

gündem NAZALI

www.nazaligundem.com

ISSN 2602-3601 / 2020 YAZ / SAYI 12

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Çerçevesinde Vergi İnceleme Raporunun ve/veya Vergi Tekniği Raporunun İhbarname Ekinde Tebliğ Edilmemesi Sorunsalı

S. 13

Binek Otolara Ait Gider Kısıtlamaları ve Bu Giderlere Ait Kdv'nin İndirimi

S. 25

Rekabet Kurumu'nun Yerinde İnceleme Yetkisinin Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Ekseninde Değerlendirilmesi

S. 37

Ticari Nitelikteki Menfi Tespit Davası ile Dava Şartı Arabuluculuğa İlişkin Karar İncelemesi ve Değerlendirmeler

S. 53

ISSN: 2602-3601

YIL: 2 / 2020 YAZ/ SAYI: 12

•
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 ÇOK TARAFLI SÖZLEŞMENİN VERGİ ANLAŞMALARINA ETKİSİ
- 13 DANIŞTAY VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU ÇERÇEVESİNDE VERGİ İNCELEME RAPORUNUN VE/VEYA VERGİ TEKNİĞİ RAPORUNUN İHBARNAME EKİNDE TEBLİĞ EDİLMEMESİ SORUNSALI
- 17 İŞÇİNİN ÖLÜMÜ HALİNDE İŞVERENİN YAPACAĞI TAZMİNAT ÖDEMELERİ VE BU TAZMİNATLARIN VERGİLENDİRİLMESİ
- 25 BİNEK OTOLARA AİT GİDER KISITLAMALARI VE BU GİDERLERE AİT KDV'NİN İNDİRİMİ
- 33 AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA MÜLKİYET HAKKI VE VERGİLENDİRME
- 37 REKABET KURUMU'NUN YERİNDE İNCELEME YETKİSİNİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU EKSENİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ
- 47 CORONAVİRÜS (COVID 19) SALGINININ İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ
- 53 TİCARİ NİTELİKTEKİ MENFİ TESPİT DAVASI İLE DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA İLİŞKİN KARAR İNCELEMESİ VE DEĞERLENDİRMELER
- 59 7036 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER İŞİĞİNDA İŞE İADE DAVASININ MADDİ SONUÇLARI
- 65 İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİHTE USULE VE ESASA İLİŞKİN ŞARTLAR
- 69 ÇALIŞMA HAYATINDA HIV(+) BİREYLER: ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARI İŞİĞİNDA BİR DEĞERLENDİRME
- 77 TARAFLARIN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN BELGELERİ İBRAZ ZORUNLULUĞUNUN İNCELENMESİ
- 81 YEREL YÖNETİMLERDE KATI ATIK YÖNETİM SÜRECİ
- 85 İŞ HAYATINDA ÜCRET EKİ UYGULAMALARI VE YANSIMALARI

ÖNSÖZ

Sevgili Dostlar,

NAZALI Gündem dergimizin bir sayısını daha tamamlayarak sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Bu sayımızda da birbirinden değerli arkadaşlarımız tarafından hazırlanan makalelerle karşınızdayız.

Rekabet hukuku ve uyum ortamımız Metin Pektaş ile şirketler hukuku-birleşme ve devralmalar, kişisel veriler ve fikri mülkiyet ortamımız Ayşe Ülkü Solak'ın değerli ekip arkadaşlarıyla birlikte kaleme aldığı ve rekabet hukuku ile kişisel verilerin korunması hukukunun birlikte değerlendirildiği makaleleri, farklı hukuk dallarının birbirleri ile nasıl etkileşim içerisinde olduğunu göstermesi açısından konuyla ilgili kapsamlı değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun ihbarnameyle tebliğ edilmeyen raporlar ile ilgili son dönemdeki yeni içtihadının konu edildiği makale de Danıştay'ın konuyla ilgili yeni içtihadına ilişkin kapsamlı bir değerlendirme sunmaktadır.

Kıdemli vergi müdürümüz Ömer Emen ile avukatlarımızdan Müge Erdoğan'ın hazırladığı ve iş hukuku ile vergi hukukunun dinamiklerinin birlikte ele alındığı makaleleri, işçinin ölümü halinde işverenin yapacağı tazminat ödemeleri ve bu tazminatların vergilendirilmesi konusunu detaylı olarak inceleme imkanı sağlamıştır.

Dergimizde yer alan diğer tüm makalelerin rekabet hukukundan gümrük hukukuna, vergi hukukundan sosyal güvenlik hukukuna uzanan geniş bir yelpazede hazırlanarak siz değerli dostlarımızla buluşturan arkadaşlarımıza bir kez daha teşekkür ederiz.

NAZALI Gündem'in bir sonraki sayısında sizlerle çok daha güzel günlerde buluşmak dileğiyle. Sağlıklı günler dileriz.

Keyifli okumalar.

NAZALI GÜNDEM

ÇOK TARAFLI SÖZLEŞMENİN VERGİ ANLAŞMALARINA ETKİSİ

Ersin NAZALI

Yönetici Ortak, Avukat, YMM

ÖZET

Çok Taraflı Sözleşme, Türkiye'nin taraf olduğu vergi anlaşmalarında önemli değişiklikler doğuracaktır. İşlemlerin ana amacının vergi anlaşmasının sağladığı menfaatlerden yararlanmak olması halinde anlaşma hükümlerinden istifade ettirilmeme durumu, halihazırda istisna yöntemi ile çifte vergilendirmesi önlenen kazanç unsurları için mahsup yönteminin uygulanacak olması, yapay olarak işyeri statüsünden kaçınmayı engelleyici hükümler bu değişikliklerden bazılarıdır.

Anahtar Kelimeler: Çok Taraflı Sözleşme (Multilateral Instrument), İşyeri Statüsünden Kaçınma, Vergi Anlaşmasının Kötüye Kullanımı, Karma Uyumsuzluklar, Karşılıklı Anlaşma Usulü, Ana Amaç Testi (Principal Purpose Test).

GİRİŞ

“Matrah Aşındırma ve Kâr Aktarımından Korunmak İçin Vergi Anlaşmalarıyla Bağlantılı Tedbirlerin Uygulanması Hakkındaki Çok Taraflı Anlaşma (*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*), BEPS 15. Eylem Planı kapsamında OECD/G20 ortaklığı ile hazırlanmış ve üye ülkeler tarafından imzalanarak 1 Temmuz 2018'de yürürlüğe girmiştir. Söz konusu sözleşme 24 Haziran 2020 tarihi itibarıyla Türkiye'nin de içerisinde bulunduğu 94 ülke tarafından imzalanmıştır.

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uluslararası anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Söz konusu Çok Taraflı Anlaşmanın (bundan sonra “Sözleşme” olarak anılacaktır.) onaylanması amacıyla hazırlanan kanun teklifi 3 Haziran 2020 tarihinde Meclis'in ilgili komisyonlarına sevk edilmiştir¹.

Sözleşme, Türkiye'nin taraf olduğu vergi anlaşmalarında önemli değişiklikler doğuracak niteliktedir. Makalemizde Sözleşme ile vergi anlaşmalarında yapılması öngörülen değişiklikler irdelenecektir.

1. SÖZLEŞMENİN NİTELİKLERİ VE İÇERİĞİ

Çok Taraflı Sözleşme (“Multilateral Instrument”), BEPS eylemlerinin çıktılarının standart haline getirilerek vergi anlaşmalarına yansıtılması amacıyla geliştirilmiştir. Sözleşme ile vergi anlaşmalarının taraflarının tek-tek müzakeresine gerek kalmadan 1680'in üzerinde vergi anlaşmasında değişiklik yapılmaktadır.

Sözleşmenin önemli özelliklerinden birisi taraflara seçenek sunması, belli bir çözümü dikte etmemesidir. Sözleşmedeki hükümler, uyulması zorunlu olanlar (asgari standartlar) ve olmayanlar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Vergi anlaşmasının amacı (md.6), anlaşmanın kötüye kullanılmasının önlenmesi (md.7) ve karşılıklı anlaşma prosedürü (md.16) anlaşmalarda bulunması zorunlu hükümleri ifade etmektedir. Uyulması zorunlu olmayan hükümlere ülkeler çekince koyarak söz konusu düzenlemeden muaf kalabilmektedirler.

Sözleşmede hangi vergi anlaşmalarının kapsama dahil edileceği konusunda taraflara tercih hakkı tanınmaktadır. Diğer taraftan is-

1 Kanun Teklifi, Erişim tarihi: 25 Haziran 2020, <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2935.pdf>

tisnai hükümler haricinde bir tarafın bir hüküm hakkındaki tercihinin geçerlilik kazanması karşı tarafın da aynı hüküm ile ilgili aynı tercihte bulunması ile sağlanmaktadır.

Sözleşmede uyum sağlayıcı cümleler mevcuttur. Sözleşme hükümleri, vergi anlaşmasındaki hükümlerin yerine (“in place of”), vergi anlaşmasında mevcut bir hüküm yok iken (“in the absence of”), vergi anlaşmasının hükümlerinin yerine veya yokluğunda (“in place of or in the absence of”), vergi anlaşması hükümlerine uygulanır veya o hükümleri değiştirir².

Sözleşme 7 bölüm ve 39 maddeden oluşmaktadır³.

- “Karma Uyumsuzluklar” başlığı taşıyan 1. bölümde şeffaf kuruluşlar, çifte mukim kuruluşlar ve çifte vergilendirmenin önlenmesi yöntemlerinin uygulanmasına dair hükümler yer almaktadır.
- “Anlaşmanın Kötüye Kullanımı” başlıklı 2. bölümde vergi anlaşmasının amacı, anlaşmanın kötüye kullanılmasının önlenmesi, temettü devir işlemleri değeri gayrimenkule dayalı hisse senetlerinin elden çıkarma kazançlarının vergilendirilmesi, 3. ülkelerde bulunan işyerleri için kötüye kullanım karşıtı kural ve vergi anlaşmasının bir tarafın kendi mukimini vergilendirme hakkını sınırlandırma amaçlı kullanılmaması konularını ihtiva eden hükümler yer almaktadır.
- “İşyeri Statüsünden Kaçınma” başlıklı 4. bölümde komisyonculuk düzenlemeleri ve benzeri stratejiler, belirli faaliyet istisnaları, sözleşmelerin bölünmesi yoluyla işyeri statüsünden yapay kaçınmanın engellenmesine dair öngörülen değişikliklere yer verilmiştir.
- “Uyuşmazlıkların Çözümlemesinin Geliştirilmesi” başlıklı 5. bölümde karşılıklı anlaşma usulü,

karşı düzeltmeler konularına ilişkin hükümler yer almaktadır.

- “Tahkim” başlıklı 6. bölümde vergi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi, hakemlerin tayini, tahkim kararlarının bağlayıcılığı konuları işlenmiştir.
- “Son Hükümler” başlıklı 7. bölümde ise sözleşmenin yürürlüğe girme ve hüküm ifade etme tarihlerinin belirlenmesi, imza, onay, çekince ve bildirimler konuları işlenmiştir.

2. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

2.1. KARMA UYUMSUZLUKLAR

2.1.1. Şeffaf Kuruluşlar

Sözleşmenin 3. maddesi “şeffaf kuruluşlar” (fiscally transparent entities) başlığını taşımaktadır. Vergi uygulamasında elde ettikleri kazancın kuruluş bünyesinde değil, ortakları bünyesinde vergilendirildiği kuruluşlar, şeffaf kuruluş olarak adlandırılmaktadır. Türk mevzuatında adi ortaklıklar, kollektif şirketler ve adi komandit şirketlerin faaliyetlerinden elde ettikleri kazanç ortaklık/şirket bünyesinde vergiye tabi tutulmamakta, payları oranında ortakların geliri addedilmekte ve ortaklar tarafından beyan edilmesi gerekmektedir. Benzer şeffaf kuruluşlar başka ülkelerde de bulunmaktadır. Örneğin İngiltere hukuk sisteminde yerini alan sınırlı sorumlu ortaklıklar (“limited liability partnership”) vergisel açıdan şeffaf kuruluş niteliğindedir. Ancak bir ülkede şeffaf olarak nitelendirilen bir kuruluş anlaşmanın tarafı olan diğer ülkede şeffaf olarak görülmemekte ve kuruluş bünyesinde vergilendirilmektedir. Anlaşmalarda mukimliğe vergi mükellefiyeti ekleninde bir anlam yüklenmesi ise şeffaf kuruluşların vergi anlaşmalarının sağladığı menfaatlerden yararlanamaması şeklinde sonuçlar doğurmaktadır. Şeffaf kuruluşlara vergi anlaşması hükümlerinin uygulanması konusunda tekdüzelik sağlamak için vergi anlaşmalarının “kapsanan kişiler”i tanımlayan 1. maddesinin değerlendirilmesinde dikkate alınmak üzere Çok Taraflı Sözleşmenin 3. maddesinde aşağıdaki hükme yer verilmiştir:

² Mustafa Cemil Kara, “G20/OECD Matrah Aşındırılması ve Kâr Kaydırma Projesi (BEPS) Çok Taraflı Enstrüman (MLI)”, *Vergi Dünyası*, Şubat 2018, s.50

³ “Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting”, Erişim Tarihi: 11 Temmuz 2020, <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>

“Bir kapsanan vergi anlaşmasının amaçları bakımından, Akit ülkelerden herhangi birisinin vergi kanunları uyarınca mali açıdan tamamen veya kısmen şeffaf olarak değerlendirilen bir kuruluş veya yapı tarafından veya bunlar aracılığıyla elde edilen gelir, bir Akit ülke vergilendirme amaçları bakımından kendi mukiminin geliri olarak değerlendirildiği sürece o Akit ülke mukiminin geliri olarak kabul edilir.”

Bu hükme göre, bir vergi anlaşmasının taraflarından herhangi birisinin iç mevzuatınca şeffaf olarak görülen bir kuruluşun kazancı, akit ülkelerden birisi tarafından kendi mukiminin geliri olarak görülen kısmı itibarıyla Anlaşmanın sağladığı muafiyet veya indirimli vergileme imkanlarından yararlandırılacaktır. Diğer bir ifade ile söz konusu şeffaf kuruluşun kazancının taraf ülkelerin iç mevzuatına göre kendi mukiminin geliri olarak görülmemesi durumunda söz konusu kazanca vergi anlaşmasının avantajlı hükümleri uygulanamayacaktır. Bu durumda şeffaf kuruluşun kazancının kendilerine atfedildiği ortakların mukim olduğu ülke ile kaynak ülke arasında vergi anlaşmasının varlığı halinde bu anlaşma hükümleri uygulanacak, anlaşma bulunmaması halinde ise kaynak ülkenin kendi iç mevzuatına göre vergileme yapılacaktır.

Söz konusu madde uygulanması zorunlu bir madde olmamakla birlikte Türkiye bu maddeye çekince koymamıştır. Dolayısıyla karşı ülkenin de rezerv koymadığı tüm anlaşmalarda şeffaf kuruluşların mukimliğine ilişkin bu hüküm uygulanacaktır.

2.1.2. Çifte Mukim Kuruluşlar

Sözleşmenin 4. maddesi, gerçek kişi dışındaki kişilerin, kapsanan vergi anlaşmasının mevcut hükümlerine göre her iki ülkenin de mukimi sayılıyor olması halinde mukimlik sorununun nasıl çözüleceğine dair hüküm içermektedir. Maddeye göre, etkin yönetim yeri, kurulduğu veya başka bir şekilde oluşturulduğu yer vb. unsurları dikkate alınarak bir kuruluşun hangi ülkenin mukimi kabul edileceği yetkili makamların karşılıklı anlaşması ile belirlenecektir.

Çifte mukimlik sorunun karşılıklı anlaşma usulü ile çözümü vergi anlaşmalarının

mevcut metinlerinde de bulunmaktadır. Çok taraflı sözleşme ile getirilen yenilik, yetkili makamların mukimlik konusunda anlaşmaya varamamaları durumunda söz konusu kuruluşun vergi anlaşmasının sağladığı indirim ve muafiyetlerden yararlanamamasının öngörülmüş olmasıdır. Taraflarca üzerinde mutabık kalınan durumlarda, anlaşmaya varılamamış olursa bile, anlaşma hükümlerinin kolaylıklarından yararlanılmasına imkân tanınmıştır.

Uygulanması akit devletlerce ihtiyari olan söz konusu madde hükmünün tamamına Türkiye tarafından çekince konulmaktadır. Bu açıdan bu aşamada söz konusu madde hükmü Türkiye'nin taraf olduğu anlaşma hükümlerinde değişiklik doğurmayacaktır.

2.1.3. Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi Yöntemlerinin Uygulanması

Sözleşmenin 5. maddesinde ÇVÖA uyarınca mukim ülkenin vergiden istisna olarak dikkate alması gereken gelir unsurlarının varlığı durumunda çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin olarak taraflara 3 seçenek sunulmaktadır: A, B ve C.

- A seçeneğinde, mukim ülkenin Anlaşma gereği çifte vergilendirmeyi önlemek amacıyla bazı gelir unsurlarını vergiden istisna tutma zorunluluğunun, kaynak ülkenin Anlaşma hükümlerini söz konusu gelirin vergilendirilebileceği oranı sınırlandırmak şeklinde uygulaması durumunda, ortadan kalkacağı ifade edilmektedir.
- B seçeneğinde, bir ülkenin mukimi tarafından elde edilen ve o ülkede temettü olarak değerlendirilen gelir unsurunun çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla mukim ülkede istisna edilmesini gerektiren hükümlerinin, diğer akit ülkede temettü ödeyen şirketin vergilendirilebilir kazancının hesabında indirim olarak dikkate alınması halinde uygulanmaması gerektiğini salık vermektedir.

- C seçeneğinde, bir ülke mukiminin Anlaşmaya göre diğer ülkede vergilendirilebilecek bir gelir elde etmesi halinde, mukim ülkenin diğer ülkede ödenen verginin mahsubuna izin vermesi suretiyle çifte vergilendirmenin önlenmesi öngörülmüştür.

Söz konusu madde sözleşmenin zorunlu hükümlerinden olmasa da Türkiye C seçeneğini tercih etmiştir. Madde hükmüne göre, tarafların farklı seçenekler tercih etmeleri veya taraflardan birinin hiçbir seçeneği tercih etmemesi halinde seçilen yöntem her bir tarafın kendi mukimleri açısından çifte vergilendirmenin önlenmesinde uygulanacaktır. Seçilen bu mahsup yöntemi mevcut anlaşmalara göre kaynak ülkede vergilendirilebilen ve mukim ülke olarak Türkiye'nin vergi istisnası uygulaması gereken hükümlerin yerine uygulanacaktır.

Hâlihazırda Türkiye'nin taraf olduğu 22 anlaşmada (Beyaz Rusya, Hindistan, Hollanda, Fas, İsveç anlaşmaları gibi) çifte vergilendirmenin Türkiye tarafından istisna uygulanması suretiyle giderilmesi öngörülmüştür. Maddenin 9. fıkrasına göre, C seçeneğini tercih etmeyen bir taraf, belirlediği anlaşmalarda karşı tarafın C seçeneğini uygulamasına izin vermeme hakkını saklı tutabilmektedir. Buna göre, söz konusu 22 anlaşmada karşı taraflarca bu şekilde bir rezerv konmamış olması ve sözleşmenin onaylanmasının Meclis tarafından uygun bulunması halinde Türkiye mukimleri açısından çifte vergilendirmenin önlenmesi mevcut sözleşmelerdeki istisna yöntemi yerine mahsup yöntemi ile sağlanacaktır.

2.2. ANLAŞMANIN KÖTÜYE KULLANIMI

2.2.1. Vergi Anlaşmasının Amacı

Sözleşmenin 6. maddesi vergi anlaşmasının giriş kısmının aşağıdaki ifadeyi içerecek şekilde değiştirilmesini öngörmektedir:

“Vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma yoluyla (3. ülkelerin mukimlerinin dolaylı menfaatleri için bu anlaşmada sağlanan kolaylıkları elde etmeyi amaçlayan anlaşma seçme düzenlemeleri yoluyla olanlar dahil), vergilendirmeme ve düşük vergilendirme olanakları ya-

ratılmadan bu anlaşmada kapsanan vergiler bakımından çifte vergilendirmeyi ortadan kaldırmak niyetiyle,”

Halihazırda vergi anlaşmalarının giriş kısmında da çifte vergilendirmeyi önlemek ve vergi kaçakçılığına engel olmak niyeti ifade edilmiştir. Öngörülen değişik ile çifte vergilendirmenin, vergilendirmeme olanakları yaratmadan ve anlaşma hükümlerinden haketmeyenlerin yararlanmasına imkân tanımadan ortadan kaldırılmasına vurgu yapılmaktadır.

Söz konusu başlangıç metni asgari standart niteliğindedir, tüm anlaşmalarda bulunması zorunludur. Ancak taraflara, söz konusu hüküm, halihazırda bu hüküm içeren vergi anlaşmalarına uygulamama hakkı tanınmıştır. Türkiye’de bu kapsamda Arjantin, Ruanda ve Venezuela anlaşmalarının bu lafzı içerdiğini bildirmiştir.

Sözleşmenin aynı maddesinde anlaşmaların başlangıç metnine “ekonomik ilişkileri daha fazla geliştirmek ve vergi konularında iş birliğini artırmak isteğiyle,” lafzının da dahil edilebileceği belirtilmiştir. Türkiye, seçimlik olan bu lafzı da başlangıç metinlerinde bulunduracağını bildirmiştir.

2.2.2. Anlaşmanın Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi

Anlaşmaların kötüye kullanılmasının engellenmesi için Sözleşme'nin 7. maddesinde 2 kural öngörülmüştür: Ana amaç testi (principal purpose test) ve menfaatlerin sınırlandırılmasına ilişkin sadeleştirilmiş hüküm (simplified limitation on benefits provision).

Ana amaç testinde aşağıdaki hükmün, mevcut vergi anlaşmalarında bu hükmün yokluğunda veya benzer bir hüküm varsa onların yerine uygulanması öngörülmektedir:

“Bir Anlaşmanın diğer hükümlerine bakılmaksızın, bir gelir veya servet unsuruna ilişkin olarak anlaşma kapsamındaki bir menfaat, doğrudan ya da dolaylı olarak bu menfaatle sonuçlanan herhangi bir düzenleme veya işlemlerin esas amaçlarından birinin bu menfaati elde etmek olduğu sonucuna varılması, tüm ilgili durum

ve koşullar göz önünde bulundurulduğunda makul ise, bu koşullar altında bu menfaatin sağlanmasının anlaşmanın ilgili hükümlerinin hedef ve amacı ile uyumlu olduğu ortaya konulmadıkça, sağlanmaz.”

Anlaşma menfaatlerinden yararlanmayı kısıtlayan bu hüküm, gerçekleştirilen işlemlerin veya kurulan yapıların ana amaçlarının sorgulanmasını gerektirmekte ve ilgili tüm veriler göz önüne alındığında işlemin/yapının esas amaçlarından birisinin vergi anlaşmasının sağladığı menfaat elde etmek olduğu kanaatine varılması halinde Anlaşmanın sağladığı menfaatten mahrum bırakma söz konusu olmaktadır. Söz konusu hüküm, OECD Model Vergi Anlaşması'nın 2017 versiyonunun 29/9. maddesinde de yer almıştır. Söz konusu maddenin yorum notlarında⁴ ana amaçlarından biri olmak terimi, “tek (sole)” veya “başat (dominant)” amaç olması olarak yorumlanmıştır. Söz konusu yorum notlarında verilen bir örnekte⁵, aralarında vergi anlaşması olmayan iki ülke mukimi olan ve ortaklık ilişkisi bulunan şirketlerden ana şirketin kâr dağıtım kararı almasının akabinde iştirakin elindeki temettü kuponunu kâr dağıtan şirketin mukim olduğu ülke ile arasında temettü vergilemesi hususunda avantajlı hükümler içeren vergi anlaşması bulunan bir ülke mukimi olan finansal kuruluşa devretmesi işleminin ana amacının söz konusu anlaşmanın sunduğu menfaatlerden yararlanmak olması nedeniyle temettü ödemeleri üzerinden indirimli oranda stopaj yapılamayacağı ifade edilmiştir.

BEPS'in 6. eylemine ilişkin 2015 final raporunda verilen bir örnekte de, elektronik aygıt üreticisi olan ve işleri hızla büyüyen bir firmanın ucuz üretim maliyeti avantajından yararlanmak için geliştirmekte olan 3 ülkeyi aday olarak belirlemesi ve bu ülkelerden kendi mukim olduğu ülke ile aralarında vergi anlaşması olan ülkeyi tercih etmesi durumunda ana amacın vergi anlaşmasının sunduğu menfaatlerden yararlanmak olmadığı sonucuna varılmıştır⁶.

Ana amaç testi, subjektif değerlendirme içermesi yönüyle eleştirilmektedir. Ancak işlemin, yapının temelinde ticari bir nedenin yatmakta olduğu durumlarda vergi anlaşmasının menfaatlerinden yararlandırmanın engellenmemesinin ekonomik faaliyetlere müdahale niteliği taşıyacağı ve teşebbüs hürriyetine aykırılık teşkil edeceğini değerlendirmekteyiz.

Sözleşmenin 7. maddesinde Anlaşmanın kötüye kullanılmasının önlenmesi için öngörülen bir başka yöntem de menfaatlerin sınırlandırılması kuralıdır. Bu kurala göre, Anlaşmanın menfaatleri gerçek kişiler, hisseleri borsada işlem gören şirketler gibi nitelikli (ehil) kişilere özgülenmekte, ehil kişiler dışında kalanların belli istisnalar haricinde anlaşma menfaatlerinden yararlanması engellenmektedir. Mukim olunan akit ülkede aktif şekilde yürütülen bir işin var olduğu ve diğer akit ülkeden elde edilen gelirin bu işten doğduğu durumlarda anlaşma menfaatleri ehil kişilerle sınırlandırılmaksızın tüm kişilere tanınmaktadır.

Anlaşmanın kötüye kullanımının engellenmesi bağlamında ana amaç testinin vergi anlaşması hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınması zorunlu tutulmuştur. Ancak taraflar, her iki tarafın da bu yöntemi seçmesi halinde ana amaç testi yerine basitleştirilmiş menfaatlerin sınırlandırılması kuralının uygulanmasını da tercih edebilir. Türkiye ana amaç testini seçmiş olduğundan, taraf olduğu tüm anlaşmalarda bu testin uygulanacağını söyleyebiliriz. Söz konusu hüküm, hâlihazırda bu hükmü içeren Arjantin, Ruanda ve Venezuela anlaşmalarına uygulanmayacaktır.

2.2.3. Temettü Devir İşlemleri

Sözleşmenin 8. maddesi ile, vergi anlaşmalarında temettülerde tevkifat muafiyeti veya düşük oranda vergilemeye hak kazanabilmek için gerçek lehtarın/temettü alıcısının, temettü ödemesi yapan şirketin sermaye, oy hakkı

⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital Condensed VERSION, article 29, para.180, Erişim Tarihi: 11 Temmuz 2020, <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>

⁵ age, s.592

⁶ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, “Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances”, s.60, Erişim Tarihi: 12.07.2020, <https://www.oecd.org/tax/beps/preventing-the-granting-of-treaty-benefits-in-inappropriate-circumstances-action-6-2015-final-report-9789264241695-en.htm>

veya benzeri mülkiyet menfaatlerine asgari bir oranda sahip olan bir şirket olması şart koşulmaktadır. Diğer taraftan asgari sahiplik şartının da asgari bir süre boyunca sağlanmış olması aranmaktadır ki bu süre temettü ödeme gününü içeren asgari 365 günlük bir periyot olarak belirlenmiştir.

Uygulanması zorunlu olmayan söz konusu maddeye Türkiye çekince koymuştur.

2.2.4. Değeri Esas Olarak Gayrimenkul Varlıktan Kaynaklanan Hisselerin Elden Çıkarılmasından Doğan Sermaye Değer Artış Kazançları

Hâlihazırda yürürlükte olan vergi anlaşmalarında gayrimenkul ve hisse senedi/ortaklık payı satışlarından doğan kazançlar Anlaşmaların “sermaye değer artış kazançları” başlıklı 13. maddesinde düzenlenmektedir. Bu madde hükmüne göre, genellikle gayrimenkul satışından doğan kazançları vergileme hakkı gayrimenkulün bulunduğu ülkeye ait iken hisse senedi/ortaklık payı satışından doğan kazançları vergileme hakkı elden çıkarmanın mukim olduğu ülkeye aittir. Kaynak ülkeye vergileme hakkı ancak elden çıkarılan hisse senetlerinin/ortaklık paylarının elde tutma süresinin bir yılın altında kalması halinde verilmektedir.

Sözleşmenin 9. maddesinde yer verilen hüküm ile, elden çıkarılan hisse senetlerinin değerinin belli asgari bir oranda diğer akit devlette bulunan gayrimenkul varlıklara bağlı olması durumunda kaynak devlete de elden çıkarılma kazançlarının vergileme yetkisi verilmektedir. Maddenin 1. ve 4. fıkralarında bu şekilde oluşan değer artış kazancında vergiden kaçınmayı engellemek için birbirine benzer iki ayrı hükme yer verilmiştir. Madde çok taraflı sözleşme açısından uygulanması zorunlu bir hüküm olmamakla birlikte Türkiye 4. fıkradaki hükmü benimsemiştir.

Buna göre; akit ülkelerden birinin bir mukimi tarafından ortaklık veya tröstlerdeki ortaklık hakları gibi hisse veya benzeri menfaatlerin elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar, elden çıkarma

tarihinden önceki 365 gün içinde herhangi bir zamanda bu hisse ve benzeri menfaatlerin değerlerinin %50'sinden fazlasının doğrudan veya dolaylı olarak diğer akit devlette bulunan gayrimenkul varlıklardan kaynaklanması halinde, bu diğer akit ülkede vergilendirilebilir. Bu durumda, anlaşmanın diğer tarafının da 4. fıkranın uygulanması yönünde bildirimde bulunması halinde söz konusu hüküm uygulanabilecektir.

2.2.5. Üçüncü Ülkelerde Bulunan İşyerlerinin Kötüye Kullanım Karşısı Kural

Sözleşmenin 10. maddesindeki düzenlemenin amacı ilgili vergi anlaşmasına taraf devletlerin dışında başka bir ülkede kurulu ya da kurulmuş gibi gösterilen bir işyerini kullanmak suretiyle matrah aşındırılmasının önlenmesidir⁷. Bu kuralın uygulanması için aşağıdaki koşullar oluşmalıdır:

- Vergi Anlaşmasının tarafı olan ülkelerden birinde mukim bir teşebbüs, diğer akit ülkeden bir gelir elde edecek,
- Mukim devlet söz konusu kazancı teşebbüsün 3. ülkede kurulu iş yerine atfedecek,
- İş yerine atfedilen kazanç mukim devlette vergiden istisna tutulacak,
- 3. ülkenin işyeri kazancı üzerinde yaptığı vergileme söz konusu iş yeri 1. ülkede bulunsaydı uygulanacak verginin %60'ından daha az olacak.

Yukarıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde kaynak ülke, vergi anlaşmasının sağladığı kolaylıklar yerine iç hukukunu uygulayacaktır.

Türkiye, uygulanması zorunlu olmayan bu maddeye rezerv koymuştur. Bu nedenle söz konusu hükmün Türkiye'nin taraf olduğu vergi anlaşmalarına bir etkisi olmayacaktır.

2.2.6. Anlaşmanın Tarafların Kendi Mukimlerini Vergileme Hakkını Etkilememesi

Sözleşmenin 11. maddesinde vergi anlaşmalarının akit ülkelerin kendi mukimlerini vergi-

7 Alper Cihad DEMİR, “Çok Taraflı Sözleşme (MLI) Hükümlerine İlişkin Olarak Türkiye Tarafından Yapılan Bildirimlerin Değerlendirilmesi”, *Vergi Dünyası*, Eylül 2018, s.94

leme hakkını etkilememişsinin kuralına değinilmiş ve bunun akabinde bu kuralın istisnaları sayılmıştır. Buna göre;

- Transfer fiyatlandırması incelemesi sonucu diğer akit ülkede yapılan ilk düzeltimin ardından mukim ülkenin kendi mukimlerine karşı taraf düzeltimi olanğı tanınması gereken hükümler,
- Mukimin; diğer ülkede öğrenci, öğretim görevlisi, devlet memuru ve diplomat olması sonucu elde ettiği kazanç, diğer ülke SGK'sı tarafından ödenen emekli maaşlarının nasıl vergilendirileceğine ilişkin hükümler,
- Karşılıklı anlaşma usulüne ilişkin hükümler,
- Ayrım yapılamamasına ilişkin hükümler,

gibi konular nedeniyle bir akit ülkenin mukimleri vergilendirme hakkı vergi anlaşması hükümlerinden etkilenebilecektir.

Zorunlu olamayan bu maddeye Türkiye rezerv koymuştur.

2.3. İŞYERİ STATÜSÜNDEN KAÇINMA

2.3.1. Komisyonculuk Düzenlemeleri Yoluyla Yapay Kaçınma

Mevcut vergi anlaşmalarının 5. maddesinin 5 ve 6. fıkraları komisyonculuk ve acentelik faaliyetlerinin hangi durumlarda adına işlem yapılan diğer ülkede mukim kuruluş için işyeri oluşturacağı, hangi durumlarda oluşturmayacağına dair hükümler vardır. Buna göre, diğer ülkedeki teşebbüs adına sözleşmeler yapan komisyoncu/acente işlerine mutad bir şekilde devam eden bağımsız bir acente niteliğinde ise teşebbüs için işyeri oluşturmadığı varsayılmaktadır.

Sözleşmenin 12. maddesine göre;

- Bir kişi diğer ülkedeki teşebbüs adına sürekli olarak sözleşme akdeder ve bu sözleşmeler teşebbüs tarafından önemli değışik-

ler yapılmaksızın yürürlüğe girerse,

- Söz konusu sözleşmeler teşebbüsün sahibi olduğu veya kullanma hakkına sahip olduğu varlıkların sahipliğinin veya kullanma hakkının transferini içeriyor veya teşebbüsün hizmetlerinin ifasına yönelik ise,

kişinin, bu teşebbüs için ilgili devlette bir işyeri oluşturduğu varsayılmaktadır. Bağımsız acente olarak hareket edilmesi durumunda işyeri statüsünün oluşmayacağı kabul edilmektedir. Ancak bir kişinin yakın ilişkili olduğu bir veya birden fazla teşebbüs adına münhasıran (exclusively) veya münhasıra yakın (almost exclusively) bir şekilde hareket etmesi durumunda, bağımsız acente vasfını kaybedeceği ifade edilmektedir. Sözleşmenin mevcut anlaşma hükümlerinden farkı da yakın ilişkili kişiler adına gerçekleştirilen söz konusu işlemlerin işyeri oluşturması noktasında ortaya çıkmaktadır.

Uygulanması zorunlu bir hüküm olmasa da Türkiye sözleşmenin bu hükmüne rezerv koymamıştır. Aynı hükme rezerv koymamış diğer ülkeler ile Türkiye arasındaki anlaşmalarda sözleşme hükümleri geçerli olacaktır.

2.3.2. Belirli Faaliyet İstisnaları Yoluyla İşyeri Statüsünden Yapay Kaçınma

Mevcut anlaşmaların 5. maddesinin 4. fıkrasında bir sabit yerin teşebbüse ait malların depolama, teşhir, bilgi toplama ve teslim amacıyla elde bulundurulmasının işyeri oluşturmayacağı ifade edilmektedir. BEPS 7. Eyleminde bahsedilen yerlerdeki faaliyetlerin işyeri oluşturmaması için "hazırlayıcı ve yardımcı" karakter taşımaları bir ön şart olarak görülmüştür. Sözleşme ile söz konusu faaliyetlerin işyeri statüsünden istisna olabileme niteliklerini belirlemek için A ve B seçeneklerinin uygulanması tercihe bırakılmıştır. A seçeneğinde istisna listesinde yer alan tüm faaliyetlerin hazırlayıcı ve yardımcı nitelikte olması gerektiği vurgulanmaktadır⁸. B seçeneğinde ise, istisna faaliyetlerin hazırlayıcı ve yardımcı faaliyet niteliği veri alınıp listede yer almayan bir faaliyetin işyeri oluşturma-

⁸ Abdülkadir Demirci, "Matrah Aşındırma ve Kâr Aktarımından Korunmak İçin Vergi Anlaşmalarıyla Bağlantılı Tedbirlerin Uygulanması Hakkındaki Çok Taraflı Anlaşma ve Türkiye'nin Mevcut Pozisyonu", *Vergi Dünyası*, Aralık 2017, s.88

ması hazırlayıcı ve yardımcı niteliğe sahip olmasına bağlanmıştır.

Zorunlu olmayan bu madde hükmü ile ilgili olarak Türkiye çekince koymamış ve A seçeneğini tercih etmiştir.

2.3.3. Sözleşmelerin Bölünmesi

Mevcut anlaşmaların bazılarında diğer akit ülkede 12 ayı bazılarının da ise 6 ayı aşkın süre devam eden inşaat şantiyesi, yapım projesi, kurma projesi gibi projelerin işyeri oluşturduğu hükmü yer almaktadır. Ancak süre eşiğinin altında kalmak için aynı projelere ilişkin sözleşmeler bölünmek suretiyle işyeri statüsünden kaçınılmaktadır. Sözleşme ile bu soruna çare bulmak için

- Aynı projeye ilişkin olarak bir veya birden fazla zaman dilimi içerisinde icra edilmiş ve toplamda 30 günü geçmiş faaliyetlerin,
- Asıl faaliyeti icra eden teşebbüs ile yakın ilişkisi bulunan teşebbüsler tarafından yürütülen ve farklı zaman dilimlerinde her biri 30 günü aşan bağlı faaliyetlerin,

toplam sürenin hesabında dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

Söz konusu hüküm zorunlu bir hüküm değildir. Yurt dışında müteahhitlik faaliyetleri yürüten Türk şirketlerinin kazançlarının yurt dışında vergiye tabi olması sonucunu doğuracak olması ve iç mevzuatta yurt dışı müteahhitlik hizmetlerine sağlanan kurumlar vergisi istisnasının anlamlı olabilmesi için Türkiye tarafından bu hükme rezerv konmuştur.

2.4. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜLMESİNİN GELİŞTİRİLMESİ

2.4.1. Karşılıklı Anlaşma Usulü

Sözleşmenin 16. maddesi, akit devletlerden birinin veya her ikisinin eyleminin bir kişi nezdinde anlaşma hükümleri ile uyumlu olmayan bir vergilendirme işlemine yol açmış olması veya yol açacak olması durumunda, bu kişiye iç hukukta öngörülen çözüm yolları ile bağlı kalmak-

sızın herhangi bir akit ülkenin yetkili makamına müracaat etme olanağı sağlamaktadır. Karşılıklı anlaşma usulü mevcut anlaşmaların genellikle 24. maddesinde düzenlenmiştir. Getirilen standardın mevcut anlaşmalardan farklılıkları;

- Akit devletlerden her ikisine de başvuru imkânı (mevcutlarda genellikle sadece mukim ülkeye başvuru imkanı) sunması,
- Uygun düşmeyen bir vergilendirmeye yol açan eylemin ilk bildiriminden itibaren başvurmak için en az 3 yıl süre tanınması, (Kanada, İtalya, Lübnan, ÇHC, Cezayir anlaşmalarında süre 3 yılın altında)
- Karşılıklı anlaşma prosedürü sonucunda üzerinde anlaşılan hususun, zamanaşımından bağımsız olarak uygulanabilmesine imkân tanınması, (TP düzeltmelerine taraflar karşılıklı anlaşma ile süre sınırı koyabilir)

olarak özetlenebilir.

Söz konusu madde hükmü asgari standart niteliğindedir, sadece bazı hükümlerine çekince konulabilir. Ancak Türkiye bir çekince koymadığından söz konusu hüküm mevcut anlaşmaların uygulanmasında değişiklik doğuracaktır.

2.4.2. Karşı Düzeltmeler

Sözleşmenin 17. maddesi ile TP incelemeleri sonucunda bir ülke mukimi teşebbüs nezdinde yapılan tarhiyat tutarında diğer ülke teşebbüsünün kazancının düzeltilmesi öngörülmektedir. Söz konusu hüküm, mevcut anlaşmaların 9/2. maddesi ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Söz konusu hüküm benzer hüküm içermeyen anlaşmalara uygulanacaktır. Türkiye benzer hüküm içeren 88 anlaşma bildirmiştir.

2.5. TAHKİM

Sözleşmenin "Tahkim" başlıklı 6. bölümü ile uyuşmazlıkların çözümünde yeni bir usul önerilmektedir. Söz konusu hüküm anlaşmalarda bulunması zorunlu bir hüküm olmayıp Türkiye tarafından da uygulanması tercih edilmemiştir.

Uyuşmazlık konusu sorun ile ilgili yetkili makamlardan birisine başvurulması ve iki yıllık süre içerisinde sorunun karşılıklı anlaşma yoluyla çözülememesi halinde, kişinin talebi üzerine çözülmemiş konu tahkime sevk ediliyor. Tahkim kararı, kişinin tahkim kararına ilişkin karşılıklı anlaşmayı kabul etmemesi ve kararın nihai mahkeme kararı ile geçerliliğini yitirmesi, kişinin tahkim başvurusuna konu olay hakkında dava takibi başlatması durumları haricinde nihai niteliktedir.

2.6. YÜRÜRLÜĞE GİRME- HÜKÜM İFADE ETME

1 Temmuz 2018'de yürürlüğe girmiş olan sözleşme, imzacı açısından imzacı devletin onay, kabul veya uygun bulma belgesini teslim ettiği tarihte başlayan 3 aylık dönemin bitimini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girmektedir. Ancak sözleşmenin hüküm ifade etmesi için kapsanan anlaşmanın diğer tarafının da onaya ilişkin belgeleri teslim etmesi beklenecektir. Mukim olmayanlara yapılan ödemelerden stopaj yoluyla vergilemede, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihlerin sonuncusundan sonra başlayan takvim yılının ilk gününden sonra gerçekleşen vergiyi doğuran olaylar için uygulanacaktır. Diğer tüm vergiler bakımından ise, sözleşmenin yürürlüğe girme tarihlerinin sonuncusundan itibaren 6 ayın (veya kararlaştırılması halinde daha kısa süre) bitiminden sonra başlayan vergilendirme dönemleri için uygulanacaktır.

SONUÇ

Çok Taraflı Sözleşme, TBMM'ce onaylanmasının uygun bulunmasını takiben Türkiye açısından da hüküm ifade eder hale gelecektir. Anlaşmanın sağladığı menfaatlere layık olmak için ana amaç testinin uygulanacak olması, çifte vergilendirmeyi önlemede istisna yönteminin dışlanması ile diğer ülkelerde elde edilen bazı gelir unsurlarının beyan edilecek olması, karşılıklı anlaşma usulünün daha işlevsel olarak uygulanacak olması, işyeri statüsünden kaçınma amaçlı eylemlere karşı önlem getirilmesi Çok Taraflı Sözleşmenin onaylanması ile vergi anlaşmalarımızda yerini alacak hükümlerdir.

DANIŞTAY VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU ÇERÇEVESİNDE VERGİ İNCELEME RAPORUNUN VE/VEYA VERGİ TEKNİĞİ RAPORUNUN İHBARNAME EKİNDE TEBLİĞ EDİLMEMESİ SORUNSALI

Av. Gözde SARUHAN BERK
Kıdemli Avukat, Arabulucu

Yasir YILMAZ
Stj. Avukat

ÖZET

Vergi inceleme raporu ve vergi tekniği raporu, İdare tarafından mükellef nezdinde yapılan vergi tarhiyatı işlemine dayanak olan, bu işlemin arkasındaki sebepleri ve hesaplama detaylarını içeren raporlardır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (“VUK”) uyarınca ihbarname ile tebliğ edilmesi gereken bu raporların ihbarname ile tebliğinin gerçekleşmemesi durumunda doğacak hukuki sonuç hakkında yargı mercileri arasında görüş ayrılıkları meydana gelmiştir.

Nitekim son olarak kararlar arasındaki görüş farklılıklarının giderilmesi amacıyla Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 19.02.2020 tarih ve E.2020/9, K.2020/2 sayılı kararı ile bu aykırılıkları gidermek adına söz konusu raporların ihbarname ile tebliğ edilmemesinin esasa etkili şekil hatası olmayacağı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlâl etmeyeceği yönünde karar almıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi İnceleme Raporu, Vergi Tekniği Raporu, Tebliğ, Yargılanma Hakkı, Şekil Hatası.

GİRİŞ

Vergi uyuşmazlıkları açısından mükelleflerin karşı karşıya kaldığı vergi ve cezaların dayanağının öğrenilmesi yasal haklarının kullanılmasında açısından önem arz etmektedir. Vergi/ceza ihbarnameleri ile birlikte mükelleflere tebliğ edilmeyen vergi inceleme raporları ve/veya vergi tekniği raporları, mükelleflerin hangi gerekçelerle vergi/cezaya maruz kaldığının öğrenilmesi ve yasal savunmalarını ileri sürebilmesi açısından önemli bir unsur olmasına rağmen uygulamada bu hususa riayet edilmeksizin işlem yapıldığı görülmektedir.

Nitekim bu husus çeşitli defalar yargı mercilerinin önüne gelmiş ve mahkemeler tarafından farklı tarihlerde vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası olduğu ve olmadığı yönünde farklı görüşler tesis edilmiştir.

Konuyla ilgili son olarak ise, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E.2020/9, K.2020/2 sayılı kararı ile bu aykırılıkları gidermek adına söz konusu raporların ihbarname ile tebliğ edilmemesinin esasa etkili şekil hatası olmayacağı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlâl etmeyeceği yönünde karar almıştır. Bu çalışmamızda söz konusu kararın dayanağı, gerekçeler ve Danıştay’ın konuyla ilgili daha önceki görüşleri incelenecektir.

I. VERGİ İNCELEME VE VERGİ TEKNİĞİ RAPORLARININ TEBLİĞİ HUSUSU

Vergi incelemesine ve bunun sonucunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanan ihbarnameler tebliğ edilirken vergi inceleme raporunun eklenmemesi daha büyük ve önemli ihtilaflara yol açmaktadır. Birçok olayda ise vergi inceleme raporu, “Vergi Tekniği Raporuna/Raporlarına” atıf yapmakta ve bu nedenle sadece vergi inceleme raporunda yer alan verilerden vergi matrahına ne şekilde ulaşıldığı anlaşılamamaktadır. Ayrıca, katma değer vergisi hakkında düzenlenen vergi inceleme raporlarında, gelir vergisi veya kurumlar vergisi hakkında düzenlenen raporlara atıf yapıldığından, katma değer vergisi hakkında düzenlenen ra-

pordan vergi matrahına ne şekilde ulaşıldığının anlaşılması mümkün olamamaktadır.

VUK'un 34. maddesinde ikmalen ve re'sen tarh edilen vergilerin "ihbarname" ile ilgili tebliğ olunacağı düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 35. maddesinde ise, mükelleflere tebliğ edilecek ihbarnamelerde yer alması gereken hususlar sayılmış ve takdir komisyonunun kararı üzerine tarh edilen vergilerde kararın ve re'sen takdiri gerektiren inceleme raporunun birer suretinin ihbarnameye eklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tebliğin yapılmaması durumunda mükellefin kendisine hangi gerekçeler ile tarhiyat yapıldığını bilemeyecek olması, şüphesiz ki savunma ve adil yargılanma hakkını zedeleyecek durumları meydana getirmektedir. Böyle durumların nasıl değerlendirilmesi gerektiği hakkında yargı mercilerinin aldığı farklı yönde kararlar mevcuttur.

a) Esasa etkili şekil hatası sebebiyle tarhiyatın kaldırılması

Bu yönde karar alan yargı mercilerinin görüşüne göre; mükelleflerin yasal haklarını icra edebilmeleri, vergi tarhiyatının dayanağı olan ve bu tarhiyatın yapılma sebebi ile matrah hesaplamalarının nasıl yapıldığına dair açıklamaları içeren bu raporların ihbarname ile birlikte tebliğ edilmemesi, mükellefin savunma hakkını kısıtlayan öyle büyük bir hatadır ki mükellef hakkında tesis edilen vergi işlemini hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası oluşturmaktadır. Zira bu raporlar ile, vergi aslı veya vergi ziyai cezası ile muhatap olan mükellefin, hakkındaki tespit ve değerlendirmeleri detaylı bir şekilde öğrenerek savunma hakkı ile beraber dava öncesi VUK'un kendisine tanıdığı hakları kullanması

sağlanmaktadır. Dolayısıyla bu görüş uyarınca; mükellefin uzlaşma, dava açma, pişmanlık müessesesi, ödeme, indirimli ödeme gibi haklardan gereği gibi yararlanabilmesi için ihbarnameye eklenmesi gereken bu raporların mükellefe tebliğ edilmemesi durumunda hak ihlallerine neden olacak esaslı şekil hatası sebebiyle vergi işleminin sonuç doğurmayacağı açıktır.

Nitekim Danıştay da 2014 tarihli kararlarında² vergi tekniği raporunun tebliğ edilmesinin davacı mükellef hakkında tesis edilen vergi tarhiyatı işlemini hükümsüz kılacak nitelikte esasa etkili bir şekil hatası olduğu yönünde karar vermiştir.

2010 tarihli başka bir kararında³, inceleme raporunun ihbarnameye eklenmesini öngören düzenlemenin davacı mükellefin talep ve dava hakkının gereği gibi kullanmasını amaçlaması sebebiyle raporun ilgiliye tebliğ edilmemesinin tarhiyatı hükümsüz kılan esasa etkili bir şekil hatası olduğuna karar kılmıştır.

2001 tarihli bir kararında⁴ ise, inceleme raporunun davacı mükellefe tebliğ edilmemesinin esasa etkili ve ihbarnamayı hükümsüz kılacak nitelikte bir usul hatası olduğunu Danıştay'ın içtihatlarından biri olduğunu belirterek bu yönde karar verdiğini görüyoruz.

b) Raporların mahkemece tebliği

Bu yönde karar alan yargı mercilerinin görüşüne göre ise⁵; bu raporların davacı mükellefe tebliğ edilmediği dosyalarda savunma ve adil yargılanma haklarının açılmış ve hali hazırda görülen bir dava boyunca da kullanılacak haklar olduğu düşünülmektedir. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi, ana kuralın vergi tekniği raporunun ihbarname

1 Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dava Dairesi'nin E.2018/957, K.2018/841 sayılı; E.2017/857, K.2017/919 sayılı; E.2017/992, K.2017/937 sayılı; E.2018/201, K.2018/239 sayılı; E.2018/639, K.2018/659 sayılı kararları

2 Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 18.06.2014 tarih ve E.2014/300, K.2014/562 ve E.2014/304, K.2014/563 sayılı kararları

3 Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 28.05.2010 tarih ve E.2008/131, K.2010/257 sayılı kararı

4 Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun 09.02.2001 tarih ve E.2000/304, K.2001/56 sayılı kararı

5 Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi'nin E.2017/1349, K.2017/1251 sayılı; E.2018/353, K.2018/1393 sayılı; E.2017/1087, K.2017/1261 sayılı kararları

ekinde tebliğ edilmesi olduğunu söylerken; bu raporun mahkeme tarafından ara karar ile istenmesi veya re'sen idare tarafından dava dosyasına sunulması halinde davacı mükellef tarafından incelenip savunmasını gerçekleştirmeye yönelik delil ve belgeleri sunmasına imkân verilerek bu tebliğ eksikliğinin yargılama aşamasında giderilebileceği yönünde kararlar vermiştir.

Vergi Dava Dairesi, vergi inceleme raporunun VUK uyarınca tebliğ edilmesi gerekirken tebliğ edilmediği hallerde yapılan işlemin hukuksal değerini kaybetmeyeceğini; sadece Kanun'un "Hatalı Tebliğler" başlıklı 108. maddesinde belirtilen mükellefin adının, verginin nev'inin veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olmasının veya ihbarnamenin görevli bir makam tarafından düzenlenmemiş olması hallerinin ihbarnamayı hükümsüz kılacağını belirtmektedir. Vergi inceleme raporlarının tebliğ edilmemesinin, ihbarnamenin değil tebliğinin tam yapılmadığına dair unsur teşkil edeceğini ve dava açılması için öngörülen sürenin işlemlerini başlatmayacak bir sebep olarak yorumlamıştır.

2. DANIŞTAY VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU'NUN E.2020/9 SAYILI KARARI

Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu, bahsedilen görüş ayrılıkları sebebiyle Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'na aykırılığın giderilmesi adına istemde bulunmuştur.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun konuyla ilgili çoğunluk kararında, vergi inceleme veya vergi tekniği raporunun mükellefe tebliğ edilen ihbarname ekinde yer almamasının adil yargılanmaya engel teşkil etmediği, idari işlemin tesis edilme nedeninin idari dava açıldıktan sonra ortaya konulmuş olmasının tek başına adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği anlamına gelmediği; vergi inceleme ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası oluşturmadığı yönünde karar vermiştir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun söz konusu kararındaki gerekçelerini ise aşağıdaki gibi sıralamamız mümkündür:

- Adil yargılanma hakkı, yargılama sürecinin tamamının hakkaniyete uygun yürütülmesini güvence altına aldığından davacıya etkin bir biçimde iddialarını ileri sürme imkânı tanındığı müddetçe idari işlemin tesis edilme nedeninin idari dava açıldıktan sonra ortaya konmuş olması tek başına bu hakkın ihlâl edildiği anlamına gelmeyecektir.
- Adil yargılanma hakkı ve kapsadığı diğer haklar, açılmış ve görülmekte olan bir davada kullanılabilir ve bir yargılamanın bu ilkelere uygunluğu üst kanun yolları tarafından denetlenebilecektir.
- Yargılama aşamasında ortaya çıkan idari işlemin sebep unsurunun bildirimine ilişkin usule yönelik eksikliği yargı mercii tarafından giderilerek davacının adil yargılanma hakkı korunabilecektir. İdarenin, verginin tarhi ve cezanın kesilmesine ilişkin idari işlemi, işlemin duyurulmasına yönelik ihbarname ile bunun tebliğinden ayrı değerlendirilmelidir.
- Verginin tarhi ile tebliğin ayrı idari işlemler olduğu açıklanarak, mükellef adına tarh edilen verginin bildirim amacıyla düzenlenen "ihbarname" içeriğinde bulunması gereken hususların VUK'un 35. maddesinin 1. fıkrasında 12 bent halinde sayıldığı tespiti yapılmaktadır.
- VUK'un "Hatalı Tebliğler" başlıklı 108. maddesinde ihbarnamayı hükümsüz kılan hallerin sınırlı olarak sayıldığı ve bunlar arasında "mükellef hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunun ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesi" durumunun bulunmaması nedeniyle ihbarnamenin hükümsüz olmasından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.
- Son olarak ise, tarhiyatın dayanağı vergi inceleme raporunun ihbarname ekinde mükellefe tebliğ edilmemesi veya dava dosyasına sunulmadığı durumlarda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ("İYUK")'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "kural ve re'sen araştırma ilkesi" gereği yargı mercii tarafından ara kararlar "vergi inceleme raporunun" talep edilebileceği; İYUK'un 20/2. fıkrası

uyarınca “dayanak raporun dava dosyasına sunulmamış olmasının verilecek karar üzerindeki etkisinin de davalı idareye duyurulacağına açık olduğu ve son olarak İYUK’un 21. maddesi gereği daha sonra “re’sen idarece” de dava dosyasına sunulabileceği gerekçe gösterilmiştir.

SONUÇ

İdare tarafından devletin egemenlik yetkisinin sonucu olarak yapılan vergi tarhiyat işleminin dayanağı olan ve buna ilişkin gerekli detay ve gerekçeleri ilgilisine sunan vergi inceleme ve vergi tekniği raporlarının ihbarnamesi eki olarak tebliğ edilmemesinin mükellef nezdinde çeşitli hak ihlallerine sebep olması muhtemeldir.

Kendisine vergi/ceza ihbarnamesi tebliğ edilen mükelleflerin ihbarnamesinin dayanağını öğrenmesi ve gerek idari başvuru yollarına gerekse dava yoluna başvurma hakkını değerlendirmesi açısından, ihbarnamesi ekinde raporların tebliğ edilmesi büyük önem taşımaktadır.

Nitekim, dava yoluna başvurmadan önce uzlaşma gibi idari başvuru yollarını değerlendirmek isteyen mükellefler açısından davanın açılmasından sonra savunma dilekçesinin ekinde raporların tebliğ edilmesi, mükellefler açısından dava ve/veya idari başvuru yollarının hangisinin daha yerinde olacağını karar verilmesi açısından mükellefleri zor durumda bırakacak niteliktedir.

Kanaatimizce, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu’nun vergi inceleme raporlarının ve vergi tekniği raporlarının ihbarnamelere eklenmemesi ve mükelleflere tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekilde hatası oluşturmadığı yönünde tesis etmiş olduğu kararı, üstün kamu gücü kullanan İdare karşısında mükelleflerin, gerek idari yolla çözülebilecek uyuşmazlıklarda gerekse de dava sırasında kendisini anayasal hakları çerçevesinde gereği gibi savunma imkânına sahip kılınması bakımından olumsuzluklar barındırmaktadır.

İŞÇİNİN ÖLÜMÜ HALİNDE İŞVERENİN YAPACAĞI TAZMİNAT ÖDEMELERİ VE BU TAZMİNATLARIN VERGİLENDİRİLMESİ

Ömer EMEN
Kıdemli Vergi Müdürü

Müge ERDOĞAN
Avukat

ÖZET

İşçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin sona erme durumlarından birisi de işçinin ölümüdür. İşçinin ölümüyle birlikte işverenin hak sahiplerine tazminat ödemesi gerekebilmektedir. Zira bu durum, taraflar arasında kurulan iş ilişkisinin bir sonucudur. İşçinin vefatı nedeniyle işverence ödenecek kıdem tazminatının, ölüm tazminatının, destekten yoksun kalma ve manevi tazminatın, cenaze ve tedavi giderlerinin hak sahipleri ise kanunlardaki düzenlemelere göre farklılık arz edebilmektedir. Ayrıca destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat ile cenaze ve tedavi giderlerinden işverenin hak sahiplerine karşı sorumlu olması için işçinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle ölümü gerekirken; kıdem tazminatı ve ölüm tazminatı kanuni zorunluluk olması sebebiyle işveren tarafından hak sahiplerine ödenmelidir.

Bu çalışmamızda işçinin ölümü halinde işverenin hak sahiplerine yapacağı tazminat ödemelerini, tazminatların ödenmesinde dikkat edilmesi gereken hususları ve söz konusu tazminatların vergilendirilmesi hususlarını ele alıyoruz.

Anahtar Kelimeler: Ölüm Tazminatı, Kıdem Tazminatı, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Veraset ve İntikal Vergisi.

GİRİŞ

Bir işyerinde çalışmaktayken vefat eden işçinin yakınlarına işveren tarafından çeşitli adlar altında yardım ödemeleri gerçekleştirilebilmektedir. Bu ödemelerin bazıları kanuni zorunluluktan kaynaklanmakta bazıları ise tamamen işverenin vicdani yaklaşımı çerçevesinde ödenmekte veya sözleşmesel sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğundan doğmaktadır. İşçinin ölümü ve bu ölümün iş kazası ile meslek hastalığından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre işverenin sorumluluğu genişleyebilmektedir.

Kıdem tazminatı, ölüm tazminatı, destekten yoksun kalma tazminatı, cenaze ve tedavi giderleri ile manevi tazminat; işverenin işçinin ölümünden dolayı hak sahiplerine ödemesi gereken tazminatlardır. Ancak söz konusu

tazminatlar farklı kanunlarda düzenlenmiş olup; kanunun kapsamına ve amacına göre hak sahiplerinin belirlenmesi ve onlara ödemelerin yapılması önem arz etmektedir. Zira hak sahipliği noktasında işçinin mirasçısı olması aranabileceği gibi miras hukukundan bağımsız olarak da tazminat talebinde bulunulması mümkündür.

İşçinin ölümü halinde işçi yakınlarına çeşitli adlar altında yapılan ödemelerin işçi-işveren ilişkisi devam ediyormuş gibi düşünülerek ücret bordrosu düzenlenmek, ücret olarak değerlendirilerek vergiye tabi tutulması ya da bu ödemelerin tamamen vergi dışı tutulması uygulamalarına oldukça sık rastlanmaktadır. Yapılan ödeme türüne ve ödemenin dayanağına bağlı olarak bu tutarların vergilendirilmesi değişiklik göstermektedir. İşçinin ölümü halinde mirasçılarının ya da yakınlarına yapılan tazminat ödemeleri ve bunların vergilendirilmesine ilişkin değerlendirmemiz bu makalemizin konusunu oluşturmaktadır.

I. TAZMİNATLARIN İŞ HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

I. KIDEM TAZMİNATI

4857 sayılı İş Kanunu ("İK") ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu ("DİK") kapsamında çalışan işçilerin, ölümleri halinde kıdem tazminatına hak kazanılabilmektedir. İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından 1475 sayılı Kanun m. 14'e göre; Deniz İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından ise m. 20'ye göre ölüm, kıdem tazminatı ödemesine sebep olmaktadır. Vefat eden işçinin en az bir yıl kıdemi olması halinde işverenin, işçinin kanuni mirasçılarına her bir yıl için otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödemesinde bulunması gerekmektedir.

Öte yandan 1475 sayılı İş Kanunu ve DİK, işçi açısından asgari korumayı düzenlemiş olup işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinde veya işyeri uygulamasında işçi lehine bir usul getirilmiş ise (örneğin, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması için 1 yıl yerine 6 aylık çalışma süresinin yeterli görülmesi vb.) kıdem tazminatı ödemesinde bu hususa dikkat edilmesi gerekecektir. Her iki maddeye göre de yalnızca kanuni mirasçıların kıdem tazminatı talep etme hakkı vardır. Bu nedenle müteveffa işçi tarafından atanmış (iradi) mirasçıların kıdem tazminatı talep etmeyeceği sonucu doğmaktadır. Ancak işçinin sağlığında iş sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazanacağı şekilde sona erer ve işçi, kıdem tazminatına hak kazandıktan sonra vefat ederse atanmış (iradi) mirasçılar da hak sahibi olabilecektir.

İşverenin veraset ilamında tespit edildiği üzere yasal mirasçılara miras paylarıyla

orantılı olarak kıdem tazminatı ödemesi önem arz edecektir. 1475 sayılı Kanun ve 854 sayılı Kanun'da kıdem tazminatı için işçinin ölümü hak etme sebebi olarak görülmekte, ölümün nasıl gerçekleştiği şart olarak sayılmamaktadır. Bu nedenle işçinin eceliyle ölmesi, ölümün üçüncü kişilerin, işçinin veya işverenin kusurlu davranışı ya da işçinin intiharı sonucunda gerçekleşmesi kıdem tazminatı ödemesinde dikkate alınmamaktadır.³ İşçinin yasal mirasçıları, müteveffadan miras (kanuni halefiyet) yoluyla kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

2. ÖLÜM TAZMİNATI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK")'nın 440. maddesinde "ölüm tazminatı" düzenlenmiştir. Aynı zamanda 5953 sayılı Basın İş Kanunu ("BİK")'nin 18. maddesinde de ölüm tazminatı öngörülmüştür. TBK m. 440 ile BİK m. 18 hükmü incelendiğinde benzer nitelikte oldukları görülmektedir. BİK'de işçi niteliğindeki gazetecinin ölümü üzerine eşi ve çocuklara, bunlar olmadığı halde geçimi gazeteci tarafından sağlanan aile bireylerine ölüm tazminatı ödeneceği ortaya konmuştur. TBK'de ise hak sahipleri işçinin eşi, ergin olmayan çocukları, bunlar bulunmadığı takdirde bakmakla yükümlü oldukları kişilerdir.

BİK m. 18 uyarınca, gazetecinin çocukları için ergin olma şartı aranmadığından hükmün çocuklar bakımından daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan ilgili maddede gazetecinin geçimini sağladığı aile üyeleri hak sahibi iken TBK m. 440 daha geniş kapsamlı olarak aile üyeleriyle bağlı kalmaksızın işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişileri hak sahibi kılmıştır. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, TBK m.

1 1475 sayılı Kanun m. 14/1 hükmünde "...işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır." düzenlemesi yer almaktadır.

2 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun "kıdem tazminatı" başlıklı m. 20/15 hükmünde "Gemiadamının ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılarına ödenir." düzenlemesi bulunmaktadır.

3 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 748.

4 TBK m. 440 hükmü "Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür." şeklindedir.

5 BİK m. 18, "Gazetecinin ölümü sebebiyle iş aktinin sona ermesi halinde, eşi ve çocuklarına ve bunlar bulunmadığı takdirde geçimi kendisine terettüp eden ailesi efradına müteveffanın aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verilir." hükmünü amirdir.

440 hükmünün TBK'ye tabi işçilere ve 4847 sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi işçilere uygulanması gerekmekte, Basın İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından ise kanunda benzer nitelikte bir özel hüküm olduğundan ayrıca TBK m. 440'da düzenlenen ölüm tazminatından yararlanması gerekmemektedir.

TBK m. 440 uyarınca, bir aylık ücret tutarında ölüm tazminatına hak kazanılabilmesi için işçinin belirli bir kıdemde olması aranmaktadır. İşçi, bir gün dahi çalışmış olsa hak sahipleri, ölüm tazminatını işverenden talep edebilecektir. İşçinin ölümüyle iş sözleşmesinin sona ermesi yeterlidir. Ancak işçi, vefat ettiği tarihte beş yıl veya daha fazla kıdeme sahipse iki aylık ücreti tutarında ölüm tazminatının ödenmesi gerekmektedir.

Müteveffa işçiye ilişkin ölüm tazminatı eş ve ergin olmayan çocuklara ödenmektedir. Çocuğun ergin olması durumunda işverenin ödemede bulunmasına gerek yoktur. Ergin olma hususunda ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK")'nin 11⁶ ve 12.⁷ maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda müteveffa işçinin çocuğu yaş, evlilik, mahkeme kararı sonucunda ergin kılınmış ise ölüm tazminatına hak kazanamayacaktır.

Sağ kalan eş veya ergin olmayan çocuğun yokluğu halinde işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ölüm tazminatının ödenmesi gerekecektir. İşçinin ölümünden önce bu kişilere fiilen bakması şartı aranmamaktadır. TMK m. 364 hükmünde kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler düzenlenmiştir.⁸ Bu bağlamda üstsoy olarak işçinin anne, babası, büyükanne ve büyükbabası ile sağlarsa onların ebeveynlerine; altsoy olarak işçinin çocukları, torunu ve onların çocuklarına, ilgili maddenin açık düzenlemesi nedeniyle işçinin kardeşine ölüm tazminatı ödenebilir. Bu nedenle; amca, hala, teyze, dayı, kuzen gibi aile üyelerinin ölüm tazminatına hak kazanmayacağı kabul edilebilir.

TBK m. 440 hükmünde tazminatın nasıl paylaşılacağına ilişkin düzenlemeye göre, tazminatın hak sahiplerine eşit paylaşılacak şekilde ödenmesi uygun olacaktır. Zira ölüm tazminatı, kıdem tazminatından farklı olarak yasal mirasçılara değil TBK m. 440 hükmünde sayılan kişilere yapılmaktadır.

Kıdem tazminatı, işçinin ölümü dışında kanunda sayılan diğer koşulların sağlanmasıyla birlikte işçinin talep etmeye hak kazandığı ve fakat ölüm sebebiyle kanuni halefiyet kaynaklı yasal mirasçılarının işverenden talep edebildiği bir tazminattır. Ölüm tazminatı ise sadece işçinin ölümü şartına bağlı olan, işverenin işçiyi gözetme borcundan kaynaklanan, işçinin ölümü halinde geride kalan kişilere yardım amaçlı düzenlenen bir tazminattır. Bu bağlamda hak sahipleri, mirasçılık kaynaklı kanuni halefiyetten dolayı tazminat alacağına hak kazanmaz; kanuni düzenleme sebebiyle hak sahipleri doğrudan ölüm tazminatı isteminde bulunabilmektedir. Ölüm tazminatı alacağının mirasçılık sıfatından bağımsız bir talep hakkı vermesi nedeniyle hak sahipleri mirası reddetse bile ölüm tazminatı alacağına sahip olabilmektedir.

Ölüm tazminatına hak kazanmada iş sözleşmesinin niteliği önem arz etmemektedir. İşçinin belirli-belirsiz süreli, kısmi-tam zamanlı çalışmasına bakılmayacaktır. Ölüm tazminatına esas alınacak ücret, işçinin ölüm tarihindeki son temel ücretidir. TBK m. 440 nispi emredici nitelikte olduğundan ölüm tazminatının iş sözleşmesinde artırılması söz konusu olabilir.⁹ Ancak ölüm tazminatının iş sözleşmesiyle kaldırılması veya azaltılması mümkün değildir. Ayrıca ölüm tazminatının belirlenmesinde kıdem tazminatında olduğu gibi ölüm nedeni, işçinin ve/veya işverenin kusuru gibi hususlara bakılmadığından götürü tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

6 TMK m. 11: "Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar."

7 TMK m. 12: "Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemeye ergin kılınabilir."

8 TMK m. 364: "Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermeye yükümlüdür."

9 Prof. Dr. Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 508.

3. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

İşverenin iş sözleşmesi sonucunda TBK m. 417 hükmünde düzenlenen¹⁰ işçinin kişiliğini gözetme borcunu da ifa etmesi gerekmektedir. Nitekim bu borcu gereği gibi ifa etmemesi üzerine işçinin ölümü gerçekleşirse TBK m. 417/3 uyarınca, ölüme bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bu borç, tüm işçiler için geçerlidir. Ayrıca 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverenin işçiyi gözetmek adına borç ve yükümlülükleri detaylandırılmıştır.

Bu bağlamda işçinin iş kazası veya meslek hastalığı geçirmesi sebebiyle ölümü halinde, işçinin sağlığında destek olduğu kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunması mümkündür. Zira TBK m. 53/1-b.3¹¹ uyarınca, ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler bu sebeple uğradıkları kayıpları, diğer bir deyişle destekten yoksun kalma tazminatını işverenden talep edebilecektir. Esasında destekten yoksun kalma tazminatı sadece iş hukuku için geçerli olmayıp kaynağı TBK'daki düzenlemeler olduğundan genel sorumluluk hukuku prensipleri çerçevesinde uygulanmaktadır.

İş kazasından ve meslek hastalığından sorumluluk noktasında öğretide, işverenin iş kazasından dolayı kusursuz sorumlu olacağını savunanlar bulunduğu gibi işverenin sorumluluğunun kusur esasına dayandığı da ileri sürülmektedir. Nitekim Yargıtay da yeni dönem kararlarında işverenin iş kazasından

dolayı sorumluluğunun kusura dayanacağını kabul etmektedir.¹² Ancak iş kazasının TBK m. 66 adam çalıştırmanın sorumluluğu, TBK m. 71 tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi halinde işveren için kusursuz sorumluluk söz konusu olabilecektir. Ancak hangi sorumluluk ilkesi kabul edilirse edilsin işverenden destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için işçinin ölümüne sebep olan iş kazasında ölüm ile iş kazası arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Nedensellik bağı olmadığı takdirde işverenin sorumluluğu doğmayacaktır.

TBK m. 53/1-b.3 hükmü dikkate alındığında bu tazminatın yansıma zarar olduğu görülmektedir. Zira TBK m. 53/1-b.3 hükmünde kanun koyucu açık düzenleme getirmemiş olsaydı destek olunan kişilerin, işçinin ölümü nedeniyle uğradıkları zararı talep etmeleri mümkün olmayacaktı. Bu nedenle destekten yoksun kalma tazminatı, miras hukukundan bağımsız olarak doğrudan destekten yoksun kalan kişinin şahsına aittir.

Bir kişiye fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve gelecekte de bu şekilde bakması kuvvetle muhtemel olan kimse, o kişinin desteği olarak tanımlanmaktadır.¹³ Bu bağlamda iş kazası sonucunda işçinin ölümü üzerine onun desteğini kaybeden kişilerin talebi halinde işverenin destekten yoksun kalma tazminatı ödemesi söz konusu olabilecektir. Destek olunan kişinin işçinin mirasçısı olması zorunlu değildir. Destek olma hali fiili duruma göre belirlenmektedir. Yargıtay kararlarına göre, müteveffa işçinin eşinin, çocuğunun, anne ve

¹⁰ TBK m. 417: "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.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlâline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

¹¹ TBK m. 53- "Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar."

¹² YHGK., E. 2010/36 K. 2010/67 T. 03.02.2010 (erişim tarihi: 30.06.2020) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2010-21-36-k-2010-67-t-03-02-2010>

¹³ Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Prof. Dr. M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 10. Bası, 2013, c. 2, s. 101.

babasının destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği karine olarak kabul edilmektedir. Ancak bu noktada işveren, müteveffa işçinin söz konusu kişilere destek olmadığını, ilerde de destek olma ihtimalinin bulunmadığını ispatlarsa tazminatın ödenmesine gerek olmayacaktır. Öte yandan bunlarla sınırlı olmaksızın işçinin nişanlısı, fiili bakımın olduğu kardeşi, boşandığı ve fakat fiili birlikteliğin devam ettiği eski eşi de destekten yoksun kalma tazminatı isteminde bulunabilir.

Destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesinde işçinin giydirilmiş ücreti esas alınmaktadır. Dolayısıyla işçinin temel ücretinin dışında nakdi veya ayni olarak verilen yan hakların (yol yardımı, yemek yardımı vs.) da katılması gerekmektedir. Söz konusu ücret, işçinin PMF yaşam tablosuna göre muhtemel yaşam süresine göre artırılmaktadır. İşçinin varsa müterafık kusuru, destek olunanlar çocuk ise eğitim sürelerine, eş veya nişanlı ise muhtemel evlilik durumuna, anne ve baba¹⁴ ise bekar olan işçinin ileride evlenme ve çocuk sahibi olma ve müteveffanın başka kardeşi olup olmaması ihtimallerine göre hesaplama yapılmaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçinin ölümü nedeniyle kendisine aylık bağlanan kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı talep etmesi halinde peşin sermaye değeri, tazminat-tan mahsup edilmektedir.

4. CENAZE VE TEDAVİ GİDERLERİ

İş kazası veya meslek hastalığı sonucunda vefat eden işçi açısından işverenin maddi tazminat yükümlülüğünü, cenaze ve tedavi giderleriyle işgücü kaybından doğan zararın tazmini oluşturmaktadır.

TBK m. 53/1-b.1 uyarınca ölümün hemen gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın ölüm nedeniyle yapılan cenaze giderleri, müteveffanın miras terekesinden ödenmiş ise bu masrafin tazminini işverenden yine mirasçılar talep edebilecektir. Ancak cenaze giderleri, murisin terekesine başvurulmadan karşılanmış veya bu giderleri yapan kişi mirasçılardan başkası ise söz konusu kişinin işverenden maddi tazminat istemesi (yaptığı giderler tutarında) mümkündür.¹⁵

TBK m. 53/1-b.2 hükmüne göre, iş kazasından sonra ölüm hemen gerçekleşmez ve tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ortaya çıkarsa bu zararların tazmini hakkı işçide olacağı için ölümden sonra halefi olarak mirasçuları hak sahibi olacaktır. Bu nedenle iş kazası sonucunda yasal ve/veya atanmış mirasçılar işverenden istemde bulunabilecektir.

5. MANEVİ TAZMİNAT

İşçi, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda vefat ederse yakınları işverenden TBK m. 56/2¹⁶ uyarınca manevi tazminat talep edebilir. Manevi tazminat konusunda ise işçinin ölümü nedeniyle içten acı ve üzüntü duyan kişiler hak sahibi olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda işçinin eşinin, çocuklarının, annesinin, babasının ve kardeşinin manevi tazminat isteminde bulunabileceği karine olarak görülmektedir. Ancak destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi hak sahipleri bu kişilerle sınırlı olmayıp manevi zararlarını ispat ettikleri takdirde başka hak sahipleri de olabilecektir.

TBK m. 56/2 hükmünün açık lafzından anlaşılacağı üzere, manevi tazminat isteminin miras hukukuyla bağlantısı bulunmamaktadır. Yasal

14 YİBGK 22.06.2018 tarih, 2016/5 E. ve 2018/6 K. sayılı kararında anne-babanın, çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, desteklik ilişkisinin varlığının ispatı için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağına; anne-babanın çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiğine karar verilmiştir.

15 Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman, Prof. Dr. M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 10. Bası, 2013, c. 2, s. 100.

16 TBK m. 56- "Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."

mirasçı olan eş ve/veya çocuklar mirası reddetse bile manevi tazminata hak kazanabilir. Zira manevi tazminat, işçinin şahsında doğmamakta, ölüm nedeniyle duyulan üzüntüden dolayı yakınlar doğrudan hak sahibi olmaktadır.

Manevi tazminat hakimın takdirinde olup maddi tazminat gibi hesaplama yöntemlerine tabi değildir. İş kazasının oluş şekli, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, ölümden önce işçinin çektiği ızdırabın yakın üzerindeki etkisi hakimın manevi tazminatı takdirinde etkili olmaktadır.

II. TAZMİNAT ÖDEMELERİNİN VERGİLENDİRİLMESİ

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddede ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği kararlaştırılmıştır.

7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu ("Kanun") 'nun 2. maddesinde "Veraset" tabiri, miras vasiyet ve miras mukavelesi gibi ölüme bağlı tasarruflar; "İvazsız intikal" tabiri ise, hibe yoluyla veya herhangi bir tarzda olan ivazsız iktisaplar şeklinde tanımlanmış olup maddede parantez içi hükümle maddi ve manevi bir zarar mukabili verilen tazminatların ivazsız sayılmayacağı kararlaştırılmıştır.

Kanun'un 4. maddesinde ivazsız suretle vaki intikallerin 2020 yılı için 7.060,00 TL'lik kısmının vergiden istisna olduğu belirtilmiştir. Ayrıca aynı maddede 3659 sayılı Kanun'a tabi müesseseler ve amme menfaatlerine hadim cemiyetlerden veya emekli sandıklarından (Veya bu mahiyetteki kurumlardan) dul ve yetimlere bağlanan aylıklarla bu aylıklar dışında verilen emekli ikramiyeleri ile dul ve yetim evlenme ikramiyeleri ve hizmet müddetlerini doldur-

mamış bulunanların dul ve yetimlerine aylık yerine toptan yapılan ödemeler ve harp malulleriyle şehit yetimlerine tekel beyiyelerinden ödenen paraların veraset ve intikal vergisinden istisna olduğu kararlaştırılmıştır.

Kanun'un 17. maddesinde ise "Amme idare ve müesseseleri, bankalar, bankerler, kasa kiralayanlar, sigorta şirketleri sair şirket ve müesseseler, mahkemeler ve icra daireleri istihkak sahiplerine bu verginin mevzuuna giren herhangi bir muamele dolayısıyla para ve senet verebilmek için evveleminde verginin ödenmiş olduğuna dair vergi dairesinden verilmiş bir tasdikname talep ederler.

Tasdikname ibraz etmeyen hak sahiplerinin istihkaklarından, veraset yoluyla intikallerde yüzde beş, ivazsız intikallerde yüzde on beş oranında vergi karşılığı olarak tevkifat yaptıktan sonra, bakiyesini verebilirler. Tevkifatı yapanlar, tevkif ettikleri parayı en geç bir hafta içinde buldukları yerin mal sandığına yatırmaya ve keyfiyeti bağlı buldukları vergi dairesine yazı ile bildirmeye mecburdurlar." denilmektedir.

Vergi mevzuatında yer alan hükümler çerçevesinde işveren tarafından işçi yakınlarına ödenen tazminat tutarlarının 2020 yılı için 7.060,00 TL'nin altında olması durumunda ödemenin mahiyetine bakılmaksızın herhangi bir veraset ve intikal vergisi kesintisi yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ödemenin belirlenen tutarın üzerinde olması halinde ise öncelikle ödeme yapılacak kişilerden verginin ödendiğine dair belgenin talep edilmesi, böyle bir belge temin edilmemesi durumunda ise ivazsız intikallerden %15 oranında vergi kesintisinin yapılması yerinde olacaktır.

01.01.2020 tarihinden itibaren ivazsız intikallerde ilk 350.000,00 TL için vergi oranı %10 olarak belirlenmiştir. Ancak vefat eden işçinin yakınlarına işveren tarafından ödenen ve ivazsız intikal kapsamında değerlendirilen ölüm yardımları için öncelikle ödemeyi alan kişilerin verginin ödendiğine dair belgeyi işverene ibraz etmeleri gerekmektedir, böyle bir belge ibraz edilmemesi halinde ise veraset intikal vergisi kesinti oranı %15 olarak belirlenmiştir. İvazsız intikal kapsamında ölüm yardımı alacak kişiler açısından verginin ödendiğine ilişkin belgenin

temin edilmemesi durumunda da normalde %10 oranında vergi ödenecek iken stopaj yoluyla %15 oranında vergi kesintisi söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda kişinin vergi dairesine başvurarak fazla ödenen vergi tutarlarını iade talep etmesi mümkün olabilecektir.

İşçinin vefatı halinde işveren tarafından işçi yakınlarına yapılan kıdem tazminatı hesaplamasında öncelikle personelin çalıştığı süre dikkate alınarak Gelir Vergisi Kanunu 25. madde çerçevesinde belirlenen kıdem tazminatının vergiden istisna tutulması, bu haddi aşan bir kıdem tazminatı ödenmesi durumunda ise aşan kısmın ücret olarak gelir vergisi kesintisine tabi tutulması gerekmektedir. Bu hesaplama neticesinde ortaya çıkan net ödenecek kıdem tazminatı tutarının işçi yakınlarına ödenmesi hususunda her ne kadar Büyük Mükellef Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilen bir özelgede¹⁷ kıdem tazminatının gelir vergisinin konusuna girmesi nedeniyle veraset ve intikal vergisine tabi tutulmaması gerektiği belirtilse de kıdem tazminatına hak kazanan kişi ile tazminat ödenen kişilerin farklı olması nedeniyle esasen veraset yoluyla bir intikal söz konusu olduğundan %5 oranında veraset vergisi kesintisi yapılmasının riskten uzak bir yaklaşım olacağını değerlendirmekteyiz.

Vefat eden personelin yakınlarına ödenen ölüm tazminatının ise Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanan kısmı için kanuni bir zorunluluk nedeniyle ödeme yapılması hususu göz önüne alınarak veraset ve intikal vergisine tabi tutulmaması gerekmektedir. Ancak işveren tarafından kanuni sınır üzerinde yapılan ödemeler ile herhangi bir sözleşme ya da kanuna dayanmadan yapılan ölüm yardımları ivazsız intikal kapsamında olduğundan bu ödeme tutarları üzerinden %15 oranında tevkifat yapılmak suretiyle vergilendirme yapılması yerinde olacaktır.

İşçinin iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde işveren kusurundan kaynaklı ölümü durumunda işçinin yakınlarına yapılan destekten yoksun kalma tazminatı ile manevi tazminat tutarlarının ise Veraset İntikal Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinde maddi ve manevi bir

zarar mukabili verilen tazminatlar ivazsız sayılmayacağı belirtildiğinden veraset ve intikal vergisine tabi tutulmaması gerekmektedir.

SONUÇ

İşçinin ölümü üzerine iş sözleşmesinin son bulmasının yanı sıra işverenin işçinin mirasçısına veya mirasçısı olmasa da destek olduğu kişilere, yakınına tazminat ödemesinde bulunması hem iş hukuku mevzuatından hem de genel sorumluluk hukukundan doğabilmektedir.

Kıdem tazminatı, 1475 sayılı İş Kanunu ile 854 sayılı DİK'e tabi işçiler için geçerli olup yasal mirasçılar hak sahibidir. Ölüm tazminatı ise hem TBK m. 440 hükmünde hem de BİK m. 18'de düzenlenmiştir. Tamamen aynı düzenlemeler olmasa da benzerlik taşıması sebebiyle gazetecilerin ölümü halinde BİK m. 18 uygulama alanı bulacaktır. TBK ise genel kanun niteliğinde olmasından dolayı BİK kapsamı dışındaki tüm iş ilişkilerini kapsamaktadır.

İş kazası veya meslek hastalığı sonucunda vefat eden işçinin ölümünden dolayı derin üzüntü yaşayan yakınlarına karşı işverenin manevi tazminat; işçinin destek olduğu veya ilerde destek olması muhtemel kişilere ise destekten yoksun kalma tazminatının ödemesi söz konusu olacaktır. Tedavi ve cenaze giderleri de maddi tazminat niteliğinde olup bu giderlerin müteveffa işçinin terekesinden harcanıp harcanmadığına göre hak sahipleri değişecektir.

Vefat eden işçinin yakınlarına işveren tarafından yapılan ölüm yardımı ya da tazminat ödemelerinin vergilendirilmesinde ödemenin mahiyeti son derece önem arz etmektedir. İvazsız intikal kapsamında değerlendirilen ödemelerde kesinti yoluyla vergilemede oran %15 olarak belirlenmiş iken söz konusu vergi için vergi mükellefinin beyanı üzerinde ilk 350.000,00 TL için %10 oranında vergi ödeneceğinden ivazsız intikal kapsamında yapılan ölüm yardımı ve tazminat tutarlarında vergi mükellefi tarafından (vefat eden personel yakını) verginin ödenmesi fazla vergi ödenmesinin önüne geçecektir.

17 Büyük Mükellef Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 07.02.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.99.16.02-VİVK-1-39 sayılı özelgesi.

BİNEK OTOLARA AİT GİDER KISITLAMALARI VE BU GİDERLERE AİT KDV'NİN İNDİRİMİ

Yunus KÜÇÜK
Vergi Müdürü

ÖZET

7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la Gelir Vergisi Kanunu'nun "İndirilecek Giderler" başlıklı 40. maddesinde düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere ilişkin olarak yayınlanan 311 Seri No.lu Gelir Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nde açıklamalar yapılmıştır.

Bu kapsamda binek otomobillerin giderleri ve amortismanlarının vergi matrahından indirilmesine ilişkin bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Ayrıca bu giderler dolayısıyla yüklenilen KDV'nin indirimine de kısıtlamalar getirilmiştir. Binek otomobillerin giderlerinin vergi matrahından nasıl indirileceği ve yüklenilen KDV'nin nasıl indirilecek KDV olarak dikkate alınacağı ile binek otomobillere ait amortisman giderlerinin ne şekilde dikkate alınacağı bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Binek Otomobil Giderleri, Binek Otomobil Gider Kısıtlaması, Binek Otomobil Giderleri KDV, Binek Otomobil Amortismanları.

GİRİŞ

Mükelleflerin işletme amacı dışında aldığı binek otomobiller geçmişten günümüze kadar vergi mevzuatımız açısından soru işareti olmuştur. Bunun nedeni ise yüksek oranlı özel tüketim vergisinden (ÖTV) kaynaklanan pahalı otomobil fiyatları ve şirket aktifine kaydedilen otomobillerin kişisel kullanıma konu edilmesidir. İdare de zaman zaman bazı uygulamalar ile bunu kısmen engellemeye çalışmaktadır. Bunun en bilinen örneği ise 1995 yılında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ("VUK")'nun 320. maddesine eklenen kıst amortisman uygulamasıdır.

Yine 1995 yılında 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ("GVK")'nun 40/5. ve 40/7. maddelerine sırasıyla nakliyecilikte kullanılanlar hariç olmak üzere, binek otomobillerin ve zati ve ailevi ihtiyaçlar için de kullanılan diğer taşıtların giderlerinin yarısının gider olarak dikkate alınabileceği ile bu taşıtlara ait amortismanların yarısının gider olabileceği hükmü getirilmiştir.

7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile binek otomobillere ait giderler için belirli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu yazıda da binek otomobillerin kira giderleri ve bu giderlere ait katma değer vergisi ("KDV"), binek otomobillerin alımında yüklenilen ÖTV'nin ve KDV'nin ne kadarlık kısmının gider yazılabileceği, binek otomobillere ilişkin hangi giderlerin kısıtlamalara tabi olduğu, binek otomobillerin amortisman giderleri konuları ayrı başlıklarda ele alınacaktır.

Çin Halk Cumhuriyeti'nin Vuhan kentinde ortaya çıkan ve birçok ülkeye yayılan koronavirüs (COVID-19) salgını nedeniyle tüm kamuoyunun dikkati bu konudaki gelişmelere dönmüşken 27.05.2020 tarihinde 311 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği yayımlanmıştır. Bu Tebliğ ile binek otomobillere ait gider kısıtlamasının ne şekilde olacağı hakkında detaylar belirlenmiştir.

1. MEVZUATTA NE DEĞİŞTİ?

05.12.2019 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 07.12.2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında

Kanun ile binek otomobillere ait giderler için belirli kısıtlamalar getirilmiştir.

Mezkûr Kanun'un 13. maddesi ile GVK'nın "İndirilecek Giderler" başlıklı 40. maddesinin 1. fıkrasının 1, 5 ve 7 numaralı bentlerine çeşitli hükümler eklenmiştir. Yeni eklenen hükümlerin ise 01.01.2020 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği ifade edilmiş olup; GVK'da yapılan bu düzenlemelere ilişkin açıklamalar 311 Seri No. lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile yapılmıştır.¹

2. BİNEK OTOMOBİL KİRALAMA GİDERLERİNDEKİ KISITLAMA VE KİRALAMA GİDERİNİN KDV'Sİ

Faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere, kiralama yoluyla edinilen binek otomobillerinin her birine ilişkin aylık kira bedelinin 2020 yılı için 5.500,00 TL'lik kısmı gider olarak dikkate alınabilecektir.²

Kanun maddesinde yer alan binek otomobil ifadesinden Türk Gümrük Tarife Cetveli'nin 87.03 pozisyonunda yer alan motorlu taşıtların anlaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda binek otomobiller, 87.03 pozisyonunda tanımlanan binek otomobiller ile esas itibarıyla insan taşımak üzere imal edilmiş (87.02 pozisyonuna girenler hariç) (steysin vagonlar ve yarış arabaları dâhil) hem insan hem eşya taşıyabilen motorlu araçlar gibi çok amaçlı araçları kapsamaktadır.

Bu kapsamda olan binek otomobillere ait araç başına aylık kiralama bedelinin KDV hariç 5.500,00 TL'yi aşması durumunda aşan kısmının kanunen kabul edilmeyen gider ("KKEG") olarak dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca KDV Kanunu'nun 30/d maddesi uyarınca gelir ve kurumlar vergisi yönünden kazancın tespitinde indirimi ka-

bul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen KDV, hesaplanan KDV'den indirilememektedir. Dolayısıyla kira bedelinin kanunda belirtilen sınırı aşması durumunda aşan sınıra isabet eden KDV'nin de indirim hesaplarına alınmayıp KKEG olarak dikkate alınması gerekecektir.

Örneğin 10.000,00 TL + 1.800,00 TL KDV olmak üzere toplamda 11.800,00 TL gelen bir araç kiralama faturasında, gider olarak dikkate alınması kabul edilen 5.500,00 TL'nin gider kaydedilmesi 4.500,00 TL'nin (10.000,00 - 5.500,00) ise KKEG olarak dikkate alınması gerekmektedir. Fatura üzerinde gösterilen 1.800,00 TL KDV'nin ise aynı oranda indirim KDV hesabı yerine gider hesabına kaydedilip KKEG olarak dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre indirilemeyecek KDV tutarı 810,00 TL [(10.000,00 - 5.500,00)*0,18] olacaktır. Kalan 990,00 TL'lik kısım ise indirilecek KDV olarak dikkate alınabilecektir. Bir başka ifade ile 5.500 TL'lik indirim haddinin (ve ona isabet eden KDV, 990 TL'nin) üzerinde kalan 5.310 TL'nin (=4.500+810) tamamının KKEG hesaplara kaydedilmesi gerekecektir.

Öte yandan kiralama işleminde, VUK'un mükerrer 290. maddesi kapsamında;

- iktisadî kıymetin mülkiyetinin kira süresi sonunda kiracıya devredilmesi,
- kiracıya kira süresi sonunda iktisadî kıymeti rayiç bedelinden düşük bir bedelle satın alma hakkı tanınması,
- kiralama süresinin iktisadî kıymetin ekonomik ömrünün % 80'inden daha büyük bir bölümünü kapsaması veya
- sözleşmeye göre yapılacak kira ödemelerinin bugünkü değerlerinin toplamının iktisadî kıymetin rayiç bedelinin % 90'ından daha büyük bir değeri oluşturması

¹ Tebliğ taslağı Şubat ayının başında İdare'nin sitesinde yayınlamasına rağmen Resmi Gazete'de yayınlanması Mayıs ayının sonunu bulmuştur. Bu geçen süre içerisinde tebliğ taslağı ile yürürlüğe giren tebliğ arasında önemli değişiklikler yapılmıştır.

² Kanun'un 2019 yılında yayınlanmasına rağmen 5.500 TL'lik sınır 2020 yılında da aynı tutarda kalmıştır. Bunun nedeni ise 7194 sayılı Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen Geçici 91. maddede yer alan "Mükerrer 123 üncü maddeye bu maddeyi ihdas eden Kanunla eklenen 40/1 maddesi ile 68 inci maddede yer alan 5.500 Türk liralık kira tutarı hakkında, 2019 yılına ilişkin olarak 1/1/2020 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde yeniden değerlendirilme yapılmaz." hükmüdür.

hallerinden herhangi birinin varlığı durumunda kiralama işlemi finansal kiralama olarak kabul edilecektir. Bu durumda ise yapılan kiralama işlemi binek otomobil kiralamasından çıkıp finansal kiralama yoluyla binek otomobil alımına dönüşecektir. Bu konuya da ayrıca dikkat edilmesi gerektiğini hatırlatmak isteriz. Diğer taraftan finansal kiralama yoluyla edinilen binek otomobillere ilişkin yapılan ödemeler 5.500 TL'lik gider kısıtlamasına tabi olmayacaktır. Ayrıca finansal kiralama sözleşmesine göre yapılan ödemelerin borç anapara ödemesi ve faiz gideri olarak ayrıştırılması gerekmekte olup ilk yıla ait faiz giderlerinin binek otomobilin maliyetine eklenmesi gerekmektedir. Sonraki yıllara isabet eden faiz giderleri için ise maliyete ekleme veya doğrudan gider olarak dikkate alma seçeneklerinden herhangi birini seçerek işlem yapılması mümkündür. Ancak ilk yıldan sonraki yıllarda faiz giderlerinin doğrudan gider olarak dikkate alınmasının tercih edilmesi halinde bu kapsamda ödenen faiz giderlerinin en fazla %70'i indirim konusu yapılabilecek olup %30'luk kısmının KKEG olarak dikkate alınması gerekecektir.

Aşağıdaki tabloda 2020 yılının Ocak ayında imzalanan bir finansal kiralama sözleşmesine ait örnek bir ödeme planı bulunmaktadır:

Yıl	Aylık Anapara	Aylık Faiz	Aylık Toplam Tutar	Yıllık Anapara	Yıllık Faiz	Yıllık Toplam
2020	9.000,00	1.000,00	10.000,00	108.000,00	12.000,00	120.000,00
2021	9.000,00	1.000,00	10.000,00	108.000,00	12.000,00	120.000,00
2022	9.000,00	1.000,00	10.000,00	108.000,00	12.000,00	120.000,00
2023	9.000,00	1.000,00	10.000,00	108.000,00	12.000,00	120.000,00
2024	9.000,00	1.000,00	10.000,00	108.000,00	12.000,00	120.000,00
Toplam	45.000,00	5.000,00	50.000,00	540.000,00	60.000,00	600.000,00

Yukarıdaki tabloya göre 2020 yılında ödenecek 12.000 TL tutarındaki faiz gideri binek otomobilin maliyetine eklenecektir. 2021 ve müteakip yıllarda ödenecek toplam 48.000 TL tutarındaki faiz giderinin doğrudan gider hesaplarına intikal ettirilmesi durumunda yıllık 12.000

TL'lik faiz giderinin %70'i olan 8.400 TL gider olarak dikkate alınabilecek kalan 3.600 TL'nin ise KKEG olarak dikkate alınması gerekecektir.

VUK'un mükerrer 290. maddesi hükmü ve 311 Seri No.lu Tebliğ açıklamaları uyarınca, ilk yıl kaydının aşağıdaki şekilde olması gerekmektedir:

Finansal Kiralama Sözleşmesi Kaydı

302-402 Ertel. FK Borçl. Maliyeti Hes.	60.000
260 Haklar	540.000
301-401 Finansal Kiralama İşlemlerinden Borçlar	600.000

İlk Yıl Yapılacak Faiz Ödemesi Kaydı

260 Haklar	12.000
302-402 Ertel. FK Borçl. Maliyeti Hes.	12.000

Sonraki 4 Yıl Boyunca Faiz Gider Kayıtları Şu Şekilde Olacaktır:

301 FK İşl. Borçlar	120.000	
102 Bankalar		120.000

780 Finansman Giderleri	12.000
302 Ertel. FK Borçl. Maliyeti Hes.	12.000

901 KKEG Hesap Borç	3.600
900 KKEG Hesap Alacak	3.600

3. BİNEK OTOMOBİL ALIMINDA YÜKLENİLEN ÖTV VE KDV

KDV Kanunu'nun 30/b maddesinde, faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere işletmelere ait binek otomobillerinin alış vesikalarında gösterilen KDV'nin hesaplanan KDV'den indirilemeyeceği ifade edilmiştir. İndirim konusu yapılamayan bu vergi, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları çerçevesinde işin mahiyetine göre gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınabilmektedir.³

Aynı şekilde, binek otomobil alımında yüklenen ÖTV ise VUK'un 270. maddesi kapsamında alınan aracın maliyet bedeline eklenebilmekte veya gider olarak dikkate alınabilmektedir.

³ Söz konusu KDV'nin gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınabilmesi hususu Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin III.C/2. İndirilemeyecek KDV bölümünde açıklanmıştır.

Ancak 7194 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik kapsamında faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere, binek otomobillerin iktisabına ilişkin ÖTV ve KDV toplamının 2020 yılı için en fazla 140.000,00 Türk lirasına kadarlık kısmı kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınabilecektir.

Mükellef vergisiz satış fiyatı 200.000,00 TL olan bir binek otomobil satın aldığıında söz konusu araca ait ÖTV'nin %110 oranında hesaplanarak 220.000,00 TL olduğu varsayımı ile aracın toplam tutarı aşağıdaki şekilde olacaktır;

Araç Bedeli: 200.000,00
ÖTV: 220.000,00
KDV: 75.600[(200.000,00+ 220.000,00)*0,18]
ÖTV ve KDV Toplamı: 295.600,00
Toplam: 495.600,00

Yukarıdaki örneğe göre mükellefin ÖTV ve KDV tutarlarını doğrudan gider olarak dikkate almayı tercih etmesi durumunda gider olarak dikkate alınabilecek ÖTV ve KDV tutarı 140.000,00 TL olup kalan 155.600,00 TL (=295.600,00 – 140.000,00) KKEG olarak dikkate alınacaktır. Görüldüğü gibi bu örnekte gider olarak dikkate alınabilecek kısım, KKEG olarak dikkate alınması gereken kısımdan daha düşüktür.

Bu uygulama yürürlüğe girmeden önce ise mükellefler toplam 295.600,00 TL tutarındaki ÖTV ve KDV'nin tamamını aracın maliyet bedeline ilave etmekte veya doğrudan gider olarak dikkate alabilmekteydi.

Mükelleflerin ÖTV ve KDV tutarlarını maliyet bedeline ilave ederek amortisman yoluyla itfa etmeyi tercih etmeleri durumunda yapılması gereken işlem ise yazımızın ileriki bölümünde yer almaktadır.

4. BİNEK OTOMOBİLLERE İLİŞKİN GİDERLER

Faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere, yeni uygulama kapsamında

01.01.2020 tarihinden itibaren binek otomobillere ilişkin giderlerin en fazla %70'i, gelir ve kurumlar vergisi açısından safi kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınabilecektir.

Kanun hükmünde geçen binek otomobillere ilişkin gider ifadesi sadece bakım onarım giderlerini değil aynı zamanda araçların yakıt, otopark, köprü ve yol geçiş giderleri, sigorta giderleri dahil olmak üzere araçla ilgili tüm giderleri kapsamaktadır. Zira bu hususta 311 Seri No.lu Gelir Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nde de açıklamalarda bulunulmuştur. Buna göre, anılan Tebliğ'de Kanun'daki kısıtlama getirilen giderlerin genel olarak taşıtların tamir, bakım, yakıt, sigorta ve benzeri cari giderler olduğu açıklanmıştır. Buradaki benzeri cari giderler açıklamasından idarenin binek otomobil vasıtasıyla oluşacak tüm giderleri kastettiği anlaşılmaktadır. Hatta Tebliğ'de finansal kiralama yoluyla edinilen binek otomobillere ilişkin, ilk seneden sonra yapılan faiz giderlerinin tercihen doğrudan gider olarak dikkate alınması durumunda da %70'lik kısıtlamanın geçerli olacağı ifade edilmiştir. Burada hemen şunu da belirtelim ki faiz giderlerinin ilk senesinden sonra maliyete eklenmesinin tercih edildiği durumlarda, bu defa da amortisman ayrılması için getirilen sınıra göre amortisman ayrılacağından, maliyete eklenmesi tercihi kalan faiz giderinin her halükarda kurum kazancından düşülebilmesi sonucunu doğurmayacaktır.

Bir örnek ile uygulamayı açıklamak gerekirse, aşağıdaki tabloda bir mükellef tarafından 2020 yılında yapılmış binek otomobile ait giderlere ilişkin detaylar verilmiştir:

Gider Türü	Harcama Tutarı	KDV	Toplam Harcama
Yakıt	12.000,00	2.160,00	14.160,00
Otopark	500,00	90,00	590,00
Köprü Geçiş	1.000,00	180,00	1.180,00
Sigorta	2.000,00	0,00	2.000,00
Bakım/ Onarım	1.500,00	270,00	1.770,00
Toplam	17.000,00	2.700,00	19.700,00

Yukarıda yer verilen tabloya göre mükellefin gider olarak dikkate alabileceği tutar toplam harcamanın %70'i olan 11.900,00 TL (17.000,00*0,70) olacaktır. Kalan 5.100,00 TL'nin ise KKEG olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Diğer taraftan KDV Kanunu'nun 30/d maddesi uyarınca gelir ve kurumlar vergisi yönünden kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen KDV'nin hesaplanan KDV'den indirilememesi nedeniyle toplam 2.700,00 TL tutarındaki KDV'nin de 1.890,00 TL'si (2.700,00*0,70) indirilecek KDV olarak dikkate alınabilecek, kalan kısım (810,00 TL) ise indirilemeyecek KDV olarak ticari kazancın tespitinde ilave kalem olarak dikkate alınacaktır.

5. BİNEK OTOMOBİLLERE İLİŞKİN AMORTİSMAN GİDERLERİ

Faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları hariç olmak üzere, ÖTV ve KDV hariç ilk iktisap bedeli 2020 yılı için 160.000 TL; söz konusu vergilerin tercihen maliyet bedeline eklendiği veya binek otomobilin ikinci el olarak iktisap edildiği hâllerde, amortisman tabii tutarı 2020 yılı için 300.000 TL'yi aşan binek otomobillerinin her birine ilişkin ayrılan amortismanın en fazla bu tutarlara isabet eden kısmı gelir ve kurumlar vergisi açısından safi kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınabilecektir.

Burada yer alan 160.000 TL'lik kısıt "3) Binek Otomobil Alımında Yüklenilen ÖTV ve KDV" bölümünde bahsettiğimiz üzere KDV'nin ve ÖTV'nin 140.000 TL'ye kadar gider olarak dikkate alınmasına izin veren kanun maddesi ile bağlantılıdır. İktisap bedeli toplam 300.000 TL olarak sınırlandırılırken bu tutarın 140.000 TL'lik kısmı KDV ve ÖTV, kalan 160.000 TL'lik kısmı ise binek otomobilin alış bedeli dikkate alınarak belirlenmiştir.

300.000 TL'ye satın alınan bir otomobilin 150.000 TL'lik kısmı KDV ve ÖTV, 150.000 TL'lik

kısmı da otomobilin iktisap bedeli olsaydı KDV ve ÖTV toplamı olan 150.000 TL'nin 140.000 TL'si gider olarak dikkate alınabilecek, 10.000 TL'lik kısmının ise KKEG olarak dikkate alınması gerekecekti. 150.000 TL'lik iktisap bedeli ise 160.000 TL'lik gider kısıtlaması sınırının altında kaldığı için bedelin tamamı amortisman yolu ile gider kaydedilebilecektir. KDV ve ÖTV'nin maliyete eklenmesinin tercih edilmesi veya ikinci el alış bedelinin 300.000 TL olması durumlarında ise toplam tutar üzerinden amortisman ayrılarak kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınabilecektir.

a) İlk Kez İktisap Edilen Binek Otomobil için Amortisman Uygulaması

Yapılan yeni düzenleme ile birlikte alınan binek araçların maliyet bedeline de sınırlama getirilmiştir. Bu kapsamda vergisiz alım bedeli 160.000,00 TL'den fazla olan binek otomobiller için ayrılacak amortisman tutarı bu tutardan fazla olamayacaktır. Binek otomobilin ilk iktisabında yüklenilen ÖTV ve KDV'nin maliyet bedeline eklenmesinin tercih edilmesi durumunda bu tutarın da 140.000,00 TL ile sınırlandırılmış olması nedeniyle toplam 300.000,00 TL üzerinden amortisman ayrılacaktır.

Daha önce "3) Binek Otomobil Alımında Yüklenilen ÖTV ve KDV" bölümünde verdiğimiz örnek üzerinden ilerlemek gerekirse:

Vergiler dahil 495.600 TL'ye alınan binek otomobil için amortisman hesaplaması karşılıştırmalı şekilde aşağıdaki gibi olacaktır:

Maliyet Bedeli (A)	Sınırlanmış Tutar (B)	Düzenleme Öncesi Amortisman Tutarı* (A/5)	Düzenleme Sonrası Amortisman Tutarı (B/5)	KKEG Yapılacak Tutar
495.600,00	300.000,00	99.120,00	60.000,00	39.120,00

(*) *Faydalı ömür 5 yıl olarak dikkate alınmış olup binek otomobilin Ocak ayında alındığı varsayılmıştır. Bu nedenle kıst amortisman hesaplaması yapılmamıştır.*

Yukarıdaki tablodan da görüleceği üzere, toplam ilk iktisap bedeli 495.600,00 TL olan bir binek otomobil için yıllık olarak 60.000,00 TL amor-

tisman gideri kaydedilebilecek olup aşan kısmın KKEG olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Diğer taraftan KDV ve ÖTV bedelinin doğrudan gider hesaplarına kaydedilmesinin tercih edilmesi durumunda 295.600 TL'nin 140.000 TL'si gider hesaplarına kaydedilebilecek kalan 155.600 TL KKEG olarak dikkate alınacaktır. Bu durumda da mükellefin amortisman gideri olarak kaydedilebileceği tutar sadece 32.000 TL olacaktır.

b) Kıst Amortisman Uygulaması

VUK'un 320. maddesinde faaliyetleri kısmen veya tamamen binek otomobillerinin kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olanların bu amaçla kullandıkları binek otomobilleri hariç olmak üzere, işletmelere ait binek otomobillerinin aktife girdiği hesap dönemi için ay kesri tam ay sayılmak suretiyle kalan ay süresi kadar amortisman ayrılacağı, amortisman ayrılmayan süreye isabet eden bakiye değerinin, itfa süresinin son yılında tamamen yok edileceği hüküm altına alınmıştır.

Kıst amortisman uygulamasında ilk yıl ayrılmasına imkân verilmeyen amortisman giderinin tamamının son yıl gider kısıtlaması uygulamasından bağımsız olarak gider olarak dikkate alınabilmesinin mümkün olduğu 311 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde ifade edilmiştir. 2020 yılı Haziran ayında alınan vergiler dahil alış bedeli 400.000 TL olan binek otomobil için 300.000 TL gider kısıtlamasına uyularak aşağıdaki şekilde amortisman ayrılacaktır:

Yıl	Amortisman Tutarı
2020	35.000,00
2021	60.000,00
2022	60.000,00
2023	60.000,00
2024	60.000,00+25.000,00

Kıst amortisman uygulaması nedeniyle ilk yıl ayrılmayan 25.000 TL tutarındaki amortisman gideri son yıl yeni getirilen gider kısıtlama-

sından bağımsız olarak kurum kazancının tespitiinde indirim olarak dikkate alınabilecektir.

c) Binek Oto Satışları

311 Seri No.lu Tebliğ açıklamalarına göre, binek otomobiller için amortismana esas bedelden daha fazla tutar üzerinden amortisman ayrılması halinde, genel hükümlere göre ayrılan amortisman tutarı ile amortismana esas bedel üzerinden ayrılan amortisman tutarı arasındaki fark, KKEG sayılarak ilgili yıla ait vergi hesabında ilave kalem olarak dikkate alınacaktır.

Söz konusu binek otomobillerinin satışı halinde ise ilgili yıllarda amortisman ayırma aşamasında KKEG olarak kazanca ilave olunan tutarların toplamı mükelleflerce vergiye tabi olmayan gelir olarak dikkate alınacak ve bu tutar, gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinde "Diğer İndirimler" satırında gösterilmek suretiyle kazanç üzerinden indirim konusu yapılabilecektir. Mükellef kurumun Ocak ayında 495.600 TL'ye aldığı otomobil için alış bedelinin tamamı üzerinden amortisman ayrılması durumunda Kanun'la getirilen kısıtlama tutarından fazlası KKEG olacaktır. Ancak söz konusu aracın satılması durumunda satılan döneme kadar KKEG yapılan tutar otomobilin satıldığı dönemde beyanname üzerinde indirim olarak dikkate alınabilecektir.

Yukarıda bahsedilen durumu aşağıdaki tabloda özetleyelim:

Yıl	Ayrılan Amortisman	Kısıtlanmış Amortisman	KKEG tutarı
2020	99.120,00	32.000,00	67.120,00
2021	99.120,00	32.000,00	67.120,00
2022	99.120,00	32.000,00	67.120,00
2023	99.120,00	32.000,00	67.120,00
2024	99.120,00	32.000,00	67.120,00
Toplam	495.600,00	160.000,00	335.600,00

Yukarıdaki tablodan da görüleceği üzere, mükellef alış bedelinin tamamı üzerinden amortisman ayırması durumunda gider kısıtlaması tutarını aşan kısmı KKEG olarak dikkate ala-

caktır. Bununla birlikte aynı otomobili 2023 yılı sonunda satması durumunda o yıl sonuna kadar KKEG yaptığı tutar olan 268.480 TL'yi o yıla ait kurumlar vergisi beyannamesi üzerinde indirim olarak dikkate alması mümkün olacaktır.

SONUÇ

Özetle, 7194 sayılı Kanun ile şu değişiklikler yapılmıştır:

- Binek otomobillere ilişkin kira bedellerinin 5.500,00 TL'ye kadarlık kısmının ticari kazancın tespitinde gider olarak kabul edileceği, bu tutarı aşan kısmın KKEG olarak dikkate alınması gerektiği,
- Kira bedelinin 5.500,00 TL'yi aşması durumunda aşan kısma isabet eden KDV'nin KDV Kanunu 30/d maddesi gereğince indirilemeyeceği,
- Binek otomobil alımında yüklenilen ÖTV ve KDV tutarlarının toplam 140.000,00 TL'ye kadar olan kısmının gider olarak dikkate alınabileceği, aşan kısmın KKEG olarak dikkate alınması gerektiği,
- Binek otomobillere ilişkin bakım/onarım, yakıt, köprü geçiş, sigorta vb. tüm giderlere ilişkin toplam harcama tutarının %70'i kadarının gider olarak dikkate alınabileceği,
- Binek otomobillere ilişkin giderlerin %70'inin gider olarak dikkate alınabilmesi nedeniyle bu giderler nedeniyle yüklenilen KDV'nin de %70'inin indirilecek KDV olarak kaydedilmesi kalan kısmın KDV Kanunu 30/d maddesi gereğince indirim olarak dikkate alınmayıp KKEG yapılması gerektiği,
- İlk kez iktisap edilen binek otomobillerin iktisap bedeli ne olursa olsun vergisiz tutarı 160.000,00 TL'yi aşmayacak şekilde amortisman ayrılmasına izin verilmesi,
- ÖTV ve KDV'nin maliyet bedeline eklenmesi durumunda toplam maliyet bedelinin 140.000,00 TL'si ÖTV ve KDV, 160.000,00 TL'si vergisiz araç bedeli olmak üzere toplam 300.000,00 TL olarak dikkate alınıp bu tutar üzerinden

hesaplanacak amortisman giderinin kabul edilmesi,

- İşletmelerin ikinci el binek otomobil alması durumunda ise amortisman ayrılacak tutarın üst sınırının 300.000,00 TL olarak belirlenmiş olması.

Ayrıca, bu değişikliklere ilişkin olarak 311 Seri No.lu Gelir Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nde açıklamalarda bulunulmuştur.

Yapılan düzenleme öncesi uygulamada işletme aktifine kayıtlı olup kazancın elde edilmesinde kullanılan binek otomobillerin amortisman başta olmak üzere bütün giderleri (motorlu taşıtlar vergisi hariç) kazancın tespitinde gider olarak kabul edilmekteydi.

Ancak uzun zamandır mükelleflerin binek otomobillerini tamamen işletmede kullanmadan, şahsi ihtiyaçları için de kullandığı düşüncesi hakimdi. Görünen o ki bu nedenle yukarıda izah ettiğimiz düzenlemeye gidilerek binek otomobillere ait giderlerin bir kısmının matrahtan indirimi olanaksız hale getirilmiştir. Esasında, bu düzenleme öncesinde de binek otomobillerin işletme dışında kullanılması halinde ilgili giderlerin matrahtan düşülmesi mümkün değildi. Burada yapılan değişiklik ile bu kısım her mükellef açısından tek ve standart bir hale dönüştürülmüştür.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA MÜLKİYET HAKKI VE VERGİLENDİRME

Serena BAKİOĞLU

Stj. Avukat

ÖZET

Mülkiyet hakkının koruma altına alındığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS")'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi, bireylerin malvarlıklarına ilişkin geniş bir koruma sağlamaktadır. İşbu madde devletlerin vergileendirme kapsamı altında mülkiyet hakkına ilişkin almış olduğu tedbirleri de kapsamakta olup; yapılan müdahalelerde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile kamu yararı arasında devletin koruması gereken bir denge mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mülkiyet Hakkı, Vergi.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi kapsamında koruma altına alınan mülkiyet hakkı, birçok hukuk disiplinini ilgilendiren hem Türk Anayasa Mahkemesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") önünde en çok ihlâl iddiasına konu edilen haklar arasındadır. Bu nedenle AİHS kapsamında mülkiyet hakkına ilişkin geniş kapsamda, yıllara yayılmış kararlar mevcuttur.

Protokol kapsamında mülkiyet hakkı devletlerin bireyler üzerindeki müdahalelerine ilişkin bir koruma sağladığından devletin en önemli gelir kaynaklarından biri olan verginin bu kararlar kapsamındaki yeri özellikle önem arz etmektedir.

1. AİHS KAPSAMINDA MÜLKİYET HAKKI

1 Numaralı Protokolün "Mülkiyet Hakkı" başlıklı 1. maddesindeki¹ malvarlığı kavramı hem mevcut malvarlığını hem de meşru beklentiye kapsayan bir anlam taşımaktadır. AİHS koruması altındaki

mülkiyet hakkının kapsamı Türk mevzuatı kapsamında daha geniş bir koruma sağlamakta olup; Menkul ve gayrimenkul mallar, elle tutulabilen veya tutulamayan varlıklar, hisseler, fikri mülkiyet hakları, tahkim kararları, emeklilik maaş hakkı, ev sahibinin kira alma hakkı, hukuki bir hak iddiası mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

Nitekim **Marckx v. Belçika** kararında AİHM ilk defa demiştir ki:

"...Herkesin mülkiyetinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkını tanımakla Madde 1 özünde mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu husus "malvarlığı" ve "mülkiyetin kullanımı kelimelerden açıklıkla çıkmaktadır. Gerçekten de kişinin malvarlığı üzerinde tasarruf edebilmesi hakkı, mülkiyet hakkının geleneksel temel öğelerinden biridir..."

Madde 1'in ikinci fıkrası yine de Sözleşmeciler Devletlere "mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyma" yetkisi vermektedir. Buna göre işbu fıkra Sözleşmeciler Devletleri böyle bir kanunun "gerekliliği" hususunda tek yargıç kılmaktadır... "Genel yarar"la ilgili olarak ise, bunun "mülkiyetin kullanımının kontrolü" için belirli vakalarda yasama imkân verdiği söylenebilir (...)"

¹ "1. Her gerçek ya da tüzel kişi, mülkiyetinden/malvarlığından müdahale edilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

2. Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir Devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını denetim altına almak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/yükümlülüklerin yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir."

2. MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Temel hak ve özgürlükler kapsamında öncelik o hakkın korunması olup hakkın sınırlandırılması istisnai bir tutum olmalıdır.

Malvarlığından barışçıl şekilde yararlanma hakkına getirilen müdahalede ölçülülük incelemesi için AİHS “üç kural” sistemini benimsemiş özellikle ilk dönem kararlarında bu sistematiğe uygun kararlar vermiştir. Ancak mülkiyete yapılan müdahalenin niteliğine göre, ölçülülük incelemesinin tabi tutulacağı rejimde devreye girecek ölçütler (tazminat karşı edimi zorunluluğu, takdir marjının kapsamı gibi) değişebilmektedir.²

Birinci kural, mülkiyetin barışçıl kullanılması ilkesidir. Bu kural genel nitelikte olup müdahalenin ikinci veya üçüncü kural kapsamına sokulmadığı hallerde uygulandığından “her şeyi yakala formülü” olarak görülmektedir.

İkinci kural mülkiyetten yoksun bırakılmayı ve bunun tabi tutulduğu belirli koşulları kapsamaktadır.

Üçüncü kural ise Devletlerin, diğerleri arasında, genel yarar uyarınca, bu amaç için gerekli gördükleri yasaları icra ederek mülkiyetin kullanılmasını kontrol etmeye yetkisi olduğunu tanımaktadır.

Mülkiyet hakkına müdahalenin sınırları AİHS’e göre incelendiğinde: Müdahale hukuka dayalı, kamu yararı amacıyla ve ölçülü olmalıdır.

a) Müdahalenin Hukuka Uygun Olması

Hukukilik ilkesi hem bir hukuk devleti olmanın hem de işbu makale konusu Protokol No. 1 Madde 1’in ilk ve en önemli gerekliliğidir.³ Vergilendirme hususunda devletlerin keyfiliğini

önlemek adına mutlaka kanuna dayanması gerekmektedir. Ancak vergilendirme hususu devlete geniş bir takdir yetkisi veriyor olduğundan ve vergilendirme süreci kanunlarla yürütüldüğünden bu incelemenin kapsamı özellikle önem taşımaktadır. Söz konusu madde malvarlığından yoksun bırakılma müdahalesi ancak hukukun öngördüğü koşullara tabi olarak ve devletlerin kanunları icra etme suretiyle mülkiyet hakkına müdahalede bulunabilmesi hususunu düzenlemektedir.⁴ Hukukilik ilkesi kapsamında devletler gerekli durumlarda yeni vergiler düzenleyerek veya gerekli gördükleri hallerde vergi oranlarında değişiklikler yaparak mükelleflerin mülkiyet hakkına müdahalede bulunmaktadır.

Burada AİHM’in kabul etmiş olduğu hukukilik yalnızca yasal dayanağın ulusal hukuk mevzuatı kapsamındaki varlığı değil aynı zamanda söz konusu dayanağın hukuk devleti ilkesine uygun ve keyfiliğe yer vermiyor olmasıdır. Söz konusu yasanın gerekli özelliklere haiz olması, ulaşılabilir, kesin ve öngörülebilir olması gerekmektedir.⁵ Burada bahsi geçen “hukukilik” AİHS’in diğer maddeleri ve içtihatları da kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanmaktadır.⁶

Špaček, s.r.o., v. Çek Cumhuriyeti kararında Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan Genel Tebliğ ile öngörülen gelir vergisi matrahlarının yükseltilmesini öngören düzenlemeler Resmi Gazete’de yayımlanmadığı için hukukilik ilkesine aykırılık kapsamında değerlendirilmiştir.

b) Müdahalenin Kamu Yararına Dayanması

Devletlerin vergiye ilişkin müdahalelerinde hukukiliğin yanı sıra kamu yararının da gözetilmesi gerekmektedir. Bir kamu makamı tarafından “malvarlığından” barışçıl yararlanmaya yapılan herhangi bir müdahale ancak meşru bir kamu yararına (veya genel yarara) hizmet ediyorsa haklılaştırılabilir.

2 H. Burak Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Avrupa Konseyi Yayını, Ankara, 2018, sf:100-116.*

3 *Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia; Béláné Nagy v. Hungary*

4 *Iatridis v. Greece; Former King of Greece and Others v. Greece, Broniowski v. Poland*

5 *Guiso-Gallisay v. Italy*

6 *Špaček, s.r.o., v. the Czech Republic, Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia*

Devlet ve birey arasındaki eşit olmayan ilişkide devletin sahip olduğu üstünlük mükellefler üzerinde açıkça baskı kurmaktadır. Burada yapılan müdahale devletlerin yürüttükleri ekonomik ve sosyal politikalar kapsamında vergilendirme yetkilerini kullanmaları, vergilerin tahsilini güvence altına almak için çeşitli önlemler uygulamaları, vergisel ödevlerini yerine getirmeyen mükelleflerin belirli yasal yollarla denetlenmesi, bu kişilere vergi idaresi tarafından ceza kesilmesi, yargı organlarınca vergi suçu işlediği kanaatine varılan kişilerin adli cezalara hükmedilmesi kamu yararına hizmet etmektedir.⁷

Vergilendirme kapsamında devletin sahip olduğu takdir yetkisi geniş tutulduğundan AİHM tarafından verilen birçok kararda devletin mülkiyet hakkına müdahalede meşru amacı olduğuna karar verilmiştir.

Önalım hakkının hazine tarafından başvurusunun satın aldığı taşınmaz üzerinde kullanılması şeklindeki müdahalenin fiili kamulaştırma niteliğinde ve keyfi olduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü *Hentrich v Fransa* davasında incelemeyi gerçekleştiren AİHM, vergi kaçakçılığının önlenmesinin kamu yararı kapsamında meşru bir amaç teşkil ettiğini, mülkiyet hakkına vergilendirme yoluyla müdahalenin ancak belirli ve öngörülebilir olduğunda meşru bir müdahale teşkil edeceğini belirterek mülkiyet hakkının korunması ile kamu çıkarı arasında adil bir denge kurulmadığı gerekçesi ile mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.

c) Müdahalenin Ölçülü Olması

Mülkiyet hakkına yönelik bir müdahalenin mevcut olması halinde hukukilik ve kamu yararı şartı sağlanıyor olsa dahi ölçülülük ilkesine aykırılık olması halinde müdahale ihlâl kapsamında olacaktır. Vergilendirme hususunda yapılan müdahalenin ölçülü olması için Devletin amacı ile söz konusu amaca ulaşmakta kullandığı araç arasında denge kurulmuş olmalıdır.

Burada yapılan müdahalenin orantılı olması, gereklilik arz etmesi ve elverişli olması AİHM tarafından aranan unsurlardır.

Travers ve Diğerleri v İtalya davasında başvuruların ücretlerinin brütü üzerinden yapılan stopajın gelirlerinin %60'ına denk geliyor olması durumunda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına karar verilmiştir.

Eko-Elda Avee v Yunanistan davasında başvuru şirketin fazladan ödenen kurumlar vergisinin iadesi talebi ile açmış olduğu davada yerel mahkeme tarafından ödenen verginin iadesine karar verilmiş ancak faize ilişkin mevzuatta bir düzenleme olmadığı gerekçesiyle faiz talebi reddedilmiştir. Bu karara istinaden yapılan AİHM başvurusunda, ödenen verginin iadesinin beş yıl sonra gerçekleştiği ve idarenin başvurusunun zararını tazmin etmediği, bu kadar uzun süre ile faizsiz iade almasının bireysel yarar ile kamu yararı arasında bulunması gereken adil dengeyi bozduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlâlüne karar verilmiştir.

SONUÇ

AİHS'in 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesinde görüldüğü üzere, devlet diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi mülkiyet hakkını da korumak durumundadır. Mülkiyet hakkına yapılan müdahale istisna olup uyulması gereken kıstaslar yukarıda da açıklandığı üzere, hukuki bir dayanağın olması, kamu yararının olması ve ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Bu kriterler Devletlerin vergilendirme yetkileri kapsamında da uygulanmakta ve bireyin yararı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir.

⁷ Gümüşkaya, Gamze, *İnsan Hakları ve Vergilendirme: Mülkiyet Hakkı Yönünden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru*, T.C. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.128

REKABET KURUMU'NUN YERİNDE İNCELEME YETKİSİNİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU EKSENİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Metin PEKTAŞ

Ortak, Rekabet Hukuku ve Uyum,
Rekabet Kurumu Eski Başuzmanı

Ayşe Ülkü SOLAK

Ortak, Avukat, Şirketler Hukuku-Birleşme ve
Devralmalar, Kişisel Veriler ve Fikri Mülkiyet

Tuğçe GELİR

Avukat

Derviş Boran BEYSÜLEN

Stj. Avukat

ÖZET

Dijitalleşme ve teknolojik gelişmelerle birlikte kişisel veri işleme faaliyetleri çok daha yaygın hale gelmiş ve bireylerin mahremiyet kaygıları da bu doğrultuda artmıştır. Söz konusu endişelerin önüne geçilmesi amacıyla, özel hayatın gizliliği başta olmak üzere, bireylerin kişisel verilerinin korunmasıyla ilgili temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını teminen AB düzenlemeleri ışığında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin alt düzenlemeler yürürlüğe alınmıştır. Öte yandan, Türkiye’de piyasalardaki rekabetin sağlanması, korunması ve geliştirilmesinden sorumlu yetkili idari otorite olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 15. maddesi uyarınca, kendisine verilen görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde “yerinde inceleme” yapma yetkisine sahiptir. Rekabet Kurumu bu yetki kapsamında, teşebbüslerin defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan verilerini ve belgelerini inceleyebilmekte, bunların kopyalarını alabilmekte ve söz konusu kayıtların kişisel verileri de içermesi durumunda ilgili mevzuat uyarınca kişisel veri işleme faaliyetleri gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede, Rekabet Kurumu’nun yerinde inceleme yetkisinin kullanımının kişisel verilerin korunması hukuku bakımından değerlendirilmesi önemli bir zorunluluk halini almıştır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Hukuku, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Rekabet Kurumu, Yerinde İnceleme Yetkisi.

GİRİŞ

Dijitalleşen dünya ile birlikte veri temelli ekonomiye geçiş yapılmış ve bu kapsamda ‘veri’, ekonomik faaliyetlerin neredeyse en değerli girdisi haline gelmiştir. Büyük bir hızla gelişmekte olan yenilikçi teknolojilerin temelinde yer alan verinin etkin kullanımı aktörlere, müşteri ve pazar dinamiklerini daha iyi anlayarak rekabet avantajı ve böylece ekonomik fayda sağlamaktadır. Bununla birlikte, özellikle verilere kimlik kazandırmaya yönelik teknolojilerin hızlı gelişimi nedeniyle söz konusu süreçler kapsamında işlenen verilerin büyük bir kısmını

‘kişisel veriler’ oluşturmaktadır. Buna bağlı olarak bireylerin mahremiyet kaygıları ortaya çıkmakta ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki çerçeve ihtiyacı ve önemi artmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği (“AB”)’nde, üye ülkelerdeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin uyumlaştırılması amacıyla çerçeve bir mevzuat olarak yürürlükte bulunan 95/46/AT sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktif’in (“Direktif”) yerini, bireylere kişisel verileri üzerinde daha fazla kontrol hakkı sağlanması ve aynı zamanda kişisel verilerin korunması ile veri temelli ekonomi arasındaki dengenin tesis edilmesi amaçlarıyla 14 Nisan 2016 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanarak kabul edilen AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (“GDPR”)

1 “AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation)”, Erişim Tarihi:12 Temmuz 2020

almıştır. Türkiye’de ise, temel olarak Direktif hükümleri esas alınarak hazırlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (“KVKK”)², 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Öte yandan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (“Rekabet Kanunu”)³ yapılan son değişiklikler⁴ ile birlikte Rekabet Kurumu tarafından gerçekleştirilen yerinde incelemelerde, teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin kişisel verilerinin de yer aldığı her türlü bilgi ve belgelerine erişim sağlanmasının ve bu belgelerin kopyalarının alınabilmesinin hali-hazırda mevcut olan hukuki alt yapısı netleşmiştir. Bu nedenle rekabet otoritesi tarafından Rekabet Kanunu’nda düzenlenmiş olan yerinde inceleme yetkisinin kullanılması halinde, incelenen ve/veya kopyalanan bilgi ve belgeler arasında kişisel verilerin de bulunması kaçınılmaz olup; Rekabet Kurumu’nun KVKK kapsamında ‘kişisel veri işleme’⁵ faaliyetleri gerçekleştirdiği açıktır. Bu çerçevede, Rekabet Kurumu’nun yerinde inceleme yetkisinin kullanımının kişisel verilerin korunması hukuku bakımından da değerlendirilmesi önemli bir zorunluluk halini almıştır. Bu çalışmada, Rekabet Kurumu’nun yerinde inceleme yetkisi, KVKK ve ilgili sair mevzuat düzenlemeleri ile yakın dönemde Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde kişisel verilerin korunması ve rekabet hukuku bakımından değerlendirilecektir.

1. Kişisel Verilerin ve Rekabetin Korunması Düzenlemeleri

Kişisel verilerin korunması düzenlenmelerinin temel amacı, özel hayatın gizliliği başta

olmak üzere bireylerin kişisel verilerinin korunmasıyla ilgili temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır. Nitekim, son yıllarda veri temelli ekonomiye geçişin kaçınılmaz bir sonucu olarak kişisel veri işleme faaliyetleri çok daha yaygın hale gelmiş ve bu doğrultuda kişisel verilerin korunması ile veri temelli ekonomi arasındaki dengenin sağlanması ve sürdürülebilir kılınması çok daha büyük bir önem kazanmıştır. 7 Nisan 2016 tarihinde yürürlüğe giren KVKK ile ülkemizde de bu dengenin tesis edilmesi hedeflenmiş ve bu kapsamda hem gerçek kişilerin mahremiyet haklarının hem de gelişen teknolojilerin sağladığı ekonomik fırsatları kısıtlamayan ve inovasyona fırsat tanıyan veri temelli rekabet ekonomisinin korunmasını hedefleyen uzlaşmacı bir yaklaşım benimsenmeye çalışılmıştır.

Dijital dönüşüm sürecinde kilit rol oynayan ve kişisel verilerin korunmasını alanında Türkiye’deki esas düzenleme olan KVKK kapsamında, uluslararası belgelerde kabul görmüş ve pek çok ülke uygulamasına yansımış olan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Buna göre, tüm kişisel veri işleme faaliyetleri mutlaka; (i) hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, (ii) doğru ve gerektiğinde güncel olma, (iii) belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme, (iv) işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve (v) ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkelerine uyumlu şekilde gerçekleştirilmelidir. Ayrıca kişisel veriler, KVKK’nın 5. ve 6. maddelerinde düzenlenen kişisel veri işleme şartlarından en az birinin mevcut olması halinde işlenebilmektedir.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>

2 “7 Nisan 2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, Erişim

Tarihi: 12 Temmuz 2020

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6698&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

3 “13 Aralık 1994 tarihli ve 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”,

Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4054&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

4 “24 Haziran 2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200624-1.htm>

5 KVKK’nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca ‘kişisel verilerin işlenmesi’, kişisel verilerin tamamen veya kısmen

otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade etmektedir.

Kişisel verilerin işleme şartları her bir kişisel veri işleme faaliyetinin KVKK bakımından hukuki dayanağını oluşturmaktadır.⁶⁷

Bununla birlikte, KVKK'nın 28. maddesinde ise, KVKK'nın kısmen veya tamamen uygulanmayacağı bazı istisnai haller hükmüne bağlanmıştır. Bu noktada unutulmamalıdır ki, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler, tüm kişisel veri işleme faaliyetlerinin özünde bulunmalı ve tüm kişisel veri işleme faaliyetleri bu ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla, her ne kadar çeşitli faaliyetler bazında KVKK'dan tam ve kısmi muafiyet sağlansa da, kişisel veriler ancak temel ilkelere uygun ve orantılı olmak kaydıyla işlenmelidir.⁸

Öte yandan, Türkiye'de piyasalardaki rekabetin sağlanması, korunması ve geliştirilmesinden sorumlu yetkili idari otorite olan Rekabet Kurumu, Rekabet Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca, ilgili mevzuatta kendisine verilen görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde "yerinde inceleme" yapma yetkisine sahiptir. İlgili madde hükmünde, 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁹ ile getirilen son değişiklikler kapsamında özellikle kartellerin ortaya çıkarılmasında

hayati önemi haiz olan yerinde inceleme yetkisinin kapsamı daha da belirginleştirilmiş ve bu bağlamda Rekabet Kurumu'nun, yerinde incelemelerde, defterlerin, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan verilerin ve belgelerin incelenebilmesi, bunların kopyalarının ve çıktılarının alınabilmesi yetkisi açık hale getirilmiştir.¹⁰ Böylece, halihazırda Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme yetkisini kullanırken dijital ortamlar üzerinde yaptığı incelemelerin hukuki altyapısı netleştirilmiştir.¹¹ Bu doğrultuda Rekabet Kurumu, yerinde inceleme gerçekleştirdiği teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin; defter, evrak, belge, şirket bilgileri, şirket telefonları, Whatsapp yazışmaları, şirket kasaları ve şirket araçları da dahil fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilmekte ve bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilmektedir.

Teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yerinde incelemeyi engellediği veya zorlaştırdığı durumlarda ise, Rekabet Kurumu tarafından teşebbüs ve teşebbüs birliğinin bir önceki mali yılın sonunda oluşan cirosunun %0.5'i oranında ve engellenen/zorlaştırmanın devam ettiği süre boyunca günlük olarak işlenen %0.05 oranında para cezası uygulanabilmektedir.¹² Reka-

6 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Kişisel Verilerin İşleme Şartları", s.3, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/8c90423f-97ea-4d81-a7c1-ace74295c2b8.pdf>

7 KVKK'da düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen veri sorumluları hakkında, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından KVKK'da öngörülen idari para cezalarının uygulanmasına karar verilebilmektedir. Ayrıca, genel olarak kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, ele geçirilmesi, bir başkasına verilmesi, yayılması ve yok edilmemesi eylemlerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil etmesi halinde, ilgili kişiler bakımından hapis cezasına hükmolunması da söz konusudur. GDPR'a aykırılık halinde ise her ne kadar hapis cezası öngörülmemiş olsa da, ihlale sebebiyet verenin bir önceki mali yıla ait global cirosunun %4'ü veya 20,000,000 Avro'dan hangisi yüksek ise o tutar olacak şekilde çok ağır idari para cezası yaptırımları düzenlenmiştir.

8 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Örneklerle Kişisel Verilerin Korunması", s.50, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcco667.PDF>

9 "24 Haziran 2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200624-1.htm>

10 TBMM, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu", s.10, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf>

11 Kanununun teklifi hakkındaki TBMM Komisyon görüşmelerinde, milletvekilleri tarafından Rekabet Kurumu'na böylesine kapsamlı bir yetki verilirken hem kişisel veriler hem de ticari sırlar için ilave güvencelerin sağlanması gerektiği ve bu kapsamda veri güvenliği, gizlilik ve kişisel verilerin yeterli düzeyde korunabilmesi ve hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için ilgili Rekabet Kurumu personeli hakkında kullandıkları yetkinin ağırlığı ile orantılı yaptırımlar öngörülmesinin isabetli olacağı belirtilmiştir. "Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 110 Milletvekilinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu", Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf>

12 Rekabetin Kanunu'nun 'İdari Para Cezası' başlıklı 16. maddesi ve 'Nispi İdari Para Cezası' başlıklı 17. maddesi uyarınca,

bet Kurumu'nun geçmişten günümüze aldığı kararlar incelendiğinde, birçok teşebbüse ve teşebbüs birliğine yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması nedeniyle idari para cezası uygulandığı gözlemlenmektedir.

2. Rekabet Kurumu'nun Yerinde İnceleme Yetkisinin Kişisel Verilerin Korunması Düzenlemeleri¹³ Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, Rekabet Kurumu yerinde incelemelerde, teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin hissedarlarının ve çalışanlarının ve ayrıca müşterilerinin, tedarikçilerinin, iş ortaklarının ve bunların çalışanlarının ve hissedarlarının kişisel verilerini içeren her türlü bilgi ve belgeyi inceleyebilmekte ve gerekli gördüğü hallerde söz konusu kayıtların kopyalarını alabilmektedir. Bu noktada, Rekabet Kanunu'nda düzenlenmiş olan yerinde inceleme yetkisinin kullanıldığı durumlarda, incelenen ve/veya kopyalanan bilgi ve belgeler arasında kişisel verilerin de bulunması kaçınılmaz olup; Rekabet Kurumu'nun KVKK kapsamında "kişisel veri işleme" faaliyetleri gerçekleştirdiği açıktır. Bu çerçevede, Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme yetkisinin kullanımının kişisel verilerin korunması hukuku bakımından da değerlendirilmesi önemli bir zorunluluk halini almıştır.

Öncelikle, KVKK'nın kapsamı incelediğinde, her ne kadar GDPR'da düzenlendiği şekilde coğrafi kapsama açıkça yer verilmemiş olsa da, bu düzenlemenin Türkiye sınırları içerisinde kişisel veri işleyen tüm gerçek ve tüzel kişileri kap-

sadığı açıktır. Öte yandan, KVKK hükümlerinin tam veya kısmi olarak uygulanmayacağı haller KVKK'nın 28. maddesinde¹⁴ düzenlenmektedir. Ancak, Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme yetkisini kullanırken işlediği kişisel veriler bakımından tam istisna hallerinin düzenlendiği KVKK'nın 28. maddenin 1. fıkrasının (ç) bendinde yer alan "Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi." hükmünün¹⁵ mü yoksa kısmi istisna hallerinin düzenlendiği 28. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinde yer alan "Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması" hükmünün¹⁶ mü uygulanacağı tespit edilmelidir. Konu henüz belirsizliğini korumakla birlikte, kanaatimiz, bağımsız bir idari otorite olan Rekabet Kurumu'nun görev ve yetkileriyle örtüşme noktasında, "düzenleme ve denetleme görevlerinin yürütülmesi" ifadesini barındıran 2. fıkranın (c) bendinin bu konuda daha uygulanabilir bir düzenleme olduğu yönündedir.

Buna göre, kural olarak bu fıkra sayılan hallerde KVKK'ya uyum yükümlülüğü bulunmakla birlikte, yalnızca belirli hükümler bakımından, bunların ilgili işleme hallerinde uygulanmayacağı yönünde bir istisna öngörülmektedir. Diğer bir ifade ile bu fıkra kapsamında, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen KVKK'nın 10. maddesi, zararın giderilmesini

Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020

<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun>

13 İşbu çalışmanın konusu Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme yetkisinin KVKK ve alt düzenlemeleri bakımından değerlendirilmesi ile sınırlı olup; uygun olduğu ölçüde yalnızca KVKK ile birlikte değerlendirme yapabilmek amacıyla GDPR ve sair AB düzenlemelerine de yer verilmiştir.

14 KVKK'nın 28. maddesi uyarınca, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/15.6698.pdf>

15 Örneğin, suç gelirlerinin aklanması, terörizmin finansmanının önlenmesi ve mali suçların araştırılması konusunda yetkili birimlerce veri toplamak, mali istihbarat elde etmek, şüpheli işlem bildirimleri almak ve analiz ederek ilgili kurumlarla paylaşmak amacıyla yürütülen faaliyetler kapsamında işlenen veriler KVKK kapsamı dışındadır.

16 Örneğin, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) gibi düzenleyici denetleyici kurumların; kanunun verdiği yetkiye dayanılarak denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması durumlarında, sadece bu görevleri kapsamında işlediği kişisel verilerle sınırlı olmak üzere KVKK'nın 10., 11. ve 16. madde hükümlerinin uygulanması zorunlu değildir.

talep etme hakkı hariç olmak üzere ilgili kişinin haklarını düzenleyen KVKK'nın 11. maddesi ve Veri Sorumluları Sicili'ne kayıt yükümlülüğünü düzenleyen KVKK'nın 16. maddesinin sayılan durumlarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Burada yalnızca belirli durumlarda ve belirli madde hükümlerinin uygulanmamasına ilişkin istisna öngörülmüş olup; bu maddeler ve sayılan durumlar dışında her halükârda KVKK düzenlemelerine ve ilgili mevzuata uyulması gerekmektedir. Dolayısıyla, veri sorumlusu olarak Rekabet Kurumu'nun, bu sayılan istisna kapsamındaki özel haller dışında KVKK'dan ve sair ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlülükleri devam etmektedir.

Bu çerçevede, Rekabet Kurumu tarafından yerinde inceleme yetkisinin kullanılması halinde, her ne kadar yukarıda belirtilen madde hükümleri uygulanmayacak olsa da, yerinde inceleme süreçleri kapsamındaki kişisel veri işleme faaliyetlerinin, KVKK'nın 5. ve 6. maddelerinde düzenlenen kişisel veri işlemenin hukuki şartları bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Özel nitelikli kişisel veriler¹⁷ dışında kalan kişisel verilerin işlenmesi bakımından her bir işleme faaliyeti için farklılık gösterebilecek olsa da genel olarak Rekabet Kurumu tarafında KVKK'nın 5. maddesinin 2. fıkrasının (a) ve (ç) bentlerinde yer alan '*kanunlarda açıkça öngörülmesi*' ile '*veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için veri işlemenin zorunlu olması*' hukuki şartlarına dayanılarak ilgili kişilerin açık rızaları temin edilmeksizin söz konusu veri işleme faaliyetleri gerçekleştirilebilecektir. Dolayısıyla, KVKK'da düzenlenen temel ilkelere uygun olması ve gerekli her türlü idari ve teknik tedbirin alınması şartlarıyla, Rekabet Kurumu tarafından söz konusu kişisel veri işleme faaliyetlerinin, KVKK'nın 28. maddesindeki istisnai haller ile de birlikte değerlendirildiğinde, genel itibarıyla aydınlatma ve konuya ilişkin açık rıza temin etme yükümlülükleri yerine getirilmeksizin gerçekleştirilmesi bakımından herhangi bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Veri sorumlusu olan teşebbüsler bakımından ise, teşebbüsler Rekabet Kurumu'na (i) kişisel veri de içeren bilgi sağlama yükümlülüğü altında ise, her bir işleme faaliyeti için farklılık gösterebilecek olsa da, özellikle KVKK'nın 5. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde yer alan '*kanunlarda açıkça öngörülmesi*'¹⁸ ile (ç) bendinde yer alan '*veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için veri işlemenin zorunlu olması*' hukuki şartları ve (ii) kişisel verileri de içeren bilgileri ihtiyari olarak sağlıyorlar ise, işbu işleme veri sorumlusunun KVKK'nın 5. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendinde yer alan '*ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması*' hukuki şartı kapsamında gerçekleştirildiği değerlendirilmesi yapılabilecektir.

Bununla birlikte, yerinde inceleme kapsamında KVKK'nın 6. maddesinde sınırlı sayıda listelenen özel nitelikli kişisel veriler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira, KVKK'nın 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, '*sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecek olup; sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından*' ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme yetkisi ve Rekabet Kurumu incelemesine konu veri sorumlusu teşebbüslerin inceleme kapsamında Rekabet Kurumu'na her türlü bilgi ve belge aktarımı ile incelemeye engel olmama yükümlülükleri Rekabet Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olduğundan, Rekabet Kurumu'nun sağlık ve cinsel hayat verileri dışında özel nitelikli kişisel verileri inceleme kapsamında işlemesi ve veri sorumlusu teşebbüslerin de bu bilgi ve belgeleri

¹⁷ KVKK'nın 6. maddesi uyarınca kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

¹⁸ Rekabetin Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca Rekabet Kurumu'na tanınmış yerinde inceleme yapma yetkisi örnek olarak gösterilebilir.

Rekabet Kurumu ile paylaşımları, KVKK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasındaki 'sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir' işleme şartına dayandırılabilir. Burada ayrıca belirtilmesi gerekir ki, özel nitelikli kişisel verilerin veri sorumlusu teşebbüsler tarafından Rekabet Kanunu'nda düzenlenen yerinde inceleme yetkisi kapsamında Rekabet Kurumu'na aktarılmasının hukuki sebebi KVKK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasındaki 'sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir' işleme şartı olsa da, bu durum söz konusu teşebbüslerin ilgili kişisel verileri toplama ve sair ikincil işlemler bakımından uymakla yükümlü oldukları KVKK'dan ve ilgili ikincil mevzuattan kaynaklı yükümlülüklerini ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir ifadeyle, veri sorumlusu teşebbüsler, yerinde inceleme kapsamında Rekabet Kurumu'na kişisel verileri aktarmadan önce ilgili verileri, veri sahiplerinin aydınlatılması, açık rızalarının temin edilmesi ile ek güvenlik tedbirlerinin alınması gibi yükümlülüklerini yerine getirerek hukuka uygun bir şekilde toplamış ve işlemiş olmalıydılar. Örneğin, teşebbüsler tarafından Rekabet Kurumu'na aktarılması gereken veriler arasında eski kimlik fotokopilerinin de bulunması durumunda, kimlik kopyası üzerinde yer alan din ve kan grubu hanelerinin karartılarak toplanması yahut toplamaya ve aktarıma ilişkin açık rıza alınması ilgili teşebbüslerin sorumluluğunda olup; bu veriler hukuka uygun şekilde toplanarak Rekabet Kurumu'na aktarılmalıdır. Burada yapılan değerlendirme ise, halihazırda hukuka uygun şekilde incelemeye konu veri sorumlusu teşebbüsler tarafından ilgili kişiden toplanan özel nitelikli kişisel verileri inceleme yetkisini kullanan Rekabet Kurumu'na aktarımına yöneliktir.

Bununla birlikte, sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler bakımından ise, hem Rekabet Kurumu hem de veri sorumlusu teşebbüsler tarafından sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesi, mevcut halde inceleme yetkisi kap-

samında olsa dahi, KVKK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen sağlık ve cinsel hayata ilişkin veriler bakımından belirlenen özellikli işleme şartını karşılamadığından, hem Rekabet Kurumu hem de Rekabet Kurumu'na sağlık ve cinsel hayat verilerini aktaracak veri sorumlusu teşebbüsler tarafından öncelikle ilgili kişilerin açık rızaları temin edilmelidir. Bu kapsamda sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin, olası bir Rekabet Kurumu incelemesine konu olması da esasen KVKK'nın 4. maddesi kapsamında 'işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma' ilkesi ile de bağdaşmayacağından burada kanaatimiz, Rekabet Kurumu'nun sağlık ve cinsel hayata ilişkin verileri içerebilecek iş yeri hekimi dosyalarını ve sair bilgi ve belgeleri inceleme kapsamı dışında tutmasının daha isabetli olacağı yönündedir. Elbette bu durumda, incelemeye konu veri sorumlusu teşebbüslerin de sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin olduğu bilgi ve belgeleri ek idari ve teknik tedbirlerle¹⁹ diğer bilgi ve belgelerden ayırıştırması ve bunlara erişimi KVKK'nın 6. maddesinin 2. fıkrası kapsamında belirtilen kişi ve amaçlarla sınırlı tutması yükümlülüklerini daha da önemli hale getirmektedir.

Tüm bu önlemler alınmasına rağmen, Rekabet Kurumu'nun yerinde incelemelerdeki esas amacı, piyasalardaki rekabetin sağlanmasını ve korunmasını temin kapsamında riskli addedilebilecek hususları tespit edebilmek olsa da, uygulamada bu kapsamda erişilebilen kayıtlar arasında yine de sağlık ve cinsel hayat verileri yer alabilecektir. Örneğin, Rekabet Kurumu tarafından yerinde inceleme yetkisinin bir hasta bünyesinde gerçekleştirilmesi halinde, hasta bilgi kayıt sistemine giriş yapılması ile sağlık, cinsel hayat, genetik veri gibi pek çok hassas veriye erişim sağlanmış olacaktır. Dolayısıyla, özellikle bu gibi incelemelerde Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Sağlık Bakanlığı'nın da görüşü alınarak ilerlenmesi yerinde olacaktır.

AB mevzuatı kapsamında ise, Avrupa Komisyonu (*European Commission*), kendisinin rekabete ilişkin soruşturma ve yürütme faali-

¹⁹ Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler" başlıklı kararına uygun hareket edilmelidir.

yetleri kapsamında kişisel verileri, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin (AT) 45/2001 sayılı Tüzük'ü ve 1247/2002/AT sayılı kararını yürürlükten kaldıran, 23 Ekim 2018 tarihli ve (AB) 2018/1725 sayılı Birlik Kurumları, Organları, Ofisleri ve Ajansları Tarafından İşlenen Kişisel Veriler Bakımından Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Tüzük²⁰ ("Tüzük") uyarınca işlemektedir. Tüzük, AB kurumları tarafından kişisel verilerin işlenmesinin yasal dayanağı olup; üye devletlerin iç hukuklarında doğrudan uygulanan GDPR ile uyumlu şekilde AB kurumları için geçerli olan yasal rejimi sağlamıştır. Nitekim, GDPR'ın 2. maddesinde de açıkça AB kurumları, organları, ofisleri ve ajansları tarafından kişisel verilerin işlenmesine yönelik olarak (AT) 45/2001 sayılı Tüzük'ün uygulanacağı ve AB'nin diğer yasal düzenlemelerinin de GDPR'ın ilkelerine ve kurallarına göre uyarlanması gerektiği düzenlenmiştir. Böylece, AB kurumları Tüzük uyarınca yüksek standartlar ile verilerin korumasını gözetmekten sorumlu tutulmuştur.

Bu doğrultuda, Tüzük kapsamında AB kurumları bakımından veri sahiplerine belirli bilgilerin sağlanması ve GDPR'daki hesap verilebilirlik ilkesi ile uyumlu şekilde, veri ihlâli halinde veri sahiplerine bilgi verilmesi hususlarında yükümlülükler öngörülmüştür. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla Avrupa Komisyonu, Tüzük ve GDPR ile uyumlu şekilde birleşme, tekelin önlenmesi ve devlet desteği soruşturmalarına ilişkin veri işleminin amaçlarını, veri toplama, işleme

ve koruma yöntemleri, bu bilgilerin nasıl kullanıldığı ve veri sahiplerinin haklarını nasıl kullanabileceği hakkında şeffaf ve uyumlu şekilde ayrı ayrı aydınlatma metinleri yayımlamıştır.²¹

Öte yandan, söz konusu şeffaflığa ilişkin yükümlülüklerin mutlak şekilde uygulanması ise, Avrupa Komisyonu'nun soruşturma ve yürütme faaliyetleri bakımından muhtemel tehlike yaratmaktadır. Örneğin, bir teşebbüsün pişmanlık başvurusu kapsamında sağladığı veriler arasında genellikle diğer kartel üyelerinin temsilcilerine ilişkin bilgiler de yer almaktadır. Avrupa Komisyonu'nun Tüzük'te düzenlendiği şekilde ilgili kartel üyelerinin temsilcilerini bir ay içinde bilgilendirdiği bir senaryo, pişmanlık müessesesinin amaç ve işleyişine aykırı olacağı gibi delillerin karartılması riskini de beraberinde getirecektir. Bu risk bakımından Avrupa Komisyonu, 5 Aralık 2018 tarihinde Tüzük uyarınca, veri sahiplerinin hakları ile rekabet soruşturmalarının işlevselliği arasındaki dengeyi temin amacıyla bir karar²² almıştır.²³ Karar kapsamında, rekabet alanındaki kişisel veri işleme faaliyetleri hakkında veri sahiplerine bilgi verilmesinin sağlanması ve belirli haklar bakımından kısıtlamaya gidilmesine ilişkin dahili kurallar belirlenmiştir. Böylece Avrupa Komisyonu tarafından Tüzük'te yer alan (i) veri sahibinin haklarının kullanımına ilişkin şeffaf bilgilendirme, bildirim ve yöntemlere, (ii) veri sahibinden kişisel verilerin toplandığı hallerde sağlanacak bilgilere, (iii) veri sahibinden kişisel verilerin toplanmadığı hallerde sağlanacak bil-

20 Kişisel Veriler Bakımından Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Tüzük, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018R1725>

21 European Commission Competition Directorate-General, "Antitrust Correspondence Privacy Statement", Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 https://ec.europa.eu/competition/general/privacy_statement_antitrust_en.pdf

European Commission Competition Directorate-General, "Mergers Privacy Statement", Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 https://ec.europa.eu/competition/general/privacy_statement_mergers_en.pdf

European Commission Competition Directorate-General, "State-aid correspondence Privacy Statement", Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 https://ec.europa.eu/competition/general/privacy_statement_state_aid_en.pdf

22 Karar, AB veri koruma otoritesi olan EDPS'nin (European Data Protection Supervisor) de görüşü alınarak oluşturulmuştur. Bkz. European Commission, "Commission Decision (EU) 2018/1927 of 5 December 2018 laying down internal rules concerning the processing of personal data by the European Commission in the field of competition in relation to the provision of information to data subjects and the restriction of certain rights, Recital 20", Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D1927&from=EN>

23 European Commission, "Commission Decision (EU) 2018/1927 of 5 December 2018 laying down internal rules concerning the processing of personal data by the European Commission in the field of competition in relation to the provision of information to data subjects and the restriction of certain rights, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D1927&from=EN>

gilere, (iv) veri sahibinin erişim hakkına, (v) veri sahibinin unutulma hakkına, (vi) veri işleminin kısıtlanmasını isteme hakkına, (vii) veri ihlâlinin veri sahibine bildirilmesine ve (viii) uygun olduğu ölçüde kişisel veri işleminin şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanması tam veya kısmi olarak kısıtlanabilecektir. Bununla birlikte Avrupa Komisyonu, herhangi bir kısıtlamanın uygulanması halinde kısıtlamanın nedenlerini (ölçülülük ve gereklilik değerlendirmesi de dahil) kayıt altına almalıdır.

Ayrıca, yetkili AB veri koruma otoritesi olan EDPS (*European Data Protection Supervisor*), GDPR'ın AB kurumlarının rekabet de dahil soruşturma faaliyetleri üzerinde etkilerini açıklayan bir metin²⁴ yayımlamıştır. Söz konusu açıklama kapsamında, yetkili AB rekabet otoritelerinin soruşturma faaliyetlerini yürütmeleri bakımından yetkiye ilişkin yasal dayanaklar açıklanmıştır. İlgili açıklamada, soruşturmalar kapsamında AB kurumları tarafından verilerin toplanması ve ikincil amaçlarla işlenmesinin hukuki sebebinin yukarıda açıklanan düzenlemeler uyarınca GDPR'ın 6(1)(e) madde hükmüyle uyumlu şekilde Tüzük'ün 5(1)(a) maddesindeki kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya Birlik kurumuna veya organlarına verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda veri işleme faaliyetinin gerekli olması olduğu belirtilmiştir. Bu noktada, veri sorumlusu olan teşebbüsler bakımından ise, ilgili teşebbüsler, AB kurumlarına (i) kişisel veri de içeren bilgi sağlama yükümlülüğü altında olması durumunda, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için ifşanın zorunlu olması halinde işbu işleme veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için veri işleminin zorunlu olması²⁵ hukuki şartı ve (ii) kişisel veri de içeren bilgileri AB kurumlarının kamu yararına görevlerine yerine getirebilmeleri amacıyla ihtiyari olarak sağlıyorlar ise, işbu işleminin veri sorumlusunun meşru menfaati²⁶ hukuki şartı kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir. AB kurumları bakımından

ikincil işleme faaliyetleri ise, yine GDPR'ın 6(1)(e) madde hükmüyle uyumlu şekilde Tüzük'ün 5(1)(a) maddesindeki kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya AB kurumuna veya organlarına verilen resmi bir yetkinin uygulanması hususunda veri işleme faaliyetinin gerekli olması hukuki şartına dayandırılmıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle AB rekabet düzenlemelerine konu teşebbüsler, soruşturmalar kapsamında veri sahiplerinin konuya ilişkin bilgilendirilmediği yahut veri sahiplerinin konuya ilişkin rızalarının bulunmadığı gerekçeleriyle yetkili rekabet otoritelerinin talep ettiği kişisel verileri de içerir bilgileri paylaşmaktan imtina edemezler.

3. Konuya İlişkin Rekabet Kurulu Tarafından Alınan Kararlar

Yukarıdaki açıklamalara paralel şekilde, yerinde incelemeler kapsamında GDPR kaynaklı itirazlar gerekçe gösterilerek çeşitli belgelere erişimin reddedilmesi, Rekabet Kurulu'nun aşağıdaki yakın tarihli kararlarında 'yerinde incelemenin engellenmesi' olarak değerlendirmiştir.

► *Unilever Kararı*²⁷

Rekabet Kurumu uzmanları, yerinde inceleme kapsamında anahtar sözcükler ve tarihler kullanarak genel bir tarama yapılabilmesi için şirket çalışanlarından Office 365 uygulamasının bir özelliği olan e-Discovery'e erişim sağlanmasını talep etmiştir. E-Discovery özelliği ile yalnızca Türkiye değil global bir arama yapılabilmesi nedeniyle şirket çalışanları, böyle bir yetkilendirmenin tanınabilmesi için Unilever Global'den izin alınması gerektiğini belirtmiştir. Unilever Global ile yapılan görüşmeler sonucunda, Türkiye verilerinin global verilerle ayrıştırılmadığı ve global verilere erişim için yetkili olmadıkları gerekçesiyle uzmanların talebi reddedilmiştir. Bu sürecin sonunda

24 Wojciech Rafał Wiewiórowski, "Investigative activities of EU institutions and GDPR", Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-30_letter_investigative_activities_eui_gdpr_en.pdf

25 Bkz. GDPR'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi

26 Bkz. GDPR'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi

27 Rekabet Kurulu'nun 07.11.2019 tarih ve 19-38/584-250 sayılı kararı

aynı günün akşamında şirket yetkilileri, gerekli izinlerin alındığını ve e-Discovery üzerinden inceleme yapılabileceğini söylemişlerdir. Ancak durumu değerlendiren Rekabet Kurulu, yerinde incelemenin 40 dakika geciktirilmesinin dahi delillerin ortadan kaldırılması için yeterli olduğunu değerlendiren Danıştay kararına²⁸ da atıfta bulunarak, Unilever'deki gecikmeyi yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul etmiş ve yerinde incelemenin engellendiği gerekçesiyle Unilever'e idari para cezası uygulamıştır. Sonuç olarak, teşebbüs yetkililerinin GDPR hükümleri çerçevesinde öne sürdüğü hususların, Rekabet Kurumu tarafından kabul edilmediği tespit edilmiştir.

► **Siemens Healthcare Kararı**²⁹

Rekabet Kurumu tarafından Siemens Healthcare'de yapılan yerinde incelemede, Rekabet Kurumu uzmanları, Siemens Healthcare çalışanlarının tamamını kapsayacak şekilde belirli tarihler ve anahtar sözcükler ile inceleme yapmak için e-Discovery özelliğini kullanmak istediklerini belirtmişlerdir. Teşebbüs yetkilileri ise, e-Discovery erişimi için Siemens Global'den izin alınması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak Siemens Global, e-Discovery özelliği kapsamında yapılacak bir yerinde incelemenin yalnızca Siemens Healthcare çalışanlarının değil, AB'de mukim tüm çalışanların da bilgilerine erişim anlamına geldiği ve bu durumun başka yargı alanlarında farklı riskler yaratma ihtimâline neden olduğu gerekçesiyle erişim talebini reddetmiştir. Siemens Global böylesi bir erişimin, Avrupa, ABD ve dünyanın her yerindeki veri koruma yasalarının ihlâli anlamına geleceğini ayrıca belirtmişlerdir.

Daha sonraki süreçte Siemens Healthcare, bilgilere erişimin yapılacağı bilgisayarın sağlanması, hukuki zapt (legal hold) gerçekleştirilerek herhangi bir verinin yok olmasının önlenmesi, veri bütünlüğünün korunduğuna ilişkin teknik ispatların sağlanması önerileri çerçevesinde yerinde inceleme yapılabileceğini

bildirmiş ve bu çerçevede Rekabet Kurulu, 12 gün gecikmeli olarak yerinde inceleme gerçekleştirmiştir. Tüm bu çalışma Microsoft'un güvenlik protokolleri kapsamında ve şirket çalışanlarının desteğiyle gerçekleştirileceğinden hem Rekabet Kurumu hem de şirketin tüm diğer kanunları ihlâl iddialarına karşı koruma altında olacağı ve Rekabet Kurumu'nun teyidi halinde şirketin erişim prosedürünü derhal başlatmaya hazır olduğu ifade edilmiştir. Gecikmeli olarak yapılan yerinde incelemenin sonucunda Rekabet Kurulu; (i) yerinde incelemenin teşebbüsün istediği zaman değil haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği, (ii) her ne kadar 30 gün geçmişe ait verilere ulaşılabilir olsa da 15.10.2019 tarihinde gerçekleştirilen incelemenin 02.10.2019 tarihinde gerçekleştirilenden daha kısıtlı bir süreye ilişkin olabileceği ve (iii) hangi anahtar kelimelerin aranacağına ilişkin teşebbüsün fikri olduğu ve geçen sürede e-Discovery üzerinden bunlara ilişkin arama yapma şansının bulunduğu gerekçeleriyle yerinde incelemenin zorlaştırıldığı/geciktirildiği sonucuna ulaşmış ve 12 gün için gün başına hesaplanmak üzere süreli para cezası ile birlikte geciktirme eyleminden kaynaklı maktu para cezası verilmesine karar vermiştir. Sonuç olarak, Rekabet Kurumu bu kararda da, teşebbüs tarafından GDPR kapsamında öne sürülen yetkisizlik argümanlarını kabul etmemiştir.

► **Groupe SEB İstanbul Ev Aletleri Ticaret A.Ş. Kararı**³⁰

Rekabet Kurumu tarafından Groupe SEB'de yapılan yerinde inceleme kapsamında, halihazırda farklı bir ülkede yönetici pozisyonunda çalışmakta olan eski Türkiye yöneticisinin o döneme ait e-postalarına erişim talep edilmiştir. Ancak bu talep, eski yöneticinin posta kutusundaki verilerin ilgili yerel mevzuat ve GDPR kapsamında korunduğu gerekçesiyle teşebbüs yetkilileri tarafından reddedilmiştir. Yerinde incelemenin ertesi günü, teşebbüs tarafından e-postalara uzaktan erişim sağlanarak ince-

28 Danıştay 13. Dairesi'nin 22.03.2016 tarih ve E. 2011/2660, K. 2016/775 sayılı kararı

29 Rekabet Kurulu'nun 07.11.2019 tarih ve 19-38/581-247 sayılı kararı

30 Rekabet Kurulu'nun 09.01.2020 tarih ve 20-03/31-14 sayılı kararı

leme yapılmak üzere yetkililer davet edilmiş ve inceleme tamamlanmıştır. Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirme sonucunda, (i) uzmanlar tarafından özellikle uyarı yapılmasına rağmen bahsi geçen çalışanların uyarıdan sonra binayı terk etmeleri ve bu nedenle bilgisayarlar yerine yalnızca uzaktan erişim yoluyla e-postaların incelenebilmesi, (ii) yerinde incelemenin ilk günü ön araştırma kapsamında önem arz eden eski bir yöneticinin e-postalarına uzaktan erişim talebine olumsuz yanıt verilmesi ve (iii) incelemenin ancak ertesi gün gerçekleştirilebilmesi nedenleriyle yerinde incelemenin engellendiğine karar verilmiş ve idari para cezasına hükmedilmiştir. Bu kararda da Kurum, GDPR kaynaklı itirazları haklı bulmamıştır.

SONUÇ

Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme yetkisi kapsamında teşebbüslerin bilgi ve belgelerini incelerken erişebileceği kişisel veriler bakımından, veri sahiplerinin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ile Rekabet Kurumu'nun yerinde inceleme faaliyetlerini etkin şekilde yürütebilmesi arasında bir uzlaşının sağlanması gerektiği açıktır. Her ne kadar Rekabet Kurumu'nun söz konusu faaliyetleri KVKK'da düzenlenen tam yahut kısmi istisna hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek olsa da, kısmi istisna halinde yalnızca aydınlatma yükümlülüğüne, Veri Sorumluları Sicili'ne kayıt yükümlülüğüne ve zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç olmak üzere ilgili kişinin haklarına dair madde hükümleri uygulanmayacaktır. Bu durumda, özellikle AB düzenlemelerinden farklı olarak KVKK'da çok katı bir şekilde koruma altına alınan sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin işlenmesinin '*işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma*' ilkesi ile uyumlu olup olmadığı ve açık rıza yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği hususları belirsizliğini korumaktadır.

Her halükârda Rekabet Kurumu, inceleme kapsamındaki veri işleme faaliyetleri bakımından KVKK'da yer alan temel ilkelere kati suretle uygun şekilde hareket etmelidir. Rekabet Kurumu bu konuda yetkililerini de düzenli

aralıklarla eğitimlere / sınavlara tabi tutarak hem kurum içi farkındalık ve bilgi düzeyini en yüksek seviyeye çıkarmalı hem de sahada meydana gelebilecek hukuka aykırı veri işleminin önüne geçmelidir. Ayrıca Rekabet Kurumu şüphesiz ki, konu hakkında gerekli her türlü teknik ve idari tedbirin alınmasını da temin etmelidir.

Elbette bu noktada, teşebbüslerin de kişisel verilerin toplanması aşamasından itibaren tüm işleme faaliyetleri bakımından KVKK ve ilgili sair mevzuata uyumlu hareket etmeleri, çalışanlarını / yetkililerini konu hakkında eğitimleri ve teşebbüsler tarafından çalışanlarına / yetkililerine teslim edilen cihazlara veya erişim sağlanan sair sistemlere şahsi bilgilerin girilmemesi hususlarında gerekli uyarıları yapmaları ve teknik ve idari tedbirleri almaları gerektiği tartışmasızdır. Son olarak, yetkili kurumlar arasında sağlanacak etkin iletişim ile uygulamada meydana gelebilecek belirsizliklerin giderilmesi ayrıca önem arz etmektedir.

CORONAVİRÜS (COVID 19) SALGINININ İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI YÖNÜNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

İpek Nur YEDİEVLİ
Sosyal Güvenlik Danışmanı

ÖZET

Bilindiği üzere, Coronavirüs (COVID-19) 2019 yılı Aralık ayında ilk olarak Çin'in Hubei Eyaletinin Wuhan şehrinde ortaya çıkmış ardından Avrupa ve Amerika başta olmak üzere tüm dünyada Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından Pandemi olarak ilan edilmiştir.

Mart dönemi itibarıyla, virüsün ülkemizde görülmeye başlaması sonucu vakalar giderek artmış güncel olarak Türkiye genelinde; toplam vaka sayısı 206 binlere ulaşmış ve toplam can kaybı da 5 bini aşmıştır. Dünya genelinde ise, COVID-19 salgınında vaka sayısı 11,6 milyona yaklaşırken can kaybı 537 bini aşmıştır. Bu çerçevede, virüsün iş hayatında da görülmesiyle durumun iş kazası veya meslek hastalığı sayılması tartışmaları ortaya atılmıştır.

İşbu makalede Coronavirüs (COVID-19) salgınının iş kazası ve meslek hastalığı yönünden değerlendirilmesi ve sosyal güvenlik mevzuatı yönünden etkisi üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Coronavirüs (COVID-19), Pandemi, İş Kazası, Meslek Hastalığı, 5510 Sayılı Kanun, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, 6331 Sayılı Kanun, 2016/21 Sayılı Genelge.

GİRİŞ

İnsanlık tarihi boyunca birçok hastalık dönemselsel olarak epidemik veya pandemik olarak yayılım göstermiş, bu duruma bağlı olarak birçok tedbir alınmaya ve tedavi şekilleri geliştirilmeye çalışılmıştır. 7 Ocak 2020 tarihinde, Dünya Sağlık Örgütü'nün Çin Halk Cumhuriyeti'nin Hubei eyaletine bağlı Wuhan kentinde Aralık 2019 boyunca gözlenen vakalara bağlı tanı konulan SARS-CoV-2 (COVID-19) uluslararası boyutta hızlı bir yayılım göstererek 30/01/2020 tarihinde "uluslararası boyutta halk sağlığı acil durumu" olarak sınıflandırılmış, akabinde kısa zaman içerisinde 113 ülkeye yayılım göstermiştir. Türkiye'de ilk vaka tespit tarihi olan 11 Mart 2020, aynı zamanda Dünya Sağlık Örgütü'nün COVID-19'u küresel salgın ilan etme tarihi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pandemi ilanı ertesinde tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de alınmaya başlanan önlemler, sokağa çıkma kısıtlamaları, çalışma düzeni açısından kamu ve özel sektörde yeni metodlar ve çalışma planlarına gidilmesi, dezenfeksiyon ve kişisel alışkanlıklarda bazı zorunlulukları beraberinde getirmiştir. Bu olağanüstü durum ve yeni çalışma düzeni ile birlikte, yeni tip Coronavirüs salgınının çalışan açısından ele alınış biçimiyle, özellikle de sağlık çalışanları özelinde iş kazası veya meslek hastalığı olarak sayılıp sayılmayacağı konusunda tartışmalar başlatmıştır. Bu makalede iş kazası ve meslek hastalığı kavramları ele alınarak, COVID-19 bu tanımlar ışığında, mevcut yasalar ve mevzuat kapsamında incelenecektir.

1. İş Kazası

Dünya Sağlık Örgütü'nce "Önceden planlanmamış, çoğu kez kişisel yaralanmalara, makinelerin, araç ve gereçlerin zarara uğramasına, üretimin bir süre durmasına yol açan bir olay." şeklinde tanımlanan iş kazası kavramı, Uluslararası Çalışma Örgütü'ne göre "Bir veya birden

fazla işçinin yaralanmasına, hastalanmasına veya ölmesine yol açan işten kaynaklanan veya iş ile bağlantılı olan şiddet eylemleri de dahil beklenmeyen veya planlanmadan oluşan olaylardır.” şeklinde tanımlanmaktadır.

Ülkemizde ise İş Kazası, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (“5510 sayılı Kanun”)’nun 13. maddesinin birinci fıkrasında:

- Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
- Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
- Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay olarak tanımlanmıştır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda iş kazası, işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olay olarak belirtilmektedir.

Bu çerçevede 5510 sayılı Kanun ışığında bir olayın iş kazası sayılabilmesi için:

- Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle,
- Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- Hizmet akdi ile çalışan emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

- Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında,
- Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle meydana gelmiş bir olay olması

gerekmektedir.

Meydana gelen olayın iş kazası olarak değerlendirilmeye alınabilmesi için ise, iş kazası geçiren kişinin mutlaka:

- Sigortalı olması,
- Bir olay ile karşılaşmış olması,
- Meydana gelen olay nedeniyle bedenen veya ruhen engelli hale gelmesi

şartlarının tümünü sağlıyor olması gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun’un 4. maddesinde düzenlenen şartlara bağlı olarak iş kazası bildirimine doğruluğu ve süresi önem taşımakta, aksi durumda aynı Kanun’un 96. maddesi ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 14. maddesi çerçevesinde idari para cezası başta olmak üzere çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır.

İş kazalarında Sosyal Güvenlik Kurumu (“SGK”) tarafından birtakım haklar tesis edilmektedir. Bunlar:

- Geçici iş göremezlik ödeneği
- Sürekli iş göremezlik geliri
- Ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanması
- Gelir bağlanmış olanın kız çocuklarına evlenme ödeneği
- Ölen sigortalı için cenaze ödeneği ödenmesi

olarak belirlenmiştir.

2. Meslek Hastalığı

Sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden ötürü tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal özrürlük halleri olarak tanımlanabilecek

meslek hastalığı, ortaya çıkış nedeni karmaşık faktörlere dayalı olsa dahi oluşum ve gelişim sürecinde başat sebeplerin çalışma ortamı ve çalışma şekli olduğu hastalıklardır.

5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasında meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri olarak tanımlanmıştır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda ise meslek hastalığı, mesleki risklere katlanılması sonucu ortaya çıkan hastalık şeklinde tanımlanmıştır.

Dünya çapında sağlığın çalışmaya bağlı olarak bozulduğu durumlar içerisinde yıllık ortalamalar ele alındığında iş kazaları oranı yüzde 44, meslek hastalıkları oranı ise yüzde 56 olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye'de ise iş kazalarının oranı yüzde 99,998 iken meslek hastalıklarının oranı yüzde 0,002 (on binde 2) olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yani küresel çapta yıllık ortalama 160 milyon kişi meslek hastalığına yakalanmakta ve yine her yıl 2 milyon kişi bu hastalıklara bağlı olarak yaşamını kaybederken, Türkiye'de meslek hastalığı sayısı özellikle son 10 yılda 500 civarında değişmektedir. Ayrıca yaşanan ölüm sayısı genellikle 10'dan az olmakla birlikte 2013-2016 yıllarında ise 0 olarak beyan edilmektedir.

Yine Türkiye özelinde ele alındığında, oranı yıllara göre değişim göstermekle birlikte meslek hastalığı görülme sıklığında açık ara liderlik gösteren şehir Zonguldak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak ülkemizde görülen meslek hastalıklarının büyük bir kısmı madencilik alanında çalışanların maruz kaldığı fiziki ve kimyasal etkenler ile bunlara bağlı gelişen solunum sistemi hastalıkları grubunda gözlemlenmektedir. Dünya'daki duruma göz atıldığında ise ağırlıklı olarak iskelet-kas sistemi hastalıklarını oluşturan fiziksel etkenlerin ilk sırada yer aldığı bilinmektedir.

Bir hastalık veya engellilik haline meslek hastalığı tanısı konulabilmesi için:

- Hastalıkla çalışmanın veya çalışma ortamının arasında zorunlu nedensellik bağı olması,
- Kişinin SGK'lı olması,
- Hastalığın;
 - Meslek hastalığı listesinde yer alması,
 - Kişinin ilgili hastalık maruziyet değerinin üstünde maruziyeti olması,
 - Hastalığın yükümlülük süresi içinde çıkması,
 - Meslek hastalığının yetkili hastanelerde hekim raporuyla belirlenmesi,
- Kurum Sağlık Kurulu tarafından onaylanması,
 - Aynı şartlar altında deneysel olarak meydana getirilebilen hastalıklar olması gerekmektedir.

Bununla birlikte istisnai durumlarda SGK ve YSK (Yüksek Sağlık Kurulu) tarafınca listede olmayan bir hastalık incelenerek meslek hastalığı olarak kabul edilebilmekte, benzer şekilde belirtilen maruziyet değerleri de vakaya göre değiştirilebilmektedir.

Tanı konulma gerekliliklerinin sağlanması durumunda başlayan tıbbi ve yasal tanı süreci ise 5510 sayılı Kanun kapsamında belirtilen Meslek Hastalıkları Hastaneleri, Eğitim ve Araştırma Hastaneleri ile Üniversite Hastanelerince düzenlenecek sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmekte, bu süreç içerisinde ön tanı konulmasının ardından da 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nca işverenin üç işgünü içerisinde SGK tarafından yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularına sevk etme yükümlülüğü mevcuttur. İlgili sağlık kuruluşunun da kesin tanı gerçekleşmesi durumunda en geç 10 gün içinde durumu SGK'ya bildirme zorunluluğu bulunmaktadır.

Tespit edilen duruma bağlı olarak meslek hastalığı geçirmiş sigortalıya, SGK tarafından, sigortalının mevcut durumu da göz önünde bulundurularak geçici iş görememe durumlarında sağlanacak geçici ödenekler, süreklilik duru-

munda iş göremezlik geliri bağlanması veya aileye bağlanacak ödeneklerin yanı sıra malullük aylığı, cenaze ödeneği, ölüm aylığı olmak üzere çeşitli yardımlarda bulunmaktadır.

Sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğu;

- a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve bu raporun dayanağı diğer tıbbi belgelerin,
- b) Kurum tarafından gerekli görülmesi hallerinde işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbi sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin Kurum Sağlık Kurulunca incelenmesiyle tespit edilecektir. Tespit edilen meslek hastalığının işverene 7201 sayılı Kanun uyarınca tebliğ edilmesi gerekmektedir.

Ülkemizde İş Sağlığı ve Güvenliği açısından var olan en büyük sorunlardan bir tanesi meslek hastalıklarının tanı ile bildirim sürecinde yaşanan aksama ve ihmâllerin doğal sonucu olarak istatistiklerimizin gerçek durumdan sapma göstermesidir. Literatürden ve küresel istatistiklerden farklı bir tablo oluşmasına sebep olan bu durum, bir yandan da meslek hastalıklarındaki kapsam ve sınıflandırma farklılıklarına bağlı olarak standardizasyon problemi doğurabilmektedir. ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü), WHO gibi uluslararası kuruluşlarla özellikle kapsam farklılığı konusunda ayrışma yaşadığımız noktalar istatistiklerin yorumlanmasında ve verilerin değerlendirmesinde birtakım problemler yaratabilmektedir.

İş kazası ile meslek hastalığı kavramları arasındaki temel farkı oluşturan ilk unsur tekrarlanan bir durumun varlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira meslek hastalığı genellikle tekrarlanan durumlara bağlı olarak gelişmekteyken, iş kazaları ani olarak ve beklenmedik bir şekilde gelişen olayları ifade etmektedir. Bunun yanı sıra iş kazasının mesleki nitelikte bulunmayan olayları da kapsamına karşılık, meslek hastalığı tamamen yürütülen işle ilgili olayları kapsamaktadır.

Aralarında farklar bulunsa dahi iki durum da ayrı öneme sahiptir. Zira yıllara bağlı düşme eğilimi gözlemlenmesine rağmen iş kazası değerleri halen yüksektir. Bunun altında birçok neden bulunmakla birlikte hem çalışanların bireysel anlamda sorumluluklarını yerine getirmesi, hem işverenin kendi üzerine düşen sorumluluğa uyarak çalışanlarını olası ve öngörülebilir olumsuz durumlardan koruma yönünde önlemler alması iş kazaları ve meslek hastalıklarının minimize edilmesinde büyük önem arz etmektedir. Eğitim ve bilinç seviyesinin yükseltilmesinin yanında mevzuatta yapılacak iyileştirmeler, mevcut tablonun iyileştirilmesinde en önemli basamaklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. COVID-19 Pandemisi: İş Kazası mı Meslek Hastalığı mı?

Pandemi ilanının ardından, dünyanın birçok yerinde olduğu gibi Türkiye’de de hem kamu hem de özel sektör çalışanlarının sağlığını gözetecek tedbirler 22 Mart 2020 tarihli 2020/4 sayılı Genelge’ye bağlı olarak alınmaya başlanmıştır. Genelge kapsamında,

“Çalıştırılma biçimine bakılmaksızın kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlara uzaktan çalışma, dönüşümlü çalışma gibi esnek çalışma yöntemleri uygulanabilir. Buna dair usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı, bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşları için üst yönetici; bakanlıklar, bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşları için bakan; taşra teşkilatları (bakanlıklarca belirlenmemiş ise) ile mahalli idareler, bağlı kuruluşları ile mahalli idare birlikleri için ilgisine göre vali veya belediye başkanı; diğer kamu kurum ve kuruluşları için üst yönetici tarafından belirlenir. Bu belirleme yetkisi devredilebilir. Bu kapsamda dönüşümlü çalışanlar fiilen göreve gelmedikleri süre zarfında idari izinli sayılır. Bu genelge kapsamında esnek çalışma yöntemlerinden faydalanan çalışanlar ile idari izinli sayılanlar bu sürede istihdamlarına esas görevlerini fiilen yerine getirmiş sayılırlar. Uzaktan veya dönüşümlü çalışanlar ile görev yerinde çalışanlar hizmetin yürütülmesi sorumluluğu açısından eşittir. Uzaktan veya dönüşümlü çalışanlar ile idari izinli sayılanların mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük hakları saklıdır. İdari izinliler, uzaktan veya dönüşümlü çalışanlar amirlerinin izni dışında görev mahallerinden ayrılamazlar ve hizmetine ihtiyaç duyulanlar çağrıldıkları anda görevine dönmek zorundadır.”

hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla bahsi geçen genelge ile birlikte üst yöneticilerce esaslandırılmış olmak üzere, esnek çalışma yöntemlerinden faydalanma kapsamında uzaktan veya dönüşümlü çalışma gibi durumlarda idari izinli sayılma ve özlük haklarının korunması gibi hususlar dikkat çekmektedir. Kamu sağlığının korunması ve salgının önlenmesi amacına uygun bir şekilde yapılan düzenlemeler doğrultusunda kamu kurum ve kuruluşlarına tebliğ edilen bu haklar kısa zaman içerisinde farklı şekillerde de olsa özel sektörde de uygulanmaya başlanmış; bu şekilde kamu personelinin olduğu kadar özel sektör çalışanlarının da sosyal etkileşime girme potansiyeli olan alanlardan azami ölçüde kaçınması amaçlanmış, bu sayede salgının yayılım hızı düşürülmeye çalışılmıştır.

Bu kararların alınmasında etkili olan birçok unsur bulunmakla birlikte, COVID-19 salgınının en başında Dünya Sağlık Örgütü'nce yayımlanan iş sağlığı ve güvenliği sağlamada genel ilke ve yükümlülüklerin belirtildiği bir rehberin vurguladığı biçimiyle COVID-19 son on yılın tanımlanmış ilk meslek hastalığı olarak görülmüş, başta sağlık kuruluşlarının işveren ve yöneticilerine iş sağlığı ve güvenliği kapsamında tedbirler alınması tavsiye edilerek özellikle sağlık kuruluşunda potansiyel bir maruziyete bağlı olarak gelişen COVID-19 enfeksiyonuna bağlı olarak sağlık çalışanın zararının tazmininin, rehabilitasyon ve tedavisinin sağlanmasının sağlık çalışanın doğal hakkı olduğu bildirilmiştir.

4. 2020/12 Sayılı SGK Genelgesi Kapsamında COVID-19 ve İtirazlar

Türkiye'de Sosyal Güvenlik Kurumu Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nce yayımlanan 07/05/2020 tarihli 2020/12 sayılı Coronavirus Genelgesi doğrultusunda COVID-19 iş kazası veya meslek hastalığı olarak ele alınmamakta, özellikle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 15. maddesinde yer alan "4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir." hükmüne vurgu yapılarak COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz ko-

nusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerekliliği beyan edilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan açıklama, 14. maddeye bağlı olarak COVID-19 hastalığını bir meslek hastalığı olarak tanımlayabilecek tek kurumun Sosyal Güvenlik Kurumu olduğu da düşünüldüğünde COVID-19'un meslek hastalığı veya iş kazası olarak değerlendirilemeyeceği hususunda kesin bir hüküm teşkil etmektedir.

Fakat yakın zamanda COVID-19 salgınının iş kazası veya meslek hastalığı olarak tanımlanması konusunda özellikle birtakım sağlık çalışanları tarafından beyan edilen problemlerin giderilmesi amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'na değerlendirilerek Sağlık Bakanlığı'na ulaştırılması ve çözümlenmesini talep eden birtakım sağlık meslek örgütleri bu konuda karar alacak mekanizmanın Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu olduğunu savlamaktadır. SGK'nın aldığı kararın geçerliliğini ele almak suretiyle bahsi geçen Genelge'ye itiraz eden kuruluşlara göre COVID-19 ile temas riski oldukça yüksek olan sağlık çalışanları başta olmak üzere, diğer birtakım meslek çalışanlarının da benzer riskle karşı karşıya olduklarını, dolayısıyla kararın yeniden ele alınması gerekliliğini vurgulamaktadırlar.

5510 sayılı Kanun'da bulunan geniş kapsama sahip iş kazası kavramının, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nce 15 Nisan 2019 tarihli kararına gönderme yaparak, 2009'da gerçekleşen H1N1 salgınına bağlı bir ölüm vakasında, iş sebebiyle enfekte olunan virüse bağlı ölümün iş kazası olarak kabul edilmesi gerekliliği kabul edilmesi sebebiyle COVID-19 vakalarının da kapsam dahiline alınması gerekliliğini beyan etmektedirler.

Burada dikkat çeken husus ise diğer birçok hastalığa nazaran çok daha hızlı ve yüksek oranda bulaşıcılık gösterdiği beyan edilen COVID-19'un işyerinde bulaşma gösterip göstermediğinin tespit edilmesinin çok zor olması, fakat diğer yandan bulaşıcılığının bu derecede kolay olmasına bağlı olarak işverenin sorumluluğunun oldukça fazla olmasıdır. Yine birçok meslek örgütüne göre, çalışanla-

rın yaşadığı risk faktörlerini azaltmanın temel amaç olması gerekmekte, işverenin hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşacağı düzenlemeler teşkil edilerek çalışanlar için yaratılacak olumsuz bir tablonun kasıt ve taksir eylemleri göz önüne alınarak Türk Ceza Kanunu'nca düzenlenen görevi kötüye kullanma, bilinçli taksirle yaralama veya ölüme sebebiyet verme suçuna bağlı olarak değerlendirilmesi gerekliliğini talep etmektedirler.

COVID-19'un meslek hastalığı olarak kabul edilmesini talep edenlerin başında sağlık personelinin gelmesi şüphesiz gerek kamu gerek özel sektörde görev yapan sağlık çalışanlarının COVID-19 pozitif vakalarla doğrudan maruziyet riskinin yüksek olması, tekrarlanan bu nedenin işin yürütüm şartlarından kaynaklanan halde görülmesindedir. Bazı meslek odalarınca, COVID-19 tanısı konma şartı aranmaksızın, sağlık çalışanlarının hasta kişinin vücut sıvılarıyla teması durumunda iş kazası bildirim yapılmasını, bulaş tespiti durumunda ise meslek hastalığı olarak görülmesi gerekliliğini savunmaktadır. COVID-19'un meslek hastalığı olarak kabul edilmesi görüşünü savunan kişi ve kuruluşlar, savlarını 5510 sayılı Kanun'un 14. maddesinde bulunan D grubunda bahsi geçen tüberküloz ve viral hepatit gibi bulaşıcı hastalıklara COVID-19'un dahil edilmesi gerekliliği üzerinden temellendirmişlerdir. Pandemi sürecinde sağlık personeline gerekli tıbbi ekipman ve COVID-19 vakalarıyla teması minimize edecek triaj mekanı, tedavi şeması gibi unsurların azami surette temin ve tesis edilmeye çalışılması ile risk minimize edilmeye çalışılmıştır.

Sanayi sektöründe ise işverenin gerekli koruyucu ekipman sağlamaması sonucu çalışanların maruz kaldığı COVID-19 durumlarının ise meslek hastalığı değil, iş kazası olarak kabul edilmesi gerekliliği öne sürülmektedir. Sanayi çalışanlarının maruziyet düzeyi ve çalışma ortamı içerisinde COVID-19 bulaşımının gerçekleştiğine dair ispatlanabilirliğin daha düşük olması sebebiyle sanayi ve turizm gibi sağlık alanının dışında kalan sektörlerin çoğunda COVID-19'un meslek hastalığı olarak kabul edilmesi gerekliliğine dair güçlü bir itiraz çıkmamaktadır.

SONUÇ

COVID-19 pandemisi tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de büyük etkiler bırakmış, kısa bir zaman dilimi içerisinde mevcut yaşayışı ve çalışma düzenini derinden etkileyecek değişikliklere sebep olmuştur. Halen yaşamakta olduğumuz sürecin, normalleşme basamakları atılsa dahi azami dikkat gerektirmesi ve kamu sağlığını koruyucu önlemler alınmaya devam edilmesi nedeniyle mevcut sürecin bitmediğini ve daha birçok tartışmaya kapı aralayacağını söylemek mümkündür.

COVID-19 salgınına bağlı gelişen bu olumsuz tabloda Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından yayınlanan 2020/12 sayılı Genelge'nin, 5510 sayılı Kanun'un 15. maddesinin belirttiği hükme ithafen açıkça beyan ettiği üzere, COVID-19 virüsüne bağlı gelişen bulaşıcı hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı kapsamında değerlendirmeye alınmayacaktır. Bu karara karşı çıkan kimi kişi ve kuruluşların iddia ve itirazları ele alındığında meselenin, özellikle de sağlık çalışanlarının talepleri dolayısıyla tartışılmaya devam edeceği aşikardır. Uygulamada ise bir pürüz bulunmamasından ötürü SGK'nın kararı geçerliliğini korumakta, mevcut koşullarda COVID-19 virüsü bir meslek hastalığı olarak değerlendirilmeyecek, bulaş gerçekleştirecek bir durum ise nerede vuku bulduğuna bakılmaksızın iş kazası olarak kabul edilmeyecektir.

TİCARİ NİTELİKTEKİ MENFİ TESPİT DAVASI İLE DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA İLİŞKİN KARAR İNCELEMESİ VE DEĞERLENDİRMELER

DİLA GÜNEŞ
Avukat

ÖZET

Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olarak düzenlenmesi akabinde, uygulamada görüş farklılıkları meydana gelmiştir. Ticari nitelikteki menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olup olmadığına yönelik görüş farklılıklarının giderilmesi ve içtihat birliğinin sağlanması amacıyla, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararları incelenmiş ve ticari nitelikteki menfi tespit davalarının arabuluculuk dava şartına tabi olmadığına karar verilmiştir.

İlgili mevzuat doğrultusunda söz konusu kararın yerinde olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, yargılama süreçlerine fayda sağlamak amacıyla getirilen bir düzenlemenin, yargılamada yarattığı karışıklık ve asıl hedeflenen amacın kanun lafzında gereği gibi açıklanıp açıklanmadığı konusu tartışmaya açıktır.

Anahtar Kelimeler: Dava Şartı Arabuluculuk, Menfi Tespit Davası, Ticari Dava.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, 19.12.2018 tarih ve 30360 sayılı mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan “7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun” (“7155 sayılı Kanun”) uyarınca, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) ve ilgili diğer mevzuat kapsamında ticari dava ikame edilmeden önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ticari davalar bakımından arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesiyle, ticari uyuşmazlıkların mahkeme önüne gelmeden, daha kısa süre içinde, daha az masrafla ve karşılıklı ortak irade ile çözümlenmesi hedeflenmiştir. Ne var ki TTK’nın 4. maddesi çerçevesinde ticari dava kabul edilen davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce

arabuluculuğa başvurulması dava şartı olmakla birlikte, hangi davaların bu kapsama girdiği konusunda görüş ayrılıkları ile uygulama farklılıkları meydana gelmiştir.

Gerek doktrin gerekse yargı kararları çerçevesinde görüş ayrılığı yaratan davalardan biri de menfi tespit davalarıdır. Ticari dava niteliğindeki menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olup olmadığı konusundaki uyuşmazlığın giderilmesi ve bu konuda uygulamada birlik sağlanması amacıyla, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin görüşü talep edilmiştir. Bu çalışmamızda Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin, ticari nitelikteki menfi tespit davası öncesinde arabuluculuğa başvurunun dava şartı olup olmadığı konulu, 13.02.2020 tarihli, 2020/85 E. ve 2020/454 K. sayılı kararı¹ (“Yargıtay Kararı”) incelenecek ve ticari davalarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

1 T.C. Yargıtay Başkanlığı 19. Hukuk Dairesi’nin 13.02.2020 tarihli ve E. 2020/85 K. 2020/454 sayılı kararı (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-2020-85-k-2020-454-t-13-2-2020>)

1. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ TARA-FINDAN YAPILAN İNCELEMENİN KAPSAMI

a) İncelemeye Alınan Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nin kesin nite-likteki kararları arasındaki uyuşmazlığın gide-rilmesi amacıyla yapılan başvuru kapsamında, aşağıdaki kararlar incelenmiştir:

- i. Menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olmadığı yönündeki;** Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dai-resi'nin 2019/2414 E. 2019/2266 K. sayılı, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hu-kuk Dairesi'nin 2019/907 E. 2019/1226 K. sayılı ve İstanbul Bölge Adliye Mahke-mesi 16. Hukuk Dairesi'nin 2019/2568 E. 2019/2485 K. sayılı kararları
- ii. Menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurmanın dava şartı olduğu yönündeki;** İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin 2019/1121 E 2019/836 K. sayı-lı, Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hu-kuk Dairesi'nin 2019/1683 E. 2019/837 K. sayılı, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin 2019/274 E. 2019/605 K. sayılı, Erzurum Bölge Adliye Mahke-mesi 3. Hukuk Dairesi'nin 2019/531 E. 2019/549 K. sayılı ve İstanbul Bölge Ad-liye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi'nin 2019/1734 E. 2019/1521 K. sayılı kararları

b) Menfi Tespit Davası Açılmadan Önce Arabuluculuğa Başvurmanın Dava Şartı Olmadığı Yönündeki Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Arabuluculuğun menfi tespit davası bakı-mından dava şartı olmadığı yönündeki Bölge Ad-liye Mahkemesi kararlarında genel olarak, 6100

sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") kapsamında menfi tespit davalarının "tespit" da-vası niteliğinde olduğundan bahsedilmiştir.

HMK'nın 106. maddesi uyarınca tespit da-vaları, mahkemedен, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi istemiyle açılan davalardır. Bu doğrultuda men-fi tespit davası sonucunda verilen kararlar eda hükmü içermemektedir. Yani bu davalar sonu-cunda davalının, bir şeyi vermesi veya yapması yahut yapmaması yönünde bir karara hükme-dilmeyecektir.

Arabuluculuğun ticari dava niteliğindeki davalar bakımından dava şartı olmadığı yönün-deki kararlar kapsamında, tespit davaları so-nucunda verilen kararların eda hükmü içermemesi nedeniyle, TTK'nın 5/A maddesi uyarınca menfi tespit davası açılmadan önce arabulucu-luğa başvurunun dava şartı olmadığı görüşü be-nimsenmiştir.²

c) Menfi Tespit Davası Açılmadan Önce Arabuluculuğa Başvurmanın Dava Şartı Ol-duğu Yönündeki Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Arabuluculuğun menfi tespit davası bakı-mından dava şartı olmadığı yönündeki Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında genel olarak: Menfi tespit davalarında uyuşmazlık konu-sunun bir alacağın varlığı olduğu ve aynı alacak özelinde, alacaklı tarafından açılacak davanın arabuluculuk dava şartına tabi olmasına kar-şın, borçlu tarafından açılacak menfi tespit da-vasının bu dava şartına tabi olmamasının hak aramada eşitsizliğe yol açacağı ile menfi tespit davalarının konusunun da bir miktar paranın ödenmesi olduğu gerekçesine dayanılmaktadır.

Arabuluculuğun ticari dava niteliğindeki davalar bakımından dava şartı olduğu yönün-deki kararlar kapsamında, yukarıda bahsedilen

² İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi'nin 15.11.2019 ve E. 2019/2568 K. 2019/2485 sayılı kararı "(...) 6102 sayılı Kanun'un 5/A maddesinde, "dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile; "Bu Kanun'un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya baş-vurulmuş olması dava şartıdır." şeklinde düzenleme yapılmıştır. (...) Somut uyuşmazlık menfi tespit istemi; 6102 sayılı TTK 5/A maddesi gereğince arabuluculuğa tabi değildir ve somut uyuşmazlıkta davacı tarafın arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır."

gerekçe doğrultusunda, TTK'nın 5/A maddesi uyarınca menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu görüşü benimsenmiştir.³

2. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ TARAFINDAN YAPILAN DEĞERLENDİRMENİN UNSURLARI

a) İlgili Mevzuat Kapsamında

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından değerlendirme yapılırken hem menfi tespit davasının hem de dava şartı arabuluculuğun hukuki niteliği, dayanağı ve unsurları özelinde inceleme yapılmıştır.

Bu doğrultuda menfi tespit davasının açılma zamanı bakımından takip öncesi ve takip sonrası olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bilindiği üzere, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca menfi tespit davasının icra takibi öncesinde açılmış olması halinde ve talep üzerine, mahkeme, alacağın %15'inden az olmamak üzere teminat karşılığında takibin durdurulmasına karar verebilir. Menfi tespit davasının icra takibinden sonra açılmış olması halinde ise ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulmasına karar verilemez ancak borçlu tarafından, alacağın %15'inden az olmamak kaydıyla yatırılacak teminat karşılığında, ihtiyati tedbir yoluyla mahkemeden, icra vезnesi-ne ödenen tutarın alacaklıya verilmemesi talep edilebilir.

Menfi tespit davasının icra takibine etkisi ve teminatın vasfi dikkate alındığında, menfi

tespit davasının açıldığı tarihin ve koşulların borçlu için büyük bir fark yarattığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından yapılan değerlendirmede, borçlunun menfaatinin göz önünde bulundurulduğu ve arabuluculuk sürecinin bu menfaati zedeleyip zedelemeyeceğinin değerlendirilmesinin hedeflendiği söylenebilecektir.

Ticari dava öncesinde dava şartı olarak başvurulacak arabuluculuk yolu bakımındansa TTK'nın 5/A maddesi ve bu maddenin gerekçesi özelinde bir değerlendirme yapılmıştır. Kanun maddesinin gerekçesine bakıldığında da kanun maddesinin ihtiva ettiği anlamın üzerinde, yeni bir anlam oluşmamaktadır. Madde gerekçesinden, ilgili düzenlemenin, yargılama süresinin kısaltılması gibi arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesinin temel amacını teşkil eden gerekçelerle oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Zira madde gerekçesinde, TTK'nın 5/A maddesinde yer alan "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce"³ ifadesi tekrar edilmektedir. Dolayısıyla ticari nitelikteki davalardan önce başvurulacak arabuluculuğun, bir alacak veya tazminatın tahsili talepli davalar bakımından dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiği, menfi tespit davalarının ise bu kapsamda değerlendirilemeyeceği görüşü ilgili mevzuat kapsamında uygun görünmektedir.

b) Doktrin Kapsamında

Doktrinde arabuluculuğun hangi davalar özelinde dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüş ayrılığı mevcuttur.

3 T.C. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesi'nin 28.06.2019 tarihli ve E. 2019/1734 K. 2019/1521 sayılı kararı: "TTK'nın 5/A maddesindeki düzenleme ile talep sonucuna değil dava konusuna açıkça vurgu yapılarak dava konusunun bir miktar paranın ödenmesi olması şartı aranmış olduğu, menfi tespit davalarının esas itibarıyla bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olmaları da dikkate alındığında dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldırılmasının kabulü gerekir. Aksinin kabulü halinde hem kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacak hem de uygulamada büyük bir kargaşa yaşanacağından mahkemece taraflar arasındaki davanın zorunlu dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilerek dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmuştur."

4 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Dava şartı olarak arabuluculuk, Madde 5/A- (Ek:6/12/2018-7155/20 md.) "(1) Bu Kanunun 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir."

5 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun Gerekçesi

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=239649&pkanunnumarasi=7155>, Son Erişim: 09.07.2020

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından değerlendirilmeye alınan doktrin görüşlerinde çoğunlukla arabuluculuğun geniş kapsamda değerlendirilmemesi, özel bir dava şartının genel bir dava şartına dönüştürülmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı, menfi tespit davasının bir alacak veya tazminatın ödenmesini konu etmediği ve menfi tespit davası öncesinde arabuluculuğa başvurulmasının icra takibi öncesinde dava açılmasını engelleyerek borçlu konumundaki tarafın menfaatini zedeleyebileceği gerekçeleriyle; ticari nitelikteki menfi tespit davalarında arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır.⁶

Buna karşın Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının da dahil olduğu görüşe göre menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğu ve dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.

3. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİNİN DEĞERLENDİRMESİ VE KARARI

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından yapılan değerlendirmeler neticesinde, 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile TTK'ya eklenen 5/A maddesi gereğince, ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığına ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay Kararı'nın gerekçesinde TTK'nın 5/A maddesinin herhangi bir tereddüde yer vermeyecek derece açık yazıldığı ve madde gerekçesinin de bu anlamı desteklediği belirtilerek ticari davalarda arabuluculuğa başvurunun dava şartı olarak kabul edilebilmesi için (i) açılacak davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olması ve (ii) dava konusu paranın ödenmesi için yapılan talebin bir alacak veya tazminat talebi olarak ileri sürülmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

Bundan hareketle, menfi tespit davalarının sırf ticari dava olmaları nedeniyle dava şartı

arabuluculuğa tabi kılınmalarının kanuna aykırı ve hukuken sakıncalı olacağı, menfi tespit davalarının niteliği gereği dava sonucunda verilen kararların olumsuz tespit hükmü olduğu ve bir alacağın tahsiline yönelik icra edilebilir bir karar olmadığı gerekçeleriyle, menfi tespit davalarının arabuluculuk dava şartına tabi olmadığına karar verilmiştir.

4. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

Hedeflenen amaca ulaşıp ulaşılmadığı tartışmalı olmakla birlikte, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan ticari davaların açılışından önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olarak öngörülmesiyle hem yargılama sürelerinin hem de yargılama giderlerinin azaltılması ve taraflar arasındaki ticari ilişkinin, çekişmeli yargılama süreci nedeniyle bozulmaması hedeflenmiştir.

TTK'nın 5/A maddesinin gerekçesinde de açıkça, "*Maddeyle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirtilen davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilerek bu uyuşmazlıkların temelinden, çok kısa süre içinde, daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesi amaçlanmaktadır.*" denilerek, düzenlemenin temel amacının uyuşmazlıkların çözümü için taraf iradelerini temele koyan bir kurum oluşturulmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.

Esasen ticari bir alacağa ilişkin menfi tespit davalarının da arabulucu önünde çözümlenmesi mümkündür. Ne var ki hem TTK'nın 5/A maddesinde hem de madde gerekçesinde yer alan, "*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce*" ifadesinden, arabuluculuğun, yalnızca bir alacağın varlığının ispatı ile tahsili amacıyla açılan ticari davalar bakımından dava şartı olarak düzenlendiği sonucu ortaya çıkmaktadır. İlgili kanun maddesinin bu denli açık şekilde yazılması nedeniyle, Yargıtay Kararı'nın yerinde olduğu

6 Bkz. Ömer Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Kasım 2019; Süha Tanrısever, Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı:147*

söylenilecektir ancak bu durum ticari nitelikteki menfi tespit davası öncesinde arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olarak kabul edilmemesini makul kılmamaktadır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından değerlendirilmeye alınan ve menfi tespit davaları öncesinde arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu yönünde hüküm içeren Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında: Bir alacak hakkında alacaklı tarafından dava açılırken arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak kabul edilirken, borçlu tarafından açılan dava öncesi arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olmamasının, hak arama eşitliğine aykırı olduğu yönünde değerlendirmeler yapılmıştır. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Mahkemeye erişim hakkına yönelik 36. madde kapsamında bu hakkı sınırlandıran herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, mahkemeye erişim hakkının hiçbir sınırlandırmaya tabi olmaması da beklenemez. Nitekim dava açma süreleri gibi usulen uyulması gereken sınırlamalar mevcut olup, dava açılmasını imkânsız hale getirmedikçe yahut aşırı derecede zorlaştırmadıkça, bu uygulamaların mahkemeye erişim hakkını ihlâl ettiği söylenemeyecektir. Mahkeme önünde dava açılması öncesinde dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu hale getirilmesi de bu bakımdan mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmemektedir. Ne var ki ticari nitelikte menfi tespit davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olması gerektiğini savunan Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında da ileri sürüldüğü üzere, aynı alaktan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından, alacaklı tarafın dava açmadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulması zorunluysa, borçlu tarafın doğrudan mahkeme önünde dava açabilmesi hak arama yönünden eşitsizliğe yol açacaktır. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olarak kabul edilmesi tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmemekle birlikte, aynı ödeme kapsamında taraflardan birinin mahkemeye

başvurabilmesinin ek yükümlülüklerle bağlanması nedeniyle, taraflardan birinin mahkemeye erişim hakkını kullanmasının zorlaştığı söylenebilecektir.

7155 sayılı Kanun'un -TTK'ya 5/A maddesinin eklenmesine yönelik- 20. maddesinin gerekçesi, maddenin kendisinden daha açıklayıcı değildir. Madde gerekçesinde asıl madde metninin içeriğine ek olarak, arabuluculuk kurumunun dava şartı olarak kabul edilmesine yönelik temel amaçlara yer verilmektedir. Kanun maddesinin gerekçesi, kanun koyucunun o maddenin içeriği, kapsamı, istisnaları ve sair detaylarına yönelik iradesini anlamaya elverişli olmalıdır. Aksi durumlarda ticari davalar bakımından öngörülen arabuluculuk dava şartında olduğu gibi uygulama karışıklıkları meydana gelebilmekte ve bu durum düzenlemenin amacına ulaşmasına engel olabilmektedir.

Ticari nitelikteki menfi tespit davaları bakımından arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olmadığı Yargıtay 19. Hukuk Dairesi tarafından netleştirilmiş olmakla birlikte, dava şartı arabuluculukla ilgili görüş ayrılıkları sona ermemiştir. Yakın zamanda Yargıtay tarafından, dava yığılmasının söz konusu olduğu bir durumda, dava şartı olan arabuluculuk kapsamında yer almayan bir taleple birlikte, ileri sürülen alacak veya tazminat talebinin de arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağı yönünde bir karar verilmiştir. Karara göre her ne kadar konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat taleplerine ilişkin davalar açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması dava şartı olsa da markaya tecavüzün tespiti ve menine ilişkin davalar ile ticaret unvanının terkinin davaları -bu davalar konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından- dava şartı arabuluculuğa tabi değildir ve bu davaların alacak veya tazminat talepli davalar ile birlikte, açılması halinde tazminat talebi bakımından da arabuluculuğa başvurulmayacaktır. Bu durum ise dava yığılması, terditli dava gibi davalarda; dava şartı arabuluculuğa yönelik kanunun dolanılması, arabuluculuk dava şartına yönelik hukuki düzenlemelerin amaçsız hale gelmesi gibi sonuçlar doğurabilecektir.

SONUÇ

İş hukukundan kaynaklanan davaların açılmasından önce arabuluculuğa başvurmanın dava şartı haline getirilmesi yargılamada olumlu bir etki yaratmıştır. Buna istinaden yargılama sürelerinin kısaltılması, tarafların ticari ilişkilerinin çekişmeli yargılama sürecinde zarar görmesinin önlenmesi, yargılama masraflarının hafifletilmesi gibi amaçlarla ticari davalar bakımından da benzer bir düzenleme yapılmıştır. Bu doğrultuda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleriyle açılacak ticari davalar-
dan önce arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Düzenlemenin amacı yargılamanın iyileştirilmesi olmakla ve buna yönelik kanun maddesi de oldukça açık olmakla birlikte, uygulamada hedeflenen amaca ulaşamamıştır. Bu durum ise kanun maddesinin, usul hukukunun her alanını gereği gibi karşılamamasından ve kanun maddesinin gerekçesinin, kanun koyucunun iradesini net şekilde ortaya koymamasından kaynaklanmaktadır.

Açıklanan durum ve nedenler ışığında, ticari davalar bakımından getirilen dava şartı arabuluculuğun uygulamada yeni tartışmaları gündeme getireceği ve gündeme gelen tartışmalarla şekillenerek uygulama birliği sağlanacağı düşünülmektedir.

7036 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU'NUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER IŞIĞINDA İŞE İADE DAVASININ MADDİ SONUÇLARI

Çağatay Şenocak
Avukat

ÖZET

İşe iade davaları, iş güvencesi hükümlerinden yararlanan ve iş akdinin haksız olarak sona erdirildiği iddiasında bulunan işçiler tarafından ikame edilen bir tespit davasıdır. Her ne kadar özünde tespit davası olsa da işe iade davasının, işveren aleyhine maddi sonuçlar doğuran etkisi de mevcuttur. Bu maddi sonuçlar özellikle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kapsamında yapılan değişiklik ile birlikte işe iade davasında parasal miktar olarak hesaplanmaya başlamıştır. Bu çalışmamızda da işverenler aleyhine sonuçlanan işe iade davasının, 4857 sayılı İş Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile sınırlı olarak maddi külfetleri çeşitli ihtimâllere göre inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İşe İade Davası, Boşta Geçen Süre Ücreti, İşe Başlatmama Tazminatı, Bakiye Kıdem Tazminatı, Bakiye İhbar Tazminatı.

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Aksi halde süreç yargıya taşındığında, yapılan feshin hukuka uygun olmadığına karar verilecek ve davacının işe iadesi ile birlikte bir takım maddi sonuçlara da hükümde yer verilecektir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu 21. maddesinin 4. fıkrasında işe iade davalarında boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatının parasal olarak hesaplanması şeklinde değişiklik meydana getirilmiştir. İlgili düzenlemeden önce işe iade davalarında rakamsal hesaplama yapılmadığından, rakamsal hesaplamalar ayrı bir eda davasının konusu olmaktadır. Yürürlükteki düzenlemede parasal hesaplamalar da işe iade davası ile

birlikte gerçekleştirilmekte ve taraflarca parasal hesaplamalara işe iade davası sırasında itiraz edilebilmektedir. Bu sebeple işe iade davası sonucunda ortaya çıkacak maddi sonuçlar bu çalışmamızda incelenmesi konusu yapılmıştır.

İşe iade davasının maddi sonuçları incelenirken, işveren açısından maddi sonuçları ele alınmış ve işe iadenin sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yükümlülükleri konunun sınırlandırılması açısından inceleme dışı bırakılmıştır.

I. İŞE İADE DAVASI İKAME ETME KOŞULLARI

İşe iade davası, tüm işçilere sağlanmış bir hak olmayıp, birtakım şartların yerine getirilmesi ile birlikte ikame edilebilecektir. Bu şartlar 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenmiş olup, işe iade davasının maddi sonuçlarından faydalanmak için öncelikle sayılan şartların mevcut olması gerekmektedir.¹

Buna göre:

- İşçinin işe iade davası açacağı işverenin işyerinde, fesih tarihinde otuz veya daha fazla işçi bulunmalıdır. (İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin

1 Bektaş KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, s.43 vd.

bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.)

- İşçinin en az 6 aylık kıdemi bulunması gerekmektedir. (İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir.)
- İş sözleşmesi belirsiz süreli olmalıdır.
- İşçi, 4857 sayılı İş Kanunu veya 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında işçi statüsünde olmalıdır.
- İş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli ya da haklı neden olmaksızın ya da toplu işçi çıkarma hükümlerine aykırı şekilde sona erdirilmiş olmalıdır.
- İşe iade davası ikame eden işçi, işveren vekili statüsünde yer almamalıdır.
- İş sözleşmesinin feshedildiğinin tebliğinden itibaren bir ay içerisinde işçi, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca işe iade talepli arabulucuya başvuruda bulunmuş olmalı ve anlaşmama tutanağının düzenlenmesinden itibaren 2 hafta içerisinde iş mahkemelerinde dava açmış olmalıdır. Belirtilen süreler hak düşürücü sürelerdir.

Sendika işyeri temsilcileri için ise, altı aylık kıdem, otuz işçi, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma ve işveren vekili olmama kriterleri aranmamaktadır.

II. İŞE İADE DAVASININ MADDİ SONUÇLARI

İşe iade davasında mahkeme, iş akdinin haksız sona erdirildiği kanaatine varırsa yapılan feshin geçersizliğine, yasal süresi içerisinde başvurusu üzerine işçinin bir ay içerisinde işe başlatılmasına, kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının ödenmesine; işçinin yasal süresi içerisinde iş başlatılmaması halinde ise, en az dört ay en

çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödenmesine karar verecektir.

Belirtmek gerekir ki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile işe iade davasının maddi sonuçlarına ilişkin de yeni düzenlemeler getirilmiştir. Düzenlemelerden önce mahkemelerce boşta geçen süre ücreti ve başlatmama tazminatına ilişkin parasal hesaplama yapılmamasına karşın 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde yapılan değişiklikler sonucu, işe başlatmama tazminatı ile, boşta geçen süreye ilişkin ücret hesaplamasının, dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirleneceği düzenlenmiştir.

I. Boşta Geçen Süre Ücreti

Boşta geçen süre ücreti, işverenin haksız olarak yaptığı feshin işçi nezdinde yaratacağı olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırabilmek adına, iş akdinin feshedildiği tarihten sonraki dört aylık döneme ilişkin hak edilen ücret ve diğer hakların toplamıdır.

a. Hak Kazanma Şartları

İşçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanması için, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü² içerisinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması gerekmektedir³. İşçinin işe başlamak için işverene başvurması halinde işveren bir ay içerisinde işçiyi işe başlatmazsa boşta geçen süreye ilişkin ücreti ödemek zorundadır.

İşveren, işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak için davet göndermesi halinde ise işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanmak için işe davete uygun şekilde işe başlamak zorundadır. Aksi halde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 6. fıkrası uyarınca işverence yapılan feshin geçerli hale gelecek ve işveren geçerli feshin sonuçlarından sorumlu olacaktır.

² İşyeri sendika temsilcisi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca altı işgünü içerisinde başvuruda bulunmak zorundadır.

³ İşçinin on işgünü içerisinde işe başlatma iradeni açıklaması yeterli olup, postadaki gecikmeler, başvurunun geçerliliğini etkilememektedir. Bknz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2008/35175 E. 2010/19236 K. Sayılı 16.06.2010 tarihli kararı. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2008-35175-k-2010-19236-t-16-06-2010> (E.T. 21.04.2020)

İşçi, işverenin işe davetine icabet ederek işe başlar ise dört aya kadar boşta geçirdiği sürelerle ilişkin ücretini ve diğer sosyal haklarını elde edecektir.

b. Boşta Geçen Süre Ücretinin Hesaplanması

Boşta geçen süre ücreti, yargılamanın süresi ve işçinin gerçekte boşta geçirdiği sürelerden bağımsız olarak en fazla dört ay ile sınırlandırılmıştır.⁴ Dört aylık süre mutlak emredici nitelikte olup, işçi lehine de olsa genişletilmesi mümkün değildir. İlgili düzenleme yargılama sürelerinin dört ayı aşması ve boşta geçen süre ücretinin dört ay ile sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne iptal talepli olarak taşınmış, ancak Anayasa Mahkemesi "yargılama aşamasında öngörülen seri muhakeme usulü gözetildiğinde işçi ve işveren arasında olması gereken hak ve yükümlülük dengesinde bir ölçüsüzlüğe yol açmamaktadır." şeklinde gerekçe ile başvurunun reddine karar vermiştir.⁵

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen değişiklik sonucu, boşta geçen süre ücreti için yapılacak hesaplamalarda, arabulucu huzurunda anlaşma sağlanmışsa arabuluculuk tarihindeki ücret, süreç dava aşamasında ise dava tarihindeki ücret esas alınacaktır. İşçinin aylık ücretinin yanına yol, yemek, bayram harçlığı, ikramiye gibi sosyal haklarının bulunması halinde bu miktarlar da aylık ücrete ilave edilecektir.

Boşta geçen süre ücreti, ücret niteliğinden olduğundan brüt hesaplamadan sigorta ve vergi kesintileri yapıldıktan sonra net ücret üzerinden ödeme yapılmalıdır.

Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 5. fıkrası uyarınca işçinin işe başlatılması durumunda, işverence iş akdinin feshi sırasında işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş ise bu ödemeler boşta geçen süreye ait ücret için yapılacak ödemeden mahsup edilebilecektir.⁶ İlgili düzenlemenin de boşta geçen süre ücretine ilişkin yapılacak hesaplamalarda dikkate alınması uygun olacaktır.

Boşta geçen süre ücretine 4857 sayılı İş Kanunu 34. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanacaktır.

Boşta geçen süre ücretinin zamanaşımını ise, işe iade için işçi tarafından yapılacak başvuru ile başlayacak olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32.maddesinin son fıkrası uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

2. İşe Başlatmama Tazminatı

İşe iade davası sonrasında yapılan feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi akabinde işveren, yasal süre içerisinde başvuru yapan işçiyi aynı çalışma koşullarıyla eski işine başlatmakla yükümlüdür. Aksi halde işveren, mahkemece belirlenen en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatını ödemekle yükümlü olacaktır.

a. Hak Kazanma Koşulları

İşçi, işe iade kararından sonra işe başlatmama tazminatına hak kazanabilmesi için kesinleşen kararın kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içerisinde işverene başvuruda bulunmuş olmalı, işveren tarafından ise bir ay içerisinde işe iade edilmemiş ya da kendisine eski işinden farklı bir öneride bulunulmuş olmalıdır.⁷

⁴ 4857 sayılı İş Kanunu 20. maddesi, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile değiştirilmeden önce "Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir." şeklindeki düzenlemeler içermektedir. Bu sebeple işe iade davasının dört ay içerisinde tamamlanması öngörülerek, işçinin boşta geçireceği süre dört ay olarak hesaplanmıştır. Ancak hedef sürelerin uygulanamaması üzerine 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile "Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir." şeklinde ilgili metinde değişiklik yapılmıştır.

⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 2005/2E. 2008/181K. sayılı ve 18.12.2008 tarihli kararı <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007-13.htm> (E.T. 21.04.2020)

⁶ Tankut CENTEL, İş Güvencesi, 2020, s.226.

⁷ İşyerinin kapanması gibi objektif nedenlerle işçiye farklı işin teklif edilmesi halleri istisna teşkil etmektedir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, işçinin yapmış olduğu başvurunun samimi olup olmadığı, işe başlatmama tazminatına hak kazanmak için de incelenmesi gereken bir husus olacaktır. Yargıtay işe iade başvurusunda adresini yanlış olarak gösteren işçinin dahi işe iade talebinin samimi olmadığı bu sebeple işe iade davasının maddi sonuçlarından faydalanma imkânı bulunmadığı belirtilmiştir.⁸

b. İşe Başlatmama Tazminatının Hesaplanması

İşe başlatmama tazminatı hesaplaması mahkemenin takdiri ile en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarında bir tazminat olup, Yargıtay içtihatları ile işe başlatmama tazminatında kıdem dayanaklı bir kriter geliştirilmiştir.⁹ Buna göre:

- 6 ay- 5 yıl arasında kıdemi bulunanlar için dört aylık,
- 5 yıl – 15 yıl arası kıdemi bulunanlar için beş aylık,
- 15 yıl ve üzeri kıdemi bulunanlar için altı aylık işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi gerekeceği,
- İş akdinin feshinin özelliklerine göre bu tazminat miktarının sekiz aya kadar çıkarılabileceği kabul edilmektedir.
- İşçinin iş sözleşmesinin emeklilik nedeniyle sona erdirilmesi durumunda ise işe başlatmama tazminatının en alt sınırdan belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰

İşe başlatmama tazminatı hesaplamalarında ise giydirilmiş ücret değil dava tarihindeki çıplak ücret hesaplamaya esas alınacak ve hesaplamadan sadece damga vergisi mahsup edilecektir. Tazminata ayrıca yasal faiz uygulanacak olup, faiz başlangıç tarihi ise işçinin işe başlatılmadığı tarihtir.

İşe başlatmama tazminatının zamanaşımı başlangıcı, işe iade talep eden işçinin işe başlatılmadığı tarih olup, başlatmama tazmi-

natı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır.

3. Sendikal Tazminat

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 5. fıkrası ile iş sözleşmesi sendikal bir nedenle feshedilen işçiye, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerine göre işe iade davası açma hakkı getirilmiştir. Sendikal özgürlüklerin korunması adına, sendikal sebeplerle yapılan fesihlerde işçi, iş güvencesinden yararlanamasa dahi işe iade davası ikame edebilecek ve işe iade davasının davacı lehine sonuçlanması halinde işçi, işverene başvuruda bulunmasına gerek olmaksızın işçinin bir yıllık ücretinden az olamayacak şekilde sendikal tazminata hak kazanacaktır. İş sözleşmesinin sendikal sebeplerle sona erdirildiğinin ispat külfeti, farklı olarak işçi üzerindedir.

Sendikal tazminat, fesih tarihindeki brüt çıplak üzerinden hesaplanacak ve bir yıllık ücretin üzerindeki miktar mahkemenin takdiri ile oluşturulabilecektir. Yapılan hesaplamadan ise gelir vergisi ve damga vergisi kesintisi yapılacaktır.

İşverenin işçiyi işe başlatmaması halinde ise sendikal tazminata hükmedilmişse artık ayrıca işe başlatmama tazminatına hükmedilmeyecektir.

Mahkemece hükmedilecek sendikal tazminata temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanacak ve tazminat, işverenin ayrımcı davranışta bulunduğu tarihten itibaren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır.

4. Bakiye Kıdem ve İhbar Tazminatı ile Yıllık İzin Alacağı

İşe iade davasının dolaylı maddi sonuçlarından birisi de hizmet sürelerine

8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2015/34033E. 2019/5693K. sayılı ve 14.03.2019 tarihli kararı

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2015-34033-k-2019-5693-t-14-3-2019>

9 CENTEL, a.g.e., s. 235.

10 Resul KURT, İş Sözleşmelerinin Sona Erdirilmesi : İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Ankara 2017, s.493.

ilişkin olarak dört aya kadar boşta geçen sürelerin, işçinin hizmet sürelerine eklenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.¹¹ İşveren tarafından işe başlatılmayan işçi boşta geçen süre ücretine paralel olarak iş akdinin feshedildiği tarihten itibaren, dört aylık hizmet süresine de hak kazanmaktadır.¹²

Dört aya kadar olan sürenin işçinin hizmet süresine eklenmesi ile birlikte işçinin kıdem süresinde değişiklik meydana gelecektir. Kıdem tazminatı ve yıllık izne hak kazanamamış işçi dört aylık hizmet süresinin eklenmesi üzerine kıdem tazminatı ve yıllık izne hak kazanabilecek ya da eklenen hizmet süresi ile birlikte kıdem, ihbar süresi ile yıllık izin süreleri değişebilecektir. İlgili durumların da işe iade davası sonrasında işveren aleyhine oluşabilecek maddi sonuçlar arasında değerlendirilmesi uygun olacaktır.

SONUÇ

İşe iade davası esasen bir tespit davası niteliğinde olmasının yanında, işçi lehine sonuçlanan bir davada, şartların oluşması halinde, işveren aleyhine büyük maddi sonuçlar da doğurabilmektedir. Özellikle 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen yenilikler sonucunda, işe iade davası sırasında parasal hesaplamalar yapılmaya başlanmış ve maddi sonuçlara ilişkin yapılan hesaplamalara yapılacak itirazlar da önem arz etmeye başlamıştır.

İşe iade davalarının maddi sonuçları hem hedef süreler bakımından hem de işçiye sağlanan menfaat-işverene yüklenen külfet dengesi bakımından birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Örneğin, işe iade davalarının sonuçlanıp kesinleşmesi uzun yıllar alabilmesine karşın, işçinin boşta geçirdiği sürenin sadece dört aylık kısmı hüküm altına alınabilmektedir. Ancak yapılan bu sınırlamalara karşın işe iade davalarının maddi külfetleri çoğu zaman iş

güvencesinin sağlanmasına ve iş sözleşmelerinin keyfi sona erdirilmesinde önleyici etkiye sahiptir.

Özellikle işçinin işe başlatılmadığı hallerde ya da sendikal sebepler ile yapılan fesihlerde, işveren aleyhine ciddi maddi külfetlere sebebiyet verdiği, bu sebeple işe iade davasının şartlarını taşıyan işçiler açısından gerçekleştirilecek fesihlerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinin ayrı bir öneme sahip olduğu tartışmasıdır.

¹¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2016/7527E. 2019/17412K. sayılı ve 7.10.2019 tarihli kararı <http://www.kazanci.com/khoz/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2016-7527.htm&kw='hizmet+s%C3%BCresine+4+ayl%C4%B1k+bo%C5%9Fta+ge%C3%A7en'+#fm>

¹² CENTEL, a.g.e., s.221.

İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİHTE USULE VE ESASA İLİŞKİN ŞARTLAR

Zeynep GÜLAY
Avukat

ÖZET

*İş güvencesi, temel bir insan hakkı olan çalışma hakkının kullanılmasını olanaklı hale getiren; zayıf olan işçiyi koruyan ve işverenin fesih hakkını sınırlayan bir kurumdur. Çalışma hakkı ise, herkesin yeteneklerine uygun, insan onuruna yakışır çalışma koşulları çerçevesinde ve insanca yaşamasına yetecek bir ücret karşılığında çalışabilmesini ifade eder. Bu da ancak tam anlamıyla iş güvencesinin sağlanmasıyla gerçekleşir.***

Bu çalışmada, iş güvencesi kapsamında fesihle usule ve esasa ilişkin şartlar doktrin ile ilgili mevzuat ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İş Güvencesi Kapsamında Fesih, Usule İlişkin Şartlar, Esasa İlişkin Şartlar.

GİRİŞ

Doktrinde iş güvencesi kavramı, dar ve geniş anlamı ile ikiye ayrılmak suretiyle irdelenmektedir. Buna göre dar anlamda iş güvencesi, işverenin geçerli neden olmaksızın yaptığı keyfi feshlere karşı engel olmak ve iş ilişkilerinin sürekliliğini hedeflemek olarak açıklanabilir. Bu noktada yapılan feshin geçerli olup olmadığının mahkemece araştırılması ve eğer ortada geçersiz bir feshin olması halinde, işçiyi işe iade etmesi ve işverene tazminat ödettirilmesi söz konusudur.

Geniş anlamda iş güvencesi üç aşamada değerlendirilebilir. İşe girişte iş güvencesi, mevzuatta işverenlere, belirli kişileri işe alma yükümlülüğü düzenlenen hallerde mevcuttur. Toplu işçi çıkarılması kapsamında çıkarılan işçiler, işyerinden malulen ayrılan işçiler, askerlik ve kanuni ödev nedeniyle ayrılanlar, işçi sendika ve konfederasyonlarında yöneticiliği sebebiyle

işten çıkarılan işçiler, hastalık nedeniyle işten çıkarılan gazeteciler, kanuni zorunluluk nedeniyle çalıştırılması gerekenler, özürlü ve eski hükümlülerin çalıştırılması ile işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının çalıştırılması bu duruma örnek olarak verilebilir.

İşin devamı sırasında iş güvencesi, İş Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, işveren çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği işçiye yazılı şekilde bilgilendirme yaparak gerçekleştirebilir. Yazılı şekilde yapılmayan ve işçinin altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmediği değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. İşçi değişiklik önerisini bu süre içerisinde kabul etmediyse, işveren geçerli sebebe dayanarak iş sözleşmesini feshedebilecek; işçi de bu feshle karşı iş güvencesi hükümlerine başvurabilecektir.

Feshe karşı güvence, işverenin fesih hakkını sınırlayarak iş sözleşmesinin devamlılığını olabildiğince sağlamaya ve fesih gerçekleştiğinde de işçi yönünden feshin mağdur edici sonuçlarını hafifletmeye yönelik önlemler içerir. Kötü

* Şakar Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 6. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2005, s. 214 vd.; Alpagut Gülsevil, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Tebliği, Türkiye Bankalar Birliği Bankacılar Dergisi, Sayı 65, 2008, s. 89; Ertekin Özkan, İş Güvencesi Hukuku ve İşe İade Davaları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2012, s. 1

** Şakar Müjdat, s. 223; Manav Eda, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 5

niyet tazminatı ve sendikal tazminat bunlara örnek olarak gösterilebilir.¹

1. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİHTE USULE İLİŞKİN ŞARTLAR

1.1. Fesih Bildiriminin Yazılı Olarak Yapılması ve Fesih Sebebinin Açık ve Kesin Olarak Bildirilmesi

İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, “işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.”

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması koşulu başlı başına fesih geçerliliğine ilişkin bir şarttır. Bu noktada belirtmek gerekir ki işveren fesih bildirimini geçerli bir nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetse bile fesih bildirimini yazılı olarak yapılmamış ise fesih geçersiz kabul edilecek ve geçersiz fesih sonuçları doğacaktır. Ayrıca, fesih bildiriminin yazılı yapılmasının bir geçerlilik koşulu olması iş güvencesinin kapsamına giren iş ilişkileri bakımından söz konusudur. Buna karşılık iş güvencesinin kapsamına girmeyen işçi açısından süreli fesih bildirimlerinde yazılı şekil geçerlilik koşulu niteliği taşımaz. Aynı zamanda geçerli sebeplerle değil de haklı sebeple iş sözleşmesinin feshinde de fesih bildirimini yazılı yapılması zorunlu değildir.

Fesih bildirimini yazılı yapılmak zorunda olmasının yanı sıra, fesih sebebinin de yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Bu bildirimde fesih sebebi açık ve kesin olarak ortaya konmalıdır. Açıklıktan anlaşılması gereken, fesih nedeninin somut olaya indirgenerek ferdileştirilmesidir. Yani işveren fesih bildiriminde genel ifadeler değil somut olgulara dayanacaktır. Genel ifadeler örnek olarak uygulamada “görülen lüzum üzerine” yahut “işçinin hizmetine ihtiyaç duyulmaması” gibi ifadeler sayılmakla, bu ifadeler fesih sebebi bildirilmemiş olmakla eşdeğer tutularak fesih geçerliliği ile sonuçlanmaktadır. Aynı

şekilde Yargıtay'ın 2006 yılında vermiş olduğu bir kararı uyarınca da herhangi bir sebep göstermeksizin sadece feshine dayanılan kanun maddesini göstermek feshi geçersiz kılar.²

1.2. Feshin Makul Bir Süre İçinde Yapılması

Haklı nedenle feshin İş Kanunu'nun 26. maddesi gereği altı iş günü içerisinde yapılması gerektiği hükme bağlanmışsa da geçerli sebebe dayanan feshin işverence hangi süre içerisinde yapılacağı kanunda düzenlenmemiştir. Süreli fesihte, geçerli fesih nedeninin ortaya çıkmasından itibaren dürüstlük kuralları çerçevesinde ‘makul bir süre’ içinde yapılmasının uygun olacağı kabul görmüştür. Yargıtay, geçerli sebep teşkil eden olayın meydana gelmesinden itibaren dört ay, işçinin savunmasının alınmasından üç ay sonra iş akdinin sonlandırılmış olmasını, feshin makul ve hakkaniyete uygun bir süre içinde kullanılmadığı şeklinde değerlendirmiştir.³

1.3. İhtar ve İşçinin Savunmasının Alınması

Öğretide, işçinin yetersizliği ve işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesihte işçinin bu vakıaları kaldırma imkânı olmadığından, kural olarak ihtar zorunluluğu olmadığı kabul edilmektedir. İhtarın, işyerinin işleyişi ve işin yürütümünü olumsuz etkileyecek bir sonuç doğuran davranışta bulunması veya verimsizliği halinde çalışana verileceği kabul edilmektedir. Bu sayede çalışan, olumsuz davranışlarını düzeltme imkânı bulabilecektir.

Aynı şekilde, işçinin yetersizliği ve işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde işverenin savunma alma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. İşçinin savunmasının alınması verime yahut davranışlara dayanan fesihlerde, feshin geçerlilik koşulunu teşkil etmektedir. Ancak işverenin

¹ Narter Sami, *İş ve Borçlar Hukuku'nda İş Güvencesi ve Akdin Sona Ermesinden Doğan Tazminatlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 6; Kar, s. 8-9

² Karademir Artür/Ekinci Hakan, *İş Davaları Dizisi: Birinci Kitap, İşçilik Alacakları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.320

³ Süzek Sarper, *İş Hukuku (Genel Esaslar – Bireysel İş Hukuku)*, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 645

bu yükümlülüğü yerine getirdiğinden bahsedebilmek için, savunmanın iş sözleşmesinin feshinden önce alınmış olması gerekmektedir. Yargıtay Kararında da bu husus şu şekilde belirtilmiştir: “İşçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. İşçi fesihden önce savunma vermeye davet edilmeli, davet yazısında davranışı sebebiyle işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunması, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğinin; bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve de buna rağmen yazılı bir savunma vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağına kendisine hatırlatılması şarttır. Fesih bildiriyle birlikte veya fesihden sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılar. Keza, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersiz olması sonucunu doğurur.”⁴

2. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA FESİHTE ESASA İLİŞKİN ŞARTLAR

2.1. Geçerli Sebebe Dayanarak İş Akdinin Feshedilmiş Olması

Fesih bildiriminde sebep bildirme, feshin geçerli sebebe dayandırılması zorunluluğu İş Kanunu'nun 18. maddesinde açıklanmıştır. Hükme göre bu zorunluluk, işveren için öngörülmüş olup sadece iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından söz konusudur. Otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde, altı ay çalışmış bulunan ve işveren vekili sıfatını taşımayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, bu bildirimini geçerli bir sebebe dayandırmakla yükümlüdür.

Kanuna göre belirsiz süreli iş akdini fesheden işveren, işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işverenin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İş Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasında hangi sebeplerin bu nitelikte olmadığı açıkça düzenlenmiş olmasına karşın

nelerin geçerli sebep sayılacağı konusunda ayrıca somut bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Söz konusu geçerli nedenler İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işçinin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilir. İş ilişkilerinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli veya makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilmelidir.⁵

2.2. İşçinin Kişiliğine İlişkin Geçerli Nedenler

a. İşçinin Yetersizliği

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih sebepleri işçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemesi olgusuna dayanmaktadır. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, fiziki ve mesleki yetersizlik olarak ikiye ayrılabilir. İşçinin yetersizliğinin geçerli bir fesih nedeni teşkil edebilmesi için mesleki yetersizlik ya da fiziki yetersizlik sergileyen işçi iş görme ediminin gereği gibi ifa edilmesinin etkilenmesi, yani söz konusu yetersizlik ile işyerindeki olumsuzluk arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Fiziki ve mesleki yetersizliğin söz konusu olduğu hallerde geçerli nedenle süreli fesih hakkının doğumu için işçinin kusurunun varlığı gerekli değildir.⁶

b. İşçinin Davranışları

İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, işçinin davranışları da geçerli bir fesih sebebi oluşturabilmektedir. Kanun'un 25. maddesinde yer alan sebepler kadar ağır olmamakla birlik-

4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017/24791 E. 2018/9808 K. 03.05.2018 T. (<https://www.kazanci.com.tr>) Erişim Tarihi: 06.07.2020

5 Mercan Karya, İş Güvencesi Kapmasında Fesih ve Sonuçları, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı, İzmir, 2019, s.16

6 Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Güvencesi Hukuku, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, Mart 2007, s.360

te, işyerindeki işleyişi olumsuz etkileyen işçinin davranışları geçerli fesih sebebi kapsamındadır. Yargıtay da işçinin davranışları dolayısıyla geçerli bir fesihden söz edebilmek için işçinin kendi üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmemesi, gereken özeni göstermemesi sebebiyle sözleşmesel yükümlülüğün kasten ihlâl edilmiş olması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir: “İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlâl edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin; daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlâl ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlâli işverene derhal fesih hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlâl etmekten kaçınabilip kaçınmayacağıının belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlâli nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.”⁷

c. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekerlerinden Kaynaklanan Nedenler

İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, işveren belirsiz süreli iş akdini “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe” dayanarak feshedebilir. İşletme, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle fesih ekonomik, teknolojik ve yapısal sebeplerdir. Kanuna göre bu sebepler işyerinin içinden veya dışından kaynaklı sebepler olarak değerlendirilmektedir. İşyerinin daraltılması, bazı bölümlerin kapatılması, yeni teknolojilerinin kullanılmaya başlanması sebebiyle insan gücüne ihtiyaç azalması işyeri içi sebeplere örnek olarak gösterilebilir. İşyeri dışından kaynaklanan sebeplere ise talep ve sipariş dengesinin azalması, ekonomik kriz veya piyasalardaki durgunluk örnek olabilmektedir.

İşletme, işyeri veya işin gereğine dayalı olarak yapılacak fesihlerin geçerli sebeple yapılmış olup olmadıkları konusunda “işletmesel karar” söz konusu olmaktadır. İşletmesel karar kavramı kanunlarda düzenlenmemiş olup

yüksek mahkemece “geniş anlamda işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dâhil olmak üzere işverenin aldığı her türlü karar” olarak tanımlanmaktadır.⁸

SONUÇ

4773 sayılı Kanun ile iş hukukumuzda dahil edilen iş güvencesi kurumu, işveren ile işçi arasında hakkaniyetli bir dengenin kurulması, işverenin fesih hakkını sınırlandırarak geçersiz fesihlerin önüne geçme ve bu geçersiz fesihlere karşı işçileri koruma amacı gütmektedir. İşverenin fesih hakkının sınırlarını ise, işbu makalemizde detaylı olarak ele aldığımız usul ve esasa ilişkin şartlar belirlemektedir.

7 Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 2016/11080 E. 2016/13906 K. 29.06.2016 T. (<https://www.kazanci.com.tr>) Erişim Tarihi: 07.07.2020

8 Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Basi, Beta Basım, İstanbul, 2014, s.515

ÇALIŞMA HAYATINDA HIV(+) BİREYLER: ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARI IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME

Engin Enes CAN

Stj. Avukat

ÖZET

Dünya Sağlık Örgütü'nün 2018 istatistiklerine göre, halihazırda dünya üzerinde 37.9 milyon insan HIV(+) statüsünde yer almaktadır. Bu kadar sık görülen bir hastalığa sahip söz konusu bireyler toplumun bir parçası olarak günlük hayatlarında pek çok ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Ayrımcılığın önlenmesi adına pek çok uluslararası hukuki metin oluşturulmuş olup Türkiye de bu metinlerin birçoğuna taraf olmuştur. Bu metinlerin yanında, ayrımcılığa dönük olarak, Anayasa başta olmak üzere Türk mevzuatında düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, bütün bunlar yeterli olmayabilmekte ve söz konusu bireyler ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Farklı alanlarda kendini gösteren bu ayrımcılık, kişinin yaşamının olmazsa olmaz bir parçası olan çalışma hayatında da kendine yer bulmaktadır. Bu bireylerin çalışma hayatındaki ayrımcılığa karşı korunması adına çalışma hayatına ilişkin bütün tarafların bilgilendirilmesi ve bilinç kazanması elzemdir. Bu kapsamda, çalışma hayatının bir parçası olan işverenlerin, işçilerin, iş mahkemelerinin ve diğer alakalı tarafların bir insan hakkı problemi olan HIV(+) bireylere karşı ayrımcılık hususunda Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını anlaması ve özümsemesi, ayrımcılığın engellenmesi açısından önemli vasıtalar arasında değerlendirilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık Yasağı, 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 5, Ayrımcılık Tazminatı, İş Hayatında Ayrımcılık, HIV(+) İşçi.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler HIV/AIDS Ortak Programı ("UNAIDS") 2019 yılı raporuna göre; dünyada HIV epidemisinin başlangıcından bu yana 74.9 milyon kişi HIV ile enfekte olmuş, 32 milyon kişi ise AIDS ile ilişkili hastalıklar nedeni ile hayatını kaybetmiştir. Halihazırda dünya üzerinde, Dünya Sağlık Örgütü'nün 2018 istatistiklerine göre, 37.9 milyon insan HIV(+) statüsünde yer almaktadır. Her ne kadar virüsün yayılma hızı önceki yıllara göre zayıflamışsa da, ülkemizi çevreleyen Doğu Avrupa ve Merkez Asya Bölgesi ile Orta Doğu ve Kuzey Afrika Bölgelerinde yeni HIV enfeksiyonlarında artışın olduğu belirtilmektedir. Sağlık Bakanlığının raporları uyarınca, Türkiye, HIV/AIDS açısından hastalığın az sıklıkla görüldüğü ülkeler arasında yer almakla birlikte, son yıllarda

vaka sayılarında artış izlenmektedir. Bu kapsamda, önümüzdeki yıllarda, halihazırda diğer ülkelerle karşılaştırıldığında sayısı az olan HIV(+) bireylerin sayısının artması oldukça olası olup bu bireylerin farklı alanlarda yaşadıkları ayrımcılıklar da daha da görünür ve bilinir hale gelecektir. Bu alanlardan biri de çalışma hayatı olup iş mahkemelerinin önüne söz konusu bireylerin uyuşmazlıkları her geçen gün daha fazla gelmektedir. Yargılama süreçlerinden önce işverenler ve diğer işçiler tarafından bu bireyler haksız muamelelere maruz kalabilmekte ve açılan davalarda da mahkemelerin verdiği kararları yetersiz kalabilmektedir. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yoluyla 2014 yılında getirilen olayın ve buna müteakip mahkemenin değerlendirilmesinin incelenmesi, çalışma hayatının içinde yer alan bütün taraflara fayda sağlayacak ve yol gösterecektir. Dolayısıyla, bu makalede, Anayasa Mahkemesi'nin 01/02/2017 tarih ve 2014/19081 başvuru numaralı bireysel başvuru kararı incelenecektir.

1. Uyuşmazlık Konusu Olay

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen ve eşitlik ilkesi, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, özel hayata saygı hakkı ile makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna varılan bu bireysel başvuru kararında: Başvurucu, sağlık durumu nedeniyle önce iş yerinden uzaklaştırıldığını, sonra haksız olarak işten çıkarıldığını ve bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini iddia etmiştir.

Plastik boru ve profil imalatında faaliyet gösteren bir şirkette extruzyon operatörü (profil üretim operatörü) olarak çalışan başvurucuya HIV (+) teşhisi konulmuştur. Başvurucu tarafından beraber çalıştığı iş arkadaşlarına hastalığın ismi belirtilmeksizin kan hastalığına sahip olduğu ve dolayısıyla eli kesilirse çıplak elle kendisine müdahale etmemeleri gerektiği söylenmiştir. Kontroller sırasında da iş yeri hekimi tarafından durum tespit edilmiş ve tıp fakültesinden başvurucunun mevcutsa iş gücü kaybının değerlendirilmesi, yasal düzenlemelere göre maluliyet oranının ve/veya ağır, tehlikeli işlerde çalışmasına engel herhangi bir tıbbi ya da yasal durumu olup olmadığının bildirilmesi talep edilmiştir.

Tıp fakültesi bünyesinde enfeksiyon hastalıkları ve klinik mikrobiyolojisi ana bilim dalında görev yapan bir profesör tarafından iş yeri hekiminin talebine verilen cevapta başvurucunun tedavisini düzenli olarak uyguladığı ve kontrollerine belirtilen tarihlerde geldiği, sağlık durumunun herhangi bir işte çalışmasına engel oluşturmadığı ve herhangi bir maluliyetin de bulunmadığı bildirilmiştir.

Bu süreçte başvurucunun durumu iş hekimi tarafından işverene bildirilmiş ve işveren tarafından başvurucu 5-6 ay boyunca ücretini almak suretiyle iş yerinden uzaklaştırılmış ve çalıştırılmamıştır. Devamında ise başvurucu tarafından istifa dilekçesi verilmek suretiyle iş ilişkisi sona erdirilmiştir.

Sonraki süreçte başvurucu tarafından işveren aleyhine alacak davası açılmıştır. Dava dilekçesinde, başvurucu, HIV(+) olduğunun iş-

verence öğrenilmesi üzerine iş yerinden uzaklaştırıldığını, ücretinin ödenmesine rağmen çalışmasına izin verilmediğini; haksız bir şekilde ve ayrımcılığa maruz bırakılmak suretiyle işten çıkarıldığını belirtmiştir. Başvurucu, o andaki zor durumundan yararlanılarak sanki kendi isteğiyle ayrılmış gibi gösterilip bu doğrultuda kendisine birçok belge imzalatıldığını, prim adı altında kendisine ödeme yapıldığını oysa iş yerinde prim usulü çalışma olmadığını belirtmiştir. Ayrıca sağlık bilgilerinin hukuka aykırı olarak açıklandığını ve özel hayatının ihlâl edildiğini iddia etmiş; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine dayanarak ayrımcılık yasağı tazminatı ve manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesi, duruşmaların kapalı yapılması, kararda ad ve soyadının belirtilmemesi yönünde gizlilik kararı verilmesi talebinde bulunmuştur.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararda başvurucunun sağlık durumunda herhangi bir işte çalışmasında engel teşkil edecek bir durum olmamakla birlikte çalıştırılmaksızın iş yeri dışında tutulmasının İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı bir işlem olduğu belirtilmiş ve işçi lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilmiştir.

Karar taraflar tarafından temyiz edilmiş ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından "davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu göz önüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin bu eyleminin ayrımcılık olarak nitelendirilmesi yerinde olmayıp hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." şeklindeki gerekçe doğrultusunda bozulmuştur.

Akabinde ilk derece mahkemesi tarafından bozma kararına uyulmuş ve "(...) düzenlenen raporda kanlı bir kesici delici alet ile deri yaralanmalarında virüsün bulaşma ihtimalinin %0,3 oranında olduğu belirtilmişse de bulaşma yüzdesinin düşük olması böyle bir çalışma ortamında diğer işçiler için tehlike arz etmeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim tanıkların beyanlarından anlaşılacağı üzere davacı, el kesilmesi durumunda çıplak elle müdahale edilmemesi hususunda arkadaşlarını dahi uyarmıştır. Tüm bu de-

liller ve olgular dikkate alındığında işverenin eyleminin ayrımcılık niteliğinde değerlendirilemeyeceği, Yargıtay bozma kararında da belirtildiği üzere diğer işyeri çalışanlarını korumak gayesiyle hareket ettiği anlaşılmalıdır, ayrımcılık yasağına dayalı talebin reddine karar vermek gerekmiş(tir)” şeklindeki gerekçe doğrultusunda ayrımcılık tazminatına ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Bu ret kararı üzerine başvuru tarafından olay Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

Mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmesine geçmeden önce, kararda yer alan önemli birkaç hususa dikkat çekmek yerinde olacaktır. Öncelikle, mahkeme tarafından, olayla alakalı hukuk kuralları başlığı altında uluslararası hukukun konuya dair önemli hukuki metinlerine de atıf yapılmıştır¹.

Mahkemenin mezkûr uluslararası metinlere atıf yapmasını ve bu metinleri dikkate almasının önem arz etmesinin sebebi, yargısal süreçlerde Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasının “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir (...) Usulüne göre yürürlüğe ko-*

nulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklindeki düzenlemesinin genellikle dikkate alınmadan hüküm kurulmasıdır. Bu yönde hüküm kurulması, anılan maddenin açık hükmü dolayısıyla, Anayasa’ya aykırılık teşkil edecektir. Mahkemelerin hüküm kurarken Türkiye’nin taraf olup onayladığı uluslararası metinleri ve özellikle de temel haklara ilişkin metinleri dikkate alması ve bu kapsamda hüküm kurması hem Anayasa’ya aykırılığı engelleyecek hem de şahısların daha güçlü ve geniş hukuki korunmadan yararlanmasının önünü açacaktır.

Bu doğrultuda, bilhassa mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)’ni ve bunun ayrılmaz parçası olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”)’nin içtihatlarını dikkate alması gerekmektedir². İncelemeye konu olan kararda da, Anayasa Mahkemesi, AİHM’in içtihatlarını dikkate almış ve bu yönde kararını gerekçelendirmiştir.

Ayrıca, kurdukları hükümlere esas olarak dikkate almasalar da, mahkemelerin ulus-

1

“(…) HIV/AIDS’le yaşayan insanlara ve korunmasız grup üyelerine karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve bu insanların tüm insan hakları ve temel özgürlüklerden ve özellikle de eğitim, veraset, iş, sağlık bakımı, sosyal ve sağlık hizmetleri, önleme, destek ve tedavi, bilgilendirme ve yasal korunmadan yararlanmalarını sağlamak için gerekli olan mevzuat, yönetmelik ya da önlemleri yürürlüğe koymak, güçlendirmek ya da uygulamak(…)” şeklindeki hükme yer veren Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun HIV / AIDS Taahhüt Deklarasyonu,

Konuyla alakalı en önemli uluslararası düzenlemelerden olan ve “(...)gerçek veya farz edilen HIV durumu ne işe alınmayı ve işte devami ne de fırsat eşitliğini engelleyici bir gerekçe oluşturmamalıdır.”, “Gerçek veya farz edilen HIV durumu işten çıkarılma gerekçesi olamaz.” şeklindeki hükümlere yer veren Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (“UÇÖ”) HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları,

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin (“AKPM”) farklı tarihlerde almış olduğu ve “Başta eğitim, çalışma, özel hayata saygı, korunma hakları ile önleyici tedbirlere, tedaviye, bakıma ve yardıma ulaşabilme hakları olmak üzere yasalarının, politikalarının ve uygulamaların HIV/AIDS kapsamında insan haklarına saygılı olmasını sağlamak”, “Kamu sektöründe olduğu gibi özel sektörde de HIV/AIDS ile yaşayan çalışanları her türlü ayrımcılığa karşı korumak” şeklindeki hükümler ihtiva eden tavsiye kararları.

2 AİHM’nin yayınladığı istatistikler incelendiğinde: 2019 özelinde Türkiye aleyhine ikame edilen 113 davanın 96’sının, 1959 yılından beri ise Türkiye aleyhine ikame edilen 3645 davanın 3224’ünün en az bir ihlâl içerdiği görülecektir. Bir başka deyişle, açılan davaların 2019 yılı özelinde % 84’ü, toplamda ise % 88’i ihlâl kararı ile sonuçlanmıştır. 2019 yılı istatistiklerine göre Türkiye’nin 2004-2019 yılları arasında ihlâl kararları dolayısıyla ödediği tazminat miktarı 295 milyon TL’dir. İhlâl-dava oranı ile ödenen tazminat miktarının oldukça yüksek olmasının hem Türkiye’ye ekonomik olarak yük getirdiği hem de Türkiye’nin insan hakları karnesini kötüleştirdiği gerçektir. AİHM’in önüne gelen davaların kural olarak bütün iç hukuk yollarını tüketmesi gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, bu durumun başat sebeplerinden birinin AİHS ve AİHM’nin içtihatlarını dikkate almayan mahkemeler olduğu görülecektir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Violations by Article and by State”, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports>).

lararası hukuk bünyesinde yer alan ve kabul görmüş hukuki metinleri dikkate almaları bir gerekliliktir. Zira, bu metinler, insan hakları gibi evrensel bir alanın yorumlanması ve değerlendirilmesinde uluslararası toplumun bilgi ve birikimlerini yansıtmakta olup bu metinlerden faydalanılması hiç şüphesiz mahkeme kararlarının niteliğini yükseltecektir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, AİHM'in Türkiye'nin taraf olmadığı ancak uluslararası toplum tarafından kabul görmüş uluslararası metinleri dikkate almak suretiyle Türkiye'yi mahkûm ettiği kararları mevcuttur³.

Ek olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından incelemeye konu olan kararda, HIV enfeksiyonuna özel ayrı bir bölüm açılmış ve bu enfeksiyonun tıbben incelemesine yer verilmiştir. Ayrıca, enfeksiyonun tedavisinin getirdiği masraflar ve bu masrafların sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca karşılanıp karşılanmadığı bu bölümde konu edilmiştir. Mahkemenin enfeksiyonu tıbben değerlendirilmesinin oldukça önemli ve yol gösterici nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Zira, enfeksiyon ile özdeşleştirilen ayrımcılığın temel dayanağı toplumdaki bireylerin söz konusu hastalığa ilişkin bilgisinin yeterli olmaması ve doğru olmayan bilgiler üzerinden hastalığın ve HIV(+) bireylerin değerlendirilmesidir. Mahkeme, kararında, HIV enfeksiyonunun niteliklerine yer vererek aslında hem kararını bilimsel veriler doğrultusunda kurabilme imkânı elde etmiş hem de diğer mahkemelere bu tür davalarda izlenmesi gereken metot hususunda yol göstermiştir.

i. Olayın Kapsamının Belirlenmesi

Mahkeme başvurusunun nitelendirilmeleyle ilgili olmadığından, olayın hangi hak üzerinden incelenmesi gerektiğini kendisi belirlemektedir. Bu kapsamda, mahkeme, kişilerin mesleki hayatının özel hayatıyla iç içe olduğunu ve bu yüzden mesleki hayat çerçevesinde yü-

rütülen faaliyetlerin özel hayat kavramı dışında tutulmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve özel hayata dair hususların kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alındığı durumlarda özel hayata saygı hakkının gündeme geleceğini belirtmiştir. Ayrıca, mahkemeye göre, sağlık durumunun maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkını ilgilendirdiği hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, olayın, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

ii. Olaya İlişkin Genel İlkeler

Olayın tasvip edilmesinden sonra, mahkeme, olaya uygulanacak genel ilkelerin belirlenmesi yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Öncelikle, başvuru iddia ettiği gibi olayda ayrımcılığın vuku bulup bulmadığının belirlenmesi adına, AİHM içtihatları da göz önünde bulundurularak ayrımcılığın hukuki tanımı ve bileşenleri belirtilmiştir. Bu kapsamda, ayrımcılık, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması şeklinde tanımlandığı belirtilmiştir. Farklı bir muamelelenin hukuken ayrımcılık teşkil etmemesi için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gerektiği, böyle bir nedenin varlığının demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceği, bu bağlamda hakkın kullanımındaki farklı bir muamelelenin meşru bir amacı olmasının yanı sıra kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oransal bağ olmasının (orantılılık) da zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Ayrımcılığın bileşenlerinden biri olan farklı muamelelenin nesnel ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığı hususunda her ne kadar devletlerin takdir yetkisi bulursa da, farklı muamelelenin toplumun özellikle zayıf olan grupla-

³ Türkiye'nin onaylamadığı uluslararası metinler ve Türkiye üzerinde yargı yetkisi olmayan uluslararası mahkemelerin içtihatları, bu kararların özünü oluşturmaya da, pek çok kararda AİHM tarafından dikkate alınmıştır. En iyi örnek: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun içtihatlarına ve alakalı düzenlemelerine pek çok kararda atıf yapılmıştır (Bakınız: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09.06.2009 tarih ve 33401/02 başvuru numaralı Opuz/Türkiye kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09.05.2000 tarih ve 20764/92 başvuru numaralı Ertak/Türkiye kararı).

rına uygulanması durumunda devletin takdir alanının oldukça dar olduğu vurgulanmıştır. Mahkemeye göre HIV (+) bireyler de toplumun zayıf olan grupları arasında yer almaktadır. Zira, kararda, *“HIV/AIDS’le yaşayan kişilerin Avrupa Konseyi bölgesinde bile kayda değer derecede, kınanmış ve dışlanmış oldukları, HIV / AIDS teşhisi-nin neredeyse her zaman ölümcül olduğu ve bulaşma riskiyle ilgili olarak neredeyse hiçbir şey bilinmeyen salgının ilk yıllarında insanların bulaşma endişesiyle hastalığı taşıyan kişilerden korktukları, bu hastalığın, hangi yollarla bulaştığının bilinmemesinin virüs taşıyıcılarının kınanmasına ve marjinalleştirilmesine neden olan ön yargıları beslediği (...)”* ve *“(...) bunun da bazı sorumsuz bireysel davranışlar ile hastalığın bulaşması arasında yanlış bir bağlantı kurulmasına ve ırkçılık, homofobi ve kadın düşmanlığı gibi diğer kınama şekillerinin daha da artmasına neden olduğu (...)”* belirtilmiştir. Ayrıca, *“HIV’in önlenmesi için yakın geçmişteki gelişmelere ve virüsün tedavisine erişim konusundaki gelişmelere rağmen HIV/AIDS’le yaşayan kişilerin damgalanmaları ve ayrımcılığa maruz kalmalarının bu alanda çalışan tüm uluslararası örgütler için halen ciddi kaygı verici bir konu olduğu(...)”* belirtilmiştir.

Bu itibarla, mahkemenin toplumun zayıf kesimlerine olan mezkûr yaklaşımının önemli olduğunu belirtmek gerekir. Bu kesimlerin aynı ve benzer durumdaki bireylere göre ayrımcılıktan ve genel olarak insan hakları ihlallerinden daha şiddetli etkilendiği göz önünde bulundurulduğunda, zayıf kesimde yer alan bireylere yönelik değerlendirmelerin kişilerin içinde buldukları söz konusu şartlar gözetilerek yapılmasının verilen hükümlerin hakkaniyete ve insan haklarına uygunluğunu sağlayacağı muhakkaktır.

İkincil olarak, mahkeme tarafından; olayda kamu makamlarının herhangi bir müdahalesi söz konusu olmasa da, devletlerin, kişilerin maddi ve manevi varlığını ve özel hayata saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü olduğunun altı çizilmiştir. Bu yükümlülüğün uyuşmazlıkların yargısal makamlar önüne taşınması ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılarak çözümlenmesini de içerdiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, her ne kadar olay gerçek kişiler arasındaki iş

sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin ise de, devletlerin pozitif yükümlüklerinden mütevellit ayrımcılık hususunda devletlerin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olabilecektir.

iii. Genel İlkelerin Olaya Uygulanması

Yukarıda bahsi geçen genel ilkeler olaya tatbik edildiğinde, öncelikli olarak belirlenmesi gereken, başvurucuya farklı muamele yapıp yapılmadığıdır. Başvurucunun ayrımcı muamele olarak nitelendirdiği iki eylem söz konusudur. Bunlardan birincisi ücreti verilmesine karşılık çalışmasına izin verilmemesi ve iş yerinden uzaklaştırılması iddiasıdır. İkincisi ise haksız olarak işten çıkarıldığı iddiasıdır.

Mahkeme aleyhe farklı bir muamele olup olmadığı hususunda, *“Başvurucunun çalıştırılmadığı dönemde ücretinin ve işten ayrıldığı sırada da yasal alacaklarının kendisine ödendiği dikkate alınarak söz konusu farklı muamelenin iş arkadaşlarından hiçbirine yapılmayan, daha elverişli hatta avantajlı bir muamele olduğu ileri sürülebilirse de öncelikle hayat boyu sürecek tedavisini karşılamak için sürekli ve düzenli gelire ihtiyaç duyan başvurucunun bu geliri elde ettiği işini, 4857 sayılı Kanun’da belirtilen hukuki sebeplerle değil HIV pozitif olması nedeniyle kaybettiği hatırlanmalıdır.”* şeklindeki değerlendirilmesiyle başvurucu aleyhine farklı muamelenin mevcut olduğunu belirtmiştir.

Farklı muamelenin mevcut olduğunun belirlenmesinden sonra, yukarıda bahsi geçen genel ilkeler doğrultusunda, farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedeninin olup olmadığı değerlendirilmesi gerekecektir. Bu değerlendirmede, farklı muamelenin meşru bir amacının olup olmadığı ve muamele ile meşru amacın orantılı olup olmadığı belirlenmesi gerekecektir. Orantılılık değerlendirilmesinde, özellikle, söz konusu amacın gerçekleştirilmesi için başvuru aracının gerekli olup olmadığı ve aynı amaca farklı bir araçla ulaşıp ulaşılamayacağı belirlenmesi gerekecektir.

Bu kapsamda, öncelikle, farklı muamelenin meşru bir amacının olup olmadığı hususunda, *“Gerçekten kesici aletlerin kullanıldığı, az da olsa iş kazaları ve yaralanmaların meydana gelebildiği işyerinde*

HIV hastalığının bulaşma riskinin -küçük bir ihtimâl de olsa ciddiye alınması gereken bir risk oluşturduğu (...) bu bakımdan işverenin şirketindeki diğer çalışanları korumak konusunda endişe duyarak hareket ettiği” ve diğer çalışanları korumanın yapılan farklı muamele açısından meşru bir amaç olarak kabul edilebileceği değerlendirilmiştir.

Meşru bir amacı olan söz konusu farklı muamelenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde, mahkeme, yargı organlarının (Yargıtay ve iş mahkemesi) meşru amacın gerçekleşmesi için tek çözümün iş yerinden uzaklaştırılma olduğu yönündeki değerlendirmesini hatalı bulmuş ve işverenin, iş yerinde başvurunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkânları hakkında değerlendirme yapıp yapmadığının mahkeme kararlarında ele alınmadığını vurgulamıştır.

Bu kapsamda, eğer iş yerinde alternatif iş imkânı mevcutsa ve bu imkân işveren tarafından tercih edilmediyse, farklı muamelenin dayandığı meşru amacı gerçekleştirmek için seçilen iş yerinden uzaklaştırma vasıtasının gerekli olmadığına, amaca farklı bir vasıtayla da ulaşılabileceğine ve bu doğrultuda orantılı muamelenin mevcut olmadığına karar verilebilecektir. Aslında, mahkemenin atf yaptığı orantılılık ilkesi, iş hukukuna feshin son çare olması ilkesi olarak yansımış olup mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmelerde sıklıkla dikkate alınmaktadır. Feshin son çare olma ilkesi gibi iş hukukun temel bir ilkesinin, hem iş mahkemesi hem de Yargıtay aşamasında dikkate alınmamasının oldukça ilginç olduğunu belirtmek gerekir.

Sonuçta, mahkeme, haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki iddianın mahkemeler tarafından hiç incelenmemiş olması ile işveren tarafından iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediikleri kanaatine varmış ve Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinin ihlâl edildiği yönünde hüküm kurmuştur.

Ayrıca, mahkeme, kişilerin sağlık durumlarına dair bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğu ve HIV taşıyan kişilerin toplumda uzun zamandır birçok ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu dikkate alındığında, bu kişilerin tıbbi bilgilerinin gizli tutulması için gerekli önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiş olup özellikle hassasiyet arz eden kişisel verilerin korunmasının gerektiği durumlarda temel hakka yönelik müdahalelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için kamu makamlarınca özellikle ciddi gerekçelerin gösterilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. Bu kapsamda, başvurunun durumu gözetildiğinde, yargılamaya yönelik gizlilik talebinin özel hayata saygı hakkına ilişkin makul ve savunulabilir nitelikte olduğu ve kişilerin mahremiyeti -dolayısıyla özel hayatı üzerinde- önemli etkiler doğurabilecek konulara ilişkin taleplerin reddi durumunda bunun gerekçelerinin ayrıntılı şekilde kararda gösterilmesinin hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereği olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda, mahkemeye göre, iş mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği gizlilik talebinin reddedildiği belirtilmekle birlikte, söz konusu ifade muğlak olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediğini açıklamaktan uzaktır. Aynı şekilde, Yargıtay tarafından verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediğine dikkat çekilmiştir. Bu bağlamda, söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediğine karar verilmiş ve Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlâl edildiği yönünde hüküm kurulmuştur.

Ek olarak, mahkeme tarafından dört yıl on aylık yargılama süresi makul olarak değerlendirilmemiş ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiği yönünde hüküm kurulmuştur. Bu değerlendirilmesinde, mahkeme; yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususların dikkate alınması gerektiğini ve bu hususları gözeterek ihlâl yö-

nünde karar verdiğini belirtmiştir. Aslında, Türkiye’de iş yargılamasının karşı karşıya olduğu dava yoğunluğu’ gözetildiğinde somut süre makul olarak değerlendirilebilirse de, başvurunun yargılamasının süratle sonuçlandırılmasıdaki menfaatinin kuvvetli olduğu yönünde yorum yapılmış olması olasıdır. Ayrıca, olayın karmaşık olmadığı ve yargılamanın devam ettiği süreçte istinaf yolunun da mümkün olmadığına da göz önünde bulundurulmuş olması ihtimâl dahilindedir. Tabii ki, Anayasa Mahkemesi’nin makul süreyi nasıl değerlendirildiğine yönelik anılan ölçütleri olay bazında nasıl uyguladığını ayrıntılı olarak belirtmesinin, kararın bu bölümünün daha iyi anlaşılması açısından yerinde olacağı aşikârdır.

SONUÇ

Çalışma hayatında yer alan bütün tarafların HIV(+) bireyler konusunda bilgilenmesi ve bilinçlenmesi, muhakkak ki, bu bireylere yönelik ayrımcılıkların önlenmesinde önemli bir vasıta olarak nitelendirilebilecektir. Bu bilinçlenmede mahkemelerin, bilhassa da Anayasa Mahkemesi’nin, insan haklarına uygun verilmiş kararları önemli rol üstlenmektedir. Bu doğrultuda, bu makalede inceleme konusu edilen söz konusu Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı, pek çok ilkeyi hatırlatması ve bu ilkeleri önündeki olaya uygulaması açısından önem arz etmektedir. HIV(+) enfeksiyonuna ilişkin tıbbi verileri Anayasa Mahkemesi’nin dikkate alması, şüphesiz ki diğer mahkemelerin de tatbik etmesi gereken bir yaklaşımdır. Ayrıca, HIV(+) bireylerin toplumun zayıf kesiminde yer aldıkları ve dolayısıyla yargılamalarda bu kişilerin bu kırılganlıklarının dikkate alınması gerektiği yönündeki mahkeme vurgusu da hakkaniyetli ve insan haklarına uygun bir yargılama süreci için elzemdir. Ayrıca, olayın mahiyeti de dikkate alındığında, konuya ilişkin uluslararası metinlerin göz önünde bulundurulması ve mümkün olduğunca uyuşmazlıklara uygulanması söz konusu bireylere yönelik mahkemenin sağlayacağı korumayı daha da güçlendirilecektir.

Belki de, HIV(+) bireylere ilişkin uyuşmazlıklarla başlayan uluslararası insan hakları hukuku metinlerini ve uygulamalarını dikkate alma yönelimi, diğer alanlara da sıçrayabilecek ve derece mahkemelerin de Anayasa’nın açık hükümleri doğrultusunda hüküm kurması için ön ayak olabilecektir.

4 Adalet Bakanlığı’nın Adli İstatistikler 2019 kitabı uyarınca, 2019 yılında, iş mahkemeleri 569.595 bin olan dava sayılarını 355.367’ye düşürülmüş ve bu dosyalar sonraki yıla devretmiştir. Ayrıca, 2019 yılında, davaların ortalama görülme süresi 555 gün olarak kayda geçmiştir (Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, “Adli İstatistikler 2019”, Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020 <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%BoSA.pdf>).

TARAFLARIN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN BELGELERİ İBRAZ ZORUNLULUĞUNUN İNCELENMESİ

Mehmet Ali KÜMÜŞ
Stj. Avukat

ÖZET

Özel hukuk davalarında, Türkiye yargı sistemindeki prensibe göre, taraflara iddialarını kanıtlayan delilleri sunma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu prensip gereğince, taraflar her ne kadar kendi ellerinde bulunan belgeleri ibraz edebileceklerse de ispata yarar belgenin karşı tarafın veya davayla ilgisi bulunmayan üçüncü bir tarafın elinde bulunması halinde bir çözüm yolu olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) m. 219, 220 ve 221 düzenlemeleri yapılmıştır. Buna göre, ispata yarar belgenin karşı taraf veya üçüncü kişi tarafından ibrazı, talep halinde zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte, aynı düzenleme ibraz edilmeme durumunda yaptırım ve seçeneklere de yer vermekte, bu yaptırımlarda hakime takdir yetkisi öngörmektedir.

Anahtar Kelimeler: Belgelerin İbrazi, Hakim Takdir Yetkisi, İspat Yükü, Geçerli Mazeret.

GİRİŞ

Bu çalışmada, HMK uyarınca, tarafların ve üçüncü kişilerin elinde bulunan belgelerin yargılama önüne getirilebilmesinin koşulları, koşulların sağlanması halinde belgenin mahkemeye ibrazından kaçınılabilecek haller özelinde hakime tanınan takdir yetkisinden ve geçerli mazeret olmaksızın belge ibrazı zorunluluğuna aykırı hareket edilmesinin yol açtığı sonuçlar incelenmiştir.

A. Tarafların Belgeleri İbrazi Zorunluluğu (HMK m.219)

Özel hukuk davalarında benimsenen “taraflarca getirilme prensibi” uyarınca dava tarafları, iddia veya savunmalarını dayandırdıkları bilgi ve belgeleri dilekçeler teatisi aşamasında bildirmek ve ibraz etmek zorundadırlar. Aksi takdirde, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı uyarınca bu aşamadan sonra, ön inceleme duruşmasında hasmın açık muvafakati ve ıslah yolu istisna olmak üzere, belge ibrazı mümkün olmamaktadır. Bu aşamada ileri sürülmeyen delillere dayanmaktan vazgeçileceği yaptırımını, 6100 sayılı HMK m. 140/5 uyarınca

öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde, “Taraflar, delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirecekse, bunu belirtmek zorundadırlar. Şayet taraflar, bu konuda yapmaları gereken işlemleri eksik bırakmışlarsa, tahkikata başlamadan önce, taraflara son kez kısa bir süre verilerek bu eksiklikleri tamamlamaları düşünülmüştür. Taraflar bu şanslarını da doğru kullanamazlarsa, artık tahkikat mevcut delillerle yürütülecek ve tarafların o delile dayanmaktan vazgeçtikleri kabul edilecektir.”

“Tarafların Belgeleri İbrazi Zorunluluğu” başlıklı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.219/1 düzenlemesince, “Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar.” Taraf, kendisinin veya hasmın dayandığı belgeleri mahkemeye sunmak zorunda olduğuna göre bu yükümlülüğün yerine getirilmesi hakim tarafından re’sen istenebilecektir.¹

Bu düzenleme ile, tarafların ellerinde bulundurdukları belgeleri sadece kendi iradeleleriyle mahkemeye ibraz etmelerinin yanı sıra, davanın karşı tarafının talebi doğrultusunda da mahkemeye ibraz etme zorunluluklarının olduğu açıkça anlaşılmaktadır. İspat yükünü taşıyan taraf, iddiasını dayandırdığı belge davanın karşı tarafının elinde olduğu durumda, bu bel-

1 Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2014 Nisan, s. 721

geye dayanabilmesi ve mahkemeden bu belgenin ibrazını talep edebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak, bu şartlar gerçekleşmiş olsa dahi, davanın karşı tarafı haklı bir sebebin varlığını iddia ve ispat ettiği takdirde ibrazdan kaçınabilmektedir.

B. Tarafın Belgeyi İbraz Etmemesi (HMK m.220)

HMK m.220/1'e göre, "İbraz istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir."

Hükme göre, belge ibrazı talebinde bulunabilmek için gereken ilk şart, ileri sürülen iddianın ispatı için zorunlu olarak görülmesidir. Bu düzenleme uyarınca, bir taraf her belgeyi, ona dayandığını söyleyerek, yargıcın "ibraz edilsin" emrine konu ettiremez. İbrazı karşı taraftan istenecek olan belge, iki taraftan birinin iddiasının ya da savunmasının temeli olan ve gerçekleştiğinde tarafların söz birliği etmedikleri bir olaya ilişkin olmalıdır çünkü bunların dışındaki vakıalar için mahkemede ispat çabasına girilmez. Bir belgenin veya ticari defterin belli parçalarının ibrazını talep eden tarafın, mümkün olduğu kadar bu belgenin içeriğini ve neyi ispat edeceğini açıkça belirtmesi gerekmektedir.²

HMK 220/1. maddesi kapsamında ibrazı istenilen belgenin ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna dair kanaatin oluşabilmesi için, ibraz talebinde bulunan tarafın belgenin ibrazının gerektiğini yaklaşık olarak ispatlaması yeterli olmakla birlikte, ilgili taraf söz konusu belgenin içeriğini ve ispatı ne yönde etkileyeceğine ilişkin iddialarını hâkime bildirip onu ikna etmeye çalışmaktadır. Ortada bir ikna fa-

aliyeti bulunduğundan, kanaatini güçlendirmek isteyen hâkimin gerekli görmesi halinde, ibraz talebinde bulunan taraftan bu doğrultuda delil göstermesini istemesi de mümkündür.³ Yani taraflardan birinin talebi üzerine hâkimin tarafın elindeki belgelerin ibrazına karar verebilmesi için o belgenin uyuşmazlığı çözmeye elverişli olması gerekir ve bu belgenin uyuşmazlığın çözümünü bakımından elverişliliği hâkim tarafından takdir edilecektir.⁴

Mahkemece kanuna uygun bulunan ibraz talebi üzerine, karşı tarafın belgeyi elinde bulundurduğuna ilişkin ikrarı ya da durum karşısındaki sükutunda ya da belgenin varlığı resmi bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir resmi belgede ikrar olduğu durumlarda hakim belgenin mahkemeye sunulması için belgeyi elinde bulundurana kesin bir süre tayin edecektir.

Susmanın, ikrar olarak nitelendirilmesi için, kanunda bu konu açık bir şekilde düzenlenmiş olması gerekir. M. 220'deki "belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde" ifadesi, bu durumların farazî ikrar olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır.⁵

HMK m.220/2'ye göre, "Mahkemece, ibraz istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir."

Karşı taraf belgenin elinde olduğunu inkar ettiği durumda, karşı tarafa bu belgenin elinde olmadığı, aradığı halde bulamadığı ve nerde olduğunu bilmediğine dair yemin teklif edileceği belirtilmektedir. Burada bahsedilen yeminden kasıt, kendisinden belge talep edilen kişinin doğruluk ve dürüstlük beyanı niteliğinde olup, ispat yükü üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak doktrinde savunulan, karşı

2 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha Yayıncılık, 2019 Ekim, s. 744.*

3 Güray Erdönmez, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Zorunluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 2014 Nisan, s. 136-137*

4 Erdönmez, a.g.e., s. 134-135

5 Derya Buluttekın, *Medeni Yargılama Hukukunda Farazî İkrar, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2015, s.23*

tarafa doğrudan yemin teklif edilmesinin isabetli olmadığına ilişkin görüşe göre, hâkimin, karşı tarafı isticvap etmesi ve ikrar elde etmeye çalışması gerektiği; isticvaptan bir sonuç alınmadığı takdirde karşı tarafı dinlemesi gerektiği (HMK madde 144) ve belgenin neden elinde olmadığı konusunda ikna edici bir açıklama yapılmasının beklenilmesi gerekmektedir. Karşı tarafın dinlenilmesiyle ikna edici bir açıklama yapılmadığı veya yapılan açıklama hayatın olağan akışına aykırı olduğu takdirde, hâkim yemin teklif etmeksizin dava dosyasındaki diğer delilleri gözönünde bulundurarak bir karara varmalıdır. Ancak hâkim dava dosyasındaki diğer delillerden de bir kanaate ulaşamazsa son çare karşı tarafa yemin teklif edebilecektir.

Kendisinden belge ibrazı istenen karşı taraf, elindeki belgeyi ibrazdan kaçınmasını haklı gösterecek bir mazeret gösterdiği takdirde ibrazdan kaçınabilecektir. Kanun'da karşı tarafın ibrazdan kaçınmasını haklı gösterebilecek sebepler belirtilmeyerek (HMK madde 220/3), bu durum hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim öncelikle ortada korunmaya değer bir sırrın mevcut olup olmadığını inceleyecektir.⁶ Bu değerlendirme neticesinde hâkim karşı tarafın ileri sürdüğü gerekçenin Kanun'un ifadesiyle "kabul edilebilir bir mazeret" teşkil etmediğine kanaat getirirse, hâkim belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilecektir. Yani hâkim sanki o belge mahkemeye getirilmiş ve belge sayesinde vakıa ispatlanmış gibi hüküm kurabilecektir.

İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin bir dosyada vermiş olduğu karara göre, "HMK 220 maddesi tarafın belgeyi ibraz zorunluluğunu düzenlemekte olup davacı, davalı şirketin -----tarihli ortaklar kurulu toplantılarındaki imzaların kendisine ait olmadığını beyan etmektedir. Karar defterlerinin şirkette ve yetkili kişisinde olması gerekli olup, gönderilen muhtıraya rağmen karar defterleri ibraz edilmemiş, bunun için kabul edilebilir bir mazeret de ileri sürülmemiştir. Bu durumda her iki ortaklar kurulu kararı altındaki imzanın davacıya ait olmadığı yönündeki iddia mahkememizce kabul edilmiştir."⁷

Buna karşılık, hâkim karşı tarafın ileri sürdüğü mazeretin ibrazdan kaçınmak için yeterli olduğu kanaatine varırsa, bu durumda talep eden tarafın bu talebi reddedilecektir. Bu doğrultuda hâkim sadece dava dosyasındaki deliller çerçevesinde kararını tesis edecektir. Örneğin, belgenin ibrazı, belge sahibinin özel hayatının gizliliğini ihlâl edecek, şeref ve haysiyetine zarar verecek nitelikteyse, ibrazdan kaçınmaya çalışan karşı tarafın "kabul edilebilir bir mazereti" olduğu kabul edilebilecekken, ilgili belge tarafın özel yaşam alanını doğrudan ilgilendirmeyen bilgiler içerdiği takdirde ibraz kararı verilebilecektir. Benzer şekilde ticari sır, işletme sırrı ve meslek sırrı içeren belgelerin ibrazının söz konusu olması halinde hâkim, bu hususları doğrudan haklı mazeret olarak kabul etmek yerine, yarışan menfaatlerin dengesini koruyarak adil bir karar vermeye çalışmalıdır. Ancak Kanun'un, "diğer tarafın beyanını kabul edebilir." lafzı dolayısıyla geçerli kabul edilen bir mazeret sunulmadığı veya belgenin varlığının inkar edildiği ve teklif edilen yeminin de redd edildiği durumda dahi somut şartlara göre, hâkim sunulmayan belgenin içeriği hakkında ret kararı verebilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile aslında sadece "kabul edilebilir bir mazeret" sunarak ibraz yükünden kurtulan karşı tarafın sır hakkı korunmuş olmaktadır. Burada önemli olan nokta hâkimin her iki tarafın yarışan menfaatlerini dikkate alarak bu doğrultuda bir takdir hakkı kullanması olacaktır. Doktrinde bu doğrultuda hem ibraz talebinde bulunan tarafın etkin hukuki himaye talebi hem de belge sahibinin sır hakkının korunmasındaki menfaati dengeleyebilecek bir uygulama olarak "gizli yargılama müessesesi" çözüm yolu olarak ileri sürülmektedir.⁸

C. Üçüncü Kişinin Belgeyi İbraz Etmemesi (HMK m. 221)

Taraflardan birinin ileri sürdüğü iddianın ispatına yarar belgenin üçüncü bir kişi ya da ku-

6 Erdönmez, a.g.e., s. 27.

7 İstanbul Anadolu 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2016/1328 K. 2019/959, T. 2.10.2019

8 Erdönmez, a.g.e., s. 27.

rumun elinde bulunması hali HMK m.221/1'de düzenlenmektedir. Hükme göre, *“Mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder.”*

Burada da m. 220 düzenlemesi gibi belgenin ibrazına karar verilmesi için öncelikle hakimın ispat için o belgenin zorunlu olması takdirine varması ön koşulu öngörülmektedir. Ayrıca, kanun lafzından tarafların talebinin yanında, hakimın de re'sen karar verebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Hususun ispatında zorunlu olan belgenin ibrazına karar verildiği takdirde, belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkesin elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi halinde ise bunun sebebinin delilleri ile birlikte açıklamak zorunda olduğu belirtilmektedir. Uygulamada, kamu kurumlarına ve resmi dairelere yargılama süreçlerinde ibraz amaçlı müzekkereler yazılmaktadır.

Belgenin, üçüncü kişi tarafından ibraz edilmemesinin gerekçesi mahkemece yeterli görülmezse, bu kimsenin tanık olarak dinlenmesine karar verilebilmektedir. Ancak burada bahsedilen tanıklığın asıl konusu, o kişinin, beyan ettiği mazeretin gerçeklik derecesini mahkemenin anlayabilmesi için sorguya çekilmesi olacaktır.

Kanun'da üçüncü kişilerin ellerindeki belgenin zorla alınabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ancak doktrinde taraf delil tespiti talebinde bulunmuşsa, bu durumda üçüncü kişinin elindeki belgeyi vermeye zorlanabileceği belirtilmektedir. Buna göre, dava açılmadan önce delil tespiti talebi üzerine, belge üçüncü kişinin elinde olduğu için keşif yapılmasına karar verilirse, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerinden birinin mevcut olduğunu ispatlayamadığı takdirde (HMK madde 291/3) elindeki belgeyi keşif sırasında mahkemeye vermek zorunda kalacak, aksi takdirde hâkim keşif sırasında zor kullanılmasına karar vererek belgenin üçüncü kişinin elinden alınmasını sağlayabilecektir.

Maddenin üçüncü bendine göre, ibraz yükümlülüğünü taşıyan üçüncü kişiler ve resmi makamlar tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere dayanarak, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan kaçınabileceklerdir.

SONUÇ

Özel hukuk yargılamalarında benimsenen prensibegöre, tarafların iddia ve savunmalarının temelini oluşturan olguları ispata yarar belgelerin istenildiği takdirde mahkemeye sunulması zorunludur. Bu zorunluluk, hem tarafın kendisi için hem karşı taraf için hem de dava dışı üçüncü kişiler için getirilmiştir. Ayrıca, düzenlemelerin lafzı gereğince, hakime bu konuda hem iddia edilen olgunun ciddiyetinin kabulü hem de belge ibraz etmeyen tarafça ileri sürülen mazeretin kabulü konusunda takdir yetkisi bırakılmıştır. Bununla birlikte, sunulan mazereti kabul etmese dahi sunulmayan belge içeriğinin iddiacının iddiası yönünde kabulü konusunda da takdir yetkisi tanınmaktadır.

YEREL YÖNETİMLERDE KATI ATIK YÖNETİM SÜRECİ

Süreyya KORKMAZ
Stj. Avukat

ÖZET

Mevzuatımızda yer alan çeşitli düzenlemelerle yerel yönetimlere çevrenin korunması, çevre bilincinin geliştirilmesi, atıkların kaynağında ayrı toplanması, taşınması ve bertaraf edilmesi konularında birtakım sorumluluklar yüklenmiş, katı atıkların bertaraf süreçleri sonucunda ortaya çıkan maliyetin ise kirleten öder ilkesi gereğince atık üreticileri ile yapılacak hizmet sözleşmesi kapsamında tahsil edilmesi gerekliliği öngörülmüştür. Ancak gerek yerel yönetimlerin uygulamaya entegre süreçlerinde yaşanan gecikmeler gerekse mevzuatın yeterince açıklayıcı olmamasından kaynaklanan uygulama farklılıkları nedeniyle yerel yönetimler ilgili düzenlemelere tam anlamıyla uyum sağlayabilmiş değildir. İlgili düzenlemeler doğrultusunda bir tip sözleşme örneğinin hazırlanması ve uygulamadan kaynaklanan sorunlara ilişkin sorun özelinde maddeler hazırlanması uyum sürecini hızlandıracaktır.

Anahtar Kelimeler: Katı Atık, Yerel Yönetim, Hizmet Sözleşmesi.

GİRİŞ

21. yüzyılda yaşanan hızlı nüfus artışı, sanayileşme ve kentleşme, artan nüfusun hayat standartlarının da bu yeniliklerle beraber artması sonucu çevrenin kirletilmesine ve kişi başına düşen katı atık miktarının artmasına neden olmuştur.

Kentlerin yönetiminden sorumlu olan yerel yönetimler (belediyeler) yerel düzeyde meydana gelen çevre sorunlarının kaynağında yer almaları ve sorunu çözmeye en yakın konumdaki kuruluş olmaları nedeni ile bu sorunların çözümünde etkin bir sorumluluk üstlenmiştir.

Yerel Yönetimlerin asli mevzuatına bakıldığında 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun "Belediyenin görev ve sorumlulukları" başlıklı 14 üncü maddesinde yer alan ve belediyenin zorunlu olan görevlerini sayarken "çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık (...) hizmetlerini yapar veya yaptırır" düzenlemesine yer verilmiştir. 15 inci maddesinde de katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak yetki ve imtiyazı belediyelere verilmiştir. 76'ncı maddesinde ise kent konseyleri-

ne "çevreye duyarlılık" ilkesinin hayata geçirilmesi noktasında bir görev verilmiştir.

1. MEVZUATIMIZDA ÇEVRENİN KORUNMASI ADINA YEREL YÖNETİMLERE YÜKLENEN SORUMLULUKLAR

Belediye Kanunu'nun 14, 15 ve 76. maddeleri dışında da mevzuatımızda yerel yönetimlerin çevrenin korunmasındaki rolü kapsamında düzenlemeler mevcuttur. Çevre Kanunu'nun 11'inci maddesinde "Büyükşehir belediyeleri ve belediyeler evsel katı atık bertaraf tesislerini kurmak, kurdukmak, işletmek veya işlettilirmekle yükümlüdürler. Bu hizmetten yararlanan ve/veya yararlanacaklar, sorumlu yönetimlerin yapacağı yatırım, işletme, bakım, onarım ve ıslah harcamalarına katılmakla yükümlüdür. Bu hizmetten yararlananlardan, belediye meclisince belirlenecek tarifeye göre katı atık toplama, taşıma ve bertaraf ücreti alınır. Bu fıkra uyarınca tahsil edilen ücretler, katı atıkla ilgili hizmetler dışında kullanılmaz." ifadelerine yer vermek sureti ile evsel katı atık bertarafı konusunda da belediyeler görevli ve sorumlu kılınmıştır.

Anılan maddeye dayanılarak 02.04.2015 tarihinde "Atık Yönetimi Yönetmeliği" yayımlanarak yürürlüğe konulmuş, bu yönetmelik atık yönetim sisteminin işletilmesi sonucu oluşacak maliyetin kirleten öder ilkesi gereğince atık üreticilerine yüklenmesini gerektirmiş ve 27.10.2010 tarihinde

yayımlanarak hala yürürlükte olan “Atıksu Altyapı ve Eysel Katı Atık Bertaraf Tesisleri Tarifelerinin Belirlenmesinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik” (“Yönetmelik”) uyarınca bu sürecin işletilmesi uygun görülmüştür.

Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan Yönetmelik ile “Eysel Katı Atık Tarifelerinin Belirlenmesine Yönelik Kılavuz” (“Kılavuz”) uyarınca Eysel Katı Atık Yönetim Sisteminin oluşturulması ve işletilmesi noktasında gerekli süreç başlatılmış olsa da belediyelerin içerisinde bulunduğu yapısal ve yönetsel sorunlar, anılan sistemin oldukça karmaşık olması ve mevzuattaki belirsizlikler sebebiyle öngörülen uyum sürecinde hedeflenen amaç gerçekleşmemiş, idareler arası koordinasyona bağlı uyuşmazlıklar yaşanmış, buna istinaden de uyum süreci sürekli olarak ertelenmiştir.¹ Yönetmelik’in yayım tarihi olan 27.10.2010’dan bugüne kadar hemen her yıl Yönetmelik’te yapılan değişikliklerle belediyelerin Yönetmelik’e uyum sağlaması için öngörülen süreler birer yıl uzatılmış, son olarak 02.02.2019 tarihli ve 30674 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklik ile yerel yönetimlerin 31.12.2020 tarihine kadar sisteme entegre olabilmek adına gerekli çalışmalarını tamamlamaları gerektiği öngörülmüştür.

Söz konusu Yönetmelik “evsel katı atık” tanımı yapmaksızın evsel katı atık bertaraf tesisleri tarifelerinin belirlenmesine dair usul ve esaslar belirlemiştir. Bu Yönetmelik’e göre evsel katı atık idarelerinin büyükşehir belediyeleri, diğer belediyeler ve belediye birliklerinin olacağı; bu idarelerin ise, evsel katı atık hizmetini vermek/verdirmek, evsel katı atık hizmetlerine ilişkin tarifeleri belirlemek ve evsel katı atık ücretini toplamak şeklinde görevlerinin olacağı belirtilmiştir.

Bahsi geçen hizmetin sunulabilmesi için evsel katı atık idareleri hizmetten yararlanacak olan abonelerle bir “Hizmet Sözleşmesi” imzalamaları konusunda yükümlü kılınmıştır. Eysel katı atık sisteminin maliyetinin bulunmasında tam maliyet ve kirleten öder ilkesi esas alınmakta olup,

“toplama”, “taşımaya”, “aktarma”, “geri kazanım”, “bertaraf” ve “satış” bileşenleri sonucunda oluşan maliyetin tespiti akabinde Eysel Katı Atık Tarifelerinin Belirlenmesine Yönelik Kılavuz’a göre abonelerden alınacak ücret, iki farklı şekilde ve abonenin aldığı hizmetin maliyetini geçmemek üzere belirlenmektedir. Bu hesaplamada varlıkların amortismanı da dikkate alınmakta, tahsil edilen ücretlerin evsel katı atık hizmetlerinde kullanılması da zorunlu tutulmaktadır. Görüleceği üzere, bu aşamaya kadar evsel katı atık hizmetinin verilmesinden öte bu hizmetin maliyetinin belirlenmesi ve yararlanıcılarına ücret şeklinde pay edilmesinin oldukça karmaşık ve zor bir muhteviyat içerdiği anlaşılmaktadır.²

Abonelerden alınması gereken ücretin tahsil edilmesi de belediyenin türüne göre değişmektedir. Yönetmelik evsel katı atık ücretinin hizmet karşılığı olarak düzenli şekilde su faturaları ile beraber tahsil edileceğini hükme bağlamış olup büyükşehir belediyeleri dışındaki diğer belediyelerde su hizmetinin aynı tüzel kişilik tarafından sunuluyor olması nedeni ile herhangi bir olumsuzluk yaşanmamaktadır. Ancak büyükşehirlerde 2560 sayılı Kanun uyarınca kurulan su ve kanalizasyon idarelerinin evsel katı atık ücretinin toplama kısmını ilçe belediyelerine, bertaraf kısmını da büyükşehir belediyesine aktarması gerekmektedir.³

Bu noktada faturalandırılan bu ücretin kimin tarafından tahsil edileceği, tahsil edilememesi halinde icra sürecini hangi idarenin yürüteceği, tahsilatın gerçekleşmemesi halinde hangi idarenin sorumlu olacağı gibi birçok noktada önemli belirsizlikler bulunmaktadır. Bu süreçte yer alan belediyelerin ve su ve kanalizasyon idarelerinin söz konusu belirsizlikler sebebiyle eşgüdümü sağlaması oldukça zor görünmektedir. Yine büyükşehir belediyelerinde evsel katı atık ücretinin su faturaları ile beraber tahsili noktasında su ve kanalizasyon idareleri nezdinde yeni bir gelir kaleminin oluşturulduğu algısı da ortaya çıkmaktadır. Bu hususun da giderilmesi için anılan Yönetmelik’in 23’üncü maddesi gereğince katı atık ücretinin mahiyeti

¹ Didem SAYGIN, Orhan Veli ALICI, “Yerel Yönetimlerde Eysel Katı Atık Yönetimi Ve Geleceği Hakkında Bir Değerlendirme”, *Turkish Studies*, Aralık 2019, S.981

² SAYGIN,ALICI, a.g.m., S.982

³ Anıl GÜNDÜZALP, Seval Güven, “Atık, Çeşitleri, Atık Yönetimi, Geri Dönüşüm ve Tüketici: Çankaya Belediyesi ve Semt Tüketicileri Örneği”, *Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar E-Dergisi*, Şubat 2016, S. 1-19,

hususunda hazırlanacak bir raporun yerel gazete ve haber alma yolları ile halka duyurulması ve halkın bilgilendirilmesi, alınan taleplere göre istemlerin değerlendirilmesi de gerekmektedir.⁴

2. HİZMET SÖZLEŞMESİ İMZALANMASI ŞARTININ UYGULANMA ŞEKİLLERİ

Yönetmelik uyarınca evsel katı atık idarelerinin, hizmetten yararlanacak olan her evsel katı atık üreticisi ile sözleşme yapması gerekmektedir. Ancak Yönetmelik'te sözleşmenin mahiyeti ile ilgili olarak bir açıklamaya gidilmediği, sadece sözleşmede atık üreticisinin hangi hizmetlerden yararlandığı ve hangi tarife türü üzerinden ücretlendirildiğinin yer alması gerektiği belirtilmektedir. Kılavuz'da ise sözleşmenin bir tip örneğine yer verilmediği gibi kapsamı hakkında da yeterli bilgi bulunmadığı görülmektedir.⁵

Bu noktada idareler arası eşgüdümün sağlanması adına bir tip sözleşmenin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca hazırlanması yararlı olacaktır. Sözleşmenin imzalanması Yönetmelik'te açıkça zorunlu kılınsa da bütün belediyelerce her evsel katı atık üreticisi ile sözleşme imzalanması da oldukça zor görünmektedir. Örneğin bir büyükşehirde, bütün katı atık üreticilerinin sözleşmeye imza atmak üzere ilgili idareye davet edilmesi hayatın olan akışı içerisinde pek mümkün gözükmemektedir. Yine de bazı belediyelerce vatandaşların sözleşme imzalamak üzere belediyeye davet edildiği, bu davete icabetin oldukça sınırlı düzeyde kaldığı, bu durum üzerine de bazı belediyelerce imzaya gelmeyenlerin imza için tanınan süre sonunda sözleşmeyi imzalamış sayılacağı yönünde bir karar aldıkları, bazılarının ise su abone sözleşmesi olanların evsel katı atık aboneliği sözleşmesini yapmış sayılacağı yönünde meclis kararları aldıkları görülmüştür.⁶

Ancak son yolu tercih edenlerin büyükşehir belediyeleri kapsamındaki belediyeler olması durumunda bu yerlerde su ve kanalizasyon hizmetinin su ve kanalizasyon idarelerince sunulması ve sözleşmeleri de bu idarelerin yapması dikkate

alındığında sorunu çözmekten çok daha karmaşık hale getirdikleri dikkat çekmektedir.

Öncelikle söz konusu Yönetmelik gereğince, anılan hizmet sözleşmesinin imzalanması zorunluluğunun yargı kararları çerçevesinde incelenmesi yararlı olacaktır. Danıştay 14. Dairesi'nin 2013/7603 Esas, 2015/1087 Karar no.lu kararının açıklama kısmında “*Abone*” tarifinin hem su, hem atıksu, hem de katı atık hizmetlerinden yararlanan kişiyi ifade ettiği; su hizmetlerinden yararlanan abonenin atıksu üretceğinin de tabii olduğu, suyun kullanılmasının ve atıksuyun meydana gelmesinin hayatın olağan akışı içinde, o yerde yaşamsal fonksiyonlar olduğunun ve bunun sonucunda katı atık üretiminin de olacağı kabulünü gerektirmektedir. Böylece su, atıksu ve katı atık hizmetlerinden faydalanan ve/veya faydalanacak gerçek veya tüzel kişilerin idareyle yapacakları abonelik sözleşmesi uyarınca, idarece atıksu ve katı atık yönetim sistemi ücreti tarifelerinin “kirleten öder” ilkesi uyarınca belirlenerek, su faturaları üzerinden tahsil edilebileceği, dolayısıyla su aboneliği sözleşmesinin olmasının yeterli olduğu sonucuna varılmıştır.” denilerek su aboneliğine bağlı olarak su faturası üzerinden katı atık bedeli istenmesine ilişkin dava konusu meclis kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Anılan karara göre evsel katı atık ücretinin tahsil edilmesi için bir sözleşme imzalamak yerine su aboneliği sözleşmesinin yeterli olduğu kanaatine varıldığı anlaşılmıştır. Ancak söz konusu uyuşmazlığın Manisa ili Soma ilçesinde gerçekleştiği, nitekim davaya konu edilen meclis kararının 24/10/2011 tarihinde İdare âleminde sonuç doğurduğu sırada bu ilçenin büyükşehir ilçe belediyesi olmadığı su ve kanalizasyon hizmetini bu belediyenin sunduğu, dolayısıyla su abone sözleşmesini imzalayan idare ve evsel katı atık idaresi vasfı ile su faturası tahsil eden idarenin aynı tüzel kişilikte bulunduğu, ancak 30 Mart 2014 tarihi itibarıyla 30 büyükşehir belediyesi ile 519 büyükşehir ilçe belediyesinde su ve kanalizasyon görevi su ve kanalizasyon idarelerinde bulunmaktadır. Böylece il mülki sınırı uygulaması ile beraber büyükşehir sınırlarına dahil olan ilçe belediyelerinin evsel katı atık idaresi olarak su aboneliği sözleşmesi imzalamaya ve faturalandırma yetkisi kalmamıştır.

4 Eyüp Zengin, Kadir Ulutaş, “Büyükşehir İlçe Belediyelerinde Evsel Katı Atık Ücret Tarifelerinin Belirlenmesi ve Uygulanması”, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 11, S. 26-42

5 ZENGİN, ULUTAŞ, a.g.m. S.31

6 SAYGIN,ALICI, a.g.m., S.985

Bu aşamada 6360 sayılı Kanun'un uygulama alanı bulduğu büyükşehir ve ilçe belediyelerinde mezkûr yargı kararının icra tatbikinin mümkün olamayacağı sonucu ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle evsel katı atık idaresi ile su abone sözleşmesi imzalayan ve su faturası basarak tahsil eden iki farklı tüzel kişilik olunması sebebiyle Yönetmelik'in 12'nci maddesine istinaden evsel katı atık idarelerinin bu sözleşmeyi imzalaması gerektiği kanaati ortaya çıkmıştır.

Hal böyle iken 2018 yılı içerisinde bahsi geçen Yönetmelik'e uyum sağlayan idarelerin tespitine gidildiğinde sadece Tekirdağ Büyükşehir Belediyesinin yukarıda zikredilen yargı kararına atıf yaparak hizmet sözleşmesinin imzalanması noktasında farklı bir argüman geliştirdiği görülmüştür. Söz konusu idare yukarıda yer verilen yargı kararı gereğince "TESKİ ile abonelik sözleşmesi yapmış olanlar (...) Yönetmeliğin 12'nci maddesinde belirtilen sözleşmeyi yapmış sayılır" şeklinde bir büyükşehir belediye meclisi kararı aldığı görülmüştür.

Yine 2018 yılı itibarıyla bazı ilçe belediyelerinin de gerekli uyumu sağladıktan sonra meclis kararı aldıkları ve vatandaşları sözleşme yapmak amacıyla belediyeye davet ettikleri, tanınan sürenin sonuna dek gelmeyenlerin ise bu sözleşmeyi imzalamış kabul edileceği yönünde Meclis Kararı olarak bunu duyurdukları tespit edilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde sözleşmenin imzalanması noktasında üç farklı yola gidildiği görülmektedir:

1-) Büyükşehir olmayan yerlerde, belediyenin abone ile su abone sözleşmesi imzalandığından bu belediyelerce "Su abone sözleşmesi imzalayanlar evsel katı atık sözleşmesini de imzalamış sayılır" ibaresi ile Evsel Katı Atık Raporunu Meclis Kararı ile kabul etmektedir.

2-) Büyükşehir Belediyeleri ile diğer bazı belediyelerde vatandaşlar belediyeye söz konusu sözleşmeyi imzalamak üzere davet edilmekte, öngörülen süre dahilinde gelmeyenlerin bu sözleşmeyi imzalamış sayılacağı yönünde meclis kararı olarak bunu vatandaşlara uygun yöntemlerle duyurmaktadır.

3-) Özellikle bazı büyükşehir belediyelerinde, yukarıda anılan Danıştay kararına istinaden, katı atık bedellerinin su faturaları üzerinden tahsil edilebileceği ve dolayısıyla su aboneliği sözleşmesinin olmasının yeterli olduğu sonucuna varılarak, "Su ve Kanalizasyon İdaresi ile abonelik sözleşmesi yapmış olanlar 27.10.2010 tarih 27742 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Atıksu Altyapı ve Evsel Katı Atık Bertaraf Tesisleri Tarifelerinin Belirlenmesinde Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik'in 12. maddesinde belirtilen sözleşmeyi yapmış sayılır." ibaresinin yer aldığı bir Belediye Meclis Kararı olarak bu kararı vatandaşlara duyurmaktadır.

Görüleceği üzere, mevzuatın yeterince açık olmamasından kaynaklanan uygulama farklılıklarının yaşandığı açıktır.

SONUÇ

Evsel katı atık yönetim sisteminin sorunsuz bir şekilde hayata geçirilebilmesi ve idame ettirilebilmesi için öncelikle ilgili Yönetmelik'in ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve uygulamada karşılaşılan sorunları giderecek mahiyette çözümler sunması gerekmektedir. Bu kapsamda Yönetmelik'te evsel katı atık tanımı ile bu atıkların mahiyetinin açık bir şekilde tanımlanmasında yarar görülmektedir. Bunun yanı sıra maliyetin hesaplanması gibi süreçlerin sadeleştirilmesi ve bu sürecin belediyelerin personel yapısı da dikkate alınarak uygulanabilecek şekilde tasarlanması sistemin işleyişine fayda sağlayacaktır. Evsel katı atık idarelerinin aboneleri ile yapması zorunlu kılınan sözleşmenin yerine su aboneliği sözleşmesinin bir yargı kararı gereğince kabul edileceği yönünde karar bulunmakta olup, bu içtihat ile özellikle büyükşehir belediyelerinde yer alan idareler özelinde anılan belirsizliğin kaldırılmasını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Bu noktada evsel katı atık abone sözleşmesi ve/veya içme ve kullanma suyu aboneliğine dair bir tip sözleşmenin veya bu sözleşmeye eklenecek bir maddenin belirlenmesi eşgüdümü sağlayacaktır. Büyükşehir belediyelerinin bu asli görevi kapsamında eşgüdümü de sağlamak adına ilçe belediyelerince farklı maliyet kalemleri ile taşıma ve toplama giderlerinin hesaplanmasını önleyerek ortak maliyet kalemlerinin esas alınmasını sağlayarak ilçe belediyeleri ile beraber bu süreci nihayete erdirmesinin daha rasyonel olacağı değerlendirilmektedir.

İŞ HAYATINDA ÜCRET EKİ UYGULAMALARI VE YANSIMALARI

Ökkeş Kılıç YILMAZ

Stj. Avukat

ÖZET

Hukuka uygun bir iş ilişkisinin kurulabilmesi açısından esaslı unsurlardan biri olan ücret, her ne kadar kabaca işverenin işçiye gördüğü iş karşılığı ödediği nakdi bedeli temsil etmekteyse de ödeme dönemleri, ödenen miktarda göz önüne alınan kalemler ve ödeme amacı gibi hususlar dikkate alındığında farklı tasniflere konu olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu tasniflerin birebir karşılığının bulunmaması ise uygulamada birtakım karışıklıklar yaratmaktadır. Ancak doktrin ve içtihatlar kapsamında ücret hususunda istikrarlı biçimde yürütülen uygulamalar da mevcuttur. İşbu makalemizde de ücret konusunda sıklıkla yorum farkı ve karışıklıklara konu olan "ücret ekleri" konusu doktrin ve Yargıtay içtihatları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Ücretin Korunması, Ücretin Belirlenmesi, Prim, İkramiye, Tediye, Kâr Payı.

1. ÜCRETİN TANIMI

Ücret kavramı, hukukun ve diğer sosyal bilimlerin perspektifinden farklı şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin, ekonomi bilimi ücreti üretim faktörlerinden birisi olan emeğin fiyatı olarak tanımlarken vergi hukukunda ise ücreti işverene tabi belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ile temsil edilebilen menfaatler¹ olarak tanımlanmıştır. İş Hukuku'nun bakış açısından ise ücret, "işveren ile işçi arasındaki sürekli iş ilişkisi içerisinde işçinin iş görme ediminin karşılığı olarak doğrudan veya dolaylı olarak hak kazandığı ve işverenin ödeme borcu altında olduğu her türlü nakdi ve aynı kazanç" olarak tanımlanmaktadır. İş ilişkisinde güçsüz olan tarafın işçi olduğu göz önüne alındığında ise "ücretin korunması" gereği önem arz etmektedir. Başka bir deyişle, iş mevzuatına hakim olan işçi lehine yorum ilkesi gereğince işçinin hak-kedişinin gereği gibi ödenmesi noktasında yapılan ulusal ve uluslararası düzeyde yasal düzenlemeler mevcuttur.

1.1. Uluslararası Sözleşmelerde Ücret

Türkiye'nin onayladığı ve 29 Mart 1961 tarihinde yürürlüğe giren 95 sayılı ILO sözleşmesine göre

ücret, "yapılan veya yapılacak olan bir iş için veya görülen veya görülecek bir iş için yazılı veya sözlü iş sözleşmesi gereğince bir işveren tarafından bir işçiye hangi isim ve hesaplama şekli ile olursa olsun ödenmesi gereken ve nakden değerlendirilmesi mümkün olan karşılıklı anlaşma veya ulusal mevzuatla tespit edilen bedel veya kazançtır.

Türkiye tarafından 1989 yılında onaylanan Avrupa Sosyal Şartının 1. Bölümü'nün 4. maddesinde, "tüm çalışanların, kendileri ve ailelerine yerli bir yaşam düzeyi sağlamak için adil bir ücret alma hakkı vardır" ibaresi yer almaktadır.

Yine ücret ve ücretin korunması hususunda Türkiye'nin taraf olduğu bir diğer sözleşme olan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilip 3 Ocak 1976'da yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, adil ve elverişli şartlar altında asgari bir gelirin sağlanması gereği düzenlenmiştir.

İş ve çalışma hayatından kaynaklanan haklar açısından uluslararası toplum nezdinde düzenlenen ve Türkiye'nin taraf olduğu başka sözleşmelerin varlığına karşın ücret hususunda temel düzenlemeler içeren mevzuatımıza direkt etki eden düzenlemeler yukarıda açıklandığı gibidir.

1 G. Çağlar Çopuroğlu, Ücretin Korunması konulu doktora tezi, Ankara, 2009. Sy. 4

1.2. Türk İş Mevzuatında Ücret

Anayasa'nın 55. maddesinde tanımlandığı şekliyle ücret basit anlamda emeğin karşılığıdır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere işçinin iş akdindeki dezavantajlı pozisyonunun bir karşılığı olarak ücretin korunması hususunda bir düzenleme yapılması ihtiyacı söz konusu olmuş; anılan maddenin devamında ise devletin gerekli tedbirleri alması görevi düzenlenmek suretiyle devlete pozitif bir yükümlülük atfedilmiştir. Yıllar içerisinde Anayasa üzerinde yapılan değişiklikler söz konusu olsa da ücreti hususu, kaba hatlarıyla bu şekilde tarif edilmiştir.

Ücret hususunun özel kanun kapsamında tezahürü noktasında ise 10 Haziran 2003 tarihinde kabul edilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun ("Kanun") 32. maddesi ile sağlanmış olup Kanun metninde "*bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır*" ifadesi ile tanımlanmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, kanun koyucunun ücret hususundaki bu genel geçer tarifi uygulamadaki ihtiyaçları karşılayamamış olup 17.04.2008 tarihinde kabul edilen 5754 sayılı Kanun ile "*ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak*" kavramları kanun metnine girmiştir.

31.05.2006 tarihinde kabul edilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrasında ücret, "*sigortalı sayılanlara saatlik, günlük, haftalık, aylık veya yıllık olarak para ile ödenen ve süreklilik niteliği taşıyan brüt tutar*" olarak tanımlanmıştır. İçerikten de anlaşılacağı üzere, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olarak ücret teknik bir alan olduğundan, bu alana ilişkin uygulamadaki ihtiyaçları karşılayabilecek ve deyim yerindeyse boşluk bırakmayacak şekilde ifade edilmiştir.

2. ÜCRETİN ÖZELLİKLERİ VE TASNİFİ

2.1. Ücretin Özellikleri

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri çerçevesinde ücretin, tanımlardan yola çıkılarak bazı

özelliklere sahip olduğu söylenebilecektir. Bunlar:

- Bir iş karşılığı ödenmesi,
- Ayni veya nakdi olarak ödenmesi,
- İşveren veya üçüncü bir kişi tarafından ödenmesi

Ücretin bir iş karşılığı ödenmesi, işçinin iş akdinden kaynaklanan iş görme edimini ifa etmesi karşılığında işverenin ücret ödeme borcunun ifa edilmesi prosedürünü bir bütün olarak tanımlamaktadır. Nitekim yapılan işle doğru bir ilgisi bulunmayan ancak buna rağmen ücret olarak nitelendirilen birtakım ödemeler de söz konusudur. Sosyal düşüncelerle ortaya çıkan ve kanunla kabul edilmiş bulunan bu tip ödemeler sosyal ücret olarak adlandırılır ve işçi bu dönemlerde herhangi bir çalışma karşılığı olmaksızın ücrete hak kazanır.² Hafta tatili, yıllık ücretli izin, genel tatil ve ulusal bayram günleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Ücretin ayni veya nakdi olarak ödenmesi hususunda öncelikle bir konuya açıklık getirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, yukarıda bahsetmiş olduğumuz "ücretin korunması" ilkesinin bir yansıması olarak Anayasa ve sair mevzuat hükümlerinde işçinin asgari bir yaşam seviyesini sağlamaya yetecek ücretin altında çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar işçiye sağlanan ayni menfaatler de ücret konusu altında değerlendirilse de ileride bahsedeceğimiz "temel ücret", ilgili kurumlar tarafından belirlenen asgari seviyenin altında belirlenemeyecektir. Bu konuda kanun koyucu, işçinin iş akdindeki dezavantajlı konumundan yola çıkarak işçinin asgari seviyenin altındaki ücret belirlenmesi iradesine geçerlilik tanımamış; bu yönde yapılacak anlaşmaların geçersiz sayılacağı öngörülmüştür. Ayrıca işçiye yapılan bu ödemeler, Kanun'da düzenlenen ve işçiye ödenecek olan tazminatların hesabında da göz önüne alınmaktadırlar.

Son olarak ücretin işveren veya üçüncü bir kişi tarafından ödenmesi Kanun'un 32. maddesinde açıkça belirtilmiş bir husus olup burada yasa koyucu, iş ilişkisinin yapısı gereği ücretin yalnızca işveren değil fakat üçüncü kişiler tarafından

2 İş Hukuku, Süzek, 4. Baskı, İstanbul 2008. Sy. 307

da ödenmesinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Ücret ile ilgili her başlık gibi bu başlık da “ücretin korunması” hususundan bağımsız düşünülemeyecektir. Bu bağlamda, Kanun’un geneli göz önüne alındığında, amaçsal yorum vasıtasıyla kanun koyucunun iradesinin her ne koşulda olursa olsun öncelikle işçinin ücretinin sözleşmede belirtildiği şekilde tam olarak ödenmesine yönelik rahatlıkla söylenebilecektir.

2.2. Ücretin Tasnifi

Ücret çeşitleri, ücretin tasnifi veya başka bir deyişle ücret sistemleri başlıkları altında, işçinin iş karşılığı olarak hakkettiği ücretin işveren tarafından ne şekilde ödeneceği ve aslında işbu makalenin de konusunu oluşturan ücrete hangi kalemlerin dahil olduğu hususları incelenmektedir. Ücret, işçi tarafından görülecek olan işin niteliği de göz önüne alınarak zamana göre, yapılan işin miktarına (niceliğine) göre ve yüzde usulü olarak işveren tarafından ödenmektedir. İşverenin hangi şekilde ödeyeceği anılan şekillerde kararlaştırılabilir olup iş hayatında işverenler belli sınırlar dahilinde bu uygulamaları kendilerine göre somutlaştırma haklarına sahiptirler. Bu sınırları ise asgari ücret, işçinin dinlenme hakkı, en fazla çalıştırılabilecek saat olarak ifade etmek mümkündür. Ücretin içeriği hususunda ise temel ücret, giydirilmiş ücret ve ücret ekleri kavramları karşımıza çıkmaktadır. Ücret kavramından ilk anlaşılması gereken asıl (çıplak) ücrettir. Geniş anlamda ücretin söz konusu olabilmesi için yasal veya sözleşmesel kaynaklarda bunun ayrıca belirtilmiş olması gerekmektedir. Kanunda anılan şekilde bir açıklık bulunmadıkça tüm ödemelerde kural olarak asıl (çıplak) ücret esas alınacaktır.³

Giydirilmiş ücret konusu uygulamada işçiye ödenmesi gereken tazminatların ve sosyal güvenlik verilerine esas olacak ücretin hesabında kullanılan bir terimdir. Doktrinde geniş anlamda ücret olarak da tanımlanan bu ücret kalemi, asıl (çıplak) ücrete ilaveten hafta tatili, ulusal bayram

ve genel tatil, fazla/fazla sürelerle çalışma ücretleri, iaşe ve yol ücretleri ve benzeri aynı veya nakdi olarak sağlanan bütün menfaatlerin toplamı olarak tanımlanmaktadır. İşçiye yapılacak olan ödemelerde Kanun’un 17. maddesi açık bir ifade ile “*Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32 nci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatlerin*” de göz önünde tutulacağı düzenlenmiştir.

3. ÜCRET EKLERİ

Ücret ekleri, işçiye asıl ücretin yanında sürekli olarak işveren tarafından ödenen aynı ve nakdi menfaat olarak tanımlanmaktadır. Prim, ikramiye, yemek fişleri, komisyon, aynı yardımların tamamı ücret ekleridir ve ücrete dahil olarak yorumlanmaktadır. Doktrinde, ücret eklerinin asıl ücretin tamamlayıcısı niteliğinde olduğunu ancak aksine bir hüküm olmadıkça asıl ücrete uygulanan yasal hükümlerin ücret eklerine de uygulanacağına yönelik bir görüş de mevcuttur.

Şunu belirtmekte yarar var ki, uygulamada ücret eklerinin farklı isimlendirilmesi sıklıkla görülmektedir. Örneğin işçilere prim adı altında yapılan ödemelerin aslında ikramiye niteliğinde olması, komisyon olarak adlandırılan ödemelerin aslında kârdan pay alma şeklinde ödeme yapılması olması iş hayatında sıklıkla görülen uygulamalardır. Ancak yargı denetimi nezdinde işverenin bu ödemeleri nasıl adlandırdığı bir önem arz etmemektedir. Başka bir deyişle, yapılan ödemelerin niteliğinin sabit ve objektif olarak tespit edilebilmesi halinde yapılan ödemelerin farklı şekillerde adlandırılması esas bir etkide bulunmayacaktır.

3.1. Primler

Prim, işyerinde işçinin gösterdiği üstün emek sonucu, nitelik ve/veya nicelik açısından başarılı bir şekilde yapmış olduğu iş karşılığı ödenen ücret

³ Ücretin Korunması konulu doktora tezi, G. Çağlar Çopuroğlu, Ankara, 2009. Sy. 22 SÜZEK, 308; ÇELİK, 138-139; CENTEL, 116; ÇENBERCİ, 668; ESENER, 164.

ret ekidir.⁴ Yargıtay'a göre de prim "işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödeme" olarak tanımlanmıştır.⁵ Prim, işverence tek taraflı olarak ödenebileceği gibi toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile de kararlaştırılmış olabilir. Bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılmamış olsa bile işveren tarafından prim olarak yapılan ödemelerin süreklilik kazanması durumunda da işçinin talep hakkından söz edilebilecektir.

Prim ile ilgili olarak Yargıtay tarafından genel kabul gören görüş, işin karşılığı olarak yapılan ek ödeme olduğundan, ortada yapılan bir işin söz konusu olmaması durumunda prim hakkı doğmayacaktır.⁶ Ancak yine Yargıtay'ın bazı işlerde, prim adı altında yapılan ödemelerin esasında asıl ücretten sayılması gerektiği yönünde kararları da mevcuttur.⁷

3.2. İkramiye

İkramiye, özellik arz eden günler, olaylar ve nedenlere bağlı olarak, primde olduğu gibi işçiyi ödüllendirme ve motivasyonu yükseltme amacı taşıyan ücret ekleridir. İkramiyeyle ilgili Borçlar Kanunu'nun 405. maddesinde, "İşveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir. Ancak, işçilerin ikramiyeyi istem hakları bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı hâlinde doğar." ibaresi ile sözleşmeden kaynaklanmayan ikramiye talebinin ancak ve ancak işveren tarafından taahhüt edilmesi veya süreklilik arz edecek şekilde ödenmesi suretiyle işyeri uygulaması haline gelmesi durumunda mümkün olabileceği hüküm altına alınmıştır.

İşverenin tüm işçilere ikramiye verme zorunluluğu olmamakla birlikte, işverenin

eşit işlem yapma borcu nedeniyle ikramiye ödemelerinde keyfi uygulamalara gitmesi de eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.⁸ Ancak bu ilkenin ihlâlinin tespitinde, ikramiyenin işçiye verilmiş amacı ve işçinin somut durumu incelemek sonuca ulaşılabilecektir. Çalışılmayan dönem için ikramiye hakkı doğmayacağı gibi, işverence haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasında da işçinin bu haktan yararlanamayacağı görüşünü öne süren yazarlar bulunmaktadır.⁹ Ancak işçinin ücreti ve ücret eklerinin tam olarak ödenmesini emreden İK. 32/5 maddesi hükmü, sözleşmelerin sona erme şekilleri bakımından bir ayırım yapmış olmadığından, sözleşme sona erse de işçiye çalıştığı süreyle orantılı olarak ikramiye ödemesinin yapılması gerekir. Şunu belirtmekte yarar var ki, ikramiyenin kanundan kaynaklanan bir hali olarak "ilave tediye" adı altında ikramiye dağıtılması mümkündür.¹⁰

3.3. Komisyon

İşçinin, işverenin yürüttüğü işle ilgili olarak yaptığı aracılık faaliyetiyle işverene sağladığı katkının karşılığı yüzde usulü olarak ödenen bir ücret eki olarak tanımlanmaktadır. Bu ücret eki türünde işverenin kârı değil işin değeri önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, anılan iş sonunda işveren zarar etmiş olsa bile işçi komisyona hak kazanacaktır. Genellikle ticari işlerde gündeme gelen komisyon konusunda bahsedildiği üzere, işçinin iş sözleşmesinin devamı esnasında işçi ile üçüncü bir kişi arasında bir hukuki işlem gerçekleşmelidir. Zira Borçlar Kanunu'nun 404. maddesinde, "işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar" ibaresi yer almaktadır. İşçi, satılan malın değeri gibi, yapılan işin sonuçlanmasıyla birlikte sonuç değeri üzerinden ücrete hak kazanacağından, bu ücret türü akort ücrete benzetilebilir.¹¹

4 İş Hukuku, Süzek, 4. Baskı, İstanbul 2008, Sy 311

5 Y9HD, 18.02.2010, E.2008/17234, K.2010/3921, calismavetoplum.org; 2020

6 İş Hukuku Dersleri, Çelik sy. 318, Y9HD, 03.03.2003, E. 2002/16222, K. 2003/2821, Çimento İşv. D, Mayıs 2003, 47-48

7 Y9HD, 20.12.2004, E. 2004/11922, K. 2004/29003, sinerjimevzuat.com.tr, 2020

8 İş Hukuku, Demircioğlu-Centel, 2015, S.105

9 Bkz. Esener; Centel

10 04.07.2020 tarihli ve 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanun'la 6212 Sayılı Kanun'un 2'nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun

11 İş Hukuku Dersleri, Çelik, Sy. 146

3.4. Kârdan Pay Verme

Basit bir tanımlamayla işçinin asıl(çıplak) ücretine ek olarak işverenin (veya işletmenin) kârından belirli bir oranda işçiye ödeme yapılması şeklinde ortaya çıkan ücret ekleridir. İş hayatında genellikle üst düzey yönetici olarak tabir edilen ve satış veya pazarlama işiyle görevlendirilen işçiler için bu yönde ücret ekleri belirlenmektedir. Burada bir ortaklık söz konusu olmadığı için temettü şeklinde bir kâr-dan pay söz konusu olmamakla birlikte, aksi şekilde düşünüldüğünde kâr-dan pay alınması olgusu işçiyi yine ortak konumuna ve ortağın hak sorumluluklarına getirmemektedir. Bu ücret ekinin temel kaynağı, işverenin bu yöndeki tasarrufu ve/veya iş akdinin taraflara yüklediği hak ve sorumluluklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Borçlar Kanunu'nda düzenlenen 403. maddede yer alan, “sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kâr-dan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir” ibaresiyle bu durum yasal altyapıya sahip olmuştur. Burada dikkat çekilmesi gereken bir diğer konu ise, ücretin korunması başlığı altında değerlendirilebilecek olan, anılan maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemedir. Fıkra hükmü, işçiye ödenecek olan pay hususunda uyumsuzluk yaşanması durumunda işçinin istemi üzerine hakimin atadığı bilirkişilerce pay hesabı yapılması ve işverenin talep edilen evrakları ibraz etme gereği düzenlenmiştir. Bu durum, kâr-dan pay verme hususu her ne kadar işverenin tasarrufunda bulunsa da işçinin hakkedişinin hukuk düzeni tarafından korunduğunun bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Uygulamada genellikle işverenlerin ücret ekleri ödenmesindeki kıstasları “fiili çalışma karşılığı” ve “filli çalışma karşılığı olmaksızın” yapılan ödemeler olmakla birlikte, yukarıda detaylı bir şekilde belirttiğimiz üzere, ücret ekleri hangi prensibe göre ödeneceğinden ödeme zamanına kadar uzun bir çerçevede çeşitlilik arz etmektedir. Bu hususta detaylı düzenlemelerin özel kanun olarak nitelendirilebilecek olan İş

Kanunu'nda değil de Borçlar Kanunu'nda yer alması da bir çelişki olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu duruma rağmen uygulamada Türkiye'deki yargı nezdinde yapılan değerlendirmede işçiler açısından hak kaybına mahal veren genel bir uygulamanın söz konusu olmadığı da söylenebilecektir. Fakat son tahlilde düzenlemelerin süjeler açısından eksikliğe ve keyfi yorumlara yer bırakmayacak şekilde yapılmasının tarafların selahiyeti açısından en faydalı yol olabileceği hali hazırda doktrinel tartışmalara konu olmaktadır. Ancak bu durumdan yola çıkılarak hali hazırdaki iş mevzuatımızın kazuistik olmaktan çok ilkesel yaklaşımları benimsediği ve işçi lehine yorum ilkesinin gereği gibi yürütüldüğü söylenebilecektir.



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



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



KİEV OFİS

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