

BÜLTEN

MART 2017 / Sayı:2



ISSN:2459-1106

PIŞKIN | Hukuk Bürosu

BÜLTEN

HUKUK DERGİSİ	
YAYIN SAHİBİ	Ferhat PİŞKİN
SORUMLU MÜDÜR/EDİTÖR	Serhat PİŞKİN
YAYIMA HAZIRLAYANLAR	Ferhat PİŞKİN Serhat PİŞKİN G. Aslı PİŞKİN Gizem ÖRSEL PİŞKİN Ayşe BAHAR ALKAYA
İLETİŞİM	Saltak Caddesi No:66/6 20100 DENİZLİ - TÜRKİYE T: 0090 258 264 33 33/32 F:0090 258 2421331
YAYIN	Yerel-Sürelî
TASARIM	Selver YILMAZ
BASKI	ETK Etiket Ambalaj Tekstil San ve Tic Ltd Şti
ADRES	Zafer Mah. 1002 Sok. No: 21 Merkezefendi DENİZLİ.

Not: Bülten içindekiler herhangi bir özel husus veya hukuki konuya dair hukuki görüş veya danışmanlık vermek ya da reklam amaçlı olarak yorumlanamaz. Okuyucuların hukuki uyumsuzlukları ile ilgili hukuki görüş için mutlaka bir hukukçuya/avukata danışması tavsiye olunur. Bülten ile ilgili daha fazla bilgi için lütfen irtibata geçiniz.

Merhaba,

Siz değerli iş ortaklarımız ve okuyucularımıza ikinci Bülten’i sunmanın tarifi imkânsız heyecanını yaşıyoruz. Bülten’in ilk sayısında da belirttiğimiz üzere, bu basılı eseri yayımlamamızın amacı, ülkemizde sürekli gelişen ve/ya da değişen hukukla/kanunlarla ilgili bu erişilemeyecek derecede hızlı değişimin takibini kolaylaştırmaktır. Ancak ilk sayının yayımlandığı 2016 Mayıs ayından itibaren, ülkemizdeki hukukî kaynaklar öyle sık değişti ki, gördüğümüz üzere bunları takip edebilmek maalesef işin uzmanları tarafından dahi mümkün olmamıştır. Öyle ki, ülkemizde yaz aylarının ortalarından itibaren yaşanan siyasî gelişmeler herkesin malûmudur. Ülkemiz 15 Temmuz sonrası Olağanüstü Hal ile yönetilmektedir. Maalesef biz de Bülten’in bu sayısını Olağanüstü Hal rejiminde yayımlamak durumundayız. 2016 Mayıs tarihinden bu yana, Kanun Koyucu ve Olağanüstü Hal vasıtasıyla Kanun Koyucu’nun yerini alan Yürütme Organı peş peşe Yasa ve Kanun Hükmünde Kararname(ler) yayımlamıştır.

Bu süre zarfında kısaca belirtmek gerekirse;

“Elektrik Piyasası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile medyada da “KAYIP-KAÇAK” olarak belirtilen, elektrik dağıtım şirketleri tarafından haksız olarak alınan elektrik faturası kalemlerinin, alınabilmesinin yolu açılmıştır.

“Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” la, iflas erteleme müessesesi hükümlerinde ciddi değişiklikler ve karşılıksızdır işlemi yapılan çeklere hapis cezasına varan yaptırımlar öngörülmüştür. Ayrıca aynı Kanun’la, 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu, İcra ve İflas Kanunu, Finansal Kiralama ve Faktoring Kanunu gibi ekonomi hukuku ile doğrudan ilintili birçok Kanun hükmünde önemli değişiklikler yapılmıştır.

“Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun” ile kamu alacaklarının yapılandırılması ve vergi affı düzenlenmiştir. “Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la zorunlu bireysel emeklilik sistemi uygulaması getirilmiştir. “Türkiye Varlık Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”la Türkiye Varlık Yönetim A.Ş. kurulmuştur.

01.09.2016 tarihli 29818 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kanun Hükmünde Kararname’nin 10. Maddesiyle, Olağanüstü Hal süresince iflas erteleme müessesesine ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır.

“Taşınır Ticari İşletme Rehni Kanunu” ile “Ticari İşletme Rehni Kanunu” mülga hale gelmiştir. “Bilirkişilik Kanunu” yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

“Sınai Mülkiyet Kanunu” yayımlanarak, tüm fikri ve sınai haklar tek bir kanun çatısı altında birleştirilmiştir.

Hepimizin bildiği gibi OHAL süresince şimdiye dek yirmi iki Kanun Hükmünde Kararname yayımlanmış ve yürürlüğe konulmuştur.

Kanunî düzenlemelerde yapılan yukarıda yalnızca bir kısmını belirtebildiğimiz bu değişiklikler ve siz değerli okuyucularımızca yapılan geri bildirimler, bize Bülten’in ikinci sayısını yayımlama isteği ve heyecanı vermiştir. İş bu heyecan ve istekle hazırlanan bu Bülten tabîî ki eksiksiz ve/ya da kusursuz olduğu iddiasında değildir. Ancak muhakkak faydalı olma, takdir görme inancı ve umudu taşımaktadır. Bu inanç ve umut da sonraki Bülten(ler) için bize heyecan, çalışma sevgi ve cesaret vermektedir.

Daha adaletli günlerde tekrar görüşmek/ulaşmak dileğiyle...

PİŞKİN Hukuk Bürosu



İÇİNDEKİLER

KARŞILIKSIZ ÇEKTE HAPİS CEZASI

5-12

HİZMET TESPİTİ DAVASI

13-20

TİCARİ İŞLEMLERDE
YENİ BİR TEMİNAT ŞEKLİ TAŞINIR REHNİ
21-28

(OLAĞANÜSTÜ HAL SÜRESİNCE)
İFLAS ERTELEME MÜESSESESİNE
YERİNE "KONKORDATO"
UYGULANABİLİR Mİ?
29-40

ULUSLARARASI TİCARETTE TESLİM
ŞEKİLLERİ
41-48



Serhat **PIŞKİN**
Avukat - Attorney At Law

KARŞILIKSIZ ÇEKTE HAPİS CEZASI

GİRİŞ

Kanun Koyucu, 03.02.2012 tarihinde esasen Yargıtay'ın iş yükünü azaltmanın çabalarının arandığı dönemde çekte hapis cezasını 6273sayılı Kanun¹ ile kaldırmıştır. Ancak maalesef bu kez İcra ve İflas Müdürlükleri ile Hukuk Mahkemelerinin dolayısıyla yine Yargıtay'ın iş yükünü artırmayı engelleyememiştir.

Çekte hapis cezasının kaldırılmasını, yalnızca ceza tehdidi altında bulunan keşideciler memnuiyetle karşılamış; bunun yanında toplumun diğer kesimleri tarafından çeke olan güvenin sarsılacağı, çek ile bono arasında (bankanın sorumlu olduğu miktarın ödenmesi dışında) hiçbir fark kalmadığı şeklinde “belki” haklı gerekçelerle çekte hapis cezasının kaldırılması eleştirilmiştir. Gerçekten ticari hayatta, güven kuruluşu olan bankalar tarafından basılan ve bazı niteliklere haiz kişilere teslim edilen çeke olan güven sarsılmıştır. Ticari hayatın aktörlerinden olan mal veya hizmet alan kişiler çek keşide ederken hiç düşünmez, bunun yanında çek karşılığı mal satan veya hizmet sunan kişiler çeklerin keşide günleri yaklaştığında endişe duyar hale gelmiştir. Bu süre zarfında karşılıksızdır işlemi yapılan çekler ve kam-biyo senetlerine mahsus genel haciz yoluyla ilamsız icra takiplerinde de ciddi artış meydana gelmiştir.

Halbuki, karşılığı bulunmayan çeke hapis cezası öngörülmesinin çekle ödeme yapılmasını kabul eden alacaklılar için bir güvence sağladığı kuşkusuzdur². Ancak sonda söyleyeceğimizi başta söylemek gerekirse, çekin amacının saptırılarak bir yandan kredi bir yandan da teminat aracı olarak kullanıldığı günümüz piyasasında sağlıklı bir sistem kurmak gerekir. Bunu yapmadan, işleyişi piyasanın aktörlerine bırakmak ve işleyişin aksamaması halinde ise bunun altında tek başına insan unsurunu arayarak ceza hukukunu devreye sokmak, bataklığın hesabını sinekten sormaya benzer ki, bu hukuk devletine yakışır bir tutum değildir³. Tüm bunlar çalışmamızın kapsamını kat be kat aşan konular olduğundan karşılıksız çeklerde cezanın gerekli olup olmadığı, yani ekonomik suça ekonomik yaptırım ilkesi bu çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır.

Bilineceği üzere 09.08.2016 tarihinde “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴” çekte hapis cezasını öngörmüş/geri getirmiştir.

Bu durumda, 09.08.2016 tarihinden sonra keşide edilen çeklere karşılıksızdır işlemi yapıldığı takdirde, yani bu çekler karşılıksız çıktığında keşideci gerçek kişi veya tüzel kişiliğin yetkilisinin cezalandırılmasının

¹03.02.2012 Tarih ve 28913 sayılı Resmi Gazete

²BAŞİBÜYÜK İsa; “Karşılıksız Çekte Hapis Cezasının Kaldırılması Üzerine Bir Değerlendirme”, (Ankara Barosu Dergisi, Yıl:2012, Sayı:2, s. 305-319), s. 308.

³BAŞİBÜYÜK, s. 318.

⁴09.08.2016 Tarih ve 29796 sayılı Resmi Gazete

⁵Bu konuda ayrıntılı açıklama için bakınız ÜLGİN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Aslan; Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, (XII Levha), İstanbul 2013, s. 260 v.d.; KENDİGELEN, Abuzer; Çek Hukuku, 4. Baskı, (Arıkan Kitabevi), İstanbul 2007, s. 198 v.d.; KARAHAN, Sami/ ARI, Zekeriya/ BOZGEYİK, Hayri/ SARAÇ, Tahir/ ÜNAL, Mücahit; Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, (Mimoza Yayınları), 2014, s. 381 v.d..

önü açılmıştır. Ancak, sorun 09.08.2016 tarihinde önce keşide edilen çekler yönünden ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar çek bir kredi aracından ziyade ödeme aracı olsa da, Çek Kanunu Geçici Madde 3/5 hükmü, doktrin ve Yargıtay kararlarında ileri tarihli (post-date) çekin keşide edilebileceği kabul edilmiştir⁵.

Bu durumda, çekte ceza uygulamasını öngören kanunun yürürlük tarihi olan 09.08.2016 tarihinden önce ileri tarihli olarak (09.08.2016 tarihinden sonraki bir tarih keşide tarihi yazılarak) keşide edilen çeklerin karşılıksızdır işlemine konu olması durumunda, sorumlular hakkında ceza yaptırımının uygulanıp uygulanmayacağı (sorunu) ve çekte hapis cezası ve yargılamasına ilişkin genel açıklamalar bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

I. SUÇUN TANIMI VE KANUNUN 09.08.2016 TARİHİNDEN ÖNCE POST-DATE KEŞİDE EDİLEN ÇEKLERE UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

1. SUÇUN TANIMI

Çek Kanunu md. 5 hükmüne göre, “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi

içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikayeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması halinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir”

“....verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin





doğrudan hapis cezasına çevrilir.”

Söz konusu madde hükmüne bakıldığında, suçun karşılıksız çek keşide etmek değil, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet vermek olduğunu söylemek yanlış değildir.

Karşılıksızdır işlemi yapılması da, çekin keşide edilmesinin değil, çek karşılığının ilgili bankada bulundurulmaması halinin doğal sonucudur. Yani, cezaya (suça) konu fiil, karşılıksız çek keşide etme değil, keşide edilen çekin karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmamaktır. Açıklamak gerekirse, bu suç ancak ihmalî bir davranışla⁶ işlenebilen bir suçtur. Bu ihmalî davranışta çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmamaktır. Çünkü çekin karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme, ancak, çek karşılığını ilgili bankada bulundurma zorunluluğuna aykırı davranmak suretiyle gerçekleşir.

Fakat bu suçun fiili uygulamada karıştırılmakta sanki karşılıksız olan çeki keşide etme suç olarak kabul edilmektedir. Bunun nedenlerinden biri 3147 sayılı Mülga Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun'un⁷ 16. Maddesinin birinci fıkrasında suçun failini çek keşide edenler olarak göstermesidir⁸. Diğer ise, çekte (kural olarak) vadenin bulunmayışıdır. Çoğunlukla çek keşide gününde ibraz edilmektedir ve çekin karşılığı ilgili bankada bulunmuyorsa aynı tarihte de karşılıksızdır işlemi yapılmaktadır. Bu da sanki karşılığı zaten olmayan çekin keşide edildiği izlenimi doğurmaktadır.

⁶"İhmalî davranış hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasından ibarettir." (TOROSLU, s. 117).

⁷03.04.1985 Tarih 18714 Sayılı Resmi Gazete

⁸Karşılıksız çek Madde 16 - [DEĞİŞİK MADDE RGT: 08.03.2003 RG NO: 25042 KANUN NO: 4814/14]

Üzerinde yazılı keşide tarihinden önce veya ibraz süresi içinde 4 üncü madde uyarınca ibraz edildiğinde, yeterli karşılığı bulunmaması nedeniyle kısmen de olsa ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcileri, kanunların ayrıca suç saydığı haller saklı kalmak üzere, çek bedeli tutarı kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Ancak verilecek para cezası seksenmilyar liradan fazla olamaz.

Ancak yukarıda da bahsettiğimiz üzere, ticari aktörler genellikle ileri tarihli çek keşide etmektedir.

Bu durumda keşide etme fiilinin suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir, çünkü ileri tarihli çek keşide edildiğinde henüz ortada karşılıksızdır işlemi bulunmamaktadır. Hal böyle kabul edilirse, suçun maddi unsuru/sonucu (karşılıksızdır işlemi) oluşmadan suç gerçekleşmiş hatta tamamlanmış izlenimi verilmiş olmaktadır.

Yani, esasen halk arasında tabir edildiğinin aksine suç; karşılıksız çek keşide etme suçu değil; ÇEK KARŞILIĞINI İLGİLİ BANKADA BULUNDURMAMA SUÇUDUR⁹.

Çek hesabı sahibi, çekin karşılığını ilgili bankada bulundurmaması suçun gerçekleşmiş olması için yeterlidir.

2. KANUNUN 09.08.2016 TARİHİNDEN ÖNCE POST-DATE (İLERİ TARİHLİ) KEŞİDE EDİLEN ÇEKLERE UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

Her Kanunun, yürürlüğe girer ve yürürlükten kalkar.

Bire kanun hükmünün açık veya örtülü biçimde ilgası sonucu sona erip yerine bir başka normun geçmesi halinde kanunların birbirini izleyişinden söz edilir¹⁰.

Ceza içeren kanunların bu birbirini izleyişi halinde değiştirilen kanun hükmü daha önce varolmayan yeni bir suç yarattığında veya var olan kanun hükmünün kapsamını değiştirdiğinde genel bir kural vardır ki; KİŞİNİN ALEYHİNE OLAN KANUN GEÇMİŞE UYGULANMAZ¹¹. Yani işlendiği zaman yürürlükte olmayan

⁹Günay, Meryem/Günay, Mehmet; "5941 sayılı Kanuna Göre Karşılıksız Çek Düzenleme Suçu" (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi TAAD, Temmuz 2010, Yıl:1 Sayı:2, s. 326)

¹⁰TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Kısım, 8. Bası, [Savaş Yayınevi], Ekim 2005, s. 82; CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. Bası, [Beta Yayınları], s. 100-101; ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray/ TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, [Seçkin Yayınevi], Ankara 2010, s. 123 v.d.

¹¹TOROSLU, s. 63.



bir kanun hükmünden dolayı kimseye ceza verilemez ve hakkında güvenlik tedbirine hükmedilemez.

Bunun yanında, lehe olan kanun geçmişe uygulanır, yani işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz.

Çekte hapis cezasını öngören düzenleme 09.08.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu halde söz konusu tarihten keşide tarihi ihtiva eden çekler yönünden Çek Kanunu'nun 5. Maddesinde düzenlenen hapis cezası hükümlerinin uygulama alanı olmadığını yalnızca, (çek hesabı açma yasağı gibi) idari yaptırımların uygulanacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yani, çekin üzerinde yazılı bulunan keşide tarihi 08.08.2016 ise, çekin karşılıksız işlemine konu olması halinde kişiye güvenlik tedbiri olan çek

düzenleme ve çek hesabı açma yasağı getirilse dahi, hapis cezası verilemeyecektir. Kısaca, bu halde Çek Kanunu 09.08.2016 tarihinden önceki haliyle uygulama alanı bulacaktır.

Ancak, 09.08.2016 tarihinde keşide edilen çeklere karşılıksızdır işlemi uygulandığı takdirde, idari yaptırımların yanında Çek Kanunu md. 5 uyarınca hamilin şikayeti üzerine çek bedelinden (3095 sayılı Kanuna göre hesaplanacak faizi dahil) az olmamak üzere 1500 güne kadar adli para cezasına hükmedilecek, bu adli para cezası ödenmediği takdirde kamuya yararlı bir işte çalışma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına hükmedilecektir.

Bu noktada, çekin keşide tarihi 09.08.2016 tarihi veya sonraki bir tarih yazması durumunda, çekin 09.08.2016 tarihinden önceki bir tarihte post-date (ileri tarihli) olarak keşide edilmiş olmasının hiçbir önemi yoktur. Yani örneğin çek 10.08.2016 tarihli olarak 05.05.2016 tarihinde keşide edilmiş ve teslim edilmiş olsa dahi, çek üzerindeki keşide tarihi 09.08.2016 tarihinden sonraki bri tarih olduğu için çeke karşılıksızdır işlemi yapılması halinde Çek Kanunu md. 5 hükmünde belirtilen hapis cezası tehdidi doğmaktadır. Bunun sebebi, yukarıda bahsettiğimiz üzere, suçun, çekin karşılığının ilgili banka hesabında bulundurulmaması yani karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verilmesidir.

Yani kısaca, ÇEK KARŞILIĞININ İLGİLİ BANKADA BULUNDURMAMA SUÇUNUN GERÇEKLEŞME/

İŞLENME ZAMANI, ÇEKİN ÜZERİNDE YAZILI KEŞİDE TARİHİ VE/YA DA ÇEKİN BANKAYA İBRAZ TARİHİDİR.

Çünkü, Çek Kanunu Geçici Madde 3/5 hükmü uyarınca, 31/12/2017 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir. Bu durumda, çek keşide gününden önce ibraz edilemeyeceğinden, suç olan karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme eylemi de en erken keşide gününde işlenmiş sayılacaktır.

Ancak, 31.12.2017 tarihinden sonra, keşide edilen çekler ileri tarihli olsa dahi keşide tarihini beklemeden ödeme için bankaya ibraz edilebileceğinden, suç tarihi bankaya ibraz tarihi olacaktır.

Sonuç olarak önemli olan çekin lehtara hangi tarihte teslim edildiği değil, muhatap bankaya ödeme için ne zaman ibraz edildiğidir.

Bu nedenle, 09.08.2016 tarihinden önce keşide edilmiş (ve lehtara teslim edilmiş) olsa dahi, keşide tarihi 09.08.2016 tarihinden sonra olan ve kanuni ibraz süresi içerisinde ödenmek için bankaya ibraz edilen çeklere karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verilmesi halinde suç gerçekleşmiş olacaktır. Bu halde kanaatimizce, çekin kanun Resmi Gazete’de yayımlanmadan önce keşide edildiği savunması suçtan kurtulmak için yeterli olmayacaktır.

II. SUÇUN FAİLİ SORUNU

Çek Kanunu md. 5 hükmünde nihayetinde hapis cezası tehdidi olan suçun failinin kim olduğu da önemlidir. Bu noktada soru şudur: suçun faili yani

KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VEREN KİŞİ, ÇEKİ KEŞİDE EDEN Mİ YOKSA ÇEK HESABI SAHİBİ MİDİR?

Karşılıksızdır işlemi, Çek Kanunu md 3 uyarınca, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır. Bu halde, KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VEREN KİŞİ, ÇEK KARŞILIĞINI İLGİLİ BANKADA BULUNDURMAKLA YÜKÜMLÜ OLAN KİŞİDİR. BU KİŞİ DE, ÇEK KANUNU MD. 5 HÜKMÜNE GÖRE, ÇEK HESABI SAHİBİDİR.

Gerçekten Kanuna göre, göre çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmamakla yükümlü olan kişi, çek hesabı sahibidir. Çek hesabı sahibinin tüzel kişi olması halinde, bu tüzel kişinin mali işlerini yürüt-

mekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler, çek karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmamakla yükümlüdür. KANUNDA BELİRTİLEN KİŞİLER, ÇEK KARŞILIĞINI İLGİLİ BANKA HESABINDA BULUNDURMA ZORUNLULUĞUNA RIAYET ETMEDİKLERİ TAKDİRDE, ÇEK KARŞILIKSIZDIR İŞLEMİNE KONU OLACAKTIR. YANİ, CEZA SORUMLULUĞUNA SAHİP OLAN, ADLİ PARA CEZASINI ÖDEMEDİKLERİ TAKDİRDE HAPİS CEZASINA MAHKÛM OLACAK KİŞİLER; ÇEK HESABI SAHİBİ GERÇEK KİŞİLER, ÇEK HESABI SAHİBİ TÜZEL KİŞİLER İSE TÜZEL KİŞİNİN MALİ İŞLERİNİ YÜRÜTMEKLE GÖREVLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİ BÖYLE BİR ÜYE BELİRLENMEMİŞ İSE YÖNETİM ORGANINI OLUŞTURAN GERÇEK KİŞİLERDİR¹².



¹² 3167 sayılı Kanunun 16. maddesinde, ödenmeyen çeki keşide eden hesap sahipleri veya yetkili temsilcilerinin cezalandırılacağı belirtilmekteydi. Buna göre, karşılıksız çek keşide eden hesap sahibi gerçek kişi, hesap sahibi gerçek kişi lehine çek keşide eden vekil veya temsilcileri ile hesap sahibi tüzel kişiler lehine çek keşide eden vekil veya temsilcileri suçtan sorumluydu. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bakınız Günay/Günay, s. 328 v.d.

III. SUÇUN ŞİKAYET MERCİ VE YARGILAMA USULÜ

Karşılıksız çekte ceza şikayete bağlıdır. Yani, şikayet olmadan yargılama yapılamaz ve ceza verilemez.

Karşılıksızdır işlemi yapılan çeklere ilişkin şikayet yazılı veya tutanağa geçirmek kaydıyla sözlü olarak

İcra Ceza Mahkemesine yapılır. (Çek Kanunu md. 5 hükmü atfıyla İİK md. 350)

Karşılıksızdır işlemi yapılan çeklere ilişkin davalar Çek Kanunu md. 5 hükmü gereği açılacak olan davalar İcra Ceza Mahkemesinde görülür ve şikayet hakkı Çek Kanunu md.5 yollamasıyla İİK md. 347 uyarınca 3 ay ve herhalde fiilin işlendiği tarihten itibaren 1 yıl geçmekle düşer.

İcra Mahkemesi, tarafları dinledikten ve tüm deliller toptlandıktan sonra nihayet 5 gün içinde kararını verir ve hütalasını Cumhuriyet Savcılığına bildirir. (Çek Kanunu md. 5 atfıyla İİK md. 352).

İcra Mahkemesinin kararına karşı itiraz edilebilir, ancak itiraz halinde verilen karar kesindir.

Bu suç hakkında, Çek Kanunu 5. Md uyarınca, ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da verilemez.

IV. ETKİN PİŞMANLIK

Çek Kanunu md 6 hükmü, karşılıksız çeklere ilişkin etkin pişmanlığı ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Buna göre, karşılıksız kalan çek bedelinin çekin üzerinde yazılı keşide tarihine göre kanuni ibraz süresinden

itibaren işleyecek (ticari işlerde uygulanacak temerrüt) faizi ile birlikte ödenmesi halinde;

1. Yargılama aşamasında davanın düşmesine,
2. Mahkumiyet hükmü kesinleştikten sonra mahkeme tarafından hükmün tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir.

SONUÇ

•09.08.2016 tarihinde “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” la çeklerde hapis cezası geri gelmiştir.

Ancak, hapis cezası doğrudan yaptırım olmayıp, ilgili kişiye öncelikle 3095 sayılı kanuna göre hesaplanacak faizi ile birlikte çek üzerinde yazılı rakam miktarı kadar adli para cezasına hükmedilmekte ve çek hesabı açma ve çek düzenleme yasağına hükmedilmektedir. BU ADLİ PARA CEZASI ÖDENMEDİĞİ TAKDİRDE ADLİ PARA CEZASI HAPİS CEZASINA DÖNÜŞMEKTEDİR. Söz konusu düzenleme, çeke olan güvenin sağlanması bakımından önemlidir, ayrıca öncelikle ekonomik suça ekonomik yaptırım uygulanması, ekonomik yaptırımın infaz edil(e)memesi halinde hapis cezasına çevrilmesi de çek hapis cezasına yönelik eleştirilere¹³ de cevap vermektedir.

•Çek bir ödeme aracı olsa da post-date çek uygulamada sık kullanılmaktadır. Ancak, Çek Kanunu Geçici Md 3/5 hükmü gereğince 31.12.2017 tarihine kadar çekler ileri tarihli olsa da keşide tarihinden önce bankaya ödeme için ibrazı mümkün olmadığından, çekler ancak en erken keşide gününde bankaya



ibraz edilebilmektedir. Bu nedenle, gerçekte 09.08.2016 tarihinden önce vadeli olarak keşide edilen çekler hakkında yeni düzenlemenin (adli para cezası ve dolayısıyla hapis cezasının) uygulanıp uygulanamayacağı sorunu uygulamada karşımıza çıkacaktır.

KANAATİMİZCE, ÇEK KANUNU’NUN 5. MADDESİ SUÇ OLARAK KARŞILIĞI BULUNMAYAN ÇEKİN KEŞİDE EDİLMESİNİ DEĞİL, ÇEK BEDELİNİ KEŞİDE GÜNÜNDE (31.12.2017 TARİHİNDEN SONRA ÇEK KEŞİDE EDİLDİĞİ TARİHTE) İLGİLİ BANKADA BULUNDURMAMAYI SUÇ OLARAK KABUL ETTİĞİNDEN İLERİ TARİHLİ OLARAK 09.08.2016 TARİHİNDEN ÖNCE KEŞİDE EDİLMİŞ OLSA DAHİ ÇEK ÜZERİNDEKİ KEŞİDE TARİHİ 09.08.2016 VEYA DAHA İLERİ BİR TARİH İSE, İBRAZ TARİHİNDE ÇEKİN KARŞILIĞI İLGİLİ BANKADA BULUNDURULMAMASI DURUMUNDA YENİ DÜZENLEME GEREĞİ ÇEK BEDELİ VE FAİZİ KADAR ADLİ PARA CEZASI BU PARA CEZASI ÖDENMEZ İSE HAPİS CEZASI İLE KARŞI KARŞIYA KALINACAKTIR.

ÇÜNKÜ, çek karşılığının ilgili bankada bulundurma suçunun gerçekleşme/işlenme zamanı, çekin üzerinde yazılı keşide tarihi ve/ya da çekin bankaya

ibraz tarihidir.

•ÇEK KANUNU’NA GÖRE, CEZA SORUMLULUĞUNA SAHİP OLAN, ADLİ PARA CEZASINI ÖDEMEDİKLERİ TAKDİRDE HAPİS CEZASINA MAHKÛM OLACAK KİŞİLER; ÇEK HESABI SAHİBİ GERÇEK KİŞİLER, ÇEK HESABI SAHİBİ TÛZEL KİŞİLER (ÖRN. ŞİRKETLER) İSE TÛZEL KİŞİNİN MALİ İŞLERİNİ YÛRÛTMEKLE GÖREVLİ YÖNETİM KURULU ÜYESİ BÖYLE BİR ÜYE BELİRLENMEMİŞ İSE YÖNETİM ORGANINI OLUŞTURAN GERÇEK KİŞİLERDİR.

•Suç şikayete bağlı bir suçtur. Çek Kanunu md. 5 hükmü gereği açılacak olan davalar İcra Ceza Mahkemesinde görülür ve ŞİKAYET HAKKI (Çek Kanunu md.5 yollamasıyla İİK md. 347 uyarınca) 3 AY VE HERHALDE FİİLİN İŞLENDİĞİ TARİHTEN İTİBAREN 1 YIL GEÇMEKLE DÜŞER, yani bu süreler geçtikten sonra ceza verilemez.

•İcra Ceza Mahkemesinin kararlarına itiraz edilebilir, ancak itiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Ayrıca bu suç hakkında, ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı da verilemez.

¹³Ekonomik suça ekonomik ceza verilmesi gerektiği gerekçesiyle karşılıksızdır işlemi yapılan çekler hakkında ilgililerine hapis cezası verilmesi eleştirilmekteydi. Bu yöndeki ayrıntılı eleştiriler için bkz: DOMANIÇ, Hayri, “Karşılıksız Çeke Hapis Cezası Anayasaya Aykırıdır” (Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2003, S. 11, s. 2737).



G. Aslı **PIŞKIN**
Avukat - Attorney At Law

HİZMET TESPİTİ DAVASI

GİRİŞ

İnsanlar, hayatlarını devam ettirebilmek ve belli standartlarda yaşabilmek için çalışmak zorundadırlar. Ancak; insanlar çalışırken, hukukun ve devletin kendilerine bir takım sosyal (güvenlik) hakları tanımlarını ister. Dünyadaki çoğu ülkede sosyal güvenlik hakkı bir anayasal hak olarak tanınmış olmakla birlikte, bu hakkın koruyuculuğu da devlet tarafından yapılmaktadır. Sosyal güvenlik hakkı ülkemizde de hem Anayasa'nın 60. maddesi ile hem de 5510 Sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile güvence altına alınmıştır. Ülkemizde sosyal güvenlik hakkı hem Anayasa hem de Kanunlar tarafından güvence altına alınmasına rağmen, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bilgisi dışında çalıştırılan büyük bir kitle söz konusudur. İşte kanun koyucu bu sosyal güvenlik mekanizmasının daha iyi işlemesi yani işverenler tarafından kötüniyetli olarak

sigortasız işçi çalıştırılmasını önlemek ve sigortasız çalışmış işçinin çalıştığı dönemi sigortalı saydırabilmesi için bir takım müesseseler geliştirmiştir. Buna göre; vatandaşlara bu konuda anayasal bir hak tanınırken, devletin de vatandaşların bu haktan yararlanmasını sağlayacak şartları hazırlama görevi vardır. Devlet kendisine anayasa tarafından verilen görevi yerine getirebilmek için çeşitli kanunlar çıkarmış, kurumlar kurmuştur. İşte bu müesseselerden bir tanesi de hizmet tespiti davalarıdır. Ülkemizde kayıt dışı istihdam oldukça fazla olduğu için; sigortalı hizmetin tespiti davaları iş mahkemelerinde ve giderek Yargıtay'ın ilgili dairesinde oldukça fazla görülen uyuşmazlıklar arasında yer almaktadır. Bu çalışmanın amacı ise; Yargıtay kararları ışığında, hizmet tespiti davalarının genel esaslarını ortaya koymaktır.



HİZMET TESPİTİ DAVASININ ÖZELLİKLERİ

I.HİZMET TESPİTİ DAVASI NEDİR?

Hizmet tespiti davası genel anlamı ile; sigortasız çalışan işçilerin, sigortasız geçen sürelerini sigortalı olarak saydırabilmeleri için iş mahkemelerine açmış oldukları davadır. 5510 sayılı kanunun 86. maddesinin 8. fıkrasına göre, açılan bu dava ile işçiler sigortalı çalışmalarını bu mahkeme ilamı ile ispat edebilirlerse; bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları Kurumca dikkate alınır.

II.DAVANIN NİTELİĞİ VE AMACI

Hizmet tespiti davası; “*İşverenin fiilen çalıştığı halde prim ödeme gün sayıları ile prime esas kazançlarını bildirmedigi yani prim ve hizmet belgesini vermediği veya çalışmalarını da kurumca tespit edilemeyen sigortalıların iş mahkemelerine başvurarak sigortalı çalışmalarını tespit ettirme amacı ile açtığımız davaya*” denir¹.

Hizmet tespiti davasını açabilmenin belli başlı üç koşulu bulunmaktadır. Bunlar;

- Sigortasız çalışma,
 - Çalışmanın kuruma bildirilmemiş veya kurumca saptanmamış olması,
 - 5 yıl içerisinde davanın açılmış olmasıdır.
- Çalışmanın Kuruma bildirilmemiş olması; işverenin işçiyi fiilen çalıştırmasına rağmen işçinin prim ve hizmet belgelerini Kuruma vermemiş olması

demektir. Çalışmaların Kurumca bilinmiyor olması durumunda; eğer sigortalının çalışmaları Kurumca herhangi bir şekilde (*giriş bildirgesi, müfettişler..*) saptanırsa giriş tarihinden sonraki çalışmalar hak düşürücü süreye uğramaz. (*Y. 10. HD. 1.2.2001, E:111 K:444*) Dolayısıyla sigortalı dava açmamış olsa bile Kurum sigortasız çalışmayı tespit etmiş ise gerekli belgelerle birlikte primlerin ödenmesini işverenden isteyebilir.

Hizmet tespiti davalarının açılabilmesi için daha önceden aynı nitelikte açılmış ve kesinleşmiş bir davanın olmaması gerektiği gibi sigortalı ya da hak sahipleri açısından da bir hukuki yararın bulunması gerekmektedir.

III.DAVANIN TARAFLARI

Öncelikle Sigortasız çalıştırılan işçinin idari merciler nezdinde de hakkını araması mümkündür. İşçi Kuruma başvurarak hizmet tespiti talebinde bulunulabilir. Kurumun denetim elemanları tarafından yapılacak inceleme sonucunda, inceleme tarihinden 1 yıl öncesine kadar geriye dönük hizmet haklarını kazanabilirler. İncelemeyle bu hak kaybının 1 yıldan fazla olduğu tespit edilse bile, 1 yıldan sonra kısmi için işçi tarafından işveren ve ferî müdahil olarak Kurum'a hizmet tespit davası açılması gerekmektedir. Zira hizmet tespiti davalarında yargı yoluna başvurulması için idari yolun tüketilmesi zorunluluğu da yoktur. Hizmet tespiti davasında 5510 Sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre 11.09.2014 tarihine kadar açılan hizmet tespit davalarında, sigortasız olarak çalıştıran işverenin yanında Sosyal

¹ BİLGİLİ Özkan, (2006). Sosyal Güvenlik Kılavuzu, B.2 , Ankara, Başak Matbaacılık, s.197.

Güvenlik Kurumu da davalı sıfatıyla hasım gösterilmekte idi. [SGK' na devrolunan SSK Yönetim Kurulunun 11.02.1994 tarih ve K.VIII/532 sayılı kararında, Kuruma husumet yöneltilmeyen hizmet tespit davaları sonucu verilen kararların işleme alınmamasını kararlaştırmıştır².] Hatta Yargıtay'a göre; Kurumun taraf gösterilmeden sadece işverenin taraf olarak gösterildiği dava "hizmet tespiti davası" niteliğinde olmayıp, ancak verilen karar daha sonra açılacak davalarda kullanılacak güçlü bir delil niteliğinde kabul ediliyordu. [Y 10. HD. 29.11.1983, E:7011, K:7693] 11.09.2014 tarihinden önce, yürürlüğe giren 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunu'nun 64.maddesi ile 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7.maddesine eklenen fırka ile artık Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, açılacak davalarda, davalı olarak taraf gösterilmesi ortadan kaldırılmıştır. Buna göre; "Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmaya dâhi kanun yoluna başvurulabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile sigortasız çalıştıran işveren doğrudan davalı olarak gösterilecek olup, açılan dava üzerine mahkeme res'en davayı ih-

bar suretiyle Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirecektir. Mahkemenin ihbarı üzerine ise Kurum, davalının yanında fer'i müdahil olarak davaya katılacak ancak, kanun yollarına başvurma konusunda davalı işverenden bağımsız olarak inisiyatif kullanabilecektir. Yani hizmet tespiti davaları için 6552 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemede davanın ihbarı taraflara değil re'sen Mahkemeye bırakılmıştır. HMK'nın 66. Maddesine göre; fer'i müdahale ise üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar davada yer alan kişidir. Fer'i müdahil, her ne kadar davada bir taraf yanında yer alsın ve yargılamaya ilişkin tüm işlemler kendisine tebliğ edilmiş olsa da, davada taraf sıfatı bulunmadığı için temyiz hakkı da yoktur. 6552 sayılı düzenleme ile ise esasen fer'i müdahil olan Sosyal Güvenlik Kurumu'na, davanın davalısı olan işverenden bağımsız bir şekilde kanun yollarına başvurma yetkisi tanınmakta ve davanın kesinleşmesi halinde Kurumun ilamı uygulama zorunluluğu getirilmektedir.

6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanunu'nun 64.maddesi ile 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7.maddesine eklenen fırka ile getirilen fer'i müdahil kavramı ile HMK'da yer alana fer'i müdahil müessesesi farklılık arz etmekte olup, bu durum hem kavram kargaşasına neden olmakta hem de hizmet tespiti davası açısından yetki sorunu yapmaktadır.

²SSK Genel Müdürlüğü'nün 28.02.1994 tarihli, 16-75 ek sayılı genelgesi.



Bunun yanında sigortasız olarak çalışan işçinin sigortasız olarak çalışmasının sebebi Kurum'dan kaynaklanıyor ise Kurum bu hizmet tespiti davalarında davalı olarak taraf sıfatına sahip olacaktır. Ayrıca bu davayı açma hakkı sadece sigortalıya aitmiş gibi görünse de; Yargıtay, isabetli olarak hak sahiplerine de sigortalının çalışmalarından ötürü tespit davası açma hakkı tanımıştır³. Yani ölen sigortalı adına mirasçıları bu davayı açabilmesi mümkündür. Bu hakkın olduğunun kabul edilmesinin amacı geç de olsa mağduriyetlerin giderilebilmesidir. Davada husumet yöneltilecek işveren, dava tespiti istenen dönemdeki işverendir. Bunun yanında işveren nam ve hesabına işin yönetimini yapan işveren vekiline de bu dava açılabilir. Sigortalının çalıştığı işyeri devredilir ise; eski işverenin

Kuruma olan sigorta primi ile gecikme faiz borçlarından, yeni işverende eski işverenle birlikte müteselsilen sorumludur. Bu nedenle yeni işveren davaya müdahil olarak katılabilmesi mümkündür. Yeni işverenin sorumluluğu sadece Kuruma karşıdır ve prim borcu, gecikme zammı ve faiziyle sınırlıdır. Ancak bu konuda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Birinci görüşe; göre eski işverenin prim belgelerini süresinde verilmesi gibi bir yükümlülüğünden dolayı sorumlu olmayan yeni işveren için tespit davası açılmaması gerekir. İkinci görüşe göre ise; davanın işyerini devralan işveren ile işveren vekiline husumet yöneltilebilmesinin mümkün olması gerektiği ifade edilmektedir. Yaygın olarak kabul gören görüş ise ikinci görüş olup, uygulama da bu yönde gelişmiştir.

³ÖZDEMİR Cumhur Sinan, (2006). Hizmet Tespit Davası Nedir?, http://www.alomaliye.com/eylul_06/cumhur_sinan_hizmet_tespit.htm, Erişim Tarihi 16.12.2016.



IV.DAVA AÇMA SÜRESİ

Hizmetlerin geçtiği yılsonundan başlayarak beş yıl içinde bu dava açılmalıdır. Bu sürenin niteliği hak düşürücü süredir ve bu süre içinde dava açılmaz ise dava hakkı kaybedilir. Yani bu sürenin kesilmesi veya durması gibi bir durum söz konusu değildir. Burada önemli olan beş yıllık sürenin hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren başlamasıdır. Hak sahipleri için bu hak düşürücü süre ne zaman başlayacağı konusunda ikilem vardır.

Şöyle ki; bu durumda hak düşürücü süre sigortalının ölümü ile mi, yoksa murisin işi bıraktığı yılın sonundan itibaren mi başlayacaktır. Yargıtay HGK ve

21.HD, ölüm tarihini kabul ederken, daha sonra 21. HD. 1998 yılında görüş değiştirmiş ve sigortalının hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan itibaren hesap edilmesi yönünde karar vermiştir. Ancak HGK ise bu konudaki kararını değiştirmemiştir. Dolayısıyla bu konuda Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve HGK'nın görüşü arasında farklılık olup, bu durum dava açacaklar açısından sıkıntı yaratmaktadır. Aradaki farklılığı giderilmesi amacıyla bu konuda bir İçtihatı Birleştirme Kararı verilmesi gerekmektedir. Çünkü aradaki çelişki dolayısıyla pek çok kişi hizmet tespiti davası açısından hak kaybına uğrayıp, mağdur olmaktadır.

V.DAVADA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

5510 sayılı Kanunda yetkili ve görevli mahkeme konusunda açık bir düzenleme olmadığı için genel kanun niteliğindeki HMK'ya göre bu konu çözüme kavuşturulur. Hizmet tespiti davası için görevli mahkeme iş mahkemeleridir. İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli mahkeme olacaktır.

6552 sayılı düzenlemeden önce hizmet tespiti davalarında davalı birden fazla olduğu için dava Kurumun bulunduğu veya işverenin ikametgahındaki yer mahkemeleri ile işin yapıldığı yer mahkemesinde açılabilecektir⁴. Ancak 6552 sayılı düzenlemeden sonra SGK artık hizmet tespit davasının davalısı değildir ve davada hasım olarak gösterilmeyecektir. Davada Kurum'un hasım olarak gösterilememesi nedeniyle hizmet tespit davasından yetki sorunu meydana gelmiştir. Bu konuda farklı iki görüş söz konusudur. Birinci görüşe; Kurumun davada hasım olarak gösterilmemesi nedeniyle Kurumun bulunduğu yerde dava açılmaması dava açılacak yerin işverenin ikametgahı veya işin yapıldığı yer olması gerektiği şeklindedir. İkinci görüşe ise; her ne kadar Kurum davada hasım olarak gösterilemese de verilen temyiz yetkisi fer'i müdahil olan Kurumu asli müdahil konumuna sokmakta olup, yetki konusunda eski sisteme devam edilebilecektir. Bu husus halen tartışmalı olup, uygulama Kurumun davada hasım olarak gösterilmemesi nedeniyle Kurumun bulunduğu yerde dava açılmaması dava açılacak yerin

işverenin ikametgahı veya işin yapıldığı yerde davanın açılması şeklinde olmaktadır

Bunun yanında ihtilafın sebebinin Kurum'dan kaynaklanması halinde örneğin hizmetin iptal edilmiş olması halinde Kurum davalı sıfatı taşıyacağı için hizmet tespiti davasının Kurum'un bulunduğu yerde açılmasında bir sakınca yoktur.

Ayrıca hizmet tespiti davalarında mahkemenin yetkisi kamu düzenine ilişkin değildir ve kesin yetki de söz konusu değildir. Bu nedenle davalı taraf yetki itirazını ilk itiraz olarak ileri sürmelidir.

V.DAVADA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Hizmet tespiti davaları kamu düzenini ilgilendiren davalardır. 1990'lı yılların başlarına kadar hizmet tespiti davalarında sadece tanık ifadeleriyle kararlar verilebiliyordu. Ancak zamanla bu durum suistimal edilmeye başlandı. Yargıtay da bu olaylar üzerine mağduriyetleri gidermek amacı ile içtihat değişikliğine gitti. Son dönemlerde hizmet tespiti davalarında tanık ifadeleri yanında yazılı delil başlangıçlarının da arandığı görülmeye başlandı. Artık hakim iddiaçı sigortalıdan çalışma tespiti istediği işyeri ile ilgili yazılı bir belge de istediği gözlemlenmektedir. Örneğin, bir işçinin o işyeri ile ilgili bir belgede imzasının bulunması o işyerinde çalıştığına dair bazen karine oluşturabilmektedir. Nitekim sadece o işyerinin işçileri değil komşu işyerlerinin çalışanları, iş hani v.b. yerlerde bekçi, yönetici gibi kişilerin tanıklığına da başvurulabileceği Yargıtay

⁴KARAKUŞ Fatih Ruhi, (2008). 5510 Sayılı Kanun Çerçevesinde Hizmet Tespiti, <http://forum.alomaliye.com/index.php?topic=18820.0>, E.T. 28.05.2010.

tarafından kabul edilmektedir⁵. (Y 21. HD. 25.12.2006, E: 2006/9107, K: 2006/16106)

Özdemir' e göre ise; *Sigortasız çalışılan sürelerin saptanmasında resmi belge ve yazılı delile rastlamak pek kolay değildir. İnandırıcı olmak kaydıyla iş ilişkisini bilen komşu işyeri çalışanları gibi kişilerin bilgileri ve bunları destekleyen diğer tanıklarla tespit de mümkündür*⁶.

Hizmet tespit davalarında ispat hususunda farklı görüşler olsa da; Yargıtay tarafından tanık ifadeleri yanında yazılı delil başlangıçlarının da aranıldığı için uygulamada hakimler tarafından tanık ifadelerinin yanında yazılı delil başlangıcı sunulamayan dava dosyaları açısından hizmet tespiti davalarının reddine karar verilmektedir.

VII.DAVANIN AÇILABİLECEĞİ SİGORTA KOLLARI

Bu konuda Kanunda bir açıklama olmamakla birlikte, kural olarak hizmet tespiti davasına malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları için gidilebileceği kabul edilir. Y. 10. HD. 29.11.1983, E:7011, K:7693 sayılı kararında “ *Kurumun kısa vadeli sigorta kolları için geçmiş döneme ilişkin olmak üzere yapabileceği bir hizmet, prim tespit ve tahsili söz konusu olmaz. O halde mahkemenin kabul biçimine göre kısa vadeli sigortalı kollarına ait primlerin alınmasına karar verilmesi.....İsabetsizdir.*” demiştir. Burada Yargıtay'ın kararından, kısa vadeli sigorta kollarına yönelik hizmet tespitinde fayda olmadığını düşündüğü anlaşılmaktadır. Ancak doktrin tarafından “ *kısa vadeli sigorta kolları bakımından hizmet tespit davasının açılmayacak olmasının, yükümlü olduğu halde*

ödemediği primler bakımından işvereni sebepsiz zenginleşmesine izin verilmiş ve bu tür davranışların teşvik edilmiş olacağına..” işaret edilerek Yargıtay'ın kararı eleştirilmiştir⁷.

VIII.DAVANIN SONUCU

Çalışmaları fiilen veya iş yeri kayıtlarından tespit edilemeyen sigortalılar çalışmalarını yetkili bir mahkemede açacakları hizmet tespiti davası sonucu alınacak karar ile ispatlayabilirler. Kurum, hizmetin tespiti davası sonucunda mahkemenin verdiği ilamın gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Bunun yanında taraflar temyiz haklarını da kullanabilirler. Yetkili mahkeme, davacı işçinin hangi tarihler arasında çalışıldığını yani prim ödeme gün sayısını ve o dönemim günlük çalışma ücretini belirler. Bu belirlemeden sonra Kurum, 5510 sayılı Kanunun 81. maddesine uygun olarak ilamda belirtilen ücretler üzerinden alınması imkan dahilindeki primleri hesaplar.

Bazen kesinleşmiş nitelikteki mahkeme kararlarında sigortalıların ücretlerine yer verilmediğine rastlanılmaktadır. Bu durumda yerleşmiş yargı kararları ve 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre, ücret unsuru bulanmayan bu tür mahkeme kararları, hizmetin ilişkin olduğu süredeki sigorta primleri hesabına esas kazancın alt sınırı üzerinden işleme konulmaktadır.

Kurum mahkeme tarafından hüküm altına alınan prim ödeme gün sayıları ve sigorta primine esas kazanç tutarları üzerinden işverene tebligat çıkararak o döneme ait prim belgelerin ve prim ödeme



prim tahakkuk belgesi düzenler. Yapılan re'sen tescil neticesinde mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından dikkate alınarak işlem yapılır. Ayrıca söz konusu sürelerle ilişkin sigorta primine esas kazanç tutarları üzerinden hesaplanacak prim tutarları ile 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca hesaplanacak gecikme zammı işverenden istenir.

Sigortalı hizmetinin tespiti neticesinde Kurumca kendisinden istenen ödemeyi yapan işveren, sigortalıya ait prim payını ise ondan isteme hakkına sahiptir.

SONUÇ

İnsanlar çalışarak hem para kazanır hem de; hastalıkları, yaşlılıkları v.s. riskleri için prim ödeyerek geleceğini ve bir takım risklerini güvence altına almaya çalışır. Bunu yaparken devlet ile işçi arasında köprü vazifesi gören işveren işçilerin bu haklarını ekonomik yönden daha fazla kazanmak için, işçiden habersizce bazen gasp edebilmektedir.

kişilerin haklarını koruyabilmeleri için “Hizmet Tespiti Davası” müessesesi kanun koyucu tarafından oluşturularak hem mağduriyetler giderilmeye çalışılmış hem de kayıt dışı istihdamlar önlenmeye çalışılmıştır.

Ancak 5510 sayılı 5510 Sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Kanun hizmet tespiti davası açısından yeterli niteliğe ve açıklamaya sahip değildir. Ayrıca hem bu kanun hem de yapılan değişiklikler hizmet tespiti davası açısından bir takım çelişkiler barındırmaktadır. Bu nedenle devletin çıkaracağı yasa ve yönetmeliklerde bu çelişkileri ortadan kaldırması işçinin hak kaybı yaşamaması açısından oldukça önem taşımaktadır.

Her ne kadar hizmet tespiti davası müessesesi Türk Hukuk Sistemi açısından eksiklik ve çelişkilerle yürütülmeye çalışılsa da; niteliği itibari ile hizmet tespiti davaları, işçilerin en temel hakkı olan sosyal güvenlik hakkının kazanılması açısından zorlu ama (şu an için) en önemli ve etkili yöntemdir. Bu nedenle bu müessesesinin zamanla çelişki ve eksikliklerinin giderilerek, geliştirilip korunması gereken bir dava türü olduğu unutulmamalıdır.

⁵ASLANKÖYLÜ Resul, (2003). Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, B.2, Ankara, Nurot Matbaacılık, s.724.

⁶ÖZDEMİR, (2006). Sigortasız Çalışmanın Tespitinde Tanık İfadesi, http://www.alomaliye.com/2009/cumhur_sinan_sigortasiz.htm, E.T. 16.12.2016.

⁷BİLGİLİ, (2006). S.198.



Ferhat **PIŞKIN**
Avukat - Attorney At Law

TİCARİ İŞLEMLERDE YENİ BİR TEMİNAT ŞEKLİ TAŞINIR REHNI

Ticari ilişkilerde, alacağın tahsilinin güvence altına alınması için, hukukumuzda teminat müessesesi oluşturmuştur. Genellikle bankalar, kredi kullandırırken borçludan şahsi (kefalet) ya da aynı (taşınmaz ipoteği, araç rehni, ticari işletme rehni vb) teminatlar istemektedirler. Ticari hayat gerek ulusal baz da gerekse uluslararası bazda yapışın genellikle güvensizlik üzerine şartlarını oluşturmaktadır. Günümüzde, protesto sonucu bedeli ödenmeyen, ibraz edildiğinde karşılığı bulunmayan çek sayısı haylice artmış ve bu durum kanun koyucuda ticari hayatın güvenliğini sağlama noktasında yeni bir enstrüman oluşturma iradesini doğurmuştur.

Bu amaçla, 28.10.2016 tarihli 29871 sayılı R.G.'de yayımlanan 6750 sayılı Kanun ile Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (Taşınır Rehni Kanunu veya Kanun olarak alınacaktır) kabul edilmiştir. Kanun 01.01.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecektir.

Bilindiği üzere, Medeni Kanunumuz herhangi bir sicile bağlı olmayan¹ taşınırın rehni için rehin konusu malın alacaklıya teslimini şart koşturmaktadır, kanun koyucu Taşınır Rehni Kanunu ile belirli şartlar altına bu şartı ortadan kaldırmıştır. Kanun, m.1/1 hükmüne göre

i.teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması,

ii.bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi,
iii.taşınır rehinde aleniyetin sağlanması ile iv.rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırma” amacını taşımaktadır.

Kanunun 2. Maddesinde tanımlara yer verilmiştir. Buna göre;

- a) Bakanlık: Gümrük ve Ticaret Bakanlığını,
- b) Çiftçi: 18/4/2006 tarihli ve 5488 sayılı Tarım Kanununa göre faaliyet gösteren çiftçiyi,
- c) Esnaf: 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununa göre faaliyet gösteren esnaf ve sanatkarı,
- ç) Finansal sözleşme: Faiz oranı, emtia, döviz, hisse senedi, tahvil, endeks veya benzeri finansal araçların dayanak varlık olarak kullanıldığı spot, future, forward, opsiyon veya swap işlemiyle, repo, ters repo işlemi ve bu işlemlere benzer nitelikte olan ve finansal piyasalarda kullanılan diğer işlemlerle ve bu işlemlerin herhangi bir kombinasyonunu içeren sözleşmeleri,
- d) Güvenli elektronik imza: 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 4 üncü maddesinde tanımlanan elektronik imzayı,
- e) Kredi kuruluşu: 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren bankalar ve finansal kuruluşlar, 21/11/2012 tarihli ve 6361

sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren finansal kuruluşlar ile kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşları,

f) Müstakbel taşınır varlık: Mevcut olmayan veya rehin sözleşmesinin akdedildiği anda rehin verenin mülkiyetinde bulunmayan bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen varlıkları,

g) Stok: Rehin verenin satmak, kullanmak veya kiralamak amaçlarıyla mülkiyetinde bulunan ham-madde, yarı mamul veya mamul varlıkları,

ğ) Tacir: 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre tacir kabul edilen kişiyi,

h) Taşınır varlık: Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen varlıkları,

ı) Rehin hakkı: Taşınır varlığın türünden, rehin verenin veya rehinli alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına almak amacıyla alacağın devrinde devralanın alacak hakkı da dâhil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın tesis edilen sınırlı ayni hakkı,

i) Rehin sözleşmesi: Rehin hakkını tesis etmek amacıyla rehin veren ile alacaklı arasında imzalanan sözleşmeyi,

j) Serbest meslek erbabı: 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre tanımlanan serbest meslek erbabını,

k) Sicil: Bakanlık tarafından kurulan ya da kurdurulan ve mevzuatı uyarınca kendi özel siciline tescilli



¹Gemi İpoteği, Ticari İşletme Rehni (iş bu kanunda ticari işletme rehinleri de bu kanun kapsamına alınmıştır), Maden Cevheri Rehni gibi rehinler sicile bağlı oldukları için bunlar hakkında ilgili kanunları uygulanacaktır.

zorunlu olanlar dışındaki taşınır varlıklar üzerinde, bu Kanun kapsamında tesis edilecek rehinlere ilişkin tescil, terkin, değişiklik gibi tüm iş ve işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirildiği ve sunulduğu merkezi ve aleni Rehlinli Taşınır Sicilini, l) Üretici örgütü: Üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleri, ifade eder.

A.TARAFLARI

Alacağın teminatını güvence altına almak maksadıyla yapılan, rehin işlemi; hukuki bir işlem olmasından bahisle, her zaman bir sözleşmeye ihtiyaç duyar. Burada iki taraflı bir sözleşme söz konusu olup, sözleşme rızai ve geçerliliği belirli şekle bir sözleşmedir. Yani, sözleşmenin kurulması için iki tarafın birbirine uygun irade beyanı ile şekli koşulların gerçekleşmesi yeterli ve gereklidir.

Sözleşmenin iki tarafı olduğundan bahsedilmiştir. Mülga Ticari İşletme Rehni Kanunu’nun aksine, burada sözleşmenin tarafları geniş tutulmuştur. Kanunu’nun 3. Maddesine göre; rehin sözleşmesi;

- i.Kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında,
- ii.Tacirler ve/veya esnaflar arasında yapılabilecektir.

Sözleşmenin tarafları konusunda, sözleşmenin çatısını oluşturan işleme göre kanun koyucu iki grup oluşturmuştur. Birinci grupta bir kredi sözleşmesi, faktoring veya leasing işlemi söz konusu olup, rehin lehdarı kredi kuruluşlarıdır. Rehin veren ise bu sözleşme tipinde tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek mensubu gerçek ve tüzel kişilerdir. İkinci grup ise, olağan ticari işlemlere yönelik olup, taraflarının karşılıklı olarak tacir veya esnaf olduğu her türlü sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan alacaklara bu kanun uygulanabilecektir. Kanunun, Ticari İşletme Rehni Kanunu’ndan ayrılan temel özel-liklerinden biri budur.

B.REHİN HAKKININ KURULMASI

Kanuna göre rehin, sözleşmenin sicile² tescil ile kurulur. Yani, sözleşmenin yapılması yeterli olmayıp, kanun koyucu, sicile kurucu bir etki tanımıştır.

Rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenir. Yani, sözleşme yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli değildir. Kanunu’nun m. 4/3,4 hükümlerine göre, sözleşme elektronik ortamda yapılacak ise sözleşmelerin güvenli elektronik imzalı olması veya fiziken yapılacak ise de tarafların imzalarının noterce onaylanması ya da sözleşmenin sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şarttır. Bu koşullar sözleşmenin geçerlilik koşullarıdır. Rehin hakkının sicile tescilinden doğan masrafların kime ait olacağı, sözleşmeye göre belirlenir (m. 6/8) Rehin

²Sicil: Bakanlık tarafından kurulan ya da kurdurulan ve mevzuatı uyarınca kendi özel siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki taşınır varlıklar üzerinde, bu Kanun kapsamında tesis edilecek rehinlere ilişkin tescil, terkin, değişiklik gibi tüm iş ve işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirildiği ve sunulduğu merkezi ve aleni Rehlinli Taşınır Sicilini ifade eder.

sözleşmesinin düzenlenmesi ile Sicilde tesis edilen işlemler vergi, resim, harç ve değerli kağıt bedelin-den muaftır. (m. 19)

Rehin sözleşmesine aşağıdaki hususlarında yer alması zorunludur (m. 6) :

- a) Rehin Sözleşmesinin Tarafı,
- Ticari işletme ise ticaret unvanı, MERSİS numarası, temsil ve ilzama yetkili temsilcinin adı, soyadı ve imzası,
- Gerçek kişi veya esnaf ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası,
- Çiftçi ise Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı ve imzası ile Çiftçi Kayıt Sistemi numarası,
- Üretici örgütü ise üretici örgütü belge numarası ile temsil ve ilzama yetkili temsilcinin adı, soyadı ve imzası.
- b) Borcun konusu, borcun miktarı, borcun miktarı belirli değilse rehnin ne miktar için güvence teşkil ettiği, ödenecek para cinsi ve rehnin azami miktarı.

c) Rehne konu varlık ile bu varlığın ayırt edici özelliklerini belirten seri numarası, markası, üretim yılı, şasi numarası, belge seri numarası, varsa GTİP ya da PRODTR sanayi ürünü kodu gibi hususlar.

Yine Kanun’un m.5/9 hükmüne göre üçüncü kişiler, borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni kurabilecektir.

C.REHİN HAKKININ KONUSU

Kanun koyucu rehin hakkının konusunu düzenleyen m. 5 vd’da rehin hakkının konusunu çok geniş tutmuştur. Buna göre,

- a) Alacaklar
- b) Çok yıllık ürün veren ağaçlar
- c) Fikri ve sınai mülkiyete konu haklar
- ç) Hammadde
- d) Hayvan
- e) Her türlü kazanç ve iratlar
- f) Başka bir sicile kaydı öngörülmemeyen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar
- g) Kira gelirleri
- ğ) Kiracılık hakkı
- h) Makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı
- ı) Sarf malzemesi
- i) Stoklar
- j) Tarımsal ürün
- k) Ticaret unvanı ve/veya işletme adı
- l) Ticari işletme veya esnaf işletmesi
- m) Ticari plaka ve ticari hat
- n) Ticari proje
- o) Vagon

ö) Bu fıkra da sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları üzerinde rehin hakkı kurulabilecektir. Rehin hakkı m. 5/6 gereği bu sayılanlardan biri veya bir fazlası üzerinde de kurulabilir.

Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır. Bu varlıkların rehini diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir. Bu varlıklar üzerinde diğer kanunlar uyarınca önceden bir rehin hakkı tesis edilmiş olması hâlinde bu Kanun çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehin sonraki sırada yer alır. Ticari işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir. Birinci fıkra da yer alan diğer taşınır varlıkların borcu karşılaması hâlinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamaz.

Kanun koyucunun, getirdiği bir başka yenilik ise, işletmelerin müstakbel varlıkları üzerinde de rehin hakkının kurulabilmesidir. Ancak bu rehin hakkının kullanılması mülkiyetin geçişi ile mümkün olacaktır.

Kanunu’nun m. 9/1 hükmüne göre, rehin hakkı, sicile tescil edilmesi ile üçüncü kişilere karşı da hüküm ifade eder. Bu sicilın kamuya açıklık prensibinin bir sonucudur. Kanunu’nun m.9/2 hükmüne göre diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinleri üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeye devam eder.

D.REHİNDE ALACAKLI SIRASI

Rehnin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin tutarı ve derecesi ile sınırlıdır. Rehin, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescile kaydedilmesi kaydıyla ikinci veya sonraki derecede de kurulabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, rehnin sonraki bir derecede kurulabilmesi için, kendisinden önceki gelecek rehin tutarının tescile kaydedilmesi zorunluluğudur. Bu bakımdan alacaklı koruma altına alınmıştır. Bu durumda Medeni Kanunu’nun 871 ilâ 876ıncı maddeleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.

Rehin sözleşmesi ile sonraki sırada yer alan rehin alacaklısına, boşalan dereceye geçme hakkı tanınabilir. Bu halde, kanun koyucu, ipoteklerde uygulama alanı bulan serbest dereceden istifade hakkını, taşınır rehinleri için de uygulanabileceğini hüküm altına almıştır. Rehin sözleşmesi dışında, başka bir sözleşme ile sonradan da alacaklıya bu hak tanınabilir, bu durumda, serbest dereceden istifade şartının geçerli olması için, bunun sicile tescil edilmesi zorunludur.

Kanun koyucu m. 11 hükmünde öncelik hakkını belirtmiştir. Buna göre, aynı taşınır varlık üzerinde derece sırası belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı tesis edilmesi hâlinde alacaklıların öncelik hakkı, rehnin kurulma anına göre belirlenir. Derece belirtilmesi hâlinde ise derece sırası esas alınır.

E.TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

Genel kural olarak, tarafların hak ve borçları sözleşme ile belirlenir. Ancak, rehnin teslimsiz olduğu, yani rehin konusu malın borçlunun yedinde olduğu düşünüldüğünde, kanun koyucu alacaklıyı koruma anlamında birtakım tedbirlere hükmetmiştir. Bu hükümler, kanunun m.12 vd.’da düzenlenmiştir.

Buna göre, zilyet³, taşınırın değerini koruyacak tedbirleri almakla yükümlüdür. Zilyedin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, alacaklı hakimden, zilyedin bu tarz davranışlarını yasaklamasını isteyebilir. Alacaklıya, gerekli önlemleri almak üzere hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hâllerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilir.

Hakları zarar görenler önlem için yapmış olduğu giderlerin tazminini zarara sebep olanlardan isteyebilir.

Rehin alacaklısı, rehin veren ya da üçüncü bir kişinin zilyetliğinde bulunan rehne konu taşınır varlığı denetleme hakkına sahiptir.

Rehin veren, rehin konusu taşınır varlıkların değerini rehin alacaklısı aleyhine azaltan tasarruflarından doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür.

Rehin veren, rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın

devrini Sicile tescil ettirmekle yükümlüdür.

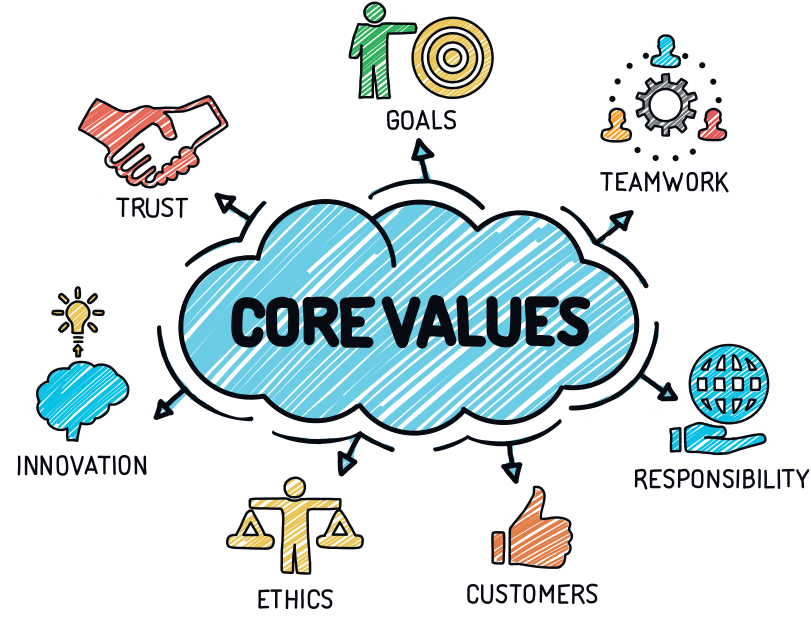
Rehin alacaklısı, alacağın son bulunduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde, rehin kaydının Sicilden terkinini için başvuruda bulunur. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen rehin alacaklısı hakkında güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idari para cezası Bakanlıkça uygulanır. (m. 15/1) Rehin alacaklısının, alacağın son bulmasını müteakip rehnin terkinini için süresi içinde Sicile başvurmaması hâlinde, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlu, rehnin terkinini Sicilden isteyebilir. (m.15/3)

F.REHİNLİ MALIN DEĞERİNİN TESPİTİ USULÜ

Esasen sözleşme serbestisi kuralı burada da geçerli olmakla birlikte, rehin konusu malın değerinde uzlaşamaması halinde, kanunu ne şekilde değer tespiti yapılacağını m. 13 hükmünde düzenlemiştir. Özellikle rehin alacaklısının, reshin sözleşmesinden doğan haklarını kullanırken başvuracağı yol açısında bu hüküm önem arz etmektedir. Buna göre;

Rehinli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda ya da **temerrüt sonrası hakların kul-**
lanımında, alacaklının başvurusu üzerine **rehin verenin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesince** taşınırın değeri ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere üç gün içerisinde tespit ettirilir. Bu değer tespitine **itiraz edilmesi hâlinde**,

³Zilyet, mala fiilen hakim olan kimse. (OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, 11.Bası, s. 48.



mahkemeye üç gün içerisinde yeni bir değer tespiti yaptırılır. İtiraz üzerine ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiler üç gün içerisinde değer tespiti yapar. **İtiraz üzerine yapılan değer tespiti kesindir.** Bu tespitin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden değer tespiti istenemez. Değer tespitine ilişkin rapor rehin verene ve rehin alacaklılarına tebliğ edilir.

G.TEMERRÜT SONRASI ALACAKLININ HAKLARI

Taraflar arasındaki çatı/temel sözleşmenin ihlali halinde, rehin alacaklısının, alacağını temin anlamında hangi hakları kullanabileceği Kanun'un 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre alacaklı;

i. Birinci derecede alacaklı ise, icra dairesinden, İİK m. 24⁴ uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilir. Kanun koyucu bu hükmü ihdas ile rehin sözleşmesine hem ilam niteliği sağlamış hem de taşınırın teslimine ilişkin icra hükümlerinin

uygulanabileceğini hüküm altına almıştır. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehinli taşınırın, Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur.

ii. Alacaklı, alacağını 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu halde varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur.

iii. Alacaklı, zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans haklarına sahip olur.

iv. Alacak her halde, yukarıda belirtilen şekilde alacaklı alacağını temin edemezse, icra takibi suretiyle alacağını genel hükümlere göre talep edebilecektir.

⁴Bir taşınırın teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde o şeyin teslimini emreder.

İcra emrinde; alacaklı ve borçlunun ve varsa mümesillerinin adları ve soyadları ile şöhret ve yerleşim yerleri hükmü veren mahkemenin ismi ve hükmünün şeyin neden ibaret olduğu, ilamın tarih ve numarası ve icra mahkemesinden veya istinaf veya temyiz yahut iadei muhakeme yoluyla ait olduğu mahkemeden icranın geri bırakılması hakkında bir

karar getirilmedikçe cebri icraya devam olunacağı yazılır.

Borçlu, bu emri hiç tutmaz veya eksik bırakır ve hükmolunan taşınır veya misli yedinde bulunursa elinden zorla alınıp alacaklıya verilir. Yedinde bulunmazsa ilamda yazılı değeri alınır. Vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Taşınır malın değeri, ilamda yazılı olmadığı veya ihtilaflı bulunduğu takdirde, icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur.

H.CEZAİ HÜKÜMLER

Rehin veren veya taşınırı rehin yüklü olarak devralan;

- a) Rehinli varlığı bu Kanunun hilafına kullanması,
- b) Borcu ödememesi hâlinde rehinli varlığın mülkiyetini devretmemesi,
- c) Rehinli varlığı alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmesi,
- ç) Rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini Sicile tescil ettirmemesi,

- d) Sicili yanıltmaya yönelik fiillerde bulunması, hâllerinde alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen rehin alacaklılarının şikayeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezası uygulanır. İlgili kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir taşınırı rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı yapan kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241 inci maddesine göre cezalandırılır.



Hükmolunan taşınırın değeri, borsa veya ticaret odalarından, olmiyan yerlerde icra memuru tarafından seçilecek bilirkişiden sorulup alınacak cevaba göre tayin edilir. İlgililerin bu hususta icra mahkemesine şikayet hakları vardır.



Gizem ÖRSEL PİŞKİN
Avukat - Attorney At Law

(OLAĞANÜSTÜ HAL SÜRESİNCE) İFLAS ERTELEME MÜESSESESİNE YERİNE “KONKORDATO” UYGULANABİLİR Mİ?

GİRİŞ

Ülkemizde yaşanan terör olayları sonucu ilan edilen olağanüstü hal kapsamında 31.07.2016 tarihinde yayımlanan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹ madde 4² sayesinde sermaye şirketlerinin iflas erteleme talebinde bulunması ve mahkemelerin de iflas erteleme kararı ve/ya da tedbiri vermesi engellenmiştir.

Bu engelleme karşısında, uygulamada bilhassa 2004 yılından beri fazla uygulama alanı bulmayan ancak mali durumu bozulan borçluların başvurabilecekleri bir başka yol olan konkordato yeniden gündem gelmiştir/getirilmiştir.

Konkordato da tıpkı iflas erteleme gibi icra ve iflas Kanununda düzenlenmiştir. İİK md. 285 v.d. düzenlenen konkordato, mali durumu bozulmuş borçlular ile bunların alacaklarını korumayı amaçlayan bir müessesedir. Konkordato, dürüst bir borçlunun, kaydedilmiş olan alacakların üçte ikisini aşan alacağa sahip alacaklılar olması koşuluyla imtiyazsız alacaklılarının çoğunluğunun kabulüyle ve ticaret mahkemesinin tasdik kararıyla hüküm ifade eden,

borçlunun borçlarının bir kısmından kurtulmasını veya ödeme şeklinin değişmesini ağılayan bir cebri anlaşmadır³. Çünkü, konkordato onu kabul etmeyen alacaklılar bakımından zorla kabul ettirilmiş (daha doğrusu onları bağlayan) bir sulhtur⁴.

Konkordato yapılış biçimi, yapılış zamanı ve yapılış amacına göre farklı ayrımlara tabi tutulmuştur⁵. İİK’nda konkordato, adi konkordato (İİK md. 285-308), iflastan sonra konkordato (İİK md. 309) ve malvarlığının terki suretiyle konkordato (İİK md. 309/A-309-L) olarak üçe ayrılmıştır.

Adi konkordato, iflasa tabi olan veya olmayan kişiler hakkında uygulanabilir. Eğer borçlu iflasa tabi bir borçlu ise, bu konkordato türünün söz konusu borçlu üzerinde iflası önleyici etkisi mevcuttur. Konkordato müessesesi çok kapsamlı ve detaylı bir müessese-sidir, bu sebeple çalışmamızı yalnızca iflası etkileme etkisi olması sebebiyle adi konkordato ile sınırlı tutmaya vefakat iflas sonrası konkordato ve malvarlığının terki suretiyle konkordato hakkında çok kısa açıklama yapmaya çalışacağız.

¹Bakınız 31.7.2016 Tarih 29787 Sayılı Resmi Gazete
²İflas erteleme
MADDE 4 - (1) Olağanüstü halin [EKLENMİŞ İBARE RGT: 01.09.2016 RG NO: 29818 2.MÜKERRER KHK NO: 673/10] ilanından itibaren ve devamı süresince, 9/6/1932 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 [EKLENMİŞ İBARE RGT: 01.09.2016 RG NO: 29818 2.MÜKERRER KHK NO: 673/10] iflasa ilişkin araştırma yapılmaksızın derhal reddedilir.
[EKLENMİŞ FIKRA RGT: 01.09.2016 RG NO: 29818 2.MÜKERRER KHK NO: 673/10]
(2) Olağanüstü halin ilanından önceki dönemde yapılan iflasın ertelenmesi talepleriyle ilgili olarak;
a) Olağanüstü hal süresince iflasın ertelenmesine karar verilemez.
b) Olağanüstü halin ilanından soma ve devamı süresince herhangi bir tedbir kararı verilemez, verilmişse derhal kaldırılır.
c) Olağanüstü halin ilanından önceki dönemde 2004 sayılı Kanunun 179/a maddesi

uyarınca verilmiş olan tedbir kararları, mahkemece ivedilikle ele alınarak, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu iddiasıyla 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133 üncü maddesi uyarınca kayyım atanmış veya hakim ortakları ya da yöneticileri hakkında adli soruşturma yürütülen sermaye şirketleri ile kooperatifler lehine verildiği anlaşılan tedbir kararları derhal kaldırılır.
³KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, Kasım 2004, s. 1229; KONURALP, Cengiz Serhat; İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, XII levha Yayıncılık, İstanbul Kasım 2013, s. 124.
⁴KURU, s. 1230.
⁵Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bakınız KURU, s. 1230 v.d.; MUŞUL, Timuçin; İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 1219 v.d. ; PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2007 Ankara, s. 510-511.

(OLAĞANÜSTÜ HAL SÜRESİNCE) İFLAS ERTELEME MÜESSESESİNE YERİNE “KONKORDATO” UYGULANABİLİR Mİ?

A. GENEL OLARAK

Adi konkordato, iflasa tabi olan veya olmayan borçlular için uygulama alanı bulur. Konkordato teklifi borçludan veya alacaklıdan gelebilir. Eğer borçlu iflasa tabi ise, konkordato ile iflastan kurtulur. Bu nedenle adi konkordato iflası önleyici konkordato veya iflas dışı konkordato olarak da anılır. İflas dışı konkordato da kendi içerisinde vade konkordatosu ve tenzilat konkordatosu olarak ikiye ayrılır. Ayrıca karma konkordato olarak üçüncü bir tür belirlenebilir⁶. Alacaklılar konkordato ile alacaklarının belirli bir kısmından feragat ederlerse tenzilat konkordatosundan söz edilir. Alacaklılar alacaklarını tam olarak almakla birlikte borçların vadesi düzenlenip daha sonraki bir tarihe ertelenmesine ve/ya da takside bağlanmasına vade konkordatosu denilmektedir. Konkordato ile hem alacakların bir kısmından feragat edilmiş hem de kalan miktarın yeni bir vadede veya taksitle ödenmesi sağlanıyorsa da karma konkordato söz edilir⁷.

B. KONKORDATO TEKLİFİ

Konkordato müessesesinden yararlanmak isteyen borçlu yerleşim yeri/mukim bulunduğu yer icra mahkemesine gerekçeli bir dilekçe ve konkordato projesi⁸ ile başvuru yaparak konkordato talep edebilir.

Konkordato teklifi, vekil tarafından yapılacak

⁶PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 510.

⁷PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 510.

⁸Konkordato projesi, konkordato teklifinde bulunan borçlunun borçlarını nasıl ödemek istediğini gösterir bir ödeme planıdır (MUŞUL, s. 1226).



vekaletnamede özel yetki bulunması zorunludur.

Konkordato dilekçesinin yanında sunulacak projede, ayrıntılı bilanço ve gelir gider tablosu da eklenmelidir. Ayrıca borçlu tutulması zorunlu olan ticari defterlerinin durumunu gösterir bir cetvel de eklemek zorundadır.

Bunun yanında, alacaklılar da gerekçeli bir dilekçe ile konkordato teklifinde bulunabilir.

İcra mahkemesi, gerekli gördüğü takdirde, borçlunun malvarlığının muhafazası için İİK 290
ıncı maddenin ikinci fıkrasındaki tedbirleri emreder.

C. KONKORDATO MÜHLETİ

Konkordato mühleti, tüm çabasına rağmen işleri ve mali durumu bozulan bir borçluya henüz konkordato tasdik edilmeden, konkordatonun hükümlerinden yararlanabilme imkanı sağlayan bir süredir. Bu süre içerisinde borçluya takip yapılamaması sebebiyle, borçlu rahatça alacaklıları ile konkordato pazarlığı yapabilir ve anlaşılan konkordatonun tasdiki için gerekli girişimlerde bulunabilir.

Konkordato mükleti verilebilmesi için İİK md. 286/1 hükmündeki şartların oluşması gerekir. Bunlar kısaca,

1. Konkordatonun başarılı olma ihtimalinin bulunması,
2. Borçlunun alacaklılara zarar verme kastı taşımasıdır.

Ç. KONKORDATO MÜHLETİ VERİLMESİ

İcra Mahkemesi konkordato teklifini inceler, konkordato için aranan şartların bulunup bulunmadığını araştırır. Bu hususta bilirkişi incelemesi yaptırabilir.

İcra Mahkemesi inceleme neticesinde gerekli şartların oluşmadığına karar verirse teklifi reddeder. Bu karara karşı kanun yolu açıktır. Bu kararlar istinafa veya temyize konu olabilir.

İcra Mahkemesi konkordato şartlarının mevcut olduğuna kanaat getirirse, borçluya en çok 3 aylık bir konkordato mühleti verir ve bir veya birkaç konkordato komiseri atar. Bu mühlet kararın verildiği andan itibaren başlar ve hüküm doğurur. Konkordato komiseri bir ilanla borçlunun alacaklılarını, alacaklarını 20 gün içerisinde bildirmeye davet eder.

Hemen belirtelim ki, borçlu mühlet verilmesi hakkındaki kararı beş gün içerisinde giderlerini ödeyerek takibe koymalıdır. Aksi halde konkordato kararı kendiliğinden kalkar.

Bu mühletin amacı yukarıda da bahsettiğimiz üzere borçluya takiplerden korunmuş bir şekilde, alacaklılar toplantısı ile alacaklılarla müzakere ederek konkordato yapabilme imkanı sağlamaktır. Şayet bu sonuca ulaşabilmek, yani konkordato yapabilmek için 3 aylık mühletin yetmeyeceği anlaşırsa, konkordato komiserinin teklifi üzerine mahkeme 2 ayı geçmemek üzere ek süre verebilir. Ancak uygulamada bu süre çoğunlukla yeterli olmamakta ve mahkemeler tarafından iş yükü sebebiyle konkordato tasdiki hakkında karar süresinde verilemediğinden konkordato mühleti kendiliğinden kalkmakta ve borçlu hakkında icra takiplerine devam edilmektedir. Daha sonra mahkemenin tasdik kararı verebilme ihtimali göz önüne alındığında, bu durumun amaca uygun olmadığı ortadadır bu sebeple ek mühletin daha uzun belirlenmesi yerinde olacaktır⁹.

⁹PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 516.

¹⁰Bu konuda ayrıntılı açıklama için bakınız KURU, s. 1247-1248, 1250-1253.



D. KONKORDATO MÜHLETİNİN SONUÇLARI

Konkordato mükleti içerisinde tıpkı iflas erteleme müessesinde olduğu gibi borçluya bir takım imkanlar/kalkanlar sağlanmıştır.

Buna göre, mühlet içerisinde borçluya 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz¹⁰ ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Mühlet sırasında taşınır veya taşınmaz rehniyle temin edilmiş olacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. İİK 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı olacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir. Konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, re-

hinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemini durdurur.

Belirtelim ki bu korumalar ancak mühletle sınırlı olup, borçluya karşı yapılmış olan takiplerin konkordato mühletinin bitiminden sonraki dönem içerisinde durdurulmasına veya borçluya yeni takip yapılmasına ihtiyati tedbir yoluyla dahi karar verilemez (İİK md 287/son). Ancak bu düzenleme mühlet içinde mahkemedeki gecikme veya elde olmayan gecikme sebebiyle tasdik kararının yetişmemesi ihtimalinde, konkordato mühletinin de kısa olması nedeniyle amaca aykırı sonuçlar doğmasına neden olabilecek niteliktedir. Daha sonra mahkemenin konkordato tasdikine karar vermesi durumunda, mühletin bitimiyle kalkan takip yasağı sebebiyle malları haczedilen veya satılarak paraya çevrilen borçluların tasdik edilmiş olan konkordatoyu uygulaması



imkansız hale gelebilir. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından, tasdik talebini inceleyen mahkeme tarafından incelemenin sonuna kadar takiplerin durdurulması yolunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün kılınmalıdır¹¹.

Bunun yanında, mühlet içerisine borçlunun yetkileri kısıtlanmaktadır. Borçlu konkordato komiseri denetimi altına işlerine devam edebilir. Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında, mühletin ilanından itibaren rehin ve ipotek tesis edemez, taşınmaz satamaz, işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit edemez, kefil olamaz ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Bunlara ilişkin

sözleşmeler hükümsüzdür yani batıldır. Bu yasak işlemler dışında komiserin onayı olmaksızın yapılan işlemler geçerlidir. Ancak bu işlemlerle alacaklılar zarara uğrarsa komiser bu durumu rapor ederek mahkemeden mühletin kaldırılmasını isteyebilir.

E. ALACAKLILAR TOPLANTISI VE KARARI

1. ALACAKLILAR TOPLANTISI

Alacaklılar icra mahkemesi tarafından yapılan ilanda belirlen yer, gün ve saatte toplanırlar. Bu toplantıda konkordato teklifi görüşülür. Bu toplantının amacı, alacaklıları borçlunun mal varlığı durumu hakkında bilgilendirmek ve konkordatoya onay vermelerini sağlamaktır. Toplantıya alacaklı olduğunu süresinde

bildirenler ve süresinde bildirmemesine rağmen bilançoda alacaklı görülenler katılabilir. Alacaklılar toplantısında toplanma ve karar nisabı yoktur. Toplantının başkanı konkordato komiseridir ve bilanço hakkında bilgileri rapor olarak o verir. Toplantı sonunda bir tutanak tanzim edilir ve konkordatoyu kabul etmek isteyen alacaklılar ve komiser tarafından tutanağın altı imzalanır. Ancak alacaklılar hemen karar vermek zorunda değildir, toplantıdan sonra 10 gün içerisinde konkordatoyu kabul ettiklerini konkordato komiserine bildirebilirler. Bu süre içerisinde konkordatoya katılma hakkı ancak, kanuni süresi içerisinde alacağını komiser kaydetmiş olan ya da alacağı borçlunun ayrıntılı bilançosundan anlaşılan alacaklılara aittir. Yani, toplantıda kabul oyu vermemiş biri sonradan kabul oyu verebilir; ancak kabul oyu veren biri sonradan geri alamaz.

Alacaklılar toplantısı ve bunu takip eden on günde konkordato projesinin kabul edilip edilmediğini ve tasdikinin uygun olup olmadığını rapor eder ve bunu asliyen ticaret mahkemesine tevdi eder ve durumu ilgili icra mahkemesine bildirir.

2. KONKORDATONUN KABULÜ İÇİN GEREKLİ ÇOĞUNLUK

Konkordatonun kabulü için iki çeşit çoğunluk aranır, alacaklı ve alacak çoğunluğu.

Konkordatonun kabulü için, kaydedilmiş alacaklıların yarısını aşan sayıda alacaklının kabul oyu vermiş olması ve konkordatoyu kabul eden alacaklıların, kaydedilmiş olan alacakların üçte ikisini aşan

alacağa sahip olması gerekir. Ayrıca varlığı resmi sicillerinden tesbit edilebilen alacaklar da kaydedilmiş alacaklar gibi çoğunluğun hesabına dikkate alınmalıdır.

İmtiyazlı alacaklılarla borçlunun karısı, kocası ve ana, baba ve evladı ne alacak ne de alacaklı ekseriyetini teşkilde hesaba katılmazlar.

Ancak rehinle temin edilmiş alacaklar komiser tarafından takdir edilen kıymet neticesinde teminatsız kaldıkları kısım için hesaba katılırlar.

Bunun yanında nizalı veya taliki şarta bağlı veyahut muayyen olmayan bir vadeye tabi alacakların hesaba katılıp katılmamasına ve ne nispette katılacağına icra mahkemesi karar verir. Şu kadar ki bu iddialar hakkında ilerde mahkemece verilecek hükümler saklıdır.

F. KONKORDATONUN TİCARET MAHKEMESİNDE İNCELENMESİ VE TASDİKİ

1. TİCARET MAHKEMESİNDE KONKORDATONUN İNCELENMESİ

Toplanmayı takip eden on gün bittikten sonra komiser konkordatoya ilişkin bütün belgeleri ve bu süre içinde iltihak eden olmuşsa bunları da dikkate alarak, konkordatonun kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu ticaret mahkemesine tevdi eder ve durumu ilgili icra mahkemesine bildirir.

Mahkeme, komiseri dinledikten sonra ve her halde mühlet içinde kısa bir zamanda kararını verir. Karar vermek için tayin olunan duruşma günü, mühlet kararının yayımlandığı gazetede ilan edilir. İtiraz

¹¹PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZKAN/ÖZEKES, s. 516; KONURALP, s. 127.

edenlerin haklarını savunmak için duruşmada bulunabilecekleri de ilana yazılır.

Konkordatonun tasdiki talebi hakkındaki inceleme, kural olarak bir dava şeklinde olmayıp daha çok çekişmesiz yargı faaliyetidir. Ancak, inceleme sırasında alacaklılar tarafından bir itiraz söz konusu olmuş ise, artık mahkemece yapılan faaliyet, çekişmesiz yargı işinden çıkmış çekişmeli yargı işine dönmüştür.

Mahkeme tarafından yapılacak incelemede, konkordatonun tasdiki için aranan koşulların tamamının sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir. Bu incelemede ispat yükü, konkordato koşullarının gerçekleştiğini iddia eden borçluya düşer. Ancak konkordatonun tasdiki koşulları kamu düzenine ilişkin olduğundan, koşullara ilişkin inceleme kendiliğinden araştırma ilkesine göre yapılır ve basit usul uygulanır.

2. KONKORDATONUN TASDIKI

Konkordatonun tasdiki için bazı şartların

gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar

1. Teklif edilen meblağ borçlunun kaynakları ile orantılı olmalıdır. Yani ödeme teklifinin finansal kaynaklarla oranlı olmalıdır.
2. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, paraya çevirme halinde elde edilen hasılat veya üçüncü kişi tarafından teklif edilen meblağ iflas yoluyla tasfiye halinde elde edilebilecek bedelden fazla olmalıdır.
3. Konkordato gerekli çoğunlukla kabul edilmiş olmalıdır.
4. Konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini,

alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için, bu alacaklılardan her biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe, yeterli teminatın gösterilmiş olmalıdır.

5. Konkordatonun tasdikinin gerektirdiği yargılama masrafları ve ilam harçlarının tasdik kararından önce, borçlu tarafından mahkeme vizesine depo edilmiş olmalıdır.

Ticaret mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda yukarıdaki şartların somut olayda gerçekleştiği ve konkordatonun başarı şansının bulunduğu ka-naatinde olursa konkordatonun tasdikine karar verir. Konkordatonun tasdiki kararında, alacaklıların hangi ölçüde alacaklarından vazgeçtikleri, borçlunun borçlarını nasıl ödeyeceği ve gerekirse sağlanacak teminatlar belirtilir. Tasdik kararının hüküm fıkrasında, konkordato çerçevesindeki ödemelerin kaç taksit halinde, hangi tarihlerde ve tutarlarda yapılacağını, ödemelere başlanması için kararın kesinleşmesinin beklenip beklenmeyeceği hususların açıkça yer verilmelidir.

Tasdik kararında ayrıca, alacakları borçlu tarafından itiraza uğramış alacaklılara alacakları hakkında dava açmaları için tasdik kararının yüze karşı verilmiş olması halinde tefhimden aksi takdirde tebliğinden başlamak üzere on gün süre verilir. Bu süre içinde dava açmayanların teminattan yararlanma ve konkordatoyu feshettirme hakları düşer. İcra takibi sonucunda kesinleşmiş alacaklar ile

ilama bağlı alacaklara ilişkin haklar saklıdır.

Konkordatonun tasdiki şartları oluşmuyorsa,

mahkeme talebi reddeder. Konkordatonun reddi kararının kesinleştiğinin ilanından itibaren on gün içinde alacaklılardan birinin ticaret mahkemesine başvurup borçlunun doğrudan iflasını istemesi mümkündür; borçlu iflasa tabi kişilerden olmasa dahi bu şekilde iflası istenebilir.

Konkordatonun tasdiki talebini reddeden mahkeme, teminat aramadan borçlunun haczi kabil mallarının ihtiyaten haczine de karar verir.

Konkordato talebi reddedilen borçlu şartları

oluştığında tekrar konkordato talebinde bulunabilir.

Konkordato talebine ilişkin verilen ret veya kabul kararına karşı kanun yoluna başvurulabilir.

G. KONKORDATONUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. KONKORDATO BÜTÜN ALACAKLILAR İÇİN MECBURİDİR

Tasdik edilen konkordato, alacakları mühlet kararından önce veya komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar doğmuş bütün alacaklar için mecburidir. Rehinli alacaklıların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ile bu Kanunun 206 ncı maddesinin birinci fıkrasında sayılan Devlet alacakları müstesnadır

Mühlet içinde komiserin onayıyla akdedilmiş borçlar, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda yahut sonraki bir iflasta masa borcu sayılır.

Ancak imtiyazlı alacakların tam olarak ödenecekleri İİK md 298 hükmünde belirtildiğinden, 206.

Maddenin ilk üç sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar,

konkordatoda öngörülmüş olan tenzilatтан etkilenmez, bunun dışındaki hükümlerden ise adi alacaklar gibi etkilenirler. Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda ise, iflastakine benzer bir şekilde sıracetveli düzenleneceğinden, imtiyazlı alacaklar da kendilerine düşecek olan garame payı ile yetinmek zorundadır.

2. TAKIPLERE ETKİSİ

Konkordato mühleti sonucu olarak borçluya karşı mühlet içinde kural olarak takip yapılamayacağı gibi, daha önce yapılmış olan takiplere de devam edilemeyecektir. Ancak daha önce başlayıp da konkordato mühleti ile duran takiplerde borçlunun mallarına haciz konulmuş ve fakat henüz paraya çevrilmemişse konkordatonun tasdik kararının kesinleşmesiyle bu hacizler düşer. Hacizli mallar muhafaza altına alınmışsa borçluya iade edilir.

Konkordatonun tasdiki yalnızca hacizleri düşürür; daha önce borçluya karşı başlayıp mühlet kararı ile duran takipler ise düşmez.

Konkordato mühleti ile durmayan takipler ise, konkordatonun kesinleşmesinden etkilenmez.

3. MÜŞTEREK BORÇLU VE KEFILLERE ETKİSİ

Alacaklı konkordatoya kabul oyu vermemişse, konkordato teklifinde bulunan borçlunun müşterek borçlusu ve kefillerine karşı tüm haklarını korur, yani alacağının tamamını isteyebilir.

Konkordatoda oy hakkı bulunmayan imyitazlı alacaklılar, borçlunun yakınları ve rehinli alacaklılar ise konkordatoya yazılmış olmak şartıyla, borçlunun müşterek borçluları ve kefillere karşı da alacağın

tam olarak ödenmesi için bütün haklarını korurlar. Konkordatoya kayıtsız-şartsız kabul oyu veren bir alacaklı ise, kural olarak, borçlunun müşterek borçlular ve kefillerinden de alacağını, sadece konkordatoadaki şartlara göre isteyebilir. Ancak bu alacaklılar, müşterek borçluya ve kefile ödeme karşılığında alacağını temlik etmeyi teklif etmiş ve onlara alacaklılar toplantısının yer, gün ve saatini en az on gün önce bildirmişse, müşterek borçluya veya kefile karşı haklarını tam olarak muhafaza eder. Başka bir deyişle alacağın tamamı için onlara müracaat edebilir. Ayrıca alacaklı, müracaat haklarına zarar gelmeksizin, müşterek borçluya veya kefile, konkordato görüşmelerine katılma yetkisini verebilir ve onların kararını kabul edeceği taahhüdünde bulunabilir.

4. KONKORDATO DENETÇİSİ ATANMASI

Konkordatoyu tasdik eden mahkeme, borçlunun talebi üzerine, tasdik kararından itibaren bir yılı geçmek ve erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanmayan faizleri teminatlandırmak kaydıyla, rehinli taşınır veya taşınmazın konkordato talebinden önceki bir alacak nedeniyle satışını erteleyebilir. Ancak bu ertelemenin yapılabilmesi için, rehinli alacağın konkordato talebinden önceki yıla ait faizlerinin ödenmiş olması gerekir. Borçlu bunun haricinde ayrıca, taşınmazın veya ticari işletme rehni konusu unsurların işletmenin çalışması için kendisine gerekli olduğunu ve paraya çevirmenin ekonomik varlığını tehlikeye sokacağını gerçeğe yakın bir şekilde

de ispat etmelidir.

5. REHİNLİ MALLARIN SATIŞININ ERTELENMESİ

Konkordatoyu tasdik eden mahkeme, borçlunun talebi üzerine, tasdik kararından itibaren bir yılı geçmek ve erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanmayan faizleri teminatlandırmak kaydıyla, rehinli taşınır veya taşınmazın konkordato talebinden önceki bir alacak nedeniyle satışını erteleyebilir. Ancak bu ertelemenin yapılabilmesi için, rehinli alacağın konkordato talebinden önceki yıla ait faizlerinin ödenmiş olması gerekir. Borçlu bunun haricinde ayrıca, taşınmazın veya ticari işletme rehni konusu unsurların işletmenin çalışması için kendisine gerekli olduğunu ve paraya çevirmenin ekonomik varlığını tehlikeye sokacağını gerçeğe yakın bir şekilde ispat etmelidir.

H. KONKORDATONUN FESHI

Kendisine karşı konkordato şartları ifa edilmeyen her alacaklı konkordato mucibince iktisap etmiş olduğu yeni hakları muhafaza etmekle beraber konkordatoyu tasdik eden mahkemeye müracaatla kendisi hakkındaki konkordatoyu feshettirebilir. Fesih talebi üzerine verilecek hükmün tebliğinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Her alacaklı suiniyetle mualllel bulunan¹² bir konkordato

¹²Örneğin konkordatonun kabulünün sağlanması için borçlunun alacaklıların bazısına fazla para vermesi, muvazaalı alacaklar yaratıp konkordatonun tasdiki için gereken çoğunluğun sağlanması v.s.



datonun feshini tasdik kararını vermiş olan mahkemeden isteyebilir. Bu durumda konkordato tüm alacaklılar için tamamen fesholur. Konkordatonun feshi konusunda görevli mahkeme konkordatonun tasdikine karar veren mahkemedir. Konkordatonun feshi halinde tüm alacaklılar, konkordato hiç yapılmamış gibi alacaklarını tam olarak talep edebilirler ve takip yapabilirler. Yani konkordato tüm hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kalkar.

II. İFLASTAN SONRA KONKORDATO

İflas sonra konkordato, iflas etmiş borçlular için öngörülmüştür. Bu konkordato kabul ve tasdik edilirse, iflas tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar. İflas eden borçlu, iflas tasfiyesi sırasında konkordato teklifini iflas idaresine bildirir. İflas idaresi bu teklifi, bu konudaki görüşü ile birlikte ikinci alacaklılar toplantısında veya daha sonra görüşülmek üzere alacaklılara bildirir. Bu konkordato türünde ne konkordato

mühleti ne de konkordato komiseri vardır. Komisere ait vazifeler iflas idaresi tarafından yapılır. Paraya çevirme ticaret mahkemesi tasdik hakkında bir karar verinceye kadar ertelenir. Konkordatonun hükümleri, konkordatonun tasdik kararının kesinleşmesiyle değil, buna dayanılarak iflasın kaldırılmasıyla yürürlüğe girer. İflas konkordatosunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde, adi konkordato hükümleri tatbik edilebilir.

III. MALVARLIĞININ TERKİ SURETİYLE KONKORDATO

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlu, malvarlığı üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamını ya da bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisini alacaklılara verir. Bu şekilde alacaklılar, borçlunun (kendilerine bırakılan) malvarlığını, tasfiye ederek alacaklarını alırlar. Tasfiye memurlarını alacaklılar seçebilirler; ancak icra mahkemesi seçilen kişiyi onayladıktan sonra

tasarruf yetkisi alacaklılara ve tasfiye memurlarına geçer. Tasfiye memurları borçlunun mallarını iflas tasfiyesine benzer bir şekilde tasfiye eder ve elde edilen parayı garameten paylaşır. Adi konkordatoya ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar için niteliğine aykırı düşmediği müddetçe bu konkordato şekline de uygulanır. Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun amacı, iflas tasfiyesi süresince malvarlığının değerinden düşük fiyatlara satılma riskine karşı borçluyu ve alacaklıları korumaktır.

SONUÇ

31.07.2016 tarihinde yayımlanan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 4 sayesinde sermaye şirketlerinin iflas erteleme talebinde bulunması ve mahkemelerin de iflas erteleme kararı ve/ya da tedbiri vermesi engellenmiştir. Bu nedenle, İİK md. 285 v.d. düzenlenen ancak uygulaması bir müddet rafa kaldırılan konkordato müessesesi tekrar uygulanmaya başlanmış/başlanacaktır.

Konkordato talebi, icra mahkemesinden konkordato projesi ekli bir dilekçe ile borçlu veya alacaklılardan biri tarafından talep edilebilir.

İcra mahkemesi, konkordato talebini uygulanabilir bulması ve borçlunu alacaklılarına zarar verme kastı olmadığı kanaatine varırsa, borçluya en çok 3 aylık bir konkordato mühleti verir ve bir veya birkaç konkordato komiseri atar. Bu mühletin amacı yukarıda da bahsettiğimiz üzere borçluya takiplerden korunmuş bir şekilde, alacaklılar toplantısı ile alacaklılarla müzakere ederek konkordato yapabilme imkanı sağlamaktır. Şayet bu sonuca ulaşabilmek,

yani konkordato yapabilmek için 3 aylık mühletin yetmeyeceği anlaşılırsa, konkordato komiserinin teklifi üzerine mahkeme 2 ayı geçmemek üzere ek süre verebilir. Konkordato mühleti içerisinde tıpkı iflas erteleme müessesinde olduğu gibi borçluya bir takım imkanlar/kalkanlar sağlanmıştır. Buna göre, mühlet içerisinde borçluya 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Mühlet sırasında taşınır veya taşınmaz rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. İİK 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir. Konkordato aksine hüküm içermediği takdirde mühlet, rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemlerini durdurur.

Belirtilen bu korumalar ancak mühletle sınırlı olup, borçluya karşı yapılmış olan takiplerin konkordato mühletinin bitiminden sonraki dönem içerisinde durdurulmasına veya borçluya yeni takip yapılmasına ihtiyati tedbir yoluyla dahi karar verilemez. Borçlu konkordato komiseri denetimi altına işlerine devam edebilir. Borçlu, icra mahkemesinin izni dışında, mühletin ilanından itibaren rehin ve ipotek tesis edemez, taşınmaz satamaz, işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez ve takyit



edemez, kefil olamaz ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Bunlara ilişkin sözleşmeler hükümsüzdür yani batıldır. Bu yasak işlemler dışında komiserin onayı olmaksızın yapılan işlemler geçerlidir. Sonuç olarak konkordato sonuçları bakımından iflas erteleme müessesesinin sağladığı faydaları sağlamaktadır, ancak uygulanması şartları iflasın ertelenmesi müessesesine göre daha prosedürlü olduğu

gibi alacaklıların bir kısmının da rızasına bağlıdır ve süre bakımından da daha sınırlıdır. Borçlular açısından bu olumsuz özellikleri nedeniyle, iflas erteleme müessesesine birebir alternatif olmasa da, olağanüstü hal süresince borçlarını ödeme konusunda iyiniyetli olan kişiler yönünden iflası önleme etkisi göz önüne alındığında iyi ve uygulanabilir bir alternatif düzenleme olduğu da kuşkusuzdur.



Ayşe Bahar **ALKAYA**
Avukat - Attorney At Law

ULUSLARARASI TİCARETTE TESLİM ŞEKİLLERİ

GİRİŞ

Uluslararası ticarette Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından hazırlanıp, yayınlanan Incoterms kuralları (Uluslararası Ticaret Terimleri) tek olmakla birlikte en yaygın kullanılan ve ilk akla gelen düzenlemedir. Sanayi devrimi ile birlikte uluslararası ticaret yoğunlaşmıştır, ancak her ülkenin kendi terimlerini kullanması, kullanılan bu terimlerin ülkelere göre farklılık göstermesi karışıklığa ve ticarette sorunlara neden olmuştur. İhtilaf durumlarında tarafların farklı ülkelerden olması ve farklı hukuk kurallarına tabi olmaları sorunların büyümesine ve uzun zamanda uyuşmazlıkların çözülmesi sonucunu doğurmuştur. 1920 ve 1936 yılları arasında Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından, uluslararası ticarette tarafları ortak paydada toplamaya ve dünya genelinde kullanılacak her ülkede aynı anlama gelen terimler üretmeye çalışılmıştır. Nihayetinde ilk olarak 1936 yılında Incoterms kuralları oluşturulmuş ve yayınlanmıştır. MTO, Incoterms ile yalnızca teslim şekillerini belirlemekle yetinmemiş, değişen koşullara göre teslim şekillerini de güncellemiştir. Bu güne kadar sekiz kere değişen Incoterms kuralları en son 2011 yılında güncellenmiştir. 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve hala kullanılan INCOTERMS 2010 kuralları; sadeleşme yoluna gitmiş ve teslim şekillerini 13 taneden 11'e indirmiştir. Bu teslim şekillerini ise iki grupta toplamıştır; birincisi tüm taşıma türlerini kapsayan kurallar, ikincisi ise yalnızca deniz ve iç su

yolu taşımalarını kapsayan kurallardır.

I. TÜM TAŞIMA TÜRLERİNDE KULLANILAN TESLİM ŞEKİLLERİ

1. EX WORKS (EXW) – TİCARİ İŞLETMEDE (İŞYERİNDE) TESLİM

Bu teslim türünde satıcı, malları belirlenen tarihte kendi işletmesinde veya yine taraflarca belirlenen satıcıya ait imalathane, depo, fabrika vb. yerlerde teslim etme yükümlülüğü altına girmiştir. Satıcı malların hazır olduğunu alıcıya bildirmektedir. Malların taşınması ile ilgili tüm gider ve risklerin yükümlülüğünü alıcı üstlenmiş durumdadır. Bu teslim türünde sözleşmede belirtilen satış bedeline yalnızca ambalajlanmış mal bedeli dâhildir. Bunun dışında kalan nakliye, yükleme, boşaltma ve sigorta masrafları alıcıya aittir. ExWorks satış, satıcının en az yükümlülük altına girdiği satış türüdür.

2. FREE CARRIER (FCA) – TAŞIYICIYA MASRAFSIZ TESLİM

FCA teslim türünde, satıcının teslim yükümlülüğü malların ihrac gümrüğünden geçirilip alıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya teslimi ile son bulur. Hasara ilişkin riziko malların taşıyıcıya teslimi ile beraber alıcıya geçmektedir. Satıcı malı gümrükten geçirirken yaptığı masrafları karşılamaktadır. Bunun dışında satıcının taşıma ve sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü yoktur.



Incoterms ile düzenlenen kurallardan yalnızca iki tanesinde (CIF ve CIP) sigorta kızı düzenlenmiştir. Bunun dışında ki taşıma türlerinde tarafların birbirine karşı sigorta yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kural olarak, riski hangi taraf üstleniyor ise sigortayı o taraf yaptırmalıdır veya taraflar sözleşmeye koyacakları madde ile sigortayı yaptıracak olan tarafı belirlemelidirler.

3. CARRIAGE PAID TO (CPT) – TAŞIMA ÜCRETİ ÖDENMİŞ OLARAK TESLİM

Bu teslim şeklinde satıcı, malın kararlaştırılan varış yerine kadar taşınması için gerekli bedeli ve mas-

rafları bunun yanında ihracat için gerekli izinler ile gümrük işlemlerini üstlenir. Hasarlar ve navlun dışındaki tüm masraflar malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesi ile birlikte alıcıya geçmektedir. Bu taşıma şekli çok vasıtalı (multimodal) taşımalarda dahil olmak üzere her türlü taşıma şekli için kullanılabilir.

4. CARRIAGE AND INSURED PAID TO (CIP) – TAŞIMA ÜCRETİ VE SİGORTA ÖDENMİŞ OLARAK TESLİM

Satıcı, yukarıda bahsi geçen CPT taşıma şekli ile aynı yükümlülüklerle sahip olmaktadır. Burada ek



olarak satıcıya, malların taşınması sırasında ortaya çıkabilecek risklere karşı, primini üstlenmek üzere sigorta yaptırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Satıcının sigorta yükümlülüğü en dar kapsamlı sigorta poliçesi ise sınırlıdır. Alıcının daha kapsamlı bir sigorta poliçesi istemesi halinde ise arada farkı alıcı ödeyerek daha kapsamlı sigorta poliçesine geçiş yapabilmektedir.

5. DELIVERED AT TERMINAL (DAT) – VARMA YERİNDE TERMİNALDE TESLİM

Incoterms 2010 kurallarına yeni eklenen (DEQ yerine) teslim şeklidir. DAT teslim şeklinde, satıcının malları belirlenen varma yerinde taraflarca belirlenen terminalde, taşıma aracından boşaltmış şekilde

alıcının tasarrufuna bıraktığında malları teslim etmiş sayılır. Bu taşıma şeklinde satıcı, malların belirlenen varma yerine kadar getirilmeleri için gereken taşıma masraflarını, taşıma esnasındaki hasar riskini ve taşıma aracından boşaltılmalarına ilişkin tüm risk ve masrafları üstlenir. Ancak satıcı malların ithalatı için gümrük vergilerini ödeme veya ithalat işlemlerini takip etme yükümlülüğü altına girmez, bu yükümlülüğü alıcı üstlenmiştir.

6. DELIVERED AT PLACE (DAP) – VARMA YERİNDE BELİRLENEN NOKTADA TESLİM

Bu teslim şeklide yine 2011 güncellemesi ile Incoterms 2010 kurallarına (DAF, DES, DDU yerine)



eklenmiştir. Burada satıcı malları, varma yerinde taraflarca belirlenen teslim noktasında taşıma aracı içerisinde boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakmakla malları teslim etmiş sayılır. Satıcı, malların varma yerinde belirlenen noktaya getirilmesine kadar olan tüm taşıma masraflarını ve hasar riskini üstlenir. Alıcı ise malların varma yerinde ithali için gereken izinleri alma ve gümrük işlemlerini tamamlama yükümlülüğünü üstlenmiştir.

7. DELIVERED DUTY PAID (DDP) – GÜMRÜK VERGİLERİ ÖDENMİŞ OLARAK TESLİM

DDP teslim şeklinde satıcının teslim yükümlülüğü, malların ithalat ülkesinde belirlenen yerde alıcının

emrine hazır tutulması ile sona erer. Satıcı malların o noktaya kadar taşınması, ithal gümrüğünden geçirilmesi için gerekli vergi, resim ve diğer harçlar dahil olmak üzere tüm riziko ve giderleri üstlenmek zorundadır. Satıcı adeta alıcının ülkesinde ki yerel bir satıcı gibi malları teslim eder. Alıcının yalnızca, malın bedelini ödeme malı teslim alma yükümlülüğü vardır. Birinci sırada açıklanan EXW teslim şekli satıcı için ne kadar az yükümlülük ifade ediyorsa, DDP teslim şekli satıcının yükümlülüklerini bir o kadar ağırlaştırmıştır.

II. SADECE DENİZ VE İÇ SU YOLU TAŞIMALARINDA KULLANILAN TESLİM ŞEKİLLERİ

1. FREEALONGSIDESHIP (FAS)- YÜKLEME Lİ- MANINDA GEMİ DOĞRULTUSUNDA MASRAFSIZ TESLİM

Bu teslim şeklinde satıcı, malın belirlenen yükleme limanında ve malların geminin doğrultusuna (yanına), mallar gemi rıhtımında ise yükleme yerine, gemi limanda değil de açıkta demirli ise mavnalarla geminin yanına kadar götürerek teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Satıcı yalnızca malların teslim yerine kadar masrafları üstlenirken, alıcı malın yüklenip, boşaltılması, nakliyesi, sigortalanması gibi masrafları üstlenir. Bununla beraber, teslimden itibaren malların kaybolması, hasar görmesi gibi tüm rizikolara alıcının sorumluluğundadır.

2. FREE ON BOARD (FOB) – GEMİDE MASRAFSIZ TESLİM

Uluslararası ticarete en yaygın kullanılan, en çok bilinen ve ilk olarak düzenlenmiş teslim şeklidir. FOB teslim şekline göre, satıcı teslim yükümlülüğünü belirlenen yükleme limanında mallar gemi küpeştesini geçtiği anda yani malların gemi bordrosuna yüklenmesinden sonra yerine getirmiş olur. Satıcının burada malları istifleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. FOB teslim şeklinde satıcının teslim yükümlülüğü FAS teslim şeklinden biraz daha genişletilmiştir.

Satıcı, malların gemi küpeştesini aşıncaya kadar

ortaya çıkacak her türlü masrafı karşılamak ve gümrük işlemleri için gerekli olan belgeleri tamamlamak, masraf ve vergileri ödemekle yükümlüdür. Malların gemiye yüklenmesinden sonra hasar ve masraflar alıcıya geçmektedir. Ayrıca alıcı varma limanının bulunduğu ülkeye ithali için gereken izinlerin alınması ve gümrük işlemlerini tamamlamakla sorumludur.

3. COSTANDFREIGHT (CFR) – MAL BEDELİ VEYA NAVLUN ÖDENMİŞ OLARAK TESLİM

Bu teslim şeklinde ise; malların yükleme limanına getirilmesi, ihracı için gereken izinlerin alınması ve gümrük işlemlerinin yapılması ile navlun sözleşmesinin yapılması satıcının yükümlülüğündedir. Bu nedenle bu işlemler için yapılacak olan masrafları ve navlun ücretini satıcının ödemesi gerekmektedir. Satıcı, taşıyıcıdan aldığı konişmentoyu alıcıya teslim eder.

Malların yükleme limanında gemiye yüklendiği andan itibaren her türlü hasar riski alıcıya aittir. Bu teslim şeklinde de satıcının malları sigorta ettirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İsteye bağlı olarak sigorta yaptırılması ile malların varma limanının bulunduğu ülkeye ithal edilmeleri için gereken izinlerin alınması, gümrük işlemlerinin yapılması ve bunlarla ilgili harç, vergiler ve diğer masraflar alıcının sorumluluğundadır.

4. COST, INSUTANCEANDFREIGHT (CIF) – MAL BEDELİ, SIGORTA VE NAVLUN ÖDENMİŞ OLARAK TESLİM

FOB teslim şekli ile beraber CIF teslim şeklide en çok bilinen ve kullanılan teslim şekillerindendir. Bu teslim şekli ile beraber satıcı CFR teslim şeklinde

ki tüm yükümlülükleri aynen üstlenmektedir. Yani satıcı, malları yükleneme limanına getirilmesi, gümrük ve ihrac için gerekli işlemlerin yapılması ile navlun sözleşmesinin yapılmasını ve bunlara ilişkin masrafları üstlenmiş durumdadır. Burada satıcıya yüklenen önemli fark, satıcı malların taşınması sırasında ziya veya hasar rizikosuna karşı deniz sigorta yaptırmak zorundadır. Satıcı sigorta sözleşmesinin priminde de sorumludur. Daha önce CIP teslim şeklinde açıklandığı üzere, burada da satıcı en dar kapsamlı sigorta poliçesi ile sorumludur. Alıcının daha kapsamlı bir sigorta poliçesi istemesi halinde prim farkını ödeyerek, sigorta poliçesini genişletme imkanı bulunmaktadır.

CIF teslim şeklinde alıcı, satım bedelini ödemek, malların ithali için gerekli tüm işlemleri yapmak, usulüne uygun olarak teslim edilen malları teslimini kabul etmek ve varma limanından malları taşıyıcıdan teslim almak, mallar gemi küpeştesini aştığı andan itibaren mallara ilişkin hasara katlanmak, mallar teslim edildiği andan itibaren mallara ilişkin tüm masrafları karşılamak ve sigorta sözleşmesi için gerekli tüm bilgiyi satıcıya sağlamakla yükümlüdür.

SONUÇ

Incoterms kuralları, uluslararası ticarete en yaygın olarak kullanılan kurallar olsa da, uygulama sırasında yine sorunlara neden olabilmektedir. Bu nedenle, tarafların uygulamak istedikleri Incoterms kurallarını seçerken dikkatli davranmaları, üstlendikleri yükümlülükler ve en önemlisi seçilecek Incoterms kurallarının kendi ülke mevzuatlarına göre etkin bir şekilde kullanıp, kullanamayacakları konusuna

önem vermeleri gerekmektedir.

Gerçekten de, Incoterms kuralları tarafların satım sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerine değinmiş olsa da, bu hak ve yükümlülüklerini tümüyle düzenlenmiş değildir. Bu kurallar temel olarak satıcının temel edimi olan teslim yükümlülüğü, teslimin nerede ve ne zaman yapılacağı, yarar ve hasarın ne zaman alıcıya geçeceğini düzenlemiştir. Ancak bunlar dışında ki hususlar tarafların kendi arasında yapacakları anlaşmaya bırakılmıştır. Bunun yanında, Incoterms kurallarının hukuki niteliği ve bağlayıcılığı konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Her ne kadar kabul edilen yaygın görüş olarak; Incoterms kuralların ihtiyari kural-ları olduğu ve ancak tarafların sözleşmede atıf yapmaları halinde bu kurallar ile bağlı olacakları kabul edilmiş olsa da, öğretide; taraflar arasında Incoterms'e atıfta bulunulmasa dahi Incoterms kuralları gereğince sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Kanaatimizce, bu kurallar ancak taraflar arasında yapılan sözleşmede atıf yapılması halinde uygulama imkanı bulunacaktır.

Son olarak, Incoterms kurallarının sabit kalmadığını değişen koşullara göre revize edilip güncellendiğini belirtmek gerekir. Ancak güncellenen tüm Inco-terms kuralları geçerliliğini korumakta, düzenlenen yeni Incoterms kuralları, daha öncekileri ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle taraflar sözleşmelerinde Incoterms kurallarına yapacakları atıflarda hangi Incoterms kurallarını seçtiklerini belirtmelidirler.

