

# gündem NAZALI

www.nazaligundem.com

ISSN 2602-3601 / 2021 SONBAHAR / SAYI 17

## Yapay Zekanın Hukuki Sorumluluğu

S. 21

## Avrupa Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma Müessesesi

S. 33

## Emsallere Uygunluk İlkesi Kapsamında "Vade"

S. 55

## Ticari Reklam Hizmetlerinde KDV Tevkifatı Uygulaması

S. 91

## Avrupa Birliği'nden Üçüncü Ülkelere Veri Aktarımı Kapsamında Modernleştirilmiş Standart Veri Koruma Maddeleri

S. 99

ISSN: 2602-3601

YIL: 3 / 2021 SONBAHAR / SAYI: 17

•  
**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 YENİ BİR VARLIK: KRİPTO VARLIK[GENESIS]  
BLOKZİNCİR, KRİPTO VARLIK VE KRİPTO VARLIKLARIN REGÜLE  
EDİLEBİLİRLİĞİ ÜZERİNE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER
- 13 GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TACİRLER HAKKINDA UYGULANMASI
- 21 YAPAY ZEKANIN HUKUKİ SORUMLULUĞU
- 27 MARKA HUKUKUNDA İTİBAR TAZMİNATI
- 33 AVRUPA UYGULAMASI İŞİĞİNDE TÜRK REKABET HUKUKUNDA  
UZLAŞMA MÜESSESESİ
- 41 BASIN İŞ KANUNU’NUN KAPSAMININ BELİRLENMESİ
- 47 İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK NEDENLERİYLE SONA ERDİRİLMESİ
- 55 İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN  
NEDENLERLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ
- 61 EMSALLERE UYGUNLUK İLKESİ KAPSAMINDA “VADE”
- 65 7326 SAYILI KANUN KAPSAMINDA DAVADAN VAZGEÇME ŞARTI  
VE SONUÇLARI
- 71 NEGATİF DIŞSALLIKLARIN VERGİLENDİRİLMESİ
- 73 ANONİM ŞİRKETLER, NOTERLER VE BANKALARIN  
DAMGA VERGİSİ SORUMLULUĞU
- 79 GELİR VE KURUMLAR VERGİSİNDEN YURT DIŞINDA ÖDENEN  
VERGİLERİN MAHSUBUNUN ESASLARI
- 87 BİNEK OTOMOBİL GİDER KISITLAMASI SONRASI BİNEK  
OTOMOBİL SATIŞINDA VERGİ UYGULAMASI
- 91 TİCARİ REKLAM HİZMETLERİNDE KDV TEVKİFATI UYGULAMASI
- 95 İSTEĞE BAĞLI SİGORTA HÜKÜMLERİ
- 99 AVRUPA BİRLİĞİ’NDEN ÜÇÜNCÜ ÜLKELERE VERİ AKTARIMI KAPSAMINDA  
MODERNLEŞTİRİLMİŞ STANDART VERİ KORUMA MADDELERİ

## ÖNSÖZ

*Sevgili Dostlar,*

*NAZALI Vergi & Hukuk olarak kurulduğumuz günden beri, bilgi birikimi ve deneyimimizle en doğru ve hızlı bir şekilde Sizlerle yürümeye devam ediyoruz.*

*2014/Kasım ayında başladığımız bu yolculuğumuzda, Kasım ayı itibarıyla kuruluşumuzun 7. senesini kutluyoruz ve bu sevincimizi başta değerli çalışma arkadaşlarımız olmak üzere Sizlerle de paylaşıyoruz.*

*Öte yandan, NAZALI Gündem dergimizin 17. sayısı ile yine birbirinden farklı konularda Sizlerleleyiz. Değerli çalışma arkadaşlarımız tarafından hazırlanan makaleler, konuları itibarıyla yol gösterici olmaya devam ediyor.*

*Kripto varlıklar üzerine güzel bir hukuki değerlendirme sunan avukat Alper Örnek ile Dila Güneş, hukukçu bakış açıları ile söz konusu varlıkların regüle edilebilirliğini ele almışlardır.*

*Teknolojinin ilerlemesi ile bir başka yenilik, yapay zeka konusu ise hukuki sorumlulukları bakımından avukat Oğulcan Doğan ve Rüya Sofi tarafından incelenmiştir.*

*Rekabet hukuku uygulamasında uzlaşma müessesesini ele alan çalışmaları ile Rekabet Hukuku ve Uyum ortağımız Metin Pektaş ile avukat Deniz Kıvanç ve stajyer avukat Çağrıhan Dinçer, konuyu Avrupa Komisyonu uygulamaları ile karşılaştırarak ele almışlardır.*

*Değerli Üstadımız Gelir İdaresi Grup Başkanı İmdat Türkay tarafından yurtdışından ödenen vergilerin mahsubu ile ilgili hazırlanan makale ise, gelir ve kurumlar vergisi uygulaması açısından oldukça faydalı bir çalışma olmuştur.*

*Ümit ederiz bu sayımızı da keyifle okursunuz. Sağlıklı günler dileriz.*

*Keyifli okumalar.*

**NAZALI GÜNDEM**

## BİZDEN HABERLER

- ◇ **NAZALI VERGİ & HUKUK OLARAK, TÜRKİYE OFİSİMİZDEKİ ÇALIŞMA ARKADAŞLARIMIZLA BİR ARAYA GELDİK.**

1 Ekim 2021 tarihinde gerçekleştirmiş olduğumuz etkinliğimizle, Türkiye ofislerimizdeki çalışma arkadaşlarımızla bir araya gelerek, hem uzun bir aranın ardından yüzyüze birlikte olmanın keyfini çıkarttık hem de Türkiye ofisimizin kuruluşunun 7. yılını kutladık.

- ◇ **YÖNETİCİ ORTAKLARIMIZ ERSİN NAZALI VE ÇAĞDAŞ GÜREN, ULUSLARARASI TÜRK UKRAYNA İŞADAMLARI DERNEĞİ (TUİD)'Nİ ZİYARET ETTİ.**

NAZALI Vergi & Hukuk-Ukrayna ofisimizin açılması ile birlikte vergi ve hukuk alanında Ukrayna'da da hizmet vermeye başlayan ofisimiz, yönetici ortaklarımızın Ukrayna ziyaretinde TUİD'i de ziyaret ederek dernek başkanı sayın Burak Pehlivan ile bir araya geldiler.



# YENİ BİR VARLIK: KRİPTO VARLIK

## [GENESIS]

### BLOKZİNCİR, KRİPTO VARLIK VE KRİPTO VARLIKLARIN REGÜLE EDİLEBİLİRLİĞİ ÜZERİNE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER

**Alper ÖRNEK**  
Avukat

**Dila GÜNEŞ**  
Avukat

#### ÖZET

Kişiler arası iletişim ve etkileşimin doruk noktasına ulaştığı 21. yüzyıl, daha önce görülmemiş teknolojilerin ortaya çıktığı ve bu kapsamda bugüne kadar süregelen birçok iş görme şeklinin yerine her gün başka bir iş görme şeklinin benimsendiği bir dönem olmaktadır. 1990'ların ortalarından itibaren, anlık mesajlaşmalar, e-posta, VoIP, video görüşmeler ve tartışma forumlarıyla, bloglarıyla, sosyal ağlarıyla ve online alışveriş siteleriyle gelen world wide web (bilinen adıyla internet), kültürümüzde ve toplumumuzda bir devrim yaratmış ve geleneksel noktada, "blokzincir" olarak isimlendirilen ve 2008 yılında Satoshi Nakamoto tarafından tohumları ortaya atılan teknolojinin hayatımıza girişine aracılık etmiştir. Kişilerin daha önce görülmemiş hızda ve anonimlikte birçok farklı işlem yapabilmesini sağlayan bu teknolojinin, hukukun regülasyon şemsiyesi altından kaçabileceğine dair birçok yaklaşım olsa da interneti dahi zamanla regüle etmeyi başarabilmiş egemen güçlerin, blokzincir teknolojisini de hukukun bu şemsiyesinden ari tutmaları düşünülemezdir. Birden fazla ülkeyi aynı anda ilgilendiren böylesi bir konuya dair ulusal yaklaşımların derlenmeye çalışıldığı bu yazı dizisinin ilk bölümü olan bu çalışma içerisinde blokzincir teknolojisi, kripto varlıklar ve kripto paraların hukuki niteliği ile bu alanların regüle edilebilirliği üzerine değerlendirmelerde bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Blokzincir, Kripto Varlık, Kripto Para, Bitcoin, Hukuki Nitelik.

teknolojilerin doğurabileceği sonuçların dikkate alınması yoluyla anılan kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olunmasına bağlıdır.

#### GİRİŞ

Blokzincir teknolojisi ve kripto varlıklar bilişim, ekonomi, hukuk gibi pek çok farklı disiplini ilgilendiren ve bu disiplinler içerisinde de farklı nosyonlara temas eden kavramlardır. Bu kavramların birden fazla disiplini ilgilendiriyor olması blokzincir teknolojisinin kendi içerisinde sahip olduğu fonksiyonların sınırlandırılmasının mümkün olmamasından ve aslen herhangi merkezi bir otorite tarafından yönlendirilmiyor olmasından ileri gelmektedir.

Kripto varlıkların hukuki düzenlemeler kapsamında koruma altına alınması ve kripto varlıklar özelinde gerçekleştirilecek işlemlere dair usul ve esasların belirlenebilmesi, blokzincir teknolojisinin ve kripto varlıkların özünde ne oldukları, teknik yapıları, nitelikleri ve bu

Kripto varlıkları ve blokzincir teknolojisini hukuki düzenlemelerin kapsamına dahil etme ve kıyas yoluyla da olsa bunlara bir zemin oluşturma amacı güden çalışmalarda ortaya çıkan ortak sonuç, mevcut durumda kıyas yoluyla bazı belirlemelerin yapılması gerektiğinin yanı sıra bu alanı kapsamlı şekilde ele alan hukuki düzenlemelere ihtiyaç olduğudur.

Bu çalışmamız blokzincir ve kripto varlık kavramlarına ilişkin hukuki zeminin ve değerlendirmelerin ilerleyen dönemde değişip şekillenebileceğinin bilinciyle, bu kavramlara ilişkin mevcutta bulunan mülahazaları toplu bir şekilde ortaya koymak amacıyla hazırlanmıştır. Bu yazımızda blokzincir ve kripto varlık kavramlarına genel bir giriş yapılacaktır, anılan kavramlara mevcut hukuki yaklaşımlar özetlenecektir.



Yazımızın yayımlanmasını takip eden dönemde tarafımızca yeni çalışmalar yapılarak bunların bir seri haline getirilmesi ve bu seride olası gelişme, değişiklik ve gündem konularına göre blokzincir ve kripto varlık kavramlarının farklı hukuk prensipleri çerçevesinde değerlendirilmesi planlandığından, işbu yazımız başlığına, blokzincir teknolojisi kapsamında oluşturulan ilk bloğa verilen isim olan “Genesis” önağ eklenmiştir.

## 1. BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİ VE KRİPTO VARLIKLAR

Kişiler arası yahut kurumlar arası kayıtların tutulması ve daha da önemlisi bu kayıtların uzun bir süre boyunca değiştirilmeksizin yahut tahribata uğramasına izin vermeksizin saklanması faaliyetleri tarih boyunca insanların zamanını ve emeğini almış; bu uğurda kütüphaneler, saklama alanları ve arşivler oluşturulmuş; geldiğimiz noktada ise teknolojinin İmkânları seferber edilerek tüm bu kayıtların bilgisayarlar üzerinde tutulması makul görülmüş, akabinde, teknolojinin günbegün gelişen İmkânları sonucu tutulan kayıtlar bulutlara<sup>1</sup> gönderilmiş ve kayıtların online bir platform üzerinde tutulması maliyet açısından daha avantajlı<sup>2</sup> ve güvenli görülmüştür.

Gerçekten de fiziki olarak tutulmaya çalışılan her kaydın bir gün zamana yenik düşerek çürüyelebileceği, çürümese dahi çalınabileceği, yanabileceği, ıslanabileceği, yırtılabileceği yahut kaybolabileceği ortadadır. İlâveten, insanlığın uzaya doğru yelken açtığı böylesi bir çağda<sup>3</sup>, yazılı kaynaklara alternatif olarak, fiziki kayıt saklayıcılarına dahi ihtiyaç duyulmak-

sızın kayıtların muhafaza edildiği, korunabildiği ve paylaşımına açılabilirdiği teknolojilerin insanlığın kullanımına sunulmasının, ilerleme idesine daha uygun olduğu rahatlıkla ifade edilebilecektir.

Bu doğrultuda gelinen son nokta, bireylerin sahip oldukları ekonomik değerdin de dijitalleştirilmesi yolu ile kayıt altına alınması ve fiziki müdahaleler ile bu ekonomik değerdin zayı olmasının önüne geçilmesini sağlayabilecek yeni bir “varlık kayıt sistemi”nin uygulamaya alınması olmuştur.

Mal veya hizmetlerin toplum içinde mübadelesi adına milattan öncesinden bugüne değin kullanılagelen deniz kabuğu, hayvan derisi, değirli taş ve son olarak “para” ismi ile nitelendirilen kâğıt parçaları, artık bugün yaşamlarına fiziki bir varlık olmaktan öte “sayısal bir değir” olarak devam etmektedirler. Öyle ki Kuzey Avrupa’da artık işletmeler kâğıt para kabul etmeye dahi başlamışlar ve sadece kredi kartı yahut banka kartları aracılığı ile ödeme alma şeklinde bir prensip oturtmuşlardır<sup>4</sup>.

Görüleceği üzere kâğıt paraların dahi geçerliliklerini kaybetmeye başladıkları bu dönemde insanların üzerinde ortak bir mutabakata vardıkları kayıt sistemleri, kişilerin sahip oldukları varlıkların fiziken hareket etmesini gerektirmeksizin kişilerin iş ve işlemlerine devam etmelerine olanak sağlamakta ve örneğin 1.000.000-TL değirindeki bir satın almanın gerçekleştirilmesi için paranın fiziken el değıştirmesine gerek bırakmaksızın bir bankadan değir bir bankaya giden basit bir mesaj ile işlemin gerçekleştirilmesine ve işlem bedeli tutarındaki varlığın el değıştirmesine imkân vermektedirler.

<sup>1</sup> Bulut bilişim (cloud computing): Bilgisayarlar ve değir cihazlar için, istendiği zaman kullanılabilen ve kullanıcılar arasında paylaşılan bilgisayar kaynakları sağlayan, internet tabanlı bilişim hizmetlerinin genel adıdır. Kullanıcılar, veri saklama işlemlerini bilgisayarlarının yahut akıllı telefonlarının harici bellekleri üzerinde yapmak yerine, internet tabanlı bu hizmetlere verilerini taşıyarak hem veri depolama kaygısından hem de verilerinin sadece tek bir kaynakta güvenli bir şekilde depolanıp depolanmadığını düşünmek sorunundan kurtulmuş olmaktadır.

<sup>2</sup> Tüm bu yazı boyunca kullanılan “avantajlı”, “faydalı”, “verimli” yahut “uygun” gibi nitelermeler ekonomik faydacı (utilitaryanist) bir yaklaşım gözetilerek kullanılmıştır. Zira herhangi bir teknolojinin sadece faydalarından söz edip toplum düzeni üzerinde gerçekleştirilebileceği yıkıcı etkilerin göz ardı edilmesi ancak böyle bir okuma ile mümkündür.

<sup>3</sup> Jeff Bezos ve Richard Branson’un 2021’in Temmuz ayında yapmış oldukları “turistik” uzay seyahatlerini de dikkate alacak olursak insanlığın uzay yürüyüşünün her zamankinden daha hareketli bir döneme girdiği rahatlıkla ifade edilebilecektir.

<sup>4</sup> [https://verdict-payments.nridigital.com/payments\\_mari8/the\\_rising\\_trend\\_of\\_no\\_cash\\_accepted\\_as\\_european\\_currency\\_goes\\_electronic](https://verdict-payments.nridigital.com/payments_mari8/the_rising_trend_of_no_cash_accepted_as_european_currency_goes_electronic) (Erişim Tarihi 20.09.2021 - 15:03)

Bankalar aracılığı ile gerçekleşen bu işlemlerin dezavantajlı boyutu ise işlemin gerçekleşmesi için birden fazla bankanın beşerî veya elektronik süreçlerinin tamamlanmasının beklenmesi, bankaların bu işlemler için kullanıcılardan talep ettikleri ilave bedeller, kullanıcıların sadece bankaların tuttukları veri kayıt sistemlerine güvenmek zorunda bırakılmış olmaları ve tüm bu süreçler sırasında tarafların işleminden vazgeçme ihtimâlleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anılan bu olumsuzluklardan kaçınılabilmesi adına her bir kullanıcının sisteme aynı oranda hâkim olduğu ve sistem üzerindeki tüm verilerin her bir kullanıcı tarafından da teyit edilebildiği, böylece kullanıcıların sadece bir aracı kuruma güvenmek zorunda bırakılmadığı ve dünyanın her bir köşesinden sisteme dahil olacak her bir kişinin bankaların insafına bırakılmadığı bir veri kayıt sisteminin kurulması ve para ismi ile somutlaştırılan mübadele aracı somut değerlerin “soyutlaştırılması” düşüncesi ortaya çıkmıştır.

2008 yılında *Satoshi Nakamoto* (kişi, kurum, ya da devlet), herhangi merkez bankası, resmi kuruluş ve benzeri bir aracı kurumun katılımı olmadan, ödeme işlemlerine olanak tanıyan bir sisteminin kavramsal ve teknik detaylarını özetleyen bir makale<sup>6</sup> yayınlamış ve ortaya çıkan bu düşüncüyü sistematik ve kavramsal bir düzeyde ifade etmeye çalışmıştır. Makalenin insanlara verdiği mesaj ise kısaca şudur:

*“Ey insanlar, birbirinizi tanıyın ya da tanımayın, artık güvenilir bir veri kayıt sistemi kurmak için merkezi yapılara ihtiyacınız kalmadı. Ben bu problemi/ ihtiyacı çözdüm. Ve çözerken matematiğin ve teknolojinin gücünü kullandığım için, bu sistem asla manipüle edilemez, değiştirilemez, yok edilemez”<sup>7</sup>.*

## 1.1. BLOKZİNCİR TEKNOLOJİSİ NEDİR?

Emeklemeden koşulamayacağı gibi blokzincir kavramını anlamaya çalışmaksızın kripto varlıklar üzerine değerlendirmede bulunmak da aynı oranda imkânsız olacaktır. Bu nedenle çalışmamızın işbu alt başlığı, blokzincir teknolojisinin açıklanması çabasına ayrılmıştır.

Blokzinciri zihnimizde canlandırmak için, internet ile karşılaştırma yapılabilecektir. Blokzincir ve internet arasındaki paralellik oldukça aşikardır. İnternet nasıl ki bilgi paylaşımı için global ağ ise, blokzincir de değer / kayıt paylaşımı için global ağ olarak düşünülebilecektir<sup>8</sup>. Ancak burada dikkat çekilmelidir ki blokzincirin kullanım alanı sadece finansal işlemler ile sınırlı değildir.

Blokzincir, verilerin kaydedilmesi ve takip edilmesi yöntemi olarak, “dağıtılmış kayıt” olarak tanımlanabilir. Blokzincir, bilgisayarlardan oluşan bir ağda paylaşılan bir veri tabanı olarak değerlendirilebilir. Her bir bilgisayarda aynı veriler kayıtlıdır. Temelde blokzincir, internet alt yapısına yeni bir katman eklemektedir<sup>9</sup>.

Blokzincir, gerçekten de bloklar üzerine kaydedilen ve bu bloklarda yer alan verilerin herkesçe teyit edildiği ve bu itibarla güvenilir, merkezi olmayan, şeffaf, anlaşma temelli, aracısız ve global bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Blokzincir modeli iki temel kavramdan meydana gelir: Blokzincir oluşturan bloklar ve bu blokları oluşturan kayıtlar. Sistemde yer alan herhangi bir blok, kendisinden ön-

5 Paranın soyutlaştırılması meselesi ilkesel anlamda ele alındığında kişilerin doğrudan birbirlerine somut bir mübadele aracı vermedikleri (örn. “bozuğum kalmadı onun yerine iki sakız vereyim” şeklinde bir yaklaşımın benimsenemeyeceği) ve bu doğrultuda herkesin belirli bir sistem üzerinde yer alan belirli kayıtlara güvenerek birbirinin alım gücünü değerlendirdiği bir sisteme gidişin ilk basamağı olarak kabul edilecektir. Kaldı ki bugün dahi maaşların yahut sair ödemelerin banka kartları yahut kredi kartları aracılığı ile kullanıldığı kabul edilirse, paranın soyutlaştırılmasının sınırlı kaynakların efektif kullanımı anlamında daha uygun bir metot olacağı ifade edilebilecektir.

6 NAKAMOTO Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, 2008.

7 USTA Ahmet/DOĞANTEKİN Serkan, Blockchain 101, BKM Bankalararası Kart Merkezi.

8 Gülçin FEYZİOĞLU, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2020, sf. 1-3.

9 Fülürya BİLGİN, “Blokzincir Teknolojisinin Bitcoin Dışında Bazı Uygulama Alanları”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2020, sf.77.



ceki ve sonraki bloklara *özet algoritması*<sup>10</sup> ile bağlanmıştır. Bu yüzden teknolojinin adı zincirle bağlı bloklar anlamına gelen blokzincir olmuştur<sup>11</sup>.

Blokzincir teknolojisinde her bir katılımcı, başlangıçtan itibaren tüm kayıtların bir kopyasını tutar. Bu kayıtların değiştirilmesi, özetlerin değişmesine yol açacağından ötürü kayıtlar değiştirildiğinde çoğunluk bunu fark edebilecektir ve dolayısı ile güvenilir ortamda merkezi bir veri tabanı ihtiyacı ortadan kalkmaktadır. Blokzincir teknolojisi ile herkesin doğrulama yapabildiği dağıtık bir veri tabanı sistemi ile kimseye güvenmeye gerek kalmadan doğru bilginin tutulduğu ispatlanabilmektedir.

Dördüncü sanayi devriminin bir parçası olarak görülen blokzincir, çoğunlukla finansal hizmetlerde kullanılmaya başlansa bile; içerdiği birçok avantaj bu teknolojinin daha fazla sektörde pek çok farklı faaliyet için potansiyel taşıdığına işaret etmektedir. Ulaşım, siber güvenlik, tedarik zinciri, sağlık, eğitim, tarım, enerji, hukuk, medya, müzik, vergiler, kimlik yönetimi, kayıt yönetimi, telif hakları, oy kullanma ve benzeri uygulama alanları bulunmaktadır. Unutulmamalıdır ki blokzincir, temelde herkesin üzerinde ortak mutabakatı bulunan ve tüm kullanıcılar tarafından teyit edilebilen bilgilerin çevrimiçi olarak depolanmasına imkân veren bir sistemdir ve bu itibarla anılan amaca uygun olacak her anlamda kullanılması mümkündür.

Sağlık sektöründe blokzincirden, tıbbi işlem ve bilgi kayıtlarının tutulması, işlemlerde ilgili tarafların arasında güvenli olarak transferi, ilaç sahtekârlıklarının belirlenmesi ve hatta önüne geçilmesi gibi konularda

yararlanılabilecektir. Estonya hükümeti 2011 yılında Guardtime isimli bir proje başlatmış ve sağlık platformunun blokzincir teknolojisi üzerinde çalışmasını sağlamıştır<sup>12</sup>. Devlet işlerinde de birçok değişik uygulama için blokzincirden yararlanılabilecektir. Bunlar arasında kimlik, pasaport, doğum belgesi, evlilik cüzdanı, tapu kaydı gibi önemli dokümanları ve resmi sertifikaları şifreleme ve yönetme yer almaktadır. Blokzincir teknolojisi resmi evrak ve belgeleri şifreleyerek ve vatandaşları bu önemli veriye erişebilmele-ri için yetkilendirerek kayıt saklamayı daha güvenli şekle getirebilecek ve tüm bu bilgilerin tek elde tutulması zorunluluğunun önüne geçebilecektir.

Blokzincirler yapılarına göre (a) izinsiz/kamuya açık blokzincir, (b) özel blokzincir ve (c) karma blokzincir olarak üçe ayrılabilir. Açık blokzincirler genelde izinsiz blokzincirler olup ilgili herkes zincirdeki verilere ulaşabilir, işlem yapabilir ve denetleyebilir. Bu yapı merkezi olmayan bir yapı olarak kabul edilmektedir. Merkezi olmayan yapıda merkezi olmayan bir ağ söz konusu olduğu için herkes bilgiye ve yetkiye sahiptir.

İzinli (özel/kapalı) blokzincirlerde kontrol özel kişilerin veya kuruluşların elinde bulunmaktadır. Burada merkezi bir yapı bulunmakta ve blokzincirin kontrolü bir merkezden sağlanmaktadır. İzinli blokzincir, klasik merkezi veri tabanlarına benzemektedir ve bu tür açısından veri tabanından daha iyi olup olmadığı sorusu ortaya çıkabilecektir. Bu yapıya merkezi yapı denilmektedir.

Hibrid/karma blokzincir sistemlerinde ise sistem sadece bazı grupların kontrolündedir. Herkesin değil, sadece belli başlı kişilerin, bu

<sup>10</sup> Farklı uzunluklardaki verilerin sabit bir uzunluğa dönüştürülmesini sağlayan ve aynı girdi ile her zaman aynı çıktıyı veren tek yönlü fonksiyonlardır. Bir metinde yapılan tek karakterlik bir değişiklik, metnin özetinin tamamını değiştirir. Özet fonksiyonları veri bütünlüğü kontrolü sağladıkları için blokzincir veri tabanında büyük öneme sahiptir. Bloklar özetleri alınırken kendisinden bir önceki bloğun özet değeri de girdi olarak eklenir ve n'inci blok içerisinde n-1'inci blok özet değeri bulunması bağından ötürü bir blok kendisinden önceki tüm bloklara ait bilgi bulundurulur.

<sup>11</sup> <https://blokzincir.bilgem.tubitak.gov.tr/bz-calistay/blok-zincir.html> (Erişim Tarihi 20.09.2021 - 15:59).

<sup>12</sup> İsmail KIRBAŞ, "Blokzinciri Teknolojisi ve Yakın Gelecekteki Uygulama Alanları", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, C. 9 S. 1, 2018

sistemdeki işlemlere onay verme ve geçerli kılma yetkileri bulunmaktadır<sup>13</sup>.

## 1.2. KRİPTO VARLIKLAR

Kripto varlıklar da blokzincir sistemleri üzerinden oluşturulan ve çoğunlukla ekonomik amaçlarla çıkarılan ve transfer edilen elektronik bir varlık tipini ifade eder. Kripto varlıklar en temelde birer bilgisayar kodundan ibarettir, diğer bir deyişle elektronik ortamda tutulan birer veridir. Bu veri birden fazla yerde depolandığı ve internet üzerinden transfer edildiği için herkesin değil sadece ilgili kişilerin bu verilere erişebilmesini sağlamak adına veriler açık birer metin olarak değil belirli kriptografik yöntemler/algoritmalar kullanılarak şifrelendikten sonra depolanmaktadır<sup>14</sup>.

Kripto varlıklar tek tip değildir. Söz konusu veriyi ve ona uygulanacak kuralları oluşturan, yani ilk kodu yazan kişi, çok farklı özelliklere sahip kripto varlıklar üretebilecektir. Kripto varlıklar içerisinde yer alan verilerin kendiliğinden bir değeri yoktur. Bu varlıkların kullanıldığı platformlara göre yatırımcılar bu verilere erişim sağlayacak anahtarlara ekonomik değer biçerler ve bunlar el değiştirir. Başka bir deyişle, kripto varlık içerisinde bir ekonomik değer depolanmış değildir. Siz bir kripto varlık borsasından Bitcoin aldığınızda aslında aldığınız şey bir Bitcoin değil, bir Bitcoin'i ağda yer alan diğer birimlere transfer etmenize yarayacak olan şifrelenmiş bir anahtardır<sup>15</sup>.

Kripto varlıklar temelde birer kod parçası olduğundan, kodu oluşturan yazılımcının istek ve amaçlarına göre çok farklı şekillerde oluşturulabileceklerdir ve bu itibarla, bütün kripto varlıkları kapsayacak detaylı bir sınıflandırmanın yapılması imkânsız olacaktır.

Tüm bu açıklamalar tahtında kripto varlıkların üç ana başlık altında sınıflandırılmasından önce “token” ve “coin” kavramlarının açıklanması, kripto varlıkların anlamlandırılabilmesi açısından önemli olacaktır.

**Coin:** Geliştirilen bağımsız bir ağ veya blokzincir üzerinde kullanılmak için oluşturulan kripto paralar için kullanılan terimdir. Geliştirilmiş ve ondan sonra oluşturulan diğer kripto paralara ilham vermiş ilk coin Bitcoin'dir. Bitcoin, kendi yerel blokzincirini kullandığı gibi, XRP, Ripple ağını ve ETH, Ethereum blokzincirlerini kullanır. Bu blokzincirler boyut, hız, madenci sayısı, verimlilik ve kurallara göre birbirinden ayrışır. Geliştiriciler, coin'lerin vizyonunu da bu ağların çalışma yapısına yansıtırlar. Kripto paralar bir değişim aracı olarak kullanılır. Öte yandan Bitcoin dışındaki diğer bazı kripto paralar kendi protokolleri kapsamında güncellemeler ve ağına geleceği hakkında alınacak kararlarda söz sahibi olmaya da yarar. Hissedar demokrasisi kavramına çok benzeyen DASH buna bir örnek oluşturur. Belirli bir miktar DASH sahibi olan kullanıcılara ağ ile ilgili önemli kararlarda söz sahibi olma hakkı verilir.

**Token:** Kendi bağımsız blokzincir veya ağları üzerine inşa edilmemiş kripto para birimleridir. Yerleşik, mevcut blokzincirleri üzerinde çalışırlar ve bu nedenle oluşturmak çok daha kolay ve hızlıdır. Şu an piyasada karşılaşılabilecek çok büyük oranda token Ethereum blokzincir üzerine inşa edilmiştir. Tether (USDT), Chainlink (LINK), USD Coin (USDC) ve Uniswap (UNI) Ethereum blokzinciri kullanan ve en çok işlem gören jetonlardan bazılarıdır<sup>16</sup>. İkinci olarak token, birçok merkezsiz finans (veya DeFi) token'ının yaptığı gibi başka bir kripto para blokzincir üzerinde çalışan belirli dijital varlıkları

<sup>13</sup> Detaylı bilgi için bkz.: Vince TABORA, “Databases and Blockchains, The Difference Is In Their Purpose And Design”, <https://hackernoon.com/databases-and-blockchains-the-difference-is-in-their-purpose-and-design-56ba6335778b> (Erişim Tarihi 20.09.2021 - 16:56).

<sup>14</sup> Osman Gazi GÜÇLÜTÜRK/ Sinan YÜKSEL, “Kripto Varlıkların İlk Arzı (ICO) ve Türk Hukukunda İlgili Düzenlemelerin Tespiti”, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2020*, sf.182.

<sup>15</sup> GÜÇLÜTÜRK/YÜKSEL, a.g.m., sf.183,

<sup>16</sup> [https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/kriptopara-cryptocurrency-jeton-token-ve-koin-coin-nedir-aralarindaki-farklar-nelerdir/?\\_\\_cf\\_chl\\_jschl\\_tk\\_\\_=pmd\\_BP77pFqjnG4yCEpXsZoUosGqTJLLuOl3PQ6KcxQgrns-1632145008-0-gqNtZGzNApCj-cnBsZQil](https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/kriptopara-cryptocurrency-jeton-token-ve-koin-coin-nedir-aralarindaki-farklar-nelerdir/?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_BP77pFqjnG4yCEpXsZoUosGqTJLLuOl3PQ6KcxQgrns-1632145008-0-gqNtZGzNApCj-cnBsZQil) (Erişim Tarihi 20.09.2021 - 16:42).

tanımlamakta kullanılır. Token'lar, merkezsiz takasları olanaklı kılmaya yardımcı olmaktan video oyunlarında nadir öğeleri satmaya kadar çok çeşitli potansiyel işlevlere sahiptir. Bunun yanı sıra diğer herhangi bir kripto para gibi takas edilebilir veya saklanabilirler<sup>17</sup>.

Tüm bu anılanlar ışığında, özetle, kripto varlıkları üç ana başlık altında toplamak, kavramın ele alınması adına kolaylaştırıcı olacaktır:

### **i. Parasal Kripto Varlıklar**

Parasal kripto varlıklar ödeme aracı veya değer değişim aracı olarak kullanılmak üzere çıkarılan kripto varlıklardır. En yaygın kripto varlık olan Bitcoin ve *cryptocurrency* olarak adlandırılan diğer kripto varlıklar çoğunlukla bu sınıfa dahildir. Yabancı literatürde “*payment token*” veya “*currency token*” gibi kavramlarla ifade edilen kripto varlıklar da yine büyük çoğunlukla bu sınıfa dahildir. Bu kripto varlıklar ödeme sistemlerinin hız ve verimliliğini iyileştirmeleri ve geleneksel ödeme sistemlerinde gerekli olan banka ve benzeri kurumlara erişimi olmayan kişileri finansal sisteme dahil etmeleri bakımından kullanışlıdır.

### **ii. Menkul Kıymet Benzeri Kripto Varlıklar**

Menkul kıymet benzeri kripto varlıklar herhangi bir ülke hukukuna göre menkul kıymet ya da finansal araç tanımı kapsamında kalan, bir gelir akışındaki paya veya katılıma karşılık gelen varlıklardır. Bu sınıfa girecek olan kripto varlıkların belirlenmesinde AB seviyesinde ve ulusal hukuklarda yer alan menkul kıymet (“*security*”) tanımları dikkate alınmaktadır. Yabancı literatürde “*security token*”, “*investment token*” veya “*asset token*” olarak değerlendirilen kripto varlıklar çoğunlukla bu sınıf kapsamında kalmaktadır.

### **iii. Hizmet Amaçlı Kripto Varlıklar**

Hizmet amaçlı kripto varlıklar sahiplerine belirli bir hizmete ya da platforma erişim hak-

kı veren veya kapalı devre sistemler içerisinde ödeme aracı olarak kullanılan kripto varlıklardır. Yabancı literatürde bunlara genel olarak “*utility token*” denmektedir. Bu kripto varlıklar özellikle yeni kurulan işletmeler için ortaklık yapısını değiştirmeden fon toplanmasına imkân sağlamaları ve bunu yaparken aynı zamanda belirli bir kullanıcı kitlesi oluşturmaları açısından önemlidir.

## **2. HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER**

Kripto varlıklar ve bunlara ilişkin terimler henüz Türk hukuku kapsamında tam olarak düzenlenmiş değildir. Bu konuda uygulamada farklı değerlendirme ve tanımlama çalışmaları yapılmış olmakla birlikte, aşağıda daha detaylı şekilde değinileceği üzere bu çalışmalar mevcut hukuk nosyonları ile kıyas edilmek suretiyle kripto varlıkların hukuki bir çerçevesinin belirlenmesine ilişkindir. Ne var ki mevcut değerlendirmeler kapsamında net bir sonuç yahut kapsam belirlenmiş ve kripto varlıkların hukuki niteliği netleştirilmiş değildir.

Konuya ilişkin hukuki değerlendirmelerimize geçmeden önce, kripto varlık kavramıyla kastedilen içeriğin ne olduğu konusunun netleştirilmesinde fayda olacaktır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de değinildiği üzere kripto varlık dendiğinde akla ilk gelen örnek Bitcoin olmakla birlikte, kripto varlıkları yalnızca kripto para (coin ve bilhassa Bitcoin) özelinde düşünmemek gerekir. Çalışmamızın bu kısmında kripto varlıklar arasında uygulamada karşımıza en çok çıkan örnek olması nedeniyle kripto paralar üzerinden ilerlenerek, hem bunların hukuki niteliği ile hangi hukuki kavramlar dahilinde değerlendirilebileceği hem de kripto varlıkların regüle edilebilirliği konusunda inceleme yapılacaktır.

### **2.1. KRİPTO PARA KAVRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ**

Kripto varlıklar hakkında Türk hukukunda şu ana kadar yer bulan tek düzenleme 16.04.2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmi Gazete’de yayımla-

17 <https://www.coinbase.com/tr/learn/crypto-basics/what-is-a-token> (Erişim Tarihi 20.09.2021 - 16:44).

nan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik ("Yönetmelik")'tir. Bu Yönetmelik kapsamında getirilen düzenlemelere aşağıda kısaca değinilecek olmakla birlikte bu aşamada Yönetmelik uyarınca en azından kripto varlık kavramının tanımının yapılmış olduğunu belirtebiliriz. Yönetmelik madde 3 fıkra 1 uyarınca *"dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar"* kripto varlık<sup>18</sup> olarak kabul edilmektedir.<sup>19</sup> Bu tanım esasen içerisinde pek çok hukuki kavrama atıf yapan ve hukukun farklı prensipleri altında değerlendirme yapılmasını gerektiren bir tanımdır. Kripto varlıkların hukuki niteliğine ilişkin mevcut değerlendirmelere bakıldığında da kripto varlıkların para/elektronik para, eşya, fikri hak, menkul kıymet ve benzeri farklı nosyonlarla kıyaslandığı görülmektedir.<sup>20</sup>

Kripto varlıklar blokzincir üzerinde oluşturulan elektronik varlıklar olup kullanım şekillerine göre kripto para olarak geçen ve sanal paraya benzeyen<sup>21</sup> ödeme birimleri ile benzeri başka şekillerde meydana gelebilmektedir. Kripto paranın hukuken para niteliğinde olup

olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Yapılan değerlendirmeler genel itibarıyla, bir ödeme aracının para olarak kabul edilmesi için hukuken sağlaması gereken; alım-satım değerini haiz olma, bir devlet otoritesi altında çıkarılmış değişim aracı olma, ödeme aracı niteliğinde bir varlık olma gibi kriterleri kripto paranın sağlayıp sağlamadığı hususu üzerine eğilmektedir.<sup>22</sup> Kripto para özelinde değerlendirme yapıldığında kripto paranın; (i) mevcut tüm para birimleri karşısında belirli bir alım-satım değerinin bulunmaması<sup>23</sup>, (ii) para olarak kabul edilmek için gereken ödeme aracı olma özelliğini haiz olmaması<sup>24</sup> ve (iii) bir devlet tarafından tedavüle alınmayarak bu alanda yetkisi olmayan herkesçe oluşturulabilmesi<sup>25</sup> nedenleriyle hukuken para niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Her ne kadar hukuken para olarak kabul görmese de kripto paraların maddi bir karşılığının olduğu bilinen bir gerçektir ve piyasada değişim aracı olarak kullanılmaktadır. Bu bakımdan kripto paranın kullanıldığı ilişkilerin hukuki açıdan koruma altına alınması amacıyla kıyasen bir hukuk nosyonu çerçevesine alınması gerekli görülmüştür.<sup>26</sup> Bu gerekliliğe çözüm bulmak adına bazı yazarlar kripto paraların Türk Medeni Kanunu ("TMK") kapsamın-

18 Yönetmelik kapsamında özellikle "kripto para" kavramının kullanılmadığı ve "kripto varlık" şeklinde kullanım yapıldığına yönelik açıklamalar için bkz.: Berk KAPANCI, "Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: "Sanal Para (Varlık) Değerleri ve "Akıllı Sözleşmeler" Üzerine Değerlendirmeler", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Temmuz 2021, s. 171*

19 Kripto varlıklara ilişkin hukuki düzenlemeler ve kripto varlık kavramına ilişkin açıklamalar için bkz.: GÜÇLÜTÜRK Osman Gazi/CANKAT Rifat, "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kripto Varlıkların hukuki Niteliği", *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Temmuz 2021, s. 215-216*.

20 Kripto paranın hukuki niteliğinin tespiti için farklı hukuk nosyonlarında değerlendirme yapmak gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Asuman TURANBOY "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 35. Cilt, 2019, b.a.

21 Bu noktada sanal para, elektronik para ve kripto paranın aynı anlama gelmediğini belirtmekte fayda vardır. Elektronik para olarak geçen kavram hukuken kabul edilmiş bir para türü olmakla birlikte, sanal paranın kripto paraları da içerisinde barındıran ve henüz hukuken geçerliliği kabul edilmeyen, blokzincir yahut bilgisayar yazılımları üzerinde kullanılan birimler olduğu yönündeki görüşü doğrultusunda sanal para ve elektronik para ayrımı ile sanal para türlerine ilişkin daha detaylı açıklamaları için bkz.: KAPANCI, a.g.m., s. 166-169. Kripto paraları hem elektronik paradan hem de sanal paradan ayıran görüş için bkz.: Alican MERT, "Deniz Kabuğundan Kripto Paraya: Bitcoin'in Vergisel Boyutu.", VIII. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu (Bildiri Kitabı), 2018, s. 305-306

22 Cümlede sayılan özellikleri taşımamaları nedeniyle kripto paraların hukuken para niteliğinde olmadığına ilişkin görüşler için bkz.: TURANBOY, a.g.m., s. 48; Gençer ÖZDEMİR, "Kripto Paraların Eşya Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 11, sayı. 1, Haziran 2021, s. 296.

23 ÖZDEMİR, a.g.m., s. 296. Kripto paraların değişken bir alım-satım değeri olmasının hukuken para olarak kabul edilebilmesi için yeterli olmayacağı yönünde bkz.: TURANBOY, a.g.m., s. 56

24 TURANBOY, a.g.m., s. 53; Bilhassa Türk hukukunda Yönetmelik uyarınca kripto paraların ödemelerde kullanılamayacak olması nedeniyle kripto paraların hukuken para niteliğini haiz olmadığı yönünde bkz.: ÖZDEMİR, a.g.m., s. 296

25 TURANBOY, a.g.m., s. 53; KAPANCI, a.g.m., s. 167

26 ÖZDEMİR, a.g.m., s. 297



da eşya olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda değerlendirme yapma yoluna gitmişlerdir. TMK kapsamında eşyanın kesin bir tanımının olmamasından hareketle, bu soruya yanıt bulabilmek için doktrinde kabul gören eşya tanımından yola çıkılması ve eşyanın; cismanilik, sınırlarının belli olması, hakimiyet kurulmaya elverişli olması, iktisadi bir değer taşınması ile kişi dışılık unsurları<sup>27</sup> özelinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>28</sup> Eşyaya ilişkin olarak doktrin ve uygulamada belirlenen bu unsurlar -bilhassa cismanilik unsuru- kapsamında değerlendirme yapılırken dikkat edilmesi gereken bir husus daha vardır ki o da kanun koyucunun kimi durumlarda gelişen ihtiyaçları karşılayabilmek adına aynı hakların temel prensiplerinden<sup>29</sup> ayrılarak gayri maddi mallar ve fikri ürünler üzerinde aynı hak tesis edilmesini mümkün kılan istisnai uygulamalarıdır. Bir diğer deyişle doktrin ve uygulama kapsamında belirlenen kriterler kimi zaman gelişen teknoloji ve yeni ihtiyaçlar karşısında yetersiz yahut dar kapsamda kalabilmektedir ve kanun koyucu gelişen düzene uyum sağlayabilmek adına istisnai uygulamalar benimseyebilmektedir.<sup>30</sup> Bu doğrultuda cismani bir nitelikte olmamasına rağmen örneğin doğal güçler ve enerjinin TMK kapsamında taşınır mülkiyetine konu olabileceğinin hüküm altına alındığını ve aynı haklara ilişkin korumalardan faydalanabileceğini görmekteyiz.<sup>31</sup> Bu uygulamadan yola

çıkan bazı yazarlar kripto paranın da kıyasen benzer bir uygulamaya tabi tutulması ve taşınır mülkiyetine ilişkin düzenlemelerin kripto paralar bakımından kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>32</sup> Buna karşın kripto paranın maddi bir varlığının bulunmaması nedeniyle eşya olarak kabul edilemeyeceği ve aynı haklara ilişkin korumalardan yararlanılamayacağı görüşünü savunan yazarlar da mevcuttur.<sup>33</sup>

Kripto paranın hukuki niteliğine ilişkin olarak fikri haklar gibi farklı kavramlar kapsamında da kıyaslar mevcut olmakla birlikte, çoğunlukla varılan sonuç kripto paranın bu niteliklerde olduğunun savunulamayacağı yönündedir.<sup>34</sup>

Özetle kripto paranın hukuki niteliği, Türk hukuku çerçevesinde net bir şekilde belirlenememiş değildir.

## 2.2. KRİPTO VARLIKLARIN REGÜLE EDİLEBİLİRLİĞİ

Kripto varlıklara ilişkin net bir hukuki nitelik belirlenememesi nedeniyle, bu alanda bir hukuk boşluğu söz konusudur.<sup>35</sup> Güncel durumda kripto paraların kişiler tarafından farklı işlemlere konu ediliyor olması nedeniyle hukuk boşluğunun giderilmesinin gerektiği aşîkârdır. Yazımızın bir önceki bölümünün<sup>36</sup> başında belirttiğimiz üzere kripto varlıklar hakkında Türk

27 Kripto paraları eşya kavramı ile kıyaslayan yazarlara göre kripto paranın kişi dışı bir şey olması nedeniyle kişilik dışı unsurunu, kişiler tarafından yatırım ve değişim aracı olarak kullanılıyor olması nedeniyle iktisadi değer taşıma unsurunu, herkes tarafından görülebilir ve kontrol edilerek farklı işlemlere konu edilebilir olması ile özel anahtarlar aracılığıyla transfer edilebiliyor olması nedeniyle üzerinde hakimiyet kurulabilme unsurunu taşıdığı ifade edilmektedir. Bu konuya ilişkin detaylı değerlendirmeleri için bkz.: ÖZDEMİR, a.g.m., b.a; BİLGİLİ/CENGİL, a.g.m., b.a. Bununla birlikte asıl tartışma konusu kripto paraların cismaniliği yani maddi bir varlığa sahip olmaması noktasında vuku bulmaktadır. Eşya hukuku ile aynı haklara ilişkin temel prensipler ve istisnalar çerçevesinde kripto paraların eşya hukukuna ilişkin korumalardan faydalanabileceği hakkındaki açıklamalar için bkz.: Dipnot 31 ve 32

28 Fatih BİLGİLİ/M. Fatih CENGİL, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", Hukuk Kitaplığı, Ağustos 2015, <https://hukukkitapligi.com/2019/08/06/bitcoin-ozelinde-kripto-paralarin-esya-niteligi-sorunu/> (Erişim Tarihi: 23.09.2021)

29 Aynı hakkın bir eşya üzerinde söz konusu olabileceği ile eşya kavramına ilişkin açıklamalar için bkz.: M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 4-5

30 ÖZDEMİR, a.g.m., s. 299-300; BİLGİLİ/CENGİL, a.g.m., s. 16

31 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, a.g.e., s. 9.

32 ÖZDEMİR, a.g.m., 298-301; BİLGİLİ/CENGİL, a.g.m., b.a.

33 TURANBOY, a.g.m., s. 57-58; KAPANCI, a.g.m., s. 171

34 Kripto paranın bir buluş olarak nitelendirilemeyeceği, hususiyetinin bulunmadığı, bir yaratım sürecinin sonucu olmadığı ve ayırt edici niteliğinin bulunmadığı gibi nedenlerle fikri hak olarak kabul edilemeyeceği yönündeki değerlendirmeler için bkz.: KAPANCI, a.g.m., s. 172.

35 Kripto paralara ilişkin hukuk boşluğuna ilişkin açıklamaları ve bunun giderilmesine ilişkin görüşleri için bkz.: ÖZDEMİR, a.g.m., s. 302; BİLGİLİ/CENGİL, a.g.m., s. 19-20.

36 Bkz. "1. Kripto Para Kavramının Hukuki Niteliği"



hukukunda karşımıza çıkan yegâne düzenleme Yönetmelik'tir ve Yönetmelik'te yer alan hükümler, bu alana ilişkin yeterli bir belirlilik sağlamamaktadır. Zira Yönetmelik esas olarak "(...) (i) ödemelerde kripto varlıkların kullanılmaması, (ii) ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılmaması, ve (iii) ödeme kuruluşlarının ("ÖDK") ve elektronik para kuruluşlarının ("EPK") kripto varlıklar ile ilgili bazı işlemlere aracılık etmemesi."<sup>37</sup> yönünde düzenleme içermektedir. Bununla birlikte halihazırda gerçekleştirilen işlemler bakımından uygulama alanı bulacak usul ve esaslar ile kripto varlıkların hukuki nitelikleri gibi konularda bir belirleme yapılmış değildir.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde bahsedilen uygulama örneklerinden de görüldüğü üzere kripto varlıklar ve blokzincir teknolojisi ticaret, sağlık, eğitim gibi pek çok alanda kullanıma alınmaya başlanmıştır yahut bu yönde bir kullanım planlanmaktadır. Elbette ki kripto varlık teknolojisinde en temel özelliklerden birinin işlemlerin taraflarının anonim olması ve hem blokzincir hem de kripto varlıklar bakımından sistemi yöneten merkezi bir kuruluş olmaması nedenleriyle bu kavramların hukuki düzenlenmelere uyarlanmasını sağlayacak bir otorite belirlenemeyecek ve dolayısıyla bu alanın hukuki düzenlemelere tabi kılınmasının çok da kolay olmayacağı söylenebilecektir. Ne var ki hukuk düzenin gelişen teknoloji ve ihtiyaçlara uyum sağlaması gerektiği ve dördüncü sanayi devriminin bir parçası olarak görülerek hayatın her alanına entegre edilmeye başlanan bir olgunun çok geç olmadan yasal bir zemine oturtulması da bir gerekliliktir. Kaldı ki en başlarda internet gibi geniş bir alanın nasıl regüle edilebileceği tartışmalı iken geline nokta devletlerin bu alanı da bir şekilde dize getirebildiklerine şahitlik ediyoruz.

Bu alanın regüle edilmesindeki temel kaygı sadece işlemlerin hukuken nitelendirilmesi ile sınırlı kalmamalı, (a) vatandaşların kripto varlıkları ihraç edenlere karşı korunması, (b)

kripto varlıklar / para ile yapılacak işlemlerin sıhhatinin korunması, (c) kripto para borsalarının denetimi, (d) kripto paraların / varlıkların vergilendirilmesi, (e) kripto varlıkların İcra İflas Kanunu başta olmak üzere sair diğer mevzuat çerçevesinde devlet kontrolüne açılması ve (f) kripto paraların / varlıkların miras yolu ile intikallerinin sağlanması kapsamında da çözüm üretilmeye çalışılmalıdır.

Böylesi bir regülasyon faaliyetine girişilebilmesi için, tüm özelliğini anonimlik temeline dayayan blokzincir sisteminin hangi kontrol noktaları yolu ile denetim / gözetim altında tutulması gerektiği netleştirilmelidir. Kontrol noktalarından kastımız; kripto varlıkları ihraç eden kişiler, bu varlıkların el değiştirmesine aracılık eden borsalar, kripto varlıkları alan / satan kişiler, internet servis sağlayıcıları ve madencilerdir. Bu kontrol noktalarından hangisinin hangi işlemlere tabi olarak sorumlu tutulacağının ise titizlikle yürütülecek bir çalışma ile netleştirilmesi azami ehemmiyettedir.<sup>38</sup>

Blokzincir, kripto varlıklar ile kripto paraların regüle edilebilirliği üzerine tam bir değerlendirmede bulunulabilmesi için ise bu alanların diğer ülkelerin hukuk sistemleri içerisinde kendilerine nasıl bir yer bulduklarını tespit etmek azami ehemmiyette olacaktır. Alanın regüle edilebilirliğine salt Türk hukuku özelinde yaklaşıldığı vakit, tatmin edici cevaplar ile karşılaşamadığından bu alanların regüle edilebilirliği konusu, bu yazımızı takip edecek bir sonraki yazımız içeriğinde, alanın diğer hukuk sistemlerindeki yansımaları ile karşılaştırılması yolu ile açıklanmaya çalışılacaktır.

## SONUÇ

Blokzincir, kripto varlık ve kripto para kavramları üzerine açıklamalarda bulunulan ve bu alanların Türk hukuku nezdinde regüle edilebilirliği üzerine çıkarımlarda bulunulan bu yazı aracılığı ile öncelikli olarak okurların anılan kavramlara aşina olması hedeflenmiş, salt ulu-

37 GÜÇLÜTÜRK/CANKAT, a.g.m., s. 217

38 Blokzincir teknolojisinin regüle edilmesi kapsamında kullanılabilecek kontrol noktalarına ilişkin tasnif ve detaylı açıklamaları için bkz.: Gazi GÜÇLÜTÜRK, "Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On İki Levha Yayıncılık, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Temmuz 2021, s. 88-111

sal bir perspektifin gözetilmesi sureti ile bu alanın regüle edilmesi çabasının bu denli uluslararası bir alan için yetersiz kalacağı kaygısı dile getirilmiş ve regülasyon çalışmaları kapsamında göz önünde bulundurulması gereken menfaatler ile denetimin sağlanabileceği kontrol noktalarına göndermede bulunulmuştur. Böylesi geniş ve tüm ülkelerin hukuk sistemlerini aynı anda etkisi altına alan bir teknolojiye dair yapılacak değerlendirmelerde karşılaştırmalı hukukun imkânlarından faydalanmamak, deyim yerinde ise meseleye at gözlüğü ile yaklaşmaya benzeyecektir. Bu nedenle işbu yazımız, blok-zincir teknolojisine dair değerlendirmelerimizin ilk durağını oluşturmaktadır. Takip edecek durakta ise bu alanın diğer ülkelere ait hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığı ve oralardaki regülasyon faaliyetlerinden bahsedilecektir.

# GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TACİRLER HAKKINDA UYGULANMASI

**Mehmet Ali KÜMÜŞ**  
Avukat

**Asya AKPULAT**  
Avukat

**Burak YILMAZ**  
Stj. Avukat

## ÖZET

*Genel işlem koşulları; standart sözleşmeler diyebileceğimiz elektrik, su, doğalgaz sözleşmeleri, banka kredi sözleşmeleri, taşımacılık sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri gibi daha birçok şekilde günlük hayatta sıkça karşımıza çıkmaktadır. Genel işlem koşulları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup; ilgili hükümlerin uygulanma alanı bakımından herhangi bir çerçeve çizilmemiştir. Genel işlem koşullarının uygulanacağı kişilere dair bu belirsizlik, doktrinde çeşitli tartışmalara ve Yargıtay Hukuk Daireleri arasında farklı uygulamalara yol açmıştır. Bu çalışmamız ile genel işlem koşullarının tacirler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı hususunda dikkate alınacak kriterler, doktrin görüşleri ve Yargıtay içtihatları ışığında incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Türk Borçlar Kanunu, Genel İşlem Koşulları, Tacir, Basiretli İş Adamı, Sözleşme Serbestisi.

## GİRİŞ

Sözleşme, başta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK")'nın ilk maddesinde ve devam eden hükümlerinde ele alınmıştır. Buna göre, sözleşme, en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile meydana gelen hukuki işlem sonucu kurulur. Buradaki irade beyanlarının açık veya örtülü olması önem arz etmemektedir. Sözleşme özgürlüğü, Türk hukukunda kabul edilen genel ilkelerden olup; taraflara, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin düzenlemelere uygun olmak kaydıyla diledikleri şekilde sözleşme yapabilme olanağı tanınmaktadır. Bu durum gerek Anayasa'nın 48. maddesinde "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*" şeklinde, gerek TBK'nın 26. maddesinde "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*" hükmü ile güvence altına alınmıştır.

Genel işlem koşullu sözleşmeler ile ilgili

hükümler ise, öncelikle TBK'da ve mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun maddeleri tahtında düzenleme alanı bulmuştur. Günümüzde ticaret ve iş hayatında genişçe kullanım alanına sahip olan, tek tarafça önceden hazırlanmış, değiştirme veya üzerinde tartışma fırsatı olmayan, karşı tarafa yalnızca kabul veya ret hakkı tanımak suretiyle kurulan bu sözleşmeler uygulamada *standart sözleşme* olarak da isimlendirilmektedir.<sup>1</sup> Bu tip standart sözleşmelerde, karşı taraf sözleşmeyle birlikte doğan sorumluluk ve yaptırımların neler olduğunu dahi net bir şekilde bilememektedir.

Bu çalışma kapsamında; özel hukuk kişileri arasındaki yükümlülükleri ve sorumlulukları daha ağır düzeyde olan tacirlerin anılan genel işlem koşullarına tabi tutulup tutulamayacağı, TBK'nın genel işlem koşullarını düzenleyen 20. ile 25. maddeleri, konu ile ilgili doktrin görüşleri ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde ele alınacaktır.

## 1. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TANIMI

TBK'nın 20. maddesinin 1. fıkrası, genel işlem koşullarının tanımına yer vermektedir.

<sup>1</sup> Oğuz ERSÖZ, *Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması*, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/726860>, s. 70, Erişim Tarihi: 21.09.2021; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:1, Gözden Geçirilmiş 11.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.26; ARPACI, Abdülkadir \ SEROZAN, Rona \ HATEMİ, Hüseyin \ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1*, Filiz Kitapevi, 5.Basıdan Tıpkı 6.Bası, İstanbul 2014, s.229

Buna göre, “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”. Düzenleyenin tek başına hazırlaması ve karşı tarafın müzakere gücünün bulunmaması dolayısıyla bu tip sözleşmelerde karşı taraf zayıf olarak nitelendirilmiş ve korunmaya ihtiyacı olduğu düşünülerek kanuni bir güvence sağlama yoluna gidilmiştir.

TBK düzenlenmelerine göre, bu koşullar, sözleşme metninde veya ekinde yer alsa yahut kapsamı, yazı türü ve şekline farklar da bulunsa nitelendirmede önem taşımaz. Hatta, aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

## 2. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Genel işlem koşulları niteliği taşıyan ve geçerli şekilde kurulan bir sözleşmede, müzakere edilmeyen hükümlerin tamamının ya da bir bölümünün, sözleşmeye dahil olup olmadığının, yani yürürlüğe girip girmediğinin denetime tabi tutulmasına “yürürlük denetimi” denir.<sup>2</sup>

TBK’nın 21. maddesi hükmü uyarınca, müzakere edilmeyen genel işlem koşullarının, sözleşmenin içeriğine dahil olduğunun kabul edilebilmesi için düzenleyenin, bu koşullar konusunda sözleşmenin karşı tarafını uyarması, karşı tarafın söz konusu koşulların içeriğini öğrenmesine izin vermesi ve karşı tarafın da bu koşulların sözleşmenin içeriğine dahil olması konusunda, kabul iradesini açıklaması gerekmektedir.<sup>3</sup> Bununla birlikte, sözleşmenin karşı tarafının genel işlem koşullarının içeriğini öğrenmesine imkân tanınması yeterlidir. Yani,

kendisine bu imkân sunulduğu takdirde karşı tarafın söz konusu şartların içeriğini bilmesi aranmamaktadır.<sup>4</sup>

Karşı taraf, düzenleyenin sunduğu genel işlem koşullarını ihtiva eden metni kabul ettiğini, bir yoruma ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıklamışsa veya doğrudan doğruya beyanından anlaşılıyorsa, genel işlem koşullarının açık irade beyanıyla kabulü söz konusudur.<sup>5</sup>

Karşı taraf, düzenleyenin genel işlem koşullarını öğrenme imkânını kendisine sağladığı halde, bunları okumadan ve içeriğini anlamadan kabul iradesini açıklarsa, genel bilinçli kabulden bahsedilir.<sup>6</sup> Uygulamada da uzun çerçeveli sözleşmelerde karşı tarafın müzakere etmeksizin kabul iradesini açıkladığına sıklıkla rastlanmaktadır.

Genel işlem koşulları içerisinde, söz konusu icabın belirli bir süre içerisinde reddedilmesi halinde kabul edilmiş sayılacağına ilişkin bir koşul ekleyen düzenleyen korunmaz, koyduğu bu ve benzeri koşullar yürürlük denetimine takılır ve sözleşme içeriğine dahil olduğu söylenemez.<sup>7</sup>

Sözleşmenin meydana gelmesinden sonra düzenleyen, karşı tarafa verdiği fatura, irsaliye ve benzeri belgelerde ya da biletin arka yüzünde genel işlem koşulları iletebilmektedir. TBK’nın 21. maddesinin açık hükmüne göre, “sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip...” şeklinde düzenleme öngörüldüğünden, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olan ve bu koşulların varlığı hakkında bilgilendirilmeyen karşı tarafın bu koşulların sözleşmeye dahil edilmesine rıza gösterdiği şeklinde bir ilişkilendirilme yapılması mümkün değildir. Bu noktada, karşı tarafın sus-

2 Ayşe HAVUTÇU, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2003, s.105

3 Sinem CAMCI, “Genel İşlem Koşulları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s.35

4 Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s.236

5 Gökhan ANTALYA, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayın, İstanbul 2013, s.310.

6 Şebnem AKİPEK, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s.228

7 Yeşim ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım Yayın, İstanbul 2001, s.102

ma iradesi göstermesi, dürüstlük kuralı uyarınca örtülü kabul olarak yorumlanamayacaktır.

Aralarında önceden bir çerçeve sözleşme yapan sözleşme taraflarının daha sonraki sözleşmelerde kullanacakları genel işlem koşulları, düzenleyenin açıkça sözleşmenin karşı tarafını uyarmasına ihtiyaç bulunmaksızın, sözleşme içeriği haline gelmektedir.<sup>8</sup> Bununla birlikte, çerçeve sözleşme yapılırken karşı tarafın genel işlem koşullarına ilişkin rızası alınmış ise de daha sonra düzenleyenin tek taraflı iradesi ile bu koşullarda değişikliğe gidilemez. Bu halde, değişikliğe uğrayan koşulların sözleşmenin içeriğine dahil oldukları ileri sürülemez.

### • GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YÜRÜRLÜK DENETİMİNDE YAPTIRIM

Genel işlem koşullarının yürürlük denetimi sonucunda, düzenleyenin karşı tarafa, genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi vermediği ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamadığı tespit edildiği taktirde bu koşullar yazılmamış sayılacaktır ve sözleşme içeriğine dahil olmadıkları kabul edilecektir. Sözleşmenin bu koşullar dışında kalan hükümleri ise geçerli olarak varlıklarını sürdüreceklerdir.

TBK'nın 22. maddesi, sözleşmeyi düzenleyen tarafın, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı, diğer hükümlerle bu sözleşmeyi yapmayacağını ileri süremeyeceğini ve sözleşme ile bağlı olmadığını ve sözleşmenin tümüyle geçersiz olduğunu iddia edemeyeceğini düzenlemektedir. Buna karşılık, sözleşmenin zayıf tarafında yer alan diğer tarafının, sözleşmeyi tamamen hükümsüz kılabilmesini yasaklayan bir düzenleme mevcut değildir. Kanun koyucu, bunun sonucunda korunmaya muhtaç olması nedeniyle bu tarafa dilerse sözleşmeyi tamamen hükümsüz hale getirme imkânı tanınmıştır.

### 3. YORUM DENETİMİ

TBK'nın 23. maddesine göre, “Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse

veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.”

Kanunda öngörülen bu düzenleme ile genel işlem şartlarında yoruma açık bir durum tespit edildiğinde zayıf olan tarafı korumanın amaçlanması nedeniyle, genel işlem şartını düzenleyen aleyhine karşı taraf lehine yorum yapılması gerekliliği vurgulanmıştır. Bu bakımdan, genel işlem şartı niteliğindeki hükümler yorumlanırken sözleşmenin tümüne bakıp mantık çerçevesinde değerlendirilmeli, lafza bakılmamalı, ortak gaye tespit edilmeye çalışılmalıdır.

### 4. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ İÇERİK DENETİMİ

Sözleşmenin içeriğine dahil olan genel işlem koşullarının, yürürlük denetimi bakımından gerekli şartları sağlaması, onun içerik denetimine tabi tutulmasına engel değildir. Yürürlük denetimi ve yorum kurallarının uygulanması sonucunda sözleşme içeriği haline geldiği kabul edilen genel işlem koşulları, sözleşmenin zayıf tarafının menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı olarak ihlâl edebilir. Bu takdirde, hâkimin söz konusu sözleşme kayıtlarının “içerik denetimi” yoluyla hükümsüz sayılmasına karar vermesi beklenmektedir.<sup>9</sup>

Genel işlem koşulları niteliğindeki adil olmayan sözleşme hükümleri ile zayıf konumda olan sözleşme tarafının mağdur olması karşısında hâkimin içerik denetimi yapması kaçınılmazdır. Ancak bu denetim sözleşmenin esaslı unsurlarına yönelik olamaz. Zayıf tarafta da olsa, sözleşme niyeti bulunan bir taraftan asgari olarak asli edimini düşünerek hareket edeceği beklenmelidir. Bu unsurlar, sözleşme özgürlüğünün çekirdeğini oluşturmakta olup bu unsurlarda bir dengesizlik veya aksaklık olduğunda, “irade bozukluğu” ve “aşırı yararlanma” (gabin) müesseselerinden yararlanılarak sorun giderilebilecektir.<sup>10</sup>

### • İÇERİK DENETİMİNDE YAPTIRIM

TBK'nın 25. maddesi hükmüne göre, “Genel

8 ATAMER, a.g.e., s.96

9 ATAMER, a.g.e., s.143

10 Ömer ÇINAR, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.121.



*işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*". Bu hükmün gerekçesine bakıldığında içerik denetimi sonucunda geçersiz sayılan hükümler hakkında "kesin hükümsüzlük" yaptırımının uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Geçersiz sayılan hüküm dışında kalan sözleşme hükümleri ise geçerliliğini korumaya devam edecektir.

İçerik denetimi sonucunda bir sözleşme kaydının hükümsüz sayılması durumunda, sözleşmenin geri kalan hükümlerinin uygulanması herhangi bir sakınca doğurmuyorsa, sözleşmenin tamamlanması gerekliliği de söz konusu olmaz.

## 5. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ TACİRLER BAKIMINDAN UYGULANMASI

TBK'nın 20. ve devam eden maddelerinde, genel işlem koşullarının uygulama alanı bakımından herhangi bir kişi sınırlaması getirilmemiştir. TBK'nın 20. maddesinin gerekçesinde ise bu düzenleme ile, söz konusu hükümlerin uygulama alanının sadece tüketicilerle sınırlı kalmasının önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. TBK ve 6100 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") hükümleri başta olmak üzere, hukukumuzda genel işlem koşullarının tacirlere uygulanacağını işaret eden doğrudan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Genel işlem koşullarının tacirler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı meselesine dair, doktrinde ve Yargıtay Hukuk Daireleri arasında da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu kapsamda çalışma konumuz, aşağıda çeşitli doktrin görüşleri ve Yargıtay'ın somut olayın özelliklerine göre farklı yönde değerlendirmelerini barındıran kararları çerçevesinde irdelenecektir.

### 5.1. DOKTRİN GÖRÜŞLERİ

Genel işlem koşullarının tacirlere uygula-

nıp uygulanmayacağı hususu incelenirken, öncelikle TTK'nın haksız rekabet kurumunu düzenleyen hükümlerini ele almakta fayda vardır. TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde, haksız rekabet teşkil eden genel işlem şartları sayılmıştır. Bu hükme göre, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmanın haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiş ve özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananların dürüstlüğü aykırı davranmış olacağı hüküm altına alınmıştır.

Doktrinde bir görüş, ticari nitelikteki sözleşmeler hakkında yapılacak bir genel işlem şartı denetiminin ilk olarak TTK'nın anılan hükmü çerçevesinde yapılması ancak somut duruma göre bu maddenin uygulanmasının yeterli olmaması ve bir boşluk söz konusu olması halinde TBK'nın genel işlem koşulları hükmüne bakılması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>11</sup>

Genel işlem şartlarının aynı zamanda haksız rekabet hükümlerinin kapsamına girmediği durumlarda ise, tacirlerin genel işlem şartına dayanıp dayanamayacağına dair doktrinde çeşitli tartışmalar süregelmiştir. Doktrinde bir grup, özel kanunların uygulama alanı bulacağı haller ayırık olmak üzere, TBK'da düzenlenen genel işlem şartlarının kişi yönünden bir sınırlama içermediği; gerçek veya tüzel tüm özel hukuk süjelerine uygulanacağı görüşündedir. Bu bağlamda, tacirlerin de TBK'nın genel işlem koşullarına dair hükümlerden faydalandırılması gerekliliği savunulmaktadır.<sup>12</sup>

Doktrinde aksi yönde olan diğer görüşe göre ise, tacirlerin genel işlem koşullarına karşı korunması ancak TTK'nın 55. maddesi çatısı altında düzenlenen haksız rekabet halleriyle sınırlı

<sup>11</sup> KEMAL OĞUZMAN / Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015*, s. 162

<sup>12</sup> Doktrin görüşleri için bkz: Oğuz ERSÖZ, a.g.e., s.93; Adem YELMEN, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Koşulları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.72; Abdüssamet YILMAZ, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.142; Yeşim ATAMER, *Genel İşlem Koşulu Mu Bireysel Pazarlık Kurulan Sözleşme mi?*, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* ( Derleyen: Çiğdem Kırca), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.103-138

tutulmalıdır ve bunun dışındaki her iki tarafın da tacir olduğu sözleşmeler bakımından tarafların genel işlem koşullarına karşı güvence altına alınmasından söz edilmemelidir.<sup>13</sup>

Genel işlem koşullarının hiçbir suretle tacirlere uygulanmaması gerekliliğini vurgulayan Kerim Atamer'e göre ise, TBK'nın genel işlem koşullarını düzenleyen madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere genel işlem koşullarının getirilmesinin amacı, "birey" in (tüketicinin) "evet, ama" diyebilme hakkından yoksun kalmasıdır. Ne var ki ticaretin asli aktörü tacir için böyle bir haktan söz edilemeyecektir. Yürürlükteki Türk Hukuku'nda genel işlem koşulları denetimini tacirlere uygulamak için yasal bir dayanak bulunmadığı gibi tacirler basiretli olma yükümlülükleri uyarınca, sözleşmeyi kurup kurmayacağına özgürce karar verirler. TTK'nın 18. maddesinin 2. fıkrasında, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekliliği temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme külfeti, tacirin ticari iş ve işlemlerinde dikkatli ve tedbirli bir şekilde davranarak söz konusu iş ve işlemlerinin sonuçlarını öngörebilme ve bu sonuçlara katlanma yükümlülüğünü ifade eder.

Atamer'e göre, eğer sözleşme görüşmeleri sırasında tacir karşı tarafa "evet, ama" diyemiyorsa o sözleşmeyi kurmaktan vazgeçip piyasada başka seçenekler aramalıdır. Ancak başka seçeneklere yönelmeyip özgür iradesiyle tercihini kullanan basiretli tacir, pazarlık etmesine olanak bulunmamasına rağmen, bilinçli bir tercih doğrultusunda sözleşmesini kurmuşsa, sonradan mahkemeye başvurup genel işlem koşullarından faydalanmak isterse, bu durum ticaret hayatının serbestliğine duyulan güveni sarsar. Örneğin, genel işlem koşullarının en sık uygulandığı ve neredeyse tamamen matbu sözleşmeler üzerinden kurulan deniz ve sigorta

hukuku sözleşmeleri, halihazırda milletlerarası ticaret kuruluşları tarafından yapılan görüşmeler sonucunda hazırlanmıştır ve piyasaya sunulmuştur. Dolayısıyla en azından bu sözleşmeler bakımından TTK hükümleri kapsamından çıkılarak TBK düzenlemelerine ilişkin bir genel işlem denetimi yapılması mümkün olmamalıdır. Her halükârda, şayet uygulamada tacirleri bankalara karşı koruma ihtiyacı duyuluyorsa, yine TBK'nın mevcut genel işlem denetimi hükümleri ile değil Bankacılık Kanunu'nda yapılacak bir düzenleme ile söz konusu koruma sağlanmalıdır.<sup>14</sup>

## 5.2. YARGITAY İÇTİHATLARI

Yargıtay'ın çoğu kararında, tacirin basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü nedeniyle sözleşmenin sonuçlarına katlanacağı ve genel işlem koşulu denetiminden faydalanmayacağı değerlendirilirken; TBK'nın genel işlem koşulları hükümlerine ilişkin düzenlemeleri kapsamında tacir ve tüketici şeklinde herhangi bir ayırım yapılmamasından hareketle genel işlem koşullarının tacirlere de uygulanacağına dair kararları mevcuttur.

Yargıtay'ın tacirin basiretli olma yükümlülüğü uyarınca, serbestçe imzaladığı bir sözleşmede genel işlem koşulları itirazında bulunmayacağına dair kararlarından örnekler aşağıdaki şekildedir:

### • Yargıtay 19. HD., E. 2016/15462 K. 2018/713 T. 19.2.2018:

*"Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, uyumazlık ticari nitelikteki kredi ilişkisinden kaynaklanmakta olup, tüketici yasası kapsamı dışındadır. Mahkemece taraflar arasındaki sözleşme tip sözleşme olarak kabul edilerek bu sözleşmede davacı yan aleyhine konulan muhtelif masraflar, erken kapama komisyon ücreti, dosya masrafı gibi kalemlerin genel işlem koşulları uyarınca yazılmamış sayılması gerektiği be-*

<sup>13</sup> Oğuz ERSÖZ, a.g.e., s.93; Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Legal Yayınları, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, İstanbul 2016, s. 410-411; Ebru CEYLAN, Genel İşlem Koşulları, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I, Prof. Dr. İsmet Sungurbeye Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 176; Erol CANSEL / Çağlar ÖZEL, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 126)

<sup>14</sup> Kerim ATAMER, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 25-26, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/sempozyum-makaleler/tacirler-arasindaki-sozlesmelere-genel-islem-kosullariyla-ilgili-hukumler-tbk-m-20-25-uygulanir-mi-2-2/1>, Erişim Tarihi: 23.09.2021

lirtilmiş ise de taraflar tacir olup 6102 sayılı TTK'nun 18/2 maddesi uyarınca her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Her ne kadar 6098 sayılı TBK'nın 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler tacirler yönünden de uygulanabilirse de TTK 18/2. maddesi hükmü karşısında tacirler bakımından genel işlem koşullarının uygulanıp değerlendirilmesinde her somut olayın özelliğine göre daha dikkatli davranılması gerekmektedir.

Bu açıklamalar karşısında somut olayın değerlendirilmesine gelince, davalı bankanın müşterilerine kullandırmış olduğu ticari kredi nedeniyle erken kapama komisyon ücreti, dosya masrafı, kredi tahsis ücreti gibi giderleri sözleşme hükümlerine dahil etmesi ticari kredi sözleşmesinin niteliği göz önüne alındığında genel işlem koşullarına aykırılığı teşkil edecek bir hususun bulunmadığı anlaşıldığından, mahkemenin bu sözleşme hükümlerinin genel işlem koşullarına aykırı olduğu yönündeki görüşünde bir isabet bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkeme hükmü doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

• **Yargıtay 11. HD., E. 2019/4467 K. 2020/3054 T. 22.6.2020:**<sup>15</sup>

“(…) taraflar arasındaki sözleşmenin genel kredi sözleşmesi olduğu, davacının tacir olup basiretli tacir gibi davranması gerektiği, davacı tarafından kullanılan kredilerin ticari kredi mahiyetinde olup, sözleşmede kararlaştırılan masraf kalemlerinin haksız şart olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı (…)

Buna karşılık, Yargıtay'ın TBK'nın genel işlem koşullarına dair hükümlerinde, bu tür koşulların uygulanacağı kişi bakımından bir çerçeve çizilmemesi nedeniyle, genel işlem koşullarının tacirlere de tatbik edilebileceği yönünde kararları da mevcuttur:

• **Yargıtay 11. HD., E. 2016/4676, K. 2017/3160, T. 29.5.2017:**

“Kabule göre de bir sözleşmenin 6098 sayılı TBK'nın m. 20 vd. uyarınca genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması için Kanunda belirtilen ölçütlerin uygulanması gerekir. 818 sayılı BK da olduğu gibi

6098 sayılı TBK'da da sözleşme serbestisi ana kural olmakla birlikte, sözleşmelerin geçerliliği için 6098 sayılı TBK'na, sözleşmenin hukuka aykırı genel işlem koşulları içermemesi unsuru getirilmiştir. Hem tüketiciler hem de tacirler için geçerli olan genel işlem koşulları denetimi, sözleşmelerin imzalanması aşamasında daha olumsuz durumda bulunan sözleşmenin tarafını dürüstlük kuralları kapsamında korumaktadır.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulları nedeniyle yazılmamış sayılabilmesi için öncelikle, o hükmün genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu anlamda sözleşmenin tipi, türü ve niteliği önem taşımaz. Sözleşme eşya hukukuna, usul hukukuna veya ticari bir alım satıma, sigorta hukukuna, bankacılık hukukuna vs. ilişkin olabilir. Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olabilmesi için ise, anılan hükmün genel işlem koşulunu kullanan tarafça, sözleşmenin kurulmasından önce, tek taraflı olarak, sadece o sözleşme için değil, çok sayıdaki benzer sözleşmelerde kullanmak amacıyla hazırlanmış ve karşı tarafın getirilen bu hükmü müzakere etmesine imkân tanımadan sözleşmenin imzalanmış olması gereklidir. Bir sözleşmedeki genel işlem koşulunun niteliğinin, objektif unsurlara göre belirlenmesi gerekmekte olup, bu hususta tarafların icra ettikleri meslekleri ve sıfatları, tacir veya tüketici olup olmadıkları önem taşımaz.”

• **Yargıtay 19. HD., E. 2014/5865 K. 2014/10353 T. 02.06.2014:**

“İpotekle teminat altına alınan dava konusu kredinin ticari kredi olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Genel işlem şartları tacirleri de kapsayacak şekilde 6098 sayılı TBK'nın 20 vd. devamı maddelerinde düzenlenmiş olup...”

• **Yargıtay 13.HD. T.29.04.2014, E.2014/13315, K.2014/13503:**

“bir tacir ya bankanın önüne koyduğu kredi sözleşmesini imzalayarak krediyi alacak ya da kredi almaktan vazgeçecektir. Aynı şekilde birey ya imtiyaz sahibi şirket tarafından önüne konan abonmanlık sözleşmesini imzalayacak ya da konutuna elektrik ya da su almaktan vazgeçecektir. Birçok hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet ama” deme olanağının da bulunmaması karşısında, bireyin

<sup>15</sup> Aynı yönde bkz: Yargıtay 11. HD., E. 2015/5531 K. 2015/12680 T. 30.11.2015: “(…) davacının basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün olduğu, sözleşme içeriğinde genel işlem şartlarına aykırı bir durumun bulunmadığı(…)”.

*zor durumda kaldığından istemeyerek ama mecburen imzaladığı bu sözleşmelerin uygulanmasında yasanın emredici hükümleri ile korunması gerekmektedir.”*

## SONUÇ

Genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin tek taraflı ve soyut ifadelerle hazırladığı ve karşı tarafa müzakere ile pazarlık görüşmesi yapma şansını tanımadığı sözleşmelerdir. Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında; düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Buna karşılık, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur.

TBK'nın 20. ve 25. maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarının uygulama alanında bulunan kişilere dair herhangi bir belirleme yapılmamış olması doktrinde genel işlem koşullarının kimlere tatbik edilebileceği hakkında çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Süregelen tartışmaların odağında ise, tüm iş ve işlemlerinde basiretli olma yükümlülüğünü taşıyan tacirlerin de genel işlem koşulları denetiminden yararlanıp yararlanmayacağı yer almaktadır. Doktrinde bir grup görüş, TBK kapsamında genel işlem koşullarının uygulanacağı kişiler bakımından bir sınırlama yapılmamış olmasından hareketle, tüm özel hukuk kişilerinin genel işlem koşulu denetiminden faydalandırılması gerektiğini ileri sürerken diğer grup görüş ise tacirin tüm işlemlerinde basiretli ve tedbirli olarak sözleşme görüşmeleri sırasında “evet, ama” diyemesinin söz konusu olamayacağını, tacirin piyasadaki tüm pazar olanaklarını araştırma şansı varken özgür iradesiyle kendi menfaatine aykırı sözleşmelere taraf olması halinde bunun sonuçlarına da katlanması gerektiğini vurgulamaktadır.

Yargıtay'ın kimi kararlarında TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemesi kapsamında kişi ayrımı yapılmadığı belirtilerek tacirlerin de genel işlem koşulu denetimine daya-

nabileceği yönünde değerlendirmeler bulunsa da Yargıtay ağırlıklı olarak tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün olduğu, genel işlem koşullarının tacirlere doğrudan uygulanamayacağı ve genel işlem koşullarının tacirin ekonomik mahvına sebep olup olmayacağı gibi her somut olayın özellikleri ve piyasa koşulları da gözetilerek bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.

Doktrin görüşleri ve Yargıtay kararları çerçevesinde, biz tacirlerin basiretli davranma yükümlülükleri uyarınca, doğrudan her durumda genel işlem koşullarından faydalandırılmaması gerektiği; zira bu yönde bir değerlendirmenin ticaret hayatını sekteye uğratacağı ancak somut olaya göre özellikle taraflar arasındaki denge gözetildiğinde ve istisnai durumlara özgü olmak kaydıyla, bu yönde bir ihtiyacın vuku bulması halinde, tacirlerin de TBK kapsamındaki genel işlem koşullarının tanıdığı güvenceden faydalanabileceği kanaatindeyiz.





# YAPAY ZEKANIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

**Oğulcan DOĞAN**

Avukat

**Rüya SOFİ**

Avukat

## ÖZET

İlerleyen teknoloji ile beraber makine ve bilgisayarlar hayatımızın hemen hemen her alanında var olmaya başlamıştır. Makine çağı olarak adlandırılan 20. yüzyılda, makineler sayesinde uygarlık anlamında büyük gelişmeler yaşandı. 21. yüzyıla girdiğimizde ise makinelerin mekanik ve yapısal fonksiyonlarına ek olarak düşünsel fonksiyonları da gelişim göstermeye başladı. Bununla beraber insanlığın lügatına “yapay zekâ” kavramı girdi. Kavramın hayatımıza dahil olması ve giderek daha da yaygınlaşması sebebiyle, insana özgü yetenekleri olan ve daha da özerk olan varlıkları, göz ardı ederek karşılaşılabilecek sorunlara çözüm bulmamak mümkün görünmemektedir. Bu noktada yapay zekâ varlıklar bakımından, hukuki statüleri ve bu statü bağlamında hukuki sorumluluklarının netlik kazanması gerekmektedir. Zira yapay zekâ varlıkların işlemlerinden kaynaklı bir takım cezai ve hukuki neticeler oluşabilmektedir.

Biz, bu çalışmamızda “kişilik kavramı” ve “yapay zekanın hukuki sorumluluğu” üzerinde tartışarak yapay zekânın sebep olduğu zararlardan sorumluluğu noktasında kusur sorumluluğu ve kusura dayanmayan sorumluluk olmak üzere iki boyutta irdeleme yapacağız.

**Anahtar Kelimeler:** Yapay Zeka, Hukuki Sorumluluk, Kusursuz Sorumluluk, Risk ve Tehditler, Kişilik.

## GİRİŞ

Yakın bir geçmişe kadar sadece insan yaratıcılığının bir ürünü olarak var olan yapay zekâ; banka, finans, sağlık, yazılım, güvenlik, eğitim, sanayi ve hayatımızın içinde yer alan diğer tüm alanlarda pek çok alanda uygulanmaktadır. “G.O.R.A.” bilim kurgu filmini izleyenler, “Robot 216”nın sesli komutlara uymasını hatta düşünüp duygusal olarak tepki vermesini hatırlayacaktır. Şimdilik o seviyede bir makine henüz üretilmese de yakın gelecekte üretilmesi, çoğu insan açısından aşırı tepki verilip şaşırılacak bir durum oluşturmayacağı aşîkârdır.

Yapay zekanın hayatımızın içine bu kadar girmesi sonucu bazı riskleri beraberinde getirmiştir. Örneğin, yapay zekanın hatalı

hesaplama yapmasından kaynaklı zarar kalemeleri oluşabilmektedir. Hatta hatasız hesaplamalara rağmen yine üçüncü kişilerin zarar görmesi mümkündür. Oluşan bu zararların kim tarafından nasıl tazmin edileceği noktasında ise kanun koyucu ortaya henüz net bir irade koyamamıştır. Ancak hukuki düzenlemelerin gecikmeksizin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu günden güne anlaşılmaktadır.

## 1. YAPAY ZEKA KAVRAMI

Türk Dil Kurumu sözlüklerinde zekâ; “insanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı, anlık, dirayet, zeyreklik, feraset” olarak tanımlanmıştır<sup>1</sup>.

Bilgisayar biliminin bir alt dalı olan “yapay zekâ” kavramı ise insanlara özgü problem çözme yeteneğinin, makineler tarafından da gerçekleştirilebildiği, insanların yapabildiklerini taklit edebilen makineler olarak tanımlanabi-

1 Türk Dil Kurumu İnternet Sözlüğü, Kaynak: <https://tdk.gov.tr>, E.T.: 21.09.2021

lir<sup>2</sup>. Bir başka tanıma göre ise, yapay zekâ, insan davranışlarına özgü karakteristik özellikleri sergileyen akıllı sistemlerle ilgilenen, bilgisayar biliminin bir dalıdır<sup>3</sup>.

Yapay zekâlar otonom olarak hareket edebilmektedir. Otonomluktan kasıt herhangi bir dış etki veya kontrol olmadan kendi başına bağımsız bir şekilde karar alma yeteneği olarak tanımlanabilir. Yani yapay zekâ varlık, sorunları çözmek için kendi kendine öğrenebilmekte ve insan müdahalesi olmadan bağımsız bir şekilde karar alabilmektedir.

## 2. YAPAY ZEKANIN KİŞİLİĞİ VE HUKUKİ STATÜSÜ

Gelişen teknoloji ile beraber otonom bir varlık olan yapay zekanın; hukuki bir statüye sahip olması durumunda sorumluluğu ve haklarının olması hukuk öğretisinde tartışılmaya başlanmıştır. Yapay zekanın “*insan gibi davranışlar sergileme, sayısal mantık yürütme, hareket, konuşma ve ses algılama gibi birçok yeteneğe sahip yazılımsal ve donanımsal sistemler*” şeklinde tanımlanmasından yola çıkılarak, insanlar tarafından kodlanan yazılımlar ile birlikte meydana getirilen yapay zekaların sebep olduğu zararlardan yapay zekayı programlayan ve/veya kullananlardan ayrı olarak hukuki sorumluluğun kimde olacağı hususu ve bu bağlamda yapay zekanın hukuk dünyasındaki “*kişi*” kavramı içerisinde dahil edilip edilmeyeceği önem arz etmektedir.

Yapay zekânın hukuken kişi olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında “*kişilik*” kavramının tarihi, felsefi ve hukuki açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, tarihsel süreçte kişilik kavramı insanlar arasında değişik bakış açılarınca ele alınmıştır. Antik Yunan demokrasisinde sadece erkeklerin oy kullanması; Roma hukukunda ve diğer uygarlıklarda yer alan kö-

lelik anlayışı; günümüzde kadınların karşılaştığı zorluklar; din, ırk, renk farklılıkları sebebiyle ayrımcılığa tabi tutulan insanlar vb. gibi durumlara baktığımızda kişilik kavramının insanlık özelinde de tam anlamıyla oturmadığı görülecektir. Felsefi anlamda kişilik kavramında ise duygu, özgür irade, ruh, bilinç gibi kavramlar ön plana çıkmaktadır.

Hukuki anlamda kişilik kavramı ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”)’nın 8’nci maddesi ile düzenlenmiş olup; kanun koyucu, hak ehliyetine sahip varlığı kişi olarak tanımlamıştır. Kanunumuza göre, kişi gerçek ve tüzel kişi olarak iki farklı grupta ele alınmıştır. Kişilik ise, hak ve borçlara sahip olabilme yanında, kendi eylemleriyle hak ve borç sahibi olabilme ehliyetini ve kişisel değer ile durumları da kapsayan geniş bir kavramdır. Yani, hukuken kişi olarak kabul edilen varlıkların statüsünü, yani ehliyetlerini, kişisel değerlerini ve durumlarını içine alan bütüncül bir kavramdır<sup>4</sup>.

Hukuk düzenleri, sosyal hayatın bazı gereksinimleri neticesinde, insanlar dışındaki bazı varlıklara da kişilik vermiştir. Başlı başına kişiliğe sahip, belirli bir amaca yönelmiş kişi veya mal toplulukları “tüzel kişi” adıyla TMK’nın 50’nci maddesi çerçevesinde düzenlenmiştir. Tüzel kişilik kavramı, bilhassa insanların tek tek belirli bir amaca ulaşmalarının zor hatta olanaksız olduğu durumlarda, birden çok kişinin güçlerini birleştirmeleri suretiyle bu amaca ulaşmalarını sağlamaktadır<sup>5</sup>.

Yapay zekâ varlıklarının hukuken kişi olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında, insana eşdeğer olabilmesi için var olması gereken bazı temel kriterler bulunmaktadır. Bu kriterlerden bahsetmek gerekirse yapay zekanın **i)** kendisine söyleneni anlaması ve buna yönelik çözümleme yapısı karşı tarafa dönüş yapması, **ii)** amacı

2 Bozkurt, Armağan/Bak, Başak (2018) ‘Yapay Zekâ’, *Futurist Hukuk*, Aristo Yayınevi, İstanbul s. 6 vd.; Bak, Başak (2018) ‘Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk’, *TAAD*, Y: 9, S: 35, s. 211 vd.

3 Barr, Avron /Fregenbaum, Edward (1981) *The Handbook of Artificial Intelligence*, California; Lashbrooke, E. C. (1988) ‘*Legal Reasoning and Artificial Intelligence*’, 34 *Loy. L. Rev.* 287, s. 295.

4 Zevkliler, Aydın/.Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre (2000) *Medeni Hukuk, Aile Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 189- 191.

5 Kara Kılıçarslan, Dr. Seda, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, *YBHD*, Yıl 4, Sayı 2019/2, s.363-389

ve planları gerçekleştirebilecek nitelikte kişisel kabiliyet ve bilinç düzeyine sahip olması ve **(iii)** yapay zekâ varlığın toplum içerisinde herkesin faydasını gözetip aynı zamanda kendisini de her türlü tehlikeden koruyabilecek bir yeteneğe sahip olmasıdır. Örneğin, yapay zekâ ile yönlendirilen bir aracın olası risk durumunda hem riski oluşturanı hem de kendisini koruyarak bir çözüm ortaya koyması gerekmektedir.

Yukarıda bahsi geçen “kişilik” tanımlarından ve yapay zekanın “kişi” olarak nitelendirilmesi için sahip olması gerekenlerden özetle, öğretide yapay zekâ varlığın kişi olarak kabul edilebileceği veya tam tersine kişi olarak kabul edilemeyeceğine yönelik görüşlere baktığımızda; yapay zekanın kişiliğini kabul eden görüşler arasında; **(i)** tüzel kişilik önerisi<sup>6</sup>, **(ii)** Avrupa Parlamentosu’nun 27 Ocak 2017 tarihli raporunda yer alan gerçek kişi ve tüzel kişi dışında, yeni bir tür olan elektronik kişiliğin verilmesi düşüncesi<sup>7</sup> ve **(iii)** tıpkı hayvanların kişilik statüsü üzerindeki tartışmalarda olduğu gibi insan olmayan kişi önerisi<sup>8</sup>, yer almaktadır.

Avrupa Parlamentosu’nun, yapay zekâ varlıkları ile ilgili “*elektronik kişilik*” statüsü önermesine baktığımızda; şu ana kadar var olan gerçek ve tüzel kişi kavramlarından farklı olarak elektronik kişilik statüsü yapay zekâ varlıkların kendilerine özgü durumları açısından pek de mantıksız görünmemektedir. Zira yapay zekâ girdiği her alanda hukuk normlarının da değişimine sebep olacaktır. Sosyal ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları, insanın olduğu her yerde var olacak, aynı şekilde insanın bulunduğu her alan yapay zekâ kavramından ayrı düşünülmeyecektir<sup>9</sup>. Bunun sonucunda hukuk ve tek-

nolojinin yakınlığı ortaya çıkacak ve hukuksal boşlukların doldurulmasını zorunlu hale getirecektir<sup>10</sup>.

Bahsi geçen görüşlerin aksine yapay zekâ varlıkların “kişi” olarak görülemeyeceğini belirten ve çözüm önerisi olarak sigorta usulünü öneren görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre yapay zekânın geldiği noktanın bir takım hukuki mevzuatta birtakım yenilikler getirilmesi gerektiği kabul edilse, yine de bu varlıkların eşya statüsünde kalmaya devam etmesi gerektiği belirtilmektedir. Yapay zekâyâ sahip varlıkların eşya statüsünü koruyacağı görüşüne göre, yalnızca çeşitli sigorta ve teminat sistemleri ile birlikte yapay zekâ varlıkların fiilleri neticesinde meydana gelen sorunlar çözülebilecektir. Ancak bu çözüm yolu yalnızca doğacak hukuki sorumluluğa kısıtlı da olsa bir cevap bulmakta olup cezai sorumluluk açısından ise tamamen çaresizdir<sup>11</sup>. Bu açıdan yapay zekâ varlıklara özel bir kişilik statüsü verilme fikri doktrinde ağırlıktadır.

Yapay zekanın kişilik statüsündeki tartışmalar devam ederken, mevcut hukuki altyapıda yapay zekâ programlarının ve yapay zekâyâ sahip varlıkların nasıl bir hukuki statüde olduğunu da irdelemek gerekmektedir. Yapay zekâ yapısı gereği bir yazılım niteliğinde olup Türk hukukuna göre 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında bilgisayar programlarına sağlanan koruma uyarınca korunmaktadır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 82’nci maddesi uyarınca bilgisayar programlarının patent alamayacağı belirtilmişse de ABD ve AB doktrininde yaygın görüşün yapay zekâ yazılımlarının patent konusu olduğu da görülmek-

6 Bozkurt/Bak, 18-20; Ayrıca bkz. Eidenmüller, Horst, ‘Robot’s Legal Personality’, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/03/robots-legal-personality>, s.e.t. 25.12.2018; Calverley, David, ‘Artificial Intelligence As a Legal Person’, *The Journal of Personal Cyber Consciousness*, s.e.t. 12.01.2019; Bak, s. 219; Bayamloğlu, Emre (2008) ‘Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme’, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 139

7 Bozkurt/Bak, s. 22; European Parliament Report, Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), Introduction B, [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC\(2015/2103\(INL\)\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC(2015/2103(INL))), Introduction B, s.e.t. 22.12.2018, s. 9.

8 Samsun Barosu’nun, “Medeni Kanun 2.0” adlı kanun taslağı ile gerçek ve tüzel kişilerin yanına “insansılar” başlıklı bir ek yapılması amacıyla hazırladıkları taslağı, 2023 yılında TBMM’ye sunmayı hedefledikleri ifade edilmektedir, s.e.t. 20.01.2019, ayrıca bkz. Bak, s. 230; Ersoy, s. 87.

9 Özparlak, Başak, O, Francis Bacon’dan Yapay Zeka’ya: Hukuk ve Teknolojinin Dansı, s.e.t. 13.01.2019.

10 Köse, Şükrü, *Yapay Zekâ ve Hukuk*, s.e.t. 22.12.2018.

11 Av. Serdar Darama, *Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Hakkındaki Görüşler Üzerine Değerlendirme*, [ozgunlaw.com](http://ozgunlaw.com)

tedir. Buluş olarak kabul edilen bir yapay zekâ patentle korunabilecektir. Yine yapay zekâyâ sahip varlıklar ise hukuki statü olarak hâlâ eşya olarak nitelendirilmektedir.

### 3. YAPAY ZEKANIN HAKSIZ FİİLLERİN-DEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yapay zekâ varlığın kişilik statüsündeki tartışmalardan genel anlamda bahsettiğimize göre, bu varlıkların fiilleri neticesinde meydana gelen zarardan kimin nasıl hangi seviyede sorumlu olacağı noktasındaki sorunsal bakımından inceleme yapmak gerekmektedir. Ancak yukarıda bahsedildiği üzere mevcut hukuki altyapı, artık çevresini algılama yeteneğine ve kendi iradesine sahip olan yapay zekâyâ sahip varlıkların gerçekleştirecekleri fiillerden doğacak sorumluluğun kimin üzerinde olacağı noktasında yeterli korumayı sağlayamamaktadır.

Bu noktada yapay zekâ varlıklarının eylem ve davranışlarından kimin sorumlu tutulacağı noktasında ancak bir hukuk nesnesi veya kişisi olabileceğinin tespiti yapıldıktan sonra, oluşacak zarardan kimin sorumlu tutulacağını cevaplamak daha kolay olacaktır. Hukuki sorumluluk bakımından, yapay zekâ varlığın kişilik statüsüne göre sorumluluğu değişiklik göstermektedir.

Sorumluluk konusunda ilk akla gelen hukukun öznesi olan varlıklar yani gerçek kişilerdir. Günümüzde kullanılan yapay zekâ varlıklar “kısıtlı yapay zekâ” kategorisinde yer almakta olup henüz insan gibi “gelişmiş (bilinçli ve tam bağımsız) yapay zekâ” diyebileceğimiz varlıklar bulunmamaktadır<sup>12</sup>. Dolayısıyla bu sistemlerin bilinçli hareket ettiğini söylemek mümkün olmayacağından, hukukun öznesi olamayıp, yalnızca nesnesi konumunda olabilecekleri söylenebilir<sup>13</sup>. Gelecekte bilinçli ve tam bir yapay zekâ sisteminin üretilmesi halinde tekrardan tartışmaya açılacak olmakla beraber, günümüzde yapay zekâ sistemlerinin kendi kararlarından sorumlu tutulması mümkün görünmemektedir.

Yapay zekâ sistemlerinin kendi davranış ve kararlarından sorumlu tutulamayacağı ve ancak bir hukuk nesnesi olabileceği tespiti yapıldıktan sonra, doğacak olası zararlarda sorumluluğun kimde olacağı sorusunun da cevaplanması gerekmektedir.

Yapay zekâ sistemleri kullanıma girene kadar yazılımcı, üretici, veri sağlayıcısı gibi pek çok kişinin elinden geçmektedir. Olası bir zararın doğması halinde bu kişilerden hangisinin sorumlu tutulacağı sorusuna cevap aranırken de belirtildiği gibi bir hukuk nesnesi olarak yapay zekânın hukuki niteliği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Belirtmiş olduğumuz üzere, hukuki niteliğinin tespitinden sonra zararın doğduğu şartlara göre sorumluluk ataması yapılmalıdır<sup>14</sup>.

Yukarıda ifade edilen tanımlamalardan ve TMK’dan yola çıkılarak, yapay zekâ varlıklarının fiil ehliyetlerinin ve bu anlatımla hukuki kişiliklerinin mutlak olarak mümkün olamayacağı kabul edilse de yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte bu husus gerek özel gerekse ceza hukuku bakımından birtakım önermelere maruz kalmaktadır. Yerel mevzuat bakımından TMK’ya ek olarak, yapay zekâ sorumluluğunun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”)’nın 49’ncü maddesi ile hüküm altında alınan “Kusur Sorumluluğu” ve TBK’nın 69’ncü maddesinde düzenlenen “Hakkaniyet Sorumluluğu” müeyyideleri ile değerlendirilmesi halinde ise, yapay zekâyı kodlayan, kodlanan teknolojiyi mekanik hale getiren veya ürünü son haliyle satan firma yetkililerine atfedilebilmesi mümkün olabilecektir<sup>15</sup>.

Yine Avrupa Hukuku’nda da yapay zekânın hukuki niteliği tartışılmakla beraber, genel kullanıma giren yapay zekâ sistemlerinin esasında son kullanıcılara ve üreticilere sunulan birer “ürün” olarak hayatımızda yer aldığı hâkim görüş olarak kabul görmektedir. Aksini savunan görüşler olsa da 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi (“Di-

12 Av. Zahide Altunbaş Sancak, Aziz Can Cengiz, *Yapay Zekâ Kararlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Güleriyüz

13 HILDEBRANDT, Mireille, *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives* 2013, sf. 37.

14 Av. Zahide Altunbaş Sancak, Aziz Can Cengiz, *Yapay Zekâ Kararlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*, Güleriyüz

15 Doğan Şahiner, Duygu, *Yapay Zeka Teknolojisi ile Üretilen Robotiklerin Kişilikleri ve Hukuki Sorumlulukları*, 17 Haziran 2020,



rektilif") 2. maddesi bağlamında ürün olarak görülen yapay zekâ sistemlerinin kararlarından doğan sorumluluk da aynı direktife göre "ürün sorumluluğu" bağlamında değerlendirilebilir<sup>16</sup>.

Türk hukukunda ise üretici ve ürün kavramları hakkında TBK'da genel bir düzenleme yapılmış değildir. Hukukumuzda ilk olarak 2003 yılında 4077 sayılı eski TKHK'da yapılan bir değişiklik ve Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapay zekâ sistemlerinin de içinde sayılabileceği "gayri maddi mallar" da "mal" olarak sayılmıştır. Bu Kanun'un yürürlükten kalkmasını takiben oluşan uzun bir hukuki boşluk süreci nihayet sona ermiş, 12 Mart 2021'de yürürlüğe giren 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ("ÜGDTK") ile gayri maddi mallar ve dolayısıyla yapay zekâ sistemleri de "ürün" olarak tanımlanmıştır<sup>17</sup>.

Direktif ile ÜGDTK pek çok bakımdan uyumludur. En önemlisi, her iki düzenlemede de üreticinin ve ithalatçının ürünlerdeki ayıptan kaynaklanan her türlü zarardan hem tüketici yani kullanıcının hem de kullanıcı olmayan üçüncü kişilerin zararları bakımından müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiş, bunun yanında dağıtıcıların ise ikincil olarak sorumlu olacakları belirlenmiştir. Her iki düzenlemede de gözlemlenen bir başka önemli husus da üretici, ithalatçı ve yeri geldiğinde dağıtıcıların kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulmuş olmalarıdır. Kusursuz sorumluluğun doğması için failin yani üreticinin kusuru aranmaz ve niyeti ile sahip olduğu bilgi ve bilinç seviyesi sorgulanmaksızın sorumlu tutulur.

Üreticiler kural olarak yapay zekâ sistemlerinin verdiği zararlardan kusurları aranmaksızın sorumlu olsa da hem ÜGDTK kapsamında hem de Direktif kapsamında bu sorumluluğun ortadan kalkmasına neden olan durumlar da bulunmaktadır. Ancak sorumluluğun tesis edilmesi konusunda büyük ölçüde uyuşan iki düzenleme, sorumluluktan kurtulma konusunda

ciddi farklılıklar sergilemektedir. ÜGDTK'ya göre, üretici ürünü kendisinin piyasaya sürmediğini, ayıbın dağıtıcının ürüne müdahalesinden veya kullanıcıdan kaynaklandığını veya ürünlerdeki ayıbın teknik düzenlemelere veya diğer zorunluluklara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir.

Yapay zekânın yol açtığı maddi ve manevi zararlara ilişkin tazminat yükümlülüğü, yukarıda açıklandığı şekilde, ürün sorumluluğuna dair kurallar uygulanarak yorum yoluyla büyük ölçüde çözülebilmektedir. Ayrıca ilgili zararın ölüme veya yaralanmaya sebebiyet vermesi halinde beraberinde bir cezai soruşturma getirmesi de kaçınılmazdır. Günümüzde esasen ceza hukukunun temelini "kast" kavramı oluşturur ve bu kavram, davranışın bütün sonuçlarıyla beraber istenmesine ve bilinçli şekilde hareket edilmesini ifade eder.

Kasta dayalı sorumluluk ancak (i) failin, sorumluluk doğuran fiili isteyerek ve özgür iradesiyle yaptığı, (ii) failin, davranışlarının ve davranışlarının doğuracağı zararlı sonuçların bilincinde olduğu durumlarda ortaya çıkar. Türk hukukunda öldürme ve yaralama gibi suçlar "taksirle" yani kusura dayalı olarak da işlenebilir. Şüphesiz ki başka kimselere maddi veya manevi zarar vermek niyetiyle bu amacı gerçekleştirmeye uygun bir yapay zekâ geliştiren veya bu yapay zekâyı kullanan bir kimsenin bu kasıtlı hareketi sebebiyle sorumlu tutulması, cezai ve hukuki yollarla karşı karşıya kalması kaçınılmazdır.

## SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, yapay zekânın verdiği kararlarından doğan hukuki ve cezai sorumluluğun belirlenmesi konusunda henüz somut ve özel bir düzenleme olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak var olan hukuki kurumlar da bu konuda yol gösterici olup olası sorunlara karşı yorum yoluyla çözümler geti-

<sup>16</sup> Konsey Direktifi 85/374/EEC, 25 Temmuz 1985.

<sup>17</sup> KANIŞLI, Erhan, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGDTK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu, İstanbul Hukuk Mecmuası 78 / 3 (Aralık 2020), sf. 1432.



rebilmektedir. Yapay zekâ teknolojilerinden en çok faydalanan taraf olan üretici şirketler aynı zamanda en büyük sorumluluğu taşımakta ve bu bağlamda, olası bir hatalı yapay zekâ kararından doğacak zararlardan kusurlu olmasalar dahi birincil sorumlu olacaklarından piyasaya sürdükleri yapay zekâ bazlı yazılım ve sistemlerin zarara sebebiyet verecek kararlar almaya-çağından emin olmalıdırlar.

Sonuç olarak, yapay zekâ varlıklarının gelişimini görmezden gelmek yerine karşılaşılabilecek hukuki sorunlara yönelik düzenleme yapmak mevcut boşluktan daha faydalı olacaktır. Kanaatimizce yapay zekâ varlıklara hukuki bir kişilik statüsü verilmesi yerinde olacaktır. Bu statünün sınırları elbette çizilebilir. Mevzuatımızda, herhangi bir hukuk düzenlemesi sözkonusu olmamakla birlikte Avrupa Parlamentosu'nun "elektronik kişilik" görüşü oldukça yerindedir. Her yapay zekanın resmi sicile kaydedilmesi ve tazminat sorumluluğunun oluşması, tazminatın temini halinde yapay zekâ varlıklara özgü kurulan maddi fonlara başvurulması, bunun için kurulan fonlara nakdi teminat verilmesi daha yerinde olacaktır. Böylece kusursuz sorumluluğun zemininin sağlam bir dayanağa oturtturulması sağlanacaktır.

Dolayısıyla hukukumuz açısından, yapay zekaya ilişkin dünya çapındaki gelişmeleri takip etmek ve yasal düzenlemeleri ivedilikle gerçekleştirmemiz gerekir. Sonuç olarak, özerk ve akıllı hale gelen yapay zekâ varlıklarının hukuki kişiliklerini kabul etmeyip direnmek anlamsız bir çaba olacaktır. Fakat burada bahsedilen hukuki kişiliğin; yapay zekâ varlıklara özgü, kendine has sınırları olan ve mevcut kişi kavramlarından farklı olması yapay zekâ varlığın hukuki statüsü için daha uygun olacaktır. Ancak bu şekilde herhangi bir aracı olmadan doğrudan yapay zeka varlığın hukuki sorumluluğuna gidilebilir.

# MARKA HUKUKUNDA İTİBAR TAZMİNATI

Süreyya KORKMAZ  
Avukat

## ÖZET

*Marka hakkına tecavüz fiilleriyle hak sahibinin maddi ve manevi bütünlüğünün yanında doğrudan markanın itibarında da zarar ortaya çıkabileceğini öngören kanun koyucu, maddi ve manevi tazminat talepleri ile birlikte veya onlardan ayrı şekilde istenebilecek itibar kaybı tazminatını açıkça hükme bağlamıştır. Markanın itibarı ile kastedilen, markanın tüketiciler nezdinde oluşturduğu saygınlık, güven duygusu ve müşterilerin markaya olan rağbetidir. İtibar kaybı tazminatıyla marka imajında ortaya çıkan eksilmenin telâfi edilmesi amaçlanır. İtibar kaybı tazminatına hükmedilmesinde, tazminatın hukuki niteliği, şartları ve hesaplanması konuları büyük öneme sahiptir.*

**Anahtar Kelimeler:** Marka, Marka Hakkı, SMK, İtibar Tazminatı.

## GİRİŞ

En basit tanımı ile marka, bir işletmenin ürün/mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin ürün/mal ve hizmetlerinden ayırmaya yarayan her nevi isim veya işaretlerdir.

Markanın kendisinden çok tüketicinin zihninde meydana getirdiği çağrışımlarının ön plana çıktığı görülmektedir. Söz konusu çağrışımlar markanın imajını ifade etmektedir. İşletmeler tarafından, tüketicilere sunulan marka ve ürünlere birtakım anlamlar yüklenmekte ve bu şekilde marka ve ürünler tüketicilerin zihninde belli bir imajla özdeşleşmektedir. Bunun sonucu olarak, işletmeler rakiplerinden farklılaşabilmekte, tüketicilerle kurmuş oldukları iletişim sonucunda söz konusu markanın belli bir değere sahiplik etmesini sağlamaktadır.

Marka hakkı, sahibinin mal varlığı değerleri arasında yer alan, hukuk düzeni tarafından korunan ve marka sahibine yararlanma hakkı sağlayan mutlak haklardandır. Tescil edilen bir markada tescille birlikte marka hakkı sahibi lehine öncelikle markayı tekel olarak kullanma hakkı doğar. Marka, tescil edildiği mal ve hizmetlerle sınırlı olmak kaydıyla sahibine münhasır kul-

lanma yetkisi ve markasının başkası tarafından kullanılmasını ve tescilini önleme yetkisi verir.

Ticari hayat akışında marka hakkı ile korunan ürün/hizmetlerin kötü kullanımı, üretimi veya uygun olmayan şekilde piyasaya sürülmesi neticesinde markaların saygınlığı ve güvenilirliği zarara uğrayabilmekte; fiili zarar, yoksun kalınan kazanç ve itibar kaybı gibi zararlar ortaya çıkabilmektedir.

İtibar kaybı, markanın müşteriler nezdinde kazandığı saygınlık ve güvenin kaybıdır. Dolayısıyla markanın kaybettiği itibarı karşılığı ödenecek tazminatın, markanın piyasada kaybettiği güven ve saygınlığın, öz değerinin karşılığı olduğu unutulmamalıdır.

## 1. İTİBAR KAYBI TAZMİNATI İSTENE-BİLMESİNİN ŞARTLARI

Marka itibarının kaybı, hukuka aykırı bir fiil ile kusurlu şekilde bir başka kişinin mal varlığı değerine tecavüz sonucu oluşan zarar olduğundan burada esas itibarıyla haksız fiil sorumluluğunun ve kusur sorumluluğunun ortaya çıktığı ifade edilmelidir. Bu esastan hareketle itibar kaybı tazminatının talep edilebilmesi için öncelikle haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarının varlığı gerekli görülmektedir. Haksız fiilin unsurları hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı şeklinde sıralanabilir.

## A.Hukuka Aykırı Fiil

Mutlak hakları koruyan temel koruma normlarından olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ("Kanun" veya "SMK")'nın marka hakkını koruyan düzenlemelerin ihlâl edilmesi, hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır (SMK m.29).

Kanun'un m.150/2 hükmünde yer alan "*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda...ayrıca tazminat istenebilir.*" ifadelerinde tazminat istenmesi için aktif bir eylem, bir tecavüz fiilinin bulunması gerektiğine açıkça vurgu yapılmıştır.<sup>1</sup> (SMK m.29). Buna karşılık markanın hükümsüzlüğü veya iptali talebiyle açılan davalar, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilemeyeceğinden, itibar kaybı tazminatının talep edilme gerekçesi yapılamamaktadır<sup>2</sup>.

Bu tespitin yanı sıra SMK m.150/2 hükmü, markanın itibarına zarar veren fiilin, marka hakkına tecavüz teşkil eden her fiil olmadığına işaret ederek marka hakkına konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından "*kötü şekilde kullanılması*" veya "*üretilmesi*", "*bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi*" yahut "*uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi*"<sup>3</sup> durumunda markanın itibarı zarara uğrarsa tazminat istenebileceğini düzenlemektedir.

Bu kapsamda örneğin, markayı Kanun'un 7'nci maddesinde belirtilen biçimlerde kullanmak, taklit etmek, lisans yoluyla verilen hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek fiilleri *kullanma fiiline*; taklit edilen markayı taşıyan mal veya hizmetleri üretmek, kullanma fiilinin yanında *üretme fiiline*; tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, *piyasaya sürme fiiline* vücut verir.

Bununla birlikte itibar kaybı tazminatının talep edilebilmesi için tecavüz sayılan bu fiillerin "*kötü şekilde*" ve/veya "*uygun olmayan bir tarzda*" gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu hususta doktrinde<sup>4</sup>, kötü hammadde veya geri teknoloji kullanılarak üretilen mal veya hizmetlerin, kötü ambalaj ile ve/veya vasıfsız elemanlar kullanılarak satışının yapılmasının itibar tazminatı için sebep oluşturacağı ifade edilmektedir. Bu hallere, markanın ürün yelpazesinin dışında cinsel içerikte kullanılması, markanın itibarını hedef alan küçük düşürücü, alaycı karşılaştırmalar, markanın itibarına, kalitesine uymayan diğer benzer ürünlerle birlikte tanıtım yapılması, kalitesi düşük taklit ürünlerin üretilmesi ve bu ürünlerin markanın olağan satış kanallarının dışında satışa sunulması halleri dâhil edilebilir.

Bir markanın bir parodide mizahi şekilde ele alınması, her durumda markanın kötü kullanımı gerekçesiyle itibar tazminatı talebine dayanak yapılmamalıdır meğerki ticari amaçla markayı haksız yere küçük düşürecek alaycı kullanımlar, itibara zarar verecek türden imge transferine yol açan karıştırma riski söz konusu olsun. Zira yasal engelleri aşarak itibar kaybına neden olmayacak bir parodinin yaratıcı çaba gerektireceği dikkate alındığında bu türden bir ticari kullanımın, markanın tanınmışlığına olumlu yönde katkı sunabileceği göz ardı edilmemelidir.

## B. Kusur

Kusur, kast ve ihmâl şeklinde gerçekleşebilir. Kusurun derecesi, tazminat yükümlülüğünün doğması açısından değil hükmedilecek tazminat miktarı hakkında belirleyici olacaktır. Kusurun tespit edilmesinde mütecavizin hukuki durumu, mesleği ve somut olayın koşulları göz önüne alınır. Örneğin, TTK m.18/2 hükmü gereği her tacirin, ticari faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekli olduğundan mütecavizin tacir sıfatını haiz olduğu durumlarda öze-

<sup>1</sup> Hamdi YASAMAN, "Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları IV", Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 435.

<sup>2</sup> Yar. II. HD., T. 01.04.2010, E. 2008/8156, K. 2010/3600 sayılı kararı

<sup>3</sup> Bilge AYTUĞAR-Sultan KÜÇÜK, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Malatya 2020, s.113

<sup>4</sup> Ünal TEKİNALP, "İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar", İstanbul 1999, s.589-597

nin derecesi, tacir olmayan bir kişiye göre daha yüksek bekleneciktir. İhmâli tespit ederken uygulanacak özen ölçüsü, ilgili piyasadaki görüş ve gelenekler dikkate alınarak objektif standartlara göre belirlenir. Sonuç itibarıyla kusur, her somut olayda olaya özgü şartlar incelenerek ayrıca değerlendirilecektir.

### C. Zarar

Zarar oluşmadan haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyeceğinden itibar kaybı tazminatının talep edilebilmesi için de markanın itibarını zedeleyen fiiller neticesinde bir zararın ortaya çıkması gereklidir.

Markanın itibar kaybı neticesinde tazminata hükmedilebilmesi için markanın soyut olarak ihlâl maruz kalması yeterli görülmemekte; itibardaki kaybın ne şekilde gerçekleştiği ve bu kaybın nasıl telafi edilebileceği hususlarının da ortaya konulması beklenmektedir. Bu hususta ispat yükü, itibar tazminatını talep eden kişiye düşmektedir. Markanın itibarının zarara uğraması gerekçesiyle tazminat talep edebilmek için ayrıca bir de marka hakkı sahibinin itibarının zarar görmesi aranmamaktadır. İtibar kaybı tazminatı, maddi ve manevi tazminat ile birlikte istenilebilse de markanın itibar kaybının her durumda marka hakkı sahibinin ticari itibarında kayba neden olduğu söylenemez. Buna ek olarak itibar tazminatı, maddi ve manevi tazminat talepleriyle birlikte talep edilmek zorunda olmayıp şartları gerçekleşmişse tek başına da istenebilir<sup>5</sup>.

### D. Uygun İlliyyet Bağı

Uygun illiyyet bağı, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre hukuka aykırı fiilin, meydana getirmeye elverişli olduğu zararlı sonuç ile arasındaki bağıdır.

Marka hakkına tecavüz fiilleri, Kanun'da öngörülen fiillerin arka arkaya işlendiği hallerde olduğu gibi bir ihlâl zinciri oluşturuyorsa bu zincir içinde bulunan kişiler, tek bir zarar oluş-

madığından her biri oluşan zararın kendisine atfedilebilen kısmından sorumlu olacaktır.

## 2. İTİBAR KAYBI TAZMİNATININ TALEP EDİLMESİ

Fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılmış (Türk Ticaret Kanunu m.4/I, d) ve bu nitelikteki davalardan tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı kabul edilmiştir (Türk Ticaret Kanunu m.5/A/1). Dolayısıyla itibar kaybı tazminatı talebine ilişkin bir ihtilafta arabulucuya başvurulmadan dava açılmışsa dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18/A).

İtibar kaybı tazminatı talebini konu alan davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise davacının yerleşim yeri veya marka hakkına yönelik tecavüz fiilinin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir (SMK m.156/3).

Marka hakkının ihlâl edilmesi gerekçesiyle SMK'de öngörülen taleplerin ileri sürülebilmesinin ana şartı, tecavüzün gerçekleştiği sırada tescilli marka korumasının varlığıdır. Tescilli markalarda koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren on yıl olarak kabul edilmiş; bu sürenin, onar yıllık dönemler halinde yenilenebileceği hükme bağlanmıştır (SMK m.23). Bununla birlikte koruma süresi içinde gerçekleşen tecavüz fiilleri, koruma süresi bitse de zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla tazminat talebine gerekçe oluşturabilecektir.

### a. Davanın Tarafları

İtibar kaybı tazminatını, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, hakka konu ürün veya hizmetleri kötü şekilde kullanan, üreten, bu şekilde üretilen ürünleri temin eden ve uygun olmayan bir tarzda piyasaya süren gerçek ve/veya

5 Arzu OĞUZ-Özden MERHACI, "Fikri ve Sınai Hakların İhlâl Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara 2013, s. 951-974.

tüzel kişilerden talep edebilir (SMK m.150/2).

Kanunda mutlak hak sahiplerinin yanında inhisari lisans alan kişilere ve şartların gerçekleşmesi durumunda inhisari olmayan lisans alan kişilere de dava hakkı tanınmıştır (SMK m.158/1, 2). İnhisari lisans hakkı sahibine aksi kararlaştırılmadıkça tanınmış olan dava açma hakkı, marka hakkı sahibinin dava açma hakkını bertaraf etmeyecektir. Marka hakkına tecavüz fiillerinin işlendiği sırada marka hakkına sahip olan kişiler, tecavüz fiilinden sonra markayı devretmiş olsalar dahi fiilin işlendiği sırada hak sahibi olduklarından tazminat davası açabileceklerdir.

Kanun'da, tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren başladığı için (SMK m.23/1) marka tescil başvurusu yapan kişinin de tazminat davası açmaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır (SMK m.7/4).

Bununla birlikte marka hakkı sahibi, mütecaviz tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran ya da kullanan kişilere (tüketicilere) karşı, itibar tazminatı davasını açamaz (SMK m.153/1). Bunun yanında, mütecaviz tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı da itibar tazminatı davası açılmayacaktır (SMK m.153/2).

### **b. Tazminatın Hesaplanması**

Zarar miktarı, hükmedilecek tazminatın üst sınırı olduğundan zarar miktarının tespit edilmesi, tazminatın hesaplanması için elzemdir. Maddi zarar, temel olarak haksız fiil olmasaydı mal varlığının arz edeceği durum ile fiil sonucunda aldığı durum arasındaki farkın bulunması ile tespit edilir.

Markanın itibar kaybında esas itibarıyla markanın objektif değeri esas alınmak sureti ile tazminat hesabı yapılacaktır. Burada hâkimin, müşteri kitlesini ve markaya ne ölçüde güvendiklerini ilgili sektördeki olağan uygulamalara

ve tüketici anketlerine dayanarak; markayı taşıyan ürün ve hizmetlerin orijinal markayı taşıyan ürünlere kıyasla ne derece kötü üretildiğini, hangi koşullarda piyasaya sürüldüğünü, nelerle kullanıldığını, somut olaydaki olgulara dayanarak ve tecavüz fiillerinin markaya olan talebe ne ölçüde etki yaptığını ise ticari defter kayıtları üzerinde yapılacak/yaptırılacak inceleme sonuçları ile birlikte takdir yetkisini kullanmak suretiyle belirlemesi gerekecektir<sup>6</sup>.

Hükmedilecek tazminat tutarının üst sınırını zarar miktarı belirlemektedir. Tazminat taleplerinin yığılması ihtimalinde hâkim, maddi tazminat kapsamında markanın itibar kaybını ve bunun mal varlığına olan etkilerini dikkate almış ise, bu hususu kararında açıklamalı ayrıca her bir tazminat kalemi için ayrı ayrı hüküm tesis etmelidir. İtibar kaybı tazminatı, marka hakkı sahibinin markanın itibarında meydana gelen kaybı düzeltmek amacıyla yapması gereken masraflar ile bu kaybın ileride neden olabileceği kâr kayıpları dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.

Kanun'da yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, dolaylı şekilde zarar gören hak sahibinin seçimi esas alınmak suretiyle markanın ekonomik önemi veya tecavüz sırasında marka hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlâlin nitelik ve boyutu gibi etkenlerin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır (SMK m.151/2, 3).

### **c. Zamanaşımı**

Marka hakkından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanmaktadır (SMK m.157). Bu hususta Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m.72/1 hükmünde öngörülen genel kural gereğince, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle itibar tazminatı talebinin zamanaşımına uğrayacağı kabul edilir (karş. TBK m.73). Ancak tazminat, ceza kanunlarının daha

6 Gül BÜYÜKKILIÇ, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.694, 695.



uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, ceza davasının açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması aranmaksızın bu zamanaşımı uygulanır.

## **SONUÇ**

Marka hakkına yönelik tecavüz fiilleri neticesinde markanın itibarında meydana gelen kaybı ve bu suretle marka hakkı sahibinin dolaylı maddi zararlarını gidermek amacıyla açıkça SMK hükümlerinde düzenlenen itibar kaybı tazminatı, gerek şartlarının tespit edilmesi gerekse hesaplanması konularında kendisine has birtakım zorluklar ihtiva etmektedir.

Bununla birlikte tecavüz fiilleri neticesinde ihlâl edilen hakkın maddi olmayan doğası nedeniyle mal varlığına zarar gelmesi durumunda hasarı hesaplama ilkeleri, markanın itibar kaybı söz konusu olduğunda pek verimli olmamaktadır. Bu konuda marka değerlendirme uzmanlarından yardım alınarak hâkime verilen geniş takdir yetkisi ile bir tazminat belirlemesi yapılmaya çalışılır. Bu yapılırken de hesaplama parametresi olarak alınabilecek lisans ücreti veya mütecavizin kazancında, talebin oluşmasında markanın etki gücü de dikkate alınarak bir miktar artırım yapılması işin doğası gereği gerekli olacaktır.



# AVRUPA UYGULAMASI IŞIĞINDA TÜRK REKABET HUKUKUNDA UZLAŞMA MÜESSESESİ

**Metin PEKTAŞ**  
Ortak, Rekabet Hukuku

**Deniz KIVANÇ**  
Avukat

**Çağrıhan DİNÇER**  
Stj. Avukat

## ÖZET

16.06.2020 tarihinde gerçekleşen kanun değişikliği ile 15.07.2021 tarihinde yürürlüğe giren Uzlaşma Yönetmeliği ile uzlaşma müessesesi Türk rekabet hukuku uygulamasına kazandırılmıştır. Uzlaşma müessesesi Avrupa Komisyonu tarafından 2008 yılından beri uygulanmakta olup dikkate alınacak ölçekte bir uygulama geçmişi oluşmuştur. Bu çalışmada ülkemizde yürürlüğe giren bu yeni mevzuat incelenmiş ve Komisyon uygulamasına dayanak olan mevzuat ile karşılaştırılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Uzlaşma, Kanun Değişikliği, Taahhüt, Kartel, Ceza İndirimi, Uzlaşma Yönetmeliği.

## GİRİŞ

Rekabet hukukunda uzlaşma müessesesi temel olarak teşebbüslerin kendilerine isnat edilen ihlâli kabul ederek otorite ile işbirliği yapması ve karşılığında ceza indirimi elde etmesi üzerine kurulu bir hukuki mekanizmadır. Uzlaşmada rekabet otoritesi teşebbüse sağladığı ceza indirimi karşılığında belli ölçülerde soruşturma sürecindeki çeşitli külfetlerden kurtulmakta ve usul ekonomisi elde etmektedir. Uzlaşma sonucunda hızlı ve etkin şekilde tamamlanan süreç sayesinde Rekabet Kurumu kaynak ve zaman tasarrufu sağlayarak bu kaynakları ve zamanı başka soruşturmalar için kullanabilecektir.

Uzlaşma ilk defa 16.06.2020 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile Türk rekabet hukukuna da kazandırılmıştır. Uzlaşmaya ilişkin olarak 15.07.2021 tarihinde “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik” (“Uzlaşma Yönetmeliği” veya “Yönetmelik”) yürürlüğe girmiş ve uzlaşmaya ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Uzlaşma Yönetmeliği incelendiğinde; Avrupa uygulamasından önemli ölçüde farklılıklar bulunduğu görülmektedir ve gelecekte uygulama-

nın nasıl şekilleneceğine yönelik soru işaretleri ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada, Türkiye’deki uzlaşma müessesesi Avrupa Birliği’ndeki uygulamayla kıyaslanacak, farklılıkları ve bu farklılıkların ortaya çıkarabileceği sonuçlar değerlendirilecektir.

## 1. UZLAŞMA YÖNETMELİĞİ ve TÜRKİYE UYGULAMASI

Türk rekabet hukukunda uzlaşma müessesesi ilk defa 24 Haziran 2020 tarihli Resmî Gazete’de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yapılan değişiklikle hayata geçmiştir. 4054 sayılı Kanun’un 43. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda uzlaşma mekanizması aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul, ilgililerin talebi üzerine veya resen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usuli faydaları ve ihlâlin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak uzlaşma usulünü başlatabilir. Kurul, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlâlin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabilir.

Bu çerçevede Kurul, hakkında soruşturma açılan taraflara, ihlâlin varlığını ve kapsamını kabul ettikleri bir uzlaşma metni sunmaları için kesin bir süre verir. Verilen süre geçirildikten sonra yapılan bildirimler dikkate alınmaz. İhlâl tespitinin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla soruşturma sonlandırılır.

Uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasın-

*da yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabilir. Bu madde uyarınca idari para cezası tutarlarında indirim uygulanmış olması 5326 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin altıncı fıkrası kapsamında indirim yapılmasına engel teşkil etmez.*

*Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaz.*

*Uzlaşmaya ilişkin diğer usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan yönetmelik ile belirlenir."*

Konuya ilişkin ikincil mevzuat olan Uzlaşma Yönetmeliği ise 15.07.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik'te uzlaşmanın hangi tip ihlâllerde uygulama alanı bulabileceği, sürecin nasıl başlatılabileceği, hangi koşulların indirimin belirlenmesinde rol oynayacağını düzenlediği görülmektedir.

Uzlaşma Yönetmeliği'nde benimsenen süreç ve işleyiş incelendiğinde; Kurul'un, soruşturmaya başlanmasından sonra, soruşturma taraflarının talebi üzerine veya resen uzlaşma usulünü başlatabileceği görülmektedir. Kurul, tarafların uzlaşma talep etmesi halinde, talebi kabul edebilir, reddedebilir veya varsa diğer soruşturma taraflarını uzlaşma görüşmelerine davet edebilir. Tarafların uzlaşma usulüne en geç soruşturma raporunun tebliğine kadar Kurum'a yazılı başvuru yaparak başlamaları şartı belirlenmiştir. Kurul'un re'sen uzlaşma sürecini başlattığı durumlarda, taraflara bilgilendirme yapılarak müzakerelere başlamak isteyip istemedikleri öğrenilir. Taraflara cevaplarını yazılı olarak iletmeleri için on beş günlük kesin süre belirlenmiş olup bu süre geçtikten sonra yapılan bildirimlerin dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir.

Zamanlama açısından Kurul, soruşturma raporunun tebliğine kadar iddia edilen ihlâlin varlığını ve kapsamını kabul eden taraflarla uzlaşabilir. Uzlaşmanın bu noktada taraflar açısından en büyük avantajı, ihlâl türüne göre belirlenecek olan idari para cezasında %10 ila %25 arasında indirim imkânıdır. Bu kapsamda minimum indirim oranının asgari %10 olarak belirlenmesinin uzlaşma usulüne ilişkin teşebbüslerin yaklaşımını olumlu etkileyeceği

düşünülmektedir. İndirim oranında minimum bir oran öngörülmesi teşebbüslerin uzlaşma usulüne başvurularına yönelik karar aşamalarında özellikle ticari olarak karar vermelerini kolaylaştırabilecektir. Zira böylelikle rekabet incelemelerinin ve soruşturma süreçlerinin uzun sürmesinin yanında elde edilecek sonuçtaki belirsizliğin teşebbüsler üzerinde oluşturduğu maddi ve idari yükün bertaraf edilmesi mümkün kılınacaktır. Sürecin başlatılmasında öncelikle usul ekonomisi çerçevesinde doğacak faydalar ile ihlâlin varlığı ve kapsamı değerlendirilmektedir. Yönetmelik'te; Kurul tarafından; (i) taraf sayısı, (ii) tarafların önemli bir kısmının uzlaşmaya başvurup başvurmadağı, (iii) ihlâlin kapsamı, (iv) delillerin niteliği ve (v) taraflar ile ihlâlin varlığı ve kapsamına dair ortak bir kanaate ulaşıp ulaşılamayacağı hususlarının değerlendirilmeye alınacağına yer verilmiştir.

Sürecin devamına ilişkin olarak, uzlaşma taraflarının bilgi edinme hakkı Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 5. fıkrasında koruma altına alınmıştır. Buna göre, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye atmamak kaydıyla uzlaşma tarafları; ilgili iddiaların içeriği, isnat edilen ihlâlin niteliği, kapsamı ve süresi, bilgilendirme amacıyla sınırlı olmak üzere, ticari sırlardan ve gizli bilgilerden arındırılmış olmak kaydıyla, (i) iddiaya dayanak oluşturan başlıca deliller, (ii) sürecin uzlaşma ile sonuçlanması durumunda uygulanacak olan indirim oranı, (iii) uzlaşan tarafla verilebilecek idari para cezalarının kapsamı/oranı hakkında bilgi edinme hakkına sahip olacaktır. Sunulmuş olan bu bilgi edinme hakkının yanında Yönetmelik'in 8. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere uzlaşma taraflarına belirli yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre, uzlaşma tarafları; (i) isnat edilen ihlâlin varlığı ve kapsamının kabulü, (ii) idari para cezası ve uygulanacak indirim oranının kabulü, (iii) isnat edilen ihlâl hakkında yeterli şekilde bilgilendirildikleri ve kendi görüşlerini ve açıklamalarını aktarmak için yeterli imkân tanındığı, (iv) idari para cezasının ve uzlaşma metninde yer alan hususların idare mahkemeleri nezdinde dava konusu yapılamayacağı hususlarını Kurul'a beyan etmek zorundadır.

Soruşturma sürecinin uzlaşma sayesinde

erken aşamada tamamlanması hem teşebbüsler hem kamu tarafı açısından önemli avantajlar sağlamaktadır. Uzlaşma nihai kararına kadar uzlaşma sürecinin tarafların tamamı veya bir kısmı için sürecin hangi hallerde sona erdirilebileceği düzenlenmiştir. Uzlaşma sürecinin sona erdirilme nedenleri Yönetmelik'in 4. maddesinin 6. fıkrasında; (i) yürütülmekte olan uzlaşma sürecinden beklenen usuli faydanın sağlanamayacağına anlaşılmaması (ii) soruşturma taraflarıyla ihlâlin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olmadığına anlaşılmaması, (iii) delillerin karartılması tehlikesinin bulunması, (iv) Yönetmelik'in 12. maddesinde belirtilen gizlilik yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak düzenlenmiştir. Sürecin uzlaşma ile sonuçlanmaması halinde, uzlaşma görüşmeleri kapsamında uzlaşma taraflarınca sunulan bilgi ve belgeler dosya kapsamından çıkarılacak ve soruşturma sonucunda alınacak nihai karara dayanak yapılmayacaktır.

Uzlaşma müessesesinin teşebbüslerin çok maliyetli bir soruşturma süreci sonunda, ticari sırlarının ortaya çıkmaması, kamuoyundaki imajlarının bozulmaması ve en önemlisi ceza indirimini elde edilmesi gibi avantajları bulunmaktadır. Öte yandan teşebbüsler açısından dikkat çeken dezavantajlar ise; tam anlamıyla ispat edilememiş olan bir ihlâlin kapsamı ve süresi hakkında Kurul'a bilgi sağlanması, daha sonrasında uzlaşma kararının idare mahkemeleri nezdinde dava konusu yapılamaması, uzlaşma görüşmeleri esnasında meydana gelen usule veya esasa ilişkin hukuka aykırılıkların ileri sürülebilmesi, Rekabet Kurumu'nun uzlaşma kararı verilir verilmemesine ışık tutacak tutarlı bir cezalandırma geçmişinin bulunmaması ve bu kapsamda hem temel para cezasına hem de uzlaşma süreci sonunda sağlanacak olan indirim oranına ilişkin belirsizliğin giderilememesidir.

Uzlaşma süreci yalnızca teşebbüsler nezdinde avantaj sağlamamakta kamu tarafına sürecin erken bitirilmesi nedeniyle çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Teşebbüslerden, isnat edilen

ihlâle ilişkin bilgi sağlanarak soruşturma süreci uzatılmayacak ve Rekabet Kurumu'nun bu yönde harcadığı kaynakların farklı dosyalara yönlendirilmesi mümkün olacaktır. Böylelikle kamunun kaynaklarının verimli kullanımı sağlanarak daha fazla fayda ortaya çıkabilecektir.

Uzlaşma müessesesinin pişmanlık programlarından farklarına değinmek gerekirse, pişmanlık sürecinin esasları ülkemizde *Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik* ile belirlenmiştir. Bunun yanında *Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Açıklanması İlişkin Kılavuz* ("Aktif İşbirliği Kılavuzu") ile belirlenmiştir. Pişmanlık programlarında belirtilen taraflardan beklenen şartlar ve süreç benzer olmakla birlikte, ilk gelen teşebbüs için cezadan tam muafiyet mümkündür. Başvuruda bulunan ikinci teşebbüse verilecek cezalarda 1/4 ila 1/3, diğer teşebbüslere verilecek cezalar ise 1/6 ila 1/4 arasında indirim uygulanabilmektedir. Bunun yanında, Uzlaşma Yönetmeliği'nde pişmanlık ve uzlaşma mekanizmasının aynı anda yürütülebileceği düzenlenmiştir. Hem pişmanlık hem de uzlaşma başvurularının kabul edilmesi halinde taraflar her iki indirimden de yararlanabilmektedir. Uzlaşma ile pişmanlık süreçlerinin birlikte yürütülmesi, Uzlaşma Yönetmeliği'nin "Özel Hükümler" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Bu kapsamda uzlaşma metni sunanların metin Kurum kayıtlarına girdiği andan itibaren Aktif İşbirliği Kılavuzu kapsamında pişmanlık başvurusu yapılamayacağı belirlenmiştir.

Türkiye'de uzlaşma müessesesinin ilk örneği 9.8.2021 tarihinde Rekabet Kurumu tarafından duyurulmuştur. Kurul'un 21-37/524-258 sayılı ve 05.08.2021 tarihli kararı ile, Kanun'un 4. maddesini ihlâl edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak teşebbüsler tarafından sunulan uzlaşma metinleri neticesinde soruşturmanın, her bir taraf bakımından uzlaşma ile sonlandırılmasına karar verilmiştir.<sup>1</sup> Gerekçeli kararın henüz yayınlanmamış olup uzlaşmaya ilişkin detaylı değerlendirmelere henüz erişilememektedir.

<sup>1</sup> Rekabet Kurumu, *Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma Müessesesinin İlk Örneği*, Erişim Tarihi: 18.8.2021 <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/turk-rekabet-hukukunda-uzlasma-muesseses-a42c270cfef8eb118140005056b1ce21>



## 2. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE UZLAŞMA UYGULAMASI

### 2.1. UZLAŞMA USULÜ

Avrupa Birliği'nde uzlaşma müessesinin temeli Avrupa Konseyi'nin 16.12.2002 tarihinde çıkarmış olduğu 1/2003 sayılı Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması'nın 81. ve 82. maddelerinde belirtilen rekabet kurallarının uygulanması hakkında tüzüğe dayanmaktadır. Uzlaşma müessesesi ancak 7.4.2002 tarihinde, aynı anlaşmanın aynı maddelerinin uygulanmasına yönelik düzenlenmiş olan 773/2004 sayılı tüzükte ayrı bir bölüm olarak kendine yer bulabilmiştir. Son olarak yine kartel davalarında 1/2003 sayılı Tüzüğün 7. ve 23. maddeleri uyarınca kararların kabulü açısından uzlaşma usullerinin yürütülmesine ilişkin Komisyon duyurusuyla yerleşik hale gelmiş bir mevzuat bulunmaktadır.

Avrupa Birliği'nde yürürlükte olan mevzuat kapsamında uzlaşma müessesesinin yalnızca kartel soruşturmalarında uygulanabilir olacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda uzlaşma, ihlâl kararı almak için süreci hızlandıran bir prosedür olarak nitelendirilebilir. Teşebbüsler öncelikle rekabete aykırı davranışta bulunduklarını kabul etmeli; davranışlarının kapsamı ve yasal niteliği hakkında Avrupa Komisyonu ile ortak bir anlayışa varmalıdır. Buna ek olarak, uzlaşmanın tarafları, Komisyon tarafından verilen nihai kararda kendilerine verilebilecek olan azami idari para cezası miktarını kabul ettiklerini bildirmek zorundadır. Uzlaşma süreci başarıyla sonuçlandığı takdirde, uzlaşma tarafları cezadan %10 oranında indirim alabilmektedir. Böylelikle Komisyon, kaynaklarını daha verimli kullanabilmekte ve bu süreçten faydalanarak mahkemeye daha az sayıda temyiz başvurusu yapılmasına olanak tanımaktadır.

Uzlaşma kararı, AB hukukunda, teşebbüsler için ne bir hak ne de yükümlülük olarak öngörülmüş olup kararı almak Komisyon'un yetkisindedir. Soruşturmanın tüm taraflarının uzlaşmayı talep ettiği senaryoda dahi uzlaşmanın davanın çözümüne uygun olup olmadığının tespiti Komisyon'un takdirindedir.

Taraflardan birinin uzlaşmaya başvurduğu ancak sonrasında Komisyon veya ilgili tarafın görüşmeleri durdurmaya karar vermesi durumunda Komisyon, hızlı bir şekilde standart usulün işletilmesine dönebilmektedir. Karma (hibrit) çözüm olarak adlandırılan bu usul, standart olarak uygulanan usulde sürdürülemeyen uzlaşma görüşmelerinden sonra taraflar aleyhinde bir karar alınabilmesidir. Bir hibrit karar, uzlaşmacı taraflardan birisinin ya da daha fazlasının uzlaşma prosedüründen vazgeçtiği ve Komisyon'un kalan taraflarla uzlaşabileceği ve ayrılan taraflar için normal prosedürün izlenebileceği durumu ifade etmektedir. Bir veya birden fazla teşebbüs, uzlaşma sürecine katılmayı başından reddedebilir veya katıldıktan sonra vazgeçebilir. Böylelikle Komisyon, tek bir kartel ihlâliyle ilgili hem uzlaşma müessesini hem de olağan usulü işletebilir. Komisyon'un uzlaşma ve pişmanlık arasındaki farka ilişkin görüşüne göre; uzlaşma usuli bir etkinlik aracıken pişmanlık bir tür kanıt toplama aracıdır. Bunun yanında pişmanlık başvurusu, uzlaşma talebi için bir ön koşul olarak belirlenmemiştir.

Süreç başlatılmadan önce teşebbüsler; (i) isnat edilen ihlâllerin içeriği ve sınıflandırılması, (ii) isnat edilen kartelin ağırlığı ve süresi, (iii) muhtemel idari para cezasının aralığına ilişkin bir tahmin, (iv) olası itirazlara karşı kullanılacak bulgular hakkında bilgilendirilmektedir. Bu bilgilendirme, tarafların kendilerine yöneltililecek olası itirazlar hakkında görüşlerini etkin bir şekilde öne sürmelerine ve uzlaşmaya varıp varmama konusunda bilinçli bir karar vermelerine olanak sağlamak amacıyla yapılmaktadır. Komisyon ve taraflar arasında uzlaşma sağlanmasının ardından, tarafların Komisyon'a yazılı uzlaşma başvurusunu sunmaları için 15 günlük süre belirlenmiştir. Özet bir bildiri halinde tarafların sorumluluğunu bildirmesi, uzlaşma sonucunda tarafın göreceği azami idari para cezası tutarı, tarafın ihlâli kabul ettiğine onay vermesi, isnat edilen ihlâl hakkında yeterince bilgilendirildiğinin kabulü yapılacak olan yazılı uzlaşma başvurusunun unsurları olarak düzenlenmiştir.

Savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması amacıyla görevlendirilen görevli ta-

raflara süreç esnasında süreçle ilgili ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında bilgi vermekle görevlendirilmiştir. Uzlaşma başvuruları tek taraflı beyanla iptal edilememektedir. Taraflar ve Komisyon arasında uzlaşma sağlandığı takdirde yazılı bir itiraz beyanı Komisyon'a sunulmalıdır. İtiraz beyanında taraflar, Komisyon'un belirlediği iki haftalık süre içinde bu beyanların uzlaşma başvurusuna uygun olduğunu doğrulayan kısa ve basit bir cevap sunmalıdır. Tarafların savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için Komisyon, nihai kararını vermeden önce aleyhindeki itirazları veya destekleyici kanıtları soruşturma kapsamında gerekli değişiklikleri yaparak dikkate almaktadır. Komisyon, yöneltilen itirazların kabulü veya reddiyle sınırlı olmamak üzere hem somut olaydaki maddi gerçeğe hem de hukuki nitelendirmeye yönelik değerlendirme yapmalıdır.

Nihayetinde Komisyon ve teşebbüslerin uzlaşmaya varması durumunda karteller için öngörülen idari para cezasındaki indirim oranı %10'dur. Uzlaşmaya varılmadığı durumda standart usul devreye sokulabilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki Komisyon, her bir teşebbüsle ayrı ayrı uzlaşmaya varmaktadır. Bir başka deyişle, bazı kartel üyeleri için uzlaşma mümkünken diğer teşebbüslerin uzlaşmaya varılmaması mümkündür.

## 2.2. KOMİSYON'UN UZLAŞMA USULÜNE İLİŞKİN KARAR ÖRNEKLERİ

Avrupa Birliği'nde ilk uzlaşma kararı, çok da uzak olmayan bir tarih olan 2010 yılında verilmiştir. Komisyon, on farklı teşebbüsün Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma ("ABİDA")'nın 101. maddesi ve Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması'nın 53. maddesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle ve 1/2003 sayılı Yönetmelik'in 30. maddesine uygun olarak teşebbüsler hakkındaki kartel kararını açıklamıştır.<sup>2</sup> Uzlaşma süreci, Haziran 2008'de yürürlüğe girmiş olup teşebbüslerle 2009 yılının Mart ayında uzlaşma görüşmeleri başlatılmıştır. Aynı yılın Aralık ayında teşebbüsler, ihlâl dair sorumluluklarını

açık ve net şekilde kabul ettikleri resmi uzlaşma beyanını sunmuşlardır. Danışma Kurulu'nun uzlaşmaya ilişkin olumlu görüş bildirmesi sonucunda 19 Mayıs 2010 tarihinde uzlaşma kararı kabul edilmiştir. Karar kapsamında Micron, Samsung, NEC, Hitachi, Mitsubishi, Toshiba gibi önemli teknoloji şirketlerinin de aralarında bulunduğu on teşebbüsün, birbirleriyle koordine halde rekabete duyarlı bilgilerin değişimi, fiyat belirleme, koordine iletişim ağı içerisinde olma gibi ihlâllerde bulunduğu tespit edilmiştir. DRAMların (Dinamik Rastgele Erişimli Bellek) satışı için rekabeti kısıtlayıcı anlaşma içerisinde oldukları bulgularına ulaşılmıştır. Her bir teşebbüsün ihlâl katılma süresinin münferit olarak dikkate alınabilmesi için; esas miktar, ihlâl iştirak edilen yıl sayısı ile çarpılarak temel ceza miktarı, teşebbüslerin DRAM satışlarının %16'sı olarak belirlenmiştir. Uzlaşma kararı sonucunda Toshiba ve Mitsubishi idari para cezasından %10 oranında indirim almıştır.

Bir diğer uzlaşma kararı örneği, Ro-Ro taşımacılığı yapan teşebbüsler için toplamda yaklaşık 268 milyon Euro'luk idari para cezası ile sonuçlanan karardır.<sup>3</sup> Soruşturma kapsamında, tüm teşebbüsler kartellere dahil olduklarını kabul etmiş ve uzlaşmayı kabul etmiştir. Şilili, Japon, İsveçli ve Norveçli beş Ro-Ro taşımacılığı işletmesi büyük araçların Avrupa ve diğer kıtalar arasında çeşitli rotalarda taşınması için pazarda kartel oluşturdukları tespit edilmiştir. Komisyon'un ulaştığı bulgulara göre satış müdürleri birbirlerinin ofislerinde, restoranlarda, barlarda gerçekleştirilen toplantılarda bir araya gelmelerinin yanı sıra düzenli olarak telefonda iletişimlerini devam ettirmiştir. Teşebbüsler, fiyat koordinasyonu sağlayarak, müşteri paylaşımı yaparak, döviz veya petrol fiyatlarındaki dalgalanmaları dengelemek için fiyatlara ücret ekleyerek ve ek ücretler gibi rekabete duyarlı bilgilerin değişimini sağlayarak kartel davranışları sergilemişlerdir. Teşebbüsler pazardaki statükoyu korumak için anlaşmış ve ihalelerde fiyatları suni biçimde yükselterek veya ihalelere hiç katılmayarak belirli rotalarda veya müşteri gruplarında birbirlerinin yerleşik iş düzenine

2 Avrupa Komisyonu'nun 19.5.2010 tarih ve 3152 sayılı kararı

3 Avrupa Komisyonu'nun 21.2.2018 tarih ve AT.40009 sayılı kararı

karışmamışlardır. 2016 yılında AB üyesi olmayan ülkelerden yaklaşık 3,4 milyon motorlu araç ithal edilirken AB'ye 6,3 milyondan fazla araç ihraç edilmiştir. Bu araçların neredeyse yarısının taşınması para cezasına çarptırılan taşıyıcılar tarafından gerçekleştirilmiştir. İhlâlin en ciddi niteliği ise coğrafi kapsamı ve süresi olarak belirlenmiştir. Komisyon, CSAV'nin ihlâl daha az katılımını göz önünde bulundurarak verilen idari para cezasında %20 oranında indirim uygulanmasına karar vermiştir. Komisyon, pişmanlık hükümlerini ve uzlaşma müessesini bir arada uygulamış ve bunun sonucunda MOL idari para cezasından tam bağışıklık elde ederek hiç ceza almamıştır. Komisyon tarafından en fazla idari para cezasına çarptırılan NYK, pişmanlık hükümlerinden %20, uzlaşma hükümlerinden sabit %10 oranlarında indirimden faydalanmış olup toplamda 141 milyon Euro cezaya çarptırılmıştır.

Komisyon, bir diğer uzlaşma kararında araba parçası üreticileri Brose ve Kiekert için 18 milyon Euro idari para cezasına hükmetmiştir.<sup>4</sup> Magna, pişmanlık hükümleri kapsamında kartelin ortaya çıkarılması hususunda Komisyon'a yardım ettiği için idari para cezasına çarptırılmamıştır. Almanya merkezli bu iki teşebbüs Daimler ve BMW gruplarına açma kapama sistemleri tedarik etme faaliyeti yürüten teşebbüslerdir. Üç teşebbüs de kartel tarafı olduklarını kabul ederek soruşturma için Komisyon'a yardımcı olacaklarını taahhüt etmiştir. Bu üç teşebbüsün; fiyatlandırma davranışlarını koordine ederek rekabete duyarlı bilgilerin değişimini toplantılar, telefon görüşmeleri ve e-postalar yoluyla mevcut işlerini ve mevcut fiyat seviyelerini korumak amacıyla kartel oluşturdukları tespit edilmiştir. Komisyon'un öngördüğü idari para cezası tutarından pişmanlık hükümlerinden %40, uzlaşma müessesinden sabit %10 indirim uygulanmasına rağmen en yüksek idari para cezasını Kiekert almıştır.

### **3. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMASI İŞİ- ĞINDA TÜRKİYE UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖNGÖRÜLER**

AB, uzlaşma müessesini 2010'dan beri uygulamakta, Türkiye'de ise henüz sonuç çıkarılabile-

cek ölçüde bir uygulama geçmişinden söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle Avrupa Birliği uygulaması ile Türkiye'de mevcut düzenlemenin arasındaki farklar dikkate alınarak AB uygulaması Türkiye'nin gelecek uzlaşma müessesinin hangi ihlâllerde uygulanacağına, idari para cezasındaki indirim oranlarına ve teşebbüslerin bu uygulamaya yönelik muhtemel yönelimlerine ilişkin öngörülerde bulunulabilmektedir.

Öncelikle AB uygulaması ile Türkiye arasındaki en temel farkın uzlaşma müessesesinin uygulama alanı olduğu görülmektedir. AB uygulamasında uzlaşma yalnızca kartel tipi ihlâllere uygulanabilirken Türkiye'de 4. ve 6. madde olmak üzere tüm ihlâl tiplerinde uzlaşmanın uygulanabilir olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Türkiye'de uzlaşmanın çok daha geniş bir uygulama alanı bulabileceği ve etkinlik kazanımının daha fazla olabileceği düşünülmektedir.

Dikkat çeken ikinci en büyük farklılık ise AB uygulamasında sabit olarak %10 indirim yapılacağı öngörülmüşken Türkiye'de %10 ila %25 arasında cezada indirimle gidilebileceği, oranı belirlemenin Kurul'un takdirinde olduğu öngörülmüştür. AB uygulamasına kıyasla indirim oranının daha yüksek belirlenmesi ve minimum bir indirim oranı öngörülmesinin teşebbüsleri uzlaşmaya teşvik edebileceği öngörülmektedir.

Mevzuattaki durum böyleyken, ülkemizde teşebbüslerin uzlaşma kararı almaları üzerinde etkili olacağını düşündüğümüz bir nokta üzerinde durulmasında fayda görülmektedir. Öncelikle Rekabet Kurumu'nun 20 yılı aşkın uygulamasında ihlâllere ilişkin verilen idari para cezalarına yönelik detaylı bir çalışma bulunmamaktadır. Teşebbüslerin uzlaşmaya temayül göstermeleri adına hangi tip ihlâllerde ne tür cezaların verildiği ve benzer durumlarda benzer cezaların verilip verilmediği yönünde nitelikli öngörü sağlayabilecek detayda bir çalışmanın yapılması; teşebbüslerin uzlaşma taleplerinin artmasına, uzlaşmanın Türk rekabet hukukunda uygulama alanının genişlemesine katkı sağlayacaktır. Nitekim Avrupa Komisyonu'nda yerleşmiş olan uygulama sayesinde sabit indirim oranı belirlenmiş

4 Avrupa Komisyonu'nun 29.9.2020 tarih ve 40299n sayılı kararı

olmasına rağmen uzlaşma müessesine teşebbüsler tarafından talep olduğu görülebilmektedir. Bu talebin Türkiye uygulamasında da sağlanabilmesi açısından detaylı bir çalışma yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Yukarıda değinilen ceza geçmişine ilişkin detaylı bir çalışma gereksiniminin yanında Rekabet Kurumu geçmişinde ihlâllere ilişkin ispat standardının belirlenmesi önem taşımaktadır. Nitekim oldukça benzer bulguların bulunduğu birçok dosyada Kurul yaklaşımının değişkenlik gösterdiği, zaman içerisinde ihlâllere yönelik yaklaşımların farklılaştığı dikkat çekmektedir. Özellikle kartel tipi ihlâllere ilişkin ispat standardının Kurum nezdinde belirgin hale gelmesi teşebbüslerin soruşturma kapsamında ne tür bir ihlâl tespitiyle karşı karşıya kalabileceklerine ilişkin öngörü sağlayarak uzlaşmaya yakın-samalarına fayda sağlayabilecektir.

Ele alınmasında yarar görülen son husus ise uzlaşma başvurusunun zamanlamasına ilişkindir. Uzlaşma Yönetmeliği'nde uzlaşma talebinin soruşturma raporunun tebliğine kadar yapılabileceği düzenlenmiştir. Kurum uygulamasında ihlâl iddialarına ve bulgulara en geniş yer verilen ve aslında soruşturmanın temelini oluşturan tüm unsurların görülebildiği aşama soruşturma raporunun tebliği aşaması olup öncesinde taraflara tebliğ edilen soruşturma bildirimlerinde genellikle detaylı herhangi bir açıklamaya yer verilmemektedir. Henüz soruşturma raporu tebliğ edilmeksizin teşebbüslerin uzlaşma talebinde bulunması gerekliliği, teşebbüsler nezdinde hem hukuki hem ticari açıdan riskli görülebilecektir.

## SONUÇ

Uzlaşma müessesinin Türkiye mevzuatına kazandırılmasının ardından uygulama performansının nasıl şekilleneceği temel tartışma konusu olarak karşımıza çıkmıştır. 15.07.2021 tarihinde yürürlüğe giren Uzlaşma Yönetmeliği ile uygulamanın usul ve esasları belirlenmiştir. Bu kapsamda teşebbüslerin kartel ve diğer ihlâller için verilecek idari para cezalarından %10 ila %25 arasında indirim alması mümkün kılınmıştır. Buna göre mehz Avrupa Birliği

mevzuatındaki %10 oranındaki sabit indirim tutarından farklı olarak %25'e kadar indirim uygulanabilecektir. Türkiye uygulamasında bu ceza indiriminin kapsamı yalnızca kartel tipi ihlâllerle sınırlı kalmayıp diğer ihlâllerle de genişlemiştir. Bu doğrultuda özellikle uygulama alanı ve indirim oranının farklılaşması Türkiye uygulamasının daha yaygın olabileceği öngörüsünü beraberinde getirmiştir. Özellikle minimum indirim oranı öngörülmüş olması teşebbüsler açısından uzlaşmayı daha çekici hale getirebilecektir. Buna karşın Rekabet Kurumu'nun ceza kararlarına ilişkin detaylı bir çalışmanın yapılmamış olması, ihlâl tiplerinin belirlenmesinde ispat standartlarının mevcut durumda hala tartışmalı olması ve Kurum uygulamasında soruşturma raporu öncesinde ihlâl iddialarına yönelik kapsamlı açıklamaların bulunmaması hususlarının teşebbüsler nezdinde uzlaşma uygulamasına başvurmalarında tereddüt yaratabileceği düşünülmektedir.





# BASIN İŞ KANUNU'NUN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

Çağatay ŞENOCAK

Avukat

## ÖZET

İletişim çağının gerçeklerinden biri olan bilgiye hızlı ulaşma ihtiyacı, halkın bilgilendirilme ve haber alma hürriyetine hizmet eden gazetecilik ve basın faaliyetlerinin teknoloji ile birlikte değişmesine, bu alanda yeni meslek gruplarının ve habercilik araçlarının oluşmasına neden olmuştur. Ortaya çıkan yeni meslek gruplarının mensupları tarafından yürütülen işler, Basın İş Hukuku anlamında çoğu kez konumlandırılmamış ve mevzuatın güncelliğini yitirmesi sebebiyle de Basın İş Hukuku kapsamında kalan işçilerin tespiti sorunu ortaya çıkmıştır.

Basın İş Hukuku ile ilgili temel mevzuat olan ve 1952 tarihli 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ("Basın İş Kanunu")'un teknolojik gelişmeler ve yeni meslek gruplarından uzak olması, günümüzde gazetecilik ve basın faaliyeti kapsamında olan işçilerin hukuki statülerinin tespitinde ve uygulanacak mevzuatın belirlenmesinde sorunlar yaratmaktadır.

Basın İş Kanunu'na tabi çalışanların tespiti sorunu yüksek mahkeme kararları ile geçici olarak çözümlenmeye çalışılmaktadır. Ancak kanuni eksiklikler giderilmeden Basın İş Hukuku kapsamında olan işçilerin haklarının tespitindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması mümkün değildir.

**Anahtar Kelimeler:** Basın İş Kanunu, Gazeteci, İşçi, Süreli Yayın, Haber Ajansı, Gazete.

## GİRİŞ

Türk hukukunda işçi ile işveren arasındaki bireysel ilişkiler temel olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun olmak üzere dört farklı kanunda düzenlenmiştir. Basın İş Kanunu dışında kalan diğer kanunlarda hangi işçilerin kapsam dahilinde olduğunun tespiti açıkça yapılabiliyor iken, Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilerin tespiti her zaman mümkün olamamaktadır.

Zira Türk iş hukukunda temel kavramlardan olan işçi kavramı, Basın İş Kanunu'nda gazeteci olarak karşımıza çıkmaktadır. 1952 yılında yürürlüğe giren Basın İş Kanunu zamanının şartlarında basılı gazeteleri dikkate alarak gazeteciyi tanımlamış ve bu kişileri Basın İş Kanunu'na dahil etmiştir. Ancak her alanda olduğu gibi basın, iletişim ve yayın sektörlerinde teknoloji ve

iletişim araçlarının değişmesi ile yepyeni meslek grupları ve faaliyet alanları gelişmiştir.

Gelişmelere uyum sağlayamayan Basın İş Kanunu'ndaki sınırlayıcı tanımlamalar, genel anlamda basın işinde faaliyet gösteren birçok işçinin Basın İş Kanunu kapsamından çıkarılmasına sebebiyet vermiştir.

Oysa aynı amaca hizmet eden benzer faaliyeti yürüten çalışanları sadece kanuni düzenlemelerdeki eksiklikler sebebiyle farklı kanunlara tabi kılmak adil değildir. Kanuni eksiklikler yüksek mahkeme kararları ile kapatılmaya çalışılmakta ve Basın İş Kanunu'nun sınırlayıcı etkileri zaman zaman ortadan kalkmaktadır.

Ancak özellikle iletişim araçlarının tamamen değiştiği ve iletişim çağı olarak adlandırılan günümüzde 1952 yılında yürürlüğe giren Basın İş Kanunu'nun ihtiyaçlara cevap vermekten uzak olduğu tartışmasızdır. Bu sebeple klasik kanuni tanımının yanında Basın İş Kanunu'na tabi çalışanların tespitinde yüksek mahkeme kararlarındaki kabullere de yer verilmesi gerekmektedir.

## 1. BASIN İŞ KANUNU'NUN KAPSAMI

Basın İş Kanunu'nun 1. maddesinde gazeteci kavramı *"Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkute-lerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir."* şeklinde tanımlanmıştır.

Görüleceği üzere Basın İş Kanunu hangi çalışanların bu kanun kapsamına dahil olduğunu sınırlarını çizerek benimsemiştir. Dolayısıyla bir işçinin Basın İş Kanunu kapsamında girip girmediğinin tespiti için kanunen aranan şartları sağlayıp sağlamadığının incelenmesi gerekmektedir.

### a. Türkiye'de yayınlanma zorunluluğu

Kanuni tanım dikkate alındığında bir gazetecinin Basın İş Kanunu kapsamında olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle Türkiye'de yayınlanan bir gazete, mevkute (süreli yayın) veya haber ve fotoğraf ajansında çalışıp çalışmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Yurtdışında yayın yapan bir gazete, süreli yayın ya da ajansın Türkiye temsilcisi olarak çalışan bir Türk vatandaşı dahi Basın İş Kanunu kapsamına girmemektedir.<sup>1</sup> Ancak aksi durumda Türkiye'de yayınlanan bir gazetede çalışan yabancının Basın İş Kanunu kapsamında değerlendirilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Basın İş Kanunu kapsamında sayılmak için vatandaşlık anlamında ya da yayın yapılan dil konusunda bir ayırım yapılmadığını,

yayınlanan yer bakımından bir sınırlama yapıldığını söylemek mümkündür.

Basın İş Kanunu'nun güncel olmaması sebebiyle tanıtımda yer alan "yayınlanan" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de tartışma konusu yapılmıştır. Konuya ilişkin olarak Yargıtay "yayınlanan" ifadesinden, gazetenin elektronik ortamda umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulmasının da yayınlanma kapsamında anlaşılması gerektiğine karar verilmiş ve yayınlanma ifadesinden sadece basıp çoğaltmanın anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir.<sup>2</sup>

### b. Gazete, Süreli Yayın, Haber Ajanslarında veya Özel Radyo ve Televizyonlarda Çalışma Zorunluluğu

Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için işçilerin çalışması gereken işyerleri tahdidi olarak sayılmıştır. Bu işyerleri, gazete ve süreli yayın<sup>3</sup> ile haber ve fotoğraf ajansları<sup>4</sup> ve medya hizmet sağlayıcıları olarak radyo ve televizyon kuruluşları ile isteğe bağlı yayın hizmeti yapan kuruluşların haber birimidir.<sup>5</sup>

Ayrıca ifade etmek gerekir ki 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 23. maddesi uyarınca medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personel de Basın İş Kanunu hükümlerine tabi kılınmıştır.

Basın İş Kanunu kapsamında sayılmak için aranan diğer husus ise çalışılan yerlerin özel sektöre ait olması zorunluluğudur. Zira Basın İş Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliğine sahip kurum ve kuruluşlar tarafından

1 Haluk Hadi SÜMER / Hasan KAYIRGAN, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları*, Ankara 2021, s.53

2 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01.07.2020 tarihli ve 2016/20501 E. 2020/6789 K. sayılı kararı; [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr) E.T. 24.09.2021

3 Yargıtay'a göre madde metninde belirtilen gazete ve süreli yayın kavramları nesne anlamında değil bu gazete veya süreli yayını çıkaran işletme anlamında anlaşılmalıdır. Bknz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 31.03.2009 tarihli ve 2008/30660 E. 2009 8953 K. sayılı kararı. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr) E.T. 24.09.2021

4 Haber ve fotoğraf ajansları Basın Kartı Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrası k bendinde dünya ve ülke çapında cereyan eden hadiseleri başta diğer basın-yayın kuruluşları olmak üzere müşterilere ulaştırmak için haber, fotoğraf ve görüntü toplama işlemlerini yerine getiren ve her türlü masraflarını abonelerine haber, fotoğraf ve görüntü satarak karşılayan özel veya yarı resmi kuruluşlar olarak tanımlanmaktadır. [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr) E.T. 24.09.2021

5 Gökçek Karaca, Nuray, *Basın İş Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, 2020, s.87.

çalıştırılanlar hakkında Basın İş Kanunu hükümleri uygulanmayacak<sup>6</sup> ve bu çalışanlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında değerlendirilecektir.<sup>7</sup>

### c. Fikir ve Sanat İşinde Çalışma Zorunluluğu

Basın İş Kanunu'na göre bir kişinin gazete- ci olarak sayılabilmesi için, kanun kapsamında sayılan yerlerde çalışması yeterli değildir. Aynı zamanda bu işyerlerinde fikir ve sanat işlerinde çalışma zorunluluğu mevcuttur.

Kanunda fikir ve sanat işinde çalışmak kavramı birçok belirsizliği yanında getirmiştir. Madde metnindeki düzenlemenin fikir veya sanat olarak ayrı ayrı algılanması gerektiğine dair görüşler ileri sürülmüşse de Yargıtay kabulüne göre madde metninde belirtilen fikir ve sanat işi doğrudan doğruya gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair alanlarda çalışmayı ifade etmektedir.<sup>8</sup>

### d. Yapılan Çalışmanın Ücret Karşılığı ve Basın İş Sözleşmesine Dayalı Olma Zorunluluğu

Basın İş Kanunu kapsamında bir ilişkiden söz edilebilmesi için kararlaştırılmış bir ücret ile taraflar arasında akdedilmiş bir basın iş sözleşmesinin varlığı şarttır. Taraflar arasındaki sözleşme klasik anlamında işçinin işverene bağlı olarak iş görme borcu altına girdiği, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemeyi kabul ettiği bir sözleşmedir.

Basın İş Kanunu dahilinde bir ilişkinin devamlı ve bağımlı olması gerekmektedir.<sup>9</sup> Taraflar arasında akdedilecek sözleşmesinin kısmi süreli-tam süreli ya da belirli süreli-belirsiz süreli olması ise önem arz etmemektedir.<sup>10</sup>

Herhangi bir bağımlılık unsuru olmaksızın ve basın iş sözleşmesine dayalı bir ilişki olmadan kişisel becerileri ile sağladıkları haberleri, fotoğrafları ve yazıları gazete ve haberlere gönderen ve bu yol ile gelir elde eden serbest gazetecilik yapan kişilerin durumu ise Basın İş Kanunu yerine Türk Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında değerlendirilmektedir. Yargıtay bu gibi hallerde taraflar arasındaki hukuki ilişkinin yayın sözleşmesi olup olmadığını ve gazeteciye yapılan ödemelerin niteliğinin telif ödemesi olup olmadığını araştırmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin Basın İş Kanunu kapsamında bir ilişki olduğunu iddia eden tarafın bu iddiasını ücret bordroları ya da düzenli yapılan ödemeler ile ispatlayabileceği kabul edilebilir.<sup>11</sup>

### e. İş Kanunu Kapsamı Dışında Kalma

İşçinin Basın İş Kanunu'nun kapsamında olduğunun tespiti için sayılan şartların yanında aynı zamanda 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki işçi tanımını dışında kalma şartı aranmıştır. Dolayısıyla gazete, süreli yayın, haber ajansı ve özel radyo televizyonlarda çalışan kişiler diğer şartları sağladığı müddetçe Basın İş Kanunu'na tabi olacaklardır.

Bir gazete, süreli yayın veya haber ajansında fikir ve sanat işleri dışında kalan veya özel rad-

6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 26.03.2019 tarihli ve 2015/36605 E. 2019/6799 K. sayılı kararı; [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr) E.T. 24.09.2021

7 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.58.

8 "Buna göre yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Ancak aynı tür işyerlerinde, Teknik sorumlu, şoför, sekreter, muhasebe elemanı, satış ve pazarlama gibi işlerde çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilemezler." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.06.2018 tarihli ve 2015/20549 E. 2018/13466 K. sayılı kararı. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

9 Gökçek Karaca, Nuray, Basın İş Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2020, s.87

10 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.66.

11 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 18.10.1999 tarihli ve 1999/13238 E. 1999/15919 K. sayılı kararında "Öncelikle belirtmek gerekir ki 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar ile Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetler Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinde öngörülen yazılı şekil bir geçerlilik şartı değildir. Dosya içinde müteaddit aylar muhabirlere mahsus ödeme icmal cetveli ile muntazam şekilde aylık ödemeleri davacıya ücret adı altında yapıldığı gibi tedavi giderleri de karşılanmış olup davacı tanıkları da bu yazılı belgeleri doğrular şekilde açıklamalarda bulunmuşlardır. Birlikte raporunda da ücretten söz edilmektedir. Birkaç yıl bu şekilde ilişkinin sürdürülmüş olması arada telif akdi ilişkisi olmayıp hizmet akdi ilişkisi olduğunu göstermektedir." [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr) E.T. 24.09.2021

yo ve televizyonlarda haberlerle ilgili olan işler dışındaki işlerde çalışan ve bu sebeple Basın İş Kanunu kapsamına girmeyen kişiler hakkında ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

## 2. YARGITAY KARARLARINDA BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINDA KABUL EDİLEN ÖRNEKLER

Belirttiğimiz üzere yeni meslek gruplarının kanuni düzenlemelere göre sınıflandırılabilmesi sebebiyle yüksek mahkeme kararları ile boşluk doldurulmaya çalışmış ve birçok meslek grubu için emsal kararlar oluşturulmuştur. Ancak bu konu hakkında da belirtmek gerekir ki Yargıtay kararlarında dahi aynı uyumsuzluk hakkında farklı kararlar verilebilmektedir.

Yargıtay kararlarında özel bir televizyonda program yapımcısı ve sunucusu veya editörü,<sup>12</sup> radyo programcısı,<sup>13</sup> fotoğrafçı ve muhabir,<sup>14</sup> haber ajansı istihbarat şefi,<sup>15</sup> basın kuruluşunda çalışan genel müdür yardımcısı,<sup>16</sup> haber müdürü,<sup>17</sup> kameraman,<sup>18</sup> spor yorumcusu,<sup>19</sup> spor yazarı,<sup>20</sup> dergi editörü,<sup>21</sup> haber yönetmeni,<sup>22</sup> gazete haber merkezi müdürü,<sup>23</sup> Basın İş Kanunu kapsamında değerlendirilmiştir.

Buna karşın sayfa tasarımcısı,<sup>24</sup> gazete-de çalışan muhasebeci,<sup>25</sup> gazete personel şefi,<sup>26</sup> polis telsizinden haber ileten çalışan,<sup>27</sup> gibi çalışanlar Yargıtay tarafından Basın İş Kanunu kapsamında dahil edilmemiştir.

## SONUÇ

Basın İş Kanunu kapsamına dahil olan kişilerin tespiti meselesi temel olarak Basın İş Kanunu'nun yürürlük tarihindeki basın-iletişim araçları ile günümüz basın-iletişim araçları ve meslek grupları arasında farklılıktan kaynaklanmaktadır. Zira günümüzde gelişen teknoloji ve kullanılan iletişim araçları basından haber alma yöntemlerini de tamamen değiştirmiştir. Değişen yöntemler yeni meslek gruplarını ve uzmanlıkları doğurmuş ve bu durum Basın İş Kanunu'nun kapsamının talebi karşılama zorlaştırmıştır.

Basın İş Kanunu kapsamında klasik tanımlamalar günümüz dünyasında kabul edilen gazetecilik faaliyetlerini dahi tanımlamaya yetersiz kalmış, Yargıtay kararlarında belirlilik sağlanması amacıyla birtakım kriterler kabul edilmiştir. Her ne kadar Basın İş Kanunu'nun kapsamını tespit edebilmek için Yargıtay kararları yol gösterici olsa da aynı uyumsuzluk için farklı tarihlerde farklı kararların verilmesi yine belirsizliklerin ortadan kalkmasını engellemiştir. Bu sebeple güncel gelişmelerin de dikkate alındığı ve bu alanda çalışanların haklarını geniş bir alanda koruyabilen yeni bir Basın İş Kanunu düzenlenmesi ile yaşanan sıkıntıların son bulabileceği kabul edilmelidir.

12 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.61.

13 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.06.2018 tarihli ve 2015/20549 E. 2018/13466 K sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

14 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.02.2000 tarihli ve 1999/19854 E. 2000/2080 K. sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

15 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2001 tarihli ve 2001/4131 E. 2001/9544 K. sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

16 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 29.09.2014 tarihli ve 2012/29523 E. 2014/28462 K. sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

17 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.63

18 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.64

19 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.02.2015 tarihli ve 2013/9508 E. 2015/7896 K. sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

20 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 21.03.2016 tarihli ve 2014/35444 E. 2016/6557 K sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

21 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.64

22 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.63

23 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2014, tarihli ve 2012/13294 E. 2014/12682 K sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

24 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.6.2014 tarihli 2012/4922 E. 2014/19138 K. sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

25 SÜMER/KAYIRGAN, a.g.e., s.63

26 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2018 tarihli ve 2015/8604 E. 2018/1446 K. sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021

27 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 06.06.2011 tarihli ve 2010/3638 E. 2011/5220 K. sayılı kararı [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) E.T. 24.09.2021







# İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK NEDENLERİYLE SONA ERDİRİLMESİ

Dilara YANGINCI  
Avukat

Daniel Can EBDEN  
Avukat

## ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu (“İş Kanunu” veya “Kanun”)’nda iş sözleşmesinin sağlık sebepleri ile fesih hakkı hem işçiye hem de işverene tanınmış bulunmaktadır. Sağlık sebepleri hem haklı nedenle derhal feshe hem de geçerli nedenle bildirimli feshe konu olabilmektedir. Bu yazımızda Yargıtay kararları ışığında haklı ve geçerli nedenle feshe sebebiyet veren sağlık nedenleri ve fesih işlemlerinin sonuçları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İş Sözleşmesi, Sağlık, Fesih Hakkı, Haklı Nedenle Fesih, Geçerli Nedenle Fesih.

## GİRİŞ

İşçinin iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan rahatsızlıkları hastalık hali olarak tanımlanmaktadır. İşçinin iş sözleşmesi kapsamında yükümlü olduğu edimleri hastalık sonucunda sözleşmeye uygun şekilde ifa edememesi halinde, işçi ve işveren arasında iş ilişkisinin sürdürülebilirliği tartışmalı bir hale gelebilmektedir. İşçinin yaşamış olduğu sağlık probleminin iş hukuku açısından hastalık olarak nitelendirilebilmesi için bu durumun iş göremezliğe neden olması gerekmektedir. İş göremezlik kavramı ise “Hastalık işçinin ruh ve beden sağlığında normalden sapma teşkil eden bir durum, iş göremezlik ise bir sonuçtur.”<sup>1</sup> şeklinde işçinin sağlık nedeniyle çalışmasının ve sözleşmesindeki edimi yerine getirmesinin imkânsız hale gelmesi yahut çalışmasının kendisinden beklenememesi hali olarak tanımlanabilmektedir. İşçiler açısından sağlık nedeniyle derhal fesih kavramı İş Kanunu’nun 24/I maddesinde, işverenler açısından ise 25/I maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. İşveren açısından sağlık nedeniyle derhal fesih halinin koşullarının oluşmaması durumunda İş Kanunu’nun m.18 vd. hükümlerince geçerli nedenle sonlandırılabilir. Her üç

fesih işleminde de sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, aranan koşulların gerçekleşmesi halinde işçi veya işverenin fesih iradesini ortaya koyması gerekmektedir.

## 1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK NEDENİYLE DERHAL FESHİ

Derhal fesih kavramı, gerekli koşulların oluştuğu ve taraflar arasında iş ilişkisinin sürdürülmesinin beklenemediği hallerde işçi veya işverenin İş Kanunu’nda öngörülen ihbar sürelerine uyma yükümlülüğüne uymaksızın iş ilişkisini sonlandırması olarak açıklanabilmektedir. İşte derhal fesih, yani haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereğince iş ilişkisini devam ettirmesi kendisinden beklenemeyecek tarafla belirsiz süreli ya da belirli süreli iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bir bozucu yenilik doğuran haktır.<sup>2</sup>

### 1.1. İŞÇİNİN SAĞLIK NEDENİYLE DERHAL FESİH HAKKI

İşçinin sağlık nedeniyle derhal fesih hakkı İş Kanunu’nun 24. maddesinin “Sağlık Sebepleri” başlıklı 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin (a) bendinde iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması halinin, (b) bendinde ise işçinin sürekli olarak

1 Serhat KARTAL, “Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleriyle Sona Ermesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s.5

2 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.418

yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması halinin işçiye sağlık nedeniyle derhal fesih hakkı tanımakta olduğu belirtilmiştir. İlgili maddede de belirtildiği üzere, bu nedenlerin varlığı halinde işçi, belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilecektir. Fesih hakkının kullanılabilmesi için tehlikeli durumunun belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir olup Kanun'da konuya ilişkin bir süre de öngörülmemiştir.

İş Kanunu m.24/I-a'da belirtilen haklı nedenle fesih sebebinde işçinin fesih yoluna başvurulabilmesi için öncelikle yapılan işin, işçinin sağlığı için tehlikeli olması gerekmektedir. Aynı zamanda bu tehlike var olan işin niteliğinden kaynaklanmalıdır. Burada önem arz eden husus ise işçinin var olan hastalığından dolayı işine devam etmesi halinin işçinin sağlığı için tehlikeli olabileceği gibi işçinin herhangi bir hastalığı olmasa dahi var olan yahut sonradan değişen işin yapılması halinin işçinin sağlığı için tehlikeli olmasıdır. Yani önemli olan yapılan işin, işçinin sağlığı açısından tehlikeli olması ve bu tehlikenin var olan işin niteliğinden kaynaklanmasıdır. İşin niteliği kavramına; işin fiziken yapılış şekli, işin yapıldığı ortam, işin yapılmasında kullanılan malzemeler, işin yapılması sırasında ortamda bulunan kişi veya şeyler veya bu hallerden birden fazlası aynı anda girebilir ancak tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı her olay özelinde ayrıca değerlendirilmelidir.

Tehlikenin yalnızca fiziki anlamda işçiye zarar vermesi gerekmemekte, işçinin psikolojik olarak zarara uğraması halinde de İş Kanunu m.24/I-a kapsamında derhal fesih imkânı doğmaktadır. Örneğin gürültülü ortamda çalışması sebebiyle sinir sistemi bozulan ve psikiyatr raporu ile işyerinde çalışmasında sakınca olduğu tespit edilen bir işçi de İş Kanunu m.24/I-a hükmüne istinaden iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir.<sup>3</sup>

İşçi tarafından sağlık nedeniyle yapılan derhal feshin yerinde olduğunun kabulü için belirli koşullar aranmaktadır. İşçinin yalnızca hasta olduğunu ve çalışmasının sağlığını kötü yönde etkilediğini işverene bildirerek iş sözleşmesini sona erdirmeye imkânı bulunmamaktadır. İşçinin bu durumda hastalığına ve bu hastalığının iş sözleşmesi kapsamında yükümlü olduğu edimleri uygun şekilde ifa etmesine engel oluşturduğuna dair işverene rapor ibraz etmesi gerekmektedir. Yargıtay bir kararında iş akdini sağlık nedeniyle fesheden işçinin, işverene bu hususa ilişkin bir Adli Tıp Kurumu raporu ibraz etmesi gerektiğini ve bu rapor içeriğinde mesleki bulguların yer alması ve iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının, işin niteliğinden doğan sebeple işçinin sağlığı için tehlike oluşturduğuna dair tespitlerin yer alması gerektiğini belirtmiştir.<sup>4</sup>

İş Kanunu m.24/I-b'de belirtilen haklı nedenle fesih sebebinde ise maddenin aradığı üç koşul bulunmaktadır. Öncelikle işçinin çalıştığı işyerindeki diğer işçiler yahut işverenin hastalanması gerekmekte, hastalığın bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmaması gerekmekte ve bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığa yakalanan işveren veya diğer işçiler ile sözleşmeyi feshetmek isteyen işçinin yakından ve doğrudan buluşup görüşmesi gerekmektedir. İlgili hükmün lafzına göre hastalığın bulaşıcı olması dışında işçinin çalışma gücünü ortadan kaldırması aranmamaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki işverence bulaşıcı hastalık sahibi işçi, işten çıkartılmış yahut uzaklaştırılmış ise diğer işçilerin İş Kanunu m.24/I-b kapsamında haklı nedenle fesih hakkı doğmayacaktır.

Kanun, bulaşıcı hastalığı nitelendirmemiş ve sınırlandırmamıştır. Tıp ilmine göre bulaşma riski olan her türlü hastalık bu kapsamda sayılabilecektir. Ancak Kanun maddesinde belirtilen bulaşıcı hastalığın pek tabii ki ciddi bir tehlike yaratıyor olması gerekmektedir. Nezle gibi hastalıkların işçiye İş Kanunu m.24I-b kapsamında derhal fesih imkânı vermesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan verem, tifo gibi hastalıkların

3 Akyiğit, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.1070

4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 03.04.2018 tarih, 2015/13416 E. ve 2018/7438 K. sayılı kararı

veya epidemik hastalık, lebra gibi hastalıkların feshe imkân vereceği söylenebilecektir.<sup>5</sup>

Hastalığın bulaşıcı olmaması ve işçinin işiyle bağdaşmaması halinde de işçinin, iş sözleşmesini derhal feshetme imkânı bulunmaktadır. Örneğin, işçinin beraber çalıştığı işçilerden birinin şizofreni hastalığına yakalanması veya bağırıp çağırarak şekilde ve sık olmak üzere sara nöbetleri geçirmesi halinde, diğer işçilerin bildirimsiz fesih hakları olabilecektir.<sup>6</sup>

Belirtmek gerekir ki kanaatimizce Covid-19 hastalığının ciddi sağlık problemlerine yol açması ve bulaşma oranı bakımından diğer kişilerin sağlığı açısından da tehlikeli olması, hali hazırda kesin bir tedavisi bulunmaması nedeniyle İş Kanunu m.24/I-b maddesi kapsamında işçiye haklı nedenle fesih imkânı sağlayacaktır. Ancak işveren, işyerinde Covid-19 salgınına karşı ön görülen her türlü tedbiri almışsa ve işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren, işveren vekili yahut başka bir işçinin Covid-19 bulaşıcı hastalığına yakalanması nedeniyle hemen karantinaya alınıp tedavilerine başlanmışsa bu durumda işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedemeyecektir. Çünkü hastalanan kişilerin işyerinden uzaklaştırılıp karantinaya alınıp tedavilerine başlanması ile salgının işyerindeki diğer çalışanlara bulaşma riski ortadan kaldırılmış olacaktır.<sup>7</sup>

Nitekim Yargıtay bir kararında, sağlık çalışanın aşıları yapılmış olan meslektaşından kendisine bulaşma ihtimâli bulunmayan hastalığını gerekçe göstererek iş sözleşmesi feshini haklı bulmamıştır.<sup>8</sup> Sonuç itibarıyla, işyerinde

Covid-19 vakasına rastlanması durumunda diğer işçilerin İş Kanunu m.24/I-b kapsamında haklı nedenle fesih imkânı olması için işverence işyerinde gerekli tedbirlerin alınmaması ve Covid-19 bulaşıcı hastalığına yakalanan kişilerin işyerinden uzaklaştırılmaması gerekmektedir.

## **1.2. İşverenin Sağlık Nedeniyle Derhal Fesih Hakkı**

İşverenin sağlık nedeniyle derhal fesih hakkı ise İş Kanunu 25. maddesinin “Sağlık Sebepleri” başlıklı 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin (a) bendinde işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde; (b) bendinde ise işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması halinde işverene sağlık nedeniyle derhal fesih hakkı tanımakta olduğu belirtilmiştir. Öte yandan, İş Kanunu m. 25/I-b,2’de (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında, işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerinden sonra doğacağı ve doğum ile gebelik hallerinde bu sürenin 74. maddedeki sürenin bitiminde başlayacağı ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret ödenmeyeceği de düzenlenmiştir.

5 Serhat KARTAL, “Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Sebepleriyle Sona Ermesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s.96

6 Akyiğit Ercan, İş Kanunu Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.1071

7 Engin, İşverenin veya Çalışma Arkadaşının Bulaşıcı Hastalığa Yakalanması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haklı Feshi, Toprak İşveren Dergisi, Haziran 2020, Sayı: 126

8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 29.09.2014 tarih, 2012/27355 E. ve 2014/28505 K. sayılı kararı “Her ne kadar mahkemece, davalı-karşı davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği gerekçesi ile ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş ise de, İş Kanunu’nun 24/I-b bendi gereğince “işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işverenin ya da başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması halinde iş sözleşmesini derhal feshedebileceği” hükme bağlanmış, diğer bir çalışan C.. Y..’ın aynı nedenle açtığı davada işçinin iş akdini feshinin haklı olmadığı kabul edilerek kıdem tazminatı talebinin reddine ilişkin karar hükmün Yargıtay Yüksek 22. Hukuk Dairesinin 2012/9707 Esas sayılı ilamı ile onanmıştır. Davalı-karşı davacıya meslektaşından Hepatit B hastalığı bulaşma ihtimâlinin bulunmadığı, Hepatit-B taşıyıcısı olan kişilerin ancak hastalar açısından risk taşıyacağı, davalı-karşı davacının işyerinde çalışan ve aşıları yapılmış olan arkadaşının kendisine bulaşma riski bulunmayan hastalığını gerekçe göstererek iş akdini feshetmesi haklı nedene dayanmadığı anlaşıldığından...”

Bilindiği üzere, İş Kanunu m.25/II-g bendinde işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi hali haklı nedenle fesih sebebi olarak belirtilmiştir. İlgili maddede devamsızlığın kaynağına değinilirse de devamsızlığın feshe sebebiyet vermesi için haklı bir sebebe dayanmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Belirtmek gerekir ki hastalık hali devamsızlık için haklı bir gerekçe olarak kabul edilmektedir. Ancak Kanun hastalığın yarattığı haklı gerekçeye rağmen, durumun işçinin kusurundan kaynaklaması halinde veya kusuru olmasa dahi hastalık nedeniyle uzun süre devamsızlık yapması halini işveren açısından haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlemiştir.

İş Kanunu m.25/I-a bendinde üç hal belirtilmiş, bu üç hal nedeniyle işçinin hastalanması yahut engelli hale gelmesi halinde işçinin kusurlu olduğu kabul edilerek işverene tanınan fesih hakkı için devamsızlığı 25/I-b,2 bendine göre daha kısa tutulmuştur. İşçinin kendi kastı sonucunda bu hale gelmesine örnek olarak işçinin intihara teşebbüs etmesi sonucu ölmeyerek engelli hale gelmesi verilebilecektir.<sup>9</sup> Ayrıca işçinin hastalanmasına veya engelli hale gelmesine neden olan olayda işverenin de bir kusuru varsa işveren, söz konusu madde kapsamında fesih yoluna gidemeyecek olup bu duruma örnek olarak iş kazaları ve meslek hastalıkları gösterilebilecektir.

Ancak m. 25/I-b,2 hükmünde işçinin bir kusuru olmasa dahi hastalanması veya engelli hale gelmesi halinde fesih hakkı tanındığı için işveren, kendi kusurunun bulunması halinde dahi m. 25/I-b,2 kapsamında gerekli süreyi bekledikten sonra fesih hakkını kullanabilecektir.

Kanun, kast dışında işçinin derli toplu olmayan yaşamı nedeniyle hastalığa yakalanması halinde de işverene fesih hakkı tanımaktadır.

Kural olarak işçinin iş hayatı dışındaki yaşamı çalışma ilişkisini etkilemedikçe fesih sebebi yapılamaz<sup>10</sup> ancak işçinin yaşayışı dinlenmeye fırsat vermeyecek, çalışma isteğini yok edecek derecede yorgunluk hissi yaratacak biçimdeyse işçinin bu sebeple hastalığa yakalanmasının da ihtimâl dahilinde olduğu söylenebilecektir. Maddede bahsi geçen içkiye düşkünlük halinin ise iş görme yeteneğini ortadan kaldırarak veya iş saatleri içerisinde dahi tedavi gerektirecek düzeyde olması aranmaktadır. Bu hallerde işverence derhal fesih yapılabilmesi için işçinin hastalanması veya engelli hale gelmesi ve bu nedenle devamsızlık yapması gerekmektedir.

Devamsızlık hali dışında Kanun'un işverene sağlık nedeniyle fesih hakkı tanıdığı diğer bir durum da İş Kanunu m.25/I-b bendinde belirtilmiştir. Buna göre, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu nun sağlık kurulunca saptanması durumunda iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir. Söz konusu madde metni incelendiğinde, kanun koyucunun üç halin bir arada bulunmasını aradığı görülmektedir. Öncelikle, işçinin tedavi edilemeyecek bir hastalığının olması, bu hastalık nedeniyle işyerinde çalışmasının sakıncalı olması ve hem hastalığın hem de sakıncanın sağlık kurulu tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Bahsi geçen sağlık kurulu raporunun SGK veya devlet hastanesi sağlık kurulundan alınmasının yanında özel bir hastanenin sağlık kurulundan alınması da mümkündür.<sup>11</sup>

İşçi her ne kadar madde metninde belirtilmediği gibi tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalansa da işyerinde çalışmasında bir engel bulunmuyorsa iş sözleşmesinin feshi dürüstlük kuralına aykırı olabilecektir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay bir kararında hasta işçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olduğunun sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi halinde dahi işçiye işyerinde uygun başka bir pozisyon olup olmadığının araştırılması ve sonuca göre

9 Caniklioğlu Nurşen, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.239

10 Sözer, *Hasta İşçinin İş İlişkisi, Doktora Tezi, Erişim Tarihi: 23.09.2021*

11 Akyiğit, *İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.296*



karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>12</sup> Yani işçinin çalışmasında sakınca olması için sadece fiilen yaptığı işin yapılması açısından değil, işyerindeki herhangi bir işi yapması açısından sakınca bulunması gerekmektedir. Söz konusu durum feshin son çare olması ilkesi ile de doğrudan bağlantılıdır.

Haklı nedenle fesih kurumunda kanunen öngörülen bir süre sınırı bulunmaktadır. Haklı nedenle fesih hakkı İş Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca işçi veya işveren tarafından feshe konu edilecek durumun öğrenildiği tarihten başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halükârda somut durumun gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamayacak olup, bu durum sağlık nedeniyle yapılacak olan derhal fesih durumlarında da geçerliliğini korumaktadır. Belirtmek gerekir ki altı iş günlük süre hak düşürücü nitelikte olup, bu süre geçtikten sonra yapılan fesih işlemi somut durum özelliklerine göre Yargıtay tarafından geçerli nedenle kabul edilebilmektedir.

İşverenin İş Kanunu m.25/II kapsamında ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinde kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmasa da m.25/I kapsamında yapılacak fesih sonrasında işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir. Öte yandan işçi tarafından m.24/I kapsamında sağlık sebebiyle derhal feshe başvurulması halinde işverenin yine işçiye kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

#### **1.2.1. Sağlık Nedeniyle Yapılan Haklı Nedenle Derhal Fesihle Savunma Alınması**

Yargıtay Hukuk Daireleri sağlık nedeniyle yapılacak olan fesihlerde savunma alınması gerekip gerekmediği yönünde içtihat farklılığına düşmüş olup, bu farklılık Yargıtay İçtihadı

Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2018 tarihli kararı ile giderilmiş bulunmaktadır.<sup>13</sup> Alınan kararda işçinin sağlık nedenleriyle ihbar süresini altı hafta aşan devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshinde savunma alınmasına gerek olmadığı yönünde karar verilmiştir.

Kararın gerekçesi şu şekildedir: İş Kanunu'nda haklı fesih nedenlerinin sayıldığı 25. maddenin son fıkrasında, savunma alma gereğini de içerir şekilde fesih usulünü düzenleyen 19. maddeye atıf yapılmadığı; dolayısıyla feshin geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Fesih işlemi öncesinde savunma alınmasındaki amacın işçiden kaynaklanan fesih sebeplerinde iş ilişkisini olumsuz etkileyen unsurların tespiti ile bunların değiştirilmesini sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle işçiden kaynaklanmayan, işçinin değiştiremeyeceği konular hakkında işçiden savunma alınmasının gereksiz olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, işçinin ihbar süresini aşan devamsızlığı nedeni ile iş akdinin feshine neden olan hastalığının, İş Kanunu m.19/2'de belirtilen işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenle kapsamında değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla savunma alma gerekliliğinin bu anlamda da bulunmadığı vurgulanmıştır. Nitekim, işçinin hastalığı sonucu itibarıyla verimi etkilese de verimin düşmesinin bir sonucu olarak değerlendirilemeyecektir. Dolayısıyla, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar uyarınca işçinin sağlık nedenleriyle ihbar süresini altı hafta aşan devamsızlığı nedeni ile iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi öncesinde savunma alınması gerekliliği bulunmadığını tekrar belirtmek gerekmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun kararından sonra bir Yargıtay kara-

<sup>12</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.01.2020 tarih, 2019/5745 E. ve 2020/148 K. sayılı kararı "...davacı işçinin İstanbul Meslek Hastalıkları Hastanesinden aldığı 13.3.2015 ve 10.12.2015 tarihli sağlık raporlarında davacının "...uzun süre boynunun fleksiyonda kalmayacağı, ayakta kalmayacağı, ağır yük kaldırmayacağı ve sağ kolunu zorlayan tekrarlayıcı hareketler yapmadığı bir bölümde çalıştırılmasının uygun olduğu.." şeklindeki rapor içeriğinin davacı işçinin çalıştırıldığı pozisyonun değiştirilmesine ilişkin olup İş Kanunu'nun 25/1-b maddesine ilişkin olmadığına, bir başka anlatımla İş Kanunun 25/1-b maddesindeki feshin koşulları gerçekleşmediğinden feshin geçerli nedene dayanmadığının anlaşılmasına göre..."

<sup>13</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2018 tarih, 2017/9 E. ve 2018/10 K. sayılı kararı

rında davacının sık rapor alması ve bu durumun işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde rapor süresinin toplamının işçinin ihbar süresine ilave 6 haftayı aştığı gerekçesiyle 25/I-b maddesindeki şartların oluşacağı ve bu itibarla işverenin feshi savunma almaksızın yapmasının feshin geçersizliğine etki etmeyeceğini açıklamıştır.<sup>14</sup>

## 2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SAĞLIK NEDENİYLE GEÇERLİ NEDENLE VE BİLDİRİMLİ FESHİ

### 2.1. GEÇERLİ NEDEN KAVRAMI

Türk iş hukuku kapsamında, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerini bildirimli şekilde feshetmek isteyen işverenlerin fesih işlemini, feshin son çare olma ilkesine de uymak kaydıyla geçerli sebebe dayandırması gerekmektedir. Nitekim İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenlerin, feshi işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırmaları gerekmektedir. İlgili maddenin gerekçesinde de geçerli sebep kavramı *"Bu maddeden bakımından geçerli sebepler 26'ncı maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olacaktır."* şeklinde tanımlanmıştır.

Geçerli sebep kapsamına giren haller Kanun gerekçesinde örneklendirilmiş ancak sınırlı halde sayılmamıştır. Bu doğrultuda her somut olayın kendi özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Konuyla ilgili Yargıtay kararları incelendiğinde işçinin uzun süren hastalığı nedeniyle işe devamsızlığı, işçinin sık sık hastalanması

durumları feshe geçerli sebep oluşturacak durumlar arasında sayılmıştır.<sup>15</sup> Kanun'un 18. maddesinin 3. fıkrasının (f) alt bendi doğrultusunda *"hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık"* hallerinin feshe geçerli sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda bekleme süresi içerisinde iş sözleşmesi askıda olup işverenin bekleme süresi içinde sözleşmeyi feshetmesi Kanun'un hükmü gereğince geçersiz bir fesih olacaktır.<sup>16</sup>

### 2.2. GEÇERLİ FESİH SEBEPLERİ

#### 2.2.1. Sık Sık Hastalanma

Kanun gerekçesinde işçinin sık sık hastalanması, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih sebepleri arasında sayılmıştır. Bu kapsamda, işçinin sık sık hastalanması iş görme ediminin gerektiği şekilde ifa edilmesini devamlı olarak olumsuz etkilemekte ve işyerinin normal işleyişini bozmakta ise, işbu durum işverene iş sözleşmesini geçerli nedenle süreli fesih hakkı vermektedir. Nitekim konuyla ilgili yerleşik Yargıtay kararları uyarınca da işçinin sık sık ve kısa süreli istirahat raporları alması ve işe gelmemesi durumunun iş akışını bozacağı, işverenin buna katlanmasının beklenemeyeceği, bu doğrultuda işverenin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebileceği değerlendirilmektedir.<sup>17</sup>

Sık sık rapor alma eyleminin işveren tarafından geçerli nedenle feshe konu edilebilmesi için işçinin hangi sıklıkta veya hangi uzunlukta rapor alması gerektiğine dair kesin bir belirleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda, işçinin sık sık rapor alma eyleminin işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığı değerlendirilecektir.

#### 2.2.2. Uzun Süreli Hastalık

İşbu yazımızda daha önce de değindiğimiz üzere, Kanun'un 25/I-b maddesi kapsamında işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple derhal

14 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 25.11.2019 tarih, 2019/3462 E. ve 2019/20852 K. sayılı kararı

15 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2018 tarih, 2017/9 E. ve 2018/10 K. sayılı kararı

16 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.10.2018 tarih, 2017/9 E. ve 2018/10 K. sayılı kararı

17 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2019/4141 K. 2019/21941 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/16290 K. 2020/4992 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2019/6197 K. 2020/136

fesih hakkı, aynı maddenin (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde, belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre yasal ihbar sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğmaktadır. Kanun'un 18. maddesinin 3. fıkrasının (f) alt bendi doğrultusunda, işçinin hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık hallerinin feshe geçerli sebep oluşturmayacağı düzenlemiştir. Bu doğrultuda, işverenin geçerli nedenle fesih hakkının doğumunun 25/I-b bendindeki süreye bağlanması sebebiyle, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebilmesi için de aynı sürenin beklenmesi gerekecektir.<sup>18</sup>

### **2.3. İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE SÜRELİ FESHİNİN SONUÇLARI**

İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesinin geçerli nedenle süreli feshi sonucunda, işçinin en az bir yıllık kıdeme sahip olması halinde, işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekecektir. Bununla beraber, haklı nedenle derhal fesihten farklı olarak, geçerli nedenle feshin süreli fesih olması sebebiyle, işçinin ihbar süresinin kullandırılmak istenmemesi halinde Kanun'un 17. maddesindeki yasal ihbar süreleri doğrultusunda işçiye ihbar tazminatı da ödenmesi gerekecektir.

### **SONUÇ**

İşçinin iş sözleşmesi kapsamında yükümlü olduğu edimleri hastalık sonucunda sözleşmeye uygun şekilde ifa edememesi halinde, işçi ve işveren arasında iş ilişkisinin akıbeti yukarıda detaylıca açıklanmış bulunmaktadır. Hastalanan işçinin iş sözleşmesi kapsamında yükümlü olduğu edimleri normalde olduğu gibi ifa etmesinin kendisinden beklenemeyeceği gibi işçinin her türlü hastalığının da feshe sebebiyet vermesi mümkün değildir. İş Kanunu'nda sayılı hallerde işçinin iş sözleşmesini sağlık sebebiyle sonlandırabileceği düzenlenmiş ve işverenin de korunması açısından kendi kusuru ile hasta olan yahut çok uzun süreler hasta olan işçiyle iş ilişkisinin devam etmesinin beklenemeyece-

ği belirtilmiştir. Bu itibarla İş Kanunu'nun 24/I maddesinde, işçinin sağlık sebepleriyle iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunan haller; 25/I maddesinde ise, işverenin sağlık sebepleriyle iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunan haller düzenlenmiştir. Öte yandan işçinin sağlık problemleri, işverene Kanun'un 18. vd. maddelerinde yer alan geçerli nedenle fesih hakkı da tanımaktadır. Nitekim hastalık hali işçinin yetersizliği sonucunu doğurabilecek olup böyle bir durumda feshin son çare olması ilkesi de gözetilerek fesih işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

<sup>18</sup> Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin E. 2013/23655 K. 2013/19081 sayılı kararı



# İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLERLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

**Zeynep GÜLAY**  
Avukat

**İrem ÇITAK**  
Stj. Avukat

## ÖZET

*İşçinin çalışma hakkı korunduğu gibi işverenin girişim özgürlüğü de Anayasa tarafından güvence altına almıştır. Bu kapsamda işveren gerek ekonomik sebeplerle gerekse işletmesinin verimliliğini artırmak gibi gayelerle işletmesel karar alabilecektir. İşverenin işletmesel karar alma özgürlüğünün sınırını iş güvencesi hükümleri oluşturur. Şayet işletmesel kararın uygulanması iş sözleşmesinin feshine sebep gösteriliyorsa işletmesel karar yargısal denetime tabi olacaktır. İşletmesel karar alan işveren, iş güvencesini haiz işçinin iş sözleşmesini ancak işletme, işyeri ve işin gerekleri mevcut olduğunda bildirimli olarak feshedebilecektir. Bu doğrultuda işverenin işletmesel kararının uygulanmasında gereklilik, tutarlılık, keyfilik ve ölçülülük – feshin son çare olması – kurallarına riayet etmesi önem arz etmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** İşletmesel Karar, Geçerli Fesih, Gereklilik, Tutarlılık, Keyfilik, Ölçülülük.

## GİRİŞ

İşçinin korunması, tarihsel gelişimi boyunca iş hukukunun temel amacı olsa da bu ilkenin mutlak olarak uygulanması mümkün değildir. İşçinin ekonomik ve sosyal durumunun iyileştirilmesi bir sosyal devlet prensibi olmakla birlikte bu yöndeki çabalar ekonominin bu yükü taşıyabilme olanakları ile sınırlıdır. Nitekim Anayasa'nın 65'inci maddesinde belirtildiği üzere devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Gerçekten de bir ülkede sosyal gelişme ancak o ülkenin ekonomik olanakları çerçevesinde mümkün olabilecektir. Bu kapsamda, işletmeler düzeyinde de sosyal yükler işletmenin ekonomik ve mali durumunu sarsacak boyutlara ulaşmamalıdır. İşçinin korunması temel prensip olmakla birlikte “sosyal olan” ile “ekonomik olan” arasında bir dengenin sağlanması önem arz etmekte, işletmenin ekonomik, mali ve teknik zorunluluklarının, üretim ve verimlilik gereklerinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.<sup>1</sup>

Bahsi geçen “sosyal olan” ve “ekonomik olan” arasındaki dengenin korunması, çalışma barışının sağlanması amacıyla bugün devlet iş ilişkilerine müdahale etmektedir. Anayasa'nın çalışma hakkı ve ödevini düzenleyen 49'uncu maddesinde devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda işçiye iş ilişkisinin devam edeceğine ilişkin güven sağlama, işçinin ücretini kaybedeceğine ilişkin tedirginliğini önleme maksadıyla iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinin sınırlandırılması suretiyle işçiye iş güvencesi sağlanmaktadır.<sup>2</sup> İş güvencesi, işçinin çalışma hakkının korunması bağlamında bir dizi yöntemi içeren geniş bir içeriğe sahip bir kavramsa da genellikle işverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçinin feshe karşı korunmasını ve bu suretle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanmasını ifade eder.<sup>3</sup>

Türk iş hukukuna 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi ile iş güvencesi getirilmekte, 158 sayılı ILO (International Labour Organization) Sözleşmesi'ne paralel olarak iş sözleşmesinin feshi için işverene geçerli sebep gösterme yü-

<sup>1</sup> SÜZEK, S., *İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017, s.17.*

<sup>2</sup> TULUKÇU, N.B., *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi - İş İade, Ankara 2017, s.23.*

<sup>3</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, H., ASTARLI, M., BAYSAL, U., *İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, s.956.*



kümlülüğü getirilmektedir. Buna göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, *işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan* geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İşçinin yeterliliği veya davranışları işçinin kişiliği ile ilgili olan sebepleri oluştururken; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler işyeri ile ilgili sebeplerdir.<sup>4</sup>

İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25'inci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir. İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebepler olarak feshe neden olabilirler. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamayacaktır.<sup>5</sup> Bu çalışmanın amacı doğrultusunda "*işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle*" geçerli fesih üzerinde detaylı şekilde durulacaktır.

## **1. İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN NEDENLERLE GEÇERLİ FESİH**

İşletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenler işçi ile bağlantısı olmaksızın işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olarak iki yönde değerlendirilmektedir. Kanun maddesinde bu sebepler sayılmamış ancak madde gerekçesinde sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi işyeri dışı sebeplere; yeni çalışma yöntemlerinin uy-

gulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması ise işyeri içi sebeplere örneklemeye yoluyla sayılmıştır. Uygulamada işveren işyeri dışı veya işyeri içi sebeplerle işletmesel karar alacak, bu kararın uygulanması sonucunda istihdam fazlalığı meydana geliyorsa ve işçinin çalışma olanağı ortadan kalkmışsa iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilecek, iş güvencesi hükümleri çerçevesinde geçerli nedenlerin varlığı ve feshin son çare olma ilkesine riayet edilip edilmediğinin araştırılması bakımından işletmesel karar yargısal denetime tabi olacaktır. Konunun daha iyi anlaşılması bakımından işletme, işyeri ve iş kavramlarının üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır.

### **a. İşletme**

Daha çok bir Ticaret Hukuku terimi olmakla birlikte İş Hukuku mevzuatında da işletme kavramına yer verilmektedir. Genel anlamda işletme "*iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya birden fazla işyerinin bağlı olduğu organize edilmiş bütün*" olarak tanımlanmaktadır.<sup>6</sup> Şöyle ki işletme, işyerinden daha geniş ve işyerlerini kapsayan bir kavramdır. Bazı durumlarda işletme tek bir işyerinden ibaret olurken, bazı durumlarda bir işletmeye bağlı birden çok işyeri vardır. Örneğin, şubeleri olan bir banka işletme, şubeler ise onun işyerleridir.<sup>7</sup>

### **b. İşyeri**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde "*işyeri*" tanımına yer verilmiştir. Madde hükmüne göre işyeri, "*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*" olarak nitelendirilmiştir. Yine işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve ba-

4 ÖZCAN, D., *İş Kanunları Şerhi*, Ankara 2014, s.277-278.

5 4857 sayılı İş Kanunu madde 18 gerekçesinden.

6 KAR, B., "*İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim*", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2008/2, s.103.

7 ÇELİK, N., CANIKLIOĞLU N., CANBOLATT, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2020, s.157.

kım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

**İşyeri – İşletme Ayrımı:** İşyerinin mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacı olduğu halde işletme kural olarak iktisadi ve mali bir amaç güder. İşyerinin, işletmeden farklı olarak piyasa ile kâr veya zararla doğrudan bir ilgisi yoktur. Örneğin, bir işletmeye bağlı fabrikanın amacı doğrudan doğruya kâr sağlamak değil bunun için mal üretimi yapmaktır.<sup>8</sup>

### c. İş

Ekonomik açıdan “iş” mal ve hizmet üretmekken, işçi bakımından, ücret karşılığı emeğini sunarak mal ve hizmet üretimine katkıda bulunmak suretiyle iş görme borcunun ifa edilmesidir. İşyerinde iş analizi ve iş tanımlamalarının yapılması sonucunda istihdam fazlalığı oluşuyorsa “işin gereklerinden” bahsedilir.<sup>9</sup>

İşveren, işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle işletmesel karar alacaktır. İşletmesel kararın uygulanması sonucunda iş sözleşmesinin feshi söz konusu oluyorsa işletmesel karar bu yönüyle yargısal denetime tabi olacaktır. Çalışmanın devamında işletmesel karar ile bu kararın yargısal denetimi incelenecektir.

## 2. İŞLETMESEL KARAR

Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü karar işletmesel karardır.<sup>10</sup>

İşçinin çalışma hakkı korunduğu gibi, işverenin “girişim özgürlüğü” de Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinde belirtildiği üzere herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet,

özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. O halde işverenin “çalışma ve sözleşme hürriyeti” hakkı kapsamında iş sözleşmesini sona erdirmeye yönelik işletmesel kararları ile işçinin “çalışma hakkı” arasında çatışma bulunmaktadır. Çatışan bu iki hakkın sınırlarının ölçülülük ilkesi ve Kanun çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir.<sup>11</sup>

İşverenin işletmesel karar alma özgürlüğünün sınırını iş güvencesi ve feshin son çare olma ilkesi belirler. İş Kanunu, işverenin işletmesel kararını değil işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenleri esas alır. İşveren, işletmesel kararın uygulanmasının feshi objektif olarak zorunlu kıldığını, bunun feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamak zorundadır. Ek olarak işletme, işyeri ve işin gereklerinin işyerinde istihdam fazlalığı yaratması ve aynı zamanda feshin son çare olma ilkesine uyulmuş olması gerekir.<sup>12</sup> Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18’inci maddesinin gerekçesine göre işletmesel kararı uygulamaya giderken işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak feshten kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır.

Belirtildiği üzere işletmesel kararın dayanağı işyeri dışı veya işyeri içi sebepler olabilmektedir. İşletmesel kararı, bağlı işletmesel karar, kurucu işletmesel karar ve örtülü işletmesel karar olmak üzere üç alt başlıkta incelemek faydalı olacaktır.

### a. Bağlı İşletmesel Karar

İşverenin kendi isteği olmaksızın, *ekonomik kriz* veya *işverenin faaliyet alanındaki olumsuzluklar* gibi nedenlere bağlı olarak alınan işletmesel karardır.<sup>13</sup>

Ekonomik kriz işletme dışından kaynak-

8 SÜZEK. a.g.e. s.198.

9 KAR. a.g.e. s.107.

10 Y9HD. 2010/33259 E., 2010/30959 K. 01.II.2010.

11 YÜCEL BODUR, M., “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, *İş ve Hayat Dergisi*, 2015, S.1, s.143.

12 ÖZCAN, D., ÖZCAN, G., *Uygulamalı İş Davaları*, Ankara 2020, s.666.

13 BODUR. a.g.e. s.143.

lanan bir durumdur. Ülkede ekonomik kriz olması tek başına geçerli fesih sebebi değildir, ekonomik kriz veya olağanüstü hâl işyerini doğrudan etkiliyor olmalıdır.<sup>14</sup> İşverenin ileri sürdüğü ekonomik güçlüklerin varlığı hâkim tarafından araştırılacaktır. Bunun dışında, işveren sadece geçerli sebebin varlığını değil feshin zorunlu olduğunu da ispat etmek zorundadır.<sup>15</sup>

### **b. Kurucu İşletmesel Karar**

İfayı engelleyen bir hal olmaksızın işverenin verimlilik ve rekabet gerekleriyle aldığı işletmesel karardır.<sup>16</sup> Şöyle ki bir ekonomik güçlük söz konusu olmasa da işveren işyerini daha verimli çalıştırmak için yeniden yapılandırma (reorganizasyon) yoluna gidebilir. İşveren bu amaçla işyerini bölebilir, bazı bölümlerini birleştirebilir veya kaldırabilir, üretimi kısıabilir, işyerini küçültebilir. İşverenin bu kararı uygulaması sonucunda işyerinde istihdam fazlalığı meydana geliyorsa ve işçiyi başka türlü istihdam etme olanağı da kalmamışsa geçerli nedenle feshin varlığından bahsedilecektir.<sup>17</sup>

### **c. Örtülü İşletmesel Karar**

İşverenin, mevcut olan iş sayısını fiilen mevcut olan iş ihtiyacına uyumlaştırmak için açıkça ifade etmediği kararları, “gizli, örtülü” işletmesel karar olarak nitelendirilmektedir. Bu tür durumlarda işletmesel kararın mevcudiyeti, iş sözleşmesinin feshi için gösterilen sebepten çıkarılır. Bir başka anlatımla, böyle hallerde, İş Kanunu’nun 18’inci maddesi uyarınca işletmesel gereklere dayalı feshin söz konusu olabilmesi için varlığı şart olan açıkça işletmesel kararın mevcudiyetinin yerine, bir nevi işverence açıklanan işletme dışı sebep ikâme edilmektedir.<sup>18</sup>

## **3. YARGISAL DENETİM**

İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalarak alınmış olmalarına bağlıdır.

Feshin işletme işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (*tutarlılık denetimi*), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (*keyfilik denetimi*) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (*ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi*) açıklığa kavuşturulmalıdır.<sup>19</sup> Özetle işveren,

- i. Fesihle ilgili karar alındığını,
- ii. Kararla birlikte istihdam fazlası meydana geldiğini,
- iii. Kararın tutarlı bir şekilde uygulandığını,
- iv. Feshin kaçınılmaz olduğunu,

ispatla mükellef olacaktır.

İşverenin dayandığı fesih sebebinin geçerli olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı biçimde ortaya koyması ispat yükünü yerine getirmesi bakımından yeterli sayılacaktır.<sup>20</sup> Buna karşılık, işçi feshin işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil başka bir sebebe dayandığını iddia

<sup>14</sup> ÇANKAYA, O.G., GÜNAY, C.İ., GÖKTAŞ, S., Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.92.

<sup>15</sup> DURMAZGÜLER, E., “Kriz Dönemlerinde İş Sözleşmesinin İşletme, İşyeri ve İşin Gereklere Nedeniyle Feshi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.73.

<sup>16</sup> KAR. a.g.e. s.110.

<sup>17</sup> ÖZCAN et al. a.g.e. s.667.

<sup>18</sup> Y22HD. 2011/1393 E., 2011/3285 K. 21.10.2011.

<sup>19</sup> Yargıtay yerleşmiş içtihadıdır. Bkz. Y9HD. 2008/30274 E., 2008/25209 K. 06.10.2008.

<sup>20</sup> Y9HD. 2016/26192 E., 2016/3802 K. 24.02.2016.

ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçi işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, eşitlik ilkesine aykırı olarak, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır.<sup>21</sup>

İşveren yukarıda belirtilen sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, ham madde sıkıntısı gibi sebeplerle işyerinde işin sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi gibi *işletme dışı sebeplerin* varlığına dayanırsa, gerekçe yönünden kendini bağlayacaktır. Bu durumda işveren, işletme dışı sebeplerin kendisi tarafından iddia edilen kapsam ve yoğunlukta fiilen mevcut olduğunu ispatla mükellef olacaktır. Örneğin, işletmenin satışlarında, cirosunda veya kârında geçici bir düşüş, işyerinin faaliyetinde hafif bir azalma gibi ekonomik güçlükler geçerli fesih nedeni sayılamayacaktır.<sup>22</sup> İşverenin ispat külfetini yerine getirebilmesi bakımından bilançoların tetkik edilmesi, gelir - gider karşılaştırmaları yapılması, işyerine yeni işçi alınıp alınmadığı ve şayet alınmış ise yaptıkları işlerin niteliğinin ortaya koyulması, işyeri defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması faydalı olacaktır.<sup>23</sup>

İşveren, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerlerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi, bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işletme içi sebeplerle iş sözleşmesini feshetirse hangi tedbirlerin alındığını ve bu tedbirlerin iş sözleşmesi feshedilen işçinin işine nasıl etki ettiğini ortaya koymak zorundadır. Bu kapsamda, yeniden yapılanma yönünde alınan bir işletmesel karar ve norm kadro uygulaması çerçevesinde yapılan fesihlerde, işyerinde çalışan

sayısının azaltıldığı, yeni işçi alımının olmadığı, yeni organizasyon şemasının sunulduğu ve işverenin diğer uygulamalarının da bu yönde olduğu ortaya koyulduğu takdirde işverenin tutarsız davranışının olmadığı kabul edilmektedir. İşletmesel karara ilişkin belgeler, muhasebe kayıtları, organizasyon şeması, işçilerin görev tanımı, işçinin ve işyerinin SGK kayıtları, fesihten önceki ve sonraki döneme ait işçi bildirimleri delil teşkil edecektir.<sup>24</sup> İşveren, işletme içi tedbirlerin amaca uygunluğu ve gerekliliğini ise gerekçelendirmek zorunda değildir.<sup>25</sup>

İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma olanağı varken iş sözleşmesinin feshi yoluna gidildiği takdirde fesih geçersiz sayılacaktır. İşverenin fesihten önce alabileceği önlemler kapsamında işçinin bölümünün, görevinin, işyerinin değiştirilmesi sayılabilir. Bu önlemler iş şartlarında esaslı değişiklik teşkil edebileceği gibi esaslı değişiklik boyutuna ulaşmayan önlemler de olabilir. İşverenin öncelikli olarak esaslı değişiklik teşkil etmeyen önlemlere başvurması objektif iyi niyet kurallarına uygun düşecektir.<sup>26</sup> Ancak işverenden işletmesel kararı alma özgürlüğünü kaldıracak, işletmeyi zarara sokacak şekilde işçiye iş yaratılması beklenemeyecek bir uygulamadır. Keza Yargıtay bir kararında işçiye ancak işçinin yetkinlikleri çerçevesinde iş olanağı sunulabileceğini ifade etmiştir.<sup>27</sup>

## SONUÇ

İşçinin çalışma hakkı korunduğu gibi, işverenin *"girişim özgürlüğü"* de Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Bu kapsamda işveren, ekonomik güçlükler yahut işletmenin verimliliğini artırma gibi sebeplerle işletmesel karar alabilecektir. İşverenin işletmesel karar alma özgür-

21 Y22HD. 2011/1393 E., 2011/3285 K. 24.10.2011.

22 SÜZEK. a.g.e. s.609.

23 Bkz. Dipnot 33.

24 Y9HD. 2008/30271 E., 2008/25206 K. 06.10.2018. (ÖZCAN et al. a.g.e. s.671.)

25 Bkz. Dipnot 34.

26 KAR. a.g.e. s.123.

27 Y9HD. 2008/7977 E., 2008/6091 K. 24.03.2008. "Davacı işçinin önce üretimin azaltıldığı kısa bir süre sonra da tamamen durdurulduğu bölümde çalıştığı göz önünde bulundurulduğunda; daha çok bayiler aracılığı ile yürütülen satış ve pazarlama bölümünde değerlendirilmesinin olanaksız olduğu açıktır. Kaldı ki satış ve pazarlama eğitim, bilgi ve deneyim isteyen bir iştir."

lüğünün sınırını iş güvencesi ve feshin son çare olma ilkesi belirlemektedir. İşveren, işletmesel kararın uygulanmasının feshi objektif olarak zorunlu kıldığını, bunun feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamak zorundadır. Ek olarak işletme, işyeri ve işin gereklerinin işyerinde istihdam fazlalığı yaratması ve aynı zamanda feshin son çare olma ilkesine uyulmuş olması gerekir. İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz.

Feshin işletme işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.



# EMSALLERE UYGUNLUK İLKESİ KAPSAMINDA “VADE”

Serena BAKİOĞLU  
Avukat

## ÖZET

*Kurumların ilişkili kişiler ile yapmış oldukları mal ve hizmet alım-satımı işlemlerinde emsallere uygunluk ilkesi kapsamında emsal bedelin belirlenmesinde yapılan işlemin vade farkı içerip içermediği hususu önem arz etmektedir. İşbu makale ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin hukuki mevzuat kapsamında emsallere uygunluk ilkesinde vade hususu incelenecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** Transfer Fiyatlandırması, Emsallere Uygunluk İlkesi, Vade.

## GİRİŞ

Ticari hayatın dinamikleri içinde sıklıkla karşımıza çıkan vade konusu birçok iş ve işlem için önem arz etmektedir. Transfer fiyatlandırması kapsamında emsallere uygunluk ilkesine uygun olarak belirlenen bedelin de vadeli ve peşin işlemler söz konusu olduğunda farklılık arz etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda işbu makale ile öncelikle emsallere uygunluk ilkesi açıklanacak sonrasında ise vadeli işler ile vade kapsamında örtülü kazanç dağıtımı konusu incelenecektir.

## 1. EMSALLERE UYGUNLUK İLKESİ

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development “OECD”) tarafından çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarına kılavuz olması amacıyla hazırlanan Gelir ve Servetler Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Vergi Anlaşması (“Model Anlaşma”) düzenlenmiş olup işbu Model Anlaşma kapsamında emsallere uygunluk ilkesine ilişkin açıklamalar Çok Uluslu İşletmeler ve Vergi İdareleri İçin OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi kapsamında yer almaktadır. İşbu Rehber transfer fiyatlandırmasına ilişkin ana kaynak olarak tasarlanmış olup 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (“KVK”)’nın 13. maddesinde düzenlenen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı düzenlemesi bu

kaynak kapsamında hazırlanmıştır.

İşbu madde kapsamında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının üç unsuru bulunmakta olup bunlar;

- Mal veya hizmet alım-satımı
- İşbu alım-satım işleminin ilişkili kişi ile yapılması
- İlişkili kişi ile yapılan alım-satım işleminin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olması.

İlişkili kişiler arasında yapılan bir alım-satım işleminin transfer fiyatlandırması kapsamına girip girmediğinin tespitinde en önemli ve en dikkatle incelenmesi gereken husus işbu işlemin emsallere uygunluk ilkesi karşısındaki durumudur.

Model Anlaşma’nın 9. maddesinin yorumlarında “normal serbest piyasa ticareti koşulları” olarak açıklanan emsallere uygunluk ilkesinin tanımına KVK’nın 13. maddesinin 3. fıkrasında yer verilmiş olup işbu madde hükmü aşağıdaki gibidir:

*“Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder.”*

Nitekim 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ’de detaylıca açıklanmıştır:

*“Emsallere uygun fiyat veya bedel, aralarında ilişkili kişi tanımına uygun herhangi bir ilişki olmayan kişilerin tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu piyasa ya da pazar fiyatı olarak da adlandırılan tutardır. Bu fiyat veya bedel, işlem anında hiçbir etki olmaksızın objektif olarak belirlenen en uygun tutar olup, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde uygulanan fiyat veya bedelin bu tutar olması gerekmektedir.*

*Aralarında ilişki bulunmayan gerçek kişi veya kurumlar arasındaki işlemlerde fiyat, piyasa koşullarına göre belirlendiğinden, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde de aynı koşullar geçerli olmalıdır. Dolayısıyla, taraflar arasındaki ilişkinin mal veya hizmet fiyatlandırmasına herhangi bir etkisi bulunmamalıdır.*

*İlişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerinde uygulanan fiyat veya bedelin piyasa fiyatını yansıtmaması durumunda, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde uygulanan bu fiyat veya bedelin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edildiği kabul edilecektir.”*

İlişkili ve ilişkisiz taraflar ile yapılan işlemler arasındaki farklılıklar da gözetilerek yapılan işlemlerin karşılaştırılabilirlik analizine tabi tutularak incelenmesi emsallere uygunluk ilkesinin esasıdır. Karşılaştırılabilirlik analizi kapsamında dikkate alınması gereken hususlar; mal ve hizmetin özellikleri, işlev analizi, sözleşmeye ilişkin şartlar, ekonomik şartlar ve işletme stratejileridir.<sup>1</sup>

Nitekim karşılaştırılabilir emsal bulunması durumunda emsal alınan fiyat ile söz konusu işlemin gerçekleştiği koşulların işleme taraf olanların konumunun, vadenin, piyasanın, miktarın, teslim ve ödeme şeklinin, kalite ve özelliklerinin, fiyatın tespitinde benzer olması beklenmektedir.<sup>2</sup>

Bu kapsamda kurumların ilişkili kişiler ile yapmış oldukları mal veya hizmet alım-satımına konu işlemlerin vade içermesi halinde,

transfer fiyatı ile emsallere uygunluk ilkesi kapsamında belirlenmiş emsal bedelin karşılaştırılmasında vade farkından doğan etkinin de dikkate alınması gerekmektedir.<sup>3</sup>

## 2. VADELİ İŞLER

Ticari hayatın işleyişi içinde gerekli görülen vade bir borcun ödenmesi ya da bir işin yapılması için verilen ya da gereken süre olarak tanımlanmaktadır. Vade farkı ise mal veya hizmete ilişkin bedelin daha sonra ödemek üzere anlaşılması halinde peşin fiyatının üzerine eklenen tutardır. Aynı şekilde taksitli ödemelerde de peşin fiyat üzerine vade farkı eklenmektedir.

Vade farkı kavramının vergi kanunları çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde üç türü mevcuttur:

### • Birim fiyata veya bedele dahil vade farkı

Birim fiyata veya bedele dahil vade farkında ödeme tarihi konusunda belirlenen bu fark mal veya hizmete ait bedele dahil edilerek bu bedel üzerinden fatura düzenlenmektedir.

### • Birim fiyata dahil olmayıp mal teslimi ya da hizmet ifasına ilişkin faturada ayrıca gösterilen vade farkı

Birim fiyata dahil olmayan vade farkına ilişkin düzenlenen faturada mal veya hizmete ilişkin tutardan ayrı olarak vade farkı tutarı faturada gösterilmektedir.

### • Ödeme süresinin aşılmasıyla ortaya çıkan vade farkı<sup>4</sup>

Sözleşmede belirlenen sürenin borçlu tarafından aşılması ile ortaya çıkan vade farkında satıcı vadenin aşılabacağını öngörememektedir. Bu durumda satıcının arada oluşan

<sup>1</sup> Dr. Yasemin TAŞKIN, Transfer Fiyatlandırmasında Emsallere Uygunluk İlkesi, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2012

<sup>2</sup> Billur YALTI, Transfer Fiyatlandırmasında “Gizli Emsal”. Erişim Tarihi: 21.09.2021 <http://www.vergisorumlari.com.tr/makale/transfer-fiyatlandirmasinda-gizli-emsal%E2%80%9D/2627>

<sup>3</sup> İsmail ONAY, Transfer Fiyatlandırması, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul 2020, sf.324

<sup>4</sup> Fatih BİNGÖL, Vade Farkları ve Vade Kaynaklı Örtülü Kazanç Dağıtımı, Erişim Tarihi: 21.09.2021 <http://www.vergisorumlari.com.tr/makale/vade-farklari-ve-vade-kaynakli-ortulu-kazanc-dagitimi/5198>

fark için ayrı bir fatura düzenlemesi gerekmektedir. Bu tür vade farkında zımnen verilen bir finansman hizmeti söz konusu olabilmektedir.

Karşılaştırılabilirlik analizinin bir gereği olarak ilişkili kişilerle olan mal veya hizmet alım-satımına konu işlemlerin emsallere uygunluk ilkesine göre tespitinde vade farkına bağlı etkinin de dikkate alınması gerekmektedir. 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'de yer alan örnekler ile açıklanmış olduğu üzere bir malın ilişkili kişilere vadeli, ilişkisiz kişilere ise peşin olarak satılması durumunda ödeme koşulları arasında farklılık meydana gelecek ve emsal fiyatın belirlenmesi hususunda işlemlerin karşılaştırılabilir hale getirilmesi gerekecektir.

### 3. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMINDA VADE

Sözleşmede belirtilen ödeme süresinin kasten veya başkaca sebeplerle aşılması halinde mal veya hizmete ilişkin düzenlemiş olan faturada vade farkının gösterilmesi mümkün olamamaktadır. Yapılan vergi incelemelerinde dikkat edilmesi gereken hususlardan birini de bu konu oluşturmaktadır. Bu kapsamda emsallere uygunluk ilkesi kapsamında belirlenen fiyatın vadesinde tahsil edilip edilmediği hususu kontrol edilmelidir. İlişkili kişi ile yapılan işlemde belirlenen fiyat emsallere uygunluk ilkesine uygun olsa dahi vadesinde tahsil edilmemesi halinde zımnen finansman hizmeti sunulmuş olacak, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına sebep vermiş olacaktır.

Nitekim Danıştay 4. Dairesi'nin 22.03.2018 tarih ve E.2014/5525, K.2018/2900 sayılı kararı ile davacı adına ilişkili olduğu firmalar ile yaptığı ticari işlemler nedeniyle ortaya çıkan alacaklarını uzun süre tahsil etmeyerek transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını yaptığından bahisle tarh edilen vergi ziyai cezasının alacakların uzun süre tahsil edilmemesi uygulamasının KVK'nın 13. maddesinde sayılan işlemlerden olmadığından kazancın örtülü dağıtıldığından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulü yönünde karar veren ilk derece

mahkemesinin kararı bozulmuştur. Söz konusu kararın gerekçesi ise aşağıdaki gibidir:

*“...Firmalar ürettikleri mal veya hizmetleri faaliyet gösterdikleri piyasaya sunarken işletme stratejilerine göre fiyatlandırma politikalarını belirlemektedir. Bu çerçevede, fiyatın tespitinde; piyasadaki rekabet şartları, mal veya hizmet üretiminin maliyeti, ödeme vadesi gibi faktörler önem arz etmektedir. Ödemenin vadeli yapılması durumunda işletmeler alacağı tahsil edememe gibi risklere maruz kalmakta, enflasyon nedeniyle paranın değerinde aşınma yaşanmakta ayrıca bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanma imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle ödeme vadesi fiyatın oluşumuna etki etmekte, “peşin ödeme indirimi” veya “vade farkı” gibi uygulamalar ile fiyat ve vade uyumlaştırılmasına gidilmektedir. Şu hâlde, işletmelerin ödeme vadesi açısından stratejilerine uygun bir fiyatlandırma politikası belirlemesinin önünde bir engel bulunmamakta ancak ödeme vadesi fiyatın oluşumunda yer alan bir faktör olduğundan ilişkili firmalar ile yapılan mal veya hizmet alım satımında emsallere uygun bedel belirlenip belirlenmediği hususunun tespitinde önem arz etmektedir.*

*Dosyanın incelenmesinden, davacı hakkındaki vergi inceleme raporunda; davacının ilişkili olduğu firmalar ile yaptığı ticari işlemler nedeniyle ortaya çıkan alacaklarını, üçüncü kişilerden olan alacaklarına göre daha uzun süreler tahsil etmediği, ilişkili firmalardan olan alacaklarına herhangi bir faiz tahakkuk ettirmediği veya başka suretlerde bir menfaat elde etmediği, bu durum ödünç para verilmesi olarak değerlendirildiğinden örtülü kazanç dağıtımı yapıldığı, ilişkili firmalardan olan alacaklar için adet hesaplaması yapılarak hesaplanan tutar nedeniyle zarar azaltılması işlemi gerçekleştirilmesi gerektiği hususlarına yer verildiği görülmüştür.*

*Bu durumda, davacı ile ilişkili firmalar arasındaki ticaret nedeniyle ortaya çıkan alacakların vadesinde tahsil edilmemesinin ödünç para verilmesi olarak değerlendirilebilmesi için uzun vadeli ticari işlemler nedeniyle belirlenen fiyatın emsallere uygunluk açısından değerlendirilmesi gerektiğinden, davacı hakkındaki vergi inceleme raporunda bu hususun değerlendirilip değerlendirilmediği incelenerek bir karar verilmesi gerekmektedir...”*

Benzer şekilde İstanbul 2. Vergi Mahkemesi'nin 25.10.2013 tarih ve E:2013/1499, K:2013/2220 sayılı kararında satış bedeline ait alacak tutarı için işlem tarihinden dönem sonuna kadar tahsil edilmemesine rağmen faiz ve vade farkı hesaplanmadığı, şirket kaynaklarının ilişkili kişilere bedelsiz kullandırıldığı anlaşıldığından yapılan cezalı tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle cezalı tarhiyata ilişkin olarak davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. İşbu karar Danıştay 4. Dairesi'nin 29.12.2015 tarih ve E.2014/1203, K.2015/8062 sayılı kararı ile onanmıştır.

## **SONUÇ**

Emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde vadenin yeri konusu incelendiğinde, karşılaştırılabilirlik analizinin yapılabilmesi için ilişkili ve ilişkisiz kişiler arasındaki işlemlere ilişkin sözleşmelerin vadeli veya peşin ödeme içerip içermediğinin incelenmesi gerekli olmakla birlikte vadesinde tahsil edilip edilmediğinin de incelenmesi gerekmektedir. Nitekim vade tarihini aşan ödemelerin söz konusu olması halinde zımnen finansman hizmeti sağlanması söz konusu olacaktır.

## 7326 SAYILI KANUN KAPSAMINDA DAVADAN VAZGEÇME ŞARTI VE SONUÇLARI

**Simge KAVTELEK**

Avukat

### ÖZET

7326 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile dava aşamasında bulunan vergi ve vergi cezalarının yapılandırılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Mükelleflerin bu yapılandırma imkânından yararlanabilmesi için ise açılmış olan dava ve/veya davalardan vazgeçmesi şart koşulmaktadır.

Mükellefler bakımından mühim sonuçları olan “davadan vazgeçme” müessesesinin usul hukuku bakımından niteliğinin belirlenmesi mevcut kavram karışıklığının önlenmesi için önem arz etmektedir. Bununla birlikte bu müessesenin mükellefler nezdinde doğurduğu veya doğurabileceği olumsuz durumlar ve bu durumların önlenmesi için çözüm önerileri bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Af Kanunu, Davadan Vazgeçme, Davadan Feragat.

### GİRİŞ

7326 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (“Af Kanunu” veya “7326 sayılı Kanun”), 31506 sayılı ve 9 Haziran 2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış ve yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. 7326 sayılı Kanun kamu alacaklarının yapılandırılması, matrah artırımı, amortismanla tâbi iktisadi kıymetlerin yeniden değerlemesi, muhasebe kayıtlarının düzeltilmesi gibi çeşitli imkânları sunan geniş kapsamlı düzenlemeleri içermektedir.

Af Kanunu’nda kamu alacaklarına ilişkin olarak da 2., 3. ve 4. maddelerde düzenlemeler getirilmiş olup 2. maddede kesinleşmiş alacaklar, 3. maddede kesinleşmemiş ve dava aşamasında bulunan alacaklar, 4. maddede ise inceleme ve tarhiyat safhasındaki alacaklar bakımından başvuru şartları, ödenecek-tahsilinden vazgeçilecek alacaklarının hesaplanması ve ödenmesine ilişkin detaylara verilmiştir.

Af Kanunu’nun 2. maddesinin 12. fıkrası<sup>1</sup> ile 3. maddesinin 10. fıkrası<sup>2</sup>’nda, bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için, madde kapsamına giren alacaklara karşı dava açılması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması şartı getirilmiştir. Diğer bir deyişle, söz konusu maddelerden yararlanmak isteyen mükellefler, yarar sağladıkları alacaklar için dava ve kanun yoluna başvuramayacak; açılmış olan davalardan ise vazgeçecektir.

Af Kanunu’nun genel gerekçesinde, ihtilaflı ya da inceleme ve takdir işlemleri devam eden alacaklar için de yapılandırma imkânı getirilmesinin, bu aşamadaki alacakların bir an önce Hazine’ye intikalinin sağlanmasının kanunun amaçlarından biri olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu amacın Hazine bakımından önemi tartışılırken, mükellefler nezdinde yaratacağı problemler çoğunlukla göz ardı edilmektedir.

Kanunda bahsi geçen fakat asıl niteliği tartışmalı olan “davadan vazgeçme” müessesesinin mükellef açısından doğuracağı sonuçlar bazı riskler taşımaktadır. Bu nedenle, mükellefler ihtilaflı alacaklar bakımından Af Kanunu’ndan

<sup>1</sup> “MADDE 2- (12) Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmaması, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.”

<sup>2</sup> “MADDE 3- (10) Bu madde hükmünden yararlanılması için madde kapsamına giren alacaklara karşı dava açılmaması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması şarttır.”



yararlanmak konusunda çekince duymakta ve bu çekinceli tavır Kanun'un amacı bakımından da olumsuz bir durum yaratmaktadır. İşbu makede, davadan feragat ve davadan vazgeçme kavramları incelendikten sonra, Af Kanunu hükümlerinden yararlanmak suretiyle ihtilafların sona erdirilmesinin yaratabileceği problem üzerinde durulacaktır.

## 1. AF KANUNU KAPSAMINDA DAVADAN VAZGEÇME ŞARTI

7326 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddelerinde, kapsamdaki alacaklar için dava açılmaması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması hükümlerinden yararlanılma şartı olarak getirilmiştir. Açılmış davalardan vazgeçilmesi, "davadan vazgeçme" şartı olarak anılmaktadır.

14 Haziran 2021 tarihli ve 31511 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve Af Kanunu hükümlerinin uygulanmasına dair usul ve esasları belirleyen Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 7326 Sayılı Kanun Genel Tebliğ ("Tebliğ")'de ise, tüzel kişiler ya da tüzel kişiliği haiz olmayan teşekküller tarafından "açılan davalardan vazgeçme" yetkisinin, bunların kanuni temsilcilerinde bulunduğundan bahisle, maddeden yararlanma başvurularının kanuni temsilciler tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Mükellefler bu kanun hükümlerinden, "davadan vazgeçme" dilekçelerini, kanuni temsilcilerin temsilci sıfatlarını gösteren belgeyi eklemek suretiyle, ilgili tahsil dairelerine vererek, vazgeçme yönündeki iradelerini belirterek yararlanabilmektedir. Söz konusu Kanun uyarınca, davadan vazgeçme dilekçeleri tahsil dairelerine verilir; tahsil dairesince dilekçelerin bir örneği ilgili yargı merciine gönderilir ve dilekçelerin tahsil dairelerine verildiği tarih,

ilgili yargı merciine verildiği tarih olarak sayılır. Tahsil vergi daireleri tarafından mahkemeye gönderilen "davadan vazgeçme" dilekçeleri, mahkemelerce işleme konulup yargı organınca dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi gerekmektedir.

Başvuru usulü konusunda tartışma yaratan ilk nokta şüphesiz, davadan vazgeçmeye ilişkin dilekçenin direkt olarak mahkemeye sunulması yerine, davada davalı konumunda olan tahsil dairesine verilmesidir. Nitekim bu başvuru usulü başta silahların eşitliği olmak üzere idari yargılama usulü ilkelerine ters düşmektedir.<sup>3</sup> Ayrıca Af Kanunu kapsamında davadan vazgeçme olarak anılan müessesenin, uygulamada mahkemelerce davadan feragat olarak işleme konulması hem mükellefler hem kamu hem de idare nezdinde kavram karmaşasına sebebiyet vermektedir. Kaldı ki af ve feragat bir yönüyle idari işlemin hukuksal denetimden kaçırılması sonucunu doğurduğundan mali af kanunlarında "feragat" koşulunun konulması eleştirilmektedir.<sup>4</sup>

## 2. DAVADAN FERAGAT VE DAVADAN VAZGEÇME KAVRAMLARI

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ("İYUK")'nda davadan feragat konusunda özel bir düzenleme yapılmamakla birlikte aynı Kanun'un 31. maddesinde davadan feragat konusunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK")'na atıf yapılmaktadır.<sup>5</sup> HMK'nın 307. maddesinde ise davadan feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmıştır. Buna göre davadan feragat, davacının talep sonucu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi anlamına gelen tasarruf ilkesinin bir sonucu olup davadan feragat usulü ile davacı yalnızca talep sonucundan

3 Dr. Y. Burak ASLANPINAR, "16 Soruda 7326 Sayılı Kanuna Göre Dava Aşamasındaki Vergi ve Cezaların Yapılandırılması" <https://www.dunya.com/kose-yazisi/16-soruda-7326-sayili-kanuna-gore-dava-asamasindaki-vergi-ve-cezalarin-yapilandirilmasi/624114> (Erişim tarihi: 26.09.2021)

4 Bumin Doğrusöz, "Vergi Affi ve Davadan Feragat", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-affi-ve-davadan-feragat/420387> (Erişim Tarihi: 26.09.2021)

5 "Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır."

yani son isteminden vazgeçmektedir.<sup>6</sup> Davacının davadan feragat etmesi hâlinde, davacı talep sonucundan vazgeçmiş olduğundan ve davadan feragat kesin hükmün sonucunu doğurduğundan aynı konuda ileride dava açılması mümkün olmamakla birlikte açılması durumunda ise dava “kesin hüküm” nedeniyle reddedilir.<sup>7</sup>

Davadan vazgeçme, -kanunda düzenlendiği ismiyle davanın geri alınması- ise, İYUK’un 31. maddesi atıf yapılmamış olan ve HMK’nın 123. maddesinde<sup>8</sup> düzenlenen bir usul kurumudur. Her ne kadar davadan feragat ile farklı sonuçlara sahip olsa da pratikteki kullanım bakımından sıklıkla karıştırılmaktadır. Öyle ki davadan vazgeçme söz konusu olduğunda, davacı ileride davanın tekrar açılması hakkını saklı tutmaktadır. Bu nedenle de davanın geri alınmasında davalının rıza aranırken davadan feragat tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğurur.<sup>9</sup>

Davadan feragat edilmesi üzerine, ilk derece mahkemesi tarafından feragat nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilirken kanun yolları aşamasında davadan feragat edilmesi hâlinde ise ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına ve feragat göz önünde bulundurulmak suretiyle istem hakkında karar verilmek üzere dosyanın mahkemeye gönderilmesine karar verilir.<sup>10</sup>

Af Kanunu hükümlerinden yararlanmak üzere vazgeçilen davalarda verilen kararlar bakımından ise bu yönde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Af Kanunu’ndan yararlanılmak suretiyle sonlandırılan ihtilaf-larda mahkemeler bakımından da davadan vazgeçme ve davadan feragat hususunda kavram karışıklığı olduğu gözlenmektedir. Bazı ilk

derece mahkemeleri tarafından davadan vazgeçme nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı yönünde; bazıları tarafından ise davacının davadan vazgeçtiğinden bahisle feragat nedeniyle davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmiştir. Buna ek olarak, kanun yolları aşamasında bulunan davalarda da bozma kararı yerine, karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmektedir.

Görüldüğü üzere, Af Kanunu’nda yer alan “davadan vazgeçme” hem başvuru usulü, hem sonuçları bakımından “davadan feragat”<sup>11</sup>ten farklı olduğundan, bu Kanun’da yer alan davadan vazgeçme şartını, feragatle aynı şekilde değerlendirmemek gerekir.<sup>12</sup> Aynı zamanda, davadan vazgeçme – davanın geri alınması (HMK madde 123) - kurumuna İYUK madde 31’de atıf olmaması nedeniyle Af Kanunu’ndaki davadan vazgeçme bu kurumu da karşılamamaktadır. Bu açıdan, söz konusu “açılan davalardan vazgeçilmesi” kavramının nitelikleri ve uygulaması da göz önünde bulundurularak, Af Kanunu’na özgü bir feragat türü olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu yönde açık bir düzenleme olmaması nedeniyle mükelleflerin temel hak ve özgürlükleriyle yakından ilişkili olan ve iki farklı sonuca sahip olan iki ayrı kurumun böylesi bir kavram karışıklığına konu olması, mükellefler nezdinde endişe verici durumlara yol açmaktadır.

### 3. AF KANUNU KAPSAMINDA DAVADAN VAZGEÇME ŞARTININ SONUÇLARI

Af Kanunu’nun gerekçesinde de belirtildiği üzere, devam eden davalara son verilmesi alacakların Hazine’ye hızlıca intikal etmesini

6 Prof Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, Prof. Dr. Murat SEZGİNER, Prof. Dr. Cemil KAYA, *Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, Mart 2021*, s. 670

7 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, a.g.e, s. 679

8 “MADDE 123- (1) Davacı, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabilir. (Ek cümle:22/7/2020-7251/10 md.) Bu takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.”

9 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, a.g.e, s. 680

10 AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, a.g.e, s. 679

11 Ek olarak, 7256 sayılı Kanuna ilişkin çıkarılan Tebliğ’de davadan vazgeçmeyi davadan feragatle eşanlamli olarak kullanıldığına ilişkin açıklamalar için: Numan Emre Ergin, “Aftan yararlanma zımnen kabul müdür?”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/aftan-yararlanma-zimnen-kabul-mudur/627713> (Erişim Tarihi: 26.09.2021)

12 Numan Emre Ergin, “Aftan yararlanma zımnen kabul müdür?”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/aftan-yararlanma-zimnen-kabul-mudur/627713> (Erişim Tarihi: 26.09.2021)

sağlarken, bir yandan da yargının yükünü hafifletmeye olanak sağlamaktadır. Ancak, Af Kanunu'ndan yararlanılmak suretiyle ihtilafların sona erdirilmesi, beraberinde bazı sorunları da mükellefler nezdinde gündeme getirmektedir.

Bu sorunlardan ilki, davaya konu olan uyuşmazlığın sonlandırılması nedeniyle, yargının uyuşmazlığın esası bakımından görüşünün ne yönde olduğunun öğrenilemiyor olmasıdır. Vergi inceleme elemanları tarafından eleştiri getirilen hususlar için ayrı ihbarnameler düzenlenmesi hâlinde, aynı konuda ve fakat farklı dönemlere ait ihbarnameler dava konusu edilebilmektedir. Bu davalar sonucunda, eleştiri getirilen konular bakımından yargının görüşü öğrenilmekte ve o doğrultuda içtihatlar oluşturmaktadır. Söz gelimi, sonuca bağlı olarak mükellefler veya İdare yapmış olduğu hatalı yorumlardan veya uygulamalardan kaçınma şansı bulacaktır. Nitekim başka mükellefler nezdinde benzer uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda içtihatlar yargı makamları da dâhil olmak üzere yol gösterici olacaktır.

Bu nedenle aynı hususta farklı dönemlere ilişkin düzenlenen birden fazla ihbarnamenin farklı davalara konu edildiği durumlarda, mükelleflere yapılandırma başvurularında tüm ihbarnameler için başvurulmaması ve en azından bir ihbarname bakımından davaya devam edilmesi gerektiği önerilmektedir. Bu durumda, uyuşmazlık açısından yargının görüşü öğrenilip içtihat oluşumuna katkı sağlanırken yargı yükünün hafifletilmesine ve kamu alacağının hazineye hızlı bir şekilde girişine de hizmet edilmiş olacaktır. Ancak uygulamada birden fazla eleştiri konusunun olduğu raporlara dayanılarak tek bir ihbarname düzenlenmesi hâlinde, mükellefler tek bir dava açabildiğinden ve davadan vazgeçme şartının bir bütün olarak uygulanması gerektiğinden, ya yapılandırmaya başvurmak ya da davaya devam etmek durumunda kalmaktadır.<sup>13</sup>

Diğer bir sorun ise, İdare'nin savunma dilekçelerinde Af Kanunu'ndan yararlanmayı bir zımni kabul niteliğinde değerlendiriyor olmasıdır. Örneğin, kurumlar vergisi yönünden incelenen bir mükellef adına, rapora istinaden hem kurumlar hem de katma değer vergisi tarhiyatı yapılmış olması mümkündür. Bu hâlde, mükellefin kurumlar vergisi tarhiyatları için Af Kanunu'ndan yararlanması, katma değer vergisi tarhiyatlarının hukuka uygunluğunu kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Başka bir ifadeyle, Af Kanunu hükümlerinden yararlanmak, İdare'nin getirdiği eleştiriler bakımından zımni bir kabul niteliği taşımamaktadır. Davaya konu edilen her idari işlemin kendi içinde değerlendirilmesi gerekli olup aynı hukuki sebebe dayalı farklı idari işlemlerin birine dava açılmaması veya açılmış davadan vazgeçilmesi, diğerine karşı dava açılmayacağı veya ilk işlemdeki tercinin zımni bir kabul olduğu anlamına gelmemektedir<sup>14</sup>.

Bununla birlikte Af Kanunu hükümlerinden yararlanılması nitelik itibarıyla uzlaşma müessesesiyle benzerlik taşımakta olup sonuç olarak İdare ile anlaşılan husus, uyuşmazlığın konusu veya esas değil uyuşmazlığın tutarıdır. Kaldı ki mükellefin konu ve esas bakımından İdare ile anlaştığı yani eleştiriye zımninden kabul ettiği yönünde bir yorumda bulunmak verginin kanuniliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Zira böyle bir kabulün mümkün olabilmesi için bu hususun açıkça kanunla düzenlenmiş olması gerektirir.

İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesi ise 06.12.2017 tarih ve E.2017/2724, K.2017/2888 sayılı kararında<sup>15</sup>, "davacı şirketin cezalı kurumlar vergisi tarhiyatına ilişkin olarak Manisa Vergi Mahkemesi'nin 2016/616 sayılı esasında kayıtlı davayı açtığı, söz konusu davanın anılan mahkemenin 03.11.2016 gün ve 2016/771 sayılı kararıyla 6736 sayılı yasadan yararlanma nedeniyle "Karar Verilmesine Yer Olmadığına" şeklinde sonuçlandı, dolayısıyla inceleme raporuyla tespit edilen

<sup>13</sup> Numan Emre Ergin, "Aftan yararlanma zımninden kabul müdür?", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/aftan-yararlanma-zimnen-kabul-mudur/627713> (Erişim Tarihi: 26.09.2021)

<sup>14</sup> Numan Emre Ergin, "Aftan yararlanma zımninden kabul müdür?", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/aftan-yararlanma-zimnen-kabul-mudur/627713> (Erişim Tarihi: 26.09.2021)

<sup>15</sup> Aynı yönde: İzmir BİM, 2. Vergi DAVA Dairesi'nin 31.10.2017 tarihli ve E.2017/2401 K.2017/2631 sayılı kararı.

vergiyi doğuran olayın davacı tarafından zımnen kabul edildiği” yönünde hüküm tesis etmiş olup yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar doğrultusunda, Af Kanunu’ndan yararlanmış olmanın vergiyi doğuran olay bakımından zımnen kabul anlamına geldiği yönündeki bu karar hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Mükellefler, şirket politikaları, ödeme güçleri ve çeşitli iş kararları uyarınca eleştiri getirilen ve ancak haklı olduklarını düşündükleri konularda da Af Kanunu hükümlerinden yararlanabilirler. Burada, Af Kanunu dolayısıyla “feragat”, kişinin haksızlığını kabul eden özgür iradesiyle değil sağlanan mali olanaklardan yararlanma amacıyla zorunlu olarak yapılmaktadır.<sup>16</sup>

Ayrıca mükelleflerin başvuruındaki motivasyonları, davaların uzun yıllar sürmesi nedeniyle bu süreçte ekonomik açıdan belirsizlik içinde bekleyerek finansal risk almamak ve davanın aleyhe sonuçlanması durumunda yüksek oranda faiz işletilmiş tutarlarla karşılaşmak istememeleri olabilir ki bu durum söz konusu Kanun’un mükellefler üzerindeki olumlu etkilerini yansıtmaktadır. Bu nedenle Af Kanunu’na başvurunun diğer tarihli kararlar bakımından zımni kabul niteliğinde olduğu yönünde bir yorumda bulunulması, tereddüt edilmeyecek biçimde hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

## SONUÇ

7326 sayılı Kanun kapsamında, ihtilaflı kamu alacaklarının yapılandırılmasına ilişkin madde hükmünde, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması şartı getirilmiştir. Bu Kanun’da düzenlenen “davadan vazgeçme” müessesesi gerek sonuçları gerekse uygulanışı bakımından HMK’da düzenlenmiş olan davanın geri alınması ve davadan feragat müesseselerini karşılamamakta olduğundan bu kurumu kendine özgü bir vazgeçme usulü olarak kabul etmek gerekmektedir.

Bu hüküm, gerekçesine de paralel olarak kamu alacaklarının Hazine’ye hızlıca intika-

lini ve yargı yükünün hafifletilmesini sağlasa da mükellefler açısından olumsuz olabilecek sonuçlara da yol açmaktadır. İlk olarak, uyuşmazlık konusu bakımından yargı makamlarının görüşünün hangi yönde olduğunun öğrenilemeyecek olması hem davacı mükellefin şirket politikaları hem de aynı konuda tereddütler yaşayan diğer mükellefler bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Bahse konu bu durum, vergi uyuşmazlıkları bakımından içtihat oluşmaması yönünde de bir sonuç yaratacaktır ki bu durum adil yargılanma hakkına müdahale yönüyle incelenmelidir.

Bunun yanı sıra, mükellefler bu olumsuzluğu gidermek amacıyla aynı konuda farklı ihbarnameler için açılmış olan davalardan birine devam etmek suretiyle Af Kanunu hükümlerinden yararlanmaktadır. Ancak bu hâlde de mükellefler İdare tarafından, hukuki bir dayanağa sahip olmamakla birlikte uyuşmazlığa konu edilen eleştirinin zımni olarak kabul edildiği yönünde bir savunma ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu riskin önlenmesi için ise, “açılan davalardan vazgeçilmesi” şartı getirilen kamu alacaklarının yapılandırılmasına ilişkin kanunlarda, hükümlerden yararlanmanın benzer uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir kabul anlamına gelmediği de açıkça düzenlenmelidir.

<sup>16</sup> Bumin Doğrusöz, “Vergi Affi ve Davadan Feragat”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergi-affi-ve-davadan-feragat/420387> (Erişim Tarihi: 26.09.2021)





# NEGATİF DIŞSALLIKLARIN VERGİLENDİRİLMESİ

Mine BEYAZHANÇER

Stj. Avukat

## ÖZET

Günümüzde çevre bilincinin artmasıyla, üretim ve tüketim faaliyetleriyle ortaya çıkardığımız negatif dışsallıkları telafi etmeye yönelik küresel bir hareket oluşmuştur. Kamu maliyesinde negatif dışsallık toplumdaki kişilerden birinin, üretim veya tüketim faaliyetinin sonucunda başka kişilerin fayda veya maliyet fonksiyonlarını olumsuz etkilemesi \*olarak tanımlanır. Söz konusu olumsuz etkinin ortadan kalkması için devletlerin müdahalesi mümkündür. Bu müdahale negatif dışsallıkların vergilendirilmesiyle olabilir.

Anahtar Kelimeler: Negatif Dışsallıklar, Çevre Vergisi, Karbon Vergisi, Pigou'cu Vergilendirme.

## GİRİŞ

Dışsallık kavramı, kişinin kendi menfaatleri için gerçekleştirdiği eylemlerinin istemsiz şekilde ortaya çıkan ürünlerinin başkaları üzerindeki etkisi' olarak tanımlanabilir. Toplum üzerinde oluşan bu etkiler (dış fayda) olumlu veya olumsuz (dış zarar) nitelikte olabilir.

Arthur C. Pigou, "The Economics of Welfare" kitabında dışsallıkların, toplumun genelini büyük ölçüde etkileyecek seviyeye geldiğinde, devlet eliyle müdahaleyi gerektirdiğini savunmuştur. Pigou'ya göre dış zararı meydana getiren kişilerin bu eylemlerinden cayması için negatif dışsallıkların vergilendirilmesi, pozitif dışsallıkları ortaya çıkaran kişilere ise vergi indirimlerinin yapıp davranışlarının teşvik edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda işbu makalede genel olarak negatif dışsallıklar ve bunlara yapılan müdahaleler incelenecektir.

## 1. KAMU MALİYESİNDE NEGATİF DIŞSALLIKLAR

Alfred Marshall tarafından ortaya atılan

dışsallık teorisi üzerine, bu dışsallıkların büyük ölçüde toplumu etkilemesi halinde, devletin buna müdahale edebilmesi için vergilendirmenin araç olarak kullanılması gerektiğini ortaya atan Arthur C. Pigou'nun, bu görüşünden dolayı literatürde negatif dışsallıkların vergilendirilmesi, Pigou'cu vergilendirme olarak da adlandırılmaktadır.

Kişilerin amaçlamadıkları halde eylemlerinin yan etkisi olarak ortaya çıkardıkları ve başkalarını olumlu veya olumsuz anlamda etkilediği sonuçların, ekonomik anlamda dengelenebilmesi için vergilendirilmesi fikri sosyal adaletin bir gereği gibi görülebilse de piyasayı farklı şekillerde etkileyeceği de göz ardı edilemez.

19. yüzyıldan itibaren hızlı sanayileşmenin etkisiyle, çevrenin ikinci plana atıldığı ve tedbirsiz uygulamaların sonuçlarının su yüzüne çıktığı, çevre felaketlerinin arttığı günümüzde, negatif dışsallıkların vergilendirilmesi yeniden gündeme gelmiştir. Pigou'nun negatif dışsallıkların vergilendirilmesi fikrini ortaya atmasının sebeplerinden biri de sanayileşmenin etkisiyle İngiltere sokaklarındaki duman bulutundan duyduğu rahatsızlık olduğu söylenir<sup>2</sup>. Bu nedenle Pigou'cu vergilendirme, her ne kadar negatif dışsallıklar bunlarla sınırlı değilse de çevre vergisi ya da karbon vergisi olarak

1 Buchholz, W., & Rübbelke, D. (2017). *The Theory of Externalities and Public Goods*. Springer.

2 Ekici, İ. (2011). Çevre Kirliliğiyle Mücadelede Kırleten Öder Prensibi Çerçevesinde Vergilendirme Yaklaşımı. *Vergi Sorunları Dergisi*, 270, 196-205.

\* Nadaroğlu, H. (1996). *Kamu Maliyesi Teorisi*, 64

da bilinir. Küresel politikada da çevrenin önemi gün geçtikçe artmakta, yakın zamanda Avrupa Birliği'nin sınırda karbon vergisi uygulaması gibi önlemler hayata geçirilmektedir.

## 2. NEGATİF DIŞSALLIKLARIN VERGİLENDİRİLMESİNİN ETKİLERİ

Tullock<sup>3</sup> tarafından ortaya atılan çifte kazanç hipotezine göre negatif dışsallıkları vergilendirmek, dış zararın vergilendirilerek bir yandan tazmin edilip diğer yandan ise dış zararı ortaya çıkaran kişileri caydırma etkisine sahiptir.

Pigou çevre vergisinin optimal olmasının birim başına ücretin kirlilikten kaynaklanan "marjinal sosyal zarara" eşit olana kadar artırılmasıyla olacağı sonucuna varmıştır<sup>4 5</sup>. Ancak negatif dışsallıkların ekonomik değerlerinin saptanması güçtür.<sup>6</sup>

Devletlerin vergilendirme yetkisi egemenlik güçlerinden kaynaklanmaktadır. Vergi ekonomik öneminin yanı sıra çok önemli bir politik araçtır ve hükümetler anayasal çerçevede mali politikaya yön verir. Ancak kişinin temel haklarından olan mülkiyet hakkı vergilendirme ile ölçsüz şekilde sınırlandırılmaz.

Birçok ülkenin çevre vergileri için farklı ölçütleri bulunsa da çoğunlukla karbondioksit emisyonu temel alınmaktadır.<sup>7</sup> Bunun sebebi karbondioksitin sera gazları arasında en büyük paya sahip olması ve doğrudan insan kaynaklı olmasıdır.<sup>8</sup>

Üretim faaliyetlerinde maliyeti artırması nedeniyle bu vergilerin piyasada olumsuz etkilere yol açtığı ve çevre vergisi bulunmayan ül-

kelerdeki üretici lehine sonuç doğurduğu eleştirileri bulunmaktadır.

## 3. ÇEVRE VERGİLERİ VE AVRUPA'DAKİ GELİŞMELER

Teoride uzun süre konuşulan karbon vergisi ilk olarak Finlandiya'da 1990 yılında uygulamaya geçmiştir<sup>9</sup>. Güncel veriler ışığında, ton karbondioksit başına düşen vergi oranının en yüksek olduğu ülke İsveç'i, İsviçre ve Finlandiya takip ediyor.<sup>10</sup> En güncel gelişme ise 11 Aralık 2019 tarihli Avrupa Birliği Yeşil Mutabakatı kapsamında 14 Temmuz 2021'de Avrupa Birliği Komisyonu tarafından kabul edilen sınırda karbon vergisi uygulamasıdır.

Avrupa Birliği, karbon vergisi ödedikleri için AB'deki üreticilerin rakiplerine karşı güçsüz durumda kalmalarını önlemek ve küresel emisyon düşüşüne katkı sağlamak için sınırda karbon vergisi uygulamasını getirmiştir. Buna göre ilk aşamada demir-çelik, çimento, gübre ve alüminyum ile başlayacak uygulama 2026 yılında tüm ithal edilen ürünler için uygulanacaktır.<sup>11</sup>

## SONUÇ

Negatif dışsallıkların vergilendirilmesi, son yıllarda ön planda olan çevre vergileriyle başlamış ve olumlu sonuçlar göstermiştir. Bu düzenlemelerin gelecekte artacağı ve kapsamlarının genişleyeceği açıktır. Avrupa Birliği'nin sınırda karbon vergisi uygulaması da bunun bir örneğidir. Ancak bu vergi türü, hazineye para kazandırmak için masum bir kılıf olarak kullanılmamalı, ortaya çıkan zararların giderilmesi için de çaba gösterilmelidir.

3 Tullock, G. (1967). *Excess Benefit*. *Water Resources Research*, 3(2), 643-644.

4 Jeager, K. W., *Environmental Taxation and the Double Dividend*. *International Society for Ecological Economics*, *Internet Encyclopaedia of Ecological Economics*, 2003, s. 1.

5 Çiçek, H. G., Dirgen Öz, S. (2021). *Çevreyle İlgili Vergilerin Ekonomik Büyüme ve İstihdam Üzerindeki Muhtemel Etkileri: Çifte Kazanç Tartışmaları*. *Vergi Sorunları Dergisi*, 396, 13-27.

6 Ekici, İ. (2011). *Çevre Kirliliğiyle Mücadelede Kirleten Öder Prensibi Çerçevesinde Vergilendirme Yaklaşımı*. *Vergi Sorunları Dergisi*, 270, 196-205.

7 Kara, M. C., *Emisyon Vergilemesinde Avrupa Birliği Uygulaması ve Bazı Ülke Örnekleri*. *Vergi Sorunları Dergisi*, 395, 53-60.

8 Türköz, K., Türköz, E., (2016). *Karbon Vergisi Teorisi, Uygulamaları ve Türkiye'de Mevcut Durum*, *Vergi Raporu*, 204, 144 - 158

9 Tuncer, S. (2012). *Avrupa Birliği Ülkelerinde Yürürlüğe Giren Karbon Vergisi*, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, 101

10 <https://www.statista.com/statistics/483590/prices-of-implemented-carbon-pricing-instruments-worldwide-by-select-country/>

11 Ramboll, DIW, Umweltbundesamt, FAU Erlangen-Nuremberg, Ecologic Institute, *Study on the possibility to set up a carbon border adjustment mechanism on selected sectors*, European Commission

# ANONİM ŞİRKETLER, NOTERLER VE BANKALARIN DAMGA VERGİSİ SORUMLULUĞU

**Derya OĞUZER**

Stj. Avukat

## ÖZET

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu ("DVK")'nın 27 ve 22/a maddelerine göre, anonim şirketler, bankalar ve diğer belirlenmiş kurum ve kuruluşlar, üçüncü taraf oldukları (imza koymadıkları) kağıtları vergisi ödenmeden işleme koyamazlar. Bu kağıtların vergisinin işleme konmadan önce ödendiğini kontrol etmek, söz konusu kurum ve kuruluşların uhdesindedir. Aksi halde, vergisi ödenmeyen bu kağıt için verginin mükelleflerine uygulanacak ceza kadar bir ceza da bu kontrol sorumluluğunu yerine getirmeyenlerden alınacaktır. Bu düzenlemenin amacı verginin ödenmesi açısından ikinci bir kontrol mekanizması yaratmaktır. İşbu makalede söz konusu düzenlemenin son halini alıncaya dek geçirdiği değişiklikler ve günümüzde nasıl uygulanmakta olduğu incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Damga Vergisi, Üçüncü Taraf, Cezai Sorumluluk, Bankalar, Anonim Şirketler, Noterler.

## GİRİŞ

Damga vergisi, harcamalar üzerinden alınan vergiler sınıfından olup devlet tarafından, taraflar arasındaki hukuki işlemlere konu olan kağıtlara ispat ve delil aracı olarak kullanılma gücü verilmesinin karşılığı olarak tahsil edilmektedir. Damga vergisinin mükellefinin yalnızca söz konusu ispat ve delil aracı kağıtlara imza atanların olacağı düşünülebilirse de; anonim şirketler, bankalar ve diğer belirlenmiş kurum ve kuruluşların kağıtlara imza atmasalar dahi onlara istinaden işlem yaptığı ve kayıt altına alınan işlemlerden etkilendiği durumlar mevcuttur. Bu gibi durumlarda anonim şirketin, işlem yaptığı kağıda ilişkin damga vergisinin hem usulen hem de miktar açısından doğru ödendiğini kontrol etmesi gerekmektedir.

Aynı şekilde, DVK'nın 27. maddesinin birinci fıkrasına göre, noterler de damga vergisi ödenmemiş veya noksan ödenmiş kağıtları vergi ve cezası ödenmedikçe tasdik edemezler veya bunların suretlerini çıkarıp veremezler. Aynı maddenin son fıkrasına göre bankalar, kamu iktisadi teşebbüsleri ve iştirakleri ile 22. mad-

denin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunanlar, vergisi ödenmemiş veya noksan ödenmiş kağıtları usulüne uygun olarak vergi ve cezası ödenmedikçe işleme koyamazlar. Aksi takdirde vergi ve cezası ödenmeden bu kağıtları işleme koyan kişi ve kuruluşlardan, kağıdın mükelleflerinden alınacak ceza tutarında ayrıca ceza alınır. Bu kapsamda işbu makalemizin konusunu; anonim şirketlerin, noterlerin, bankalar ve diğer belirlenmiş kurum ve kuruluşların damga vergisi sorumluluğunun ayrı başlıklar halinde incelenmesi oluşturmaktadır.

## 1. DAMGA VERGİSİ SORUMLULUKLARI

### i. Anonim Şirketlerin Damga Vergisi Sorumluluğu

17 Seri No.lu Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği'ne göre, Kanun'un 27. maddesine göre sorumlu tutulanlar arasında yer alan anonim şirketler kendilerine tevdi edilen kağıtların damga vergisinin düzenleme anında ve Kanun'a uygun olarak ödenip ödenmediğini araştırmak zorundadırlar. Düzenleme anında kanuna uygun olarak ödenmemiş olan kağıtlar mevcutsa, söz konusu kağıtları vergi dairesine ihbar etmekle yükümlüdürler. İlgiliyi vergiyi tahsile yetkili vergi dairesine göndermelidirler. Anonim şirket, kağıdı ancak ceza tahsil edildikten sonra işleme koyabilir. Düzenleme anında, Damga Vergisi Ka-

nu'na uygun şekilde ve tam ödenmeyen kağıda istinaden işlem yapan anonim şirkete, mükellefe kesilecek ceza kadar ayrıca ceza kesilecektir. Buna göre, örneğin bir anonim şirketin ortakları arasında veya ortaklarından birisi ile dışarıdan üçüncü bir kişi arasında hisse devir sözleşmesi olması halinde, bu devre ilişkin işlemin ve sözleşmenin işleme konabilmesi, pay defterine kayıt yapılabilmesi için devir sözleşmesinin damga vergisinin ödendiğinin şirket tarafından kontrol ve tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>1</sup>

Bir anonim şirket ile gerçek kişi arasında düzenlenen sözleşmenin damga vergisinin beyan edilip ödenmesinde anonim şirket sorumludur. Anonim şirket, beyan ve ödemeyi yerine getirmezse vergi, ceza ve fer'ileri işleme taraf olan ve damga vergisini sürekli makbuz verilmesi şekliyle ödemek zorunda olan anonim şirketten aranacaktır. Anonim şirket de yalnızca vergi aslı için sözleşmenin diğer tarafı olan gerçek kişiye rücu edip ödediği damga vergisini yasal yollardan tahsil edebilecektir.

## ii. Noterlerin Damga Vergisi Sorumluluğu

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu'nun "Noterlerin, bankaların, kamu iktisadi teşebbüslerinin mecburiyeti" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında, resmi daire sayılmayan noterlerin pulsuz veya noksan pullu kağıtları, usulen vergi ve cezası tahsil edilmedikçe tasdik etmekten veya bunların suretlerini çıkarıp vermekten memnu oldukları belirtilmiştir. 3. fıkrasına göre de, birinci fıkra hükmüne aykırı olarak işlem yapılması durumunda, mükellefler hakkında Vergi Usul Kanunu ("VUK") hükümleri tatbik edilerek özel usulsüzlük cezası kesilir, noterden de tasdik veya üzerinde muamele icra ettikleri her kağıt için kanunen alınması gereken ceza ayrıca alınarak her kağıt için tahsil edilmeyen damga vergisi üzerinden maktu vergilerde % 50, nispi vergilerde % 10 oranında özel usulsüzlük cezası kesilir.

DVK'nın 3. maddesi uyarınca, damga vergisinin mükellefi vergiye tabi, (1) sayılı tabloda

yazılı olan kağıtları imza edenlerdir. Buna göre vergiye tabi kağıdın noter haricinde düzenlenerek onaylanmak üzere notere getirilmiş veya bizzat noter tarafından düzenlenmiş olması durumu değiştirmemekte ve bu kağıtları imza edenler verginin mükellefi olmaktadır.

DVK'nın 24'üncü maddesi noterlerin düzenlemeden doğan sorumlulukları bulunduğunu, 27'inci maddesi de onaylamadan doğan sorumluluklarının bulunduğunu hüküm altına almıştır. Noterler tarafından düzenlenen vergisi ödenmemiş kağıtların kişilere verilmesi ya da noter nezdinde saklanması halinde bir ayırım yapılmamış, vergi ve ceza noterlerden tahsil edilmekte, vergi aslı için, kağıdın mükellefine rücu edilmekte ama ceza ise noter üzerinde bırakılmaktadır.

DVK'nın 27. maddesinin 1'inci fıkrasındaki 5281 sayılı Kanun'la yapılan ve 1.1.2005 tarihinden itibaren geçerli olan değişiklikten önceki hükme göre; "Noterler pulsuz veya noksan pullu kağıtları, usulen vergi ve cezası tahsil edilmedikçe tasdik etmekten veya bunların suretlerini çıkarıp vermekten memnudur." denilmiştir. Akabinde, 2. fıkra da "Bu kağıtlardan alınması lazım gelen vergi ve cezayı sahipleri rızalarıyla ödemek isterlerse, noterler mezkur kağıtlara ait vergi ve ceza miktarında damga pulu yapıştırıp iptal ettikten sonra muameleye devam edebilirler." şeklinde düzenlenmiştir.

Değişiklikten sonraki hükümde ise, birinci fıkra hükmüne aykırı işlem yapılması durumunda, yani damga vergisi alınmadan noterce tasdik işlemi yapılırsa, mükellefler için VUK hükümlerinin uygulanacağı, başka bir ifade ile damga vergisi ve cezasının kağıdı tasdik ettiren mükellef adına salınacağı belirtilmektedir. Ayrıca "noterlerden de tasdik ettikleri veya üzerinde işlem yaptıkları her kağıt için kanunen alınması gereken cezası ayrıca alınır." hükmüne göre uygulama yapılacaktır.

Kanun'un 27. maddesinin 1. fıkrasındaki pul yapıştırılması suretiyle ödeme usulü 5281 sayılı Kanun'la değiştirilmiş ve 1.1.2005 tarihinden

<sup>1</sup> Güray Öğredik, "Anonim Şirketler, Bankalar ve Diğer Belirlenmiş Kurum ve Kuruluşlara Üçüncü Taraf Oldukları (İmza Koyma-dıkları) Damga Vergisi Ödenmemiş Kağıtları İşleme Koymaları Halinde Ceza Kesilebilecektir", *Lebib Yalkın Dergisi*, Mayıs 2021, S.209



itibaren, makbuz şeklinde ödeme usulü esas kabul edilmiş ancak sorumlulukla ilgili hükümler aynen korunmuştur.

Kanun'un hiçbir tereddüte yer bırakmayan bu açık hükmüne rağmen, Danıştay 7. Dairesi'nin 03/11/2004 tarihli ve E.2001/1505, K. 2004/2726 sayılı kararında noterce "sadece onaylanan" sözleşmenin damga vergisi ve cezasından noterin sorumlu olmadığı şeklinde karar verilmiştir: "488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 24 ve 27'inci maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, noterlerce düzenlenen kağıda ilişkin olup, hiç alınmayan veya noksan alınan damga vergisi ve cezasının, vergi için mükellefe rücu hakkı olmak üzere, kağıdı düzenleyen noterlerden alınacağı; noterlerce düzenlenmeyip sadece tasdik olunan kağıtlara ilişkin olup, ödenmeyen veya eksik ödenen damga vergisinden dolayı noterlerin sorumlu tutulamayacağı; bu halde, söz konusu damga vergisi ve cezasının 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri çerçevesinde mükelleflerinden aranacağı; noter hakkında ise, yalnızca, 213 sayılı Kanunun 356'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen cezanın uygulanabileceği sonucuna ulaşıldığı..."<sup>2</sup> Danıştay'ın bu kararı, noterlerin damga vergisinden doğan sorumluluğunun pratikte, kanunun öngördüğü şekilde uygulanmayabildiğini göstermektedir. Kanun'a göre noterlerin damga vergisi sorumluluğunun kapsamı belgeyi tasdik etmelerine veya onaylamalarına bağlı olarak değişmemektedir ancak pratikte damga vergisi ve cezasının sadece onaylanan sözleşmeden dolayı kesilemeyeceği yönünde verilen kararlar da mevcuttur.

Konu ile ilgili Maliye Bakanlığı Antalya Defterdarlığı Vasıtalı Vergiler Gelir Müdürlüğü, 2.10.2000 tarih ve B.07.4.def.0.34.12/2.10-7280/6582 sayılı özelgesinde noterlerde işlem yapmak isteyen kişiler tarafından ibraz edilip harifte düzenlenen kağıtların ve bonoların damga vergisi hakkında görüş bildirmiştir: "Protesto edilmek üzere noterliklere getirilen bonolar üzerinde '... liralık Damga Vergisi tarafımızdan makbuz karşılığı ödenecektir. Defter Sıra No...' kaşesinin bulunması ancak bu kaşenin, bonoda imzası bulunmayan lehdar veya cirantaya ait olması durumunda, noterlik, bonoya ait damga vergisinin mükellefi tarafından öden-

mesini sağlamak ve ödenip ödenmediğini araştırmak zorundadır... Bu şekilde düzenlenmiş bonolara ait damga vergisinin ödenmemesi veya noksan ödenmesi durumunda, noterlerin, Kanunun 24'üncü maddesi kapsamında sorumlulukları bulunmaktadır." Maliye Bakanlığı'nın bu görüşü, Kanun'un "noterlerin damga vergisi sorumluluğu" düzenlemesinin lafzına ve ruhuna uygun bir görüştür. Bu görüşe paralel olarak noterlerden beklenen, damga vergisinin ödenmesine yönelik ikincil kontrol mekanizması görevi sağlanmış bulunmaktadır.

### **iii. Bankaların Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve İştirakleri ile 22'nci Maddenin Birinci Fıkrasının (a) Bendi Kapsamında Bulunanların Sorumluluğu**

Damga Vergisi Kanunu'nun 27. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bankalar, kamu iktisadi teşebbüsleri ve iştirakleri ile 22. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında bulunan kişi ve kuruluşlar, vergisi ödenmemiş veya noksan ödenmiş kağıtları usulüne uygun olarak vergi ve cezası ödenmedikçe işleme koyamazlar. Noterlerin, bankaların ve kamu iktisadi teşebbüslerinin ve iştiraklerinin sorumluluğu, kanunun eskiden beri mevcut olan hükmü olup, 22'nci maddenin (a) bendi ile getirilen sürekli mükelleflerle ilgili sorumluluk, 5281 sayılı Kanun'la 01.01.2005'ten itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

DVK'nın 22. maddesinin son fıkrasında Maliye Bakanlığı'na verilen yetkiye istinaden daha önce yayımlanan 16 Seri No.lu Damga Vergisi Genel Tebliği'nde sayılan aşağıdaki kurum ve kuruluşların sürekli damga vergisi mükellefiyetinin devam etmesi uygun görülmüştür; katma bütçeli idareler, il özel idareleri - belediyeler, döner sermayeli kuruluşlar, bankalar, kamu iktisadi teşebbüsleri, devlet ve kamu iktisadi teşebbüsleri iştirakleri, özerk kuruluşlar, diğer kamu kurumları, anonim şirketler. Bu listeye 32 Seri No.lu Damga Vergisi Genel Tebliği ile aşağıda yer alan kişi ve kuruluşlar da eklenmiştir: kolektif ve adi komandit şirketler, VUK hükümleri çerçevesinde bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabı esasına göre defter tutanlar, serbest meslek erbabı.



Damga Vergisi Kanunu 32 Seri No.lu Genel Tebliği'nde sayılan kurum ve kuruluşlar ile listeye bu Tebliğ'in (3.4.) ayrımı ile yeni eklenenlerin sürekli damga vergisi mükellefiyeti tesis ettirmesi ve defter tutmaları ihtiyaridir. Sürekli mükellefiyet tesis ettirmek istemeyen bu mükelleflerin, damga vergisine ilişkin kayıtlarını VUK'a göre tutmak zorunda oldukları defterlerinde ayrıntılı olarak göstermek şartı ile ayrıca damga vergisi defteri tutmalarına gerek bulunmamaktır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde 16 Seri No.lu Damga Vergisi Genel Tebliği dışında kalan ve ihtiyarilik hakkını kullanarak sürekli damga vergisi mükellefiyeti tesis ettirmeyen mükellefler, düzenledikleri veya taraf oldukları kağıtlara ilişkin damga vergilerini 488 sayılı Kanun'un 22/b bendine göre kağıdın düzenlendiği tarihi izleyen onbeş gün içinde ilgili vergi dairesine damga vergisi beyannamesi ile bildirecek ve aynı süre içinde ödeyeceklerdir.

İbraz edilen kağıtların damga vergisinin Kanun'un öngördüğü oran ve miktarda ödenip ödenmediğine ilişkin tespit işlemi yapıldıktan sonra verginin ödenmediği veya eksik ödendiği görüldüğünde 17 No.lu Tebliğ'de belirtildiği üzere bu kuruluşlar, düzenleme anında Damga Vergisi Kanunu'na uygun olarak ödenmeyen kağıtları ilgili vergi dairesine ihbar edecekler, bu kağıtların vergi ve cezasını vergi dairesine ödetmek için ilgilisini vergiyi tahsile yetkili vergi dairesine göndermek suretiyle işlem yapacak ve vergi ve ceza ödendikten sonra kağıdı işleme koyacaklardır. Aksi takdirde vergisi ödenmeyen veya noksan ödenen kağıtlar nedeniyle mükellefe terettüp edecek ceza kadar bu kuruluşlara da ayrıca ceza salınacaktır. Bu hükümle, bu kuruluşlarla noterler arasında sorumluluk bakımından paralellik sağlanmıştır. Noterler için getirilmemiş olan ihbarda bulunma mecburiyeti, üçüncü fıkra da belirtilen kişi ve kuruluşlar için getirilmiştir.

Öte yandan, vergi ve cezası ödenmemiş kağıtların bankaca işleme konma durumu bulunmuyorsa mükellefe kesilen ceza kadar banka adına ceza kesilemeyecektir. Danıştay 7. Dairesi'nin 22/11/1988 tarih ve E.1986/3679, K.1988/2616

sayılı kararında ihracat taahhüdü karşılığında yurda döviz getiren firmaların düzenledikleri senetlere ait damga vergisinden dolayı 488 sayılı Kanun'un 24. maddesi gereğince senedi imza eden bankanın sorumlu olacağına ancak vergi ve cezası ödenmemiş kağıtların bankaca işleme konulması durumu bulunmadığından, ayrıca mükellefe kesilen ceza kadar banka adına ceza kesilmeyeceğine karar verilmiştir: *"Olayda ihracatı teşvik tedbirleri uyarınca ihracat şartına bağlı olarak damga vergisi ödenmeden düzenlenen belgeler nedeniyle bilahare ihracatın gerçekleşmemesi üzerine banka adına kusur cezalı damga vergisi kesilmiş olup, burada Damga Vergisi Kanununa göre vergi ve cezası ödenmemiş kağıtların bankaca işleme konulması durumu bulunmadığından, ayrıca mükellefe kesilen ceza kadar banka adına ceza kesilmesinde yukarıda açıklanan madde hükmü uyarınca isabet görülmemiştir."*

Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 13/06/1989 tarih ve E.1989/2417, K.1989/2036 sayılı bir diğer kararında ise banka tarafından bir firmaya açılan ihracat kredisinin bu firmanın teşvik belgesine dayanılarak damga vergisine tabi tutulmasında kanuna aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir: *"488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 24 ve 27. maddeleri hükümleri ve teşvik belgesine dayanılarak verilen kredilerle ilgili 25.1.1980 günlü ve 8/182 sayılı ihracatı teşvik kararı ile 10.05.1981 günlü Resmi Gazetede yayınlanan 81/5 sayılı tebliğle istisna edildiği için Damga Vergisi anlaşmazlık konusu taahhütnamelelerin sözü geçen banka tarafından vergisiz olarak işleme konulmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı gibi bankanın da bu işlemlerden sorumlu olmadığı, kredinin verilen teşvik doğrultusunda kullanılıp kullanılmayacağına sonradan ortaya çıkacak bir durum olduğu, bu işin takibinin ise bankaca yapılacağına dair kanuni bir zorunluluk bulunmadığı, sorumluluğun, krediyi alıp istenilen doğrultuda kullanmayan kişi veya tüzel kişilerin olduğu..."* gerekçeleriyle temyiz edilen Vergi Mahkemesi kararında, bozma nedenlerinden hiçbirisinin bulunmadığı anlaşılmıştır, temyiz istemi reddedilerek anılan mahkeme kararı onanmıştır.

Buna karşılık Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 29/05/1996 tarih ve E. 1996/725, K. 1996/2001 sayılı kararında yükümlü banka ile ..... Menkul Kıymetler A.Ş. arasında şirket tarafından imzalanan, vergi ve cezası ödenmeden

işleme konulan üç adet taahhütnameden ötürü bu kağıtları işleme koyan banka ve kuruluşlardan verginin mükellefinden alınacak ceza miktarında ceza alınmasına karar verilmiştir.

İşbu kararlardan yola çıkarak da anlaşılabilirliği üzere bankaların damga vergisi kapsamındaki sorumluluğu üçüncü taraf olarak bulundukları kağıtların vergilerinin ödenmiş olduğunu kontrol etmek, vergisi ödenmemiş veya noksan ödenmiş olanları usulüne uygun olarak vergi ve cezası ödenmedikçe işleme koymamaktır. Söz konusu kağıtların damga vergisi ödenmemiş olmasına rağmen kağıt banka tarafından herhangi bir işlemde kullanılmadıysa veya bankanın öngördüğü teşvik doğrultusunda kullanılmadığı için bankaların damga vergisi ödeme sorumluluğu doğmayacaktır.

## SONUÇ

Konusu kağıt olan ve harcamalar üzerinden alınan bir vergi türü olan damga vergisinin mükellefinin yalnızca kağıda imza atan kişiler olduğu düşünülebilmektedir. Buna karşın anonim şirketlerin, noterlerin, bankaların ve Kanun'da belirlenmiş diğer kurum ve kuruluşların imza atmadıkları bir kağıda istinaden işlem yapmaları durumunda da bu kağıdın vergisinin usulen doğru ve noksansız şekilde ödenmiş olduğunu kontrol etmek zorunlulukları vardır.

Gündelik ticari yaşamda Damga Vergisi Kanunu'nun bu düzenlemesi ihmâl edilebilmektedir. Örneğin noterler söz konusu olduğunda, noterlerin yalnızca düzenledikleri kağıtlardan ötürü damga vergisi sorumluluklarının doğacağı yönünde yargı kararları mevcuttur lakin Kanun'un açık düzenlemesine göre noterlerin damga vergisi sorumluluğunun kapsamı tasdik ettikleri ve düzenledikleri kağıtlar bakımından değişmemektedir. Bankaların ve anonim şirketlerin de söz konusu kağıtları işlemlerinde kullandıkları sürece, kağıtlara imza atmış olmasalar ve işlem bakımından üçüncü kişi konumunda olsalar dahi damga vergilerinin usulüne uygun ve noksansız ödendiklerini kontrol etme sorumluluğu vardır.

Sonuç olarak, söz konusu damga vergisi sorumluluğunun; damga vergisinin mükellef-

lerinin yalnızca kağıda imza atanlar olduğu şeklindeki yerleşik kanaat sebebiyle tam olarak uygulanamaması, işbu makale kapsamında ele alınan kurum ve kuruluşlar tarafından da vatandaşlar tarafından da vergi bilincinin özüm-senmesini engellemekte ve vergi kayıplarına sebebiyet verebilmektedir. Yapılmış olan değişikliklerle kapsamı da genişletilmiş olan damga vergisi sorumluluğu, ikincil bir vergi kontrol mekanizması yaratmak amacıyla getirilmiştir ve bu amacına ulaşması için yargı organları tarafından, işbu sorumluluk kapsamında vuku bulan uyuşmazlıklarda yasal mevzuat birebir takip edilerek karar verilmelidir.



# GELİR VE KURUMLAR VERGİSİNDEN YURT DIŞINDA ÖDENEN VERGİLERİN MAHSUBUNUN ESASLARI\*

**İmdat TÜRKAY**

Gelir İdaresi Grup Başkanı

## ÖZET

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 123'ncü maddesi ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 33'ncü maddesinde yer alan hükümlere göre yurt dışında ödenen vergilerin belli şartlar ve limitler dahilinde kurumlar/gelir vergisi beyannamesinde mahsup edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeler ile amaçlanan gerek gelir vergisi gerekse kurumlar vergisinde yer alan tam mükellef gelir vergisi ve kurumlar vergisi mükelleflerinin ülke içinde ve ülke dışında aynı kazanç ve iratlar üzerinden mükerrer vergilendirilmesinin önüne geçmektir.

**Anahtar Kelimeler:** Yıllık Beyanname, Yurtdışında Ödenen Vergilerin Mahsubu, Verginin Ertelenmesi, Tahakkukun Düzeltilmesi.

## GİRİŞ

Tam mükellefiyet kapsamında bulunan gelir vergisi mükellefleri ile tam mükellef statüsünde bulunan kurumlar vergisi mükellefleri yurt içi ve yurt dışından elde ettikleri kazançlarının tamamı üzerinden vergi kanunları hükümleri çerçevesinde gelir ve kurumlar vergisine tabi tutulmaktadırlar. Yıllık beyannamede beyan edilen gelirlerin bir kısmının yurtdışında da vergilendirilmiş olması halinde yurt dışında ödenen bu vergilerin, yurt içinde verilen gelir ve kurumlar vergisi beyannamesi üzerinden hesaplanan vergiden bazı şartlarda mahsup edilmesi mümkün bulunmaktadır.

## 1. GELİR VERGİSİNDE YURTDIŞINDA ÖDENEN VERGİNİN MAHSUBU

Beyan esasına dayanan Gelir Vergisi Kanunu'nda tam mükellef gerçek kişilerin Türkiye içinde ve dışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden vergilendirileceği öngörülmüştür. Aynı Kanun'un "Yabancı memleketlerde ödenen verginin mahsubu" başlıklı 123'üncü maddesinde yer alan hükme göre, yabancı ülkelerde ödenen verginin mahsup işleminin yapılabilmesi için aşağıdaki şartların

gerçekleşmesi gerekmektedir;

Tam mükellefiyete tabi mükelleflerin yabancı memleketlerde elde ettikleri kazanç ve iratlardan mahallinde ödedikleri benzeri vergiler, Türkiye'de tarh edilen gelir vergisinin yabancı memleketlerde elde edilen kazanç ve iratlara isabet eden kısmından indirilir.

İndirilecek miktar gelir vergisinin yabancı memleketlerde elde edilen kazanç ve iratlara isabet eden kısmından fazla olduğu takdirde, aradaki fark dikkate alınmaz.

Gelir vergisinin yabancı memlekette elde edilen kazanç ve iratlara isabet eden kısmı, bunların gelire olan oranı üzerinden hesaplanır.

- Vergi indiriminin yapılması için, yabancı memlekette ödenen vergilerin gelir üzerinden alınan şahsi bir vergi olması ve yabancı memlekette vergi ödendiğinin yetkili makamlardan alınan ve mahallindeki Türk elçilik veya konsoloslukları, yoksa orada Türk menfaatlerini koruyan memleketin aynı mahiyetteki temsilcileri tarafından tasdik olunan vesikalarla tevsik edilmesi şarttır.
- Yabancı memlekette ödenen vergilere ilişkin gerekli olan vesikalar taksit zamanına kadar gelmemiş olursa, yabancı memlekette elde edilen kazanç ve iratlara isabet eden vergi kısmı bir yıl süre ile ertelenir.

\* Bu yazıda yapılan açıklamalar, tamamıyla yazarına ait olup, hiçbir şekilde yazarın çalıştığı kurumunu bağlamaz, kurumunun görüşü olarak kullanılamaz ve değerlendirilemez.

- Aranan vesikalar bu süre zarfında vergi dairesine ibraz edildiği takdirde vergi tenzili (indirilir) edilir, süre geçtikten sonra erteleme hükmü kalkar ve vesikalar ibraz edilse bile dikkate alınmaz, ancak Vergi Usul Kanunu'nda yazılı mücbir sebeplere ait hükümler mahfuzdur (saklıdır).
- Yabancı memleketlerde ödenen vergilerin ilgili bulundukları kazanç ve iratlar mükellef tarafından hangi yılın gelirine ithal edilmişse, bu vergiler de o gelire ait vergiden indirilir.
- Yapılan vergi indiriminde yabancı para ile ödenen vergilere, bunların ilgili bulunduğu kazanç ve iratlara uygulanan kambiyo rayici uygulanır.
- Kontrol edilen yabancı kurumlara ilişkin hükümlerin uygulandığı durumlarda, yurt dışı iştirakin toplam vergi yükünün hesabında esas alınan vergiler, ödenmiş olmaları şartıyla, Türkiye'de vergilendirilecek kontrol edilen yabancı kurum kârları üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilebilir.

Buna göre; tam mükellef kapsamındaki gerçek kişilerin yedi gelir unsuruna ilişkin olarak Türkiye'de yıllık beyanname vermeleri durumunda, aynı gelir unsurları için yurtdışından elde ettikleri kazanç ve iratlar nedeniyle elde edildiği ülkede vergi ödenmesi durumunda, belirlenen esaslar doğrultusunda, yurtdışında ödenen bu verginin mahsup edilmesi mümkün bulunmaktadır. Yabancı ülkede vergi ödenen gelirin mutlaka o ülkede elde edilmiş olması gerekmektedir. Yabancı ülkede ödenen verginin elde edildiği gelir şayet Türkiye'de kazanılmış ise mahsup imkânından yararlanmak mümkün değildir. Yurtdışında ödenen vergilerin mahsubu imkânından sadece tam mükellef gerçek kişiler yararlanabilecek olup dar mükellefler bu madde hükmünden yararlanamaz. Çünkü dar mükellefler, sadece "Türkiye'de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirileceği için yurt dışı gelirlerini beyan edemeyecekler, dolayısıyla mahsup da söz konusu olmayacaktır.

**Örnek 1:** Tam mükellef Bay (A)'nın 2020 yılında Türkiye'deki ticari faaliyetinden elde ettiği

kazanç 600.000 TL'dir. Bu kişinin Almanya'daki işyerinden elde ettiği kira geliri 200.000 TL olup bu geliri üzerinden yurt dışında 50.000 TL gelir vergisi ödenmiştir. Kişi, "Türkiye'de tam mükellef olduğundan Türkiye'deki ve yurt dışındaki kazançları toplamı üzerinden vergilendirilecektir.

|                                                                                                |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Türkiye'deki ticari kazanç (%75)                                                               | 600.000 TL |
| Yabancı ülkedeki kira geliri tutarı (%25)                                                      | 200.000 TL |
| Beyan edilen toplam gelir tutarı (%100)                                                        | 800.000 TL |
| Toplam hesaplanan gelir vergisi (GVK 103. mad. vergi tarifesine)                               | 275.870 TL |
| Gelir vergisinin yabancı ülkede elde edilen gelire isabet eden kısmı ( $275.870 \times 25\%$ ) | 68.967 TL  |
| Yurt dışında ödenen vergi tutarı (tamamı mahsup edilebilecek)                                  | 50.000 TL  |
| Ödenecek vergi tutarı ( $275.870 - 50.000 =$ )                                                 | 225.870 TL |

Mükellefin tüm kazancının % 25'i yurt dışı kazancından oluşmakta olup bu oran, toplam hesaplanan gelir vergisine uygulandığında, yabancı ülkede elde edilen kazançlara isabet eden gelir vergisi tutarı 68.967 TL olmaktadır. Yurt dışında ödenen vergi tutarı olan 50.000 TL, bu tutarın altında kaldığından, yurtdışında ödenen verginin tamamı hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilecektir. Gelir vergisi mükelleflerinin yıllık beyannameye geçici vergi, kesinti suretiyle ödenen vergi ve yurtdışında ödenen vergilerin aynı anda mahsup imkânı olması durumunda; geçici vergi, kesinti suretiyle ödenen vergi ve yurtdışında ödenen vergilerin mahsup sırası konusunda herhangi bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen yıllık gelir vergisi beyannamesinin şekil ve muhteviyatına baktığımızda, hesaplanan gelir vergisinden birinci sırada yurtdışında ödenen vergilerin, ikinci sırada kesinti suretiyle ödenen vergilerin ve son olarak da geçici verginin mahsup edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.<sup>1</sup>

## 2. KURUMLAR VERGİSİNDE YURT DIŞINDA ÖDENEN VERGİLERİN MAHSUBU

Türkiye'de faaliyette bulunan tam mükellef kurumların yurt dışında faaliyette bulunmala-

1 2021 Beyanname Düzenleme Kılavuzu, 1 Gelir Vergisi Kanunu, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Şubat/2021, s. 515.



rı ve kazanç elde etmeleri mümkün bulunmaktadır. Ülkemizde binlerce firma yurt dışında kurulu bir şirkete ortak olabilmekte, doğrudan yurt dışında şirket kurabilmekte, yurt dışında şube açarak faaliyette bulunabilmekte, yurt dışındaki işyerleri veya daimi temsilcileri aracılığı ile faaliyette bulunabilmektedirler. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 3'üncü maddesinde kurumlar vergisi mükelleflerinin kanunî veya iş merkezi Türkiye'de bulunanların Türkiye içinde ve Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergilendirileceği, aynı Kanun'un 33'üncü maddesinde ise yurt dışında elde edilip de Türkiye'de vergilendirilecek kazançlar için daha önce mahallinde ödenen vergilerin, Türkiye'de bu kazançlar nedeniyle hesaplanacak kurumlar vergisinden mahsup edileceği açıkça belirtilmiştir. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun "Yurt dışında ödenen vergilerin mahsubu" başlıklı 33'üncü maddesine göre;

- Yabancı ülkelerde elde edilerek Türkiye'de genel sonuç hesaplarına intikal ettirilen kazançlardan mahallinde ödenen kurumlar vergisi ve benzeri vergiler, Türkiye'de bu kazançlar üzerinden tarh olunan kurumlar vergisinden indirilebilir.
- Yurt dışı kazançlar üzerinden Türkiye'de tarh olunacak vergilere mahsup edilebilecek tutar, hiç bir surette yurt dışında elde edilen kazançlara Kanun'un 32'nci maddesinde belirtilen kurumlar vergisi oranının uygulanmasıyla bulunacak tutardan fazla olamaz. Bu sınır dahilinde, ilgili bulunduğu kazancın Türkiye'de genel sonuç hesaplarına intikal ettirildiği hesap döneminde tamamen veya kısmen indirilemeyen vergiler, bu dönemi izleyen üçüncü hesap dönemi sonuna kadar indirim konusu yapılabilir.
- KVK'nın 7'nci maddesinde hükme bağlanan kontrol edilen yabancı kurum kazancının uygulandığı hallerde, yurt dışındaki iştirakin ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler, kontrol edilen yabancı şirketin Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebilir.
- Türkiye'deki vergi matrahına dahil edilen yurt dışı kazanç tutarının, yurt dışında

ödenen ve Türkiye'de mahsubu yapılacak vergileri de içerecek şekilde brütleştirilmesi gerekmektedir.

- Tam mükellef kurumların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesi veya oy hakkının %25'ine sahip olduğu yurt dışı iştiraklerinden elde ettikleri kâr payları üzerinden Türkiye'de ödenecek kurumlar vergisinden, iştiraklerin bulunduğu ülkelerdeki kâr payı dağıtımına kaynak oluşturan kazançlar üzerinden ödenen gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin kâr payı tutarına isabet eden kısmı mahsup edilebilir. Kazanca ilave edilen kâr payı, bu kazançlar üzerinden yurt dışında ödenen gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler dahil edilmek suretiyle dikkate alınır.
- Geçici vergilendirme dönemi içinde yurt dışından elde edilen gelirlerin bulunması halinde, bu gelirler üzerinden elde edildiği ülkelerde kesinti veya diğer şekillerde ödenen vergiler, o dönem için hesaplanan geçici vergi tutarından da mahsup edilebilir. İndirilecek tutar, yurt dışında elde edilen kazançlara Kanun'un 32'nci maddesinde belirtilen geçici vergi oranının uygulanmasıyla bulunacak tutardan fazla olamaz.
- Yabancı ülkelerde vergi ödendiği, yetkili makamlardan alınarak mahallindeki Türk elçilik veya konsoloslukları, yoksa mahallinde Türk menfaatlerini koruyan ülkenin aynı nitelikteki temsilcileri tarafından tasdik olunan belgelerle tevsik olunmadıkça, yabancı ülkede ödenen vergiler Türkiye'de tarh olunan vergiden indirilemez.
- Kurumlar vergisinden indirim konusu yapılan vergilerin yabancı ülkelerde ödendiğini gösterir belgelerin, tarhiyat sırasında mükellef tarafından ibraz edilememesi halinde, yabancı ülkede ödenen veya ödenecek olan vergi, Kanun'un 32'nci maddesindeki kurumlar vergisi oranını aşmamak şartıyla o ülkede geçerli olan oran üzerinden hesaplanır ve tarhiyatın bu suretle hesaplanan tutara isabet eden kısmı ertelenir. İbraz edilmesi gereken belgeler, tarh tarihinden itibaren

en geç bir yıl içinde ilgili vergi dairesine ibraz edildiği takdirde, bu belgelerde yazılı kesin tutara göre tarhiyat düzeltilir.

- Mücbir sebepler olmaksızın belgelerin bu süre zarfında ibraz edilmemesi veya bu belgelerin ibrazından sonra ertelenen vergi tutarından daha düşük bir mahsup hakkı olduğunun anlaşılması halinde, ertelenen vergiler için 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre gecikme zammı hesaplanır.
- Yabancı para ile ödenen vergilere, bunların ilgili bulunduğu kazançların genel sonuç hesaplarına intikali esnasındaki kur uygulanarak Türk parasına çevrilir.

Buna göre, tam mükellef kurumların yurt dışında elde edilip de Türkiye’de vergilendirilecek kazançlar için daha önce mahallinde ödenen vergiler yani ilgili ülke mevzuatları gereğince kesilip ödenen vergilerin, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 33’üncü maddesi ve 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği’nin «33» no.lu bölümünde yapılan açıklamalar çerçevesinde söz konusu kazanç üzerinden tarh edilen kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkündür. Kontrol edilen yabancı kurumun bulunduğu ülke dışındaki ülkelerde ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin, söz konusu kurumun Türkiye’de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkün bulunmaktadır.<sup>2</sup> Yurtdışında ödenen vergilerin kurumlar vergisinden mahsubunda özellikli durumları aşağıdaki şekilde inceleyebiliriz.

## **2.1. ÖDENEN VERGİNİN MAHSUP İMKÂNİ VE SÜRESİ**

Yurt dışında elde edilip de Türkiye’de vergilendirilecek kazançlar için daha önce mahallinde ödenen vergiler, Türkiye’de bu kazançlar nedeniyle hesaplanacak kurumlar vergisinden mahsup edilecektir. Yurt dışında yabancı para ile ödenen vergilere, bunların ilgili bulunduğu kazançların genel sonuç hesaplarına intikali esnasındaki kur uygulanacaktır. Belirlenen sınırlamalar asıl olmak kaydıyla, zarar mahsu-

bu veya istisnalar sonucu ilgili yılda Türkiye’de vergiye tabi kurum kazancının oluşmaması nedeniyle, Türkiye’deki beyannamelere dahil edilen yurt dışı kazançlar üzerinden mahallinde ödenen vergilerin kısmen veya tamamen mahsubuna imkân bulunmazsa, bu mahsup hakkı izleyen üçüncü hesap dönemi sonuna kadar kullanılabilir. Yurt dışında oluşan ve Türkiye’de genel sonuç hesaplarına intikal ettirilen kazançlar üzerinden yurt dışında ödenen vergilerin cari yıl kurumlar vergisi beyannamesinde kısmen ya da tamamen mahsup edilememesi halinde mahsup hakkı izleyen üçüncü hesap dönemi sonuna kadar kullanılabilir.

## **2.2. MAHSUP EDİLEBİLECEK YURT DIŞI VERGİLERİN ÜST SINIRI**

Yurt dışı kazançlar üzerinden ödenip Türkiye’de tarh olunacak vergilerden mahsup edilebilecek yurt dışında ödenen kurumlar vergisi ve benzeri vergiler, hiçbir surette yurt dışında elde edilen kazançlara Türkiye’de uygulanan kurumlar vergisi oranının uygulanmasıyla bulunacak tutardan fazla olamayacaktır. Yurt dışında ödenen vergilerin Türkiye’de hesaplanacak kurumlar vergisinden mahsup edilmesi istendiğinde, Türkiye’deki vergi matrahına dahil edilen yurt dışı kazanç tutarının bu vergileri de içerecek şekilde brütleştirilmiş olması gerekmektedir. Tebliğ’de üst sınır hesaplamasına dair verilen örneği günümüz rakamlarına göre revize edersek; örneğin (A) Kurumu, (B) ülkesindeki işyerinde 1.000.000 TL karşılığı kurum kazancı elde etmiş olması halinde, bu kazanç üzerinden yabancı ülkedeki vergi mevzuatı uyarınca %25 oranında kurumlar vergisi ve benzeri vergi ödenmiştir. Bu durumda, (A) Kurumu, 1.000.000 TL’yi Türkiye’de kurum kazancına dahil edecek, ancak bu kazançla ilişkin yurt dışında ödenen verginin, Türkiye’de bu kazançla ilişkin olarak hesaplanan (vergi oranını %20 varsayarsak) 200.000 TL’yi mahsup edebilecek, aşan kısmı olan  $[250.000 - (1.000.000 \times \%20) = 50.000]$  TL’yi ise Türkiye’de hesaplanan vergiden mahsup edemeyecektir ve bu verginin, câri yılda olduğu gibi sonraki yıllarda da mahsup edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

2 2021 Beyanname Düzenleme Kılavuzu, 2 Kurumlar Vergisi Kanunu, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Şubat/2021, s. 612.

Bu durumda, mahsup imkânı olmayan 50.000 TL gider yazılabilecek mi, yoksa kanunen kabul edilmeyen gider mahiyetinde mi olacaktır? Bu konuda GVK'nın 40/1 inci maddesi kapsamında "Ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel gider" olarak kabul edenler olduğu gibi aksi yönde mahsup imkânı olmayan verginin gider yazılamayacağını ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Konu hakkında Gelir İdaresi tarafından verilen bir özelge mahsup edilemeyen tutarın gider yazılmayacağı yönündedir. Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından 2007 yılında verilen B.07.1.GİB.04.99.16.01/2-Muk-21 sayılı özelgede yapılan açıklamada; "Buna göre, safi kurum kazancının tespitinde Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu'nun 40'uncü maddesinde belirtilen giderler hasılatından indirim konusu yapılabilecektir. Ancak firmanız tarafından yurtdışında ödenen ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 33'üncü maddesinin (4) numaralı bendinde belirlenen yasal sınırı aşması nedeniyle kurumlar vergisinden mahsup edilemeyen vergiler indirilebilecek giderler arasında sayılmadığından, kurum kazancının tespitinde gider olarak kabul edilmesi mümkün değildir." denilmiştir.

Yurt dışında elde edilen kazancın üçüncü bir ülkede vergilendirilmesi halinde, üçüncü ülkede ödenen verginin bahse konu yurt dışında elde edilen kazanç üzerinden Türkiye'deki hesaplanacak vergiden mahsup edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Yabancı Ülke mukimi firmadan elde edilen faiz geliri üzerinden kesinti yoluyla ilgili ülkede ödenecek vergilerin Türkiye'de bu kazançlar için hesaplanacak kurumlar vergisi ve kurum geçici vergisinden mahsubu mümkün olup mahsup edilebilecek tutar, yurt dışında ödenen vergileri de içeren gayrisafi faiz geliri toplamından bu faiz gelirinin elde edilmesi için katlanılan maliyet ve giderlerin düşülmesinden sonra Türkiye'deki vergi matrahına dahil edilen yurt dışı kazanç tutarına %20 kurumlar vergisi oranının uygulanmasıyla bulunacak tutardan fazla olamayacaktır. Yurt dışında ödenen vergiden dolayı meydana gelen mahsup hakkının kurumlar vergisi dışında başka bir vergiye (KDV ve stopaj vergisi gibi) mahsup olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu verginin iadesi de mümkün değildir.

**Örnek 2:** Merkezi İstanbul'da bulunan tam mükellef (X) A.Ş. 2020 yılında Belçika'daki şube işyerinde 500.000 dolar kurum kazancı elde etmiştir. Mükellef, bu kazancını 31.12.2020 tarihinde Türkiye'deki genel sonuç hesaplarına yansıtmıştır. İlgili ülkede vergi mevzuatı uyarınca %33 oranında kurumlar vergisi ödenmiştir. Şirketin Türkiye'de elde ettiği kurum kazancını dikkate almadan yurtdışında ödenen kurumlar vergisinin mahsup edilecek tutarı şöyle hesaplanacaktır (31.12.2020 tarihinde 1 Dolar 7,43 TL'dir).

|                                                             |              |
|-------------------------------------------------------------|--------------|
| Hesaplara intikal ettirilen kazanç (500.000 USD X 7,43=)    | 3.715.000 TL |
| Yurtdışında ödenen kurumlar vergisi (3.715.000 X %33=)      | 1.225.950 TL |
| Mahsup edilecek vergi tutarı (üst sınır) (3.715.000 X %22=) | 817.300 TL   |
| Mahsup edilemeyecek vergi tutarı (1.225.950-817.300=)       | 408.650 TL   |

Mahsup edilemeyecek tutar olan 408.650 TL Türkiye'de hesaplanan ilgili dönemin kurumlar vergisinden mahsup edilemeyeceği gibi başka bir vergiye veya sonraki yıllarda da mahsup edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

### 2.3. KURUMLAR VERGİSİNDEN İSTİSNA EDİLMİŞ KAZANÇLARIN DURUMU VE KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMUN ÖDEDİĞİ VERGİLER

Yurt dışında elde edilen kazançların kurumlar vergisinden istisna edilmiş olması halinde, bu kazançlar üzerinden yurt dışında ödenen vergilerin yurt içinde hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkün değildir. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 7'nci maddesinin uygulandığı hallerde, kontrol edilen yabancı kurumun ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler, söz konusu kurumun Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebilecektir.

### 2.4. YURT DIŞI İŞTİRAKLERDEN ELDE EDİLEN KÂR PAYLARI ÜZERİNDEN ÖDENEN VERGİLERİN MAHSUBU

Tam mükellef kurumların doğrudan veya

dolaylı olarak sermayesi veya oy hakkının en az %25'ine sahip olduğu yurt dışı iştiraklerinden elde ettikleri kâr payları üzerinden Türkiye'de ödenecek kurumlar vergisinden, iştiraklerin bulunduğu ülkelerdeki kâr payı dağıtımına kaynak oluşturan kazançlar üzerinden ödenen gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin kâr payı tutarına isabet eden kısmı mahsup edilebilecektir. Kazanca ilave edilen kâr payı, bu kazançlar üzerinden yurt dışında ödenen gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler dahil edilmek suretiyle dikkate alınacaktır.

**Örnek 3:** (A) Kurumunun sermayesine %30 oranında iştirak ettiği yurt dışındaki (C) Kurumundan elde ettiği iştirak kazancına ilişkin bilgiler aşağıdaki gibidir. Yurt dışından elde edilen yabancı para karşılığı kâr payları ve ödenen vergiler TL cinsinden hesaplanmıştır.

|                                                                                                                                    |              |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| İştirak oranı                                                                                                                      | %30          |
| Yabancı ülkedeki kurumlar vergisi oranı                                                                                            | %10          |
| Yabancı ülkede dağıtılan kâr paylarına uygulanan vergi kesintisi oranı                                                             | %20          |
| (C) Kurumunun toplam kurum kazancı                                                                                                 | 1.000.000 TL |
| (C) Kurumunun yabancı ülkede ödediği kurumlar vergisi ( $1.000.000 \times 10\%$ )                                                  | 100.000 TL   |
| (A) Kurumunun elde ettiği iştirak kazancı (brüt) ( $1.000.000 \times 30\%$ )                                                       | 300.000 TL   |
| Yabancı ülkede ödenen kurumlar vergisinden (A) Kurumunun elde ettiği iştirak kazancına isabet eden tutar ( $300.000 \times 10\%$ ) | 30.000 TL    |
| (C) Kurumunun dağıtılabılır kazancı ( $1.000.000 - 100.000$ )                                                                      | 900.000 TL   |
| (A) Kurumunun elde ettiği vergi sonrası kâr payı ( $300.000 - 30.000$ )                                                            | 270.000 TL   |
| (A) Kurumunun elde ettiği kâr payından dağıtım aşamasında yurt dışında kesilen vergi ( $270.000 \times 20\%$ )                     | 54.000 TL    |
| (A) Kurumunun elde ettiği net kâr payı tutarı ( $270.000 - 54.000$ )                                                               | 216.000 TL   |

Bu durumda, (A) Kurumu, Türkiye'de kurumlar vergisinden istisna edilmemiş (C) Kurumundan elde ettiği net 216.000 TL'yi, brüt tutarıyla (300.000 TL) kurum kazancına ekleyecek,

bu kazanç üzerinden yurt dışında ödenen  $[(100.000 \times 30) + 54.000] = 84.000$  TL'nin  $(300.000 \times 20\%) = 60.000$  TL'ye kadar olan kısmını, bu kazanç üzerinden Türkiye'de hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edebilecektir. 60.000 TL'nin üzerinde kalan 24.000 TL'lik yurt dışında ödenen vergi tutarının mahsup imkânı bulunmamaktadır.

## 2.5. YURT DIŞINDA ÖDENEN VERGİLERİN GEÇİCİ VERGİDEN MAHSUBU

Geçici vergilendirme dönemi içinde yurt dışından elde edilen gelir bulunması halinde, bu gelirler üzerinden elde edildiği ülkelerde kesinti veya diğer şekillerde ödenen vergiler, o dönem için hesaplanan geçici vergi tutarından da mahsup edilebilecektir. Ancak indirilecek tutar, yurt dışında elde edilen kazançlara Türkiye'de uygulanan geçici vergi oranının (2020 yılı dönemi için %22) uygulanmasıyla bulunacak tutardan fazla olamayacaktır.

## 3. YURT DIŞINDA ÖDENEN VERGİLERİN TEVSİKİ VE TARHİYATIN VERGİ DAİRESİNCE DÜZELTİLMESİ

Yurtdışında ödenen vergilerin yıllık gelir/kurumlar vergisinden mahsubu sonrasında ödenen verginin tevsikinin yapılamaması sonucunda vergi dairesince bir yıl süre ile verginin ertelenmesi gerekmektedir. Bu süre içinde belgelerin tevsiki ve ibrazı halinde, tenzil edilen verginin vergi dairesince düzeltilmesi (tahakkuk eden toplam vergiden indirilmesi) gerekmekte olup belgelerin bu süre içinde ibraz edilmemesi durumunda ise tahakkuk eden ve ertelenen verginin gecikme zammı uygulanarak takibine devam edilmesi gerekmektedir. Yabancı ülkelerde vergi ödendiği, yetkili makamlardan alınarak mahallindeki Türk elçilik veya konsoloslukları, yoksa mahallinde Türk menfaatlerini koruyan ülkenin aynı nitelikteki temsilcileri tarafından tasdik olunan belgelerle tevsik olunmadıkça, yabancı ülkede ödenen vergiler Türkiye'de tarh olunan vergiden indirilemeyecektir. Kurumlar vergisinden indirim konusu yapılan vergilerin yabancı ülkelerde ödendiğini gösterir belgelerin, tarhiyat sırasında mükellef tarafından ibraz edilememesi halinde, yabancı



ülkede ödenen veya ödenecek olan vergi, Türkiye’de geçerli olan kurumlar vergisi oranını aşmamak şartıyla o memlekette câri olduğu bilinen oran üzerinden hesaplanacaktır. Tarhiyatın bu suretle hesaplanan miktara isabet eden kısmının ertelenmesi, ibraz edilmesi gereken belgelerin, tarh tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ilgili vergi dairesine ibraz edilmesi halinde, bu belgelerde yazılı kesin tutara göre tarhiyatın düzeltilmesi gerekmektedir.

Mücbir sebepler olmaksızın belgelerin anılan süre zarfında ibraz edilmemesi veya bu belgelerin ibrazından sonra ertelenen vergi tutarından daha düşük bir mahsup hakkı olduğunun anlaşılması halinde, ertelenen vergiler için 6183 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak gecikme zammı hesaplanarak tahsil edilecektir. Bu ifadeden yasal süresinden sonra belgelerin ibraz edilmesi halinde de mahsup imkânının ortadan kalktığı, mahsup yapılmışsa ya da fazla mahsup yapılmışsa gecikme zammına muhatap olunacağı anlaşılmalıdır.<sup>3</sup> Burada düzeltmeyi belgelerin süresinde ibrazı üzerine vergi dairesi daha önce verilen gelir ve kurumlar vergisi üzerine tahakkuk eden vergi üzerinden düzeltme fişi ile yapacak ve mükelleften ayrıca bir düzeltme beyannamesi istenmeyecektir. Burada gerekli düzeltme işlemlerini verilen ilk beyanname üzerinden vergi dairesi yapacak ve mükellefin belgeleri tevsik ve ibraz etmenin dışında yapacağı bir işlem bulunmamaktadır. Mükellefin tekrardan bir düzeltme beyannamesi vermesi söz konusu değildir. Verilen ilk beyanname üzerinden gerekli indirim işlemlerini vergi dairesi yerine getirir.

## SONUÇ

Gelir Vergisi Kanunu’nda gelirin vergilendirilmesinde ve Kurumlar Vergisi Kanunu’nda kurum kazancının vergilendirilmesinde hesaplanan gelir/kurumlar vergisinden yurt dışında ödenen vergilerin mahsubu belli şartlar ve sınırlamalar kapsamında mümkün bulunmaktadır. Bu uygulamanın sebebi, beyanname beyan edilen gelir ve kazançlar üzerinden şayet

yurtdışında da gelir veya kurumlar vergisine benzer bir vergi ödenmişse bunun önüne geçilmesi ve aynı gelirin iki ülkede birden mükerrer vergilendirilmesini önlemektir. Bilindiği üzere çifte vergilendirme, vergiye tabi bir gelirin birden fazla ülkede vergi konusu olması, aynı gelirin hem elde edildiği ülkede hem de geliri elde edenin mukim (yerleşik) olduğu ülkede vergilendirilmesidir. Ülkeler çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ile aynı gelir üzerinden mükerrer vergileme yapılmasını önlemeye çalışmaktadırlar. Ancak bu her zaman mümkün olmayabilmektedir. Bu nedenle, her iki kanunda yer alan yurtdışında ödenen vergilerin yıllık beyannameye hesaplanan vergiden ülkemizde geçerli olan vergi oranları ile sınırlı olarak mahsup imkânı bulunmaktadır.

3 [www.gib.gov.tr/ÖzelgeSistemi](http://www.gib.gov.tr/ÖzelgeSistemi) (Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı’nın 10.04.2014 tarihli ve 64597866-125[33-2014]-39 sayılı özelgesi).





# BİNEK OTOMOBİL GİDER KISITLAMASI SONRASI BİNEK OTOMOBİL SATIŞINDA VERGİ UYGULAMASI

**Ömer EMEN**  
Kıdemli Vergi Müdürü

**İsmet ŞEN**  
Vergi Danışmanı

## ÖZET

7 Aralık 2019 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Dijital Hizmet Vergisi ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 13. ve 14. maddeleri ile binek otomobillerin kira, amortisman, alım-satım ve idame giderlerine gelir ve kurumlar vergisi bakımından kısıtlama getirilmiştir. Bu kısıtlamaya istinaden binek otomobillerde amortisman ve gider kısıtlamasına ilişkin düzenlemeler 01.01.2020 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 07.12.2019 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, mükelleflerin bu tarih itibarıyla alımı ve satımı gerçekleştirilen binek otomobiller için gider kısıtlaması uygulayacağı belirtilmiştir.

Söz konusu düzenleme ile 07.12.2019 tarihi itibarıyla kayıtlara alınan binek otomobillerin müteakip dönemlerde gerçekleşmesi muhtemel satışlar sonrasında amortisman yoluyla gider olarak dikkate alınmayan tutarların ticari kazancın tespitinde indirim konusu yapılması hususu makalemizin konusu olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Amortisman, Binek Otomobil Gider Kısıtlaması, Kanunen Kabul Edilmeyen Gider, Diğer İndirimler.

## GİRİŞ

05.12.2019 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 07.12.2019 tarihinde Resmî 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 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (“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. Mükelleflerin aktiflerinde yer alan binek otomobiller için amortismana esas bedelden daha fazla tutar üzerinden amortisman ayırmaları halinde, genel hükümlere göre ayrılan amortisman tutarı ile amortismana esas bedel üzerinden ayrılan amortisman tutarı arasındaki fark, kanu-

nen kabul edilmeyen gider sayılarak, o yıla ilişkin gelir veya kurumlar vergisi kazancına ilave edilecektir. Söz konusu binek otomobillerinin mükellefler tarafından satışı halinde ise ilgili yıllarda amortisman ayırma aşamasında kanunen kabul edilmeyen gider olarak kazanca ilave olunan tutarların toplamı mükelleflerce vergiye tabi olmayan gelir olarak dikkate alınacak ve bu tutar, gelir veya kurumlar beyannamesinde “Diğer İndirimler” satırında gösterilmek suretiyle kazanç üzerinden indirim konusu yapılabilecektir.

## BİNEK OTOMOBİL İKTİSABININ KANUN ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

2021 yılında binek otomobillerinin iktisabında, ÖTV ve KDV toplamının 2021 yılı için en fazla 150.000,00 TL’ye kadarlık kısmı ticari veya mesleki kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınabilecektir. Belirlenen tutarı aşan kısmın ise kanunen kabul edilmeyen gider olarak muhasebe kayıtlarına intikal ettirilmesi gerekmektedir.

ÖTV ve KDV hariç aracın ilk iktisap bedeli 2021 yılı için 170.000,00 TL’yi, söz konusu vergilerin gider yazılmayıp maliyet bedeline eklendiği veya binek otomobilin ikinci el olarak

iktisap edildiği hâllerde amortismanına tabi tutarı 320.000,00 TL'yi aşan binek otomobillerinin her birine ilişkin ayrılan amortismanın en fazla bu tutarlara isabet eden kısmının gelir ve kurumlar vergisi açısından safi kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınabileceğini belirtmek isteriz.

### **07.12.2019 TARİHİNDEN ÖNCE İKTİSAP EDİLEN BİNEK OTOMOBİLLER**

Binek otomobillere ilişkin gider olarak dikkate alınabilecek amortismanına esas bedelin tespitinde, binek otomobilin iktisap edildiği tarihte yürürlükte olan tutar dikkate alınacaktır. Bu durumda söz konusu binek otomobil için ayrılan amortisman bedelinde kısıtlama uygulanmayacaktır.

Söz konusu uygulama, 01.01.2020 tarihinden itibaren başlayan vergilendirme dönemi gelir ve kazançlarına uygulanmak üzere yürürlüğe girdiği tarih (07.12.2019) itibarıyla dikkate alınacaktır.

### **07.12.2019 TARİHİNDEN SONRA İKTİSAP EDİLEN BİNEK OTOMOBİLLER**

Satın alınan binek otomobil için ÖTV ve KDV toplamının en fazla 150.000,00 TL ye kadar olan kısmı gider olarak yazılabilecektir. Öte yandan söz konusu binek otomobilin ÖTV ve KDV hariç ilk iktisap bedelinin 170.000,00 TL'ye kadar olan kısmı veya ÖTV ve KDV tutarları ilk iktisap bedeline dahil edilerek 320.000,00 TL ye kadar olan kısmının amortisman yoluyla gider yazılabileceğini belirtmek isteriz.

Söz konusu uygulamaya ilişkin aşağıdaki örnekle belirtmek gerekirse;

XX A.Ş., ticari işletmesinde kullanmak üzere 01.01.2021 tarihinde bir adet binek otomobil satın almıştır. Otomobilin safi değeri 400.000 TL, KDV ve ÖTV tutarı 600.000 TL, alış bedeli toplam 1.000.000 TL olup, mükellef tarafından binek otomobilin iktisabı esnasında ödenen vergiler tercihen binek otomobilin maliyetine dâhil edilmiştir.

XX A.Ş., tarafından 2021 yılında iktisap edilen binek otomobil için ayrılan amortismanın en fazla 320.000 TL'ye isabet eden kısmı safi kazancın tespitinde gider olarak dikkate alınabilecektir. Buna göre mükellefin yıllar itibarıyla kazancın tespitinde gider olarak dikkate alabileceği amortisman bedelleri aşağıdaki gibidir:

Yıllık amortisman tutarı 200.000,00 TL (1.000.000 TL %20), kanun kapsamında gider olarak dikkate alınacak amortisman gideri 64.000,00 TL (320.000 TL x %20), KKEG olarak dikkate alınacak amortisman tutarı 136.000,00 TL (200.000-64.000) şeklinde muhasebe kayıtlarına intikal ettirilecektir.

| Yıllar        | Ayrılacak Amortisman | Uygulama Dahilinde Gider Yazılacak Amortisman | KKEG Amortisman   |
|---------------|----------------------|-----------------------------------------------|-------------------|
| 2021          | 200.000,00           | 64.000,00                                     | 136.000,00        |
| 2022          | 200.000,00           | 64.000,00                                     | 136.000,00        |
| 2023          | 200.000,00           | 64.000,00                                     | 136.000,00        |
| 2024          | 200.000,00           | 64.000,00                                     | 136.000,00        |
| 2025          | 200.000,00           | 64.000,00                                     | 136.000,00        |
| <b>Toplam</b> | <b>1.000.000,00</b>  | <b>320.000,00</b>                             | <b>680.000,00</b> |

Amortisman muhasebe kaydı (Amortismanın yıl sonunda ayrıldığını varsayalım.)

1. Yıl (sonraki yıllar da dönem sonu atılacak kayıt)

|        |                                              | Borç       | Alacak     |
|--------|----------------------------------------------|------------|------------|
| 770    | Taşıtlar Amortisman Gideri                   | 64.000,00  |            |
| 689/7X | Binek Otomobil Kısıtlaması KKEG (amortisman) | 136.000,00 |            |
| 257    | Birikmiş amortisman                          |            | 200.000,00 |

### **BİNEK OTOMOBİL SATIŞINDA DİĞER İNDİRİM HAKKI**

Yukarıdaki örnekte beş yıl boyunca amortisman uygulanan aracın itfa olduğunu ve 31.12.2025 tarihinde 800.000 TL'ye satıldığını varsayalım.

Satış kaydı aşağıdaki gibi olacaktır. (Satış kaydında KDV ihmal edilmiştir.)

|     |                                   | Borç         | Alacak       |
|-----|-----------------------------------|--------------|--------------|
| 120 | Alicılar                          | 800.000,00   |              |
| 254 | Taşıtlar Amortisman Gideri        |              | 1.000.000,00 |
| 679 | Diğer Olağan Dışı Gelir ve Kârlar |              | 800.000,00   |
| 257 | Birikmiş amortisman               | 1.000.000,00 |              |

Yukarıda yer verilen örnekte görüleceği üzere itfa süresi dolan binek aracın satışından kaynaklı olarak 800.000 TL kâr elde edilmektedir.

311 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin "Binek otomobillere ilişkin amortisman giderleri" başlığının 3. bendinde "*Mükelleflerin aktiflerinde yer alan binek otomobiller için amortisman esas bedelden daha fazla tutar üzerinden amortisman ayırmaları halinde, genel hükümlere göre ayrılan amortisman tutarı ile amortisman esas bedel üzerinden ayrılan amortisman tutarı arasındaki fark, kanunen kabul edilmeyen gider sayılarak, o yıla ilişkin gelir veya kurumlar vergisi kazancına ilave edilecektir. Söz konusu binek otomobillerinin mükellefler tarafından satışı halinde ise ilgili yıllarda amortisman ayırma aşamasında kanunen kabul edilmeyen gider olarak kazanca ilave olunan tutarların toplamı mükelleflerce vergiye tabi olmayan gelir olarak dikkate alınacak ve bu tutar, gelir veya kurumlar beyannamesinde "Diğer İndirimler" satırında gösterilmek suretiyle kazanç üzerinden indirim konusu yapılabilecektir."* hükmü yer almaktadır.

Dolayısıyla aracın 31.12.2025 tarihinde satılması durumunda, bu kapsamda kayıtlara alınan kanunen kabul edilmeyen giderlerin toplam tutarı olan 680.000 TL'nin geçici veya kurumlar vergisi beyannamesinin "**Kazancın Bulunması Halinde İndirilecek İstisna ve İndirimler**" bölümünün "**450 Kod Diğer İndirimler**" sütununda ayrıca gösterilmek suretiyle kazanç üzerinden indirim konusu yapılabileceğini belirtmek isteriz.

## SONUÇ

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. Mükelleflerin 07.12.2019 tarihi itibarıyla iktisap ettiği binek otomobiller için müteakip dönemlerde uygulayacağı gider kısıtlaması ve söz konusu binek otomobilin satışının gerçekleşmesi halinde ilgili dönemde amortisman yoluyla gider olarak dikkate alamadığı tutarları indirim konusu yapılabileceği hüküm altına alınmış oldu.

Bu durumda mükelleflerin iktisap ettiği binek otomobillere ait oluşturacağı muhasebe kayıtlarında kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alacağı amortisman tutarlarını binek otomobile ilişkin alt hesaplarda takip etmesini önermekte olup binek otomobilin olası satışında kanunen kabul edilmeyen gider tutarının kazançtan indirim yapılabilmesinde kolaylık sağlayacağını belirtmek isteriz.





# TİCARİ REKLAM HİZMETLERİNDE KDV TEVKİFATI UYGULAMASI

**Onur Çağdaş ÖZGÜR**  
Kıdemli Vergi Müdürü

**Özge Can ARAS**  
Vergi Danışmanı

## ÖZET

16.02.2021 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No:35) ile “Mükellef ve Vergi Sorumlusu” başlıklı (I/C.) bölüme eklenen “2.1.3.2.15-Ticari Reklam Hizmetleri” alt başlıklı bölümle birlikte, 01.03.2021 tarihinden itibaren verilecek olan ticari reklam hizmetlerinde 3/10 oranında KDV tevkifatı uygulanmaya başlanmıştır.

Söz konusu düzenleme ile birlikte kısmi tevkifat uygulamasının kapsamına ticari reklam hizmetleri de eklenmiştir. KDV Uygulama Genel Tebliği’nde ticari reklamın tanımı yapılmış ve ticari reklamların yayınlanmasına dair verilen hizmetlerin de tevkifat kapsamına alındığına yer verilmiştir. Uygulamanın yürürlüğe girmesiyle, mükelleflerin tevkifat kapsamındaki işlemlere dair bazı tereddütleri hasıl olmuştur. Bu yazımızda ticari reklam hizmetlerindeki KDV tevkifatı uygulamasına dair örneklerle yer verilerek tereddütlerin giderilmesi için katkı sağlanmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Katma Değer Vergisi, KDV Tevkifatı, Ticari Reklam.

## GİRİŞ

Katma Değer Vergisi Kanunu (“KDVK”)’nın 1. maddesinde Türkiye’de yapılan ticari, sınai zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin KDV’ye tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanun’un 9. maddesinde yer alan hükme göre vergi alacağının emniyet altına alınması amacıyla vergiye tabi işlemlere taraf olanları vergi alacağının ödenmesinden sorumlu tutma konusunda Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bakanlık sözü konusu yetkiye istinaden sektör ve işlem bazında tevkifat uygulamalarını yürürlüğe koymaktadır.

Vergi güvenlik müessesesi olarak mevzuatımızda yer alan KDV tevkifatına dair son değişikliklere 6 Şubat 2021 tarihli ve 31397 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’de (Seri No: 35) yer verilmiş olup ilgili değişiklikler 1 Mart 2021 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

35 Seri No’lu Tebliğ ile değişik KDV Uygulama Genel Tebliği’nde yer alan hükme göre KDV

Uygulama Genel Tebliği’nin (I/C-2.1.3.1/a ve b) bölümünde sayılanların, Tebliğ’in (I/C-2.1.3.2.15.2.) bölümü kapsamındaki reklam hizmeti alımlarında (3/10) oranında KDV tevkifatı uygulanacağı belirtilmiştir. Sosyal medya gibi yeni reklam mecralarında verilen hizmetlere dair beyan edilmesi gereken KDV’nin düşük oranlarda kalması, İdarenin bu sektöre yönelik olarak vergi alacağını güvence altına almak için adım atmasına sebebiyet vermiştir. Bu kapsamda, reklam sektörü artık KDV tevkifatına tabi olan sektörler arasına girmiştir.

## 1. KISMİ TEVKİFAT UYGULAMASINA GENEL BAKIŞ

KDV tevkifatı, teslim veya hizmet bedeli üzerinden hesaplanan KDV’nin teslim veya hizmeti yapanlar tarafından değil bu işlemlere muhatap olanlar tarafından kısmen veya tamamen vergi sorumlusu sıfatı ile beyan edilip ödenmesidir. Vergi alacağını güvence altına almak amacıyla mevzuatımızda yer alan bu uygulama sadece ikametgâhı, işyeri, kanuni merkezi ve iş merkezi Türkiye’de bulunmayanlar için uygulanmamaktadır. Hazine ve Maliye Bakanlığı, bunların dışında gerekli gördüğü diğer hallerde de verginin ödenmesinden işleme taraf olanları sorumlu tutmaktadır. KDVK’nın 9. maddesinde yer verilen

işlemlere taraf olanlar kendine mal teslim edilen veya hizmet ifa edilen kişi ve kurumlardır. Uygulama ile hizmeti veya malı alan tarafın hesaplanan KDV'nin bir kısmını tevkif ederek ödemesi yoluyla vergi alacağının tehlikeye düşmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. KDV Uygulama Genel Tebliği ("Tebliğ")'nin "2.1. KDV'de Tevkifat Uygulaması" başlıklı bölümünde yer alan hükme göre, KDV tevkifatı ihtiyari bir uygulama olmayıp tevkifat kapsamına alınan işlemlerde alıcılar tarafından tevkifat uygulanması zorunludur.

Tam veya kısmi tevkifat yapılacak işlemlerin neler olduğu, bu işlemlerin gerçek usulde KDV mükellefleri ile belirlenmiş alıcılar açısından nasıl uygulanacağı, nasıl tevkifat yapılacağı ile diğer önemli hususlar Tebliğ'de açıklanmıştır. Kısmi tevkifat uygulaması kapsamına giren her bir işlemin 1 Temmuz 2021 tarihi itibarıyla KDV dahil bedeli 2.000,00 TL'yi aşmadığı takdirde, hesaplanan KDV tevkifata tabi tutulmayacaktır. Sınırın aşılması halinde ise tutarın tamamı üzerinden tevkifat yapılması gerekmektedir. Tevkifat sınırının aşılmasında için tevkifattan sorumlu olan mükelleflerin satıcıları uyarması önem arz etmektedir.

## **2. TİCARİ REKLAM HİZMETİ TEVKİFATI-NA DAİR YASAL MEVZUAT**

Tebliğ'in "2.1.3.2.15.2. Kapsam" başlıklı bölümünde ticari reklamın tanımına yer verilmiştir. Tebliğ'de yer alan açıklamaya göre ticari reklam ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.

Ticari reklam tevkifatı kapsamına mal veya hizmetlerin tanıtım ve pazarlamasına yönelik her türlü ticari reklam hizmeti alımları (reklama ilişkin danışmanlık, reklamın planlanması, reklam içeriğinin hazırlanması ve tasarımı, reklamın yayımlanması gibi reklama yönelik hizmetler

dahil) girmektedir. Ayrıca Tebliğ'de yüklenicileri tarafından tamamen veya kısmen alt yüklenicilere veya daha alt yüklenicilere devredilen ticari reklam hizmetlerinde, işi devreden her yüklenici tarafından, kendisine ifa edilen hizmete ait KDV üzerinden tevkifat yapılacağı yönünde açıklamaya yer verilmiş olup reklam ajansları üzerinden bu hizmetlerin alınması durumunda ajansların bu kapsamda alacakları yayın, prodüksiyon gibi reklama yönelik hizmetlerin de tevkifata tabi olduğu belirtilmiştir. Kurumların önemli iş ortaklarından birisi olan reklam ajansları ile gerçekleştirdikleri ticari faaliyet kapsamında düzenlenen faturaların, tevkifat kapsamında olup olmadığı dikkatle değerlendirilmelidir.

## **3. ÖRNEKLER İLE TİCARİ REKLAM HİZMETİNDE KDV TEVKİFATI UYGULAMASI**

### **• Çekim ve Prodüksiyon Hizmetlerinde KDV Tevkifatı**

Her türlü ticari reklamın yayınlanmasına yönelik olarak alınan hizmetlerin tevkifat kapsamında olması sebebiyle, reklam prodüksiyon hizmetlerine istinaden düzenlenen faturaların 3/10 oranında tevkifata tabi tutulması gerekmektedir. Nitekim İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Gelir Kanunları KDV-ÖTV Grup Müdürlüğü tarafından verilen bir özeldede<sup>1</sup> de reklam sektöründe yer alan bir şirketin, müşterilerinin sosyal medya hesaplarında tanıtımını ve pazarlamasını yaptığı ürünlere yönelik olarak verdiği fotoğraf ve video çekimi hizmeti ile müşterilerinin sosyal medya hesaplarına ait sayfa tasarımının hazırlanması, paylaşım yapılması ve takip edilmesi hizmetine ilişkin düzenleneceği faturanın 3/10 oranında tevkifata tabi olması gerektiği yönünde görüş verilmiştir. Bununla birlikte bahse konu hizmetin aracı bir kurum tarafından alınması halinde de düzenlenecek faturada tevkifat uygulanması gerekmektedir.

### **• Reklam Alanı Kirası Faturalarında KDV Tevkifatı**

Alışveriş merkezlerinin içinde yer alan rek-

<sup>1</sup> İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Gelir Kanunları KDV-ÖTV Grup Müdürlüğü'nün 39044742-130[Özelge]-507917 sayılı ve 30/06/2021 tarihli özelgesi

lam pano ve alanlarının kiralamaları ilk bakışta sadece bir kiralama hizmeti alımı olarak görülebilecektir. Ancak Tebliğ'de yer alan ifadeler ticari ticari reklamın yayımlanması gibi reklama yönelik hizmetlerin de tevkifat kapsamına alındığını göstermektedir. Bu ifade ile İdarenin tevkifat kapsamını geniş bir bakış açısıyla oluşturduğunu değerlendirmekteyiz. İdarenin genel bir ifadeyle oluşturduğu tevkifat kapsamı bazı mükelleflerin verdikleri hizmetler açısından tereddüt oluşturmaktadır. Örneğin, alışveriş merkezleri, bina dış cepheleri gibi reklam alanlarının sahipleri tarafından kiralanması durumunda düzenlenecek faturanın ticari reklam tevkifatı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler varken bazı reklam mecralarının sahiplerinin bu yönde bir görüşe sahip olmadığını ve tevkifatsız olarak fatura düzenledikleri görülmektedir. İleride Gelir İdaresi ile mükellefler arasında oluşabilecek ihtilafların önüne geçebilmek adına, İdare tarafından konunun açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır.

#### • **Reklam Hizmetlerinin Grup Şirketlerine Yansıtılması**

Grup şirketleri arasında reklam faturalarının birebir yansıtıldığı örnekler görülebilmektedir. Reklam hizmetinin başka bir şirkete bire bir olarak yansıtılması durumunda fiilen verilen bir ticari reklam hizmeti bulunmayacağından yansıtma faturasının tevkifatsız olarak düzenlenmesi uygun olabilecektir. Bununla birlikte, yansıtılacak ticari reklam hizmeti bedelinin üzerine bir kâr marjı eklenerek yansıtma faturası düzenlenmesi halinde ise, kâr marjına tekabül eden kısmın 3/10 oranında tevkifata tabi tutulmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Tebliğ'de yer alan hükme göre reklamın yayımlanması gibi reklama yönelik hizmetler de tevkifat uygulamasına dahil edildiğinden, reklam bedelinin üzerine bir kâr marjı eklenmesi durumu reklamın yayınlanması için bir hizmet verildiği anlamına gelebilecektir.

#### • **Reklam Sektöründeki Diğer Danışmanlık Hizmetlerinde Tevkifat Uygulaması**

Reklam sektöründe yer alan şirketlerin müşterilerine ticari reklamların yayınlanmasına yönelik olarak verdikleri hizmetler dışındaki

danışmanlık hizmetlerinin tevkifat kapsamına alınmamasının uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Reklam sektöründe faaliyet gösteren şirketler kurumsal pazarlama stratejilerinin oluşturulması, pazarlama departmanına verilen eğitimler gibi alanlarda da müşterilerine destek olabilmektedir. Bu yönde verilen hizmetler ile ticari reklam kapsamına giren hizmetlerin ayrıştırılması oluşabilecek hatalı uygulamanın önüne geçebilecek olup, ticari reklam hizmeti ile birlikte başka hizmetlerin tek bir faturada gösterimi durumunda tevkifata tabi olmayan hizmet bedelinin ayrıca gösterilmesi uygun olacaktır.

### **SONUÇ**

16 Şubat 2021 tarihli ve 31397 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'de ile reklam sektöründe yeni bir döneme geçilmiştir. Özellikle sosyal medyada verilen ticari reklam hizmetlerine dair beyan edilmesi gereken KDV'nin tahsil edilemediğini gören Bakanlık vergi alacağını güvence altına alabilmek için kendisine verilen yetkiyi kullanarak 1 Mart 2021 tarihi itibarıyla ticari reklam hizmetlerinde KDV tevkifatı uygulamasını başlatmıştır.

Yeni düzenleme ile birlikte, reklam sektöründe faaliyet gösteren mükellefler ve müşterilerinin tereddüt ettiği bazı durumlar ortaya çıkmıştır. Özellikle ticari reklam mecralarının kiralanmasına dair düzenlenen faturalardaki kira bedelinin tevkifata tabi olup olmayacağı konusunda görüş birliğine varılamadığı görülmektedir. Bu noktada sektörün konuya dair beklentisi İdarenin tebliğ yolu ile konuya netlik kazandırması yönündedir. Tebliğ bazında bir açıklamanın yapılmaması durumunda ise, tereddütlerin önümüzdeki dönemde Gelir İdaresi Başkanlığı'nca verilen özeller ışığında azalacağını değerlendirmekteyiz. Bu çalışmamızda, ticari reklam hizmetine dair örnekler ile tevkifat uygulaması değerlendirilmiş olup her bir hizmet alımının mahiyetleri itibarıyla ayrı ayrı değerlendirilmesinin riskten uzak bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz.



# İSTEĞE BAĞLI SİGORTA HÜKÜMLERİ

**Emine Betül GÜMÜŞ**

*Müdür Yardımcısı, Sosyal Güvenlik Hukuku*

## ÖZET

*İsteğe bağlı sigortalılıkta temel amaç, herhangi bir şekilde sigortalılığı bulunmayan kişilerin, kendilerinin isteğe bağlı primlerini ödemesiyle emekli olma ve genel sağlık sigortası haklarından yararlanma fırsatı sağlayan bir uygulamadır. Bu çalışmamızda, isteğe bağlı sigortalılıkta dikkat edilmesi gereken yönler ve şartlar anlatılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** İsteğe Bağlı Sigorta, 5510 Sayılı Kanun, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, Prim, Genel Sağlık Sigortası.

## GİRİŞ

İsteğe bağlı sigorta, kişilerin isteğe bağlı olarak prim ödemek suretiyle uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına tâbi olmalarını sağlayan bir sigortadır. Bu uygulama ile zorunlu sigortalılığı olmayanlar, kısmi çalışanlar ve sözleşmesiz ülkelere çalıştırılmak üzere götürülenlere isteğe bağlı sigorta primi ödeyerek emeklilik durumlarını devam ettirip tüm sigorta desteklerinden yararlanabilmeleri sağlanmıştır.

## 1. İSTEĞE BAĞLI SİGORTAYA KİMLER BAŞVURABİLİR?

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ("5510 Sayılı Kanun")'nın "İsteğe bağlı sigorta ve şartları" başlığını taşıyan 50. maddesinin birinci fıkrasında,

*"İsteğe bağlı sigortalı olabilmek için Türkiye'de ikamet edenler ile Türkiye'de ikamet etmekte iken sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerdeki Türk vatandaşlarından;*

*a) 5510 sayılı Kanuna tâbi zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak,*

*b) Kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmak,*

*c) 18 yaşını doldurmuş bulunmak,*  
*d) İsteğe bağlı sigorta talep dilekçesiyle Kuruma başvuruda bulunmak,*  
*şartları aranır."*  
hükmü amirdir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ("Yönetmelik")'nde ülkemiz ile uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinden isteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunanlardan Türkiye'de ikamet şartı aranmayacaktır. Türk vatandaşlarından isteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunanların bu durumlarının belgelendirilmesi amacıyla pasaport suretinin ibrazı istenir ve isteğe bağlı sigortalılığı devam edenlerden ise Kurumca belirlenecek sürelerde söz konusu ülkelerde bulunduklarının belgelendirilmeleri istenir.

## 2. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIK BAŞVURUSU VE TESCİL

İlk defa isteğe bağlı sigortalı olmak isteyenler örneği Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ekinde yer alan Ek-8'de bulunan "İsteğe Bağlı Sigorta Giriş Bildirgesi" ile ikametgahlarının bulunduğu sosyal güvenlik il müdürlüklerine/ sosyal güvenlik merkezlerine veya E-Devlet üzerinden de başvurulabilir. Tekrar isteğe bağlı sigortalılık talebinde bulunacakların ise talep dilekçesi ile Kurum'a müracaat etmeleri gerekmektedir.



### 3. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI VE ZORUNLU SİGORTALILIKLA ÇAKIŞMA

İsteğe bağlı sigortalılık, isteğe bağlı sigortalılık giriş bildirgesinin veya talep dilekçesinin Kurum kayıtlarına intikal ettiği tarihi takip eden günden itibaren başlar.

Ancak isteğe bağlı sigortanın başladığı tarihten itibaren, aynı zamanda 5510 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine göre sigortalı olmayı gerektirecek çalışması bulunduğu tespit edilenlerin isteğe bağlı sigortalılıkları, 5510 sayılı Kanun'a tabi sigortalılıklarının sona erdiği tarihi takip eden günden başlatılır. Bunların zorunlu sigortalılıkla çakışan sürede isteğe bağlı sigorta primi ödenmişse, bu süreye ilişkin ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri talepleri hâlinde ilgililere iade veya doğacak borçlarına mahsup edilir.

5510 sayılı Kanun'un 51'inci maddesine istinaden, 30 günden az çalışan ya da tam gün çalışmaması nedeniyle ay içindeki gün sayısı 30 günden az olan sigortalılar isteğe bağlı sigortaya prim ödeyerek noksan sürelerini 30 güne tamamlayabilirler. Bu bakımdan, isteğe bağlı sigorta ödeyenler 4/ (a) bendi kapsamında sayılacaktır.

01/10/2008 tarihinden itibaren ilk defa isteğe bağlı sigortalı olanlar ile 506, 1479 ve 2926 sayılı kanunlara tabi isteğe bağlı sigorta primi ödeyen sigortalıların 01/10/2008 tarihinden sonra isteğe bağlı sigorta primi ödenmiş süreleri 5510 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilecektir.

5510 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin (a), (b) ve (e) bentlerine göre sigortalılık hâli isteğe bağlı sigortalılık için engel teşkil etmemektedir.

Aynı Kanun'un "İsteğe bağlı sigorta başlangıcı ve sona ermesi" başlıklı 51. maddesine istinaden; ay içinde 30 günden az çalışan veya Kanun'un 80 inci maddesi uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı İş Kanun'una göre belirlenen gün-

lük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalıların aynı ay içinde isteğe bağlı sigorta primi ödemeleri hâlinde, ödenen primler zorunlu sigortalılığa ilişkin prim ödeme gün sayısına otuz günü geçmemek üzere eklenir. Bu sigortalılar çalışma durumlarını belgelendirmek zorundadırlar.

### 4. İSTEĞE BAĞLI SİGORTA PRİMLERİ VE ÖDENMESİ

İsteğe bağlı sigorta primi, prime esas kazancın alt sınırı ile üst sınırı arasında, sigortalı tarafından beyan edilecek prime esas aylık kazancın %32'sidir. Bunun %20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi, %12'si genel sağlık sigortası primidir.

Sigortalıların prime esas kazanç ile ilgili olarak beyanda bulunmaları esastır. Buna göre 2021 yılı için, prime esas günlük kazanç alt sınırından kazanç beyanında bulunan bir isteğe bağlı sigortalının ödemesi gereken aylık prim tutarı 1.144,80 TL ve üst sınır ise 8.586,05 TL'dir.

Türkiye'de yerleşik olma hali bir yılı doldurmayan yabancı uyruklu sigortalılar genel sağlık sigortalısı sayılmadığından, bunlardan bir yıldan daha az bir süre oturan ve isteğe bağlı sigortalı olanlardan genel sağlık sigortası primi alınmayacaktır. Ancak oturma süresi bir yıldan fazla olanlardan oturma süresinin birinci yılının dolduğu tarihten itibaren sigortalının talepte bulunup bulunmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortası primi alınacaktır.

Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinden isteğe bağlı sigortalı olanlardan kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası primleri işverenlerince ödendiğinden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmadığından bunların prim oranı %20 olacaktır.

İsteğe bağlı sigorta primi, ait olduğu ayı takip eden ayın son gününü geçmemek üzere Kurumca çıkarılacak tebliğde belirlenecek sürede ödenmelidir. Primleri ait olduğu aydan itibaren en geç 12 ay içinde kendileri veya hak sahipleri

tarafından gecikme cezası ve gecikme zammıyla birlikte ödenmeyen süreler, hizmet olarak değerlendirilmeyecektir. 12 aylık süreden sonra ödenen primler sigortalının veya hak sahiplerinin talebi üzerine iade veya doğacak borçlarına mahsup edilebilir.

İsteğe bağlı sigortalılıktaki kısa vadeli sigorta uygulamalarında prim ödeme gün sayıları ile prime esas kazançlar dikkate alınmamaktadır.

İsteğe bağlı sigortaya tabi ödenen primler zorunlu sigortalılık nedeniyle isteğe bağlı sigortalılardan prim borcunun bulunması hâlinde öncelikle zorunlu sigortalılık nedeniyle Kuruma olan borçlarına mahsup edilmektedir.

5510 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında ay içinde 30 günden az çalışan veya tam gün çalışmayan sigortalılardan 4857 sayılı İş Kanun'a göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların istekleri halinde işsizlik sigortası primlerinin sigortalı ve işveren hissesi oranındaki işsizlik sigortası primi alınır. İsteğe bağlı sigortalılardan işsizlik sigortası primini ödeyenlerin, işsizlik sigortası primini ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ödememeleri halinde, o aya ait işsizlik sigortası primi ödeme hakkı düşmektedir.

İsteğe bağlı sigortalılığın devamında, belli süre prim ödenmemesi halinde sigortalılık sona ermemektedir. Ancak ait olduğu ayın primini en geç 12 ay içinde ödemeyen sigortalının o aya ait prim borcunu ödeme imkânı ortadan kalkmakta ve prim borcu ödenmeyen ilgili ay için sigortalılara hizmet verilememektedir.

## **5. İSTEĞE BAĞLI SİGORTALILIĞIN SONA ERMESİ VE YENİDEN BAŞLAMASI**

Yönetmelik'in "İsteğe bağlı sigortalılığın sona ermesi ve yeniden başlaması" başlıklı 95. maddesinde yer aldığı üzere, isteğe bağlı sigortalılık;

a) İsteğe bağlı sigortalılığını sona erdirmeye talebinde bulunanların dilekçelerinin Kurum kayıtlarına intikal ettiği aya ait prim borcu bulunmaması halinde talep tarihinden, talepte bu-

lunulan aya ait prim borcu bulunması halinde ise talep tarihinden önceki primi ödenmiş ayın sonundan,

b) Aylık talebinde bulunanların, aylığa hak kazanmış olmak şartıyla talep tarihinden,

c) Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri hariç, uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinden doğan haklar saklı kalmak kaydıyla, ikametinin yurt dışına taşındığı tarihten,

ç) Sigortalının ölümü hâlinde:

1. Prim borcu bulunmuyorsa ölüm tarihinden,
2. Prim borcu varsa borcun hak sahiplerince Kanun'un 52'nci maddesi hükümleri saklı kalmak şartıyla 12 ay içinde ödenmesi hâlinde ölüm tarihinden,
3. Prim borcunun 12 ay içinde ödenmemesi veya hak sahiplerinin prim borcunu ödemediği aylık talebi hâlinde en son primi ödenmiş ayın sonundan,

d) Kanun'un 51 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak üzere Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında çalışmaya başlanılan tarihin bir gün öncesinden, itibaren sona erer.

Ay içinde kısmi çalışanlar veya 30 günden az hariç olmak üzere yeniden isteğe bağlı sigortaya devam etmek istemeleri halinde yeniden talep şartı aranmaktadır.

## **SONUÇ**

Makalemizde de belirtildiği üzere, isteğe bağlı sigortalılık, yukarıda da yer alan hususlar doğrultusunda kişilerin genel sağlık sigortasına tâbi olma imkânı veren bir yoldur. Bu uygulamada yer alan şartlar ile sigortalı olma ve emeklilik hükümleri sağlanmış olup yeni düzenlemelerle ilgili uygulamanın daha çok kullanılması amaçlanmaktadır.



# AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN ÜÇÜNCÜ ÜLKELERE VERİ AKTARIMI KAPSAMINDA MODERNLEŞTİRİLMİŞ STANDART VERİ KORUMA MADDELERİ

Tuğçe Gelir  
Avukat

İlayda Süer  
Stj. Avukat

## ÖZET

Teknolojinin hızlı gelişimi, küreselleşme ve dijital ekonominin birbirinin itici gücü olması ile birlikte kişisel veriler, hem özel şirketlerin hem de kamu kurumlarının faaliyetlerini etkili şekilde sürdürebilmeleri için elzem hale gelmiştir. Nitekim dünya ülkeleri, kişisel veri aktarımının ulusal güvenliklerine, siyasi varlıklarına ve vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerine karşı bir tehdit oluşturmaması adına, söz konusu aktarım faaliyetleri bakımından ilgili kişilere mahremiyetlerini güvence altına alacak haklar tanıyan ve fakat aynı zamanda söz konusu veri akışının ticari hayatın gerekliliklerini karşılayacak ölçüde pratik ve öngörülebilir şekilde gerçekleştirilmesine imkân tanıyan hukuki düzenlemeler oluşturmakta ve güncel ihtiyaçlar doğrultusunda söz konusu düzenlemeleri modernize etmektedirler. Bu doğrultuda, Genel Veri Koruma Tüzüğü kapsamında düzenlenen üçüncü ülkelere veri aktarımına ilişkin mekanizmalar arasında yer alan standart veri koruma maddelerinde yakın zamanda yapılan değişiklikler ile tüm dünya ülkeleri bakımından yeni bir sayfa açılmıştır. Bu makale kapsamında öncelikle söz konusu standart veri koruma maddelerinin tarihsel gelişimine yer verilecek olup, takiben güncel gelişmeler uyarınca yapılan birtakım önemli değişiklikler kısaca incelenecek ve son olarak ilgili mekanizmaya başvuracak şirketler bakımından izlenmesi önerilen yol haritası hakkında bilgi verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel Veri, GDPR, Standart Veri Koruma Maddeleri, Schrems.

## GİRİŞ

Avrupa Komisyonu ("**Komisyon**") tarafından gerçek kişilerin temel haklarının dijital çağa uygun şekilde güçlendirilmesi ve ticari işletmeler bakımından kuralların kolaylaştırılarak Avrupa Birliği ("**AB**") dijital tek pazar stratejisine katkı sağlanması adına zorunlu bir adım olarak değerlendirilen<sup>1</sup> ve 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi'ni<sup>2</sup> ("**Direktif**") geçersiz kılan 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü<sup>3</sup> ("**GDPR**") 24 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İçinde bulundu-

ğumuz dijital dönüşüm sürecinde ekonominin en değerli unsuru haline gelen kişisel veriler bakımından ilgili kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile veri temelli ekonomi arasında dengenin sağlanması da GDPR'nin hedefleri arasında yer almaktadır. Nitekim, söz konusu dijital ekonomi bakımından kaçınılmaz hale gelen üçüncü ülkelere kişisel veri aktarımına ilişkin GDPR'de AB içi veri aktarımına kıyasla daha sıkı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu kapsamda, GDPR'nin 5'inci bölümünde yer alan hükümler uyarınca hukuka uygun şekilde üçüncü bir ülkeye kişisel veri aktarımı yalnızca (i) Komisyon tarafından verilerin aktarıldığı uluslararası bir organizasyonun veya üçüncü ülkenin ya da o ülkenin içindeki bir böl-

<sup>1</sup> European Commission, "Questions and Answers – Data protection reform package", Mayıs 2017, Erişim Tarihi: 23 Eylül 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_17\\_1441](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_1441)

<sup>2</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995, p. 31–50, Erişim Tarihi: 14 Eylül 2021, EUR-Lex - 31995L0046 - EN (europa.eu)

<sup>3</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the free movement of such data, and repealing directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ 2016 L 119/1, Erişim Tarihi: 14 Eylül 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>

genin yahut bir veya daha fazla sektörün yeterli düzeyde koruma sağlamayı taahhüt ettiğine ilişkin bir karar<sup>4</sup> verilmesi, (ii) böyle bir kararın mevcut olmaması durumunda, ilgili kişilere icra edilebilir ilgili kişi haklarının ve başvurulabilir yasal yolların sağlanması şartıyla veri aktaran veri sorumlusu yahut veri işleyen tarafından yeterli bir güvence<sup>5</sup> sağlanması, (iii) anılan iki şartın da sağlanamaması durumunda ise, üçüncü bir ülkeye aktarımın GDPR'nin 49'uncu madde hükümlerinde belirlenen istisnai hallerden biri kapsamında değerlendirilmesi halinde gerçekleştirilebilmektedir.

Mevcut durumda, Komisyon tarafından yeterli düzeyde koruma sağladığı kabul edilen ülke sayısı oldukça sınırlı olduğundan, üçüncü ülkelere veri aktarımı bakımından uygulamada sıklıkla GDPR'nin 46'ncı maddesinde düzenlenen yeterli bir güvence tesis etme yoluna başvurulmaktadır. Söz konusu güvenceler arasında yer alan standart veri koruma maddeleri (*standard data protection clauses*) ise, diğer güvencelere kıyasla sunduğu kolaylıklar nedeniyle şirketler tarafından en çok başvurulmuş mekanizmalardan biri olsa da veri güvenliğini sağlamada fiilen yetersiz kalması nedeniyle her daim eleştirilere konu olmuş ve bu kapsamda söz konusu eleştirilerin işaret ettiği eksikliklere çözüm sağlanması adına tadil edilmiştir. Nitekim, Komisyon'un 4 Haziran 2021 tarihli uygulama kararı<sup>6</sup> (*imple-*

*menting decision*) uyarınca standart veri koruma maddeleri modernize edilerek mevcut şeklini almıştır. İşbu makale kapsamında standart veri koruma maddelerinin tarihsel gelişimine, modernize edilmiş maddeler bakımından öne çıkan hususlara ve şirketler tarafından izlenmesi önerilen yol haritasına yer verilmiştir.

## 1. STANDART VERİ KORUMA MADDELERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Komisyon kararları ile önceden onaylanmış standart veri koruma maddeleri, veri aktaran ile veri alıcısı arasında akdedilen sözleşmelerin içerisine veya ekine konumlandırılarak kişisel verilerin AB'den üçüncü ülkelere AB veri koruma standartlarına uygun şekilde aktarımına İmkân tanıyan ve bu kapsamda taraflara yükümlülükler getiren hükümlerdir. Bu doğrultuda Komisyon, Direktif hükümlerine dayalı 15 Haziran 2001 tarihli kararı<sup>7</sup> ile birinci set standart veri koruma maddelerini belirlemiştir. Takiben mevcut set maddeleri tadil edilmiş olup zaman içinde ikinci ve üçüncü set maddeler de belirlenmiştir. Buna göre, (i) veri sorumlusundan veri sorumlusuna (2001), (ii) alternatif veri sorumlusundan veri sorumlusuna (2004)<sup>8</sup> ve (iii) veri sorumlusundan veri işleyene (2010)<sup>9</sup> olmak üzere veri aktarımını konu alan üç set yakın tarihe kadar geçerliliğini sürdürmüştür.

4 Komisyon tarafından belirlenen yeterli koruma düzeyine sahip ülkelerin güncel listesine [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en) adresinden ulaşılabilecektir.

5 GDPR kapsamında belirlenen güvence mekanizmaları, kamu kurum ve kuruluşları arasında yasal bağlayıcılığı ve uygulanabilirliği olan bir vasıta, bağlayıcı şirket kuralları (*binding corporate rules*), Komisyon tarafından belirlenen standart veri koruma maddeleri, denetleyici yetkili otoriteler tarafından belirlenen ve Komisyon tarafından onaylanan standart veri koruma maddeleri, GDPR madde 40 uyarınca onaylanmış davranış kuralları (*code of conduct*), GDPR madde 42 uyarınca onaylanmış sertifika mekanizması ile yetkili kişisel veri koruma otoritesi tarafından özellikli amaç(lar) bakımından onaylanan veri sorumlusu veya veri işleyen ile veri sorumlusu, veri işleyen, üçüncü bir ülkede bulunan veri alıcısı veya uluslararası kuruluş arasındaki sözleşme hükümleri veya kamu kurumları ve organları arasındaki idari düzenlemelere eklenecek hükümler olarak belirlenmiştir.

6 Commission Implementing Decision (EU) 2021/914 of 4 June 2021 on Standard Contractual Clauses for the Transfer of Personal Data to Third Countries Pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council [2021] OJ L199/31, Erişim Tarihi: 13 Eylül 2021, Publications Office (europa.eu)

7 Commission Decision of 15 June 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries, under Directive 95/46/EC [2001] OJ L181/19, Erişim Tarihi: 10 Eylül 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0497&from=en>

8 Commission Decision of 27 December 2004 amending Decision 2001/497/EC as regards the introduction of an alternative set of standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries [2004] OJ L385/74, Erişim Tarihi: 10 Eylül 2021, LexUriServ.do (europa.eu).

9 Commission Decision of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council [2010] L39/5, Erişim Tarihi: 11 Eylül 2021, 2010/87/EU.



Bununla birlikte, uygulamada aktarım taraflarının taahhüt ettiği güvenlik düzeyinin fiilen yeterli seviyede tesis edil(e)memesi ve ilgili kişilerin haklarını etkin şekilde kullanmalarına İmkân tanınmaması gerekçeleriyle standart veri koruma maddeleri, yıllar içinde eleştirilerin hedefi haline gelmiştir.

**Güvenli Liman Kararı** - AB ile Amerika Birleşik Devletleri ("ABD") arasında gerçekleştirilen büyük hacimli veri aktarımları göz önünde bulundurularak, Komisyon tarafından AB'de yerleşik şirketlerin ABD'ye gerçekleştirecekleri transatlantik veri aktarım faaliyetlerini sorunsuzca, hukuka uygun ve efektif bir şekilde sürdürebilmeleri adına mülga Direktif'in 25'inci maddesi<sup>10</sup> çerçevesinde yeterlilik kararı mekanizmasına dayanılarak 26 Temmuz 2000 tarihli güvenli liman (*safe harbour*) kararı<sup>11</sup> alınmıştır. Söz konusu karar ile Direktif'te öngörülen verilerin korunmasına ilişkin yeterlilik standartlarının karşılanması amaçlanmışsa da, ilgili mekanizmanın kendi kendini belgelendirme (*self-certification*) mahiyetinde olması, katılımcılar tarafından yıllık uyum kontrol yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi, ABD Federal Ticaret Komisyonu'nca aktif yaptırım uygulanmaması ve benzeri sistemsel zayıflıklar, AB veri koruma otoriteleri tarafından ilgili kararın geçerliliğinin sorgulanmasına sebebiyet vermiştir.

**Snowden Etkisi** - Edward Snowden'in 2013 yılında ABD Ulusal Güvenlik Ajansı tarafından yürütülen kitlesel izleme faaliyetleri<sup>12</sup> hakkın-

daki açıklamalarını takiben aktivistler ve çeşitli veri koruma otoriteleri tarafından güvenli liman kararının iptal edilmesine yönelik yapılan yoğun çağrılara cevaben<sup>13</sup> Komisyon, söz konusu karara dayanılarak gerçekleştirilen aktarımların ilgili kişilerin kişisel verilerinin güvenliğini sağlama hususunda eksiklikler taşıdığını kabul etmiş ve fakat kararın iptali yerine Kasım 2013'te yayımladığı iki bildiri<sup>14</sup> ile güvenli liman kararı kapsamındaki prensiplerin güçlendirilmesi yönünde ABD otoriteleri ile müzakerelerin başlatıldığını duyurmuştur.

**Schrems I Mahkeme Kararı** - ABD otoriteleri ile müzakereler devam ederken Avusturyalı Maximillian Schrems, ABD Ulusal Güvenlik Ajansı'nın ABD merkezli şirketlerin verilerine erişim konusunda çok geniş yetkilere sahip olması ve bu sebeple ABD'ye aktarılan veriler üzerinde yeterli korumanın sağlanamaması gerekçeleriyle Facebook İrlanda'nın AB vatandaşlarına ilişkin kişisel verileri Facebook ABD'ye aktarımını artık güvenli liman kararına dayanarak meşrulaştıramayacağı iddiası ile söz konusu veri aktarımının sona erdirilmesi talebiyle İrlanda Veri Koruma Otoritesi'ne ("DPC") şikayet başvurusunda bulunmuştur.<sup>15</sup> Söz konusu başvurunun DPC tarafından reddedilmesi üzerine ilgili başvuru İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne ve ardından Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ("ABAD") iletilmiştir. Yapılan inceleme neticesinde ABAD, 6 Ekim 2015 tarihinde verdiği Schrems I kararı<sup>16</sup> ile güvenli liman yeterlilik kararının geçersizliğine hükmetmiş ve bu karar

<sup>10</sup> GDPR'nin kişisel verilerin yeterlilik kararı ile denetleyici bir kurumun herhangi özel yetkilendirmesine ihtiyaç duyulmaksızın aktarılabilmesini düzenleyen 45'inci maddesi ile paralel hüküm.

<sup>11</sup> Commission Decision of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbour privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce, Erişim Tarihi: 13 Eylül 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0520&from=en>

<sup>12</sup> E. Macaskill and G. Dance, "NSA files: Decoded", The Guardian, 1 November 2013, Erişim Tarihi: 14 Eylül 2021, <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>.

<sup>13</sup> Güvenli liman kararının askıya alınmasının AB ticari çıkarları ve transatlantik ekonomi üzerinde doğurabileceği olumsuz etki göz önünde bulundurularak söz konusu kararın iptali yerine daha uzlaşmacı bir yol izlenmiştir.

<sup>14</sup> Communication From The Commission to the European Parliament and the Council on the Functioning of the Safe Harbour from the Perspective of EU Citizens and Companies Established in the EU, 27 November 2013, Erişim Tarihi: 13 Eylül 2021, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:551c0723-784a-11e3-b889-01aa75ed71a1.0001.01/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:551c0723-784a-11e3-b889-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1&format=PDF). Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Rebuilding Trust in EU-US Data Flows, 27 November 2013, Erişim Tarihi: 13 Eylül 2021, [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4d874331-784a-11e3-b889-01aa75ed71a1.0001.01/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4d874331-784a-11e3-b889-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1&format=PDF).

<sup>15</sup> Shara Monteleone and Laura Puccio, "From Safe Harbour to Privacy Shield", European Parliamentary Research Service, Ocak 2017, Erişim Tarihi: 13 Eylül 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/595892/EPRS\\_IDA\(2017\)595892\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/595892/EPRS_IDA(2017)595892_EN.pdf).

<sup>16</sup> Judgment of 6 October 2015, Schrems I, C-362/14, EU:C:2015:650, Erişim tarihi: 13 Eylül 2021, CURIA - Documents (europa.eu).

Komisyon üzerindeki AB'den ABD'ye gerçekleştirilecek kişisel veri aktarım faaliyetleri için alternatif ve daha sağlam bir mekanizmanın kabul edilmesine yönelik baskıyı artırmıştır.

**Gizlilik Kalkanı Kararı** – Güvenli liman kararının geçersiz kılınmasını takiben AB-ABD yetkilileri arasında uzun süre devam eden müzakereler neticesinde, Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun tüm çekincelerine<sup>17</sup> rağmen Komisyon tarafından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmek üzere ABD Ulaştırma Bakanlığı'nın veya Federal Ticaret Bakanlığı'nın yetki alanına giren ve ABD Ticaret Bakanlığı'nın çevrimiçi kayıt platformu vasıtasıyla kayıt yaptıran ABD'deki sertifikalı şirketlere hukuka uygun şekilde serbestçe kişisel veri aktarılabilmesine imkân tanıyan gizlilik kalkanı (*privacy shield*) yeterlilik kararı<sup>18</sup> alınmıştır. Başta rücu, uygulanabilirlik ve yükümlülük olmak üzere güvenli liman kararı kapsamında yer alan ilkeler, gizlilik kalkanı kararı ile önemli ölçüde güçlendirilmiştir. Bununla birlikte, her ne kadar Schrems I kararı ile ortaya konan kişisel verilerin korunmasına yönelik zafiyetler gizlilik kalkanı kararı ile iyileştirilmiş ve kişisel veriler bu kapsamda AB'den ABD Ticaret Bakanlığı tarafından listeye alınan ve gizlilik kalkanı prensiplerine uyma yükümlülüğü altına giren ABD merkezli şirketlere bir süre boyunca aktarılmış olsa da, özellikle ABD'nin Yabancı İstihbarat İzleme Yasası<sup>19</sup> uyarınca gerçekleştirdiği kitlesel izleme faaliyetlerini sürdürmeye devam etmesinin etkisi ile ilgili kişilerin mahremiyet haklarının

korunmasına yönelik endişe ve çekinceler<sup>20</sup> varlığını sürdürmüştür.<sup>21</sup>

**Schrems II Mahkeme Kararı** – Schrems I kararı kapsamında ABD'deki grup şirketlerine çoğu kişisel veri aktarımını standart veri koruma maddelerine dayanarak gerçekleştirdiğine dair Facebook İrlanda'nın açıklamasını takiben Maximillian Schrems, ABD'nin gözetim uygulamalarının mahremiyet, veri koruma ile efektif yargı korumasına ilişkin temel haklarına müdahale ettiği gerekçesiyle standart veri koruma maddelerinin ABD'ye kişisel veri aktarımını meşrulaştıramayacağı iddiasıyla 1 Aralık 2015 tarihinde DPC'ye yeniden şikayet başvurusunda bulunmuştur.<sup>22</sup> Konunun ABAD'a taşınması üzerine ABAD, 16 Temmuz 2020 tarihli Schrems II kararı<sup>23</sup> kapsamında GDPR ve AB Temel Haklar Şartı (*EU Charter of Fundamental Rights*) ile eşdeğer bir koruma mekanizmasının ABD'de mevcut olmadığı, dolayısıyla gerekli güvenlik düzeyinin tesisinde yetersiz kaldığı ve ABD otoritelerinin yabancıların kişisel verisine erişim yetkilerinin yeterince sınırlandırılmamış olması sonucunda AB'li ilgili kişilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin GDPR'de öngörülen haklarına orantısız şekilde müdahale edildiği gerekçeleriyle (i) gizlilik kalkanı kararının geçersiz olduğuna ve (ii) standart veri koruma maddelerine dayanılarak gerçekleştirilen aktarımların daha katı kurallara tabi olması, bu kapsamda GDPR'de ve AB Temel Haklar Şartı'nda öngörülen korumaya eş değer bir güvenliğin üçüncü ülkede de sağlandığının garanti edilme-

17 Article 29 Data Protection Working Party, 'Opinion 01/2016 on the EU-U.S. Privacy Shield draft adequacy decision', (WP 238, 13 April 2016), Erişim tarihi: 14 Eylül 2021, file:///C:/Users/ilayda.suer/Downloads/wp238\_en\_F4986E4E-D9CA-B61C-E22860D3DB873D35\_55929%20(1).pdf.

18 Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield, Erişim Tarihi: 14 Eylül 2021, EUR-Lex - 32016D1250 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

19 The Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) [2008], Erişim Tarihi: 12 Eylül 2021, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-110hr6304pcs/html/BILLS-110hr6304pcs.htm>.

20 Avrupa Parlamentosu 2018 tarihli AB-ABD arasındaki gizlilik kalkanı prensiplerinin sağladığı korumanın yeterliliğini incelediği kararda ve Avrupa Veri Koruma Kurulu ise 2019'da AB-ABD gizlilik kalkanına ilişkin gerçekleştirilen üçüncü yıl ortak değerlendirmesinde, gizlilik kalkanı mahremiyet prensiplerinin aktarılan kişisel verilerin güvenliğini tesisinde yetersiz kaldığına ilişkin görüşlerini paylaşmış ve bu eksikliklerin giderilmesi için Komisyon ile yetkili ABD otoritelerine çağrıda bulunmuşlardır.

21 The CJEU Judgment in the Schrems II Case, European Parliament, Erişim tarihi: 13 Eylül 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/652073/EPRS\\_ATA\(2020\)652073\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/652073/EPRS_ATA(2020)652073_EN.pdf)

22 CJEU Judgment in the Schrems II Case, European Parliament, Erişim tarihi: 13 Eylül 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/652073/EPRS\\_ATA\(2020\)652073\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2020/652073/EPRS_ATA(2020)652073_EN.pdf)

23 Judgement of 16 July 2020, Schrems II, C311/18, ECLI:EU:C:2020:559, Erişim tarihi: 13 Eylül 2021, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228677&pageIndex=o&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12312155>

si ve ihtiyaç halinde bu korumanın sağlanması için ek tedbirlerin alınması şartlarıyla standart veri koruma maddelerinin geçerli olduğuna hükmetmiştir. İlgili kararda ayrıca, kişisel verilerin üçüncü ülkelere aktarımının denetleyici kurumlar tarafından yapılacak kontrole tabi olduğu ve üçüncü ülkelerde ilgili kişiler için yeterli korumanın sağlanmadığının tespit edilmesi halinde bu aktarımların yasaklanabileceği belirtilmiştir. Böylece, emsal nitelikteki Schrems kararları ile yeterli düzeyde veri güvenliğinin sağlanması bakımından standart veri koruma maddelerinin ihtiva ettiği eksiklikler açıkça ortaya konulmuş ve bu karar ile birlikte standart veri koruma maddelerinin yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı gündeme gelmiştir.

## 2. MODERNİZE EDİLMİŞ STANDART VERİ KORUMA MADDELERİ

Anılan gelişmeler ışığında Komisyon, ilgili kişilerin mahremiyet haklarının, özellikle yabancı devlet otoritelerine karşı etkin şekilde korunmasını sağlamak adına söz konusu standart veri koruma maddelerini 4 Haziran 2021 tarihli uygulama kararı ile güncelleştirilmiştir.<sup>24</sup> Böylece, yukarıda değinildiği üzere üç set halinde uygulamada bulunan ve her bir veri aktarım modeli için birbirinden bağımsız sözleşmeler akdedilmesini gerektiren mevcut standart veri koruma maddelerinin yerini, tek set halinde ve fakat modüler bir yaklaşım ile muhtelif veri aktarım senaryolarına hizmet edecek şekilde genel hükümlerin bir araya getirilmesi ile oluşturulan modernleştirilmiş veri koruma maddeleri almıştır.<sup>25</sup> Modernize edilen maddeler ile yapılan temel değişikliklerden bazıları aşağıdaki gibidir:

**Modüler Tasarım** - Modernize edilen maddeler, veri aktaranlar tarafından aktarımın niteliğine uygun şekilde seçilebilecek (i) veri sorumlusundan veri sorumlusuna aktarım

(modül 1), (ii) veri sorumlusundan veri işleyene aktarım (modül 2), (iii) veri işleyenden veri işleyene aktarım (modül 3) ve (iv) veri işleyenden veri sorumlusuna aktarım (modül 4) modüllerinden oluşmaktadır. Böylece, eski maddelerin her bir veri aktarım modeli için ayrı ve bağımsız sözleşmeler düzenlenmesini gerektiren uygulaması yerine, veri sorumluları ile veri işleyenlerin aktarımlarına ve hukuki statülerine uygun modülü / modülleri seçmelerine ve ilgili modüller kapsamındaki maddelerin tek bir sözleşme içinde konumlandırılmasına imkân tanınmıştır.<sup>26</sup> Ayrıca, modül 3 ve modül 4 ile birlikte veri aktaranın veri işleyen olduğu aktarım modelleri bakımından da artık standart veri koruma maddeleri metodunun kullanabilmesi mümkün kılınmıştır.

**Coğrafi Kapsam** – GDPR'nin sınır ötesi kapsamını düzenleyen 3'üncü maddesinin ikinci bendi uyarınca AB'de yerleşik olmasa dahi belli koşulların varlığı halinde GDPR'ye tabi taraflar, önceki maddelerin veri aktaranın yalnızca AB'de yerleşik bir taraf olabileceği yönünde kaleme alınmış olması nedeniyle standart veri koruma maddeleri metodundan yararlanamamaktaydılar. Modernize edilen maddeler ile birlikte, AB ya da Avrupa Ekonomik Alanı sınırları içinde bulunsun yahut bulunmasın, sınır ötesi kapsamı nedeniyle GDPR'ye tabi olan tüm veri sorumluları veya veri işleyenler tarafından GDPR'ye tabi olmayan veri alıcılarına yapılacak aktarım faaliyetlerini konu alan sözleşmelerin içerisine modernize edilmiş maddeleri derç edebileceklerdir.<sup>27</sup>

**Çok Taraflılık ve Yeni Taraf Eklenmesi Mekanizması (multipartite clause and docking clause)** – Modernize edilen maddeler ile getirilen diğer bir yenilik ise, birden çok veri aktaran tarafın tek bir sözleşmeye taraf olabilmesi ve halihazırda akdedilmiş bir sözleşmeye diğer imza

<sup>24</sup> European Commission, "European Commission Adopts New Tools For Safe Exchanges Of Personal Data", 4 June 2021, Erişim tarihi: 13 Eylül 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_2847](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2847).

<sup>25</sup> Commission Implementing Decision of 4 June 2021, par. (10).

<sup>26</sup> Jones Day, "New Standard Contractual Clauses by the European Commission: What You Need to Know", Erişim Tarihi 13 Eylül 2021, <https://www.jonesday.com/en/insights/2021/06/new-standard-contractual-clauses-by-the-european-commission-what-you-need-to-know>.

<sup>27</sup> European Commission "Standard Contractual Clauses (SCC)", Erişim tarihi: 11 Eylül 2021, [https://ec.europa.eu/info/law/law-topics/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topics/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en).

tarafına ilave olarak sonradan yeni bir tarafın eklenebilmesi imkânıdır.<sup>28</sup> Böylece, yalnızca iki taraflı sözleşmeler olarak kurgulanan ve diğer tarafların veri aktarımı sözleşmelerine sonradan ve direkt bir şekilde katılmasına İmkân veremeyen eski maddelerdeki anlayışın yerini dinamik ihtiyaçları karşılar bir mekanizma almıştır.

### **Veri Aktarılan Ülkedeki Koruma Düzeyini Araştırma ve Bilgilendirme Yükümlülüğü** –

Schrems II kararının bir yansıması olarak Komisyon, risk temelli bir yaklaşım ile modernize edilen maddeler kapsamında her bir modül için veri aktaran tarafın verilerin aktarıldığı üçüncü ülkedeki veri koruma düzeyini veri alıcısının da desteği ile<sup>29</sup> araştırma yükümlülüğü getirmiştir.<sup>30</sup> Dolayısıyla dört veri aktarım modelinde de tarafların (i) veri alıcısının, üçüncü ülkenin iç hukuk kuralları gereği, işlediği kişisel verileri kamu makamlarına ifşa etmesinin gerekip gerekmeyeceğini ve (ii) yabancı kamu otoritelerinin söz konusu verilere erişim yetkilerinin bulunması halinde, aktarım etki değerlendirmesi (*transfer impact assessment*) vasıtasıyla söz konusu yetkilere ilişkin kişisel verilerin aktarıldığı her bir ülke mevzuatının AB veri koruma standartlarını sağlayıp sağlayamayacağını analiz etmeleri gerekmektedir. Ek olarak, taraflara bahsi geçen değerlendirmelerin belgelendirilmesi ve yetkili bir merciin talebi doğrultusunda sunulmak üzere hazır edilmesi yükümlülüğü de getirilmiştir. Veri alıcısına ayrıca, bulunduğu ülkenin yetkili kamu otoriteleri tarafından kendisine belirli kişisel verilerin ifşa edilmesine ilişkin bağlayıcı bir talep iletilindiğinde veya kendisine aktarılan söz konusu verilere kamu otoritelerince erişim sağlanabildiğini tespit etmesi halinde, veri aktarana (ve mümkün olduğu takdirde ilgili kişilere) bildirimde bulunması yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>31</sup> Yetkili kamu otoritelerinin kişisel verilere erişim talep ettiği hallerde veri alıcısına ayrıca söz konusu taleplerin

yasal/yerinde olup olmadığını araştırma, erişim talep edilen verilerin kapsamının asgari seviyede tutulduğundan emin olma ve bu taleplere vereceği cevaplarda ifşa ettiği verinin kapsamını yalnızca talebe konu gerekli olan bilgilerle sınırlı tutma yükümlülükleri getirilmiştir.

**Ekler** – Modernize edilmiş standart veri koruma maddeleri (i) tarafların, aktarımın açıklanmasının ve modül 1, 2 ve 3 için yetkili denetim otoritelerinin (Ek I), (ii) uygun güvenlik düzeyinin temini amacıyla alınacak idari ve teknik tedbirlerin<sup>32</sup> (Ek II) ve (iii) modül 2 ve 3 için onaylanan alt veri işleyenlerin (Ek III) listesinin ortaya konacağı üç farklı ekten oluşmaktadır.

### **3. VERİ AKTARANLAR VE VERİ ALICILARI İÇİN YOL HARİTASI**

Komisyon'un uygulama kararı kapsamında eski standart veri koruma maddelerinin 27 Eylül 2021 tarihine kadar akdedilecek sözleşmelere derç edilebilmesine İmkân tanınmış ve 27 Eylül 2021 tarihine kadar halihazırda eski standart veri koruma maddelerini ihtiva edecek şekilde akdedilen sözleşmelerin, yalnızca sözleşmeye konu veri işleme faaliyetlerinde bir değişiklik yapılmaması ve kişisel veriler için GDPR'nin 46'ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca uygun güvenceler sağlandığının taahhüt edilmesi şartlarıyla 27 Aralık 2022 tarihine kadar geçerli olacağı belirlenmiştir.<sup>33</sup> Halihazırda akdedilen sözleşmelerde 27 Eylül 2021 tarihinden sonra değişik yapılması halinde ise, eski standart veri koruma maddelerinin, modernize edilmiş maddeler ile değiştirilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, 27 Eylül 2021 tarihinden sonra akdedilecek sözleşmelerin ise modernize edilmiş maddeleri ihtiva etmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda üçüncü ülkelere veri aktarımı bakımından modernize edilmiş standart veri

<sup>28</sup> A.g.e, madde 7.

<sup>29</sup> Bu kapsamda veri alıcısının, üçüncü ülkenin güvenlik seviyesine ilişkin yapılan değerlendirmenin gerçeğe uygun ve sağlıklı şekilde olması adına veri aktarıcısıyla iş birliği içinde olması ve ihtiyaç duyulan bilgileri sunması gerekmektedir.

<sup>30</sup> Commission Implementing Decision of 4 June 2021, bölüm III, madde 14.

<sup>31</sup> A.g.e, madde 15.

<sup>32</sup> İlgili ekin açıklama notunda (*explanatory note*) söz konusu tedbirlerin jenerik değil spesifik şekilde tanımlanması gerektiği belirtilmektedir.

<sup>33</sup> Commission Implementing Decision of 4 June 2021, par. (24).



koruma maddelerine başvurulmak isteniyor ise, aktarım taraflarının veri aktarım faaliyetlerinin mezkûr düzenlemelerle uyumunun sağlanması adına evleviyetle, (i) sonraki aktarımlar da dahil, veri aktarım haritalandırmalarını yapmaları (kişisel veri aktarımı yapılan tüm tarafların, ülkelerin, faaliyetlerin, amaçların, veri kategorilerinin belirlenmesi), (ii) üçüncü ülkelere yapılan veri aktarımlarını belirlemeleri, (iii) alıcı tarafların GDPR'ye tabiiyetini belirlemeleri, (iv) eğer alıcılar GDPR'ye tabi değil ise, alıcı tarafların hukuki statülerini tespit etmeleri, (v) aktarım yapılacak ülkenin hukuki rejiminin AB veri koruma mevzuatı standartlarına uygunluğunu risk temelli yaklaşım ile değerlendirmeleri ve bu değerlendirmeleri belgelendirmeleri, (vi) eğer söz konusu standart sağlanıyor ise, modernize edilmiş maddelerden uygun modülü / modülleri seçerek en geç 27 Aralık 2022 tarihine kadar aktarım sözleşmelerini akdetmeleri yahut mevcut sözleşmelerini bu doğrultuda tadil etmeleri tavsiye edilmektedir. Bu süreçte veri alıcılarının, veri aktaranların ihtiyaç duydukları veya duyacakları ilgili bilgileri paylaşma konusunda üstlerine düşen yükümlülükleri titizlikle yerine getirmeleri ve özellikle yetkili kamu otoritelerinin müdahaleleri yahut müdahale talepleri olmak üzere süreç içinde meydana gelen veya gelmesi muhtemel veri güvenliği tehditlerini veri aktarana ve mümkün olduğu ölçüde ilgili kişilere bildirmeleri büyük önem arz etmektedir.

Bu noktada belirtmek isteriz ki AB'den Türkiye'ye gerçekleştirilecek veri aktarımları bakımından sınır ötesi kapsam maddesi uyarınca GDPR'ye tabi olmayan Türkiye'de yerleşik alıcı tarafların da anılan yükümlülüklerin ifası bakımından kendi yol haritalarını oluşturmaları önerilmektedir.<sup>34</sup>

## SONUÇ

GDPR kapsamında üçüncü ülkelere kişisel veri aktarım metotlarından biri olarak belirlenen standart veri koruma maddelerinin, günümüz ihtiyaçlarını ve içtihat gerekliliklerini karşılamak üzere aktarım tarafları bakımından

çok daha sıkı yükümlükler öngörecektir ve ilgili kişilerin fiilen haklarını kullanmalarına İmkân tanıyacak şekilde modernize edilmesinin, bazı karşılaşılan sorunların giderilmesi adına oldukça mühim bir adım olduğu şüphesizdir. Bununla birlikte, modernize edilmiş maddelerin vadettiği yüksek koruma standardının aktarım taraflarınca uygulamada sağlanıp sağlanamayacağı hususunda endişeler ne yazık ki devam etmektedir. Zira, aktarım taraflarına AB veri koruma standartlarına uyum bakımından aktarıma ilişkin risklilik durumunun değerlendirilmesi yükümlülüğü getirilmiş olsa da risk temelli yaklaşım ile mevcut ise riskin ilgili taraflarca üstlenilmesi halinde, üçüncü ülkelere kişisel veri aktarımı yapılmasına İmkân tanınmış ve böylece önleyici bir mekanizmadan ziyade ilgili maddelere aykırı aktarımların tespiti halinde cezai yaptırım öngören bir mekanizma benimsenmiştir. Söz konusu endişelerin isabetli olup olmadığını ilerleyen süreç bizlere gösterecektir.

34 Örneğin hukuki rejim bakımından aktarım etki değerlendirmesi (transfer impact assesment) yapılması.





#### İSTANBUL OFİS

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

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



#### ANKARA OFİS

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

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



#### İZMİR OFİS

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

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



#### BURSA OFİS

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

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



#### DENİZLİ OFİS

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

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



#### LONDRA OFİS

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



#### MOSKOVA OFİS

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



#### KASABLANKA OFİS

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



#### AMSTERDAM OFİS

Singel 250 1016 AB Amsterdam, Hollanda



#### KİEV OFİS

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