



K Ü T A H Y A TİCARET VE SANAYİ ODASI

HUKUK MÜŞAVİRLİĞİ BİLGİLENDİRME NOTLARI

Derleyen: Dönmez Hukuk Bürosu

İÇİNDEKİLER

S.NO.	KONU BAŞLIĞI	SAYFA NO.
1	ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ŞİRKETE VERDİKLERİ/VERECEKLERİ ZARARIN TELAFİSİ/ENGELLENMESİ	03-06
2	ANONİM ŞİRKETLERDE İFLÂS ERTELEMESİ NEDENİYLE KAYYIMA YAPILAN ÖDEMELER	07-11
3	DANIŞTAY KARARI; SAHTE FATURA	12-14
4	DÖNEMİNDE MAHSUP EDİLEMİYEN GEÇİCİ VERGİ SONRAKİ DÖNEMLERDE MAHSUP EDİLEBİLİR Mİ?	15-20
5	İMHA EDİLEN MALLARA İLİŞKİN KDV DÜZELTMESİ	21-22
6	KEFALET SÖZLEŞMELERİ	23-30
7	SİGORTASIZ İŞÇİ ÇALIŞTIRMANIN CEZASI VE YAPTIRIMI	31-39
8	SMM SORUMLULUĞU - KARAR	40
9	ŞUFA HAKKI NEDİR? ŞUFA HAKKI AÇISINDAN BİLİNMESİ GEREKENLER	41-43
10	GÜNLÜK 11 SAATİ GEÇEN ÇALIŞMALARIN ÖDEMELERİ	44-47
11	YARGITAY CEZA GENEL KURULU-TAPULU ARAZİ İÇİNDE AĞAÇ KESMEK	48-50

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN ŞİRKETE VERDİKLERİ/VERECEKLERİ ZARARIN TELAFİSİ/ENGELLENMESİ

Salih ÇALAL

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Müfettişi

Özet

Anonim şirkette, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Yönetim kurulu üyelerinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundan kaynaklanan görevlerini layık-ı veçhile yerine getirmeleri beklenir. Ayrıca bu kişiler iyi niyet kuralları çerçevesinde basiretli bir iş adamı gibi davranmakla yükümlüdürler.

Ancak yine bu kişilerin faaliyetleri veya eylemleri nedeniyle şirkete zarar vermeleri mümkündür ve ticari yaşamda karşılaşılan bir durumdur.

Zararın meydana gelme ihtimaline binaen engelleyici tedbirlerin alınması ve meydana gelmiş ise telafi edici tedbirlerin önceden belirlenmiş olması gerekir.

1. Giriş

Anonim şirketler faaliyetlerini yerine getirirken veya yönetim kurulu üyeleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundan yahut esas sözleşmeden doğan yetkilerini ifa ederlerken kusurlarıyla şirkete zarar verebilirler. Bu zararın sigorta edilmesi şirketin geleceği açısından oldukça önemlidir. Bununla beraber zarar meydana gelmeden önce yönetim kurulu üyelerinin çalışma alanları önceden konulacak yasaklarla çevrilip, belirli bir hale getirebilir.

Bu ve bunun gibi düzenlemeler yönetim kurulu üyelerinin şirkete verdikleri yahut verecekleri zararların önüne geçecek ve meydana gelmiş bir zararı telafi edebilecektir.

Yazımız kapsamında yönetim kurulu üyelerine özgülenmiş yasaklar ve şirket sigortası konuları üzerinde durulacaktır.

2. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Özgü Yasaklar

2.1. Yönetim Kurulu Üyesinin Müzakereye Katılma Yasağı

6102 sayılı Kanuna göre yönetim kurulu üyesi, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılamaz.

Daha sade bir ifadeyle yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantısına kendisi veya yakınları ile şirket arasında menfaat çatışması varsa katılamaz.

Bu yasak, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanır.

Çatışma, şirket menfaatleriyle kendisinin şirket dışı ve kişisel menfaatleri veya alt ve üstsoyundan birinin veya eşi veya üçüncü kişiye kadar (bu derece dahil) kan veya kayın hısımlarından birinin kişisel menfaati arasında olmalıdır.

"Kişisel" sözcüğü ile bizzat üyeye veya yakınına yönelik, onları konu alan veya onlarla ilgili bulunan bir menfaat kastedilmiştir, yoksa bir topluluğa ait olup da kişinin de yararlanabileceği bir kazanç, bir avantaj, bir zararın önlenmesi vb. haller kişisel sayılmaz.

Menfaatin şirket dışı olması gerekir; yoksa, bir üye kendisinin, eşinin alt veya üst soyundan birinin bir şirket görevine seçimi, atanması, görevden alınması, yolluk belirlenmesi vs. gibi şirketi ilgilendiren bir işte müzakerelere katılabilir.

Yönetim kurulu üyesinin toplantıya katılmamasının dürüstlük gereği olduğu durumlarda da yasak geçerlidir. Meselâ, müzakerenin konusunun bir üyenin ortağını; ortağı olduğu bir şahıs şirketini, eski eşini vs. ilgilendirmesi gibi. Tereddüt halinde kararı yönetim kurulu verir. Bu oylamaya ilgili üye katılamaz.

Yönetim kurulunun kararı niteliği dolayısıyla kesindir. Çünkü organlar arasında alt üst sıralaması bulunmadığı için ihtilâf genel kurula götürülemez. Mahkeme yolunun açık olup olmadığı, içtihat yolu ile ve doktrinin yardımı ile çözülebilir.

Yönetim kurulu bir üye ile ilgili yasak sebebini bilmiyor olsa bile üye müzakereye katılmamak zorundadır. Menfaat ihtilâfı daha sonra ortaya çıksa bile, üye sorumlu tutulur.

Müzakereye katılma yasağına aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesi ve menfaat çatışması nesnel olarak varken ve biliniyorken ilgili üyenin toplantıya katılmasına itiraz etmeyen üyeler ve söz konusu üyenin toplantıya katılması yönünde karar alan yönetim kurulu üyeleri bu sebeple şirketin uğradığı zararı tazminle yükümlüdürler.

Bu durum özel bir sorumluluk hali öngörür. Sorumluluk kusur esasına dayanır ve müteselsil değildir. Çünkü, bir kurul karar veya eylemi yoktur.

Öte yandan, müzakereye, yasak nedeniyle katılmamanın sebebi ve ilgili işlemler yönetim kurulu kararına yazılır. Böylelikle bir taraftan kamuyu aydınlatma, diğer taraftan da kamusal yönetim ilkesi uygulanmış olur.

İlgili karara, üyenin müzakereye katılmamasının sebebi ve yapılacak işlemler açıkça yazılmalıdır. Karar bir yetkilendirmeyi içeriyorsa yetkilendirilen kişi ve önemli olan noktalar da belirtilmelidir.

2.2. Yönetim Kurulu Üyesinin Şirketle İşlem Yapma Yasağı

Şirketle işlem yapma yasağına göre yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

Herhangi bir işlem ibaresi sadece ticari işlemi yasaklamayıp, yasak kavramını oldukça genişletmiştir.

Ayrıca yönetim kurulu üyesinin şirkete borçlanma yasağı da vardır. Bu nedenle Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınları şirkete nakit borçlanamaz.

Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.

Bu husus sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir ve uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanmaların engellenmesini amaçlamaktadır.

Ancak son olarak belirtmek gerekir ki, şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler.

2.3. Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı

Yönetim kurulu üyelerinin şirkete rakip olacak türden işlere müdahil olmaları yasaktır.

Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez.

Bu yasağa aykırı hareket halinde şirkete çeşitli tazmin imkânları sunulmaktadır. Rekabet yasağına aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir.

İşin doğasına uygun olarak, bu haklardan birinin seçilmesi aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir. Bu haklar, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her hâlde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklıdır.

3.Şirkete Verilen Zararın Sigortası

Yönetim kurulu üyeleri görevlerini icra ederken şirkete zarar verebilirler. Ancak oluşabilecek zararlara karşı sigorta yaptıрма hakkı da mevcuttur.

Bir başka deyişle, 6102 sayılı Kanun ile anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin şirkete verecekleri zararların güvencesi olarak, isteğe bağlı zarar sigortası getirilmiştir.

Söz konusu Kanuna göre, yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmi beşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır.

Hükmün uygulanabilmesi, meydana gelecek zararın, şirket sermayesinin yüzde yirmi beşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş olmasıyla mümkündür.

Bu hükümde yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken şirkete verebilecekleri zararların güvence altına alınması konusunda ilk çekingeni adım atılmıştır.

Batıda yaygın olan bu sigortanın, zararların karşılanması için çok, profesyonel, sorumluluk bilincine sahip ve görevin gereklerine uygun yetenekleri haiz kişilerden oluşan yönetim kurullarının oluşmasında etken rol oynadığı şüphesizdir.

Ancak Ülkemizde bu sigortanın bugün yaptırılması olanakları hemen hemen yok gibidir. Çünkü bu kadar büyük bir riski Türk sigorta endüstrisinin taşıyabilmesi mümkün görülmemektedir.

Bütün riskin yurtdışına reasüre edilmesi ise üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer noktadır.

Ancak hükmün yavaş ve tedricen de olsa gereksinimlere cevap vermesi olasılığı toplumsal politika ve yarar açısından ihmal edilemeyecek bir katkı olarak değerlendirilmiştir.

4. Sonuç

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca, anonim şirket yönetim kurulu üyelerine tanınan hakların yanısıra müzakereye katılma, şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma ve rekabet yapmayla ilgili yasaklar getirilmiştir.

Söz konusu hak ve yasaklar çağın gereklerine ve değişen ticari ilişkilere uygun olarak tasarlanmış ve uygulamada yaşanan sorunlara çözüm bulmak ve yine kötü niyetli davranışlara engel olmak amacıyla yürürlüğe konulmuştur.

Söz konusu haklar ve özellikle yasakların uygulanması çizdiği alan, yönetim kurulu üyelerinin hareket alanını oluşturmaktadır.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmi beşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmişse bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır.

Gerek yasaklar, gerekse şirketin sigortalanması meselesi, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirkete verecekleri zararın engellenmesi yahut şirket zarar görmüş ise bu zararın telafisi için öngörülmüş müesseselerdir.

Kaynakça

-T.C. Yasalar (14.02.2011) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Ankara: Resmi Gazete (27846 sayılı)

ANONİM ŞİRKETLERDE İFLÂS ERTELEMESİ NEDENİYLE KAYYIMA YAPILAN ÖDEMELER

Ufuk ÜNLÜ
Başbakanlık Müfettişi

Özet

İflas erteleme müessesesi, mali durumu bozulan şirketlerin sermayelerini korumaları için öngörülmüş ve bu anlamda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm altına alınmış bir işlemdir.

İflas ertelemesinde riskin saptanması ve yönetimi ile sorumlu uzman bir komite olarak erken teşhis komitesi ve iyileştirme projesi gibi kurumlar devreye girer.

Bununla birlikte, iflas ertelemesinde mahkeme tarafından atanan kayyım ödemeler yapılır.

Ücret olarak nitelendirilen bu ödemelerin gelir ve damga vergileri karşısındaki durumunun mevzuata uygun bir şekilde analiz edilmesi gerekir.

1. Giriş

Bilindiği üzere iflas erteleme, şirketin iflas etmeden önce başvurabileceği bir yoldur. Bununla beraber iflas erteleme, borçlu firmanın faaliyetine devam edebildiği ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan bir husustur.

Bu makalede öncelikle iflas erteleme kurumu, söz konusu Kanun'da yer alan ve mevcut olağanüstü halin devamı süresince uygulanacak olan düzenlemeler uyarınca ele alınacak, sonrasında ise iflas ertelemesi nedeniyle mahkeme tarafından atanan kayyım yapılacak ödemelerin ticaret mahkemelerine yapılması nedeniyle gelir vergisi ve damga vergisi kesintisi yapılıp yapılmayacağı hususunda bilgi verilecektir.

2.İflâs Ertelemesinde Erken Teşhis Komitesi

Pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür.

Dolayısıyla riskin erken saptanması ve yönetimi hususunda uzman bir komite sorumludur. Bu durum hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerinin bir uygulamasıdır. Diğer şirketlerde ise bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir. Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollanır.

Uzman komite, tüm anonim şirketler için öngörülmüş bulunan finans denetimi ve denetim komitesi yanında bir diğer iç kontrol mekanizmasıdır. Bu komitenin denetim komitesinden farkı denetim komitesinin yönetimi gözetim altında tutmasına karşılık bu komitenin sadece risklere odaklanmasıdır.

Ayrıca denetim geçmişe yönelik bir inceleme olduğu halde, risk teşhisi gelecek ve geleceğin yorumuyla ilgilidir. Denetimin yönetilmesi söz konusu olmadığı halde, risk yönetilebilir ve yönetilmelidir. Amaç, yönetimi, yönetim kurulunu ve genel kurulu devamlı uyanıklık (teyakkuz)

altında tutmak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlamaktır. Bu sebeple komite sorumluluk sisteminin merkezinde yer alır.

6102 sayılı Kanun, erken uyarı sistemine istisnâî bir önem verdiğinden bu konuda denetçileri de özel olarak görevlendirmiştir. Tehlikelerin erken teşhisi komitesi, bazı yönetim kurulu üyelerinin görevlendirilmeleri suretiyle kurulabileceği gibi, tamamen üçüncü kişilerden de oluşabilir. Komitenin yönetim kurulu üyelerinden meydana gelmesi veya bu üyelerinden bir kaçının da komitede bulunması halinde Amerika Birleşik Devletleri'nde geçerli olan board sisteminde üye ayrımına benzer bir durum ortaya çıkabilir.

Denetçinin bir diğer önemli görevi de gereklilik ortaya çıktığı takdirde komitenin kurulması, hisse senetleri borsada işlem görmeyen bir şirketten de istemesidir. Riskin erken saptanması ve yönetimine ilişkin düzenleme, bu suretle kurulan komitenin ilk raporunu ne zaman vereceğini de belirlemiştir.

Komitenin iki ayda bir yönetim kuruluna, oluşturulma amacına ve ruhuna uygun rapor vermesi gerekir. 6102 sayılı Kanun tehlikelerin erken teşhisi komitesine aynı zamanda bir iç denetim komitesinin görevlerini de yüklemektedir. Bu sebeple halka açık şirketlerde bu komitenin bir tarafsız yönetim kurulunun başkanlığında çalışması doğru olur.

Diğer taraftan, kurumsal yönetim kuralları uyarınca kurulması gereken "atamalar komitesi" ile "ücretler-finance haklar-menfaatler komitesi"ne 6102 sayılı Kanun yer vermemiştir. Bunun sebebi, tarafsız üye uygulamasında olduğu gibi bu iki komitenin de (ihtiyaç halinde) Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kurulması gerektiğidir. Çünkü, her iki komite de pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için önerilmiştir ve uygulaması da bu şirketlerde yapılmaktadır. Komiteleri bütün anonim şirketlere teşmil eden bir uygulama henüz dünyada mevcut değildir.

3.İflas Ertelemenin Gerçekleştirilmesi

"Borca batık olma" kavramı, şirket aktifleri -yıllık bilançoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil- fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması demektir. Borca batık durumda olmanın işaretleri, yıllık bilançodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin, erken teşhis komitesinin raporlarından ve/veya yönetim ile yönetim kurulunun belirlemelerinden ortaya çıkabilir. Böyle işaretler varsa, yönetim kurulu hem işletmenin devamı esasına göre hem de aktiflerin olası satış değerleri üzerinden bir ara bilanço düzenletir.

Diğer taraftan, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister.

Meğer ki iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildirimi olarak kabul olunur.

Aktif ve pasiflerin işletmenin sürekliliğine göre değerlendirilmesi, faaliyetine devam edecek bir işletme esas alınarak değerlendirme yapılması demektir. Böyle bir değerlendirme işletmenin borca batık olma durumuna rağmen bazı olgular, beklentiler, etkisini yitiren sebepler dolayısıyla şirketin yaşama ümidinin var olup olmadığını ortaya koyar.

Meselâ, bir şirketin kuruluşunun ilk yıllarında yaptığı yatırım dolayısıyla borca batık olmasına karşılık ileriki yıllarda kâr edilebileceği olasılığının yüksek olması dolayısıyla uzman bir işletmeci tarafından farklı değerlendirilebilir. Bu tür bir değerlendirme yatırımların sonuçlarını da hesaba katar.

Öte yandan, yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflâsın ertelenmesini isteyebilir. Bu hâlde İcra ve İflâs Kanununun 179 ilâ 179/b maddeleri uygulanır.

İflâsın ertelenmesi dört temel kural içermektedir. Bunlardan birincisi bir iyileştirme projesi bağlamında iflâsın ertelenmesidir. İkinci kural, iyileştirme projesinin emredici nitelikteki içeriği ile ilgilidir. Projede öngörülen denetçi önerilerinin yer alması ve bu önerilere uygun gerçekçi kaynakların gösterilmiş olması şarttır. Denetçinin önerileri erken teşhis komitesinin önerileri dikkate alınarak hazırlanmış olmalıdır. Proje sahiplerini bir tarafa bırakıp kendi önerilerini projeye koyamazlar. Ayrıca projenin önerilerinin gerçekleştirilmesi için gerekli nesnel kaynakları göstermesi ve bunlar içinde öz kaynakların da bulunması gereklidir. Kanun, iflâs konumunda bulunan bir anonim şirketin öz kaynak sağlanarak, yani pay sahiplerinin sermaye, hatta nakdî sermaye katkılarıyla bu konumdan çıkabileceği düşüncesinden hareket etmiştir. Fedakârlık pay sahiplerinden gelmelidir. Aksi halde erteleme, alacaklıları oyalayan bir araca dönüşür.

İcra ve İflâs Kanununun 179'uncu maddesinin birinci fıkrasına gönderme yapılmasının birinci sebebi her iki hükmün birlikte uygulanmasını sağlamak, ikincisi ise İcra ve İflâs Kanununda proje için aranan şartların Ticaret Kanunu için de geçerli olduğunu belirtmektir. Üçüncü kural uyarınca mahkeme iflâsın ertelenmesi talebi üzerine kayyımı derhal atamalıdır. Kararla şirket müflis hâle gelir. Dördüncü kural, erteleme halinde mahkemenin önlemler alması ve kayyımın her üç ayda bir rapor vermesidir.

4.İflâs Ertelemesinde Kayyıma Yapılan Ödemeler

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 6' ncı maddesinde; kurumlar vergisinin mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safî kurum kazancı üzerinden hesaplanacağı, safî kurum kazancının tespitinde, Gelir Vergisi Kanununun ticarî kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 61. maddesinde,

"Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.

Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez."

hükmü yer almıştır.

Aynı Kanunun 94'üncü, Kurumlar Vergisi Kanununun ise 15. maddesinin birinci fıkralarında; kamu idare ve kuruluşları, iktisadi kamu kuruluşları, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım

fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçilerin, söz konusu maddelerde bentler halinde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir ve kurumlar vergilerine mahsuben tevkifat yapmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Anılan Kanunun 96'ncı maddesinde, "Vergi tevkifatı, 94'üncü madde kapsamına giren nakden veya hesaben yapılan ödemelere uygulanır. Bu maddede geçen hesaben ödeme deyimi, vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenleri istihkak sahiplerine karşı borçlu durumda gösteren her türlü kayıt ve işlemleri ifade eder" denilmiş, 98. maddede "94'üncü madde gereğince vergi tevkifatı yapmaya mecbur olanlar bir ay içinde yaptıkları ödemeler veya tahakkuk ettirdikleri karlar ve iratlar ile bunlardan tevkif ettikleri vergileri ertesi ayın yirmi üçüncü günü akşamına kadar, ödeme veya tahakkukun yapıldığı yerin bağlı olduğu vergi dairesine bildirmeye mecburdurlar" hükmü yer almıştır.

Bu hüküm ve açıklamalara göre, iflas erteleme nedeniyle atanan kayımlara Asliye Ticaret Mahkemesi aracılığı ile yapılan aylık ödemelerin ücret ödemesi olarak değerlendirilmesi ve Gelir Vergisi Kanununun 61, 94, 103 ve 104. maddeleri gereğince gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması gerekmektedir.

Öte yandan, 488 sayılı Damga Vergisi Kanununun 1. maddesinde, bu Kanuna ekli (1) sayılı tabloda yazılı kâğıtların damga vergisine tabi olduğu; 3. maddesinde, damga vergisinin mükellefinin kâğıtları imza edenler olduğu, resmi dairelerle kişiler arasındaki işlemlere ait kâğıtların damga vergisini kişilerin ödeyeceği; 8. maddesinde, bu Kanunda yazılı resmi daireden maksadın, genel ve özel bütçeli idarelerle, il özel idareleri, belediyeler ve köyler olduğu, bu dairelere bağlı olup ayrı tüzel kişiliği bulunan iktisadi işletmelerin resmi daire sayılmayacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Kanuna ekli (1) sayılı tablonun "IV. Makbuzlar ve diğer kağıtlar" başlıklı bölümünün 1/b fıkrasında, "Maaş, ücret, gündelik, huzur hakkı, aidat, ihtisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, harcırah, tazminat ve benzeri her ne adla olursa olsun hizmet karşılığı alınan paralar (avans olarak ödenenler dahil) için verilen makbuzlar ile bu paraların nakden ödenmeyerek kişiler adına açılmış veya açılacak cari hesaplara nakledildiği veya emir ve havalelerine tediye olunduğu takdirde nakli veya tediye temin eden kağıtlar" ın nispi damga vergisine tabi olduğu hükme bağlanmıştır.

Buna göre Damga Vergisi Kanununun 8. maddesi kapsamında resmi daire olan asliye ticaret mahkemelerine yapılan ödemeler nedeniyle damga vergisi kesintisi yapılmayacak, ancak ilgili mahkemeler tarafından kişi konumundaki kayımlara yapılacak ödemeler sırasında düzenlenen kâğıtların Kanuna ekli (1) sayılı tablonun IV/1-b fıkrası uyarınca damga vergisine tabi tutulması ve verginin ilgili mahkeme tarafından kesinti suretiyle tahsil edilerek ödenmesi gerekmektedir.

5.Sonuç

İflas erteleme dört temel kuralı içermektedir.

İyileştirme projesi, iyileştirme projesinin emredici nitelikteki içeriği, kayyumun atanması ve mahkemenin önlemler alması.

Ayrıca iflas erteleme için borca batıklık durumu, iyileştirmenin mümkün olması ve alacaklıların haklarının korunması gerekir.

İflas ertelemesi nedeniyle atanan kayyımlara Asliye Ticaret Mahkemesi aracılığı ile yapılan aylık ödemelerin ücret ödemesi olarak değerlendirilmesi ve Gelir Vergisi Kanununun 61, 94, 103 ve 104. maddeleri gereğince gelir vergisi tevkifatına tabi tutulması gerekmektedir.

Ayrıca Damga Vergisi Kanununun 8. maddesi kapsamında resmi daire olan asliye ticaret mahkemelerine yapılan ödemeler nedeniyle damga vergisi kesintisi yapılmayacak, ancak ilgili mahkemeler tarafından kişi konumundaki kayyımlara yapılacak ödemeler sırasında düzenlenen kâğıtların Kanuna ekli (1) sayılı tablonun IV/1-b fıkrası uyarınca damga vergisine tabi tutulması ve verginin ilgili mahkeme tarafından kesinti suretiyle tahsil edilerek ödenmesi gerekmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 31.07.2016 tarih ve 29787 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin "iflas erteleme" başlıklı 4'üncü maddesinde "olağanüstü halin devamı süresince, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179'uncu maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilir" düzenlemesine yer verilerek, olağanüstü hal devam ettiği sürece iflas erteleme talebinde bulunulamayacağı belirtilmiştir.

Kaynakça

- 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname
- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
- 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu

DANIŞTAY KARARI

SAHTE FATURA

T.C. DANIŞTAY DOKUZUNCU DAİRE Esas No : 2015/8404 Karar No : 2015/12121

Özet: Vergilendirme işlemi yapılırken, kanuna uygun olarak biçimlendirilen muamelelerin bu biçimselliğinin ötesine geçilerek muamelenin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkinin gerçek mahiyetinin araştırılması gerektiği; davacıya fatura düzenleyen mükellefin; ihtilaflı dönemlerde faaliyet göstermediği ve gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasında bulunmaksızın sahte fatura düzenlediği hususu somut bir şekilde ortaya konulamamış olduğundan davacının bu mükelleften aldığı faturalar nedeniyle tarh edilen vergi ziyayı cezalı katma değer vergisinde ve davanın bu kısmını reddeden vergi mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hk.

213/md.3

İstemin Özeti: Davacı adına Bornova Vergi Dairesi Müdürlüğünün 0190507800 vergi numaralı mükellefi Ltd. Şti.'nden alınan faturaların sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2009/Ocak-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile Ekim-Aralık dönemleri için tekerrür hükümleri uygulanmak suretiyle tüm dönemler için kesilen bir kat vergi ziyayı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; kısmen kabul eden, kısmen reddeden İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 05/06/2015 tarih ve E:2014/1675, K:2015/859 sayılı kararının; taraflarca dilekçelerde ileri sürülen sebeplerle karşılıklı olarak bozulması istenilmektedir.

Cevapların Özeti: Davacı tarafından cevap verilmemiştir. Davalı idarenin cevabı yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi'nin Düşüncesi: Davacıya fatura düzenleyen Ltd. Şti. vergi tekniği raporunda yer alan tespitlerden, düzenlediği faturaların ilişkin somut herhangi bir tespit bulunmadığı anlaşıldığından, Vergi Mahkemesi kararının bir kat vergi ziyayı cezalı tarhiyata ilişkin hüküm fıkrasının bozulması, ilişkin hüküm fıkrasının ise onanması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince dava dosyasının tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin gereği görüldü;

Uyuşmazlık; davacı adına,Ltd. Şti.'nden alınan faturaların sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2009/Ocak-Aralık dönemleri için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile Ekim- Aralık dönemleri için tekerrür hükümleri uygulanmak suretiyle tüm dönemler için kesilen bir kat vergi ziyayı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı vergi ziyayı cezasının tekerrür uygulanan kısmı yönünden kabul eden, diğer kısım yönünden reddeden vergi mahkemesi kararının taraflarca bozulması istemine ilişkindir.

Davalı tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar vergi mahkemesi kararının vergi ziyayı cezasının tekerrür uygulanan kısmına ilişkin hüküm fıkrasını kusurlandıracak nitelikte görülmemiştir.

Vergi Mahkemesi kararının Ltd. Şti. 'nden alınan faturalardan kaynaklanan hüküm fıkrasına yönelik davacı temyiz istemine gelince;

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 1/(a) bendinde; mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3. maddesinin (B) bendinde; vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, ancak vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan madde hükümlerinin değerlendirilmesinden, **vergileendirme işlemi yapılırken, Kanuna uygun olarak biçimlendirilen muamelelerin bu biçimselliğinin ötesine** geçilerek muamelenin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkinin gerçek mahiyetinin araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanun, gerçek mahiyetin ortaya çıkarılmasında yemin hariç her türlü delile izin vermiştir. Bu deliller, tarafların ikrarı, vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan tanık ifadesi, muamelenin taraflarının ekonomik ve ticari konumları, işyerlerinin durumu, arandığında bulunup bulunamamasına ilişkin tespitler olabilir.

..... Ltd. Şti. hakkında düzenlenen 23.10.2013 tarih ve VDNR-2013-A-1902/31 sayılı vergi tekniği raporunda; mükellef şirketin 3.12.2008 tarihinde atık ve hurda toptan ticareti ile iştigal etmek üzere mükellefiyet tesis ettirdiği, şirket ortaklarının ortağı oldukları diğer şirketler hakkında sahte belge düzenlemekten dolayı raporlar bulunduğu,

şirket adresinde 9.1.2008 tarihinde yapılan yoklamada iş yerinin 500 m2 olup 50 m2'lik kısmının büro olarak kullanıldığı,

aylık kirasının 400,00 TL olduğu, asgari ücretli 1 çalışanın bulunduğu, emtia bulunmadığı ancak demirbaş olarak bir adet vinç, 2 bilgisayar, telefon ve faks bulunduğu hususunun tespit edildiği,

20.10.2009 tarihli yoklamada şirketin adreste faal olduğu, 8 işçi çalıştırdığı ve başka bir şube veya deposunun bulunmadığı, 11.5.2011 tarihli yoklamada adreste faal olup 9 işçinin çalıştığı, aylık kirasının 500,00 TL olduğu deposunun bulunmadığı, aynı adreste Ltd. Şti.'nin de faaliyet gösterdiği,

20.2.2012 tarihli yoklamada adreste 11.10.2011 tarihinden bu yana başka bir mükellefin faaliyette bulunduğu hususlarının tespit edildiği, defter tasdikine ilişkin bilgi bulunmadığı, vadesi geçmiş toplam 488.343,97 TL vergi borcu bulunduğu ancak 14.196,71 TL ödeme yapıldığı,

2010 yılı 48.777.560,20 TL katma değer vergisi matrahına karşılık, indirilecek katma değer vergisi nedeniyle ödenmesi gereken katma değer vergisinin 1.392,42 TL çıktığı, Ba-Bs analizi sonucu, 2010 yılında mal/hizmet alışlarının % 99'luk kısmının toplam 3 mükelleften olduğu ve bunlar hakkında ilgili dönemde sahte belge düzenledikleri yönünde tespitler bulunduğu veya özel esaslara tabi olduğu,

2008/Aralık döneminden itibaren beyannamelerini veren muhasebecinin İzmir SMMM Odası ile yapılan yazışma neticesinde oda kaydının bulunmadığının anlaşıldığı, amortismanlarının artma veya azalma olmadan sürekli 1.000,00 TL olmasına rağmen 2010 yılı cirosunun 48.777.560,20 TL olduğu hususlarının tespit edildiği ve **sahte fatura düzenlevicisi olduğu sonucuna varıldığı anlaşılmıştır.**

Olayda, davacıya fatura düzenleyen mükellefin; *ihtilaflı dönemlerde faaliyet göstermediği ve gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasında bulunmaksızın **sahte fatura düzenlediği hususu somut bir şekilde ortaya konulamamış olduğundan** davacının bu mükelleften aldığı faturalar nedeniyle tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer vergisinde ve davanın bu kısmını reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*

Açıklanan nedenlerle, davalı idare temyiz isteminin reddine, davacı temyiz isteminin kabulüne, İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 05/06/2015 tarih ve E:2014/1675, K:2015/859 sayılı kararının re'sen tarh edilen katma değer vergisi ve kesilen bir vergi ziyai cezasına ilişkin hüküm fıkrasının bozulmasına, vergi ziyai cezasının tekerrür uygulanan kısmına ilişkin hüküm fıkrasının ise onanmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 27/10/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İLGİLİ TABLOSUNDA/SATIRINDA GÖSTERİLMİYEN ÖDENEN GEÇİCİ VERGİLER GELECEK YILLARDA DA VERGİ BORÇLARINA MAHSUP EDİLEBİLİR Mİ?

Dilşah VAROL
Vergi Müfettişi

Özet

Ödenen geçici vergi tutarının, geçici verginin ilgili olduğu döneme ilişkin olarak verilen beyanname üzerinden hesaplanan gelir veya kurumlar vergisinden fazla olması halinde, mahsup edilemeyen tutar mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilmektedir. Bu geçici vergileri ilgili yılın gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinde ilgili satırda göstermeyi unuttukları veya eksik gösterdikleri takdirde, ödenen söz konusu geçici vergilerin nakden veya mahsuben iadesi için başvuruda bir süre sınırlaması var mıdır, varsa bu süre ne kadar olacaktır?

252 nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile getirilen bir yıllık sınırlamanın fonksiyon gaspı olduğu makalemizde ayrıntılı işlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ödenen geçici verginin mahsubu, geçici verginin mahsubunda süre sınırı, 252 nolu Gelir Vergisi Tebliği.

1. Giriş

213 sayılı Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 120. maddesi ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 32. maddesi gereğince gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri geçici vergi ödemektedirler. Yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir veya kurumlar vergisinden ilgili hesap dönemine ilişkin geçici vergi dönemlerinde ödenen geçici vergiler mahsup edilebilmekte olup, ancak mahsup işleminin yapılabilmesi için, tahakkuk ettirilmiş geçici verginin ödenmiş olması gerekmektedir. Geçici vergi dönemleri itibarıyla tahakkuk ettirilmiş fakat ödenmemiş bulunan geçici verginin yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir veya kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkün değildir.

Üçer aylık dönemler halinde tahakkuk ettirilerek tahsil edilen geçici vergi, yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edildikten sonra mahsup edilemeyen tutar mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilir. Bu mahsuplara rağmen kalan geçici vergi tutarı o yılın sonuna kadar yazılı olarak talep edilmesi halinde mükellefe red ve iade edilir (GVK mükerrer 120). Bu esaslar kurumlar vergisi mükellefleri açısından da geçerlidir.

Yukarıda bahsedilen konuya ilişkin çok sayıda makale yazılmış olmakla beraber bizim bu makalede asıl üzerinde durmak istediğimiz konu, ödenen geçici vergilerin ilgili yıldan sonraki yıllarda da vergi borçlarına mahsup edilip edilemeyeceği üzerine olacaktır. Bu konuda verilmiş yargı kararı da göz önünde bulundurularak kanun metni ve konuya ilişkin çıkarılmış olan tebliğ irdelenecektir.

2. Yasal Mevzuat

GVK'nın mükerrer 120. maddesinde "Ticari kazanç sahipleri (basit usulde vergilendirilenler hariç) ile serbest meslek erbabı cari vergilendirme döneminin gelir vergisine mahsup edilmek üzere, bu Kanunun ticari veya mesleki kazancın tespitine ilişkin hükümlerine göre (indirim ve istisnalar ile Vergi Usul Kanununun değerlemeye ait hükümleri de dikkate alınarak) belirlenen ilgili hesap döneminin altışar aylık kazançları (42'nci madde kapsamına giren kazançlar ile noterlik görevini ifa ile mükellef olanların bu işlerden sağladıkları kazançlar hariç) üzerinden

103'üncü maddede yer alan tarifenin ilk gelir dilimine uygulanan oranda geçici vergi öderler. Geçici vergi matrahının hesaplanmasında dönem sonu mal mevcutları, kayıtlar üzerinden tespit edilebilir.

Bakanlar Kurulu geçici vergi dönemlerini üç aya indirmeye, geçici verginin beyan süresini üç aylık dönemi izleyen ikinci ayın ondördüncü, ödeme süresini ise onyedinci günü akşamı olarak belirlemeye yetkilidir.

Hesaplanan geçici vergi, altı aylık dönemi izleyen ikinci ayın ondördüncü günü akşamına kadar bağlı olunan vergi dairesine beyan edilir ve onyedinci günü akşamına kadar ödenir. Aynı dönem içinde tevkif edilmiş bulunan gelir vergisi (42'nci maddede belirtilen kazançlardan yapılan tevkifat hariç) hesaplanan geçici vergiden mahsup edilir.

Yapılan incelemeler sonucunda, geçmiş dönemlere ait geçici verginin %10'u aşan tutarda eksik beyan edildiğinin tespiti halinde, eksik beyan edilen bu kısım için re'sen veya ikmalen geçici vergi tarh edilir. Mahsup süresi geçtikten sonra, kesinleşen geçici vergiler terkin edilir, ancak gecikme faizi ve ceza tahsil edilir.

Bir önceki takvim yılında altışar aylık dönemler halinde tahakkuk ettirilerek tahsil edilen geçici vergi, yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilir. Mahsup edilemeyen tutar, mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilir. Bu mahsuplara rağmen kalan geçici vergi tutarı, o yılın sonuna kadar yazılı olarak talep edilmesi halinde mükellefe red ve iade edilir.

işin bırakılması halinde, işin bırakıldığı dönemi izleyen dönemlerde geçici vergi ödenmez. Geçici vergi uygulamasına ilişkin usuller Maliye Bakanlığı'nca tespit edilir."

Yukarıda yer alan kanun metninin son bendine dayanarak maliye bakanlığının yayınladığı 252 nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile ödenen geçici verginin mahsup ve iadesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Aşağıda söz konusu tebliğin ilgili bölümleri ele alınarak, kanuna uygunluğu tartışılacaktır.

2.1. Yıllık Beyanname Üzerindeki Mahsup

Yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir veya kurumlar vergisinden ilgili hesap dönemine ilişkin geçici vergi dönemlerinde ödenen geçici vergiler mahsup edilebilmektedir. Ancak, mahsup işleminin yapılabilmesi için, tahakkuk ettirilmiş geçici verginin ödenmiş olması gerekmektedir. Geçici vergi dönemleri itibarıyla tahakkuk ettirilmiş fakat ödenmemiş bulunan geçici verginin yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir veya kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkün değildir.

Tahakkuk ettirilmiş ancak ödenmemiş olması dolayısıyla yıllık beyanname üzerinden hesaplanan vergiden mahsup imkanı bulunmayan geçici vergi tutarları terkin edilir. Terkin edilen geçici vergi tutarı için vade tarihinden terkin edilmesi gereken tarih olan yıllık beyannamenin verilmesi gereken kanuni sürenin başlangıç tarihine kadar gecikme zammı uygulanmaktadır.

Mahsup işleminin yapılabilmesi için yazılı başvuru şartı aranmaz. Söz konusu mahsup işlemi 6183 sayılı Kanun'un 47'nci maddesi hükmü de dikkate alınarak ilgili vergi dairesince re'sen yapılmaktadır.

2.2. Mahsup Sonrası Kalan Kısımın İadesi

2.2.1. Mahsuben İade:

Üçer aylık dönemler halinde tahakkuk ettirilerek tahsil edilen geçici vergi, yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edildikten sonra mahsup edilemeyen tutar mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilir. Bu mahsuplara rağmen kalan geçici vergi tutarı o yılın sonuna kadar yazılı olarak talep edilmesi halinde mükellefe red ve iade edilir (GVK mükerrer 120). Bu esaslar kurumlar vergisi mükellefleri açısından da geçerlidir.

Ödenen geçici vergi tutarının, geçici verginin ilgili olduğu döneme ilişkin olarak verilen beyanname üzerinden hesaplanan gelir veya kurumlar vergisinden fazla olması halinde, mahsup edilemeyen tutar mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilmektedir.

Mahsup işlemi yıllık beyannamenin verildiği tarih esas alınarak yerine getirilir. Mahsubu yapılacak vergi borçları için vade tarihinden, yıllık beyannamenin verildiği tarihe kadar gecikme zammı uygulanmaktadır (Bu tarihten sonra vergi borcu için gecikme zammı uygulanmaz).

2.2.2. Nakden İade:

Mahsup sonucu iadesi gereken miktarın bulunması ve bu tutarın beyannamenin ilgili tablosuna yazılmış olması mükellefçe yazılı olarak yapılmış iade talebi olarak kabul edilir. Yıllık beyannamenin ilgili tablosunda/satırında gösterilmeyen geçici verginin mahsuben veya nakden iade edilebilmesi için o yılın sonuna kadar yazılı olarak başvurulması gerekmektedir.

Ancak 10.10.2013 tarihinden itibaren 429 no'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile, iade hakkı doğuran işlemler nedeniyle nakden veya mahsuben yapılacak iade taleplerinin internet vergi dairesi üzerinden elektronik ortamda, Tebliğ ekindeki standart dilekçeler kullanılmak suretiyle yapılacağı düzenlenmiştir [Geçici vergiden doğan gelir veya kurumlar vergisinin nakden veya mahsuben iadesine ilişkin talepler için Gelir/Kurumlar Vergisi İade Talep Dilekçesi (1B)].

Geçici verginin gerek mahsuben gerekse nakden iadesinde herhangi bir tutar sınırlaması olmayıp, geçici verginin ödenmiş olması yeterlidir. Geçici vergiye ilişkin iade taleplerinde teminat ve inceleme raporu aranmamaktadır.

3.Yıllık Beyannamenin İlgili Tablosunda Gösterilmesi Unutulması Durumunda Bir Yıllık Sınırlama

Mükelleflerin ödemiş oldukları geçici vergileri ilgili yılın gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinde ilgili satırda göstermeyi unuttukları veya eksik gösterdikleri takdirde, ödenen söz konusu geçici vergilerin nakden veya mahsuben iadesi için başvuruda bir süre sınırlaması var mıdır, varsa bu süre ne kadar olacaktır?

Söz konusu duruma ilişkin mahkeme kararlarını incelediğimizde Danıştay Dördüncü Dairesinin 10.04.2012 tarih ve 2009/208 esas, 2012/1313 karar nolu kararında, Davacı tarafından verilen 2004 yılı kurumlar vergisi beyannamesinde ödenecek vergi çıkmaması nedeniyle mahsup edilemeyen 2004 dönemine ilişkin geçici vergilerin 2006/10'uncu dönem gelir (stopaj) vergisinden mahsup talebinin reddi üzerine adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesinin kararı temyiz edilmiştir.

Dava konusu yapılan söz konusu olayda X Anonim Şirketi 2004 yılına ilişkin ödemiş olduğu geçici vergileri ilgili yılın kurumlar vergisi beyannamesinin ilgili satırında göstermemiştir. Daha sonra 2006/10'uncu döneminin gelir (stopaj) vergisinden mahsubu için, 30.10.2006 tarihinde düzeltme beyannamesi vererek ilgili satırında göstermiştir. Ancak idare 252 nolu Gelir Vergisi

Genel Tebliği'nin Geçici Vergi Mahsubu ve İadesini düzenleyen 2 nci bölümünün Diğer Vergi Borçlarına Mahsup veya Nakden İade başlıklı 3 üncü bölümünü dayanak göstererek mahsup talebini reddetmiştir. Tebliğin ilgili bölümünde, "yıllık beyannamenin ilgili tablosunda/satırında gösterilmeyen geçici verginin mahsuben veya nakden iade edilebilmesi için o yılın sonuna kadar yazılı olarak başvurulması gerekmektedir." ifadesi yer almaktadır. İdare de bunu dayanak göstererek 2006 yılındaki düzeltmeyi dikkate almamıştır. Tekirdağ Vergi Mahkemesine açılan davada mahkeme 02.09.2008 tarih ve E:2008/223, K:2008/ 784 sayılı kararında idarenin işlemini yerinde görmüştür.

Davacı X Anonim Şirketi temyize gitmiştir. Danıştay Dördüncü Dairesinin 10.04.2012 tarih ve 2009/208 esas, 2012/1313 karar nolu kararında ortaya koyduğu tespitler ve verdiği karar Maliye Bakanlığı ve mükellefler için önem arz etmektedir. Danıştay ilgili kararında özetle, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 120. maddesinin son fıkrasında, geçici vergi uygulamasına ilişkin usullerin belirlenmesinde Maliye Bakanlığı yetkili kılınmış ise de, söz konusu yetkinin mahsup talebinin nereye ve nasıl yapılacağı, mahsup talebinde hangi belgelerin aranılacağı gibi düzenlemelerle sınırlı olup, hakkın özüne dokunabilecek bir düzenlemenin tebliğ ile yapılması söz konusu olamaz.

Aksi düşünce, yani kanunla düzenlenmesi zorunlu olan bir konunun tebliğ ile düzenlenmesi, olayda olduğu gibi kanunda öngörülmemiş bir sınırlamanın tebliğ ile getirilmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine ters düşeceği gibi, fonksiyon gaspına da yol açacağı kuşkusuzdur.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 120. maddesinde, geçici verginin yıllık beyanname üzerinden hesaplanan vergiden mahsup imkanı bulunmaması ve diğer vergi borçlarına da mahsup edilmesine rağmen kalan tutarın iadesi için o yılın sonuna kadar bir süre öngörülmüş olup, mahsup talebi herhangi bir süreyle sınırlandırılmamıştır.

Yürürlükte bulunan vergi kanunlarında mahsup talepleri konusunda herhangi bir süre sınırlaması öngörülmediğinden, bu tür taleplerin, vergi kanunlarındaki genel zamanaşımı süresi içerisinde her zaman yapılabileceğinin kabulü zorunludur. Bu durumda, kanunda öngörülmemiş bir süre sınırlaması getiren tebliğe istinaden davacının mahsup talebinin kabul edilmemesinde ve bu nedenle düzenlenen ödeme emrinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Danıştayın yukarıda özeti yer alan kararında mükellef kurum X Anonim Şirketinin 2004 yılında ödemiş olduğu ancak kurumlar vergisi beyannamesinin ilgili satırında göstermediği geçici vergiyi 2006 yılında düzeltme beyannamesi vererek 2006 yılı vergilerine mahsubunun yapılabileceğini, bir yıllık süre sınırlamasının sadece mahsup imkânı kalmayan geçici vergilerin nakden iadeleri için geçerli olduğuna karar vermiştir.

4.Bakanlığın 252 No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği Bir Fonksiyon Gaspı mıdır?

Öncelikle konunun daha açık anlaşılabilmesi için idare hukukunda fonksiyon gaspı ne anlama gelmektedir, buna kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Yine tam da bu noktada Hans Kelsen'in hukuk normları hiyerarşisini kısaca hatırlayacak olursak, kurallar arasında Anayasa, Kanun, KHK, tüzük, yönetmelik (düzenleyici idari işlemler) şeklinde bir kurallar hiyerarşisi mevcuttur. Kanun, Anayasaya, KHK ise, hem dayandığı kanuna hem de Anayasaya aykırı olamaz. Tüzük kanuna, yönetmelik de kanun ve tüzüğe aykırı olamaz. Tebliğ genelge gibi yönetmelik hükmündeki düzenlemeler de kanuna (ve tüzüğe) aykırı olamaz.

Fonksiyon gaspı (usurpation des fonctions), idarenin yasama veya yargı organlarının görev alanına giren konularda işlem yapması durumunda ortaya çıkan sakatlıktır. Bazıları buna Türkçe'de görev gaspı diyor. Fonksiyon (görev) gaspı idarenin yasama ve yargı fonksiyonunu

gasp etmek üzere iki şekilde olur. Bizim konumuz açısından idarenin yasama fonksiyonunu gasp etmesi söz konusu olmuştur. Öyle ki, bir idari makam yasama organının yetki sahasına giren bir konuda işlem tesis edemez. Yani idari makamlar normalde kanunla veya parlamento kararıyla yapılması gereken işlemleri idari işlem olarak yapamazlar. İdare hukukunda bu işlemler yok hükmünde değerlendirilmektedir.

Bu bilgiler ışığında yukarıda yer verdiğimiz kanun metnini tekrar hatırlayacak olursak, GVK Mük. 120/5. "Bir önceki takvim yılında altışar aylık dönemler halinde tahakkuk ettirilerek tahsil edilen geçici vergi, yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilir. Mahsup edilemeyen tutar, mükellefin diğer vergi borçlarına mahsup edilir.

Bu mahsuplara rağmen kalan geçici vergi tutarı, o yılın sonuna kadar yazılı olarak talep edilmesi halinde mükellefe red ve iade edilir." düzenlemesi yer almaktadır. Kanun metninde ödenen geçici vergiler için iade talebinin o yılın sonuna kadar yapılması açıkça belirtilmişken, mahsup işlemlerinin hangi süre içerisinde talep edilebileceği ile ilgili bir süre sınırlamasına yer verilmemiştir. Oysa tebliğ yukarıda açıklandığı üzere mahsup talebi içinde bir yıllık süre sınırlaması getirmiştir.

Dolayısıyla kanunla getirilmeyen bir sınırlamanın tebliğle getirilmesi durumu ortaya çıkmıştır ki, bu durum yukarıda da açıklandığı üzere kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun tebliğle düzenlemesi, yani yürütmenin yasama yerine geçmesi demek olur ve bu da fonksiyon (görev) gaspına girmektedir. Bu gibi durumlarda yapılan işlemler yoklukla malül olmaktadır.

5. Değerlendirme

Gerek vergi incelemelerinde (VUK 140/5. madde gereğince) gerekse vergi dairelerinin yaptığı işlemlerde Genel Tebliğler bağlayıcı olup, uygulamaya yön veren önemli düzenlemelerdir. Tebliğ ile yapılan düzenlemenin sınırını, bu düzenlemenin dayanağı olan yetki belirler. Yani Tebliğin sınırı kanunun verdiği yetki ile sınırlı olmak zorundadır. Kanun maddesinde verilen yetkinin, verginin esas noktalarına değil, ikincil (tali) noktalarına yönelik ve çok sınırlı bir yetki olduğunu kabul etmek gerekir. Bu, verginin kanuniliği ilkesinin de bir gereğidir.³ Aksi takdirde idare kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu Tebliğle düzenlemiş olur ki, bu da yürütmenin yasama yerine geçerek işlem yaması demektir. Yukarıda açıkladığımız üzere bu bir fonksiyon (görev) gaspı olacaktır.

Makalemizin önceki bölümlerinde açıklandığı üzere 252 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin Geçici Verginin Mahsubu ve İadesini düzenleyen 2'nci bölümünün Diğer Vergi Borçlarına Mahsup veya Nakden İade başlıklı 3'üncü bölümünde mahkeme kararıyla da sabit olduğu üzere hukuka uygunluk bakımından problem arz etmektedir. Hem vergi dairesinin yaptığı işlemlerin sakat olmaması, hem de mükellefler için kanun metni ile tebliğ arasında sıkışmamaları adına, bugünlerde hazırlanan yeni Gelir Vergisi Taslağında mevcut mükerrer 120. maddenin yerini alacak yeni maddenin söz konusu durumu göz önüne alarak düzenlenmesi gerekmektedir.

6. Sonuç

Mahkemelerin bazı dava konusu işlemlere ilişkin vermiş oldukları kararlarında her ne kadar aynı konuya ilişkin idarenin lehine ve aleyhine olmak üzere farklı kararlar verdiklerine rastlasak da, Bakanlığın tebliğ çıkarırken bu kararları göz önünde bulundurmalarında yarar olduğunu düşünüyoruz. Yine inceleme elemanları için de mahkeme kararlarının mümkün olduğunca okunarak kanunlara bir de yargının gözünden bakarak farklı bakış açıları elde edecekleri malumdur.

252 nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin Geçici Verginin Mahsubu ve İadesini düzenleyen 2'nci bölümünün Diğer Vergi Borçlarına Mahsup veya Nakden İade başlıklı 3'üncü bölümünde yer alan düzenleme kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun tebliğle düzenlenmesi yürütmenin yasama yerine geçmesi olmuştur ki, bu durumun fonksiyon gaspı olduğu makalemizde ayrıntılı işlenmiştir. Mevcut durumun düzeltilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ya önümüzdeki günlerde çıkarılması düşünülen Gelir Vergisi Kanunu Taslağında gerekli düzenlemeler yapılmalı ya da yeni bir tebliğ çıkarılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kaynakça

- 252 Seri Numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliği
- 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu
- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
- Baykara, Bekir; "Vergi Kanunları ile İlgili Genel Tebliğler ve İç Genelgelerin Hukuki Anlamı ve Değeri, Vergi Dünyası Dergisi, Sayı:242, Ekim-2001, ss.13-14
- Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Derneği, Vergi İhtilaflarında Örnek Danıştay Kararları 1. Cilt-Eylül, 2014, İstanbul, Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Derneği Yay. 2014, s.287.
- Gözler, Kemal; İdare Hukuku Dersleri 6. Baskı, Ekim 2007 Bursa, Ekin Kitapevi Yay. S.307
- GVK 242 Seri Nolu Genel Tebliğ

İMHA EDİLEN MALLARA İLİŞKİN KDV DÜZELTMESİ

Nihat Ceylan /YMM

Özellikle gıda sektöründe ve ilaç sanayiinde sıklıkla kullanılan ve kendi mevzuatlarına göre imhası gereken mallara ilişkin vergisel düzenlemeler öncelikle 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) Kıymeti Düşen Mallar başlığını taşıyan 278. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre “Yangın, deprem ve su basması gibi âfetler yüzünden veyahut bozulmak, çürümek, kırılmak, çatlamak, paslanmak gibi haller neticesinde iktisadî kıymetlerinde önemli bir azalış vâki olan emtia ile maliyetlerinin hesaplanması mûtat olmayan hurdalar ve döküntüler, üstüpu, deşe ve ıskartalar emsal bedeli ile değerlendirir” hükmü caridir.

Diğer yandan bu türden malların emsal bedeli ile değerlemesi yapılırken VUK md 267’de yer alan ilk sıra ortalama fiyat esası ve ikinci sıra maliyet bedeli esasına uygulama imkansızlığı nedeniyle üçüncü sıra takdir esasına göre, takdir komisyonu marifetiyle değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Katma Değer Vergisi (KDV), harcamalar üzerinden alınan bir işlem (muamele) vergisi olma özelliği gereği, mal veya hizmetin üretim ya da ithalinden tüketiciye intikaline kadar olan her aşamada hesaplanan vergi tutarından, o mal veya hizmetin tedarikinde ödenen verginin düşülmesi esasına dayanarak uygulanır. İndirim sistemi adı verilen bu model, malın el değiştirdiği her aşamada katma değer yaratılması durumunda uygulanmaktadır.

Mal veya hizmetin en son aşamada; yani, nihai tüketiciye ulaşması aşamasında indirim sistemi sona ermekte ve vergi yükü tüketici üzerinde kalmaktadır.

Ancak, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30'uncu maddesinin (c) bendinde sayılan ve madde gerekçesinde de açıklanan zayı olan mallar hakkındaki indirim kısıtlaması, uygulamada ticarî hayatın gerçekleri ile çelişmekte ve indirim mekanizmasının firmalar aleyhine bozularak KDV'nin nihai tüketiciymiş gibi firmalar üzerinde kalmasına yol açmaktadır.

Firmaların faaliyetlerini sürdürürken son kullanma tarihinin dolması, çürüme, bozulma, hatalı üretim, kalite problemleri vb nedenlere tamamen kontrolleri dışında meydana gelen nedenlerden ötürü katlanmak zorunda kaldıkları imha edilmesi gereken ürünler nedeni ile bir de KDV düzeltmesi yapmak zorunda kalmaları, imha nedeni ile bir nevi cezalandırılmaları sonucunu doğurmaktadır.

Yapılan işin doğası gereği katlanılması zaruri olan ve tamamen firmaların kontrolü dışında olan nedenlerden ötürü imha edilmesi gereken ürünler nedeni ile KDV'nin düzeltilmesi, KDV'nin işleyiş mantığına aykırı olarak firmaları KDV'nin nihai yüklenicisi haline gelmektedirler.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin III-C-2.4. bölümünde konuya ilişkin Kullanım Süresi Geçen veya Kullanılamayacak Hale Gelen Mallara İlişkin Yüklenilen KDV'nin İndirimi başlığında;

“”””” Mükelleflerin faaliyetlerine ilişkin olarak stoklarında mevcut olan ancak kullanım süresi geçen veya bir başka nedenle kullanılamayacak durumda olan malların iktisabı dolayısıyla yüklenilen KDV'nin, 3065 sayılı Kanun'un (30/c) maddesi hükmü uyarınca indirim konusu yapılması mümkün değildir.

Söz konusu malların ilgili mevzuat uyarınca teşkil edilen resmi komisyonlar veya Takdir Komisyonu huzurunda imha edilmesi durumunda da bu mallara ilişkin yüklenilen KDV indirilemez.

Bu çerçevede, zayı olan mallara ait yüklenilen ve daha önce indirim konusu yapılan KDV'nin, imha tarihini kapsayan vergilendirme dönemine ait 1 No.lu

KDV Beyannamesinin “İlave Edilecek KDV” satırına dahil edilmek suretiyle indirim hesaplarından çıkarılması gerekmektedir”””””

hükmü yer almıştır.

Genel tebliğde belirtildiği şekilde KDV’nin düzeltilmesi KDV’de vergilendirme sisteminin mantığı ve indirim mekanizmasına aykırı bir düzenlemedir ve ticari hayat ile çelişen bu haksız uygulamanın düzeltilmesi Türkiye’de faaliyette bulunan/ faaliyette bulunmayı düşünen işletmeleri olumlu etkileyecek ve KDV’nin mantığı ile uyuşmayan haksız bir uygulamanın düzeltilmesini sağlayacaktır.

VUK’un 278’inci maddesine dayalı takdir komisyonu uygulamasının hızlı tüketim malları sektöründe uygulanmasının fiili imkansızlığının ortaya konması; birincil veya ikincil mevzuatta bu sorunu gidermeye yönelik ikincil araçların (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’ndan izin almış Atık Şirketlerinin teslim alma tutanakları vb.) dizayn edilmesi uygulamanın düzenlenmesine yardımcı olacaktır.

Diğer yandan 60 Nolu KDV sirkülerinde: Fire Sonucu Meydana Gelen Kayıplar başlığı altında aşağıdaki düzenleme yapılmıştır.

””””Fire, bir malın imalat sürecinde veya tüketiciye arzına kadar kendi doğal akışı içinde uğradığı fiziksel kayıp olarak tanımlandığından, imalat sırasında veya sonrasında meydana gelen firelerin zayi olan mal kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, daha önce indirim konusu yapılan KDV’nin de düzeltilmesine gerek yoktur. Ancak, yasal düzenleme veya ilgili mesleki kuruluşlar tarafından belirlenen fire miktarını aşan kayıplara ilişkin giderlerin, gelir veya kurumlar vergisi kanunlarına göre kazancın tespitinde indiriminin kabul edilmemesi halinde, bu giderler dolayısıyla yüklenilen KDV’nin de indirim konusu yapılması mümkün değildir. Sirkülerdeki düzenlemeye göre fire tanımı satış anına kadar kısım ile sınırlandırılmış olup, satıştan sonra raftan geri dönen ve aslında geri dönüş oranına göre fiyatlaması baştan yapılan geri dönüş ürünlerinin de zayi olan mal olarak değil, fire olarak kabul edilmesi ve KDV düzeltilmesi yapılmamalıdır.””””
DENİLMİŞTİR.

SONUÇ DEĞERLENDİRME

Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 30’uncu maddesinin (c) bendinde sayılan ve madde gerekçesinde de açıklanan zayi olan mallar hakkındaki indirim kısıtlaması, uygulamada ticarî hayatın gerçekleri ile çelişmekte ve indirim mekanizmasının firmalar aleyhine bozularak KDV’nin nihai tüketiciymiş gibi firmalar üzerinde kalmasına yol açmaktadır.

Yapılan işin doğası gereği katlanılması zaruri olan ve tamamen firmaların kontrolü dışında olan nedenlerden ötürü imha edilmesi gereken ürünler nedeni ile KDV’nin düzeltilmesi istenmektedir.

Maliye Bakanlığı- Vergi Konseyi tarafından KDV kanunun bütün paydaşlarından istenilen “Katma Değer Vergisi Kanunu Hakkında Görüş İsteme”-

çerçevesinde değerlendirilerek KDV’nin düzeltilmesi yerine ikincil mevzuatta belirtilen fire tanımını sadece satış anına kadar kısım ile sınırlandırmayıp, **- raf dönüşlerinin de kendi mevzuatlarınca imhası şartıyla zayi olan mal yerine üretim firesi olarak dikkate alınması sorunu ortadan kaldıracaktır.**

KEFALET SÖZLEŞMELERİ

Erol TÜRK
Avukat

Özet

Kefalet nedir, kefilliğin hukuksal niteliği nedir? Kefilin borcunun kaynağı nedir? Yasadan doğan kefillik ile sözleşmeden doğan kefilliğin ayrımı nedir? Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesinin farkları nelerdir? Başkasının borcunu üstlenen ve bu borcu ödeyen kimsenin ödediği borcu asıl borçludan tahsil edebilmesi için hangi yolları izlemesi gerekir? Makalemizde bu konuyu açıklamaya çalışacağız.

1. Kefilliğin Tanımı

Eski Borçlar Kanununda kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder şeklinde tanımlanıyordu. Ancak bu tanım yetersiz kalmakta ve kefilliğin hukuksal niteliğini yeteri kadar açık tanımlamamaktaydı.

Borçlar Kanununun kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanununda ise kefillik sözleşmesi ile kefil, üçüncü bir kişinin-asıl borçlunun- alacaklısına karşı, bunun borcunun ödenmesini sağlamak borcuna girer diye tanımlanmaktadır.

Yeni Borçlar Kanununda Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir şeklinde tanımlanmaktadır. Yasa metninde görüldüğü üzere bu tanım da kefalet sözleşmesinin hukuksal niteliğini yeterli şekilde açıklamaya yetmemektedir.

2. Kefilliğin Hukuksal Niteliği

a- Kefalet sözleşmesi ile kefil, alacaklı karşısında borçlu olur. Yapılan sözleşmede üçüncü şahıs asıl borçlunun borcunun ödenmesini garanti etmekte, daha doğrusu asıl borçlunun borcunu ödemeyi üstlenmektedir. Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile üçüncü şahıs arasında yapılır. Kefalet sözleşmesinin geçerli olması için asıl borçlunun sözleşmeye katılması gerekmez. Kefil asıl borçludan izin de almaz. Asıl borçlu istemese dahi kefil borç ödeme yükümlülüğü altına girer.

b- Kefilin borcu kanunda tarif edildiği üzere asıl borçlunun borcunun ödenmesini sağlamaya dayanır. Alacaklıya ödemede bulunan kefil, asıl borçlunun borcunu değil sözleşme ile taahhüt ettiği kendi borcunu ödemektedir. Bu durumda kefilin borcu sona erer, ancak asıl borç son bulmaz.

c- Kefalet sözleşmesinden doğan borcun nedeni, asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğü veya borç ödeme isteksizliğine karşılık, alacaklının alacağının sağlama alınması, asıl borcun güçlendirilmesidir.

d- Kefalet sözleşmesinde edimin konusu para borcunun ödenmesidir. Kefil asıl borçlunun edimini yerine getirememesi durumunda, alacaklıya karşı bir edimde bulunmayı yüklenir. Bu nedenle değeri para ile ölçülebilen bütün verme borçlarına, yapmama borçlarına ve hatta yapma borçlarına kefil olmak mümkündür.

e- Kefilin borcu fer'i borç-yan borç niteliklidir. Kefilin borcu asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Asıl borç yoksa kefillik de söz konusu olmaz. Asıl borç geçersizse kefillik de geçersizdir. Kefillik asıl borç ile aynı kaderi paylaşır. Asıl borç ödeme veya herhangi bir nedenle sona ermişse kefillik de sona erer. Kefaletten doğan alacak asıl alaktan bağımsız olarak takip konusu yapılamaz. Kefil, asıl borçluya ait tüm itiraz ve savunmaları alacaklıya karşı ileri

sürebilir. Kefillğin fer'i nitelikte bir borç olması sebebiyle alacaklı, asıl borcun yanı sıra kefillğin de varlığını kanıtlaması gerekir.

f- Kefilin borcunun ikincil nitelikte bir borç olması, özellikle adi kefalette kendini gösterir. Adi kefalette kural olarak asıl borçluya karşı takip yapıp semeresiz kalmadan kefile yönelmek mümkün değildir.

g- Kefalet sözleşmesi tek taraflı bir borç ilişkisi doğurur. Bu sözleşme ile alacaklı kefile karşı borç taahhüdü altına girmez. Yukarıda da açıkladığımız gibi kefalet sözleşmesi ile üçüncü şahıs, alacaklıya karşı asıl borçlunun borcunu yüklenmektedir. Kısaca kefalet sözleşmesi tek taraflı bir sözleşmedir. Kefil, alacaklının rızası olmadan sözleşmeden dönemez.

h- Kefilin borcu, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı olmakla birlikte, kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran sözleşmeden ayrı hukuksal nedeni olan bağımsız borç doğuran bir sözleşmedir. Asıl borç sözleşmeden, haksız eylemden, yasadan veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olabilir. Burada önemli olan kefilin alacaklıya asıl borcu ödemek için güvence vermesidir.

Kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi benzerlik arz etse de birbirinden farklıdır. Bu nedenle kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesini birbirine karıştırmamak gerekir.

3.Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun sözleşme ilişkisini kefillik mi yoksa garanti sözleşmesi mi olarak nitelendirmesinde başvurduğu ölçütlerle biçimlendirdiği 04.07.2001 tarihli kararı özetle şöyledir:

Uyuşmazlık, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kefalet sözleşmesi mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Yerel mahkeme bu ilişkiyi kefalet olarak nitelendirirken, Özel Daire ilişkinin garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu benimsemiştir. Somut olaya girilmeden önce, her iki sözleşmenin nitelikleri ve farkları üzerinde durulmalıdır. Kişisel teminat sözleşmelerinin alt kavramlarını oluşturan kefalet ve garanti sözleşmelerinin temel amaçları, esas itibarıyla asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerce, alacaklıya şahsi güvence verilmesidir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle tabi olması ve ayrıca bu sözleşmede kefilin sorumlu olacağı belirli bir miktarın gösterilmesi gerektiği halde, garanti sözleşmesi herhangi bir şekle tabi tutulmadığı gibi, verilen garantinin belli bir limite bağlanmış olması da aranmaz.

Kefalette, kefil, borçluya ait defileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti akdinde, teminat veren kişiye bu hak tanınmamıştır. Bunların dışında kefilin kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra asıl borçluya rücu hakkı bulunduğu halde, garanti sözleşmesinde teminat verene bu hak tanınmamıştır.

Nihayet, Borçlar Kanunu gereğince kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına bağlı iken, garanti sözleşmesindeki bağımsızlık ilkesi gereğince bu koşullara tabi tutulmamıştır.

Bu farklı hüküm ve sonuçlardan anlaşılacağı üzere, garanti veren kişinin sorumluluğu, kefalet veren kimsenin sorumluluğundan çok daha ağır koşullara tabidir.

Bu nedenle sözleşmenin niteliğinin tespit ve yorumunda teminat veren kimsenin iradesi araştırılmalıdır.

Doktrinde ve uygulamada her iki sözleşmenin birbirinden ayırt edilebilmesi için çeşitli kıstaslar belirlenmiştir. Bu kıstaslardan ilk grubu yardımcı olarak belirlenen kıstaslardır ki, bunlar ana hatları itibarıyla; sözleşmede kullanılan deyimler, üstlenilen rizikonun niteliği, borçlu yerine ifa veya tazminat ödeme yükümlülüğü, para borcunun yüklenilmesi veya bir fiilin yüklenilmesi gibi ölçütlerdir.

Doktrinde belirlenmiş olan ana kıstaslara gelince; bunlardan ilki, asli-feri yükümlülük ölçütüdür. Buna göre, garanti veren bağımsız bir borç altına girmekte olup, bu yükümlülüğün bir başka borç ile ilgisi yoktur. Kefaletle ise; asıl olan bir başka borcun olması verilen teminat ile o borcun ödenmesinin sağlanmasıdır.

Ana kıstaslardan ikincisi, yükümlülüğün kapsam ve niteliği teşkil eder. Buna göre, asıl borçlu gibi yükümlülük altına girme amacını taşıyan sözleşme kefalet, asıl borçlunun borcunu aşabilecek, bir başka deyimle, lehine taahhüt altına girilen, alacaklının hiçbir şekilde zarara uğramayacağını temine yönelik sözleşme ise, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Ana kıstaslardan bir diğeri ise, menfaat kıstası olup, buna göre kefalet ilişkisinde kefalet verenin bu ilişkide bir yararlanma amacı olmadığı halde; garanti sözleşmesinde ilke olarak, böyle bir teminat verenin yararı olduğudur. Nihayet, ana kıstaslardan bir diğeri ise, kişiye yönelik teminat verme kıstası olup buna göre teminatın bir kişi göz önüne tutularak verilmesi kefalete işaret olacak, böyle değil de objektif olarak belli bir sonucun gerçekleşmesi amacına yönelik olarak verilmesi halinde, garanti sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilecektir.

Bu şekilde iki sözleşme türü, farkları ile kıstasları belirlendikten sonra, bu ölçütlerin dava konusu sözleşmeye uygulanarak, niteliğinin saptanması gerekmektedir.

Sonuç: Banka ile imzalanan kredi kartı sözleşmesi ile verilen teminat, kredi sözleşmesinin müşterisi ve asıl borçlusu olan kişinin borçlarını karşılamaya yöneliktir. Bağımsız ve objektif bir amaca yönelik teminat verilmiş değildir. O halde, tüm ana kıstasların uygulanması sonucu davalının garanti beyanı adı altındaki beyanlarının bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle davalının iradesinin bir kefalet amacına yönelik olduğunun kabulü gerekir.

4.Kefalet Sözleşmesinin Geçerlik Koşulları

a- Kefalet ancak geçerli bir borç varsa söz konusu olur. Ancak gelecekte doğacak veya şarta bağlı bir borç için de geçerli bir borç olması şartı ile kefalet sözleşmesi yapılabilir. Asıl borç doğmadıkça kefillik bir sonuç doğurmaz. Asıl borç hukuka, ahlaka aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık, biçim eksikliği, danışıklılık, asıl borçlunun isnat kabiliyetinden yoksun olması gibi nedenlerle geçersizse bu durumda kefillik de geçersizdir.

b- Asıl borç aşırı sömürü, yanılma, aldatma, tehdit, korkutma gibi sebeplerle doğmuşsa bu gibi borçlar iptali kabil borçlardan sayılır. Asıl borcun iptali halinde kefillik de sona erer.

c- Asıl borçlu buna rağmen borcu onaylar, ya da süresi içinde iptal davası açmaz ise kefillik geçerli olur. Asıl borçluya ait bu hakları kefil kullanamaz.

d- Asıl borçlu, borcun varlığını onaylamaz ya da bozma hakkını kullanırsa asıl borçla birlikte kefillik de sona erer.

5. Kefalet Sözleşmesinin Şekli

Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile ödeme tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini

ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil şartlarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.

6. Kefalet Sözleşmesinin Geçerlik Şartı

Kefalet sözleşmesi ile bir borca kefil olan kimsenin her şeyden önce isnat kabiliyetine sahip olması gerekir. Hacir altına alınmış, medeni hakları kısıtlanmış bir kimse kefalet sözleşmesi yapamaz. Müflis bir şahıs kefalet sözleşmesi yapabilir. Ancak alacaklı alacağını iflas masasına yazdıramaz. İflas ertelemesi devam eden bir şahıs kefil olamaz.

Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.

28.03.2013 tarihinde yapılan değişiklik ile Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.

7. Adi Kefaletin Kefilden Farkı

Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilini takip edemez. Kefalet sözleşmesinin adi kefalet olduğu ve alacaklı, borçludan alacağını tahsil edemediği takdirde borcun üçüncü şahıs kefil tarafından ödeneceği taahhüt edilmiş olmalıdır.

Ancak, aşağıdaki hâllerde alacaklı doğrudan doğruya kefile başvurabilir:

aa- Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması.

bb- Borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi.

cc- Borçlunun iflasına karar verilmesi.

dd- Borçlunun iflas erteleme talep etmesi ve süre verilmiş olması.

Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine iflas erteleme kararı verilmişse bu hüküm uygulanmaz.

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da iflasın ertelenmesi kararının kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.

8. Müteselsil Kefalet

Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehinini paraya çevirmeden doğrudan kefilini takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.

Alacak, teslimine bağlı taşınır rehini veya alacak rehini ile güvenceye alınmışsa, rehinin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehinin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da iflas erteleme kararı verilmesi hâllerinde, rehinin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.

9. Birlikte Kefalet

Birden çok kişi, aynı borca birlikte kefil oldukları takdirde, her biri kendi payı için adi kefil gibi, diğerlerinin payı için de kefile kefil gibi sorumlu olur. Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, borcun tamamından sorumlu olur. Ancak, bir kefil, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlü bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir. Bir kefil, bu hakkı, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları durumunda da kullanabilir. Aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borcu ödeyen kefil, kendi paylarını daha önce ödememiş olmaları ölçüsünde, diğer kefillere karşı rücu hakkına sahiptir. Bu hak, borçluya rücudan önce de kullanılabilir.

Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.

Birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumlu olur. Ancak, borcu ödeyen kefil aksine anlaşma olmadıkça, diğerlerine toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkına sahiptir.

Yargıtay 23. H.D. 2013-4723 E. 2013-5479 K. 17.09.2013 tarihinde:

Aynı borca birden fazla kefil bulunması halinde, rücu ilişkisinde kefillerin birbirlerine karşı kefalet oranında sorumlu olacaklarına karar vermiştir.

10. Kefilin Sorumluluğunun Sınırı

Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumlu olur. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kefil borçlunun kusur ve gecikmesinden de sorumludur.

Yapılan icra takibiyle birlikte masraflardan ve avukat ücretinden sorumludur. Rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmışsa takip masraflarından ve gecikme faizinden sorumludur. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

Yargıtay 6. H.D.2015-7722 E. 2016-3353 K. 25.04.2016 tarihinde:

Kefilin sorumluluğu sözleşme kapsamındaki borçlar için ve sözleşme süresince geçerli olup, kefilin sözleşme sona erdikten sonraki erken tahliyeyle ilgili olarak istenen alacaklar için sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.

11. Kefilin Takibi

Borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz.

Bütün kefalet türlerinde kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınincaya veya iflas erteleme kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.

Yargıtay 19.H.D.2013-7742 E.2013-10701 K.15.07.2013 tarihinde:

Alacağın taşınmaz rehiniyle veya taşınır rehiniyle teminat altına alınması halinde müteselsil kefile başvurulabilmek için mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınincaya, iflâs anlaşması kararına kadar kendisine yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebileceğine karar vermiştir.

Asıl borcun muaccel olması, alacaklı veya borçlunun önceden süre talep eden bildirimde bulunmasına bağlıysa, kefalet borcu için bu süre, bildirimin kefile yapıldığı tarihte işlemeye başlar. Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir.

12. Kefilin Savunma Hakları

Kefil, asıl borçluya veya mirasçılara ait olan ve asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan bütün savunma haklarını alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahip olduğu gibi, bunları ileri sürmek zorundadır. Yanılma veya sözleşme yapma ehliyetsizliği ya da zamanaşımına uğramış bir borç sebebiyle borçlunun yükümlü olmadığı bir borca bilerek kefalet hâli bu hükmün dışındadır.

Asıl borçlu, kendisine ait olan bir savunmadan vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu savunma hakkını alacaklıya karşı ileri sürebilir.

Kefil, asıl borçluya ait savunmaların varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, rücu hakkına sahip olur. Buna karşılık asıl borçlu, kefilin bu savunmaları bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse kefil, bunlar ileri sürülmüş olsaydı ödemeden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybeder.

Kumar veya bahisten doğan bir borca kefalette kefil, borcun bu niteliğini bilmiş olsa bile, asıl borçlunun sahip olduğu savunma hakkını ileri sürebilir.

13. Alacaklının Özen Gösterme Borcu

Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.

Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu

tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıracı önce geldikleri ölçüde saklıdır.

Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.

14. Ödemenin Kabulü

Borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıdan yapacağı ödemeyi kabul etmesini her zaman isteyebilir. Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kabul etmek zorundadır.

Alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabul etmekten kaçınırsa, kefil borcundan kurtulur; birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarı kadar azalır.

Alacaklının kabulü halinde kefil, asıl borç muaccel olmadan önce de ödeyebilir. Ancak, bu durumda kefil, asıl borçluya karşı rücu hakkını borcun muaccel olmasından önce kullanamaz.

15. Kefilin Rücu Hakkı

Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir.

Kefil, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur. Alacaklıya kısmen ifada bulunan kefil, rehin hakkının sadece bunu karşılayan kısmına halef olur. Alacaklının rehin konusu üzerinde geriye kalan alacak hakkı, kefilin rehin hakkından önde gelir.

Kefil, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip değildir. Kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar ve genel zamanaşımına yani on yıllık süreye tabidir.

16. Kefilin Bildirim Borcu

Borcu tamamen veya kısmen ödeyen kefil, durumu borçluya bildirmek zorundadır. Kefil, bildirimde bulunmazsa ve ödemeyi bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen borçlu da alacaklıya ifada bulunursa, kefil rücu hakkını kaybeder. Bu durumda alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan dava hakkını kullanır.

17. Kefaletten Dönme

Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Ancak kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle bir zarara uğramışsa kefil bu zararı karşılamak zorundadır.

18. Kefaletin Sona Ermesi

- * Hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince, kefil de borcundan kurtulur.
- * Kefalet sözleşmesinin bozulmasıyla kefillik sona erer.
- * Alacaklı ve borçlu sıfatları aynı kişide birleşirse borç sona erdiği için kefillikte sona erer.
- * Borcun yenilenmesi halinde asıl borçla birlikte kefillik de ortadan kalkar.
- * Asıl borcun ibra edilmesiyle kefillik sona erer.
- * Asıl borçlu ile alacaklı arasında görülen davada borcun var olmadığına karar verilirse bu durumda da kefillik sona erer.
- * Sınırlı bir süre kefillik kabul edilmişse bu sürenin bitimiyle kefillik sona erer.
- * Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.

Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olacaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirimi yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir. Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur.

SİGORTASIZ İŞÇİ ÇALIŞTIRMANIN CEZASI VE YAPTIRIMI

Kayıt dışının ve sigortasız işçi çalıştırmanın fazla olduğu ülkelerin başında gelsek de, bunun yasal yaptırımları azımsanmayacak kadar fazladır.

Sigortasız işçi çalıştırmaya SGK'nın vereceği cezalar asgari ücrete bağlanmıştır.

Dolayısıyla her altı ayda bir asgari ücrete bağlı olarak artış gösterir.

Aslına bakarsanız işverenlerin sigortasız işçi çalıştırması tam anlamıyla bir bilinçsizlikten dolayı anı kurtarmaktan ibarettir.

İşveren, çalışanının sağlığını önemsememekle kalmayıp olası sağlık hasarlarıyla ilgili de çok büyük bir riskin altına girmektedir.

Sigortasız işçi çalıştıran işveren 1 yıl için asgari ücretin 38 katı ceza öder. İşveren defter tutmuyorsa özel inşaat gibi 1 yıl için 28 asgari ücret katı ceza alır.

Sigortasız işçi çalıştırdığı için doğal olarak işe giriş bildirgesi de vermemiştir bu da 2 asgari ücret cezaya tekabül eder.

Aynı şekilde sigortasız işçiyi aylık prim hizmet belgesinde de göstermediği her ay için 2 asgari ücret ceza alır.

Ücret bordrosunda göstermediği için ise yarım asgari ücret ceza uygulanır.

Ek olarak, yasal defter kaydetmediği her ay için yarım asgari ücret ceza alacaktır.

Bunun yanında çalışanın ücretini bankaya yatırmamanın da ekstra bir cezası var.

İşverenin bu konulardaki sorumsuzluğu tespit edildiğinde çalışanın kıdem ve ihbar tazminatı hakkı doğar.

Ayrıca primleri gecikme zammı ile işverenden tahsil edilir.

SİGORTASIZ İŞÇİ İŞYERİNDE İşkazası geçirirse kendisine, ailesine bağlanacak maaş kayıtsız şartsız sigortasız çalıştıran işverenden tahsil edilir.

Buraya kadar olan kısım bu işin sadece maddi boyutu.

Bunun bir de insani, ahlaki, vicdani ve etik boyutu var. İşte bu kısım artık işverenin ahlak ve insaniyetiyle alakalıdır.

Mağdur olan çalışan, genel olarak nereye nasıl şikayet etmeliyim gibi sorular sorar.

İşte bunun cevabı;

SGK il müdürlüğüne veya merkezine bir dilekçe ile başvurabilmesidir. Mahkeme Kararı sonucu sigortalıya hizmet verilmiş veya diğer kamu kuruluşlar denetim elemanlarınca tespit yapılmış ise bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden sigortasız işçi çalıştırıldığı SGK'ya bildirilmiş ise ödenecek cezalar 1 yıl için ve 1 sigortasız baz aldığımızda yukarıda belirttiğim gibi olur.

Sigortasız sayısı arttığı takdirde sadece işe giriş bildirgesi cezası eklenir. Diğer cezalar sabit kalır.

ÖRNEK KARARLAR

1

YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu 2011/10-223 E.N , 2011/369 K.N.

İlgili Kavramlar

HİZMET TESPİTİ

İçtihat Metni

Taraflar arasındaki "hizmet tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda;İstanbul 4.İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 24.10.2007 gün ve 2006/154-2007/735 sayılı kararın incelenmesi davalılardan M.... E.... Bakanlığı ve S..... G.... K..... Başkanlığı vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 10.5.2010 gün ve 2010/ 2458-6793 sayılı ilamı ile,

(...Davacının 13.09.2005-28.03.2006 tarihleri arasında K..... Lisesi işyerinde çalıştığı ve çalışmalarının Kuruma* bildirildiği,* prim tahakkuk cetveli, davacı imzalı adı geçen işyerinden verilen işe giriş bildirgesi ile davalı Kurum memurlarınca tutulan 05.01.2006 tarihli işyeri durum tespit tutanağı içeriğinden anlaşılmaktadır.

Yoklama memurlarınca tutulan sözkonusu tutanakta davacının K..... işyerinde 13.09.2005 tarihinde çalışmaya başladığına ilişkin tespitin davacı tarafından da imzalandığı, yazılı delil niteliğindeki bu belgenin aksinin ancak eş değerdeki belgelerle ispatlanması gerektiği, Mahkemece, dosyadaki yazılı belgeler karşısında aksi ispatlanamadığından istemin reddine karar vermek gerekirken açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalılar avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılardan S.. ve M... vekilleri
HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici* nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken,önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalılar S... ve M... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile,direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA,* 1.6.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR 2

YARGITAY

21. Hukuk Dairesi 2009/1927 E.N , 2010/955 K.N.

İlgili Kavramlar

HİZMET TESPİTİ, SİGORTALILIK

Özet; sigortalılığın oluşumunun ilk unsuru, iş görececek kişinin belli bir zaman dilimi içerisinde hizmetini işverenin emrine hasr etmesidir. Sigortalılık statüsünün oluşumu için herhangi bir şekil koşulu öngörülmemiştir. Asıl olan çalışmaya başlama durumudur.

İçtihat Metni

Davacı, davalı işveren nezdinde 12.05.1994-17.10.2006 tarihleri arası çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, davacının, davalıya ait işyerinde 12.05.2004-17.10.2006 tarihleri arasında geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir. Mahkemece istemin reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden davacının davalı işyerinde hamal olarak çalıştığı iddiasıyla ilgili olarak Kuruma bildirim yapılmadığı, davalıya ait kabzımal işyerinin 01.01.1976 tarihinde 506 sayılı Yasa kapsamına alındığı, davalı tarafın sunduğu belgede davacının 21.04.2003-03.02.2007 tarihleri arasında Bağ-Kur sigortalısı olduğunun yazılı olduğu, Ankara Sebze ve Meyve Komisyoncuları Derneği davalının isteği üzerine verdiği 06.02.2007 tarihli yazısında toptancı halinde müstahsil ve tüccarın gönderdiği malların indirilişinin serbest çalışan hamallarca yapıldığı, bu orta hamallarının Büyükşehir Belediyesi Encümeni tarafından belirlenen ücretlere göre çalıştıkları, ayrıca işyerlerinde ücret almadıkları, hamaliye ücretlerini malı satın alandan tahsil ettiklerinin belirtildiği, işyeri dönem bordrolarının dosyada olduğu anlaşılmaktadır.

Sigortalılığın oluşması yönünden ilk koşul, taraflar arasında hizmet akdinin varlığına ilişkindir. Hizmet akdi BK'nın 313. maddesinde belirlendiği üzere iş sahibi ile işçi arasında yapılan belli veya belli olmayan bir süre için görülen iş karşılığı ücret ödenmesini gerektiren bir sözleşmedir. Bu sözleşmede ana unsur iş ve ücrettir. 506 sayılı Yasa açısından hizmet akdini sadece bu unsurlara bağlı olarak kabul etmek mümkün değildir. Zaman ve bağımlılık unsurları hizmet akdinin ana koşulları olmak üzere 506 sayılı Yasa'nın öngördüğü "hizmet sözleşmesi" bir veya birden fazla işveren ile çalıştırılan arasında oluşturulan, süreli veya süresiz belli bir zaman dilimi içerisinde, işveren emir ve gözetimi altında, iş görmeyi hüküm altına alan hukuksal ilişkidir. Sigortalılığın oluşumu yönünden ilk unsur iş görecektir kişinin belli bir zaman dilimi içerisinde, hizmetini işverenin emrine hasretmesidir. Bu zaman dilimi günün tüm süresini kapsayabileceği gibi, günün veya haftanın belli saatlerine de hasredilebilir. Haftanın veya ayın belli gün ve saatlerinde dahi çalışma söz konusu olabilir.

Önemli olan düzenli bir çalışma ilişkisinin varlığıdır. Düzenli çalışma ilişkisinin varlığı iş akdinin zaman unsurunu ortaya koyar.

Çalışanın, hizmetini belli zaman dilimi içerisinde, işveren emrinde ve onun vereceği direktif doğrultusunda gerçekleştirilmesi, hizmet akdinin ikinci unsuru olan bağımlılık unsurunu oluşturur. Hizmetin fiilen verilmesi, her durumda zorunlu değildir. İşverenin emir ve gözetimi altında hazır beklemek durumunda dahi bağımlılık unsuru gerçekleşmiş sayılır. Öte yandan, işverence gösterilen işlerin, çalışan tarafından, işveren emir ve direktiflerine uygun olarak görülmesi gerekir.

Belirtilen bu iki ana unsurun birlikte gerçekleşmesi durumunda 506 sayılı Yasa açısından hizmet akdinin, dolayısıyla sigortalılığın ilk koşulunun oluştuğu sonucuna varılır.

Sigortalılığın ikinci koşulu 506 sayılı Yasa'nın 5. ve 8. maddelerinde öngörülen işin görüldüğü bir işyerinin bulunmasıdır. Bir işyerinin varlığının saptanamaması durumunda sigortalılığın gerçekleştiğinden söz edilemez.

Üçüncü koşul eylemli çalışmanın varlığıdır. Yasal sigortalılıktan söz edebilmek için sigortalının işveren emir ve direktifleri altında, bilfiil, gösterilen işi yapması zorunludur.

Çalışmanın, kimi durumlarda, görülen işin nitelik ve kapsamına göre devamın sürmesi mümkün olmayabilir. Sigortalının, işveren emir ve nezareti altında verilecek işi yapmaya hazır bir şekilde beklemesi dahi bu koşulun gerçekleşmesi için yeterlidir.

Yasa'nın 3. maddesinde gösterilen istisnalardan bulunmama bir diğer koşuldur. Bir kimsenin sigortalı sayılabilmesi için Yasa'nın 2. maddesinde sayılan koşulları taşıması yetmez, ayrıca 3. maddede gösterilen kişilerden bulunmaması gerekir.

Sigortalı sayılabilmek yönünden gerek ücretin kendisi, gerekse ödenme biçim ve yöntemi zorunlu bulunmamaktadır. Parça başına ücret, götürü ücret, part-time çalışma karşılığı yapılan ödeme biçimleri sigortalılık koşullarını etkilemez.

Sigortalılık statüsünün oluşumu için herhangi bir şekil koşulu öngörülmemiştir. Resmi veya yazılı bir sözleşme biçimi şart değildir. Asıl olan sigortalının çalışmaya başlama durumudur. Eylemli olarak gerçekleşen bu durum sonucu sigortalılık statüsü kendiliğinden oluşur.

Somut olayda davalının yaptığı kabzımallık işinin niteliğine göre işyerinde sürekli hamal çalıştırmak zorunda olmasına ve davacının bu kapsamda sürekli çalışan olup olmadığı, işyerinde başkaca sürekli hamal olarak çalışan kimseler bulunup bulunmadığı yeterince araştırılmadan, davacının çalışmasını doğrulayan bordro tanığı beyanlarına neden değer verilmediği açıklanmadan, davacıyı tanımadığını beyan eden aynı toptancı halinde benzer işi yapan bir kamu tanığının beyanı ile yetinilerek hizmet akdinin unsurları bulunmadığı gerekçesiyle sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

Yapılacak iş, çalışmanın geçtiği yerdeki toptancı halinin varsa yönetiminden, belediye ve zabıta davalının serbest çalışan hamal olduğuna dair herhangi bir yerde kaydı veya yetkililerce verilmiş çalışma kartı bulunup bulunmadığı sorularak, varsa davalı işyerinde sürekli çalışması bulunan hamallar dinlenilerek, davacının adına kayıtlı olduğu iddia edilen Bağ-Kur sigortalılık dosyası getirtilerek, bu tür hizmet tespiti davalarının kamu düzenini ilgilendirdiği de dikkate alınıp, araştırmanın genişletilerek toptancı halinde benzer işi yapan işveren ve çalışmaları bu işverenlerin kaydına geçmiş sigortalı kişilerin zabıta marifetiyle belirlenerek beyanlarına başvurularak, varsa tarafların tabi olduğu meslek kuruluşlarındaki kayıtları ile çalışma şekli ve koşulları hakkında bilgi almak suretiyle davacı ile davalı arasındaki hukuki ilişkinin niteliği açıklığa kavuşturulduktan sonra davacının istemi konusunda hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde karar vermek gerekir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ve değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır. Sonuç: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 08.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR 3

YARGITAY

21. Hukuk Dairesi 2009/6165 E.N , 2010/4833 K.N.

İlgili Kavramlar

İŞÇİLİK ALACAKLARININ İŞVERENDEN TAHSİLİ,ÖLÜ KİŞİ ADINA HİZMET TESPİTİ
Özet; ölüm ile vekalet ilişkisi son bulduğu ve davacının mirasçılarından vekaletname alınarak davaya devam edildiği halde mirasçılar adına değil de ölü kişi adına hüküm kurulmuş olması, hüküm altına alınan alacak miktarlarının tespiti karar verilen sürelerdeki apartman kat maliklerinden hisseleri oranında tahsili yerine doğrudan davalı apartman yönetiminden tahsiline karar verilmesi doğru değildir.

İçtihat Metni

Davacı, davalılardan işverene ait işyerinde 01.07.1996-01.08.2003 tarihleri arasında çalıştığının tespitiyle, işçilik alacaklarının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir. Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı kanuni gerektirici nedenlere göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,
2- Dava, davacının davalı apartman işyerinde kapıcı olarak 01.07.1996-01.08.2003 tarihleri arasında hizmet akdine tabi çalıştığının tespiti ile bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının davalı işyerinde 01.07.1996-01.08.2003 tarihleri arasında sürekli çalıştığının kabulü ile işçilik alacaklarının da kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Tespit edilen süreler ile hesaplanan işçilik alacaklarının miktarları doğru ise de; davacının, davanın açılmasından sonra yargılama devam ederken öldüğü ve davaya mirasçıları tarafından devam edildiği halde ölü kişi adına tespiti ve alacağa karar verilmiştir.

Dava devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde MK 27/1. maddesi gereğince ölen kişinin taraf ehliyeti son bulur.

Bu nedenle, davaya ölen tarafa karşı veya onun tarafından devam edilmesine imkan yoktur.

Ölü kişi adına hüküm kurulamaz.

Yalnız Öleni ilgilendiren yani mirasçılara geçmeyen haklara ilişkin davalar tarafın ölümü ile konusuz kalır.

Yalnız ölen tarafı ilgilendirmeyen, yani mirasçıları da ilgilendiren, mirasçıların malvarlığı haklarını etkileyen davalar tarafın ölümü ile konusuz kalmaz.

Bu davalara, ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın mirasçılarına karşı devam edilir. Borçlar Kanunu'nun 397. maddesi hükmüne göre; aksi sözleşmeden ve işin mahiyetinden anlaşılmadıkça vekil edenin ölümü ile vekalet ilişkisi son bulur.

Somut olayda; ölüm ile vekalet ilişkisi son bulduğu ve davacının mirasçılarından vekaletname alınarak davaya devam edildiği açık ise de mirasçılar adına değil de ölü kişi adına hüküm kurulmuş olması ve hüküm altına alınan alacak miktarlarının tespiti karar verilen sürelerdeki apartman kat maliklerinden hisseleri oranında tahsili yerine doğrudan davalı apartman yönetiminden tahsiline karar verilmesi doğru değildir.

Yapılacak iş; davacılar murisinin yukarıda belirtilen tarihler arasında davalıya ait işyerinde çalıştığının tespiti ile hüküm altına alınan işçilik alacaklarının tespiti konu olan sürelerde kat maliki olan kişilerden hisseleri oranında tahsili ile mirasçılara paylan oranında ödenmesine ilişkin hüküm kurmaktan ibarettir.

Mahkemece bu yönler dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirmektedir.

O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.04.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR 4

YARGITAY

21. Hukuk Dairesi 2009/7144 E.N , 2010/5510 K.N.

İlgili Kavramlar

ÇALIŞMA SÜRESİ,HİZMET TESPİTİ,KİSMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ,TAM SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

Özet; Davacının davalı işyerinde geçen çalışmalarının kısmi veya tam gün süreli olup olmadığının anlaşılabilmesi için, davacının günlük mesaisinin tamamını bu işe ayırıp ayırmadığının ve aynı işyerinde tam gün süreli çalışan emsal çalışanlarla aynı işi yapıp yapmadığının ya da tam gün süreli çalışan emsal çalışanlara göre önemli ölçüde daha az çalışıp çalışmadığının belirlenmesi gerekir.

İÇTİHAT METNİ

Davacı, 1992-2008 yılları arasında davalılardan Bakanlığa ait işyerinde, 19.09.1994-12.06.1995 tarihleri arasında ise davalı B... A.Ş.'ye ait işyerlerinde çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir. Hükmün davalılardan Kurum ile Milli Eğitim Bakanlığı vekillerince temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimî tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı, davalı Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Halk Eğitim Merkezi Müdürlüğüne ait işyerlerinde 1992-1994 ve 1995-2008 yılları arasındaki eğitim ve öğretim dönemlerinde, 19.09.1994-12.06.1995 tarihleri arasında ise Ankara Büyük Şehir Belediyesine bağlı B... A.Ş./de aylık 30 tam gün süre ile hizmet akdine dayalı olarak çalıştığını ileri sürerek bu dönemlerde Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespitini istemiştir.

Mahkemece, davalı B... A.Ş. işyerindeki çalışmaları Kuruma bildirildiğinden 19.09.1994-12.06.1995 tarihleri arasındaki döneme ilişkin istemin reddine, davalı Milli Eğitim Bakanlığı hakkında açılan davanın kabulü ile davacının bu davalıya bağlı işyerinde Kuruma bildirilen süre dışında 1815 gün hizmetinin bulunduğunun tespitine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının davalı B... A.Ş. işyerinden 01.11.1994-31.01.1995 tarihleri arasında çalışmalarının Kuruma tam olarak bildirildiği, davalı Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Akşam Sanat Okullarında ise 02.11.1992-28.02.2008 tarihleri arasında B... A.Ş. işyerinde çalıştığı 1994-1995 eğitim dönemi dışında her yıl işe giriş ve çıkışlarının yapıldığı ve dosyaya sunulan 1992-1996 yılları arasındaki ait imzalı ücret bordrolarında ve davacı ile imzalanan 14.11.2007-31.05.2008 tarihleri arasında kapsayan usta öğretici sözleşmesinde 7,5 saatlik çalışmanın bir gün kabul edilmek üzere Kuruma bildirileceğinin kararlaştırıldığı, diğer yılların ücret bordroları ile ders programlarının, puantajların ve her yıl açılan kurslarda kaç saat derse girileceğine dair program ve bunların kaymakamlık olur yazılarının, görevlendirme belgelerinin getirtilmediği anlaşılmaktadır.

21.05.1977 tarihli Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi ile Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmelik ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 89. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ücretli Ders Saatlerine ilişkin 04.11.1983 tarihli Bakanlar Kurulu kararında kadrolu bulunmayan uzman ve usta öğreticilerin uders ücreti karşılığı" görevlendirileceği açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi (1475 sayılı Kanun'un 61. maddesi) gereğince 7,5 saatlik çalışma süreleri bir gün kabul edilmektedir. Aynı Kanun'un 13. maddesinde ise kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri ile ilgili düzenleme yer almaktadır. Öte yandan, davacının çalışmalarının geçtiğini ileri sürdüğü işyeri bir kamu kuruluşuna aittir. Kamu kuruluşlarında çalışanların kayıtlara geçirilmesi ve ücret ödemelerinin belgelere dayandırılması asıldır.

Nitekim, davacıya ait çalışmaların resmi kayıtlara intikal ettirildiği de tartışmasızdır. Mahkemece, davacının kayıtlarda gözükmeyen çalışmaların hangi nedenle bildirim dışı kaldığı gereğince ve yeterince araştırma konusu yapılmamıştır.

Somut olayda davacının davalı işyerinde hizmet akdine bağlı olarak çalıştığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık, davacının davalı işyerinde geçen çalışmalarının kısmi veya tam süreli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hal böyle olunca davacının günlük mesaisinin tamamını bu işe ayırıp ayırmadığının ve aynı işyerinde tam gün süreli çalışan emsal çalışanlarla aynı işi yapıp yapmadığının ya da tam gün süreli çalışan emsal çalışanlara göre önemli ölçüde daha az çalışıp çalışmadığını belirlemek için davalı işyerinden davacı adına düzenlenen puantaj kayıtları, ders programları, görevlendirme yazıları, devam-devamsızlık çizelgesi ile tüm ücret belgeleri getirtilip birlikte incelenmeli, okula geliş ve ayrılış saatleri de gözönüne alınarak davacının günlük girilen ders saati itibarıyla mesaisini tam gün olarak davalı işveren nezdinde geçirip geçirmediği, diğer bir anlatımla bir günlük çalışma mesaisinin tümünü davalı işyerine hasredip etmediği saptanmalı, daha az saat derse girilen günlerde tam gün mesaisinin davalı işveren nezdinde geçtiği kabul edilemeyeceğine göre 7,5 saatlik çalışmanın 1 gün kabul edilmek suretiyle hesap yapılması gerekirken, mahkemece ifadeleri yetersiz olan tanık beyanlarını esas alan bilirkişi raporuna göre sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. O halde, davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Sonuç: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), 10.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KARAR 5

YARGITAY

10. Hukuk Dairesi 2010/11453 E.N , 2011/4062 K.N.

İlgili Kavramlar

HALK EĞİTİM MERKEZİNDE USTA ÖĞRETİCİ,HİZMET TESPİTİ

Özet 506 sayılı yasa'nın 79, 1739 sayılı milli eğitim temel kanunu 'nın 47, 657 sayılı devlet memurları kanunu 'nın 4, 4857 sayılı iş kanunu'nun 13. maddesi ile bu konudaki yönetmelik hükümleri gözetildiğinde usta öğreticilerin öngörülen ve önceden belirlenen süre dahilinde bir çalışma yükümlülüğünü kabullendikleri ve ders saati karşılığında da ücrete hak kazandıkları görülmektedir. Yasa ve sözleşmelerde belirtilen sınırlamalara aykırı, tam süreli hizmet sözleşmesinin unsurlarının gerçekleştiği bir çalışma durumunun eylemli olarak oluştuğunun iddia edilip kanıtlanması olanak dahilindedir. Bu nedenle dava konusu dönemlere ilişkin ders ve yoklama defterleri, pıantajlar getirtilip, bu tür belgelerde noksanlık varsa bunun nedeni araştırılarak, işveren kurumun ilgili şef, amir ve müdür gibi yetkili kişileri dinlenerek davacının resmi belgelerde belirtilen ders saatlerinden sonra kursta kalmasının haklı gerekçesinin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, deliller hep birlikte değerlendirilip sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

İçtihat Metni

Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir. Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir. Hükmün, davalı Kurum vekili ile davalı Milli Eğitim Bakanlığı adına Hazine vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı, L... ve G... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'ne bağlı Halk Eğitim Merkezlerinde 1983-2006 yılları arasında, usta öğretici olarak tam gün ve sürekli olarak çalışmasına rağmen, çalıştığı sürelerin eksik şekilde Kuruma bildirildiğinden bahisle eksik günlerin tespitini talep etmiş, mahkemece, tanık beyanları esas alınmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Halk Eğitim Merkezlerinde usta öğretici olarak ek ders ücret bordrolarında belirtilen saatler kadar, ders ücreti karşılığı çalışmış olan davacının, ay içerisindeki toplam çalışma saatine göre aylık çalışma günü hesaplanmak suretiyle, sigortalı hizmet olarak Kuruma bildirimi yapılmış olup, İşbu dava ile davacı, işe giriş ve çıkış tarihleri arasındaki çalışmalarının tam süreli olarak kabulü ile ayda 30 gün üzerinden bildirim yapılması gerektiğinin tespitine karar verilmesini istemiştir. Davanın 5510 sayılı Kanun'un 4/I-a bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin olduğu, geçiş hükümlerini içeren aynı Kanun'un geçici 7. maddesi hükmünde "Bu Kanun'un yürürlük tarihine kadar 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı, 02.09.1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanun'la mülga 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı, 08.06.1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunlar ile 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine göre sandıklara tabi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiili hizmet süresi zammı, itibari hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları Kanun hükümlerine göre değerlendirilirler" hükmü gözetildiğinde, eldeki somut uyuşmazlığın dayandığı mevzuat hükümleri 506 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 47. maddesidir.

Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 47. maddesi; "Örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ve hizmetiçi yetiştirme kurs, seminer ve konferanslarında uzman ve usta öğreticiler de geçici veya sürekli olarak görevlendirilebilir. Öğretim tür ve seviyelerine göre uzman ve usta öğreticilerin seçimlerinde aranacak şartlar, görev ve yetkileri, yönetmeliklerle tespit edilir." düzenlemesini getirmiş, bu yasal düzenleme uyarınca çıkarılan Yönetmeliğin 5. maddesi "Uzman ve Usta

Öğreticiler aşağıdaki şekillerde görevlendirilirler.

1- Geçici personel olarak:

Geçici personel olarak görevlendirilecek uzman ve usta öğreticiler ile yapılacak sözleşme esasları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 15.05.1975 gün ve 1897 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilen 4. maddesine göre Bakanlıkça hazırlanır.

2- * Ek ders görevi verilmek yoluyla:

4. maddede belirtilen esaslara göre ek ders görevi verilmesi yoluyla görevlendirilecek uzman ve usta öğreticilere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 89. maddesi uyarınca 02.12.1998 tarihli ve 98/12120 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen ve Yöneticilerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Esaslarda belirtilen miktarda ek ders görevi verilebilir."; aynı yönetmeliğin 8. maddesi; "Geçici sözleşmeli olarak görevlendirilen uzman ve usta öğreticilerin haftalık çalışma süresi 40 saattir." ve 9. maddesi; "Uzman ve usta öğreticilerin günlük çalışma süresi en fazla 8 saattir. Kurum Müdürü, Cumartesi, Pazar günleri de dahil olmak üzere, uzman ve usta öğreticilere günün 8.00-23.00 saatleri arasında görev verebilir." hükümlerini içermektedir.

Davacının, çalışma esasları ile çalışması sırasında tabi olacağı statü yukarıda sıralanan mevzuat çerçevesinde ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuş olup; anılan düzenlemelere egemen ilkeler ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir." hükmü de gözetildiğinde; çalışma ilişkisinde, "tam süreli iş sözleşmesi" olarak nitelenmeye olanak verecek bir bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı, usta öğreticilerin öngörülen ve önceden belirlenen süre dahilinde bir çalışma

yükümlülüğünü kabullendikleri ve ders saati karşılığında da ücrete hak kazandıklarını göstermektedir.

Bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlık sonucu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca verilen 17.09.2008 gün 2008/10-555 Esas 2008/530 sayılı kararda da; "dinlenen tanıkların da aynı davacı gibi başka köylerde usta öğretici olarak çalışan kişiler olduğu, resmi belgeler ve davacının imzasını taşıyan belgelerle çelişkili tanık beyanlarına itibar edilemeyeceği anlaşıldığından; tam gün esası ve aylık karşılığı olmayan çalışmaların, günlük çalışma saatine göre ve kısmi zamanlı çalışma olması nedeniyle bu çerçevede değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmek gerektiği" belirtilmiş olup, bu şekildeki bir çalışma ilişkisinde, tam süreli çalışmaya ilişkin hakların doğduğunu kabule olanak yok ise de; yasa ve sözleşmelerde belirtilen sınırlamalara aykırı, tam süreli hizmet sözleşmesinin unsurlarının gerçekleştiği bir çalışma durumunun, eylemli olarak oluştuğunun iddia edilip kanıtlanması olanak dahilinde bulunmaktadır.

Ancak, bu yöndeki iddia, hizmet tespiti davalarının kamu düzenine ilişkin niteliği gözetilerek kanıtlanmalı; işverenin resmi kurum niteliği, ücret ödemelerinin kayıtlara dayalı olma gerekleri dikkate alınarak; kurum kayıtlarına yansıyan bilgilerin aksinin kanıtlanmasına yönelik kanıtların hüküm kurmaya elverişli olup olmadığı, sosyal güvenlik hakkının yaşama geçirilmesine yönelik davanın özelliklerinin gerektirdiği duyarlılık uyarınca denetlenmelidir.

Mahkemece, ek ders ücret bordroları celbedilmiş ise de; davacının çalışmasının niteliği gereğince ve yeterince araştırma konusu yapılmamıştır.

Bu nedenle; dava konusu dönemlere ilişkin ders ve yoklama defterleri, Özellikle puantajlar getirilmeli, bu tür belgelerde noksanlık varsa bunun nedeni araştırılmalı, gerekirse işveren kurumun ilgili şef, amir ve müdür gibi yetkili kişileri dinlenerek bir sonuca ulaşılmalı, hüküm altına alınan süreler yönünden davacının resmi belgelerde belirtilen ders saatlerinden sonra kursta kalmasının haklı bir gerekçesinin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemece, açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik inceleme ve araştırma sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekili ile davalı Milli Eğitim Bakanlığı adına Hazine vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), 24.03.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SMM SORUMLULUĞU – KARAR

Adana 2. Vergi Mahkemesi’ nin E:2014/705 ,K:2014/825 sayılı ve 18.09.2014 tarihli kararında:

“Vergi Usul Kanununun mükerrer 227. maddesinde öngörülen sorumluluk, beyannameleri imzalayan muhasebecilerin, imzaladıkları beyannamelerde yer alan bilgilerin deftere kayıtlarına ve bu kayıtların dayanağını oluşturan belgelere uygun olmamasından doğan, bir başka ifadeyle **defter kayıt ve belgeleri ile beyannamelerin birbiriyle tutarsız olmasından kaynaklanan bir sorumluluktur.**

Davacı hakkında düzenlenen vergi incelemesi raporuna göre, mükellefin kullandığı düzenlediği sahte belgelerden haberdar olduğundan bahisle davacının sorumluluğuna gidilmiştir. Her ne kadar yukarıda anılan Genel Tebliğde (4. Sıra Nolu genel Tebliğ), bilerek kullandıkları veya harici araştırmayı gerektirmeden sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğu anlaşılabilen belgelerin meslek mensuplarının sorumluluğu kapsamında olduğu açıklanmış ise de, sorumluluğun sınırını yasama organınca öngörülenin dışında genişleten tebliğ hükümleri dikkate alınarak davacıya sorumluluk yükletilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Kaldı ki, yeminli mali müşavirlerden farklı olarak “tasdik” görev ve yetkisi bulunmayan serbest muhasebecilerin, tasdik yetkisinin gereği olan “inceleme” ve “ bilgi isteme” yetkileri de bulunmadığından, olmayan bu yetkilerini kullanmadıklarından bahisle sorumlu tutulmaları da düşünülemez....” **şeklinde hüküm kurmuştur.**

ŞUFA HAKKI NEDİR? ŞUFA HAKKI AÇISINDAN BİLİNMESİ GEREKENLER

Şufa Hakkı (Önalım Hakkı) Nedir?

Şufa hakkı, diğer bir deyişle önalım hakkı paylı mülkiyette herhangi bir paydaşın payını üçüncü kişilere satması halinde diğer paydaşlara söz konusu payı öncelikle satın alma hakkı veren bir haktır. Şufa hakkı, paylı mülkiyetin kurulmasıyla doğar ve herhangi bir payın üçüncü kişilere satışıyla kullanılabilir hale gelir.

Şufa hakkının (önalım hakkı) kullanılması ile şufa hakkını kullanan paydaş ile payın satıldığı alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur.

Şufa Hakkını Kullanma Şartları

Şufa hakkı, belli şartların bir arada bulunmasıyla kullanılabilir. Medeni Kanun önalım hakkı ile paydaşlara dava hakkı tanıyarak taşınmazın mevcut paydaşlar arasında kalmasını hedeflemiştir. Üçüncü kişilerin dışardan taşınmaza paydaş olarak girmesi zorlaştırılarak mevcut paydaşlar arasında süren ahengin bozulması önlenmek istenmiştir.

Şufa hakkı aşağıdaki şartlarla kullanılabilir:

Şufa Hakkı Paylı Mülkiyette Kullanılabilir

Şufa hakkı, ancak paylı mülkiyette tabi taşınmazlarda kullanılabilir. Kat irtifakı veya kat mülkiyeti olan taşınmazlarda şufa hakkı (önalım hakkı) kullanılamaz. Taşınmazın arsa veya daire olmasının hiçbir önemi yoktur. Şufa hakkının kullanılabilmesinin ön şartı taşınmazın vasfı değil, taşınmazın paylı mülkiyete tabi olmasıdır.

Şufa Hakkı Paydaşlar Tarafından Kullanılabilir

Şufa hakkının kimler tarafından kullanılacağı Medeni Kanun md. 732’de açıkça ifade edilmiştir. Şufa hakkı ancak paydaşlar tarafından kullanılabilir.

Taşınmazda paydaş olmayan ancak kişisel bir alacak hakkına sahip olanlar veya taşınmazda sınırlı bir ayni hakka sahip olanlar şufa hakkını kullanamaz.

Şufa Hakkı Fiilen Taksim Edilmemiş Taşınmazda Kullanılır

Müşterek veya iştirak halinde mülkiyete tabi taşınmazda hangi paydaşın gayrimenkulün hangi bölümünü kullanacağı sözleşmeyle veya fiilen paydaşlar arasında belirlenmişse bu taşınmazdaki payın satışı halinde şufa hakkı kullanılamaz. Şufa davası olarak nitelendirilen dava, ancak sözleşmeyle veya fiilen taksim edilmemiş paylı gayrimenkullerde açılabilir. Medeni Kanun bu hükümle paydaşların kararlaştırdığı kullanım tarzının bir paydaş tarafından kötüye kullanılmasını engellemek istemiştir.

Şufa Hakkı (Önalım Hakkı) Kime Karşı Kullanılır?

Şufa hakkı, ancak bir paydaşın payını satın alan alıcıya karşı kullanılabilir. Gayrimenkulün alıcısı üçüncü kişi şufa davasının davalısıdır. Şufa davasında payını satan paydaşa karşı dava açılamaz.

Paydaşın diğer bir paydaşa yaptığı satışlarda şufa hakkı kullanılamaz. Önalım hakkı üçüncü kişilere karşı kullanılabilir, ancak paydaşlara karşı kullanılamaz.

Alıcının Satışı Noter Aracılığıyla Bildirme Yükümlülüğü

Medeni Kanun md. 733/3 gereği alıcı, tüm paydaşlara taşınmazı satın aldığını noter aracılığıyla bildirmek zorundadır. Bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen alıcı paydaşların açacağı şufa davası ile muhatap olur. Alıcı, paylı taşınmazdan pay aldığını bildirim yükümlülüğünü noterden değil, ama yazılı bir şekilde yerine getirirse bile bu bildirim geçersizdir. Noter marifetiyle bildirim alıcı için mutlak bir yükümlülüktür.

Şufa Hakkı Nasıl Kullanılır? Şufa Davası Hangi Mahkemede Açılır?

Şufa hakkı, ancak dava yoluyla kullanılabilir. Yukarıda açıkladığımız üzere, gayrimenkulün paydaşı olan herhangi bir paydaş taşınmazı satın alan alıcıya karşı dava açmalıdır.

Şufa davası, görevli mahkeme olan Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açılarak kullanılmalıdır. Şufa davasında yetkili mahkeme gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesidir. Bu nedenle, Bakırköy'de bulunan bir gayrimenkul için İstanbul Çağlayan Adliyesi'nde şufa davası açılmaz. Yetkili ve görevli mahkeme gayrimenkulün bulunduğu yer olan Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'dir.

Şufa Hakkını (Önalım Hakkını) Kullanma Süresi Nedir?

Şufa hakkını kullanma süresi, paydaşların süresiz bir şekilde dava açma hakkını kullanarak alıcıyı zor durumda bırakmalarını önlemek için öngörülmüştür. Şufa hakkının kullanılması açısından iki türlü süre söz konusudur:

- Şufa hakkı (**önalım hakkı**) sahibi paydaşlara gayrimenkulün alıcısı tarafından satış noter aracılığıyla bildirilmişse, satışın bildirilmesinden itibaren 3 ay içerisinde şufa davasının açılması gerekir.
- Şufa hakkı sahibi paydaşlara satış noter vasıtasıyla bildirilmemişse her halde satış tarihinden itibaren 2 yıl içerisinde şufa davasının açılması gerekir.

Şufa hakkını kullanma süresi olarak belirlenen süreler hak düşürücü niteliktedir. Bu süreler geçtikten sonra **şufa davası** açılması mümkün değildir.

Sözleşmeden Doğan Şufa Hakkı Nedir?

Tapu kütüğüne şerh verilen bir sözleşmeyle de herhangi bir kişiye önalım hakkı tanınabilir. Bu durumda taşınmazın satımı halinde şufa hakkı sahibi, sözleşmede belirtilen sürede ve koşullarla önalım hakkını kullanabilir. Sözleşmede şufa hakkının kullanılmasına dair koşullar belirtilmemişse taşınmazın üçüncü kişiye satışına ilişkin koşullar esas alınarak bu hak kullanılabilir.

Sözleşmeden doğan önalım hakkı tapuya şerh verildiği tarihten 10 yıl geçtikten sonra her halükarda düşer.

Şufa Hakkından (Önalım Hakkı) Feragat veya Vazgeçmek Mümkün mü?

Şufa hakkı, özel hukuk ilişkilerinden doğan bir haktır. Hak sahibi olan paydaş söz konusu haktan feragat edebilir. Somut bir satış ile ilgili olmayan genel nitelikte önalım hakkında feragatin resmi şekilde yapılarak tapu kütüğüne şerh verilmesi gerekir.

Somut bir satışta önalım hakkını kullanmaktan feragat ise adi yazılı bir şekilde yapıldığında geçerli olur. Somut bir satışta feragat eden hak sahibi paydaş gayrimenkulün tekrar satışı halinde feragat ettiği şufa hakkını yeniden kullanabilir.

Hemen belirtmek gerekir ki, somut bir satış ile ilgili olmayan ve genel nitelikte şufa hakkından önceden feragatin adi yazılı bir şekilde yapılması işlemi geçersiz hale getirir. Genel nitelikte feragatin adi yazılı bir şekilde yapılması hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Örneğin, bir paydaşın, İstanbul'da paydaşı olduğum gayrimenkulde herhangi bir paydaşın payını satması halinde şufa hakkımı kullanmayacağım şeklindeki adi yazılı feragati hukuken geçersizdir.

Şufa Hakkı (Önalım Hakkı) İle İlgili Yargıtay Kararları

- Önalım davasının davalısı şufa hakkına dair taşınmazdaki payı satın almadan önce o taşınmazda paydaş ise bu paydaş hakkında şufa hakkı kullanılamaz. Çünkü yasada bir paydaşın payının 3. şahsa satması halinde şufa hakkının kullanılabileceği belirtilmiştir.

Paydaş üçüncü kişi sayılamayacağından paydaşın paydaş aleyhine önalım hakkını kullanması söz konusu olamaz. Dava hakkına dair bu kuralın davanın her aşamasında kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu – Esas No: 2012/198, Karar No: 2012/702 karar, Tarih: 10.10.2012).

- Davalı taraf, şufa davasına karşı taşınmazın fiilen taksim edildiği savunmasını ileri sürmüştür. Fiili taksim savunması davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece de kendiliğinden nazara alınması gerekir. Davalı fiili taksime dayandığına göre bu konuda taraf vekillerine tanık dahil tüm delillerini bildirmeleri için süre verilmeli, bildirilecek tüm deliller toplanıp değerlendirmeli ve yerinde keşif yapılarak konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir (Yargıtay 6. Hukuk Dairesi - Esas No: 2012/5928, Karar No: 2012/91212, Tarih: 18.06.2012).
- Önalım hakkı kullanma yetkisi doğan paydaş, bu hakkını isterse kullanır, istemezse kullanmaz ya da kullandıktan sonra bu haktan feragat edebilir. *Şufa hakkı*, özel huktan doğan bir hak olduğundan hak sahibinin iradesine tabidir. Şufa hakkından feragat, niteliği gereği hukuki sonuç doğuran tek taraflı bir hukuki muameledir. Medeni Kanun'un 733. maddesine göre önalım hakkından feragat belli bir şahsa karşı ya da herkese karşı olabileceği gibi dava açıldıktan sonra bu haktan feragat etmek de mümkündür. Önalım hakkı sahibi paylı taşınmazdaki payın 3. şahsa satışından önce, satıştan sonra veya dava açıldıktan sonra bu hakkından vazgeçebilir belli bir şahsa karşı önalım hakkından feragat eden paydaş yeni bir satım yapılması halinde önalım hakkını kullanabilir (Yargıtay 6. Hukuk Dairesi - Esas No: 2011/11373, Karar No: 2011/12630, Tarih: 22.11.2011).
- Davacı ve davalıya pay satan dava dışı kişiler arasında 16.10.2009 tarihinde düzenlenen miras taksim sözleşmesinde yer verilen, “işbu miras taksim sözleşmesindeki mirasçı taraflar kendi hisselerine düşen payı bir başkasına satmak isterse iyi niyet gereği öncelikle diğer mirasçılara satın alma teklifini yapmakla yükümlüdür” ifadesiyle sözleşmeye dayalı **önalım hakkı** düzenlenmiştir. Yazılı şekilde yapılmış bu önalım sözleşmesi geçerli olup, tarafları bağlar; bu hak, tapunun beyanlar hanesine tescil edildiğinden, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu durumda davacının, davaya konu payın davalıya satılması sebebiyle sözleşmeden kaynaklanan şufa hakkını kullanmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu – Esas No: 2013/494, Karar No: 2014/153, Tarih: 26.02.2014).

Şufa hakkı (önalım hakkı), paydaşların rızası dışında üçüncü kişilerin taşınmaza ortak olmasını engelleyerek mülkiyet hakkını regüle eden bir hak olmasına rağmen uygulamada birçok mağduriyet yaşandığından iddia ve savunmanın mutlaka bir **gayrimenkul avukatı** vasıtasıyla yapılması gerekir.

GÜNLÜK 11 SAATİ GEÇEN ÇALIŞMALARDA HER BİR SAAT İÇİN BİR BUÇUK KAT ÜCRET Mİ, YOKSA YARIM KAT ÜCRET Mİ ÖDENECEK?

Raşit ULUBEY
ÇSGB İş Başmüfettişi

Özet

Haftalık çalışma süresi, günlük 11 saati aşmamak üzere haftanın çalışılan günlerine eşit veya farklı saatlerde dağıtılabilmektedir. Buradan günlük en fazla 11 saat çalışılabileceği anlaşılmaktadır. Bazı işlerde sağlık kuralları bakımından günlük azami 7.5 saat çalışılabildiği gibi, bazı işlerde de yine sağlık kuralları bakımından günlük 7.5 saatin altında çalışılması gerekmektedir.

Günlük çalışma süresi ister 7.5 saatin altında, ister 7.5 saat ve isterse 11 saat olarak belirlenmiş olsun, yasak olmakla beraber belirlenen bu günlük azami çalışma süresinden fazla çalıştırılan işçilerin bu çalışmaları ne olacaktır? İşçilerin bu çalışmaları elbette ki ücretlendirilmektedir. Ancak, bu ücretlendirme işçinin belirlenen haftalık çalışma süresinden fazla çalıştırılıp çalıştırılmadığına göre farklı ücretlendirmeye tabi bulunmaktadır.

1. Başlangıç

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinde çalışma süresinin günde 11 saati aşmamak üzere farklı şekilde dağıtılabileceği hüküm altına alınmıştır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde; günlük çalışma süresinin her ne şekilde olursa olsun 11 saati geçemeyeceği belirtilmiştir.

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'le de, günlük en fazla 7.5 saat çalışılacak işler ile günlük 7.5 saatin altında çalışılacak işler sayılmıştır.

Kanun ve Yönetmelikte belirlenen günlük çalışma süresinden fazla çalıştırılan işçiye her bir saat için 1.5 kat mı, yoksa 1/2 ücret mi ödeneceği ele alınıp, değerlendirilecektir.

2. Haftalık Çalışma Süresinin Çalışılan İş Günlerine Dağıtılması

Haftalık çalışma süresi, haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanabileceği gibi, işçi ve işverenin anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine, farklı şekilde dağıtılabilmesi de mümkündür.

3. İşçilerin Günde 11 Saatten Fazla Çalıştırılmaması

İş Kanunu'na göre; işçi ve işverenin anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati geçmemek üzere farklı şekilde dağıtılabilmektedir. Burada esas olan günlük çalışma süresinin günde 11 saati geçmemesidir. Örnek; ara dinlenmesi hariç, haftanın 3 günü 11'er saat, haftanın 2 günü 6'şar saat çalışılmak suretiyle haftalık 45 saat çalışma yapılabilmesi mümkündür.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde; günlük çalışma süresinin her ne şekilde olursa olsun 11 saati geçemeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay'ın yerleşik kararlarında; kanunda belirtilen yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğacağı, günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir denilmektedir.

4.Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami 7.5 Saat Çalışılabilecek İşler

İş Kanunu'nun 63'üncü maddesine göre; yer altı maden işlerinde ise haftalık çalışma süresi, günde 7.5 saati geçmemek üzere en çok 37.5 saattir.

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik gereği, kurşun ve arsenik işleri; cam sanayi işleri; cıva sanayi işleri; çimento sanayi işleri; kok fabrikalarıyla termik santrallerdeki işler; çinko sanayi işleri; bakır sanayi işleri; alüminyum sanayi işleri; demir ve çelik sanayi işleri; döküm sanayi işleri; kaplamacılık işleri; karpit sanayi işleri; asit sanayi işleri; akümülatör sanayii işleri, kaynak işleri; madenlere su verme işleri; kauçuk işlenmesi işleri; yer altı işleri; radyoaktif ve radyoiyonizan maddelerle yapılan işler; gürültülü işler; su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işler; pnömokonyoz yapan tozlu işler; tarım ilaçlarının kullanıldığı işler başlıkları altında Yönetmelikte belirtilen işlerde işçilerin günlük 7.5 saatten fazla çalıştırılması söz konusu değildir.

5.Sağlık Kuralları Bakımından Günde 7.5 Saatten Az Çalışılabilecek İşler

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'e göre;

5.1. Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden (iniş, çıkış, geçiş dâhil);

5.1.1- 20-25 (20 hariç) m. derinlik veya 2-2,5 (2 hariç) kg/cm² basınçta 7 saat,

5.1.2- 25-30 (25 hariç) m. derinlik veya 2,5-3 (2,5 hariç) kg/cm² basınçta 6 saat,

5.1.3- 30-35 (30 hariç) m. derinlik veya 3-3,5 (3 hariç) kg/cm² basınçta 5 saat,

5.1.4- 35-40 (40 hariç) m. derinlik veya 3,5-4 (3,5 hariç) kg/cm² basınçta 4 saat,

5.2. Cıva işlerinden;

5.2.1- Cıva izabe fırınlarında görülen işler 6 saat,

5.2.2- Elementer cıva bulunan ocaklarda görülen işler 6 saat,

5.3. Kurşun işlerinden;

5.3.1- Kurşun izabe fırınlarının teksif odalarında biriken kuru tozları kaldırma işleri 4 saat,

5.4. Karbon sülfür işlerinden;

5.4.1- Karbon sülfürden etkilenme tehlikesi bulunan işler 6 saat,

5.5. İnsektisitlerden;

5.5.1- Karbamatlı ve organik fosforlu insektisitlerin yapımı, paketlenmesi, çözelti olarak hazırlanması ve uygulanması işleri 6 saat, süreyle en fazla çalıştırılmaları gerekmektedir.

6.Kanun ve Yönetmeliklerde Belirlenen Günlük Çalışma Süresinin Üzerinde İşçinin Çalıştırılması

İşçinin İş Kanunu'nda belirtilen maden ocaklarında günlük 7.5 saatin, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'in ve bu makalemizin 4'üncü maddesinde belirtilen işlerde günlük 7.5 saatin, aynı Yönetmeliğin ve bu makalemizin 5'inci maddesinde belirtilen sürelerin, diğer işlerde günlük 11 saatin üzerinde işçilerin çalıştırılmaları yasak bulunmaktadır.

Bu yasağa rağmen işçinin günlük çalışma sürelerinin üzerinde çalıştırılması halinde ne yapılacaktır? İşçiye ücret ödenmeyecek midir? Ödenecekse ne kadar ödenecektir?

Kanunda ve yönetmelikte azami haddi belirlenen sürenin üzerinde işçinin çalıştırılması durumunda işçiye fazla çalışma ücreti (fazla sürelerle çalışma ücreti değil) ödenmesi gerekir.

İş Kanunu ve Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te belirlenen günlük çalışma süresinden fazla çalıştırılan işçiye, işyerinde belirlenmiş olan haftalık çalışma süresine bakmak (bu süre İş Kanununda belirlenmiş olan haftalık en çok 45 saatlik süreyi aşamaz) icap etmektedir. Örneğin; İş Kanunu ile; maden ocaklarında günlük 7.5 saatin ve haftalık 37.5 saatin üzerinde çalışma yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu yasağa rağmen işçi Ocak 2017 ayının bir haftasında ara dinlenme hariç günlük 9 saat çalıştırılmış ve haftalık çalışma süresi 37.5 saati aşmamıştır. Bu durumda ilgili haftada işçinin 9 saat çalıştığı günün 7.5 saati aşan $9-7.5=1.5$ saati için haftalık çalışma süresi aşılmadığından ve $1.777,50 \times 2 = 3.555/225 = 15,80 \times 2 = 31,60$ liranın 15,80 lirası haftalık 37.5 saatlik çalışmanın içinde işçiye ödendiğinden, işçiye her saat için yalnızca diğer 15,80 lirası, 1.5 saat için de $15,80 \times 1.5 = 23,70$ lira fazla çalışma ücreti ödenecektir. Diğer bir ifadeyle iki katın, her saat için bir katının ödenmesi söz konusudur.

Şayet bu çalışma haftalık 37.5 saati aşmak suretiyle işçi ilgili haftada 39 saat çalışmış olsaydı, bu durumda işçiye hem 7.5 saati aşan kısım için, hem de haftalık 37.5 saati aşan kısmı için fazla çalışma ücreti ödenmesi, aynı çalışma için işçiye iki kez fazla çalışma ücreti ödenmesini ortaya çıkaracaktır.

Bu nedenle, bu durumda olan işçiye; iki kez fazla çalışma ücreti ödenmesi yapılmayıp, yalnızca 37.5 saati aşan kısmı için fazla çalışma ücreti ödemesi yapılacaktır. Bu durumda olan işçinin alması gereken fazla çalışma ücreti brüt $1.777,50 \times 2 = 3.555/225 = 15,80 \times 2 = 31,60 \times 1.5 = 47,40$ lira olacaktır.

7.Günlük 11 Saatin Üzerinde Çalıştırılan İşçiye Ödenecek Fazla Çalışma Ücreti

Yukarıda belirtilen günlük çalışma süreleri sınırlamaları dışında kalan işlerde işçinin günlük 11 saatin üzerinde çalıştırılması yasaklanmıştır. Bunun, işçiyi korumaya yönelik bir hüküm olduğu net ve açıktır. Yerleşmiş Yargıtay kararlarında da buna vurgu yapılmaktadır.

Bu hükme rağmen işçinin zaman zaman ara dinlenme hariç, günlük 11 saatin üzerine çalışmasıyla karşılaşmaktadır.

Günlük 11 saatin üzerinde çalışan işçinin ilgili haftadaki çalışmasının haftalık 45 saati aşıp aşmadığına göre ödenecek fazla çalışma ücreti farklılık göstermektedir.

Bunu bir örnekle açıklayalım: Haftalık 45 saat çalıştırılması gereken brüt 1.777,50 lira asgari ücretli işçi, haftanın 3 günü çalışıp, 4 günü dinlenmektedir. Çalıştığı haftanın 3 gününde, ara dinlenme hariç günlük 14 saat çalışmaktadır. Bu işçiye ne kadar fazla çalışma ücreti ödenecektir.

Bu işçi haftalık $14 \times 3 = 42$ saat çalışarak, haftalık çalışma süresi çalışması gereken haftalık 45 saatin altında kalmaktadır. Bu işçi günlük $14-11=3$ saat ve 3 günde $3 \times 3 = 9$ saat fazla çalışma yapmaktadır. Bu işçiye $1.777,50/225 = 7,9 \times 1.5 = 11,85 \times 9 = 106,65$ lira fazla çalışma ücreti ödenmeyecektir. Bu 106,65 liralık ücretin 71,1 liralık kısmı, 1.777,50 liralık brüt asgari ücretin içinde haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılmamasıyla işçiye ödendiğinden $106,65-71,1=35,55$ lira fazla çalışma ücretinin işçiye ödenmesi gerekmektedir.

Aynı işçinin haftanın 4 günü, ara dinlenme hariç günlük 14 saat çalışmış olması durumunda, bu işçi haftalık $14 \times 4 = 56$ saat çalışmak suretiyle haftalık $56-45=11$ saat haftada fazla çalışma yapması ortaya çıktığından bu kez 1.777,50 lira brüt asgari ücretle çalışan bu işçiye

$1.777,50/225 = 7,9 \times 1,5 = 11,85 \times 11 = 130,35$ lira brüt fazla çalışma ücreti ödenmesi söz konusudur.

Bu maddede yer verilen örneklerde, örneğimize konu işçinin iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin İş Kanununda yazılı olduğundan farklı olmadığı dikkate alınarak ve her saat için işçinin saat ücretinin % 50 fazlası (1.5 katı) fazla çalışma ücreti ödeneceği esasına göre hesaplama yapılmıştır.

İş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesiyle daha yüksek bir ücret ödeneceği (örneğin 2 katı gibi) belirtilmiş ise, haftalık 45 saati aşan günlük 11 saati geçen çalışmaların her bir saati için işçiye belirlenen bu ücretin ödenmesi gerekir.

8. Sonuç

İş Kanunu'na göre; işçi ve işverenin anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati geçmemek üzere farklı şekilde dağıtılabilir.

İş Kanunu'nun 63'üncü maddesine göre; yer altı maden işlerinde ise haftalık çalışma süresi, günde 7.5 saati geçmemek üzere en çok 37.5 saattir.

Günlük 11 saatin üzerinde çalışan işçinin ilgili haftadaki çalışmasının haftalık 45 saati aşp aşmadığına göre ödenecek fazla çalışma ücreti farklılık göstermektedir.

Kaynakça

-4857 sayılı İş Kanunu

-İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği

-Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik

YARGITAY CEZA GENEL KURULU ESAS: 2012/1517 KARAR: 2014/36
TAPULU ARAZI İÇİNDE AĞAÇ KESMEK

6831 sayılı Kanuna muhalefet suçundan sanık M.. B..'in beraatına, aynı kanunun 116/son maddesi uyarınca 100 Lira idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Akyazı Sulh Ceza Mahkemesince verilen 11.08.2009 gün ve 384-507 sayılı hükmün, katılan kurum temsilcisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesince 10.05.2012 gün ve 8071-19081 sayı ile;

"Sanığın tek eyleminden hem beraat hem de idari para cezası tayini suretiyle CMK'nin 225. maddesine muhalefet edilmesi" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 11.07.2012 gün ve 58126 sayı ile;

"...6831 sayılı Kanunun 116/1, 116/B-son ve 5326 sayılı Kanunun 27/7. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, mahkemece sanık hakkında açılan kamu davasında yapılan kovuşturma sonucunda, sanığa isnat edilen fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu tespit edildiğinde, sanık hakkında isnat edilen suçtan beraat kararı verilip, sanık hakkında kabahat eylemi nedeniyle idari yaptırım kararı uygulanmasına hükmetmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Somut olayda, Akyazı Sulh Ceza Mahkemesinin 11.08.2009 tarih ve 2008/384 esas, 2009/507 karar sayılı ilamında, sanığın eyleminin ağaç kesme suçunu oluşturmayıp, tapulu arazisinden izinsiz ağaç kesme kabahat eylemini oluşturduğu tespit edilerek, sanığın ağaç kesme suçundan CMK'nun 223/2-e maddesi uyarınca beraatine, sanığın 6831 sayılı Kanunun 116/B-son maddesi gereğince 100 Lira idari para cezası ile cezalandırılmasına, yedieminde bulunan emvalin sanığa iadesine hükmedildiği anlaşılmıştır.

Yukarıda ayrıntılarıyla izah edilmeye çalışıldığı üzere, 5326 sayılı Kabahatler Kanunun 27/7. maddesi uyarınca, kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu tespit edildiğinde, mahkemenin sanık hakkında atılı suçtan beraat kararı verip, kabahat eyleminden dolayı sanık hakkında idari yaptırım kararı vermesi gerekeceği açıkça ortaya çıkmaktadır.

İlk derece mahkemesinin sanık hakkında ağaç kesme suçundan beraat kararı verip, kabahat eyleminden dolayı idari para cezası tayin etmesinde yasaya bir aykırı bir durumun bulunmadığı gibi, hükümde de bir karışıklık oluşturmadığı anlaşılmıştır" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Özel Dairece 15.11.2012 gün ve 22770-38387 sayı ile; itiraz nedenleri yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, sanık hakkında 6831 sayılı Kanuna muhalefet suçundan açılan kamu davasında fiilin kabahat olduğunun anlaşılması halinde, 6831 sayılı Kanunun 91/1. maddesinden beraat ve kabahat oluşturan fiil nedeniyle de idari yaptırım kararı verilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İncelenen dosya kapsamından;

Sanık hakkında orman alanından ağaç kestiği iddiasıyla 6831 sayılı Orman Kanunun 91/1. maddesi uyarınca cezalandırılması talebiyle kamu davası açıldığı,

Yargılama aşamasında yapılan keşif ve düzenlenen bilirkişi raporuna göre, suç konu ağaçların sanığın komşusu M.. A.. adına tapuya tescilli araziden kesildiğinin belirlendiği, Yargılama sonucunda, sanığın orman alanından ağaç kesme suçunu işlemediği ve tapulu araziden ağaç kesme eyleminin ise kabahat olduğu anlaşıldığından, sanığın 6831 sayılı Kanunun 91/1. maddesine uyan suçtan beraatına, kabahat nedeniyle 6831 sayılı Kanunun 116/B-son maddesi uyarınca 100 Lira idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, anlaşılmaktadır.

5271 sayılı CMK'nun "Duruşmanın sona ermesi ve hüküm" başlıklı 223. maddesinin 2. fıkrası;

"Beraat kararı;

- a)Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
 - b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
 - c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
 - d)Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
 - e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,
- Hallerinde verilir" şeklinde düzenlenmiş olup, fıkradaki bu hallerden biri gerçekleştiğinde, mahkemece fıkranın hangi bendine de dayanıldığı belirtilmek suretiyle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde çözüme kavuşturabilmesi için CMK'nun 223. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması" kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlıklı 2. maddesinde, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği, kanunen suç sayılmayan bir eylem dolayısıyla sanığa ceza verilemeyeceği gibi kanunun suç ve ceza içeren hükümlerinin kıyas yolu ile de uygulanamayacağı,

Diğer bir ifadeyle kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorumlanamayacağı ifade edilmiştir.

Bu ilkenin doğal bir sonucu olarak, mahkemece yargılama konusu eylemin kanunda suç olarak düzenlenip düzenlenmediği araştırılarak, yargılama sonucunda eylemin kanunda suç olarak düzenlenmediğinin belirlenmesi durumunda CMK'nun 223/2-a maddesi uyarınca sanığın beraatına karar verilmesi gerekecektir.

Bu aşamada, yargılama konusu eylemin kanunda suç olarak düzenlenmediği, ancak kabahat oluşturduğunun anlaşılması durumunda yapılacak işlemin belirlenmesi için Kabahatler Kanunun incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

5252 sayılı Kanunun 12. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kalkması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte 5326 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesi nedeniyle suç ve yaptırım sistemimiz önemli değişikliklere uğramış, 5237 sayılı TCK'nda, 765 sayılı TCK'ndaki cürüm ve kabahat ayırımına son verilerek, bir kısım kabahatler anılan kanunda suç olarak tanımlanmış, bir kısım kabahatler ise Ceza Kanunundan çıkarılarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında idari yaptırımı gerektiren haksızlıklar olarak düzenlenmiştir.

5326 sayılı Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin uyuşmazlığa ilişkin olan 7. fıkrası;"Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun

yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre kovuşturma safhasında, kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmayıp, kabahat sayıldığıının anlaşılması halinde, idari yaptırım kararı verilmesi için dosyanın ilgili kamu kurum ya da kuruluşuna gönderilmesi yerine davayı gören mahkemece idari yaptırım kararı verilecektir. Bu halde mahkemece, açılan kamu davası dolayısıyla yürütülmekte olan kovuşturma konusu fiilin suç oluşturmadığı gerekçesiyle hükmolunacak beraat kararıyla sonuçlandırılması ve idari yaptırıma karar verilmesi gerekecek ve bu uygulama 5326 sayılı Kanunun 27. maddesi, 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK'nun sistematığı birlikte değerlendirildiğinde hükmün karıştırılması niteliğinde olmayacaktır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu ihtilaf değerlendirildiğinde;

Sanık hakkında orman alanından ağaç kesme suçundan 6831 sayılı Kanunun 91. maddesi uyarınca açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda, sanığın eyleminin orman idaresinden izinsiz tapulu araziden ağaç kesme fiilini oluşturduğu, bu fiilin 6831 sayılı Kanunun 116/B-son maddesinde idari yaptırıma bağlandığı göz önüne alındığında, Yerel mahkemece 6831 sayılı Kanunun 91/1. maddesinden sanığın beraatına, eylemin kabahat oluşturduğu gerekçesiyle 6831 sayılı Kanunun 116/B-son maddesi uyarınca 100 Lira idari para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmesinde usul ve kanuna aykırılık bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Yargıtay 3. Ceza Dairesi bozma kararının kaldırılmasına, Yerel mahkeme hükmünün esastan incelenmek üzere Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle; 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE, 2- Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 10.05.2012 gün ve 8071-19081 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA, 3- Dosyanın, esastan incelenmesi için Yargıtay 3. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 04.02.2014 günü yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.