmü veren mahkemeye ve ilgili icra dairesine **TEBLİĞİ** talebinde bulunulmalıdır. Dava açıldıktan sonra, tevzi formunun oluşturulmasıyla dosya UYAP üzerinden İcra Hukuk Mahkemeleri sekmesinden sorgulanarak görüntülenebilmektedir.

Ayrıca belirtilmesi gereken husus, tehir-i icra kararı harcı icra hukuk mahkemesine değil ilk derece mahkemesi dosyasına ödenmelidir. İcra emri farklı bir ilde, ilk derece mahkemesi farklı bir ilde ise, madde hükmünde açıkça belirtildiği üzere tehir-i icra kararı ilk derece mahkemesinin bulunduğu yerde değil, icra müdürlüğünün bulunduğu yerdeki icra hukuk mahkemesinden talep edilmelidir. Aksi takdirde, icra hukuk mahkemesi tarafından tehir-i icra kararı verilmeyecek, muhtemelen yetkisizlik kararı verilerek yetkili icra hukuk mahkemesinden ilgili kararın talep edilmesi gerektiğine hükmedilecektir. Bu durum da mehil vesikasında verilen süre içerisinde tehir-i icra kararını icra dosyasına sunması gereken borçlu tarafa kuşkusuz ki süre kaybı yaşatacaktır.

İlgili madde değişikliğini gözden kaçıran taraf vekillerinin, tehir-i icra kararını üst mahkemedeki beklemeleri halinde bu taleplerine ilişkin işlem yapılmayacaktır. Bu durum da mehil vesikasında borçlu tarafa verilen sürenin aleyhte işlediği anlamına gelecektir. Önemle belirtmek

gerekir ki üst mahkemelerdeki iş yoğunluğu nedeniyle borçlu vekilince tehir-i icra kararı alma süresi uzamakta olup İİK madde 36'nın değişikliği sonucunda bu süreç hızlanmıştır. Madde değişikliği, icra dosyası kapsamında başlatılan icra takibinin tehir-i icra kararı doğrultusunda hızla durdurulmasını da sağlamıştır.

Tüm bu süreçlerin tamamlanması sonrasında, icra hukuk mahkemesi tarafından verilen tehir-i icra kararı İİK'nın 36. maddesinin 3. fıkrasının *“Ücreti ilgililer tarafından verilirse icra mahkemesince icranın geri bırakılması hakkındaki karar, hükmü veren mahkemeye ve icra dairesine en uygun vasıtalarla bildirilir.”* hükmü doğrultusunda direkt olarak hem icra dosyasına hem de dava dosyasına iletilmektedir. Tehir-i icra kararına ulaşan icra müdürlüğü tarafından dava dosyasının üst mahkeme incelemesi neticelenene karar takip durdurmakta, böylece icra dosyasına depo edilen teminata alacaklı tarafından erişim ve tahsilat imkânı engellenmektedir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus da değişiklik sonrası İİK'nın 36. maddesinin 5. fıkrasında yer alan *“Bölge adliye mahkemesince başvurunun haklı görülmesi hâlinde teminatın geri verilip verilmeyeceğine karar verilir. Yargıtayca hükmün bozulması hâlinde borçlunun başvurusu üzerine, bozmanın mahiyetine göre teminatın geri verilip verilmeyeceğine BOZMA SONRASI ESASI İNCELEYECEK mahkemece kesin olarak karar verilir.”* ifadesi olup, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından istinaf incelemesi neticelendiğinde aynı zamanda borçlu tarafından depo edilen teminatın akıbeti konusunda da karar verilmektedir. Yapılan değişiklik sonrasında Yargıtay'ın temyiz incelemesi neticesinde verilen bozma kararı doğrultusunda, teminatın akıbeti ile ilgili Bölge Adliye Mahkemesi'nin aksine Yargıtay değil, bozma sonrası esas inceleyecek olan ilk derece mahkemesi karar verecektir. Uygulamada, Yargıtay'da temyiz incelemesi sonucu bozma kararı verilen dava dosyası ilk derece mahkemesine iade edildiğinde, borçlu tarafından tehir-i icra kararı alınarak icra müdürlüğü dosyasında depo edilen teminata dava dosyasında kesinleşme kararı verilene kadar alacaklının tahsil kabiliyeti bulunmamaktadır. Yapılan değişiklik neticesinde eski madde

hükmüne açıklık getirilmiş, uygulamada farklılık olmamakla birlikte, bozma kararı sonrası ilk derece mahkemesine iade edilen dava dosyası ile bağlantılı icra dosyasında depo edilen teminata ilişkin reddiyat işlemlerinin yapılması için icra müdürlüğüne talimat verilmesi konusunda yetki ilk derece mahkemesine verilmiştir.

30.11.2021 tarihinde yürürlüğe giren 7343 sayılı Kanun doğrultusunda, İİK madde 36'nın son fıkrasında da önemli değişiklikler söz konusu olmuştur. Madde hükmünün eski hali şöyledir: *“Bölge adliye mahkemesince başvurunun esas olan reddine karar verilmesi veya Yargıtayca hükmün onanması hâlinde alacaklının istemi üzerine başkaca işleme gerek kalmaksızın teminata konu olan para alacaklıya ödenir. Mal ve haklar ise, malın türüne göre icra dairesince paraya çevrilir. İlâm alacaklısının teminat üzerinde rüçhan hakkı vardır.”*

İlgili maddenin güncel hali ise, *“Bölge adliye mahkemesince başvurunun KESİN OLARAK esas olan reddine karar verilmesi veya Yargıtayca hükmün onanması halinde alacaklının istemi üzerine başkaca işleme gerek kalmaksızın teminata konu olan para alacaklıya ödenir. Mal ve haklar ise, malın türüne göre icra dairesince paraya çevrilir. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNİN BAŞVURUNUN ESASTAN REDDİNE İLİŞKİN KARARINA KARŞI TEMYİZ YOLUNUN AÇIK OLMASI HALİNDE, TEMYİZ YOLUNA BAŞVURMA SÜRESİNİN DOLMASINA KADAR İCRANIN GERİ BIRAKILMASI KARARININ ETKİSİ DEVAM EDER. İlâm alacaklısının teminat üzerinde rüçhan hakkı vardır.”* şeklindedir. Değişiklik sonrasında, dava dosyasının istinaf incelemesinin Bölge Adliye Mahkemesi tarafından kesin olarak esas olan reddine karar verilmesi veya Yargıtay tarafından gerçekleştirilen temyiz incelemesi neticesinde ilk derece mahkemesi kararının onanması yani ilk derece mahkemesi kararının kesinleşmesi hallerinde üzerine herhangi bir işlem yapılmaksızın alacaklı tarafından borçlunun icra dosyasına depo ettiği teminata ilişkin reddiyat işlemleri direkt olarak başlatılabilecektir. Teminat mektubu ile ilgili icra müdürlüğü tarafından bankaya yazılacak müzekkere doğrultusunda bozdurulabilecek, nakit teminat ise derhal alacaklının banka hesabına aktarılacaktır.

Daha öncesinde Yargıtay'ın bozma ilamı verip dava dosyasını ilk derece mahkemesine iade etmesi halinde, dava dosyası ile bağlantılı icra dosyasına depo edilen teminata ilişkin alacaklının herhangi bir tahsil kabiliyeti olmadığından bahsetmiştik. İİK madde 36'nın son fıkrasına eklenen ifade ile birlikte, Bölge Adliye Mahkemesi'nde ilk derece mahkemesi kararına ilişkin verilen esastan red kararının kesin değil yani temyiz yolu açık olmak üzere verilmesi halinde, temyiz yoluna başvurma süresinin dolmasına kadar icranın geri bırakılması kararı geçerliliğini devam ettirecek olup temyiz süresince geçen sürede yine alacaklının teminata ilişkin tahsil kabiliyeti olmayacaktır. Bu durum, ilgili dava dosyasının Yargıtay'a gitmesi ile birlikte devam edecektir. Zira, icranın geri bırakılması kararı dava dosyasında kesinleşme kararı yani üst mahkeme yolunun tamamlanmasına kadar borçlu tarafın icra dosyasına yatırdığı teminatı koruyucu niteliğe sahiptir. Burada da üst mahkeme yolunun tamamlanması, dava dosyasında Yargıtay incelemesi neticesinde bozma kararı verilmesi ya da onama kararı verilmesi halinde ilgili madde hükmündeki süreç işletilecektir.

SONUÇ

İlamlı icra takibinde borçlunun itiraz ederek doğrudan icra takibini durdurmasına imkân veren bir müessese bulunmamaktadır. Kanun yoluna başvurulması da icra takibinin devam etmesini önleyemeyecektir. Kanun yoluna başvurup icra takibine karşı koymak için borçlunun elindeki tek imkân tehir-i icra kararıdır. Tehir-i icra kararının alınabilmesi için öncelikle kararı veren ilk derece mahkemesine verilecek istinaf başvuru dilekçesinin tehir-i icra talepli olması ve tehir-i icra harcının ödenmesi şarttır. Bunlar gerçekleştirildiğinde, kararı veren ilk derece mahkemesinden "derkenar" alınmakta ve bu evrakın icra dairesine sunulması gerekmektedir. Akabinde, icra dosyasında başlatılan ilamlı takibe konu borcun toplam bedelinin üzerine yaklaşık üç aylık faizi de eklenerek hesaplanan miktar icra dosyasına depo edilmelidir. Teminatın nakdi ya da teminat mektubu olarak icra dairesine depo edilmesi neticesinde icra dairesinden mehil vesikası alınacaktır. Alınan mehil vesikası takibin başlatıldığı yer icra mahkeme-

sine tehir-i icra talepli dilekçeyle birlikte sunulduğu takdirde icra mahkemesi tehir-i icra kararı verecek ve bu kararını ilk derece mahkemesi ve icra dairesine iletacaktır. Tehir-i icra kararının alınmasıyla istinaf incelemesi sonuna kadar, temyiz yolu açık ise temyiz incelemesi sonuna kadar icra geri bırakılacaktır. İstinaf ya da temyiz incelemesinin sonuçlanmasıyla kararın kesinleşmesi üzerine herhangi bir işlem yapılmaksızın alacaklı tarafından borçlunun icra dosyasına depo ettiği teminata ilişkin reddiyat işlemleri direkt olarak başlatılabilecektir.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA BİLGİ UÇURMA (WHISTLEBLOWING)

Dilara YANGINCI
Avukat

Şevval TEKİN
Avukat

ÖZET

Bilgi uçurma (whistleblowing) kavramı, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kurumsal hayatta ve sair örgütlerin içerisinde sıklıkla yer almaya başlamıştır. Etik dışı veya yasaya aykırı davranışların örgüt içi ve dışı otoritelere ihbar edilmesi olarak tanımlanan bilgi uçurma, esasen çalışma hayatının dinamiklerini belirleyen ve iç mekanizmasını yönlendiren bir araç olarak karışımıza çıksa da bu çalışmada bilgi uçurma kavramını, Türk İş Hukuku çerçevesinde işçi-işveren ile sadakat borcu ikileminde ele almış bulunmaktayız. Mevzuatta her ne kadar ilgili kavram ve sonuçları yer almasa da genel olarak iş sözleşmesi ile işverene bağlı olan ve sadakat yükümlülüğü altında bulunan işçinin, bilgi uçurma hallerinde korunması gerektiği görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bilgi Uçurma (whistleblowing), İş Sözleşmesi, Etik, Sadakat Borcu.

GİRİŞ

Kurumlarda kötü ve yanlış davranışların raporlanması veya açığa çıkarılması; kurum içerisinde yasa dışı veya etik değerlere uygun olmayan davranış ve eylemlerin kişilere veya kurumlara zarar vermemesi için çalışanlar veya gönüllüler tarafından yetki sahibi mercilere bildirilmesi olarak tanımlanan whistleblowing kavramı; son yıllarda teknolojik gelişmelerin ve sosyal medyadaki ulaşılabilirliğin etkisiyle iş hukuku gündemine girmeyi başarmıştır.

Kavramın iş hukuku boyutunda dikkat çekmesine öncü olan husus, TIME dergisinin 2003 yılında bilgi uçuran üç işçiyi yılın insanı seçtiği sayısıdır. Bahsi geçen sayıda ABD’de cirosu 110 milyon dolara çıkan ve ülkenin en büyük 7. şirketi olan Enron’un, Genel Müdür Yardımcısı iken şirket içerisindeki yolsuzlukları fark edip durumu şirket CEO’suna bildiren Sharon Watkins yer almaktadır. Şöyle ki şirketin CEO’suna bahsi geçen durumu bildirdikten sonra pasif bir göreve atanan Sharon, işyerindeki yolsuzlukları bildirip işten ayrılmış ve böylece Enron’un çö-

küşü ile sonuçlanacak süreci başlatmıştır.² Aynı sayıda yine yılın insanı seçilen Coleen Rowley ise bir FBI ajanıdır. 11 Eylül saldırılarını FBI’den önce bildiğini ortaya çıkarmıştır. Rowley, 11 Eylül’den aylar önce şüpheli bazı kişilerin ABD’de uçuş dersleri aldığını hatta bunlardan Moussou’i’nin önemli bir şüpheli olduğunu amirlerine iletmış ancak sesini duyuramamış ve tarihin en büyük terörist saldırılarından biri gerçekleşince, yazdığı 13 sayfalık raporu Senato İstihbarat Komitesi üyelerine vermiştir. Yaşanan baskılara rağmen Rowley hâlâ görevini sürdürmektedir. Aynı sayıda yılın insanı seçilen 3. isim ise Cynthia Cooper, WorlCom şirketinde mali denetçilik ve başkan yardımcılığı görevlerini üstlendiği sırada, şirketin hesaplarında oynama yapılarak gerçekleştirilen 9 milyar dolarlık yolsuzluğu saptamış ve durumu denetçi şirkete bildirmiştir. Denetim şirketinin olayı görmezden gelmesi üzerine durumu hükümete ihbar ederek yolsuzluğu ortaya çıkarmıştır. Akabinde Cooper terfi ettirilmiş ve maaşı iki kat artırılmıştır. Bahsi geçen her üç kadının da ortak yönü, çalışan olarak şirket içi yasaya aykırı durumların yetkililere ihbarı için “bilgi uçurma” yoluna başvurmalarıdır.

Bu çalışmada bilgi uçurma uygulaması Türk İş Hukuku nezdinde, işçi-işveren ve sadakat yü-

¹ Aktan Ç. C. “Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing”, *Mercek Dergisi*, 2006

² Serdar Sarı “Whistleblowing ve Etik İlişkisi”, *Academia*

kümlülüğü çerçevesinde olası sonuçları ile kıyas yoluyla ele alınmıştır.

1. BİLGİ UÇURMA KAVRAMI

Bilgi Uçurma “whistleblowing” kavramının Türkçe’de tam karşılığı bulunmamaktadır. Whistleblowing, kurumlarda kötü ve yanlış davranışların raporlanması veya açığa çıkarılması, kurum içerisinde, yasa dışı veya etik değerlere uygun olmayan davranış ve eylemlerin, kişilere veya kurumlara zarar vermemesi için çalışanlar veya gönüllüler tarafından yetki sahibi mercilere bildirilmesi olarak tanımlanabilecektir.³ Terim Anglo-Sakson literatüründe “ortak bir yanlış olduğunda kamuoyuna başvurmak” anlamında kullanılmaktadır. Diğer bir deyişle whistleblowing, bir örgüt içerisinde topluma zarar vermiş ya da verebilecek yanlış davranışların örgüt içindeki kişilere veya kamuoyuna ifşa edilmesidir.⁴ Bilgi uçurma sürecini başlatan kişi, bilgi uçuran (whistleblower) olarak adlandırılır. Bilgi uçuran “bir devlet memurunun çalıştığı bölümdeki yolsuzlukları ya da şikayetlerini kamuoyuna duyurması” anlamını taşımaktadır.⁵ Bilgi uçuranlar kamu çıkarını tehdit eden bir suistimal veya ihmâli açığa çıkarma ve düzeltme amacı taşıyarak çalıştığı örgütte sinyalleri veren kişilerdir. Bilgi uçurmaya konu olan eylemler; gereksiz zarar verme, insan haklarını ihlâl, yasal olmayan işlemler, örgütsel amaçlara aykırılık gibi nedenlerle ve tamamen etik amaçlarla ilgili olmalıdır.

Bilgi uçurma duygusal olarak ele alındığında sorunun örgüt içi çözülmesinin “umut” hissiyatını tetiklediği, örgüt dışı mercilere başvurmanın ise “öfke” hissiyatı ile tetiklediği düşünülmektedir.⁶ Bir başka açıdan ele alacak olursak, Türk kültüründe “Söz gümüşse sükut altındır.” atasözünün etkisi ile, sessiz kalmanın edepli bir davranış olduğu varsayımı, çalışanların işlerini kaybetme korkusu yaşamaları, bilgi uçuranla-

rın dedikoducu ve ispiyoncu gibi ithamlara maruz kalma korkuları bilgi uçurma eylemlerinde frenleyici sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bilgi uçurma Anayasa Hukuku ile kısmen ilgilidir. Anayasa’da yer alan (m. 74, f.1) “dilekçe hakkı”, vatandaşlara ve yabancılara, kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında yetkili makamlara ve TBMM’ye başvurma yetkisi tanımaktadır.⁷ Kamuya yönelik bilgi uçurmanın anayasal temeli niteliğini taşıyan hüküm, çok daha geniş bir anlam ve kapsama sahip olması nedeniyle bu çalışmanın çerçevesi dışında kalmaktadır. Bilgi uçurma, her ne kadar ceza hukuku mevzuatında da yer almasa da “suçu haber verme, suçu haber vermeme” kurumu ile benzerlikler göstermektedir. Suçu haber vermeme Türk Ceza Kanunu’nun (“TCK”) 151, 235, ve 530. maddelerinde yer almaktadır. TCK m. 151, devlet kuvvetleri aleyhine işlenen suçları haber alan fertlere durumu hükümete bildirme zorunluluğu getirmekte; TCK m. 235, kamu görevlilerine görevleri ile ilgili olarak kamu adına kovuşturmayı gerektiren bir suç işlendiğinde bunu ilgili daireye bildirme yükümlülüğünü düzenlemektedir. TCK m. 530’da ise sağlık personelinin, şahıslar aleyhine işlenen cürümlerde durumu adliyeye ve kolluk güçlerine bildirme hususundaki sorumluluğu yer almaktadır. Türk hukuk mevzuatında belirttiğimiz noktalarda ele alınan bilgi uçurma kavramının iş hukukunu ilgilendiren yönü; işveren ile arasında iş akdi olan işçinin, bilgi uçurma yönetimine başvurduğu zaman korunup korunmayacağı, ilgili korumanın sınırları ve sadakat borcunun bu minvalde incelenme meselesidir.

2. BİLGİ UÇURMA VE İŞÇİNİN SADAKAT BORCU

Çalışan ile işveren arasında iş sözleşmesinden kaynaklı bulunan borç ilişkisinde işçi iş

3 Aktan Ç. C “Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing”, *Mercek Dergisi*, 2006

4 Eaton, T. V., Akers, M. D. “Whistleblowing and Good Governance”, *The CPA Journal*, 2007

5 Kılıçoğlu A. ve Gürol E., “İş Dünyası Sözlüğü”, 1994, İstanbul

6 Henik, E., “The Effects of Value Conflict and Emotions on Potential Whistle-Blowers” *Journal of Business Ethics*, 2008

7 Simon Deakin, “The Utility of ‘Rights Talk’: Employees Personal Rights”, *Understanding Human Rights*, Ed. Conor GEARTY-Adam TOMKINS, Pinter Publ., London, 1996, s.367

görme edimini yerine getirirken sadece bunun ifası ile yükümlü değildir. Her borç ilişkisinde olduğu gibi iş sözleşmesinden doğan borçların da karşılıklı güven ilişkisi çerçevesinde ifa edilmesi gerekmektedir. Bu borçlar bazı davranış yükümlülükleri olup bazen kanundan, bazen de Medeni Kanun ("MK") m. 2'de yer alan dürüstlük kuralından doğar. Söz konusu yükümlülükler işçinin iş görme edimi dışında kalan ve dürüstlük kuralı çerçevesinde işverenin çıkarlarını korumaya ve ona zarar verici davranışlardan kaçınmaya yönelik bazı davranış yükümlülükleridir. İşte sadakat borcu da iş ilişkisinin özünde mevcut bir yan borcu ifade eder⁸.

Türk iş hukukunda sadakat borcuna ilişkin tanım bulunmasa da kanun koyucu tarafından borcun kapsamının belirlenmesi yolu tercih edilmiştir. Öncelikle belirtelim ki Türk iş hukuku mevzuatı bakımından sadakat borcunun kaynağının MK m. 2 "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" dürüstlük kuralı olduğu konusunda görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkündür.⁹ Aslen Alman hukukunda da sadakat borcunun kaynağının dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmektedir¹⁰. İngiliz hukukunda ise sadakat borcunun (duty of fidelity) hizmet akdinin özünde var olan bir borç olduğu ve iyi niyetli davranma ilkesine dayandığı görüşü yaygındır.¹¹ Öte yandan İş hukuku mevzuatımızın kaynağı olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 396 uyarınca "*İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. (...) İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.*"

Hukuk doktrininde sınıflandırmalar ne şekilde yapılırsa yapılsın, sadakat borcunun kapsamına işçinin işvereni veya işyerini zarara uğratacak davranışlardan kaçınması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmaması, işverenin şöhret ve itibarını sarsacak davranışlardan uzak kalması, işyerinde gördüğü aksaklıkları ve tehlikeleri işverenine bildirmesi, üstlendiği işi gereği gibi ve özenle yerine getirmesi, işyerindeki zarar ve arızaları gidermesi, iş düzenini bozmaması, çalışma sırasında ya da (sözleşme ile kararlaştırılması koşulu ile) çalışma sonrasında işvereni ile rekabet etmemesi ve iş ilişkisi sırasında öğrendiği ve işle ya da işyeri ile ilgili ticari bilgilerin üçüncü kişilere bildirilmemesi gibi yükümlülükler girmektedir.¹²

Şu aşamada işçinin, iş görme borcunu ifa sırasında öğrendiği bilgilerin, kanunlara ve gerekli prosedürlere aykırılık içermesi durumunda sadakat borcunun işlevselliği önem kazanmaktadır. Örneğin çalıştığı hastanede özürlü doğan çocukların ölüme terkedildiğini öğrenen bir hemşirenin¹³; işverenin fiyatları belli bir seviyenin üzerinde tutmak için başka bir işverenle kartel oluşturduğunu öğrenen bir üst düzey yöneticinin¹⁴; yaptıkları kimyasal araştırmalarda insan sağlığı için son derece önemli bazı bulguların gizlendiğini ya da belgelerde sahtecilik yapıldığını öğrenen doktorun¹⁵ ya da işyerlerinde vergi veya muhasebe yolsuzlukları olduğunu öğrenen yöneticilerin edindiği bu bilgilerin işyeri içinde amirlere ya da işyeri dışında yetkili mercilere, hatta medyaya bildirilmesinin sadakat borcuna aykırılık yaratıp yaratmayacağı tartışılabilir bir konudur.

Ele alınması gereken husus, işyerinde öğrenilen tüm bilgilerin sır saklama yükümü içine girip girmediğine ya da hangi bilgilerin bu kapsamda değerlendirileceğine; bilgi uçurma yöntemine başvuran işçilerin herhangi bir

8 Can Tuncay, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001
 9 Centel, Ertaş, Öztürk, Ünal Narmanlıoğlu, "İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri" İzmir, 1999
 10 Can Tuncay, "İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001
 11 Malcolm SARGEANT, "Employment Law", Longman Publ., England, 2001
 12 Tuncay, Narmanlıoğlu, Savaş TAŞKENT, "İşverenin Yönetim Hakkı", İstanbul, 1981
 13 "Whistleblower Fired", Christianity Today, 2001
 14 "Fixing For a Fight", Economist, 2002
 15 Gavin Yarney, "Protecting Whistleblowers", British Medical Journal, 2000

disiplin sürecine veyahut İş Kanunu ("İK") m. 25/2-e bendi uyarınca haklı nedenle feshe maruz kalıp kalmayacağına ilişkindir. Bilgi uçurmanın korunması temelinde her ne kadar kamu yararı yer alsada öte yandan bu kavram işçinin ifade özgürlüğü ile de yakından ilgilidir. Ancak, kamu yararı söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün önündeki engeller kalkmakta¹⁶ ve işçi bilgi uçurma yoluyla, belirtilen esaslara uymak koşuluna bağlı olarak, bu özgürlüğünü kullanabilmektedir.

3. BİLGİ UÇURMANIN KONUSU VE BİLGİ UÇURAN İŞÇİNİN HUKUKİ DURUMU

Bilgi uçurmanın konusunu işçinin işyerinde öğrendiği bazı bilgileri ifşa etmesi, açığa vurmaları oluşturur. Bu bilgiler niteliği itibarıyla gizli bilgilerdir. Ancak bunların açığa çıkarılmasında kamunun bazen de işyerinin yararı bulunmaktadır.¹⁷ Bu minvalde bilgi uçurmanın kapsamına işyerinde sağlık ve güvenlikle ilgili bilgilerin, suç niteliğindeki uygulamalara ilişkin bilgilerin ve çevreye zarar verebilecek uygulamalara ilişkin verilerin girdiği düşünülebilir. Ancak bilgi uçurmanın kapsamı bu hususlarla sınırlı olmayıp kamu yararının, işçinin ifade özgürlüğünden daha ağır bir hukuki öncelik taşıdığı zamanlardaki başvuru ihbar yöntemi de bilgi uçurma kapsamına girecektir.

Belirtmek gerekir ki uçurulan her bilgi sonrası işçi korunmayacaktır. Uçurulan bilginin belli niteliklere sahip olması gerekir. Burada bilginin doğru ve işverene/işletmeye zarar verme potansiyeline sahip olacak düzeyde önemli bir veri içermesi gerekmektedir. İşçinin uçurduğu bilgi yanlış ya da önemsiz olsa dahi, eğer işçi iyi niyetle hareket ediyor ve uçurduğu bilgi sayesinde bir kazanç elde etmiyorsa, bu halde de işçinin korunması gerekmektedir.¹⁸

Uçurulan bilginin ve işçinin korunması için aranan bir diğer koşul, işçinin makul bir pro-

sedürü takip etmiş olmasıdır. Şu halde işçinin edindiği bilgileri öncelikle altında çalıştığı kıdemli sorumlularına, sonuç alamaması halinde yetkili kamu otoritelerine bildirmesi ve akabinde kamuoyu ile medyaya duyurması beklenmektedir. Buna karşın işçinin edindiği bilgi ile ilgili olarak doğrudan doğruya medyaya başvurması halinde, benzer nitelikte özel bir gerekçe bulunmaması durumunda, işçinin korunması gerekecektir.¹⁹

Bilgi uçuran işçinin korunması için aranan koşullardan üçüncüsü ise işçinin iyi niyetle ve mantıklı/makul sebeplerle hareket etmiş olmasıdır. Diğer bir deyiş ile, bilgi uçuran işçinin işle ilgili edindiği bilgileri, bilgi uçurma yöntemi aracılığı ile kamu otoritelerine taşımada kişisel bir gaye ile hareket etmemesi ve kazanç elde etme amacının bulunmaması gerekmektedir. Bu anlamda işçinin işyerinde işlenen bir suç sebebiyle ve kendisini de ilgilendiren cezadan kurtarmak, diğer insanların zarar görmesini engellemek gibi amaçlarla bilgi uçurması halinde korunmaya değer menfaatinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.²⁰

4. TÜRK İŞ HUKUKUNDA BİLGİ UÇURMA

Türk iş hukuku mevzuatında bilgi uçurma ile ilgili doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. İşçinin bilgi uçurmasının dolaylı olarak ele alındığını ise İK'nın, "işverenin haklı nedenle derhal feshi" başlıklı m.25/2-e hükmünde görmekteyiz. İlgili hükme göre, "işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" halleri işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımaktadır.

Konuyla ilgili yargı kararları genellikle İK m. 25/2-e hükmüne dayanmakta ve Yargıtay, işveren aleyhine yapılan isnat ve ithamların "asılsız" olup olmadığını değerlendirmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendi-

16 Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, "1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku", Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001

17 Lewis David "Whistleblowing At Work: The Results of a Survey of Procedures in Further and Higher Education" *Education and the Law*, 2001.

18 Anderman Steve, "Labour Law: Management Decisions and Workers' Rights", Butterworths Publ., London, 2000

19 Ufuk Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması", *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Eskişehir 2003*

20 Ufuk Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması", *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Eskişehir 2003*

ğinde, işçinin çalıştığı belediyeyi suçlayıp işçi haklarının gasp edildiği iddiasında bulunması; bakanlığa mektup gönderip işvereni şikayet etmesi gibi hallerde ya da müdürü ve nöbetçi amiri hakkında gazeteye hakaret niteliğinde açıklamalar yapması halinde işverenin feshinin haklı bulunduğu görülmektedir. Öte yandan tüm bu hallerde yüksek mahkeme, işçinin isnat ve ihbarlarının içeriğine girmemiştir.²¹

Belirtilen hükme göre, işçinin işvereni hakkında asılsız isnat ve ihbarları işverene derhal fesih olanağı vermektedir. Söz konusu hükmü ters anlamı ile ele alırsak, işçinin işveren hakkında ihbar ve isnatlarının aslının bulunması halinde, işçiye yönelik feshin haksız olacağı sonucu çıkacaktır.²² İlgili hükmün; Kanun Koyucu'nun iradesi gereği sınırlayıcı nitelik taşıması ve genişletici yoruma müsait olması sebebi ile, işçinin işverenine ilişkin gerçeği yansıtan isnat ve ihbarları yanında işyerine ilişkin aslı olan isnat ve ihbarlarının da korunmasına olanak bulunmaktadır.

SONUÇ

Esasen çalışan ve örgüt içerisinde gerçekleştirilen bir tür iletişim olan bilgi uçurma kavramının iş hukukunu ilgilendiren yanı, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcunu ifa sırasında sadakat yükümlülüğünü hangi noktalarda ve kapsamda koruması gerektiğidir. Bu çalışmada belirli koşullar halinde işçinin işverene/örgüte yönelik ifşalarının sadakat borcuna aykırılık teşkil etmeyeceği ve bilgi uçurma kapsamına alınabileceği saptanmıştır. İlgili sonucun gerekçesi olarak; yasaya aykırı veya etik dışı olguların devamında işverenin korunmaya değer bir çıkarı bulunmaması, ayrıca ifşa etmenin daha üstün hukuki bir değer korunmasına hizmet etmesi görülmektedir.²³ Dolayısıyla Türk iş hukuku bakımından da iyiniyetli olup kazanç amacı gütmeyecek şekilde ve makul bir süreç izleyerek (örneğin önce amirine veya işverenine, sonra yetkili makama; bunlardan sonuç

alamıyor ya da bunların yararsız olacağını düşünüyorsa medyaya) "aslı olan" bilgileri uçuran işçiye yönelik işveren tarafından yapılan fesih, haksız/geçersiz fesih olarak değerlendirilebilecektir. İyi niyetle hareket etmesine rağmen uçurduğu bilgi doğru olmayan işçi ile bilgi uçurma yüzünden feshine maruz kalmayıp ayırımı ya da düşmanca muameleye maruz kalan işçiyi korumada ise mevzuatımızın yetersiz kaldığı söylenebilecektir.²⁴

21 Çelik Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, B.15, İstanbul, 2000.

22 Sarper Süzek, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul, 2000, s.104

23 Alpagut, Gülsevil: "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", *Sicil Mart 2012*, s. 23, 25.

24 Ufuk Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması", *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*, Eskişehir 2003

KİSMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNDE BİR DİLEMMMA: HAFTA TATİLİ

Melike SAĞLAM

Avukat

ÖZET

Her işçinin anayasal bir hak olan dinlenme hakkına sahip olduğu sabit olmakla birlikte, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin dinlenme hakkı kapsamında hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacağı, iş hukuku camiasında yıllardır süregelen bir tartışma konusu olmuştur. Bu durumun temelinde, işçilerin hafta tatili hak edişini ve ücretini düzenleyen kanun maddesinin yeterli açıklıkta olmaması ve madde düzenlenirken kısmi süreli iş sözleşmelerinin göz ardı edilmiş olması yatmaktadır. Nitekim öğreti ve Yargıtay kararlarındaki tartışmaların da maddenin lafzı sebebiyle temel olarak; hafta tatiline hak kazanmak için haftalık 45 saatlik çalışma yapılmasının gerekli olup olmadığı ve hafta tatilinden önceki tüm iş günlerinde çalışılmış olmasının yeterli olup olmayacağı ekseninde geliştiği görülmektedir. Bu bağlamda işbu maktelede de kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin dinlenme hakkı kapsamında hafta tatili hak edişlerinin olup olamayacağı, mevzuat, öğreti ve Yargıtay kararları ışığında incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, İşçi, Hafta Tatili, Haftalık Çalışma Süresi, Çalışma Günleri.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nun ("İş Kanunu", "İK") 13. maddesi uyarınca kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, o işyerinde tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği bir sözleşme türüdür. "Önemli ölçüde daha az belirlenme" ifadesi ise 06.04.2004 tarihli ve 25425 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin ("Yönetmelik") 6. maddesinde açıklığa kavuşturulmuş olup o işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçinin haftalık normal çalışma süresinin üçte ikisi (2/3) oranına kadar yapılacak çalışmanın, kısmi süreli çalışma olduğu kabul edilmiştir. Bu minvalde, bir işyerinde tam süreli çalışan işçinin normal haftalık çalışma süresi 45 saat ise, kısmi süreli çalıştırılacak işçinin haftalık çalışma süresi en fazla 30 saat olabilecektir. Bu husus da kısmi süreli çalışan işçilerin hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacağı noktasında ciddi tartışmalara yol açmıştır. Zira, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ("Anayasa") "Çalışma Şartları ve Dinlenme

Hakkı" başlıklı 50.maddesinde, "...Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." hükmü ile hafta tatili hakkının düzenlenmesini kanuna bırakmış ve bu kapsamda düzenlenen İK m.46/1'de "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir." hükmüne yer verilmiştir. İşbu maddenin atıf yaptığı İK m.63 ise, genel bakımdan haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olduğuna değinmektedir.

Bu bağlamda kısmi süreli çalışan işçilerin en iyi senaryoda dahi kanunen haftada en fazla 30 saat çalıştırılabileceği göz önünde bulundurulduğunda, hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacakları hususunda bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi ve düzenlemenin amacından yola çıkılması gerekmektedir. Nitekim konunun gerek Yargıtay gerekse öğreti tarafından farklı açılardan ele alındığı görülmekte ve öğretilerde konuya ilişkin birden çok yaklaşımla karşılaşmaktadır.

1. KİSMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN HAFTA TATİLİNE HAK KAZANAMAYACAĞI YÖNÜNDEKİ YAKLAŞIMLAR

Öncelikle belirtmek gerekir ki İş Kanunu'n-

da kısmi süreli çalışan işçilerin hafta tatiline hak kazanamayacağına ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Yargıtay, süregelen içtihatlarında hafta tatili hakkını düzenleyen İK m. 46'nın "63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile" şeklindeki atfı ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin haftada 45 saat çalışma yapmamaları sebebiyle hafta tatiline hak kazanamayacağına hükmetmiştir: "1475 sayılı Yasanın 41 inci maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki altı günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanunda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabilirdiğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışılmış olması kaydıyla, yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz yirmi dört saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok kırk beş saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Yasanın uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırk beş saati bulamayacağından, kısmi süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz."¹ Görüldüğü üzere Yargıtay, işçinin çalışma süresi veya günleri bakımından herhangi bir ayırım yapmadan kısmi süreli çalışan işçilerin hafta tatiline hak kazanamayacağına hükmetmektedir.

Nitekim İş Kanunu'nda kısmi süreli iş sözleşmelerini düzenleyen maddenin gerekçesinde yer alan "Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir, bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz."² ifadesi de Yargıtay'ın bu yaklaşımını destekler niteliktedir. Öğretide Yargıtay ile aynı görüşü paylaşan yazarlar da söz konusu madde gerekçesine değinmekle birlikte kısmi süreli çalışan bir işçinin çalışma

süresinin kısalığı sebebiyle tam süreli çalışan işçiler gibi dinlenme hakkı kazanmasının hakkaniyete uygun olmayacağını savunmaktadır.

Bir görüş, İş Kanunu m. 63'ün kısmi süreli iş sözleşmeleri ile yapılan çalışmalarını kapsadığını, bu maddedeki esnekliğin kısmi süreli iş sözleşmelerini değil, haftalık toplam veya ortalama 45 saat çalışma yapılan çalışma şekillerini kapsadığını ifade etmektedir. Zira bu görüşe göre, aksinin kabulü halinde kısmi süreli çalışan bir işçinin, birden fazla işverenle ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmesi yaptığı durumlarda birden fazla hafta tatiline, dolayısıyla hafta tatili ücretine hak kazanması gibi hakkaniyete aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır.³

Ancak bu görüşün, hafta tatiline hak kazanabilmek için haftalık 45 saatlik çalışmanın tamamlanmasının aranmasının haftalık 44 saat tam süreli çalışan işçinin de hafta tatiline hak kazanamaması ile sonuçlanması ve birden fazla işverenle ayrı ayrı kısmi süreli iş sözleşmeleri imzalayarak haftada 5-6 gün çalışan işçilerin belki de haftada toplam 45 saat çalışmalarına rağmen dinlenme hakkının göz ardı edilmesi⁴ sebebiyle öğretide tarafından ciddi şekilde eleştirildiği görülmektedir.

2. KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN DE HAFTA TATİLİNE HAK KAZANABİLECEĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Hafta tatili hak edişinin 4857 sayılı İş Kanunu'nda 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak düzenlenmesinin, öğretide çoğunluk görüşünün Yargıtay'ın süregelen görüşünden ayrılmasına sebep olduğu görülmektedir. Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nun mülga 41. maddesi uyarınca hafta tatiline hak kazanabilmek için "kanun kapsamına giren işyerlerinde haftanın tatilden önceki 6 iş gününde

1 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E.2009/44744 ve K.2009/33940 sayılı, T.08.12.2009 tarihli kararı. Aynı yönde: Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E. 2013/5866, K. 2013/13612, T. 7.5.2013; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2015/342, K.2016/8812, T.11.04.2016.

2 İş Kanunu (4857)-Madde Gerekçesi, Erişim Tarihi:17.12.2021

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/is-kanunu-madde-gerekceleri/1>

3 Prof. Dr. Tankut CENTEL, "Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti", Sicil Dergisi, Haziran 2006, s.19-22; Emre SEVGİ, "Kısmi Süreli İş Sözleşmesi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2014, s.128

4 Mustafa ŞENTÜRK, "İş Hayatında Kısmi Süreli Çalışma Olgusu ve Kamusal Düzenlemeler", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s.91-92

bu kanunun günlük iş sürelerine uygun olarak çalışmış” olmak gerekmektedir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu’nda bu düzenlemeden vazgeçilerek hafta tatiline hak kazanabilmek için hafta tatilinden önce 63. maddeye göre belirlenen işgünlerinde çalışılmış olunması yeterli kabul edilmiştir. Bu nedenle öğretilerde çoğunluk görüşünün, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin de dinlenme hakkına sahip olduğu ve İK m.46/1 lafzı ile Anayasa’nın 50. maddesi göz önünde bulundurularak hafta tatiline hak kazanabileceği yönünde olduğu görülmektedir.

Ancak öğretide görüşleri, tam olarak hangi çalışma düzeninin kısmi süreli çalışan işçiler bakımından hafta tatiline hak kazandıracığı ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanması halinde hafta tatili ücretinin nasıl hesaplanması gerektiği konusunda değişiklik göstermektedir.

2.1. Çalışma Düzeni Açısından Yaklaşımlar

Öğretilerde bir görüş, haftada kaç gün veya kaç saat çalışıldığının önemi olmaksızın kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatiline hak kazanacağını savunmaktadır. Zira kanun koyucu, işçinin hafta tatiline hak kazanabilmesi için haftada 45 saat çalışma zorunluluğunu ortadan kaldırdığından, işçinin haftalık çalışma süresi 45 saatin çok altında olsa dahi işçiye mutlaka bir gün (24 saat) hafta tatili verilmelidir.⁵ Böylece kısmi süreli çalışan işçiler, haftanın kaç günü çalışıldığına bakılmaksızın, iş sözleşmesi ile belirlenen süreyi çalışmalarını halinde hafta tatiline hak kazanacaklardır. Nitekim bu görüşe göre, hafta tatili hak edişinde yalnızca haftalık çalışma gününe bakılması yeterli ve yerinde olmayacaktır. Aksi halde haftanın 3 günü günde 8 saat (toplam 24 saat) çalışan işçi hafta tatili ücretine hak kazanamayacak, ancak haftanın 6 günü günde 3 saat (toplam 18 saat) çalışan işçi hafta tatiline hak kazanabiliyor olacaktır. Bu durumun ise açıkça

hakkaniyete aykırı olduğu, işçi lehine yorum ilkesi kapsamında değerlendirme yapıldığında, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye sözleşmede belirlenen çalışma sürelerinde çalışması halinde hafta tatili hakkı tanınması gerektiği belirtilmiştir.⁶

Bir başka görüş, İK m. 63 uyarınca işyerinde belirlenmiş haftanın tüm çalışma günlerinde çalışan kısmi süreli işçinin, hafta tatiline hak kazanabileceğine değinmektedir. Zira İK m. 63 yalnızca haftalık en çok çalışma süresini belirtmiştir, bu minvalde bu sürenin altında bir çalışma süresi belirlenebileceği açıktır. Bu durumda hafta tatiline hak kazanmak için haftada 45 saat çalışılması gibi bir zorunluluk söz konusu olamayacaktır.⁷ Fakat bu görüşün, bir haftada toplamda aynı süreyi çalışan kısmi süreli işçiler arasında ayrımcılığa yol açacağı gerekçesiyle eleştirildiği görülmektedir.⁸ Nitekim bu senaryoda, haftanın 6 günü günde 3 saat çalışan kısmi süreli işçi gibi haftanın 3 günü günde 6 saat çalışan işçi de haftada toplam 18 saat çalışma yapmış olacak, ancak yalnızca haftada 6 gün çalışan işçi hafta tatiline hak kazanabilecektir. Kaldı ki bu işçilerin aynı saatlik ücret üzerinden çalıştığı varsayımında, toplamda aynı süreyi çalışsalar dahi biri hafta tatili ücreti de alacağı için diğer işçiden daha fazla ücret elde etmiş olacaktır.⁹

Öğretilerde Süzek, haftanın sadece iki iş gününde çalışan bir işçinin hafta tatiline hak kazanamayacağını, bu çalışma süresinin dinlenme hakkı verilmesini gerektirmeyecek derecede kısa olduğunu belirtmekle birlikte, maddenin gerekçesinin bağlayıcılığının tartışma konusu olduğuna ve hafta tatiline hak kazanılması için çalışılması gereken minimum sürenin belirlenmesi gerektiğine değinmektedir. Zira yazar, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin, kanunen çalışılmış gibi sayılan sürelerle birlikte haftanın çalışılan günlerinde haftalık çalışma süresini doldurduklarında hafta tatiline hak ka-

5 ŞENTÜRK, a.g.e., s.90-91

6 ŞENTÜRK, a.g.e., s.92

7 Çağlar SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, “Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların Sosyal Güvenlik Sorunları”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2019, s.55; Aynı yönde Ömer UĞUR, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ücret”, İMHFD, C. VI, S. II, 2021, s.111 <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2005432>

8 SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, a.g.e., s.54

9 UĞUR, a.g.m. s.113

zanmış sayılmaları gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰ Benzer şekilde, kısmi süreli çalışan işçinin haftalık çalışma süresi önemli oranda daha az olduğundan, haftada 5 saat çalışan bir işçinin hafta tatiline hak kazanmasının dinlenme hakkının düzenleniş amacıyla bağdaşmayacağı, ancak kısmi süreli işçinin haftanın 7 günü çalıştırılmasının da maddenin özüne aykırı olacağı, bu nedenle kısmi süreli çalışan işçinin haftanın tüm iş günlerinde çalıştığı durumlarda hafta tatiline hak kazanmasının hukuken daha uygun olacağına savunulduğu da görülmektedir.¹¹

2.2. Hafta Tatili Ücretinin Hesabında Farklı Yaklaşımlar

Kısmi süreli çalışan işçilerin de hafta tatiline hak kazandığının kabul edilmesi halinde, bu işçilerin hafta tatili ücretinin nasıl hesaplanacağına da belirlenmesi gerekmektedir. Zira İK m. 46/2 uyarınca “Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir”.

Bu minvalde bir görüşe göre, İK m.49/3 “Saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti saat ücretinin yedi buçuk katıdır.” hükmü uyarınca haftada 45 saat çalışan tam süreli işçiye günlük 7,5 saat karşılığı hafta tatili ücreti ödeniyor ise; 7,5 saat, 45 saatin 1/6’sı olduğundan, kısmi süreli çalışan işçinin bir haftalık çalışması karşılığı olarak hak kazandığı ücretin 1/6’sının hafta tatili ücreti olarak ödenmesi gerekmektedir.¹² Ancak bu görüşün haftalık çalışma süresinin değişmesi halinde her bir hafta için ayrı ayrı hafta tatili ücreti belirlenmesine yol açabileceği sebebiyle pratik olmadığı yönünde eleştirildiği görülmektedir.¹³

Öğretide çoğunluğu oluşturan diğer bir görüşe göre ise, İK m.13/2 “Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli

emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.” hükmü uyarınca kısmi süreli çalışan işçinin haftalık çalışma süresine orantılı olarak hafta tatili ücretine hak kazanacağı kabul edilmelidir. Bu görüş kapsamında kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatili ücretinin; tam süreli emsal işçi ile kısmi süreli işçinin çalışma süreleri oranlanarak, ortaya çıkan oranın tam süreli işçinin hafta tatili ücretine uygulanması suretiyle bulunması gerekmektedir.¹⁴ İşçinin hafta tatilinde çalıştırılması durumunda ise, hafta tatilinde yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılması ve ücretin %50 zamlı ödenmesi gerektiği şeklindeki Yargıtay görüşünden ayrılmak gerektiği, zira kısmi süreli işçinin hafta tatilinde çalışması halinde dahi haftalık 45 saatlik çalışma süresinin üzerine çıkamayacağı, bu nedenle kısmi süreli çalışan işçinin hafta tatilindeki çalışmasının fazla sürelerle çalışma olarak görülmesi gerektiği ve işçiye, o gün için toplam 2.25 yevmiye ücret ödenmesi gerektiği isabetle ifade edilmektedir.¹⁵

3. YARGITAY’IN KONUYA İLİŞKİN GÜNCEL KARARI

Yargıtay, yakın tarihli bir kararında¹⁶ “İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesince davacının emeklilik sonrası dönem de kısmi süreli iş sözleşmesi ile günde üç saat çalışma esasına göre çalıştığı kabul edilerek bu döneme ilişkin hafta tatili ücret alacağı talebinde bulunmasının mümkün olmadığı belirtilmiş ise de, yukarıda da ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca hafta tatili, yedi günlük zaman dilimi içindeki yirmi dört saatlik dinlenme hakkını ifade etmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, tanık beyanlarına göre davacının pazar günleri temizlik yaptığı ve çöp topladığı kabul edilmiştir. Dosya kapsamından, davacının haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağının ödenmediği sabit olup, söz konusu alacağın emeklilik sonrası dönem için de kısmi süreli çalışma esasına

10 Prof. Dr. Sarper SÜZEK, *İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2020, s.837-838

11 SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, a.g.e., s.55

12 ŞENTÜRK, a.g.e.s.91-92

13 SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, a.g.e. s.57

14 SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, a.g.e., s.57; UĞUR, a.g.e. s.114; SEVGİ, a.g.e., s.130

15 SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, a.g.e., s.57; SEVGİ, a.g.e., s.131 (işçinin maktu ücretle çalışmadığı varsayımında)

16 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin, E.2020/3437 ve K. 2020/19928 sayılı, T. 23.12.2020 tarihli kararı. Benzer yönde: Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin, E.2016/21544, K.2017/19393 sayılı ve T.26.09.2017 tarihli kararı (Ancak Yargıtay’ın bu kararı, hafta tatili ücretinin hesabına ilişkin yaptığı yorum açısından eleştirilmiştir.)

göre yapılacak hesaplama ile hüküm altına alınması gerekmektedir.” şeklinde bir hüküm kurmuştur. İşbu karardan; haftanın tüm günlerinde çalışmış kısmi süreli bir işçinin hafta tatili ücretine hak kazanacağı, bir diğer deyişle haftanın 6 günü çalışmasıyla hafta tatiline hak kazanmış sayılacağı ancak hafta tatilinde de çalıştırılması sebebiyle işçiye hafta tatili ücreti ödenmesi gerekeceği anlaşılmaktadır. Bu yorumun İK m.46'da yer alan *“63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme”* ibaresi ile de örtüştüğü görülmektedir. Kararda işçinin hafta tatili ücretinin de kısmi süreli çalışma esasına göre yapılacak hesaplamayla bulunması gerektiğine değinilmiştir.

Yargıtay'ın bu kararıyla birlikte artık kısmi süreli çalışan işçilerin çalışma düzenleri bakımından bir ayrıma gittiği görülmektedir. Ancak salt bu kararın, Yargıtay'ın mevcut içtihadını değiştirdiği anlamına gelmeyeceğini de belirtmek isteriz. Nitekim Yargıtay, söz konusu kararında konuyu tam anlamıyla değerlendirmemiş, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin hangi durumlarda hafta tatiline hak kazanacağına ilişkin genel bir yorumda bulunmamıştır. Ancak Yargıtay'ın, haftanın tüm günlerinde çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatiline hak kazanacağı görüşüne ağırlık verdiği görülmektedir.

SONUÇ

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin hafta tatiline hak kazanıp kazanamayacakları hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu işçilerin hiçbir zaman hafta tatiline hak kazanamayacağını iddia eden görüşler bulunduğu gibi, belirli koşulların sağlanması halinde kısmi süreli çalışan işçilerin de hafta tatiline hak kazanabileceğini savunan görüşler mevcuttur. Yargıtay'ın konuya ilişkin farklı yönde verdiği kararlar ve öğretideki bu görüş farklılıkları dikkate alındığında, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin hafta tatili hak edişine ilişkin kanuni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulduğu açıktır. Nitekim bu görüşlerin kuvvetli temellere dayandığı ancak oldukça haklı eleştirilere de maruz kaldığı

görülmektedir. Mevcut düzenlemede ise Yargıtay'ın süregelen içtihatları ile, kısmi süreli çalışmasına rağmen yoğun bir tempoda iş gören işçiler (birden fazla işveren nezdinde kısmi süreli çalışan, haftanın tüm iş günlerinde kısmi süreli çalışan vb.) bu zamana kadar hafta tatili hakkından mahrum kalmıştır.

Yargıtay'ın yukarıda yer verilen 23.12.2020 tarihli kararı ile geline nokta, öğretideki eleştiriler de göz önüne alındığında, Yargıtay'ın kısmi süreli çalışan işçilerin hafta tatiline hak kazanamayacağına yönelik süregelen içtihadının değişme ihtimâli bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna binaen, İK m.46 lafzının dikkate alınarak o işyerindeki haftanın tüm iş günlerinde (5-6 gün) çalışacak kısmi süreli işçiler için hafta tatili hakkı tanınmasında yarar bulunacağı kanaatindeyiz. Zira Yargıtay da güncel kararında, haftanın 7 günü çalışan kısmi süreli işçiye hafta tatili ücretinin ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Her ne kadar hafta tatili kesintisiz 24 saat kullanılması gereken bir hak olduğundan bölünebilir olmasa da hafta tatili ücreti niteliği dolayısıyla bölünebilir bir haktır. Bu minvalde, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler hafta tatiline hak kazandığı takdirde hafta tatili ücretinin, İK m.13 uyarınca tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye oranlanarak ödenmesi riskten uzak bir yaklaşım olacaktır.

Tüm bu değerlendirmelerimizin yanı sıra eklemek gerekir ki işverenler, kısmi süreli çalışan bir işçiye hafta tatiline hak kazanamamasına rağmen kendi inisiyatifleri ile elbette hafta tatili hakkı tanıyabileceklerdir. Ancak bu durumda söz konusu uygulama, belirli bir süre devam etmesi halinde işçilerde haklı bir beklenti uyandırarak işyeri uygulaması haline gelebilecek ve ileride bu uygulamanın değiştirilmesi, çalışma şartlarında esaslı değişiklik teşkil edebilecektir.

ÇALIŞANIN ELEKTRONİK ORTAMDAKİ İLETİŞİMİNİN GÖZETİMİ VE DENETİMİ

Muhammet Fatih YILDIZ
Avukat

Bengisu ÖZBEK
Stj. Avukat

ÖZET

İşverenin çalışanın faaliyetleri üzerinde gözetim ve denetim yapma hakkı 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmediğinden, bu hakkını kullanırken uyması gereken ilke ve esaslar konusunda belirsizlikler mevcuttur. Bu bağlamda, işverenin elektronik ortamda yapacağı gözetleme ve denetleme faaliyetlerinin sınırlarını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın konu ile ilgili olarak vermiş oldukları kararlar çizmektedir. Dolayısıyla, anılan yüksek yargı mercilerinin vermiş oldukları kararlar ve doktrin görüşleri uyarınca, işverenin gerçekleştireceği gözetleme ve denetleme faaliyetleri öncesinde, çalışanları bu faaliyetlerin gerçekleştirileceği hakkında ve kapsamına ilişkin olarak açık, detaylı ve net bir şekilde bilgilendirmiş olması gerekmektedir. İşveren, ayrıca gerçekleştireceği gözetim ve denetim faaliyetlerinde ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket etmelidir.

Anahtar Kelimeler: Çalışan, İşveren, Hak, Yetki, Elektronik Ortam, Gözetim, Denetim.

GİRİŞ

Covid-19 pandemisi ile birlikte iş hayatında oldukça yaygın bir şekilde uygulanmaya başlanan uzaktan çalışma modeli, gerek işverenler gerekse de çalışanlar nezdinde birçok belirsizliği beraberinde getirmiştir. İşverence uzaktan çalışanın ne derece ve nasıl denetlenebileceği, bu denetleme yetkisinin kullanılmasında çalışanın hangi haklarının ne ölçüde kısıtlanabileceği, uygulanabilecek çözüm yollarının neler olduğu ve uygulanacak kuralların belirsizliği hem çalışanı hem de işvereni oldukça zorlamaktadır. İşverenin yapacağı gözetim ve denetim faaliyetlerinin icra edilmesi esnasında uyması gereken birtakım sınırlamalar olmakla birlikte, işverenin bu hakkını hiçbir şekilde kullanamayacağından bahsetmek de doğru olmayacaktır. Bu bağlamda makalemizde, işverenin yürütece-

ği gözetim ve denetim faaliyetlerinin hem anayasal ilkeler hem de mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde değerlendirmesi yapılacaktır.

1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ("Anayasa") 13. maddesi uyarınca, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.". Anayasa'nın 13. maddesi, 7. maddesi¹ ile birlikte değerlendirildiğinde temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamanın TBMM tarafından çıkarılacak bir kanunla yapılması gerekmektedir. Kanunla yapılacak sınırlama ise Anayasa'nın 2. maddesinde² düzenlenen hukuk devleti ilkesi gereğince, muhatabı tarafından öngörülebilir olmalıdır. Anayasa'ya uygunluk açısından yapılan sınırla-

1 T.C. Anayasası:

Madde 7

"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."

2 T.C. Anayasası

Madde 2

"Türkiye Cumhuriyeti, 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."

ma, anayasal ilke ve esaslar ile demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalıdır³. İlaveten; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) kararlarında, insan haklarına yönelik olarak getirilen kanuni sınırlamanın, toplumsal bir ihtiyaca dayanması gerektiğini de özellikle vurgulamaktadır⁴. AİHM “*Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*” kararında, haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı kabul edilebilmesi için kanunla düzenlenmesi ve düzenlemenin ilgili çalışan tarafından öngörülebilecek şekilde açık ve ulaşılabilir olması gerektiğini ifade etmiştir⁵.

Temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması mahiyetindeki izleme faaliyetlerinde ölçülülük ilkesi ayrıca önem arz etmektedir. AYM, kararında “*sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen orantılılık*” şeklinde ölçülülük ilkesinin unsurlarını açıklayarak unsurların önemini vurgulamıştır⁶. Yargıtay uygulamasında ise ölçülülük ilkesi, “*Uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır.*” şeklinde açıklanmaktadır⁷. Bu itibarla, işverenler uzaktan çalışma esnasında çalışanın faaliyetlerinin izlenmesine ilişkin tercih ettikleri yöntemlerde ölçülülük kriterlerine riayet etmelidir.

2. ÇALIŞANIN İLETİŞİMİNİ İZLEME YÖNTEMLERİNİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşverenin, işin yürütümü ve yasal düzenlemeler (toplu iş sözleşmeleri, yasalar, iş sözleşmesi) çerçevesinde çalışanların davranışlarının belirli bir düzende kalmasını sağlama hakkı ve yetkisi söz konusudur. Ayrıca, işveren, işin görülmesi için gerekli organizasyonu sağlamak ve yapılacak işin içeriğini belirleyerek çalışana talimat vermek konusunda yetkilidir⁸. Bununla beraber, işveren, hak ve yetkilerini kullanırken; emredici hükümlere, kamu düzeni veya kişilik haklarına (TBK madde 27⁹) ve dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 2¹⁰). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (“TBK”) 417/1.¹¹ maddesi ise işverenin çalışanın gözetme borcu kapsamında çalışanın özel hayatının gizliliği hakkı ile ifade özgürlüğünü güvence altına almaktadır.

Yukarıda belirtilen yetki ve yükümlülükler ek olarak, işverenin, çalışanın iş görme edimini gereği gibi yerine getirip getirmediğini denetleme konusunda da yetkisi bulunmaktadır. Konuya ilişkin AYM ve AİHM’nin vermiş olduğu kararlar doğrultusunda, işverenin, çalışana yönelik yapmış olduğu gözetleme ve denetleme faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağlayabilmek için aşağıda etraflıca açıklanacak ilke ve esaslara titizlikle riayet etmesi büyük önem arz etmektedir.

İşverenin, çalışanın kullanımına sunduğu iletişim araç ve içeriklerini incelemesinde **geçerli, ciddi ve meşru amaçlarının olması** ve bu

3 TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 236-240,

4 İNCEOĞLU, Sibel., *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.32-33

5 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 25.03.1985 tarihli *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı,

6 T.C. Anayasa Mahkemesi’nin 04.07.2013 tarih ve E.2012/100 sayılı kararı.

7 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 24.06.2019 tarihli ve E.2019/4548 sayılı kararı.

8 Öztunay, Begüm, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Işığında İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları”, 2019, s. 74 v.d.

9 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 27- “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

10 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 2 – “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

11 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 417/1- “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”

amaçları belirlerken işin ve işyerinin özelliklerini de gözetmesi gerekir. Gözetleme ve denetleme yetkisinin kullanımı kesinlikle keyfiyet içermemelidir. Şeffaflığın sağlanması adına iletişimin denetleneceği hallerde çalışanlara -somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde- uygun bir yöntem ile en azından kişisel verilerin işlenmesinin hukuki dayanak ve amaçlarını, denetleme ve veri işleminin kapsamını, verilerin saklanacağı süreyi, ilgili kişilerin haklarını, denetleme ve işleminin sonuçlarını, verilerin muhtemel yararlanıcılarını ve iletişim araçlarının kullanımına ilişkin olarak öngörülen sınırlamaları içerir **bir ön bilgilendirmenin yapılması** gerekmektedir. Yazılı yapılan bilgilendirme şeffaflığın sağlanmasına önemli ölçüde katkı sağlayacaktır. Çalışanın temel haklarına yönelik yapılan müdahalenin gerekli kabul edilebilmesi için aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmaması ve **müdahalenin ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olması** gerekmektedir. Çalışanın kişisel verilerinin korunması ve haberleşme haklarına yapılan müdahale, ulaşılmak istenen **amaç ile ilgili ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı** ve sonucunda elde edilen veriler hedeflenen amaç doğrultusunda kullanılmalıdır. Çalışanın anılan anayasal haklarına yapılan müdahalenin orantılı kabul edilebilmesi için ise iletişimin denetlenmesi ile işlenecek veya herhangi bir şekilde yararlanılacak veriler ulaşılmak istenen **amaçla sınırlı olmalı** ve bu amacı aşacak şekilde sınırlama veya müdahaleye başvurulmamalıdır. İlâveten, işveren, yapacağı gözetleme ve denetleme faaliyetlerinde İK madde 5'te düzenlenen eşit davranma yükümlülüğünü ihlâl etmemelidir¹². İletişim araçlarının gözetlenme ve denetlenmesinin çalışanın üzerindeki etki ve sonuçları değerlendirilerek çalışan taraf menfaatleri adil bir biçimde dengelenmelidir.

2.1. Çalışanın Maillerinin İşveren Tarafından Denetlenmesi

Çalışanın maillerinin kontrolü işverenin

yönetim hakkı kapsamında gerçekleştirdiği bir denetleme faaliyeti olup bu hususta, çalışanın uzaktan ya da ofis ortamında çalışması herhangi bir farklılık meydana getirmeyecektir. İşveren, çalışanın yalnızca işe ilişkin maillerini inceleme konusu yapmalıdır. Zira, işverenin, işle ilgili olmayan mailleri inceleme konusu yapması çalışanın hem özel hayat hem de haberleşmenin gizliliği haklarına yapılan bir müdahale niteliğinde olduğundan somut olay bağlamında hukuka aykırı olarak kabul edilebilecektir¹³. Nitekim, kurumsal e-posta hesabının içeriği işvereni tarafından incelenen ve hesaptaki yazışmalar gerekçe gösterilerek iş sözleşmesi feshedilen başvurunun yaptığı bireysel başvuru sonucunda AYM, işverence yapılan denetlemenin, sadece inceleme amacıyla yukarıda belirtilen ilkelere uygun olarak yapıldığı ve denetleme sonucu elde edilen verilerin sadece yargı sürecinde kullanıldığı gerekçeleriyle, somut olayda işverence yapılan denetleme faaliyetinin başvurunun kişisel verilerinin korunması ve haberleşme haklarını ihlâl etmediğine hükmetmiştir¹⁴.

Maillerin incelenmesinde önem arz eden bir diğer husus bildirimdir. Yapılacak olan bildirimle çalışana açıkça işle ilgili e-maillerinin incelenebileceği belirtilmelidir. AİHM "*Barbulescu*" kararında, denetleme faaliyetinde çalışana usulüne uygun bir bildirim yapılmamış olmasını, somut olayda diğer ilkelerin hepsi işveren tarafından gözetilmiş olmasına rağmen, çalışanın özel hayatının gizliliği hakkının ihlâl olarak nitelendirmişti¹⁵.

AİHM vermiş olduğu "*Copland v. Birleşik Krallık*" kararında¹⁶ işverenin gözetleme ve denetleme yetkisine ilişkin yaklaşımını etraflıca ifade etmiştir. İşbu kararında AİHM sadece çalışanın temel haklarını korumakla kalmamış; aynı zamanda işverenin de meşru menfaatlerini göz önünde bulundurmuştur. Bahse konu kararda, çalışanların tüm iletişim faaliyetlerinin ayırım yapılmaksızın gözetlenmesi AİHS

12 ÖZTUNAY, a.g.m., S 74 vd.

13 Üstün Yasin. ve Günal Ayşe. N., (2020). *İş İlişkilerinde Bazı Yaygın Uygulamaların Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi*, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. 2(2), ss. 61-74.

14 T.C. Anayasa Mahkemesi'nin 12.01.2021 tarihli ve E. 2018/31036 sayılı kararı

15 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 5.09.2017 tarihli *Barbulescu v. Romanya* kararı

16 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 03.04.2007 tarihli *Copland v United Kingdom* kararı

madde 8 kapsamında incelemeye tabi tutulmuş; bununla birlikte, işverenin çalışanların faaliyetlerini hiçbir şekilde gözetlemeyeceği veya denetlemeyeceği şeklinde bir sınırlamanın getirilemeyeceği de özellikle belirtilmiştir. İlâveten, başvurusunun işyerinde yapılan telefon görüşmelerinin, haberleşmelerinin ve e-postalarının AİHS'nin 8. maddesi kapsamında korunduğu; ancak işverenin de demokratik toplum için gerekli olma gibi meşru bir gerekçeyle gözetleme ve denetleme yetkisini kullanmasının hukuka uygun olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, işverenin gerçekleştireceği gözetim ve denetim faaliyetlerine ilişkin çalışana bilgilendirme yapmasını oldukça önemli bulan AİHM, kararında, bilgilendirme yapılmadığı takdirde, çalışan, işverence elde edilen bilgilerin gizli kalacağı yönünde haklı bir beklentiye sahip olacağı için işverenin çalışanına herhangi bir bilgilendirme yapmaksızın gerçekleştireceği denetleme faaliyetinin hukuka uygun olmayacağını belirtmiştir¹⁷.

2.2. Çalışanın Kamera ile Denetlenmesi

Anayasal düzenlemeler bir bütün olarak dikkate alındığında, çalışanın kamera ile izlenmesi, çalışanın özel hayatının gizliliği ve kişisel verilerinin korunması haklarına bir müdahale niteliğindedir. TBK madde 417/1 uyarınca “İşveren, hizmet ilişkisinde çalışanın kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle çalışanların psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” Mesleki faaliyetlerin çalışanın özel hayatına dahil olduğu gerek AYM gerekse de AİHM kararlarında kabul edilmiştir. Bu bağlamda, işyerinde çalışanın disiplini ve güvenliğini, çalışanın veriminin ölçülmesini, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak vb. amaçlarla kamera ile izleme yapılması halinde çalışanın özel hayatının gizliliği ve kişisel verilerinin korunması hakları ile işverenin yönetim hakkı çatışacaktır.

Öte yandan, işverenin, hiçbir gözetim ve denetim yetkisi olmadığını kabulü de mümkün değildir. Uzaktan çalışan çalışanın kamera ile denetlenmesi, işverenin ofiste yapılan çalışmayı denetlemesi ile aynı şartlar altında yapılamayacaktır. Zira, işverence kamera yerleştirilerek veya sürekli bilgisayar mikrofonunu açık tutması talep edilerek uzaktan çalışan çalışanın çalışması ve çalışma ortamının gözetlenmesi ve denetlenmesi çalışanın özel hayatına müdahale niteliğinde olacaktır. Bunun yanı sıra işveren, bilgisayar programları ile sınırlı sürelerle ve iş saatleri içinde kalacak şekilde çalışanın iş bilgisayarını denetleyebilecektir¹⁸.

2.3. Çalışanın İletişim Cihazlarındaki İnternetin İşveren Tarafından Denetlenmesi

İşverence yürütülecek gözetleme ve denetleme faaliyetlerinin kapsamı, çalışanın kullanmakta olduğu bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarının işveren tarafından temin edilmiş olup olmamasına göre değişkenlik gösterecektir.

Bilgisayar, internet gibi bilgi ve iletişim teknolojisi araçları çalışana ait olup da iş amaçlı kullanılıyorsa, işverenin internetin kullanımına ilişkin gözetleme ve denetleme yapması çalışanın özel hayat ve haberleşmenin gizliliği haklarının ihlâli sonucunu doğuracaktır¹⁹. Bu hususta yaygın görüşe göre, her yeni önlem ve denetimden önce çalışanın ayrıca rızasının alınması gerekmektedir. Özel hayat ve haberleşmenin gizliliği haklarının ihlâlini önlemek amacıyla işveren, gözetleme ve denetleme faaliyetleri kapsamında yapacağı eylemleri çalışana yazılı olarak bildirmelidir²⁰.

Bilgisayar, internet gibi bilgi ve iletişim teknolojisi araçları işverence sağlanmışsa, işveren iş görme borcunun ifası için temin ettiği araçların ne şekilde kullanılacağını belirleme yetkisine sahip olduğundan, bu araçların özel olarak kullanımını tümünden yasaklayabileceği

17 Dülger, Murat, V., “Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında İşçilere Ait İletişimin İşveren Tarafından Gözetlenmesi”, 2021.

18 Dilek, D. DULAY, “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2016, s.250

19 DULAY, a.g.e., s. 229

20 DULAY, a.g.e., s. 229

gibi belirli sınırlamalar çerçevesinde buna izin de verebilir²¹. Ayrıca, işverenin çalışanın özel amaçlı internet kullanımına izin vermediği durumlarda, talimat ve sözleşmeye uygun davranılıp davranılmadığını kontrol etmek amacıyla internetteki aktivitelerini ve internet kullanımını denetleme yetkisinin de bulunduğu kabul edilmektedir²². Zira, bu durumda, işverenin internet kullanımının kontrolüne ilişkin menfaati, çalışanın kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaati karşısında ağır basacaktır²³.

Özel amaçlı kullanım izninin gerek içerik gerek süre bakımından sınırsız bir biçimde verilmiş olduğu hallerde, işverenin gözetleme ve denetleme yapması çalışanın özel hayatının gizliliği hakkını ihlâl niteliğinde olacaktır. Buna karşın, işverence çalışanın internet kullanımının süreyle veya girilecek sitelerle sınırlandırıldığı durumda yapılan kısıtlamaya uygun bir gözetleme ve denetleme yapılması ölçülülük yönünden sorun teşkil etmeyecektir²⁴. Bunun yanı sıra işverenin, açıkça internetin özel amaçlı kullanımını yasaklamasına rağmen çalışanın aksine davranışta bulunması halinde, bu durum somut olay bağlamında fesih nedeni olarak kabul edilebilecektir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007/27583 E. 2008/5294 K. sayılı ve 17.3.2008 tarihli kararı)²⁵.

SONUÇ

İlgili mevzuatlar ve yargı kararları uyarınca, işveren çalışanın faaliyetlerine ilişkin elektronik

gözetleme ve denetleme hakkını; çalışanın maillerinin denetlenmesi, kamera ile denetlenmesi veya internetinin denetlenmesi suretiyle kullanılabilecektir. İşverenin gözetleme ve denetleme faaliyetleri esnasında kendi meşru menfaatleri ile çalışanın hakları arasındaki dengeyi gözetmesi gerekmektedir. Nitekim, işverenin çalışanın haklarına yönelik müdahalesinin hukuka uygun olabilmesi için; meşru bir amaca yönelik olarak yapılması ve müdahale hakkında çalışanın önceden bilgilendirmiş olmasının yanı sıra, yaptığı müdahalenin amaçla sınırlı (orantılılık), hedeflenen amaç ile ilgili ve amacı gerçekleştirmeye elverişli (elverişlilik), gerekli (gereklik) ve elde edilen verilere erişebilecek kişilerin sınırlı sayıda olması gerekmektedir.

21 Zeki, OKUR., "İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet'i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişisine Etkisi", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C.8, S.2, S. 53 vd., 2005; Dilek, D., DULAY, a.g.e., s. 227.

22 OKUR, a.g.m., S.175-176; DULAY, a.g.e., s. 230.

23 OKUR, a.g.m., S.175-176; DULAY, a.g.e., s. 230.

24 OKUR, a.g.m., S. 176-177; Dulay, a.g.e, s. 230.

25 "İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır. Bir başka anlatımla, örtülü veya iş sözleşmesi ile açıkça internetin özel olarak kullanılabileceğine dair izin yoksa işçi işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamaz. Ancak bu yasak istisnaen acil durumlarda ve işine ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir şekilde delinebilir. Özel amaçlı kullanım izni verilmiş olsa dahi, işçi internet ya da e-mail iletişim sistemi kullanılarak sınırsız kullanımına meşru değildir. İşçiye interneti özel amaçlı kullanımı sadece açık irade beyanı ile verilmesi şart değildir. Bu yönde izin örtülü olarak da verilebilir. İşyerinde en az altı ay boyunca işveren tarafından özel amaçlı kullanımın farkedilmesine rağmen ses çıkarılmamış olması, örtülü izin olarak değerlendirilmelidir. Ancak bu surette işçinin, işverenin gelecekte de ses çıkarmayacağına dair haklı güveninden bahsedilebilir. Keza, işverenin dinlenme odasında internet bağlantısı olan bilgisayarları işçilerin kullanımına tahsis etmesi de örtülü izin olarak görülmelidir. (...). İşçinin, işverenin açıkça yasaklamasına rağmen interneti özel amaçlı kullanmasında önceden ihtar gerek olmaksızın iş sözleşmesi feshedilebileceği gibi; işçinin pornografik resimleri videoları işletmenin veri taşıyıcısına indirmesi ve yüklemesi halinde ihtar gerek yoktur. Zira internetin her kullanımı bilgisayarda bir iz bırakır ve uzman üçüncü kişiler hangi internet bağlantısından hangi sayfalara girildiğini rahatlıkla tespit edebilirler. Bu suretle işverenin kamuoyu nezdindeki şöhreti önemli ölçüde zarar görebilir." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2007/27583 sayılı ve 17.03.2008 tarihli kararı).

TELİF ESERLERİNİN İHLÂLİNDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Oğulcan DOĞAN
Avukat

Rüya SOFİ
Avukat

Burak YILMAZ
Stj. Avukat

ÖZET

İnsanın düşünsel çabası sonucu ortaya çıkan eserler genel anlamda “fikri ürün” olarak anılmaktadır. Bu fikri ürünler üzerindeki maddî ve manevî haklarının bütünü ise “telif hakkı” olarak adlandırılır. Düşünsel çaba sonucu meydana gelen fikri ürünlerin korunmaması, eser sahiplerindeki yaratıcılığın azalmasına ve toplumun entelektüel seviyesinin giderek yok olmasına yol açar. Ancak eser sahiplerinin telif haklarının aşırı derecede korunması; söz konusu fikir üzerinden yeni geliştirmelerin yapılamaması ve dolaylı olarak kamusal kullanımın sınırlanması, toplumun gelişmemesine neden olacaktır. Bu nedenle, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda eser sahibinin bazı haklarının, kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde izin alınmadan kullanılmasının hukuka uygunluğu düzenlenmiştir. Kanun tarafından getirilen bu sınırlamalar hukuka aykırılığı ortadan kaldırır, dolayısıyla eylem tecavüz oluşturmaz. Bu çalışmamızda, kanunda düzenlenen uygunluk halleri detaylı bir biçimde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Fikri Ürün, Telif Hakkı, Hukuka Uygunluk, Sınırlamalar, Telif Serbestisi.

A. GENEL OLARAK HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Telif hakkı korumasının gündeme gelebilmesi için öncelikle bu hakka bir ihlâlin olması gerekmektedir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda (“FSEK”) eser sahipliğinden kaynaklanan yetkilerin eser sahibinin izni olmaksızın, başkaları tarafından kullanılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile hak sahibinin rızası dışında, eser sahipliğinden kaynaklanan yetkilerin başkaları tarafından kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmeyecek bir diğer ifade ile herhangi bir ihlâl oluşturmayacaktır.

FSEK m.30 kamu düzeni gereğince sınırlama; FSEK m. 31-37; genel çıkar (kamu yararı) nedeniyle sınırlama; FSEK m. 38-41 (özel çıkar nedeniyle sınırlama; FSEK m. 42-43) hükümete verilen yetkiler nedeniyle sınırlama; FSEK m. 46 devletin faydalanma yetkisi nedeniyle sınırlama ve FSEK m. 47 kamuya mal etme nedeniyle sınırlama, kanunda sınırlı sayıda sayılan

hukuka uygunluk nedenleridir. Kanun tarafından getirilen bu sınırlamalar aşıldığında ya da şartlar yerine getirilmediğinde, eser sahibinin hakkının ihlâli meydana gelecektir.

B. KAMU YARARI VE KAMU DÜZENİ

1. Mevzuat ve İçtihat Serbestliği

FSEK’in 31 maddesinde yer alan, “Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya herhangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.” hükmüyle resmi olarak mevzuat ve yargı kararından yararlanmak serbest kılınmıştır. Kaldı ki mevzuat ve içtihatlar, genellikle sahibinin hususiyetini taşımadığından telif eser niteliği taşımamakta olup bazı hallerde eser niteliğini haizdir.¹ Eser niteliği taşıyan mevzuat ve içtihatlar FSEK kapsamında korunduğundan, kullanılmalarının eser sahibinin iznine bağlı olacağı aşıkardır. Ancak toplumsal yararı göz önüne alan kanun koyucu bu konuda tam bir serbesti tanımıştır.²

Bu maddenin kapsamı mevzuat ve içtihatlar ile sınırlıdır. Ancak doktrinde, kanun

1 Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara, 1972, s.157;

2 Ayşe Gökçen Karaisoğlu, *Türk Hukukunda Telif Eserlerin Korunması*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s.79

çalışmaları kapsamında gerçekleştirilen müzakereler, tasarılar ve kanun tekliflerinin de söz konusu serbestinin kapsamına girmesi gerektiği belirtilmektedir.³ Resmi makamlarca hazırlanan benzer nitelikteki karar ve belgelerin de serbesti kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de öğretide tartışmalı bir diğer meseledir. Yargıtay bir kararında resmi organlarca yapılan kurum içi faaliyetlerin yayınlanmasının anılan istisna hükmünün dışında tutulması gerektiğini, mevzuat ve içtihat serbestliği kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁴ Kanunda sayılmayanlar dışında bir şirkete ait sözleşme, teknik şartname, bir avukata ait dilekçe gibi özel hukuka ait metinler de bu madde kapsamında değerlendirilemez. Zira bunlar mevzuat veya içtihat metni değildirler.⁵ Bu noktada eser olarak değerlendirilen bu metinler üzerinde telif hakkı ihlâli gündeme gelebilecektir.

2. Nutuk ve Sözlerin Serbestliği

FSEK'in 32. maddesiyle “*Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir.*” yalnızca sözlü olarak dile getirilen söylemlerin serbestliği de belirlenmiştir. Söz konusu serbesti; yer, amaç ve araç bakımından çeşitli şekillerde sınırlandırılmıştır. Kanun ifadesinde söz ve nutukların “umumi yerlerde okunmasını, radyo ve başka suretlerle yayımlanmasını” hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmiştir. Bu kapsamda maddenin kitle iletişim araçlarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir.⁶

3. Temsil Serbestliği

FSEK'in 33. maddesinde yer alan, “*Yayımlanmış bir eserin; tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya*

dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutlak şekilde açıklanması şartıyla serbesttir.” hükmü uyarınca eğitim ve öğretim kurumlarında, yayımlanmış bir eserin yüz yüze eğitim amacıyla kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve adının açıklanması şartıyla temsili serbest kılınmıştır.

4. Eğitim ve Öğretim Amacıyla Seçme ve Toplama Eser Serbestisi

FSEK'in 34. maddesiyle “*Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir.*” eser sahibinin izni olmaksızın eğitim ve öğretim amacıyla farklı eserlerin bir araya getirilmesiyle faydalanılmasını hüküm altına almıştır. Söz konusu yararlanmada önemli olan, temsilin hitap ettiği kitleden, “kâr amacıyla” ücret alınmamasıdır.

Doktrinde, kâr amacı güdülmese dahi oluşturduğu seçme ve toplama eserle verdiği eğitimin kalitesini artırarak kendisini ve eğitimini daha değerli bir hale getiren eğitim kurumlarının durumlarının belirsiz olduğuna dikkat çekilmiştir. Fakat böyle bir durumda eğitim faaliyetinin düzenlendiği ve bu şekilde faydalanmanın gerçekleştirildiği kurum/kuruluştan, dolaylı kâr elde edildiği gerekçesiyle bedel istemek yerinde olmayacaktır. Kaldı ki bu oluşturulan bu eserle eğitimin kaliteli hale gelip gelmediği ve yahut elde edilen kârın tespiti oldukça zordur. Kanunun tanıdığı sınırlar içerisinde gösterdiği faaliyetlerle işletmesini daha değerli bir hale getirmek her kurum ve kuruluşun kanuni hakkı olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.⁷ Bu kurum ve kuruluşlara seçme ve toplama eser serbesti tanınmaması veya elde ettiği kâr bakımından kuruma uygulamalarda bulunulması eğitim kalitesini kötü etkileyecektir.

3 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku, Beşinci Baskı, İstanbul 2012, s.201.*

4 Yargıtay II. HD., 23.11.2017 T., 2016/3747E., 2017/6526K., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.02.2020.

5 Tekinalp s.201

6 Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 5. Baskı, Ankara 2019, s.335.*

7 Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s.439.*

5. İktibas Serbestisi

FSEK'in 35. maddesiyle " **i**) Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması, **ii**) Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması, **iii**) Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması, **iv**) Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi" alenileşmiş eserlerden belirli şartlara iktibas (alıntı) yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucunun iktibas eser sahibinin mali yetkilerini sınırlandırmak suretiyle bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmesindeki amaç, bilgiye erişimin sağlanmasıdır.⁸ İktibas gerçekleştirilirken, kaynağının açıkça gösterilmesi gerekmekte ve "maksadın haklı göstereceği nispet" aşılmamalıdır.⁹

T.C. Yargıtay II. Hukuk Dairesi'nin E.2020/1399, K.2021/1927 sayılı kararında,

"5846 sayılı FSEK'in 35. maddesi uyarınca, alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının başka bir ilim ve edebiyat eserine iktibas suretiyle alınması caizdir. Hukuka uygun bir iktibasın varlığı için kullanılan eserin ve eser sahibinin adı ile bu kısmın alındığı yerin belirtilmesi gerekir. Ancak davalı tarafça yayınlanan ve senaryonun işlenmesiyle oluşturulan eserin türü gözetildiğinde usulü dairesinde geçerli bir atfın varlığının da kabulü gerekir. Bu durumda eser sahibinin isminin belirtildiği nazara alınarak manevi tazminatın takdir edilmemesi gerekirken bu husus gözetilmeksizin karar verilmesi de doğru görülmemiştir."

gerekçeleri ile eserin adı ve eser sahibinin adı ile kullanılan kısmın bilgisinin verilmesi hukuka uygun bir iktibasın varlığı için yeterli görülmüştür.

6. Yazılı, Sözlü, Görsel Medyada Çıkan Haberler

FSEK 36. ve 37. maddelerinde basın iktibasları

⁸ Karasioğlu, s.87

⁹ Öztan, s.462

¹⁰ İsmail Cem Soykan, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Basın İktibasları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2009, s.191.

¹¹ Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, Ankara 2001, s.293.

düzenlenmiştir. FSEK'in 36. maddesi "Basın Kanunu'nun 15. maddesi hükmü mahfuz kalmak üzere basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir. Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahten mahfuz tutulmamaşa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir. İktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması caizdir." şeklindedir.

FSEK'in 37. maddesi ise "Haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayılması serbesttir. Bu serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Vatandaşlarının ülkede olup biten gelişmelerden haberdar olabilmeleri için, devletin gerekli tedbir ve imkânları sağlaması gerekmektedir. Kaldı ki basında yer alan fikir ürünlerinin çoğu bir durumu ya da olayı aktardığı için eser niteliğini haiz değildir. Zira basın kaynaklı iktibasların amacı ortaya yeni bir eser koymak değil, kamunun haber alma ihtiyacını karşılamaktır.¹⁰ Alıntı yapılırken kaynağın yayımlanması ve yapılan alıntının gündelik gelişmeleri aktarma amacını aşmaması gerekmektedir.¹¹ Yine aynı şekilde, bu haberlerin çoğaltılması, yayılması, temsili ve medya araçlarıyla yayınlanması serbest olup bu yayımlama amaca uygun ve makul ölçülerde olmalıdır.

C. KİŞİ YARARINA MENFAAT DÜŞÜNCESİ

1. Şahsen Kullanım ve Çoğaltma Serbestisi

FSEK'in 38. maddesinde yer alan, "Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen

kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.” ifadesiyle şahsen kullanımın sınırları ifade edilerek bir eserden yararlanacak olan kişinin eseri kendi veya dar çevresinde kullanmak üzere çoğaltabileceği hüküm altına alınmıştır.

Kişisel kullanım serbestisinden yararlanılması için kâr amacı bulunmamalı ve eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermeyen bir çoğaltma işlemi olmalıdır. Öğretide, kişisel amaçla yapılan çoğaltmaların belli bir sayıyı aşmayacağı; kişisel kullanımı aşar nitelikte yapılan çoğaltmaların sınırın aşıldığına karine teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bir görüşe göre kural olarak eserin tek bir nüshası ile yapılan çoğaltma bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹² Diğer bir görüşe göre ise çoğaltmanın tek bir nüsha ile sınırlandırılmaması, kişinin kendi ihtiyacının yanı sıra yakın çevresinin de kullanımına yetecek miktarda sınırlandırılması gerekmektedir.

Maddenin devamında, bilgisayar programları açısından da serbesti sağlanmıştır. Sözleşmede aksi öngörülmediği sürece bir bilgisayar programının yasal kullanıcısının programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi, kullanım için gerekli olduğu sürece yedekleme kopyası yapması gibi eylemlerinin sözleşme ile engellenemeyeceği belirtilmiştir.

T.C. Yargıtay II. Hukuk Dairesi'nin E.2019/364, K.2020/3698 sayılı kararında,

“Yapılan yargılama ve saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmasına davacının davaya konu bilgisayar programını öbür boyu lisans seçeneği ile satın almasına ve satın aldığı bilgisayar programını 5846 sayılı FSEK'nın 38. maddesi uyarınca bir adet yedekleme yapma hakkı da dahil çalıştırma

ve kullanma hakkının sözleşme ile dahi önlenemeyecek olmasına ve davacı birleşen dosya davasına isnat olunan fiillerin şahsi kullanım istisnası kapsamında bulunması göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.”

gerekçeleri ile FSEK'in 38. maddesine atıfta bulunularak bilgisayar programının bir adet yedekleme yapma hakkının sözleşme ile dahi önlenemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur.

2. Teşhir ve Yayma Serbestisi

FSEK'in 40. maddesinde yer alan, “Umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir. Bu salahiyet mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır.” hükmü ile telif eserlerin çoğaltılması ve teşhir edilmesine ilişkin sınırlandırma düzenlemiştir. Madde uyarınca, halka açık yerlerde kalıcı olarak yer alan güzel sanat eserlerinin; resim, grafik, fotoğraf gibi vasıtalarla çoğaltılması, yayılması, projeksiyonla gösterilmesi, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlanmasının hukuka uygun olacağı düzenlenmiştir.¹³ Ayrıca, eserlerin bu madde kapsamındaki kullanımındaki amaca ilişkin herhangi bir sınırlamada bulunulmamıştır. Öyle ki ticari bir menfaat için dahi bu teşhir ve yayma işlemlerinin gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır.¹⁴

3. Engelliler Lehine Sınırlama Serbestisi

FSEK'in Ek-II. maddesinde yer alan, “Ders kitapları dahil, alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticarî amaç güdülmeksizin bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD, braille alfabesi ve benzeri

12 Tekinalp, s.177

13 Halil Alperen Evrensel, Sözleşmesel Anlamda Telif Haklarının Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, s.115.

14 Gökyayla, s.298.

formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanunda öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullanılabilir. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur.” hükmüyle çoğaltma ve ödünç verme yetkilerinin engelliler lehine kullanılabilceği haller düzenlenmiştir.

Hükümden yararlanabilmek için aleni hale gelmiş ya da yayımlanmış bir ilim ve edebiyat eserinin olması ve bu eserin engelli bireyler için hazırlanmış herhangi bir nüshasının bulunması birlikte aranması gereken iki şarttır.¹⁵ Bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltma amacına yer verilmesi zorunlu tutulmuştur. Öğretide, tanınan bu serbestinin yalnızca ilim ve edebiyat eserlerini kapsamaması eleştirilmektedir. Nitekim engelli bireyler toplumun her alanında korunması gereken insanlar arasında yer aldıklarından kanunda yer alan düzenlemenin güzel sanat eserleri, musiki eserleri ve sinema eserlerini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁶

SONUÇ

Gelmiş olduğumuz son noktada, gelişen ve globalleşen modern dünyada fikri mülkiyet haklarına karşı ihlallerin teknoloji vasıtası ile de bir hayli kolay hale gelmesinden ötürü kanun koyucu eser sahibinin fikri haklarının sınırlarını çizerek eser sahibinden izin alınmadan fikri hakların kullanılabilmesi açısından ülkemizde çeşitli düzenlemelere gitmiştir. Yapılan bu düzenlemeler neticesinde fikri mülkiyet konusundaki eksiklerin giderilmesi, eser sahibinin haklarının korunmasının yanında herhangi bir izin veya anlaşma gerekmeksizin fikri hakkın kullanımının sağlanması amaçlanmıştır. 5846 sayılı FSEK'in 30, 31-37, 38-41, 42-43, 46, 47 ve Ek-II. maddeleri ile eser sahibinin bazı haklarının, kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde izin alınmadan kullanılmasının hukuka uygunluğu düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemeler ile

eser sahiplerinin telif haklarının aşırı derecede korunmasının sınırları çizilerek; söz konusu fikir üzerinden yeni geliştirmelerin yapılmasının ve dolaylı olarak kamusal kullanımın sınırlanmasının önüne geçilmiş olup içinde bulunduğumuz toplumun gelişmesine katkı sağlanmıştır. Düşünsel çaba sonucu meydana gelen fikri ürünlerin korunmamasının, eser sahiplerindeki yaratıcılığın azalmasına ve toplumun entelektüel seviyesinin giderek yok olmasına yol açacağı bilinciyle hareket ederek uygunluk halleri kanun ile güvence altına alınmıştır. Bu makalemizde telif eserlerinin ihlâlinde hukuka uygunluk sebepleri, FSEK ve içtihatlar ışığında etraflıca ele alınmış olup bireylerin ve toplumların gelişmesinde bu derece mühim olan bu konu hakkında her geçen gün daha da kapsayıcı hukuki gelişmeler meydana gelmesi umut vericidir.

¹⁵ Öztan, s. 503

¹⁶ Mustafa Ateş, *Bir Engelli İstisnası mı Yoksa İstisnai Bir Engel mi?: FSEK Ek Madde 11 Üzerine Eleştirel Bir İnceleme*, FMR, Dergisi, S. 2, Y. 2009, s. 38

YASAL ÖNALIM HAKKININ MUVAZAALI İŞLEMLERE KARŞI İLERİ SÜRÜLMESİ

Mehmet Ali KÜMÜŞ
Avukat

Asya AKPULAT
Avukat

Yağmur DEMİR
Stj. Avukat

ÖZET

Yasal önalım hakkı, paylı taşınmaz mülkiyetinde paydaşlardan birinin payını üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara üçüncü kişiye nazaran payı öncelikli satın alma hakkı tanıyan bir haktır. Genel olarak yasal önalım hakkının amacı, paydaşlar arasına istenmeyen üçüncü kişilerin girmesini önlemektir. Bu çalışmamızda, uygulamada yasal önalım hakkının kullanılmasının engellenmesi yahut yasal önalım hakkı sahibini bu hakkını kullanması için harekete geçirmek amacıyla sıklıkla başvurulmuş muvazaalı işlemlere karşı yasal önalım hakkının ileri sürülüp sürülmeyeceği meselesi doktrin görüşleri ve yargı kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Paylı Mülkiyet, Yasal Önalım Hakkı, Muvazaa, Pay, Satış, Bağışlama, Tapu.

GİRİŞ

Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer paydaşların önalım hakkını kullanması söz konusu olmaktadır. Yasal önalım hakkı olarak nitelendirilen bu hakkın kullanılabilmesi için paydaşlar dışındaki kişilere bir pay satışı gerçekleşmelidir. Payın bir ivaz karşılığında devredilmediği hallerde ise önalım hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır. Ancak bazen öyle durumlar söz konusu olur ki önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağını tespit etmek kolay olmayabilir. İşte bu hallerden birisi, önalıma konu olayın muvazaalı olduğu iddia edildiğinde önalım hakkının ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesidir.

Bu kapsamda, çalışmamızda öncelikle yasal önalım hakkı ve bu hakkın kullanılmasına ilişkin hukuki çerçeveye, ardından muvazaa kavramına ve muvazaalı işlem türlerine, devamında ise pay satışının muvazaalı olduğunun iddia edilmesi halinde önalım hakkının kullanılıp

kullanılmayacağı sorununa ilişkin açıklamalara yer vereceğiz.

1. YASAL ÖNALIM HAKKI

a. Genel Olarak

Yasal önalım hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") "Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları" başlığı altında, 732. maddesi vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TMK'nın 732. maddesine göre, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler. En genel tanımıyla yasal önalım hakkı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara aynı şartlarla ve öncelikle bu payın alıcısı olabilme yetkisini veren kandan doğan bir istem hakkıdır.¹ Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyet ilişkisinin kurulduğu anda doğar ve mülkiyet ilişkisi devam ettiği sürece de devam eder. Paydaşlardan birinin, payını üçüncü bir kişiye satışı halinde ise bu önalım hakkı kullanılabilir hale gelir.

b. Yasal Önalım Hakkının Kullanılması

Yasal önalım hakkının kullanılabilmesi, pay-

1 M. Kemal Oğuzman/Özer Selçü/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 554; Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2009, s. 553.; Fikret Eren, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, 2008, s. 106, (Çevrimiçi), E.T. 15.11.2021.

lı mülkiyet konusu taşınmazdaki payın, “önalım olayı” olarak adlandırılan satış işleminin veya satışa eşdeğer bir ekonomik işlemin gerçekleş- tirilmesine bağlıdır.² Örneğin, paydaşlardan biri payını üçüncü bir kişiye satmamış fakat bağışla- mış ya da trampa işlemine konu etmişse ortada bir satış işlemi olmadığından önalım hakkı da doğmaz. Taşınmazdaki pay, üçüncü bir kimse- ye değil de bir diğer paydaşa satılmış ise önalım hakkı yine söz konusu olmaz.

TMK'nın 733. maddesine göre, yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara no- ter aracılığıyla bildirilir. Bunun üzerine, önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve herhâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü olup sürenin mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir. TMK'nın 734. madde- si gereği, önalım hakkı alıcıya karşı ancak dava açmak suretiyle kullanılmak zorundadır.

2. MUVAZAA

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun (“TBK”) 19. mad- desine göre, bir sözleşmenin türünün ve içeri- ğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakıl- maksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Buna göre, sözleşme tarafların karşılıklı birbi- rine uygun ve gerçek iradeleri üzerine kurulur. Ancak fiiliyatta durum her zaman böyle olma- makta, taraflar gerçek iradelerinden farklı bir işlem tesis edebilmektedir. İşte bu durumda muvazaa söz konusu olur. Muvazaa (danişık- lılık), iki tarafın irade ve beyanları arasında yaratılan uyumsuzluk haline, bir diğer deyişle, iki kişinin üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi yap- maları haline denir.³

b. Muvazaanın Türleri

(1) Mutlak Muvazaa

Mutlak muvazaa, tarafların gerçekte bir sözleşme yapma arzusu bulunmamasına rağ- men üçüncü kişileri aldatmak maksadıyla görü- nürde bir sözleşme akdetmeleri halidir. Mutlak muvazaada tarafların gerçek iradesi, yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması yönün- dedir. Uygulamada mutlak muvazaanın en yay- gın görünüm biçimi, alacaklılardan mal kaçır- mak amacıyla yakın tanıdıklara malın satılmış gibi gösterilmesi halidir.

(2) Nisbî Muvazaa

Nisbî muvazaada ise, taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde muvazaalı bir iş- lem yaparak bu işlem ile gerçek iradelerine uyan başka bir işlemi gizlemeyi arzulamaktadır.⁴ Nisbî muvazaa, sözleşmenin niteliğinde (tam muvazaa) olabileceği gibi sözleşmenin konusunda ve şart- larında (kısmi muvazaa) muvazaa şeklinde de olabilir. Sözleşmenin niteliğinde muvazaanın en yaygın örnekleri ise, satış sözleşmesinin bağış gibi gösterilmesi veya gerçekte bağış yapılmasına rağ- men bu işlemin bir satış akdi gibi yansıtılmasıdır. Kısmi muvazaanın en çok karşılaşılan halini ise, bedelde muvazaa durumu oluşturmaktadır.

c. Muvazaanın Hükümü

Mutlak ve nisbî muvazaa halinde, tarafların meydana getirdikleri görünürdeki hukuki işlem ve gerçek iradelerine nasıl bir sonuç bağlanaca- ğı gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler açısın- dan önemli bir meseledir. Doktrindeki baskın görüş, muvazaalı işlemin, bir diğer deyişle gö- rünürdeki işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımı- na tabi olduğu yönündedir.⁵ Bu görüşe göre, görünürdeki işlem baştan itibaren geçersiz olup hiçbir sonuç doğurmaz.

2 Şükran Tamam Şıpka, *Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı*, İstanbul, Alfa Basım ve Dağıtım, 1994, s. 61; Akıntürk, a.g.e., s. 553.;

3 Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Birinci Baskıya Ek 2. Tıpkı Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s. 279; Şaban Kayıhan/Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 153; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019, s. 395.

4 Kayıhan/Ünlütepe, a.g.e., s. 154.

5 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 23. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 239; Kayıhan/ Ünlütepe, a.g.e., s. 155, Antalya, a.g.e., s. 285; Görünürdeki işlemin yokluk yaptırımına tabi olması gerektiği hakkında görüşler için bkz. Eren, a.g.e., s. 401; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş/Hukuki İşlem/Sözleşme*, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 354-355.

Mutlak muvazaada tarafların gerçek iradelerini yansıtan bir başka sözleşme olmadığından ve görünür sözleşmenin de muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmasıyla mesele çözülmüş olur. Buna karşın nisbî muvazaada, görünüşteki işlem ve tarafların gerçek iradelerinin birleştiği gizli işlem olmak üzere iki hukuki işlem bulunmaktadır. Doktrindeki yaygın görüş, sözleşmenin niteliğinde muvazaa halinde, görünürdeki işlemin muvazaa nedeniyle kesin hükümsüz olduğu; tarafların gerçek iradesine uyan gizli işlemin ise bu sözleşme, başta şekil şartı olmak üzere, bir sözleşmenin gerektirdiği diğer geçerlilik şartlarına sahip olduğu takdirde hukuken geçerli olduğu yönündedir.⁶

Buna karşın, gizli sözleşmenin bir şekil şartına tabi olduğu durumda, görünürdeki sözleşmede uyulan şeklin gizli sözleşme için gereken şekil şartlarını da karşılamış sayılıp sayılmayacağı sorunu doğmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre; görünüşteki sözleşme muvazaa nedeniyle, gizli sözleşme ise şekle uyulmamış olması nedeniyle hükümsüz kılınmalıdır.⁷ Zira görünürdeki muvazaalı işlem için düzenlenen resmi senet gerçekte tarafların anlaşığı gizli işlemi ihtiva etmemektedir. Bu itibarla, her iki durumda da gizli işlem için aranan şekil şartı yerine getirilmediğinden gizli işlemin de geçersiz olduğunu kabul etmek gerektiği ileri sürülmektedir.

3. YASAL ÖNALIM HAKKININ MUVAZALALI İŞLEME KARŞI İLERİ SÜRÜLEBİLMESİ

Bazı durumlarda, pay sahipleri gerçekte payını satma iradesi olmamasına rağmen, diğer paydaşların önalım haklarını kullanarak payı çoğu zaman da yüksek bir bedelle satın almasını sağlamak adına payını satmış gibi gösterebilir. Kimi durumlarda ise pay sahibi üçüncü bir

kişiyle anlaşarak, gerçek iradesi satış olmasına rağmen diğer paydaşların önalım hakkını önlemek amacıyla bu işlemi bir bağış gibi gösterebilir yahut tam aksine aslında payını bağışlama iradesinde olmasına rağmen bu işlemi tapuda satış şeklinde yapabilir. Bununla birlikte, muvazaa, satış işleminin niteliğine yönelik olmayıp bazen de satış bedelinin gerçekte olduğundan düşük yahut yüksek gösterilmesi halinde gündeme gelmektedir. Tüm bu durumlarda, önalım hakkının kullanılıp kullanılmayacağı ve hangi hukuki hükümlerin tatbik edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır.

a. Mutlak Muvazaa Halinde

Pay sahibi, diğer paydaşların önalım hakkını kullanmasını tetiklemek amacıyla aslında payını satma iradesi olmamasına rağmen üçüncü bir kişiyle anlaşarak payını satmış gibi gösterebilir. Taraflar yaptıkları işlemin gerçekte hiç hüküm doğurmaması konusunda anlaşmaya vardığından burada mutlak muvazaa söz konusu olur ve görünürdeki işlem kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşılaşır. Önalım hakkı sahibi payın mülkiyetini elde ettikten sonra söz konusu satış işleminin muvazaalı olduğunu öğrenmesi halinde, doktrindeki bazı yazarlara göre, bu durumu öğrenmesinden itibaren 1 yıl içerisinde önalım hakkı sahibini hakkını kullanmaya yöneltmek maksadından ötürü hile hükümlerine⁸; bazı yazarlara göre ise burada hile hükümlerine değil önalım beyanının hata ile sakatlandığına dayanarak önalım beyanını iptal ettirebilecektir.⁹

b. Nisbî Muvazaa Halinde

(1) Satış İşleminin Bağış Gibi Gösterilmesi

Taraflar anlaşarak, gerçekte bir satış akdetmelerine rağmen, paylı mülkiyet paydaşlarının bu satışa karşı önalım haklarını kullanmalarını

6 Turhan Esener, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından, Sayı 105, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1956, s. 60 (gevrimici), Ankara Üniversitesi Akademik Arşiv Sistemi, E.T. 16.11.2021; Kayıhan/Ünlütepe, a.g.e., s. 156; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 329; Antalya, a.g.e., s. 287.

7 M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Gözden Geçirilmiş 13. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 132; Esener, a.g.m., s. 62; Antalya, a.g.e., s. 288.

8 Şıpka, a.g.e., s. 71; Feyzi Necmeddin Fezyioğlu, *Şuf'a Hakkı*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1959, s. 420.

9 Nejat Aday, "Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1991, s. 85.

engellemek maksadıyla bu işlemi tapuda bağış şeklinde gösterebilirler. Bu durumda, doktrin-deki bir grup yazarın görüşü, tapuda görünen işlem bağış olsa da önalım hakkı sahibinin yine de bu hakkını kullanabileceği yönündedir.¹⁰ Şayet, önalım borçlusunun muvazaayı kabul etmemesi veya bağışın muvazaalı olduğunun kabulüyle birlikte, gerçekte yapılan satış işleminin şekil eksikliği nedeniyle batıl olduğunu ileri sürmesi halinde, onun bu kesin hükümsüzlük savunması hakkın kötüye kullanılması kabul edilmeli ve ortada geçerli bir satış sözleşmesi varmışçasına önalım hakkı sahibinin önalım hakkını kullanabileceği sonucuna varılmalıdır.¹¹

Buna karşın doktrinde bir diğer grup görüşe göre, görünürdeki bağış işleminin şekil koşullarına riayet edilerek yapılması arkasına gizlenen satış işleminin şekil noksanlığını bertaraf edemeyecektir. Dolayısıyla görünürdeki bağış işlemi muvazaa nedeniyle, arkadaki satış işlemi ise şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır. Önalım hakkı sahibi geçersiz bir işleme karşı önalım hakkını kullanamayacaktır. Bu durumda yapılacak işlem “*tapu kaydı halinin aslisine irca olunması*”dır. Bu işlem, sanki taraflar arasında muvazaalı sözleşme hiç akdedilmemişçesine payın pay sahibine dönmesi anlamını taşımaktadır.¹²

Önalım hakkı sahibi, muvazaa iddiasını her türlü delille ispat edebilmelidir. Zira, önalım hakkı sahibini muvazaalı işlem yapan taraflar arasındaki işlem hakkında yazılı bir delil teminine zorlamak yerinde olmayacaktır.¹³

(2) Bağış İşleminin Satış Gibi Gösterilmesi

Tarafların iradelerinin gerçekte bağış işlemi üzerinde birleşmesine karşın, bu işlemin

tapuda satış olarak gösterilmesinde ise aslında önalım hakkı sahibinin önalım hakkını engellemeye yönelik bir durum söz konusu değildir. Aksine, önalım hakkı sahibi tarafların tapuda gerçek iradelerini oluşturan bağış akdini kurlmaları halinde önalım hakkını kullanamayacakken, halihazırda görünürdeki satış akdi sayesinde önalım hakkını kullanmak isteyecektir. Bu halde ise, muvazaa iddiasında bulunacak taraf önalım hakkı sahibi değil muvazaalı işlemin tarafları olacaktır. ŞİPKA'ya göre, muvazaalı işlemin taraflarının önalım hakkı sahibine karşı muvazaa iddiasında bulunamaması gerekir. Zira yazara göre, muvazaalı işlem taraflarına bir kez muvazaa iddiasında bulunma imkânı tanındığında artık her satış işleminde satıcı paydaş ve alıcı tarafın anlaşarak aslında satış işlemi yapmalarına karşın bu işlemi bağış gibi göstermelerine sebep olacaktır.¹⁴ Bu nedenle, yazara göre muvazaalı işlem taraflarının muvazaa iddiaları hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilerek dinlenmemeli, tarafların iyiniyetli olmayan işlemin sonuçlarından haksız yere yararlandırılmalarının da önüne geçilmelidir.¹⁵

(3) Satış Bedelinin Gerçekte Olduğundan Yüksek Gösterilmesi

Satış bedelinin gerçekte olduğundan daha yüksek gösterilmesinin temel amacı, önalım hakkı sahibinin bedelin yüksekliği nedeniyle önalım hakkını kullanmaktan çekinmesini veya payın değerinden daha fazla bedelle satın almasını sağlamaktır. Yargıtay'ın bu durumdaki genel kabulü, muvazaalı işlemin tarafının bedelde muvazaa iddiasında bulunması, “hiç kimse kendi muvazaasına dayanamaz” ilkesinden hareketle açıkça hakkın kötüye kullanması olduğu yönündedir.¹⁶

ŞİPKA'ya göre, ön alım hakkı sahibinin mu-

10 Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7 bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019s. 120; Şipka, a.g.e., s. 75.

11 Aday, a.g.t., s. 84.

12 Esener, a.g.e., s. 96; Feyzioğlu, a.g.e., s. 414. vd.; aynı yönde bkz. Eren, a.g.m., s. III: “Bu tür muvazaada görünürdeki işlem (olarımızda bağışlama) muvazaalı olduğu için geçersizdir. Gizli işlem niteliğindeki satış ise, gerekli şekilde yapılmadığı, özellikle taraflar, satış iradelerini resmi şekilde beyan etmedikleri için şekil noksanlığı nedeniyle geçersizdir. Bu tür muvazaada her iki işlem de geçersiz olduğu için önalım olgusu gerçekleşmez, dolayısıyla da önalım davası açılmaz.”

13 Feyzioğlu, a.g.e., s. 414.

14 Şipka, a.g.e., s. 73; Aynı yönde bkz. Feyzioğlu, a.g.e., s. 278-279.

15 Şipka, a.g.e., s. 73

16 YHGK 2014/14-292 E., 2015/1544 K. sayılı ve 10.06.2015 T. Karar, *lexpera.com.tr*, E.T. 10.11.2021

vazaayı ispat etmesi halinde, önalım hakkı sahibi hakkını gerçek bedel üzerinden kullanabilir ya da daha önce kullandıysa meydana gelen yeni satış sözleşmesindeki bedel bu gerçek bedel olacaktır.¹⁷ Yargıtay, tapudaki bedelin gerçekte olduğundan yüksek olduğu iddiasının ispatı için önalım hakkı sahibinin her türlü delili ileri sürebileceğini kabul etmekte ise de keşfin tek başına yeterli olamayacağını ve bedelde muvazaanın başka delillerle kanıtlanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁸

(4) Satış Bedelinin Gerçekte Olduğundan Düşük Gösterilmesi

Uygulamada genellikle, tapuda düşük vergi ve masraf ödeyebilme gayesiyle, satış bedelinin gerçekte olduğundan daha düşük gösterildiğine rastlanmaktadır. Genel görüşe göre, önalım hakkının muhatabı önalım konusu payı tapuda yazılı bedelden fazlaya satın aldığı iddiasında bulunmamalıdır.¹⁹ Çünkü kendi hukuka aykırı davranışına dayanması yine hakkın kötüye kullanması sayılır.

ŞİPKA'ya göre ise, bedelin gerçekte olduğundan yüksek gösterildiği durumlarda önalım hakkı sahibine tapudaki bedelin rayiç bedelin çok üzerinde olduğunu ileri sürme hakkı tanıyorsa, tam tersi durumda da önalım hakkı sahibine karşı tapudaki bedelin rayiç bedelin çok altında kaldığı ileri sürülebilir. Yazar, önalım hakkı sahibine, bu hakkını tapudaki düşük görünen bedel üzerinden kullanılması hakkını tanımak suretiyle, önalım hakkı sahibinin kanuni ve ahlaki anlamda zorunlu olmayan bir şekilde yararlandırılmış olacağı kanaatinde. Bu nedenle, yazara göre önalım hakkının rayiç bedel üzerinden kullanılması dürüstlük kuralına uygun olacaktır.²⁰ SÜNGURBEY'e göre ise, pay alıcıya hangi bedel üzerinden mal olduysa

önalım hakkı sahibine de aynı bedel üzerinden mal olmalıdır. Yazar, önalım hakkı sahibinin tapudaki düşük bedelden yararlanıp, alıcı pay için çok fazla bir bedel ödemişken önalım hakkı sahibinin tabiri caizse "tapudaki düşük bedel üzerine konmasını" önalım hakkı sahibinin sebepsiz zenginleşmesine yol açacağı gibi hakkın da açıkça kötüye kullanılması teşkil ettiğini belirtmektedir.²¹ Yargıtay ise, bazı kararlarında önalım hakkının tapuda görünen düşük bedel üzerinden kullanılabilirliğini kabul etmekte, bazı kararlarında önalım hakkı sahibinin ödeyeceği bedel için keşif veya bilirkişi eliyle yapılan inceleme sonucunda ulaşılan rayiç tutarı esas almaktadır.

SONUÇ

Yasal önalım hakkının amacı, paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerinde yabancı üçüncü kişilerin pay sahibi olmasının önüne geçilmesini sağlamak ve paydaş sayısının mümkün olduğu kadar az tutularak paylı mülkiyetin ortadan kalkmasını kolaylaştırmaktır. Paydaşların yasal önalım hakkını kullanabilmesi için satış veya satış ile eşdeğer bir ekonomik işlemin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Uygulamada ise, satış dışındaki örneğin bağışlama yahut trampa gibi işlemlerde, kanunen yasal önalım hakkının doğmaması sebebiyle sıklıkla paydaşların muvazaalı işlemlerin arkasına saklanarak diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanmasını engellemeye çalıştıkları görülmektedir. Bu durum yaygın olarak; yasal önalım hakkının kullanılmaması için üçüncü kişilere gerçekte yapılan satışın bağış gibi gösterilmesi, yasal önalım hakkı sahibinin payı yüksek bedelle satın almasını sağlamak veya tapuda görünen yüksek bedelden çekinerek hakkını kullanmasını engellemek için tapuda satış bedelinin gerçekte olduğundan çok daha yüksek gösterilmesi

17 Şıpka, a.g.e., s. 76.

18 Yargıtay 14. H.D., 2016/8498 E., 2016/9861 K. sayılı ve 29.11.2016 T. Karar; Yargıtay 14. H.D., 2014/10513 E., 2015/98 K. sayılı ve 12.01.2015 T. Karar; Yargıtay 14. H.D. 2016/5929 E., 2018/7047 K. sayılı ve 23.10.2018 T. Karar, *lexpera.com.tr*, E.T. 14.11.2021

19 Feyzioğlu, a.g.e., s. 430; Yargıtay 6. H.D., 1997/4741 E., 1997/4890 K. sayılı 26.05.1997 T. Karar; Yargıtay 14. H.D., 2013/15940 E., 2014/1542 K. sayılı ve 6.2.2014 T. Karar; Yargıtay 6. H.D., 2012/12124 E., 2013/6201 K. sayılı ve 04.04.2013 T. Karar; YHGK., 2014/356 E., 2016/491 K. ve 6.4.2016 T. Karar, *lexpera.com.tr*, E.T. 15.11.2021

20 Şıpka, a.g.e., s. 79.

21 İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Sorunları*, C. 5, İstanbul, *Fakülteler Matbaası*, 1984, s. 334; Aynı yöndeki eleştiriler için bkz. Cansu Yavuz, "Önalım Hakkının Kullanılmasında Muvazaa", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 69 (Çevrimiçi), *lexpera.com.tr*, E.T. 10.11.2021

veya tam aksine, tarafların tapuda düşük harç ve masraf ödemesi amacıyla satış bedelini olduğundan çok daha düşük göstermesi şeklinde tezahür etmektedir. Gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında genel olarak, önalıma konu olayın muvazaalı olarak gerçekleştirildiği hallerde, muvazaalı işlem taraflarının yaptıkları işlem hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmekte ve muvazaalı işlem yapanların yasal önalım hakkı sahibine karşı bu muvazaayı ileri süremeyecekleri kabul edilmektedir. Buna göre, yasal önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasını engellemeye yönelik muvazaalı işlemler bertaraf edilerek, kanunen yasal önalım hakkının tanınmasındaki amaç korunmaya çalışılmaktadır.

VAKFIN KURULUŞU VE TÜZEL KİŞİLİK KAZANMASI

Zeynep GÜLAY

Avukat

ÖZET

Vakıf, bir mülkiyeti veya malı tamamen ve kalıcı olarak toplumun ya da insanlığın yararına bırakan sosyal bir kurumdur. En basit haliyle vakıf, kendine özgü niteliklere haiz tüzel kişiliğe sahip mal topluluğu olarak tanımlanır. Türk vakıflar sistemini, tabii oldukları kanunlar ya da kurallar açısından eski ve yeni vakıflar başlığı altında toplamak mümkündür. 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK"), 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ("VK"), 27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Vakıflar Yönetmeliği ile 26.04.2013 tarih ve 28629 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük mevzuatımızda yeni vakıflara uygulanan en başta gelen hukuki düzenlemeler arasında yer almaktadır. Bu çalışmamızda, yeni vakıfların niteliği ve temel özellikleri ile kuruluş aşamaları ilgili mevzuat kapsamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vakfın Kuruluş İşlemleri, Vakıf Senedi, Resmi Senetle Vakfın Kurulması, Ölümüne Bağlı Tasarrufla Vakfın Kurulması, Vakıf Senedindeki Noksanlıklar, Vakfın Tüzel Kişilik Kazanması.

GİRİŞ

TMK'nın 101. maddesine göre vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanır. VK'da vakıf tanımı ayrıca tanımlanmamakla birlikte, Kanun'un genel gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir; "Vakıf; bir mülkün menfaatlerinin hayri, sosyal ve kültürel hizmetlere tahsis edilmek üzere, özel mülkiyetten çıkarılarak kamu mülkiyetine geçirilmesi şeklinde tanımlanabilir."

Vakfeden, vakıf kurucusu ya da vakıf kuran ise, vakfın kuruluşunda mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülediğini resmi senet veya ölümüne bağlı tasarrufla açıklayan kişidir.¹ Vakıflar gerçek kişiler tarafından kurulabileceği gibi tüzel kişiler tarafından da kurulabilmektedir.

Vakıf kurma açısından ise yabancıların durumuna VK'nın 5. maddesinde değinilmiştir. Buna göre, Türkiye'de hukuki veya fiili mütakabiliyet esasına göre yabancıların da vakıf kurabilmeleri mümkündür.²

VK'nın 4. maddesinde belirtildiği ve TMK'nın 101 vd. maddelerinde de düzenlendiği üzere vakıflar özel hukuk tüzel kişisidir. Tüzel kişiliğe sahip olmasının yanı sıra vakıfların en önde gelen temel unsurlarından biri de yukarıda belirtildiği üzere belirli ve sürekli bir amaca özgülenmiş olmalarıdır. Kanun'da, "Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz." şeklinde yer alan işbu hüküm ile belirli ve sürekli amaç kavramı sınırlandırılmıştır. (TMK m. 101/III)

Anlaşıldığı üzere, vakıfta amaç serbestçe belirlenebilir ve fakat amacın imkânsız olmaması ve belirtilen sınırlar çerçevesinde olması gerekir. Gerçekleştirilmesi imkânsız bir amacı güden vakıf esasen meydana gelmez, böyle bir vakıf tes-

¹ www.sinerjimevzuat.com.tr, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 01.12.2003 T. 2003/8674 E. 2003/9253 K. Sayılı Kararı, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı Erişim Tarihi: 14.12.2021.

² Demir, İlhan, Yeni Vakıfların Temel Kitabı, Ankara 2005, s.70.

cil edilmez, tüzel kişilik kazanamaz.³ Vakıflarda derneklerden farklı olarak, birden çok amacın güdülmesi, yani tek bir vakıf çatısı altında birden çok amacın toplanması da mümkündür. Böylece, vakfedenin gerçekleştirmek istediği her bir amaç için ayrı ayrı tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları meydana getirmesi gerekmemektedir.

Yeterli mal ve hakların belirli ve sürekli bir amaca özgülenmesiyle oluşan mal toplulukları olmaları itibarıyla, diğer tüzel kişilere göre, vakıfta mal varlığının daha özel bir anlamı vardır.⁴ Ne tür mal ve hakların vakfedilebileceği Kanun'da şu şekilde belirtilmiştir: "*Bir mal varlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar.*" (TMK m. 101/II) Bir mal varlığının bütünü ya da bir kısmı vakfedilebileceği gibi, özgülenecek mallar taşınır ve/veya taşınmaz nitelikte olabilir. İster taşınır ister taşınmaz olsun, bir malın -kendisinin değil- yalnız gelininin vakfedilmesi de mümkündür. Nakit para veya kıymetli evrak özgülenerek de vakıf kurulabilir.⁵ Bu noktada önemli olan, özgülenen mal ve hakların vakfın amacının gerçekleştirilmesi için yeterli olmasıdır.⁶ 2021 yılı için Vakıflar Meclisince vakfın kuruluşunda aranacak asgari mal varlığı 80.000 TL olarak belirlenmiştir. Ancak belirlenen asgari tutarın altında olmamak koşulu ile asıl itibarıyla mahkemece mal varlığının amacın gerçekleştirilmesi için yeterli olup olmadığı hususu üzerine yoğunlaşılacaktır.

Ayrıca, vakfın tek zorunlu organı yalnızca yönetim organıdır. İşbu organ, kurul şeklinde (kurul organ) örgütlenebileceği gibi, tek kişiden de (fert organ) ibaret olabilir.⁷ Vakfedenin, vakıf senesinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilmesi mümkündür.

Tüm bu hususların yanı sıra, vakıflarda üyelik de değinilmesi gereken konuların başın-

da gelmektedir. TMK m. 101; "*Vakıflarda üyelik olmaz.*" hükmü gereği 2002 öncesi vakıflara üyelik mümkün değildi. İşbu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.2008 T. 2005/14 E. ve 17.04.2008 K. sayılı kararı ile 2008 yılında iptal edilmiştir. Dolayısıyla, günümüzde vakıflara üyelik mümkün hale gelmiştir. Bu çalışmanın amacı doğrultusunda, temel özelliklerini belirttiğimiz vakıfların kuruluş işlemleri üzerinde detaylı şekilde durulacaktır.

1. VAKFIN KURULUŞ İŞLEMLERİ

Hukukta, bir kişinin irade beyanıyla meydana gelip, hukuksal sonuçlar doğurabilen işlemlere, tek taraflı hukuksal işlemler denmektedir. Vakıf kurma işlemi için de vakfedenin irade beyanı yeterli olduğundan, vakıf kurma işlemi tek taraflı hukuki işlemlerdendir, kabul beyanına ihtiyaç göstermez.⁸ TMK 102. maddesinde bu yöndeki iradenin resmi senetle ya da ölüm bağı tasarrufla açıklanması gerektiği ifade edilmiştir.

a. Resmi Senetle Vakfın Kurulması

Gerçek ve tüzel kişiler tarafından vakıf kurulabilmesi için, vakıf kurma iradesinin noterde düzenleme şeklinde hazırlanan resmi senede bağlanması ve vakıf kuranın tam fiil ehliyetine sahip olması gereklidir.⁹ Fiil ehliyeti kavramı tüzel kişiler açısından da söz konusudur. TMK'nın 49. maddesi gereği tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar. Resmi senetle vakıf kurma işleminin temsilci aracılığı ile yapılması da mümkündür.

b. Ölüm Bağı Tasarrufla Vakfın Kurulması

Bir kimse mal varlığının tamamını ya da belirli bir kısmını ölümünden sonra etkili olacak

3 Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*, 17. Baskı, İstanbul 2018, s.410.

4 Doğan, Murat, *Vakıflarda Mal Varlığı*, Ankara 2000, s.52

5 Öztan, Bilge, *Tüzel Kişiler*, 3. Baskı, Ankara 2000, s.119.

6 www.sinerjimevzuat.com.tr, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 31.01.2005 T. 2004/10957 E. 2005/409 K. Sayılı Kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Erişim Tarihi: 14.12.2021.

7 Avcı, Mehmet Özgür, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Vakıf Yönetim Organı*, İstanbul 2006, s.1 vd.

8 Ballar, Suat, *Yeni Vakıflar Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2015, s.248.

9 Dural, Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2013, s.345.

şekilde bir amaca vakıf kurarak özgülemek istiyorsa, vasiyet yoluyla ölüme bağlı tasarruflarda bulunması gerekir.¹⁰ Hukukumuzda vasiyet; resmi şekilde, miras bırakanın el yazısı ile ya da sözlü olarak yapılabilir. Fiil ehliyetine ilişkin olarak ise vasiyetname için aranan ehliyet şartları haricinde ayrıca başka bir şart aranmamaktadır. Vakıf kurmak için bu yola başvurulmuşsa, bu vakfın vakfedenin ölümünden sonra kurulması söz konusudur. Yoksa vasiyetnamesi ile vakıf kurma iradesini açıklayan kimsenin, sağlığında bu vasiyetnameye dayanarak vakfın tescilini istemesi mümkün değildir.

c. Vakıf Senedi

Vakıfların malvarlığını, niteliğini ve şartları belirleyen belge vakıf senedir. TMK'nın 106. maddesi uyarınca vakıf senedinde bulunacak unsurlar şu şekilde sıralanmıştır; vakfın adı, vakfın amacı, vakfın amacına özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli, vakfın yerleşim yeri. Ancak, bu hüküm vakıf senedinin içeriğini sınırlama amacıyla getirilmiştir, vakıf senedinde olması gereken asgari noktaları içermektedir. Vakfeden, bunlardan başka, dilediği konuları vakıf senedinde düzenleyebilir.¹¹

c.1. Vakıf Senedindeki Noksanlıklar ve Bunların Tamamlanması

Mahkemeye vakfın tüzel kişilik kazanması maksadıyla başvurulduğunda, TMK'nın 106. maddesinde belirtilen hususlarda noksanlık bulunması halinde izlenecek yol TMK'nın 107. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir; *“Vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilir; kuruluşun sonradan denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır. Tescili istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülenen*

mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve haklar, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülenir.”

TMK'nın 106. maddesinde yazılı olan hususların vakıf senedinde bulunması gereken hususlar olduğunda tereddüt etmemek gerekir. TMK'nın 107. maddesi bu gerçeği değiştirmez. Fakat 107. maddeyle, bu konuda önemli bir kolaylık sağlanmıştır. Vakıf senedindeki noksanlıkların, tüzel kişiliğin kazanılması sonucunu doğuran tescil başvurusunun reddini gerektirmeyeceği, tescil kararından önce ya da sonra bu noksanlıkların giderilebileceği düzenlenmiştir. Bu yolu sağlayan işbu hükümle, vakıf kurulmasının kolaylaştırılması yanında hızlandırılması da amaçlanmış olmalıdır. Böylece, senetteki, örgüt, yerleşim yeri ve hatta ad ile ilgili noksanlıklar tescili engelleyici değil, sonradan tamamlanabilir nitelikte görülmüştür.¹²

c.2. Vakıf Senedindeki Noksanlıkların Tescil Kararından Önce ve Sonra Tamamlanması

Vakıf senedindeki noksanlıkların tamamlanmasının tescilden sonraya bırakılması, vakıf senedinde yer alan tüm hususlar için geçerli değildir; birtakım noksanlıkların tescilden sonraya bırakılması mümkün değildir. Vakfın tanımında yer alan amaca, vakfa özgülenen mal ve haklara Kanun'un aradığı şartlar çerçevesinde yer verilmiş olması gerekir. Ancak yönetim şekline ilişkin noksanlıklar başvurunun reddi sonucunu doğurmaz. Vakıf senedinde vakfın yerleşim yerinin belirtilmemiş olması halinde ise TMK'nın 51. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İşbu hüküm gereği vakfın işlerinin yönetildiği yer yerleşim yeri olarak kabul edilir.

Görüldüğü üzere, vakfın amacı ile vakfa özgülenen mal ve hakların açıkça belirlenmiş olması tescil için aranan en önemli unsurların başında gelmektedir. Vakıf senedinde yer alan diğer

¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.413.

¹¹ İkizler, Metin, Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği, Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi, Ankara 2012, s.216-217.

¹² İkizler, Metin, Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021, s.180.

noksanlıkların tamamlanması tescil sürecinden sonraya bırakabileceği gibi mahkeme bu noksanlıkları tamamlattırma yolunu da seçebilir. İşbu husus, TMK'nın 107. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabilir gibi...*”

Tescil kararından önce noksanlıkların tamamlanması vakfedenden istenir. Ölüme bağlı tasarrufa dayanması halinde ise noksanlıkların tamamlanması ilgililerin veya vasiyetnameyi açan sulh hâkiminin bildirim üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce re'sen yapılır.

Tescil kararından sonraya bırakabilecek noksanlıklar ise vakfın amacı ile vakfa özgülenen mal ve haklar ve bunlara ilişkin olmayan noksanlıklardır. Tescil kararından sonra ise işbu noksanlıkların tamamlanması vakıftan istenir, mahkemenin noksanlıklar konusunda vakfedenin görüşünü de alması mümkündür.

d. Tüzel Kişiliğin Kazanılması Anı, Tescil ve İlan

Vakıf senedinin düzenlenmesi ya da vasiyetname yapılması vakfın tüzel kişilik kazanması için yeterli değildir. Kanun'da vakfın, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescili ile tüzel kişilik kazanacağı açıkça belirtilmiştir. (TMK m. 102/II)

Vakfın tescili talebiyle vakfın yerleşim yeri Asliye Hukuk Mahkemesine başvurulması gerekir. İşbu başvuruyu kimlerin yapması gerektiği Kanun'da belirtilmiştir. Buna göre başvuru, resmi senet düzenlenmiş ise vakfeden tarafından, vakıf ölüme bağlı tasarrufla dayanıyorsa ilgililerin veya vasiyetnameyi açan sulh hâkiminin bildirim üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü (VGM) tarafından re'sen yapılır. (TMK m. 102/III)

Tescil için başvuruda bulunan mahkeme, senette yer alan mal ve hakların korunması için tapuya şerh düşülmesi, tescile kadar vadesi gelecek -vadesi yakın- hakların alacaklıya değil de belirli bir banka hesabına yatırılması, özgü-

lenen değerler için banka hesabındaki paraya bloke konulması gibi önlemleri alır. İşbu önlemler mahkemece re'sen alınacağından tescil için başvuruda bulunanın ayrıca bir talepte bulunmasına gerek yoktur.

TMK m. 104/I'e göre, “*Tesciline karar verilen vakıf, vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil edilir; ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezi sicile kaydolunur.*” Bu hükümden anlaşıldığı üzere, vakfın kurulmasını ve tüzel kişilik kazanmasını sağlayacak tescil kararını herhangi bir yerdeki mahkemeden istemek mümkündür, vakfın yerleşim yeri mahkemesine başvurmak zorunlu değildir. Bununla birlikte tescil kararı başka bir mahkeme tarafından verilse de vakfın tescil edileceği sicil, yerleşim yeri mahkemesinde tutulan sicildir. Vakfın tesciline dair kararın bir başka mahkeme tarafından verilmesi halinde ilgili belgelerle birlikte tescil için vakfın yerleşim yeri mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Akabinde, merkezi sicile kaydolun vakıf Resmi Gazete'de ilan edilir. İlanın kapsamını; vakfın ve vakfedenin adı, yerleşim yeri, vakfın amacı, vakfın organları, vakfa özgülenen mal ve hakların neler olduğu, mevcut ise tapu bilgileri, kuruluş senedi ile tescil kararının tarih ve sayısı ile mahkeme bilgileri oluşturur.

2. Mal ve Hakların Kazanılması ve Sorumluluk

Özgülenen malların mülkiyeti ile haklar, tüzel kişiliğin kazanılmasıyla vakfa geçer. Mülkiyetin geçtiği bu an, vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescili ile tüzel kişilik kazandığı andır. Bilindiği üzere, taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devreden mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hallerde o şeyin maliki olur. (TMK m.763/I) TMK'nın 105. maddesi hükmü gereği, vakıflara özgülenen taşınırın mülkiyeti için bu hüküm uygulanmaz. Yani zilyetliğin devrinden önce, tüzel kişiliğin kazanılmasıyla mülkiyet vakfa geçmiş olur.¹³ Taşınmazlar için de benzer kural geçerli-

dir; taşınmazın mülkiyetinin geçişi tapu siciline tescil ile olurken, özgülenen taşınmazların vakfa geçişi tüzel kişiliğin kazanılması ile olur. Tescile karar veren mahkeme, vakfedilen taşınmazın vakıf tüzel kişiliği adına tescil edilmesini tapu idaresine bildirir. Bu taşınmazlar, yapılan bildirim üzerine vakıf adına tescil edilir.

Anlaşıldığı üzere, mal ve hakların kazanılması açısından vakfın resmi senetle veya ölüme bağlı tasarrufla kurulduğunun bir önemi yoktur. Ancak ölüme bağlı tasarrufla kurulan vakfın miras bırakanın borçlarından sorumluluğu, özgülenen mal ve haklar ile sınırlıdır. (TMK m. 105/II)

SONUÇ

Vakfın kuruluş işlemleri başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere vakıflara ilişkin mevzuat hükümlerine tabidir. İşbu kuruluş işlemlerinin başında gelen vakfın iradesinin ortaya konulduğu vakıf senedi ise vakfın ana statüsü niteliğindedir. Ana statü için tüzel kişinin anayasası ifadesi de kullanılır. Genel bir tanımını yapmak gerekirse ana statü; tüzel kişinin amacını, bu amacı nasıl bir örgütle ve ne şekilde gerçekleştireceğini, varlığını ne şekilde devam ettireceğini düzenleyen, kurucular arasında konulup üzerinde tasarruf yetkisi sonradan tüzel kişiye ait olan, bağlayıcı kurallar bütünüdür.¹⁴

Ancak vakıf senedinin düzenlenmesi ya da vasiyet edilmesi vakfın tüzel kişilik kazanması için yeterli değildir. Kanun'da açık belirtildiği üzere vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescili ile tüzel kişilik kazanmaktadır. Vakfa özgülenen malların mülkiyeti de tescil anı ile birlikte vakfa intikal eder. Tüzel kişilik kazanmış olan vakfın, Vakıflar Genel Müdürlüğü nezdinde tutulan merkezi sicile de kaydının yapılması gerekir. Bu ikinci tescil tüzel kişiliğin kazanılmasında açıklayıcı niteliktedir. Vakfın tüm bu kuruluş işlemleri ile tüzel kişilik kazanması Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşü ile yetkili mahkeme kararı doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

14 İkizler, Metin, *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2021, s.176.

BİR PAZARLAMA TEKNİĞİ OLARAK YEŞİL AKLAMA

Süreyya KORKMAZ
Avukat

Gözde Nur KAYA
Stj. Avukat

ÖZET

1980'li yıllardan bu yana ilgi çeken yeşil pazarlama, çevreye karşı duyarlılık, doğayı koruma gibi konular özellikle son 10 yıl içerisinde büyük ilgi görmeye başlamıştır. Her geçen gün popüleritesi artan sürdürülebilirlik kavramı, işletmeleri yeni arayışlara itmiştir. Sosyal sorumluluk projeleri ve yeşil politikalar, işletmelerin topluma bir borcu olmaktan öteye giderek, marka imajını ve marka değerini güçlendirmek için yeni bir pazarlama silahı ve aynı zamanda güçlü bir pazarlama iletişimi aracı haline gelmiştir. Bu konunun hukuki düzenlemelerde yer alması ve yaptırım gücü ile yasaklanması, ülkelerin doğaya ve çevreye karşı sorumluluğudur.

Anahtar Kelimeler: Yeşil Aklama, Çevreye Duyarlılık, Yaptırım.

GİRİŞ

Günümüzde, çevresel sorunların küresel boyutta etkisini göstermeye başlaması, çevreyi ve doğayı koruma gibi konularda toplumsal farkındalığın artmasına neden olmuştur. Bu farkındalık, zorunlu geri dönüşümler ve karbon emisyonunun azaltılması yönünde yasal düzeyde ortaya çıkarken, değişen tüketici profili de kurumları ve markaları, yeşil stratejileri benimsemeye, dahası benimsemeseler dahi kendilerini yeşil göstermenin ve bu yolla tüketicileri etkilemenin yollarını aramaya zorlamıştır.

Mevcut tüketim toplumunda internet ve sosyal medya kanallarının da etkin kullanımı ile bilinçli, araştıran ve sorgulayan bir tüketici profili oluşmaktadır. Çevre dostu, toplumsal sosyal sorumlulukların bilincinde, sürdürülebilirlik uygulamalarına karşı oldukça duyarlı tüketici profili karşısında kurumlar ve markalar, tüketicileri etkilemek üzerine kurulu bir pazarlama sürecine girişmişlerdir.

Tüketici beklentilerindeki değişikliğin sonucu olarak işletmeler, rakiplerine karşı rekabet avan-

tajı elde etmek için geliştirdikleri yeni yeşil stratejiler ile pazarlama iletişimi faaliyetlerinde, reklam kampanyalarında, hatta ürünlerin ambalajlarında çevresel iddialara yer vermeye başlamışlardır.

1. PAZARLAMA TEKNİĞİ OLARAK YEŞİL AKLAMA/YEŞİL GÖZ BOYAMA

Bir ürünün, markanın ya da kurumun kendisini çevreciymiş gibi sunması, asılsız çevreci iddialarla yanıltıcı reklamlar yapması, bu iddiaların pazarlama iletişimi faaliyetlerinde ve hatta ürün ambalajlarında yer alması ise “yeşil aklama” olarak ifade edilmektedir. İlk defa 1999 yılında “Greenwash” olarak Oxford Sözlüklerinde yer alan yeşil aklama (yeşil yıkama/aklama), çevreye karşı sosyal sorumluymuş gibi toplumsal bir imaj yaratmak isteyen kurumların yaptıkları yanlış ve yanıltıcı bilgilendirme olarak tanımlanmıştır. Literatürde yaygın olarak “Greenwashing” kelimesi kullanıldığından bu çalışmanın devamında da bu haliyle anılacaktır.

Küresel ısınma, iklim değişikliği, yeşil alanların tahrip edilmesi ve geri dönüştürülemeyen maddelerin doğaya salınarak geri dönülmesi mümkün olmayan zararlar vermesi sonucu çevresel problemlere yönelik farkındalık artış göstermiş, tüketicilerin, daha az plastik içeren, geri dönüşümlü, yeşil

olarak ifade edilen ve organik olan ürünlere yönelik beklentisi, algısı ve tercihleri değişmiştir.¹ Tüketicide oluşan çevresel kaygı, satın alımlarıyla çevreyi iyileştirmeye istekli olan çevreye duyarlı tüketicilerin oluşmasını sağlamıştır.²

Çevreye duyarlı bir pazarda rekabet edebilmek için dünya çapındaki birçok işletme, ürün/hizmetlerinin çevresel faydaları ile ilgili tüketicileri yanıltıcı yeşile boyama uygulamalarına zaman ve para harcamaktadırlar. Dünyanın en büyük karbon emisyonu yayan işletmeleri bile çevreye duyarlı davranıyormuş gibi pazarda kendini konumlandırmaya çalışmaktadır.³

İşletmelerin gerçek davranışları ile yeşil olma iddialarındaki tutarsızlıkların tespit edilmesi “Greenwashing” kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu kavram ilk defa 1980 yılında geri dönüşüm programlarına sahip olmayan, fakat havluların yeniden kullanımını teşvik eden otellerdeki tutarsızlıkları gören Jay Westerveld tarafından ortaya atılmıştır. Söz konusu otellerin, sadece maliyetlerini azaltma bakış açısıyla çevreye duyarlı uygulamaları benimsemelerine rağmen, kendilerini çevreye duyarlıymış gibi konumlandırmaları Westerveld’in tepkisine neden olmuş ve durumun yanlışlığını ortaya koymuştur.⁴

2. GREENWASHING KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEN DAVRANIŞLAR

Greenwashing kapsamında değerlendirilen yaklaşımlar sınırlayıcı bir sayım ile belirlenmemekle birlikte aşağıda yer alan örnekler hangi davranışların bu kapsama dahil olduğu konusunda yardımcı olacaktır.

YEDİ YEŞİLE BOYAMA SAYILACAK HALLER	ÖRNEKLER
1. Bir bütün olarak ürünün tüm özelliklerini belirtmeksizin yeşil tek bir özelliğe göre belirtmek	Ürünün yarattığı kirlilik problemlerini göz önüne almadan sürdürülebilir bir ürün yaratmaya odaklanmak
2. Doğruluğunu ispat edecek çevresel iddialar sunmamak	Herhangi bir kanıt olmadan tüketim sonrasında ürünlerin geri dönüştürülebilir içeriğe sahip olduğunu iddia etmek
3. Belirsiz (aşırı derecede geniş ya da dar kapsamlı) ifadeler kullanmak	Bir ürünün tamamen doğal olduğunu belirtmek
4. Gerçek olan fakat önemsiz konu dışı iddialarda bulunmak	CFC yasalar tarafından yasaklandığı için bir ürünün CFC içermediğini ifade etmek
5. Ürün için doğru olan fakat bu şekilde bütün olarak daha önemli olan ürünün çevreye verdiği diğer zararlı etkiden tüketicinin dikkatini dağıtmak için iddialarda bulunmak	Organik sigaralar
6. Tamamen yanlış iddialarda bulunmak	Enerji tasarrufuna ilişkin sertifikalara sahip bir ürün olduğunu ifade ederek tüketiciyi yanıltmak
7. Doğru bilgi içermeyen etiketler kullanmak	Sahte ya da onayı olmayan sertifikalı ürünler kullanmak

Kaynak: Timothy, C. Bradley (2011), Likelihood of Eco-Friendly Confusion: Greenwashing And The FTC “GreenGuides” 4, (1), sayfa 2’den uyarlanmıştır.

¹ Leyla LEBLEBİCİ KOÇER, Tuğba DELİCE, “Yeşile Boyama ve Yeşil Güven Arasındaki İlişkide Algılanan Yeşil Riskin ve Algılanan Tüketici Şüpheliğinin Aracılık Rolü”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Temmuz-Aralık 2017, sy. 1-25

² Ayça Çekiç AKYOL, Özgür KILINÇ, “Dergi Reklamlarında Çevreci İddialar: Eko İq Dergisine Yönelik Bir İçerik Analizi”, Turkish Studies, yaz 2014, sy.328

³ Tufan ÖZSOY, Mutlu Yüksel AVCILAR, “Reklamların Yeşil İddialarına İlişkin Gerçeği Ölçmek: Ortak Bir Ölçek Mümkün mü?”, 33. IIER Uluslararası Konferansı Bildirileri, Ağustos 2015, sy.76-78

⁴ Tiffany Derville GALLİCINO, “A Critical Analysis of Greenwashing Claims”, Public Relations Journal, 2011, sy. 2

Greenwashing kavramının hukuki düzenlemelerde yer alması ve bu fiil için bir yaptırım öngörülmesi kamu otoritelerinin çevresel du-

yarlılığını göstermektedir. Aşağıda yer alan tabloda ülkelere göre suçun fiili unsurlarını oluşturan hallerin neler olduğu belirtilmiştir.

Reklamcılar ne yapmamalı?	Avustralya	Fransa	Norveç	ABD	Birleşik Krallık
Tüketiciyi yanlış yönlendirmek	✓	✓	✓	✓	✓
Tüketiciyi kandırmak	✓	✓	✓	✓	✓
Asılsız ifadelerde bulunmak	✓	✓	✓	✓	✓
Çevresel fayda iddiasında bulunan çevreyle ilgili görseller kullanmak	✓	✓	x	x	✓
Belirsiz olmak	✓	x	✓	✓	✓
Resmin geneline bakmadan teknik ya da dar anlamda haklı olmak	✓	✓	✓	x	✓
Bilimsel olarak tartışmalı olan gerçekleri uluslararası düzeyde kabul görmüş gibi lanse etmek	✓	x	x	x	✓
Ürünü olmayan niteliklere sahipmiş gibi göstermek	x	✓	✓	✓	✓
Ürünün çevreye olan faydalarını açıkça veya ima yoluyla abartmak	x	✓	x	✓	✓
Çevreye olan faydaya dair iddianın doğru ama hayata geçirilmesinin olanaksız olması	x	x	x	x	✓
Abartılı dil kullanmak	x	✓	x	x	✓
Kanıtlanamaz ifadeler kullanmak	x	✓	x	✓	✓

Kaynak: Tuğçe Kayaalp ve Damla Toprak, "Sürdürülebilirlik İçin İletişim" Sürdürülebilir Üretim ve Tüketim Yayınları – VII, REC Türkiye Yayınları, Şubat 2017, sy. 15

3. GREENWASHING UYGULAMALARI VE HUKUK DÜZENLERİNDEKİ YERİ

Hangi faaliyetlerin greenwashing olarak nitelendirilebileceği noktasında hâlâ tartışmalar olmakla birlikte, bu durum karşımıza sıklıkla kâr elde etmek amacıyla tüketicilerin yanlış bilgilendirilmesi ve yanıltılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çevreye dair düzenlemelerin hukuk sistemlerinde daha çok yer bulduğu ülkelerde greenwashing özel bir düzenleme olarak

ele alınmakta ve buna yönelik idari para cezası yaptırımları uygulanmaktadır.⁵

En çarpıcı ve bilinen örneklerinden bir tanesi Volkswagen'e verilen 125 milyon dolarlık para cezasıdır ki şu ana kadar Avustralya'da tüketicilerin yanıltılması sebebiyle verilen en yüksek para cezasıdır. Söz konusu ceza büyük yankı uyandırmış ve greenwashing uygulamasında bulunan pek çok şirkete uyarı niteliği taşımıştır. Davanın içeriğine bakıldığında, şirketin söz konusu araçlarının daha düşük gaz emisyon salınımlarında bulunduğu iddiasını ispatlamak amacıyla yaptığı laboratuvar testlerinde, özel bir yazılım kullanarak tüketicileri yanıltması-

5 İnci ERDOĞAN TARAKÇI, Bora GÖKTAŞ, "Pazarlamanın Yeni Rengi: Yeşil Aklama", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, Sy.1-19

dır. Verilen bu ibretlik ceza ile birlikte, her ne kadar Avustralya'da tüketici yasası ile tüketicilerin koruma altında olduğu bilinse de bu yasaların uygulandığı ve mahkemeler tarafından tüketicilerin desteklendikleri görülerek, çevresel iddialara güven ortamı oluşturulmuştur. Pek çok aktivist greenwashing uygulamalarına karşı daha fazla yasa uygulanmasını istemekle birlikte bu davadaki para cezası miktarının birçoklarını caydıracağına inanılmaktadır.

Hollanda'da ise düzenlemeler Ocak 2021'de yayınlanan bir rehber şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Rehberde, sürdürülebilirlik ile ilgili iddialarda bulunan şirketlerin iddialarını kanıtlamak için uyulması gereken beş kural belirlenmiş ve greenwashing uygulamalarına karşı tepki ortaya konmuştur.

İngiltere'de de 20 Eylül 2021 tarihinde Competition and Markets Authority (CMA - İngiliz Rekabet ve Piyasalar Otoritesi) tarafından yayınlanan Green Claims Code ("GCC") ile pek çok düzenleme sisteme dahil edilmiştir. Ürünleri veya hizmetleriyle ilgili olarak olumlu çevresel etki iddiasında bulunan herhangi bir şirketi potansiyel olarak etkileyecek olan GCC ile amaçlanan, işletmelerin tüketiciyi koruma yasasına uygun hale getirilmesidir. Reklamlar, ürün etiketlemesi, paketleme ve hatta ürün adları dahil tüm ticari uygulamalar için geçerli olan GCC'nin diğer geçerli kuralları ve rejimleri dışlamadan, paralel olarak işlemesi öngörülmektedir. İhlâl edildiğinin tespit edilmesi durumunda hukuk davası veya cezai kovuşturma ile karşı karşıya kalılabilecektir ve şirket organlarının yöneticileri ve diğer görevlileri de dahil olmak üzere cezai sorumluluk doğabilecektir. Ayrıca şirketlerin ihlâl sonucunda zarar gören tüketicilere tazminat ödemesi gerekmesi de mümkündür. Bu kapsamda, GCC'de pek çok ilke yayınlanmıştır.

Bu ilkelerden bazıları;

- Belirli durumlarda doğru olan iddiaların, hangi koşullarda doğru olduğunun net şekilde açıklanması gerektiği,
- Şirketlerin, kullandıkları renklerin ve görsel sembollerin tüketiciler üzerinde yanıltıcı etkisi olabileceğini göz önünde

bulundurması gerektiği,

- Kanuni olarak yerine getirilmesi zorunlu olan özelliklerin vurgulanarak, çevreci bir üstünlük şeklinde iddia edilmesi gerektiği,
- Bazı olumlu çevreci yönlerin gösterilmesi sebebiyle, tüketicilerde ürünün olduğundan daha çevreci olduğu yönünde düşünce oluşturulabileceği,
- Şirketlerin tüm ürün sürecini göz önünde bulundurarak iddialarda bulunması gerektiğidir.

23 Eylül 2021 tarihinde ise the Advertising Standards Authority (ASA - İngiliz Reklam Standartları Otoritesi) de reklamcılıkta çevresel iddiaların ve konuların düzenlenmesi hakkında bir bildiri yayınlamıştır. Buna göre, çevre hakkında yanlış yönlendirme yapılmaması ve çevre konusunda sosyal olarak sorumlu olmasının sağlanması için reklam verenlerin uyması gereken temel ilkeleri belirleyen Reklam Kılavuzu yayınlayacağını duyurmuştur.

Konu hakkında Avrupa Birliği'nde de görüşmeler gerçekleştirilerek greenwashing hakkında Avrupa'da yeknesaklığın sağlanması ve uygulamaların engellenmesi amaçlanmaktadır.

Türk hukuk sisteminde ise greenwashing uygulamalarına karşı konu özelinde herhangi bir düzenleme henüz bulunmamakla birlikte, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ("TKHK") m.61'de reklamların tüketicileri aldatici veya onların tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici nitelikte olmaması gerektiği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, Reklam Kurulu kararlarında da TKHK ile paralel şekilde tüketicileri yanlış bilgilendiren, aldatici ve yanıltıcı reklamlar için hem tüketicilerin korunması hem de haksız rekabetin önlenmesi amacıyla ilgili kurumlara idari para cezası ve reklamı durdurma cezası yaptırımlarının uygulandığı görülmektedir. Konuya ilişkin, 9 Kasım 2021 tarihli Reklam Kurulu'nun Sleepy kararı örnek verilebilir. Kararda, "Testler" ibaresi altında yeşil renkli tik işareti ile birlikte "(...) Yenilenebilir" ifadesine yer verilerek tanıtımı yapılan Sleepy marka bebek bezinin, tümüyle yenilenebilir bir ürün olduğu algısı yaratıldı-

ğından firmaya söz konusu reklamın durdurulması cezası verilmiştir.⁶ Ülkemizde de çevre bilincinin gelişmesiyle birlikte tüketicilerin daha yeşil ve çevreci ürünlere yöneliminin her geçen gün arttığı düşünüldüğünde, greenwashing kavramının hayatımızda daha uzun süre yer alacağı ve buna yönelik özel düzenlemelerin gerekeceği aşikârdır. Şimdilik TKHK ve Reklam Kurulu kararlarında karşımıza çıkan bu düzenlemelerin ilerleyen süreçlerde nasıl şekilleneceği ise merak konusu olmaya devam etmektedir.

SONUÇ

Artan çevresel kaygılar ve tüketicilerin çevreye yönelik duyarlılıkları pek çok işletmenin ürünlerini üretirken çevreye duyarlı ve yeşil ürün üretmelerine neden olmaktadır. Ancak her ürünün söylendiği gibi yeşil ya da çevreci olduğuna güvenebilmek günümüz koşullarında mümkün değildir.

Aşırı ve doğru olmayan iddialarla yapılan yeşil aklama uygulamalarının tüketiciler üzerinde doygunluk yaratarak anlamsızlaşacağı, marka imajına ve değerine telafisi zor zararlar vereceği, aynı zamanda yeşil dostu çevresel misyonları olan gerçekten dürüst şirketleri de itibarsızlaştırarak sürdürülebilirlik ve sosyal sorumluluk gibi alanlara yönelik ön yargı oluşturabileceği unutulmamalıdır. Bu alanda devletlerin ortaya koyduğu sınırlamaların ve yaptırımların yetersiz olması ve net olmaması, özellikle uluslararası düzeyde tutarsızlıklara da neden olmaktadır. Bu alanda daha katı ve zorlayıcı yaptırımların uygulamaya konulması ihtiyacı görülmektedir. Aynı zamanda aktivist grupların ve sivil toplum örgütlerinin bu alandaki çabasına medyanın ve sosyal medyanın, devletin ve toplumun diğer sağduyulu örgütlerinin de destek vermeleri gerekmektedir.

6 9.11.2021 – Reklam Kurulu Kararı

<https://ticaret.gov.tr/data/5d1c9edd13b87615344cd4c8/315%20RK%20Bas%C4%B1n%20B%C3%BClteni.docx>

İŞ SÖZLEŞMESİ SONA ERDİKTEN SONRA İŞÇİYE ÖDENEN PRİM/BONUS/İKRAMİYE GİBİ ÜCRET DIŞI ÖDEMELERİN SİGORTALI PRİME ESAS KAZANCA TABİ TUTULUP TUTULMAYACAĞI HUSUSU

Şerife Merve KILINÇKAYA
Müdür, Sosyal Güvenlik Hukuku

ÖZET

Bilindiği ve yaygın olduğu üzere, işverenler tarafından sigortalılara prim/ikramiye/bonus adı altında prime tabi tutulacak şekilde ödemeler yapılmaktadır. Sosyal güvenlik mevzuatına göre bu tutarların işverence ödendiği ay prime esas kazancına dahil edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, ilgili ödemeler sigortalıların işten ayrılması sonrasında gerçekleştirilebilmektedir. Bu durumda, işverence ödenen ilgili tutarların prime esas kazanca dahil edilip edilmeyeceği, edilecek ise hangi ayın prime esas kazancına dahil edileceği yönünde tereddütler hasıl olabilmektedir.

Makalemizde, işten ayrılan personellerimize işten ayrıldıkları tarihten sonra gerçekleştirilen prim/bonus/ikramiye gibi ücret dışı ödemelerin prime esas kazanca tabi tutulup tutulmayacağı, tutulacak ise hangi ayın kazancına nasıl dahil edileceği hususuna açıklık getirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Prim, Bonus, İkramiye, Ücret, Sigortalı Prime Esas Kazanç, Sigortalı, İşveren.

GİRİŞ

Sosyal güvenlik mevzuatında işveren- ce ödenen tutarların prime esas kazanca dahil edilme hususuna 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ("5510 sayılı Kanun") ile İşveren Uygulama Tebliği'nde yer verilmektedir. Bu sebeple, bahsi geçen hususun ilgili hükümlere göre incelenerek bu çerçevede değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

1. 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU ÇERÇEVESİNDE PRİME ESAS KAZANÇLAR

5510 sayılı Kanunu'nun "Prime esas kazançlar başlıklı" 80. maddesi,

"4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları aşağıdaki şekilde belirlenir.

a) Prime esas kazançların hesabında;

- 1) Hak edilen ücretlerin,
- 2) Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların,
- 3) İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıdaki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, brüt toplamı esas alınır.

b) Aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazanca tabi tutulmaz.

c) (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yar-

dım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazanca tabi tutulur. Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz.

d) Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödemesi durumunda, 82 nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dahil edilir. Bu durumlarda sigorta primlerinin, yukarıda belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenmesi halinde, gecikme cezası ve gecikme zammı alınmaz ve 102 nci madde hükümleri uygulanmaz.”

hükmü amirdir.

Kanun koyucu tarafından söz konusu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde örnekleme yoluyla hangi kazançların prime esas kazanca tabi tutulacağı hususunda kural konulmuş, bu kuralın istisnalarına ise aynı fıkranın (b) bendinde yer verilerek prim hesabında esas alınmayacak kazançlarda sınırlama yapılmış ve (c) bendinde de (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemelerin prim hesabında dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır.

2. İŞVEREN UYGULAMA TEBLİĞİ ÇERÇEVESİNDE PRİME ESAS KAZANÇLAR

Bununla birlikte, 01.09.2012 tarih ve 28398 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İşveren Uygulama Tebliği’nin 7.5- Prime Esas Kazancın Üst Sınırını Aşan Ücret Dışındaki Ödemeler başlıklı maddesinde, “*Sigortalılara, çeşitli nedenlerle (ücret-*

siz izin, istirahat gibi) ay içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazanca dahil olacak nitelikte ücret dışında bir ödeme yapılması halinde, ücret dışındaki bu ödemeler, ödemenin yapıldığı ayda sigortalının prim ödeme gün sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere ilgili ayların prime esas kazancına dahil edilecektir. Ancak ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda, ücret dışındaki bu ödemeler prime esas kazanca dahil edilemeyecektir.

Ücret dışında sigortalılara ödenmekte olan prim, ikramiye gibi her türlü ödemeler, ödemenin yapıldığı ayın kazancına dahil edilerek prime tabi tutulmaktadır. Ancak, sözü geçen ödemelerin ücret ile birleştirilerek prime tabi tutulması durumunda, bazı sigortalıların aylık prime esas kazançları tutarı, prime esas kazancın üst sınırını aşabilmektedir.

Bu durumda, sigortalılara, ücretinin yanı sıra prime esas kazanca dahil edilebilecek nitelikte ücret dışında ödeme yapılması halinde, bu nitelikteki kazançlar, prime esas günlük kazanç üst sınırının otuz katı aşmamak kaydıyla prime tabi tutulacak, buna karşın her iki kazanç toplamının üst sınırı aşması halinde, ücret dışındaki ödemenin üst sınırı aşan kısmı, Kanunun 82 nci maddesi hükmü de dikkate alınarak en fazla takip eden iki ayın prime esas kazanç tutarına dahil edilecektir.” denilmektedir.

İlgili madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, ay içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret ödenmediği aylarda prime esas kazanca dahil olacak nitelikte ücret dışında bir ödeme yapılması halinde, ücret dışındaki bu ödemelerin, ödemenin yapıldığı ayda sigortalının prim ödeme gün sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek üzere ilgili ayların prime esas kazancına dahil edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durumlarda, ücret dışındaki bu ödemeler prime esas kazanca dahil edilmeyecektir.

SONUÇ

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri çerçevesinde, sigortalıya yapılacak olan ödemele-

rin içinde, akdin sona ermesinden önceki süre-
lere ilişkin ücret ve ücret mahiyetinde ödemeler
olması halinde, ücret ve ücret niteliğindeki bu
ödemelerin yukarıda yer verilen 5510 sayılı Ka-
nun'un 80. maddesinde belirtildiği üzere ilgili
tutarların hak edilen ay/aylar itibarıyla sigortalı
prime esas kazanca tabi tutulması gerekmekte
olup iş akdi sona eren işçiye sonradan ödenme-
sine karar verilen prim/ikramiye/bonus gibi
ödemelerin iş akdinin sona erdiği ayın kazan-
cına dahil edilerek prime tabi tutulması gerek-
mektedir.

Bununla birlikte, İşveren Uygulama Tebli-
ği'nde yer alan hüküm gereği sigortalılara, çe-
şitli nedenlerle (ücretsiz izin, istirahat gibi) ay
içinde çalışmasının bulunmadığı ve ücret öden-
mediği aylarda prime esas kazanca dahil olacak
nitelikte ücret dışındaki bir ödeme yapılması ha-
linde, ücret dışındaki bu ödemelerin, ödeme-
nin yapıldığı ayda sigortalının prim ödeme gün
sayısının bulunmaması nedeniyle ödemenin
yapıldığı tarihi takip eden iki ayı geçmemek
üzere ilgili ayların prime esas kazancına da-
hil edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte,
ödemenin yapıldığı tarihi takip eden iki ayda
da ücret ödemesine hak kazanılmadığı durum-
larda, ücret dışındaki bu ödemeler prime esas
kazanca dahil edilemeyeceğinden, sigortalıya
yapılan ücret dışındaki ödemelerin iş akdinin
sona erdiği ayda prime esas kazanç üst sınırını
aşması durumunda, iş akdinin sona ermesinden
mütevellit sigortalı bildirim yapılmayacağıın-
dan prime esas kazanç üst sınırını aşan tutarın
takip eden iki aydaki prime esas kazanca dahil
edilmesi mümkün bulunmayacaktır.



İSTANBUL OFİS

19 Mayıs Cad. Dr. İsmet Öztürk Sok. No: 3 Elit Residence, Kat: 4/12 - 10/28 - 19/46 - 29/60 Şişli 34360 İstanbul, Türkiye

Tel : +90 212 380 0640
Faks : +90 212 217 1890



ANKARA OFİS

Kızılırmak Mah. 1450 Sok. Ankara Ticaret Merkezi (ATM), B Blok No: 1/29 Kat 5 Karakusunlar, Çankaya, Ankara, Türkiye

Tel : +90 312 286 1006
Faks : +90 312 286 1007



İZMİR OFİS

Adalet Mah. Manas Bulvarı Folkart Towers B Kule, No 47/2209 Bayraklı, İzmir, Türkiye

Tel : +90 232 290 0998
Faks : +90 232 290 0999



BURSA OFİS

Odunluk Mah. Akpınar Cad. Efe Towers A Blok Kat: 4 No:15/19 Nilüfer, Bursa, Türkiye

Tel : +90 224 441 1950
Faks : +90 224 441 1951



DENİZLİ OFİS

Sümer Mah. Çal Cad. Skycity İş Merkezi Kat 5 No: 1/41 Merkezefendi, Denizli, Türkiye

Tel : +90 258 252 1224
Faks : +90 258 252 1226



LONDRA OFİS

8 Duncannon Street, Golden Cross House, Londra, WC2N 4JF Birleşik Krallık



MOSKOVA OFİS

Empire Tower, Presnenskaya nab. 6 str. 2, floor: 47 office: 4727 Moskova, Rusya



KASABLANKA OFİS

Les Alizés Bureau No:102, 1er Etage, Lotissement La Colline II, No:33 Sidi Maarouf, Kasablanca, Fas



AMSTERDAM OFİS

Singel 250 1016 AB Amsterdam, Hollanda



KİYEV OFİS

Silver Breeze Business centre 1v, Pavla Tychyny Av. 02152, Office 434. Kiev, Ukrayna