

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

KATILIM BANKALARINCA SAĞLANAN FİNANSMAN DESTEĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Zehra İlgün MAĞDEN

ANKARA - 2018

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

KATILIM BANKALARINCA SAĞLANAN FİNANSMAN DESTEĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Zehra İlgün MAĞDEN

**Tez Danışmanı
Dr. Öğr. Üyesi Başak ŞİT İMAMOĞLU**

ANKARA - 2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Zehra İlğün MAĞDEN

KATILIM BANKALARINCA SAĞLANAN FİNANSMAN
DESTEĞİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Dr. Öğr. Üyesi Başak ŞİT İMAMOĞLU

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- ^{Üyesi} Dr. Öğr. Üyesi Başak ŞİT İMAMOĞLU
- 2- ^{Üyesi} Dr. Öğr. Üyesi Naciye ORBATY ORTAÇ
- 3- ^{Üyesi} Dr. Öğr. Üyesi Murat GÜREL
- 4-
- 5-

İmzası

[Handwritten signatures of the jury members]

Tez Savunması Tarihi

06.11.2018

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Dr. Öğr. Üyesi Başak ŞİT İMAMOĞLU danışmanlığında hazırladığım “Katılım Bankalarınca Sağlanan Finansman Desteği (Ankara 2018)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih: 16.11.2018
Adı-Soyadı ve İmza

Zehra İlgün MAĞOEN


İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAMİ BANKACILIKTA KREDİNİN TANITILMASI

I. TARİHSEL GELİŞİM.....	4
II. İSLAMİ BANKACILIKTA TEMEL İLKELER.....	11
A. Faiz Yasağı.....	11
B. Spekülatif İşlemlerin Yasaklanması (Garar Yasağı).....	18
C. İslami Bankacılığa İlişkin Diğer İlkeler.....	22
III. İSLAMİ BANKACILIKTA FON KULLANDIRMAYI KONU ALAN SÖZLEŞMELER.....	26
A. Nakdî Kredi Niteliğinde Olan Finansman Yöntemleri.....	29
1. Ortaklık Esasına Dayalı Olanlar.....	30
a. Mudaraba Sözleşmesi.....	31
b. Muşaraka Sözleşmesi.....	38
2. Satım Esasına Dayalı Olanlar.....	40
a. Murabaha Sözleşmesi.....	40
b. Bey Bitamam Acil Sözleşmesi.....	41
c. Selem Sözleşmesi.....	42
d. İstisna Sözleşmesi.....	44
e. Teverruk Sözleşmesi.....	47
3. İcare Sözleşmesi.....	48
4. Sukuk.....	55
B. Gayrınakdî Kredi Niteliğinde Olan Finansman Yöntemleri.....	60

İKİNCİ BÖLÜM

FİNANSMAN DESTEĞİ (MURABAHA) SÖZLEŞMESİNİN TANITILMASI

I. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ İÇERİSİNDE MURABAHA.....	65
A. Klasik Murabaha Sözleşmesi.....	65
B. Modern Murabaha Sözleşmesi Olarak Finansman Desteği.....	67

1. Sözleşmenin Bir Fon Kullandırma Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı.....	67
2. Sözleşmenin Yapısı ve Klasik Murabaha Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	69
3. Sözleşmenin Günümüzde Uygulanışı (“Vekalet” Yöntemi).....	73
4. Sözleşmenin Faiz Yasağı Karşısındaki Durumu	76
II. MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ VE TANIMI.....	78
III. TÜRLERİ.....	83
IV. UNSURLARI	92
A. Sözleşmenin Kurulması Anında Henüz Müşterinin Mülkiyetine Geçmemiş Bir Mal veya Sağlanmamış Bir Hizmet	93
B. Tarafların Anlaşması	94
C. Malın Müşteriye Teslimi	95
D. Bedelin Satıcının veya Sağlayıcının Hesabına Ödenmesi.....	96
E. Anapara ile Birlikte Kâr Payı Ödenmesi	99
V. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	101
A. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması.....	101
1. Satış Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	101
2. Kira ve Finansal Kiralama Sözleşmesiyle Karşılaştırılması.....	104
3. Tüketim Ödücü Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	105
4. Vekalet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	109
5. Kefalet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	110
6. Havale ile Karşılaştırılması	111
7. Garanti Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.....	112
8. Genel Kredi Sözleşmesi ile Karşılaştırılması	114
B. Değerlendirme	115
1. Genel Olarak.....	115
2. Finansman Desteği Sistemini Oluşturan Hukuki İlişkiler	118
a. Banka ile Müşteri Arasındaki İlişkinin (Murabaha-Finansman Desteği Sözleşmesinin) Hukuki Niteliği.....	118
b. Banka ile Satıcı veya Sağlayıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği.....	122
c. Müşteri ile Satıcı veya Sağlayıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği.....	124

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİNANSMAN DESTEĞİ (MURABAHA) SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, KURULMASI, ŞEKLİ, HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI	125
A. Kredi Veren	125
B. Kredi Alan	125
II. SÖZLEŞMENİN KURULMASI	126
III. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ	136
IV. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ	139
A. Genel Olarak	139
B. Tarafların Borçları	141
1. Bankanın Borçları.....	141
a. Bedeli Satıcının veya Sağlayıcının Hesabına Ödeme Borcu	141
b. Müşteriyi Bilgilendirme Borcu	146
c. Sır Saklama Borcu.....	152
d. Şartları Tüketici Aleyhine Değiştirmeme Borcu	157
e. Teminatları İade Borcu	161
d. Bağlı Kredi Verilmesi Halinde Ek Sorumluluk Üstlenme Borcu.....	164
2. Müşterinin Borçları	168
a. Sağlanan Finansmanı Kabul Borcu.....	168
b. Anapara ile Birlikte Kâr Payı Ödeme Borcu	170
c. Bilgi Verme Borcu	180
d. Sağlanan Finansmanı Katılım Bankacılığı İlkelerince Yasaklanan Alanlarda Kullanmama Borcu	182
e. Teminat Verme Borcu.....	183
f. Sigorta Yaptırma Borcu.....	185
g. Sözleşmeden Doğan Masrafları Ödeme Borcu.....	188
V. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ	192
A. Genel Olarak	192
B. İfa.....	192
C. Belirlenen Sürenin Dolması	194
D. Fesih Bildirimi.....	194
1. Olağan Fesih.....	197
2. Olağanüstü Fesih	198
E. Ölüm, Fiil Ehliyetinin Kaybı ve İflas	199

VI. ZAMANAŞIMI	203
A. Finansmanın Devrinden Önce	203
B. Finansmanın Devrinden Sonra	204
SONUÇ	206
KAYNAKÇA	218
ÖZET	233
ABSTRACT	234



KISALTMALAR

AAOIFI	: Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (İslami Finansal Kuruluşlar Muhasebe ve Denetleme Kurumu)
A.Ş.	: Anonim Şirket
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ALTBD	: Albaraka Türk Bereket Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
BankK	: Bankacılık Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BKİİY	: Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik
bkz.	: Bakınız
BAÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
DBAAD	: Din Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas Numarası
ESOSDER	: Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi
FAÇD	: Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi
FESAD	: Finans, Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi
FFFK	: 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
FPEYD	: Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi

HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HÜHFD	: Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
I.	: Issue (Sayı)
ICFC	: International Conference on Financial Criminology
IJBAAF	: International Journal of Banking and Accounting and Finance
İEFD	: İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi
İHAD	: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİFM	: İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
KFSY	: Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği
Krş.	: Karşı Görüş
KSBD	: Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi
KVKK	: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
Ltd.	: Limited Şirket
m.	: Madde
MUFAD	: Muhasebe ve Finansman Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPV	: Special Purpose Vehicle

TAD	: Tarih Araştırmaları Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TKBB	: Türkiye Katılım Bankaları Birliği
TKSY	: Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TOD	: Tarih Okulu Dergisi
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
USA	: Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi
V.	: Volume (Cilt)
vd.	: ve devamı
VKŞ	: Varlık Kiralama Şirketi
vs.	: vesaire

GİRİŞ

Her geçen gün artmakta olan insan ihtiyaçlarının yanında kaynakların sınırlı olması kişileri çeşitli ekonomik çözüm yollarına yöneltmiştir. Bu kapsamda gerçek ve tüzel kişilerin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlerin sağlanmasında banka kredisi yadsınamayacak bir çözüm olmuştur. Nitekim bugün için bankalar, sağladıkları çeşitli işletme kredileri yanında, konut kredisi, tatil kredisi gibi bireysel krediler sayesinde birçok kurumsal ve bireysel ihtiyacın karşılanmasına aracılık etmektedir.

Bankaların sağladıkları kredi karşılığında çoğu zaman faiz geliri elde etmesi kredi kavramına İslam hukuku çevrelerince şüpheyile bakılmasına yol açmıştır. Zira günümüz banka kredilerinde alınan faizin İslam hukukundaki “riba” yasağıyla çeliştiği düşünülmüştür. Bu sebeple faiz vermek istemeyen kişiler ihtiyaçlarını mevduat bankacılığı kredileriyle karşılamaktan, faiz almak istemeyen kişiler ise birikimlerini vadeli mevduat hesaplarında değerlendirmekten kaçınmışlardır. Bununla birlikte değişen dünya ve artan ihtiyaçlar faiz almaktan ve vermekten kaçınan kişileri de yeni çözüm yolları bulmaya sürüklemiştir. Bu noktada en etkili çözüm yolu faizsizlik esası üzerine kurulan İslami bankacılık modeli olmuştur.

Faiz gelirini dışlayarak fon topladıklarını ve topladıkları bu fonları yine faiz geliri elde etmeden kullandıklarını savunan İslami bankalar, İslam ekonomisinin geçtiği aşamalara koşut bir şekilde günümüzdeki görünümelerini alan İslam ekonomisi sözleşmelerini veya İslam hukuku ilke ve kurallarına uygun olan mevduat bankacılığı sözleşmelerini kullanmaktadırlar. Bu çalışmanın konusunu oluşturan finansman desteği sözleşmesi de İslam hukukundaki murabaha sözleşmesinin günümüzde bir fon kullandırma yöntemi olarak görünümüdür.

Finansman desteği sözleşmesi dünya çapında İslami bankaların, Türkiye’de ise katılım bankalarının en çok kullandığı kredi yöntemidir. Yöntem, diğer İslami bankacılık sözleşmelerine göre çok daha az risk içermesi ve pratik olması nedeniyle tercih edilmektedir. Yöntem, kâr zarar ortaklığı kredisi olmayıp tüketime yönelik olması nedeniyle eleştirilmektedir.

Esas olarak bir malın banka tarafından peşin alınarak müşteriye vadeli olarak satılmasını konu alan murabaha kredisi, bugün için ülkemizde finansman desteği adı altında vekalet yöntemi ile uygulanmaktadır. Bu çalışmada Türk hukukuna göre isimsiz bir sözleşme olan finansman desteği sözleşmesi ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde İslami bankacılığın dünya ve Türkiye’deki tarihsel gelişimi anlatılmaya çalışılacak, İslam hukukundaki faiz yasağı ve spekülâtif işlemlerin yasaklanması kuralına da değinildikten sonra İslami bankaların sıkça kullandıkları, faizsizlik esasına dayanan fon kullandırma yöntemleri ele alınacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde murabaha sözleşmesinin tarihsel gelişim süreci içerisinde geçtiğı aşamalara değinilecek, bu kapsamda sözleşmenin nasıl İslami bankacılıkta bir fon kullandırma yöntemi haline geldiğı incelenecektir. Ardından ülkemizde bugün için finansman desteği sözleşmesi olarak vücut bulan sözleşmenin mevzuattaki yeri, türleri, unsurları ve hukuki niteliğı ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Esasen bir banka kredisi olan finansman desteği sözleşmesinin diğer özel hukuk sözleşmelerinin ve banka kredilerinin tabi olduğı kural ve sınırlamalara tabi olması gerektiğı açıktır. Bu kapsamda finansman desteği sözleşmesi de tüm özel hukuk, özellikle banka hukuku mevzuatına uygun şekilde kurulmalıdır. Çalışmanın üçüncü bölümünde, özellikle bu husus gözetilerek, sözleşmenin tarafları, kurulması, şekli, hükümleri ve sona ermesi incelenecektir. Bu inceleme yapılırken uygulamada mevduat bankacılığında ortaya çıkan ve katılım bankacılığı sözleşmelerinde de yaşanabilecek

sorunlara ve çözüm önerilerine, öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında değinilecektir. Bununla birlikte katılım bankalarının kendilerine özgü yapılarından kaynaklanabilecek sorunlar ve bu sorunlara ne şekilde çözüm üretilebileceği de incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAMİ BANKACILIKTA KREDİNİN TANITILMASI

I. TARİHSEL GELİŞİM

Bugün, iktisadi hayatın vazgeçilmez unsurlarından biri olan bankalar, bankacılık hizmetleri denilen işlemleri yapan, konusu bankacılık faaliyetleri olan işletmelerdir¹. Zaman içinde havale, saklama gibi ikincil nitelikteki bankacılık işlemlerini de yapmaya başlamış olsalar da tarihsel süreçte modern bankaların esas faaliyetleri topladıkları fonları faiz karşılığı ödünç vererek gelir elde etmek olmuştur². Bu nedenle faiz geliri elde etmek istemeyenlerin elindeki önemli miktarda fon bankalarda değerlendirilememiş ve para piyasasına aktarılamamıştır³.

¹ TEKİNALP, Ünal: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s. 2.

² ÇEVİK, Kemal: Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, Ankara 2009, s. 153; GÜNDOĞDU, Aysel: Bankacılık Hukuku, Ankara 2017, s. 31; ÖZCAN, Mehmet Emin/HAZIROĞLU, Temel: Bankacılıkta Yeni Bir Boyut: Katılım Bankacılığı, ALTBD 2003, S. 9, s. 8.

³ GÜNGÖR, Kamil: “Bir Finansal Araç Olarak Katılım Bankacılığı Tesbitler-Teklifler”, Finansal Yenilik ve Açılımları İle Katılım Bankacılığı, İstanbul 2009, s. 226; ZARAKOLU, Avni: “Ülkemiz Bankacılık Sektöründe Yeni Bir Gelişme: Faizsiz Bankacılık”, BATİDER 1990, C. 15, S. 3, s. 4.

1973'te ortaya çıkan petrol krizi, petrol fiyatlarının yükselmesine buna bağlı olarak da petrol üreticisi ülkelerde sermaye birikime yol açmıştır¹. Petrol ihraç eden ülkelerin bu sermayeyi değerlendirme ihtiyacı, petrol ithal eden ülkelerin ise dışa aktarılan sermayeyi geriye döndürme sorunu doğmuştur². Soruna çözüm olarak faizsiz bankacılık modeli ortaya koyulmuş, bu durum da İslami bankacılığın ekonomik temelini oluşturmuştur³.

İlk kez 1963'te Mısır'da kurulan “Myt Gamr”, 1971'de yine Mısır'da kurulan “Nasr Sosyal Bankası”yla ortaya çıkan İslami bankacılığın, hâlâ faaliyetlerini sürdüren ilk örneği İslami Kalkınma Bankasıdır⁴. 1974'te Cidde'de kurulan bu banka daha sonra kurulacak İslami bankalar için model olmuştur⁵.

Faizsizlik esasına göre kurulan bu bankalar kısa zamanda büyük gelişme göstermiştir⁶.

Mevduat bankacılığında yer bulamayan dış fonların, özellikle petrol üreticisi İslam ülkelerinde biriken önemli döviz rezervlerinin bir bölümünün ülkemize

¹ GÜNGÖR, s. 226; YAHŞİ, Fahrettin: “Özel Finans Kurumları'nın Mevzuat Serüveni”, ALTBD 2003, S. 9, s. 6.

² AKIN, Cihangir: Faizsiz Bankacılık ve Kalkınma, İstanbul 1986, s. 4.

³ CANBAZ, s. 153; GÜNGÖR, s. 226; YAHŞİ, s. 6; ZARAKOLU, s. 17.

⁴ CANBAZ, s. 155-156; GÜNGÖR, s. 229.

⁵ GÜNGÖR, s. 229.

⁶ 2017 yılı verilerine göre İslami bankacılığın toplam aktif 1.483 milyar dolara ulaşmıştır.

<http://www.ifs.org/docs/IFSB%20IFSI%20Stability%20Report%202017.pdf> (son erişim: 22.10.2017).

getirilmesi amacıyla¹ 15 Aralık 1983 tarihli 83/7506 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile özel finans kurumları kurulmuştur. Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın² Kararnameye ek olarak çıkarttığı 1984 tarihli tebliğde³ bu kurumların yapabilecekleri finansal faaliyetler sayılmıştır.

Bu kurumların 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun⁴ “Diğer Mali Kuruluşlar” başlıklı 96. maddesi uyarınca idari tasarruflarla düzenlenmesi öngörülmüştür⁵. Bankalar Kanunu'na tabi olmamaları, özel finans kurumlarının faaliyetlerini daha esnek bir

¹ GÜNAL, Vural: Özel Finans Kurumları, Ankara 1984, s. 3; REİSOĞLU, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2015, C. 1 (Anlış: Şerh), s. 244; ZARAKOLU, s. 17. Özel finans kurumlarının kurulmasının bir diğer amacı da İslam'daki faiz yasağı nedeniyle mali sisteme dahil edilmemiş önemli miktarda iç fonun değerlendirilmesiydi (PAKDEMİRLİ, Erdem: “Türkiye’de Faizsiz Finans Kurumlarının Kuruluş Serüveni”, Türkiye’de Özel Finans Kurumları Teori ve Uygulama, İstanbul 2000, s. 19).

² Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı 20.12.1994 tarihli ve 4059 sayılı kanunla Dış Ticaret Müsteşarlığı'ndan ayrılarak Hazine Müsteşarlığı adıyla bugünkü yapısına kavuşmuştur.

³ RG. 25.02.1984, S. 18323.

⁴ RG. 02.05.1985, S. 18742.

⁵ Söz konusu maddede bankalar dışındaki mali kuruluşların kuruluş ve faaliyetlerinin Bankalar Kanunu'na tabi olmadığı, hangi hükümlere tabi olacağının Bakanlar Kurulu'nca düzenleneceği belirtilmiştir. Bu maddeyle özel finans kurumları açıkça bankacılık mevzuatı dışında tutulmuştur [BATTAL, Ahmet: “Yeni Bankalar Kanunu'na Göre Özel Finans Kurumlarının Hukuki Temeli ve Bankacılık Sistemi İçindeki Yeri”, Türkiye’de Özel Finans Kurumları Teori ve Uygulama, İstanbul 2000 (Anlış: Yeni Bankalar Kanunu), s. 198)].

çerçevede denetimden uzak şekilde yürütmelerine olanak vererek bankalarla haksız rekabete yol açmıştır¹.

Özel finans kurumları 19.12.1999 tarihli 4491 sayılı Kanun’la Bankalar Kanunu’nda yapılan değişiklikle Kanun kapsamına alınmıştır. Bu Kanunla birlikte özel finans kurumlarına ilişkin 83/506 sayılı Kararname ve bu Kararnameye bağlı olarak çıkartılan mevzuat yürürlükten kaldırılmıştır². Özel finans kurumlarının Bankalar Kanunu kapsamına alınmasıyla “banka” teriminin anlamının genişlediği, Kanun’un ikinci maddesinde tanımlanan kuruluşların dar anlamda bankayı, Bankalar Kanunu’na tabi olan finansal kuruluşların ise geniş anlamda bankayı ifade ettiği söylenmiştir³.

Bankalar Kanunu’na eklenen m. 20/6’da, özel finans kurumları tanımlanmış⁴ ve bu kurumlara uygulanmayacak hükümler gösterilmiştir. Özel finans kurumları Türkiye

¹ BATTAL, Yeni Bankalar Kanunu, s. 198.

² Ancak yeni düzenlemeler yapılincaya kadar yürürlükten kaldırılan mevzuatın Bankalar Kanunu’na aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Nitekim 83/7506 sayılı Kararname’nin Bankalar Kanunu’na aykırı olmayan, özellikle fon toplama ve kullandırma yöntemlerine ilişkin hükümleri 20.09.2001 tarihinde Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır.

³ BATTAL, Yeni Bankalar Kanunu, s. 199.

⁴ Madde 20/6’daki tanıma göre özel finans kurumları, mevduat toplama yetkisi bulunmayan ancak, özel cari hesaplar ve kar ve zarar katılma hakkı veren hesaplar yoluyla fon toplayan, ekonomik faaliyetleri, emtia temini veya kiralanması veya ortak yatırımlar yoluyla finanse eden kurumlardır.

Bankalar Birliği, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) ve ticaret yasaęına¹ ilişkin Bankalar Kanunu hükümlerinin kapsamı dışında tutulmuştur. 2001’de ise Bankalar Kanunu’nda değişiklik yapan 4672 sayılı kanunla  zel Finans Kurumları Birliği

¹ Madde 20/6’yla özel finans kurumları m. 12/2’nin de kapsamı dışında tutularak ticaret yasağı kuralından muaf etmiştir. Madde 12/2’de bankaların altın ve benzeri kıymetli madenlerin alım ve satımı hariç ticaret amacıyla emtia alım ve satımı ile uğraşamayacakları, ticaret amacıyla gayrimenkul alım ve satımında bulunamayacakları, gayrimenkul ticareti yapan ortaklıklara katılamayacakları ve bu konuda iş yapan gerçek ve tüzel kişilere kredi a amayacakları hükme bağlanmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun da 57. maddesinde “*bankaların gayrimenkullerinin net defter değerleri toplamı öz kaynaklarının yüzde ellisini aşamaz. Bu hesaplamada, değerleme veya enflasyon düzeltmesine bağlı olarak oluşan ve gayrimenkul hesabına eklenen değer artışları yüzde elli oranında dikkate alınır. Bankalar, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında gayrimenkul ve emtiayı esas alan sözleşmeler ile Kurulca uygun görülecek kıymetli madenlerin alım ve satımı hariç olmak üzere ticaret amacıyla gayrimenkul ve emtianın alım ve satımı ile uğraşamaz, ipotekli konut finansmanı kuruluşu ve gayrimenkul yatırım ortaklıkları hariç olmak üzere ana faaliyet konusu gayrimenkul ticareti olan ortaklıklara katılamazlar.*” denilerek bankaların gayrimenkul edinmesine ilişkin sınırlama getirilmiş ve ticaret yasağı hükme bağlanmıştır. Maddenin 3. fıkrasında ise “*katılım bankaları tarafından gayrimenkul, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, k r ve zarar ortaklığı, ortak yatırımlar yoluyla finansman sağlanması ve benzer faaliyetler nedeniyle üstlenilen yükümlülüklerden dolayı gayrimenkul ve emtia üzerine yapılan işlemler, bu madde ile yasaklanan ve sınırlanan faaliyetler kapsamında değerlendirilmez.*” denilerek katılım bankaları belli açılardan maddenin kapsamı dışında tutulmuştur.

kurulmuş ve Birlik, toplanan fonların güvence altına alınması amacıyla “Güvence Fonu” kurmakla görevlendirilmiştir. Bu fon daha sonra 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile TMSF’ye aktarılmıştır.

Nihayet 01.11.2005 tarihli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK)¹ ile özel finans kurumları “katılım bankaları” adı altında düzenlemeye kavuşturulmuştur. Nitekim Kanun’un geçici 3. maddesiyle özel finans kurumları ticaret unvanlarını bir yıl içinde katılım bankası ibaresini de kapsayacak şekilde değiştirmekle yükümlü kılınmıştır. BankK ile söz konusu kurumların banka oldukları açıkça hükme bağlanmıştır².

Katılım bankaları, BankK m. 3’te *“bu kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşlar”* şeklinde tanımlanmıştır. 4. maddede ise bu bankaların mevduat kabul edemeyeceği belirtilmiştir.

5411 sayılı BankK ile katılım bankalarındaki gerçek kişilere ait katılım fonları da mevduatlar gibi TMSF güvencesine alınmıştır (BankK m. 63)³. Ayrıca tüzel kişiliği haiz ve kamu kurumu niteliğinde Türkiye Katılım Bankaları Birliği (TKBB) kurulmuştur (BankK m. 79 ve geçici m. 3).

¹ RG. 19.10.2005, S. 25983.

² Nitekim Kanun’da işletme olarak banka değil, bankacılık işlemlerinin esas alındığı bir düzenleme yapılmıştır (TURANBOY, Asuman: “Katılım Bankaları”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 877).

³ Katılım fonlarının sigorta altına alınması, anaparanın dahi aynen geri ödenmesinin garanti altına alınmadığı bu fonların niteliğine uygun düşmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir (TURANBOY, s. 886).

Bugün için TKBB bünyesinde faaliyet gösteren beş adet katılım bankası bulunmaktadır¹. Söz konusu bankaların sektördeki payı % 5'in üzerindedir². Sektördeki bu pay oranı katılım bankalarının sadece kendi aralarında değil mevduat bankalarıyla da rekabet etmek zorunda olduklarını göstermektedir³.

¹ Bu bankalar Albaraka Türk Katılım Bankası A.Ş., Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş., Türkiye Finans Katılım Bankası A.Ş., Vakıf Katılım Bankası A.Ş. ve Ziraat Katılım Bankası A.Ş.'dir.

² TKBB'nin yayınladığı istatistiğe göre 30.06.2017 itibariyle sektördeki fonların 5,8'i katılım bankaları bünyesinde toplanmaktadır [<http://www.tkbb.org.tr/>] (son erişim: 22.10.2017)]. Bu payda birikimlerini faizsiz olarak değerlendirmek isteyen bireylerin olduğu kadar kaliteli bankacılık hizmeti almak isteyen bireylerin tercihi de etkili olmuştur. Nitekim yapılan çalışmalar, müşterilerin katılım bankası tercihini etkileyen en önemli faktörün hizmet ve ürün kalitesi olduğunu ortaya koymuştur. (ÖZSOY, İsmail/GÖRMEZ, Birol/MEKİK, Seden: "Türkiye'de Katılım Bankalarının Tercih Edilme Sebepleri: Ampirik Bir Tetkik", Yönetim ve Ekonomi Dergisi 2013, C. 20; S. 1, s. 1). Yapılan bir diğer çalışmada da bireylerin banka tercihlerinde önemli olanın sosyal sebeplerden çok ekonomik çıkarlar olduğu, müşterilerin katılım bankalarının faaliyetleri hakkında yeterince bilgi sahibi olmadığı tespit edilmiştir (GÖKÇEN, Gürbüz/GÖNEN, İbrahim: "Katılım Bankalarının Finans Sektörü İçindeki Yeri ve Katılım Bankalarına Yönelik Müşteri Algısı", FESAD 2017, C. 2, S. 1, s. 76).

³ ÖZSOY/GÖRMEZ/MEKİK, s. 202.

I. İSLAMİ BANKACILIKTA TEMEL İLKELER

A. Faiz Yasağı

Faiz, alacaklı olduğu miktardan belli bir süre mahrum kalması karşılığında para alacaklısına ödenen medeni semere olarak tanımlanabilir¹. Faizin düşük gelirli kesimin sermayesinin yüksek gelirli kesime aktarılmasına yol açarak gelir dağılımındaki dengesizlikleri arttırdığı ve yoksulluğun yaygınlaşmasına ortam hazırladığı düşünülmüştür². Bu şekilde toplumsal eşitsizliği arttıran bir araç olarak algılanan faiz, ilk çağdan itibaren yasaklamalara ve kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Örneğin, İlkçağ'da Babil kralı Hammurabi tarafından faiz oranlarına ilişkin sınırlama getirilirken, Mısır'da birleşik faiz yasaklanmıştır³. Faiz dinler tarafından da yasaklamalara tabi tutulmuştur. İncil'de faizi yasaklayan açık bir hüküm bulunmasa da faiz yasağı 16. yy'ya kadar tüm

¹ ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017 (Anılış: Ticari İşletme), s. 76; BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017, s. 322; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017 (Anılış: Genel Hükümler), s. 1005; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018, s. 304; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 104.

² Bu yönde bkz. ACAR, Ali: "Faiz ve Toplum İlişkisi", İHAD 2010, İslam İktisadı Özel Sayısı, S. 16, s. 190 vd.; CANBAZ, s. 114.

³ ULUDAĞ, Süleyman: İslâm'da Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış, İstanbul 2010, s. 280.

kiliseler tarafından uygulanmıştır¹. Tevrat'ta ise Musevilerin kendi aralarında yaptıkları işlemlerde faiz kesin olarak yasaklanmıştır². Faiz başta Eflatun ve Aristo olmak üzere birçok düşünür tarafından da ahlaki gerekçelerle reddedilmiştir³.

Katılım bankacılığının bireysel bazda bir ihtiyaç olarak ortaya çıkıp ülkemizde ve dünyada hızla yayılmasının başlıca nedenlerinden biri de İslam'daki faiz yasağıdır. Söz konusu yasağın İslam hukukunun asıl kaynağı olan Kuran'da⁴ sonrasında da ikinci büyük kaynak niteliğindeki sünnetlerin aktarıldığı hadislerde yer almaktadır⁵. İslam hukukunun ana kaynağı niteliğindeki Kuran'da bugünkü faiz terimine karşılık geldiği

¹ Çeşitli dinlerde faiz yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DİKKAYA, Mehmet/KUTVAL, Yusuf: Katılım Bankacılığı Türkiye Örneği, Ankara 2014, s. 32; KUYUCAK, Hâzım Âtîf: Para ve Banka, C. 2, İstanbul 1948, s. 20; TERZİ, Ahmet: “Katılım Bankacılığı: Kitaba Uymak mı, Kitabına Uydurmak mı?“, KSBD 2013, C. 5, S. 9, s. 56.

² Tevrat, Yasanın Tekrarı 23/19, 23/20 [<https://www.kutsalkitap.org/tevrat/>] (son erişim: 2.12.2017)]. Tevrat'taki faiz yasağının yalnızca Musevilerin kendi aralarında geçerli olduğu şeklinde yorumlandığı yönünde bkz. DİKKAYA/KUTVAL, s. 32; KARAKUŞ, Abdil: İslam Hukuk Kaynaklarındaki Faiz Kavramının Modern Ekonomi Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş 2006, s. 15; TERZİ, s. 56. Söz konusu yorumun Musevilerin bankerlikte ilerlemesine yol açtığı yönünde bkz. KUYUCAK, s. 20.

³ TERZİ, s. 56.

⁴ Rum Suresi 39. ayet, Nisa Suresi 160. ve 161. ayetler, Âli İmrân Suresi 130. ayet, Bakara Suresi 275-279. ayetler (Türkiye Diyanet Vakfı Kur'ân-ı Kerîm ve Açıklamalı Meâli).

⁵ Kuran ve sünnet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2017, s. 64-68.

söylenilecek, kelime anlamı aşırılık, artma, çoğalma, büyüme olan “riba” terimi kullanılmıştır¹. Faiz yasağı da İslam ve banka hukuku çevrelerinde “riba yasağı” olarak değerlendirilmiştir². Günümüz İslam toplumunda bu şekilde faiz yasağı olarak algılanan riba yasağı; inançları dolayısıyla faiz geliri elde etmek istemeyen kişilerin birikimlerini mevduat bankalarında değerlendirmek yerine yastık altında tutmalarına neden olmuştur³. Bu atıl fonlar ülkemizde daha sonra katılım bankası adını alacak özel finans kurumlarının kurulmasıyla mali sisteme dahil edilmiştir⁴.

Ribanın faiz terimine eş değer olup olmadığı tartışmalıdır⁵. Zira Kuran’da özel bir riba çeşidi belirtilmemiş, yasaklanan o dönem toplumunda riba olarak adlandırılan faizli işlemler olmuştur⁶.

Öğretinin büyük bir çoğunluğu Kuran’daki riba terimini faiz olarak değerlendirmektedir⁷. Bununla birlikte bazı yazarlara göre günümüz faizi ve riba arasında kayda değer farklar bulunmaktadır¹.

¹ AHMAD, Ziuaddin, (çeviren: GÜL, Ali Rıza): “Riba Teorisi”, AÜİFD 2003, C. 44, S. 1, s. 454.

² ZARAKOLU, s. 5.

³ YAHŞİ, s. 6.

⁴ YAHŞİ, s. 6.

⁵ Söz konusu tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. DALGIN, Nihat: “Faiz Yasağı ile İlgili Farklı Yaklaşımlar”, İHAD 2010, İslam İktisadı Özel Sayısı, S. 16, s. 80 vd.

⁶ AHMAD, s. 454.

⁷ AHMAD, 464; AKTEPE, İshak Emin: Sorularla Katılım Bankacılığı, İstanbul 2010 (Anılış: Katılım Bankacılığı), s. 28; BAYINDIR, Abdulaziz: Ticaret ve Faiz, İstanbul 2007 (Anılış: Faiz), s. 36; DALGIN, s. 106; ÖZSOY, İsmail: Türkiye’de

Ribanın faiz olmadığını söyleyen görüş günümüzdeki faiz uygulamasıyla İslam öncesi Arap toplumunda uygulanan “cahiliye ribası”nı karşılaştırmaktadır². Cahiliye ribasında, borç ilk vade tarihine kadar faizsiz veriliyor, borçlu vade tarihinde borcunu ödeyemediğinde gelecek vade tarihi için anaparanın iki katını, eğer ikinci kez de borcunu ödeyemiyorsa bu kez dört katını borçlanıyor, bu da borçlu tarafın iflasına sebep oluyordu³. Bu görüşe göre Kuran’ın “*Ey inananlar! Kat kat arttırılmış olarak ribayı yemeyin, Allah’tan korkun ki kurtuluşa eresiniz.*” şeklindeki ayeti⁴ de kat kat arttırılan “cahiliye ribası”nı yasaklamıştır⁵. Nitekim *Zaman*’a göre Kuran’da ribayı tanımlayan başka bir hüküm olmayıp, ribayla ilgili diğer hükümler inananlar için tefecilikten kaçınma konusunda uyarı niteliğindedir⁶. Yine bu görüşe göre “riba” faizle aynı şeyi

Katılım Bankacılığı, İstanbul 2012 (Anılış: Katılım Bankacılığı), s. 11; ÖZSOY, İsmail: “Faiz”, İslam Ansiklopedisi 1995, C. 12 (Anılış: Faiz), s. 112; KAHN, Mansoor/BHATTI, Ishaq: *Developments in Islamic Banking The Case of Pakistan*, New York 2008, s. 20.

¹ ULUDAĞ, Süleyman: *İslamda Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış*, İstanbul 2010, s. 37, 43; RAHMAN, Fazlur: “Riba and Interest”, *Islamic Studies* 1964, V. 3, I. 1, s. 7; ZAMAN, Raquibuz: “Usury (Riba) and the Place of Bank Interest in Islamic Banking and Finance”, *IJBAAF* 2008, V. 6, I. 1, s. 1. Günümüzde faiz olarak isimlendirilen tüm işlemlerin riba olmadığı yönünde bkz. GÜNGÖR, s. 223.

² ZAMAN, s. 2; ULUDAĞ, s. 63.

³ AHMAD, s. 456; ZAMAN, s. 3.

⁴ Âli İmrân Suresi 130. ayet (Türkiye Diyanet Vakfı Kur’ân-ı Kerîm ve Açıklamalı Meâli).

⁵ ULUDAĞ, s. 43, ZAMAN, s. 3.

⁶ ZAMAN, 2.

ifade etseydi; Kuran’da bu şekilde tanımlanmayacağı gibi İslam hukukunun temel kaynaklarında ribaya dair başka açıklamalar da olurdu¹.

Ribayı faiz ile eş tutan görüş ise faizin yasaklanması sebebi olan “ taraflardan birinin mutlaka haksızlığa uğraması” sonucunun, faizin yüksek veya düşük, basit veya birleşik olmasından bağımsız olarak gerçekleşeceğini ileri sürmüştür². Bu görüşe göre, borcu katlamayan faizin yasaklanmış olmadığı savı, faiz ve riba terimlerini farklılaştırmak amacıyla sonradan ortaya atılmıştır³. Söz konusu ayet, faiz yasağının sınır ve şartlarını belirlememekte, sadece faizin vücut bulduğu bir şekli anlatmaktadır⁴.

Hadisler de faizin ribaya eş olup olmadığı yönündeki tartışmalarda yer bulmuştur. Bu hadisler genelde ticari işlemlere ilişkin mal değişimi veya satış ile ilgilidir⁵. Gerçekten de İslam hukukunda riba, mal değişim sözleşmelerindeki aşırı yararlanma ve belli bir miktar paranın ödünç verilmesindeki fazlalık şeklinde ikiye ayrılmıştır⁶. Belli bir miktar paranın ödünç verilmesi halinde uygulanan fazlalık “borç ribası” olarak, mal değişim sözleşmelerinde ortaya çıkan aşırı yararlanma durumu ise

¹ ZAMAN, 4. Karşı görüşe göre ise söz konusu ayet o dönemdeki faiz uygulamasını, anlatmakta olup, faizin ancak yüksek olunca haram olacağını bildirmemektedir (AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 28).

² ÖZSOY, Katılım Bankacılığı, s. 12.

³ ÖZSOY, Faiz, s. 112.

⁴ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 28; BAYINDIR, A., Faiz, s. 39; ÖZSOY, Katılım Bankacılığı, s. 14, 15.

⁵ BAFRA, Erdem: İslami Bankacılık Sözleşmelerinin Temelleri, Ankara 2015 (Anılış: İslami Bankacılık), s. 21, 22.

⁶ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 20.

“alışveriş ribası” olarak adlandırılmıştır¹. Hadislerle yasaklanan ise daha çok “alışveriş ribası” olmuştur. Örneğin rivayet edilen bir hadiste “*altını altınla, gümüşü gümüşle, buğdayı buğdayla, arpayı arpayla, hurmayı hurmayla ve tuza tuzla misli misline ve peşin olarak satınız. Fazlayı alan ve veren riba muamelesi yapmış olur ve bu hususta alanla, veren aynı hükümdedir. Alışveriş konusu olan malların cinsleri farklı olursa, peşin olması şartıyla dilediğiniz gibi satınız.*” denilmiştir². Hadiste temel ihtiyaçlar arasındaki trampanın hem miktar olarak eşit hem de peşin ise caiz olacağı, aksinin ribaya yola açacağı vurgulanmıştır³. Böylece; örneğin 10 altının, vadeli olarak 11 altına satılmasına faizli işlem olduğu gerekçesiyle izin verilmemiştir⁴. Buna karşılık farklı cinsten malların peşin olmak şartıyla farklı miktarda değişimlerine izin verilmiştir⁵. Bu durumda belirtilen hadise göre 10 kilo hurmanın 100 kilo tuzla peşin olarak değişimi mümkündür.

Söz konusu hadis, aslında iki tür “riba” öngörmüştür. Bunlardan ilki peşin trampaya konu edilecek aynı cins malların kalite veya miktar yönünden farklı olması

¹ ÖZSOY, Faiz, s. 113. Değişik tasniflerde ise borç ribası nesie ribası olarak isimlendirilirken, alışveriş ribası fazlalık ribası olarak isimlendirilmiştir (BAFRA, İslami Bankacılık, 22). Bu çalışmada çoğunlukla kabul gören tasnif olması sebebiyle, nesie ribası alışveriş ribasının bir türü olarak ele alınmıştır.

² BAYINDIR, A., Faiz, s. 57; ULUDAĞ, s. 67; ÖZSOY, Faiz, s. 113.

³ CANBAZ, s. 126; ULUDAĞ, s. 67.

⁴ CANBAZ, s.126; ÖZSOY, Faiz, s. 114.

⁵ ULUDAĞ, s. 73; TUNÇ, Hüseyin: Katılım Bankacılığı Felsefesi, Teorisi ve Türkiye Uygulaması, İstanbul 2010, s. 100.

sonucu oluşan “fazlalık ribası” (fadl ribası) , ikincisi ise aynı veya farklı cins malların vadeli trampaya konu edilmesi sonucu oluşan “veresiye ribası” (nesie ribası)’dır¹.

Zaman ise söz konusu hadisin lafzından mal değişimine ilişkin vadeli sözleşmelerin tümünün “veresiye ribası” olduğunun anlaşıldığını, bunun ise rasyonel olmadığı gibi dini ve ahlaki ilkelere de uygun düşmediğini ileri sürmektedir².

Son olarak, Hz. Muhammed’in veda hutbesindeki “...*biliniz ki, ribanın her çeşidi kaldırılmıştır...*” ifadesinin de cahiliye ribasıyla ilgili olduğu ifade edilmektedir³.

Belirtmek gerekir ki, ribanın faizle eş olup olmadığı konusunda varılacak sonuç, finansal ilişkilerini İslam hukuku kurallarına göre gerçekleştirmek isteyen kişi ve kurumların tercihini doğrudan etkileyecek niteliktedir. Faiz yasağının tanımı ve kapsamı ise ribayı ele alan hükümlerin yorumlanışına göre değişmektedir. Ancak belirttiğimiz üzere çoğunluk görüşü her türlü faizin riba yasağı kapsamına girdiği yönündedir. Bu görüşün oluşmasında İslam hukukunun temel kaynaklarının yorumlanışı dışında faizin ahlaki, ekonomik ve toplumsal zararlarının gözetilmesi de rol oynamıştır⁴.

¹ ÖZSOY, Faiz, s. 114; ULUDAĞ, s. 73. Aynı cins malların farklı kalitede olsalar bile farklı miktarda değişimlerinin yasaklanmasının asıl sebebi malların gerçek değerleri hakkındaki belirsizliğin giderilmesidir. Bu sebeple hadislerde eldeki malın satılması, satımdan elde edilen parayla farklı kalitede aynı cins malın satın alınması önerilmiştir (BAYINDIR, A., Faiz, s. 629).

² ZAMAN, s. 4. Söz konusu hadisin bu kapsamda sahih ve kabul edilebilir olup olmadığı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ULUDAĞ, s. 67 vd.

³ YANPAR, Atila: İslâmi Finans İlkeler Araçlar ve Kurumlar, İstanbul 2015, s. 61.

⁴ Nitekim, faiz yasağını ele alan kaynaklar, faizin zararlarına uzunca yer vermektedir. Bkz. BAYINDIR, A., Faiz, s. 39-43; CANBAZ, s. 128-135.

İslami bankacılığın bugün en çok tercih edilen sözleşme türü olan murabaha sözleşmesinin faiz yasağına tabi olup olmadığı da tartışmalıdır. Bu tartışmaya murabahayı İslami bankacılıkta bir fon toplama faaliyeti olarak incelerken ayrıca değinilecektir¹.

B. Spekülatif İşlemlerin Yasaklanması (Garar Yasağı)

Ekonomik riskleri en aza indirmeyi ve böylece taraflar arasındaki menfaat dengesini tutturarak bir tarafın diğeri karşısında mağdur olmamasını karşılayan İslam hukuku, spekülatif işlemleri de yasaklamıştır. Bu yasak öğretilde “garar yasağı” olarak adlandırılmaktadır. Garar içeren sözleşmeler İslam hukukuna göre geçersizdir.

Tehlike risk gibi anlamları olan garar², sözleşmenin haksız kazanca yol açacak şekilde belirsizlik taşımasını ifade eder³. Öğretilde ise garar, sözleşme ve sözleşmenin unsurlarına ilişkin eksik bilgi, risk ve aldatmalar şeklinde tanımlanmaktadır⁴.

Garar yasağı, hukuki işlemin konu ve unsurlarının taraf iradelerine uygun olarak net bir şekilde ortaya konulmasını gerektirir⁵. Ancak hayatın olağan akışında karşılıklı beyanların taraf iradelerini tam olarak yansıtmaması zordur. O halde her sözleşmenin bir miktar belirsizlik içerdiğini söylenebilir. Bu nedenle öğretilde garar, “aşırı (büyük)

¹ İkinci Bölüm. I. B. 4.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 35; DÖNMEZ, İbrahim Kâfi: “Garar”, İslam Ansiklopedisi 1996, C. 13 (Anıls: Garar), s. 366.

³ DÖNMEZ, Garar, s. 366.

⁴ GAMAL, Mahmoud: Islamic Finance Law, Economics, and Practice, Cambridge 2006, s. 58.

⁵ TUNÇ, s. 124; YANPAR, s. 68.

garar” ve “telafi edilebilir (küçük) garar” olarak ikili bir ayırıma tabi tutulmuştur¹. Nitekim her sözleşmede kaçınılmaz olan küçük, telafi edilebilir edilebilir gararın sözleşmenin İslam hukukunca geçersiz sayılmasına yol açmayacağı söylenmiştir².

Sözleşmelerde garar iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki sözleşme veya sözleşmenin unsurlarıyla ilgili belirsizlik iken, diğeri yine sözleşme veya unsurlarıyla ilgili aldatmadır³. Belirsizlik veya aldatma telafi edilemez seviyede ise başka bir deyişle sözleşme aşırı garar içeriyor ise geçersiz olacaktır⁴. İslam hukukunda sözleşmelerin geçersiz sayılmasına yol açan aşırı garar içeren durumlara çeşitli örnekler verilmektedir. Henüz doğmamış bir buzağının, tutulmamış bir balığın satışı gibi sözleşme konusunun beklendiği ancak henüz mevcut olmadığı⁵, bir tarafı telafi edilemeyecek ölçüde haksızlığa uğratabilecek bilgi eksikliğinin bulunduğu⁶, sözleşme ilişkilerinin birbirine bağlı

¹ GAMAL, s. 58.

² GAMAL, s. 58.

³ OBAIDULLAH, Mohammed: Islamic Financial Services, Jeddah 2005, s. 41.

⁴ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 36; GAMAL, s. 58; YANPAR, s. 69.

⁵ Uzlaşma riski veya karşı taraf riski olarak adlandırılan söz konusu durum, satıcının sözleşme konusuyla ilgili kontrolünün olmadığı, bu durumda da sözleşmeye dair risklerin alıcının üzerinde doğduğu durumları ifade etmektedir (OBAIDULLAH, s. 32). Bununla birlikte bazı çağdaş düşünörlere göre sözleşme esnasında sözleşme konusunun mevcut olmaması, garar içeren başka bir durumun da yokluğu halinde sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecektir (DÖNMEZ, Garar, s. 369).

⁶ Söz konusu bilgi eksikliği bir aldatmaca sonucu gerçekleşebileceği gibi tarafların karşılıklı anlaşması dahilinde taraf iradelerinin eksik veya sehven yanlış aktarılmasıyla da gerçekleşebilecektir (OBAIDULLAH, s. 33). Bununla birlikte İslam hukukunda belirsizlik durumlarında gararın varlığı mutlak kabul edilse de belirsizliğin dışında yalnızca bilinmezlik içeren durumlarda, bilinmezliğe yol açan

ve karmaşık gerçekleştiği durumların garar yasağı kapsamında yer aldığı belirtilmektedir¹. Bunun yanında aşırı risk içeren bazı borsa işlemlerinin de garar oluşturulduğu söylenmektedir².

Garar yasağı kapsamında değerlendirilen örneklerin modern hukuk sistemlerinde de sözleşmenin geçersizliği veya iptali sonucunu doğuran haller olduğu söylenebilir.

Nitekim Türk Borçlar Kanunu'na³ (TBK) göre de sözleşmenin kurulduğu anda esaslı noktaları üzerindeki irade beyanları birbirine uygun olmalıdır⁴. Yine borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimin ise borcun doğumu sırasında belirli veya ifa anında zaman, yer veya konu itibarıyla belirlenebilir nitelikte olması gerekir⁵. Edim konusunun bu şekilde belirlenebilir olması şartını İslam hukukunda sözleşmenin yapıldığı anda sözleşme konusunun mevcut olması şartı ile benzetebiliriz. Ancak göz önünde tutulmalıdır ki Türk hukukunda edimin ifa anında belirlenebilir olması yeterliyken, İslam hukukunda belirlenebilir olması yeterli görülmemiştir. Bu itibarla,

hususun sonradan daha açık hale getirilerek giderilebileceği durumların garar yasağının kapsamı dışında tutulabileceği söylenmiştir (DÖNMEZ, Garar, s. 370, 371).

¹ OBAIDULLAH, s. 30-34.

² BAYINDIR, Servet: Fıkhî ve İktisadi Açından İslami Finans (Para ve Sermaye Piyasaları) , İstanbul 2015 (Anılış: İslami Finans), s. 36. Ancak hisse senedi yoluyla ortaklık hakkı elde edilen borsa işlemleri kapsam dışında tutulmalıdır. Zira burada işlemin anlık olması sözleşmenin ortaklık niteliğini etkilememektedir (YANPAR, s. 71).

³ RG. 04.02.2011, S. 27836.

⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 244.

⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 100.

denizdeki balığın, doğamamış buzağının, fabrikada seri halinde imal edilecek eşyanın satımı¹ Türk hukukunda geçerli ve olanaklı iken, İslam hukukuna göre garar yasağı kapsamında ve kural olarak geçersiz olacaktır. Bununla birlikte sözleşmenin başka türlü karşılanamayacak bir ihtiyacı giderdiği bazı durumlarda sözleşme konusunun henüz mevcut olmadığı satış, geçerli sayılmıştır².

İrade beyanlarının uyuşması bakımından taraf iradelerinin eksik veya yanlış aktarılmasına neden olacak fiiller de Türk hukukunda hükme bağlanmıştır. Genel işlem şartlarına yönelik sınırlamalar, irade bozukluğu hallerinde sözleşmenin iptaline ilişkin düzenlemeler, bu duruma örnek gösterilebilir. Nitekim genel işlem şartlarının kullanıldığı sözleşmeler, İslam hukukunda sözleşme ilişkisinin birbirine bağlı ve karmaşık şekilde gerçekleştiği durumlara; aldatma ve yanılma da telafi edilemeyecek ölçüde bilgi eksikliğinin bulunmasına benzer.

Günümüzde hukuken eşit durumda olup kanuni sınırlar dahilinde diledikleri sözleşmeyi yapabilecek olan bireyler yine de bir takım belirsizlik ve aldatmacalara karşı hukuken korunmaktadır. Başta Türk Medeni Kanunu³ (TMK) m. 2 olmak üzere tanınan bu koruma kişilik haklarını örselememe ve zayıfı koruma düşüncesine dayanmaktadır. Garar yasağı da belirsizlik veya aldatmadan kaynaklanan irade uyuşmazlıklarının ve bir tarafın edimin yerine getirilmemesi konusunda maruz kaldığı riskin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Zira İslam ekonomisinin amacı sözleşmenin taraflarını finansal risklere karşı koruyup, toplumsal refahı arttırmaktır⁴. Bunun için de sözleşmelerde şeffaflık

¹ ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, s. 67.

² GAMAL, s. 58.

³ RG. 08.12.2001, S. 24607.

⁴ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 38.

önerilmekte, böylece; taraflar bilgi eksikliği nedeniyle öngöremedikleri durumların olumsuz sonuçlarından korunmaktadırlar¹.

Garar yasağı riba yasağı ile birlikte İslami kazanç yollarına yönelik bir denge oluşturmaktadır. Zira riba yasağı risksiz bir kazancı yasaklarken, garar yasağı riskin kurumsallaştırılmasını veya kazancın sadece risk üzerine kurulmasını yasaklamaktadır².

C. İslami Bankacılığa İlişkin Diğer İlkeler

İslam hukukunun temel ilke ve kurallarının İslami bankacılıkta kullanılan sözleşmelere yansıtılması³ İslami bankacılığı faiz yasağı ve spekülasyon işlemlerinin sınırlandırılmasından başka hususlarda da mevduat bankalarına nazaran farklı uygulamalara yöneltmiştir. Türk hukukunda pozitif bir temeli bulunmayan bu uygulamalar Türkiye’de faaliyet gösteren bazı katılım bankalarının da benimsenmektedir.

Bu anlamda ilk olarak finanse edilecek yatırımların İslam hukukunun uygun gördüğü alanlardan seçilmesi, İslam hukukunca yasaklanan alanlarda kredilendirme ve yatırım yapılamamasına değinilebilir⁴. Örneğin bazı genel kredi sözleşmelerinde domuz eti, alkollü içki gibi malların ticaretine ilişkin finansman sağlanmayacağı, İslam tarafından meşru görülmeyen, kumar, piyango, vs. yollarla kazanç elde edilmesini sağlayacak yatırımların da finanse edilmeyeceği öngörülmektedir⁵.

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 38; TUNÇ, s. 124.

² DÖNMEZ, Garar, s. 371.

³ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 75.

⁴ CANBAZ, s. 144; TUNÇ, s. 125.

⁵ <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf> (son erişim: 26.10.2017).

İslami bankaların bir diğer ayırt edici özelliğinin de “karz-ı hasen” olarak adlandırılan faizsiz olarak borç vermeleri olduğu söylenebilir. Türkçe’ye “güzel borç” olarak çevrilen karz-ı hasen aynen geri ödenmek üzere verilen ödünç parayı ifade eder¹. İslam hukukunda para ancak eşit miktarda değişime konu edilebileceğinden² karz-ı hasen sözleşmelerinde verilen miktar herhangi bir ilave yapılmadan geri alınmaktadır. Ancak İslami bankaların belirli oranda karz-ı hasen uygulamalarına yönelik bir zorunluluk yoktur. Başka bir deyişle, bu tür faizsiz ödünç para verme işlemlerinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği, gerçekleştirilecekse ne sıklıkla olacağı bankanın inisiyatifindedir. Türkiye’de faaliyet gösteren bankalar bu yöntemi kredibilitesi yüksek müşterilerinin kısa vadeli nakit ihtiyacını karşılamak için kullanmaktadır³. Ödünç verilen para enflasyon farkı kadar bir ilave ile geri alınmaktadır⁴. Esasen kâr amacı gözeten bankaların karz-ı hasen işlemini uygulayabilecekleri alan geniş olmasa da,⁵

¹ CANBAZ, s. 148.

² CANBAZ, s. 147; ÖZSOY, Faiz, s. 110.

³ Katılım Bankacılığı ve Faizsiz Finans Çalıştayı, file:///C:/Users/my/Desktop/13334calistay_raporu_24072014.pdf (son erişim: 26.10.2017), İstanbul 2014, s. 40.

⁴ Katılım Bankacılığı ve Faizsiz Finans Çalıştayı, s. 41. Enflasyon farkının riba oluşturmadığı yönünde bkz. AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 31; Krş. DALGIN, s. 99. “Kâr paysız fon” kullandırımı olarak da adlandırılan karz-ı hasen uygulamasına yönelik sözleşme hükmü için bkz. <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf> (son erişim: 12.11.2018).

⁵ DİKKAYA, s. 49.

İslami bankaların bu yöntemle sosyal sorumluluk projelerini de finanse etmeleri önerilmektedir¹.

İslami bankaların mevduat bankalarından ayrıldığı bir diğer nokta da gerçekleştirecekleri işlemler için onayına ihtiyaç duydukları “şer-i danışma kurulu”nun varlığıdır². Bu kurullar bankaların kurumsal yönetimi kapsamında olabilir veya bazı bankalarda olduğu gibi yalnızca danışma hizmeti alınan kurullar olup kurumsal yönetim içinde yer almazlar³. Türk hukukunda pozitif bir temeli bulunmamakla birlikte bazı katılım bankalarının bünyesinde yer verilen “şer-i danışma kurulu” Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 366/2 uyarınca kurulabilecek ihtiyari komisyonların bir örneğidir. Şer’i danışma kurulları, katılım bankalarının faaliyetlerinin İslam hukukuna uygunluğunu kontrol eder⁴. Her bankanın kendisine ait bir danışma kurulu olması, bankaların karşılaştıkları olaylarda çıkarlarına göre görüş bildirmesine neden olabilmekte, böylece örneğin bir bankanın finansmanını uygun bulduğu bir yatırım diğer bankalar tarafından İslam hukukuna uygun bulunmadığı için reddedilebilmektedir⁵. Yeknesaklığı ve şeffaflığı sağlamak için TKBB bünyesinde merkezi bir danışma kurulu oluşturulması önerilmektedir⁶. Nihayet Bankacılık

¹ Katılım Bankacılığı ve Faizsiz Finans Çalıştayı, s. 41.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 75.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. DİNÇ, Yusuf: “Katılım Bankalarının Danışma Kurullarının Kurumsal Yönetim Unsuru Olarak Değerlendirmesi”, İEFD 2016, C. 2, S. 2, s. 98.

⁴ DİNÇ, s. 83.

⁵ ÖZYURT, Kıvanç: Banka Kredilerine Alternatif Olarak Murabaha Modelinin İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2015, s. 58.

⁶ DİNÇ, s. 100. Buna gerekçe olarak bankaların şer-i danışma kurulu üyelerinin genellikle aynı kişilerden oluşması, bu kişilerin merkezi bir danışma kurulu bünyesinde çalışmalarının hem kaynak israfını önleyeceği hem de şeffaflığı

Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun (BDDK) 22.02.2018 tarih ve 7736 sayılı kararına istinaden TKBB tarafından teşkil edilen Danışma Kurulunun Oluşumu, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ yürürlüğe girmiştir¹. Bununla birlikte, ortaya

sağlayarak kamuoyunun güvenini arttıracakları da gösterilmekteydi (ÖZYURT, s. 59).

- ¹ Tebliğ'in, Danışma Kurulu'nun görevleri başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bendlerine göre, Danışma Kurulu, katılım bankacılığı alanında uluslararası kuruluşlar tarafından yayınlanan standartları da takip etmek suretiyle katılım bankalarının uymaları gereken meslek ilke ve standartlarını belirlemek, gerekli gördüğü durumlarda, katılım bankaları arasındaki uygulama farklılıklarını gidermek üzere genel nitelikli kararlar alma yetkisini haizdir. Başvurulması halinde, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğini haiz meslek kuruluşlarına ve diğer kuruluşlara faizsiz finans faaliyetleri kapsamında görüş bildirmek de Danışma Kurulu'nun bir diğer görevidir. Tebliğ'in uyuşmazlıkların tespiti ve yaptırımı başlıklı 8. maddesine göre ise Tebliğ'in 6. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bendleri kapsamında alınan kararlara ve belirlenen meslek ilke ve standartlarına aykırı hareket ettiği tespit edilen katılım bankalarına, Yönetim Kurulu (Türkiye Katılım Bankaları Birliği Yönetim Kurulu) tarafından Kanun'un (Bankacılık Kanunu) 81. maddesi hükümleri kapsamında idari yaptırım uygulanır. Görüldüğü üzere, getirilen düzenlemeyle, Danışma Kurulu'na katılım bankaları için bağlayıcı nitelikte ilke ve standart getirme yetkisi tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu durum, sözleşme özgürlüğü bağlamında tartışılabilir niteliktedir. Ancak bu tartışmayı yaparken de BankK m. 80/b'de kuruluş birliklerine, meslek ilkelerini belirlemek yetkisi tanındığını göz ardı etmemek gerekir. Tebliğ'in 6. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde ise Danışma Kurulu'na, Yönetim Kurulu tarafından belirlenen esaslar ve Yönetim Kurulu başkanının onayı çerçevesinde, katılım bankacılığı meslek ilke ve

ıkabilecek sosyal sonuçlar bir yana bırakılacak olursa; TBK m. 26 uyarınca bankanın da finanse edeceği yatırımı seçme serbestisi bulunduğu dikkate alındığında merkezi bir danışma kuruluna ihtiyaç bulunmadığı söylenebilir.

III. İSLAMİ BANKACILIKTA FON KULLANDIRMAYI KONU ALAN SÖZLEŞMELER

İslami bankacılığa hakim olan ilkeler bu bankaların taraf olduğu sözleşmelere de yansımıřtır¹. Bu sözleşmeler İslam ekonomisinin geçtiği aşamalara koşut bir gelişim içinde günümüzdeki hallerini almıřtır². Bugün İslami bankacılıkta kullanılan

standartlarının tanıtımı veya eğitimi amaçlı programlar düzenlemek, yayınlar yapmak ve bu amaçla düzenlenen programlara iştirak etmek görevi de yüklenmiştir. Nitekim Danışma Kurulu, bu görevi kapsamında aslen Arapça yayınlanan, Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI), Türkçe adıyla İslami Finansal Kuruluşlar Muhasebe ve Denetleme Kurumu standartlarının tercümesi hususunda 26.04.2017 tarihinde AAOIFI ile bir anlaşma yapmış, yapılan anlaşma sonucu söz konusu standartlar, 2018 yılında Türkçeye evrilmiştir.

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 75.

² Nitekim murabaha sözleşmesi, İslam toplumlarındaki bir tür satım sözleşmesini ifade ederken, zamanla değişerek bir kredi yöntemi haline gelmiştir. Aynı şekilde diğer sözleşmeler de İslami bankacılıkla beraber ortaya çıkmamış, zaten var olan sözleşme türleri bankacılık sözleşmesi olarak kurumsallaştırılmıştır. İslami bankacılık sözleşmelerinin tarihsel süreç içindeki yeriyle ilgili bkz. BAFRA, İslami Bankacılık, s. 38-41.

sözleşmelerden bazıları ise geleneksel ticaret bankacılığının ürünü olup, İslam hukuku ilke ve kurallarına uygun olmaları nedeniyle katılım bankalarının da uygulanmaktadır¹.

İslami bankalar tıpkı mevduat bankaları gibi fon toplamayı ve kullandırmayı amaçlamakla beraber müşterilerine bunlar dışında bazı hizmetler de sunmaktadır. Döviz alım satımı, havale, transfer, kambiyo işlemleri yapmak, teminat mektubu vermek, kredi kartı, pos cihazı temin etmek gibi işlemler fon toplama ve kullandırma faaliyeti dışında kalan “diğer işlemlere” örnek olarak gösterilebilir². Bu çalışmanın çerçevesi ve kapsamı itibariyle, bu başlık altında da İslam hukuku ilke ve kurallarına göre şekillenen kullandırma (kredi) yöntemleri ele alınacaktır.

Katılım bankaları fon kullandırmayı konu alan sözleşmelerinde bir yandan faiz yasağına ve spekülâtif işlemlerin yasaklanması kuralına uygun hareket etmeye³, diğer yandan da finanse edilecek yatırım veya harcamanın İslam hukukunca yasaklanmamış bir alana yönelik olmasına dikkat etmektedir⁴. Tüm bunlar bankanın kredi verdiği alana yönelik bilgi sahibi olmasını gerektirmekte, sonuçta banka sadece reel ekonomik faaliyetleri desteklemiş olmaktadır⁵. Mevduat bankacılığı işlemlerinde de çoğu zaman reel ekonomik faaliyetler desteklenmektedir⁶. Ancak mevduat bankalarının nakit kredi kullandığı durumlarda desteklenen ekonomik faaliyetin piyasada somut bir karşılığı

¹ Bunlar genellikle havale, EFT gibi hizmet sağlamaya yönelik sözleşmelerdir.

² CANBAZ, s. 198.

³ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 75; VURUCU, Mehmet/ARI, Mustafa Ufuk: Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılıkta Kredi Bilgisi, Ankara 2017, s. 269.

⁴ CANBAZ, s. 190.

⁵ VURUCU/ARI, s. 274; CANBAZ, s. 190.

⁶ Zira kullandırılan ticari krediler ve tüketici kredileri çoğu zaman amaca bağlı olarak verilmektedir.

yoktur. Katılım bankalarının nakit kredi kullandırmaksızın yalnızca reel ekonomik faaliyetleri ve faturalı kayıtlı işlemleri finanse etmesinin bir sonucu da kayıt dışı ekonominin önlenmesidir. Zira sadece içeriğinden haberdar olunan somut ekonomik faaliyetleri finanse eden banka, finanse ettiği söz konusu alanlara yönelik olarak kayıtlı ekonomiyi genişletmektedir¹.

Bankacılık Kanunu m. 48/2’de katılım bankalarınca sağlanan finansmanların Kanun’un uygulanmasında kredi sayılacağı öngörülmüştür. Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik’te² (BKİİY) ise katılım bankalarının finansman sağlama yöntemleri; kurumsal finansman desteği, bireysel finansman desteği, kâr-zarar ortaklığı yatırımı, finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı ve ortak yatırımlar olarak belirtilmiştir (BKİİY m. 19). Bu şekilde kullandırılan krediler, fon kullandırma sözleşmelerinden bazılarının Türk bankacılık mevzuatındaki görünümüdür.

Kanunda veya yönetmelikte pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmamış olan ancak İslami bankacılıkta benimsenmiş fon kullandırma sözleşmelerine de uygulamada yer verilebilecektir. Zira BankK m. 48’de hangi bankacılık işlemlerinin kredi sayılacağı örnekleme yoluyla belirtilmiştir³. Aynı maddede Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nca (Kurul), kredi olarak kabul edilen işlemlerin izlendikleri hesaba bakılmaksızın kredi olarak kabul edileceği de öngörülmüştür. Bunun yanında Kanunun

¹ VURUCU/ARI, s. 275.

² RG. 01.11.2016, S. 26333. Değişikliklerin işlendiği güncel metin için bkz. https://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Mevzuat/Bankacilik_Kanununa_Iliskin_Duzenlemeler/1701bankalarin_kredi_islemlerine_iliskin_yonetmelik_12.12.2017_tarihli_degisiklik_islenmis_hali.pdf (son erişim: 02.02.2018).

³ ŞİT, Başak: Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Ankara 2011, s. 55.

4. maddesinde bankaların Kurulca belirlenecek diğer faaliyetleri yapabilecekleri belirtilmiştir. Öyleyse 48. maddenin kapsamına girmeyen fon kullandırma yöntemleri 4. madde uyarınca “Kurulca belirlenecek diğer faaliyetler” kapsamına girebileceği gibi, 48. madde uyarınca Kurul tarafından kredi olarak da nitelendirilebilecektir¹.

Katılım bankaları söz konusu ilkeler çerçevesinde nakdî ve gayrınakdî krediler kullandırabilir. Katılım bankasının verdiği kredinin hukuki niteliği farklı hukuki işlemlere dayanabilir.

A. Nakdî Kredi Niteliğinde Olan Finansman Yöntemleri

Nakdî krediler bankanın müşteriye karşı bir miktar parayı devir borcu altına girdiği kredilerdir². Bu tür kredilerde banka satın alma gücünü para olarak devretmektedir³. Katılım bankalarının nakdî kredi uygulamaları, gözettikleri ilkeler gereği mevduat bankalarından farklıdır. Bu nedenle, istisnaları olmakla birlikte, katılım bankaları uygulamada, mevduat bankalarıyla özdeşleşen kredi terimi yerine “finansman” terimini kullanmayı tercih etmektedir⁴.

Mevduat bankalarınca verilen nakdî kredilerde olduğu gibi katılım bankalarının açtıkları nakdî kredilerin hukuki niteliği de ödünç, satış, ortaklık, kira sözleşmelerinde bulunabilir. Örneğin muşaraka ve mudaraba ortaklık; murabaha, bey bitamam acil,

¹ Kurul’un kredi olarak kabul edilebilecek yeni işlemleri belirleme yetkisini ancak, nakdî ve gayrınakdî kredi niteliğini haiz olmayan ve türev araç benzeri sözleşmeler dışında kalan işlemler hakkında kullanabileceği, zira bu nitelikteki işlemlerin halihazırda BankK m. 48/1 uyarınca kredi sayıldığı yönünde bkz. ŞİT, s. 183.

² GÜRSES, Davut: Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul 2016, s. 15.

³ ŞİT, s. 111.

⁴ ÖZYURT, s. 50.

selem, istisna ve teverruk satış; icare ise kira sözleşmesine dayanmaktadır¹. Bununla birlikte son olarak inceleyeceğimiz sukuk uygulaması, saymış olduğumuz fon kullandırma yöntemlerinin menkul kıymet şeklinde bir görünümünü oluşturup, türüne göre ortaklık, satış veya kira sözleşmesi niteliğinde olabilir.

Belirtmek gerekir ki karz-ı hasen sözleşmesi² de nakdî kredi niteliğinde bir fon kullandırma yöntemidir. Ancak bu sözleşmede diğer fon kullandırma yöntemlerinde olduğu gibi banka herhangi bir kâr elde etmemekte; karşılıksız borç vermektedir. İşte bu nedenle katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri üretim kredileri ve üretim dışı krediler olarak da sınıflandırılmakta, bankaların gelir sağladığı diğer yöntemler tüketim kredileri olarak adlandırılırken gelir elde etmediği karz-ı hasen yöntemi üretim dışı kredi olarak adlandırılmaktadır³.

1. Ortaklık Esasına Dayalı Olanlar

Katılım bankalarının ortaklık esasına dayanan fon kullandırma yöntemlerini oluşturan mudaraba ve muşaraka sözleşmeleri BankK m. 48/2’de anılan kâr ve zarar ortaklığı yatırımlarının kapsamına girmekte ve Kanun’un uygulanması bakımından kredi sayılmaktadır. BKİİY m. 19/c’de de katılım bankalarınca finansman sağlama yöntemleri arasında kâr-zarar ortaklığı yatırımlarına yer verilmiştir. BKİİY m.19/c’ye göre kâr-zarar ortaklığı yatırımı; *“katılım bankalarınca gerçek ve tüzel kişilerin tüm faaliyetlerinden veya belirli bir faaliyetinden veya belirli bir parti malın alım satımından doğacak kâr ve zarara katılmak üzere bu kişilere fon kullandırılması işlemidir. Bu yöntem ile fon kullandırmak için, fonu kullanacak olan gerçek ve tüzel*

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 75.

² Birinci Bölüm. II. C.

³ ÖZSOY, Katılım Bankacılığı, s. 63.

kişilerle ek-5'te yer alan örneğe uygun "Kar-Zarar Ortaklığı Yatırım Sözleşmesi" düzenlenir. Bankalar, fon kullandığı gerçek ve tüzel kişilerin kâr ve zararına, sözleşmede belirlenen oranlarda katılır."Kâr-Zarar Ortaklığı Yatırım Sözleşmesi"nde, bankaların kâr ve zarardan alacağı pay ve varsa alacağı teminatlar açıkça gösterilir. Bu sözleşmede, projenin kârlılığında bağımsız olarak önceden belirlenmiş tutarda kâr garanti edilmesine dair hükümler yer alamaz."

Bunun yanında BKİİY m. 19/e'de tanımlanan ortak yatırımlar da mudaraba veya müşaraka sözleşmesine vücut vermektedir. Söz konusu maddeye göre ortak yatırımlar; *"kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki sınırlamalar dikkate alınmak kaydıyla, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak ihtiyacı olan şirketlerin sermayelerine, taraflar arasında düzenlenecek sözleşme hükümleri çerçevesinde edinilecek ortaklık paylarının en fazla yedi yıl içinde halka arz yoluyla elden çıkarılması şartıyla, katılım bankalarınca iştirak edilmesi veya belirli bir yatırımın finansmanı amacıyla oluşturulacak fonlara katılınmasıdır. Sermayeye iştirak şeklindeki yatırımlar için düzenlenecek sözleşmelerde, sermayesine iştirak edilen şirketin yönetimi hususu başta olmak üzere tarafların hak ve yükümlülükleri ile sermayenin halka arz edilmesi sürecine ilişkin hükümlere yer verilmesi zorunludur."*

a. Mudaraba Sözleşmesi

Kâr ortaklığı olarak da adlandırılan mudaraba sözleşmesi, "rabbul mal" sıfatındaki bankanın belirli bir bedelin işletilmesi konusunda "mudarib" sıfatındaki müşteriye finansman sağladığı, müşterinin de bilgi ve emeğiyle işlettiği bu finansmandan elde ettiği kârı önceden belirlenmiş bir oranda bankayla paylaştığı

sözleşmedir¹. Banka girişilen iş sonucu herhangi bir kâr elde edilmemesinin yanında zarar edilmesine ilişkin riski de kural olarak üstlenmektedir². Başka bir deyişle, girişim sonucunda zarar edilirse bu zarara sermaye sahibi banka katlanacak, emeğini ortaya koyan müşteri ise emeğinin karşılığını alamamış olacaktır³. Ancak, girişim sonucu oluşan zararın bankanın sağladığı sermayeyi aştığı durumlarda bundan sermayeyi yöneten müşteri sorumludur⁴. Bu durumda bankanın azami zararı en fazla finanse ettiği miktarla sınırlıyken, müşteri oluşabilecek zarardan tüm malvarlığı ile sorumlu olur.

Belirtmek gerekir ki katılım bankası kâr elde edilmemesine, dolayısıyla kendisinin de bu kârdan belirlenen oranda pay alamamasına ilişkin riski en aza indirmek için finanse ettiği yatırımın kârlılığını, müşterinin etkinliğini, projenin uygunluğunu detaylı olarak araştırır⁵.

Mudaraba sözleşmesinde bankanın sermayesini, müşterinin ise emeğini ortaya koyması, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirdikleri adi ortaklık sözleşmesini akla getirmektedir. Zira, rabbul mal sıfatını haiz olan banka TBK m. 621’de öngörüldüğü şekilde katılım payı olarak belirli bir miktar parayı, mudarib sıfatını haiz olan müşteri de emeğini getirmektedir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere zarar edilmesi durumunda sermayeyi aşmayan zararın tümünden banka sorumlu iken, sermayeyi aşan zarardan müşteri tüm malvarlığı ile

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 80; TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 39; TUNÇ, s. 139.

² TUNÇ, s. 140; VURUCU/ARI, s. 279.

³ TİFTİK, s. 40; TUNÇ, s. 140; YANPAR, s. 144.

⁴ TİFTİK, s. 40.

⁵ BULUT, Halil İbrahim/ER, Bünyamin: Katılım Finansmanı Katılım Bankacılığı ve Girişim Sermayesi, İstanbul 2012, s. 148; VURUCU/ARI, s. 279.

sorumlu tutulmaktadır. Oysa adi ortaklıkta tüm ortakların sınırsız sorumluluğu asıl olup, bunun tek istisnası TBK m. 623'te belirtildiği üzere sadece iç ilişkide emeğini sermaye olarak koyan ortağın zarardan sorumlu olmayacağının kararlaştırılabilmesidir. Bu durum göz önünde tutularak mudaraba sözleşmesi, iç (gizli) ortaklık sözleşmesine benzetilmiştir¹. Zira iç ortaklık, ortakların dışa karşı bir ortaklık ilişkisi içerisinde olmayıp, ortaklığa ilişkin işlemlerin ortaklardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından kendi adına fakat tüm ortaklar hesabına gerçekleştirildiği adi ortaklık sözleşmesini ifade etmektedir². Aktif ortak işlemleri kendi adına yaptığından, dolaylı olarak temsil edilen gizli ortağın dışa karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamakta³, azami riski ortaklığa yatırdığı sermaye ile sınırlı kalmaktadır. Belirtmek gerekir ki gizli adi ortaklık ilişkisinin üçüncü kişilerce bilinmesi durumunda da gizli ortağın sorumluluğu doğmayacaktır⁴. Zira ortaklık iradesi gizli ortağın dışa karşı temsil edilmemesi yönündedir. Mudaraba sözleşmesinde de sermaye sağlayıcısı banka dışa karşı temsil edilmemekte, azami riski yatırdığı fonlarla sınırlı kalmakta, tıpkı iç ortaklıkta olduğu gibi, finansmanın banka tarafından sağlandığının üçüncü kişilerce bilinmesi bankanın sorumluluğunda bir değişiklik yaratmamaktadır⁵.

Sermaye sahibi olmayan girişimcinin emeğini ve tecrübesini ortaya koyarak sermaye sahipleriyle ortaklık kurmasını dikkate alan bir görüş de mudaraba

¹ BATTAL, Ahmet: Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999 (Anlış: Özel Finans Kurumları), s. 216.

² BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016, s. 142.

³ BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 217.

⁴ BARLAS, s. 145; ŞENER, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 147.

⁵ BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 217.

sözleşmesini bu yönüyle komandit ortaklığa benzetmektedir¹. Sınırlı sorumlu komanditer ortak gibi nakdî sermayeyi sağlayan banka, sınırsız sorumlu komanditer ortak gibi emeğini ortaya koyan ise müşteri olacaktır.

Görüldüğü üzere mudaraba sözleşmesi banka ve müşterisinin farklı sorumlulukları açısından iç ortaklık veya komandit ortaklık sözleşmesine benzetilebilir. Bununla birlikte ortaklığın temel unsurlarından biri olan affectio societatis başka bir deyişle, ortak amaç uğruna birlikte çaba harcama iradesi, bir adi ortaklık türü olan iç ortaklıkta komandit ortaklığa göre daha fazladır. Mudaraba sözleşmesinde ise banka gerekli sermayeyi belirli koşullar altında sağladıktan sonra pasif bir konuma geçmektedir. Söz konusu durum mudaraba sözleşmesini komandit ortaklık sözleşmesine yaklaştırmaktadır. Bununla birlikte komandit ortaklık sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesinden farklı olarak şekle tâbi olması, bir bankacılık sözleşmesi şeklinde imzalanan mudaraba sözleşmesini komandit ortaklık sözleşmesinden uzaklaştırmaktadır.

Mudaraba sözleşmesinde, müşteriye emanet edilen bir miktar paranın işletilmesi ile elde edilecek kârın müşteri ile banka arasında paylaşılması kâra (sonuca) katılmalı ödünç sözleşmesini² akla getirmektedir. Buna karşılık ödünç veren bankanın, kârın yanında zarara da katılması sözleşmenin hukuki niteliğini farklılaştırmaktadır. Zira

¹ DİKKAYA/KUTVAL, s. 42; YANPAR, s. 141.

² Kâra katılmalı ödünç sözleşmesinde ödünç veren, bir miktar paranın belirli bir amaçla kullanılmak üzere mülkiyetini ödünç alana devretmeyi, ödünç alan ise ödünç verene bu kullanımdan elde edeceği kârdan belirli bir pay vermeyi taahhüt etmektedir [KUNTALP, Erden: Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi, Ankara 1980 (Anılış: Sonuca Katılmalı Ödünç), s. 8].

kâra katılmalı ödünç sözleşmesinde zarar edilse dahi ödünç verene, ödünç verdiği miktar iade edilmektedir¹ .

Bu şekilde bazı yönleriyle iç ortaklık, bazı yönleriyle komandit ortaklık ve kâra katılmalı ödünç sözleşmesine benzetilebilen mudaraba sözleşmesi, ortaklık esasına dayalı bir karma sözleşmedir².

Mudaraba sözleşmesi Sermaye Piyasası Kanunu³ (SerPK) m. 3'te bir sermaye piyasası aracı olarak kabul edilen yatırım sözleşmeleriyle (risk sermayesi) benzerlik göstermektedir⁴. Yatırım sözleşmeleri bir işlem veya proje vasıtasıyla ortak bir girişime para yatırılmasını konu alan ve yatırımcının bu yatırımları nedeniyle üçüncü kişilerin çalışmaları sonucunda bir menfaat elde edeceğini ümit ettiği sözleşmedir⁵. Sermayedarlar ellerindeki fon fazlasını risk sermayesi şirketine aktarmakta, şirket de bu fonlarla kâr edeceği ümit edilen girişimcileri finanse etmektedir⁶. Söz konusu sözleşmede de mudaraba ortaklığında olduğu gibi girişimci emeğini ortaya koymakta, sermaye, yönetimi girişimciye ait olmak üzere⁷ kâr zarar ortaklığına dayalı olarak işletilmekte, ortaklık sonucu elde edilen kâr ise önceden belirlenen oranda paylaştırılmaktadır⁸. Ortaklık sonucunda zarar edilmesi halinde ise girişimcinin zararı

¹ KUNTALP, Sonuca Katılmalı Ödünç, s. 9.

² Mudarabanın bir tür şirketi ifade etmekle birlikte şirketten farklı yönler de taşıdığı, bu nedenle “yarı şirket” olarak değerlendirildiği yönünde bkz. TİFTİK, s. 43.

³ RG. 30.12.2012, S. 28513.

⁴ BULUT/ER, s. 156; TUNÇ, s. 161.

⁵ ADIGÜZEL, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2017, s. 134.

⁶ BULUT/ER, s. 157.

⁷ ADIGÜZEL, s. 156; TUNÇ, s. 161.

⁸ BULUT/ER, s. 157; TUNÇ, s. 159.

emeğinin karşılıksız kalması iken maddi zarar sermayedar tarafından karşılanmaktadır¹. Yatırım sözleşmesindeki sermayedar, risk sermayesi şirketi ve girişimcinin rollerini mudaraba sözleşmesinde, katılma hesabı sahipleri, katılım bankası ve mudarabı sıfatındaki müşteri üstlenmektedir². Bunun yanında yatırım sözleşmesi de mudaraba ortaklığı da menkul kıymetlerin işlem göreceği şekilde tesis edilebilecektir³. Tüm bu benzerliklerin bir sonucu olarak mudarabanın yatırım anlaşmalarının kökenini oluşturduğu söylenmiştir⁴. İş ortaklıklarının Müslüman tacirlerin Avrupalı tacirlere öğrettikleri faaliyetlerden biri olması hususu da bu görüşü destekler niteliktedir⁵.

Mudaraba sözleşmesi sınırlı ve sınırsız mudaraba olmak üzere iki şekilde uygulanabilmektedir⁶. Sınırlı mudaraba sözleşmesinde banka yatırımın yapılacağı işi belirli bir sektör, zaman veya mekanla sınırlandırmışken, daha sık rastlanan sınırsız mudaraba sözleşmesinde müşteri uygun gördüğü ve bankanın da onayına sunduğu herhangi bir alanda yatırım yapabilir⁷.

Sağlanan sermayeyi, emeği ve bilgisi ile işletecek olan müşteri bu konuda gerekli özeni gösterme yükümü altındadır. Söz konusu yükümlülüğünü ağır ihmaliyle yerine getirmemesi ise müşterinin bankaya karşı tazmin borcunu doğurur⁸. İhmal

¹ BULUT/ER, s. 159.

² BULUT/ER, s. 157.

³ ADIGÜZEL, s. 134; BULUT/ER, s. 159.

⁴ BULUT/ER, s. 161 vd.; TİFTİK, s. 36.

⁵ TUNÇ, s. 160.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TİFTİK, s. 47-48.

⁷ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 80; BULUT/ER, s. 146; OBAIDULLAH, s. 58; VURUCU/ARI, s. 279.

⁸ DİKKAYA/KUTVAL, s. 42; VURUCU/ARI, s. 279.

derecesinin belirlenmesinde müşteriden beklenen özenin derecesi ise subjektif ölçülere göre değil, benzer şartlar altında faaliyet gösteren makul bir kişiye göre objektif olarak tespit edilmelidir¹. Bu itibarla kişinin sahip olmadığı bilgi ve özel yetenek gerektiren bir işi, yetersizliğini bilebilecek iken üstlenmesi ağır ihmal olarak değerlendirilmelidir². Öyleyse bankanın sağladığı finansman ile bir iş üstlenen müşteri tacir sıfatını haiz ise basiretli bir tacirin özeniyle hareket etmeli, söz konusu özeni göstermemesinden kaynaklanan zararlarda ağır ihmalinin varlığı kabul edilirse bankaya karşı tazmin borcu doğmalıdır. Müşterinin ağır ihmali sonucu doğacak söz konusu sorumluluğu ise TBK m. 115 gereği önceden yapılan bir anlaşmayla bertaraf edilemez.

Görüldüğü üzere mudaraba, bankanın yaptığı tüm ön araştırmalara rağmen zarar etme riskini üstlendiği bir sözleşmedir. Bu nedenle mudaraba sözleşmelerine uygulamada pek rastlanmaz³. Nitekim mudaraba sözleşmesi global İslami bankacılık sözleşmelerinin yüzde onundan azını oluşturmaktadır⁴. Halbuki emek sermaye ortaklığına dayalı olan mudaraba sözleşmesi, İslami bankacılığın alt yapısını oluşturmaktadır⁵. Gerçekten de İslami bankacılık uygulaması denilince ilk akla gelen, bankanın yatırılan fonu kullanarak girdiği iş sonucu belirli bir kâr elde etmesi ve bu kârı kendisine fon sağlayan müşteri ile paylaşmasıdır⁶. Böylece; banka ile fon sağlayan müşteri arasındaki ilişkide müşteri rabbul mal, banka mudarib sıfatını haiz iken, kendisine mudaraba yöntemiyle fon kullandırılan müşteri ile banka arasındaki ilişkide

¹ EREN, Genel Hükümler, s. 602-603.

² OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, C. 2, s. 60, 61.

³ TUNÇ, s. 139; YANPAR, s. 144.

⁴ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 80.

⁵ BULUT/ER, s. 144; CANBAZ, s. 196; TUNÇ, s. 139.

⁶ ZARAKOLU, s. 7.

müşteri mudarib, banka rabbul mal sıfatını haiz olmaktadır¹. Ancak günümüz katılım bankacılığı uygulamasında banka kendisine yatırılan fonların sadece küçük bir kısmını mudaraba sözleşmesiyle değerlendirirken önemli bir kısmını aşağıda inceleyeceğimiz diğer fon kullandırma yöntemleriyle, özellikle de murabaha sözleşmesiyle değerlendirmektedir².

b. Muşaraka Sözleşmesi

Muşaraka sözleşmesinde banka belli bir yatırımın gerçekleşmesi için müşterisini finanse etmekte, müşteri de mudaraba sözleşmesinden farklı olarak nakdî sermayeye önceden belirlenen oranda katkı sağlamaktadır³. Kural olarak her iki tarafın da ortak amacın gerçekleşmesi için çaba göstermesi başka bir deyişle yatırıma emeğiyle katkıda bulunması söz konusudur⁴. Bunun sonucu olarak da bankaya yatırım üzerinde yönetim ve denetim yetkisi tanınmaktadır⁵. Yatırım sonucu elde edilen kâr, tarafların ortaya koydukları sermaye payları dikkate alınarak önceden belirlenen oranlarda paylaşılır⁶. Uygulamada işin yürütülmesinde daha fazla emeği geçen müşteriye bu emeği karşılığında bir ücret veya kârdan sermaye payına oranla daha fazla pay alma hakkı

¹ TUNÇ, s. 139.

² Mudaraba ve muşaraka sözleşmelerinin uygulamada tercih edilmeme nedenlerine ilişkin olarak bkz. YANPAR, s. 151-154.

³ BULUT/ER, s. 150; TUNÇ, s. 143; YANPAR, s. 145.

⁴ OBAIDULLAH, s. 59.

⁵ BULUT/ER, s. 151, 152.

⁶ YANPAR, s. 145; TUNÇ, s. 145.

tanınır¹. Yatırım sonucu zarar edilmesi durumunda ise banka ve müşteri zarara, koydukları sermaye payı oranının da katlanmakta², zararın koyulan sermayeyi aşması durumunda her ikisinin de tüm malvarlıklarıyla sınırsız sorumlulukları söz konusu olmaktadır³. Banka açısından yüksek risk taşıdığı için uygulamada muşaraka sözleşmesine sık rastlanmaz⁴.

Muşaraka sözleşmesinin hukuki niteliği adi ortaklıktır. Muşaraka sözleşmesini, temeldeki bu haliyle adi ortaklık sözleşmesinin bir görünümü olan salt sözleşmeye dayalı ortak girişimlere (joint venture) benzetmek mümkündür. Zira adi ortaklığın bir görünümü olan bu sözleşme türünde de birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin, belirli bir işi veya süreklilik arz eden bir faaliyeti kazanç elde etmek amacıyla gerçekleştirmesi ve faaliyetin risklerini birlikte üstlenmesi söz konusudur⁵. Muşaraka sözleşmesi de salt sözleşmeye dayalı ortak girişimde olduğu gibi belirli bir işi veya sürekli bir faaliyeti gerçekleştirmek amacıyla, proje veya işletme temelli kurulabilmektedir⁶.

Son yıllarda uygulamada “azalan muşaraka sözleşmesi” de akdedilmeye başlanmıştır. Azalan muşaraka sözleşmesinde, başlangıçta klasik muşaraka sözleşmesi şeklinde bir ortaklık oluşturulmakta, ancak bankanın sermayedeki payı, dolaylı olarak

¹ VURUCU/ARI, s. 281; YILMAZ, Osman Nihat: “Müşareke”, <http://islamekonomisi.org/musareke/> (son erişim: 28.07.2017).

² OBAIDULLAH, s. 59. Zararın tarafların koydukları sermaye ile orantılı paylaştırılması yönünde bkz. BULUT/ER, s. 151; TUNÇ, s. 144.

³ BULUT/ER, s. 165.

⁴ YANPAR, s. 149.

⁵ BARLAS, s. 284.

⁶ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 77; TUNÇ, s. 143.

da gelirdeki payı her yıl giderek azalmaktadır¹. Zira yapılan anlaşma gereği müşteri bankanın yatırımdaki paylarını düzenli olarak satın almaktadır². Payları satın alma müşterinin sözleşmeden doğan bir asli edim yükümlülüğüdür. Böylece sermayedeki payı zamanla artan müşteri sonunda yatırımın maliki olmaktadır³. Muşaraka sözleşmesinin bu türü sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan riskleri sürekli olarak taşımak istemeyen banka açısından da tercih sebebidir⁴. BKİİY m. 19/e’de düzenlenen ortak yatırımlar da azalan muşaraka sözleşmesinin bir örneğidir.

2. Satım Esasına Dayalı Olanlar

a. Murabaha Sözleşmesi

Sözleşme konusu mal veya hizmetin peşin alınıp, müşteriye vadeli fiyatı üzerinden satıldığı murabaha sözleşmesi⁵, katılım bankalarının satım esasına dayanan bir kredi yöntemi olup, BKİİY’nin 19. maddesinde kurumsal ve bireysel finansman desteği adı altında yer bulmuştur. Bunun yanında yine 19. maddede tanımlanan mal karşılığı vesaikin alım satımı yoluyla fon kullandırma işlemi de esasen gayrınakdî kredi niteliğinde bir akreditif işlemi olmasına rağmen murabaha yöntemiyle uygulanmakta ve nakdî kredi niteliğini de haiz olmaktadır⁶. Murabaha sözleşmesi ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹ ÖZSOY, Katılım Bankacılığı, s. 65; OBAIDULLAH, s. 61.

² DİKKAYA/KUTVAL, s. 43.

³ OBAIDULLAH, s. 61.

⁴ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 78.

⁵ CANBAZ, s. 191; DİKKAYA/KUTVAL, s. 43.

⁶ BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 254.

b. Bey Bitamam Acil Sözleşmesi

Bey bitamam acil sözleşmesi esasen ödemenin vadeli yapıldığı tüm satış türlerini ifade etmektedir¹. Sözleşme konusu mal veya hizmet tıpkı murabaha sözleşmesinde olduğu gibi banka tarafından satın alınmakta ve müşteriye vadeli olarak satılmaktadır². Bu noktada sözleşmenin murabaha sözleşmesinden farkı bankanın, mal veya hizmetin bedelini ve bununla birlikte vadeli satıştan elde ettiği kâr payını açıklamak zorunda olmamasıdır³. Bedelin ve kârın müşteriye açıklandığı durumlarda sözleşme aynı zamanda murabaha sözleşmesine vücut verebilir⁴.

Bedelin ve kârın müşteriye açıklanmadığı durumlarda ise musawama sözleşmesi söz konusu olacaktır. Bunun nedeni bankanın bedel konusundaki bilgisizliği olabileceği gibi bankanın bildiği bedeli ve kâr payını çeşitli nedenlerle müşteriyle paylaşmamak istememesi de olabilir⁵. Sözleşme bu özelliği ile mal veya hizmet bedelinin belirlenmesinin zor olduğu ve ana ürünün çok sayıda çeşitli üründen oluştuğu durumlarda kullanılmaktadır⁶. Örneğin, bankanın satıcıyla bir işbirliği içerisinde hareket ettiği durumlarda, malı gerçek bedelinin altına satın alması söz konusu olacak, malın piyasa değerinin tam bilinmemesi de musawaka sözleşmesine yer verecektir.

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, 88; YANPAR, s. 169.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 88.

³ OBAIDULLAH, s. 68; YANPAR, s. 169.

⁴ OBAIDULLAH, s. 68.

⁵ KILINÇ, Dilara: The Era Of Participatory Banking In Turkey, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011, s. 54. Oysa murabaha sözleşmesinin temel unsurlarından biri işlemin her iki tarafının işlem maliyetini ve kâr payını bilmesidir (OBAIDULLAH, s. 68).

⁶ KILINÇ, s. 55.

Bey bitamam acil sözleşmesi uygulamada Malezya’da bir tür îne satışını¹ ifade edecek şekilde kullanılmaktadır². Genellikle konut finansmanı için uygulanan sözleşmede müşteri bir bölümü peşin, kalan kısmı vadeli olmak üzere ev satın alır³. Müşteri söz konusu konutu bankaya satarak, elde ettiği parayı ev sahibine verir⁴. Banka ise satın aldığı konutu alış fiyatına belli bir kâr ekleyerek müşteriye geri satar ve müşteriye vadeli olarak borçlandırır⁵.

c. Selem Sözleşmesi

Belirli bir mal veya hizmetin⁶ bedelinin tamamının peşin ödendiği buna karşılık teslim veya ifanın ötelendiği⁷ selem sözleşmesi İslami bankaların satım esasına dayanan bir diğer kredi yöntemidir. Bu yöntemde işlem veresiye satışın tam tersi şekilde gerçekleşmektedir⁸. Kredi ihtiyacı olan üreticiye üretmeyi taahhüt ettiği malın bedeli

¹ Birinci Bölüm. III. A. 2. e.

² Sözleşme teorik olarak îne satışına benzese de işlemde üçüncü bir tarafın bulunması sözleşmenin niteliğini farklılaştırmaktadır (YANPAR, s. 169).

³ YANPAR, s. 171.

⁴ YANPAR, s. 171.

⁵ YANPAR, s. 172.

⁶ Selem sözleşmesi teorik olarak hem mal hem de hizmetlerin üretiminde ve sağlanmasında finansman aracı olarak kullanılabilse de uygulamada malların finansmanında kullanılmaktadır.

⁷ SERPAM Araştırma Notları: “İslami Finans”, http://serpam.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2012/09/Islami_Finans.pdf (son erişim: 05.08.2017), s. 5.

⁸ DİKKAYA/KUTVAL, s. 48.

peşin ödenmekte, teslimi ise vadeye kadar ertelenmektedir¹. Böylece, banka üreticiye finansman sağlamış olmaktadır. Banka da üreticiden vadede aldığı malı, peşin ödediği bedele kâr payını ekleyerek müşterisine satmaktadır². Selem sözleşmesiyle genellikle kısa vadeli fonlara ihtiyaç duyan küçük çiftçi ve tüccarlara finansman sağlanmaktadır³. Sözleşmede gelecekteki bir eşyanın satışı söz konusu olup, alıcı sıfatındaki banka miktar ve niteliğe ilişkin rizikoyu üstlenmektedir⁴.

Malın kalite ve miktarının bilinmemesi belirsizlik oluşturup, fahiş garara yol açacağından⁵, selem sözleşmesine konu malın kalite ve miktarı belirlenmiş olmalıdır⁶. Bununla birlikte, selem sözleşmenin kurulduğu anda sözleşme konusu mal henüz ortada yoktur. Ancak belirttiğimiz gibi⁷ aşırı risk içeren sözleşmelerin başka türlü karşılanamayacak bir ihtiyacı giderdiği durumlarda garara yol açmayacağı söylenmiştir⁸. O halde selem sözleşmesi de zorunlu bir ihtiyacı giderdiği hallerde garar oluşturmayacaktır. Bununla birlikte sözleşme belirlenmiş özel bir ürün veya belli bir arazinin ürünü üzerine de yapılamayacaktır⁹. Zira bu durumda söz konusu arazinin

¹ VURUCU/ARI, s. 281.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 92; VURUCU/ARI, s. 282.

³ OBAIDULLAH, s. 95.

⁴ ARAL, s. 67.

⁵ Belirtmek gerekir ki; kalite ve miktarı belirlenecek olan mal faiz yasağı gereği altın, gümüş gibi likit kıymetler olamayacaktır (SERPAM Araştırma Notları, s. 5; TUNÇ, s. 148).

⁶ TUNÇ, s. 150.

⁷ Birinci Bölüm. II. B.

⁸ GAMAL, s. 58.

⁹ YANPAR, s. 165.

gelecekteki durumu ve ürünün o araziden elde edilip edilemeyeceği belirsiz olacağından sözleşme garar oluşturmaktadır¹.

d. İstisna Sözleşmesi

İstisna sözleşmesi de tıpkı selem sözleşmesi gibi önceden belirlenen bir bedel karşılığında gelecekte üretilecek malın teslimini konu alan, satım esasına dayalı bir kredi yöntemidir². Bu sözleşmede yüklenici-üreticiye ödenecek bedel selem sözleşmesinde olduğu gibi işin yapılmasından önce peşin olarak ödenebileceği gibi, vadeli veya taksitli olarak da ödenebilmektedir³.

Sözleşmenin selem sözleşmesinden ayrıldığı iki temel nokta vardır. Bunlardan ilki bedelin selem sözleşmesinde olduğu gibi başlangıçta ödenmesinin zorunlu olmayıp vadeli veya taksitli olarak ödenebiliyor olmasıdır⁴. Diğerisi ise istisna sözleşmesiyle üretilecek malların piyasada hazır bulunmayan, bir inşaatın, yolun yapımı gibi belli bir proje çerçevesinde, uzun sürede üretilecek mallar olmasıdır⁵. Sözleşme TBK’da düzenlenen eser sözleşmesinin katılım bankacılığında bir fon kullandırma yöntemi olarak görünümüdür⁶.

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 93.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 95; VURUCU/ARI, s. 282.

³ KILINÇ, s. 59; TUNÇ, s. 150.

⁴ BAYINDIR, A., Faiz, s. 261; DİKKAYA/KUTVAL, s. 49.

⁵ DİKKAYA/KUTVAL, s. 50; GAMAL, s. 90; VURUCU/ARI, s. 282; TUNÇ, s. 150.

⁶ Eser sözleşmesi, TBK m. 470’te; yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Nitekim istisna sözleşmesinde de yüklenici konumundaki üretici,

İstisna sözleşmesinin katılım bankası tarafından uygulanışı iki aşamalı olarak gerçekleşir¹. İlk aşamada banka müşterisi, ihtiyaç duyduğu malın üretimi için bankaya başvurmakta ve banka ile müşteri arasında sözleşme konusu malın üretimi konusunda istisna sözleşmesi yapılmaktadır². İkinci aşamada ise, banka finansman sağlayıcı olur ve sözleşme konusu malın yapımını üstlenecek üretici-yükleniciyle istisna sözleşmesi kurulur³. Bankayla üretici-yüklenici arasındaki alt yüklenicilik sözleşmesi⁴ de paralel istisna sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁵. Banka paralel istisna sözleşmesi ile tedarik ettiği malın maliki olur ve müşteriye satar⁶. Eserin teslimi karşılığında müşteriden alınan bedel ile eserin yapımı için yükleniciye (alt yüklenici) ödenen bedel arasındaki fark da bankanın kârını oluşturmaktadır. Sözleşmeye konu malın üretilmesi veya farklı şekilde temin edilmesine ilişkin sorumluluk bankanın üzerindedir⁷.

özellikleri önceden belirlenmiş malı üretmekte, iş sahibi konumundaki banka ise bunun karşılığında kararlaştırılan bedeli ödemektedir.

¹ DİKKAYA/KUTVAL, s. 50; TUNÇ, s. 151.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 95; TUNÇ, s. 151.

³ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 96; TUNÇ, s. 151.

⁴ TBK m. 471/3'te eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı hallerde işi başkasına da yaptırabileceği belirtilerek yüklenicinin eserin tamamının veya bir kısmının yapımını üçüncü bir kişiye bıraktığı alt yüklenicilik sözleşmesine izin verilmiştir. TBK'nın genel hüküm niteliğindeki 83. maddesinde de borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlunun borcu şahsen ifa etmekle yükümlü olmadığı belirtilmiştir.

⁵ BAYINDIR, A., Faiz, s. 261; TUNÇ, s. 151.

⁶ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 96; TUNÇ, s. 151.

⁷ TUNÇ, s. 151.

Yüklenicinin borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmedeği durumlarda, yüklenici bankaya¹, banka ise müşteriye karşı sorumlu olmaktadır².

Türk katılım bankacılığı uygulamasında “avans proje sistemi” yoluyla müşteriler, tedarikçiler ile selem veya istisna sözleşmeleri kurabilmektedir. Söz konusu uygulamada ihtiyaç duyduğu ürünler için finansman sağlamak isteyen müşteri, projesiyle birlikte katılım bankasına başvurur. Projeyi onaylayan banka, proje için gerekli olan ürünlerin bedelini satıcıya öder. Proje sahibi müşteri ise bankaya vadeli fiyat üzerinden geri ödemedede bulunur. Satıcı bedeli bankanın müşteriye sağladığı finansman ile selem sözleşmesinde olduğu gibi peşin veya istisna sözleşmesinde olduğu gibi vadeli veya taksitler halinde almakta, daha sonra ise ürettiği ürünü müşteriye satmaktadır. Katılım bankasının kazancı ise ürün sağlayıcısına yaptığı ödeme için müşteriden aldığı kâr payıdır. Katılım bankası işlemin nakit avans niteliğinde olmaması ve faiz yasağına aykırılık oluşturmaması için çeşitli önlemler almaktadır. Bunlardan birincisi ürün bedelinin doğrudan doğruya satıcının hesabına ödenmesidir. Bir diğeri de satıcıyla yapılan, ödenen bedel karşılığında müşteriye ancak projede belirlenen malın verileceğine ilişkin anlaşmadır. Böylece müşteri ile satıcı arasında bir selem veya istisna sözleşmesi kurulur. Banka ile müşteri arasındaki sözleşme ise murabaha sözleşmesine benzemekte; ancak murabaha sözleşmesinden farklı olarak satıcı malın teslimini bedelin ödenmesinden sonra yapmaktadır.

¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017 (Anılış: Özel Hükümler), s. 612; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1011.

² BAYINDIR, A., Faiz, s. 261; EREN, Özel Hükümler, s. 614; VURUCU/ARI, s. 282; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1013.

e. Teverruk Sözleşmesi

Teverruk sözleşmesi bir malın taksitle alınıp peşin satılmasını konu alır¹. “Ters murabaha” olarak da adlandırılan² sözleşmede malı taksitli fiyatı üzerinden satın alan müşterinin amacı acil nakit ihtiyacını karşılamaktadır³. Sözleşme bu özelliği ile ödeme güçlüğü çeken banka müşterilerinin borçlarının yapılandırılmasında kullanılmaktadır⁴.

Ödeme güçlüğü çeken veya acil nakit ihtiyacı olan müşteri teverruk sözleşmesi talebiyle bankaya başvurmakta, talebi kabul eden banka da piyasada bulunan ve nakde dönüştürülmesi kolay değerli madenler olarak müşteriye vadeli satmaktadır⁵. Bu aşama bir malın peşin alınıp vadeli satılmasını konu alan murabaha sözleşmesini andırmaktadır⁶. Bundan sonraki süreçte ise müşteri söz konusu malı doğrudan veya banka aracılığıyla üçüncü kişiye peşin satar⁷. Böylece müşteri bankaya olan borcunu öderken veya acil nakit ihtiyacını karşılarken, banka da malı satın alma fiyatıyla müşteriye vadeli satma fiyatı arasındaki fark kadar kâr eder.

Teverruk sözleşmesi likidite fazlasını değerlendirmek isteyen banka ile bir diğer banka arasında da kurulabilir⁸. Bu halde ise elindeki fon fazlasını değerlendirmek

¹ SERPAM Araştırma Notları, s. 6. Teverruk sözleşmesi bu özelliği ile ters murabaha olarak da adlandırılmıştır. Zira burada bankanın murabaha sözleşmesinde yaptığı işlemin tam tersi müşteri tarafından gerçekleştirilmektedir (YANPAR, s. 172).

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 87; YANPAR, s. 172.

³ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 87; TUNÇ, s. 159.

⁴ SERPAM Araştırma Notları, s. 6.

⁵ DİKKAYA/KUTVAL, s. 53; YANPAR, s. 173.

⁶ TUNÇ, s. 159.

⁷ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 88; TUNÇ, s. 159; YANPAR, s. 174.

⁸ VURUCU/ARI, s. 283.

isteyen banka, müşterisi olduğu diğer bankaya kendi hesabına aldırıldığı malı vadeli olarak satmaktadır¹.

Teverruk sözleşmesi İslam hukukunca geçersiz olduğu söylenerek karşı çıkılan îne satışına oldukça benzemektedir. Ancak îne satışında alım satım yalnızca banka ve müşterisi arasında yapılırken, teverruk sözleşmesinde malın satın alındığı ve yeniden satıldığı üçüncü kişi bulunmakta, böylece işlem İslam hukuku açısından farklı değerlendirilmektedir².

Selem, istisna ve teverruk sözleşmeleri Türk bankacılık mevzuatında bu adlarıyla veya başka bir adla yer bulmamıştır. Ancak bu sözleşmeler nakdî kredi olarak nitelendirilebileceğinden BankK m. 48 kapsamında kalmaktadır³. Söz konusu sözleşmeler aynı zamanda emtia ticaretine vücut vermektedir; ancak katılım bankalarının emtia ticareti yapmasına izin verilmiştir (BankK m. 57/3). Nitekim teverruk sözleşmesi Türk katılım bankacılığı uygulamasında ödeme gücünü çeken müşterilerin borçlarının yapılandırılmasında kullanılmaktadır. Bunun yanında katılım bankaları, avans proje kapsamında selem ve istisna sözleşmelerinin kurulmasına aracılık etmektedir.

3. İcare Sözleşmesi

Kelime anlamı “kiralamak” olan icare⁴, günümüzde finansal kiralama şirketleri ve katılım bankaları tarafından finansal kiralama sözleşmesi şeklinde uygulanmaktadır¹.

¹ VURUCU/ARI, s. 283; TUNÇ, s. 158.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 88; YANPAR, s. 172.

³ Nakdî kredi niteliğinde olan işlemlerin BankK m. 48 kapsamında kaldığı, bunları kredi olarak niteleme yetkisinin Kurul’da olmadığı yönünde bkz. ŞİT, s. 183.

⁴ TUNÇ, s. 146; YANPAR, s. 160.

İcare sözleşmesi katılım bankalarının kiralama esasına dayalı olan sözleşmelerinden olup, murabahadan sonra en çok kullanılan yöntemdir². Sözleşmeye BKİİY 19/ç'de katılım bankalarınca finansman sağlama yöntemleri arasında finansal kiralama olarak yer verilmiştir.

Sözleşme, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (FFFK) m. 3'e göre; bir finansal kiralama sözleşmesine dayalı olmak koşuluyla, söz konusu kanun veya ilgili mevzuatı uyarınca yetkilendirilen kiralayan tarafından finansman sağlamaya

¹ Ayrıca bkz. BKİİY m. 19/ç. Söz konusu hükümde finansal kiralama sözleşmesi taşınır veya taşınmaz malların 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde, katılım bankası ile kalkınma ve yatırım bankası tarafından temin edilerek kiraya verilmesi olarak tanımlanmıştır. Hükümde atıf yapılan Kanun 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte mülga olduğundan halen anılan hükmün yorumunda 6361 sayılı Kanun göz önünde bulundurulacaktır. Bankacılık Kanunu m. 4'te belirtildiği üzere mevduat bankaları finansal kiralama işlemleri yapamaz. Bu nedenle mevduat bankaları finansal kiralama şirketi kurma yoluna gitmişlerdir.

² DİKKAYA/KUTVAL, s. 46; KURU, Hamza: Geçmişte ve Günümüzde Finansman Yöntemi Olarak Murabaha, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 43. Bununla birlikte sağlanan vergi avantajlarının 2007 yılında kaldırılmasıyla birlikte katılım bankalarının finansal kiralama uygulaması azalmıştır [Katılım Bankacılığı ve Faizsiz Finans Çalışma Raporu, http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Raporlar/Diger_Raporlar/13334calistay_raporu_24072014.pdf (son erişim: 30.10.2017), s. 39]. Nitekim Albaraka Türk Katılım Bankasının 2004 yılı verilerine göre diğer finansman sağlama yöntemlerinin arasında finansal kiralamanın oranı % 13 iken 2014 yılı verilerine göre % 4.5'tir (KURU, s. 44).

yönelik olarak bir malın mülkiyetinin kira süresi sonunda kiracıya devredilmesi; kiracıya kira süresi sonunda malın rayiç bedelinden düşük bir bedelle satın alma hakkı tanınması; kiralama süresinin malın ekonomik ömrünün yüzde sekseninden daha büyük bir bölümünü kapsaması veya finansal kiralama sözleşmesine göre yapılacak kira ödemelerinin bugünkü değerlerinin toplamının malın rayiç bedelinin yüzde doksanından daha büyük bir değeri oluşturması hâllerinden herhangi birini sağlayan kiralama işlemini ifade etmektedir. Bu tanımdan anlaşılaçağı üzere finansal kiralama sözleşmeleri sözleşme süresi sonunda malın mülkiyetinin kiracıya geçip geçmemesi, sözleşmenin süresi, kira süresince yapılan ödemelerin miktarı gibi çeşitli unsurlara göre değişiklik göstermektedir. Aynı Kanun'un 18. maddesinde ise finansal kiralama sözleşmesi kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiğı veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğı bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşme olarak tanımlamıştır.

Herhangi bir finansal kiralama sözleşmesini adi kira sözleşmesinden ayıran temel unsurlardan biri kiralayanın, kiralanacak malı kiracının talebi veya seçimi üzerine

temin etmesidir¹. Sözleşme bundan sonraki süreçteki uygulamalara göre türlere ayrılmaktadır. Bu ayrımlarda biri de faaliyet kiralaması ve finansal kiralama² ayrımıdır.

FFFK'nın tanımlar başlıklı 3/b maddesinde; finansal kiralama dışında kalan kiralamayı ifade ettiği söylenen faaliyet kiralamasında; kiracının geçici ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kurulmuş, kısa süreli bir sözleşme söz konusudur³. Bunun bir sonucu olarak da kira sözleşmesi sonunda ödenmiş olan toplam kira bedeli malın bedelinin sadece bir kısmını karşılamaktadır⁴. Bu tür finansal kiralamada kiracının dönem sonunda kira konusu malı satın alma yükümlülüğü bulunmamakta, mal genellikle kira sözleşmesi sonunda bankaya geri dönmekte, banka ise malı bir başkasına kiralamaktadır⁵. Böylece malın kira süresi sonundaki değerine ilişkin risk kiralayanın

¹ Ancak kiralayan söz konusu malı daha önceden mülkiyetine geçirmişse üçüncü kişiden temin etmesine gerek yoktur (EREN, Özel Hükümler, s. 469). Finansal kiralama sözleşmesiyle adi kira sözleşmesi arasındaki temel farklar için bkz. ESKİCİ, Mustafa Mürsel: Türkiye'de Katılım Bankacılığı Uygulaması ve Katılım Bankalarının Müşteri Özellikleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Manisa 2007, s. 65-66.

² Finansal kiralama, kiralama esasına dayalı olan ve ilgili kanunda kapsamı belirtilmiş sözleşmelerin genel adıdır. Ancak burada finansal kiralama kavramı, bir finansal kiralama türü olan faaliyet kiralaması kapsamına girmeyen diğer finansal kiralama işlemlerini kapsayacak şekilde özel bir anlamda kullanılmaktadır.

³ EREN, Özel Hükümler, s. 462; KIRMIZITAŞ, Türkan: 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 37.

⁴ AKIN, s. 158; ESKİCİ, s. 67.

⁵ ESKİCİ, s. 67; TUNÇ, s. 147.

üzerinde kalmaktadır¹. Söz konusu sözleşme bu özellikleriyle teknoloji hızla gelişen ürünlerin finansmanında tercih edilmektedir². FFFK'nın kapsam başlıklı 2. maddesinin 3. fıkrasında finansal kiralama şirketlerince yapılan faaliyet kiralaması işlemleri hakkında Kanun'un finansal kiralama işlemlerine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilerek faaliyet kiralaması kapsam dışında tutulmuştur.

FFFK'nın konu aldığı finansal kiralama sözleşmesi ise faaliyet kiralamasının aksine uzun süreli olup, kira konusu malın bedeli sözleşme süresi sonunda karşılanmaktadır³. Bunun bir sonucu olarak da sözleşme süresi sonunda sözleşme konusu malın mülkiyeti sembolik bir bedel karşılığında kiracıya devredilmektedir⁴.

Finansal kiralama sözleşmesi ile murabaha sözleşmesi arasındaki fark mülkiyetin kazanıldığı an bakımındandır. Murabahada mülkiyeti önceden edinilen malın bedeline ilişkin taksitlerin sonradan ödenmesi söz konusuyken, finansal kiralamada hali hazırda kullanılmakta olan malın taksitlerinin kira bedeli adı altında ödenip mülkiyetin sonradan kazanılması söz konusudur. Bu durumun doğal bir sonucu da finansal kiralama sözleşmesinde kira süresi boyunca doğabilecek risklerin bankaya

¹ ESKİCİ, s. 67; KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 46.

² KIRMIZITAŞ, s. 38; KOCAAĞA, s. 46.

³ EREN, Özel Hükümler, s. 462; KIRMIZITAŞ, s. 38; KOCAAĞA, s. 48.

⁴ AKIN, s. 215; ESKİCİ, s. 66; TUNÇ, s. 147; TOK, Katılım Bankaları, s. 81. Mülkiyetin kiracıya devri sözleşmenin zorunlu unsuru olmayıp, tarafların sözleşmede öngörebilecekleri bir unsurdur. (EREN, Özel Hükümler, s. 473). Bunun yanında malın kiralama dönemi sonundaki değerinin elverdiği durumlarda, mal yeniden kiralanabilmekte veya üçüncü şahsa satılabilmektedir (KOCAAĞA, s. 49).

ait olmasıdır¹. Ancak FFFK m. 24/5'te, malın sözleşme süresi içerisindeki hasar ve ziyandan sorumluluk kiracı-müşteriye bırakılmıştır.

Sözleşmenin murabaha sözleşmesinden bir diğer farkı da müşteri tarafından bankaya ödenecek bedele ilişkindir. Nitekim murabaha sözleşmesinde bankaya ödenecek bedel önceden belirlenmiş olup, bir indirim veya artırıma tâbi tutulamayacakken, finansal kiralama sözleşmelerinde esnek bir yapı söz konusu olup, kira bedelleri içinde bulunulan koşullara göre banka tarafından değiştirilebilmektedir².

Katılım bankalarınca yapılan finansal kiralama sözleşmeleri İslami bankacılık ilkeleri gereği birtakım farklılıklar taşınalıdır. Ancak uygulamadaki sözleşmelerin bu farklılıkları içerdiği söylenemez³.

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 97.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 97. Uygulamadaki finansal kiralama sözleşmelerinde de maliyeti etkileyen mevcut unsurların değişmesine bağlı olarak ödeme planının değişebileceği hususunda bkz. https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/kobi/sozlesmeler-ve-formlar/SozlesmelerVeFormlarArsivde/Finansal_Kiralama_Sozlesmesi_Genel_Islem_Sartlari_Bilgilendirme_Formu.pdf (son erişim: 30.10. 2017).

³ FFFK'da ve katılım bankalarının finansal kiralama sözleşmelerinde öngörülen çeşitli hükümler, icare sözleşmesinin gereklerinden ayrılmaktadır. Bunlardan ilki kira sözleşmesinin başlangıcıyla ilgili hükümlerdir. İslam hukukuna göre kiralamanın sözleşme konusu malın teslimi ile başlaması gerekir (BAFRA, İslami Bankacılık, s. 96; YANPAR, s. 161). Ancak FFFK m. 20'de sözleşme konusu mal kiracıya teslim edilmese dahi müşterinin sözleşmenin başlangıç tarihi olarak gösterilen tarihten itibaren kira bedellerini ödemekle yükümlü olduğunu belirtilmiştir. Aynı şekilde katılım bankalarınca hazırlanan sözleşmelerde de finansal

kiralama sözleşmesinin yürürlük şartları arasında sözleşme konusu malı teslimi gösterilmemektedir [bkz. <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1070.vsf> (son erişim: 30.10.2017)]. Bir diğer farklılık da ayıptan ve zapttan sorumluluğa ve sözleşme konusu mal üzerinde oluşabilecek diğer risklere ilişkin hükümlerden ileri gelir. İslam hukukuna uygun bir icare sözleşmesinde sözleşme konusu mala ilişkin riskler kira süresi içerisinde kiralayana ait olup, kiracıya kasıtlı davranışı haricinde sorumluluk yüklenmemektedir (BAFRA, İslami Bankacılık, s. 96; OBAIDULLAH, s. 89). Ancak FFFK, tarafların hak ve borçları başlıklı m. 24/5 ve 6'da sözleşme süresi içindeki hasar ve zıyaından kiracının sorumlu olduğunu, mala ilkin ayıplarla ilgili olarak da kiralayana başvurulamayacağını düzenlemiştir. Sözleşmelerde de malın teslim edilmemesinden, ayıp ve zaptından doğan tüm sorumluluğun kiracıya ait olacağı belirtilmiştir. [https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1070.vsf. (son erişim: 06. 12.2017)]. Sözleşme süresi sonunda malın müşteri tarafından satın alınma zorunluluğuna ilişkin hükümler de uygulamayı, icare sözleşmesinden ayırmaktadır. Zira İslam hukukuna uygun bir icare sözleşmesinde böyle bir zorunluluk öngörülemezken (BAFRA, İslami Bankacılık, s. 96; OBAIDULLAH, s. 83), İslami bankacılık uygulamasındaki bazı sözleşmelerde müşterinin kira süresi sonunda malı satın alma yükümlülüğüne ilişkin hüküm getirilmektedir. [bkz. https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/kobi/sozlesmeler-veformlar/SozlesmelerVeFormlarArsivde/Finansal_Kiralama_Sozlesmesi_Genel_Islam_Sartlari_Bilgilendirme_Formu.pdf (son erişim: 30.10.2017)]. Bununla birlikte FFFK'da böyle bir zorunluluk öngörülmemiş, yalnızca m. 23/1'de kiracının malın mülkiyetini satın alma hakkını haiz olabileceğinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda son olarak değinilmesi gereken nokta ise temerrüt durumuna ilişkindir. İcare sözleşmesinden bağımsız olarak tüm İslami bankacılık

4. Sukuk

Günümüz İslami sermaye piyasasının en çok tercih edilen yöntemi olup, önemi giderek artan sukuk¹, menkul kıymet haline getirilerek sertifikalar aracılığıyla piyasaya sürülen ticari varlığı ifade eder². Günümüz sermaye piyasasındaki bono ve tahvillerin İslam hukukuna uygun şeklini oluşturan sukuk, İslami bono ve tahvil olarak da tanımlanmaktadır³. Bununla birlikte, İslam hukukuna uygun yapısı gereği geleneksel bono ve tahvillerden ayrılmaktadır⁴.

sözleşmelerinde sözleşme bedelinin müşteri tarafından ödenmemesi veya ödemenin geciktirilmesi durumunda İslam hukuku sözleşmelerinin temelini oluşturan iki temel yasaktan biri olan riba yasağı gereği faiz talep edilemeyecektir. Ancak uygulamadaki sözleşmelerde bedelin ödenmesinde temerrüt durumuna ilişkin olarak gecikme cezası öngörülmüştür.

- ¹ SERPAM Araştırma Notları, s. 6; YANPAR, s. 203.
- ² BAYINDIR, S., İslami Finans, s. 98; ÖZEROĞLU, Ali İhsan: “Sukuk ve Türkiye’de Sukukun Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, TOD 2004, S. 19, s. 753.
- ³ TOK, Ahmet: İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukuk (İslami Tahvil) Uygulamaları, Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler, Ankara 2009, (Anılış: Sukuk), <http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/992> (son erişim: 22.12.2017), s. 13; TUNÇ, s. 152; YANPAR, s. 203; YILMAZ, Erdal: “Yeni Bir Finansal Araç Olarak Sukuk: Çeşitleri, Türkiye Uygulaması ve Vergilendirilmesi”, MUFAD 2004, S. 61, s. 83; Krş. ÖZEROĞLU, s. 753.
- ⁴ ÖZEROĞLU, 753; TOK , Sukuk, s. 13; TUNÇ, s. 152; YILMAZ, E., s. 83.

Sukuğu geleneksel bono ve tahvillerden ayıran temel nokta varlığa dayalı olarak çıkarılmasıdır¹. Nitekim geleneksel bono ve tahviller anonim şirketler veya devlet tarafından ödünç para bulmak amacıyla çıkartılmakta, sahibine de faiz içeren nakit akışı hakkı sağlamaktadır². Sukuk ise ticari bir varlığa dayalı olarak çıkartılmakta ve sahibine faizsiz bir nakit akışı hakkı ile birlikte menkul kıymetleştirilen değ er üzerinde mülkiyet hakkı sağlamaktadır³. Sukuğu n sağ ladı ğ ı bu faizsiz nakit akışı hakkı da faiz yerine kâr payı verilmesiyle sağ lanmaktadır⁴. Bunun bir sonucu olarak da belirli bir kâr garanti edilmemektedir⁵.

Sukuğu n bu şekilde varlığa dayalı olarak çıkarılmasının onu tahvilden ayıran bir diğ er sonucu da ancak gerç ek bir ticari iliş kiye dayalı olmasıdır⁶. Bu durum İslami bankacılıkta yalnızca reel ekonomik faaliyetlerin finanse edilip nakit kredi kullandırılmamasının⁷ sukukla ilgili sonucudur.

Sukuk, menkul kıymetleştirilen değ er üzerinde sağ ladı ğ ı mülkiyet hakkıyla birlikte önceden belirlenmiş bir kârı garanti etmemesiyle, diğ er bir menkul kıymet türü olan hisse senetlerine de benzetilebilir⁸. Ancak hisse senedi sahibine, sürekli ortaklık

¹ DİKKAYA/KUTVAL, s. 163; TOK, Sukuk, s. 13; TUNÇ, s. 152.

² ÖZEROĞ LU, s. 753; TOK, Sukuk, s. 13; YILMAZ, E., s. 83.

³ TOK, Sukuk, s. 13.

⁴ ÖZEROĞ LU, s. 753; TOK, Sukuk, s. 13; YILMAZ, E., s. 83.

⁵ YILMAZ, E., s. 83.

⁶ TOK, Sukuk, s. 14; TUNÇ, s. 152.

⁷ VURUCU/ARI, s. 274.

⁸ YILMAZ, E., s. 83.

hakkı sağlamaktayken sukuk, sadece sukuğa konu olan varlık üzerinde sınırlı bir süreyle mülkiyet hakkı sağlamaktadır¹.

Sukuğun varlığa dayalı menkul kıymetlerle olan ilişkisi de açıklanmalıdır. Varlığa dayalı menkul kıymet, çok sayıda küçük kredi veya alacakların biraya getirilerek bir havuz oluşturulması, havuzda yer alan alacaklar karşılık gösterilerek menkul kıymet çıkarılması, bunların yatırımcılara satılması ve havuzda yer alan alacakların borçlular tarafından geri ödenmesi sonucu elde edilen nakit akımları ile ihraç edilen menkul kıymetlerin anapara ve faizlerinin yatırımcılara ödenmesi işlemidir². Sukukta da varlıkların menkul kıymetleştirilmesi söz konusudur³. Varlığa dayalı menkul kıymet ihracında teminat gösterilen işletmelerin alacakları iken sukukta işletmenin malvarlığıdır⁴. Zira sukuk, dayanağını bir menkul veya gayrimenkul, bir hizmet veya üçüncü kişiler tarafından onaylanmış bir proje ile bazı şekillerde kayıt altına alınmış bir mülkiyet hakkından alır⁵. Sukukta menkul kıymetleştirme yapılırken

¹ Bu durumun bir gereği olarak da sukuk sahibi kimse hisse senedinin sağladığı ortaklık hakkının sonucu olan şirket yönetimine katılma, oy kullanma, rüçhan gibi hakları haiz olamayacaktır (YILMAZ, E., s. 83).

² TOK, Sukuk, s. 53.

³ BAFRA, Erdem: İslami Bankacılıkta Sukuk (Kira Sertifikaları) ve Uygulaması, Ankara 2016 (Anılış: Sukuk), s. 58; TOK, Sukuk, s. 14.

⁴ ÇELİK, Serkan/KAYA, Ferudun: “Sukuk”, Katılım Bankacılığı, İstanbul 2017 (editör: Feridun Kaya), s. 167.

⁵ ADIGÜZEL, s. 203.

faizli alacaklar esas alınmayacaktır¹. Bu nedenle sukuk için varlığa dayalı menkul kıymetleştirme değil varlık temelli menkul kıymetleştirme denilmektedir².

Sukuk uygulaması özel amaçlı kurumlar (Special Purpose Vehicle/SPV) aracılığıyla yürütülmektedir. Alacak portföyüne sahip olan şirketler, portföylerini SPV'ye devretmekte, SPV ise bu portföyleri menkul kıymete dönüştürmektedir³. Söz konusu menkul kıymetlerse yatırım bankaları tarafından yatırımcılara ulaştırılmaktadır⁴. Ancak bu işlemin yatırım bankalarınca yapılması bir zorunluluk değildir. Zira Bankacılık Kanunu m. 4'te mevduat ve katılım bankalarının kendileri için yasaklanan işlemler haricinde tüm bankacılık işlemlerini yapabilmesine izin verilmiştir⁵. Nitekim uygulamada da sermaye piyasası araçlarının alım satım işlemleri, mevduat ve katılım bankalarının yatırım işlemleri arasında yer almaktadır. Bu kapsamda katılım bankalarının sukuk uygulamasındaki bir rolünün SPV tarafından çıkarılan menkul kıymetlerin yatırımcılara ulaştırılması olduğunu söyleyebiliriz.

Katılım bankalarının sukuk uygulamasındaki bir diğer rolü de portföy işletmeciliğidir. Portföy işletmeciliği yapan banka, diğer kurumların çıkardığı sukuklardan satın alarak⁶ bunları yatırım yapmak isteyen müşterinin vekili sıfatıyla, belirlenen risk-getiri tercihi doğrultusunda değerlendirmektedir⁷.

¹ ADIGÜZEL, s. 203; BAFRA, Sukuk, s. 59.

² ADIGÜZEL, s. 203.

³ TOK, Sukuk, s. 14; YANPAR, s. 205.

⁴ TOK, Sukuk, s. 14.

⁵ TEKİNALP, s. 20.

⁶ DİKKAYA/KUTVAL, s. 65.

⁷ GÜNDOĞDU, s. 42.

Sukuk ayrı bir İslami sözleşme türü olmayıp, yukarıda incelediğimiz sözleşmelerin menkul kıymete dayalı bir tür uygulanış biçimini ifade etmektedir. Bu kapsamda hemen her İslami bankacılık sözleşmesi için elverişli olan sukuk, icare sukuk, mudaraba sukuk, muşaraka sukuk, selem sukuk gibi genellikle esas aldığı sözleşmenin türüne göre isimlendirilmektedir¹. Sukuk türleri arasında uygulamada en sık bilinen ve tercih edilen ise icare sukuktur².

İcare sukuk, katılım bankalarınca kira sertifikası adıyla müşterilere sunulmaktadır. Kira sertifikası SerPK m. 61'de her türlü varlık veya hakkın finansmanını sağlamak amacıyla varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen ve sahiplerinin bu varlık veya haklardan elde edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan, nitelikleri Kurulca belirlenen sermaye piyasası araçları olarak tanımlanmıştır.

İcare sukukta kaynak kuruluş, SPV ve yatırımcı-müşteri olmak üzere üç taraf bulunmaktadır³. SPV icare sözleşmesinin bir gereği olarak varlık kiralama şirketi (VKŞ) olmalıdır⁴. VKŞ ise SerPK m. 61/2'de münhasıran kira sertifikası ihraç etmek üzere kurulan anonim ortaklıklar olarak tanımlanmıştır. Uygulamada ise katılım bankaları kendi bünyelerinde bir varlık kiralama şirketi kurarak SPV görevini üstlenmektedir. Taraflar arasındaki ilişki ve sistemin işleyişi ise aşağıdaki gibidir⁵:

¹ SERPAM Araştırma Notları, s. 6; TUNÇ, s. 154; YANPAR, s. 215.

² ÖZEROĞLU, s. 753; TOK, Sukuk, s. 16; YANPAR, s. 205.

³ TUNÇ, s. 155-159; YANPAR, s. 206.

⁴ BAFRA, Sukuk, s. 129.

⁵ BAFRA, Sukuk, s. 134; TOK, Sukuk, s. 16-17; YILMAZ, E., s. 94-95; YANPAR, s. 206-207.

İlk aşamada nakit ihtiyacı olan kaynak kuruluş, sukuğa konu olacak varlığı daha sonra geri alma şartıyla VKŞ'ye satar. VKŞ ise varlığın bedelini karşılayacak miktarda sukuk oluşturur ve bunları yatırımcılara devreder. Böylece VKŞ kaynak kuruluşu olan borcunu da ödemiş olur. Daha sonraki aşamada kaynak kuruluş, menkul kıymetleştirilen varlığı, VKŞ'den kiralar. Kaynak kuruluş tarafından düzenli olarak ödenen kira bedelleri ise sukuk sahiplerine payları oranında dağıtılır. Bu uygulama sözleşme süresince devam eder. Belirlenen süre sonunda ise kaynak kuruluş anlaşmada belirlenen bedel üzerinden söz konusu varlığı VKŞ'den geri satın alır. Satış bedeli ise yatırımcılara kira sertifikası anapara ödemesi olarak payları oranında dağıtılır.

Görüldüğü üzere söz konusu sistemde kaynak kuruluş, malın ilk satışıyla birlikte nakit ihtiyacını karşılamakta, yatırımcılar ise devraldıkları sukuk ile faiz yerine düzenli bir kira bedeli elde etmekte, vade sonunda ise varlığın tekrar kaynak kuruluşu satışıyla anapara ödemesi almaktadır¹.

B. Gayrınakdî Kredi Niteliğinde Olan Finansman Yöntemleri

Gayrınakdî krediler bankanın müşterisi lehine üçüncü kişilere karşı sorumluluk üstlendiği kredilerdir². Bu kredilerde banka, kredi alanın üçüncü kişiye karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borcu ifa etmemesinden doğan riski üstlenmeyi taahhüt ederek satın alma gücünü devretmektedir³. Bankacılık Kanunu m. 48/1'de bankalarca verilen teminat mektuplarının, kontrgarantilerin, aval, ciro, kabul gibi gayrınakdî kredilerin ve bu niteliği haiz taahhütlerin bu kapsamda yer alacağı belirtilmiştir. Öyleyse ismen sayılanlar dışında kalan taahhütler de “diğer banka taahhütleri”

¹ <http://islamekonomisi.org/kira-sertifikasi-sukuk/> (son erişim: 27.08.2017).

² GÜRSES, s. 19.

³ ŞİT, s. 140.

kapsamına girecek ve Kurul tarafından kredi olarak kabul edilmelerine gerek olmaksızın kanun gereği gayrınakdî kredi sayılacaktır¹.

Katılım bankalarının gayrınakdî kredi işlemleri mevduat bankalarından nakdî kredilerde olduğu ölçüde farklılaşmamaktadır. Bu durumda gayrınakdî kredinin garanti işlevi² görmesi rol oynamaktadır. Katılım bankaları teminat mektubu, akreditif, aval, kabul gibi işlemleri büyük ölçüde mevduat bankaları gibi uygulamaktadır. Bununla birlikte gayrınakdî krediye konu işlemin İslam hukukunca yasaklanmamış olmasının aranması, temerrüt durumunda faiz yerine gecikme cezası öngörülmesi gibi katılım bankalarına özgü farklılıkları da belirtmek gerekir.

Katılım bankacılığında en sık kullanılan gayrınakdî krediler teminat mektupları ve akreditiflerdir³. Bir banka garantisi türü olan teminat mektuplarında banka, müşterisinin istemi üzerine, müşteriyle hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye müşterinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya korkulan bir olayın gerçekleşmesi halinde belli bir miktara kadar ödemeyi garanti etmektedir⁴. Akreditif ise bankanın, müşterinin talimatı çerçevesinde müşterinin ad ve hesabına ödemedede bulunma yetkisini, buna karşılık lehtarın da süresi içinde ve şartlara uygun bir tarzda akreditif talimatında öngörülen belgeleri ibraz etmesi ve uygunluk şerhi verilmesi kaydıyla ödemeyi talep etme yetkisini kazandığı bir tür havaledir⁵. Akreditif mesafeli satışlarda malı temsil eden belgeler aracılığıyla edimlerin karşılıklı ve aynı anda ödenmesine hizmet ederek, taraflar arası güven problemini çözmekte, bu sebeple de

¹ ŞİT, s. 141.

² Gayrınakdî kredilerin garanti işlevine dair bkz. TEKİNALP, s. 509.

³ TOK, Katılım Bankaları, s. 88.

⁴ TEKİNALP, s. 513.

⁵ TEKİNALP, s. 552.

genellikle dış ticarete kullanılmaktadır¹. Belirtmek gerekir ki Bankacılık Kanunu m. 57/3'e göre, mevduat bankaları için öngörülen emtia ticareti yasağına tabi olmayan katılım bankaları, akreditif uygulamasında hem ithalatçı hem de banka pozisyonunda yer alabilir².

Katılım bankaları mal karşılığı vesaikin alım satımı ile fon kullandırma işlemini murabaha yöntemiyle uygulayarak esasen gayrınakdî kredi niteliğini haiz akreditif işlemine nakdî kredi niteliği de kazandırmaktadır³. Söz konusu yöntem, bu nedenle “yurt dışı murabaha” olarak da isimlendirilmektedir⁴. Gerçekten de akreditif açtıran kişi akreditif bedelini kural olarak bankaya nakit yatırsa da, Türk bankacılık uygulamasında banka, kendisinden akreditif talep eden müşterisine nakdî kredi de açabilmektedir⁵. Bu nakdî kredi katılım bankalarınca murabaha yöntemiyle kullandırılmaktadır.

¹ DOĞAN, Vahit: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2016, s. 5.

² TOK, Katılım Bankaları, s. 96.

³ *Battal* söz konusu yöntemi “finansmanlı akreditif usulü” olarak adlandırmıştır (BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 254).

⁴ TOK, Katılım Bankaları, s. 85.

⁵ DOĞAN, V., s. 24.

İKİNCİ BÖLÜM

FINANSMAN DESTEĞİ (MURABAHA) SÖZLEŞMESİNİN TANITILMASI

En basit haliyle peşin alınan bir malın vadeli olarak satılmasını ifade eden¹ murabaha sözleşmesi, diğer İslami bankacılık sözleşmelerine göre çok daha az risk içermesi ve pratik olması nedeniyle en çok tercih edilen fon kullandırma yöntemidir². Son zamanlarda müşteri tercihlerinin de küçük çaplı yatırımlardan ziyade ihtiyaç duyulan mallara ilişkin finansman sağlamaya yönelik olarak değişmesi de bu tercihi etkilemiştir³. Zira modern çağda mal ve hizmetlere ulaşımın kolaylaşması insanları bu mal ve hizmetlerden yararlanmak amacıyla borç alacakları kurumlar aramaya yönlendirmiş, bu nedenle kâr zarar ortaklığı kredileri yerine murabaha gibi tüketime yönelik krediler rağbet görmeye başlamıştır⁴.

Katılım bankalarının bu kapsamda daha az risk içeren, göreceli olarak pratik ve günümüz kişilerinin ihtiyaçlarına cevap veren murabaha sözleşmesini daha çok tercih etmesi de anlaşılabilir bir durumdur. Ancak burada eleştirilen nokta, kâr zarar ortaklığına dayalı ve kalkınmaya yönelik yatırımlar yapacaklarına ilişkin idealist söylemlerle yola çıkan katılım bankalarının fonlarının % 90'nın üzerinde bir miktarını murabaha sözleşmesi ile kullandırırken, kâr zarar paylaşımını esas alan diğer sözleşme

¹ CANBAZ, s. 191; DİKKAYA/KUTVAL, s. 43; ESKİCİ, s. 64.

² CEBECİ, İsmail: Modern İslam Literatüründe Murabaha Tartışmaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 4, s. 50.

³ CEBECİ, s. 2.

⁴ CEBECİ, s. 2.

türlerinden bir kısmına cüzi miktarda, bir kısmına ise hiç yer vermemesidir¹. Nitekim günümüzde katılım hesaplarıyla büyük ölçüde mudaraba yöntemiyle fon toplayan katılım bankaları topladığı fonları murabaha ile dağıtmaktadır². Bu durum idealist söylemleri gereği kâr-zarar paylaşımı esasına göre faaliyet göstermesi gereken katılım bankalarını üretim süreci içerisindeki pasif bir duruma sokarak mevduat bankalarına yaklaştırmaktadır³.

Satım esasına dayalı murabaha sözleşmesi, tarihsel süreç içinde değişik şekillerde uygulanmıştır. Satın alınacak malı belirleyen taraf, malın ilk sahibiyle müşteri arasındaki ilişki, malın devrine ilişkin yöntemler zaman içinde farklılık göstermiştir. Günümüzde yasal düzenlemeler de murabahaya yön vermektedir. Bankacılık Kanunu kapsamında bir kredi türü olan murabaha sözleşmesi BKİİY’de “kurumsal ve bireysel finansman desteği” adıyla yer bulmuştur. Daha öncesinde ise Hazine ve Dış Ticaret Müştaşarlığı’nın 1984 tarihli Tebliğinde⁴ “üretim desteği” adı altında düzenlenmiştir.

¹ CEBECİ, s. 3. Nitekim Albaraka Türk Katılım Bankası’nın 2014 yılı verilene göre banka fonlarının % 94’e yakın bir kısmı murabaha sözleşmesiyle kullanılırken fonların yaklaşık % 5’lik kısmı icare % 2’lik bir kısmı ise muşaraka sözleşmesiyle kullanılmıştır (KURU, s. 43).

² YANPAR, s. 154.

³ ERTÜRK, Ahmet: “Tarihsel ve Toplumsal Perspektiften Türkiye’de Faizsiz Finans Tecrübesi”, Türkiye’de Özel Finans Kurumları Teori ve Uygulama, İstanbul 2000, s.143, 144.

⁴ Birinci Bölüm. I.

I. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ İÇERİSİNDE MURABAHA

A. Klasik Murabaha Sözleşmesi

Artma, kâr, ticari kazanç anlamındaki “ribh” kökünden türeyen murabaha kelimesi kazandırma, kâr anlamına gelmektedir¹. Artma, kâr, ticari kazanç anlamındaki “ribh” kökünden türeyen murabaha kelimesi kazandırma, kâr anlamına gelmektedir². Başka bir deyişle murabaha sözleşmesi satıcının satıştan elde ettiği kâr konusunda alıcıyı bilgilendirdiği bir tür satış sözleşmesidir. Gerçekten de İslam hukukunda bey, yani satış sözleşmesi alıcının satın konusu malın maliyetini bilip bilmemesine göre ikiye ayrılmakta, satıcının malın maliyetini bildiği satış sözleşmeleri fiyatın satın konusu malın bedel veya maliyetinden düşük veya yüksek olmasına göre vadia ve murabaha olarak isimlendirilmektedir³.

Klasik murabaha sözleşmesindeki alıcının, satıcının satış konusu malı satın aldığı ilk satıcıyla herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁴. Söz konusu durum klasik murabaha sözleşmesini modern murabaha sözleşmesinden ayıran en önemli noktalardan biridir⁵.

Klasik murabaha satıcının alıcıya malı satın aldığı fiyat ve maliyeti hakkında bilgi vererek satıştan elde edeceği kârı açıkladığı iki taraflı bir satış sözleşmesini ifade etmektedir. Bu kapsamda İslam hukukuna uygun bir satış sözleşmesinde aranan tüm

¹ DÖNMEZ, İbrahim Kâfi: “Murabaha”, İslam Ansiklopedisi 2006, C. 31 (Anılış: Murabaha), s. 148.

² CEBECİ, s. 30; KURU, s. 7; DÖNMEZ, Murabaha, s. 148.

³ DÖNMEZ, Murabaha, s. 149.

⁴ CEBECİ, s. 30; DÖNMEZ, Murabaha, s. 148.

⁵ CEBECİ, s. 36.

esaslı şartlar murabaha sözleşmesinde de aranır¹. Bunun yanında İslam hukukuna uygun bir murabaha sözleşmesi, başka şartlar da taşımalıdır².

¹ CEBECİ, s. 30. İslam hukukuna uygun bir satım sözleşmesinin şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. DÖNDÜREN, Hamdi: Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, İstanbul 2010 (Anılış: İlmihal), s. 117 vd.

² Söz konusu şartları şu şekilde sıralayabiliriz; 1. İlk satım sözleşmesinin geçerli olması: Murabaha sözleşmesi malın önceki satım bedeli esas alınarak yapılan bir sözleşme olduğundan satıcının murabahaya konu malı hukuka uygun bir şekilde etmiş olması gerekir. (Dönmez, Murabaha, s. 149). 2. Malın alış fiyatının bilinmesi: Murabaha sözleşmesinin unsurlarından biri de alıcının satıcının malı ilk satıcıdan aldığı bedeli bilmesidir (CEBECİ, s. 31; DÖNMEZ, Murabaha, s. 149). Söz konusu şart aslında sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan ve satımdan elde edilecek kârın bilinmesi için gerekli olan bir durumdur. Bu noktada değinmemiz gereken bir husus da satıcının sözleşme konusu malı satım yoluyla değil de miras, hibe vasiyet gibi ivazsız bir yolla iktisap ettiği durumlarda murabaha sözleşmesi kurulmasının mümkün olup olmadığıdır. İslam hukukunda mülkiyeti ivazsız bir şekilde kazanılan malların da piyasa değeri belirlenerek murabahaya konu olabileceği söylenmiştir. (CEBECİ, s. 32; DÖNMEZ, Murabaha, s. 149). 3. Satıcının elde edeceği kârın bilinmesi: Söz konusu kâr en basit haliyle satıcının malı satın aldığı fiyatla alıcıya sattığı fiyat arasındaki farktır. Belirtmek gerekir ki klasik murabaha sözleşmesinde malın satıcı tarafından alındığı fiyatın ve satıcının kârının bilinmesi taraf iradelerinin kesin olarak uyuşmasını gerektiren bir esaslı unsurdur. Nitekim satıcının malı satın aldığı fiyat veya malın maliyetiyle ilgili yanlış bir bilgi vermesi de sözleşmeye bağlanacak hükümleri etkilemektedir (DÖNMEZ, Murabaha, s. 150). 4. İlk sözleşmenin riba oluşturacak mallara ilişkin bir değişimle gerçekleşmemesi: Klasik murabaha sözleşmesine ilişkin söz konusu şart ilk sözleşmenin fazlalık ribası

B. Modern Murabaha Sözleşmesi Olarak Finansman Desteği

1. Sözleşmenin Bir Fon Kullandırma Yöntemi Olarak Ortaya Çıkışı

Modern anlamda murabaha uygulamasının İslami bankacılığın ortaya çıkmasıyla başlayıp onunla paralel bir şekilde geliştiği söylenebilir¹ murabaha daha öncesinde klasik anlamı dışında Osmanlı para vakıflarında da tercih edilen bir uygulama olmuştur. Söz konusu vakıflar Osmanlı döneminde sermaye dağıtım işlevi üstlenmiş, finansal sıkıntılara karşı nakit ve kredi ihtiyaçlarını karşılayarak toplumu tefeciliğe karşı korumuştur². Para vakıfları finans sağlamaya yönelik bu faaliyetlerini günümüz katılım

içermemesine yöneliktir (CEBECİ, s. 33). Bu durumda ilk sözleşmede alışveriş ribasını ele alan hadisteki malların hadiste ifade edildiği gibi değişimi söz konusu değilse buna bağlı olarak murabaha sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Zira bu durumda ilk sözleşmede elde edilen fazlalık kâr değil, riba olarak değerlendirilecektir. (CEBECİ, s. 33; DÖNMEZ, Murabaha, s. 149). 5. İlk sözleşmedeki semenin standart mallardan olması: Bu şart, malın ilk alış fiyatının tartışmasız olarak belirlenebilmesiyle ilgilidir. İlk bedelin para veya diğer standart mallardan olması durumunda malın değeri tartışmaya yer vermeyecektir. Ancak ilk bedelin değeri kişiden kişiye değişen elbise, hayvan, arazi gibi kıyami (misli-standart olmayan) mallardan olması durumunda bir belirsizlik ortaya çıkacaktır (CEBECİ, s. 32). Söz konusu belirsizlik ise sözleşmenin unsurlarına ilişkin bir bilgi eksikliği yaratarak garara yol açacak ve murabaha sözleşmesini geçersiz kılacaktır.

¹ CEBECİ, s. 22.

² ÇİFTÇİ, Cafer: 18. Yüzyılda Bursa Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri, TAD 2004, C. 23, S. 36, s. 81.

bankaları gibi İslam hukuku sözleşmelerini kullanarak yerine getirmeye çalışmıştır¹. Bu kapsamda mudaraba, muşaraka, murabaha gibi yöntemler tercih etmişlerdir². Yani para vakıfları da finansman sağlamak amacıyla peşin fiyatıyla aldıkları malı vadeli olarak satmıştır.

Osmanlı para vakıflarının finansman sağlama yöntemlerinin anlatıldığı literatürde murabaha yöntemi “muamele-i şer’iyye” (îne satışı)³ denilen işlemleri de kapsayacak şekilde ifade edilmiştir⁴. Bunun nedeni Osmanlı döneminde murabaha kelimesinin muamele-i şer’iyye’nin karşılığı olarak kullanılmasıdır⁵. Para vakıflarında sıkça kullanılan muamele-i şer’iyye murabaha sözleşmesinden farklıdır. O halde vakfın elindeki sermayeyi önceden belirlenmiş bir getiriyi sağlamaya yönelik olarak değerlendirdiği her yöntem murabaha olarak ifade edilmemelidir⁶. En azından murabaha

¹ KURU, s. 23; KURT, İsmail: “Para Vakıfları ve Davut Paşa Mahkemesi’nde Kayıtlı Para Vakfiyeleri”, Prof. Dr. Sacit Adalı’ya 65. Yaş Armağanı, İstanbul 2010, s. 191

² KURT, İ., s. 191; KURU, s. 24.

³ İne satışının meşru şekli için kullanılan muamele-i şer’iyye sözleşmesi alıcıya veresiye olarak satılan malın, alıcıdan daha az bir bedelle peşin olarak alınmasını ifade etmektedir. Nitekim bu işlem sonucunda alıcı nakit para, satıcı (vakıf) ise veresiye sattığı bedelle peşin aldığı bedel arasındaki fark kadar kâr elde etmiş olmaktadır (AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 91; KURT, İ., s. 196).

⁴ Muameleyi Şer’iyye işlemlerinden murabaha kapsamında bahsedilmesine örnek olarak bkz. KAYAHAN, Cantürk/ GÖRKAŞ, İrfan: Osmanlı Dönemi Kalkınmanın Finansman Aracı Olarak Para Vakıflarının Kullanımı, MUFAD 2009, S. 44, s. 217; ÖNK, Halime: Osmanlı Dönemi Para Vakıflarıyla Günümüz Katılım Bankalarının Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyon 2015, s. 17.

⁵ BAYINDIR, A., Faiz, s. 260.

⁶ Krş. KAYAHAN/GÖRKAŞ, s. 218.

sözleşmesi bugünkü anlamıyla bu işlemlerin hepsini kapsamamaktadır. Para vakıflarının sıkça uyguladığı muamele-i şer'iyeye işlemini murabaha olarak adlandırılan literatür, murabahanın para vakıflarında en çok uygulanan yöntem olduğunu söylemektedir¹. Ancak murabaha bugünkü anlamıyla para vakıflarında uygulanan bir yöntem olmasıyla birlikte², en çok uygulanan ve tartışmalara konu olan³ yöntem muamele-i şer'iyeye'dir.

Modern murabahanın bir İslami bankacılık sözleşmesi olarak ortaya çıkışı ise 1976'da Mısır'da Sami Hasan Hammûd tarafından mudaraba ve muşaraka sözleşmelerine alternatif pratik bir yöntem olarak sunulmasıyla olmuştur⁴.

2. Sözleşmenin Yapısı ve Klasik Murabaha Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Modern murabaha sözleşmesi klasik murabaha sözleşmesinin toplumun artan finansal ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla zaman içinde değiştirilmiş bir görünümüdür. Bununla birlikte murabaha sözleşmesinin bugünkü hali ile klasik murabaha sözleşmesi arasında ciddi farklar bulunmaktadır. Klasik murabaha sözleşmesi İslam hukukundaki bir tür satış sözleşmesini, modern murabaha sözleşmesi ise İslam hukukuna uygun ve satış sözleşmesine dayanan bir finansman sağlama yöntemini ifade etmektedir. Her iki sözleşmede de zaman içinde değişmeyen temel husus ise tarafların malın ilk alış fiyatı ve elde edilecek kâr konusunda bilgi sahibi olmasıdır.

¹ KAYAHAN/GÖRKAŞ, s. 217; ÖNK, s. 17.

² KURT, İ., s. 191; KURU, s. 24.

³ Osmanlı döneminde murabaha olarak adlandırılan îne satışına bir faiz hilesi olduğu gerekçesiyle tepki gösterilmiş ve murabaha kelimesi zamanla faizcilik ve tefecilik anlamında kullanılmaya başlanmıştır (BAYINDIR, A., Faiz, s. 260).

⁴ CEBECİ, s. 22.

Modern murabaha sözleşmesini finansman sağlayan kurumun, alıcı tarafından sipariş edilen malı peşin fiyatı üzerinden alarak, alıcıya vadeli fiyatı üzerinde sattığı sözleşme olarak tanımlayabiliriz¹. Modern murabaha sözleşmesinde klasik murabahadan farklı olarak malın satın alınması müşterinin (alıcının) talebi üzerine gerçekleşmektedir². Bununla birlikte malı satın alan finansman sağlama işini sürekli olarak üstlenmiş bir kurumdur.

Modern murabaha sözleşmesinin işleyişi farklı uygulamalara ve kanuni düzenlemelere göre değişmektedir. Ancak sözleşmenin aşamaları genellikle aşağıdaki gibidir³.

1. Müşteri murabaha sözleşmesine konu olacak malı tespit eder ve kendisine finansman sağlanması için bankaya talepte bulunur.
2. Banka malın finansman sağlamaya uygun nitelikte olup olmadığını ve müşterini ödeme gücünü araştırır.
3. Bankanın müşteriye finansman sağlama konusundaki görüşü olumlu ise müşteri ile banka arasında sözleşme imzalanır.
4. Banka müşterinin talep ettiği malı peşin ödeme yoluyla satın alır.

¹ Modern murabahaya ilişkin tanımlar için bkz. AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 84; DİKKAYA/KUTVAL, s. 43; KURU, s. 12; TUNÇ, s. 135. Fıkıh kitaplarında genelde klasik anlamıyla kullanılan murabahanın bazı fıkıh kitaplarında murabihın müşterinin talebi üzerine elinde olmayan bir malı satın alıp belirli bir kârla satması örneğiyle açıklandığı ve bunun da modern murabahanın kökeni olduğu söylenmektedir. (CEBECİ, s. 34).

² KURU, s. 12.

³ CEBECİ, s. 35; TUNÇ, s. 12; OBİODULLAH, s. 70; YANPAR, s. 156.

5. Yapılan sözleşme gereği banka, söz konusu malı müşteriye işlemin başında anlaşılan fiyat üzerinden anlaşılan vadede ödenmek üzere satar.

6. Müşteri malın bankanın kendi kâr payını eklediği bedelini peşin olarak¹ veya taksitler halinde öder.

Görüldüğü üzere modern murabaha sisteminde müşteri, banka ve satıcı olmak üzere üç taraf bulunmaktadır². Çünkü sözleşmenin unsurlarından biri de sözleşme konusu malın banka tarafından satın alınması işlemidir. Başka bir deyişle, murabaha sözleşmesi bankanın malı satıcıdan satın alacağına ilişkin taahhüdünü içerdiği gibi müşterinin malı bankadan satın alma taahhüdünü de içermektedir³. Söz konusu durum

¹ Müşterinin sözleşme bedelini bu şekilde peşin ödemesi teorik olarak mümkün olsa da finansman ihtiyacı duyan müşteri bu bedeli genellikle taksitler halinde ödemeyi tercih etmektedir.

² OBİODULLAH, s. 69; TUNÇ, s. 136; ÖZYURT, s. 49.

³ YANPAR, s. 156, CEBECİ, s. 37. Bankanın henüz mülkiyetinde bulunmayan bir malı satmaya yönelik taahhüdünün garar oluşturup oluşturmayacağı tartışılmıştır. Daha öncesinde değinildiği gibi sözleşmenin başka türlü karşılanamayacak bir ihtiyacı giderdiği hallerde garar yasağının kapsamı dışında kalacağı söylenmektedir (YANPAR, s. 70). Bununla birlikte malın genellikle söz verilen vadede teslim edildiği piyasalarda murabaha konusu malların teslim alınmadan satışının İslam hukukuna uygun olduğu, aksi takdirde talepten emin olmayan tüccarın satmak üzere bir mal almasının mümkün olmadığı belirtilmektedir (AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 86; YANPAR, s. 159). Modern murabaha sözleşmesi aynı zamanda birbirine bağlı iki sözleşmeyi bünyesinde barındırmaktadır. Bu durumda sözleşme ilişkileri garar oluşturacak şekilde birbirine bağlı ve karmaşık bir hale gelebilmektedir. Bununla birlikte garar yasağına ilişkin hukuki değerlendirmelerin

“vaadin bağlayıcılığı meselesi”ni¹ gündeme getirse de burada nitelikleri, maliyeti, teslim yeri, şekli, zamanı, taksitlerin tutarı ve sayısı gibi konularda banka ve müşteriye bağlayan hükümler vaad değil her iki tarafın da sözleşmeye yönelik taahhütlerini ifade etmektedir. Öyleyse modern murabaha sözleşmesinde bankanın sözleşme konusu malı satıcıdan satın alma, müşterinin ise aynı malı bankadan satın almasına ilişkin yükümlülükleri her iki tarafı da bağlayıcı birer taahhüttür².

zamana ve kişilere göre değişiklik gösterebileceği, sözleşmenin geçerliliğini etkileyecek gararın belirlenmesinde zamanın ticari teamüllerinin rol oynayacağı söylenmektedir (DÖNMEZ, Garar, s. 371). Söz konusu görüşe göre günümüz bankacılık uygulamasında birden fazla aşamadan oluşan işlemleri de garar yasağının dışında bırakmak gerekir. (CEBECİ, s. 103).

¹ Müşterinin henüz bankanın mülkiyetine geçmemiş malı satın alma vaadiyle birlikte bankanın sözleşme konusu malı bankadan alacağına ilişkin vaadi modern murabaha sözleşmesinde vaadin bağlayıcılığı meselesini gündeme getirmiştir. Vaadin bağlayıcı olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYINDIR, Servet: “Çağdaş Murâbahaya Etkisi Bakımından Fıkıhta Va’din Bağlayıcılığı Meselesi”, İÜİFD 2005, S. 11 (Anılış: Vaad), s. 110 vd.; CEBECİ, s. 71 vd. İleri sürülen görüşlerin hepsi murabaha sözleşmesini bir vaad olarak değerlendirmiştir (BAYINDIR, S., Vaad, s. 117). Buna karşılık öğretilde vaad ile taahhüt arasında bir ayrıma gidilip uymamanın önemli sonuçlar doğuracağı işlemlerin vaad değil taahhüt olarak değerlendirilmesi gerektiği, murabaha sözleşmesinin de bu kapsamda yer aldığı söylenmektedir (CEBECİ, s. 88). Belirtmek gerekir ki murabaha sözleşmesindeki irade beyanlarının vaad yerine taahhüt olarak değerlendirilmesi, ileri sürüldüğünün aksine sözleşmenin öneminden ziyade sözleşmenin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

² BAYINDIR, S., Vaad, s. 120.

3. Sözleşmenin Günümüzde Uygulanışı (“Vekalet” Yöntemi)

Murabaha sözleşmesi, bankaya satıcıyla doğrudan iletişime geçme ve onunla sözleşme kurma borcu yüklemektedir. Ancak banka çoğu zaman satıcıyla doğrudan iletişime geçmek istemez. Zira bu durumda bir yandan finansman sağlanmasına ilişkin süreç uzayacak diğer yandan da bankanın her bir alım satımı takip edecek çalışan istihdam etmesi gibi işletme maliyetleri yükselecektir¹. Bu nedenle süreci pratik hale getirmek isteyen katılım bankaları zaman içinde vekalet yöntemini uygulamaya başlamıştır.

Vekalet yönteminin uygulandığı murabaha sözleşmelerinde banka özellikleri ve niteliği belirlenen malın satın alınması konusunda müşteriye “vekalet” vermektedir. Söz konusu vekalet, yalnızca İslam hukuku anlamında bir vekalet olup, hukuki işlemin vekalet veren yararına görülüp onun hesabına gerçekleştirildiği TBK m. 502’deki vekalet sözleşmesini ifade etmemektedir. Başka bir deyişle vekalet olarak ifade edilen, bankanın malın müşteri tarafından satın alınmasına yönelik beyanıdır. Nitekim bankanın beyanı sonucunda malın satın alınmasıyla mülkiyet müşteriye geçmekte, daha öncesinde veya sonrasında da bankaya hiçbir şekilde geçmemektedir. Niteliği, sayısı, türü murabaha sözleşmesinde belirlenen malın müşterinin mülkiyetine geçmesiyle banka da bedeli satıcının hesabına yatırmaktadır². Böylece malın önce bankanın daha sonra da müşterinin mülkiyetine geçirilmesinden doğacak vergi, harç vb. masraflar da önlenmektedir³.

Söz konusu süreçte banka ile satıcı arasında gerçekleşen tek işlem, bedelin banka tarafından satıcıya peşin olarak ödenmesidir. Banka daha sonra İslam

¹ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 87.

² ÖZYURT, s. 64.

³ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 99; YANPAR, s. 158.

hukukundaki vekalet yöntemiyle müşteri tarafından banka adına alındığını “varsaydığı” malı müşterinin vadeli fiyat üzerinden kendisine sattığını “varsaymaktadır”.

Murabaha sözleşmesinin bu şekilde uygulanması sözleşmenin İslam hukukunca geçerliliği konusunda yeni tartışmalar doğurmuştur. Bunlardan ilki vekaletin İslam hukukundaki geçerliliği hakkındadır. İkinci tartışma ise adına tapu, fatura vs. düzenlenmeyen bankanın teslim almadığı bir malı satmasından ileri gelmektedir¹.

¹ İslam hukukunda vekalet sözleşmesinin geçerliliği belirli şartların varlığına bağlıdır. Bu hususta bkz. DÖNDÜREN, İlmihal, s. 552. Bu kapsamda niteliği, türü ve bedeli belirli bir malın satın alınmasına yönelik vekalet verilmesi de mümkündür. Bununla birlikte murabaha sözleşmesinde yer bulan “İslam hukuku anlamındaki” vekalet, niteliği gereği vekilin vekalet konusu malı satın almasıyla beraber tekrar kendisine satması işlemini içermektedir. Başka bir deyişle çifte temsille birlikte vekilin kendi kendisiyle sözleşme yapması söz konusu olmakta, malı banka adına satın alan vekil sıfatındaki müşteri daha sonra da banka adına kendisine satmaktadır. Burada banka adına satın alma ifadesini kullansak da uygulamada faturanın banka adına değil yine vekil/müşteri adına düzenlendiğini, bu nedenle de buradaki saikin sadece İslam hukuku anlamında banka adına satın alma olduğunu da belirtmek gerekir. Bu durumun İslam hukukuna uygun olmadığını savunanlar, vekilin sözleşmenin her iki tarafını da temsilinin mümkün olmadığını, söz konusu durumda bankanın malı hiçbir zaman kabz etmeyip sorumluluk da almayarak pasif bir konumda kaldığını ve işlemin bu nedenle faiz karşılığı borç verme işlemine benzediğini ileri sürmektedir. (CEBECİ, s. 147 vd.). Vekalet sözleşmesinin bu şekilde uygulanabilirliğini savunan görüşler ise İslam hukukunda vekalet sözleşmesinin kural olarak geçerli olduğunu, vekalet verenin vekile malı üçüncü bir kişiye satması için vekalet verebileceği gibi kendisine satması için de vekalet verebileceğini bu kapsamda vekalet verenin izin

vermesi halinde vekilin söz konusu malı kendisinin satın almasında bir engel bulunmadığını ileri sürmektedir. (CEBECİ, s. 143). Ancak bu görüş de müşteri vekil olsa bile satın alma işleminin yine banka adına yapılmasını, bankanın riski bu şekilde üstlenip mala sahip olduktan sonra müşteriye satmasını, aksi takdirde müşterinin bankanın vekili sıfatıyla malı doğrudan kendi adına almasının doğru olmayacağını söylemektedir. (CEBECİ, s. 144). Bu duruma ilişkin olarak; İslam hukukunda satım sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmayıp icap ve kabulle kurulduğu, dolayısıyla banka adına tapu, ruhsat veya fatura düzenlenmesinin zorunlu olmadığı ileri sürülmektedir [AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 98; ODABAŞI, Mehmet: “Katılım Bankaları Tarafından Uygulanan Murabaha Finansmanına Yönelik Bazı Eleştirilere Cevaplar”, <http://www.tkbb.org.tr/Documents/Yonetmelikler/KATILIM%20BANKALARI%20-%20MURABAHA%20%C4%B0%C5%9ELEMELER%C4%B0.pdf> (son erişim: 16.10.2017)]. Bu görüşe göre, tapu, ruhsat ve fatura gibi belgeler ancak ispat bakımından önem taşımaktadır (AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 98; ODABAŞI, s. 4). Ancak tek fatura uygulamasının faizli işleme yol açtığını, faturanın önce katılım bankası adına, malın müşteriye satışından sonra da katılım bankası tarafından müşteri adına düzenlenmesi gerektiğini söyleyen görüşler de bulunmaktadır (CEBECİ, s. 12). AAOIFI standartlarına göre ise; *“faizsiz finans kurumunun malı satıcıdan doğrudan kendisinin alması murabaha işlemlerinde asıl kuraldır. Ancak murâbaha talebinde bulunan müşteri dışında üçüncü bir şahsa vekâlet vermek suretiyle satıcıdan malın finans kurumu nâm ve hesabına alınması da caizdir. Murâbaha talebinde bulunan müşteriye vekâlet verilmesi yöntemine ancak çok zorunlu hâllerde başvurulmalıdır. Bu durumda müşteri, malı kendisine satma yetkisiyle de donatılmamalı; finans kurumu malın mülkiyetini devraldıktan sonra müşteriye satışı gerçekleştirmelidir.”* [Faizsiz Finans Standartları,

4. Sözleşmenin Faiz Yasağı Karşısındaki Durumu

Murabaha sözleşmesinde bankanın kârı, malın satıcıya ödenen peşin bedeli ile müşteriye satıldığı vadeli bedeli arasındaki farktan oluşmaktadır. Katılım bankalarınca kâr payı olarak adlandırılan bu fark, bir çeşit vade farkı olarak kabul edilmekte ve malın peşin satış bedeline eklenerek asıl alacağı meydana getirmektedir¹. Vekalet yönteminin uygulandığı murabaha sözleşmelerinde mal hiçbir zaman bankanın mülkiyetine geçmediği; satın alma ve satma işlemleri İslam hukukuna uygun olduğu düşünülen bir “varsayıma” dayandığı için, bankanın kârının Türk hukukuna göre vade farkı olduğu

<http://www.tkbb.org.tr/documents/Yonetmelikler/FAIZSIZ-FINANS-STANDARTLARI.pdf> (son erişim: 14.11.2018), s. 207].

- ¹ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 90; ODABAŞI, s. 4. Belirtmek gerekir ki burada kastedilen vade farkı, Türk hukukunda uygulama bulan, para borcunun zamanında ifa edilmemesi hali için öngörülen vade farkı değil, ifanın daha baştan ileri bir tarihe ötelenmesi nedeniyle ödenmesi gereken vade farkıdır. Bu tür vade farkının tanımı için bkz. BATTAL, Ahmet: “Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydının Niteliği ve İtiraz Edilmemesi Halinde Sonuçları ile İlgili Yargıtay Uygulaması”, 16. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1999 (Anılış: Vade Farkı), s. 86; İNCEOĞLU, M. Murat/KABAKLIOĞLU ASLANYÜREK, Yasemin: “Kanuna Karşı Hile Örneği Olarak Vade Farkı ve Gecikme Cezası”, MÜHF-HAD 2016, C. 22, S. 3, s. 1352. İfanın baştan ileri bir tarihe ötelendiği vade farkının hukuki niteliğinin ise anapara faizi olduğu ileri sürülmektedir. Zira burada satıcının, kararlaştırılan süre içerisinde paradan yoksun kalması nedeniyle isteyebileceği bir karşılık söz konusudur (BAHTİYAR, Mehmet: “Sözleşmede Vade Farkı Kaydı ve Bu Kayda Dayalı Alacağın Hukuki Niteliği”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, İstanbul 2003, s. 61).

söylenemez. Zira vade farkından bahsedebilmek için bir malın vadeli olarak gerçek anlamda satışı gerekmektedir¹.

Vade farkının İslami bankacılığın temel ilkelerinden biri olan faiz yasağına aykırı olmadığı söylenmektedir². Nitekim İslam hukukunda vadeli satışa yalnızca bedellerden birinin para olması şartıyla izin verilmiş, vadeli trampaya ise kural olarak izin verilmemiştir³. Bu görüşe göre malın peşin bedeli ile vadeli bedeli arasındaki fark da ticaretin bir unsuru olup⁴ müşterinin maldan hemen faydalanıp bedeli sonradan ödemesinin karşılığıdır⁵. Zira İslam hukukunda faiz yasaklanırken, alışveriş ve ticaret serbest kılınmıştır⁶. Bu kapsamda malların değeri kişilere ve şartlara göre

¹ BATTAL, Vade Farkı, s. 86.

² AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 37; BAFRA, İslami Bankacılık, s. 32; BAYINDIR, A., Faiz, s. 134; ÖZSOY, Katılım Bankacılığı, s. 20; TUNÇ, s. 105.

³ Bu yorumda “alışveriş ribası”yla ilgili hadisin temel ihtiyaçlar arasındaki vadeli değişimi yasaklaması rol oynamaktadır. Bunun yanında İslam hukukunda paranın kesin bir değer ölçüsü olarak kabul edilmesi de bu yorumda rol oynamıştır (ÖZSOY, Faiz, s. 120). Nitekim rivayet edilen bir hadise göre Hz. Muhammed, kalitesiz iki ölçek hurma ile kaliteli iki ölçek hurmayı değiştiren kişiye, işlemi bu şekilde yapmamasını, kalitesiz hurmayı satarak, elde ettiği bedelle kaliteli hurma almasını söylemiştir. (ÖZSOY, Faiz, s. 114).

⁴ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 37; BAYINDIR, A., Faiz, s. 138; ÖZSOY, Katılım Bankacılığı, s. 20.

⁵ ÖZSOY, Katılım Bankacılığı, s. 20.

⁶ Birinci Bölüm. II. A.

değişebileceğinden¹, sözleşme konusu malın bedelinin zamana bağlı olarak değişmesi de mümkündür².

II. MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ VE TANIMI

Türk hukukunda murabaha sözleşmesi ilk kez 1983 tarihli Özel Finans Kurumlarının Kurulmasına İlişkin Kararname'ye bağlı olarak çıkartılan 1984 tarihli Özel Finans Kurumları Kurulması Hakkında 83/7506 Sayılı Kararname Eki Karara İlişkin Tebliğ'de düzenlenmiştir. Tebliğ'de özel finans kurumlarının kredi işlemleri; üretim desteği sağlanması, kâr ve zarara katılma, kira akdi ve mal karşılığı vesaikin alım satımı yoluyla fon kullandırma olarak sayılmıştır. “Üretim desteği sağlanması yoluyla fon kullandırılması” İslam hukukundaki murabaha sözleşmesine karşılık gelmektedir. Nitekim bu işlemin, özel finans kurumunun işletmeleri için gayrimenkul, ham ve yarı mamul maddeler ile teçhizat ve makine temini amacıyla başvurulara gerekli madde, teçhizat ve gayrimenkulleri üçüncü şahıslardan peşin satın alıp, vadeli satması şeklinde olacağı, satın alma ve satma akdinin sözleşme serbestisi dahilinde aynı anda tamamlamasının şart olduğu belirtilmiştir.

Tebliğ'de üretim desteği yoluyla fon kullandırılması işlemi yalnızca, mal finansmanı sağlanmasına özgülenmiştir. Ayrıca, söz konusu yöntem işletmeler için finansman sağlanması ile sınırlı tutulmuştur. O halde Tebliğ'in yürürlükte olduğu 20.09.2001 tarihine kadar murabaha sözleşmesi ile fon kullandırma faaliyetinin yalnızca mesleki ve ticari bir amaca erişmek için kullandırılan ticari kredi³ niteliğini haiz olduğu söylenebilir.

¹ BAYINDIR, A., Faiz, s.138, 140.

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 33.

³ GÜRSES, s. 26.

Tebliğ’de murabaha sözleşmesi bugünkü halinden farklı düzenlenmiştir. Zira Tebliğ hükmüne göre banka finansman sağlayacağı malı önce kendi mülkiyetine geçirmekte, daha sonra müşteriye satmaktadır. Tebliğ’de öngörülen hükmün sonucu olarak da müşteriye İslam hukuku anlamında vekalet verilmemekte, çift fatura, çift tapu düzenlenmektedir. Söz konusu durum sözleşmenin hukuki niteliğini de şu anki hukuki niteliğinden farklı hale getirmiştir. Üretim desteği sağlanması yöntemiyle kullandırılan söz konusu ticari kredinin hukuki niteliğinin birbirine bağlı (birleşik) satış sözleşmesi olduğu söylenmiştir¹. Bununla birlikte her iki satış sözleşmesine de ticari satışla ilgili hükümler² uygulanmalıdır³. Bu görüşe göre satın alma ve satma işleminin aynı anda tamamlandığı birleşik sözleşmede müşterinin malı bankadan satın alması, bankanın

¹ BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 201. Birleşik sözleşmelerde birbirinden bağımsız ve değişik tiplerde sözleşmelerin mahiyetlerine hâlel gelmeksizin birbirine bağlanması söz konusudur. Sözleşmeler birbirlerine karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edimin bağlı olduğu gibi bağlıdır. Sözleşmelerden biri geçerli olmazsa diğeri de geçerli olmayacaktır (TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, İstanbul 2008, s. 76) Yönetmelikte üretim desteği sağlanması yoluyla fon kullandırma faaliyetinde kurumun satın alma ve satma akdini sözleşme serbestisi dahilinde aynı anda tamamlanmasının şart olduğu belirtilmiştir. *Battal’a* göre iki sözleşmenin aynı anda tamamlanması gerekliliği, iki satım sözleşmesinin mahiyetlerine hâlel gelmeksizin birbirine bağlanması anlamına gelip birleşik bir satım sözleşmesine vücut vermektedir (BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 201).

² Söz konusu hükümler Tebliğ’in yürürlükte olduğu dönemde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 25. maddesinde yer almaktaydı. Ticari satımla ilgili hükümler şu an 6102 sayılı TTK’nın 25. maddesinde yer almaktadır.

³ BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 204.

malı üreticiden satın alması geciktirici şartına bağlanmıştır¹. Bu sayede kurumların bir yandan müşterinin vazgeçiş², maldaki hasar gibi nedenlerle zarar görmesi bir yandan da özel amaçlarla emtia stok etmeleri önlenmiştir³.

Üretim desteği sağlanması ile fon kullandırma yönteminde kurumun finansman sağlamak amacıyla satın aldığı malı tekrar müşteriye satması çift fatura, çift tapu düzenlenmesini zorunlu kılıyordu. Bu durum kurum açısından vergi, tapu harcı gibi ilave masraflar doğuruyor, bu masraflar da kâra ilave edilerek müşterilere yansıtılıyordu.

20.09.2001 tarihli Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik’le birlikte söz konusu Tebliğ yürürlükten kalkmıştır. Yönetmelik’te özel finans kurumlarının fon kullandırma faaliyetleri üretim desteği, bireysel finansman desteği, kâr-zarar ortaklığı yatırımı, finansal kiralama ve mal karşılığı vesaik’in alım satımı olarak sayılmıştır. 2005 yılında özel finans kurumlarının katılım bankaları adı altında düzenlemeye kavuşturulması sonrasında 01.11.2006 tarihli BKİİY m. 19’da yukarıda belirttiğimiz⁴ katılım bankalarınca finansman sağlama yöntemleri sayılmıştır. Her iki yönetmeliğin de murabaha yöntemiyle ilgili aynı kuralları öngördüğünü söyleyebiliriz. Bu kapsamda aradaki tek fark 2001 tarihli Yönetmelik’in üretim desteği olarak isimlendirdiği ve yalnızca mal finansmanına özgülediği murabaha işleminin BKİİY’de “kurumsal finansman desteği” olarak yer bulması ve hizmet finansmanında kullanılmasının da öngörülmesidir. Her iki yönetmelik de bireysel finansman desteğini

¹ BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 201.

² BATTAL, Özel Finans Kurumları, s. 202.

³ EYÜPGİLLER, Servet: Banka ve Mali Kuruluşlar, Ankara 1988, s. 53.

⁴ Birinci Bölüm. III. A.

öngörerek murabahanın *tüketici kredisi* niteliğinde bir fon kullandırma yöntemi olmasına imkan sağlamıştır.

BKİİY’de kurumsal finansman desteği, “*katılım bankası ile fonu kullanacak işletme arasında akdedilecek sözleşme dahilinde, işletmenin ihtiyaç duyduğu her türlü emtia, menkul kıymet, gayrimenkul, hak ve hizmet bedelinin satıcıya ödenmesi koşuluyla işletmenin borçlandırılması işlemi*”, bireysel finansman desteği “*bireysel ihtiyaçlar için, gerçek kişi alıcıların doğrudan satıcılardan aldıkları mal veya hizmet bedelinin, katılım bankası tarafından satıcıya ödenmesi koşuluyla alıcının borçlandırılması işlemi*” olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda 2001 tarihli Yönetmelik’te ve BKİİY’de öngörülen Türk bankacılık uygulamasındaki murabaha sözleşmelerinin vekalet yöntemiyle uygulanmaya devam edildiği söylenebilir. Zira anılan tanım gereği mal bankanın mülkiyetine hiç geçmemekte, satıcı ile banka arasındaki tek ilişki bankanın satış bedelini satıcıya ödemesi olmaktadır. Banka ise İslam hukuku anlamındaki vekaletle müşterinin malı banka adına satın alıp, yine banka adına kendisine sattığını varsaymaktadır. Söz konusu vekalet kurumsal finansman desteğinde satıcıya gönderilen sipariş formuyla, bireysel finansman desteğinde ise şubedeki personel, SMS veya müşteri iletişim merkezi aracılığıyla verilmektedir¹. Müşterinin malı aldığına dair belgeler ulaşınca da banka satıcıya ödeme yapmaktadır². Böylece çift fatura düzenlenmesinin doğurduğu masrafların önüne geçilmiştir. Ancak bu durum da sözleşmenin İslami bankacılık ilkelerine uygunluğu konusunda vekalet yöntemiyle ilgili yukarıda³ belirttiğimiz tartışmaları doğurmaktadır.

¹ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 84.

² AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 84.

³ İkinci Bölüm. I. B. 3.

Belirtmek gerekir ki Yönetmelik, bankanın malı satın almasını öngörmeyip, yalnızca bedeli satıcının hesabına ödemesini öngörerek murabaha sözleşmesini vekalet yöntemine göre düzenlemiştir. Yönetmelik vekalet yöntemini öngördüğü sürece uygulamanın İslam hukukundaki geçerliliği öğretisel bir tartışmadan öteye gidememektedir. Bir görüşe göre katılım bankalarının kendilerine özgü yapısı dikkate alınarak yapılacak kanuni bir düzenlemeyle vergi, harç gibi masraflardan banka lehine indirim veya muafiyet sağlanmalı ve çift fatura uygulaması getirilmeli, banka malı önce kendi satın alıp, daha sonra müşteriye satmalıdır¹.

Murabaha sözleşmesi veya finansman desteği sözleşmesi “*katılım bankasının müşterinin talep ettiği bir mal veya hizmetin bedelini satıcı veya sağlayıcıya ödeyerek müşteriye borçlandığı sözleşme*” olarak tanımlanabilir. Ancak bu tanım katılım bankalarının murabaha yoluyla finansman sağlama işlemini BKİİY’de öngörülen unsurları içerse de tüm murabaha sözleşmelerinde uygulanan, sözleşmenin teknik anlamda murabaha sözleşmesi sayılması için gerekli olan temel unsurları içermemektedir. Bunlar bankanın kâr payı alması, finanse edilen unsur bir mal ise sözleşmenin yapılmasından önce müşterinin mülkiyetine geçmemiş olması ve banka tarafından müşteriye İslam hukuku anlamında vekalet verilerek malı ilk olarak müşterinin edinmesidir. O halde Türk katılım bankacılığındaki finansman desteği sözleşmesini “*katılım bankasının henüz müşterinin mülkiyetine geçmemiş bir mal veya hizmetin satın alınması veya sağlanması konusunda müşteriye İslam hukuku anlamında vekalet vererek, bu vekaletle satın alınan veya sağlanan mal veya hizmetin bedelini satıcı veya sağlayıcıya ödemeyi, müşterinin ise bankaya bunun karşılığında anaparayla birlikte kâr payı ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlayabiliriz.

¹ CEBECİ, s. 130; ODABAŞI, s. 4.

III. TÜRLERİ

Finansman desteği sözleşmesi müşteri tarafından teminat verilir verilmemesine göre; açık veya teminatlı, kullanılan para birimine göre; Türk lirası veya döviz cinsinden, öngörülen vadenin uzunluğuna göre; uzun, orta ya da kısa vadeli, dönerlik özelliği gösterip göstermemesine göre; dönerlik özelliği gösteren ve göstermeyen olarak çeşitli türlere ayrılabilir¹. Bununla birlikte finansman desteği sözleşmesi uygulanan kâr payının niteliğine göre sabit veya değişken kr paylı olarak ayrıma tutulamayacaktır. Zira finansman desteği sözleşmesinin niteliği gereği müşteri tarafından ödenecek kâr payı sözleşmenin kurulmasıyla birlikte kararlaştırılacaktır. Başka bir deyişle değişken faizli kredilerde olduğu gibi sözleşmedeki faiz oranının günlük faiz üzerinden her gün yeniden belirlenmesi² finansman desteği sözleşmesinde söz konusu olmaz. Her ne kadar bazı katılım bankaları yer yer “sabit kr paylı kredi” terimini kullansalar ve sözleşmelerinde “değişken kr paylı kredi”yi tanımlasalar da³ bu değişken kr paylı krediler de sağladıkları anlamına gelmez.

BKİİY’de finansman desteği sözleşmesi kullanım amacına göre kurumsal ve bireysel finansman desteği olarak ayrılmıştır. Bu ayırım mevduat bankacılığı kredilerindeki tüketiciler kredileri ve ticari kredilere denk gelmektedir.

İlk defa 2001 tarihli zel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik’te yer verilen bireysel finansman desteği, bireysel ihtiyaçları murabaha

¹ Kredi türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALICI, Yaşar: Bankacılık Kanunu şerhi, İstanbul 2017, C. 1, s. 692; GÜRSES, s. 14-38; REİSOğLU, şerh, C. 1, s. 881-936, şİT, s. 97-185; TEKİNALP, s. 487-506.

² GÜRSES, s. 34.

³ <https://www.ziraatkatilim.com.tr/Documents/KonutKredisiSozlesmesi.pdf> (son erişim: 11.12.2017).

yöntemiyle finanse etmeyi amaçlamaktadır. Bireysel finansman desteği bu yönüyle, herhangi bir mal veya hizmetin ticari saikler dışında satın alınması veya sağlanması amacıyla gerçek veya tüzel kişilere önceden belirlenmiş koşullarla geri ödenmek üzere verilen tüketici kredisi niteliğini haizdir¹.

Bireysel finansman desteği sağlayan katılım bankası bu işlem sonucunda bir kâr elde ettiğinden tüketicilerin mevduat bankalarındaki faizli kredi işlemlerinde olduğu gibi korunmaya ihtiyaçları vardır². Nitekim 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun³ (TKHK) m. 4/8’de Kanun’un tüm düzenlemeleri yönünden katılım bankalarını da kapsayacağı, uygulamanın kâr payı dikkate alınarak yapılacağı söylenmiştir. Bunun yanında Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği⁴ (TKSY) m. 2/6 ve sayılı Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği⁵ (KFSY) m. 2/3’de de Yönetmelik hükümlerinin katılım bankaları yönünden kâr payı dikkate alınarak uygulanacağı belirtilmiştir. Bireysel Finansman desteği sözleşmesinin tüketici kredisi

¹ Tüketici kredisi tanımı için bkz. AKİPEK, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 144; REİSOĞLU, Seza: “Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak”, Bankacılar Dergisi 2008, S. 69 (Anılş: Tüketici Kredileri), s. 52.

TKHK m. 22 uyarınca tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.

² ATAMER, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016 (Anılş: Tüketicinin Korunması), s. 31.

³ RG. 28.10.2013, S. 28835.

⁴ RG. 22.05.2015, S. 29363.

⁵ RG. 28.05.2015, S. 29369.

niteliğinde olması bu ilişkiye TKHK hükümlerinin uygulanmasını gerektirmekte ve müşteri TKHK kapsamında sağlanan koruma şemsiyesinin altına alınmaktadır¹. Sözleşmenin kurulması, tarafların hak ve borçları, sözleşmenin sona ermesi de TKHK hükümlerine tabidir

TKHK m. 3'te tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Belirtmek gerekir ki TTK m. 19/1 gereği tüm işlemleri ticari iş sayılan ticaret şirketlerinin özel amaçla hareket ettikleri adi sahaları olmadığından tüketici sayılmaları mümkün değildir².

TKHK m. 22/1'de tüketici kredisi, *kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşme* olarak tanımlanmış, ilerleyen maddelerde de tarafların hak ve yükümlülüklerinin ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelendiği veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlandığı kredi kartı sözleşmelerinin de tüketici kredisi niteliğinde olduğu öngörülmüştür. TKHK'da konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması işlemi konut finansmanı başlıklı 3. bölümde diğer tüketici kredilerinden ayrı olarak düzenlenmiştir. TKHK m. 22/3'de tüketici kredisi sözleşmelerinin, TKHK m. 32/2'de ise konut kredisi sözleşmelerinin yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmayacağını belirtilmiştir. Şüphesiz ki katılım bankalarının bireysel finansman desteği

¹ Kredi kartı sözleşmesine yönelik olarak söz konusu yorum için bkz. AKKAYAN, s. 265.

² DERYAL, Yahya/KORKMAZ, Yakup: Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015, s. 60; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 92; REİSOĞLU, Tüketici Kredileri, s. 51.

olarak kullandığı tüketici kredileri, kredi kartları ve konut kredileri de bu düzenlemeler kapsamındadır.

Tüketici kredileri araç finansmanında olduğu gibi mal edinmeye yönelik olarak sağlanabileceği gibi eğitim, seyahat, hac ve umre finansmanında olduğu gibi hizmet sağlamaya yönelik olarak da sağlanabilir. Katılım bankaları da söz konusu ihtiyaçların sağlanması için finansman desteği sözleşmesi kapsamında, tıpkı mevduat bankaları gibi münferit krediler açmaktadır. Katılım bankalarının mal veya hizmet bedelini doğrudan satıcıya ödemeleri nedeniyle nakit kredi kullandırma imkanlarının olmadığı söylenmişti. Ancak katılım bankası müşterisinin, farklı ihtiyaçlarına yönelik bir miktar finansmana ihtiyaç duyduğu durumlarda her bir ihtiyaç için ayrı finansman desteği sözleşmesi yapılması da vakit kaybı, dosya masrafı gibi sakıncaları doğuracaktır. Söz konusu sakıncaları önleyerek müşterilerinin çeşitli ihtiyaçlarını finanse etmek isteyen katılım bankaları da “finansmanlı kart uygulaması” denilebilecek bir uygulama geliştirmiştir. Bu uygulamada miktarı, vadesi, kâr payı ve taksitleri önceden belirlenmiş nakdî bir finansman bulunmaktadır. Kendisine kartta bulunan limit dahilinde belirli süreyle İslam hukuku anlamında vekalet verilen müşteri, ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımlarını bu kartla taksitsiz olarak yapmaktadır. Böylece mal bedeli banka tarafından satıcı veya sağlayıcıya ödenmiş olmakta, müşteri ise vadede bankaya taksitler halinde geri ödemede bulunmaktadır.

Katılım bankaları kredi kartı sözleşmesi¹ de kurmaktadır¹. Katılım bankalarının kredi kartları aracılığıyla sağladığı bireysel finansman desteğinde de müşteriye İslam

¹ Kredi kartı sözleşmesi kartı çıkaran kuruluş ile kredi kartı sahibi arasında kurulan, kartı çıkartan kuruluşun kredi kartının üye işyerlerinde nakitsiz ödeme aracı olarak kabul edileceğini, kredi kartı sahibinin ise yaptığı harcamaları kartı çıkartan

hukuku anlamında vekalet verildiğinden finansman desteği sözleşmesi oluşmaktadır². Katılım bankaları, çalışma prensiplerince yasaklanan faaliyetleri icra eden işyerlerine pos cihazı vermeyebileceği gibi İslam tarafından yasaklanan mal ve hizmetlerin finansmanı engelleyecek yazılımlar yükleme yoluna da gidebilecektir³.

kuruluşa ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir (İŞGÜZAR, Hasan: Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003, s. 63).

¹ Banka ve Kredi Kartları Kanunu (BKHK) ise kredi kartını; “*nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kart veya fizikî varlığı bulunmayan kart numarası*” şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu tanımdan anlaşılabacağı üzere kredi kartının nakit kullanılmaksızın mal ve hizmet alımı sağlama ve nakit avans çekme hakkı sağlamak üzere iki fonksiyonu bulunmaktadır. TKHK m. 22/2’de ise “*kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi uyarınca belirlenen orandan fazla olamaz.*” denilerek belli özellikleri kredi kartı sözleşmeleri tüketici kredisi olarak nitelendirilmiştir (AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Kredi Kart Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu”, İÜHFM 2015, C. 73, S. 1, s. 265).

² KARAKAHYA, Bestami/ÇELİK, Süleyman: “Katılım Bankacılığı Finansman Sistemi: Temel İlkeler ve Uygulama Esasları”, Katılım Bankacılığı, İstanbul 2017 (editör: Ferudun Kaya), s. 91.

³ DÖNDÜREN, Hamdi: “İslam Hukukuna Göre Banka Kartı, Kredi Kartı ve Pos Cihazı Kullanımı”, II. Uluslararası İslam Ticaret Hukuku Kongresi “Günümüzdeki Meseleler”, Konya 2017 (Anılış: Kredi Kartı), s. 27; KARAKAHYA/ÇELİK, s. 98.

Kartın müşteriye nakit avans çekme hakkı tanıdığı hallerde banka ile kart hamili arasında nakdî bir kredi ilişkisi olduğu açıktır¹. Ancak nakit avans çekilmesi hiçbir haliyle finansman desteği sözleşmesine vücut vermemektedir. Zira burada belli bir malın satın alınmasına yönelik finansman sağlama amacıyla kurulan, bedelin doğrudan doğruya satıcının hesabına ödendiği bir sözleşme yoktur.

Kredi kartının taksit imkanı sunduğu durumlarda da kart hamiline borcunu ötelemek suretiyle satın alma gücü sağlandığından bir nakdî kredi ilişkisi mevcuttur².

¹ ALICI, C. 1, s. 711; ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 27; AKKAYAN, s. 263; İŞGÜZAR, s. 153; ŞİT, s. 118. Ancak katılım bankalarının kredi kartı sözleşmelerinde faiz yasağının bir gereği olarak kart ya nakit çekimine kapatılmakta ya da cüzi miktarda nakit çekimine izin verilmektedir [AKTEPE, İshak Emin: "Kredi Kartı Sistemi ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", DBAAD 2010, C. 10, S. 1 (Anılış: Kredi Kartı), s. 135]. Cüzi miktarda nakit çekimine izin verildiği hallerde banka kâr payı talep etmemekle birlikte bazı kartlarda komisyon, nakit avans hizmet ücreti adı altında ödemeler alabilmektedir. Bu ödemelerin TKHK m. 22/1'de geçen "faiz veya benzeri menfaat" ifadesinin kapsamına girip girmediği tartışılmalıdır. Hükümdeki "benzeri menfaat" ifadesinin komisyon veya sair adlarla anılan ve gerçek masraf tutarını aşan ödemeleri kapsayacağı ileri sürülmüştür (ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 231). O halde burada değerlendirilmesi gereken katılım bankasının aldığı komisyon ve ücret miktarının gerçek masraf tutarını aşıp aşmadığıdır. Nitekim komisyonun bankanın nakit avans vermek için katlandığı masrafı aştığı hallerde bir tüketici kredisinden bahsedilecektir. Katılım bankalarının nakit avans karşılığı aldıkları komisyonlar cüzi miktardadır. Söz konusu komisyonların çekilen miktardan bağımsız olarak verildiği de göz önüne alınırsa çoğu zaman bir tüketici kredisi oluşturmadığı söylenebilir.

² İŞGÜZAR, s. 153; ŞİT, s. 118.

Ancak TKHK m. 22/2’de belirtildiği üzere bu nakdî kredinin tüketici kredisi niteliğini haiz olabilmesi için faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında sağlanması gerekmektedir¹. Kredi kartı sözleşmeleri TKHK m. 22/2 gereği faiz veya benzeri bir

¹ AKKAYAN, s. 266. Uygulamada faiz karşılığı taksitlendirme yapılmaktadır. Bununla birlikte taksitlendirmenin faiz karşılığı yapılmadığı durumlarda da tüketici kredisinin varlığı kabul edilmektedir (AKKAYAN, s. 266; ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 29). Bunun nedeni taksit borcunun muaccel olduğu hesap kesim tarihinde borcunun tamamını ödemeyen kart sahibinin asgari ödeme tutarının üstünde kalan kısım için akdi faiz ödemesidir (AKKAYAN, s. 266; ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 29). Böylece kart sahibine taksit karşılığı faizlendirme imkanı sağlanmakta, bu imkanın sağlanması da sözleşmeyi tüketici kredisi sözleşmesi olarak nitelendirmek için yeterli olmaktadır (ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 28, 29). Katılım bankaları da kredi kartı sözleşmelerinde kâr payı karşılığı taksitlendirme yapabilmektedir. Burada da TKHK m. 22/2 uyarınca bir tüketici kredisi sözleşmesi söz konusudur. Söz konusu işlem murabaha sözleşmesinin kredi kartı sözleşmesine uyarlanmasıyla gerçekleşmektedir. Nitekim, kart sahibi mal veya hizmeti satıcı veya sağlayıcıdan vekil sıfatıyla banka adına aldığı, banka ise kart sahibine vadeli olarak sattığını varsaymaktadır. Murabaha sözleşmesinin gereği olarak müşteri kartını, daha önce satın aldığı malın bedelini finanse etmek için kullanamamaktadır. Kart sahibi banka tarafından belirlenen limitlerin üzerinde, mal veya hizmet satın almadan önce, SMS, internet veya telefon bankacılığı aracılığıyla bankaya bağlanarak, her bir alışveriş için farklı taksitler seçebilmektedir. Taksitlerin sayısına göre bankanın alacağı kâr payı oranı da değişmektedir. Bununla birlikte tüm katılım bankaları kredi kartı ile taksitlendirme işlemini bu şekilde gerçekleştirmemektedir. Taksitlendirmenin kâr payı karşılığı yapılmadığı durumlarda tüketici kredisinin mevcut olup olmadığı sorusunun cevabı

menfaat karşılığında ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelendiği durumlarda da tüketici kredisi niteliğinde olacaktır. Kredi kartı sözleşmesinde asgari ödemeye izin verildiği hallerde temerrüt tarihine kadar akdi kapital faizi veya akdi kâr payı işleyeceğinden ödemenin faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında üç aydan uzun süre ertelenmesi imkanı da sağlanmış olmaktadır¹. Bu imkanın sağlanması da sözleşmenin tüketici kredisi olarak nitelendirilmesi için yeterlidir².

Kurumsal finansman desteği ise işletmelerin ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet bedellerinin satıcıya ödenmesi yoluyla kullandırılmaktadır. Burada bir işletmenin finanse edilmesi söz konusu olduğundan mesleki veya ticari amaca erişmek için kullandırılan ticari kredi söz konusudur³. Kurumsal finansman desteğinde banka, müşteriye mal veya hizmeti satın alması için vekalet vermekte, satıcıya da söz konusu

somut kredi kartı sözleşmesi hükümlerine göre değişmektedir. Nitekim bazı katılım bankaları asgari ödeme yapılmasına izin vermemekte, böylece aylık taksit tutarının eksik ödenmesiyle birlikte gecikme cezası işlemeye başlamaktadır. Bu durumda bankanın taksit karşılığında elde ettiği faiz veya benzeri bir menfaatten bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla sözleşme nakdî krediye vücut verse de tüketici kredi sözleşmesi olmayacaktır. Bununla birlikte bazı katılım bankaları, asgari ödemeye izin vermekte, temel ilkelerine uygun olmamakla birlikte, asgari ödeme tutarını aşan kısım için temerrüt tarihine kadar akdi kâr payı işletmektedir. Taksitlerin sayısı, dolayısıyla geri ödenecek miktar belli olmadığından murabaha sözleşmesine de vücut vermeyen bu durumda, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında taksitlendirme imkanı sağlanmakta, bu imkanın sağlanması da sözleşmenin tüketici kredisi sayılması için yeterli olmaktadır.

¹ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 28.

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 28.

³ GÜRSES, s. 26; REİSOĞLU, Şerh, C. 1, s. 870.

mal ve hizmetin temini veya üretilmesi için sipariş formu göndermektedir¹. Satıcı sipariş formunda öngörülen miktar ve içerikteki mal veya hizmeti müşteriye satmakta veya sunmaktadır.

Kurumsal finansman desteği sözleşmesi çoğunlukla genel kredi sözleşmesi (kredi açma sözleşmesi) çerçevesinde kurulmakta, genel kredi sözleşmesinin hükümleri de kredi ilişkisinin çerçevesini çizmektedir². Genel kredi sözleşmesi kredi işleminin temelini oluşturan ve bankayı öngörülen tutara kadar nakdî, aynî veya sorumluluk kredisi açmak, kullandırmak ve vadeye kadar geri ödeme talebinde bulunmamak yükümlülüğü altına sokan sözleşmedir³. Bu sözleşmeyle banka münferit kredilerin kullanılmasına ilişkin süreklilik arz eden bir hukuki ilişki kurmaktadır⁴. Müşteri ise bu kredileri kendisine tanınan limit dahilinde kullanmakta, sözleşmenin dönerlik özelliği gereği borcunu ödediği oranda yeniden kredilendirilebilmektedir⁵. Genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre sözleşme bankanın kredi temin etme borcu altına girdiği tek aşamalı kendine özgü yapısı olan çerçeve bir sözleşme iken⁶, diğer bir görüşe göre sözleşme asli edim borcu doğurmayan kendine özgü yapısı olan bir çerçeve sözleşmedir⁷. İlk görüş, bankanın genel kredi sözleşmesini

¹ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 31; TOK, Katılım Bankaları, s. 61.

² ALICI, C. 1, s. 699-700; BAYKAL, Murat: “Banka Kredi Sözleşmeleri”, BATİDER 2002, C. 21, S. 3, s. 50-52; GÜRSES, s. 143; TEKİNALP, s. 479.

³ TEKİNALP, s. 479.

⁴ ALICI, C. 1, s. 700; BAYKAL, s. 52; GÜRSES, s. 142; TEKİNALP, s. 480.

⁵ TEKİNALP, s. 480; GÜRSES, s. 161; YENER, Mehmet Deniz: Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 10.

⁶ BAYKAL, s. 65; ÖZEN, Burak: Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul 2017, s. 116 vd.; TEKİNALP, s. 483; YENER, s. 77 vd.

⁷ GÜRSES, s. 138 vd.; TEKİNALP, s. 482.

akdetmesiyle münferit kredileri hazır bulundurma borcu altına girdiğini kabul ederken¹, diğer görüş bankanın böyle bir borcu olmadığını bu borcun ancak münferit kredi sözleşmesinin kurulmasıyla doğacağını kabul etmektedir². Öğretide büyük ölçüde ilk görüş kabul edilmekle birlikte³ bu nitelendirmenin Türk hukuku açısından tereddüt yaratacağı; zira Türkiye’de tüm banka sözleşmelerinin tahsis edilmiş kredinin kullanılmasını bankanın onayına bıraktığı, müşteriye yenilik doğurucu bir hak tanımadığı da belirtilmektedir⁴.

IV. UNSURLARI

Finansman desteği sözleşmesinin unsurları, sözleşmenin kurulması anında henüz müşterinin mülkiyetine geçmemiş bir mal veya sağlanmamış bir hizmet, tarafların anlaşması, malın müşteriye teslimi, bedelin satıcı veya sağlayıcının hesabına ödenmesi ve anapara ile birlikte kâr payı ödenmesidir.

¹ BAYKAL, s. 65; ÖZEN, s. 124; TEKİNALP, s. 483; YENER, s. 117 vd.

² GÜRSES, s. 142.

³ ÖZEN, Burak: Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul 2017, s. 116 vd.; TEKİNALP, s. 483; YENER, s. 77 vd.

⁴ TEKİNALP, s. 483. Söz konusu tespit öğretide “ayrılık kuralı”nın benimsenmesine yol açmıştır. Ayrılık kuralı için bkz. GÜRSES, s. 148; TEKİNALP, s. 483.

A. Sözleşmenin Kurulması Anında Henüz Müşterinin Mülkiyetine Geçmemiş Bir Mal veya Sağlanmamış Bir Hizmet

İslam hukuku ilkeleri uyarınca finansman desteği sözleşmesine konu olan mal, sözleşmenin kurulması anında müşterinin mülkiyetine geçmemiş olmalıdır¹. Aksi takdirde bir ihtiyacın karşılanmasından değil, karşılanmış bir ihtiyaç için nakit kredi verilmesinden bahsedilecektir. Ayrıca bu durumda müşterinin malı İslam hukuku anlamında vekaletle satın alıp, daha sonra kendisine sattığı “varsayımı” da gerçekleşmeyecektir. Başka bir deyişle söz konusu şart finansman desteği sözleşmesinin sonraki aşamalarının gerçekleşmesi için bir ön koşuldur. Aynı durum hizmet sağlamaya yönelik finansman desteği sözleşmeleri için de geçerlidir. Burada da müşterinin sözleşmenin kurulması anında hizmetten henüz yararlanmamış olması gerekmektedir.

Finansman sağlanacak mal veya hizmet İslam hukukunca yasaklanmamış olmalıdır². Söz konusu unsurun kontrolü satıcıyla yapılan sözleşme aşamasında banka personeli tarafından sağlanmaktadır.

Finansman desteği sözleşmesiyle temin edilecek mal sözleşmenin kurulması anında mevcut olmalıdır³. Bunun yanında “varsayılan” satış akdi gereği, mal ve hizmetin özellikleri, bedeli belirli olmalıdır¹.

¹ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 87; YANPAR, s. 94; <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1049.vsf> (son erişim: 16.01.2018).

² BAFRA, İslami Bankacılık, s. 87; TUNÇ, s. 138; YANPAR, s. 155; <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1049.vsf> (son erişim: 16.01.2018).

³ BAFRA, İslami Bankacılık, s. 87; YANPAR, s. 94.

B. Tarafların Anlaşması

Finansman desteği sözleşmesi banka ve müşterisi arasında kurulan rızai nitelikte bir sözleşmedir. Finansman desteği sözleşmesinden bahsedilebilmesi için banka ve müşterisinin irade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır. Objektif ve subjektif esaslı noktalardan farklı² olarak iradelerin ikinci derecedeki noktalar³ üzerinde uyuşmaması TBK m. 2 gereği sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

¹ Aksi durum garara yol açacağından sözleşme İslam hukukunca geçersiz olacaktır (BAFRA, İslami Bankacılık, s. 87; YANPAR, s. 94).

² Objektif esaslı noktalar sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan tipik unsurlarıdır (EREN, Genel Hükümler, s. 249). Bu kapsamda finansman desteği sözleşmesinin objektif esaslı noktalarını sözleşmenin kurulması anında henüz müşterinin mülkiyetine geçmemiş bir mal veya hizmet, teslimin müşteriye yapılmış olması, bedelin satıcının veya sağlayıcının hesabına ödenmesi, anapara ile birlikte kâr payı ödenmesi olarak saydığımız unsurları oluşturmaktadır. Subjektif esaslı noktalar ise taraflardan birinin sözleşme yapma iradesinin zorunlu koşulu olarak gördüğü ikinci derece noktalarıdır (EREN, Genel Hükümler, s. 250). Finansman desteği sözleşmesinin subjektif esaslı noktaları müşteri tarafından verilecek teminat, finanse edilecek malın sigorta ettirilmesi, bankanın sır saklama yükümlülüğü vs. olabilir. Burada önemli olan taraflardan birinin söz konusu noktayı sözleşmenin kurulması için zorunlu unsur haline getirmesidir (KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 84).

³ İkinci derecedeki noktalar sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanlarının uyuşmasının zorunlu olmadığı noktalardır (KILIÇOĞLU, s. 84). Taraflar ikinci derecedeki noktaları sözleşmenin kurulması aşamasında ya hiç tartışma konusu yapmamış ya da tartışmalarına rağmen asli nokta haline getirmemişlerdir (EREN,

Finansman desteği sözleşmesinin kurulmasına ilişkin anlaşmada ödeme planı da açıkça kararlaştırılmalı, sözleşme herhangi bir koşula bağlanmamalıdır¹.

Taraflar sözleşme özgürlüğü gereği finansman desteği sözleşmenin içeriğini dilediği gibi belirleyebilecektir. Bunun sınırı ise en başta TBK m. 27'dir. Buna göre Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı finansman desteği sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Özellikle bireysel finansman desteği sözleşmelerinde TKHK'nın tüketiciyi koruyan emredici hükümleri sözleşme özgürlüğünü tüketici lehine sınırlayıcı rol oynamaktadır.

Finansman desteği sözleşmesine ilişkin anlaşma TBK m. 12 gereği şekle tabi değildir. Bununla birlikte bir tarafın basiretli davranma yükümü taşıyan tacir sıfatını haiz banka olduğu, genel işlem koşulları içeren finansman desteği sözleşmeleri işlem güvenliği açısından her zaman için yazılı yapılmaktadır. Bireysel finansman desteği sözleşmeleri ise TKHK m. 22/3 gereği yazılı şekilde kurulmadıkça geçerli olmaz.

C. Malın Müşteriye Teslimi

Finansman desteği sözleşmesinin bu unsuru müşteriye verilen İslam hukuku anlamındaki vekaletin bir sonucudur. Vekalet yönteminin uygulandığı günümüz murabaha (finansman desteği) sözleşmelerinde banka malı hiçbir zaman için kabz

Genel Hükümler, s. 248). Büyük ölçüde genel işlem koşulları ile düzenlenen finansman desteği sözleşmelerinde ikinci dereceden noktaların hukuki bir ihtilaf oluşturmasının zor olduğunu belirtmek gerekir. Zira sözleşmeler birçok olasılığı göz önüne alır şekilde düzenlenmektedir.

¹ Aksi durumun garara yol açacağı yönünde bkz. BAFRA, İslami Bankacılık, s. 87; YANPAR, s. 94.

etmemekte, teslim doğrudan müşteriye yapılmaktadır. Hizmet sağlamaya yönelik finansman desteği sözleşmelerinde ise söz konusu unsur için niteliğinden kaynaklanmaktadır.

D. Bedelin Satıcının veya Sağlayıcının Hesabına Ödenmesi

Finansman desteği sözleşmesine konu olan mal veya hizmetin bedeli katılım bankası tarafından satıcı veya sağlayıcının hesabına ödenmelidir. Söz konusu husus BKİİY'nin kurumsal ve bireysel finansman desteğini tanımlayan 19. maddesinde de açıkça belirtilmiştir. Zira bu durum, finansman desteği yöntemiyle sağlanan kredinin, kredinin kullanım amacının banka için önem arz ettiği amaca bağlı kredilerden¹ olmasının bir sonucudur.

Bedelin satıcı veya sağlayıcının hesabına ödenmesi finansman desteği dışındaki kredilerde de sıkça görülmektedir². Zira taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kredinin kullandırılması aşamasına ilişkin olarak böyle bir hüküm getirebileceklerdir³. Bununla birlikte bedelin satıcının hesabına ödenmesi mevduat bankası kredileri için zorunlu bir unsur değildir.

¹ Amaca bağlı kredi tanımı için bkz. GÜRSES, s. 38.

² Kredi tutarının müşteriye veya onun talimatıyla belirteceği satıcı veya sağlayıcıya ödeneceği yönündeki sözleşme hükümleri için bkz. <https://www.isbank.com.tr/TR/bireysel/sozlesme-ve-formlar/Documents/2017/Kas%C4%B1m/20-67-konutfinansmanikredisisozlesmesi-10.11.2017.pdf> (son erişim: 16.01.2018).

³ ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredisi ve Uygulaması”, BATİDER 1989, C. 15, S. 1, s. 24.

Finansman desteği sözleşmesinde bedelin satıcı veya sağlayıcının hesabına ödeniyor olması bu yöntemle kullandırılan tüketici kredilerinin (bireysel finansman desteği) bağlı kredi olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Zira bağlı kredilerde de genellikle tüketiciye nakit ödeme yapılmamakta, mal veya hizmet bedeli doğrudan satıcı veya sağlayıcıya ödenmektedir¹.

Bağlı kredilerde banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında ekonomik bir çıkar birliği bulunmaktadır². Bu birlik banka ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki bir çerçeve sözleşmeyle veya başka herhangi bir şekildeki iş birliğiyle sağlanabilir³. Önemli olan bankanın yalnızca belirli bir marka malın satın alınması halinde ya da tüketicinin belirli bir satıcının veya sağlayıcının müşterisi olması halinde avantajlı koşullarda kredi sağlamayı taahhüt etmesidir⁴. Bu tür sözleşmelerin bağlı tüketici kredisi sayılmasıyla amaçlanan, söz konusu ekonomik çıkar birliği karşısında sözleşmenin nisbiliği ilkesini bertaraf ederek, müşterinin satıcı veya sağlayıcıya karşı ileri sürebileceği defileri hakkaniyet gereği kredi veren kuruluşa karşı da ileri sürebilmesini sağlamaktır⁵.

TKHK m. 30’da belirtildiği üzere bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu

¹ DERYAL/KORKMAZ, s. 139.

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 150; ÜZÜLER, Rabia Sanem: Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 27.

³ AKİPEK, s. 182; ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredileri”, BATİDER 1995, C. 17, S. 1-2 (Anılış: Tüketici Kredileri), s. 40; ÜZÜLER, s. 27.

⁴ ÜZÜLER, s. 27.

⁵ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 150; ÜZÜLER, s. 30, 31.

sözleşmedir. 2. fıkrada belirtilen şartlardan en az birinin varlığı halinde ise ekonomik birliğin olduğu kabul edilecektir. TKHK m. 30/2/c’de ise belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği kredi sözleşmelerinin bağlı kredi sayılacağı ifade edilmiştir. Söz konusu fıkra amaca bağlı tüm kredilerin, dolayısıyla finansman desteği sözleşmesiyle sağlanan tüm kredilerin de bağlı kredi sayılıp sayılmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Ancak TKHK m. 30/5’te de kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen malın veya hizmetin bedelinin kredi veren tarafından ödenmesi suretiyle kullandırılan kredilerin bağlı kredi sayılmayacağı belirtilmiştir. Bu fıkra ile birlikte tüm amaca bağlı kredilerin bağlı kredi sayılmayacağı ortaya koyulmuştur. Katılım bankası ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir mal veya hizmetin tedarikine ilişkin sözleşme olmayan finansman desteği sözleşmeleri de bağlı krediye vücut vermeyecektir¹. Bunun bir sonucu olarak da TKHK m. 30/3 ve m. 30/4 uygulanmayacak, müteselsil sorumluluk söz konusu olmayıp, müşteri cayma hakkını ve satıcıya karşı ileri sürebileceği defileri bankaya karşı ileri süremeyecektir. Belirtmek gerekir ki hakkaniyet de bunu gerektirmektedir. Zira finansman desteği sözleşmesine konu mal veya hizmet kural olarak tüketicinin tamamen serbest iradesiyle seçildiği gibi katılım bankası ile satıcı veya sağlayıcı arasında ekonomik bir menfaat sağlamak için birlikte hareket etme iradesi de bulunmamaktadır². Söz konusu husus katılım bankalarının kurumsal ve bireysel finansman desteği sözleşmelerinin genel işlem şartlarında da belirtilmektedir³. Bununla birlikte esasen

¹ Nitekim söz konusu fıkra kanun çalışmaları sırasında katılım bankalarının ısrarıyla getirilmiştir. (ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 155).

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 155, 156.

³ <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1050.vsf> (son erişim: 16.01.2018).

finansman desteği sözleşmelerini kapsam dışında tutmak için getirilen söz konusu fıkra (TKHK m. 30/5) oldukça geniş kaleme alındığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹. Zira fıkranın lafzından bir bağı kredinin varlığı için banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında bir sözleşmenin varlığının gerektiğı anlaşılmaktadır. Oysa olayların çoğunda taraflar arasında ekonomik menfaat elde etmek amacıyla birlikte hareket etme iradesi olsa da bu yönde bir sözleşme bulunmamakta, bulunsa dahi tüketicinin ulaşabileceğı bir metin halinde olmamaktadır².

E. Anapara ile Birlikte Kâr Payı Ödenmesi

Finansman desteği sözleşmesinin bir diğ er unsuru da müşterinin mal veya hizmet bedelinin yanı sıra bankaya ödediğı kâr payıdır. Bankanın finansman desteği sözleşmesindeki asıl menfaatini müşteriden aldığı bu kâr payı oluşturmaktadır. Kâr payının hukuki niteliğ inin belirlenmesi uygulanacak hükümlerin tespitinde önem arz etmektedir.

Kâr payı, İslam hukukuna göre malın peşin satış bedeliyle vadeli satış bedeli arasındaki farkı ifade etmektedir³. Ancak finansman desteği sözleşmesinin hukuki niteliğı aşağıda⁴ inceleneceğı üzere esasen satış sözleşmesine vücut vermediğ inden burada malın peşin satış bedeline eklenen maliyet, vergi, kâr gibi unsurlarla asıl alacağı oluşturan⁵ bir vade farkından söz edilemeyecektir.

¹ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 157.

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 154.

³ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 84.

⁴ İkinci Bölüm V. B.

⁵ Bu şekilde vade farkının tanımı için bkz. BATTAL, Vade Farkı, s. 68; İNCEOĞLU/KABAKLIOĞLU ASLANYÜREK, s. 1352.

Kâr payı kavramına TKHK ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nda (BKKK)¹ yer verilmiştir. TKHK m. 4/8 uyarınca Kanun tüm düzenlemeleri yönünden katılım bankalarını da kapsayacak, uygulama ise kâr payı dikkate alınarak yapılacaktır. BKKK m. 26'da ise katılım bankaları açısından Kanun'un uygulamasında yer alan faizin kâr payı, gecikme faizinin ise gecikme cezası olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere TKHK ve BKKK'da uygulanacak hükümler bakımından faiz ve kâr payı arasında bir fark gözetilmemiştir.

Faiz, alacaklı olduğu miktardan belli bir süre mahrum kalması karşılığında para alacaklısına ödenen medeni semeredir². Finansman desteği sözleşmesinde de katılım bankasının sözleşme konusu miktardan belli bir süre mahrum kalması söz konusudur. Banka, mahrum kaldığı miktarı, sözleşme sonunda kâr payı ile birlikte almaktadır. Fakat burada bir satış sözleşmesinin kurulduğu varsayılmaktadır. Banka da satış sözleşmesinden doğan bir çeşit vade farkı aldığı iddiası ile hareket etmektedir. Ancak bu da sonucu değiştirmeyecektir. Zira satış sözleşmesi sonucu, ifanın ötelenmesi nedeniyle alınan vade farkında da, mahrum kalınan bir miktar paranın karşılığında elde edilen medeni semere söz konusu olup, bu semere anapara faizi niteliğindedir³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde, sözleşmelerin yorumunda tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağını belirtilmiştir. Öyleyse sözleşmenin kredi sözleşmesi, satış sözleşmesi, murabaha sözleşmesi; bankanın sözleşme sonundaki kârının kâr payı, faiz, komisyon vs. şeklinde isimlendirilmesinden bağımsız olarak taraf

¹ RG. 01.03.2006, S. 26095.

² ARKAN, Ticari İşletme, s. 75; EREN, Genel Hükümler, s. 1005; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 304; ÜLGİN/HELVACI /KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 104.

³ BAHTİYAR, s. 61.

iradelerinin bankaya finansman desteği sözleşmesi sonucunda bir kazandırmada bulundurmak olduğu gözetilmelidir. Bu nedenle de kâr payının hukuki niteliği faiz olarak yorumlanmalıdır. Nitekim TKHK ve BKKK’da uygulama bakımından faizle kâr payı arasında bir fark gözetilmeyerek bu görüş desteklenmiştir. Belirtmek gerekir ki kâr payının İslam hukuku anlamında faiz olup olmadığı¹ ise ayrı bir inceleme konusudur.

V. HUKUKİ NİTELİğİ

Finansman desteği sözleşmesinin hukuki niteliği bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespitinde önemli rol oynayacaktır. Ortaya çıkan olası bir uyumsuzluk finansman desteği sözleşmesine uygulanması gereken sözleşme hükümleri ile çözülmelidir. Söz konusu nedenle finansman desteği sözleşmesinin kanunda düzenlenen isimli sözleşme tiplerinden birinin kapsamına girip girmediğini, eğer girmiyorsa ne tür bir isimsiz sözleşme olduğu incelenecektir.

A. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

1. Satış Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Satış sözleşmesi satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 207). Günümüzde katılım bankaları tarafından finansman desteği sözleşmesi olarak uygulanan murabaha sözleşmesi de esas olarak peşin satın alınan bir malın vadeli olarak satılmasını ifade etmektedir. Ancak günümüz uygulamasında banka, finansman desteğine konu olan malı mülkiyetine geçirmemekte, müşteriye verdiği İslam hukuku

¹ İkinci Bölüm. I. B. 4.

anlamında vekaletle müşterinin malı kendi (banka) adına alıp tekrar kendisine (müşteriye) sattığını varsaymaktadır.

Bankanın finansman desteği sözleşmesine konu olan malı mülkiyetine geçirmemiş olması, devri yazılı şekle bağlanmış mallar için kesin bir yargıdır. Nitekim devri resmi yazılı şekle tabi olan taşınmaz satışında banka adına tapuya tescil yapılmadığı gibi yine resmi yazılı şekle tabi tescil edilmiş araç satışında da sicile banka adına bir kayıt düşülmemektedir. Keza adi yazılı şekle tabi olan marka, patent, endüstriyel tasarım satışına ilişkin finansman desteği sözleşmelerinde de banka adına bir satış işlemi yapılmamaktadır. Dolayısıyla kanunun öngördüğü zorunlu şekil yerine getirilmediğinden bu sözleşmelerde mülkiyet hiçbir zaman bankaya geçmemektedir.

Devrin şekle tabi olmadığı taşınır satışlarında mülkiyetin bankaya geçip geçmediği ise ayrıca tartışılmalıdır. Taşınır mülkiyetinin devri için tarafların mülkiyetin devri konusunda anlaşması ve zilyetliğin mülkiyeti kazanacak kişiye devredilmesi gerekmektedir¹. Zilyetlik teslim yoluyla devredilebileceği gibi hükmen teslim veya zilyetliğin havalesi yoluyla teslimsiz olarak da devredilebilecektir². Bu noktada tartışılması gereken ise finansman desteği sözleşmesine konu olan malı hiçbir zaman teslim almayan bankanın zilyetliğin teslimsiz devri yollarından biriyle iktisap ederek müşteriye satmasının mümkün olup olmadığıdır. Bunun mümkün olduğu kabul edilirse, mal finansmanı sağlanmasına yönelik finansman desteği sözleşmelerinin üç taraflı bir satış sözleşmesi olduğu da söylenebilir. Söz konusu durumun mümkün olabilmesi için

¹ SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2017 (Anılış: Eşya Hukuku), s. 489.

² SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 59. Kısa elden teslim de zilyetliğin teslimsiz devri hallerinden olsa da, bu durumda malı fiilen elinde bulunduran kişinin özel bir hukuki nedene dayanarak zilyetlik sıfatının değişmesi söz konusu olduğundan bu başlık altında incelenmeyecektir.

öncelikle tarafların, mülkiyetin bankaya devri konusunda anlaşması gerekmektedir. Bu anlaşma da satıcı ile banka ve müşterisi arasında sağlanacaktır. Başka bir deyişle müşteri adına fatura düzenleyen satıcının iradesi malı bankaya satmak olmalıdır. Fatura sadece ispat işlevi gördüğünden müşteri adına düzenlenmesi durumu değiştirmeyecektir. Tarafların iradesinin bu yönde olmasının yanında zilyetliğin teslimsiz olarak devri de gerekmektedir. Zilyetliğin teslimsiz devir yollarından hükmen teslim ve zilyetliği havalesinin burada mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Hükmen teslimde zilyetliği devreden kişinin özel bir hukuki ilişkiye dayanıp malı kendi fiili hakimiyetinde alıkoyarak, edinene sadece dolaylı bir zilyetlik tanınması söz konusudur¹. Finansman desteği sözleşmesinde satıcı zilyetliği müşteriye devretmektedir. Ancak müşteri kendisine verilen İslam hukuku anlamındaki vekaletle malı banka adına devraldığını varsaymaktadır. İşte müşterinin kendisine verilen İslam hukuku anlamındaki vekaletle satın alma işlemini yaptığı ve yine bu vekaletle malı kendisine sattığı, malın satıcının zilyetliğinde kaldığı kısa zaman dilimi arasında bir an için mülkiyetin hükmen teslim yoluyla bankaya geçtiğini söylenebilir. Zira burada taraf iradeleri malın banka adına satın alınması yönündedir. Doğrudan zilyetlik özel bir hukuki sebeple satıcıda kalsa da dolaylı zilyetlik hükmen teslim yoluyla bir an için bankaya geçmiştir. Söz konusu durum bankanın dolaylı zilyetliğindeki malı (müşteriye verilen İslam hukuku anlamındaki vekaletle) zilyetliğin havalesi yoluyla² müşteriye

¹ Örneğin taşınacak olan A, televizyonunu B'ye satar fakat B ile anlaşarak televizyonu kiracı sıfatıyla elinde tutmaya devam ederse B zilyetliği hükmen teslim yoluyla sağlamış olur (SİRMEN, Eşya Hukuku s. 60).

² Zilyetliğin havalesinde ise dolaylı zilyet durumunda olan bir kimse bu zilyetliği sözleşmeyle bir başkasına devretmektedir. Örneğin A, intifa hakkı sahibi B'nin elindeki taşınır malını C'ye satıp mülkiyeti ona devrederse zilyetliğin havalesi söz konusu olacaktır (SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 62).

satmasıyla sona erecektir. Ancak zilyetliğin teslimsiz olarak bankaya devri bir an için söz konusu olsa dahi taraf iradelerinin her zaman için mülkiyetin bankaya geçirilmesi yönünde olacağı söylenemez. Finansman desteği sözleşmesinin temeli her ne kadar bu olsa da sözleşmeyi kuran taraflar bu durumun bilgisinde ve bu istekte olmayabilirler. Bu durumda yine bir satış sözleşmesinden bahsedilemez. Dolayısıyla finansman desteği sözleşmesinde devri şekle tabi olmayan taşınır satışlarında her zaman için üçlü bir satış sözleşmesinden bahsedilemez.

2. Kira ve Finansal Kiralama Sözleşmesiyle Karşılaştırılması

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını ve kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 299). Kira sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olup kiracı kira konusunu kullanması karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girmektedir¹. Kiralayanın kiralanan şeyin kiracı tarafından kullanılmasına katlanma borcu zamana yayılmış bulunduğundan sözleşme sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir².

Kiracı sözleşme konusu bedeli genellikle taksitler halinde dönemsel olarak ödediği gibi peşin olarak da ödeyebilmektedir. Finansman desteği sözleşmesinde de müşteri bankaya olan borcunu genellikle taksitler halinde ödemekle beraber peşin ödeme hakkını da haizdir. Ancak kira sözleşmesinde ödenen bedel kiralayanın bir şeyin kullanılmasına katlanma borcunun karşılığı iken finansman desteği sözleşmesinde ödenen bedel bankanın sağladığı finansmanın karşılığıdır. Kira sözleşmesinde kiraya veren kiralanan şeyin ya maliki olmalı ya da kiralananın kullanılmasını başkasına devir

¹ ARAL, s. 207; EREN, Özel Hükümler, s. 320; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 377.

² ARAL, s. 207; EREN, Özel Hükümler, s. 312.

yetkisi veren bir hakkı haiz olmalıdır¹. Oysa finansman desteği sözleşmesinde banka müşteriye sattığını varsaydığı mal veya hizmet üzerinde hak sahibi değildir. Mal veya hizmet müşteriye aittir. Müşteri sadece bu mal veya hizmeti elde etmesi için finansman sağlayan bankaya taksitler halinde bu ediminin karşılığını ödemektedir. Finansman desteği sözleşmesi bu yönleriyle kira sözleşmesinden büyük ölçüde ayrılmaktadır.

Finansman desteği sözleşmesi finansal kiralama sözleşmesi ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere müşterinin mülkiyeti kazandığı an ve bedelin belirli olup olmaması bakımından finansal kiralama sözleşmesinden ayrılmaktadır².

3. Tüketim Ödücü Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Tüketim ödücü sözleşmesi, ödünç verenin bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi ödünç alanın da aynı nitelik ve miktardaki şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 386). Tüketim ödücünün konusu daima misli bir mal olup ödünç verilen şeyin mülkiyeti ödünç alana aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermesi şartıyla devredilmektedir³. Ödünç verenin ödünç konusu şeyi sözleşme boyunca ödünç alanın emrinde tutma borcu zamana yayılmış olduğundan sözleşme sürekli borç doğuran bir sözleşmedir⁴. Tüketim ödücü sözleşmesi kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵. Zira sözleşme ivazsız olup ödünç alanın ödünç verenin borcuyla karşılıklı ilişkisinde olmayan, aynı nitelik ve miktarda şeyi geri

¹ ARAL, s. 235.

² Birinci Bölüm. III. A. 3.

³ EREN, Özel Hükümler, s. 498; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 409.

⁴ ARAL, s. 302; EREN, Özel Hükümler, s. 499.

⁵ ARAL, s. 301; EREN, Özel Hükümler, s. 500; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 734.

vermeye yönelik bir tali edim yükümlülüğü mevcuttur¹. Bununla birlikte ödünç alanın faiz ödeme borcu altına girdiği ivazlı tüketim ödöncü sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir².

Finansman desteği sözleşmesi de ödünç alanın faiz ödeme borcu altına girdiği ivazlı tüketim ödöncü sözleşmesine büyük ölçüde benzemektedir³. Zira burada da misli nitelikteki bir malın devredilip kâr payıyla birlikte aynı miktar ve nitelikte geri verilmesi söz konusudur. Ancak tüketim ödöncü sözleşmesinde faiz ödenmesi ihtiyari bir unsurken finansman desteği sözleşmesinde kâr payı ödenmesi sözleşmenin zorunlu bir unsurudur⁴. Ödenecek kâr payı oranı ise TTK m. 19/2 gereği ticari işlerde uygulanacak faiz oranına göre belirlenecektir. Bunun yanında finansman desteği

¹ EREN, Özel Hükümler, s. 500; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 734.

² ARAL, s. 302; EREN, Özel Hükümler, s. 500.

³ Tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak aynı yorum için bkz. AKİPEK, s. 217. Tüketici kredisi sözleşmesinin tüketim ödöncü sözleşmesi olduğu yönünde bkz. ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 27; ÇABRİ, Sezer: Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010 (Anılış: Konut Finansmanı), s. 37; KURT, Ekrem: Tüketim Ödöncü Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 159; İNAL, Tamer: Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 2002, s. 235. Ticari kredilerin de cari hesap şeklinde işlemediği durumlarda tüketim ödöncü sözleşmesine yer vereceği konusunda bkz. REİSOĞLU, Şerh, C. 1, s. 895.

⁴ Tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak aynı yorum için bkz. KURT, E., s. 159.

sözleşmesi her zaman para borcu üzerine kurulu iken ödünç sözleşmesinin konusu para borcunun dışında misli eşyalar da olabilmektedir¹.

Finansman desteği sözleşmesinin tüketim ödünç sözleşmesinden ayrıldığı bir diğer nokta da tüketim ödünç sözleşmesi için herhangi bir şekil zorunluluğu öngörülmemesine karşı, bireysel finansman desteği sözleşmelerinin TKHK m. 22/3 uyarınca yazılı şekilde kurulmasının zorunlu olmasıdır². Tüketim ödünç sözleşmesi ile finansman desteği sözleşmesi amaç yönünden de ayrılmaktadır. Finansman desteği sözleşmesi amaca bağlı bir kredi türüdür. Banka finansman desteği yoluyla finansman sağlarken finansman desteğine konu olan bedelin nerde ve nasıl kullanılacağını, finansman desteğine konu malın finansman sağlamaya uygun olup olmadığını detaylı olarak araştırır. Oysa tüketim ödünç sözleşmesinde ödünç verenin böyle bir araştırma yapması söz konusu değildir³. Tüm bu farklılıklara rağmen finansman desteği sözleşmesinin tüketim ödünç sözleşmesinin bir türü olduğu düşünülebilse de⁴ finansman desteği sözleşmesinde bedelin mutlaka satıcının hesabına ödenmesi gerekliliği iki sözleşmeyi kesin olarak farklılaştırmaktadır. Zira tüketim ödünç sözleşmesinde bedelin kime ödeneceği önem arz etmezken bedelin satıcıya ödenmesi finansman desteği sözleşmesi için zorunlu bir unsurdur. Nitekim burada bedelin satıcıya ödenmesi dışında satıcının da içinde olduğu üçlü bir ilişki söz konusudur. Banka

¹ Tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak aynı yorum için bkz. KURT, E., s. 159.

² Söz konusu durumun tüketici kredisini ödünç sözleşmesinden farklılaştırdığı yönünde bkz. AKİPEK, s. 217.

³ Tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak aynı yorum için bkz. ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 28.

⁴ Tüketici Kredisi sözleşmelerine ilişkin olarak söz konusu yorum için bkz. KURT, E., s. 159.

müşteriye satıcıdan aldığı bilgiler ışığında finansman sağlamaktadır. Bu durum özellikle bağlı kredi şeklinde sağlanan finansman desteği sözleşmelerinde ön plana çıkmaktadır. Bağlı kredi şeklinde sağlanan finansman desteği sözleşmelerinde kredi veren yaptığı çerçeve sözleşmeye uygun olarak krediyi kendi saptadığı satıcı veya sağlayıcı ile sözleşme yapılması koşuluyla vermektedir¹. Böylece sözleşme satış/hizmet ve ödünç sözleşmelerinin oluşturduğu bir birleşik sözleşme² niteliğini haiz olmaktadır³. Bu durum da sözleşmeyi tüketim ödünç sözleşmesinden büyük ölçüde uzaklaştırmaktadır⁴.

Görüldüğü üzere finansman desteği sözleşmesi tüketim ödünç sözleşmesine oldukça benzese de birçok yönüyle bu sözleşmeden ayrılmaktadır. Bunun yanında TKHK, BankK ve diğer kanunlarda öngörülen özel düzenlemeler taraflara ödünç sözleşmesine göre çok daha detaylı hak ve borçlar yüklemektedir⁵. Bunlara örnek olarak bankanın sır saklama, sözleşme öncesi bilgi verme yükümlülüğü, müşterinin cayma, erken ödeme halinde indirim talep etme hakkı gösterilebilir. O halde finansman desteği sözleşmesinin tüketim ödünç sözleşmesine ait unsurları taşıyan fakat tüketim ödünç sözleşmesinden farklı bir sözleşme olduğunu söyleyebiliriz.

¹ AKİPEK, s. 217; İNAL, s. 238.

² Birleşik sözleşmeler tamamen birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmelerin, tarafların serbest iradeleriyle birbirine bağlı duruma sokulmasıyla oluşmaktadır (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 23).

³ İNAL, s. 238; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 25.

⁴ KURT, E., s. 161.

⁵ Bu şekilde birçok farklılığı bünyesinde barındırın tüketici kredisi sözleşmesinin TKHK’da düzenlenen isimli bir sözleşme olduğu yönünde bkz. AKİPEK, s. 218.

4. Vekalet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 502). Vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup vekil iş görme edimini üstlenirken, vekalet veren kural olarak ücret ödememekte ve tali bir edim yükümlülüğü üstlenmektedir¹. Ancak vekil ücret alıyorsa vekalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olacaktır². Arızı bir iş için verilen vekaletler hariç, vekalet sözleşmesiyle taraflar arasında devamlı borç ilişkisine benzer bir ilişki doğmaktadır³. Vekil, herhangi bir işi vekalet verenin menfaatine yapmaktadır⁴. TBK m. 508’de belirtildiği üzere vekil yaptığı iş sonucu vekaletle ilgili aldıklarını vekalet verene geri vermekle yükümlüdür.

Finansman desteği sözleşmesinde uygulanan İslam hukuku anlamındaki vekaletin TBK anlamında bir vekalet sözleşmesine yer vermediği açıktır. Zira burada en başta başkası menfaatine hareket etme unsuru yoktur. Yapılan işlemin amacı finansman desteğine konu olan mal ve hizmeti vekil sıfatındaki müşterinin elde etmesidir. Nitekim sırf vekilin menfaatine yapılan bir faaliyet vekalet sözleşmesine konu olamaz⁵.

Bankanın müşterinin vekili sıfatıyla hareket edip etmediği ise ayrıca tartışılmalıdır. Banka sözleşme konusu bedeli kendi adına müşteri hesabına satıcı veya sağlayıcıya ödemektedir. Burada dolaylı temsil yetkisi olduğu açıktır. Ancak temsil

¹ ARAL, s. 394; EREN, Özel Hükümler, s. 706.

² ARAL, s. 394; EREN, Özel Hükümler, s. 706; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2017, s. 411.

³ ARAL, s. 394; EREN, Özel Hükümler, s. 708.

⁴ ARAL, s. 396; EREN, Özel Hükümler, s. 711; GÜMÜŞ, s. 414.

⁵ ARAL, s. 396.

yetkisinin verildiği her durumda bir vekalet sözleşmesinden bahsedilemez¹. Banka ile müşteri arasında bir kurulmuş bir vekalet sözleşmesi olmadığından burada da bir vekalet ilişkisi yoktur². Sözleşmenin, müşterinin sözleşme bedelini peşin olarak veya genelde olduğu gibi taksitler halinde bankaya ödediği sonraki aşamalarında ise bir vekalet ilişkisi olmadığı açıktır.

5. Kefalet Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 581). Kefalet sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ivazsız bir sözleşme olup, kefilin borçludan ivaz elde etmesi sözleşmenin ivazsızlığını bozmamaktadır³. Sözleşme sürekli borç ilişkisi doğurmamakta⁴ bu nedenle sürekli sözleşme benzeri sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁵. Kefalet borcu asıl borca bağlı ve ikinci dereceden bir borçtur. Bu nedenle asıl borç mevcut olmadıkça kefalet borcu da mevcut olmamakta ve asıl borçluya başvurulmadan kefile başvurulamamaktadır⁶.

Finansman desteği sözleşmesinde, bankanın, satıcıya karşı müşterinin kefilî sıfatıyla hareket edip etmediğini tartışmak gerekir. Satıcı veya sağlayıcı mal ve hizmeti sunarken bedeli bankadan tahsil edeceğini bilmektedir. Ancak burada bankanın borcu müşterinin borcuna bağlı bir borç olmayıp, bankanın, müşterinin satıcı veya sağlayıcıya

¹ KILIÇOĞLU, s. 300.

² KILIÇOĞLU, s. 300.

³ ARAL, s. 427; EREN, Özel Hükümler, s. 761, GÜMÜŞ, s. 478.

⁴ GÜMÜŞ, s. 478.

⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 761.

⁶ ARAL, s. 424-426; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 701-702.

olan borcunu ödememesi durumunda kişisel sorumluluk üstlenmesi söz konusu değildir. Başka bir deyişle bankanın yükümlülüğü kefalet sözleşmesinde olduğu gibi bedelin müşteri tarafından ödenmemesi durumunda doğacak ikincil bir yükümlülük değildir. Müşteri ile banka arasında yapılan anlaşma gereği sözleşme bedelini satıcıya ödeyen taraf bankadır. Müşteri de bunun karşılığında bankaya kâr payı ödemektedir. Dolayısıyla bankanın bedeli satıcı veya sağlayıcıya ödeme borcu kefalet borcu olmayıp finansman desteği sözleşmesinden doğan bir asli edim borcudur. Ayrıca Bank m. 48/1’de belirtildiği üzere bankaların verdiği kefaletler gayrınakdî kredi niteliğinde iken finansman desteği sözleşmesi nakdî kredi niteliğindedir.

6. Havale ile Karşılaştırılması

Havale, havale edenin kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini, bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir (TBK m. 555). Görüldüğü üzere havale üçlü ilişki içerisinde gerçekleşen bir hukuki işlem olup, sözleşme değildir¹. Havale dolaylı bir ödeme aracı olup havale eden, havale ödeyicisinin havale alıcısına yapacağı ödemeyele borcundan kurtulmaktadır².

Havale uygulamada daha çok banka havalesi şeklinde görülmekte, özellikle kredi kartı sözleşmelerinde yapılan ödemelerin ve akreditif işlemlerinin temelini oluşturmaktadır³. Zira burada da havale eden banka müşterisi, havale ödeyicisi bankanın havale alıcısına yaptığı ödemeyele borcundan kurtulmaktadır.

¹ EREN, Özel Hükümler, s. 920; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 679.

² EREN, Özel Hükümler, s. 920-921.

³ EREN, Özel Hükümler, s. 922.

Finansman desteği sözleşmesinde de müşteri, bankanın satıcı veya sağlayıcıya yaptığı ödeme ile borcundan kurtulmaktadır. Bir başka deyişle, banka, finansman desteği sözleşmesinden doğan asli edim borcunu havale işlemi ile yerine getirmektedir. Gerçekten de havale burada olduğu gibi günlük hayatta bir kredi aracı olarak sıkça kullanılmaktadır¹. Ancak finansman desteği sözleşmesi içeriğinde bir havale işlemi barındırsa da havaleden farklıdır. Zira finansman desteği bir sözleşme iken havale çift yetkilendirme içeren bir hukuki işlemdir².

7. Garanti Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Garanti sözleşmesi, garanti verenin garanti alana belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak sonuç taahhüt ettiği saf garanti sözleşmesi³ ve kefalet benzeri garanti sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır⁴. Finansman desteği sözleşmesi ile benzerlik gösteren de kefalet benzeri garanti sözleşmesidir. Kefalet benzeri garanti sözleşmesi, garanti verenin garanti alanın tarafı olduğu bir borç ilişkisinde asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden sorumlu olmayı taahhüt ettiği sui generis bir sözleşmedir⁵. Buradaki taahhüt kefaletten farklı olarak asli nitelikte olup asıl borcun

¹ EREN, Özel Hükümler, s. 922; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 680.

² EREN, Özel Hükümler, s. 920; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 679.

³ Saf garanti sözleşmesine örnek olarak kiralık işyeri yapımını özendirmek için bir girişimciye işyerlerinin aylık belli bir miktar kira getireceğinin garanti edilmesini, işyerleri garanti edilen bedel altında kiralanırsa aradaki farkın garanti veren tarafından üstlenilmesini örnek gösterebiliriz (EREN, Özel Hükümler, s. 766).

⁴ ARAL, s. 427; EREN, Özel Hükümler, s. 766; GÜMÜŞ, s. 570.

⁵ GÜMÜŞ, s. 573.

varlığı, geçerliliği ve takip edilebilirliğinden bağımsızdır¹. Bunun yanında kefaletten farklı olarak garanti veren alacaklının haklarına halef değildir². Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinin en yaygın örneği banka garantileridir³. Banka burada borcu ödememesine ilişkin riski üstlenerek müşterisine bir gayrınakdî kredi sağlamış olmaktadır⁴.

Finansman desteği sözleşmesinde de bankanın müşteri lehine garanti veren sıfatıyla hareket edip etmediği tartışılmalıdır. Ancak burada bankanın müşterinin borcunu ödememesi durumunda üstlendiği kişisel bir sorumluluk yoktur. Başka bir deyişle bankanın yükümlülüğü garanti sözleşmesinde olduğu gibi bedelin müşteri tarafından ödenmemesi durumunda doğacak ikincil bir yükümlülük değildir⁵. Yapılan anlaşma gereği sözleşme konusu bedeli satıcı veya sağlayıcıya ödemek bankanın asli edim yükümlülüğüdür. Bununla birlikte garanti sözleşmesinde sağlanan gayrınakdî bir kredi iken⁶ finansman desteği sözleşmesinde nakdî bir kredi sağlanması söz konusudur. Finansman desteği sözleşmesi tüm bu yönleriyle garanti sözleşmesinden kesin olarak ayrılmaktadır.

¹ EREN, Özel Hükümler, s. 767; GÜMÜŞ, s. 573.

² EREN, Özel Hükümler, s. 768.

³ GÜMÜŞ, s. 573.

⁴ REİSOĞLU, Şerh, C. 1, s. 938; ŞİT, s. 142; TEKİNALP, s. 512.

⁵ Garanti verenin yükümlülüğünün ikincil nitelikte olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, s. 512.

⁶ REİSOĞLU, Şerh, C. 1, s. 938; ŞİT, s. 142; TEKİNALP, s. 512.

8. Genel Kredi Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Yukarıda belirtildiği üzere¹ genel kredi sözleşmesi, bankayı öngörülen tutara kadar nakdî, aynî veya sorumluluk kredisi açmak, kullanırmak ve vadeye kadar geri ödeme talebinde bulunmamak yükümlülüğü altına sokan sözleşmedir². Kurumsal finansman desteği şeklindeki murabaha sözleşmeleri de çoğunlukla bir genel kredi sözleşmesine bağlı olarak kurulmaktadır. Sözleşmenin dönerlik özelliği gereği işletme ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri finansman desteği sözleşmesiyle karşılamakta, bankaya olan borcunu ödediği ölçüde de tekrar kredilendirilebilmektedir³. Dolayısıyla genel kredi sözleşmesi, finansman desteği sözleşmesinin bir türü olup tek bir mal veya hizmetin finansmanı için sağlanan finansman desteği sözleşmelerini kapsamamaktadır. Bunun yanında genel kredi sözleşmesi finansman desteği kredisinden ayrı olarak içinde gayrinakdî kredilerin verilmesine ilişkin düzenlemeleri de kapsamaktadır⁴. Öyleyse genel kredi sözleşmesinin içinde finansman desteği sözleşmesini de barındıran bir çerçeve sözleşme olduğu, ancak tüm finansman desteği sözleşmelerinin genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kurulmadığı söylenebilir.

¹ İkinci Bölüm. III.

² TEKİNALP, s. 479.

³ GÜRSES, s. 161; TEKİNALP, s. 480.

⁴ GÜRSES, s. 63; ÖZEN, s. 72; TEKİNALP, s. 479.

B. Değerlendirme

1. Genel Olarak

Görüldüğü üzere finansman desteği sözleşmesi bazı isimli ve isimsiz sözleşmelerle benzerlik gösterse de içerdiği kendine özgü özellikleriyle bu sözleşmelerden ayrılmaktadır. O halde bir isimsiz sözleşme olan finansman desteği sözleşmesinin hukuki niteliği ayrıca tartışılmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta genel olarak finansman desteği sistemi ile finansman desteği sözleşmesinin farklı kavramları ifade ettiğidir. Zira finansman desteği sistemi, finansman desteği sözleşmesini de içine alan bir kavramı ifade eder. Buna göre finansman desteği sistemi, birbiriyle bağlantılı üç ayrı hukuki ilişkiden oluşmaktadır¹. Bunlardan birincisi bankayla müşteri arasındaki hukuki ilişkidir ki finansman desteği (murabaha) sözleşmesi esasen bu ilişkiyi ifade eder. Bununla birlikte banka ile satıcı veya sağlayıcı ve müşteri ile satıcı veya sağlayıcı arasında da bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkilerden ilkinin (finansman desteği sözleşmesinin) hukuki niteliği de bir isimsiz sözleşmeye vücut vermektedir. O halde finansman desteği sistemini oluşturan bu hukuki ilişkilerden ayrı ayrı bahsetmeden önce isimsiz sözleşme kavramına da değinmek gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde veya herhangi bir özel kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmeler isimsiz sözleşmelerdir². Bu tür sözleşmelere isimsiz sözleşme denilmesinin sebebi bunların bir isimleri olmaması değil kanunlarda özel bir şekilde az ya da çok ayrıntılı olarak düzenlenmemiş olmalarıdır³. Keza bir sözleşmenin

¹ Kredi kartı sözleşmelerine ilişkin aynı yorum için bkz. İŞGÜZAR, s. 66.

² TANDOĞAN, C. 1/1, s. 12; ARAL, s. 49; EREN, Özel Hükümler, s. 933.

³ EREN, Özel Hükümler, s. 933.

isimli sözleşme sayılabilmesi için en azından esaslı unsurlarının kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir¹.

İsimsiz sözleşmeler geleneksel bir şekilde sui generis (kendine özgü yapısı olan) ve karma sözleşmeler olarak ikiye ayrılrsa da birleşik sözleşmeler de isimsiz sözleşmeler arasına dahil edilmektedir². Bununla birlikte birleşik sözleşmelerin sui generis sözleşmelerin bir türü olarak incelendiği de görülmektedir³.

Sui generis sözleşmeler kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmemiş sözleşme tiplerine ait unsurlardan oluşurken, karma sözleşmelerde kanunun düzenlediği çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar kanunun öngörmediği bir şekilde biraya gelmektedir⁴. Birleşik sözleşmelerde ise birbirinden hukuken bağımsız ve iki farklı sözleşme mahiyetlerine hâlel gelmeksizin fonksiyon itibariyle birbirine bağlanmaktadır⁵.

Sui generis ve karma sözleşmeleri birbirinden ayırt etmek için her zaman kolay olmamaktadır. Nitekim taraflar sözleşmenin tipini belirleme serbestisi sonucunda kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ait unsurları, kanunda düzenlenmiş sözleşme

¹ ARAL, s. 49; EREN, Özel Hükümler, s. 933; KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 2013 (Anılış: Karışık Muhtevalı Akit), s. 4. Bununla birlikte isimli ve isimsiz sözleşmeler ayrımı çok derin değildir. Tüm ayrıntıları ile kanunen düzenlenmemiş bulunan bir isimli sözleşme, kendisine ilişkin düzenleme konusu olmayan noktalarda, isimsiz sözleşmelere benzer bir yapı sergileyecektir (KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 4).

² ARAL, s. 52; GÜMÜŞ, s. 5; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 23.

³ KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 163.

⁴ ARAL, s. 52; TANDOĞAN, C. 1/1, s. 12.

⁵ ARAL, s. 54; TANDOĞAN, C. 1/1, s. 76.

unsurlarıyla biraya getirerek bir sözleşme kurabilirler¹. İşte bu durumda sözleşmenin niteliğinin sui generis veya karma sözleşme olup olmadığı tartışılmıştır². Bir görüşe göre karma sözleşmeler dar anlamda karma ve geniş anlamda karma sözleşmeler olarak ikiye ayrılmakta ve geniş anlamda karma sözleşmeler kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş unsurların biraya gelmesiyle oluşmaktadır³. Bu görüşe göre bahsedilen tipte sözleşmeler de karma sözleşmeler içine girmektedir. Diğer bir görüş ise geniş anlamda karma sözleşmeleri kabul etmemekte, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde düzenlediği unsurlardan başka unsurları içeren sözleşmeleri sui generis sözleşme olarak yorumlamaktadır⁴. Bu çalışmada da ikinci görüş benimsenmekte ve kanunda düzenlenmiş ve düzenlenmemiş unsurlardan oluşan sözleşmeler sui generis sözleşme olarak değerlendirilmektedir.

Karma ve sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümler de öğretide tartışılmış, karma sözleşmelere uygulanması gereken hükümler konusunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür⁵. Bu teoriler arasında en çok kabul gören ise kıyasen uygulama ve yaratma teorisi olmuştur⁶. Bu teori kabul edildiğinde sui generis ve karma sözleşmeler arasında da uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından bir metod farkı

¹ KIRCA, Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s. 49.

² EREN, Özel Hükümler, s. 939; KIRCA, s. 49; KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 40.

³ EREN, Özel Hükümler, s. 940; KIRCA, s. 51; KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 159.

⁴ Tüketici kredisinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde bu yönde yorum için bkz. AKİPEK, s. 218.

⁵ ARAL, s. 55- 57; EREN, Özel Hükümler, 945-949.

⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 949; KIRCA, s. 59; KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 302.

bulunmayacaktır¹. Dolayısıyla geniş anlamda karma sözleşme kavramının kabul edilip edilmemesi önem arz etmemekte, kanunda düzenlenen ve düzenlenmeyen sözleşme tiplerinde oluşan sözleşmeler ister geniş anlamda karma ister sui generis sözleşme olarak isimlendirilsin aynı hükümler uygulanmaktadır. Bu teoriye göre hakim önce sözleşme hükümlerini taraf iradelerine uygun şekilde değerlendirmeli, somut sorunu bu şekilde çözemese Borçlar Kanununun genel hükümlerini uygulamalı, genel hükümlerin yeterli olmadığı yerde doğan kanun boşluğunu örf ve adet hukuku ile tamamlamalı, uyuşmazlığa ilişkin bir örf ve adet hukuku kuralı bulunmuyorsa kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine ait hükümleri kıyasen uygulamalı, bunun da yapılamadığı durumlarda TMK m. 1 gereği kendisi kanun koyucu gibi hareket ederek bir hüküm getirmelidir². Bu yapılırken finansman desteği sözleşmesinde ortada TTK m. 19/2 gereği bir ticari iş olduğu da göz önünde bulundurularak TTK m. 1 uyarınca ticari örf ve adet hukuku kuralı bulunan yerlerde örf ve adet genel hükümlerden önce uygulanmalıdır.

2. Finansman Desteği Sistemini Oluşturan Hukuki İlişkiler

a. Banka ile Müşteri Arasındaki İlişkinin (Murabaha-Finansman Desteği Sözleşmesinin) Hukuki Niteliği

Finansman desteği sözleşmesinde bankanın asli edim borcu sözleşme bedelini satıcı veya sağlayıcıya ödemek iken müşterinin asli edim borcu anapara ile birlikte kâr payını ödemektir. Banka asli edim borcu gereği belli bir miktardan sözleşme süresi

¹ KIRCA, s. 60; KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 292.

² Karma sözleşmelere uygulanacak hükümleri belirlerken izlenecek yol hakkında bkz. KIRCA, s. 59; KUNTALP, s. 263.

boyunca mahrum kalmaktadır. Bankanın bu borcu zamana yayılmış bulunmaktadır. Söz konusu nedenle bankanın edimi sürekli bir edimken, sözleşme de sürekli borç doğuran bir sözleşmedir¹. Nitekim bir sözleşmenin sürekli borç doğuran sözleşme olması için burada olduğu gibi taraflardan birinin ediminin sürekli olması yeterlidir². Müşterinin borcunu bankaya taksitler halinde ödemesi ise müşterinin ediminin sürekli olduğunu göstermez. Çünkü burada alacaklının edime olan çıkarı bir anda gerçekleşmektedir³. Bu nedenle de müşterinin edimi ani bir edimdir. Taksitler halinde ödeme sadece ifayı kolaylaştırmak için kararlaştırılmış bir yol olup edimin sürekli olup olmaması konusunda önem arz etmemektedir⁴.

Sözleşme TBK’da veya herhangi bir özel kanunda esaslı noktaları ile birlikte düzenlenmemiştir. Sözleşmeye ilişkin tek tanım BKİİY’de bulunmaktadır⁵. Esasen düzen normları öngören bu Yönetmelik’te de doğal olarak sözleşmenin esaslı noktaları düzenlenmemiş, sadece bedelin satıcı veya sağlayıcının hesabına ödeneceği belirtilmiştir. Bu nedenle isimsiz bir sözleşme olan sözleşme, kanunda çeşitli sözleşme tiplerinde öngörülen ve öngörülmeleyen unsurların biraya gelmesiyle oluşmuştur. Zira bedelin doğrudan satıcının veya sağlayıcının hesabına ödenmesi, müşteriye verilen

¹ Zira sürekli edimlerde borçlu borç ilişkisi süresince edimini sürekli bir davranışla yerine getirmektedir (EREN, Genel Hükümler, s. 213; KILIÇOĞLU, s. 8; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 12).

² OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 12; SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Ankara 1976, s. 5.

³ OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 11.

⁴ DOĞAN, Gülmelihat: “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü” , ABD 2014, S. 4, s. 392; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 13.

⁵ İkinci Bölüm. II.

İslam hukuku anlamındaki vekalet¹ ve bunun sonucunda teslimin müşteriye yapılmış olması herhangi bir sözleşme tipinde öngörülmeven unsurlar iken bankanın bir miktar parayı belli bir süre için müşterinin emrinde tutup bu miktardan mahrum kalması ödünç sözleşmesine ilişkin bir unsurdur. Sözleşme bu özelliği ile yukarıda² kabul edilen görüş gereği sui generis bir isimsiz sözleşmedir.

Banka ile müşteri arasında yapılan sözleşmede ifanın üçüncü kişi konumundaki satıcı veya sağlayıcıya yapılması kararlaştırılmaktadır. Dolayısıyla kendi adına sözleşme yapan müşteri, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuş olmaktadır. Ancak borç ilişkisinin nisbiliği gereği, satıcı veya sağlayıcı bu edim yükümlülüğünün ifasını bankadan talep edemeyecektir (TBK m. 129). Sözleşme bu özelliği ile aynı zamanda eksik üçüncü kişi yararına bir sözleşmedir.

O halde son tahlilde finansman desteği sözleşmesinin eksik üçüncü kişi yararına, iki tarafa borç yükleyen sürekli edimli sui generis bir sözleşme olduğu söylenebilir.

Sui generis bir sözleşme olan finansman desteği sözleşmesine ilişkin ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta incelenecek yol da kıyasen uygulama ve yaratma teorisine göre belirlenecektir. Bu kapsamda ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta öncelikle taraf iradeleri uygun bir şekilde yorumlanacak, bu şekilde bir sonuca varılamadığı takdirde -ortada ticari bir iş olduğu için- eğer olaya uygulanacak bir ticari örf ve adet hukuku kuralı varsa o (TTK m. 1) , eğer yoksa genel hükümler, ardından alelade örf ve adet hukuku kuralları, bu şekilde de bir sonuca varılamazsa kanunda düzenlenmiş sözleşme

¹ Belirtmek gerekir ki müşteriye verilen İslam hukuku anlamındaki vekaletin Türk hukuku açısından bir sonucu yoktur. Ancak sözleşmenin İslam hukuku anlamında “murabaha” sözleşmesi sayılması için bu vekaletin verilmesi şarttır.

² İkinci Bölüm. V. B. 1.

tiplerinden birine ait hükümler kıyasen uygulanacaktır¹. Kıyasen uygulamayla da bir sonuca varılamadığı takdirde hakim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir hüküm koyacak idiyse ona göre karar verecektir².

Kıyasen uygulama yapılırken finansman desteği sözleşmesinin düzenlendiği hukuki ilişkinin niteliği ve menfaat uyumsuzluğu göz önünde bulundurulacak ve bu hukuki ilişkiye en çok benzeyen isimli sözleşmeye ait unsurlar kıyasen uygulanacaktır³. Finansman desteği sözleşmesiyle en çok menfaat benzerliği gösteren sözleşmenin çoğu zaman ödünç sözleşmesi olduğu söylenebilir. Finansman desteği sözleşmesi ödünç sözleşmesinden farklı unsurlar içerse de daha önce de belirtildiği üzere⁴ bankanın temelde ödünç sözleşmesinde olduğu gibi belli bir miktardan belli bir süre için mahrum kalması söz konusudur. Finansman desteği sözleşmesi de bu nedenle sürekli edimlidir. Çalışmanın bundan sonraki kısmında da finansman desteği sözleşmesine gerektiği takdirde ödünç sözleşmesine ilişkin kurallar kıyasen uygulanacaktır. Ancak belirtilmelidir ki her somut olayda taraf menfaatleri göz önüne alınmalı ve tüketim öduncünden başka bir sözleşmeye dair hükümlerin uygulanması menfaat uyumsuzluklarını daha iyi çözecekse o sözleşmeye dair hükümler uygulanmalıdır. Nitekim finansman desteği sözleşmesinin bir kredi kartı sözleşmesi şeklinde kurulduğu durumlarda ortada ödünç sözleşmesinden ziyade bir iş görme borcu doğuran bir sözleşme olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda finansman desteği sözleşmesiyle en çok menfaat benzerliği gösteren sözleşme de vekalet sözleşmesi olacak veya vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır⁵. Zira TBK m. 502’de vekalet

¹ KIRCA, s. 60; KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 263.

² KIRCA, s. 60; KUNTALP, Karışık Muhtevalı Akit, s. 263.

³ Katılma hesabı sözleşmesi ile ilgili aynı yorum için bkz. TİFTİK, s. 133.

⁴ İkinci Bölüm. V. A. 3.

⁵ İŞGÜZAR, s. 69.

ilişkin hükümlerin niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanacağını belirtilmektedir.

b. Banka ile Satıcı veya Sağlayıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Finansman desteği sözleşmesinde banka, sözleşme konusu malın müşterinin mülkiyetine geçirilmesi veya sözleşme konusu hizmetin müşteriye sağlanması koşuluyla satıcı veya sağlayıcıya bir ödeme yapmaktadır. Müşteri satın aldığı ürünün veya aldığı hizmetin kendi adına düzenlenmiş faturasını bankaya teslim etmekte banka da ürün veya hizmetin müşteri tarafından satın alındığını fatura ile teyit ettikten sonra bedeli satıcı veya sağlayıcıya ödemektedir¹. Söz konusu hukuki işlem, banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında bir sözleşmeye vücut vermemektedir. Zira kural olarak (bağlı kredi sağlanması durumu hariç), banka ve satıcı veya sağlayıcının, bir malın temini veya hizmetin sağlanmasına ilişkin anlaşmaları olmadığı gibi, finansman desteği sözleşmesinin kurulmasından önce veya sonra birbirlerine karşı –bankanın havaleyi kabul etmesiyle üstlendiği ifa yükümlülüğü dışında- yükümlülük altına girmeleri de söz konusu değildir. Belirtmek gerekir ki kurumsal finansman desteği sözleşmelerinde satıcı veya sağlayıcıya gönderilen sipariş formu da müşteriye finansman sağlanacağına ve sağlanacak finansmanın formda belirtilen özellikleri haiz mal veya hizmetlere ilişkin olacağına dair bir belge olup, banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında sözleşmesel bir ilişkiye neden olmamaktadır. O halde burada yalnızca, bankanın, müşteri ile kurduğu eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden doğan asli edim borcunu, bedeli satıcı veya sağlayıcının hesabına ödeyerek ifa etmesi söz konusudur.

¹ TUNÇ, s. 137; YANPAR, s. 158.

Yukarıda¹ da belirtildiği üzere banka, eksik üçüncü kişi yararına bir sözleşme olan finansman desteği sözleşmesinden doğan asli edim borcunu havale işlemi ile yerine getirmektedir. Gerçekten de havalede, havale eden (müşteri) ile havale ödeyicisi (banka) arasındaki karşılık ilişkisinin eksik üçüncü kişi yararına bir sözleşme olarak kabul edilebileceği ileri sürülmektedir². Belirtmek gerekir ki, bankanın, karşılık ilişkisini oluşturan finansman desteği sözleşmesinden doğan “bedeli satıcının veya sağlayıcının hesabına ödeme” asli edim borcu, havale ilişkisi dışındadır³.

Sonuç olarak, finansman desteği sisteminde, banka ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki hukuki ilişkinin bankanın, havale ödeyicisi, satıcı veya sağlayıcının ise havale alıcısı konumunda olduğu “havale ilişkisi”⁴ ilişkisine vücut verdiği, bankanın, havale işlemini kabul etmesi ve bunu satıcı veya sağlayıcıya bildirmesiyle birlikte TBK m. 557 gereği ifa ile yükümlendiği söylenebilir. Belirtmek gerekir ki bankanın havaleyi kabul beyanı satıcı veya sağlayıcıya yönelik tek taraflı borç doğuran bir hukuki işlemidir⁵.

¹ İkinci Bölüm. V. A. 6.

² TÜRK, Ahmet: Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007, s. 82.

³ ÖZAKMAN, H. Cumhur: “Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü”, İÜHFM 1975, C. 40, S. 1-2, s. 269; TÜRK, s. 83.

⁴ “Havale ilişkisi”ne ilişkin olarak bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1340.

⁵ TÜRK, s. 82.

c. Müşteri ile Satıcı veya Sağlayıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Müşteri ihtiyaç duyduğu mal ve hizmeti satıcı veya sağlayıcıdan temin etmekte fakat mal ve hizmet bedelini banka ödemektedir. Bu kapsamda satıcı veya sağlayıcı ile müşteri arasında mal ve hizmet bedelini bankanın ödemesinden bağımsız olarak, bir mal satın alındığında; satış ve bir hizmet sağlandığında; konaklama, paket tur vs. sözleşmelerine dayalı bir hukuki ilişki oluşmaktadır. Bu hukuki ilişkide ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlıkta da satış sözleşmesine veya hizmet sağlamaya yönelik diğer sözleşmelere ilişkin TBK hükümleri doğrudan uygulanmalıdır¹.

¹ Kredi kartı sahibi ile üye iş yeri arasındaki sözleşmeye ilişkin olarak aynı yorum için bkz. İŞGÜZAR, s. 75.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FINANSMAN DESTEĞİ (MURABAHA) SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI, KURULMASI, ŞEKLİ, HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

I. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Finansman desteği sözleşmesinde kredi veren ve kredi alan olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Kredi veren taraf katılım bankası iken kredi alan taraf müşteridir.

A. Kredi Veren

Katılım bankaları finansman desteği sözleşmesini kurdukları sırada kuruluş ve faaliyet iznine sahip olmalı, faaliyet izinleri sınırlandırılmamış ve kaldırılmamış olmalıdır.

B. Kredi Alan

Kredi alan müşteri gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilecektir. Kredi alanın sözleşme kurabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir (TMK m. 9).

Tüzel kişiler kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetlerini kazanmaktadır (TMK m. 49)¹. O halde kurulmuş, ancak zorunlu

¹ Söz konusu husus TTK m. 125'te ticaret şirketleri için özel olarak belirtilmiş ve ticaret şirketlerinin TMK'nın 48. maddesi kapsamında bütün haklardan yararlanabileceği ve borçları üstlenebileceği öngörülmüştür.

organları oluşturulmamış bir tüzel kişi finansman desteği sözleşmesinin tarafı olamaz¹. Organlaşma sürecini tamamlayamamış veya sonradan organsız kalmış tüzel kişiye kayyum atanmışsa kayyum, tüzel kişiyi finansman desteği sözleşmesinin tarafı yapabilir².

II. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

Finansman desteği sözleşmesi de diğer tüm sözleşmeler gibi tarafların sözleşme kurma yönündeki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur³. Sözleşmenin kurulması genelde iki aşamadan oluşmaktadır⁴.

¹ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1 İstanbul 2016, s. 549; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C. 2, İstanbul 2017, s. 249; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, İstanbul 2016, s. 286.

² DURAL/ÖĞÜZ, s. 250; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 286.

³ BAYKAL, s. 53; GÜRSES, s. 186; ÖZEN, s. 139.

⁴ Tüketici kredisi sözleşmesiyle ilgili aynı yorum için bkz. ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 28. İlk aşamada kredi talebi olan müşteri kendisinin kredilendirilebilirliğinin araştırılması konusunda bankaya bir icapta bulunur (AKİPEK, s. 219; ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 28). Bu icabı kabul eden banka, müşterinin kredilendirilebilirliğini araştırarak müşteriye kredi verip vermeme hususunda bir sonuca varır (ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 30; GÜRSES, s. 187). Bu sonuca varılırken başvuruda bulunanın mesleği, yaşı, borçları, medeni durumu, bir işletme için başvuruda bulunuluyorsa işletmenin büyüklüğü dikkate alınır (ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 29). Bu ölçütler baz

Müşterinin kendisine kredi verilmesi hususunda bankaya başvurusu bir icaba davet iken bankanın kredi verme şartlarını haiz gördüğü müşterisine ilettiği beyan icap niteliğindedir¹. Zira müşterinin başvurusu yapılacak sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin bir açıklık taşımayıp sadece, kredinin kullandırım şartları hakkında bilgi sahibi olma ve banka ile müzakere etme isteğini açıklamakta iken bankanın beyanı sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin açıklık taşımaktadır². Müşterinin bankanın söz konusu icabını kabul etmesiyle sözleşme kurulmuş olmaktadır.

Finansman desteği sözleşmesinin kurulmasında banka icabını değişik şekillerde sunabilmekte, buna bağlı olarak da sözleşme görüşmelerinde farklı usuller uygulanabilmektedir.

Bunlardan ilki, sözleşme görüşmelerinin müzakere yoluyla yapılmasıdır³. Müzakere yolunda taraflar bir araya gelerek önceden hazırlanmış taslak bir metin olmadan sözleşme şartlarını müzakere ederler⁴. Bu yöntem, taraf iradelerinin ortaya çıkan sözleşmeye en yoğun biçimde yansımaları sağlaması sebebiyle diğerlerine göre daha sağlıklı bir hukuki ilişkiye zemin hazırlasa da, uygulamada istisnai bazı krediler

alınarak ulaşılan kredi notu kredi olarak talep edilen miktarı karşılıyorsa sözleşmede ikinci aşamaya geçilir ve banka kredi sözleşmesinin yapılması konusundaki beyanını tüketiciye iletir (ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 30).

¹ GÜRSES, s. 187.

² GÜRSES, s. 187.

³ GÜRSES, s. 188.

⁴ GÜRSES, s. 188.

haricinde neredeyse hiç tercih edilmemektedir¹. Zira bu yöntem banka açısından emek ve zaman kaybına yol açmaktadır².

Uygulamada bankaların tercih ettiği ikinci yöntem ise sözleşme metnini önceden hazırlayarak müşteriye sunmaktır³. Sözleşme düzenleme serbestisinin büyük ölçüde tek taraflı kullanıldığı bu yöntemde sözleşme metni önceden daha güçlü konumda olan banka tarafından hazırlanmaktadır⁴. Bu nedenle TBK m. 20’de tanımlanan genel işlem koşulları içeren sözleşmeler ortaya çıkmaktadır⁵.

Bazı hallerde ise bankalar önceden tek yanlı olarak hazırladıkları genel işlem koşullarını müşteriyle müzakere eder⁶. Ancak TBK m. 20/3 gereği genel işlem koşullarının her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar onları tek başına genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır. Bununla birlikte, müzakere sonucunda bazı koşullar müşterinin isteği doğrultusunda değiştirilirse bu hükümler genel işlem koşulu niteliğini kaybedecektir⁷. Bu olasılıksa bankacılık uygulamasında özellikle kredi

¹ GÜRSES, s. 199; KAPLAN, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. 1, Ankara 1996 (Anılış: Banka Sözleşmeleri), s. 76.

² GÜRSES, s. 200; YELMEN: Adem: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, s. 40.

³ AKİPEK, s. 220; GÜRSES, s. 191; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 76; KUNTALP, Erden: “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 84; TEKİNALP, s. 370.

⁴ AKİPEK, s. 216; KUNTALP, Sempozyum, s. 84.

⁵ AKİPEK, s. 221; GÜRSES, s. 642; KUNTALP, Sempozyum, s. 91.

⁶ GÜRSES, s. 191; KUNTALP, Sempozyum, s. 94.

⁷ GÜRSES, s. 194; TEKİNALP, s. 386; YELMEN, s. 54.

tutarının büyük ve kredi alanın en az bankalar kadar güçlü olduğu istisnai durumlarda gündeme gelir¹.

O halde finansman desteği sözleşmesinin kurulmasında bankanın icabını büyük ölçüde genel işlem koşullarıyla yaptığı söylenebilir. Kredi verenin tek yanlı iradesiyle hazırlanan bu koşullar TBK m. 20 ilâ m. 25 arasında düzenlendiği gibi, TKHK m. 5'te haksız şartlar başlığı altında da düzenlenmiştir². TKHK'da haksız şartlar başlığı altında düzenlenen durumların TBK m. 55'teki haksız rekabet halleri ile ilgisi de incelenmelidir. Nitekim TBK m. 55/f'de dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanılmasının haksız rekabete yol açacağı belirtilmiştir. Haksız rekabet hükümlerinin amacı, hukuka uygun bozulmamış bir rekabet ortamını sağlamaktır³. Bu kapsamda öncelikle değerlendirilmesi gereken genel işlem koşullarının müşterileri için bir rekabet parametresi olmadığıdır⁴. Bir başka deyişle hiçbir müşteri kendisine daha elverişli genel

¹ GÜRSES, s. 194. Bu durumda genel işlem koşullarının bireysel sözleşmeye dönüşeceği yönünde bkz. KUNTALP, Sempozyum, s. 94.

² Belirtilmelidir ki TBK bakımından denetime tabi sayılan her genel işlem koşulu hükmü TKHK m. 5 uyarınca denetlenebilirken, TKHK m. 5 uyarınca denetlenebilecek her hüküm TBK çerçevesinde denetlenemeyecektir. Zira TBK bir hükmün genel işlem koşulu olması için bunların önceden hazırlanmış olması ve birden fazla kullanım amacını hedeflemesini aramışken, TKHK yalnızca pazarlık konusu edilmemiş olmaları ve tek taraflı olarak sözleşmeye dahil edilmeleri koşulunu aramıştır [ATAMER, Yeşim M.: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 VE TTK m. 55, f. 1 İle Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011 (Anılış: Sempozyum), s. 20].

³ ARKAN, Ticari İşletme, s. 343.

⁴ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 68.

işlem koşulu sunduğu için bir diğer kredi vereni tercih etmemektedir¹. Bu nedenle TBK m. 55'in haksız rekabet olgusu olarak uygulanabileceği tek olasılık müşteriler için olumlu genel işlem koşulu kullananların olumsuz genel işlem koşulu kullananlara oranla işlem maliyetlerini yükseltmesidir².

Finansman desteği sözleşmesi hemen hemen tüm bankacılık işlemleri gibi bir banka standart sözleşmesinin kabulüyle kurulmaktadır³. Banka standart sözleşmelerinde, sözleşmenin tüm hükümleri önceden bir tarafça tespit edilmekte ve sözleşmenin kuruluşu için diğer tarafın sadece hazır metni imzalaması yeterli olmaktadır⁴. Banka standart sözleşmelerinin metinlerinde çoğu zaman genel işlem şartları yer almakta veya bunlara doğrudan atıfta bulunmaktadır⁵.

Genel işlem koşulları TBK m. 20/1'de bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileri de çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanmak amacıyla önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır. Aynı

¹ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 68.

² ATAMER, Y., Sempozyum, s. 69.

³ Banka standart sözleşmeleri hakkında bkz. AKİPEK, s. 223 vd.; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 73 vd.

⁴ AKİPEK, s. 222; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 12.

⁵ AKİPEK, s. 224; GÜRSES, s. 192; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 13; KUNTALP, Sempozyum, s. 91. Fakat belirtmek gerekir ki genel işlem koşulları ve banka standart sözleşmeleri aynı şeyi ifade etmez (AKİPEK, s. 224; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 13). Zira banka genel işlem koşulları bankacılık uygulamasındaki genel ve temel hükümleri ifade ederken banka standart sözleşmeleri bu hükümleri barındıran münferit bireysel sözleşmeleri ifade etmektedir (AKİPEK, s. 224; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 14).

maddenin dördüncü fıkrasında ise genel işlem koşulları ile ilgili hükümlerin, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece faaliyetlerini izinle yürüten bankaların da hazırladıkları tek yanlı hükümlerin Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemelere tabi olduğu düzenlenmiştir¹. Bununla birlikte TBK m. 20'de genel işlem koşulları hakkındaki hükümlere tabi olacak kişiler arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu nedenle öğretide farklı görüşler bulunsa da² hükümlerin tüketicilere uygulandığı gibi tacirlere de

¹ GÜRSES, s. 196; KUNTALP, Sempozyum, s. 91.

² Nitekim *Antalya*, TBK'daki genel işlem koşulları hükümlerinin düzenleyenin karşı tarafının tacir olduğu sözleşmelere uygulanmayacağını, özellikle her iki tarafın da tacir olduğu sözleşmelere genel işlem koşulu hükümlerinden ziyade TTK'daki haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir (ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul 2015, s. 408-409). *Kuntalp'e* göre ise genel işlem koşullarına ilişkin hükümler –olması gereken hukuk bakımından- ekonomik açıdan ve bilgi açısından korunmaya muhtaç olmayan kişileri korumamalıdır (KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/AYANOĞLU MORALI, Ahu/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef: *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul 2005, s. 25). *Atamer* ise tarafları tacir olan sözleşmelere ve hukuksal işlemlere TBK m. 20 ila m. 25 hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini, zira, genel işlem koşulları hakkında hüküm gereken yerlerde açık kuralların TTK bünyesinde sevk edildiğini ileri sürmektedir (ATAMER, Kerim: “Tacirler Arasındaki Sözleşmelere, Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler (TBK m. 20-25) Uygulanır mı?”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* 30, Ankara 2016, s. 35).

uygulanması gerekmektedir¹. Ancak bankaların tüketicilerle ilgili olarak TKHK m. 5'te yer alan haksız şartlar hükümlerine de tabi olduğu göz önüne alınmalıdır. Bunun sonucu olarak tüketicilerle ilgili uyuşmazlıklarda daha özel düzenleme olan haksız şart hükümleri uygulanacağından, genel işlem koşulları daha çok tüketici işlemleri dışındaki sözleşmelere uygulanacaktır².

Genel işlem koşullarının tek yanlı olarak hazırlanması bunların çeşitli yollarla denetime tabi olmasını da zorunlu kılmıştır³. Bu denetim üç aşamadan oluşmaktadır. Bunlardan ilki genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girip girmediğinin denetimi (yürürlük denetimi), ikincisi sözleşmenin kapsamına giren genel işlem

¹ AYDOĞDU, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, İzmir 2013 (Anılış: Genel İşlem Koşulları), s. 600; s. ATAMER, Y., Sempozyum, s. 10; GÜRSSES, s. 196; KUNTALP, Sempozyum, s. 91. Bir Yargıtay kararında belirtildiği üzere; “...her ne kadar 6098 Sayılı TBK’nın 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına dair hükümler tacirler yönünden de uygulanabilirse de TTK 18/2. maddesi hükmü karşısında tacirler bakımından genel işlem koşullarının uygulanıp değerlendirilmesinde her somut olayın özelliğine göre daha dikkatli davranılması gerekmektedir...” [Yarg. 19. HD., 19.2.2018, E. 2016/15462, K. 2018/713 (www.kazanci.com (son erişim: 31.07.2018))].

² ATAMER, Y., Sempozyum, s. 10; KUNTALP, Sempozyum, s. 92.

³ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 9; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 138; GÜRSSES, s. 196.

koşullarının anlamının açıklığa kavuşturulması (yorum denetimi), üçüncü ise içerik olarak uygun olmayan genel işlem koşullarının geçersiz sayılması (içerik denetimi)'dır¹.

Yürürlük denetimi müşterinin dürüstlük kuralı uyarınca somut olayda genel işlem koşulları kullanıldığını bilip bilmemesinin denetimini amaçlar². Eğer müşteri genel işlem koşullarının kullanıldığını bilmiyorsa, başka bir deyişle tarafların irade uyuşması genel işlem koşullarını kapsamıyorsa bu koşullar geçersizdir³. Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük denetimi ile ilgili 21. maddesinde karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin, düzenleyenin sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlı olacağı belirtilmiştir⁴.

¹ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 11; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 139; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2010, s. 232; SİRMEN, Lale: "Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 112-113.

² ATAMER, Y., Sempozyum, s. 27.

³ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 27; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 229.

⁴ Söz konusu madde içerik denetimi ile yürürlük denetiminin karıştırıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (ATAMER, Y., Sempozyum, s. 27; KUNTALP, Sempozyum, s. 94; SİRMEN, Sempozyum, s. 114; YELMEN, s. 82). Zira karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem koşullarının nasıl yürürlüğe gireceği açıklanmamıştır (KUNTALP, Sempozyum, s. 94; YELMEN, s. 82). Öğretide; karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem koşullarının geçerliliğinin de bunu kullanan tarafın açıkça bu ilişkide bu koşulların geçerli olacağını belirtmesine ve

TBK m. 21/2’de ise sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür. Bu maddeyle müşterinin genel işlem koşullarına ilişkin kabulünün ancak genel işlem koşullarında bulunma ihtimali olan, sözleşme ile ilgili koşullara verilen bir kabul olarak anlaşılabilceği vurgulanmıştır¹. Bu durumun bankalar açısından en önemli sonucu ise bankaların müşterileri ile yaptıkları genel kredi ya da bankacılık hizmetleri sözleşmelerinde, her bir tür kredi için öngördükleri hükümlerin diğer türlere de uygulanacağını öngöremeyecek olmalarıdır². Örneğin, bankanın yaptığı genel kredi sözleşmesinde finansman desteği sözleşmesine ilişkin hükümlerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kredi kartı sözleşmesine de uygulanacağına ilişkin hüküm müşteri bu konuda açıkça bilgilendirilmediği sürece yazılmamış sayılmalıdır³. Ancak müşteriye sağlanan finansmanı katılım bankacılığı ilkelerince yasaklanan alanlarda kullanmama borcu yükleyen bir hüküm, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmadığından geçerli kabul edilmelidir.

karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına, karşı tarafın da sözleşmeyi bu koşullarda kabul edip imzalamasına bağlı olduğu kabul edilmiştir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232; KUNTALP, Sempozyum, s. 94). Kanunda yalnızca karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının yürürlüğü ile ilgili hüküm getirilmesinin sebebi özellikle bu koşulların tek tek görüşülerek kararlaştırılmasını sağlamaktır (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232; KUNTALP, Sempozyum, s. 94).

¹ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 30; SİRMEN, Sempozyum, s. 115.

² KUNTALP, Sempozyum, s. 96.

³ Söz konusu durumda müşterinin açıkça bilgilendirilmesi gerektiği yönünde bkz. KUNTALP, Sempozyum, s. 96.

Türk Borçlar Kanunu'nun yorum denetimi öngören 23. maddesinde genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı belirtilmiştir. Bu kural uyarınca, bir genel işlem koşulunun içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde söz konusu koşul müşteri lehine, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır¹. Bunun sonucu olarak bankalar genel işlem koşullarını hazırlarken ve kullanırken bunların müşteriler için açık ve anlaşılır olmasına büyük ölçüde dikkat etmelidirler². Zira aksi takdirde sözleşmeyle ilgili açık olmayan hükümler bankanın aleyhine yorumlanacaktır. Nitekim, finansman sağlanan faaliyetin İslam hukuku ilke ve kurallarına uygunluğu konusunda bir ihtilaf çıkması durumunda, sözleşmede bu faaliyetin yasaklanmış olduğunu belirtmeyen katılım bankası bu nedenle sözleşmenin feshini isteyemeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun içerik denetimini öngören 25. maddesinde ise genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler koyulamayacağı belirtilmiştir. Bu maddede bir sözleşmede içerik denetimi yapılabilmesi için öncelikle karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı bir genel işlem koşulunun varlığı ve bu koşulun aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı olması aranmıştır³. Bununla birlikte, dürüstlük kuralına aykırı davranışların neler olabileceği yönünde somut ölçütlere yer verilmemiş, bu durum da bir belirsizliği beraberinde getirmiştir⁴. Bu kapsamda dürüstlük kuralına aykırılığa örnek olarak katılım bankasının müşterisini, finansman konusunu diğer

¹ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 34; YELMEN, s. 112.

² KUNTALP, Sempozyum, s. 97.

³ YELMEN, s. 123.

⁴ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 42; SİRMEN, Sempozyum, s. 122, YELMEN, s. 123.

sigorta şirketlerine göre çok daha fazla prim alan kendi katılım sigortası şirketine sigorta ettirmek zorunda bıraktığı bir sözleşme hükmü öngörmesini gösterebiliriz.

Bu kapsamda dürüstlük kuralına aykırılığa örnek olarak katılım bankasının müşterisini, finansman konusunu normal sigorta şirketlerine göre çok daha fazla prim alan kendi katılım sigortası şirketine sigorta ettirmek zorunda bıraktığı bir sözleşme hükmü öngörmesini gösterebiliriz.

Türk Borçlar Kanunu'nun yine içerik denetimiyle ilgili¹ 24. maddesi de bankaları oldukça ilgilendirmektedir². Bu maddeye göre, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır. Söz konusu hüküm, bankaların sözleşmelerde faiz oranlarını tek yanlı değiştirebilme yetkisini kendilerinde saklı tuttuğu sözleşmelerin geçerliliğini tartışılır hale getirmektedir³. Ancak finansman desteği sözleşmesinde zaten bu şekilde değişken kâr payı söz konusu olamayacağından anılan madde hükmü katılım bankaları açısından bir değişiklik yaratmamaktadır.

III. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Sözleşmelerin şekline ilişkin genel hüküm niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde kanunda açıkça bir hüküm olmadıkça sözleşmelerin herhangi bir şekle tabi olmayacağı belirtilmiştir. Finansman desteği sözleşmesinin kurulmasına ilişkin kanunda özel bir şekil şartı getirilmediğinden söz konusu genel

¹ ATAMER, Y., Sempozyum, s. 41.

² KUNTALP, Sempozyum, s. 97.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTALP, Sempozyum, s. 97 vd.

kural geçerli olacaktır¹. Bununla birlikte uygulamada ispat açısından finansman desteği sözleşmelerinin hemen hemen tamamı yazılı olarak yapılmaktadır².

Bankacılık Kanunu'nun müşteri hakları başlıklı 76. maddesinde bankanın - müşterinin bu yönde bir talebi bulunmasa dahi- kredi sözleşmesinin bir örneğini müşterisine vermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise bankalar ile bireysel müşterileri arasında akdedilecek sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar ile tip sözleşmelerin uygulanacağı işlemlerin, Kurul'un uygun görüşü alınarak kuruluş birlikleri tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır. Öğretide söz konusu hükmün, kredi sözleşmeleri açısından yazılı şekil zorunluluğu getirip getirilmediği tartışılmıştır³. Ancak hükmün yazılı şekil zorunluluğu getirmediği, yalnızca bankalara sözleşme örneğinin müşteriye bırakılması yükümlülüğü yüklediği sonucuna varılmıştır⁴. Öyleyse bankalara kredi sözleşmesinin geçerliliğini etkilememekle beraber sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması yükümlülüğü yüklendiği söylenebilir⁵.

Tüketici kredisi niteliğinde olan bireysel finansman desteği sözleşmelerinin TKHK m. 22/3 uyarınca yazılı olarak kurulması geçerlilik şartıdır. Aynı şekilde konut finansmanını konu alan bireysel finansman desteği sözleşmeleri de TKHK m. 32/2

¹ Kredi sözleşmeleri bakımından şekil serbestisi bulunduğu yönünde bkz. BAYKAL, s. 54; GÜRSES, s. 212; TEKİNALP, s. 484; ŞİT, s. 79.

² ALICI, Yaşar: Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2017, C. 2, s. 1382, BAYKAL, s. 54; REİSOĞLU, Şerh, C. 1, s. 879.

³ GÜRSES, s. 212; REİSOĞLU, Şerh, C. 1, s. 879; ŞİT, s. 78.

⁴ ALICI, C. 2, s. 1382; GÜRSES, s. 214; REİSOĞLU, Şerh, C. 1, s. 879; ŞİT, s. 78.

⁵ ŞİT, s. 79. Bu yükümlülüğe uymamanın yaptırımını BankK m. 148 uyarınca idari para cezasıdır.

gereği yazılı olarak kurulmalıdır¹. Bununla birlikte geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren veya konut finansman kuruluşu sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremeyecektir (TKHK m. 22/3, m. 32/2). Zira yazılı şekil geçerlilik şartı olsa dahi, bu durum TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir². O halde sözleşmenin yazılı şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu ya tüketici ileri sürebilecek ya da hakim, tüketici lehine resen dikkate alacaktır³. Bunun yanında Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 11’de belirli süreli, m. 12’de belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri; Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 9’da da konut kredisi sözleşmeleri açısından zorunlu bir içerik öngörülmüştür. Bu zorunlu içeriğin öngörülmesinin amacı, tüketicinin elinde sözleşmeye ilişkin tüm ayrıntıların yer aldığı bir metin bulunması, böylece; tüketiciye sözleşmeyi inceleme, ihtilaf çıkması halinde delil olarak kullanma ve banka tarafından istenebilecek sözleşme değişikliklerinin mümkün olup olmadığını kontrol etme imkanı sağlanmasıdır⁴.

¹ Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 10’da ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 8’de öngörüldüğü üzere yazılı sözleşmenin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde kurulması, sözleşmenin bir örneğinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.

² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 312; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 156.

³ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 90; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 325; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 156.

⁴ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 94-95.

IV. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

A. Genel Olarak

Finansman desteği sözleşmesi yukarıda belirtildiği üzere¹ iki tarafa borç yükleyen sürekli edimli sui generis bir sözleşmedir. Bankanın asli edim yükümlülüğü mal veya hizmet bedelini satıcıya ödemek, müşterinin asli edim yükümlülüğü sağlanan finansmanı kabul ederek anapara ve kâr payı ödemektir.

Asli edim yükümlükleri bunlarla sınırlı olmakla beraber taraflar yan edim yükümlülükleri de öngörebilir. Alacaklı yan edim yükümlülüklerinin ifasını da tıpkı asli edim yükümlülüklerinin ifası gibi bağımsız olarak talep ve dava edebilir². Finansman desteği sözleşmesinde de tarafların kanundan veya sözleşmeden doğan yan edim yükümlülükleri bulunmaktadır. Bankanın üstlendiği yan edim yükümlülüklerinden başlıcaları; şartları tüketici aleyhine değiştirmeme, teminatları iade ve bağlı kredi verilmesi halinde ek sorumluluk üstlenme yükümlülüğüdür. Müşterinin yan edim yükümlülüklerinden başlıcaları ise sağlanan finansmanı katılım bankacılığı ilkelerince yasaklanan alanlarda kullanmama, teminat verme, masrafları üstlenme, sigorta yaptırma yükümlülüğüdür. Belirtmek gerekir ki söz konusu yükümlülüklerin öngörülüp öngörülmemesi sözleşmenin finansman desteği olarak nitelendirilmesinde etkili değildir. Bu yükümlülükler kanunda zorunlu olarak öngörülmüş veya uygulamada sıkça yer verilen yükümlülüklerdir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri edim yükümlülükleri yanında diğer bazı yükümlülükler de içerir. Öğretide yan yükümlülükler veya diğer davranış yükümlülükleri olarak adlandırılan bu yükümlülükler bunlara aykırı davranılması

¹ İkinci Bölüm. V. B. 2. a.

² EREN, Genel Hükümler, s. 36; KILIÇOĞLU, s. 42.

halinde alacaklının bağımsız bir ifa davasıyla talep edemeyeceği, ancak doğan zararının tazmini isteyebileceği yükümlülüklerdir¹. Bunlar da ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır². Nitekim finansman desteği sözleşmesinde bankanın bilgi verme ve sır saklama yükümlülüğü, müşterinin bilgi verme yükümlülüğü birer koruyucu yan yükümlülüktür³.

Tarafların borçları başlığı altında finansman desteği sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülükleri ile sıkça karşılaşılan yan edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ve bunların yerine getirilmemesinin sonuçları ele alınacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki taraflar sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde başka yükümlülükleri de öngörebilirler. Örneğin sözleşmede bankaya mal veya hizmetin uygun fiyatla temin edileceği satıcı veya sağlayıcıyı bulma borcu yüklenebilir. Aynı şekilde müşteriye finansmanın belirli bir kısmını peşin ödeme yükümlülüğü de getirilebilir.

¹ EREN, Genel Hükümler, s. 37; KILIÇOĞLU, s. 43.

² İfaya yardımcı yan yükümlülükler ifa hazırlıkları ve ifa anında ortaya çıkan yükümlülüklerken, koruyucu yan yükümlülükler tarafların edimle ilgili menfaatleri dışında kalan mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermemeyi konu alan yükümlülüklerdir (EREN, Genel Hükümler, s. 38; KILIÇOĞLU, s. 43).

³ EREN, Genel Hükümler, s. 38; KILIÇOĞLU, s. 43; TEKİNALP, s. 412.

B. Tarafların Borçları

1. Bankanın Borçları

a. Bedeli Satıcının veya Sağlayıcının Hesabına Ödeme Borcu

Bedeli satıcı veya sağlayıcının hesabına ödemek, bankanın finansman desteği sözleşmesindeki asli edim borcudur. Banka, “krediyi kullandırma borcu” da diyebileceğimiz bu borcunu tam olarak¹ ve zamanında ifa etmelidir. Bedel kural olarak, sözleşmenin kurulup, müşterinin mal veya hizmeti temin etmesinden sonra derhal satıcı veya sağlayıcının hesabına ödenmelidir². Ödeme işleminin mal veya hizmetin temininden sonra yapılmasının amacı, kredi verenin satıcı veya sağlayıcıya bedeli ödemesine rağmen müşterinin mal ve hizmeti temin edememesi yahut eksik temin etmesinin önüne geçmektir³. Fakat standart finansman desteği sözleşmelerinde kredinin,

¹ AKİPEK, s. 275; ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 32.

² Tüketici kredisi sözleşmelerinde bedelin sözleşmenin kurulmasından sonra derhal ödenmesi gerektiği yönünde bkz. AKİPEK, s. 279; ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 31.

³ Söz konusu yorum bağlı kredilerde ödeme usulünü gösteren Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesine ilişkin olarak yapılmıştır. Maddeye göre finansman şirketlerince açılan bağlı krediler, mal ve hizmetin teslim ve temini ile birlikte, tüketicinin nam ve hesabına ödenir. Finansman desteği sözleşmesi, bağlı kredi şeklinde olsun veya olmasın bedel satıcı veya sağlayıcıya ödeneceğinden maddenin koruma amacı düşünüldüğünde ilgili yorumun finansman desteği sözleşmesi için de yapılmasında bir sakınca yoktur.

kural olarak kredi açma kararında belirtilen teminatların tahsisinden sonra kullanılacağına dair hükümler yer alır¹. Söz konusu genel işlem koşulu müşteriye bu koşulun varlığı hakkında açıkça bilgi verilip içeriğini öğrenme imkanı sağlandığı, müşterinin de bu koşulu kabul ettiği hallerde geçerli olacaktır².

Bankanın bedeli satıcı veya sağlayıcının hesabına ödeme borcunu ifa etmemesi halinde müşteri aynen ifa ile temerrüt faizi talep edebileceği gibi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde dayalı olarak sözleşmeden de dönebilecektir (TBK m. 120 ve m. 125). Bununla birlikte bankanın asli edim borcunu ifa etmemesinin satıcı veya sağlayıcıya karşı olan sonuçlarına müşteri katlanacaktır³. Zira borç ilişkisinin nisbiliği gereği satıcının bankaya başvurmasını sağlayan herhangi bir olanak bulunmamaktadır⁴. Bağlı krediler de ise durum farklıdır; satıcı veya sağlayıcı ile banka arasında yapılan çerçeve sözleşme gereği kredi tutarının ödenmemesinden satıcıya ve sağlayıcıya karşı banka sorumlu olur⁵.

Finansman desteği sözleşmesini de içeren genel kredi sözleşmelerinde bankanın krediyi kullandırıp kullandırmama serbestisini kendisinde tuttuğu, sözleşmeyi dilediği tarihte tek yanlı feshetme hakkı öngördüğü hükümlere rastlanmaktadır⁶. Bu hükümlerin

¹ <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1049.vsf> (son erişim: 10.02.2018).

² Müşterinin teminat gösterme borcunu yerine getirmemesi halinde bankanın krediyi kullandırmaktan kaçınma hakkının bulunduğu yönünde bkz. BAYKAL, s. 68.

³ ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 168.

⁴ ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 168.

⁵ ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 168.

⁶ Örneğin bir genel kredi sözleşmesi hükmüne göre; “müşteriye limit tahsis edilmiş olması, limitin mutlaka kullanılacağı anlamında olmadığından, banka, sözleşme

geçerliliği, bankanın krediyi kullandırmama yetkisini haiz olup olamayacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre bu durumda kredi açılacağı için teminatlarını bankaya tevdi etmiş olan kredi müşterisi büyük zarara uğrayacak olduğundan böyle bir tutum bankacılık etiğine aykırı olup, bu nedenle de kendisine kredi kullandırılmayan müşteri uğradığı maddi ve manevi zararı bankadan isteyebilir¹. Başka bir deyişle söz konusu genel işlem koşulu geçersizdir. Diğer bir görüşe göre ise ekonomik düzenin bir parçası olmaları ve kendisine tevdi edilen tasarrufları ülke ekonomisi yararına kullandırma zorunda olmaları nedeniyle bankalara bu tür yetkiler tanınabilir². Ancak her somut olay

imzalanmış, rehin ve ipotekler kurulmuş ve sair teminatlar verilmiş olsa dahi, müşteriye ya da kendisine ilişkin sübjektif veya objektif sebepler dolayısıyla krediyi kullandırmayabilir, kısmen kullandırabilir, kullanım şartlarını değiştirebilir, kullanımı geçici veya sürekli olarak durdurabilir. Böyle bir durumda, müşterinin hiçbir borcu/riski yoksa banka, yazılı talep halinde verilen teminatları iade ile yükümlüdür” [<https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf> (son erişim: 29. 01. 2018)].

¹ AKYOL, ŞENER: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan, İstanbul 2001, s. 108. *Domaniç* de bankayı krediyi limit içinde kısmen kullandırıp kullandırmama yetkisini haiz kılan sözleşme hükmünün temerrüt sebepleri doğmadıkça, sözleşmenin tarafları bağlayıcı olması özelliğine ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olması sebebiyle geçersiz olduğunu belirtmiştir (DOMANIÇ, Hayri: Tüm Banka Kredi Sözleşmeleri İle tüm Faktoring Sözleşmeleri Geçersizdir, İstanbul 2007, s. 10).

² KOSTAKOĞLU, Cengiz: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2006, s. 168 (Yazar eserin 2016 baskısında bu konuda görüşe yer vermemiştir). Nitekim konuyla ilgili bir Yargıtay kararında “...davada uyuşmazlık konusu edilen vadesiz kredi sözleşmelerindeki, bankanın dilediği zaman

ayrıca ele alınmalı, kredi kullandırmamasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı durumlarda müşterinin uğradığı zararın tazminini bankadan istenebilmelidir¹. Nitekim, tahsis edilen kredi limitinin toplam tutarının bankaya geri dönüşünü garanti edecek değerde teminatı bankaya sağlayan kredi kullanan, kredinin kullandırılmaması durumunda uğradığı zararın tazminini bankadan isteyebilir². Aynı şekilde anapara ve faiz ödemelerinde aksaklık, firma faaliyetlerinde olumsuz bir gelişme gibi hiçbir

kredileri azaltmak, kullanımını durdurmak veya kesmek, cari hesap bakiyesinin iadesini talep etmek yetkisinin bankaya tanınmasına ilişkin hüküm, ekonomik faaliyet hürriyetini kısıtlayıcı nitelikte kabul edilemez. Nitekim vadesiz kredi sözleşmelerine dayanılarak açılan ve cari hesap şeklinde işletilen vadesiz krediyi kullanan kredi müşterisinin kullandığı kredinin bir kısmını veya tamamını dilediği zamanda bankaya iade edip, tekrar limiti içinde kullanması ve cari hesabını sıfırlaması yahut kapatması hakkına sahip olması karşısında kredi kullandıran bankanın da aynı hakları sözleşme ile sağlamasında yararlar dengesi yönünden bir sakınca görülemez. Meğer ki banka tarafından bu hakkın kullanılmasında M.K'nun 2. maddesindeki objektif iyiniyet ve 2/2 maddesindeki hakkın kullanılmasının suistimal edilmemesi kurallarına aykırı davranılmamış olsun...” denilerek bu görüşe yer verilmiştir [Yarg. 19. HD., 25.11.1994, E. 1994/6472, K. 1994/11467 (KOSTAKOĞLU, s. 168)].

¹ BAYKAL, s. 68; KOSTAKOĞLU, s. 168 (Yazar eserin 2016 baskısında bu konuda görüşe yer vermemiştir); YALÇIN, Onur: Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006, s. 99; TUNCEL YAZOĞLU, Füsün: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2013, s. 76.

² YALÇIN, s. 99; Krş. BATTAL, Güven, s. 243.

objektif neden olmadan kredi kullandırılmaması durumunda da hakkın kötüye kullanılması söz konusu olup tazminat talep edilebilir¹.

Bankalar bireysel finansman desteği sözleşmelerinde de krediyi kullandırmama yetkisini saklı tuttıkları hükümler getirmektedir. Bireysel finansman desteği sözleşmelerinde müşterinin tüketici olması bu tür hükümlerin geçerliliğinin ayrıca denetlenmesini gerektirir. Ancak tüketici hukuku mevzuatında bu tür hükümlere ilişkin getirilmiş bir sınırlandırma yoktur. Bununla birlikte söz konusu genel işlem koşulu içerik denetimi gereği dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olamaz (TBK m. 25). Getirilen hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespitinde ise karşı tarafın ekonomik olarak zayıf durumda olan tüketici olduğu göz önünde bulundurulmalı bunun yanında bir güven kurumu olan bankanın da menfaatleri gözetilmelidir². O halde söz konusu genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı da –karşı tarafın zayıf durumda olan tüketici olduğu da dikkate alınarak- tıpkı genel kredi sözleşmelerinde öngörülen krediyi kullandırmamaya ilişkin hükümler gibi her somut olayda ayrı değerlendirilmelidir³. Belirtmek gerekir ki söz konusu hükümler genelde müşterinin bilgi verme borcunu yerine getirmemesi veya yanlış eksik veya hatalı bilgi vermesi ve müşterinin kendisiyle ilgili bankaya bildirdiği şartlarda tahsis edilen finansmanın geri dönüşünü etkileyecek değişikliklerin olması hallerine özgü olarak öngörülmekte, banka

¹ TUNCEL YAZOĞLU, s. 76.

² KOSTAKOĞLU, s. 168 (Yazar eserin 2016 baskısında bu konuda görüşe yer vermemiştir).

³ Genel kredi sözleşmelerindeki bu hükümlerin her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. KOSTAKOĞLU, s. 168 (Yazar eserin 2016 baskısında bu konuda görüşe yer vermemiştir); YALÇIN, s. 99; TUNCEL YAZOĞLU, s. 76.

bu hallerde krediyi kullandırmama yetkisini haiz olduğunu belirtmektedir¹. Nitekim bir güven kurumu olan bankanın dürüstlük kuralınca bilmesi gereken hususları iletmekten kaçınan veya yanlış şekilde ileten, krediyi geri ödememe riski önceki duruma göre hak verilebilir ölçüde artmış müşterisine finansman sağlamaması dürüstlük kuralına aykırı değildir².

b. Müşteriyi Bilgilendirme Borcu

Bankaların kural olarak müşterilerine ve üçüncü kişilere bilgi verme, danışmalık hizmeti sunma, onları uyarma şeklinde kanuni bir yükümlülükleri yoktur³. Bununla birlikte söz konusu yükümlülükler sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi bankanın genel koruma yükümlülüğü kapsamında da yer alabilecektir⁴. Nitekim bankanın müşteriyi bilgilendirme borcu kural olarak dürüstlük kuralından doğan koruyucu bir yan yükümlülüktür⁵. Bu yan yükümlülük, sözleşmenin müzakeresi aşamasında “*culpa in*

¹ [https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1049.vsf](https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1049.vsf;);

<https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/bireysel/sozlesmeler-ve-formlar/SozlesmelerVeFormlarYururlukte/Konut%20Finansmanı%20Sistemi%20Kapsamında%20Tüketici%20Kredisi%20Sözleşmesi-6137.pdf> (son erişim: 12.02.2018).

² Zira bankanın kredi müşterisine duyduğu güven ile katılım hesabı sahibinin bankaya duyduğu güven aynı vasıfta ve aynı ölçüde korunmaya değerdir. Mevduat bankalarıyla ilgili söz konusu görüş için bkz. BATTAL, Güven, s. 241.

³ TEKİNALP, s. 420.

⁴ TEKİNALP, s. 420.

⁵ BATTAL, Güven, s. 135; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 41; ÖZEN, s. 197; TEKİNALP, s. 362; YENER, s. 104.

contrahendo sorumluluğu”¹ kapsamında ortaya çıkmaktadır². Söz konusu sorumluluğunu yerine getirmeyen banka, müşterinin bu nedenle uğradığı zararı tazmin borcu altında kalacaktır³.

Banka finansman desteği sözleşmesinin müzakeresi aşamasında “*culpa in contrahendo* sorumluluğu” gereği müşteriye kendisiyle sözleşmeyi kurmasında etkili olan noktalar özellikle altına gireceği mali külfetler hakkında açık bir şekilde bilgilendirmelidir⁴. Bununla birlikte bankanın müşterisine ticari ilişkiye girdiği kişiyle

¹ *Culpa in contrahendo* sorumluluğu sözleşme görüşmeleri aşamasında sözleşenlerin sözleşmenin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gibi koruma yükümlülüklerine uyması gerekliliğinin bir sonucudur. Görüşenler bu yükümlülüklerinin kusurlarıyla ihlal ettikleri ölçüde bundan doğan zarardan sorumludur (EREN, Genel Hükümler, s. 1156). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BAYGIN, Cem: *Culpa İn Conrahendo Sorumluluğu*, AÜHFD 2000, C. 4, S. 1-2, s. 346.

² BATTAL, Güven, s. 130; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 41; TEKİNALP, s. 361.

³ Tazmin yükümlülüğü altında bulunan tarafın haksız fiil hükümlerine göre mi sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre mi sorumlu olacağı tartışılmıştır (BAYGIN, s. 347-352; EREN, Genel Hükümler, s. 1158-1159; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 479-481). Ağırlıklı görüş zararın sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin edileceğidir. Bunun sonucu zarara sebep olan tarafın kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalması ve alacağın TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmasıdır (BATTAL, Güven, s. 131; BAYGIN, s. 356; EREN, Genel Hükümler, s. 1160; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 480).

⁴ BATTAL, Güven, s. 135; GÜRSES, s. 244; YENER, s. 104.

ilgili istihbarat bilgileri vermesi, müşteriye o kişinin finansal durumu hakkında aydınlatması ve uyarması gibi bir yükümlülüğü yoktur¹. Zira böyle bir yükümlülük bankanın koruma borcunu aşan özel bir haldir².

Bireysel finansman desteği sözleşmelerinin tüketici kredisi niteliğinde olması bankanın bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesini gerektirmiştir. Bunun amacı yeni bir finansman sözleşmesi kurmaya karar vermiş olan tüketicinin piyasadaki teklifler hakkında en doğru şekilde bilgilendirilmesi ve böylece rekabetin gereği gibi işleminin sağlanmasıdır³. Nitekim TKHK m. 23'te kredi verenin ve varsa kredi aracısının, tüketiciye, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu⁴, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür. Aynı zorunluluk TKHK m. 33'te konut finansmanı kuruluşları için de getirilmiştir. Böylece tüketicilere kredi sözleşmesi ile ilgili şartları öğrenebilmeleri ve kararlarını bilinçli şekilde verebilmeleri için bir

¹ TEKİNALP, s. 420. Ancak öğretide bankanın bazı durumlarda koruma yükümü kapsamında müşteriye karşı taraf hakkında bilgilendirmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Örneğin bankadan aldığı kredi ile bir yatırım yapacak olan müşterinin bu yatırımın boşa gideceği hakkında önemli verilere sahip olan bankadan bilgi alması bankanın koruma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir (ÖZEN, s. 197).

² TEKİNALP, s. 420.

³ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 59.

⁴ Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 5 uyarınca söz konusu bilgi formu en az 12 punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmeli, sözleşmenin bir örneği de kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmelidir.

araştırma ve düşünme süresi tanınmıştır¹. Sözleşme öncesi bilgi formunda nelerin yer alması gerektiği de TKSİ m. 6, 7 ve KFSİ m. 6’da belirtilmiştir². Aynı maddelerde sözleşme öncesi bilgi formunda verilen bilgilerin kredi veren için bağlayıcı olacağı süreye ilişkin bilgi verilmesi zorunlu tutulmuştur. Böylece Kanun’da belirtilen “makul süre” somutlaştırılmaya çalışılmıştır³.

¹ ASLAN, Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015, s. 431; DERYAL/KORKMAZ, s. 132; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 759; ZEVLİLER/ÖZEL, s. 244.

² *Atamer’e göre ne kadar çok bilgi aktarılırsa bu bilgilerin önemi müşteri açısından o ölçüde azalacaktır. Bu nedenle mevzuatta sözleşme öncesi bilgi formunda yer alması öngörülen çoğu bilginin söz konusu aşamada verilmesine gerçekte ihtiyaç yoktur. Müşterinin istediği miktar ve süreye uygun bir kredi karşılığında kredi kurumuna ne ödemesi gerektiği ve bu krediyi ödemesi için hangi şartların geçerli olduğu hakkında bilgilendirilmesi yeterlidir (ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması s. 72-73).*

³ *Atamer’e göre konut finansmanı sözleşmesi için yedi günlük, diğer tüketici kredileri için ise üç dört günlük bir süre makul bir süre olarak kabul edilebilir (ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 71). Nitekim bir Yargıtay kararında “...dosyanın incelenmesinde ise, davalı banka tarafından davacıya 11.7.2014 tarihinde kullandırılan Konut Finansmanı Sözleşmesi için “Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Formu”nun imza karşılığı 8.7.2014 tarihinde verildiği görülmektedir. Başka bir anlatımla davalı bankanın, konut kredisini kullandırmadan makul süre önce davacıya sözleşme öncesi bilgilendirme formunu verdiği anlaşılmaktadır” denilerek konut kredisi için 3 günlük düşünme süresi makul bir süre olarak öngörülmüştür [Yarg. 13. HD., 04.04.2016, E. 2016/3341, K. 2016/9464 [www..com (son erişim: 28.03.2018))]. Öğretide de makul sürenin her durumda bir günden fazla olması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira TKHK m. 40’da ön ödemeli konut satışlarına*

Tüketicinin sözleşme öncesi bilgi formuyla olduğu gibi farklı hususlarla da bilgilendirilmesi veya yanlış bilgi sahibi olması engellenmeye çalışılmıştır. Nitekim TKHK m. 25'te tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdi faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarının faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılacağı öngörülmüştür¹. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 14'te de efektif faiz oranının hesaplanması için tüm veriler emredici olarak saptanmıştır. Efektif yıllık faiz oranı krediler açısından karşılaştırılabilir bir ölçüt getirmeyi ve bu şekilde fiyat saydamlığını sağlamayı amaçlamaktadır². Başka bir deyişle tüketici efektif faiz oranını bilmekle faiz, masraf, vergi gibi unsurları ayrı ayrı hesaplamasına gerek kalmaksızın kredi verene ne kadar geri vereceğini tespit edebilmektedir³. Efektif yıllık faiz oranı ile ilgili TKHK m. 25 hükmü Kanun tüm düzenlemeler yönünden katılım bankalarını da kapsayacağından ve uygulama kâr payı dikkate alınarak yapılacağından katılım bankaları için de geçerli olacaktır. İlgili hesaplama formülü kâr payı dikkate alınarak yapılmalıdır. Bununla birlikte *Atamer* efektif faiz oranı ile ilgili hesaplama formülünün kâr payı dikkate alınarak tekrar

ilişkin olarak tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce ön bilgilendirme formu verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bir günlük sürenin konut alımı gibi çok önemli bir kararın verilmesinde yeterli olmadığı, kanun koyucunun burda bir günlük süre tanıdığına göre makul sürenin de bir günden az olmaması gerektiği ileri sürülmüştür (ASLAN, s. 431).

¹ Maddede ayrıca efektif faiz oranı olduğundan düşük gösterilmişse kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdi faiz oranının düşük gösterilen efektif faize uyacak şekilde yeniden düzenleneceği belirtilmiştir.

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 60.

³ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 60.

düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir¹. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu tüketici kredilerine ilişkin özel bir açıklama ve aydınlatma yükümlülüğü getirmemiştir². Bununla birlikte bankaların temelini TMK m. 2’den alan bir aydınlatma yükümlülüğü her zaman vardır³.

Belirtmek gerekir ki bankanın müşteriye bilgilendirme borcunun ifasını nasıl yerine getireceğinde müşterinin finansal okuryazarlık⁴ seviyesi de önem arz etmektedir. Zira banka müşteriye bilgiyi, onun anlayabileceği şekilde sunmalıdır. Öte yandan finansal okuryazarlığın insanların inançlarından bağımsız düşünülmemesi gerekmekte, bu bağlamda İslami finansal okuryazarlık ayrı bir kavram olarak değerlendirilmelidir⁵.

¹ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 64. Kanun koyucu bunu yanında tüketicilerin yanlış bilgilendirilmesinin de önüne geçmeyi amaçlamış ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği¹ m. 25’te faiz ve kâr payının reklamda kullanılması halinde efektif faiz oranının da belirtilmesi gerektiğini öngörmüştür.

² Bunun tek istisnası KFSY’nin m. 6/1/k ve m. 6/1/m hükmüdür.

³ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 81; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 41; ÖZEN, s. 197; TEKİNALP, s. 362; YENER, s. 104.

⁴ Finansal okuryazarlık, bireylerin finans konularında bilgi temelli kararlar almasını sağlayan yeterlilik düzeyini ifade etmektedir (ALKAYA, Aylin/YAĞLI, İbrahim: “Finansal Okuryazarlık - Finansal Bilgi, Davranış ve Tutum: Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi İİBF Öğrencileri Üzerine Bir Uygulama”, USAD 2015, C. 8, S. 40, s. 585).

⁵ ÇÖMLEKÇİ, İstemi: “İslami Finansal Okuryazarlık Düzeyinin Belirlenmesi: Katılım Bankaları Müşterileri Üzerine Bir Araştırma”, ESOSDER 2017, C. 16, S. 63, s. 1424. Nitekim, bir araştırmada katılımcıların %60,8’inin düşük düzeyde

Bu kapsamda katılım bankalarının, bilgilendirme borçlarını yerine getirirken, uygulayacakları kâr payının müşteriye maliyetini açıkça belirtme gibi hususların yanında finansal işlemin İslam hukuku ilke ve kurallarına uygun olması için gereken şartlar hususunda da müşterilerini aydınlatması gerekir.

Bankaların bahsedilen tüketiciyi koruyucu bilgilendirme hükümlerine uymamasının ilk yaptırımı TKHK m. 77’de düzenlenen idari para cezasıdır. Bununla birlikte söz konusu kanuni yükümlülöklere uymamanın hukuki yaptırımının ne olacağı çoğu zaman madde metninde düzenlenmemiştir. *Atamer’e* göre bankanın eksik bilgi vermesi, irade beyanlarının söz konusu husus üzerinde uyuşmaması sonucu doğurmakta bu durum da bilgilendirilmeyen hususun talep de edilemeyeceğı anlamına gelmektedir¹. Tüketicinin uğradığı zarar bununla da giderilemiyorsa, banka söz konusu yan yükümlölüğünü yerine getirmediğı için oluşan zararı tazmin etmelidir².

c. Sır Saklama Borcu

Banka, finansman desteğı sözleşmesi kurduğı süreçte müşterinin nakit ve mal varlığı durumu, ticari ve kredi itibarları, yatırım faaliyetleri, kâr ve zarar hesapları

%28,4’ünün orta düzeyde, %10,7’sinin ise ileri düzeyde İslami finansal okuryazarlığa sahip olduğı tespit edilmiştir (ÇÖMLEKÇİ, s. 1432).

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 109-112.

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 112; KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlölüğü”, HÜHFD 2015, C. 5, S. 2, s. 217.

hakkında bilgiler edinmektedir¹. Banka ve personelinin mesleki sırları kapsamında kalan ve müşteri sırrı olarak adlandırılan bu bilgileri paylaşmama yükümlülüğü dürüstlük kuralından doğan bir yan borç niteliğindedir². Bununla birlikte bankaların sır saklama yükümlülüğü BankK m. 73'te³, bu borca aykırı davranışın cezai yaptırımını ise BankK m. 159'da ayrıca düzenlenmiştir. BankK m. 73'te de müşteri sırrı olarak adlandırılan müşteri bilgileri bankanın müşterileri olan ilişkisinde sözleşme öncesi ve sonrası elde ettiği tüm bilgileri kapsamaktadır⁴. Banka ve personelinin bu bilgileri paylaşması durumunda BankK m. 159'da hapis ve adli para cezası öngörülmüştür.

Taraflar finansman desteği sözleşmesine sır saklama ile ilgili ayrı hükümler de getirebilirler⁵. Aynı zamanda müşteri finansman desteği sözleşmesinde kendisiyle ilgili

¹ KAPLAN, İbrahim: “ Banka Gizliliği – Bankanın Sır Saklama Borcu”, BATİDER 1990, C. 15, S. 4 (Anılış: Banka Sırrı), s. 5; REİSOĞLU, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2015, C. 2 (Anılış: Şerh), s. 1496.

² BATTAL, Güven, s. 210; KAPLAN, Banka Sırrı, s. 3; TEKİNALP, s. 414; ULUSOY, Erol: “ Bankacılık Sırrı Kavramı, Hukuki Niteliği ve Korunması”, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 517. Bununla birlikte bankaların makul sınırlar içinde birbirlerine müşterileri hakkında istihbarat vermelerinin sır saklama borcunun ihlali niteliği taşımayacağı yönünde bkz. BATTAL, Güven, s. 212.

³ Bununla birlikte madde hükmü bankanın sır saklama borcunun istisnalarını da içermektedir. Maddeye göre sır saklama yükümlülüğü altındaki bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ve görevliler müşteri sırlarını kanunen açıkça yetkili kılınan mercilere açıklayabileceklerdir.

⁴ REİSOĞLU, Şerh, C. 2, s. 1496.

⁵ TEKİNALP, s. 417.

sırların somut olaylarla sınırlı olarak veya genel nitelikte olmak üzere açıklanmasına izin verebilir¹.

Banka ve personelinin sır saklama borcu banka ile müşteri arasında finansman desteği sözleşmesi kurulması ile başlar ve müşterinin menfaati olduğu sürece sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eder². Sözleşme öncesi görüşmelerde müşteriden alınan bilgileri de kapsayan sır saklama borcunun buradaki dayanağı ise “*culpa in contrahendo*” olmaktadır³. Söz konusu borca aykırı davranan banka müşteriye karşı ilgili sözleşme hükümleri ve TBK m. 112 uyarınca sorumludur⁴. Bununla birlikte bankanın sır saklama borcunun ihlali haksız fiil oluşturuyorsa TBK m. 49 uyarınca da sorumluluk söz konusu olacaktır⁵. Bankanın sır saklama borcunu ihlal

¹ EKİCİ, Akın: “Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı Kavramı”, Bankacılar Dergisi 2007, S. 63, s. 58; REİSOĞLU, Şerh, C. 2, s. 1506. Zira uygulamada müşteriler bankaya müracaat ederek, kendisinin kredi itibarı ve ticari ilişkileri hakkında üçüncü kişi durumundaki firmalara bilgi verilmesini istemektedir. Bu gibi durumlarda bankanın mutlaka müşteriden sırrın açıklanması konusunda yazılı talimat alması gerekir. Aksi halde banka mensuplarının bu borçtan kurtulmuş olduklarının ispatı güçleşebilir (KAPLAN, Banka Sırrı, s. 9).

² KAPLAN, Banka Sırrı, s. 6.

³ AKİPEK, s. 307; TEKİN: Kemal Doruk: Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü, Ankara 2010, s. 105; TEKİNALP, s. 417; REİSOĞLU, Şerh, C. 2, s. 1496.

⁴ KAPLAN, Banka Sırrı, s. 10; TEKİN, s. 104; TEKİNALP, s. 417; ULUSOY, s. 517.

⁵ TEKİN, s. 109; TEKİNALP, s. 419; ULUSOY, s. 518. Ancak haksız fiilden sorumlulukta zamanaşımının bir yıl, sözleşmeden doğan sorumlulukta 10 yıl oluşu ve sözleşmeden doğan sorumlulukta kusursuzluğunu ispat yükünün bankanın

ettiği durumlarda müşterinin sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olup olmadığı tartışılmıştır¹. Öğretide, müşterinin, bu durumda dürüstlük kuralınca ilişkiyi devam ettirmemesi haklı görülebilecek ise sözleşmeyi feshedebileceği ileri sürülmektedir².

Bankaların sır saklama borcunun 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu³ (KVKK) çerçevesinde de incelenmesi gerekir. Kanun'a göre kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir (KVKK m. 3/d). O halde bankanın müşterisiyle ilgili edindiği her türlü bilgi de kişisel veri kapsamına girmektedir. Kişisel verilerin korunmasında *culpa in contrahendo* sorumluluğu bağlamında sözleşme görüşmeleri sırasında elde edilen bilgilerin paylaşılmaması önem arz eder⁴. Bunun yanında müşterinin muhatap olduğu genel işlem koşullarına karşı da korunması, söz konusu koşulların dürüstlük kuralına aykırı olarak kişisel verilerin gizliliğini ihlal etmemesi gerekir⁵. Söz konusu hususlara aykırılığın hukuki yaptırımı KVKK'da düzenlenmemiştir. O halde yukarıda yapılan açıklamalar burada da geçerli olup, kişisel verilerin korunmasını ihlal eden kişi ve kurumların TBK m. 112 ve şartları varsa m. 49 uyarınca sorumlu olmaları gerekir. Ancak KVKK'da

üzerinde olması müşteri açısından sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre başvurmayı daha lehe kılacaktır (KAPLAN, Banka Sırrı, s. 15).

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN, Banka Sırrı, s. 11-15.

² TEKİNALP, 418. *Kaplan'a* göre sır saklama borcunun ihlali taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldıracığından müşteri mevcut sözleşme ilişkisini derhal sona erdirmek ve haklı nedenle feshetmek hakkını haiz olur (KAPLAN, Banka Sırrı, s. 15).

³ RG. 07.04.2016, S. 29677.

⁴ TAŞTAN, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017, s. 86.

⁵ TAŞTAN, s. 94.

bazı özel durumlar düzenlenerek söz konusu düzenlemelere aykırılığın yaptırımını olarak aşağıda belirtilen yüksek miktarlarda idari para cezası öngörülmüştür. Bunun yanında m. 11/ğ hükmünde kişisel verileri ihlal edilen kişiye mahkeme yolu kullanmadan, doğrudan veri sorumlusu¹ kişiye başvurarak zararının tazmini talep hakkı tanınmıştır².

KVKK m. 8’de kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun’un 12. maddesinde de veri sorumlularının ve veri işleyen kişilerin, öğrendikleri kişisel verileri Kanun hükümlerine aykırı olarak başkalarına açıklayamayacakları ve işleme amacı dışında kullanamayacakları, bu yükümlülüklerinin görevden ayrılmalarından sonra da devam edeceği belirtilmiştir. 18. maddede ise 12. maddede öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanacağı ifade edilmiştir.

Bu başlık altında son olarak değerlendirilmesi gereken bir husus da bir kişi veya kurumun salt katılım bankasıyla sözleşme yaptığı bilgisinin paylaşılmasının bankanın sır saklama borcunun ihlali niteliğinde sayılıp sayılmayacağıdır. Söz konusu sorunun cevabı banka müşterisinin bu konudaki iradesine göre değişmektedir. Zira özellikle bir kurum olan müşteri, finansal işlemlerinde katılım bankalarını tercih ettiğini kendi müşteri kitlesine açıklamaktan çekinebilir. Müşterinin bu durumu bankaya da bildirdiği

¹ Kanun’un m. 3/1 hükmünde veri sorumlusunun kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade edeceği belirtilmiştir.

² Bununla birlikte söz konusu madde bu durumda zarar miktarının belirlenmesinin veri sorumlusunun takdirine bırakılacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir (TAŞTAN, s. 199).

durumlarda söz konusu bilginin paylaşılmasının sır saklama borcunun ihlali niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

d. Şartları Tüketici Aleyhine Değiştirmeme Borcu

Katılım bankalarının bireysel finansman desteği sözleşmeleri için söz konusu olacak bu borcu TKHK m. 26’da öngörülmüştür. Maddenin birinci fıkrası uyarınca belirli süreli kredi sözleşmesinin şartları tüketici aleyhine değiştirilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki hüküm nisbi emredici olup söz konusu hususlarda müşteri lehine yapılacak değişiklikleri engellemektedir¹.

Söz konusu hüküm belirli süreli tüketici kredilerinde faiz oranları, masraf ve komisyon ücretleri gibi hususların tüketici aleyhine değiştirilmesini önlemek amacıyla getirilmiştir². Nitekim ülkemizde geçmiş yıllarda yaşanan en önemli sorunlardan birisi değişen ekonomik koşullarla birlikte kredi veren bankanın kredi alan aleyhine değişiklikler yapması, özellikle faiz oranlarını sürekli arttırması olmuştur³. Bu sakıncaya karşı tüketicinin korunması amacıyla TKHK m. 25’te de belirli süreli tüketici kredilerinde faiz oranının sabit olarak belirleneceği, sözleşmenin kurulduğu tarihte

¹ AKİPEK, s. 283; DERYAL/KORKMAZ, s. 135; REİSOĞLU, Tüketici Kredileri, s. 52; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 250.

² DERYAL/KORKMAZ, s. 135.

³ AKİPEK, s. 280-281. *Akipek* 4077 sayılı TKHK’da yer bulan “kredi şartları sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez” hükmüyle tüketicileri korumak açısından çok olumlu bir adım atılmakla birlikte dengein kredi veren aleyhine bozulduğunu ileri sürmüştür. Zira ülkemiz gibi enflasyonun çok yüksek olduğu bir yerde kredi verene böyle bir imkanın tanınmaması adaletsiz bir durum yaratmıştır (AKİPEK, s. 282).

belirlenen oranın tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır¹. Ancak söz konusu hükümlerin getirilmesi finansman desteği sözleşmesinin uygulanması açısından bir farklılık yaratmamıştır. Zira belirli süreli finansman desteği sözleşmesinde “varsayılan” satış akdi gereği bankanın elde edeceği miktar önceden belli olup, kâr payının değişen ekonomik koşullara göre uyarlanması söz konusu değildir.

TKHK m. 26/2’de ise belirsiz süreli tüketici kredilerinde faiz oranında değişikliğin ne şekilde yapılacağı hükme bağlanmıştır². Bu maddeyle birlikte ilerde

¹ Atamer’e göre her sabit süreli sözleşmede olduğu gibi tüketici kredisi sözleşmelerinde de TBK m. 138’de düzenlenen işlem temelinin çökmesi kuralı uygulanabilecek, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların dışında kalan bir sebeple işlem temelinin çöktüğü kabul edilebiliyorsa sözleşmenin uyarlanması istenebilecektir. Ancak bankanın ekonomik bir gelişmeyi öngörmediği savunması kolay kabul edilecek bir iddia olmayacaktır (ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 136). Bununla birlikte TKHK m. 36’da konut finansmanı sözleşmeleri için farklı bir düzenleme benimsenmiş ve sözleşmenin değişken faizli olarak düzenlenmesine izin verilmiştir. Aynı maddede değişken faizli konut kredilerinde faizin hangi oranlarda yükseltilebileceği de hükme bağlanmıştır. Ancak söz konusu hüküm niteliği gereği zaten sabit kâr paylı olması gereken finansman desteği şeklinde verilen konut kredilerinin uygulanması açısından bir önem arz etmemektedir.

² Söz konusu hükme göre; “*belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün*

doğabilecek risklerin tahmin edilip sözleşmeye dahil edilmesi imkanı bulunmayan belirsiz süreli tüketici kredilerinde sözleşmenin, özellikle faiz oranlarının değiştirilmesine olanak tanındığı gibi, tüketicinin bu değişiklikleri kabul etmeme hakkı da saklı tutulmuştur¹. Finansman desteği sözleşmesinin belirsiz süreli tüketici kredisi şeklinde verildiği tek durum ise katılım bankalarının kâr payı karşılığı taksitlendirme yaptığı kredi kartı sözleşmeleridir². O halde katılım bankaları, söz konusu belirsiz süreli kredi kartı sözleşmelerinde kâr payına ilişkin olarak yapacakları bir değişiklikte TKHK m. 26/2’de öngörülen usulü uygulamalıdır³.

içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez”.

¹ ASLAN, s. 418.

² Zira TKHK m. 26’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere belirsiz süreli tüketici kredilerinin örnekleri kredili mevduat hesabı ve kredi kartı sözleşmeleridir (ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 137; DERYAL/KORKMAZ, s. 135; İLGÜN, Candaş: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2015, s. 150). Katılım bankalarının çalışma prensipleri gereği kredili mevduat hesabı sözleşmesi kurmaları mümkün olmadığından hüküm katılım bankalarını yalnızca kredi kartı sözleşmeleri bakımından ilgilendirmektedir. Bununla birlikte katılım bankalarının belirsiz süreli bir genel kredi sözleşmesi kurmaları mümkündür. Ancak bu sözleşmenin de münferit bir finansman desteği sözleşmesi ile tamamlandığı hallerde ortada yine belirli süreli bir sözleşme olacaktır.

³ Nitekim BKKK m. 25’te de kredi kartlarında faiz oranıyla ilgili yapılacak değişiklikler için aynı usul öngörülmüştür. Hükme göre; *“faiz oranının artırılması durumunda ise bu değişikliğin hüküm ifade edebilmesi için otuz gün önceden kart hamiline bildirilmesi zorunludur. Kart hamili faiz artırımına ilişkin bildirim*

Belirtmek gerekir ki şartları müşteri aleyhine değiştirmeme borcu her ne kadar yalnızca tüketiciyi korumak için düzenlenmişse de ticari kredi sözleşmelerinde de bankanın bu hususta TMK m. 2’den doğan bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre bankaların ticari kredi sözleşmelerinde esnek faiz hükümlerine yer vermeleri ülkemizde olduğu gibi ekonomik göstergelerin çok sık ve aşırı değişebildiği ortamlarda bir zorunluluk olmakla birlikte, bu yetkinin dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekmektedir¹. Ancak kurumsal finansman desteği sözleşmelerinde de “varsayılan”

tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde tüm borcunu ödeyip kredi kartını kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez”.

- ¹ ATAMER, Yeşim M.: Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları, İstanbul 2001 (Anılış: Banka), s. 40-41; KOSTAKOĞLU s. 170 (Yazar eserin 2016 baskısında bu konuda görüşe yer vermemiştir); KUNTALP, Sempozyum, s. 101; YALÇIN, s. 128; TUNCEL YAZOĞLU, s. 111. Krş. AKYOL, s. 114-115; DOMANİÇ, s. 18-19. Nitekim bir Yargıtay kararında belirtildiği üzere; “...davalı bankanın kredi faiz oranının artırılması hususunda yetkili olduğu, davalıya tanınan yetkinin MK.nun 2 nci maddesi kapsamında dürüstlük ve iyiniyet kuralları içinde kullanıldığı, fahiş kazanç amacı ile faiz oranını haklı görülmecek bir orana yükseltmek suretiyle hakkını suistimal etmediği, değerlendirilen artışların çeşitli bankalarca bildirilen faiz oranları ile kıyaslandığı ve fahiş olmadığı, davanın bu nedenle faiz konusunda fazla bir ödeme yapmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...” [Yarg. 11. HD., 11.07.2006, E. 2005/5983, K. 2006/8264 (www.kazanci.com (son erişim: 28.03.2018))].

satış akdi gereği bankanın elde edeceği miktar önceden belli olduğundan kâr payının sözleşme süresi içerisinde artırılması, bu artırımın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının denetimi söz konusu olmayacaktır¹.

e. Teminatları İade Borcu

Bankalar finansman desteği sözleşmelerinin hemen hepsinde krediyi teminat karşılığında kullandırmaktadırlar². Ancak kredinin teminat karşılığında kullandırılması kesinlikle finansman desteği sözleşmesinin bir unsuru veya kanuni bir zorunluluk değildir³. Bununla birlikte müşterisine bir güven ilişkisi içerisinde kredi veren banka söz konusu teminatlarla bu güveni geliştirmektedir⁴.

Teminat esasen borcun uygun ifasını sağlamaya yönelik bir garantiyi ifade etmektedir⁵. Bu garantiyi sağlayarak müşterisine duyduğu güveni pekiştirmek isteyen bankalar ipotek; alacak, senet, menkul rehni gibi ayni; kefalet, teminat mektubu gibi şahsi teminatlar talep edebilmektedir. Genel kredi sözleşmelerinde geçmese de

¹ Belirtmek gerekir ki bankanın genel kredi sözleşmesindeki kâr payı oranlarının değişmesi bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Çünkü münferit finansman desteği sözleşmesi değişen bu kâr payına göre kurulacak ve sözleşme süresinin sonuna kadar söz konusu kâr payı geçerli olacaktır.

² AKİPEK, s. 303; GÜRSES, s. 306.

³ AKİPEK, s. 303; GÜRSES, s. 306. Kural olarak borçlunun alacaklısına karşı bir teminat gösterme borcu olmadığı yönünde bkz. KUNTALP, Erden: “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995 (Anılış: Teminat Kavramı), s. 266.

⁴ AKİPEK, s. 303.

⁵ KUNTALP, Teminat Kavramı, s. 266.

belirtmek gerekir ki İslam hukuku ilke ve kurallarına göre hareket eden katılım bankalarının işin doğası gereği bazı teminatları da kabul etmemeleri gerekir. Bu kapsamda katılım bankasının alkollü içki üreten ve başka bir amaca özgülmesi mümkün olmayan bir fabrikayı rehinnetmesi beklenemez.

Alınan teminatların sözleşme süresi sonunda iade edilmesi de sözleşme ilişkisinin doğal bir sonucu olup bankanın bir yan edim yükümlülüğüdür¹. Verilen teminatın cinsine göre iade usulü ve ortaya çıkabilecek sorunlar da farklılık göstermektedir.

Şahsi teminat verilmesi durumunda borç ödendiği anda teminat sona ereceğinden kural olarak iade borcu söz konusu olmaz². Ancak aynı teminat söz konusu ise teminatların rehin ve ipotegin kaldırılarak iade edilmesi gerekir³.

Bankacılık uygulamasında teminat amaçlı kıymetli evrak verilmesine de sıkça rastlanmaktadır⁴. İşte bu durumda kredi ilişkisinin sonunda teminatları iade borcu

¹ AKİPEK, s. 303; YENER, s. 120.

² AKİPEK, s. 303. Bununla birlikte şahsi teminat, teminat mektubu şeklinde verildiyse kredi verenin bu teminat mektubunu tüketiciye iadesi zorunludur (AKİPEK, s. 303). Şahsi teminatın kefalet şeklinde verildiği belirsiz süreli genel kredi sözleşmelerinde kefillerin de süresiz kefil olması gibi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Gürses'e göre bu durumda banka genel kredi sözleşmesinin kurulmasına rağmen münferit kredi sözleşmesi kurulmadıysa kefil şartları varsa kefaletten dönmeyi düzenleyen TBK m. 599 uyarınca kefaletten dönebilecektir. Aynı şekilde kefil sadece bir münferit kredi sözleşmesi için de kefil olabilecektir (GÜRSES, s. 307-308).

³ AKİPEK, s. 303.

⁴ AKİPEK, s. 303, YENER, s. 120.

özellik arz etmektedir. Zira söz konusu kambiyo senedinin müşteriye iade edilmeyip, üçüncü kişilere devredilmesi halinde, müşteri, bankaya karşı ileri sürebileceği defileri senedi devralana karşı ileri süremeyecektir¹. Senet üçüncü kişiye devredilmese dahi iade aşamasında yine de sorun çıkma olasılığı vardır. Çünkü, senedin teminat amacıyla verildiğinin ispatı senede karşı senetle ispat kuralı gereği oldukça güçtür². Tüketicuyu, söz konusu sakıncalara karşı korumak için, 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³ ile 4077 sayılı TKHK'nın 10.

¹ ARKAN, Tüketici Kredileri, s. 42.

² Bununla birlikte Yargıtay kararlarında kredi sözleşmesi ve senetteki düzenleme tarihinin, tarafların, miktarın aynı olmasının senedin teminat senedi olduğuna karine teşkil ettiğinin kabul edilmektedir. Nitekim bir kararda belirtildiği üzere “...dosya kapsamına göre, ... ile ... İç ve Dış Ticaret Ltd. Şti. arasında imzalanan kredi sözleşmesi, bononun tanzim tarihi ile aynı tarihli olup, ... ile ..., bahse konu kredi sözleşmesinde müşterek borçlu ve mütelselsil kefil olarak yer almıştır. Diğer taraftan bononun tanzim tarihi itibarıyla, lehtar şirketin ortak ve temsilcilerinin ... ile ... olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, takibe konu senedin teminat senedi olduğunun anlaşılmasına, borçlunun bu konudaki iddiasının borca itiraz olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki kabule göre, İİK'nun 169/a-5. maddesi uyarınca borçlular hakkındaki takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, başvurunun İİK'nun 170/a maddesi kapsamında şikayet olarak vasıflandırılarak takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, mahkeme kararının belirtilen sebeple bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi, yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından, kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir...” [Yarg. 12. HD., 23.10.2017, E. 2016/21200, K. 2017/12860 (www.kazanci.com (son erişim: 28.03.2018))].

³ RG. 14.03.2003, S. 25048.

maddeesinde değişikliğe gidilmiş, yeni bir hüküm tesis edilerek, kredi verenin krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaklanmış, bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınacak olursa, tüketicinin bu kıymetli evrakı kredi verenden geri istemek hakkına haiz olduğu; ayrıca, kredi verenin kıymetli evrakın ciro edilmesi sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükme, 6502 sayılı TKHK’da yer verilmemiştir. Ancak 6502 sayılı TKHK’nın m. 4/5 hükmünde, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle, kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebileceği, bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetlerin geçersiz olacağı belirtilmiştir. “Teminat amaçlı senet verilmesi” durumu da maddedeki “tüketicisi işlemi” kavramının içinde deęerlendirileceęinden¹, 6502 sayılı Kanun’da, kredi ilişkisinin teminatı olarak senet alınmasının yasaklanmadığı, ancak tüketiciden teminat amaçıyla yalnızca nama yazılı senet alınmasına izin verildiği söylenebilir.

d. Bağlı Kredi Verilmesi Halinde Ek Sorumluluk stlenme Borcu

Bağlı kredilerde banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında ekonomik bir çıkar birliğinin bulunduğuna, TKHK’da getirilen düzenlemelerle söz konusu çıkar birliğinin karşısında sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bertaraf edilerek tüketicinin satıcı veya sağlayıcıya karşı ileri sürebileceği defileri, kredi veren bankaya karşı da ileri srebilmesine izin verildiğine yukarıda değinilmiş, katılım bankalarının verdiği kredilerin kural olarak bağlı kredi olmadığı da belirtilmiřti². Ancak katılım bankalarının

¹ DOğAN, zgr: “Tüketicisi Senetleri”, ABD 2018, S. 2, s. 116.

² İkinci Bölüm. IV. D.

da tıpkı mevduat bankaları gibi bağılı tüketici kredisi vermesi mümkündür. Bu durumda katılım bankaları da TKHK m. 30¹ hükmü uyarınca sorumlu olacaktır.

TKHK m. 30/3'te bağılı krediye vücut veren durumlarda tüketicinin mal veya hizmet tedarikine ilişkin sözleşmeden cayması ve buna ilişkin bildirimin cayma süresi içinde ayrıca kredi verene yöneltilmesi halinde, bağılı kredi sözleşmesinin herhangi bir tazminat ve cezai şart ödeme yükümlülüğü olmadan sona ereceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, bağılı kredinin belirli bir mal ve hizmet sözleşmesinin finansmanı için alındığını, sözleşmeden cayılması halinde de kredinin artık anlamsızlaşacağını gözetmiştir². Buna göre tüketici hukukundaki özel düzenlemeler nedeniyle sözleşmeden cayma hakkını haiz olan tüketicinin kredi sözleşmesi de sona erecektir³.

¹ Söz konusu maddeye göre; *"(1) bağılı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir.*

(2) Ekonomik birliğin varlığı;

a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği,

b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı,

c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği, durumlarından en az birinin varlığı hâlinde kabul edilir".

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 159.

³ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 159.

TKHK m. 30/4'te bağı kredilerde mal veya hizmet hiç veya gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi verenin tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması halinde müteselsilen sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeyle tüketicinin elde etmek istediği malın veya hizmetin ayıplı olmasına veya hiç ifa edilmemiş olmasına rağmen kredi taksitlerini ödemeye devam etmek ve ödediği parayı satıcı veya sağlayıcıdan geri almak zorunda kalmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır¹.

Mal veya hizmetin gereği gibi ifa edilmeyip ayıplı olduğu durumlarda ise tüketici malın onarımı veya yenisi ile değiştirilmesini isteyebileceği gibi dönme veya bedelden indirim haklarından birini de kullanabilecektir. Tüketicinin malın onarımı veya yenisi ile değiştirilmesini hakkını kullanmayı tercih etmesi halinde tüketici, kredi verene karşı herhangi bir talep öne süremeyecektir². Ancak tüketici dönme veya bedelden indirim haklarını da kullanabilir. Tüketicinin dönme hakkı kullanması durumunda kredi sözleşmesi de sona erecek ve müşterinin ödediği kredi taksitlerinin iadesinden banka ve satıcı veya sağlayıcı müteselsilen sorumlu olacaklardır³.

¹ ASLAN, s. 453; ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 163-164; AYDOĞDU, Murat: "Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, DEÜHFD 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 593; DERYAL/KORKMAZ, s. 140.

² ASLAN, s. 454; DERYAL/KORKMAZ, s. 140; ÜZÜLER, s. 124. *Atamer*, bu ara dönemde tüketicinin TBK m. 97 ve m. 98'e kıyasen kredi verene karşı ödemelerini askıya alabileceğini ileri sürmektedir.

³ ASLAN, s. 454; ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 165. *Akıpek'e* göre bu durumda menfaat dengesini korumak amacıyla tüketici, kredi sözleşmesinin feshedildiği ana kadar, yani kredinin kullanıldığı süre boyunca sözleşmede öngörülen faiz tutarını kredi verene ödemelidir (AKİPEK, s. 298).

Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması durumunda ise kredi bedeli bu indirim oranında uyarlanacaktır¹. Tüketicinin seçimlik haklarının yanı sıra tazminat talep etmesi de mümkünse de kredi verenin tazminat talep edilebilecek bir kusurundan bahsedilemeyeceğinden bu talebin muhatabı yalnızca satıcı veya sağlayıcı olacaktır².

Banka ile satıcı arasındaki ekonomik çıkar birliğinin bir sonucu olarak kredi verene yukarıda bahsedilen sorumlulukları yükleyen kanun koyucu söz konusu sorumlulukları miktar ve süre yönünden sınırlandırmıştır. Nitekim TKHK m. 30/4'te kredi verenin sorumluluğunun ifanın sözleşme uyarınca gerçekleşmesi gereken veya fiilen gerçekleştiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıl olduğu düzenlenmiştir³.

Belirtmek gerekir ki bağlı kredi sözleşmelerinde her ne kadar banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında bir iş birliği olsa da müşteriye İslam hukuku anlamında vekalet verilmesi gerekmektedir. Söz konusu vekaletin bankanın sorumluluğunu her hangi bir bağlı kredi sözleşmesine kıyasla genişletmeyeceği ve sınırlandırmayacağı kabul edilmelidir.

¹ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 165; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 260.

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 165.

³ Söz konusu düzenleme bağlı kredinin bütün kurgusunun kredi veren ile satıcının birlikte sorumlu olması üzerine kurulu olmasına rağmen kredi verenin süre bakımından korunması nedeniyle eleştirilmiştir. Zira ayıptan doğan sorumluluk menkullerde iki, gayrimenkullerde beş yıl iken sorumluluğun kredi veren açısından bir yıl ile sınırlandırılması uygun görülmemiştir (ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 166).

2. Müşterinin Borçları

a. Sağlanan Finansmanı Kabul Borcu

Kendisine finansman desteği sağlanan müşteri sözleşme konusu miktarı kabul borcu altındadır¹. Zira sözleşme iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, müşteri kabul ettiği bedel karşılığında bankaya belli bir miktar kâr payı ödeyecektir². Nitekim TBK'nın kıyasen uygulanacak tüketim öduncüne ilişkin 399. maddesinde de ödünç alanın ödünç konusunu teslim alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bununla birlikte finansman desteği sözleşmesinde bedel doğrudan satıcının hesabına yatırılacağından söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi gibi bir sorunla karşılaşılmasının kural olarak mümkün olmadığını da belirtmek gerekir³.

Kanun koyucu tüketici kredilerine ilişkin olarak krediyi kabul borcunun istisnası olarak değerlendirilebilecek bir hüküm öngörmüş ve tüketicilere belli bir süre içerisinde kredi sözleşmesinden cayma hakkı tanımıştır. Buna göre tüketici, 14 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir (TKHK m. 24/1). Bu hak, bireysel finansman desteği sözleşmelerinde de müşterinin finansmanı kabul borcunun bir istisnasını oluşturacaktır⁴. Cayma hakkını kullanan müşteri krediden faydalanmış ise; anaparayı ve finansmanın kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede

¹ AKİPEK, s. 315; ARKAN, Tüketici Kredisi Uygulaması, s. 32.

² AKİPEK, s. 316.

³ ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 187.

⁴ Ancak söz konusu hak, Kanun'da konut finansmanı sözleşmeleri açısından düzenlenmediği için konut edinmek amacıyla kurulan bireysel finansman desteği sözleşmeleri için geçerli olmayacaktır.

akdi kâr payı oranına göre hesaplanan kâr payını en geç cayma bildirimini bankaya göndermesinden sonra otuz gün içinde geri öder. Bu süre içinde ödeme yapılmaması hâlinde tüketici kredisinden cayılmamış sayılır (TKHK m. 24/4).

Finansman desteği sözleşmesinde finansman miktarının sözleşmeye konu malın satın alınmasından sonra satıcının hesabına yatırılması müşterinin cayma hakkını kullanması sonrasında bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Zira bu durumda müşteri –eğer sözleşme konusu miktarı başka kaynaklardan temin edip satıcıya ödeme yapmadıysa- satıcı ile yapmış olduğu sözleşmeden de caymış olmaktadır. Oysa TKHK’da cayma hakkı yalnızca taksitli satışlar, tüketici kredileri, mesafeli satışlar gibi belli durumlara özgü tanınmıştır. O halde satıcıyla sözleşme kurduğu halde sözleşmeden doğan asli edimini yerine getirmeyen müşteri satıcıya karşı TBK m. 112 uyarınca sorumlu olmalıdır. Sözleşme konusu mal müşteri tarafından kullanılmışsa değer kaybına ilişkin miktar da TBK m. 112 gereği istenebilmelidir. Böyle bir durumda bankanın sorumluluğunun doğup doğmayacağı da ayrıca tartışılmalıdır. Belirtildiği üzere¹ finansman desteği sisteminde banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında tam üçüncü kişi yararına bir sözleşme kurulmaktadır. Bu sözleşmede bankanın borcu satıcıya sözleşme konusu miktarı ödemektir. Öyleyse bankanın sorumluluğu bu borcunu kusuru ile yerine getirmediği hallerde söz konusu olmaktadır. Ancak müşterinin sözleşmeden caymasında bankaya bir kusur yüklenemeyeceğinden bankanın sorumluluğundan söz edilemez. Bu durumda satıcıya ödeme yapan banka ödediği bedelin iadesini talep edebilmelidir. Bedeli iade etmeyen satıcı ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sorumlu tutulmalıdır.

¹ Üçüncü Bölüm. V. B. 2. b.

b. Anapara ile Birlikte Kâr Payı Ödeme Borcu

Müşteri finansman desteği sözleşmesi ile kendisine sağlanan bir miktar parayı kâr payıyla birlikte geri ödeme borcu altına girmektedir. Belirtildiği üzere müşteri söz konusu ödemeyi genellikle taksitler halinde yapmaktadır. Miktarı önceden belirlenmiş her bir taksit, vadesi geldiğinde ödenmelidir. Aksi takdirde müşterinin temerrüdü gündeme gelir. Bazı hallerde ise elinde nakit fazlası bulunan müşteri taksitleri vadesinden önce ödemeyi tercih edebilir. Bu durumda ise erken ödemedен söz edilir.

Gerek anapara ile birlikte kâr payının ödenmesinde temerrüde düşülmesiyle ilgili gerekse erken ödemeye ilgili finansman desteği sözleşmelerine ilişkin özel bir hüküm getirilmemiştir. Ancak söz konusu kurumlarla ilgili TKHK'daki düzenlemelerle birlikte mevduat bankalarına ilişkin yargı uygulamaları hiç şüphesiz finansman desteği sözleşmeleri için de geçerli olacaktır.

Belirtildiği üzere elinde nakit fazlası olan müşteri müeccel birkaç taksidi veya tüm taksitleri ödeyerek bankaya olan borcundan kurtulmak isteyebilecektir. Bu durum beklediği bir miktar paraya daha erken kavuşan banka için de olumlu gözükse de¹ bankanın “hedge” dengesini bozacağı için olumsuz sonuçlar doğurabilir. Söz konusu durumda müşterinin bankanın bu miktara daha önce kavuşmasının karşılığı olarak bedelden bir miktar indirim isteyip isteyemeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu halde menfaat dengesinin nasıl sağlanacağı TKHK'da tüketici kredileri ve konut

¹ ÇABRİ, Sezer: “Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı İle Erken Ödeme Tazminatının Sınırı”, BAÜHFD 2016, C. 11, S. 145 (Anılış: Erken Ödeme), s. 397.

finansmanı sözleşmeleri ile ilgili olarak düzenlenmiştir. Ticari kredilerde ise genel hükümlere ve yargı uygulamasına göre şekillenmiştir¹.

¹ Ticari kredilerde erken ödeme halinde nasıl bir yol izleneceği genel hükümler gözetilerek belirlenmektedir. TBK m. 96'da belirtildiği üzere sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak kanun veya sözleşme ya da adet gereği olmadıkça borçlu erken ifada bulunması sebebiyle indirim talep edemeyecektir. O halde müşterinin borcunu vadesinden önce ödemesinin önünde kural olarak bir engel yoktur. Bununla birlikte uygulamada bankalar sözleşmelere erken ödemeyi kabulle yükümlü olmadıklarına dair hükümler koymaktadır. Oysa kredi borcunun kısmen veya tamamen erken ödenmesinde bankanın zararı bulunmadığı gibi alacağına erken kavuşmasından dolayı yararı bulunduğu ifade edilmekte, (hedge dengesinin bozulmasından doğan zarar göz ardı edilirse) bu nedenle söz konusu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde karşı tarafın aleyhine olup TBK m. 25 uyarınca geçersiz sayılacağı belirtilmektedir. (ÇABRİ, Erken Ödeme, s. 397). Ancak kredi sözleşmesinde kararlaştırılmamışsa borçlu erken ödeme nedeniyle kredi borcundan bir indirim yapılmasını da isteyemeyecektir. Herhangi bir indirim yapılmasının söz konusu olmadığı bu halde bankanın erken ödeme tazminatı talep edemeyeceği de açıktır. Ancak sözleşmede erken ödeme halinde indirim yapılması kararlaştırılmışsa banka bunun karşılığında makul bir oranda erken ödeme tazminatı talep edebilecektir. Belirtilen makul oranın üstünde tazminat alınması halinde müşteri ödemiş olduğu fazla miktarın iadesini isteyebilecektir (ÇABRİ, Erken Ödeme, s. 405). Bununla birlikte katılım bankaları, finansman desteği sözleşmesinde “varsayılan” satış akdi gereği ödenecek bedel önceden belli olduğundan ticari kredilerde, erken ödeme nedeniyle indirim yapamayacaklarını ifade etmektedir

TKHK’da tüketici kredilerine ilişkin getirilen hükme göre tüketici vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilecek ve kredi borcunun tamamını erken ödeyebilecek, kredi veren bu hallerde erken ödeme miktarına göre gerekli faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlü olacaktır (TKHK m. 27)¹.

Müşterinin finansman desteği sözleşmesinden doğan asli edim borcunun ifası aşamasında ortaya çıkabilecek bir diğer durum da temerrüt halidir. TBK m. 117 uyarınca muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Ancak borcun ifa edileceği günün birlikte belirlenip, vadenin kararlaştırıldığı durumlarda borçlu, vadenin geçmesiyle ihtar gereksizdir temerrüde düşecektir. O halde finansman desteği sözleşmesinde belirlenen vadede borcunu ödemeyen borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar gerekmez. Bu durumda temerrüt hiç şüphesiz ödenmeyen taksit bakımından söz konusu olur. Ancak uygulamada finansman desteği sözleşmelerine taksitlerin bir veya birkaçının vadesinde ödenmemesi durumunda tüm borcun muaccel olacağına dair hükümler getirilmektedir².

[<https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf> (son erişim: 12.11.2018)].

¹ Söz konusu indirim konut finansmanı sözleşmeleri için de düzenlenmiştir (TKHK m. 37/1). Ancak konut finansmanı kuruluşu, sabit faizli konut kredilerinde (finansman desteği sözleşmesi ile verilen konut kredileri her halde sabit kâr paylı olduğundan tüketiciye konut finansmanı sağlanan tüm bireysel finansman desteği sözleşmelerinde) sözleşmede öngörülmüşse bu indirim karşılığında tüketiciden erken ödeme tazminatı talep edebilecektir (TKHK m. 37/2).

² <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf> (son erişim: 19.03.2018).

Öğretide ticari kredilerle ilgili olarak ağırlıklı kabul edilen görüşe göre bankanın dürüstlük kuralı ölçüsünde kredi borcunu muaccel kılma yetkisi vardır¹. Bankanın kredi müşterisinin borcunu ödeyemez duruma düştüğünü fark etmesi durumunda muaccel kılma yetkisini kullanmasının dürüstlük kuralına uygun olduğu varsayılmaktadır². Kredi borçlusunun bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi de bunun için yeterli görülmektedir³. Ancak belirtilmelidir ki borcun muaccel kılınması müşterinin muaccel kılınan borçlar dolayısıyla temerrüde düşmesi için yeterli değildir. Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceğinden temerrüt durumu için bankanın



¹ ATAMER, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001 (Anılış: Genel İşlem Şartları), s. 261; TUNCEL YAZOĞLU, s. 77; YALÇIN, s. 103. AAOIFI standartlarına göre de “*ödeme gücü bulunduğu hâlde taksitlerden birinin vadesinde ödenmeyip geciktirilmesi durumunda diğer taksitlerin tamamının muaccel hâle geleceğini şart olarak ileri sürmek caizdir. Ancak ileri sürülen bu şartın uygulanabilmesi için borçlunun beklenmeyen olaylarla karşılaşmamış olması gerektiği gibi borçlunun bilgilendirilmesi ve ödeme günü üzerinden uygun bir sürenin geçmesi de tercih edilmelidir.*” (Faizsiz Finans Standartları, s. 91).

² YALÇIN, s. 104.

³ ATAMER, Y., Genel İşlem Şartları, s. 261; TUNCEL YAZOĞLU, s. 77.

bir ihtarda bulunması şarttır¹. Aksine sözleşme hükmü objektif iyiniyet kurallarıyla örtüşmediğinden geçersiz olacaktır².

Konu, tüketici kredileri bakımından ayrıca düzenlenmiştir. TKHK m. 28'e göre belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kredi veren, borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Kredi veren ayrıca tüketiciye en az 30 gün vererek muacceliyet uyarısında bulunmalıdır. Müşteri 30 günlük sürede temerrüde düştüğü iki taksidi ve temerrüt faizini ödemezse kalan taksitler muaccel olur³. O halde belirli süreli bireysel finansman desteği sözleşmelerinde temerrüt nedeniyle muacceliyet kaydı birbirinin izleyen en az iki taksidin ödenmemesi koşuluna bağlı olarak koyulabilir.

¹ Bununla birlikte ihtarın gereksiz ya da yararsız olduğu durumlarda, özellikle borçlunun, borcu ifa etmeyeceğini beyan ettiği, ihtara rağmen borcu ifa etmeyeceğinin açık olduğu hallerde, örneğin borçlunun iflası durumunda, temerrüde düşürülmesi için ayrıca ihtar çekilmesine gerek yoktur (KILIÇOĞLU, s. 705).

² TÖRÜNER, Ekrem: Banka Kredilerinde Muacceliyet-Temerrüt, ABD 2017, S. 1 (Anılış: Temerrüt), s. 218. Bununla birlikte uygulamada birçok sözleşmede muacceliyet halinde ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşüleceğine dair hükümler bulunmaktadır. Bkz.

<https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf> (son erişim: 19.03.2018).

³ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 198. Bu husus TKHK m. 34'te de konut finansmanı sözleşmeleri için düzenlenmiştir.

Finansman desteği sözleşmelerinde, müşterinin temerrüde düşmesi halinde gecikme cezası ödeyeceği öngörülmektedir. Gecikme cezasının hukuki niteliği diğer özel hukuk sözleşmeleri bağlamında tartışılmış, bu kapsamda gecikme cezasının hukuki niteliğinin, temerrüt faizi, cezai şart, borçlunun temerrüde düşmesinden önce geciken borca yapılan bir ilave olduğu görüşleri ileri sürülmüştür¹.

Finansman desteği sözleşmesinde öngörülen gecikme cezasının hukuki niteliğinin para borçlarının ifasında temerrüdün sonuçlarından biri olan temerrüt faizi olduğu açıktır². Zira burada belli bir miktar para borcunu ödemede temerrüde düşen borçlu, kusuru bulunmasa da gecikme cezası ödemektedir. Nitekim BKKK m. 26’da

¹ Söz konusu görüşler için bkz. İNCEOĞLU/KABAKLIOĞLU ASLANYÜREK, s. 1357-1358.

² Gerçekten de borçlunun vadede ödeme yapmakta gecikince oransal olarak belirlenen ve süreye bağlı olarak işleyen bir miktarı ödemek zorunda kaldığı durumların, gerek iktisaden gerekse de ulaşılmak istenen amaç bakımından temerrüt faizi olarak değeriendirilmesi gerekmektedir (İNCEOĞLU/KABAKLIOĞLU ASLANYÜREK, s. 1361). Ayrıca, gecikme cezasının, İslam hukuku anlamında, temerrüt faizi ile aynı şey olup olmadığı incelenmiş ve gecikme cezasının temerrüt faizine göre ilerleyen paragraflarda değinilecek bazı farklılıkları taşıması gerektiği ifade edilmiştir [AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 138; ÖZYURT, s. 57. Ayrıntılı bilgi için bkz. BAYINDIR, Abdülaziz: “Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza”, İHAD 2010, İslam İktisadı Özel Sayısı, S. 16 (Anılış: Maddi Ceza), s. 331-346]. Ancak değinilecek bu farklılıklar en azından şu anki katılım bankacılığı sisteminde yeknesak olarak uygulanmadığı ve kusuru olmasa da müşteriden gecikme cezası talep edildiği için gecikme cezasının hukuki niteliğinin temerrüt faizi olduğunun kabulü gerekir.

da katılım bankaları açısından Kanun'un uygulamasında yer alan, gecikme faizinin gecikme cezası olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

Gecikme cezasını bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılan cezai şartla da karıştırmamak gerekir. Zira cezai şartla gecikme cezasındaki gibi zararı tazmin amacı değil sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacı güdülmektedir¹.

Gecikme cezasının hukuki niteliğinin temerrüt faizi olması temerrüt faizine ilişkin sınırlamaların gecikme cezası için de uygulanmasını gerektirir. Bu kapsamda sözleşmede kararlaştırılacak gecikme cezası oranı ticari işlerde serbestçe belirlenebilir (TTK m. 8). TBK m. 120'de düzenlenen temerrüt faizine ilişkin sınırlamalar ise ancak adi işler bakımından emredicilik arz etse de bu konuda farklı görüşler de mevcuttur².

¹ EREN, Genel Hükümler, s. 1210.

² DEMİR, Şamil: "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", ABD 2012, S. 4, s. 223; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 494; ORBAY ORTAÇ, Nurdan: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", ABD 2014, S. 2, s. 126. Krş. AYDOĞDU, Murat: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler", DEÜHFD 2011, C. 12, S. 1, S. 96. TBK m. 120'deki sınırlamanın ticari işleri de kapsayacağını kabul eden görüş, madde gerekçesinde belirtilen borçluların korunması amacının ticari işlerde için de geçerli olacağını savunmaktadır (AYDOĞDU, s. 95-96). Yargıtay'ın da bu konuda farklı kararları mevcuttur. Nitekim bir HGK kararında belirtildiği üzere *"...uyuşmazlık; tacir olan taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesi gereğince sözleşmeden kaynaklanan alacağa aylık %10 gecikme faiz uygulanacağına ilişkin hükmün geçerli olup olmadığına ilişkindir. Somut olayda, kira sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tamamının süresinde ödenmediği, tarafların tacir olduğu*

hususunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükmüne aynı maddenin 3. fıkrasında tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı tutulacağına ilişkin bir istisna getirilmiş ise de başkaca bir istisna bulunmamaktadır. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı yasa hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağının kabulü gerekir. O halde, Mahkemenin tacir olan taraflar arasında kararlaştırılan faiz oranı dikkate alınarak hükmedilen miktara %10 akdi faiz oranı uygulanmasına ilişkin kararı açıklanan nedenlerle usul ve yasaya uygun olup direnme kararının açıklanan nedenlerle onanması gerekmiştir...” [Yarg. HGK., 15.05.2015, E. 2013/6-2249, K. 2015/1362 (www.kazanci.com (son erişim: 18.07.2018)]. Ancak Yargıtay'ın başka bir kararında da “...uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmışsa, bu oran (sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı), birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. (TBK m. 120/f.2 atfıyla 3095 sayılı Yasa m. 2- adi işlerde %9 + yüzde yüz fazlası yani %9 =18'i; ticari işlerde avans faizinin yüzde yüz fazlasını yani avans faizinin iki katını, (01.01.2011 tarihinden 31.12.2012 tarihine kadar avans faizi %15 olduğundan iki katı olan %30'u aşamayacaktır...” denilerek aksi görüş kabul edilmiştir [Yarg. 13. HD., 22.11.2012, E. 2012/17865, K. 2012/26319 (ORBAY ORTAÇ, s. 124-125)].

olduğundan gecikme cezası ahlak ve adaba aykırı düşecek şekilde yüksek olmadığı sürece serbestçe kararlaştırılabilecektir¹. Bireysel finansman desteği sözleşmeleri ise bir taraf için ticari iş niteliğinde olduğundan diğer taraf olan tüketici için de ticari iş niteliğinde olacaktır. Ancak ticari işlerde faizi düzenleyen TTK m. 8'in 3. fıkrasında tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir. TTK'da bu ifade bulunmasa dahi tüketiciyi koruyucu hükümler TTK m. 8'in uygulama alanını daraltmaktadır. Nitekim TKSİ'de de gecikme faizinin belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde akdi faiz oranının % 30 fazlasını geçmemek üzere belirlenen oranı, belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde ise ilgili mevzuat gereği belirlenen oranı ifade ettiği, temerrüt veya geç ödeme durumunda tüketiciden sözleşmede yer alan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasından daha yüksek bir oranda gecikme faizi tahsil edilemeyeceği belirtilmiştir (TKSİ m. 4, 18). Yine BKKK m. 26'da Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasını (TCMB)'nin azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkili olduğu ve belirlediği bu oranları üç ayda bir açıklayacağı belirtilmiştir. O halde katılım bankaları belirli süreli bireysel finansman desteği sözleşmelerinde gecikme cezası olarak akdi kâr payının en fazla %30'unu öngörebilecekken, belirsiz süreli bireysel finansman desteği sağladıkları kredi kartı sözleşmelerinde azami olarak TCMB tarafından açıklanan gecikme cezası oranlarını öngörebileceklerdir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir husus da sözleşmelerde gecikme cezası öngörülmesinin İslam hukuku ilkeleri ile uygun düşüp düşmediğidir. Söz konusu hususla ilgili olarak genellikle borcunu kasten ödemeyen müşteri ile zor durumda olduğu için ödeyemeyen müşteri arasında bir ayrıma gidilmekte, zor durumda olan müşteriden gecikme cezası alınmasının İslam hukuku anlamında faiz olacağı ileri

¹ DEMİR, s. 223; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 494.

sürülmektedir¹. Nitekim Malezya Güvenlik Komisyonu Şeriat Komitesine göre ödemesini ancak kasıtlı olarak yerine getirmeyen borçludan gecikme cezası alınabilir². Borcunu kasten ödemeyen müşteriden alınacak gecikme cezasının bankanın bu sebeple mahrum kaldığı kârdan fazla olamayacağı da savunulmaktadır³. Uygulamada Bank Negara Malezya'nın (Malezya Merkez Bankası) Şeriat Danışma Kurulu, alınan gecikme cezasının bankanın uğradığı zarardan fazla olamayacağına ve bu miktarın ödemeyi ancak ihmalıyla geciktiren taraftan talep edilebileceğine karar kılmıştır⁴.

¹ ÖZYURT, s. 56; <http://www.suleymaniyevakfi.org/arastirmalar/odemeyi-geciktiren-borcluya-maddi-ceza.html> (son erişim: 22.03.2018). AAOIFI standartlarında ise, borcunu zor durumda olduğu için ödemeyen müşteriye ilişkin bir ilkeye yer verilmemiştir. Ancak, standartlarda, borcunu kasten ödemeyen müşteriden dahi, nakdî veya ayni olarak bir bedel ödemesinin istenemeyeceği, bu bedelin, mahrum kalınan kâr veya paranın değerinin değişmesi karşılığında olmasının da bir değişiklik yaratmayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte, murabaha gibi karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, müşteriye “ödeme gücü bulunduğu halde borcunu vadesinde ödemeyip geciktirmesi durumunda miktarı veya oranı belirlenen bir meblağı faizsiz finans kurumu aracılığıyla hayır işlerine harcaması” yönünde bir şart ileri sürülebileceği, ancak böyle bir harcamanın gerçekten yapılıp yapılmadığını kontrol için faizsiz finans kurumu içinde denetleme yapan ekiplerin gözetimi gerektiği öngörülmektedir (Faizsiz Finans Standartları, s. 91).

² YAAKUB, Ezani/ADİL, Mohamed Azam Mohamed/HUSİN, Asmak/MUHAMAD, Mohd Dani/SHAHRUDDİN, Mohd Solahuddin/Md YAZİD, Nur Hidayah: “Late Payment Charge In Islamic Bank”, ICFC 2013, s. 385.

³ ÖZYURT, s. 56.

⁴ http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=en_policy&pg=en_policy_banking (son erişim: 18.07.2018).

Bunun yanında alınan gecikme cezalarının hayır işlerine harcanması gerektiği de ileri sürülmektedir¹. Nitekim bu uygulamayı yaptığını iddia eden katılım bankaları da mevcuttur². Ancak böyle bir uygulama ne şeffaf olarak gösterilmekte³ ne de Türkiye’de faaliyet gösteren katılım bankalarının genel kredi sözleşmelerinde borcunu ancak kasıtlı olarak ödemeyen müşteriden gecikme cezası alınacağına dair hükümler yer almaktadır. Öyleyse uygulamada bu ayrımı kesin olarak uygulayan ve Türkiye’de faaliyet gösteren bir katılım bankasının bulunmadığını söyleyebiliriz. Belirtmek gerekir ki borcunu zor durumda olduğu için ödeyemeyen ve kasten ödeyemeyen müşteriyi ayırt etmek ve bu kişilere farklı muamelede bulunmak katılım bankaları açısından uygulanması oldukça zor bir yöntemdir.

c. Bilgi Verme Borcu

Müşterinin dürüstlük kuralından doğan koruyucu bir yan yükümlülüğünü oluşturan bilgi verme borcu özellikle sözleşme görüşmeleri aşamasında önem arz etmektedir⁴. Zira banka, finansmanın geri ödenmeme riskini azaltabilmek amacıyla müşteri hakkında sağlıklı genel bilgilere ihtiyaç duyar⁵. Müşterinin özellikle mali durumu hakkında vereceği bilgiler, bankanın finansman sağlama kararını doğrudan

¹ AKTEPE, Katılım Bankacılığı, s. 138;

YAAKUB/ADİL/HUSİN/MUHAMAD/SHAHRUDDİN/Md YAZİD, s. 384.

² ÖZYURT, s. 57.

³ ÖZYURT, s. 57.

⁴ ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 184; GÜRSES, s. 243.

⁵ BAYKAL, s. 69.

etkilemektedir¹. Bu nedenle müşteri bankayı ilgili konularda tam ve doğru olarak bilgilendirmekle yükümlüdür².

Söz konusu bilgilerin kapsamı ise elbette bankanın aldığı kredi riskini etkileyebilecek hususlarla sınırlıdır. Başka bir deyişle müşterinin buradaki *culpa in contrahendo* sorumluluğu finansmanın geri ödenmesine ilişkin ekonomik durumu hakkında verdiği bilgilerde kendini göstermektedir³. Müşteriden kendisiyle ilgili bu bilgiler dışında kalan, paylaşılması özel hayatın gizliliğini etkileyecek, kişilik haklarına zarar verecek bilgiler istenemez⁴. Müşterinin *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında paylaştığı bilgilerin korunması ise bankanın sır saklama borcu kapsamındadır⁵.

Bilgi verme borcu kapsamında kalan konularda bilgi verilmemesi veya yanlış bilgi verilmesi sonucu bankanın bir zararının doğması müşterinin hukuki sorumluluğuna yol açar⁶. Söz konusu borcun yerine getirilmemesi sebebiyle sözleşme kurulmamış ise müşterinin *culpa in contrahendo* sorumluluğuna dayanılarak menfi zarar talep edilebilecekken, sözleşmenin kurulduğu ancak ekonomik bilgilerini yanlış açıklayan müşterinin borcunu ifa edemediği hallerde sözleşmeden kaynaklanan ifa edilmeme hükümlerine gidilebilecektir⁷.

¹ GÜRSES, s. 244.

² BAYGIN, s. 361; BAYKAL, s. 69; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 185.

³ ÇABRİ, s. 185.

⁴ GÜRSES, s. 245.

⁵ EKİCİ, s. 53; KAPLAN, Banka Gizliliği, s. 7; REİSOĞLU, Şerh, C. 2, s. 1496.

⁶ BAYKAL, s. 69; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 186; GÜRSES, s. 318.

⁷ ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 186.

d. Sağlanan Finansmanı Katılım Bankacılığı İlkelerince Yasaklanan Alanlarda Kullanmama Borcu

Finansman desteği sözleşmelerinde, sağlanan finansmanın konusunu içki, kumar, şans oyunları, domuz ürünleri gibi banka çalışma prensipleriyle bağdaşmayan şeylerin oluşturmayaacağına; bankanın, sağladığı finansmanın bu tür yasak işlemlere konu edilmiş olduğunu sonradan öğrenmesi halinde sözleşmeyi fesih hakkının saklı olduğuna dair hükümler öngörülmektedir¹. Sözleşme konusu şeyin sözleşme şartlarına aykırı kullanılması aynı zamanda bir haklı fesih sebebi olarak ele alınmaktadır².

Belirtmek gerekir ki finansman desteği sözleşmesinde bedel doğrudan satıcının hesabına ödendiğinden finansmanın istenmeyen bir alan dışında kullanılması sık rastlanacak bir durum değildir. Bu durum ancak müşteri ile satıcı veya sağlayıcının bu hususta bankanın bilgisi dahilinde olmayan bir anlaşma yapmalarıyla mümkün olabilir.

Bankanın genel işlem koşulu olarak yer verdiği söz konusu hüküm yürürlük ve içerik denetimi bakımından incelenmelidir. İlk olarak sözleşme hükmünün TBK m. 21’de geçen “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem koşulu” olmadığı söylenebilir. Çünkü katılım bankasıyla işlem yapan makul bir müşteri bu kadar temel bir katılım bankacılığı ilkesini bilmelidir. Sözleşme hükmünün, TBK m. 25’te belirtilen dürüstlük kuralına aykırı bir genel işlem koşulu olmadığı da söylenebilir. Zira tarafların karşılıklı irade uyuşması sonucunda sözleşme konusunu bu şekilde sınırlandırmaları mümkün olduğu gibi bankanın söz konusu sınırı ihlal eden müşteri ile sözleşme ilişkisini devam ettirmek istememesi de doğal olup banka açısından bir haklı fesih sebebi oluşturacaktır.

¹ Bkz. <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf> (son erişim: 25.03.2018).

² YALÇIN, s. 108.

e. Teminat Verme Borcu

Katılım bankası finansman desteği sağlarken söz konusu bedelin ödenmemesi riskini de üstlenmektedir¹. Yukarıda² da belirtildiği üzere banka bu risk karşılığında çoğu zaman müşterisinden aynı veya şahsi teminatlar talep etmektedir. Böylece müşterinin teminat verme gibi bir yan edim yükümlülüğü doğmaktadır³. Teminat ile sağlanan finansman arasında makul bir orantı olmalı, teminat miktarı borcun ifasını sağlamaya yönelik bir garantiyi aşmamalıdır⁴. Aksi takdirde müşteri teminat verme borcuna ilişkin sözleşme hükmünün geçersizliğini ileri sürebilir⁵.

Banka, finansman sağlama borcunu müşterinin teminat verme borcunu yerine getirilmesinden sonra ifa edeceğini şart koşabilir⁶. Bununla birlikte söz konusu yan edim yükümlülüğü bankanın finansman sağlama borcu ile bir karşılıklılık ilişkisi içerisinde değildir⁷. Başka bir deyişle, banka teminat gösterme borcunu yerine getirmeyen müşterisine finansman sağlamaktan kaçınırken ödemezlik defini değil, kendi lehine ortaya çıkmış kişisel nitelikteki bir hapis hakkını ileri sürmektedir⁸. Banka teminat verme borcunu yerine getirmeyen müşterisinden borcun aynen ifasını da talep

¹ AKİPEK, s. 309; ŞİT, s. 66.

² Üçüncü Bölüm. III. B. 1. e.

³ GÜRSES, s. 319; ÖZEN, s. 224; YENER, s. 117.

⁴ AKİPEK, s. 310.

⁵ YENER, s. 117.

⁶ BAYKAL, s. 68; GÜRSES, s. 320; ÖZEN, s. 225; YÜKSEL, s. 117.

⁷ ÖZEN, s. 225; YÜKSEL, s. 117.

⁸ ÖZEN, s. 225.

edebilecektir¹. Aynen ifa yerine getirilmediği takdirde ise sözleşmeyi feshetme hakkını haiz olacaktır².

Bankalar finansman desteği sözleşmelerinde çoğu zaman müşterinin işlemin hangi safhasında olursa olsun bankanın isteyeceği ek teminatları banka lehine vermeyi kabul edeceğine dair hükümler getirmektedir³. Böylece banka, sözleşmenin herhangi bir aşamasında müşteriden başlangıçta kararlaştırılmayan bir teminatı isteme hakkını saklı tutmaktadır. Bununla birlikte müşterinin ödeme yeteneğinde veya önceden verilen teminatların değerinde bir değişiklik olmadığı hallerde bankanın ek teminat istemeyeceği ileri sürülmektedir⁴.

TKHK m. 4/6 hükmüne göre tüketici işlemlerinde tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacakken, tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacaktır. Söz konusu hüküm uyarınca bireysel finansman desteği sözleşmelerinde “müteselsil kefil”, “müşterek müteselsil borçlu”, “alacaklı dilerse şahsıma başvurabilir”, “borçluyla aynı derecede sorumlu olmak kaydıyla” gibi ibareler kullanılmış olsa bile tüketici lehine verilen

¹ Aynen ifanın istenebilmesi için kredi alacağının o anda var olmasının gerekmediği yönünde bkz. KUNTALP, Teminat Kavramı, s. 268.

² YENER, s. 117; YÜKSEL, s. 117.

³ Bkz. <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1049.vsf> (son erişim. 22.03.2018).

⁴ BAYKAL, s. 71.

kefalet adi kefalet sayılacak ve asıl borçluya başvurulmadan kefile başvurulamayacaktır¹.

f. Sigorta Yaptırma Borcu

Bankalar sağladıkları finansmanın geri ödenmeme riskini azaltabilmek amacıyla müşterilerini kredi ile ilgili sigorta sözleşmesi yapmaya yönlendirmektedir². Kredi rizikosunu güvence altına alan tüm sigorta sözleşmeleri ise kredi sigortası olarak isimlendirilmektedir³. Bu kapsamda kredi ile ilgili verilen teminatlar sigorta edilebileceği gibi kredi veren veya kefilinin aciz haline düşmesi veya ölümü gibi olaylara karşı da kredi sigortası yaptırılabilir⁴.

Kredi sözleşmelerinde sigorta yaptırma zorunluluğu öngören bankalar, müşterilerini kendi istedikleri şirketlerden sigorta koruması almaya yönlendirmekte, müşteri bu nedenle piyasadaki daha avantajlı sigorta tekliflerini araştıramamakta, bu durum da sigorta primlerinin rekabetçi bir piyasaya nazaran yükseltmektedir⁵. Söz konusu sakıncalara karşı tüketiciyi korumak isteyen kanun koyucu TKHK m. 29 ve 38’de tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın

¹ ATAMER, Y., Genel İşlem Şartları, s. 259; ÖZTEK, Selçuk: “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, Bankacılar Dergisi 2008, S. 67, s. 14.

² ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 180; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 237; KÜÇÜK, Damla: Kredi Sigortası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 73.

³ KÜÇÜK, s. 73.

⁴ ÇABRİ, s. 237; KÜÇÜK, s. 74.

⁵ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 180; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 256.

kredi ile ilgili sigorta yaptırmayacağını, tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi halinde istediği sigorta şirketinden sağladığı teminatın kredi veren tarafından kabul edilmek zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu söz konusu düzenlemeyle bankanın kredinin teminatı olarak müşteriden bir sigorta sözleşmesinin kurulmasını istemesini, bunu kredi verilmesinin ön koşulu olarak görmesini yasaklamamıştır¹. Yasaklanan bankanın müşteriyi kendi istediği sigorta şirketiyle sözleşme yapmak zorunda bırakmasıdır. Bununla birlikte Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'nde² de tüketici kredileriyle bağlantılı sigortalarda tüketiciyi korumak amaçlı bir dizi hüküm getirilmiştir. TKHK'daki ve Yönetmelik'teki söz konusu hükümler şüphesiz bireysel finansman desteği sözleşmeleri için de bağlayıcı olacaktır.

¹ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 181; Krş. ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 256. Bununla birlikte madde gerekçesinde de *“uygulamada bankalar tarafından kredi verilmesi, yapılması isteğe bağlı sigortaların yaptırılması şartına bağlanmakta, bu sigortalar yaptırmayan tüketicilere bankalar tarafından kredi kullandırılmamaktadır. Ayrıca bu sigortalar tüketiciler için ek maliyetler getirmekte ve bu sigortayı yaptırmak isteyen tüketicilerin başka bir sigorta kuruluşunu tercih etmesi engellenmektedir. Bu durumda tüketicinin ekonomik çıkarları zedelenmektedir. Bu nedenle tüketicinin açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırmayacağı, zorunlu sigortalarda ve tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi halinde, istediği sigorta şirketi ile imzaladığı poliçenin kredi veren tarafından kabul edilmek zorunda olduğuna ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur”* denilerek bu maddeyle bankanın sigorta yaptırılmasını şart koşmasının engellendiği ileri sürülmüştür (İLGÜN, s. 155).

² RG. 13.03.2015, S. 29294.

Kurumsal finansman desteği sözleşmelerinde müşterinin sigorta yaptırmakla yükümlü olduğu, bu yükümünü yerine getirmediği takdirde bankanın tüm masrafları müşteriye ait olmak üzere sigorta yaptırmaya yetkili olduğuna dair hükümler ön görülmektedir¹. Bunun yanında sigorta sözleşmesinin bankanın uygun gördüğü şartları taşıyan bir sigorta şirketiyle yapılacağı, bankanın sigortalanacak değeri katılım sigorta sistemi (tekafül) şeklinde faaliyet gösteren bir sigorta şirketine sigorta ettirilmesini isteyebileceği ve bu şart gerçekleşmedikçe krediyi kullanırmayabileceğine dair kayıtlar da yer almaktadır². Söz konusu hükümlerin yürürlük ve içerik denetimi bakımından incelenmesi gerekir. Öncelikle bu hükümlerin “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem koşulu” olmadığı söylenebilir. Zira bu hükümlerin öngörülmesinin sebebi finansman desteği çerçevesinde üstlenilen kredi riskini azaltmaktır. Söz konusu hükümlerin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığı ise ayrıca incelenmelidir.

Bankanın sözleşme şartı olarak müşteriden sigorta yapılmasını talep etmesinin kural olarak dürüstlük kuralına aykırı olmadığı söylenebilir³. Bununla birlikte söz konusu genel işlem koşulunun her somut olayda ayrıca incelenmesinde yarar vardır. Zira müşterinin güvenilir bir kefil veya makul bir değerde bir rehin gibi alternatif

¹ <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf;>

<https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/bireysel/sozlesmeler-ve-formlar/SozlesmelerVeFormlarYururlukte/Genel%20Kredi%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi-6450.pdf> (son erişim: 25.03.2018).

² <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf;>

<https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/bireysel/sozlesmeler-ve-formlar/SozlesmelerVeFormlarYururlukte/Genel%20Kredi%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi-6450.pdf> (son erişim: 25.03.2018).

³ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 181.

teminatlar gösterdiği durumlarda bankanın sigorta konusunda ısrarcı olması kusurlu bir davranış oluşturabilir¹. Bankanın müşterinin sigorta sözleşmesi kuracağı şirketi sınırlandırması da ancak bunda haklı görülebilecek bir menfaati varsa ve bu durum müşteriyi kabul edilemez bir mali külfet altına sokmuyorsa mümkün olmalıdır. Bankanın, sigorta sözleşmesinin özellikle katılım sigorta sistemi² şeklinde faaliyet gösteren bir sigorta şirketi ile yapılmasını şart koştuğu hallerde gözettiği temel ilkeler gereği haklı bir menfaati olduğu söylenebilir. Zira aksi durumda bankanın sigorta sözleşmesi kuracak müşterisini çalışma prensipleriyle bağdaşmayan bir faaliyete yönlendirmesi söz konusu olacaktır.

g. Sözleşmeden Doğan Masrafları Ödeme Borcu

Finansman desteği sözleşmesi, bankadan çok tüketicinin lehine bir sözleşme olduğu için sözleşme sürecinde ortaya çıkan masraflara kural olarak tüketicinin katlanması gerekir³. Bunun yanında bankalar haiz oldukları tacir sıfatı gereği TTK m.

¹ ATAMER, Y., Tüketicinin Korunması, s. 181.

² Katılım sigorta sisteminin klasik sigortacılıktan temel farkı toplanan fonların faizsiz bankacılık yatırım esasları ile yönetilmesi ve elde edilen kârın katılımcılara paylaştırılmasıdır [KAYA, Ferudun/DOĞAN, İrfan: “Faizsiz Sigortacılık: Tekâfül”, Katılım Bankacılığı, İstanbul 2017 (editör: Ferudun Kaya), s. 222-223].

³ AKİPEK, s. 320; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 258; GÜLERCİ; Altan Fahri: “Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, C. 6, S. 1, s. 99; KURT, E., s. 258; REİSOĞLU, Tüketici Kredileri, s. 62; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 755.

20 uyarınca da yaptıkları işlemler için müşteriden ücret isteme hakkına da sahiptir¹. Ancak istenecek masraf ve ücretlere ilişkin genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olmamalıdır². Bu sebeple öngörülecek masraf ve ücretler en başta müşteri ve banka arasındaki menfaat dengesini sağlayacak şekilde makul ölçülerde belirlenmelidir. Aksi durumda kâr payını rakip bankalara göre daha düşük belirleyen bankalar, aradaki farkı elde edecekleri komisyon farkıyla kapatma yoluna gitmektedir³.

Bankanın dürüstlük kuralına uygun makul masrafları isterken yaptığı masrafları ve bu masrafların ne için alındığını açık ve anlaşılabilir bir şekilde ödeme planında göstermesi gerektiği vurgulanmaktadır⁴. Aksi halde fahiş masraf talepleri, özellikle bireysel finansman desteği sözleşmelerinde haksız şart olarak değerlendirilecektir⁵. Nitekim Yargıtay bu konuda özellikle 2012 yılından itibaren verdiği kararlarında istikrarlı bir tutum benimsemiştir. Kararlarda tacir sıfatındaki bankanın yaptığı masrafları isteme hakkına sahip olmakla beraber uyumsuzluğun tüketici hukukundan kaynaklandığı gözetildiğinde istenebilecek masrafların zorunlu, makul ve belgeli masraflar olması gerektiği, kredi verilmesi için zorunlu masrafların neler olduğu

¹ YILMAZ, Rasim: “Ticari Kredi İşlemlerinde Bankalarca Tahsil Edilen Dosya Masrafının Kredi Müşterisine İadesi”, FPEYD 2016, C. 53, S. 611, s. 10; YÜKSEL, s. 109.

² KURT, E., s. 259; TÖRÜNER, Ekrem: “Banka Kredi Sözleşmelerinde Haksız Şart ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, ABD 2013, S. 2 (Anılış: Haksız Şart), s. 428.

³ KURT, E., s. 259.

⁴ AKİPEK, s. 320; REİSOĞLU, Tüketici Kredileri, s. 62.

⁵ REİSOĞLU, Tüketici Kredileri, s. 62.

konusunda ispat yükünün de bankaya ait olduğu belirtilmektedir¹. Yargıtay 2014 yılında verdiği bir kararda söz konusu tutumunu ticari nitelikteki kredi sözleşmeleri için de benimsemiştir². Nitekim onanan yerel mahkeme kararına göre somut uyuşmazlıkta müşteri tacir olsa dahi kendisine dayatılan sözleşmeyi ya tümünden kabul etmek ya da reddetmek zorunda bırakıldığından sözleşme hükümleri genel işlem koşulu niteliğinde olup söz konusu fahiş masraf taleplerine ilişkin hükümler yazılmamış sayılmalıdır³. Gerçekten de TBK'daki genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler somut olaydaki gibi önceden hazırlanan tek yanlı sözleşme hükümlerine karşı tüketicileri olduğu gibi tacirleri de korumak amacıyla öngörülmüştür⁴. Bu noktada Yargıtay'ın onanmış olduğu yerel mahkeme kararı yerindedir⁵.

Yargıtay'ın masraflar konusundaki tutumu bahsedildiği üzere tüketicinin lehine bir çizgidedir. Ne var ki 2014 yılında BDDK tarafından çıkartılan Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'le⁶ masraflar konusundaki yargı kararları göz ardı edilerek müşterinin aleyhine

¹ Yarg. 13. HD., 09.07.2012, E. 2012/15220, K. 2012/17662; Yarg. 13. HD. 28.03.2016, E. 2015/37885, K. 2016/8826; Yarg. 13. HD., 20.11.2017, E. 2017/8908, K. 2017/11340 [www.kazanci.com (son erişim: 28.03.2018)].

² Yarg. 13. HD., 29.04.2014, E. 2014/13315, K. 2014/13503 [www.kazanci.com (son erişim: 28.03.2018)].

³ www.kazanci.com (son erişim: 28.03.2018).

⁴ KUNTALP, Sempozyum, s. 92; Krş. GÜLERCİ, s. 110.

⁵ YILMAZ, R., s. 15; Krş. GÜLERCİ, s. 110.

⁶ RG. 03.10.2014, S. 29138. Söz konusu düzenleme TKHK'nın bankaların tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türlerine ilişkin usul ve esasların BDDK tarafından belirleneceği öngören m. 4/3 hükmüne dayanılarak çıkartılmıştır.

yorumlanacak bir hüküm tesis edilmiştir¹. Yönetmelik'in, "tüketici ve konut finansmanı kredilerine ilişkin ücretler" başlıklı 10. maddesine göre; finansal tüketicilere kullandırılacak krediler için tahsis ücreti dışında her ne ad altında olursa olsun başka ücret alınamayacak ve tahsis ücreti, kullandırılan kredini binde beşini geçemeyecektir. Öğretide, söz konusu düzenlemeyle kredi sözleşmelerinde tüketiciden istenecek masraflara bir üst sınır getirilmekle beraber Yargıtay'ın getirdiği "zorunlu, makul ve belgeli olma" kriterlerinin bertaraf edildiği ileri sürülmektedir². Bu görüşe göre 100.000 TL kredi için de 200.000 TL kredi için de aynı standart işlemleri yapan bankanın 100.000 TL'lik kredi için 500 TL tahsil ücreti, 200.000 TL'lik kredi için de 1000 TL tahsil istemesinin önünde bir engel yoktur³. Dolayısıyla öngörülen binde beşlik sınıra ulaşmayan masraf talebinin "zorunlu, makul ve belgeli olma" şartı aranmayacaktır. Ancak bu görüşten ayrı olarak, söz konusu yönetmelik hükmünü talep edilen masrafların "zorunlu, makul ve belgeli olma" şartıyla beraber kredi miktarının en fazla binde beşini oluşturabileceği, binde beşi aşan masrafların hiçbir şekilde talep edilemeyeceği şeklinde tüketici lehine yorumlamak daha yararlı bir çözüm olacaktır.

¹ ERTAŞ, Fatih Coşkun/KABAN, İsmail/SOBACI, Fatih: "Bireysel Kredi Kullanan Finansal Tüketicilerce Üstlenilecek Masraflar; BDDK Düzenlenmesi Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", FAÇD 2016, C. 8, S. 14, s. 142-143; GÜLERCİ, s. 121.

² ERTAŞ/KABAN/SOBACI, s. 142; GÜLERCİ, s. 120, 124.

³ ERTAŞ/KABAN/SOBACI, s. 143.

V. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Borcu sona erdiren sebeplere TBK m. 131 ilâ m. 161 arasındaki yer verilmiştir¹. Bu başlık altında finansman desteği sözleşmelerinde sıkça görülen ve özellik arz eden sona erme hallerine yer verilecektir.

B. İfa

Borcun en doğal sona erme sebebi olan ifa borçlanılan edimin konu, zaman ve yer olarak tam ve doğru şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun

¹ İbra, yenileme, takas, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık borcun sona erme halleri arasında sayılmıştır. Bunun yanında zamanaşımına da diğer sona erme hallerinden farklı olarak ikinci bir ayrımda yer verilmiştir. Zira zamanaşımı gerçek anlamda borcu sona erdiren bir sebep olmayıp borçluya alacaklının ifa talebine karşı bir defî hakkı sağlamaktadır (EREN, Genel Hükümler, s. 1311; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 587). Bununla birlikte borcun en doğal sona erme sebebi olan ifaya burada yer verilmemiştir. Belirtmek gerekir ki bu kısımda düzenlenen sona erme sebepleri dar anlamda borcu sona erdiren sebeplerdir (EREN, Genel Hükümler, s. 1287; OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, s. 539). Bozma, dönme, geri alma, iptal gibi sebepler ise geniş anlamda borcu yani borç ilişkisini sona erdiren sebeplerdir (EREN, Genel Hükümler, s. 1287-1288). Taraflar arasındaki finansman desteği sözleşmesi de söz konusu sebeplerin her biri ile son bulabilir. Sözleşme sürekli edimli olduğundan ifasına başlanmış finansman desteği sözleşmeleri TBK m. 126 gereği fesih yoluyla da sona erdirilebilir.

sona erdirilmesini ifade eder¹. Sürekli edimli bir sözleşme olan finansman desteği sözleşmesinden doğan borçların ifası sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirir².

Müşteri finansman desteği sözleşmesinden doğan borcunu sözleşme süresinin bitiminde kararlaştırılan son taksidin ödenmesiyle ifa edebileceği gibi erken ifa yoluna da gidebilir. Ödemede temerrüde düşülen bir veya birden çok taksit varsa sözleşmeden doğan borcun sona ermesi için ödenmeyen taksitlerden doğan gecikme cezalarının da ifa edilmesi gerekir³.

Finansman desteği sözleşmesinden doğan borcun borçlu veya üçüncü şahıs tarafından ödenmesinde alacaklının menfaati bulunmadığından TBK m. 83 gereği müşteri üçüncü kişinin yapacağı ifa ile de borcundan kurtulabilecektir⁴. Sözleşmenin ifa edileceği yer ise uygulamada genel işlem koşulları ile birlikte belirlenmekle beraber ortaya çıkabilecek bir ihtilaf durumunda söz konusu para borcunun ifa yeri TBK m. 89/1 gereği alacaklı sıfatındaki bankanın ödeme zamanındaki yerleşim yeri olmalıdır⁵. Yine uygulamada karşılaşılmaması pek mümkün olmamakla birlikte ifa zamanının genel işlem koşulları ile kararlaştırılmadığı durumlarda TBK'nın tüketim ödünçüne ilişkin m. 388/2 hükmü kıyasen uygulanmalı ve kâr payı yıllık olarak ödenmelidir⁶.

¹ EREN, Genel Hükümler, s. 932.

² ŞEKERCİ, Setenay: Banka Kredi Açma Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 52; SELİÇİ, s. 65.

³ ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 365.

⁴ AKİPEK, s. 358; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 366.

⁵ ŞEKERCİ, s. 54.

⁶ ŞEKERCİ, s. 53.

C. Belirlenen Sürenin Dolması

Belirli bir süre için yapılan finansman desteği sözleşmesi kararlaştırılan sürenin dolması ile birlikte kendiliğinden sona erer¹. Ancak borç kararlaştırılan sürenin sonunda ifa edilmemiş olabilir. Bu durumda bankanın sürekli edim niteliğindeki asli edimi ikinci dereceden bir tazminat borcuna dönüşür². Müşteri kararlaştırılan sürede borcunu ifa etmediğinde ise temerrüde düşer. Başka bir deyişle borç ilişkisinin sona ermesi belirlenen edimlerin ifa edilip edilmemesinden bağımsız bir nitelik taşır³ ve borç ilişkisi sona erse de bu ilişkiden doğan borçlar devam edebilir.

D. Fesih Bildirimi

Finansman desteği sözleşmesinin kurulmasıyla taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi meydana gelir. Daha önce de belirtildiği gibi⁴ sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliğini kazandıran, bankanın sözleşme konusu miktardan mahrum kalmaya sürekli olarak katlanmasına yönelik edimdir. Söz konusu sürekli borç ilişkisi genelde olduğu gibi belirli bir süreyle sınırlandırılabilceği gibi finansman desteği şeklinde işleyen kredi kartı sözleşmelerinde olduğu gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir.

¹ BAYKAL, s. 78; KURT, E., 298; ŞEKERCİ, s. 58; SELİÇİ, s. 77; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, İstanbul 2008, s. 361; YÜKSEL, s. 141.

² SELİÇİ, s. 74.

³ GÜRSES, s. 396; ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, ŞEKERCİ, s. 58.

⁴ İkinci Bölüm. V. B. 2. a.

Fesih, taraflardan birisinin tek taraflı irade beyanıyla sürekli borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirmesidir¹. Sözleşmenin feshini ani edimli borç ilişkilerinin sona erdirilmesindeki dönme kavramından ayıran temel nokta feshin ileriye etkili olması ve tarafların daha önce yerine getirdikleri edimlerin iadesini gerektirmemesidir². Bununla birlikte sürekli borç ilişkisinin işlemeye başlamadığı durumlarda feshin ileriye etki özelliği anlamsız kalacağından dönme yoluna gidilecektir³. Bununla birlikte sürekli borç ilişkisinin işlemeye başlamadığı durumlarda feshin ileriye etki özelliği anlamsız kalacağından dönme yoluna gidilecektir. O halde finansman desteği sözleşmesinin kurulduğu ancak bankanın bedeli henüz satıcının hesabına ödemediği durumlarda sözleşmenin sona ermesi fesih değil dönme yoluyla olmalıdır. Bu durumda banka ile satıcı veya sağlayıcı arasında kurulan tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin de sona ermesi gerekmektedir. Söz konusu sözleşme ani edimli olduğundan dönme yoluyla sona ermelidir.

Bankanın ya da müşterinin yapacağı fesih beyanı bazı durumlarda özel bir şekle tabidir. Zira TTK m. 18/3'te tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar ve ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza sistemi kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki öngörülen şekil şartı madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ispata ilişkindir⁴. O halde tacir

¹ EREN, Genel Hükümler, s. 1289; SELİÇİ, s. 115.

² KILIÇOĞLU, s. 1047; ŞEKERCİ, s. 60; SELİÇİ, s. 119.

³ AKİPEK, s. 361; SELİÇİ, s. 113-114.

⁴ 6762 sayılı TTK'da tacirler arasında yapılacak bu tür ihbar ve ihtarların öngörülen şekilde yapılması geçerlilik koşulu olarak benimsenmişti. 6102 sayılı TTK'da ihbar ve ihtarların belli usulde yapılmasının geçerlilik değil ispat şartı olduğunu açıklamak üzere 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak muteber olması için ifadesine yer

sıfatını haiz olan bankanın finansman desteği sağladığı müşterisinin de tacir olduğu durumlarda sözleşmenin feshine ilişkin ihbar ve ihtarların TTK m. 18/3’de öngörülen şekilde yapılması gerekmektedir.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmenin gerek belirli gerek belirsiz süreli kurulduğu hallerde tarafların sözleşmeye devam etmelerinin beklenemediği durumlar ortaya çıkabilir¹. Sözleşmenin belirsiz süreli kurulduğu durumlarda ise ayrıca borç ilişkisinin sonsuz hale gelmesini engellenmesi, böylece tarafları kişisel özgürlüklerinin korunması gerekmektedir². Sürekli borç ilişkisi niteliğini taşıyan finansman desteği sözleşmesinde ilk durumda olağanüstü ikinci durumda ise olağan fesih yoluna gidilerek çözüm sağlanmalıdır. Her iki durumda da bankanın sözleşme konusu miktardan mahrum kalmaya katlanma borcu, müşterinin de kararlaştırılan taksitleri bankaya ödeme borcu sona erer. Zira fesih halinde müşterinin sözleşme konusu miktara ilişkin tüm borcu muaccel olmaktadır.

verilmemiştir. Ancak madde gerekçesinde belirtilen bu açıklamanın ihbar ve ihtarları belli şekilde yapma zorunluluğunu geçerlilik şartı olmaktan çıkarmaya yetmediği söylenmektedir. Zira TBK m. 12/2 uyarınca kanunda öngörülen şekil kural olarak geçerlilik koşuludur (ARKAN, Ticari İşletme, s. 165). Ancak belirtilmeli ki Yargıtay öteden beri söz konusu maddedeki şekli ispat şekli olarak uygulamaktaydı [Yarg. HGK, 12.03.1997, E. 1996/11-951, K. 1997/178 (www.kazanci.com (son erişim: 19.07.2018))].

¹ ALTINOK ORMANCI, s. 93; ŞEKERCİ, s. 69; SELİÇİ, s. 162.

² ŞEKERCİ, s. 66; SELİÇİ, s. 132; YÜKSEL, s. 146.

1. Olağan Fesih

Olağan fesih, yalnızca belirsiz süreli finansman desteği sözleşmelerinde söz konusu olabilir. Finansman desteği sözleşmesinin belirsiz süreli kurulması ise kredi kartı sözleşmeleri ve finansman desteği sağlamayı da taahhüt eden genel kredi sözleşmelerinde mümkün olur. Ancak genel kredi sözleşmesinde her bir münferit finansman desteği sözleşmesi için ayrı süre belirleneceğinden yine belirli süreli bir finansman desteği sözleşmesinden söz edilir.

Olağan fesihte taraflardan her biri herhangi bir sebebe dayanmaya gerek olmaksızın ileriye dönük tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeyi sona erdirmektedir¹. Olağan fesih beyanının hüküm doğurması sözleşmenin karşı tarafına varmasıyla değil beyanın üzerinden belirli bir sürenin geçmesiyle gerçekleşir². İsimsiz bir sözleşme olan finansman desteği sözleşmesinde söz konusu sürenin ne kadar olacağı dürüstlük kuralına göre belirlenmeli, bu belirleme yapılırken sözleşmesel yükümlülüklerin kapsamı, ilişkilerin süresi göz önünde tutulmalıdır³. Bunun yanında olağan fesih hakkının kullanılması da dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmamalıdır⁴.

¹ SELİÇİ, s. 132; YENER, s. 166.

² EREN, Genel Hükümler, s. 1290; SELİÇİ, s. 150.

³ ŞEKERCİ, s. 67; YENER, s. 168.

⁴ Bununla birlikte olağan fesih hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığının tespitinin oldukça zor olduğu söylenebilir. Zira olağan fesih hakkıyla zaten belirsiz süreli borç ilişkisini bir sebebe dayandırmadan sona erdirmeye amaçlanmaktadır. İlişkiyi sona erdirecek bireyde bu isteği uyandıran saikler çeşitli olabilir. Asıl olan subjektif bir değerlendirme yaparak hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tespit etmektir. Bu noktada fesih hakkının amacından saptırılıp saptırılmadığı incelenmelidir (SELİÇİ, s. 148-149).

2. Olağanüstü Fesih

Olağanüstü fesihte belirli veya belirsiz süreli bir borç ilişkisi vaktinden önce ileriye etkili olarak sona erdirilmektedir¹. Olağanüstü feshin geçerli olması için normal ifa süresinde taraflarca öngörülemeyen bazı sebeplerin ortaya çıkması, söz konusu sebeplerin borç ilişkisini temelden çökertmesi ve bir tarafın borç ilişkisi sürdürmesinin dürüstlük kuralınca beklenememesi gerekmektedir². Belirtilen haklı sebeplerin oluşması halinde feshe hakkı olan tarafın beyanıyla borç ilişkisi bir fesih süresine bağlı olmaksızın sona erer³.

Finansman desteği sözleşmesinde nelerin haklı sebep olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda göz önünde bulundurulması gereken başlıca husus, sözleşmenin banka ve müşteri arasındaki sıkı güven unsuruna bağlı olarak kurulmasıdır⁴. O halde, bu güveni zedeleyecek ve finansmanın geri ödenme riskini belli bir ölçüde artıracak olay ve durumlar haklı sebep olarak değerlendirilebilecektir⁵. Bu kapsamda daha önceki başlıklarda belirtildiği üzere⁶ banka veya müşterinin birbirlerine ait sırları açıklamaları, finansmanın amacı dışında özellikle katılım bankacılığı prensiplerine uygun olmayacak şekilde kullanılması, teminat verme borcunun yerine getirilmemesi gibi durumlar haklı birer fesih nedeni olabilir⁷. Bununla birlikte müşterinin geri ödeme borcunun yerine

¹ EREN, Genel Hükümler, s. 1290; SELİÇİ, s. 156.

² ALTINOK ORMANCI, s. 93; ŞEKERCİ, s. 69; SELİÇİ, s. 156-157.

³ EREN, Genel Hükümler, s. 1290; SELİÇİ, s. 157.

⁴ ŞEKERCİ, s. 72; ÖZEN, s. 311; YENER, s. 169.

⁵ BATTAL, Güven, s. 243; BAYKAL, s. 78; YÜKSEL, s. 145-146.

⁶ İkinci Bölüm. IV. vd.

⁷ GÜRSES, s. 417; ŞEKERCİ, s. 72; YENER, s. 170.

getirmesindeki aksaklıklar da haklı fesih nedeni oluşturabilir¹. Daha önce de belirtildiği gibi² bu durumda bireysel finansman desteği sözleşmelerinde Kanun gereği birbirinin izleyen en az iki taksidin ödenmesinde temerrüde düşülmesi aranmaktadır. Kurumsal finansman desteği sözleşmelerinde ise bir taksidin ödenmesinde temerrüde düşülmesi fesih için yeterli görülmektedir³.

Sözleşmenin haklı nedenle feshine yol açacak olay veya durumlara uygulamada genel işlem koşullarında yer verilmektedir. Ancak bir olay ve durumun sözleşmede fesih sebebi olarak geçmesi haklı sebep oluşturacağı anlamına gelmediği gibi sözleşmede öngörülmeleyen ve sonradan ortaya çıkacak durumlar da haklı fesih sebebi oluşturabilir. Aynı şekilde sözleşmeye koyulacak bir hükümle haklı fesih imkanının kaldırılması da mümkün değildir⁴.

E. Ölüm, Fiil Ehliyetinin Kaybı ve İflas

Finansman desteği sağlayan banka, bedeli satıcı veya sağlayıcının hesabına ödemededen iflas eder veya tüzel kişiliği sona ererse finansman desteği sözleşmesi de kendiliğinden sona erer⁵. Bununla birlikte bankanın borcunu ifa ettikten sonra iflas etmesi veya tüzel kişiliğini kaybetmesi durumunda müşteri bakımından bir değişiklik oluşmaz⁶. Örneğin bankanın iflası halinde müşteri iflas masasına yapacağı ödeme ile borcundan kurtulur¹.

¹ AKİPEK, s. 363.

² Üçüncü Bölüm. IV. B. 2. b.

³ ATAMER, Y., Genel İşlem Şartları, s. 261; TUNCEL YAZOĞLU, s. 77.

⁴ GÜRSES, s. 415; ŞEKERCİ, s. 71; YENER, s. 172.

⁵ AKİPEK, s. 360; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 375.

⁶ AKİPEK, s. 360; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 375.

Finansman desteği sağlanmasından önce sözleşmenin tarafı olan müşterinin ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi halinde de sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği, zira bankanın finansmanı bir güven ilişkisi sonucunda sağladığı söylenebilir². Ancak müşterinin finansman sağlandıktan sonra ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona erip ermeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda sözleşme kendiliğinden sona ermeyecek müşterinin ölümü ile borç mirasçılara geçecek, fiil ehliyetinin kaybı durumunda ise ödemeleri yasal temsilci yapacaktır³. Diğer bir görüş ise sözleşmeye konu edimle borçlu arasında sıkı bir bağıllık olmasa dahi finansmanın müşterinin şahsına duyulan sıkı bir güven sonucu sağlandığını bu sebeple müşterinin ölüm veya fiil ehliyetinin kaybını sözleşmeyi kendiliğinden sona erdireceğini ileri sürmektedir⁴. Ancak bunu ileri süren görüş de taraflarca sözleşmede aksinin kararlaştırılabileceğini, sözleşme ilişkisinin mirasçılar veya yasal temsilci ile yürütülebileceğini belirtmektedir⁵. Söz konusu durum karşısında sözleşmenin kendiliğinden sona ermeyeceğine dair görüşün daha işlevsel olduğu söylenebilir. Zira bu görüşe göre müşterinin ölümü veya fiil ehliyetinin kaybı halinde sözleşme taraflarca aksinin kararlaştırılmasına gerek duyulmaksızın devam etmeli, ancak banka ölüm veya fiil ehliyetinin kaybı nedeniyle ortaya çıkacak haklı sebeplerle sözleşmeyi feshedebilmelidir⁶. Bununla birlikte sözleşmeye ölüm veya fiil ehliyetinin kaybı halinde

¹ AKİPEK, s. 360; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s.375.

² AKİPEK, s. 360.

³ AKİPEK, s. 360; ÇABRİ, Konut Finansmanı, s. 375; ŞEKERCİ, s. 74.

⁴ BAYKAL, s. 79; GÜRSES, s. 400; YENER, s. 164; YÜKSEL, s. 147.

⁵ BAYKAL, s. 79; YÜKSEL, s. 147.

⁶ Şekerci'ye göre burada kira sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen kredi açma sözleşmesine (bu çalışmanın konusu itibarıyla finansman desteği sözleşmesine) de uygulanacaktır. Kira sözleşmesinin sona ermesine dair TBK m. 333 hükmüyle

sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine dair hüküm getirilmesinin önünde de bir engel bulunmamaktadır¹.

Ölüm veya fiil ehliyetinin kaybı gibi taraflardan birinin iflası da güvene dayalı olarak kurulan finansman desteği sözleşmesini etkiler. Bu kapsamda bankanın iflasının finansman sağlama borcunun ifasını imkansızlaştırmadığı sürece kredi açma sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmeyeceği, sözleşmeye banka yerine iflas idaresinin devam edeceği ileri sürülmektedir².

Müşterinin iflası halinde ise sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan sözleşmede bankanın müşterisine duyduğu güvenin sözleşmenin zorunlu bir unsuru olması nedeniyle sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği ileri sürülmüştür³. Ancak bu görüş ileri sürülürken de belirtildiği gibi Türk hukukunda kanuni istisnalar dışında iflasın açılmasıyla sözleşme ilişkisi sona ermemektedir⁴. Bu nedenle müşterinin iflasının sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeyeceği ancak taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulması nedeniyle bankaya haklı sebeple fesih imkanı sağlayacağı yönündeki görüşü

kiracının ölmesi durumunda mirasçıların veya kiraya verenin sözleşmeyi fesih bildirim süresine uymak koşuluyla feshedebileceği, yani sözleşmenin kendiliğinden sona ermeyeceği düzenlenmiştir. Böylece mirasçıların korunması amaçlanmıştır. Kanun koyucunun kira sözleşmesi için öngördüğü bu menfaat dengesi kredi açma sözleşmesi için de uygulanmalıdır (ŞEKERCİ, s. 75).

¹ ŞEKERCİ, s. 75. Bu yönde sözleşme hükmü için bkz. <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-1050.vsf> (son erişim: 06.04.2018).

² YENER, s. 165.

³ BAYKAL, s. 79.

⁴ BAYKAL, s. 79.

kabul etmek daha isabetli olur¹. Nitekim ifa güçsüzlüğü başlıklı TBK m. 98 hükmüne göre de *“karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınuncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir”*. Görüldüğü üzere madde hükmünde de iflas halinde sözleşme kendiliğinden sona ermeyeceği ancak hakkı tehlikeye düşen tarafın teminat isteme, teminat sağlanmadığı hallerde ise sözleşmeden dönme hakkı olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte finansman desteği sözleşmesine kıyasen uygulayacağımız tüketim ödünç sözleşmesine ilişkin TBK m. 390 hükmüne göre de *“ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir. Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir”*. Belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm TBK m. 98 hükmünün özel bir şeklini oluşturmakta ve bu hükme göre ödünç alana daha geniş bir koruma sağlamaktadır². Zira TBK m. 390 hükmündeki kolaylıktan yararlanmak isteyen ödünç verenin, ödünç alanın ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu ispat etmesi yeterli olup TBK m. 98’deki gibi alacağının tehlikeye düştüğünü ispat etmesi gerekmemektedir³. Aynı şekilde ödünç veren kimse TBK m. 390’da belirtilen şartların gerçekleşmesiyle teslimden kaçınabilirken TBK m. 98’de ödünç alana teminat sağlaması için belirli bir süre verilmesi gerektiği öngörülmüştür⁴. Bununla birlikte her iki hükmün de ödünç

¹ ŞEKERCİ, s. 76; YENER, s. 173.

² KURT, E., s. 237.

³ KURT, E., s. 237.

⁴ KURT, E., s. 237.

konusunun tesliminden önceki zaman için sözleşmeden dönülmesine imkan sağladığı belirtilmelidir. O halde müşterinin iflasının sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeyeceği ancak taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulması nedeniyle bankaya haklı sebeple fesih imkanı sağlayacağı yönündeki görüşü kabul etmek daha isabetli olur¹.

VI. ZAMANAŞIMI

A. Finansmanın Devrinden Önce

Finansman desteği sözleşmesinde bankanın asli edim borcunun bedeli satıcının hesabına ödemek iken müşterinin asli edim borcunun finansmanı kabul ederek kâr payı ödemek olduğu, ancak bedel doğrudan satıcının hesabına ödendiğinden müşterinin finansmanı kabul borcunu ifada temerrüde düşmesinin kural olarak mümkün olmadığı belirtilmişti². Bankanın finansman sağlama borcunu ifada temerrüde düştüğü durumlarda ise müşterinin bu borcu talep ve dava hakkı da belirli bir zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. TBK'nın tüketim ödünçünde ödünç konusunun teslim ve teslim alınmasına ilişkin taleplere ait zamanaşımı sürelerini düzenleyen m. 389 hükmüne göre *“ödünç alanın ödünç konusunun teslimine ve ödünç verenin de bu şeyin teslim alınmasına ilişkin istemleri, diğer tarafın bu konuda temerrüde düşmesinden başlayarak altı ayın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”*. Söz konusu hüküm finansman desteği sözleşmesine de kıyasen uygulanır³. Bu durumda müşterinin bankanın bedeli satıcıya

¹ ŞEKERCİ, s. 77.

² Üçüncü Bölüm. IV. B. 2. a.

³ Hükümün kredi sözleşmelerine de uygulanacağı yönünde bkz. AKİPEK, s. 366; YÜKSEL, s. 121.

ödeme borcunun ifasına ilişkin istemi, bankanın borcunu ifada temerrüde düşmesinden (bedeli ödemesi için kararlaştırılan günden itibaren) itibaren altı ay içinde zamanaşımına uğrar.

B. Finansmanın Devrinden Sonra

Bankanın sözleşme konusu bedeli satıcının hesabına ödemesinden sonra müşterinin taksitleri belirlenen vadelerde geri ödeme borcu doğmaktadır. Müşterinin söz konusu geri ödeme borcu da her borç gibi zamanaşımına tabi olacaktır. TBK m. 146'da öngörüldüğü üzere kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacak on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bununla birlikte TBK m. 147'de altı bent halinde bu kuralın istisnalarına yer verilmiş, birinci bentte kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimlerin beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı belirtilmiştir. O halde hukuki niteliği anapara faizi olan kâr payı alacakları da TBK m. 147 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olur¹. Ancak anaparanın geri ödenmesine ilişkin istemler TBK m. 146'daki genel kural uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabidir².

¹ KURT, E., s. 306; YÜKSEL, s. 122.

² KURT, E., s. 310, YÜKSEL, s. 122. Bununla birlikte bir görüşe göre kredi borcu faiz borcunu da kapsamına aldığından müşterinin geri ödeme borcu (faiz borcuyla birlikte anaparaya ilişkin borç) beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır (AKİPEK, s. 366). Söz konusu görüşe katılmamak ve anapara borcuna ilişkin zamanaşımı süresiyle faiz (kâr payı) borcuna ilişkin zamanaşımı süresinin ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifa etmekle birlikte bu değerlendirmenin nasıl yapılacağı konusunda bir açıklık olmadığını da belirtmek gerekir. Bu konuda ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıkta her bir taksidin bir miktar anapara borcu ve bir miktar kâr payı borcunu birlikte içerdiğini kabul etmek makul olacaktır. Örneğin 80.000

Söz konusu zamanaşımı süreleri TBK m. 149 uyarınca alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacaktır. Finansman desteği sözleşmesinde her bir taksidin vadesi belli olduğundan zamanaşımın başlangıcı vadenin dolduğu tarihtir¹. Sözleşmenin fesih yoluyla sona erdirildiği ve vadesi gelmemiş taksitlerin muaccel kılındığı durumlarda zamanaşımı fesih bildiriminin yapıldığı tarihten itibaren işler (TBK m. 149/2).

Müşterinin borcu taşınmaz rehini ile güvence altına alınmışsa söz konusu alacak için zamanaşımı işlemez (TMK m. 864). Eğer taşınır rehini mevcutsa bu durum alacağın zamanaşımına uğramasına engel olmasa da alacaklının hakkını rehinden alma yetkisi devam eder (TBK m. 159)².

liralık bir ihtiyaç için kurulmuş bir finansman desteği sözleşmesinde 20.000 lira kâr payı kararlaştırıldığını ve geri ödemelerin 10 ay taksitle yapılacağını varsayarsak her bir taksit miktarını oluşturan 10.000'nin 8.000'sinin anapara 2.000'sinin kâr payı ödemelerine ilişkin olduğunun kabulü gerekecektir. Bu durumda taksidin 8. 000'lik kısmı için 10 yıllık zamanaşımı süresi söz konusuyken 2.000'lik kısmı için 5 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

¹ KURT, E., s. 307; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 364.

² Bu durumda taşınmaz rehini ile taşınır rehininin etkileri arasındaki fark rehinin satışından elde edilen paranın borç miktarından az olduğu hallerde kendini göstermektedir (KURT, E., s. 314; TANDOĞAN, C. 1/2, s. 365).

SONUÇ

Risk kavramı üzerine kurulu olan geleneksel banka kredileri bugün için pek çok kurumsal ve bireysel ihtiyacın karşılanmasına aracı olmaktadır. Bankalar kredi dolayısıyla taşıdıkları bu risk karşılığında çoğu zaman faiz geliri elde eder. Ancak özellikle kredinin geri ödenmemesi olasılığı üzerine kurulan, bankaların taşıdığı söz konusu risk İslam hukuku anlamında gerçek bir risk olmayıp, karşılığında faiz geliri elde edilmesini haklı kılmamaktadır.

İslam hukuku kazanç yollarına ilişkin bir denge oluşturmakta, riba yasağı ile risksiz bir kazancı yasaklarken spekülatif işlemleri yasaklanması kuralıyla riskin kurumsallaşmasını engellemektedir. Söz konusu iki temel esas üzerine kurulu olan İslami bankacılık diğer işlemlerinde de İslam hukuku ilke ve kurallarını gözetmektedir. Nitekim İslam tarafından yasaklanan ürün ve hizmetler İslami bankacılıkta finanse edilmemektedir.

Finansal ihtiyaçlarını İslam hukuku ilke ve kurallarına göre karşılamak isteyen kişi ve kurumlar ise İslami finansın iki temel yasağından biri olan riba yasağı nedeniyle faiz almaktan veya vermekten kaçınmaktadır. Faizsiz finans yöntemleriyle fon toplayan katılım bankaları topladıkları bu fonları faiz geliri elde etmek istemeyen müşterilerine dağıtır. Bu yöntemlerin gerçekten İslam hukukundaki riba yasağına uygun olup olmadığı ise fıkıh biliminin inceleme alanına giren ayrı bir konudur. Ancak katılım bankaları söz konusu yöntemlerin İslam hukukuna uygunluğu konusunda şer-i danışma kurullarının onayını almaktadır.

İslami bankacılıkta kullanılan ve faiz gelirini dışlayan fon kullandırma yöntemleri mevduat bankalarının sağladığı kredilerde olduğu gibi hukuki niteliğini ödünç, satış, ortaklık, kira sözleşmelerinde bulabilmektedir. Nitekim bu çalışmada incelenen muşaraka ve mudaraba ortaklık; murabaha, bey bitamam acil, selem, istisna

ve teverruk satış; icare yöntemi ise kiralama sözleşmesine dayanmaktadır. Sukuk uygulaması ise sayılan fon kullandırma yöntemlerinin menkul kıymet şeklinde bir görünümünü oluşturmaktadır. Bunun yanında İslami bankacılıkta gayrınakdî krediler de sağlanmaktadır. Bu krediler, mevduat bankaları kredilerinden nakdî kredilerde olduğu ölçüde farklılaşmamaktadır.

Mudaraba ve muşaraka sözleşmeleri BKİİY m. 19/c ve 19/e’de kâr zarar ortaklığı yatırımları ve ortak yatırımlar olarak yer bulmuştur. Emek sermaye ortaklığına dayalı olan bu sözleşmeler İslami bankacılığın alt yapısını oluştursa da bankanın zarar etme riski yüksek olduğundan uygulamada tercih edilmemektedir. Satım esasına dayalı olan beybitamam acil, selem, istisna ve teverruk sözleşmeleri ise Türk bankacılık mevzuatında bu adlarıyla veya başka bir adla yer bulmamışlardır. Ancak Türk katılım bankacılığı uygulamasında “avans proje sistemi” yoluyla müşteriler tedarikçiler ile selem ve istisna sözleşmesi kurabilmektedir. Teverruk sözleşmesi ise ödeme gücü çeken banka müşterilerinin borçlarının yapılandırılmasında kullanılmaktadır. Kiralama esasına dayalı olan icare sözleşmesi finansal kiralama sözleşmesinin İslami bankacılıktaki görünümü oluşturmaktadır. Nitekim katılım bankalarınca murabahadan sonra ne çok tercih edilen yöntem olan sözleşmeye BKİİY 19/ç’de finansal kiralama olarak yer verilmiştir.

İslami bankacılıkta kullanılan ve faizsizlik esası üzerine kurulu olan kredi yöntemlerinin birçoğu risk unsurunu yoğun olarak barındırmaktadır. Ancak kâr elde etmek amacıyla kurulan ve tacir sıfatını haiz olan bankalarının sürekli yüksek riskli kredi yöntemlerini kullanarak varlığını sürdürmesi neredeyse imkansızdır. Bu sebeple mevduat bankacılığı kredilerinde olduğu gibi risk unsurunun görece düşük olduğu ancak riba yasağına da bağlı kalınabilecek bir yöntem aranmıştır. Bu ihtiyaca bir çözüm olarak sunulan murabaha zamanla İslami bankacılığın en çok tercih edilen kredi yöntemi haline dönüşmüştür. Nitekim bugün için İslami bankalar, fonlarının % 90’nın

üzerinde bir kısmını murabaha yöntemiyle değerlendirmektedirler. Söz konusu durumun esasen risksiz bir kazancı yasaklayan İslami finans ilkeleriyle çeliştiği de vurgulanmıştır.

Murabaha sözleşmesi klasik anlamıyla satıcının malın fiyatının veya maliyetinin üzerine belli bir kâr koyarak ve bu kârı alıcıya bildirerek yaptığı satışı ifade etmektedir. Modern anlamda murabaha sözleşmesi ise klasik murabahanın toplumun artan ihtiyaçlarını karşılamak için zaman içinde değiştirilmiş bir görünümüdür. Nitekim modern murabaha sözleşmesi finansman sağlayan kurumun, alıcı tarafından sipariş edilen malı peşin fiyatı üzerinden satın alarak, alıcıya vadeli fiyat üzerinden sattığı sözleşmedir. Murabaha sözleşmesi böylece bir finansman sağlama yöntemi halinde getirilmiştir.

Modern murabaha sözleşmesinde bankanın müşterinin istediği malı satın alması ardından da müşteriye satması gerekmektedir. Malı alış bedeli ile müşteriye satış bedeli arasındaki fark da bankanın sözleşmedeki kârını oluşturmaktadır. Ancak günümüzdeki murabaha sözleşmelerinde süreci pratik hale getirmek isteyen katılım bankaları vekalet yöntemini uygulamaya başlamışlardır. Bu yöntemle göre banka özellikleri ve niteliği belirlenen malın satın alınması konusunda müşteriye İslam hukuku anlamında vekalet vermekte, müşteri bu vekaletle malı banka adına satın alıp yine banka adına kendisine satmaktadır. Böylece çift vergi, çift harç gibi sakıncaların da önüne geçilmiş olmaktadır.

Türk hukukumda murabaha sözleşmesi ilk kez 1984 tarihli Özel Finans Kurumlarının Kurulması Hakkında 83/7506 Sayılı Kararname eki Karara İlişkin Tebliğ’de düzenlenmiştir. Tebliğ’de üretim desteği yoluyla fon kullandırılması olarak ifade edilen murabaha sözleşmesi 2001 tarihli Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik çıkana dek yalnızca ticari kredi niteliğini haiz olmuştur. Yine 2001 tarihli Yönetmelik’e kadar sözleşme vekalet yöntemi olmadan

uygulanmıştır. Ancak söz konusu yöntemde bankalar çift fatura, çift tapu harcı gibi masraflara katlanmak zorunda kalıyordu. Bu sakıncalara karşı özel finans kurumlarına vergi, tapu harcı gibi konularda ayrıcalık tanınması önerilmiştir.

2001 tarihli Yönetmelik'te üretim desteği ile birlikte bireysel finansman desteğini de yer verilerek murabahanın tüketici kredisi niteliğinin haiz olmasına izin verilmiştir. Bununla birlikte Yönetmelik'in getirdiği en büyük yenilik murabahanın uygulanmasında vekalet yöntemine uygun bir tanım yapmasıdır. Gerçekten de bu tarihten sonra Türk bankacılık uygulamasındaki murabaha sözleşmelerinin vekalet yöntemiyle uygulanmaya devam edildiği söylenebilir. Ancak bu durum da sözleşmenin İslami bankacılık kurallarına uygunluğu noktasında eleştirilmiştir. Bu noktada verilecek bir öneri, kendilerine özgü yapıları dikkate alınarak, katılım bankalarına vergi, harç gibi unsurlarda ayrıcalık tanınması ve ikincil düzenlemelerin de buna göre yapılmasıdır.

Nihayet 2005 yılında özel finans kurumlarının katılım bankaları adı altında düzenlemeye kavuşturulması sonrasında, katılım bankalarının finansman sağlama yöntemleri BKİİY m. 19'da sayılmış ve burada kurumsal ve bireysel desteğine yer verilmiştir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında da murabahadan Yönetmelik'teki ismine uygun olarak finansman desteği olarak bahsedilmiştir.

Şüphesiz ki finansman desteği sözleşmesi de diğer tüm banka kredilerinin tabi olduğu kural ve sınırlamalara uygun olmak zorundadır. Yine bireysel finansman desteği sözleşmeleri de TKHK hükümlerine ve tüketici kredilerine ilişkin diğer kurallara uygun şekilde kurulmalıdır. TKHK m. 4/8'de de Kanun'un tüm düzenlemeleri yönünden katılım bankalarını da kapsayacağı, uygulamanın kâr payı dikkate alınarak yapılacağı belirtilmiştir.

Günümüzde vekalet yöntemi ile uygulanan finansman desteği sözleşmesinin unsurlarının sözleşmenin kurulması anında henüz müşterinin mülkiyetine geçmemiş bir mal veya hizmet, tarafların anlaşması, malın müşteriye teslimi, bedelin satıcı veya

sağlayıcının hesabına ödenmesi ve anapara ile birlikte kâr payı ödenmesi olduğu söylenebilir.

Finansman desteği sözleşmesinin oluşması için ilk olarak sözleşmenin kurulması anında henüz müşterinin mülkiyetine geçmemiş bir mal veya sağlanmamış bir hizmet aranmaktadır. Böylece karşılanmış bir ihtiyaç için kredi verilmesinden değil, aksine bir ihtiyacın karşılanmasından bahsedilecektir. Söz konusu mal veya hizmetin İslam hukukunca yasaklanmamış olması da temel şarttır. Sözleşme tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşmalarıyla kurulmaktadır. Müşteriye verilen İslam hukuku anlamındaki vekaletin bir sonucu olarak sözleşmede banka malı hiçbir zaman kabz etmemekte, malın teslimi direkt müşteriye yapılmaktadır. Bedel ise Yönetmelik'te de belirtildiği üzere banka tarafından satıcının veya sağlayıcının hesabına ödenmelidir. Belirtilmelidir ki salt bedelin banka tarafından satıcının veya sağlayıcının hesabına ödenmesi sözleşmeyi bağlı kredi sözleşmesi haline getirmemektedir (TKHK m. 30/5). Müşteri sağlanan finansmanın karşılığında bankaya kâr payı ödemektedir. Çalışmada kâr payının hukuki niteliğinin faiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Zira burada da alacaklı olduğu miktardan belli bir süre mahrum kalan banka bir medeni semere elde etmektedir.

Çalışmada finansman desteği sözleşmesi isimli ve isimsiz çeşitli benzer sözleşmelerle de karşılaştırılmıştır. Özellikle ivazlı tüketim ödöncü sözleşmesinin finansman desteği sözleşmesi ile büyük benzerlik gösterdiği tespit edilmiştir. Ancak finansman desteği sözleşmesinde bedelin mutlaka satıcının veya sağlayıcının hesabına ödenmesi gerekliliği iki sözleşmeyi kesin olarak farklılaştırmıştır. Bununla birlikte finansman desteği sözleşmesinin konusunun bir para edimi olması, bireysel finansman desteği sözleşmelerinin yazılı şekilde kurulması zorunlulukları da sözleşmeyi tüketim ödöncü sözleşmesinden ayırmaktadır.

Sözleşme genel kredi sözleşmesi ile de karşılaştırılmış ve özellikle kurumsal finansman desteği sözleşmelerinin birçoğunun genel kredi sözleşmesine bağlı olarak kurulduğu tespit edilmiştir.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde ilk olarak finansman desteği sistemi ile finansman desteği sözleşmesinin farkı ortaya koyulmuştur. Zira finansman desteği sistemi, finansman desteği sözleşmesini de içine alan birbiriyle bağlantılı üç ayrı hukuki ilişkiyi (banka ile müşteri, banka ile satıcı veya sağlayıcı, müşteri ile satıcı veya sağlayıcı) barındıran bir sistemi, finansman desteği sözleşmesi ise banka ile müşteri arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Ardından isimsiz sözleşme kavramı incelenmiş ve karma ve sui generis sözleşmeler arasındaki farklardan bahsedilmiştir. Daha sonra kanunda düzenlenmemiş sözleşmelere ait unsurlarla kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurları bir arada barındıran sözleşmelerin sui generis sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu tür sözleşmelere kıyasen uygulama ve yaratma teorisinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Finansman desteği sözleşmesinin, bedelin satıcının veya sağlayıcının hesabına ödenmesi, banka tarafından müşteriye verilen İslam hukuku anlamındaki vekalet sonucu teslimin müşteriye yapılmış olması gibi herhangi bir sözleşme tipinde öngörülmeleyen unsurlar ile bankanın belli bir miktar paradan mahrum kalması gibi ödünç sözleşmesine ilişkin unsurları bir arada barındırdığı, bu nedenle de sui generis bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Banka, sözleşme konusu miktardan mahrum kalma borcuna sürekli katlandığından sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, bankanın satıcı veya sağlayıcı lehine bir edim yükümlülüğü altına girdiği sözleşmenin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu tespit edilmiştir. Ardından finansman desteği sözleşmesine ilişkin ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıkta kıyasen uygulama ve yaratma teorisinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre bir uyuşmazlıkta öncelikle taraf iradeleri uygun bir şekilde yorumlanacak,

böylece bir sonuca varılamazsa olaya uygulanacak ticari bir örf ve adet hukuku kuralı bulunup bulunmadığı araştırılacak, bu da yoksa genel hükümlere, ardından alelade örf ve adet hukuku kurallarına gidilecek, böylece de bir sonuca varılamazsa kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine ait unsurlar kıyasen uygulanacaktır. Hükümleri kıyasen uygulanacak sözleşme çoğu zaman finansman desteği sözleşmesi ile en çok menfaat benzerliği gösteren sözleşme olan ödünç sözleşmesidir.

Banka ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki ilişkinin hukuki niteliği de incelenmiş, bu ilişkinin, bankanın, havale ödeyicisi, satıcı veya sağlayıcının ise havale alıcısı konumunda olduğu “havale ilişkisi” ilişkisine vücut verdiği sonucuna ulaşılmıştır. Müşteri ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin ise satış, paket tur, konaklama vs. sözleşmelerine vücut verdiği tespit edilmiştir.

Finansman desteği sözleşmesi kredi veren katılım bankası ile kredi alan müşteri arasında çoğu zaman genel işlem koşulları yoluyla kurulur. Buna göre sözleşme metni önceden daha güçlü konumda olan banka tarafından hazırlanır. Kredi verenin tek yanlı iradesiyle hazırlanan bu koşullar TBK m. 20 ilâ m. 25 arasında düzenlendiği gibi, TKHK m. 5’te haksız şartlar başlığı altında da düzenlenmiştir. Çalışmada genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girip girmediği (yürürlük denetimi), sözleşmenin kapsamına giren genel işlem koşullarının açıklığa kavuşturulması (yorum denetimi), içerik olarak uygun olmayan genel işlem koşullarının geçersiz sayılması (içerik denetimi) ayrıca incelenmiştir. Finansman desteği sözleşmesinde öngörülen genel işlem koşulları ise sözleşmenin hükümleri bölümünde değerlendirilmiştir.

Finansman desteği sözleşmesinde bankanın bedeli satıcı veya sağlayıcının hesabına ödeme borcu krediyi kullandırma borcunun görünümüdür. Bununla birlikte bazı banka kredi sözleşmelerinde bankanın krediyi dilediği zaman kullandırmayacağını, yani bedeli satıcı veya sağlayıcının hesabına ödemeyeceğini öngören genel işlem koşulları bulunmaktadır. Söz konusu koşullar tartışılmış ve her somut olayın ayrıca ele

alınması gerektiği, bankanın krediyi kullandırmaması haklı bir nedene dayanmıyorsa müşterinin bundan doğan zararının tazminini isteyebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bankanın müşteriye bilgilendirme borcu dürüstlük kuralından doğan bir yan borç niteliğindedir. Bu sorumluluğunu yerine getirmeyen banka, müşterisinin uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü altında olacaktır. Tüketici kredisi niteliğinde olan bireysel finansman desteği sözleşmeleri için TKHK’da ve ikincil mevzuatta bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. Bankanın finansman desteği sözleşmesinde müşteriye bilgilendirme borcunu yerine getirirken müşterinin İslami finansal okuryazarlık seviyesini de gözetmesi ve müşteriye buna göre bilgilendirmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bankaların dürüstlük kuralından doğan bir diğer yan borcu da sır saklama borcudur. Buna göre banka, sözleşme süresinde müşteriyle ilgili elde ettiği bilgileri paylaşmama yükümlülüğü altındadır. Söz konusu borca aykırı davranan banka TBK m. 112, sır saklama borcunun ihlali haksız fiil oluşturuyorsa aynı zamanda TBK m. 49 uyarınca sorumlu olacaktır. Bu borca aykırı davranışların cezaî yaptırımını BankK m. 73 ve KVKK’da düzenlenmiştir. Kişinin iradesi bu hususu saklamaya yönelikse bir kişi veya kurumun salt katılım bankasıyla sözleşme yaptığı bilgisinin paylaşılmasının bankanın sır saklama borcunun ihlali niteliğinde olacağı vurgulanmıştır.

TKHK m. 26’da belirli süreli kredi sözleşmelerinin şartlarının tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği belirtilmiştir. O halde belirli süreli bireysel finansman sözleşmeleri de tüketici aleyhine değiştirilemez. Mevduat bankalarının faiz oranlarını arttırmasını engellemek için getirilmiş söz konusu hükmün finansman desteği sözleşmesi açısından bu kapsamda bir farklılık yaratmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira finansman desteği sözleşmesinde “varsayılan” satış akdi gereği bankanın elde edeceği miktar önceden belli olup, kâr payının değişen ekonomik koşullara göre uyarlanması söz konusu değildir.

Çalışmada bankanın müşteriden aldığı teminatları iade borcunu da değinilmiş ardından da bağlı kredi veren bankanın üstlendiği ek sorumluluklardan söz edilmiştir. Müşteriye verilen İslam hukuku anlamındaki vekaletin bankanın bağlı kredi sözleşmesinde üstlendiği sorumluluğu genişletmeyeceği veya sınırlandırmayacağı belirtilmiştir.

Finansman desteği sözleşmesinde müşteri kendisine sağlanan finansmanı kabul yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte bedel doğrudan satıcının hesabına yatırılacağından söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi gibi bir sorunla karşılaşılması kural olarak mümkün değildir. Ancak bireysel finansman desteği sözleşmelerinde müşteri TKHK m. 24'ün tanıdığı hakla birlikte sözleşmeden cayabilmektedir. Bu hakkın kullanılması finansman miktarının sözleşmeye konu malın satın alınmasından sonra satıcının hesabına yatırıldığı finansman desteği sözleşmelerinde bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Söz konusu hususla ilgili olarak satıcıyla sözleşme kurduğu halde sözleşmeden doğan asli edimini yerine getirmeyen müşterinin satıcıya karşı TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Müşterinin sözleşmeden caymasında bankaya bir kusur yüklenemeyeceğinden bankanın sorumluluğundan söz edilemeyeceği, satıcıya ödeme yapan bankanın ödediği bedelin iadesini talep edebileceği de vurgulanmıştır.

Müşteri sağlanan finansman karşılığında anapara ile birlikte kâr payını da ödeme borcu altına girmektedir. Müşterinin bu borcunu yerine getirmesi sırasında erken ödeme ya da temerrüt durumu söz konusu olabilir. TKHK m. 27 gereği bireysel finansman desteği sözleşmelerinde erken ödeme durumunda banka belli bir miktar indirim yapmak zorundadır.

Anapara ile kâr payının ödeme borcunda temerrüde düşülmesi halinde banka dürüstlük kuralı ölçüsünde kredi borcunun tamamını muaccel kılabilir. Söz konusu durum TKHK'da tüketici kredileri için ayrıca düzenlenmiş, borcun tamamının

muaccel kılınmasına birbirini izleyen en az iki taksidin ödenmesinde temerrüde düşülmesi koşuluyla izin verilmiştir.

Çalışmada müşterinin temerrüde düşmesi durumunda ödeyeceği gecikme cezasını hukuki niteliğinin temerrüt faizi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Gecikme cezası öngörülmesinin İslam hukuku ilkelerine uygun düşüp düşmediği de incelenmiş bu kapsamda borcunu kasıtlı olarak ödemeyen müşteri ile zor durumda olduğu için ödeyemeyen müşteri arasında bir ayrıma gidilebileceği vurgulanmıştır. Ancak söz konusu ayrımın Türk katılım bankacılığı uygulamasında gözetilmediği, gözetilse dahi bunun tespitinin kolay olmayacağı da belirtilmiştir.

Finansman desteği sözleşmesinde müşteri, dürüstlük kuralından kaynaklanan yan borcunun bir gereği olarak bankayı ilgili konularda tam ve doğru şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi takdirde bankanın bu sebeple doğacak olası bir zararından müşteri sorumlu olacaktır.

Müşteri katılım bankacılığı ilkeleri gereği kendisine sağlanan finansmanı, konusu İslam hukukunca yasaklanan ürün ve hizmetlerin satın alınmasında veya sağlanmasında kullanamayacaktır.

Müşterinin sağlanan finansman ile aralarında makul bir orantı bulunan teminatları bankaya vermesi de bir yan edim yükümlülüğüdür. Banka müşterinin ödeme yeteneğinde ve önceden verilen teminatların değerinde bir değişiklik olmadığı hallerde bankadan ek teminat talep edemeyecektir.

Müşterinin finansman desteği sözleşmesinden doğan bir diğer borcu da sigorta yaptırma borcudur. TKHK m. 29'da bankanın müşteriye kendi istediği sigorta şirketiyle sözleşme yapmak zorunda bırakması yasaklanmıştır. Ancak kurumsal finansman desteği sözleşmelerinde bankanın sigortalanan değeri katılım sigorta sistemi (tekafül) şeklinde faaliyet gösteren bir sigorta şirketine sigorta ettirilmesini isteyebileceği ve bu

şart gerçekleşmedikçe krediyi kullanırmayacağına dair hükümler bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerin sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem koşulu olmadığı, zira burada bankanın gözetdiği temel ilkeler gereği haklı bir menfaati olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Finansman desteği sözleşmesinde müşterinin bir diğer borcu da sözleşmeden doğan masrafları ödemektir. Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere bankanın talep edebileceği bu masraflar zorunlu, makul ve belgeli masraflar olmalıdır. 2014 yılında çıkartılan Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te kullanılan kredinin binde beşi oranında tahsis ücreti alınabileceği belirtilmiş ve bu hükümle Yargıtay kararlarıyla getirilen masrafların zorunlu, makul ve belgeli olma şartının bertaraf edildiği öne sürülmüştür. Söz konusu hükmün, talep edilen masrafların zorunlu, makul, belgeli olmakla birlikte kredi miktarının en fazla yüzde beşini oluşturabileceği şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Finansman desteği sözleşmesinde sıkça görülen sona erme sebepleri ifa, belirlenen sürenin dolması, fesih, ölüm, fiil ehliyetinin kaybı ve iflastır. Fesih ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak sona erdirilmesini ifade eder. Henüz ifasına başlanmamış sürekli borç ilişkilerinde feshin ileriye etkili olma özelliği anlamsız kalacağından dönme yoluna gidilecektir. Bu sebeple finansman desteği sözleşmesinin kurulduğu ancak bankanın bedeli henüz satıcının hesabına ödemediği durumlarda sözleşme dönme yoluyla sona erecektir.

Finansman desteği sözleşmesinin belirsiz süreli kurulduğu durumlarda olağan ve olağanüstü fesihten, belirli süreli finansman desteği sözleşmelerinde ise ancak olağanüstü fesihten söz edilebilir. Olağan fesihte bir tarafın herhangi bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi ve fesih beyanının üzerinden belli bir süre geçmesiyle sonuç doğurması söz konusudur. Olağanüstü fesihte ise fesih için haklı bir

sebebin varlığı aranmakta ve bir tarafın fesih beyanıyla sözleşme sona ermektedir. Banka ve müşterinin birbirlerine ait sırlarını açıklamaları, finansmanın amacı dışında katılım bankacılığı ilkelerine uygun olmayacak şekilde kullanılması gibi banka ile müşteri arasındaki güveni zedeleyecek olay ve durumlar fesih için haklı sebep oluşturacaktır.

Finansman desteği sözleşmesinden doğan borçların ifası belli bir zamanaşımı süresine tabidir. Finansmanın devrinden önce bankanın bedeli satıcı veya sağlayıcının hesabına ödeme borcu -ödünç sözleşmesine ilişkin TBK m. 389 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu- bankanın bu konuda temerrüde düşmesinden itibaren altı ay içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Finansmanın devrinden sonra müşterinin taksitleri belirlenen vadelerde geri ödeme borcuna ilişkin zamanaşımı süresi ise kâr payı alacakları için TBK m. 147 hükmü gereği beş, anapara alacakları için TBK m. 146 gereği 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Ali: “Faiz ve Toplum İlişkisi”, İHAD 2010, İslam İktisadı Özel Sayısı, S. 16, s. 187-195.
- ADIGÜZEL, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2017.
- AHMAD, Ziuaddin, (çeviren: GÜL, Ali Rıza): ”Riba Teorisi”, AÜİFD 2003, C. 44, S.1, 2003, s. 453-465.
- AKIN, Cihangir: Faizsiz Bankacılık ve Kalkınma, İstanbul 1986.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2016.
- AKİPEK, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Kredi Kart Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu”, İÜHFM 2015, C. 73, S. 1, s. 261-278.
- AKTEPE, İshak Emin: ”Kredi Kartı Sistemi ve İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, DBAAD 2010, C. 10, S. 1, s. 133-157 (Anılış: Kredi Kartı).
- AKTEPE, İshak Emin: Sorularla Katılım Bankacılığı , İstanbul 2010 (Anılış: Katılım Bankacılığı).
- AKYOL, ŞENER: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsan’e Armağan, İstanbul 2001.
- ALICI, Yaşar: Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1-2, İstanbul 2017.

ALKAYA, Aylin/YAĞLI, İbrahim: “Finansal Okuryazarlık - Finansal Bilgi, Davranış ve Tutum: Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi İİBF Öğrencileri Üzerine Bir Uygulama”, USAD 2015, C. 8, S. 40, s. 585-59

ALTINOK ORMANCI, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011.

ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2015.

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010.

ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredileri”, BATİDER 1995, C. 17, S. 1-2, s. 35-42 (Anlış: Tüketici Kredileri).

ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredisi ve Uygulaması”, BATİDER 1989, C. 15, S. 1, s. 19-47, (Anlış: Tüketici Kredisi Uygulaması).

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017 (Anlış: Ticari İşletme).

ASLAN, Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015.

ATAMER, Kerim: “Tacirler Arasındaki Sözleşmelere, Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler (TBK m. 20-25) Uygulanır mı?”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 30, Ankara 2016, s. 9-39.

ATAMER, Yeşim M.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 VE TTK m. 55, f. 1 İle Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 9-79 (Anlış: Sempozyum).

ATAMER, Yeşim M.: Bankaların Kredi Sözleşmelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Hukuki Çözüm Yolları, İstanbul 2001 (Anlış: Banka).

ATAMER, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016 (Anlış: Tüketicinin Korunması).

ATAMER, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001 (Anılış: Genel İşlem Şartları).

AYDOĞDU, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, İzmir 2013, s. 571-621 (Anılış: Genel İşlem Koşulları).

AYDOĞDU, Murat: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”, DEÜHFD 2011, C. 12, S. 1, S. 96, s. 85-135 (Anılış: Faiz)

AYDOĞDU, Murat: “Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerinin Tüketici Hukukuna Etkileri”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, DEÜHF 2007, C. 9, Özel Sayı, s.553-630 (Anılış: Konut Finansmanı).

BAFRA, Erdem: İslami Bankacılık Sözleşmelerinin Temelleri, Ankara 2015 (Anılış: İslami Bankacılık).

BAFRA, Erdem: İslami Bankacılıkta Sukuk (Kira Sertifikaları) ve Uygulaması, Ankara 2016 (Anılış: Sukuk).

BAHTİYAR, Mehmet: “Sözleşmede Vade Farkı Kaydı ve Bu Kayda Dayalı Alacağın Hukuki Niteliği”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, İstanbul 2003, s. 45-65.

BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016.

BATTAL, Ahmet: “Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydının Niteliği ve İtiraz Edilmemesi Halinde Sonuçları ile İlgili Yargıtay Uygulaması”, 16. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1999, s. 77-102 (Anılış: Vade Farkı).

BATTAL, Ahmet: Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999 (Anılış: Özel Finans Kurumları).

BATTAL, Ahmet: Güven Kurumu Nitelendirilmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001 (Anılış: Güven).

BATTAL, Ahmet: Yeni Bankalar Kanunu'na Göre Özel Finans Kurumlarının Hukuki Temeli ve Bankacılık Sistemi İçindeki Yeri, Türkiye'de Özel Finans Kurumları Teori ve Uygulama, İstanbul 2000 (Anılış: Yeni Bankalar Kanunu).

BAYGIN, Cem: "Culpa İn Conrahendo Sorumluluğu", AÜHFD 2000, C. 4, S. 1-2, s. 345-377.

BAYINDIR, Abdulaziz: Ticaret ve Faiz, İstanbul 2007 (Anılış: Faiz).

BAYINDIR, Abdülaziz: "Faizsiz Sistemde Ödemeyi Geciktiren Borçluya Uygulanacak Maddi Ceza", İHAD 2010, İslam İktisadı Özel Sayısı, S. 16, s. 331-346 (Anılış: Maddi Ceza).

BAYINDIR, Servet: "Çağdaş Murâbaya Etkisi Bakımından Fıkıhta Va'din Bağlayıcılığı Meselesi", İÜİFD, S. 11, 2005, s. 107-120.

BAYINDIR, Servet: Fıkıhî ve İktisadi Açından İslami Finans (Para ve Sermaye Piyasaları) , İstanbul 2015.

BAYKAL, Murat: "Banka Kredi Sözleşmeleri", BATİDER 2002, C. 21, S. 3, s. 49-90.

BOZER, Ali, GÖLE, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017.

BULUT, Halil İbrahim/ ER, Bünyamin: Katılım Finansmanı Katılım Bankacılığı ve Girişim Sermayesi, İstanbul 2012.

CANBAZ, Mustafa: Katılım Bankacılığı, İstanbul 2016.

CEBECİ, İsmail: Modern İslam Literatüründe Murabaha Tartışmaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.

ÇABRİ, Sezer: “Ticari Kredilerde Erken Ödeme Tazminatı İle Erken Ödeme Tazminatının Sınırı”, BAÜHFD 2016, C. 11, S. 145, s. 393-416 (Anılış: Erken Ödeme).

ÇABRİ, Sezer: Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010 (Anılış: Konut Finansmanı).

ÇEVİK, Kemal: Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, Ankara 2009.

ÇİFTÇİ, Cafer: “18. Yüzyılda Bursa Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri”, TAD 2004, C. 23, S. 36, s. 79-102.

ÇÖMLEKÇİ, İstemi: “İslami Finansal Okuryazarlık Düzeyinin Belirlenmesi: Katılım Bankaları Müşterileri Üzerine Bir Araştırma”, ESOSDER 2017, C. 16, S. 63, s. 1423-1439.

DALGIN, Nihat: “Faiz Yasağı ile İlgili Farklı Yaklaşımlar”, İHAD 2010, İslam İktisadı Özel Sayısı, s. 78-110.

DEMİR, Şamil: “Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”, ABD 2012, S. 4, s. 208-234.

DERYAL, Yahya/ KORKMAZ, Yakup: Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2015.

DİKKAYA, Mehmet; KUTVAL, Yusuf: Katılım Bankacılığı Türkiye Örneği, Ankara 2014.

DİNÇ, Yusuf: “Katılım Bankalarının Danışma Kurullarının Kurumsal Yönetim Unsuru Olarak Değerlendirmesi”, İEFD 2016, C. 2, S. 2, s. 83-103.

DOĞAN, Gülmelahat: “Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü” , ABD 2014, S. 4, s. 387-413.

DOĞAN, Özgür: “Tüketici Senetleri”, ABD 2018, S. 2, s. 112-141.

- DOĞAN, Vahit: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2016.
- DOMANIÇ, Hayri: Tüm Banka Kredi Sözleşmeleri İle tüm Faktoring Sözleşmeleri Geçersizdir, İstanbul 2007.
- DÖNDÜREN, Hamdi: Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, İstanbul 2010.
- DÖNDÜREN, Hamdi: “İslam Hukukuna Göre Banka Kartı, Kredi Kartı ve Pos Cihazı Kullanımı”, II. Uluslararası İslam Ticaret Hukuku Kongresi “Günümüzdeki Meseleler”, Konya 2017 (Anılış: Kredi Kartı), s. 15-31.
- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi: “Garar”, İslam Ansiklopedisi 1996, C. 13, s. 366-371 (Anılış: Garar).
- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi: “Murabaha”, İslam Ansiklopedisi 2006, C. 31, s. 148-152 (Anılış: Murabaha).
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C. 2, İstanbul 2017.
- EKİCİ, Akın: “Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı Kavramı”, Bankacılar Dergisi 2007, S. 63, s. 51-70.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017 (Anılış: Genel Hükümler).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017 (Anılış: Özel Hükümler).
- ERTAŞ, Fatih Coşkun/KABAN, İsmail/SOBACI, Fatih: “Bireysel Kredi Kullanan Finansal Tüketicilerce Üstlenilecek Masraflar; BDDK Düzenlenmesi Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, FAÇD 2016, C. 8, S. 14, s. 125-146.

ERTÜRK, Ahmet: “Tarihsel ve Toplumsal Perspektiften Türkiye’de Faizsiz Finans Tecrübesi”, Türkiye’de Özel Finans Kurumları Teori ve Uygulama, İstanbul 2000, s. 139-149.

ESKİCİ, Mustafa Mürsel: Türkiye’de Katılım Bankacılığı Uygulaması ve Katılım Bankalarının Müşteri Özellikleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Manisa 2007.

EYÜPGİLLER, Servet: Banka ve Mali Kuruluşlar, Ankara 1988.

Faizsiz Finans Standartları, <http://www.tkbb.org.tr/documents/Yonetmelikler/FAIZSIZ-FINANS-STANDARTLARI.pdf> (son erişim: 14.11.2018).

GAMAL, Mahmoud: Islamic Finance Law, Economics, and Practice, Cambridge 2006.

GÖKÇEN, Gürbüz;/GÖNEN, İbrahim: “Katılım Bankalarının Finans Sektörü İçindeki Yeri ve Katılım Bankalarına Yönelik Müşteri Algısı”, FESAD, 2017, C. 2, S.1, s. 61-77.

GÜLERCİ; Altan Fahri: “Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, C. 6, S. 1, s. 87-128.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2017.

GÜNAL, Vural: Özel Finans Kurumları, Ankara 1984.

GÜNDOĞDU, Aysel: Bankacılık Hukuku, Ankara 2017.

GÜNGÖR, Kamil: “ Bir Finansal Araç Olarak Katılım Bankacılığı Tesbitler-Teklifler”, Finansal Yenilik ve Açılımları İle Katılım Bankacılığı, İstanbul 2009.

GÜRSES, Davut: Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul 2016.

İLGÜN, Candaş: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2015.

İNAL, Tamer: Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 2002.

İNCEOĞLU, M. Murat/KABAKLIOĞLU ASLANYÜREK, Yasemin: “Kanuna Karşı Hile Örneği Olarak Vade Farkı ve Gecikme Cezası”, MÜHF-HAD 2016, C. 22, S. 3, s. 1351-1362.

İŞGÜZAR, Hasan: Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003.

KAHN, Mansoor/BHATTI, Ishaq: Developments in Islamic Banking The Case of Pakistan, New York 2008.

KAPLAN, İbrahim: “Banka Gizliliği – Bankanın Sır Saklama Borcu”, BATİDER 1990, C. 15, S. 4, s. 3-21 (Anılış: Banka Sırrı).

KAPLAN, İbrahim: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. 1, Ankara 1996 (Anılış: Banka Sözleşmeleri).

KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, HÜHFD 2015, C. 5, S. 2, s. 184-222.

KARAKUŞ, Abdil: “İslam Hukuk Kaynaklarındaki Faiz Kavramının Modern Ekonomi Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş 2006.

KAYA, Ferudun (editör): Katılım Bankacılığı, İstanbul 2017.

KAYAHAN, Cantürk/GÖRKAŞ, İrfan: Osmanlı Dönemi Kalkınmanın Finansman Aracı Olarak Para Vakıflarının Kullanımı, MUFAD 2009, S. 44, s. 212-228.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.

KILINÇ, Dilara: The Era Of Participatory Banking In Turkey, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011.

KIRCA, Çiğdem: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

KIRMIZITAŞ, Türkan: 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Ankara 2017.

KOCAAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2010.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2006.

KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/AYANOĞLU MORALI, Ahu/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.

KUNTALP, Erden: “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 79-107 (Anılış: Sempozyum).

KUNTALP, Erden: “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 262-299 (Anılış: Teminat Kavramı).

KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 2013 (Anılış: Karışık Muhtevalı Akit).

KUNTALP, Erden: Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi, Ankara 1980 (Anılış: Sonuca Katılmalı Ödünç).

KURT, Ekrem: Tüketim Ödücü Sözleşmesi, Ankara 2014.

KURT, İsmail: “Para Vakıfları ve Davut Paşa Mahkemesi'nde Kayıtlı Para Vakfiyeleri”, Prof. Dr. Sacit Adalı'ya 65. Yaş Armağanı, İstanbul 2010, s. 179-214.

KURU, Hamza: Geçmişte ve Günümüzde Finansman Yöntemi Olarak Murabaha, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.

KÜÇÜK, Damla: Kredi Sigortası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007.

OBAIDULLAH, Mohammed: Islamic Financial Services, Jeddah 2005.

ODABAŞI, Mehmet: “Katılım Bankaları Tarafından Uygulanan Murabaha Finansmanına Yönelik Bazı Eleştirilere Cevaplar”,
<http://www.tkbb.org.tr/Documents/Yonetmelikler/KATILIM%20BANKALARI%20-%20MURABAHA%20%C4%B0%C5%9ELEMELER%C4%B0.pdf> (son erişim: 16.10.2017).

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, İstanbul 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal; ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018.

ORBAY ORTAÇ, Nurdan: “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, ABD 2014, S. 2, s. 119-133.

ÖNK, Halime: Osmanlı Dönemi Para Vakıflarıyla Günümüz Katılım Bankalarının Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyon 2015.

ÖZAKMAN, H. Cumhur: “Havale İlişkisinin Borçlar Hukuku Açısından İncelenmesi ve Kıymetli Evrak Hukukundaki Görünüşü”, İÜHFM 1975, C. 40, S. 1-2, s. 255-297.

ÖZEN, Burak: Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul 2017.

ÖZEROĞLU, Ali İhsan: “Sukuk ve Türkiye’de Sukukun Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, TOD 2004, S. 19, s. 751-772.

ÖZSOY, İsmail: “Faiz”, İslam Ansiklopedisi 1995, C. 12, s. 110-126 (Anlış: Faiz).

ÖZSOY, İsmail: Türkiye’de Katılım Bankacılığı, İstanbul 2012 (Anılış: Katılım Bankacılığı).

ÖZSOY, İsmail;/ GÖRMEZ, Birol;/ MEKİK, Seden: “Türkiye’de Katılım Bankalarının Tercih Edilme Sebepleri: Ampirik Bir Tetkik”, Yönetim ve Ekonomi Dergisi 2013, C. 20, S.1, s. 187-206.

ÖZTEK, Selçuk: “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, Bankacılar Dergisi 2008, S. 67, s. 6-27.

ÖZYURT, Kıvanç: Banka Kredilerine Alternatif Olarak Murabaha Modelinin İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2015.

PAKDEMİRLİ, Erdem: “Türkiye’de Faizsiz Finans Kurumlarının Kuruluş Serüveni”, Türkiye’de Özel Finans Kurumları Teori ve Uygulama, İstanbul 2000, s. 19-23.

RAHMAN, Fazlur: “Riba and Interest”, Islamic Studies 1964, V. 3, S. 1, s. 1-43.

REİSOĞLU, Seza: “Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak”, Bankacılar Dergisi 2008, S. 69, s. 50-72 (Anılış: Tüketici Kredileri).

REİSOĞLU, Seza: Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1-2, Ankara 2015.

SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Ankara 1976.

SERPAM Araştırma Notları: “İslami Finans”, http://serpam.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2012/09/Islami_Finans.pdf (son erişim: 05.08.2017).

ŞEKERCİ, Setenay: Banka Kredi Açma Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

ŞENER, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Ankara 2008.

SİRMEN, Lale: “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”,
Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 107-135
(Anılış: Sempozyum).

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2017 (Anılış: Eşya Hukuku).

ŞİT, Başak: Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar,
Ankara 2011.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1-1/2, İstanbul 2008.

TAŞTAN, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması,
İstanbul 2017.

TEKİN: Kemal Doruk: Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama
Yükümlülüğü, Ankara 2010.

TEKİNALP, Ünal: Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.

TERZİ, Ahmet: “Katılım Bankacılığı: Kitaba Uymak mı, Kitabına Uydurmak mı?“,
KSBD 2013, C. 5, S. 9, s. 55-76.

TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi,
Ankara 2007.

TOK, Ahmet: İslami Finans Sistemi Çerçevesinde Sukuk (İslami Tahvil) Uygulamaları,
Katılım Bankaları ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler, Ankara 2009,
(Anılış: Sukuk), <http://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/992> (son
erişim: 22.12.2017).

TOK, Ahmet: Türk Hukukunda Katılım Bankalarının Fon Toplama ve Kullandırma
İşlemleri ile Klasik Bankacılık İşlemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
İstanbul 2006 (Anılış: Katılım Bankaları).

- TÖRÜNER, Ekrem: “Banka Kredi Sözleşmelerinde Haksız Şart ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, ABD 2013, S. 2, s. 426-432 (Anılış: Haksız Şart).
- TÖRÜNER, Ekrem: Banka Kredilerinde Muacceliyet-Temerrüt, ABD 2017, S. 1, s. 215-220 (Anılış: Temerrüt).
- TUNCEL YAZOĞLU, Füsün: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2013.
- TUNÇ, Hüseyin: Katılım Bankacılığı Felsefesi, Teorisi ve Türkiye Uygulaması, İstanbul 2010.
- TURANBOY, Asuman: “Katılım Bankaları”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 876-887.
- TÜRK, Ahmet: Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007.
- Türkiye Diyanet Vakfı Kur’ân-ı Kerîm ve Açıklamalı Meâli.
- ULUDAĞ, Süleyman: İslâmda Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış, İstanbul 2010.
- ULUSOY, Erol: “ Bankacılık Sırrı Kavramı, Hukuki Niteliği ve Korunması”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s. 509-542.
- ÜÇOK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2017.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- ÜZÜLER, Rabia Sanem: Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- VURUCU, Mehmet/ARI, Mustafa Ufuk: Güncel Gelişmeler Işığında Bankacılıkta Kredi Bilgisi, Ankara 2017.

- YAAKUB, Ezani/ADİL, Mohamed Azam Mohamed/HUSİN, Asmak/MUHAMAD, Mohd Dani/SHAHRUDDİN, Mohd Solahuddin/Md YAZİD, Nur Hidayah: “Late Payment Charge In Islamic Bank”, ICFC 2013, s. 382-387.
- YAHŞİ, Fahrettin: “Özel Finans Kurumları’nın Mevzuat Serüveni”, ALTBD 2003, S. 9, s. 6-8.
- YALÇIN, Onur: Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006,
- YANPAR, Atila: İslâmi Finans İlkeler Araçlar ve Kurumlar, İstanbul 2015.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- YELMEN: Adem: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.
- YENER, Mehmet Deniz: Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008.
- YILMAZ, Erdal: “Yeni Bir Finansal Araç Olarak Sukuk: Çeşitleri, Türkiye Uygulaması ve Vergilendirilmesi”, MUFAD 2004, S. 61, s. 81-100.
- YILMAZ, Osman Nihat: “Müşareke”, <http://islamekonomisi.org/musareke/> (son erişim: 28.07.2017).
- YILMAZ, Rasim: “Ticari Kredi İşlemlerinde Bankalarca Tahsil Edilen Dosya Masrafının Kredi Müşterisine İadesi”, FPEYD 2016, C. 53, S. 611, s. 9-14.
- YÜKSEL, Ali Sait: Bankacılık Yönünden Banka Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 1972.
- ZAMAN, Raquibuz: “Usury (Riba) and the Place of Bank Interest in Islamic Banking and Finance”, IJBAAF 2008, V. 6, I. 1, s. 1-15.
- ZARAKOĞLU, Avni: “Ülkemiz Bankacılık Sektöründe Yeni Bir Gelişme: Faizsiz Bankacılık”, BATİDER 1990, C. 15, S. 3, s. 3-19.

ZEVKLİLER, Aydın/ ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

Katılım Bankacılığı ve Faizsiz Finans Çalıştayı,

file:///C:/Users/my/Desktop/13334calistay_raporu_24072014.pdf, İstanbul 2014.

<http://www.ifsb.org/docs/IFSB%20IFSI%20Stability%20Report%202017.pdf>.

<http://www.suleymaniyevakfi.org/arastirmalar/odemeyi-geciktiren-borcluya-maddi-ceza.html>.

<https://www.kuveytturk.com.tr>.

<https://www.turkiyefinans.com.tr>.

<https://www.ziraatkatilim.com.tr>.

www.bddk.org.tr.

www.kazanci.com.

<http://islamekonomisi.org/kira-sertifikasi-sukuk/>.

<https://www.isbank.com.tr>.

http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=en_policy&pg=en_policy_banking.

ÖZET

Finansal ihtiyaçlarını İslam hukuku ilke ve kurallarına göre karşılamak isteyen ve bu nedenle İslami finansın en önemli özelliği olan faiz yasağından kaçınmak isteyen kişi ve kurumlar, mevduat bankalarıyla sözleşme kurmaktan çekinmektedir. Ancak artan insan ihtiyaçları İslam'daki faiz yasağını gözeten kişi ve kurumları mevduat bankacılığı kredilerine alternatif olacak yöntemler aramaya sürüklemiştir. Bu kapsamda tüm dünyada İslami bankalarca mevduat bankacılığı kredilerine alternatif olarak kullanılan “murabaha” yöntemi Türk katılım bankacılığı uygulamasında kurumsal ve bireysel finansman desteği sözleşmesi olarak yer bulmuştur. “Murabaha” sözleşmesi klasik anlamıyla satıcının malın fiyatının veya maliyetinin üzerine belli bir kâr koyarak ve bu kârı alıcıya bildirerek yaptığı satışı ifade etmektedir. Modern anlamda “murabaha” sözleşmesi ise finansman sağlayan kurumun, alıcı tarafından sipariş edilen malı peşin fiyatı üzerinden satın alarak, alıcıya vadeli fiyat üzerinden sattığı sözleşmedir. Günümüzde “murabaha” sözleşmelerinde süreci pratik hale getirmek isteyen katılım bankaları vekalet yöntemini uygulamaktadır. Söz konusu yöntemde banka, müşteriye istenilen malın satın alınması için İslam hukuku anlamında vekalet vermekte, müşteri bu vekaletle malı banka adına satın alıp yine banka adına kendisine satmaktadır. Bu özellikleriyle Türk hukukuna göre bir sui generis bir sözleşme olan finansman desteği sözleşmesi şüphesiz ki diğer banka kredileriyle ilgili kural ve sınırlamalara tabidir. Bu çalışmada da finansman desteği sözleşmesi tüm yönleriyle incelenmeye, sözleşmenin mevduat bankacılığı kredileriyle benzer ve farklı yönleri ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Faiz Yasağı, Katılım Bankacılığı, Murabaha Sözleşmesi, Vekalet Yöntemi, Finansman Desteği Sözleşmesi.

ABSTRACT

Individuals and institutions who wish to meet their financial needs according to the principles and rules of Islamic law and who wish to avoid the interest ban, which is the most important feature of Islamic finance, therefore, refrain from contracting with deposit banks. However, increasing human needs have led people and institutions that are interested in the ban on interest in Islam to seek methods that are alternative to deposit banking loans. In this context, the "murabaha" method, which is used as an alternative to deposit banking loans by Islamic banks all over the world, has been included in the corporate and individual financing support agreement in Turkish participation banking practice. The "murabaha" contract, in the sense of the merchant in the classic sense of a certain price or cost of goods by placing a certain profit and the sale of this profit is reported to the buyer. In the modern sense, the "murabaha" contract is the contract to which the financing institution buys the price of the goods ordered by the buyer over the cash price and sells it to the buyer at the term price. Nowadays, participation banks, which want to make the process practical in "murabaha" contracts, apply the method of "proxy". In this method, the bank gives a proxy in the sense of Islamic law for the purchase of the goods requested by the customer, the customer buys the property on behalf of the bank and sells it to him on behalf of the bank. With this characteristic, the financing support contract, which is a sui generis agreement under Turkish law, is undoubtedly subject to the rules and limitations related to other bank loans. In this study, all aspects of the financial support contract were tried to be examined and, similar and different aspects of the contract with deposit banking loans were tried to be revealed.

Key Words: Interest Ban, Participation Banking, "Murabaha" Contract, Method of "Proxy", Financing Support Contract.

