

Özel Finans Kurumlarınca Kullandırılan “Karz-ı Hasen İçin Örtülü Kazanç İddiası İleri Sürülebilir Mi?

Mehmet ERKAN

Hesap Uzmanı

GİRİŞ

1980’li yıllarla birlikte bankacılık sistemine alternatif olabilecek yeni finansman araçları ihtiyacına yönelik arayışlar Özel Finans Kurumu olarak adlandırılan ,işleyiş olarak bankacılık sisteminin mal alım satımı esası ile temellendirildiği yeni bir finansman sistemini doğurmuştur.

Özel finans kurumları yaklaşık 15 yıllık gelişme süreçlerinde ülkemizdeki mevduat potansiyelinin %3-4’lük kısmına hitap edebilmiştir. Özel finans kurumları terminolojisinde, “Karzı Hasen” yararlı, güzel borçlanma”olarak tercüme edilebilen,nemasız borç verme, esas olarak faiz vb.bir gelir elde etmeksizin fon kullandırmadır.Karzı hasenin nemalandırılmaması vergi mevzuatımız açısından doğru bir işlem midir?

Esas olarak yazımızda Karzı Hasen’in nemalandırılmaması vergi mevzuatı açısından doğru bir işlem midir? sorusuna , K.V.K.’nın 17. maddesi ile işlerlik kazanan örtülü kazanç dağıtımı iddiasının ileri sürülüp sürülemeyeceği bağlamında ele alınarak cevap aranmaya çalışılacaktır.

İÖZEL FİNANS KURUMLARININ FON KAYNAKLARI VE KULLANDIRMALARI İLE YASAL TABANI

1- İslam Bankacılığında Kaynaklar

İslam bankacılığının işleyişinde finansman alanında aracılık söz konusudur. Fonksiyonlar islami prensipler doğrultusunda ve faiz yasağına uyarak yerine getirilmektedir. İslam Bankaları diğer finans kurumları gibi küçük tasarrufluların ellerindeki fonları toplayıp büyük sermayeler oluşturmakta ve bu fonlar teşebbüslere plase edilmektedir.

İslam bankalarında temelde kâr/zarar (K/Z) ortaklığı sözleşmesinin işleyiş mekanizması sisteme oturtulmuştur. Özel finans kurumlarının başvurduğu fon kaynağı olarak öz sermayenin yanı sıra cari hesaplar ve Katılma Hesapları kısaca sayılabilir. Özel Finans Kurumlarının kasa kiralama, havale ve transfer işlemleri yapma, fizibilite etüdleri yapma, akreditif açma, teminat mektubu verme vs. hizmetlerinden elde ettiği gelirler de kaynaklar arasında gösterilebilir. Özel Finans Kurumları, ayrıca Merkez Bankası’nca uygun görülecek diğer iş ve hizmetler de yapabilmektedirler.

Türkiye’de faizsiz bankacılık kavramını; ekonomiye etkisi ve faaliyetlerin sınırlandırılması açısından iki yönde incelemek gerekir: Birincisi, fon toplama -ki tamamen literatürdeki mudaraba denilen yöntemeye dayalı olarak gerçekleşmekte ve kar/zarar ortaklığına dayanmaktadır.- İkincisi ise fon kullandırmadır. (Murabaha, Mudaraba, Muşaraka, İcara, Selam, İstisna.)

Söz konusu sistemde kaynaklar, kişi ya da işletmelerden K/Z ortaklığı sözleşmesiyle sabit bir getiri sözü vermeden belirli bir süre için toplanır. Sözleşmeye zarar da edilebileceği eklenir.

İslam bankalarının fon kaynaklarını öz sermaye, yatırım ya da katılım hesapları ve cari hesaplar oluşturur. Kurum hesaplarında cari hesaplar ile katılma hesapları ayrı ayrı gösterilir ve işletilir. Ayrıca katılma hesapları ve cari hesaplar TL. ya da döviz cinsinden ayrı ayrı muhasebeleştirilir ve işletilirler. Blokaj yükümlülüğünden sonra cari hesaplarda biriken fonların kalan kısmının % 50'si gerçek ve tüzel kişilere bir yıldan uzun vadeli olarak, geri kalan kısmı ise en çok 12 ay vadeli olarak ticari işleri finanse etmek için kullanılabilir.¹

1.1- Öz Sermaye

İslam bankalarının fon kaynaklarının önemli bir kısmını öz sermayeleri oluşturur. Türkiye'de Özel Finans Kurumları'nın sermayeleri konusundaki düzenleme 16.12.1983 tarih ve 83/7506 sayılı B.K.K.'nda, 3. maddede yer almaktaydı. Söz konusu maddenin ilk halinde "ödenmiş sermayeleri toplamı 5 milyar TL.ndan az olamaz" hükmü bulunmakta idi. Madde, 13.1.1994 tarih ve 93/5104 sayılı B.K.K. ile değiştirilmiş ve asgari sermayeye ilişkin hükümde 3182 sayılı Bankalar Kanununun ilgili maddelerine atıf yapılmıştır. Yani en az sermaye tutarı ticari bankaların tabi olduğu en az sermaye tutarı ile aynı olacaktır. Ancak daha sonra bankalar kanunu tamamen yeniden düzenlenmiş, buna karşın söz konusu maddedeki eski bankalar kanununa yapılan atıf değiştirilmemiştir. Yine de bu atfı yeni bankalar kanununun kuruluş maddesi olan 7. maddenin 2. fıkrasının (d) bendine yapılmış kabul etmek gerekir. Bu bentte ise "*her türlü muvazaadan arı olarak sermaye tutarının yirmi trilyon liradan az olmaması*" şartı yer almaktadır.

4491 sayılı Kanunun geçici 3/a maddesi hükmünce, halen faaliyetini sürdürmekte olan Özel Finans Kurumları'na 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun maddelerine iki yıl içerisinde intibak etme zorunluluğu getirilmiştir. Halen faaliyetini sürdürmekte olan Özel Finans Kurumları'nın 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 7.madesinin 2.fıkrasının d bendi hükmünce, 19.12.2001 tarihine kadar nakden ödenmiş sermayelerini 20 Trilyona yükseltmeleri gerekmektedir.

1.2- Katılma Hesapları

İslam bankalarının fonları, sermaye ve öz kaynaklarının dışında büyük ölçüde katılma hesaplarından sağlanmaktadır. Katılma hesapları İslam bankalarının başlıca kaynaklarını oluştururlar.

Katılma hesapları adından da anlaşılacağı gibi tasarruf sahibine kâr ve zarara katılma hakkı veren hesaplardır. Özel Finans Kurumları'nda TL üzerinden açılabileceği gibi döviz üzerinden de açılabilen bu hesapların sahipleri "Kâr ve Zarara Katılma Hesabı Akdi" uyarınca bu fonların kullanılmasından doğacak kâr ya da zarara katılma hakkı kazanmaktadırlar.

Katılma hesaplarına ilişkin düzenlemeler HDTM Tebliğinin 18'nci 24'üncü maddeleri arası ile TCMB Tebliği'nin 11'nci 16'ncı maddeleri arasında yer almaktadır.² Bu maddeler uyarınca;

Katılma hesaplarıyla ilgili her bir vade grubunda toplanan fonlardan tek bir gerçek ya da tüzel kişiye kullanılabilecek fon tutarı herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır.(Cari Hesaplardan farklı olarak). TCMB Tebliği'nin 27.5.1992 Resmi Gazete tarihli ve 2 no.lu tebliğ ile değişik 12. maddesine göre katılma hesaplarında 30,90,180,360 gün veya daha fazla vade ile katılma hesapları açılabilmektedir.

Katılma hesaplarında biriken fonların işletilmesinden doğan kâr ya da zarardan kuruma düşen pay her bir vade grubu için ayrı ayrı hesaplanmaktadır ve her vade grubuna katılanlara ayrı oranlar uygulanır. Uygulanan kâr ya da zarar oranının değiştirilmesi TCMB iznine tabi bulunmaktadır.

Katılma hesaplarından doğacak kâr veya zararın hesaplanması “Birim Hesap Değeri” üzerinden olur. Bu yöntem dışında başka bir yöntemin uygulanması TCMB’nin olumlu görüşü ve HDTM’nin onayına bağlıdır.

Katılma hesaplarının özellikleri, HDTM’nin ilgili tebliğinin 19’uncu maddesinde aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

- Hesap sahibine faiz veya sabit bir gelir ödenmez, ana paranın aynen geri verileceği garantisi yoktur. hesap sahibinin talep hakkı ve kurumun mükellefiyeti “Birim Hesap Değeri” ile hesaplanır. Hesap sahiplerine tahakkuk ettirilecek gelirler vergi mevzuatı açısından mevduat geliri sayılır.

-Bu hesaplar vadelerine göre, 30, 90, 180, 360 gün ve daha uzun vadeli olmak üzere beş gruba ayrılırlar ve her grup kendi içinde bir bütün teşkil ederek ayrı ayrı muhasebeleştirilir, ayrı ayrı işletilir. TCMB vade sürelerini yeniden belirleme yetkisine sahiptir.

-Bu hesaplardaki fonlar “Birim Hesap Değerleri” üzerinden muhasebeleştirilir ve kurum hesaplarında gösterilmezler. Bu hesaplarla ilgili olarak Kurum tarafından yılda 6 aylık devreler itibarıyla iki defa hesap vaziyetinin tanzim edilip kamuya duyurulması zorunludur.

-Kurumdan alacaklı olan üçüncü şahısların, sadece kuruma ait, sermaye, ihtiyat ve dağıtılmamış karlar üzerine talep hakkı vardır, bu hesaplarda biriken fonlar üzerinde alacaklıların herhangi bir talep hakkı yoktur.

-Bu hesapların işletilmesinden doğacak tüm masraflar kurum tarafından karşılanır.

-Kurumun bu hesapların işletilmesinden doğacak kardan ve zarardan alacağı pay % 20’yi geçemez. Kurum tarafından tespit edilen oranın % 20’lik marj içinde kalmak koşulu ile değiştirilmesi TCMB’nin iznine bağlıdır. Kurum, bilançosunda ancak kendi payına düşen kâr ve zarar ile bu hesapların işletilmesinden doğan masrafları gösterir. Kurum, kardan ve zarardan payına düşen kısmı günlük veya haftalık olarak hesaplarına intikal ettirilir.

-Bu hesaplarda biriken fonlar tasarruf mevduatı sigorta fonu kapsamına girmezler.

1.3- Cari Hesaplar

Cari Hesaplar “Türk Lirası veya tebliğlerle belirlenecek esaslar dahilinde döviz cinsinden açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan, karşılığında ise hesap sahibine faiz, kâr veya her ne nam altında olursa olsun bir bedel ödenmeyen ve “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kapsamına girmeyen fonların oluşturduğu hesap türüdür.”

Cari hesapların özellikleri HDTM Tebliğinin 16’ncı maddesinde yer almaktadır.³ Buna göre Cari Hesaplar;

- Kurum hesapları ve katılma hesaplarından farklı olarak kendi içinde de Türk Lirası hesapları ile döviz hesapları şeklinde ayrı ayrı muhasebeleştirilir ve işletilir;

- Kurum bu hesapta biriken fonların işletilmesinden doğan kâr veya zararı kendi hesabına intikal ettirir,

- Hesap sahipleri yatırmış oldukları fonların tamamı için kurumun sermaye ve ihtiyatları ile cari hesaplar karşılığı aktifleri üzerinde birinci sırada imtiyazlı alacaklılar,

- Kurumun cari hesaplara kabul edebileceği azami fon tutarı TCMB tarafından tespit edilir.

Fonların blokaj yükümlülüğünden kalan kısmının % 50'si, gerçek ve tüzel kişilere bir yıldan uzun vadeli olarak geri kalan kısmı en çok 12 ay vadeli olarak ticari işlerin finansmanında kullanılabilir. Bu hesaplardan kullanılabilen fon tutarı TCMB tarafından belirlenir.

Cari hesaplar nama yazılı olabileceği gibi hamiline yazılı da olabilir ve hesapların geri çekilmesi ancak yatırıldıkları para cinsinden olabilir.

HDTM'nin ilgili tebliği kural olarak teşebbüslere kullanılan cari hesapların vadesinde ödenmesini öngörmüşse de kuruma bu konuda bir serbestiyet de tanıyarak, kullanılan fonun % 20'sini geçmemek kaydıyla "kâr ve Zarara Katılma Yatırım Akdi" ile fonu kullanan teşebbüsün kâr veya zararına katılabilme imkanını getirmiştir.

Cari hesaplarda döviz olarak biriken fonlar bahsedilen kullanım yerleri dışında, Türk bankaları nezdinde ya da uluslararası para ve ticaret piyasalarında kullanılabilir. Ancak Tebliğ uyarınca bu hesaplarda biriken dövizler; Tebliğ ve T.C. Merkez Bankasınınca belirlenecek esaslar dahilinde öncelikle ülke ihtiyaçlarının karşılanmasında serbestçe kullanılacaktır.

2- İslam Bankacılığında Finansman Modelleri

İslam Bankaları K/Z'a katılma hesabı biçiminde topladıkları fonları değerlendirirken klasik bankalar gibi faize dayanmadıklarından, fon kullanmada değişik yöntemler geliştirmişlerdir. Bu yöntemlerin temeli ticarete dayanmaktadır. İslam Bankaları, fon kullanırken mutlaka bir malın alımına, satımına yada üretimine ortak yada destek olmak durumundadırlar.

İslami ilkeler içinde sermayenin, emek, teknoloji, toprak ve yönetim gibi diğer üretim faktörleri ile birlikte kullanılması benimsenir. Bugün olduğu gibi para yada sermayenin bir ürün gibi diğer üretim faktörlerine getiri sağlama gücü vardır. Bu, sermayenin yatırımlara ve ticarete yöneltilmesini zorunlu kılar. Paranın ticareti önlenerek ekonominin yapay bir şekilde büyütülmesinin ve kaynakların belirli ellerde toplanmasının önüne geçilmeye çalışılır. Bunun sonucu maliyetlerin yapay olarak artmasına imkan verilmez.

İslam bankalarında da finansman kaynakları ve bu kaynakları kullandırma şekli olan finansman metodları yer almaktadır. Bir banka olarak fonksiyonlarını yerine getirebilmek amacıyla İslam bankası da topladığı fonları müteşebbislere kullandırır. İslam bankalarındaki bu fon kullandırma yöntemleri ise ana hatları ile aşağıdaki gibidir.

2.1- Mudaraba

Mudaraba, bir tarafın para diğer tarafın ise emeğini koyarak, ortak bir ticari faaliyet yapmalarınıdır. Bünyesi itibariyle bir ortaklıktır. yani bir şirkettir, ama taşıdığı özellikler sebebiyle ayrı tip bir şirket sayılır ve ayrı bir başlık altında incelenir.

Faiz uygulamada kâr elde etme yollarından mudarabada bir taraf, gerekli mali sermayeyi, diğer taraf ve üstlenilen ekonomik etkinliğin başarılı olarak yönlendirilebilmesi için gereken insan (emek) gücünü sağlar. Mudaraba geleneksel olarak kısa süreli ticari etkinliklerde uygulanır.⁴

2.2- Murabaha (Üretim desteği ya da vadeli satış)

Bir kişinin aynı zamanda hem alıcı hem de satıcı olduğu, diğer kişinin asıl (orijinal) satıcı olduğu ve bir diğer kişinin de nihai alıcı olduğu, üç kişi arasında gerçekleşen bir alım satım

anlaşmasıdır. Bu yöntemde, bir kişi ya da işletmenin ihtiyaç duyduğu bir hammadde, darboğaz giderici bir makina, iç pazardan ya da dış pazarlardan alınarak vadeli satılır. Aslen, bir işletme malının peşin alınıp vadeli satılması olan bu işlemde Özel Finans Kurumu, müteşebbisi kredilendirmiş olmaktadır.

Başbakanlık H.D.T.M.'nce çıkarılan 1 no.lu tebliğin 20. maddesinde konunun tanımı yer almaktadır. Tanım aşağıdaki şekildedir.

“Üretim Desteği Sağlanması : İşletmeleri için gayrimenkul ham ve yarı mamul maddeler ile teçhizat ve makine temini amacıyla başvuranlara gerekli madde, teçhizat ve gayri menkulleri üçüncü şahıslardan peşin satın alıp vadeli satması şeklinde olur.

Kurumun satın alma ve satma akdini sözleşme serbestisi dahilinde aynı anda tamamlaması şarttır.”

Kurum, işletmenin ihtiyacına sunacağı söz konusu malı stoklayamamakta yalnızca müteşebbisi kredilendirmek amacıyla aracılık işleri görmektedir. Böylece kurumun mal spekülasyonu önlenmiş olmaktadır. Mallar yurt dışından da temin edilebilir. Alım satımın üç tarafın olması gerekir. Bunlar alıcı satıcı ve kurumdur. Bunların ayrı ayrı kişiler olması gerekmektedir. Desteğe konu mal gerçek bir mal olmalıdır. Satış sözleşmesi kesinleştiği anda malın fiyatı ve ödeme vadesi belirlenmiş olmalıdır. Satış fiyatı her tür para birimi üzerinden belirlenebilmektedir. Ancak bedel kısım kısım farklı para birimleri üzerinden belirlenemez.

Vadeli satışta maliyetin üzerine önceden bilinen bir kâr eklenir. Satış peşin ya da vadeli olabilir. Vadeli satışta, ürün alış fiyatı taraflarca bilinir. Ayrıca satın alıcı isterse söz konusu malı almaktan vazgeçebilir. Bunun için İslam bankasının mala sahip olması gerekir.

Açıklamayı daha da kolaylaştırabilmek için bir örnek verecek olursak;

Varsayalım ki, A, B ve C olarak üç kişinin bulunduğu bir alım/satım işleminde, A, B den mal talebinde bulunur. B de C den bir fiyat karşılığında bu malları satın alır ve biraz karla (aynı malları) A ya satar. İşte bu Murabaha işlemidir ve bunun gerçekleşebilmesi, aşağıda belirtilen şartların oluşmasına bağlıdır.

- Nihai alıcı, yani A, talepte bulunduğu B'nin, ilk satıcı C'ye ödediği, malların orijinal (ilk satış) fiyatını bildirmesi gerekir. Bu alıcılar için, arzu ederlerse alış yapabilmeleri veya tam tersine geri dönebilmeleri için seçim özgürlüğü sağlar.

- Karın miktarı, ya gerçek miktarda ya da fiyata bağlı olarak bilinmelidir.

- Satış anlaşması, İslam Hukuku açısından geçerli olmalı ve anlaşmanın geçerliliği için gerekli tüm şartları yerine getirmelidir. Örneğin, söz konusu malların alım/satımı İslam Hukuku'na göre yasaklanmışsa, yapılan Murabaha anlaşması geçersizdir.

İslam bankacılığının özgün bir bankacılık türü olduğu kabul edilmektedir. Ancak klasik bankacılıktaki kredilendirme ile satıcının müteşebbisi kredilendirmesi, küçük bir fark olarak görünmekle, birlikte iki sistemin birbirinden ayrıldığı önemli nüanslardan birisi olarak kendini göstermektedir. Faiz yasağına karşı başvuru olan bu yöntemde kâr marjı belirlenirken, yani peşin alış ile vadeli satış tutarları arasındaki fark belirlenirken, piyasa koşulları, beklenen enflasyon oranı ve nihayet nominal faiz oranı dikkate alınmaktadır. Zira paranın zaman değerini, alternatif maliyetinden dolayı piyasa koşulları belirlemektedir. Kurumda kâr amaçlı kuruluş yapısı ile bu koşullara uymaktadır. İşte buradaki faiz ile borçlunun, alacaklının zor durumundan aşırı yararlanması ve bunun diğerlerine kötü örnek teşkil etmesi ayrılmaktadır. Ancak bunun ince bir ayırım olduğu da şüphesizdir.

2.3- Muşaraka (Emek ve sermaye ortaklığı)

Bankaya en çok kâr getirebilecek yollardan biri de, birkaç yatırımcı ile ortaklaşa yatırım yapmak veya o şirketi yönetmektir. Bu yatırımda bankacılar kendi uzmanlarından veya temsilcilerinden yararlanabilirler.

Mudaraba anlaşmasında, bir taraftan emek diğer taraftan sermaye konurken, Muşaraka anlaşmasında tarafların hem emekleri hem de sermayeleri birlikte konmaktadır. Murabaha ile karşılaştırıldığında, islami bankalarca, daha üstün bir finans tekniği olarak kabul edilir.

2.4- Finansal Kiralama (Leasing)

Finansal Kiralama (Leasing), herhangi bir makine/teçhizat, taşıt aracı veya benzeri yatırım mallarının, bu mallara ihtiyaç duyan müşterilere (firmalara) bir kira sözleşmesi çerçevesinde Kurumlarca kiralanmasını içeren orta vadeli bir finans tekniğidir. Üretim Desteği Sağlanması şeklinde fon kullanımına benzeyen bu finansman şeklinde malın mülkiyeti en azından sözleşme sonuna kadar "Kiralayan"da kalmaktadır.

Bir işletmenin ihtiyaç duyduğu bir makina ya da bir üretim ünitesi satın alınarak, söz konusu işletmeye kiraya verilir. İşletme kiralama süresinin bitiminde, makinaların mülkiyetini sembolik bir fiyatla satın alabilir. Dünyada yaygın olarak uygulanan bir finansman biçimidir. Kira bedeli, mal bedeli ve beklenen kâr hesaba katılarak hesaplanır.

2.5- Borç Verme (Karzı Hasen)⁵

Özel Finans kurumları, kendileriyle çalışan firmalara ya da kişilere zor durumlarında bir getiri talep etmeden borç verirler. Böyle durumlarda, Kurumlar elde edilen kara veya zarara karışamazlar. Bu teknik her ne kadar Kurumlarca fazla kullanılmasa da Kurumların sosyal fonksiyonlarını yerine getirmede önemlidir.

Her çeşit borçta faiz, İslam'da yasaklanmış olduğu için, islami kurallara uygun olarak verilen bir borç, tanımı gereği yararlı borç (Karzı Hasen), yani faizsiz borç olmak zorundadır. Borç acıma temelinde verilmelidir.

Bankalar, kâr kökenli organizasyonlar oldukları için, bu tekniğin uygulanabileceği alan fazla geniş değildir. Bununla birlikte islami bankaların sosyal karakterleri gereği bu alanda faydalı bir rol oynayabilirler. Sonuçta, bankalar gelir getirici faaliyetlerini sürdürmeleri yanında Karzı Hasen sağlamak için de girişimde bulunurlar.

Bu tekniğin kullanımında bankalar arasında, temel aynı olmakla birlikte, küçük farklar vardır. Örneğin, Mısır Faysal İslam Bankası, yönetim kurulunun belirlemiş olduğu şartlara uygun olarak, bankada yatırım hesabı ve vadesiz hesabı olanlara, faizsiz hayır borçları sağlar. Aynı zamanda, belirlenen şartlara uygun olarak diğer bireylere de Karzı Hasen'de bulunur. Öte yandan, Ürdün İslam Bankalarını kanunlar, müşterilerinin bağımsız hayata atılabilmeleri için veya gelirlerini ve hayat standartlarını yükseltebilmeleri için, Karzı Hasen uygulamasına yetkili kılmaktadır.

Pakistan'da Karzı Hasen uygulamasında, diğer bankalara göre iki önemli farklılık göze çarpmaktadır.

- Karzı Hasen borçlarına masraf alınmaz. İran'da ise fonların yönetiminden kaynaklanan maliyete iştirak açısından minimum bir ücret alınır.

- Karzı Hasen işlemleri, merkez şubede toplanmıştır ve şubeler bu borçların sürelerini uzatmaya yetkili değildirler.

İran'da ise bankalar, Karzı Hasen yapabilmeleri için, kaynaklarının bir kısmını bu iş için ayırmakta ve, diğer alternatif kaynaklardan yatırım veya iş sermayesi temin edememiş küçük üreticiler, çiftçiler ve girişimciler ile, ihtiyaç sahibi müşterilere vermektedirler.

Ülkemizdeki uygulamada ise, ÖFK'lar gerçek veya tüzel kişilere karzı hasen olarak fon kullandırmakta ve herhangi bir gelir elde etmemektedirler.

2.6- Diğer Hizmetler

Türkiye'de özel finans kurumları temel fonksiyonları olan fon toplama ve fon kullandırmanın yanı sıra diğer bankacılık hizmetlerini de faizsiz esaslar çerçevesinde düzenli olarak yürütmektedirler.

3- Özel Finans Kurumları'nın Yasal Tabanı

3.1- 4491 Sayılı Kanun Öncesi

Bakanlar Kurulu'na, Bankalar hakkında düzenlemeleri içeren 70 sayılı K.H.K.'nin 90. Maddesi ile 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un verdiği yetkiye istinaden Bakanlar Kurulu Özel Finans Kurumlarına hayat veren 83/7506 sayılı kararnameyi çıkarmıştır.

83/7506 sayılı Kararname çıkarıldığından itibaren beş kez değişikliğe uğramıştır. Bunlar, daha önce bahsedilen kuruluş sermayesinin asgari tutarının Bankalar Kanununa bağlanması, Başbakanlığa ve Hazine müsteşarlığına yetki verilmesi, geçici madde ile sermaye artırımında süre tanınması ve hesapların tanımlarının değiştirilmesi şeklinde olmuştur.

83/7506 sayılı kararnamenin dayanağı olan 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname daha sonra 25.4.1985 tarih ve 3182 sayılı Bankalar Kanununa dönüşmüştür. Ancak daha sonra 18.06.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile 3182 sayılı kanun tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni yasada da "Diğer Mali Kuruluşlar" başlıklı düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla 83/7506 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının bu tarih itibarıyla dayandığı bir yasa hükmü mevcut gözükmemektedir.

3.1- 4491 Sayılı Kanun İle Hukuki Boşluk Giderilmiştir

4491 Sayılı Kanun ile ,4389 Sayılı Bankalar Kanunu'nda ÖFK'lar açısından doğan hukuki boşluğu gidermeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır.4491 Sayılı Kanunun 17.maddesi ile 83/7506 sayılı BKKve bağlı mevzuatlardan ,4389 sayılı Bankalar Kanunu çerçevesinde düzenlemeler yapıncaya kadar bu kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edileceği belirtilmiştir.

4491 sayılı Kanun ile özel finans kurumları, mevduat toplama yetkisi bulunmayan ancak özel cari hesap ve kar ve zarara katılma hakkı veren hesaplar yolu ile fon toplayan, ekonomik faaliyetleri ekipman veya emtia temini veya kiralanması veya ortak yatırımlar yolu ile finanse eden kurumlar olarak tanımlanmıştır.

4491 sayılı Kanun ile ÖFK'lar açısından mevcut olan hukuki boşluk giderilmiştir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, kar ve zarara katılma hakkı veren hesapların özelliklerini göz önünde bulundurmak kaydıyla 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na tabi diğer kurumlarda olduğu gibi ÖFK'lar açısından da düzenleme yetkisine sahip kılınmıştır.

IIÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

1- Yasal Açıklamalar

1.1- Örtülü Kazanç

Asıl amacı kar elde etmek ve elde ettiği karı ortaklarına dağıtmak olan kurumların dönem sonunda oluşan kazançları kurumlar vergisine tabidir. Kurumlar tarafından elde edilen kazançların, kurumlar vergisine tabi tutulduktan ve diğer kanuni yükümlülükleri yerine getirdikten sonra ortaklara dağıtılması işlemi kar dağıtımını ifade eder. Ancak bazı durumlarda kurum kazançları ortaklara açık olarak dağıtılmayıp dolaylı yollarla ve kurumlar vergisine tabi tutulmadan dağıtılmakta ve bu durum örtülü kazanç dağıtımını olarak kabul edilmektedir.

Örtülü kazanç dağıtımına ilişkin yasal düzenlemeler K.V.K.'nun 15/3 ve 17. maddelerinde yer almaktadır. Sözkonusu kanunun 15. maddesinin 3. bendinde sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançların kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilemeyeceği, 17. maddede ise kimlere ve hangi hallerde kazancın örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. K.V.K.'nun 17. maddesi hükmü aşağıdaki gibidir.

“ Aşağıdaki hallerde, kazanç tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılır:

- Kurum kendi ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa,

- Kurum, 1 numaralı fıkrada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük bedeller üzerinden kiralama veya kiraya verme muamelelerinde bulunursa,

- Kurum, 1 numaralı fıkrada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alır veya verirse,

- Kurum, ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve furuundan ve 3'üncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hısımlarından kurumun idare meclisi başkan veya üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlara emsaline göre göze çaracak derecede yüksek aylık, ikramiye, ücret verir veya benzeri ödemelerde bulunursa.”

Kurumlar Vergisi Kanunu'nda vergi matrahının tespitinde kazanç aktarımları kurallara bağlanmıştır. Çünkü vergi hukuku'nda vergi matrahının mümkün olduğunca gerçek tutarı ile kavranması ve vergiden kaçınma yollarının kapatılması büyük önem taşır. Örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemeler de bunlardan birisidir.

1.2- Örtülü Kazanç Dağıtımının Unsurları

Örtülü kazanç dağıtımını kavramında yer alan unsurları, K.V.K.'nun 17. maddesinden yararlanarak kısaca belirtmek yerinde olacaktır.

1.2.1- İlişki Unsuru

Kurumun, kazanç dağıttığı gerçek ve/veya tüzel kişi ile,

- Ortaklık ilişkisi içinde olması,
- Ortağın ilişkisinin bulunması,
- Dolaylı ve doğrudan biçimde sermaye, yönetim ve denetim yolu ile bağlılık ilişkisinin sözkonusu olması,

hallerinde ilişki unsuru var demektir.

1.2.2- Çıkar Sağlama Unsuru

Sözkonusu unsur, anılan madde de “emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük” fiyat, bedel ve şartlarla işlem yapılması biçiminde belirtilmiştir.

Örneğin kurumun ortağı bulunduğu şirkete emsaline göre düşük faizlerle ödünç para vermesi halinde bu unsurun varlığı kabul edilmesi gerekir. Aynı durum sadece borç para verme işlemi değil, kiralama, kiraya verme, alımsatım, hizmet işlemleri, imalat, inşaat muameleleri, ücret ödemeleri içinde geçerlidir.

Yukarıda açıklanan iki unsur örtülü kazanç dağıtımının ana unsurlarını oluşturmakta ve K.V.K.’nın 17. maddesinde de konu açıkca vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bu iki unsur dikkate alındığında örtülü kazanç dağıtımı şu biçimde tanımlanabilir: Bir kurumlar vergisi yükümlüsünün basiretli tüccar gibi davrandığında ortaklık ve nüfuz ilişkisi içinde olmadığı üçüncü kişilere sağlamayacağı çıkarları, kurum matrahını azaltacak biçimde ortaklık ve diğer biçimlerde denetim ve/veya nüfuz ilişkisi içinde bulunduğu gerçek ve/veya tüzel kişilere sağlaması örtülü kazanç dağıtımıdır.

1.2.3- Vergi Ziyayı Unsuru

Yasada öngörülmemiş olmasına karşın, örtülü kazanç dağıtımı için geniş anlamda vergi ziyasını şart gören ve çıkar sağlama yönünden bu iradenin varlığını da unsurlardan sayan görüşler de mevcuttur.

Geniş anlamda vergi ziyayından maksat, kazancı dağıtan kurum ile kazancı sağlayan gerçek ve/veya tüzel kişinin dağıtım yapılmış olması sonucunda ödemiş olduğu toplam verginin; dağıtım yapılmamış olması halinde ödeyecekleri toplam vergiden daha az olmasıdır. Daha açık bir anlatımla dağıtım yapan ve kazancı elde edenlerin ödediği vergiler dağıtımın yapılmaması halinde ödenecek vergiden az değilse Hazine zararı ve vergi ziyayı doğduğu kabul edilmektedir.

1.2.4- Arzu ve İrade Unsuru :

Kurumlar Vergisi Kanununda ödemenin bilerek istenilerek yapılmasından söz edilmekle birlikte, bir kurumun belirli kişiler ile belirli işlemleri emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat, bedel veya faiz üzerinden yapması, somut bir olayda ödemenin bilerek istenilerek yapıldığına karine teşkil eder ve bu fiili bilerek isteyerek işlediğini ve kişilerin iradesinin bu yönde olduğunu gösterir.

Örtülü kazanç dağıtımı uygulaması için, kurum kazancının ortaklar veya ilgili diğer kimselere, örtülü yoldan aktarılmasının vergi kaçırma amacına dayanması şart değildir.

K.V.K.’nın 15/3. maddesi, örtülü dağıtılan kazançların gider olarak indirilemeyeceğini belirtirken K.V.K.’nın 17. maddesindeki “emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük

faiz veya komisyonlar” ifadesini kullanarak madde de sayılan kişilerle yapılan sözkonusu işlemlerin vergi kaçırma amacına yönelik olduğunu kabul etmiştir.

Belirli kişilerle emsallerine oranla göze çarpacek ölçüde farklı edimlerle işlem yapma unsuru, bu işlemlerin bir arzu ve irade sonucu yapıldığını ifade eder. Bu konuda arzu ve irade yoksa kazancın örtülü dağıtımından sözetmemek gerekir. Zaten “örtülü”lük, gizlemeyi, gizleme ise arzu ve iradeyi yansıtır.

Anlaşıldığı üzere bu görüş, basiretli bir tüccarın ve bu arada bir kurum yöneticisinin edimleri dengesiz bir sözleşmeyi bu yönde bir iradesi ve arzusu olmadıkça, yapmayacağı ve yerine getirmeyeceği varsayımına dayanmakta ve olayın tespiti ile bir kasıt karinesinin kabulünü öngörmektedir.

1.2.5- Emsal Faiz Oranı :

Maddenin 3 numaralı bendinde; “kurum emsaline göre göze çarpacek derecede yüksek veya düşük faiz veya komisyonlarla ödünç para alır veya verirse,” hükmü yer almaktadır.

Burada önemli olan konu emsal kıyaslamasının nasıl yapılacağıdır. Emsal tespitinin yapılabilmesinde esas alınabilecek,

-İşletme İçi Emsaller,

-İşletme Dışı Emsaller,

-Kanuni Emsaller’den söz etmek mümkündür.

Emsal tespiti yöntemlerinden uygulama sırasının önceliği konusunda Danıştay Dava Daireleri Kurulu bir kararında⁷, işletme içi emsallerin işletme dışı emsallerden önce geldiğini vurgulamaktadır.

Kanuni emsalin bulunmaması durumunda, işletme içi emsallerin işletme dışı emsallerden önceliği olduğu görüşüdeyiz.

III GENEL DEĞERLENDİRME

İslam bankacılığı işleyiş esasını,finansman alanında gerçek ve tüzel kişilerden Kar/Zarar ortaklığı sözleşmeleri ile ,sabit bir getiri garantisi verilmeden belirli bir süre için toplanan fonların mudaraba,murabaha ,muşaraka ,finansal kiralama yöntemleri ile değerlendirilmesine aracılık etmek olarak özetlenebilir. Özel finans kurumlarının işleyişinde, toplanan fonlardan bir kısmının her hangi bir gelir elde etmeksizin kullandırıldığı da görülmektedir.

Özel finans kurumlarının çeşitli kaynaklardan topladığı fonlardan bir kısmını karzı hasen için hasretmesindeki temel prensip gerçek ve tüzel kişilerin desteklenmesi olup etik ve sosyal bir içeriğe sahiptir.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nda kurum kazançlarının tam olarak teşekkülünü sağlamaya yönelik müesseseler öngörülmüş olup, örtülü kazanç dağıtımını engellemeye yönelik KVK’nun 17. maddesindeki düzenlemeler de bunların arasında yer almaktadır. Söz konusu düzenleme esas olarak kurum bünyesinde oluşacak karların ve kurum matrahının azaltılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Özel finans kurumlarının nemasız olarak karzı hasen vb. suretle fon kullandırması, KVK’nun 17. maddesiyle önlenmeye çalışılan kurum matrahını aşındırma yöntemlerinden biridir.

Özel finans kurumları tarafından kar ve zarara katılma hesabı akdi ile 30,90,180 veya 360 gün vadeli olarak toplanan fonların bir kısmının etik ve sosyal gerekçelere dayanarak nemasız kullandırımını, temel kaygıları arasında gelir kayıp ve kaçacağını önlemek olan vergi kanunlarının, çeşitli vergi güvenlik müesseseleri ile engelleyeceğini izaha gerek yoktur.

Vergi kanunları açısından esas olan yapılan işlemin sosyal içeriğine göre karar vermek olmadığı açıktır.Vergi mevzuatının temel kaygısı hazinenin gelir kayıp ve kaçacağını önlemek,mükellef tarafından hazineye intikal ettirilmesi gereken verginin tam ve eksiksiz tahsilini sağlamaktır. Belirttiğimiz kaygılardan kaynaklanan vergi güvenlik müesseselerinden biri olan ve K.V.K.17.maddesi ile işlerlik kazanan örtülü kazanç dağıtımını önlemeye yönelik düzenlemeler esas olarak ; “.....Kurum kendi ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımından vasıtalı vasitasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde” belirtilen ilişkiler ile vergi matrahını ayarlanması çabalarına karşılık vergi kaybının önüne geçmeyi amaçlamıştır.

Özel finans kurumlarının karzı hasen olarak kullandıkları fonlar nedeniyle K.V.K.17. maddesinde belirtilen örtülü kazanç dağıtımını unsurlarının varlığı durumunda örtülü kazanç dağıtımını yapıldığı iddiası ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olabilecektir.

Dipnotlar

- 1 SUSAM Mustafa,İslam Bankacılığı ve Bu Bankacılık İşlemlerinin Vergi Hukuku Yönünden İncelenmesi,Yayımlanmamış Bilim Raporu,Hesap Uzmanları Kurulu,İstanbul,1999,s.20
- 2 25.02.1984 tarih ve 18323 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Özel Finans Kurumları Kurulması Hk.83/7506 sayılı Kararname Eki Karara ilişkin HDTM Tebliği ve 21.03.1984 tarih ve 18348 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan TCMB 1 No.lu Tebliği
- 3 25.02.1984 tarih ve 18323 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan özel Finans Kurumları Kurulması Hk.83/7506 sayılı Kararname Eki Karara ilişkin HDTM Tebliği
- 4 SUSAM Mustafa,a.g.e.,s.28
- 5 ÖZSOY Dr.İsmail,Özel Finans Kurumları,Asya Finans Kurumu A.Ş. yayını,İst. 1997 s.81,82
- 6 SUSAM Mustafa,a.g.e.,s.41
- 7 Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı E:1995/415 ve K:1997/6 “Örtülü kazanç uygulaması yönünden ölçü olarak alınacak fiyatların,işletme içi emsaller arasından seçilmesi gerekir.İşletme içi emsalin kabul edilmemesi halinde,işletme dışından emsal araştırılmasına gidilmesi ve bu emsallerin iyi seçilmiş olması önem taşımaktadır.”