

KATILIM BANKACILIĞINDA MURABAHA SÖZLEŞMESİ

Erol İslam YILDIZ

EYLÜL 2022

KATILIM BANKACILIĞINDA MURABAHA SÖZLEŞMESİ

**BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

Erol İslam YILDIZ

**ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS DERECEİ İÇİN GEREKLİ
ÇALIŞMALAR YERİNE GETİRİLMİŞTİR**

EYLÜL 2022



BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZ ONAY FORMU

Program Adı:	Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Öğrencinin Adı Soyadı:	Erol İslam YILDIZ
Tezin Adı:	Katılım Bankacılığında Murabaha Sözleşmesi
Tez Savunma Tarihi:	15.09.2022

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Lisansüstü Eğitim Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Prof. Dr. Ahmet ÖNCÜ
Enstitü Müdürü

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

	Unvanı, Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı:	Dr. Öğretim Üyesi Ahu AYANOĞLU	
2. Üye :	Doç. Dr. Öz SEÇER	
3. Üye :	Dr. Öğretim Üyesi Pelin İŞINTAN	

Bu tezdeki tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak elde edildiğini ve sunulduğunu; ayrıca bu kuralların ve ilkelerin gerektirdiği şekilde, bu çalışmadan kaynaklanmayan bütün atıfları yaptığımı beyan ederim.

Erol İslam YILDIZ



ÖZET

KATILIM BANKACILIĞINDA MURABAHA SÖZLEŞMESİ

Erol İslam YILDIZ

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Görevlisi Ahu AYANOĞLU

Eylül 2022, 115 Sayfa

Tüketim ve ticaret hayatının vazgeçilmez unsularından birisi şüphesiz ki kredi imkanıdır. İslami Finans anlayışı ve kurumları tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de kayda değer bir teveccüh görmektedir. İslam dininin yasak ilan ettiği ribadan yani günümüzde aşına olduğumuz literatüre göre en yakın anlamı ile faizden imtina etmeyi tercih eden kişilerin katılım bankaları ile çalışmaları ihtiyacı doğmuştur. Mevduat Bankalarının müşterilerine sunmuş olduğu kredilere alternatif olarak Katılım Bankalarında başta murabaha ve teverruk hizmeti gibi hizmetler sunulmaktadır.

Yıllardır ülkemizde faaliyet gösteren katılım bankacılığı faaliyet alanının doktrinde şaşırtıcı derecede az yer tuttuğu görülmektedir. Çalışmamız için özellikle bu alanın seçilmesi de tam olarak bu nedenledir. Faizsiz bankacılığın giderek daha fazla pay sahibi olduğu finans sektöründe yapılan çalışmaların çok büyük çoğunluğunun salt ilahiyat veya bankacılık alanındaki çalışmalar olması bu alanda hukuki bir çalışma yapılması için teşvik edicidir.

Çalışmamızda öncelikle katılım bankacılığı ve bu sektörde başvurulmuş sözleşme tipleri ana hatları ile ortaya konulduktan sonra asıl konumuz olan murabaha sözleşmesi bankacılık ve konu bağlamında ilgili olması dolayısıyla ilahiyat öğretisinden yararlanılarak değerlendirilmiştir. Teoride ve uygulamada çok sayıda dilemması olan bu sözleşme modeli, konvansiyonel bankacılığın

kredilendirmeleri ile karşılaştırılarak benzerliklerine ve farklılıklarına dikkat çekilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Katılım Bankası, Murabaha Sözleşmesi, Kredi.



ABSTRACT

MURABAHAH AGREEMENT IN PARTICIPATION BANKING

Erol İslam YILDIZ

Graduate School of Social Sciences, Private Law Division

Advisor : Dr. Assistant Professor Ahi AYANOĞLU

September 2022, 115 Pages.

One of the indispensable elements of consumption and commercial life is undoubtedly the opportunity of credit. Even though our country's legislation binds real and legal persons on a secular basis, this situation is not absolute and without alternatives, and the understanding of Islamic Finance and its institutions attracts considerable attention in our country as well as all over the world. The need for people who prefer to refrain from Riba, which is forbidden by the religion of Islam, in its closest meaning according to the literature we are familiar with today, interest, has arisen to work with participation banks. As an alternative to the loans offered by Deposit Banks to their customers, Participation Banks offer services such as usury and tawarruq services. As an alternative to the loans offered by Deposit Banks to their customers, Participation Banks offer services such as Murabahah and Tawarruq services.

It is seen that the field of activity of participation banking, which has been operating in our country for years, has surprisingly little place in the doctrine. This is exactly why this area was chosen for our study. The fact that the vast majority of the studies conducted in the financial sector, where interest-free banking has an increasing share, are only studies in the field of theology or banking, is an encouragement for a legal study in this field.

In our study, first of all, participation banking and the main contract arguments of this sector were tried to be examined, then the Murabahah Contract, which is our main subject, was evaluated legally with the support of all theology and banking doctrine.

This contract model, which has many dilemmas in theory and practice, is compared with conventional banking lending and attention is drawn to its similarities and differences.

Keywords: Participation Bank, Murabahah Agreement, Loan



ÖZET	ii
ABSTRACT.....	iv
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	5
GENEL OLARAK KATILIM BANKACILIĞI ve KATILIM BANKACILIĞINA ÖZGÜ SÖZLEŞMELER	5
I. Katılım Bankacılığının Ülkemizde Ortaya Çıkışı Ve Düzenlenişi	5
A. Katılım Bankacılığının Ülkemizde Ortaya Çıkışı	5
B. Katılım Bankacılığının Pozitif Mevzuatımızdaki Yeri ve Uygulamadaki Karşılığı	6
1. Genel Düzenleme ve Uygulamalar	6
2. Özel Düzenleme ve Uygulamalar	10
3. Danışma Kuruluna İlişkin Düzenlemeler.....	13
II. Katılım Bankacılığında Temel Prensipler.....	15
A. Faizli İşlem Yasağı.....	16
B. Haksız Kazanç, Garar ve Spekülatif İşlem Yasağı.....	18
C. İslam Dinince Onaylanmayan Faaliyetlerde Çalışma Yasağı	20
III. Katılım Bankacılığına Özgü Yaygın Sözleşmeler.....	22
A. Mudarebe Sözleşmesi.....	22
B. Muşareke Sözleşmesi	24
1. Müşareke Sözleşmesinin Uygulama Aşamaları.....	26
2. Müşareke Sözleşmesinin Mudarebe Sözleşmesinden Farkları	27
C. Teverruk Sözleşmesi.....	29
D. Murabaha Sözleşmesi.....	33
İKİNCİ BÖLÜM.....	34
MURABAHA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve GEÇERLİLİK ŞARTLARI.....	34
I. Murabaha Sözleşmesinin Uygulamadaki Görünüm Şekilleri	34
A. Klasik/Geleneksel Murabaha Sözleşmesi	35
B. Modern Murabaha Sözleşmesi ve İşleyişi	36
C. Klasik Murabaha Sözleşmesi İle Modern Murabaha Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler ve Farklar	37
II. Mevzuatta Murabaha Sözleşmesinin Düzenlenişi	38
III. Murabaha Sözleşmesinin Kuruluşu	40

A. Murabaha Sözleşmesinin Tarafları.....	40
1. Finansman Sağlayan Katılım Bankası	41
2. Finansman Sağlanan Banka Müşterisi	41
B. Murabaha Sözleşmesinin Unsurları.....	41
1. Sözleşme Konusunun Halihazırda Müşterinin Mülkiyetinde Olmaması.....	42
2. Tarafların Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Mutabık Olması.....	42
3. Alıcıya Değil Satıcıya Ödeme Yapılması	43
4. Kararlaştırılan Kar Üzerinden Taksitli Geri Ödemenin Temin Edilmesi	43
C. Murabaha Sözleşmesinin Kurulma Anı.....	44
D. Murabaha Sözleşmesinin Faiz Yasağı Karşısındaki Durumu	46
IV. Murabaha Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları.....	47
A. Sözleşmenin Kurulma Şekli	47
B. Tarafların Sözleşme Yapma Ehliyetlerine Sahip Olması	48
C. Kanunun Emredici Hükümlerine, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına, Ahlaka Aykırı Olmaması	52
D. Diğer Geçersizlik Nedenlerinin Bulunmaması.....	54
1. İrade Sakatlıkları.....	54
a) Yanılma	54
b) Aldatma	56
2. Aşırı Yararlanma ve Muvazaa	57
V. Murabaha Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İşleyiş Sitemini Oluşturan Hukuki İlişkiler	58
A. Murabaha Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine Dair Genel Değerlendirme	58
B. Katılım Bankası İle Müşterisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği Ve Finansör Bankanın Bağlı Kredi Müessesesi Bakımından Sorumluluğu.....	60
C. Katılım Bankası İle Satıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği.....	63
D. Müşteri İle Satıcı Veya Sağlayıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği.....	64
VI. Sözleşmenin Çifte Temsil Yöntemi İle Uygulanışı ve Buna İlişkin Tartışmalar.....	64
VII. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması	67
A. Satış Sözleşmesi İle Karşılaştırılması.....	67
B. Kira Sözleşmesiyle Karşılaştırılması.....	68
C. Finansal Kiralama Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması	69
D. Katılım Bankacılığına Özgü Sözleşmeler ile Karşılaştırılması.....	69
E. Genel Kredi Sözleşmesi İle Karşılaştırılması	70
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	72

MURABAHA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ.....	72
I. Murabaha Sözleşmesinin Hükümleri	72
A. Sözleşmenin Hükümlerinin Belirlenmesi.....	72
1. Müzakere İle Sözleşme Hükümlerinin Belirlenmesi	72
2. Genel İşlem Şartlarının Mevcudiyeti Halinde Sözleşmenin Oluşumu	74
B. Tarafların Borçları	79
1. Bankanın Borçları	79
a) Bedelin Satıcıya Ödenmesi Borcu.....	79
b) Aydınlatma Yükümlülüğü.....	81
c) Müşteri Verilerini Koruma Yükümlülüğü.....	83
d) Müşterinin Borcunu Ödemesine İstinaden Teminatları İade Borcu.....	86
2. Müşterinin Borçları.....	88
a) Katılım Bankası Tarafından Alımı Yapılacak Murabaha Konusunu Satın Almayı Kabul Etmek	88
b) Ödeme Planı Doğrultusunda Anapara, Kar Payını Ve Masrafları Ödeme Borcu.....	88
c) Murabaha Sözleşmesi İle Katılım Bankacılığının Tabi Olduğu Prensiplerinin İhlal Edilmemesi	92
d) Murabaha Borcuna İstinaden Güvence/Teminat Sunma Borcu.....	93
II. Murabaha Sözleşmelerinin Sona Ermesi	96
A. Genel Olarak.....	96
B. Sözleşmeden Kaynaklanan Kaşılıklı Edimlerin İfası İle Sona Erme	96
C. Belirli Bir Süre Belirlenmesi Durumunda Sürenin Dolması İle Sona Erme	97
D. Sözleşmeden Dönme İle Sona Erme	98
1. İflas Nedeniyle Sözleşmeden Dönme İle Sona Erme	98
2. İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmeden Dönme İle Sona Erme	99
E. Murabaha Müşterisinin Ölümü İle Sona Erme	100
SONUÇ	101
KAYNAKÇA.....	104

KISALTMALAR

A.Ş.	: Anonim Şirketi
AAOIFI	: Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
ABD	: Anabilim Dalı
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt.
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar Numarası
KVKK	: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAD.	: Tarih Araştırmaları Dergisi
TKBB	: Türkiye Katılım Bankaları Birliği
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
vd.	: Ve devamı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vs.	: Vesaire

GİRİŞ

Günümüz serbest piyasa ekonomisi pek çok hukuk kurumunun ve var olan kurumların çeşitli türlerinin oluşmasına neden olmuştur. İnsanlığın gelmiş olduğu noktada bankalar, bankacılık hizmetleri denilen işlemleri yapan, konusu bankacılık faaliyetleri olan işletmeler¹ olmakla birlikte tarihsel süreçteki konumlanışını incelemenin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Bankacılık sektörü tahmin edilebilecek olan durumun aksine MÖ.7. YY'a dayandığı otoritelerce dillendirilen paranın icadından yaklaşık 2800 yıl öncesinde Sümer, Babil ve Eski Yunan Medeniyetlerine dayanmaktadır². Şüphesiz paranın icadı ve deniz ötesi ticaretin söz konusu olması ile bankacılık sektöründe önemli bir eşik aşılmış, sanayi devrimi ile ortaya çıkan sermaye açığı bankacılık kültürünün oluşumuna yadsınamaz katkılar sağlamıştır³.

Devletlerin küreselleşme ve ittifaklara dahil olma amaçlarının büyük ölçüde politika halini aldığı 20. yüzyıl başları ise bankacılığın modern halinin oluşumuna zemin hazırlamıştır. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra bankacılık faaliyetleri merkezi planlı ekonomilerin yapılarına göre yeniden şekillenmeye başlarken az gelişmiş ekonomilerin finansal açıdan kalkınma çabalarını desteklemek için 'kalkınma bankacılığı' denilen genellikle devlet eliyle özel yasalarla kurulan yeni bankalar varlık göstermeye başlamıştır. Uluslararası Para Fonu, Dünya Bankası, Avrupa Yatırım Bankası ve benzeri kuruluşlar İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemin ürünleri olmuşlardır⁴.

¹ TEKİNALP, Ünal, Ünal TEKİNALP'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, s. 2-11; Doktrinde yer alan benzer tanımlar için Bkz. YÜKSEL NERMOD Aslı / YÜKSEL Ülkü / YÜKSEL Ali Sait, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Beta Yayınevi, 10. Basım, İstanbul, 2004, s.31; YİĞİT, Uğur, Bankacılık Suçları 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Adli Suç ve Cezalar, Usul Hükümleri ve Cezaların İnfazı, Has Yaydağ Yayınları, Ankara, 2006, s. 115; GÜNDOĞDU, Aysel, Türkiye'de Bankacılık Sisteminin Yasal Düzenlemeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.30.

² YETİZ, Filiz, Bankacılığın Doğuşu Ve Türk Bankacılık Sistemi, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Niğde, 2016, s.108.

³ AYDIN, Nurhan, Bankacılık Uygulamaları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2008, s.13-30.

⁴ KARABIÇAK, Mevlüt, Küresel Krizleri Tetikleyen Nedenler ve Küresel Krizin Türkiye Boyutu, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, c. 15, S. 3, Isparta, 2010, s.255.

Modern zaman diliminde tam anlamı ile kurumsallaşan bankalar, tarihsel süreç içerisinde para veya maden üzerinden değer transferi, garantör olma görevi görme gibi çok kompleks çalışmalar yapsa da ilk zamanlardan bu yana asıl görevleri en temel biçimde; belirli bir karşılık edinerek fon / kaynak sağlamak olmuştur⁵. İlerleyen sayfalarda da izah olunacağı üzere, İslam dini faizi yasaklamış olduğu için faiz hassasiyetine sahip kişi ve kurumların özvarlıkları bankalar nezdinde uzun süre değerlendirilememiş ve serbest ekonomide konumlanamamıştır⁶.

Faizli / geleneksel / konvansiyonel bankacılık sektörüne alternatif olarak kurulan katılım bankalarının var olmalarının tarihsel ve ekonomik birtakım nedenleri bulunmaktadır. Kısaca özetlemek gerekirse; bilhassa Arap-İsrail savaşında Amerika Birleşik Devletleri'nin İsrail'e verdiği desteği protesto eden OAPEC (Petrol İhraç Eden Arap Ülkeleri Birliğinin) üyesi ülkelerin ekonomik misilleme olarak İsrail'e destek veren ülkelere petrol satışı yapmaması ile oluşan 1973 yılı krizinde petrol fiyatlarının beklenmedik artışı ve bunun sonucu olarak petrol ihraç eden -çoğunluğu İslam dinine tabi- ülkelerde ortaya sıcak para fazlalığı sorunu çıkmıştır⁷. Bu durumda petrol üreticisi ülkelerde ortaya çıkan bu sıcak parayı değer kaybına uğratmadan ve hatta kazanç sağlayarak kullanma ihtiyacı, petrol üreticisi olmayan ülkelerde ise petrol için aktarılan mevduatın geri dönüşü konusunda aksaklıklar ortaya çıkmıştır⁸. Ortaya çıkan karşılıklı kayıp senaryosuna alternatif olarak İslami kurallara uygun bir şekilde işlemek üzere tasarlanan katılım bankacılığı sistemi ortaya çıkmıştır⁹. İhtiyaca binaen ortaya çıkan bu yeni sistemin ilk bankası halen aktif şekilde faaliyetlerine devam eden İslam Kalkınma Bankası'dır¹⁰.

⁵ 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, İstanbul 2003, s. 8-9.

⁶ GÜNGÖR, Kamil, Bir Finansal Araç Olarak Katılım Bankacılığı Tesbitler-Teklifler, Finansal Yenilik ve Açılımları İle Katılım Bankacılığı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 225-235.

⁷ GÜNGÖR, s. 226; YAŞI, Fahrettin, Özel Finans Kurumları'nın Mevzuat Serüveni, Bereket Dergisi, İstanbul, 2000, s. 6.

⁸ GÖRMÜŞ, Şakir / ALBAYRAK, Ahmet; Yaşayan ve Gelişen Katılım Bankacılığı, TKBB Yayınları, III. Baskı, Temmuz, 2021, s.105; AKIN, Cihangir: Faizsiz Bankacılık ve Kalkınma, İstanbul, 1986, s. 4-6.

⁹ CANBAZ, Mustafa, Katılım Bankacılığı, İstanbul 2021, s. 156; GÜNGÖR, s. 226.

¹⁰ CANBAZ, s. 155-156; GÜNGÖR, s. 229.

Zaman içerisinde tüm dünyada karşılık bulan katılım bankalarının sektörel payına ilişkin çok sayıda çalışma bulunmakla birlikte, örnek vermek gerekirse; Thomson Reuters'ın İslami Finans Raporu'na göre 2015 yılında İslami finans sektörünün büyüklüğü yaklaşık 2 trilyon dolardır. Bankacılık sektörü 1,45 trilyon dolara ulaşan büyüklüğü ile İslami finans sektörünün yüzde 72'sini oluşturmaktadır. Bankacılık sektörünü 341 milyar dolar (%17) ile sukuk, 66 milyar dolar (%3,3) ile İslami fonlar, 38 milyar dolar (%2) ile tekafül ve 106 milyar dolar ile diğer İslami finans kurumlarının varlıkları takip etmektedir¹¹. 2017 yılına gelindiğinde ise yapılan kapsamlı çalışmalarda katılım bankalarının aktif malvarlığının neredeyse 2,5 trilyon dolara eriştiği ve o günden beri artan grafik seyrettiği görülmektedir¹².

Ülkemizde katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri ilgili maddede, satım yöntemleri, kiralama yöntemleri, ortaklık yöntemleri, vekâlet yöntemleri ve diğer yöntemler şeklinde beş başlık altında sayılmaktadır. Maddedeki yöntemlerden satım yöntemleri: Finansman sağlama amacıyla müşterinin ihtiyaç duyduğu her türlü maddi ve gayri maddi mallar ile hak ve hizmetin, bedeli satıcıya ödenerek tedarik edilmesi işlemi olarak tanımlanmıştır. Satım yöntemleri; kâr beyanı ile satım (murabaha), kârsız satım (tevliye), pazarlık usulüyle satım (müsaveme), peşin ödemeli satım (selem), açık hesaplı satım (isticrar), kâr beyanı ile emtia satımı (teverruk) ve eser sözleşmesi (istisna) türlerinden oluştuğu ilgili maddede açıkça belirtilmiştir. Ancak bu sözleşme türlerinin açıkça ismen belirtilmesine rağmen ne bu yönetmelikte ne de başkaca bir mevzuatta bu sözleşmelerin tanımına ve/veya unsurlarına ulaşmak mümkün değildir.

Bu çalışmamızın konusunu teşkil eden, kökeni ve özellikleri detaylıca işlenecek murabaha işlemini kısaca tanımlamak gerekirse: Finans kuruluşunun bir mal veya hizmeti satıcıdan peşin olarak satın alması, ardından bu mal veya hizmeti üzerine (alıcıya/müşteriye önceden bildirdiği) karı ekleyerek vadeli olarak satmasıdır. Katılım bankaları uygulamasında, müşterilere kredilendirme konusunu banka adına satın alabilmesi ve daha sonra kendine satabilmesi için vekaletname ile yetki tanındığı veya

¹¹ GÖRMÜŞ / ALBAYRAK, s.108.

¹²ŞAHİN, Halil İbrahim, Avrupa Ülkelerinde İslam Ekonomisi ve Finansı Alanında Yapılan Çalışmalar Ve Uygulamalar, Karabük Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karabük, 2020, s.158.

katılım bankası sözleşme konusunu daha satın almamışken belirlenen bedel üzerinden ondan bu mal veya hizmeti satın alacağını taahhüt edildiği formların alındığı görülmektedir.

Çalışmamızda murabaha sözleşmesi mevduat bankalarında görebileceğimiz kredi sözleşmeleri ile yer yer karşılaştırılarak açıklanmaya gayret edilecektir. Faizsiz bankacılığın giderek daha fazla pay sahibi olduğu finans sektöründe katılım bankalarının finansman sağlamaya yönelik gerçekleştirdikleri sözleşmeleri hukuki yönleri ile inceleyen çok az çalışma bulunmaktadır. Yapılan çalışmaların kahir ekseriyetle salt ilahiyat veya bankacılık alanındaki çalışmalar olduğu görülmektedir. Bu nedenle çalışmamızın konusu belirttiğimiz sözleşmeler içinde en büyük paya sahip olan murabaha sözleşmeleri hakkındadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KATILIM BANKACILIĞI ve KATILIM BANKACILIĞINA ÖZGÜ SÖZLEŞMELER

I. Katılım Bankacılığının Ülkemizde Ortaya Çıkışı Ve Düzenlenişi

A. Katılım Bankacılığının Ülkemizde Ortaya Çıkışı

Yukarıda değinilen dünya genelindeki siyasi-ekonomik çıkmaza, gelişmekte olan ülkemiz de kayıtsız kalamamıştır. Dünya petrol piyasasının kurucusu ve üreticisi olan Müslüman ülkelerin ellerinde kalan ve değerlendirmek istedikleri mevduatı ekonomisine katmak ve kazandırmak isteyen ülkemizde 1983 yılında faizli ticaret modeline alternatif özel finans kurumları kurulmuştur¹³. Yaklaşık iki ay sonrasında çıkartılan tebliğ¹⁴ ile bu kurumların yapabilecekleri faaliyetler sınırlı olarak sayılmıştır. Yapılan düzenleme ile 3182 sayılı sayılı (mülga) Bankalar Kanunu'nun içerisinde özel finans kurumları olarak kategorize edilen ve bankalar gibi kuruluş ve faaliyet şartları anlamında kanuna değil bakanlar kurulu kararnamelerine tabi olan bu kuruluşlar, bankalara nazaran daha rahat ve üst denetim bakımından daha serbest bir şekilde faaliyetlerini yürütmüştür. Doğal olarak bu durum haksız rekabet tartışmalarına neden olmuştur¹⁵. Bu eleştiriyi ortadan kaldırmak ve geliştirilen bu alternatif finans sistemini mevcut halinden daha fazla hukuki olarak öngörülebilir yapmak adına özel finans kurumları bankalar ile aynı kanun kapsamına alınmıştır¹⁶. İlgili kanun ile 83/7506 sayılı bakanlar kurulu kararnamesi ve devamı niteliğindeki bağlı mevzuat yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte yeni düzenlemeler yapılincaya kadar yürürlükten kaldırılan mevzuatın Bankalar Kanunu'na aykırı olmayan

¹³ RG. T. 15.12.1983, S. 83/7506 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi.

¹⁴ RG. T. 25.02.1984, S. 18323.

¹⁵ 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, s. 198.

¹⁶ RG. T. 19.12.1999, S. 23911.

hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bilhassa bakanlar kurulu kararnameleri ile düzenlenen finans kurumlarının fon toplama ve toplanılan fonların kullandırılma yöntemlerine ilişkin hükümleri Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'in 2001 yılında yürürlüğe girmesine kadar geçerli mevzuat olarak kalmıştır.

B. Katılım Bankacılığının Pozitif Mevzuatımızdaki Yeri ve Uygulamadaki Karşılığı

1. Genel Düzenleme ve Uygulamalar

Mülga bankacılık kanununa¹⁷ yapılan ekleme ile özel finans kurumları, mevduat toplama yetkisi bulunmayan ancak özel cari hesaplar ve kar ve zarara katılma hakkı veren hesaplar yoluyla fon toplayan, ekonomik faaliyetler, emtia temini veya kiralanması veya ortak yatırımlar yoluyla finanse eden kurumlar olarak tanımlanarak kanuni bir zemine oturması sağlanmıştır. Ayrıca salt tanımlama yapılmakla kalmayıp ayrıca bu kurumlara bankalara uygulanan bazı hükümlerin uygulanmayacağına dair düzenlemeler de getirilmiştir. Bu kurumlar Bankalar Birliği'ne üye olarak tanımlanmış, ancak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) ilişkin düzenlemelerden hariç tutulmuştur.

Geçen süre zarfında özel finans kurumlarının bankalara nazaran daha avantajlı düzenlemeler içerisinde olması ve özel finans kuruluşlarının mevzuatındaki yapısal boşlukların zorunlu bir neticesi olarak, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu (Bankacılık Kanunu) ile bu kurumlar artık katılım bankaları olarak nitelendirilerek ticari unvanlarını "katılım bankası" içerikli anonim şirket olarak değiştirmeleri için 1 yıllık kesin süre tanınmıştır¹⁸.

Katılım bankaları, Bankacılık Kanunu m. 3'teki ifadeye göre şu şekilde tanımlanmaktadır: "bu kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon

¹⁷ RG. T. 02.05.1985, S. 18742.

¹⁸ 5411 Sayılı güncel Bankacılık Kanunu Geçici 3. Maddesinde bu durum şu şekilde hüküm altına alınmıştır: "(...)Halen faaliyette bulunan özel finans kurumları, bir yıl içerisinde ticaret unvanlarını katılım bankası ibaresini de kapsayacak şekilde değiştirmek ve mevcut durumlarını Kanunun finansal raporlamayla ilgili hükümlerine intibak ettirmek zorundadır."

toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşlardır”. Aynı kanunun 4. maddesi gereği ise mevduat kabul etmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca her ne kadar İslam dininde sigorta hususu tartışmalı olsa da¹⁹ Bankacılık Kanunu m. 63. ile katılım bankalarındaki gerçek kişilere ait katılım fonları tıpkı faizli işlemler yapan ve kanundaki diğer bir banka türü olarak isimlendirilen mevduat bankalarındaki mevduatlar gibi TMSF garantisine tabi tutulmuştur²⁰. Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki ilgili düzenleme gereği söz konusu olan TMSF garantisi mevduat bankalarından farklı olarak ancak katılım bankasının mevcut faaliyet izninin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından kaldırılması ve bunun sonucunda TMSF’ye devrin gerçekleşmesi ile ortaya çıkabilecektir. Şüphesiz bu durumun nedeni Katılım Bankacılığının temelinde yatan risk ve zarara ortaklık prensibidir²¹. Nitekim detaylarına çalışmamızın devamında yer verilecek olmakla birlikte katılım bankacılığını mevduat bankacılığından ayıran temel farklardan birisi de İslami disiplinde kabul görmeyen faiz üzerinden garanti kazanç sağlama ve mutlak mevduat korumasıdır.

Bankacılık kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de kendine ait bağımsız kamusal tüzel kişiliğe sahip Türkiye Katılım Bankaları Birliği’nin (TKBB) kurulması ve katılım bankalarının bu birliğe üye olması şart koşulmasıdır²². Ülkemizde halen faaliyet gösteren altı²³ adet katılım bankası bulunmakla birlikte hepsi TKBB’ye üye olarak faaliyetlerini yürütmektedir. Katılım bankalarının ülkemizdeki tüm bankalar nezdindeki öz varlık payı 2021 ocak itibariyle %7 gibi gerçekten dikkate değer bir orandadır. Katılım bankalarının tek tercih edilme sebebi faizsiz çalışma modeli ile bankacılık faaliyetlerini yürütmesi olarak görülmemelidir. Zira

¹⁹ Sigorta konusundaki eleştirilerle ilgili olarak Bkz. TURANBOY, Asuman, Katılım Bankaları Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 886-887.

²⁰ REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2015, s.274.

²¹ REİSOĞLU, s. 274-275.

²² Bankacılık Kanunun ilgili maddesi olan m.79’da bu zorunluluk şu şekilde ifade olunmuştur: “Mevduat bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları, tüzel kişiliği haiz ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Bankalar Birliğine; katılım bankaları ise aynı nitelikteki Türkiye Katılım Bankaları Birliğine, faaliyet izni aldıkları tarihten itibaren bir ay içinde üye olmak zorundadır.”

²³ Kuruluş sırası ile 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., Türkiye Emlak Katılım Bankası A.Ş.’dir. Detaylı Bilgi İçin Bkz: <https://tkbb.org.tr/banka-bilgileri>

müşterilerinin banka tercihindeki asıl etkenin bankanın sunmuş olduğu vade, ödeme takvimi ve fiyatlar ile müşterilerin planlarının uyuşması olduğuna yönelik çok sayıda istatistiksel veri söz konusudur²⁴.

Katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri 10738 Sayılı Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik'te²⁵(Kredi Yönetmeliği) 2019 yılında yapılan değişiklikle düzenlenmiştir. Buna göre katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri satım yöntemleri, kiralama yöntemleri, ortaklık yöntemleri, vekâlet yöntemleri, diğer yöntemler olarak beş başlık altında sayılmıştır.

Katılım bankalarının asıl iş sahasını teşkil eden satım yöntemleri kanuni tanımına göre, finansman sağlama amacıyla müşterinin ihtiyaç duyduğu her türlü maddi ve gayri maddi mallar ile hak ve hizmetin, bedeli satıcıya ödenerek tedarik edilmesi işlemidir. Satım yöntemlerine Kredi Yönetmeliği'nin ilgili maddesinde verilen sınırlı örnekler ise kâr beyanı ile satım (murabaha), kârsız satım (tevliye), pazarlık usulüyle satım (müsaveme), peşin ödemeli satım (selem), açık hesaplı satım (isticrar), kâr beyanı ile emtia satımı (teverruk) ve eser sözleşmeleridir. Yine bir diğer tür olan kiralama yöntemleri tüketilmeden kullanılabilen bir varlığın menfaatinin finansman sağlama amacıyla belirli bir süre için müşteriye bırakılması işlemidir. Kiralama yöntemleri; adi kiralama, finansal kiralama, faaliyet kiralaması, ürün kiralaması ve işgücü kiralaması türlerinden oluşur. Gerçek veya tüzel kişilerin tüm faaliyetlerinden, belirli bir faaliyetinden veya belirli bir malın mülkiyetinin edinilmesinden doğacak kâr ve zarara katılmak üzere finansman sağlama amacıyla müşterilerle ortaklık kurulması işlemi ortaklık yöntemleri olarak ilgili mevzuatta tanımlanmaktadır. Bu yöntemin ise; emek-sermaye ortaklığı (mudarebe), kâr-zarar ortaklığı (müşareke), yatırım ortaklığı (girişim sermayesi), mülkiyet ortaklığı, zirai ortaklıklar şeklinde çeşitlerden oluştuğu düzenlenmektedir. Ayrı bir başlık halinde düzenlenen vekâlet yöntemleri ise; müşteri ile imzalanan vekâlet sözleşmesi kapsamında kârın tamamı veya önceden belirlenmiş belirli bir kısmı ile zararı bankaya ait olmak üzere, gelir getirici bir faaliyeti için finansman sağlama amacıyla müşterinin

²⁴ GÖKÇEN, Gürbüz/GÖNEN, İbrahim, Katılım Bankalarının Finans Sektörü İçindeki Yeri Ve Katılım Bankalarına Yönelik Müşteri Algısı, İstanbul, 2017, C. 2, S. 1, s. 76.

²⁵ RG. T. 01.11.2006, S. 26333

vekil olarak yetkilendirilmesi işlemi olarak tanımlanarak adi vekâlet ve yatırım vekâleti olarak iki türe ayrılmıştır.

Buradaki başlıklara dahil olmayan birtakım çalışmalar ise diğer yöntemler olarak; karşılıksız ödünç (karz-ı hasen), kefalet, garanti, vaat, ödül vaadi (cuâle) türleri de ayrıca katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri olarak sayılmıştır. Son olarak sektörün ihtiyaçlarının öngörülemez olması ve kanuni sınırlama ile TKBB bünyesinde yapılacak bir çalışmaya engel olunmaması adına TKBB tarafından belirlenen diğer yöntemlerin de fon kullandırmada esas alınabileceği düzenlenmiştir²⁶.

Katılım bankaları tarafından uygulanagelen²⁷ doğrudan tahsilat / borçlandırma sözleşmeleri yönteminin de aslında bir fon kullandırma yöntemi olduğu ifade edilmektedir. Ancak tüm bu sözleşme türleri açıkça ve ismen belirtilmesine rağmen hiçbirisinin pozitif mevzuatımızda açıklaması, unsurları, geçerlilik şartları vs. yer almamaktadır. Bu durum aslında ciddi sektör payına haiz sözleşmeler için hukuk boşluklarına neden olabilecektir. Bu nedenle söz konusu sözleşme türlerini ulusal ve uluslararası uygulama ile bir bütün halinde inceleyerek pozitif hukuk kuralları ile değerlendirme ihtiyacı söz konusudur.

²⁶ Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 19. Maddesinde sınırlı sayıda sözleşmenin belirlenmesinden imtina edildiği madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili yönetmelik m. 19/1-ç’de sözleşmeler sayıldıktan sonra “türleri ile Kurulca belirlenecek diğer yöntemlerden oluşur.” şeklinde açık düzenleme bulunmaktadır.

²⁷ Uygulamada tüm katılım bankalarının bu fon kullandırma yöntemini -yönetmelikte katılım bankaları için öngörülmüş bir yöntem olmamasına rağmen- piyasa ihtiyaçlarına istinaden tercih ettikleri görülmektedir. Uygulama örnekleri için Bkz. : <https://www.kuveytturk.com.tr/kobi/nakit-yonetimi/tahsilat-sistemleri/dogrudan-borclandirma-sistemi-dbs>, <https://www.albaraka.com.tr/tr/kobi/nakit-yonetimi/tahsilat-ve-odemeler/dogrudan-borclandirma-sistemi-dbs>, <https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/kobi/nakit-yonetimi/Sayfalar/dogrudan-borclandirma-sistemi.aspx>, <http://www.emlakkatilim.com.tr/tr/kurumsal/odeme-hizmetleri-ve-nakit-yonetimi/odeme-sistemleri/dogrudan-borclandirma-sistemi-dbs>, <https://www.vakifkatilim.com.tr/tr/ticari-bankacilik/dogrudan-tahsilatborclandirma-sistemi-dtsdbs>, <https://www.ziraatkatilim.com.tr/ticari/nakit-yonetimi/tahsilat-yonetimi/dogrudan-borclandirma-sistemi-dbs>

2. Özel Düzenleme ve Uygulamalar

6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'nun²⁸ (Finansal Kiralama Kanunu) m. 2. ve 3. hükümleri gereğince katılım bankaları, mevduat bankalarının aksine aracısız olarak finansal kiralama faaliyetlerinde bulunabilmektedir. Keza Bankacılık Kanunu m.48 ve Kredi Yönetmeliği m.19 içerisinde de finansal kiralama, katılım bankalarının finansman yöntemlerinden biri olarak sayılmış yöntemler arasındadır. Yönetmelikte katılım bankaları için fon kullandırma yöntemleri arasında sayılan finansal kiralamaya ilişkin temel düzenleme olması hasebi ile katılım bankalarının doğrudan doğruya Finansal Kiralama Kanunu üzerinden kanuni yükümlülükleri bulunmaktadır.

Katılım bankaları açıkça ilgili düzenlemede yer almasa da 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un²⁹ (TKHK) madde 4/8 açık yollamasına istinaden aynı kanunun 30/5. ve 35/4. maddelerine ayrı bir parantez açılmalıdır. İlgili maddeler katılım bankalarınca yapılan tüm finansman tahsislerinin bağlı kredi sayılması gibi bir yanılgıya düşülmemesi ve böylelikle katılım bankalarının korunması³⁰ adına yine katılım bankalarının girişimleri ile kanunda yer bulmuştur. Şöyle ki genel anlamı ile bağlı kredinin düzenlendiği 30.maddenin 5. ve son fıkrası ile kullandırılan kredinin bağlı kredi sayılması için finansör banka ve satıcı (veya sağlayıcı) arasında kredi konusunun tedariki anlamında bir sözleşme ilişkisi kurulması şartı aranmıştır. Ayrıca tüketicinin kendisi tarafından belirlenen mal veya hizmetin bedelinin doğrudan kredi veren banka tarafından ödenmesinin başlı başına bir bağlı krediye vücut vermeyeceği hükme bağlanmıştır. TKHK'de konut kredileri özelinde 35. maddesi 4. fıkrasında da birebir aynı hüküm konut kredileri için de ihdas edilmiştir³¹.

Katılım bankalarının çalışma alanlarına ilişkin mevzuat sadece yukarıda sınırlı olanlardan ibaret değildir. Nitekim mer'i mevzuatın cevaz verdiği sınır ve şartlar

²⁸ RG. T. 13.12.2012, RG. T. 28496.

²⁹ RG. T. 28.11.2013, S. 28835.

³⁰ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.110 vd.

³¹ Bağlı Kredinin tanımlanmasına ve katılım bankaları açısından uygulamada neden olduğu sorunlara ilişkin Bkz. Çalışmamızın İkinci Bölümü IV. B.

kapsamında olmak ve fakat en önemlisi faizsiz/İslami finans kurallarına uygun olmak kaydıyla sermaye piyasası mevzuatının getirmiş olduğu tüm kurallara tabi olarak sermaye piyasası işlemlerine aracılık edebilir, portföy yönetebilir, ayrıca bizzat veya iştiraki olan şirketlerce sigortacılık faaliyetleri yürütebilmektedir. Burada önemle ifade etmek isteriz ki katılım bankacılığının kaynağı gereği tabi olduğu dogmatik kural ve kaideler ancak pozitif hukuk düzenimiz ve mevzuatımız tarafından düzenlenmesi ile geçerli olacaktır. Bu anlamda katılım bankacılığına has kuralların mevzuatımızda karşılığı olmadıkça ancak teorik olarak bağlayıcılığının olduğu ancak yine de konu bütünlüğünün sağlanması adına çalışmamızda işlendiği bilinmelidir.

Sigorta kurumunun İslami bankacılık ile bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin çok sayıda itiraz olmakla birlikte³² katılım bankacılığı bünyesinde tekafül sigortacılığının³³ varlığı söz konusudur. Buna ilişkin mevzuat düzenlemesinin ise bir yönetmelik³⁴ ile yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızın doğrudan konusu olmaması nedeniyle bu konudaki tartışma ve görüşlere daha fazla yer verilmemiştir.

³² İslam alimleri sigortayı kumar açısından ele almışlardır. Bu çerçevede ise iki temel yaklaşım ortaya çıkmıştır. İlk yaklaşım sigortayı kumar akdi olarak değerlendirerek caiz olmadığını söylemiş; ikinci yaklaşım ise sigortanın kumardan farklı olduğunu ifade ederek caiz olduğunu savunmuştur. Fakat bize göre yukarıdaki tartışmalardan farklı olarak sigortanın kumarla olan ilişkisini ortaya çıkartabilmek için sigorta akdinin konusunu dikkatlice incelememiz gerekmektedir. Detaylı Bilgi İçin Bkz. SAĞLAM, Hadi, İslâm Hukukuna Göre Sigorta- Ribâ Ve Fâiz İlişkisi Görüşlerinin Değerlendirilmesi, e- Akademi Dergisi 84. Sayı, İstanbul, 2009.

³³ Tekafül sigortacılığının katılım bankaları tarafından mevduat bankalarının acenteliğini yürüttüğü sigortacılık faaliyetlerine alternatif olarak geliştirilen bir tür olduğuna ve uygulamada faizsiz sigortacılık, katılım sigortacılığı, tekafül sigortacılığı olarak isimlendirildiği görülmektedir. YILDIRIM, Şanbaz, Ticari Ve Katılım (Tekafül) Sigortacılığında Tarafların Fıkhi Durumunun İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s.32; (Mülga)20/9/2017 tarihli ve 30186 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Katılım Sigortacılığı Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte katılım sigortacılığı olan tekafülü şu şekilde tanımlanmıştır: “Katılım Sigortacılığı: Katılımcıların kendileri ile diğer katılımcıların tazminat ve/veya birikim ödemelerine ilişkin taleplerinin karşılanmasını teminen oluşturulan risk fonuna katkıda bulundukları, söz konusu fonun sigortacılık faaliyeti yapmasına izin verilmiş bir sigorta şirketi tarafından katılım finans ilkelerine uygun olarak yönetildiği ve ortak risk paylaşımı ile dayanışma esaslarına dayanan sigorta türüdür.” Tekafül sigortacılığının doğuşuna, hukuki ve fıkhi dayanaklarına, geleneksel sigortacılık ile olan temel fark ve benzerliklerine, sektörde yaşanan sıkıntılara ilişkin değerlendirmeler için Bkz. AYUB, Muhammad, İslami Finansı Anlamak, İktisat Yayınları, İstanbul 2017, s.63-70; AKTEPE, İshak Emin, Sorularla Katılım Bankacılığı, İstanbul 2013, s.442-457.

³⁴ Katılım Esasları Çerçevesinde Sigortacılık Ve Bireysel Emeklilik Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik Resmi Gazete T: 19.12.2020 S. 31339 Bu yönetmelikte, yönetmeliğin 15. Maddesine istinaden yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin (dn.30) aksine herhangi bir tekafül tanımlaması yapılmamıştır.

Katılım bankaları tüm faaliyetleri bakımından Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili SPK Tebliğleri ile Sigortacılık Kanunu ve ilgili yönetmelik, genelge ve sair alt düzenlemelere tabi bulunmaktadır. Katılım bankaları ayrıca birer özel hukuk tüzel kişileri olmaları hasebiyle, yürürlükteki bütün kanun, kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tebliğ ve sair mevzuatın muhatabı ve doğrudan yükümlüsü durumundadır.

Son olarak bu başlık altında faizsiz muhasebe standartları ve bu standartların uygulamadaki karşılığı hakkında bir parantez açma ihtiyacı duyulmuştur. Faizli bankacılığın ihtiyaç ve talepleri dikkate alınarak aşama aşama günümüze kadar gelebilen uluslararası muhasebe standartlarının, katılım bankacılığının işleyiş mantığı ile çoğu kere uyuşmaması ve hatta yer yer taban tabana zıtlıkların husule gelmesi nedeniyle katılım bankacılığının geliştiği her ülkede ayrı standartlar oluşmaya başlamıştır³⁵. Ancak takdir edilecektir ki bankaların küresel pazarda yeknesak kurallar ile çalışmalarını yürütmesi hem bankalar için operasyon kolaylığı hem de müşteriler için güven vesilesi anlamına gelmektedir. Bu amaç doğrultusunda katılım bankacılığının pek çok alanda ihtiyaç duyduğu düzenlemelerin genel bir çerçeve etrafında toplanması, ortak ilke ve standartların oluşturulması, bu hususta gerekli araştırma ve eğitim faaliyetlerinin yürütülmesi ve esasen en önemlisi çok başlılığın engellenmesi için 1991 yılında AAOIFI kısaltması ile bilinen Accounting and Auditing Organization For Islamic Financial Institutions yani İslami Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetim Organizasyonu kurulmuştur³⁶. Bu organizasyona ülkemizde Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu ile dört katılım bankasının üye olduğu görülmektedir³⁷. Dünya genelinde ise resmi ve özel çok sayıda üyesinin olduğu görülmektedir³⁸.

Faizli banka olarak da bilinen mevduat bankaları muhasebe işlemlerinde Uluslararası Finansal Raporlama Standartları'nı (UFRS) kullanmak zorunda iken³⁹

³⁵ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.329.

³⁶ ÇETİN, Abdurrahman, Bankacılık Kanunu ve AAOIFI Kurallarına Göre Finansal Raporların Karşılaştırılması ve Katılım Bankacılığı Mevzuat Önerisi. Muhasebe ve Finans Araştırmaları Dergisi. 2020, s. 75-80.

³⁷ Üyeliklere ilişkin detaylı bilgi için Bkz. <http://aaoifi.com/aaoifi-common-members/?lang=en>

³⁸ Detaylı bilgi için Bkz. <http://aaoifi.com/?lang=en#>

³⁹ Bu muhasebe sistemine uygun olarak çıkarılan muhasebe standartları ülkemizde de geçerlidir. Bu standartlara ve güncellemelere ulaşmak için Bkz: <https://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/5305/Tms-Tfrs-Setleri>

İslami finansal kuruluşlar ise İslami Finans Kuruluşları İçin Muhasebe ve Denetleme Kurumu'nun yayımladığı standartları halihazırda kullanmaktadır. İslami finansal kuruluşların murabaha, mudarebe, muşaraka, icara, sukuk, teverruk, istisna ve selem gibi finansal ürünlere ilişkin açıklamalara UFRS'de yer verilmediğinden mezkûr ürünlere ilişkin olarak AAOIFI tarafından bu kuruluşların ihtiyacına uygun olarak İslami fıkıh hükümleri ile uyumlu olmak kaydıyla alternatif standartlar yayımlanmış ve yayınlanmaya devam etmektedir⁴⁰.

3. Danışma Kuruluna İlişkin Düzenlemeler

Katılım bankaları, diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklı kalmak ve mevduat kabulü hariç olmak kaydıyla, Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan faaliyet konuları arasında belirtilen iş ve işlemleri yerine getirebilmek üzere tıpkı mevduat bankaları gibi yetkilendirilmişlerdir⁴¹. Katılım bankalarının dayanmış olduğu varlık gerekçelerinin bir gereği olarak tüm faaliyetlerinin de katılım bankacılığı prensiplerine uygun olması daha doğrusu bu ilkelere aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. BDDK tarafından 14.09.2019 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe konulan Faizsiz Bankacılık İlke ve Standartlarına Uyuma İlişkin Tebliği⁴² ile faizsiz bankacılığa ilişkin tanımlamalar ve kurallar belirtilerek açıklamalar yapılmıştır. Bu regülasyon faaliyetinin yanısıra eşzamanlı olarak TKBB tarafından yapılan düzenlemeler ile bazı ilkelerin belirlenmesi ve sınırlamaların yapılması söz konusudur.

BDDK'nın 22.02.2018 tarih ve 7736 sayılı kararına istinaden TKBB Yönetim Kurulu'nun 02.04.2018 tarih ve 253 sayılı kararına konu tebliğ ile oluşturulan Merkezi Danışma Kurulu, katılım bankacılığında uyulması gereken, uygulamada farklılıklara neden olan sorunlara doğru çözümler sunabilmeye faizsiz bankacılığa ilişkin ilke, teamül ve standartların belirlenmesi ve ilgililere ilan edilmesi için 2018'de göreve

⁴⁰ ÇETİN, s. 79.

⁴¹ GÜRSES, Davut, Banka Genel Kredi Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.9.

⁴² RG. T. 14.09.2019, S. 30888

başlamıştır⁴³. Danışma Kurulu tarafından yayımlanan standartlar yoluyla faizsiz bankacılığa ilişkin işlem sınırlamaları düzenlenmektedir.

Her bir katılım bankası nezdinde farklı uygulama oluşmasını önlemek ve ihtisaslaşmayı temin etmek adına BDDK tarafından alınan karar uyarınca ortak bir ihtiyacına ve yasal altyapısına yukarıda değindiğimiz danışma kurulu oluşturulmasına yönelik tebliğ⁴⁴ yayımlanmıştır. Oluşturulan danışma komitesine tebliğ ile, katılım bankacılığı alanında uluslararası kuruluşlar tarafından yayınlanan standartları da takip etmek ve bu itibarla katılım bankalarınca uyulması gereken meslek ilke ve standartlarını belirlemek, gerekli gördüğü durumlarda, katılım bankaları arasındaki uygulama farklılıklarını gidermek üzere genel nitelikli kararlar alma yetkisi tanınmıştır. Bunlarla birlikte; kamu kurum ve kuruluşları ve/veya kamu kurumu niteliğini haiz meslek kuruluşları tarafından kurula görüş almak için başvurulması durumunda katılım bankacılığı alanında görüş bildirme görev ve yetkisi de tanımlanmıştır. Ayrıca söz konusu tebliğ ile oluşturulan Danışma Kurulu'na katılım bankalarına yönelik bağlayıcı ilke ve standartlar getirme ve bunlara aykırılık durumunda idari yaptırım uygulanabilmesine⁴⁵ yönelik yetkilendirme yapılmıştır. Her ne kadar bir üst kurumun serbest piyasaya tabi şirketlerin yapacakları çalışmalara önceden yapılan sınırlama hukukumuzda tesis edilmiş olan sözleşme özgürlüğü anlamında tartışmaya açık olsa da Bankacılık Kanunu m. 80/b'de yer alan kuruluş birliklerine açıkça meslek ilkelerini belirlemek yetkisi tanınmış olması nedeni ile mevzuata uygun olarak yetkilendirme yapıldığı söylenebilecektir.

Danışma Kurulu'na bu başlık altında belirttiğimiz tebliğin 6.1.e maddesine istinaden bir de katılım bankacılığı alanındaki çalışma alanları ile ilgili olarak çalışmaların, küresel uygulama ve kanaatlerin tanıtım ve eğitimi amacıyla programlar düzenlemek ve yayınlarda bulunmak misyonu verilmiştir. Nitekim bu misyonun gereği olarak ilgili kurul aynı zamanda orijinal hali Arapça dilinde yayınlanan ve tüm

⁴³ Söz konusu tebliğin tam metni için Bkz. <https://tkbbdanismakurulu.org.tr/uploads/belgeler/Danisma-kurulunun-olusumu-gorev-calisma-usul-ve-esaslari-hakkinda-teblig-1.pdf>

⁴⁴ Danışma Kurulunun Oluşumu, Görev, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ TKBB Yönetim Kurulu'nun 02.04.2018 tarih ve 253 sayılı kararı ile kabul edilmiştir.

⁴⁵ Tebliğ'in uyuşmazlıkların tespiti ve yaptırımı başlıklı 8. maddesine göre ise Tebliğ'in 8. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentleri uyarınca Bankacılık Kanunun 81.Maddesine istinaden yaptırım uygulanabilmesi düzenlenmiştir.

dünyada katılım bankacılığı standartları olarak ciddiye alın ve kabul gören İslami Finansal Kuruluşlar Muhasebe ve Denetleme Kurumu'nun⁴⁶ yayınlamış olduğu ilke ve standartların Türkçe 'ye çevrilerek yayımlanması konusunda 26.04.2017 tarihinde mutabakat imzalamıştır. Bütün bu düzenlemelere ek olarak Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından da Faizsiz Finans Denetim Standartları'nın rutin olarak tercüme edilerek ilan edilmesi ve alt düzenlemelerin yapılması anlamında çalışmaları yürütmektedir⁴⁷.

II. Katılım Bankacılığında Temel Prensipler

Katılım bankacılığı her ne kadar ortaya çıkma ihtiyacı olarak mevduat bankacılığına benzese de çalışma biçimi ve temel prensipleri anlamında çok farklıdır. Şüphesiz bu farklılığın kaynağı katılım bankacılığına yönelik talebin kaynağı olan müntesiplerinin inançlarındaki esaslardır. Sıkça varılan hatalı yargının aksine katılım bankacılığı salt faizden imtina etmesi ile farklılaşan bankalardan müteşekkil değildir. Katılım bankacılığındaki temel prensipleri en net şekilde saymak gerekirse faiz yasağı, gabin yasağı ve -esasen temel farkı teşkil ettiği değerlendirilen- İslam dinince onaylanmayan faaliyetlerde çalışma yasağıdır. Ancak önemle ve öncelikle belirtmek isteriz ki katılım bankacılığında söz konusu olan bu prensipler kural olarak bağlayıcı değildir. Diğer bir anlatımla pozitif mevzuatımızın dışında alternatif bir hukuk düzeninin katılım bankaları açısından uygulanabilirliği kesinlikle söz konusu değildir. Bu başlık altında sayılan prensiplerin ancak katılım bankacılığı açısından teorik ve ilkesel kurallar olduğunu ifade etmek isteriz.

⁴⁶ Kurumun orijinal ismi: Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) Detaylı Bilgi için Bkz. <http://aaoifi.com/?lang=en>

⁴⁷ Buna ilişkin resmi duyuru için bkz. <https://kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/3574/Faizsiz-Finans-Muhasebe-Standartlar%C4%B1na-l%C4%B1n-%C4%B1n-Kurul-Kararlar%C4%B1-21-May%C4%B1s-2019-Tarihli-ve-30780-Say%C4%B1l%C4%B1-Resmi-CC%82-Gazetede-Yay%C4%B1mlanm%C4%B1s-%C4%B1n-%C4%B1r->

A. Faizli İşlem Yasağı

Hukuk sistemi içinde faiz kavramını en temel biçimde anapara faizi ve temerrüt faizi olarak iki başlık altında kısaca ele almak mümkündür. Bilindiği üzere anapara faizi alacaklıya alacağından mahrum kalmış veya kalacak olduğu zaman dilimi için anaparaya ilave olarak verilmektedir⁴⁸ ve borcun ifasındaki olası bir temerrüt ile bağlı değildir⁴⁹.

Faizin diğer bir görünüm şekli ise temerrüt faizidir. Bu faiz türü borçlunun temerrüdü nedeni ile kanunun kendiliğinden düzenlediği ve talep edilebilir nitelikteki tazmin kurumu olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁰. Kural olarak temerrüt faizi alacaklının alacağını geç elde etmesi durumunda zararı karşılamasını temin etmek adına bir öngörülmüştür⁵¹.

⁴⁸ Mevzuatta faiz açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte doktrinde HELVACI tarafından “alacaklının nakdinden (likitinden) bir süre için yoksun kalması nedeni ile nakdin kullanılması olanağını borçluya bırakması karşılığında elde ettiği, miktarı kanun ya da hukuki işlem ile belirlenmiş, para borçları bakımından özel olarak düzenlenen, tahsili için zaruri ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminat, bir medeni semere” şeklinde tanımlanmıştır. HELVACI, Mehmet, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, 2000, s. 65. Doktrinde yer alan diğer tanımlamalar için Bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2017, s. 76; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, 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.

⁴⁹ “Anapara faizi ise borçlunun henüz temerrüde düşmeden ödemesi gereken sözleşmeyle kararlaştırılan faizdir.” tanımlamasının yer aldığı karar bir takım içtihat künyeleri şu şekildedir: 23. HD., E. 2012/3471 K. 2012/6744 T. 16.11.2012; 23. HD., E. 2012/4832 K. 2012/6599 T. 09.11.2012 ; 23. HD., E. 2012/5150 K. 2012/6709 T. 15.11.2012; 23. HD., E. 2012/5144 K. 2012/6685 T. 14.11.2012.

⁵⁰ EREN, s.1244-1245. Aynı yönde bir içtihat örneği olarak Bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.06.2020 tarihli ve 2017/1048 E., 2020/381 K. sayılı içtihadındaki ilgili tanımlama şu şekildedir: “Uygulama ve öğretide baskın görüş olarak, aynı zamanda gecikme zammını da içerdiği kabul edilen tanımlamasıyla, temerrüt (gecikme) faizi; borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminattır (Becker, H.: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, Fasikül IV, S. Özkök Çevirisi, s. 5; Von Tuhr, A.: Cilt 1-2, C.Edege Çevirisi, s. 617; Barlas, N.: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar İst. 1992 s.127 vd.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.6.1997 tarihli ve 1997/11-278 E., 1997/529 K. sayılı kararı)”.

⁵¹ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Eylül 2013, s.132-133.

Temerrüt faizi de anapara faizi de İslam dinince yasaklanmıştır⁵². Bununla birlikte uygulamada özellikle temerrüt durumunun yaşanmaması adına katılım bankalarının teverruk isimli kredilendirme ile zaman zaman yeniden borç yapılandırmaları yürüttüğü görülmektedir. Katılım bankalarının aynı amaçla kredi kartı asgari ödeme limiti bakımından mevzuat belli bir orana kadar cevaz vermişken bu limiti borç tutarı ile eş tuttuğu da görülmektedir. Anapara faizinin sözleşmelerde karşılaştırılması doğal olarak finansman sağlayıcının kontrolündedir. Bu nedenle anapara faizinin katılım bankacılığında söz konusu olmadığı görülmektedir.

Faizin orta ve uzun vade içindeki toplumsal ve ekonomik yıkıcı etkileri iktisat biliminin konusu olduğu ortadadır. Ancak faiz, gelir-gider dengesizliğine neden olması ve faizli değer alacaklısının giderek daha zengin olması nedeni ile faiz borçlusunun giderek daha yoksullaşması nedeni ile tarih boyunca pek çok uygarlık tarafından⁵³ ve pek çok inanç tarafından⁵⁴ çerçevesi çizilen bir müessese olmuştur. Yine buna ilave olarak günümüzde pek çok seküler piyasa ekonomisinin geçerli olduğu pek çok ülkede de ancak çok düşük ve hatta eksi faizler⁵⁵ üzerinden işlem yapılmasına müsaade edilmesini de eklemek gerekir.

Katılım bankacılığının en önemli varlık sebebi İslam dininin temel kaynağı olan Kur'an'da⁵⁶ ve sahih kabul edilen hadis-i şeriflerde⁵⁷ inananların ribalı yani bilinen karşılığıyla faizli işlem yapılmasından kesin bir dille men edilmesi söz

⁵² Bkz. Dn. 54 ve 55.

⁵³ İlkçağ'da Babil kralı Hammurabi tarafından faiz oranlarına ilişkin sınırlama getirilirken, Mısır'da birleşik faiz yasaklanmıştır. Detaylı bilgi için Bkz. ULUDAĞ, Süleyman, İslâm'da Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış, İstanbul, 2010, s. 280.

⁵⁴ Çeşitli dinlerde faiz yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DİKKAYA, Mehmet / KUTVAL, Yusuf, Katılım Bankacılığı Türkiye Örneği, Ankara 2014, s. 32; TERZİ, Ahmet, Katılım Bankacılığı Kitabı Uymak mı, Kitabına Uydurmak mı?, İstanbul 2013, C. 5, S. 9, s. 56; Yahudilerin Kutsal Kitabı Tevrat'ın Şemot-Mısır'dan Çıkış Bölümü 22-23'de ve Yasanın Tekrarı Bölümünün 20-21. Bölümlerinde açıkça faizden men etme söz konusudur. (Erişim Adresi <https://www.kutsalkitap.org/online-tevrat-oku/>)

⁵⁵ Bkz. Japonya Merkez Bankası'nın faiz oranlarını uzun yıllardan beri eksi değerdedir. Kaynak: <https://tr.investing.com/economic-calendar/interest-rate-decision-165>

⁵⁶ Rum Suresi 39. ayet, Nisa Suresi 160. ve 161. ayetler, Âli İmrân Suresi 130. ayet, Bakara Suresi 275-279. ayetler (Türkiye Diyanet Vakfı Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meâli Erişim Adresi: <https://www.kuranayetleri.net/diyanet-vakfi-meali>).

⁵⁷ Kuran ve sünnetin şer'i hukuktaki tanımlama ve konumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇÖK, Coşkun/MUMCU, Ahmet/BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2021, s. 66-72.

konusudur. Kesin olarak yasaklanan ribanın faiz kavramına karşılık geldiği günümüzde ağırlıklı olarak ifade olunmakta ise de⁵⁸ bu duruma ilişkin karşı görüşler⁵⁹ vaki olup ilahiyat ilminin konusu olduğu için çalışmada yer verilmemiştir. Ulemanın büyük çoğunluğunun ribanın faize denk geldiğine ilişkin kanaatinin İslam'ın kaynakların lafzi yorumlanmasının yanında faizli ekonomik sistemin yukarıda izah olunmaya gayret edilen toplum üzerindeki menfi etkilerinin neticesi olduğunu söylemek mümkündür.

B. Haksız Kazanç, Garar ve Spekülatif İşlem Yasağı

İslam dininde ticaretin doğal seyri içerisinde beklenen / olağan risk faktörünü aşan, şans ve ihtimaller üzerinden yapılan, bir tarafın salt diğer tarafın kaybı üzerine kazanç elde ettiği her türlü ticaret yasaklamıştır. İlahiyat öğretisinde bu sınırlamanın garar yasağı⁶⁰ olarak isimlendirildiği de görülmektedir. Bu kısıtlamanın muhteviyatının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, taraflardan biri için diğer tarafın zararına olacak biçimde fahiş fayda edinilmesi, aldatma veya en önemlisi de öngörülemeyen risk faktörü barındırılması olduğu söylenebilecektir⁶¹. Gerek sözleşmenin içeriğindeki maddelerin belirsizliği gerekse kişiler için aldanmaya ziyadesiyle müsait olması İslam dinine göre geçersizlik nedenidir⁶². Somutlaştırmak gerekirse sık verilen bir örnek olarak doğmamış çiftlik hayvanının veya henüz yakalanmamış av hayvanı gibi olağan hayatın içinde beklenebilir olmasına rağmen an

⁵⁸ AYUB, s. 27-28; BAYINDIR, Abdulaziz, Ticaret ve Faiz, İstanbul 2007 s. 36; ÖZSOY, İsmail, Türkiye'de Katılım Bankacılığı, İstanbul, 2012, s. 11.

⁵⁹ Günümüzde faiz olarak isimlendirilen tüm işlemlerin riba olmadığı yönünde bkz. GÜNGÖR, s. 223 vd.

⁶⁰ BAFRA, Erdem, İslami Bankacılık Sözleşmelerinin Temelleri, Ankara, 2015, s. 35; DÖNMEZ, İbrahim Kafi, GARAR, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/garar> (son erişim tarihi 18.04.2021)Anılış: Garar.

⁶¹ DÖNMEZ, Garar.

⁶² BAFRA, s. 36; YANPAR, Atila, İslâmî Finans İlkeler Araçlar ve Kurumlar, İstanbul, 2015, s. 69.

itibari ile mevcut olmayan ve bununla birlikte elde edilip edilemeyeceği belirli olmayan ürünün veya hizmetin ticareti bu yasak kapsamında sayılabilmektedir⁶³.

Günümüzde kayda değer bir piyasa payı olması nedeniyle bu başlık altında kaldıraçlı işlemlerin de katılım bankacılığı nezdinde değerlendirilmesinde fayda görmekteyiz. Kaldıraçlı işlemler en yalın ifade ile mevcut anaparanın üzerinde işlem yapılmasını ifade eder. Yaygın görünümü ise kaldıraçlı alım satım(forex) işlemleridir. Bilindiği üzere bu işlemler öngörülmesi mümkün olmadığı değerlendirilen tüm para birimleri kullanılarak işleme konu anaparanın çok üzerinde bir tutar üzerinden çeşitli menkul değer veya emtia alım satımının gerçekleştiği işlemlerdir⁶⁴. Öte yandan bu işlemler sanal platformlar üzerinden gerçekleşerek fiziken gerçek alım satım şeklinde bir karşılığı da bulunmayan özünde yatırım işlemleridir⁶⁵. Katılım bankacılığı içerisinde bu işlemlerin finansmanı mümkün değildir⁶⁶. Zira bu işlemlerde esasen sahip olunmayan ve hatta karşılığı olmayan hisselerin satışı söz konusudur. Bu durumda borç olarak alınan hisse senetleri için verilen karşılığın faiz olduğu bu nedenle katılım bankacılığında yeri olmadığı değerlendirilmiştir⁶⁷.Ancak önemine istinaden yinelemek isteriz ki İslam dini nezdindeki kurallar ancak pozitif hukuk mevzuatımız ile örtüştüğü zaman uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda sayılmaya çalışılan geçersizlik itirazı nedenlerinin büyük ölçüde meri hukukumuzda da söz konusu olduğu açıktır. Gerçekten 6098 Sayılı Türk Borçlar

⁶³ Bununla birlikte bazı çağdaş düşünürlere göre sözleşme esnasında sözleşme konusunun mevcut olmaması, garar içeren başka bir durumun da yokluğu halinde sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecektir. Yapılan tartışmaların hukuki olmaktan ziyade fıkhi mahiyette olup detaylı bilgilendirme için Bkz. DÖNMEZ, Garar.

⁶⁴ Detaylı bilgi için bkz: Sermaye Piyasası Kurulu Kaldıraçlı İşlemlere İlişkin Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı(<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/836>)

⁶⁵ ALTAN, Mikail / GÜZEL, Fatih, Forex Piyasasının Türkiye'deki Durumu ve Türkiye Finans Piyasalarına Etkileri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi S. 33, Konya, 2015, s. 203-205.

⁶⁶ Katılım bankaları kendi duyurularında bünyelerinde imkan dahilinde olan yatırım işlemlerinin kaldıraçlı işlem olmadığını özellikle vurgulamaktadırlar. Örnek olarak Bkz: <https://www.albaraka.com.tr/tr/kobi/dis-ticaret/hazine-urunleri/alba-fx>, <https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/bireysel/yatirim-hizmetleri/sayfalar/tfx-target.aspx>,

⁶⁷ Bu konuda dini değerlendirme için Bkz. <https://kurul.diyanet.gov.tr/Cevap-Ara/38630/borsa-da-aciga-satis-islemi-yapmak-caiz-midir-?enc=QisAbR4bAKZg1HImMxXRn2t8ij%2BeDtMkJdRGirgyeb8%3D>

Kanunu'nda (Borçlar Kanunu)⁶⁸ da açıklıkla izah olunduğu üzere sözleşmenin esaslı unsurlarında tarafların irade beyanları birbirine uygun olması şarttır. Bununla birlikte pozitif mevzuatımız gereği var olan sözleşmenin konusunun sözleşmenin akdedildiği an itibarıyla belirli veya belirlenebilir olma şartının katılım bankacılığının tabi olduğu İslam dininde de var olması dikkate değerdir.

Katılım bankacılığının dayandığı prensiplerle pozitif mevzuatımızın dayandığı kuralların benzerliğine başkaca örneklerin de verilmesi mümkündür. Nitekim yukarıda da değinildiği üzere genel işlem şartları ihtiva eden ve aydınlanma yükümlülüğünün ihlal edildiği sözleşmelerdeki yaptırımlara büyük oranda katılım bankacılığı sisteminde de yer verilmesi aynı şekilde kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılık teşkil etmeme şartlarının aynıyla geçerli olması söz konusudur. Aynı şekilde başta genel işlem şartlarının düzenlenme nedeni olmak üzere borçlar hukuku mevzuatının tesis edilme amacı gibi İslami finansın amacı da esasen eşit konumda olmayan/olmaması muhtemel tarafların kural ve kaideler düzleminde eşitlenmesi, tarafların öngörülemez tehlikelerle karşılaşmasını engelleyip refah düzeyini korumaktır⁶⁹.

C. İslam Dinince Onaylanmayan Faaliyetlerde Çalışma Yasağı

Katılım bankacılığının ilke ve kuralları İslam dini baz alınarak oluşturulmaktadır⁷⁰. Ancak İslam dini ile ilgili kaide ve çıkarımların tüm katılım bankaları tarafından her zaman aynı şekilde değerlendirilerek uygulamaların oluştuğunu söylemek mümkün değildir⁷¹. Öte yandan katılım bankaları tarafından İslam dinine aykırılığı noktasında nispeten daha kolay ittifak edilebilen birtakım hususlar da söz konusudur. Katılım bankalarınca bu alanlar dışında kalan durumlarda genel kredi sözleşmesi, yapılandırma, hesap açılışı vs. şekilde çalışmaların yapılması

⁶⁸ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

⁶⁹ BAFRA, s. 38.

⁷⁰ GÖRMÜŞ / ALBAYRAK, s.105-106.

⁷¹ BAFRA, s. 75.

yerleşik uygulamadır⁷². Katılım bankaları tarafından İslam dinine aykırı olması nedeni ile çalışma yapılamayacak konulara domuz eti veya alkollü içki ticareti veya şans oyunlarına dayanan ticaret⁷³ gibi pek çok örneğin verilebilmesi mümkündür. Her ne kadar meşruiyetini kanunlardan alsa da kaynağı itibariyle mevduat bankalarından farklılaşan katılım bankalarının bu hususta çeşitli öznel yorumlamalara ihtiyaç duyduğu görülmektedir. Bu ihtiyacın karşılanması adına katılım bankaları bünyelerinde yürütülen işlemlerin caiz olup olmadığı yönünde görüş aldığı şer’i danışma heyetleri⁷⁴ bulundurulması uygulamasına geçilmiştir. Bu heyetlerin örgütlenmesi ve/veya üstlendiği resmi sıfatlar ise değişkenlik göstermiştir. Gerek katılım bankacılığında uzmanlaşmanın sınırlı olması nedeniyle her bankanın kendi danışma kurulunun başka bankaların kurulları ile ortak isimlerden müteşekkil olması gerekse piyasalara güvenilirlik sağlaması adına⁷⁵ uygulama birliğinin sağlanabilmesi amacıyla TKBB içerisinde ortak bir danışma kurulunun varlığı ihtiyacı geçtiğimiz yıllar içerisinde sıklıkla önerilegelmiştir⁷⁶.

⁷² CANBAZ, s. 144; TUNÇ Hüseyin, Katılım Bankacılığı Felsefesi Teorisi ve Türkiye Uygulaması, Nesil, Ocak 2013, s. 125.

⁷³ Örnek olarak Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş.’nin ilan edilen Genel kredi sözleşmesinin 2.2.3.maddesi şu şekildedir: “...Banka ile Müşteri arasındaki kredi ilişkilerinin (sağlanan finansmanın) konusunu içki, kumar, şans oyunları, domuz ürünleri gibi Banka çalışma prensipleriyle bağdaşmayan şeyler oluşturamaz; bu nedenle Banka, sağladığı finansmanın bu tür yasak işlemlere konu edilmiş olduğunu sonradan öğrense dahi derhal sözleşmeyi fesih ile finansman tutarının derhal ve defaten geri ödenmesini talep edebilir. Bankanın bu sebeplerle zarar ziyan talep etme hakları saklıdır.” (<https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-825.vsf>)

⁷⁴ BAFRA, s.75.

⁷⁵ ÖZYURT, s.59. Danışma Kurullarının teşekkülü ve yasal altyapısı için Bkz. Birinci Bölüm I.B.3.

⁷⁶ DİNÇ, s. 100, Dogmatik kaynaklı bir inanışa istinaden varlık bulan katılım bankacılığında bu sorun Danışma kurulunun teşekkülü ve mevzuatta düzenlenişi ile nispeten sona ermiştir. Detaylı bilgi için Bkz. Birinci Bölüm I.B.3.

III. Katılım Bankacılığına Özgü Yaygın Sözleşmeler

A. Mudarebe Sözleşmesi

Mudarebe sözleşmesi katılım bankacılığının dayandığı prensiplere en uygun ve en temel sözleşme türlerindendir⁷⁷. Tarihsel bir temelinin olması ve pek çok hukuk düzeninde uygulanması nedeni ile birden fazla tanımlamasına rastlanmaktadır. Bununla birlikte en yaygın tanımlamasını; elinde fazlaca sermaye bulunduran tarafın (uygulamada banka), elindeki likit sermayeyi, ihtiyacı olan ve bunu talep eden gerçek veya tüzel kişiye ticaret amacıyla vererek elde edilecek kârı, anlaşma esaslarına göre tarafların paylaşımları ve zararı ise sermayeyi sunan bankanın- işbirliğine konu sermaye tutarı ile sınırlı olmak şartı ile- karşılayacağı ortaklık biçimi olarak tarif etmek mümkündür⁷⁸.

İslami bankacılığın prensipleri gereği katılım bankaların hiçbir riske girmeden işlem yapması, söz gelimi bir sermayeyi bünyesinde kabul edip düzenli ve kesin dayanağı olmayan bir kar vadetmesi mümkün değildir. Mudarebe sözleşmesi esasında girişimcisz sermaye sahibi banka ile yeterli sermayesiz girişimci olan müşterisini bir araya getirerek İslami bankacılık esaslarına uygun bir ortaklık imkanı sunmaktadır⁷⁹.

Mudarebe sözleşmesi ile amaçlanan ve öngörülen durum finansman konusu işin kar getirmesi olmakla birlikte, ortak girişime konu projenin zarara uğraması durumunda da müşterinin emeğinin, sermayedar bankanın ise sağladığı fonun zayı olması tehlikesi bu sözleşmenin yapısı gereği ihtimal dahilindedir⁸⁰. Sermaye tutarını aşan zararın söz konusu olması durumunda bankanın sadece finansman sağlayıcı olduğu düşünülerek aşan zararın müşterinin sorumluluğuna dahil olması gerektiği öğretide ifade edilmektedir⁸¹. Mevduat bankalarında görülmeyen zarara katılma müessesesi iyi hizmet sunarak kar elde etmek için çalışan katılım bankalarını

⁷⁷ AYUB, s. 333; ÇEKER Orhan, İslam Hukukunda Akidler, Tekin Kitapevi, Konya 2014, s. 209.

⁷⁸ AYDIN Aytaç, İslam Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları, Burç Yayınevi, Konya 2015, s.438; BAFRA, s. 80; TİFTİK, Mustafa, Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 39; TUNÇ, s. 139.

⁷⁹ BAĞCI, Dilara, Türk Katılım Bankacılığında Mudarebe Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.29.

⁸⁰ TİFTİK, s. 40; TUNÇ s. 140; YANPAR, s. 144.

⁸¹ TİFTİK, s. 40; AYUB, s.333-334.

kredilendirilen işlem hakkında ciddi operasyon, verimlilik, risk analizi araştırmasına zorlamaktadır⁸².

Bu sözleşme modeli pozitif mevzuatımızdaki adi ortaklık sözleşmesine benzetilmektedir. Bilindiği üzere adi ortaklığın taraflarının Borçlar Kanunu'nun 623. maddesinde yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça kar ve zararda eşit olması” ifadesi mefhumu muhalifi ile mudarebe sözleşmesi ile örtüştüğü görülmektedir. Finansmanı aşan miktarın üzerindeki zararların doğrudan müşterinin sorumluluğunda olması hasebiyle bir iç ortaklık sözleşmesine nispeten benzediği nitelendirilebilmektedir⁸³. Kısacası bu sözleşme modelinin pozitif hukukumuzda düzenlenen ve uygulama alanı bulan adi ortaklık sözleşmesine tabi mevzuat ve öğretiden faydalanarak incelenmesi mümkündür. Nitekim bu türde bir ortaklık ilişkisinde ortaklardan birisi ancak tüm ortaklık adına hareket ederek finansmana konu işlemi tamamlamakla mükelleftir⁸⁴. Gizli ortağın işleme konu çalışmalar kapsamında ilişki kurulan üçüncü kişilerce açık olarak bilinmesi halinde dahi ortaklık iradesinin piyasa içerisinde sadece açık ortak ile temsiline dayanması nedeni ile gizli ortağın aşkın zarardan sorumluluğunun doğması söz konusu olmayacaktır⁸⁵. Bu pratiğin sermaye sağlayıcısı olan banka için uygulanması da mümkündür.

Mudarebe sözleşmesi günümüz finans piyasasının iş yapma alışkanlıklarının tam tersine sermaye sağlayıcı bankaya tüm teknik araştırmasına rağmen zarar ile de karşılaşmasına dair ihtimal sunmaktadır. Önemle belirmeliyiz ki bu zarar ihtimali kaynağını ticaretin doğasından almaktadır. Bu nedenledir ki gerek küresel gerekse ulusal ölçekte katılım bankaları daha az riskli olan sözleşme türlerine yönelmişlerdir⁸⁶. Her ne kadar emek ve sermayenin tam bir ortaklık ve birlikte iş yapma anlayışı ile bir arada bulunması başta sayılan katılım bankası prensipleri ile en bağdaşan bankacılık

⁸² BULUT, Halil İbrahim / ER, Bünyamin, Katılım Finansmanı Katılım Bankacılığı ve Girişim Sermayesi, İstanbul, 2012, s. 148.

⁸³ BATTAL, Ahmet, Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara, 1999 s. 216.

⁸⁴ BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2016, s. 142.

⁸⁵ BARLAS, s. 145; AKYOL, Şener, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul, 2001, s. 130-133.

⁸⁶ TUNÇ, s. 139; YANPAR, s. 144.

uygulaması olsa da⁸⁷ en nihayetinde tacir olan katılım bankalarının kaybetmeme kaygısı nedeni ile bu sözleşme modeline çok fazla yönelmediği görülmektedir⁸⁸.

B. Müşareke Sözleşmesi

İslami bankacılıkta kredilendirme sistemleri, faizli bankacılığın aksine, soyut ve salt sözleşme esaslı değil somut ve varlık (mal) esaslıdır, reel bir ekonomik faaliyete yol açar ve sorumluluk ya da yükümlülük almayı gerektirir⁸⁹. Bu duruma göre herhangi bir işte kazancın İslam dinine uygun olması için katılım bankacılığında temel prensipleri içeren kısımda bahsettiğimiz üzere iş riski ön şarttır. Burada dikkate değer olan ayrımlardan bir tanesi şudur: Şans faktörü tek başına bir işlemi veya finansman konusunu İslam inancına göre yasaklı kılarken; ticaretin doğal seyri içerisinde bir kazancın garanti olmaması anlamındaki iş riski katılım bankacılığı adına kesinkes şarttır. Bununla birlikte şirket temelli katılımcı iş modelleri, ortakların kâra ve zarara doğrudan katılımını gerektirir. Kâr/zarar paylaşım sistemine katkıda bulunan mudarebe sözleşmesi gibi müşareke sözleşmeleri de adi şirket konseptine dayanmaktadır.

Müşareke esasen ticaret alanında faaliyet gösteren bir işletmenin sermayesine ortak olmaktır⁹⁰. Bu ortaklık türünde yatırımcı sermaye ve emeğini ortaya koyarak ticari işletmeye ortak olur. Bu ortaklık sonucunda aynı zamanda ticari işletmenin faaliyetleri sonucu ortaya çıkan kara veya zarara da ortak olur⁹¹. Müşareke veya mudarebe sözleşmelerinde ortaya çıkan ortaklık mutlak olarak kar elde etme motivasyonu ile hareket etmeyebilir. Nitekim mülkiyet hakkı etmek veya sermaye artırmak amacı ile de ortak bir iş yapmak üzere sözleşme yapılması bu sözleşmeler kapsamında mümkündür. Katılım bankacılığı uygulamasında karın önceden

⁸⁷ BULUT/ER, s. 144; CANBAZ, s. 196; TUNÇ, s. 139.

⁸⁸ Mudarebe ve müşaraka sözleşmelerinin uygulamada tercih edilmeme nedenlerine ilişkin olarak bkz. YANPAR, s. 151-154.

⁸⁹ TUNÇ, Hüseyin, Katılım Bankacılığı Felsefesi Teorisi ve Türkiye Uygulaması, Nesil Yayınları, 2010 İstanbul, s.129-130

⁹⁰ TUNÇ, s.143.

⁹¹TAKAN, Mehmet, Bankacılık / Teori Uygulama ve Yönetim, İstanbul, 2002, s.13.

belirlenmiş bir oranda paylaşılmasının kabul edildiği ve varsa her bir ortağın yatırımı oranında külfetlere katlanacağı bir sözleşme de olması mümkündür⁹².

Müşareke sözleşmelerinin esasında benzeştiği başka bir kurum olarak Sermaye Piyasası Hukukunun konusunu teşkil eden yatırım sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilmektedir. Bilindiği üzere bu yatırım sözleşmeleri yatırımcıların kar elde etme amacıyla bir projeye veya girişime yatırım yapması olarak tanımlanır⁹³. Müşareke sözleşmesi gibi kar elde edilmesi durumunda kar önceden paylaşılan oranda paylaştırılırken zarar oluşması durumunda sermaye sağlayıcı ortaya koymuş olduğu sermayesinden yatırım yapılan ise emeğinden ve ortaya konulan sermayeyi aşan zarardan sorumlu olmaktadır. Yatırım anlaşmalarının tarihsel kökenine inildiği zaman müşareke sözleşmesinin var olduğu dile getirilmekle birlikte aradaki benzerlik de bunu doğrular niteliktedir⁹⁴.

Yukarıdaki genel durumu diğer bir anlatımla özetlemek gerekirse faizsiz bankalar müşterilerine kural olarak doğrudan nakit ödeme yapmamaktadır. Bununla birlikte, nakdi kredi kapsamına giren fon kullandırma yöntemleri bulunmakta ancak bunlar daha çok peşin alıp kâr koyarak vadeli satma esasına dayanan murabaha ve ortaklık esasına dayanan mudarebe veya müşareke gibi yöntemlere dayalı olarak gerçekleştirilmektedir⁹⁵.

Müşareke sözleşmeleri aslında küçük finansman işlemlerinde de uygulanabilecek bir sözleşme olsa da bilhassa büyük montanlı işlerin finansmanının sağlanmasında müşareke sözleşmesinin katılım bankaları tarafından tercih edildiği piyasada bilinmektedir. Katılım bankaları kendi özkaynakları ve katılım fonlarından yararlanarak bazı projelerin hayata geçmesi için sözleşme karşılığı sermaye koyarak ortak olurlar. Burada katılım bankaları projeye emeklerini yönetimde bulunarak dâhil ederler. Projenin hayata geçmesinden sonra ortaya çıkacak kardan, sözleşmede belirlenen oranlar nispetinde pay alırlar. Eğer projenin hayata geçmesinden sonra zarar

⁹²AYUB, s.329 vd.

⁹³ ADIGÜZEL, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 134.

⁹⁴ BULUT/ER, s. 161 vd.

⁹⁵ TURAY, Fatih, Finansal Açıdan İslam Borçlar Hukuku, İstanbul, 2019, s. 63

meydana gelirse yine sözleşmedeki oranlar nispetinde zarar da taraflar arasında paylaşılır⁹⁶.

Kar-zarar ortaklığı projeleri şeklinde isimlendirilen çalışmalar da aslında İslam ekonomisinde ve dünyadaki diğer katılım bankaları tarafından kullanılan geleneksel yöntemlerden olan müşarekenin Türk katılım bankaları tarafından uygulanan modern halini ifade etmektedir. Türkiye’deki katılım bankaları uyguladıkları Müşareke finansmanlarına kar-zarar ortaklığı projeleri ismi verilmektedir. Müşareke finansmanı Türk hukuk literatüründe kar-zarar ortaklığı projeleri ismi ile anılmakla birlikte⁹⁷ sermaye ortaklığı adı ile de anılmaktadır⁹⁸. Dünya genelinde bakıldığında ise yine Türkçe anlamı kar-zarar ortaklığı olan “Profit Loss Sharing” veya Türkçesi yatırım ortaklığı olan “Joint Venture” isimleri kullanılmaktadır⁹⁹.

1. Müşareke Sözleşmesinin Uygulama Aşamaları

Katılım bankaları tarafından uygulanagelen sabit müşareke yönteminin işleyişi şöyledir¹⁰⁰:

1. Finansman talebi ile müşteri katılım bankasına başvuruda bulunur.
2. Katılım bankası müşteriye ve müşterinin sunduğu projeyi değerlendirir.

Projeyi kârlılığı, katılım bankacılığına uygunluğu, riskleri, uygulanabilir olup olmadığı gibi konularda; müşteriye ise sermaye durumu, ortakları, proje için göstereceği teminatları gibi konularda değerlendirir.

3. Katılım bankası tarafından proje ve müşteri değerlendirmesi olumlu sonuçlandığı takdirde katılım bankası ile müşteri arasında “Kâr ve Zarara Katılma Yatırım Sözleşmesi” imzalanır. Sözleşmede tarafların projeye koyacakları sermaye,

⁹⁶ ALTUNDERE DOĞAN, Merve Büşra / ERSOY, Arif, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi C. 12, S. 23, İstanbul, 2020, s.385 vd.

⁹⁷ TUNÇ, s.215.

⁹⁸ GÖRMÜŞ / ALBAYRAK, s.179.

⁹⁹ BAYINDIR, Servet, Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Sermaye Ortaklığının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Usûl İslam Araştırmaları, İstanbul, 2005, s. 140; benzer yorum için ALTUNDERE DOĞAN / ERSOY, s.389-390.

¹⁰⁰ TUNÇ, s. 144-145; ÖZSOY, Şerafettin, Sağlam Bankacılık Modeli ile Katılım Bankacılığına Giriş, 1. Baskı, İstanbul Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş. Yayınları, İstanbul, 2012, s. 178.

sermaye koyulan projenin kapsamı ve konusu, proje sonunda ortaya çıkacak kar veya zararın paylaşım esasları gibi ortaklığın temel şartları belirlenir.

4. Banka ile girişimci, iş planını müzakere eder ve ortak bir şekilde girişime fon yatırırlar.

5. Banka ile girişimci, ortak girişim şeklinde bir girişim kurarlar; banka ile girişimci arasında ortaklık müzakerelerinde varılan anlaşmadaki koşullara bağlı olarak girişimin faaliyetlerini yönetirler ve sorumluluk taşırlar. Ortak girişim kâr veya zarar ile sonuçlanır.

6. Proje sonunda ortaya çıkan kar veya zarar ortaklar arasında sözleşme kapsamında belirlenen oranlar nispetinde paylaşılır¹⁰¹.

7. Kâr edilmesi durumunda; kâr, önceden anlaşılmış oranlar üzerinden banka ve girişimci arasında paylaşılır.

8. Zarar edilmesi durumunda; zarar, ortak girişime yatırılan fon oranında banka ve girişimci tarafından karşılanır. Bunun sonucunda ortak girişimdeki bankanın ve girişimcinin payında bir değişiklik olmaz, ancak ortak girişim değer kaybeder¹⁰².

9. Müşareke şeklinde oluşturulan ortaklık belirlenmiş bir süre boyunca müşareke şartları çerçevesinde devam eder. Belirlenen süre sona erdiğinde müşteri, müşareke anlaşmasına konu olan projeye veya mülke sahip olmak istemesi durumunda katılım bankasının payını peyderpey satın alır. Gelirdeki payı ortaklıktaki hissesine bağlı olduğu için katılım bankasının gelirdeki payı gitgide azalır. Bütün paylar müşteriye devrolduğunda ortaklık konusu proje müşterinin mülkiyetine geçer¹⁰³.

¹⁰¹ BAYINDIR, Servet, Fıkhi ve İktisadi Açından İslami Finans (Para ve Sermaye), İstanbul, 2015, s.57-58.

¹⁰² ÇETİNKAYA, Harun, Katılım Bankacılığında Risk Yönetimi Batı Akdeniz Bölgesinde Ampirik Bir Araştırma, İstanbul, 2018, s.72; BULUT, Halil İbrahim / ER, Bünyamin, Katılım Bankacılığında İki Yeni Finansal Teknik Önerisi Mudaraba-Risk Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Mudaraba-Risk Sermayesi Yatırım Fonları Finansal Yenilik ve Açılımları ile Katılım Bankacılığı, TKBB Yayınları, İstanbul, 2009, s.25-29.

¹⁰³ ŞAHİN, Ekrem, Türkiye'de Düünden Bugüne Katılım Bankaları. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, İstanbul 2007, s. 55.

2. Müşareke Sözleşmesinin Mudarebe Sözleşmesinden Farkları

Mudarebe ve müşareke sözleşmeleri işleyiş bakımından birbirine çok benzeyen iki yöntemdir. Bu iki yöntemi birbirinden ayıran en büyük fark emeğe ortaklıktır. Müşareke yönteminde yatırımcı sermayeye ortak olmasının yanında yönetimde yer almak suretiyle emeğe de ortak olmuş olur. Fakat mudarebe yönteminde ortaklardan biri sadece emeğini ortaya koyarken diğeri ise sadece sermayesini ortaya koymaktadır¹⁰⁴. Müşareke ve mudarebe sözleşmelerinin işleyişi bakımından ikinci büyük fark ise projenin zarar etmesi durumunda ortaya çıkar. Müşareke yönteminde zarar ortaklar arasında paylaşılırken mudarebe yönteminde ise zarar doğrudan sermaye yoluyla ortaklığa katılan tarafa yansımaktadır¹⁰⁵. Mudarebe ve müşareke finansman yöntemleri işleyiş açısından benzerlik gösterse de aralarındaki farklar sistematik olarak şu şekilde ortaya konulabilir:

❖ Sermayenin sağlanması açısından değerlendirildiğinde; müşarekede tüm taraflar sermaye sağlarken mudarebede sermaye, sadece mal sahibi banka tarafından sağlanır¹⁰⁶.

❖ Müşareke ortaklığında tüm tarafların yönetime katılma hakkı vardır. Mudarebede ise; sermaye sağlayıcı banka yönetime katılamaz; işin yönetimi sadece müşteri tarafından gerçekleştirilir¹⁰⁷.

❖ Zarar oluşması durumunda, müşarekede tüm taraflar ortaklıktaki sermayeleri oranında zararı karşılarlar¹⁰⁸. Mudarebede ise müşterinin sermayeye bir katkısı olmadığı için zarar sadece banka tarafından karşılanır¹⁰⁹.

❖ Müşarekede tarafların sınırsız sorumluluğu vardır. Mudarebede ise; bankanın sorumluluğu sınırsız olmayıp yatırdığı sermaye ile sınırlıdır.

¹⁰⁴ AYUB, s. 350-351.

¹⁰⁵ ALTUNDERE DOĞAN / ERSOY, s.292.

¹⁰⁶ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.344.

¹⁰⁷ TUNÇ, s. 140.

¹⁰⁸ Bu sözleşmenin esasen tipik bir Kar-Zarar Sözleşmesi olduğuna yönelik yorum için Bkz. TUNÇ, s. 144.

¹⁰⁹ AKIN, s. 149.

❖ Müşareke ortaklığında tüm aktifler, tarafların aktardığı sermaye tutarı ile doğru orantılı olarak tarafların ortak varlığıdır. Bunun nedeni tarafların sermayelerini müşareke fonunda toplamasıdır. Ortaklık sonucunda kâr olmadığı durumda bile taraflar, aktiflerin değer kazanmasından kazanç sağlaması mümkündür. Mudarebede tüm aktiflerin banka varlığı olmasından ötürü müşterinin kâr paylaşımına katılabilmesi için, aktiflerin kârlı bir şekilde satılması gerekmektedir. Aksi durumda müşteri, aktiflerin değer kazanmasından herhangi bir pay alamaz¹¹⁰.

Sonuç olarak müşareke sözleşmesinde bütün taraflar, ortak işe bir katkıda bulunur ve o iş için çalışır. Mudarebede bir ortak fon sağlar ve diğer ortak da girişimci olarak faaliyet gösterir ve kâr karşılıklı olarak anlaşılan ve önceden belirlenen bir oranda paylaşılır.

C. Teverruk sözleşmesi.

İslam Fıkıh Akademisi (MFİ)¹¹¹ teverruku şöyle tanımlamıştır: “Bir kimsenin, nakit elde etmek için satıcının elinde ve mülkünde olan bir malı vadeli olarak satın alıp, daha sonra satıcının dışında başka bir müşteriye nakit olarak satmasına teverruk denir”¹¹².

Teverrukun terim anlamı hakkında günümüzde kabul edilen genel tanımı ise şu şekildedir: Nakde ihtiyaç duyan bir kimsenin, bu ihtiyacını karşılama maksadıyla veresiye olarak değerinden fazla miktara satın aldığı malı, satıcının dışında başka bir müşteriye aldığı fiyattan daha düşük bir bedelle peşin olarak satmasıdır¹¹³. Satıma

¹¹⁰ BULUT / ER, s. 29.

¹¹¹İslam Fıkıh Akademisi hakkında detaylı bilgi için Bkz. MECMAU’I-FIKHI’I-İSLÂMÎ - TDV İslâm Ansiklopedisi (islamansiklopedisi.org.tr)

¹¹² ÇETMİ, Durmuş, İslam Hukukunda Teverruk Ve Günümüz Uygulaması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2018, s.13.

¹¹³ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK, s.229; TUNÇ, s.157-158. ÇETMİ, s.13; GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.229; ÇEMBERLİTAŞ, İbrahim, AAOIFI VE UFRS’ye Göre Teverruk Uygulaması Muhasebeleştirilmesi Ve Raporlanması, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.49

konu malın İslam dini esaslarına göre para, altın veya gümüş olmaması gerekmektedir. Zira bu ihtimalde paranın veya parasal değerin satışı yani faiz söz konusu olacaktır¹¹⁴.

İslam bilginleri tarafından katılım bankacılığına uygun olup olmadığı yönünde ciddi tartışmaları bünyesinde toplayan teverruk sözleşmesini ittifakla caiz olmadığı kabul edilen “ıyne” satımından ayıran en önemli fark, ıyne satışında vadeli olarak satın alınan malın bu malı satana daha ucuz ve peşin olarak geri satılması ile ilgilidir. Bu durumda tanım olarak “ıyne” satımı söz konusu olur ve bu durum caiz değildir, vadeli satın alınan mal üçüncü bir şahsa peşin satılırsa “teverruk” olur¹¹⁵.

Günümüzde bireysel, organize ve ters teverruk sözleşmeleri olmak üzere 3 çeşit teverruk sözleşmesi uygulaması söz konusudur. Bireysel teverruk kişinin nakit para elde etmek amacı ile muayyen bir malı vadeli şekilde satın alıp, bu malı satıcı haricindeki üçüncü bir tarafa peşin olarak satılması işlemine denir¹¹⁶. Bireysel teverruk uygulamasına örnek vermek gerekirse; nakde ihtiyacı olan kişi, peşin fiyatı 100 vadeli fiyatı 110 olan bir malı, bir satıcıdan vade ile 110 liraya satın alıp başka bir tacire (Aynı tacire peşin satış yapılması halinde bu durum ıyne satışı kapsamına sayılmaktadır) 100 tl bedel ile satılması ile nakit elde etmiş olur.

Organize Teverruk ise nakde ulaşmak isteyen kişinin/kurumun, vadeli olarak mal satışı yapan satıcı tarafın ve malı peşin bedelle mülkiyetine geçirecek olan alıcı tarafın belirli kurallar (malın gerçekte var olması, vaat varsa tek taraflı olması, alınıp satılan metanın altın vb. olmaması ve alıcı/satıcının farklı olması) çerçevesinde taleplerini gerçekleştirme imkânı buldukları işlemdir. Bireysel teverruk kurumunun bu işlemi meslek olarak yürüten katılım bankaları aracılığı ile yürütülmesidir. Faizsiz bankalar tarafından yapılandırmaya alternatif olarak sunulan teverruk işlemi olarak da nitelendirilmektedir¹¹⁷. Katılım bankalarının kredilerini ödemekte güçlük çeken müşterilerine mevduat bankalarındaki yapılandırma sözleşmelerinin muadili olarak teverruk sözleşmeleri teklif edildiği ve uygulandığı bilinen bir durumdur¹¹⁸. Bu

¹¹⁴ Buna ilişkin içtihat ve tartışmalar için Bkz. GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.273; AYUB, s.373-374.

¹¹⁵ AKTEPE, s. 112; BAFRA, s. 88; YANPAR, s. 172.

¹¹⁶ ÇETMİ, s.54-55.

¹¹⁷ BAYINDIR, Servet, Fıkhî ve İktisadî Açidan İslamî Finans, s.205.

¹¹⁸ Ancak bu yöntemin ancak zorunlu durumlarda son çare olarak kullanılmasına yönelik olarak Bkz. SANCAR, Mustafa Afşin, Türkiye’de Teverruk Ve Yeniden Yapılandırmada Teverruka Alternatif Bir Ürün Olarak Yeniden Yapılandırma Tekafül Fonu İslam Ekonomisi Ve Finansı Dergisi, S.2, İstanbul,

hususta yapılandırma müşterisinin borçlarından ötürü kullanacağı tevrruk sözleşmesini başka bir katılım bankası ile imzalaması gerektiği yönünde TKBB Danışma Kurulunun tavsiye kararı mevcuttur¹¹⁹.

Ters tevrruk ise sermaye sahibi tarafından fon ihtiyacı olan kuruma piyasalarda tevrruk işlemine uygun emtianın temini, vadeli satın alınıp peşin olarak satılması neticesinde nakit ihtiyacının karşılanması sureti ile icra edilen tevrruk yöntemi olup¹²⁰ somut uygulamasına kurumsal bankacılıkta esasen nakit kredi talebini karşılamının dışında dünyadaki örneklerine nazaran ülkemizde yeterinde rastlanılmamaktadır¹²¹. Bu anlamda yazımızda kullanılan tevrruk ifadesinden organize tevrruk sözleşmesi anlaşılmalıdır.

Faizsiz bankalarda tevrrukun kullanım amaçlarını iki başlık altında incelemek mümkündür. Bunlardan birincisi, nakit likidite yönetimi olup bireylerin fon ihtiyaçlarını karşılamaya veya elinin altındaki fazla fonu kullanmaya yönelik uygulanan işlemlerdir. İkincisi ise borçların yapılandırılması adı altında müşterilerin ödemede zorluk çektikleri borçlarını toplu bir şekilde kapatmaya yönelik uygulanan işlemdir. İlk yöntemin aslında gerçek bir satım olmadığına ve dolayısı ile katılım bankacılığı ilkeleri ile bağdaşmayan bu gerçek dışı işlemin¹²² uygulanmamasına yönelik kayda değer sayıda eleştiri olmakla birlikte tevrruk sözleşmesinin yapılacaksa ancak zor durumdaki müşterinin borçlarının ödenmesinin kolaylaştırılması için sınırlı şekilde uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim AAOIFI'nin 2015 yılı raporunda görülebileceği üzere kurumların nakit kredi vermek amacıyla değil müşterilerin mutlak zararını önlemek amacıyla ve tevrruk uygulamasının İslami finans prensiplerince aykırılık teşkil etmeyecek şartların

2019, s.276-277, ayrıca Bkz. TKBB tarafından ilan edilen 02.03.2021 tarihli tevrruk Standardının 2.4. maddesi(<https://tkbbdanismakurulu.org.tr/uploads/standartlar/bb8e98b97bf9157d54125d6349a36d1d.pdf>);

¹¹⁹ Detaylı değerlendirme için Bkz. Tevrruk Standardının 1.4. maddesi.

¹²⁰ BAYINDIR, Servet, Fıkhî ve İktisadî Açıdan İslamî Finans s.206.

¹²¹ Her gün sadece Londra Metal Borsasında körfez bölgesinde yerleşik katılım bankaları tarafından 3 ila 5 Milyar dolar değerinde tevrruk tahsisine tabi işlem yapıldığına ve bununla birlikte Avrupa Bankalarınca da her gün buna yakın tutarlarda tevrruk işlemi yapıldığına yönelik Bkz. TUNÇ, s.159-160

¹²² Alım satım işleminin gerçek dışı olmaması halinde dahi bunun İslami Finans ile bağdaşmayan sistemik bir sorun olacağına yönelik görüşler de yaygındır. AYUB, s.374.

sağlanması kaydı ile kısıtlı olarak kullanılması gerekmektedir. Teverruk, esasen, bir yatırım ve finansman yöntemi değildir. Şartlarına riayet edilmesi kaydı ile yalnızca ihtiyaç durumu için caiz görülmüştür¹²³.

Faizsiz bankalar müşterilerinin nakit ihtiyacını karşılamada genellikle teverruk işlemini kullanmaktadır. Faizsiz bankaların mevcut finansman yöntemleri müşterilerin nakit gereksinimlerini doğrudan karşılamaya elverişli olmaması, teverruk işlemine başvurmalarına neden olmuştur. Teverruk talebinde bulunan müşteriler, tedavi, bedelli askerlik, eğitim, evlilik ve benzeri alanlarda ortaya çıkan nakit ihtiyaçlarını karşılayamadığı durumlarda teverruk işlemine başvurmaktadırlar. Banka da müşterilerinin nakit ihtiyaçlarını karşılamak için teverruk yoluyla genellikle uluslararası maden alım satımı yaparak gerçekleştirmektedir¹²⁴.

Teverruk işleminin uygulanması özetle ve sırası ile şu şekilde gerçekleşmektedir:

- ❖ Müşteri, bir şubeye giderek içinde bulunduğu özel hali açıklayarak finansman talep etmektedir.
- ❖ Banka da müşterinin bu talebinin karşılanabilirliğini katılım bankacılığı ilkelerine göre inceledikten sonra eğer uygun görürse müşteriye satılmak üzere uygulamada yaygın şekliyle Londra Metal Borsası'ndan peşin ve nakit olarak metal satın almaktadır.
- ❖ Alınan bu mal sonrasında müşteriye vadeli olarak satılmaktadır¹²⁵.
- ❖ Daha sonra müşteriden işlem öncesinde alınan vekâlet gereği bu mal, onun adına borsada başka bir brokera satılmakta ve bedeli de müşterinin hesabına nakit olarak yatırılmaktadır¹²⁶.

¹²³ Faizsiz Bankacılık Standartları (AAOIFI), [https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/9201/Faizsiz-Finans-Muhasebe-Standartlar%C4%B1-\(FFMS\)](https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/9201/Faizsiz-Finans-Muhasebe-Standartlar%C4%B1-(FFMS)) (Erişim tarihi: 12.04.2020) s. 575-576.

¹²⁴ Nitekim katılım bankalarının ilan edilen genel kredi sözleşmelerinde teverruk işleyişine ilişkin kayıtlara yer verilmektedir. Örnek olarak Albaraka Türk Katılım Bankası A.Ş.'nin ilan edilen genel kredi sözleşmesinde açıkça şu maddeler yer almaktadır: "Teverruk; Bankacılık Kanunu madde 48/(2) ve Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik madde 19/(1)-(a) kapsamında Banka tarafından satın alınan Mal'ın/Emtia'nın (kıymetli maden, metal gibi emtianın) Müsteri'ye kâr beyan etmek sureti ile satımı yoluyla kullanılan finansman türüdür".

¹²⁵ Katılım bankaları tarafından verilen bu bilginin yanıltıcı olduğuna bunun gerçek bir alım satım ilişkisi değil ancak bir fiyatlandırma ilişkisi olduğuna yönelik itiraz için Bkz. SANCAR, s.175 .

¹²⁶ AKTEPE, s. 114; TUNÇ, s. 159; GÖRMÜŞ / ALBAYRAK, s. 228; TUNÇ, s.135.

D. Murabaha Sözleşmesi

Murabaha sözleşmesi katılım bankacılığında açık ara en çok uygulanan sözleşme modeli olup¹²⁷ bir tanım vermek gerekirse müşterinin talebi üzerine onun ihtiyaç duyduğu malın veya hizmetin banka tarafından peşin olarak satın alınması ve müşteriye kar ve vadesi önceden belli bir ödeme planı üzerinden geri satılmasıdır¹²⁸. İslami bankacılık içerisinde kredilendirmenin gerçek ve belirli bir ihtiyacı görmesine en uygun örneklerden olan bu sözleşme modeli, katılım bankalarının yürüttüğü işlemleri içerisinde en yaygın gayri nakdi kredi uygulaması olarak görülmektedir. Önemine ve ciddi pazar payına istinaden aşağıda bu sözleşmenin konusu, tarafları, unsurları ve hükümleri etraflıca incelenecektir.

¹²⁷ TUNÇ, s.135.

¹²⁸ CANBAZ, s. 191; DİKKAYA, Mehmet / KUTVAL, Yusuf, Katılım Bankacılığı Türkiye Örneği, Ankara, 2014, s. 43.

İKİNCİ BÖLÜM

MURABAHA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve GEÇERLİLİK ŞARTLARI

I. Murabaha Sözleşmesinin Uygulamadaki Görünüm Şekilleri

Bilinen yaygın tanımı ile murabaha sözleşmesi, müşterinin talebi üzerine onun ihtiyaç duyduğu malın veya hizmetin banka tarafından peşin olarak satın alınması ve müşteriye kar ve vadesi öncesinden belli bir ödeme planı üzerinden geri satılması olarak ifade edilebilecek bir sözleşme modelidir¹²⁹. Ayrıca gerek işleyişindeki basitlik gerekse de risk faktörünün banka nezdinde minimize edilmiş olması nedeni ile uygulamada katılım bankalarının ağırlıklı kredilendirme yöntemi durumundadır¹³⁰. Murabaha sözleşmelerini bankacılık sistemi içerisinde özgün kılan husus ise gerçek anlamı ile bir satış işlemi ile bir ihtiyacın giderilmesidir¹³¹. En basit ifade şekliyle bankalar kredi çalışması ile ihtiyaç için müşterilerine para sağlayıp faizle anaparayı geri talep ederken; katılım bankalarının murabaha sözleşmesi ile ihtiyaç konusu mal veya hizmeti müşterisi için peşin satın alarak yine müşterisine vadeli olarak geri satması söz konusudur.

Murabaha sözleşmesinin günümüz finans piyasalarında kabul gören hali kaynağını tarihsel süreç içerisinde şekillenen ticari ve bireysel pazar ihtiyaçlarından almıştır. Nitekim kısaca özetlemek gerekirse geç dönem Osmanlı ekonomisinde de sermaye yönetiminin adil şekilde dağılımı ve müreffeh toplum hedefi ile varlık gösteren para vakıflarının olduğu bilinmektedir. Bu vakıflar halkın kredi ihtiyacının karşılanması ve toplum içinde karaborsacılığın, stokçuluğun ve tefeciliğin varlık bulmaması amacıyla, ihtiyaç konusu malı satın alarak alıcıya maddi imkanları

¹²⁹ Bkz. Dn. 128.

¹³⁰ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.178.

¹³¹ AKTEPE s.100.

elverdiği şekilde satmışlardır¹³². Vakıflarca yapılagelen bu amme hizmetinin benzer bir modelinin murabaha sözleşmeleri adı altında günümüzde modern bankacılığın tüm imkanlarını uhdesinde barındıran katılım bankalarınca devam ettirildiği söylenebilecektir. Murabaha sözleşmesinin bankacılık sistemi ve serbest ekonomiler içerisinde ilk modern hali ise 1976 yılında Mısır Arap Cumhuriyetinde gerçekleşmiştir¹³³.

Murabaha sözleşmeleri özelinde klasik-geleneksel ve modern olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu ikili sınıflandırmanın temelinde piyasa koşullarına uygunluk anlamında kendiliğinden gelişen birtakım uygulama farklılıkları bulunmaktadır.

A. Klasik / Geleneksel Murabaha Sözleşmesi

Klasik - geleneksel murabaha sözleşmesi içerisinde, alıcı olan kişinin, finansör vekili sıfatıyla vekaleten görüşmesi hariç olmak üzere sözleşmesel bir ilişkide bulunması söz konusu değildir¹³⁴. Klasik murabaha sözleşmesine göre alıcının ilk satıcıdan bir mal veya hizmeti ne kadar bedelle mal ederek ne kadar bedel ve kar ile kendisine satılacağı hakkında bilgilendirme yapılmaktadır¹³⁵.

Klasik murabaha sözleşmesinde satıcının ilk satıcıdan mal veya hizmeti satın almasının geçerli olması, alıcı kişinin satıcının alış ve satış fiyatları arasındaki farktan yani sözleşmeden elde edilen kardan alıcının bilgi edinmesi ve son olarak sözleşme konusunun altın/gümüş gibi faiz konusu oluşturabilecek mallara ilişkin olmaması

¹³² ÇİFTÇİ, Cafer, 18. Yüzyılda Bursa Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri, TAD 2004, C. 23, S. 36, s. 81; Osmanlı Devleti döneminde söz konusu ihtiyacın karşılanması adına Murabaha Kanunu'nun yürürlükte olduğuna dair Bkz. CEBECİ, s. 41.

¹³³ 1976'da Mısır'da Sami Hasan Hammûd tarafından ilk defa ortaya atılarak finans piyasalarına kazandırılmıştır. Detaylı bilgi için Bkz. CEBECİ, s. 22.

¹³⁴ DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, Murabaha, İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 2006, <https://islamsiklopedisi.org.tr/murabaha> Anılış: Murabaha

¹³⁵ SÜRÜCÜ, Şükrü, İslami Finans Malezya Türkiye Karşılaştırması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat ABD Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2018, s. 23; CEBECİ, İsmail, Modern İslam Literatüründe Murabaha Tartışmaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 29-30.

şartları bulunmaktadır¹³⁶. Günümüzde bankaların dahil olduğu kredilendirme sistemi içerisinde söz konusu modelin uygulama alanı bulunmamakta olup bankacılık sektöründe murabaha sözleşmesi piyasa gerekliliklerine göre revize edilerek modern murabaha sözleşmesi şeklinde uygulama alanı bulmaktadır¹³⁷.

B. Modern Murabaha Sözleşmesi ve İşleyişi

Tanım olarak modern anlamda murabaha sözleşmesi, satıcı sıfatı taşıyan ve elindeki sermayeyi değerlendirmek isteyen kişinin (katılım bankası), alıcının talep ettiği mal veya hizmeti ilk satıcısından peşin alarak alıcıya belirli bir kar ve vade/taksitlendirme üzerinden sattığı bir sözleşmedir¹³⁸. Murabaha sözleşmesinin modern şekli aslında zaman içerisinde sürekli uygulanan ve somut problemlere göre yer yer yeniden yorumlanan klasik murabaha sözleşmesinin gelişimine ve değişimine ilişkin bir tasniftir.

Her ülkenin hukuk sisteminin getireceği kıstas ve sınırlamalar ile farklı prosedürleri gerektirse de uygulamada murabaha sözleşmesinin tesis edilmesi ve kredi tahsisinin yapılmasını dört aşamada sıralamak mümkündür¹³⁹.

1. Müşteri yani alıcı kişi ister tacir isterse tüketici sıfatı ile somut olarak fiyatlandırılması mümkün bir ihtiyacını karşılaması için katılım bankasına kredi/finansman başvurusunda bulunur¹⁴⁰.

2. Katılım bankası öncelikle müşteri tarafından alınması istenilen mal veya hizmetin katılım bankacılığının temel prensiplerine uygun olarak satın alınması mümkün bir mal/hizmet olup olmadığına ilişkin araştırmasını yürütür. Bu aşamada katılım bankası gerekli görmesi halinde kendi danışma kurularından bu konuda görüş alır. Buna ek olarak alıcının kredi külfetini üstlenip üstlenemeyeceğine ilişkin araştırma da katılım bankası tarafından yürütülerek müspet karar alınması, anlaşmanın

¹³⁶ CEBECİ, İsmail, s. 30-36; KURU, s. 7; DÖNMEZ, Murabaha.

¹³⁷ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s. 387.

¹³⁸ AKTEPE, s. 84; DİKKAYA/KUTVAL, s. 43; KURU, s. 12; TUNÇ, s. 135.

¹³⁹ CEBECİ, s. 35; TUNÇ, s. 12; YANPAR, s. 156.

¹⁴⁰ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.255-256.

yazılı ve uygulamada genel işlem şartlarından müteşekkil standart sözleşmelere bağlanması söz konusudur.

3. Katılım bankası gerek kurumsal olmanın vermiş olduğu sektörel tecrübe gerekse peşin likit para ile sözleşme konusunu talep etmenin doğal sonucu olarak piyasanın rayiç koşullarına göre belirlenen bir fiyattan mal veya hizmeti doğrudan ilk satıcıdan satın alır.

4. Müşterinin bankadan talepte bulunduğu kredi başvurusu ve akdedilen kredi sözleşmelerine istinaden müşteri katılım bankasından sözleşme konusu şeyi önceden belirlenen vade ve kar oranı üzerinden satın alır ve kredi ilişkisi ikame edilir.

Murabaha sözleşmesini bu dört temel adıma indirgeyerek incelemek mümkündür. Bu plan ve yerleşik işleyiş muvacehesinde sözleşmenin tarafları ve karşılıklı üstlenilen sorumlulukların neler olduğunu kısaca tasnif etmek gerekirse; uygulamada müşteri şeklinde isimlendirilen ve satıcıdan yani bankadan bir malı/hizmeti almayı taahhüt eden alıcı tarafların ilkidir. Bu mal veya hizmetin banka tarafından satın alındığı ilk satıcı murabaha sözleşmesinde diğer unsurdur. Murabaha sözleşmesinde son unsur ise; ilk satıcıdan alıcının talepleri doğrultusunda satın alım işlemini gerçekleştirerek alıcıya yine alıcı ile akdedilen sözleşme uyarınca kararlaştırılan kar, vade taksitlendirme üzerinden sözleşme konusu mal veya hizmeti satan ikinci satıcı yani banka olmak üzere üç köşeli sözleşmesel bir yapı bulunmaktadır¹⁴¹.

C. Klasik Murabaha Sözleşmesi İle Modern Murabaha Sözleşmesi Arasındaki Benzerlikler ve Farklar

Klasik ve modern murabaha sözleşmesinin birtakım farkları bulunmaktadır. Ancak modern veya klasik olsun tüm murabaha sözleşme süreç ve kalıplarında ortak nokta alıcı tarafından sözleşme konusunun ilk satıcıdan ne kadar tutar karşılığında

¹⁴¹ TUNÇ, s. 136; ÖZYURT, Kıvanç, Banka Kredilerine Alternatif Olarak Murabaha Modelinin İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2015, s. 49.

alındığının ve ne kadar tutara satılacağıının yani elde edeceği karın bilgisine müşterinin açıkça sahip olmasıdır¹⁴².

Modern murabaha sözleşmesinin klasik murabaha sözleşmesinden ayrılan en temel yanı kredi imkanı sunacak kişinin bunu meslek olarak yapması ve dolayısı ile tahsis teklifinin doğrudan satıcı olan bankadan gelmesidir¹⁴³.

Gerek bankanın halihazırda maliki olmadığı bir ürünü satmayı taahhüt etmesi gerekse bir ürünü almak için müşterinin aslında sözleşmeye konu ürünün hamisi olmayan bir bankaya borçlanmasına ilişkin pek çok fıkhi tartışma olmakla birlikte konunun dağılmaması ve çalışmamızın hukuki niteliğinin korunması adına çalışmamızda ayrıntılarına yer verilmemiştir¹⁴⁴.

II. Mevzuatta Murabaha Sözleşmesinin Düzenlenişi

Murabaha sözleşme sisteminin piyasaya kazandırılması adına ilk yasal düzenlemeler özel finans kuruluşlarının ülkemizde faaliyet göstermesine ilişkin 1984 tarihli tebliğde yer almaktadır¹⁴⁵. Ancak söz konusu düzenlemede murabaha konusu kredi kullandırılan malın kredi kuruluşu tarafından doğrudan satın alınması ardından müşteriye tüm külfetleri ile gerçek bir satışın gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bu anlamda bu düzenlemenin yürürlükten kalktığı 2001 yılına kadar salt kredilendirme özelinde dahi mükerrer faturalandırma ve vergilendirme masraflarının olduğu, bu anlamı ile söz konusu külfetlerin müşterilere yansıtıldığı görülmektedir. İlgili tebliğ 2006 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

¹⁴² GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.255.

¹⁴³ KURU, s. 12.

¹⁴⁴ Konuya ilişkin fikir teatileri için bkz. YANPAR, s. 155 vd. Modern ve Klasik murabaha sözleşmesinin şekli ve işlevsel farklılıklarına ilişkin etraflı çalışma için Bkz. CEBECİ, s. 36-40. Katılım bankasının maliki olmadığı murabaha konusu almadan önce müşterisinden aldığı beyanın niteliğine, gerekliliğine ve bağlayıcılığına ilişkin durumların fıkhen tartışmalı olup olmadığına yönelik çok sayıda çalışma yapılmış olup değinmekle yetiniyoruz. Bu çalışmalar için Bkz. YANPAR, s. 70. AKTEPE, s. 86; DÖNMEZ (Garar), Söz konusu vadin bağlayıcılığı ile ilgili olarak ise Bkz. CEBECİ, s. 67-89.

¹⁴⁵ Bkz. 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.

Güncel pozitif düzenlemelere bakıldığında katılım bankalarının fon / kredi kullandırma yöntemleri 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin¹⁴⁶ 19. maddesinde düzenlenmiştir. Katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri ilgili maddede satım yöntemleri, kiralama yöntemleri, ortaklık yöntemleri, vekâlet yöntemleri ve diğer yöntemler şeklinde beş başlıkla sınırlı olarak sayılmaktadır. Maddedeki yöntemlerden Satım yöntemleri, Finansman sağlama amacıyla müşterinin ihtiyaç duyduğu her türlü maddi ve gayri maddi mallar ile hak ve hizmetin, bedeli satıcıya ödenerek tedarik edilmesi işlemi olarak tanımlanmıştır. Satım yöntemleri; kâr beyanı ile satım (murabaha), kârsız satım (tebliye), pazarlık usulüyle satım (müsaveme), peşin ödemeli satım (selem), açık hesaplı satım (isticrar), kâr beyanı ile emtia satımı (teverruk) ve eser sözleşmesi (istisna) türlerinden oluştuğu ilgili maddede açıkça belirtilmiştir. Ancak bu sözleşme türlerinin açıkça ismen belirtilmesine rağmen ne bu yönetmelikte ne de başkaca bir mevzuatta bu sözleşmelerin tanımına ve/veya unsurlarına ulaşmak mümkündür.

Murabaha sözleşmelerinin içerik olarak mevzuatta son derece sınırlı olarak yer alması halihazırda bir hukuk boşluğu problemi olarak değerlendirilebilecektir. Katılım bankalarının salt kendi politikaları ile murabaha yorumlamalarına girişmemesi adına yürütülen birtakım çalışmalar da TKBB danışma kurulu nezdinde yürütülmektedir¹⁴⁷. Konumuzla doğrudan alakalı olan danışma kurulu kararı ise Bankacılık Düzenleme ve

¹⁴⁶ RG. T. 01.11.2006, S. 26333

¹⁴⁷ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (Kurul) 22.02.2018 tarihli ve 7736 sayılı Kararı ile "faizsiz bankacılığa ilişkin meslek ilke ve standartlarını belirlemek, tarafsız ve kararlarında bağımsız olarak hizmet vermek üzere Türkiye Katılım Bankaları Birliği (TKBB) bünyesinde Danışma Kurulu kurulmuştur. Katılım bankalarının yanı sıra faizsiz finans faaliyeti yürüten kuruluşların faizsiz ilke ve esaslara uygun olarak faaliyet göstermelerinde yol gösterecek merkezi bir danışma kurulunun ihdası ve bu sahada standardizasyon sağlanması, sektöre yönelik algının iyileştirilmesi ve özellikle de yeni ürünlerin geliştirilmesinde önemli katkılar sağlayacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte kalkınma ve yatırım bankalarına da münhasıran faizsiz yöntemlerle sağlamış oldukları kaynaklarla sınırlı olmak üzere 01.01.2020'den itibaren faizsiz finans yöntemlerine dayalı finansman sağlama imkanı da getirilerek sektörün büyümesine yönelik önemli bir adım atılmıştır. Bilindiği üzere 5411 sayılı Bankacılık Kanunu madde 77/3'te "Katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarınca faizsiz yöntemlerle gerçekleştirilebilecek faaliyetlere ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurul yetkilidir." hükmü, Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik (Yönetmelik) madde 19'da detaylandırılarak her bir finansman yöntemine ilişkin standartların Kurulun uygun görüşü alınmak suretiyle TKBB tarafından belirleneceği" yönünde düzenlenmiştir.

Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından onaylanan ve yürürlüğe giren murabaha standardıdır¹⁴⁸.

BDDK'nın 06.05.2021 tarihli ve 9556 sayılı Kararı ile, TKBB bünyesindeki Danışma Kurulu tarafından hazırlanan Murabaha Standardı BDDK tarafından Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 19'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrası çerçevesinde uygun görülmüş ve katılım bankalarının yanı sıra aynı madde ve takip eden fıkrası uyarınca bağlayıcı olmasına karar verilmiştir. Yine BDDK'nın 03.06.2021 tarihli ve 9603 sayılı Kararı ile; ilgili Murabaha Standardının 01.01.2022 tarihinden itibaren geçerli olduğuna yönelik karar verilmiştir. Şüphesiz bu erteleme gerektiren bankaların kendi uygulamalarının yayınlanan standarda uygunluğunun temin edilmesi için zamana ihtiyaç duyulmasıdır. Çalışmamızda ilgili standart yazıları yeri geldikçe çeşitli başlıklarda anılacaktır.

III. Murabaha Sözleşmesinin Kuruluşu

A. Murabaha Sözleşmesinin Tarafları

Her ne kadar murabaha sözleşmesi sadece müşteri ve banka arasında değil murabaha konusu mal veya hizmetin satıcısının hatta bu ilk satıcının taşeronlarının da dahil olduğu çok yönlü bir sözleşmesel ilişkiye neden olsa da sözleşmenin tarafları finansör katılım bankası ve kredi konusu mal veya hizmeti murabaha yöntemi ile almak isteyen müşteridir¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Murabaha Standart'larının güncel olarak yayınlanan tam metinleri için Bkz: <https://tkbbdanismakurulu.org.tr/uploads/standartlar/ac2e3876713408175ef81c949f8bacdf.pdf>

¹⁴⁹ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.255-256, Murabaha sözleşmesinin bu iki tarafa ek olarak satıcı/sağlayıcının da dahil olduğu 3 taraflı bir sözleşme olduğuna yönelik görüşler de yer almakla birlikte sözleşmenin kurulması için değil ancak sözleşmeden amaçlanan sonucun ikamesi için gerekli olan üçüncü tarafın iradesinin sözleşmenin kurucu unsuru olduğu fikrine bu gerekçe ile katılmıyoruz. Aksi yönde Bkz. TUNÇ, s.137.

1. Finansman Sağlayan Katılım Bankası

Tarihsel manada murabaha sözleşmesinin kredi sağlayan tarafının mutlaka bir katılım bankası olması şart değildir. Zira bu sözleşme inisiyatifinin ilk ortaya çıkışı modern bankacılığın varlığından eskiye dayanmaktadır¹⁵⁰. Ancak konumuz gereği incelenen murabaha sözleşmesinin modern murabaha sözleşmesi olması nedeni ile ancak bir katılım bankasının kredi veren sıfatıyla sözleşmenin bir tarafı olacağı açıktır. Sözleşme tarafı bankanın Bankacılık Kanunu'nun 6. maddesi gereği faaliyet izni olan ve tasfiye sürecinde olmayan bir katılım bankası olması gerekmektedir¹⁵¹.

2. Finansman Sağlanan Banka Müşterisi

Murabaha sözleşmesinin diğer tarafı kuşkusuz kredi talep eden banka müşterisidir. Kredi tahsis edilen müşterinin gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ehliyet kısmına değinilecektir.

B. Murabaha Sözleşmesinin Unsurları

Murabaha sözleşmesinin unsurlarını kısaca şu dört maddedeki gibi sayılabiliriz: Sözleşme konusunun halihazırda müşterinin mülkiyetinde olmaması, tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında mutabık olması, satıcıya peşin ödeme yapılması, kararlaştırılan kar üzerinden taksitli geri ödeme taahhüdü verilmesidir¹⁵².

¹⁵⁰ Çalışmamızın Birinci Bölümü I. A.

¹⁵¹ Faaliyet iznine sahip bankalar ve bunların faaliyet izinleri için Bkz. <https://www.bddk.org.tr/Kurulus/Liste/77>, Katılım bankalarının faaliyetlerinin yasal dayanağının işlendiği bölüm için Bkz. Çalışmamızın Birinci Bölümü I. B.

¹⁵² AKIN, s.159.

1. Sözleşme Konusunun Halihazırda Müşterinin Mülkiyetinde Olmaması

Murabaha sözleşmesinde ilk unsur, banka tarafından alınarak müşteriye satılan mal veya hizmetin sözleşme öncesinde halihazırda müşterinin mülkiyetinde olmamasıdır¹⁵³. Zira aksi kabulde bir durumda esasen bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik kredilendirme ilişkisinden değil belirli bir mal varlığının rehin gösterilerek temin edilen bu haliyle de mevduat bankacılığı sektöründe uygulama alanı bulan ihtiyaç kredisi söz konusu olacaktır.

2. Tarafların Sözleşmenin Esaslı Unsurlarında Mutabık Olması

Bilindiği üzere türü ne olursa olsun bir sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi, taraflarına borç ve hak doğurabilmesi için bu sözleşmeye taraf olacak kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak iradelerini açıklamaları ve açıklanan bu karşılıklı iradelerin birbirine uygun olması gerekmektedir¹⁵⁴. Bu anlamda kanun koyucu bu uyuşmanın sözleşmenin tüm unsurlarında mutlak bir mutabakat şeklinde varlık bulmasını değil sözleşmenin esaslı unsurlarına yönelik asgari bir uyuşma olarak düzenlemiştir¹⁵⁵. Bu anlamda hem bankanın hem de müşterinin iradelerinin sözleşmenin kendilerini bağlayan esaslı unsurlarında uyuşması beklenmektedir.

Murabaha sözleşmesi konusunun müşteriye devri, bu devrin gerçekleşebilmesi için satıcıya bedel ödenmesi ve finansmanı sağlayan katılım bankasının kendi kazancının kararlaştırılmasının objektif esaslı unsurlar olduğu değerlendirilmektedir¹⁵⁶. Ancak genelde standart olması ile bilinen banka sözleşmelerinin bu unsurlardan farklı olarak esasen sözleşmenin karakteristik olarak

¹⁵³ BAFRA, s. 87; YANPAR, s. 94

¹⁵⁴ SEROZAN, Rona, Yeni Borçlar Kanunu'nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşması ile ilgili Kurallardaki Yenilikler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s.663-672; NOMER, Haluk Nami, Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi, Prof. Dr. Aydın Zevkilere Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, İzmir, 2013, s.2053-2054.

¹⁵⁵ Konu hakkında detaylı bilgi için; EREN, s.200; KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 86.

¹⁵⁶ Objektif esaslı noktaların akdedilen bir sözleşmeden bahsedilebilmesi için asgari kurucu içeriğini oluşturan unsurlar olarak tanımlandığı görülmektedir. Detaylı bilgi için Bkz. KILIÇOĞLU, s. 86; EREN, s. 249. Ancak öğretilde murabaha sözleşmelerinde daha önce objektif ve subjektif sözleşme unsurlarının tasnifinin yapılmamış olduğu tespit edilmiştir.

yapıtışı olmayan ancak tarafların bunu asli unsur olarak kabul ettiği unsurları yani subjektif esaslı unsurları barındırması mümkündür.

Bankacılık uygulaması içerisinde çokça müşahade edilen teminat, sigorta, sadakat yükümlülüğü ve ihbar külfeti gibi şartların da bu kapsama girdiği değerlendirilmektedir¹⁵⁷. Uygulamada subjektif esaslı unsurlar üzerinde mutabık kalınmadan uygulamada sözleşmenin gerçekleşmediği bilinmektedir.

3. Alıcıya Değil Satıcıya Ödeme Yapılması

Mevduat bankalarının kredi tahsisi yöntemlerinden katılım bankalarının murabaha sözleşmesini ayıran farklardan en belirgin olanı şüphesiz krediye konu mal veya hizmetin tedarik edilebilmesi için Kredi Yönetmeliği'nin 19. maddesinde de açıkça düzenlendiği üzere müşteriye değil satıcıya ödeme yapılmasıdır¹⁵⁸.

Her katılım bankasının bu şart doğrultusunda finansman bedelini satıcıya ödeyeceği mevzuat kapsamında düzenlenmiş olmakla birlikte, bu durumun mefhumu muhalifi (yani her mevduat bankasının kredi konusu ödemeyi mutlaka doğrudan doğruya müşterinin kendisine yapacaklarına yönelik bir çıkarım) mevduat bankaları için -bu yönde bir yasal düzenleme olmaması nedeni ile- doğru değildir¹⁵⁹.

4. Kararlaştırılan Kar Üzerinden Taksitli Geri Ödemenin Temin Edilmesi

Katılım bankalarınca anaparaya ek olarak tahsil edilen kar payının / vade farkının mevduat bankalarınca talep edilen faiz kavramıyla olan yapısal farkları söz konusudur. Ancak kanun koyucu yasal düzenlemelerde yeknesaklığın sağlanması adına faiz kavramı ismen zikredilerek oluşturulan hükümlerin aynı zamanda katılım

¹⁵⁷ Sözleşmenin esaslı unsuru tayin edilmesi hakkında Bkz. KILIÇOĞLU, s. 83-84; EREN, s.552 ; OĞUZMAN/ÖZ, s.75.

¹⁵⁸ 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı resmi gazetede yayımlanan Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik'te Murabahanın da sayıldığı m. 19/1-a içeriğinde 8/7/2021 tarih ve 31535sayılı değişiklikle birlikte açıkça söz konusu husus şu şekilde düzenlenmiştir: "Satım yöntemleri: Finansman sağlama amacıyla müşterinin ihtiyaç duyduğu her türlü maddi ve gayri maddi mallar ile hakların, bedeli satıcıya ödenerek tedarik edilmesi işlemidir."

¹⁵⁹ Kredi konusunun satıcısına da alınan talimata istinaden ödeme yapılabileceğine ilişkin örnek olarak Bkz: [https://www.vakifbank.com.tr/documents/100719De%C4%9Fi%C5%9Fken%20Faizli%20Konut%20Finansman%C4%B1%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi%2018.06.2019%20\(KFS-01%20Model\).pdf](https://www.vakifbank.com.tr/documents/100719De%C4%9Fi%C5%9Fken%20Faizli%20Konut%20Finansman%C4%B1%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi%2018.06.2019%20(KFS-01%20Model).pdf), <https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Contracts/SabitFaizliKonutFinansmaniKredisiSozlesmesi.pdf>

bankalarınca talep edilen kar payları için de uygulanacağına ilişkin düzenlemeleri yürürlüğe koymuştur¹⁶⁰. Bu anlamda kanun koyucunun her iki kavramı ayırmaksızın ilgili mevzuatta ortak terim olarak faiz kavramı üzerinden düzenlemesi aslında her ne kadar birbiri ile taban tabana farklı kavramlar olsa da pozitif hukuk uygulamasında “kar payı” mevduat bankalarınca talep olunan faiz kavramı gibi değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. Murabaha sözleşmelerinde son unsur olarak kar payının geri ödemeye eklenmesi sayılmaktadır. Zira aksi kabul halinde bankaların tabi olduğu ticari şirket vasfının anlamının ortadan kalkacağı, anonim şirketten ziyade bir vakıf veya derneğe teşmil olacağı açıktır.

C. Murabaha Sözleşmesinin Kurulma Anı

Sözleşmelerin tümünde olduğu gibi murabaha sözleşmesi de tarafların birbirine uygun irade beyanlarına istinaden kurulmaktadır¹⁶¹. Katılım bankaları tarafından murabaha sözleşmeleri, çok nadir istisnalar dışında müşteri ile banka arasında akdedilen genel kredi sözleşmesi ile eş zamanlı olarak; çok nadiren de olsa bu çerçevede sözleşmeyi takiben kısa süre içerisinde imzalanır¹⁶². Murabaha sözleşmesine dayanak olan genel kredi sözleşmesinin kurulma anının tespiti ortaya çıkabilecek hüküm ve sonuçların daha doğru şekilde belirlenebilmesi için gerekmektedir.

Esasında genel kredi sözleşmesi kapsamında kendisine birtakım teminatlar karşılığı belirli bir miktarda limit tahsis edilen kişiye tanınan finansman imkanlarından olan murabaha sözleşmesi, tıpkı bu genel kredi sözleşmesi gibi müşterinin bankaya başvurusunun olumlu karşılanması veya bankanın çeşitli kanallardan müşteriye

¹⁶⁰ Kâr payı kavramına mevzuatımızda çoğunlukla ilave hükümlerle faiz kurumu baz alınarak yapılan düzenlemelere izafe edilmesi adına yer verildiği görülmektedir. Bu durumun başlıca örnekleri şu şekildedir. Tüketici kanunun m. 4/8 “Bu Kanun tüm düzenlemeleri yönünden katılım bankalarını da kapsar. Uygulama, kâr payı dikkate alınarak yapılır.” ve 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m.26 “Katılım bankaları açısından bu Kanun uygulamasında yer alan faiz kâr payı, gecikme faizi ise gecikme cezası olarak uygulanır”.

¹⁶¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 549; DURAL/ÖĞÜZ, s. 249; KILIOĞLU, s.82; AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, s.25.

¹⁶² GÖRMÜŞ/ALBAYRAK, s.390.

ulaşarak teklifini sunması ve kabul görmesi ile kurulacaktır¹⁶³. Bu anlamda murabaha teklifi ister müşteriden ister katılım bankasından gelsin sözleşmenin esaslı unsurlarını ve teklif sahibinin ciddi bir surette¹⁶⁴ sözleşme kurma iradesini barındırıyorsa icap niteliğini haizdir. Bu icap niteliğindeki iradenin, murabaha sözleşmesinin karşı tarafınca kabul edilmesi ile kabul aşaması tamamlanır ve sözleşme kurulmuş olur. Dikkat edilmesi gereken husus burada icap ile teklif olunan şeyin kabul beyanı ile birebir olmasıdır¹⁶⁵. Aksi takdirde kabulden değil yeni bir icaptan bahsedilecektir¹⁶⁶.

¹⁶³ ÖZEN, s. 139; YALÇIN, s. 20; BAYKAL, s. 53; GÜRSES, s. 186. Katılım bankaları bu hususta mevzuatta mevduat bankaları ile aynı yükümlülük ile sorumlu tutulmuştur. Bu itibar ile katılım bankalarının da Sözleşme öncesi bilgi formu verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira kanun koyucunun Tüketici Kanunu m. 23/1 de kredi veren bankalar arasında bir ayrıma gitmediği görülmektedir. Nitekim bu hususta öğretide ve uygulamada aksi bir görüş tespit edilememiştir. Her katılım bankası nezdinde işlem gören bilgilendirme formları kendi internet sitelerinde ilan edilmektedir. Örnek olarak: <https://www.albaraka.com.tr/documents/hakkimizda/sozlesme-ve-formlar/formlar/genel-kredi-sozlesmesi-sozlesme-onesi-bilgi-formu.pdf>

¹⁶⁴ Bilhassa bankaların alenen ilan ettikleri tekliflerin icaba davet olduğu yönündeki içtihatlar icaba davet ile icabın arasındaki temel fark olarak sözleşmeye bağlanmaya ciddi bir surette bağlanma iradesi olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca bu iradenin Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.02.2015 tarihli ve 2014/4499 E., 2015/2107 K. sayılı kararının ilgili kısmı aynen şu şekildedir: *"iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun surette irade açıklamasıyla meydana gelmekte olup, bir tarafın bir şeyi teklif etmesi (icap-öneri) ve karşı tarafın onu kabul etmesi (kabul) ile sözleşme kurulur. İcap, tek taraflı ve karşı tarafa varınca sonuç doğurabilecek ve sözleşmenin objektif-subjektif yönden bütün esaslı unsurlarını ihtiva etmesi gereken bir irade açıklamasıdır. İcap o kadar tam ve mükemmel olmalıdır ki, karşı taraf hiçbir tereddüde düşmeksizin kabul iradesini açıklayabilsin. Ayrıca icabın, icapçının bir sözleşme yapma konusundaki iradesini "ciddi surette" yansıtmaları gerekir. Başka bir deyişle, icapçı yaptığı icapla bağlanmak istediğini belli etmeli, yani son sözünü söylemiş olmalıdır. Eğer icapta böyle bir nitelik bulunmuyorsa, bu irade açıklaması icap değil, bir icaba davettir. İcaba davette, bir kimsenin, başkalarının kendisine teklifte bulunmasını sağlayıcı ve sözleşme için görüşmelerin başlamasını amaçlayan beyanda bulunması söz konusudur. Bunun için, ya icapta bulunması gereken hususlardan bazıları eksik bırakılır ya da teklifle kesin olarak bağlı kalmama niyeti vurgulanır. Bu açıklamalar doğrultusunda somut olaya gelindiğinde, davalı bankanın internet sitesinde yapılan ve yukarıda aynen yazılı olan ilan ile davalı banka alacaklarını tahsil etmeyi kolaylaştırma amacıyla genel nitelikli olarak borçluların başvurusu halinde uygulanacak faiz oranının ve taksit miktarının ne olacağına ilişkin açıklamada bulunmuş olup, bu açıklama sözleşmenin tüm unsurlarını (borcun miktarı, peşin mi, taksitle mi ödeme yapılacağı, peşinatın ve vadeli kısma uygulanacak faiz oranının ne olduğu) açıkça içermediği için icap niteliğinde olmayıp ancak icaba davettir. Bu davetten sonra borçluların başvurusu halinde tarafların bir araya gelerek borcun ödenmesi şekline yönelik esaslı unsurlarda anlaşmaları ile sözleşme kurulmuş olacaktır"*(11. HD., E. 2014/4499 K. 2015/2107 T. 17.2.2015 - Yargıtay Kararı LEXPERA), müşterilerin tekliflerinin icap niteliği taşımadığı ancak icaba davet niteliği taşıdığına yönelik olarak Bkz. GÜRSES, s.180.

¹⁶⁵ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / Rona, SEROZAN / Abdulkadir, ARPACI, s. 171; DURSUN, s. 105; NOMER, s. 44 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 69 vd.

¹⁶⁶ ÖZEN, s.142-143.

D. Murabaha Sözleşmesinin Faiz Yasağı Karşısındaki Durumu

Murabaha sözleşmesinin akdedilmesinin bankalar açısından amacı şüphesiz kar elde etmektir. Nitekim müşterinin talep ettiği sözleşme konusunun banka tarafından peşin olarak satın alınmasına yarayan tutar ile müşterinin bankaya belirli bir vade üzerinden ödeyecek olduğu toplam tutar arasındaki fark bankanın elde edeceği karı nitelendirmektedir. Her ne kadar uygulamada bu kar tutarı kar payı, komisyon veya masraf olarak nitelendirilse de hukuk nosyonu içinde bu farkın tipik bir vade farkı özelliği taşıdığı¹⁶⁷ ve ticaretin doğal seyri içerisinde katılım bankacılığı ilkelerine aykırı olmadığı¹⁶⁸ noktasındaki görüşler ağırlıktadır.

Çalışmamızın bu aşamasında kısaca vade farkına da değinmekte fayda görüyoruz. Bilindiği üzere vade farkı kavramı kaynağını mevzuattan değil uygulamadan ve içtihatlardan almakla birlikte alacaklıyı gecikmeye karşı koruma amacı güder. Tanım olarak vade farkı: Temerrüt durumunda sözleşme konusunun değerine istinaden yapılan faiz dışındaki ilave miktardır¹⁶⁹. Nitekim Yargıtay'ın konu ile ilgili oluşturmuş olduğu bir içtihadı birleştirme kararında¹⁷⁰ vade farkının faiz

¹⁶⁷ AKTEPE, s. 90.

¹⁶⁸ AKTEPE, s. 37; BAFRA, s. 32; ÖZSOY, İsmail Katılım Bankacılığı, s. 20; TUNÇ, “..fakihlerin çoğunluğu, vade farkını akidde fiyatın teşekkülü aşamasıyla ilgili bir durum olarak görmekte, tarafların belli bir fiyat üzerinde anlaşamamaları halinde semen belirsiz kalacağı için bu aşamada kalan akdin fâsid olacağını, ancak tarafların fiyat tekliflerinden birini kararlaştırmaları ve buna göre akdi kesinleştirmeleri halinde akdin sahih olacağını savunmaktadır. Bu sebeple günümüzde taksitli satışta da vade farkı faiz kapsamında görülmemekte, buna karşılık alıcının borcunu ödeyememesi durumunda borcun ertelenmesi karşılığında veya temerrüt sebebiyle talep edilen / ödenen ilâve bedel ise faiz sayılmakta ve câiz görülmemektedir. Nitekim, İslâm Konferansı Teşkilâtı'na bağlı İslâm Fıkıh Akademisi'nin Cidde'de 14-20 Mart 1990 tarihinde yaptığı altıncı toplantısında aldığı kararda vadeli satışta malın peşin fiyatından daha fazla bedel istemenin ve sürenin belirlenmesi şartıyla vadeli satış taksitler halinde yapmanın câiz olduğu, taksitlerin ödenmemesi durumunda geciken her ay için ilâve ücret veya ceza talep etmenin ise faiz niteliği taşıdığı belirtilmiştir.” Detaylı açıklama için Bkz. RECEP ÖZDİREK, "VADE FARKI", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/vade-farki>; <https://kurul.diyanet.gov.tr/Cevap-Ara/38597/alisverislerde-vade-farki-caiz-midir-?enc=QisAbR4bAkZg1HImMxXRn2t8ij%2beDtMkJdRGirgyeb8%3d> (16.08.2021).

¹⁶⁹ ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / ERTAN NOMER, Füsün; Ticari İşletme Hukuku, Yeni TTK' ya Göre Güncellenmiş, B. 4, İstanbul, 2015, s.78-79.

¹⁷⁰ Yargıtay İçtihatları Birleştirme HGK, 27.06.2003 tarihli ve 2001/1 E., 2003/1 K. sayılı kararı şu şekildedir: “Fiyatla çok yakın ilişkisi olan, hatta iç içe bulunan vade farkının hukuki niteliği ise,

karşısındaki konumunu açıklamış ve farklarını sıralamıştır. Bu kararlar birlikte vade farkının faiz anlamı taşıdığına yönelik tartışmaların salt teoride kaldığı değerlendirilmektedir.

IV. Murabaha Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

A. Sözleşmenin Kurulma Şekli

Türk sözleşme hukukunda kural olarak sözleşmelerde şekil serbetisi benimsenmiş, bu durum tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulan Borçlar Kanunu’nun 12. maddesinde de açık olarak düzenlenmiştir. Buna göre belirli bir sözleşme türü için mevzuatta özel olarak bir geçerlilik şartı düzenlenmemişse sözleşme için yazılılık, merasim veya resmi tasdik gibi geçerlilik şekil şartı aranmayacaktır¹⁷¹. Kredi sözleşmeleri ile birlikte mutlaka alınan teminatların çoğunlukla yazılı geçerlilik şekil şartı taşımaları ve ispat kolaylığının sağlanması adına uygulamada yazılı olmayan kredi sözleşmeleri görülmemektedir¹⁷².

uygulama ve doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuş, bu kavramın ana para faizi mi, temerrüt faizi mi, cezai şart mı, gecikme zammı mı yoksa malın bedeline eklenen bir öge, unsur mu olduğu tartışma konusu yapılmıştır.(...) Ancak, vade farkını özellikle tacirler arasındaki ilişkilerde, süresinde ödenmeyen mal ve hizmet bedeli dolayısıyla, alıcının faiz dışında ödemek zorunda kaldığı ve sözlü akdin inikadı sırasında taraflarca kararlaştırılmış ek bir miktar olduğunun kabulü gerekir. Yinelemek gerekirse; Vade farkının tanımı ve hukuki niteliği konusunda da gerek yargı kararları gerekse doktrinde değişik görüşler ortaya konulmuştur. Kurulca vade farkı veresiye veya taksitle satışlarda ilk satış bedeline yani semen'e belirli oranlarda yapılan ilave başka bir anlatımla vade farkı mal ve hizmet satım sözleşmesinde kararlaştırılan veya ticari teamüllere göre vade tarihinden başlayarak fiili ödeme tarihindeki mal ve hizmet bedeline ekleme yapılmak suretiyle semen'in ulaştığı miktarı ifade ettiği kabul edilmiştir.(...) Sonuç olarak; Vade farkı faiz niteliğinde olmayıp, bununla bir malın bedelinin ödeneceği tarihteki değeri belirlenmek istenmektedir. Yani malın bedelinin ödeneceği tarihteki değerini ifade etmektedir". Kaynak: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihatları-birlestirme-hgk-e-2001-1-k-2003-1-t-27-6-2003>

¹⁷¹ ÖZEN, s. 152; ŞEKERCİ, Setenay, Banka Kredi Açma Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 12; KARABÖRK, s. 66.; BAYKAL, s. 54; BAYKAL, s. 54; GÜRSES, s. 212; TEKİNALP, s. 484.

¹⁷² BAYKAL, s.54; REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2015, (Anılış: Bankacılık Kanunu), s. 79. Uygulamada sözleşmelerin sözlü olarak yapılmasının uyuşmazlık halinde taşıdığı ispat riski ve karşılaşılabilecek önemli bazı sorunlar göz önünde bulundurularak yazılı şekilde gerçekleştirildikleri görülmektedir.

Murabaha sözleşmeleri için de mevzuatımızda yazılı bir şekil şartı öngörülmemiş olmasına rağmen¹⁷³ bu durumun istisnası olarak TKHK’da düzenlenen tüketici kredileri düzenlenmiştir. İlgili kanun m. 22/3. uyarınca tüketiciler için sağlanan bireysel kredilerde ve m. 32/2. uyarınca tüketiciler için düzenlenecek konut kredilerinde yazılılık, geçerlilik şartı olarak getirilmiştir. Öte yandan kanun koyucu Bankacılık Kanunu m. 76. içerisinde banka müşterilerine imzalamış olduğu sözleşmelerin bir nüshasını her zaman talep etme hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemenin esasında bir yazılılık geçerlilik şartı anlamı taşıdığına yönelik tartışmalar¹⁷⁴ mevcut olmakla birlikte kanun koyucunun iradesinin amacı aşacak ve hukuki sınırlamaya neden olacak şekilde yorumlanmasının doğru olmayacağı, söz konusu düzenlemenin ancak bankaların müşterileri ile olan sözleşmelerinin hükümlerini kendileri ile talep olunması halinde paylaşımlarına ilişkin genel bir düzenleme olduğu ve aslında ispat şartı olarak öngörüldüğü görüşüne katılmaktayız¹⁷⁵.

B. Tarafların Sözleşme Yapma Ehliyetlerine Sahip Olması

Bilindiği üzere sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurması için kişilerin sözleşme yapma ve borçlanabilme ehliyeti önem taşımaktadır¹⁷⁶. Gerçek ve tüzel kişilere ilişkin ehliyet kriterleri genel kuralları ile olarak Medeni Kanunumuzda düzenlenmiş olup¹⁷⁷ tüzel kişiler için başta 6102 Sayılı Türk Ticaret

¹⁷³ “Bu doğrultuda, murabaha işlemindeki irade beyanları sözlü ve yazılı olarak yapılabileceği gibi elektronik araçlar, veri saklayıcılar vb. vasıtalarla da yapılabilir. Dolayısıyla günümüzde çokça kullanılan ve normal şartlarda güven sorunu doğurmayan iletişim vasıtalarının kullanılması tabii bir durumdur. Bununla birlikte ileride çıkması muhtemel anlaşmazlıklara meydan vermemek ve çıkması halinde hukukî çerçevede kolaylıkla çözümleyebilmek için bu işlemlerin ispatlanabilir vasıtalarla yapılmasına özen gösterilmelidir”. (Bkz. Murabaha standardı.)

¹⁷⁴ GÜRSER, s. 212; REİSOĞLU Bankacılık Kanunu, s. 879.

¹⁷⁵ GÜRSER, s. 214.

¹⁷⁶ GÜRSER, s.165.

¹⁷⁷ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunumuzda gerçek kişilerin fiil ehliyetlerine ilişkin muhalif düzenleme m.14 “ Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur” şeklindedir. Mevzuat metninde fiil ehliyeti yokluğuna neden olan durumlar sayılmış genel kabulün fiil ehliyeti olduğuna işaret edilmiştir. Tüzel kişiler için ehliyetin düzenlendiği m. 49 şu şekildedir: “Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.” şeklindedir. Ticari Şirketler ile ilgili olarak gerekli organların neler olduğuna ve bu tüzel kişiliklerin

Kanunu'muzdaki¹⁷⁸ düzenlemeler olmak üzere mevzuattaki diğer düzenlemeler de esas alınmaktadır.

Gerçek kişilerin hak ehliyeti Medeni Kanun'un 8. Maddesindeki düzenlemeye uygun olarak, hak ve borçlara sahip olabilme ehliyeti olarak ifade edilir¹⁷⁹ ve daha da önemlisi sağ bir şekilde tam olarak doğan her gerçek kişi doğumundan itibaren başkaca bir ön koşul gerekmesizin hak ehliyetine sahiptir¹⁸⁰. Doktrinde de ittifakla kabul edilen görüşler ve Medeni Kanun'un 9. Maddesindeki düzenlemeye uygun olarak, bir tanımlama yapmak gerekirse; fiil ehliyeti, ayırt etme gücünün varlığı, ergin olmak ve kısıtlanmamış olmak şartlarının sağlanması kesin şartı ile kişinin kendi fiilleri ile kendisini hak sahibi kılabilmesi veya borçlandırabilmesi, yükümlülük altına sokabilmesi yeteneği olarak tarif edilmektedir¹⁸¹.

Murabaha sözleşmesinin de kişiyi borç ve yükümlülük altına sokacağı açık olduğu için kredi kullanacak kişinin tam ehliyetli olması şartı aranacaktır. Aksi takdirde kural olarak sözleşmenin geçersizliği söz konusu olacaktır¹⁸². Öte yandan sınırlı ehliyetsiz kişinin yaptığı veya yapacağı murabaha sözleşmesinin geçerliliği, kişinin yasal temsilcisinin sözleşmenin akdedilmesinden önce onay ya da sonrasında icazet vermesine bağlıdır¹⁸³. Yasal temsilcinin baştan onay vermediği daha sonradan

unsurlarına düzenlendikleri kanun kapsamında bakılması gerekmektedir. Detaylı Bilgi için Bkz. ARKAN, s.51.

¹⁷⁸ RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

¹⁷⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.40.

¹⁸⁰ DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C. II, 22. Baskı, İstanbul, 2021, s. 39; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.41; AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 52 vd.

¹⁸¹ HATEMİ Hüseyin, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2020, s. 15; DURAL/ ÖĞÜZ, s.47; AYAN/ AYAN, s.50 vd; NOMER, s. 69; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.47.

¹⁸² ÖZEN, Burak, Kredi Açma Sözleşmeleri, İstanbul, 2017, s. 164; GÜRSES, s. 172; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 41 vd.; NOMER, s. 69, Geçersizlik kuralının istisnası hakkın kötüye kullanılması durumlarında söz konusu işlem geçerli olarak kabul edilebileceğine ve bu hakkın kötüye kullanılmasında değerlendirilen hususlara ilişkin olarak Bkz: GÜRSES, s. 172; DURAL/ÖĞÜZ, s. 89 vd.

¹⁸³ Sınırlı ehliyetsiz gerçek kişilerin her halükârda murabaha sözleşmesi akdetmek için yasal temsilci onay veya icazetine ihtiyaç duyacağı kuralı mutlak değildir. Nitekim kanunda öngörülen bazı hallerde fiil ehliyetinin sınırlı olarak var kabul edildiği ve başkaca bir koşula bağlanmadığı görülmektedir. İlk örnek olarak vesayet makamı tarafından kendisine bir mesleki -sanatsal faaliyet izni verilmesini düzenleyen Medeni Kanunun 453. maddesine göre kısıtlı kişinin bu faaliyetleri ile ilgili olarak her türlü olağan işi yapma yetkisi tanındığı görülecektir. Bu madde kapsamında değerlendirilenlerin başkaca bir onay veya icazet gerekmesizin bankalar ile kredi sözleşmeleri akdedebilmesinin mümkün olduğu görülecektir. ÖZEN, s. 164.; Ayrıca benzer bir düzenleme olarak aynı kanunun 359. maddesi gereği sınırlı ehliyetsiz kişiye velisi tarafından bir meslek veya sanat ile

icazet vermesine kadar sözleşme askıda hükümsüz; icazet vermesi durumunda ise sözleşme imzalanmasından itibaren hüküm ve sonuç doğurur¹⁸⁴.

Gerçek kişilerin sözleşme yapma ehliyetlerine istinaden son olarak kendisine danışman atanan sınırlı ehliyetlilerin durumuna değinilmesi gerekmektedir. Medeni Kanun'un 429. maddesinde kendisine yasal danışman atanan kişinin tek başına yapamayacağı şeyler sıralanırken ödünç alma da sayılmıştır. Banka ile akdedilen murabaha sözleşmesi neticesinde müşteriye kredi tahsisi yapıldığından bu sözleşmenin de bu kapsamda değerlendirilmesi ve yasal danışmanın onayının alınması gerektiği kanısındayız¹⁸⁵. Önemle ifade etmemiz gerekir ki bu koşulun ikamesi ehliyetle ilişkin değil uygulamaya ilişkindir, zira tüzel kişiliğe kayyım atanmasının kişiliğin ehliyet durumuna etkisi bulunmamaktadır. Kendisine yönetim kayyımı atanan kişinin de murabaha sözleşmesine taraf olabilmesi için yönetim kayyımının onay veya icazeti gerekmekte birlikte yönetim kayyımlığının kapsamı dışında kalan varlıklar bu durumun istisnasını teşkil eder¹⁸⁶.

Murabaha sözleşmesinin diğer tarafı olan banka müşterisi bir tüzel kişi de olabilecektir. Nitekim Medeni Kanun'un 48. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere tüzel kişiler insanın yaratılış gereği sahip olduğu özgü nitelikleri dışında hak ve fiil ehliyetine sahiptirler¹⁸⁷. Tüzel kişilerin ehliyetinin kontrol edilmesinde ilk olarak Medeni Kanun'un 49. maddesine istinaden zorunlu organlara sahip olunup olunmadığına bakılmalıdır. Zira aynı kanunun devam eden maddesinde de ifade edildiği üzere tüzel kişinin iradesinin dışavurumu ancak organları aracılığı ile yapılabilir. Organların -geçici olarak dahi olsa- yokluğu halinde imzalanan sözleşmelerin geçersizliği söz konusu olacaktır¹⁸⁸.

uğraşması için kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı tanınması durumunda da fiil ehliyetinin sınırlı ehliyetsiz kişiye bırakılan miktara kadar tam olarak işlem değerlendirilmesi ve hatta bu miktara kadar borçlandırıcı işlem akdetmesi mümkündür.

¹⁸⁴ GÜRSES, s. 173; ÖZEN, s. 164; ESENER/ GÜNDOĞDU, s. 42; HATEMİ, s. 28 vd.; AYAN/AYAN, s. 73.

¹⁸⁵ Genel kredi sözleşmeleri nezdindeki söz konusu değerlendirme için bkz. GÜRSES, s. 167.

¹⁸⁶ GÜRSES, s. 174.

¹⁸⁷ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 209.

¹⁸⁸ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1 İstanbul 2016, s. 549; DURAL/ÖĞÜZ, s.249; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 303.

Medeni Kanunumuz m. 56. ve 5253 Sayılı Dernekler Kanunu¹⁸⁹ m. 2/a'da derneklerin maddi kazanç paylaşımı dışında bir amacı olabileceğini düzenlemektedir. Bu itibarla mevzuata göre gerekli koşulları sağlayarak tüzel kişilik kazanan bir derneğin kuruluş amacına uygun olan bir durum için kredi kullanmasına ne Medeni Kanunu'muzda ne de Dernekler Kanunu'nda bir yasal engel tanımlanmamıştır. Üstelik bu mevzuat kapsamında derneklerin yürütmesi yasak olan faaliyetlerin de sayılmasına rağmen borçlanma bu kapsamda yer almamaktadır.

Vakıfların ise aynı ilkeler çerçevesinde borçlanabilmesi için başkaca bir koşul gerekmemesine rağmen uygulamada derneklerin bankalara borçlanabilmesi dernek tüzüğünde; vakıfların borçlanabilmesi için ise vakıf senetlerinde açıkça bankalarla kredi sözleşmelerine girişilebilmesine ilişkin için açık ve ayrık bir hüküm bulunması, yoksa da bu yönde değişikliğe gidilmesi için müşterilerin yönlendirilmesi, uygulamada bankalar tarafından yürütülmekte olup hukuken şart olan bir husus değildir.

Medeni Kanunumuzda düzenlenen tüzel kişiliklerin tarafı olabildiği murabaha sözleşmelerine doğaldır ki amacı ticari faaliyet iştigali olan ve bunun için krediye ihtiyaç duyan ticari şirketler de doğrudan taraf olabilmektedir. Her bir şirket türü özelinde bahse konu taraf ehliyeti ayrı ayrı kontrol edilmelidir. Örneğin; bir anonim şirkette başka bir organa veya kişiye yetki devri gerçekleştirilmemişse kural olarak yönetim kurulu ticaret kanununda doğrudan kendisine tanınan yetki ve temsil hakkına istinaden her türlü borçlandırıci sözleşme için şirket adına taraf olabilecektir¹⁹⁰. Ticaret Kanunu'muzun açık düzenlemesi nedeni ile limited şirketler için de bu yetki kurallarının uygulanacağı görülmektedir. Kollektif şirketler için de Ticaret Kanunu'nun 233. maddesi gereği tayin edilen şirket yetkisinin şirket adına borçlanabilme ehliyetini kullanabileceği ve ayrıca komandit şirketlerde de aynı yetkinin komanditer ortakların tasarrufunda olduğu görülmektedir. Kooperatifler için de tıpkı Anonim ve Limited şirketlerde olduğu gibi yönetim kurulunun borçlandırıci işlem yapmaya yetkili olduğu görülecektir¹⁹¹.

¹⁸⁹ RG. T. 23.11.2004, S. 25649.

¹⁹⁰ BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Bursa, 2012, s.196., GÜRSES, s. 175.

¹⁹¹ Bkz. 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu m.55 (RG. T. 10.05.1969, S. 13195).

Öte yandan taraflardan birinin tasfiye sürecinde olması durumunda ancak tasfiye sınırları içerisinde fiil ehliyetinin varlığından söz edilebilecektir¹⁹². Zira tasfiyenin esas anlam ve amacı aslında yarım kalan işlerin tamamlanması, borçların ödenmesi, tüzel kişiliğin malvarlıklarının paraya çevrilmesi, alacakların tahsil edilmesi, kalan tutarın hissedarlara/ortaklara dağıtımı ve nihayet son aşama olarak terkin edilmekten ibarettir¹⁹³. Bu itibar ile tasfiye sürecindeki bir tüzel kişiliğin bir bankadan kredi kullanması; aynı şekilde tasfiye halindeki bir bankadan kredi kullanılmasının mümkün olmadığı çıkarımı yapılabilmektedir.

C. Kanunun Emredici Hükümlerine, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına, Ahlaka Aykırı Olmaması

Kural olarak taraflar her sözleşmede olduğu gibi murabaha sözleşmesinde de sözleşmenin tarafları sözleşmeyi kendi hür iradelerine göre tüm unsurları ile tayin edebileceklerdir. Nitekim bu husus Borçlar Kanunu'muzun 26. maddesinde ifade edilmiştir. Ancak kanun koyucu bu özgürlüğü mutlak olarak düzenlememiş yer yer mevzuatımızda birtakım şartlar ve sınırlamalar getirmiştir. Bu şart ve sınırlamaların tüm sözleşmeler için genel bir düzenleme olması hasebi ile en önemlisi şüphesiz Borçlar Kanunu'muzun 27. Maddesinde yer alan "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*" düzenlemesidir. Kanun maddesinin kanun sistematigi içerisindeki konumu ve yazılış biçiminden de anlaşılacağı üzere söz konusu husus kamu düzenine ilişkin olup bu itibarla yargılamanın her aşamasında hakim tarafından talebe veya muvafakate gerek olmaksızın re'sen dikkate alınmalıdır¹⁹⁴.

¹⁹² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s.315; Gerek TMK m. 52 gerekse TTK m. 269, 328, 533 ve 643 uyarınca tasfiye sürecine girmiş bir tüzel kişi, kişiliğini tasfiye sonuna kadar devam ettireceği için bu tüzel kişinin fiil ehliyeti de tasfiye amaçları ile sınırlı kalmak kaydıyla tasfiye süresince varlığını sürdürecektir.

¹⁹³ KAYA, Arslan, Tasfiyenin, Bankaların Karşılıksız Kalan Çeki Kısmen Ödeme Yükümüne Etkisi ve Çek Kanunları ile Getirilen Sorumluluk Miktarı Farklılıkları Bağlamında Çıkan Sorunlar Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, s. 1113-1131, İstanbul, 2010, s. 1119 vd.

¹⁹⁴ İlgili maddeden kaynaklanan başlangıçtaki imkânsızlık halinde bu hükmün taraf talepleri gerekmezsiz, re'sen dikkate alınması gerektiğine dair değerlendirme için Bkz. GÜRSES, s.350.

Borçlar Kanunu'muzun 27. maddesinde yer alan hukuka ve ahlaka aykırılık sınırlandırması; bir sözleşmenin başlı başına hukuken yasaklanmış bir sözleşme olarak akdedilmesi, hukuken yasaklanmamış bir sözleşme türünün hukuka aykırı esaslı unsurlara bağlanması veya her iki durum da olmamasına rağmen sözleşmenin amacının kanunun emredici kurallarına aykırılık teşkil etmesi halinde uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁵. Bununla birlikte madde metninde ifade edilen bir başka kıstas olan ahlaka aykırılık aynı zamanda Medeni Kanun'da özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınır olarak düzenlenmiş olmasına rağmen tanımı mevzuatımızda yer almamaktadır¹⁹⁶. Dürüst ve makul bir kişinin içinde bulunduğu toplumun dinamiklerine aykırı olduğunu düşündüğü şart, durum veya işlemlerin ahlaka aykırı olduğu kabul edilir¹⁹⁷. Kanun maddesi kapsamında getirilen bu sınırlamalar aynı kanunun başında açıkça izah olunduğu üzere tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda murabaha sözleşmeleri de tıpkı geride kalan tüm sözleşmeler gibi bu kanun maddesinde düzenlenmen geçerlilik kıstaslarına uygun olarak düzenlenmelidir. Murabaha sözleşmelerinde ahlaka aykırılığın ortaya çıkması teorik olarak mümkün olmakla birlikte gerek ülkemizde bankacılık sektörünün uzun yıllara sari tecrübesi gerekse katılım bankacılığının bu tecrübenin yanısıra ahlaki kriterler bakımından daha mahfuz bir perspektif üzerinden hizmet vermesi nedeni ile uygulamada çok nadiren görülebileceği değerlendirilmektedir.

¹⁹⁵ ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S.74, C.2, 2016 İstanbul, s. 709-738; KILIÇOĞLU s.150-152.

¹⁹⁶ Ahlaka aykırılığın tespitine dair etraflı bilgi için Bkz. KARABAĞ BULUT, Nil, Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 63-74.

¹⁹⁷ Ahlaka aykırılığın yöreye dahi değişiklik arz edeceğine ilişkin örnekler için Bkz. KILIÇOĞLU s.145-146; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 85; ANTALYA, s. 382; EREN, s. 338 vd.

D. Diğer Geçersizlik Nedenlerinin Bulunmaması

1. İrade Sakatlıkları

a) Yanılma

Borçlar Kanunu m. 30'da yanılma kavramından ismen bahsedilmekle birlikte yanılmadan tam olarak ne anlaşılması gerektiğine dair bir tanımlamaya gidilmemiştir. Doktrinde yanılmanın tanım ve kapsamına ilişkin çok sayıda çalışma olmakla birlikte genel kabul gören tanıma göre yanılma; bilinçli olunmaksızın bilgisizlik veya yanlış bilgi nedeniyle gerçeğe uygun planlama (tasavvur) yokluğudur¹⁹⁸. Burada özellikle yanlış tasavvura bilinçli olarak varılamayacağına, yanılmanın sözelimi yanlış bilgisinin dahi farkında olmasının yanılma kurumuna engel oluşturacağına dikkat edilmelidir¹⁹⁹. Yine yanılma başlığı altında en dikkat çekici olan husus her yanılmanın yanılan tarafın sözleşme ile bağlılıktan tek başına kurtarmayacağı bu yanılmanın esaslı olması gerektiğidir²⁰⁰.

Kanunumuzda yanılma tanımlamamış olmasına rağmen bu maddeyi izleyen ardışık üç madde boyunca açıklamada yanılma, saikte yanılma ve iletmede yanılma olarak 3'lü ayrıma gidildiği görülmektedir. İrade beyanının istenilen sözleşme sonucu ile uyuşmama durumu açıklama yanılışına, istenilen sonuca dair olan iradenin gerçeğe aykırı olarak oluşması saikte yanılmaya ve son olarak iletişimdeki teknik aksaklıklardan kaynaklanan yanılmaya ise iletmede yanılmaya vücut vermektedir²⁰¹.

¹⁹⁸ KANIŞLI, Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayınları, 2018, İstanbul, s.60-61.

¹⁹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN/ ARPACI, s. 395; ANTALYA, Borçlar, s.306; EREN, s. 395 vd.

²⁰⁰ KILIÇOĞLU, s.257.

²⁰¹ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.58.

Kanunda açıklamada yanılmaya yer verilen madde içerisinde beş durum sayılarak bu durumlarda esaslı yanılma halinin meydana geldiği ifade edilmektedir²⁰². Borçlar Kanunu'muzun sonraki maddesinde düzenlenen saikte yanılma durumunda madde metninde açıkça saikte yanılmanın kural olarak esaslı yanılma sayılmayacağı belirtilmektedir. Saikte yanılmanın esaslı yanılma olması ve yanılan tarafı bağlamaması için yanılanın dürüstlük kuralı çerçevesinde yapıldığı hususu sözleşmenin temeli sayması gerekmektedir²⁰³. Dürüstlük kuralı şartı burada yanılma kurumunun oluşması için objektif şart iken esaslı unsur olarak sayılma diğer bir deyişle yanılmaya konu şartın yokluğu / eksikliği / yanlışlığı durumunda sözleşmenin yapılmamasını tercih etme iradesi ise subjektif şartı oluşturmaktadır²⁰⁴.

Murabaha sözleşmesi özelinde de katılım bankasının müşterinin doğru beyanına ve bilgilendirmesine rağmen yanlış bir finansman konusunu ilk satıcıdan temin ederek müşterisine devretmesi tipik bir esaslı yanılma halinin varlığı örneği olacaktır. Öte yandan tacir kişiler açısından basiretli hata hükümlerinin tacir olmayanlara nazaran daha kısıtlı bir şekilde uygulama alanı bulduğu doktrinde ve uygulamada sıklıkla belirtilmektedir²⁰⁵.

²⁰² Kanunumuzun 31. Maddesi şu şekilde olup madde içerisindeki saymanın sınırlı sayılma olmadığı ilkesel bir örneklendirme amacı taşıdığı değerlendirilmelidir: "a. Açıklamada yanılma MADDE 31- Özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esaslıdır:1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa. Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir".

²⁰³ KILIÇOĞLU, s.265; ESENER/ GÜNDOĞDU, s. 132 vd.

²⁰⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 103 -104 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 406-408; ESENER/GÜNDOĞDU, s. 133-134 vd.; KILIÇOĞLU, s.210; EREN, s. 403-406.

²⁰⁵ Tacirlerden beklenen özen yükümlülüğünün hata kavramının uygulama alanını daralttığına ilişkin tespit ve uygulama örnekleri için Bkz. KARAYALÇIN, Mine, Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2021, s.199-202.

b) Aldatma

Sözleşmenin geçersizliğine ilişkin bir diğer irade sakatlığı hali ise aldatmadır. Aldatma , tanım olarak sözleşme tarafı olan bir kişinin, diğer bir kişiyi belirli bir irade açıklamasına sevk etmek için yazılı veya sözlü beyanı veya davranışlarıyla, hatta somut duruma göre sessiz kalması ile bile isteye onda yanlış bir düşüncenin / intibainın oluşmasına ya da hali hazırda oluşmuş olan yanlış kanaatin sürmesine neden olmasıdır²⁰⁶. Borçlar Kanunu'muzun 36. maddesinde düzenlenilmekle birlikte yanılma kurumunun aksine iradesi sakatlanan kişinin sözleşme ile bağlı olmaması için irade sakatlığı halinin esaslı olması şart koşulmamıştır²⁰⁷. Şüphesiz bu durumun nedeni yanılmanın aksine aldatmada bulunan kasıt iradesidir ve bu kapsamda sözleşmenin iptal edilmesi için irade sakatlığına uğranılan hükmün esaslı olmasına gerek yoktur²⁰⁸.

Çalışma konumuz kapsamında aldatma irade sakatlığına genel bir örnek vermek gerekirse tıpkı genel kredi sözleşmelerinde söz konusu olduğu gibi murabaha sözleşmelerinde de müşterinin murabaha konusu mal veya hizmetin alımı için bankaya yaptığı başvuruda gerçeğe aykırı beyan ve/veya belgelerin varlığının aldatma kapsamında değerlendirilmesi pek tabi mümkündür²⁰⁹. Özel bir örnek ile de somutlaştırmamız gerekirse murabaha müşterisi ile ilk satıcı arasında gerçek bir alım satım iradesi olamaması, murabaha sözleşmesinin müşterinin nakit ihtiyacını banka kanalı ile gidermek için ilk satıcı ile danışıklı olarak sözleşme ilişkisi içerisinde olursa bu durumda da aldatmanın söz konusu olacağı kanaatindeyiz.

²⁰⁶ KANIŞLI, s.401; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 454; ANTALYA, s. 327; EREN, s. 414.

²⁰⁷ Aldatma kurumunda esaslı olan olmayan, büyük veya küçük olan ayrımının söz konusu olmadığına ilişkin Bkz. KILIÇOĞLU s.278.

²⁰⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 455; EREN, s. 414.

²⁰⁹ Tacirlerden beklenen basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün beraberinde tacirlerin ticari faaliyetlerinde gerekli bilgi ve deneyime sahip olmalarının kendilerinden beklenmesi nedeni ile uygulama alanını daralttığına ilişkin tespit ve içtihat örnekleri için Bkz. KARAYALÇIN, s.202-203.

2. Aşırı Yararlanma Ve Muvazaa

Aşırı yararlanma hukuk tarihi içerisinde çok kadim bir kavramdır. Doktrinde sözleşme taraflarından birinin diğer tarafın acemiliği, bilgi eksikliği ya da zor durumda olmasından hareketle diğer taraf lehine oluşan belirgin orantısızlık hali olarak tanımlanmaktadır²¹⁰. Katılım bankacılığının temelinde yatan İslam inancı açısından da aşırı yararlanma yasağı açıkça benimsenmiştir²¹¹. Borçlar Kanunu'muzun 28. maddesinde düzenlenen aşırı yararlanmanın sözleşmenin geçersizliğine neden olması için salt bir menfaat orantısızlığı yeterli olmayıp bu orantısızlığın taraflardan birinin acemiliği, bilgi eksikliği ya da zor durumda olmasından bile isteye²¹² faydalanılması ile ortaya çıkması gerekmektedir²¹³. Tacirler için söz konusu olan basiretli davranma yükümlülüğü nedeni ile aşırı yararlanma konusunda tacirlerin, tacir olmayan kişiler ile aynı değerlendirmeye tabi tutulmayacağı daha dar kapsamda değerlendirileceği doktrinde dile getirilmektedir²¹⁴. Nitekim kanun koyucu tarafından aşırı yararlanın hüküm ve sonuç doğurması anlamında tacirler için istisnai bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak doktrinde tacirleri ücret ve ceza indirimine ilişkin sınırlandıran Ticaret Kanunu m.22'nin aşırı yararlanma durumlarında da aynıyla uygulanması gerektiği zira burada kanun muhteviyatında kural içi boşluk olduğu yönünde görüşler mevcuttur²¹⁵. Ancak aşırı yararlanma hükümlerinin tacirler için uygulama alanı bulmayacağı çıkarımının hatalı olacağı doktrinde dile getirilmektedir.²¹⁶

Borçlar kanunumuzun 19. Maddesinde düzenlenen muvazaa mevzuatımızda tanım veya unsurları ile yer almamaktadır. Bu nedenle doktrin ve yargı kararları

²¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.135-136; KILIÇOĞLU, s.224; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 69; EREN, s. 434.

²¹¹ ÖZKAYA, Eraslan, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara 2013, s.16.

²¹² Aleyhine aşırı yararlanılan kişinin bu zaafalarının bilinmemesi durumunda istismar etme kastının dolayısı ile aşırı yararlanmanın sübjektif kurucu unsurlarının doğmayacağı değerlendirilmektedir. Bkz. ÖZKAYA, s.28; KILIÇOĞLU, s.227; OĞUZMAN/ÖZ, s.137.

²¹³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 134; KILIÇOĞLU, s.301-302; ANTALYA, s. 349; EREN, s. 437 vd.

²¹⁴ ÇAĞLAR, Hayrettin, Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m.28), BATİDER, C.32, S.4, İstanbul, 2016, s.72-73.

²¹⁵ ÇAĞLAR, s.81.

²¹⁶ ÇAĞLAR, s.73-74; KILIÇOĞLU, s.226; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.285.

neticesinde farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre muvazaa; tarafların üçüncü şahısları aldatmak için görünürde açıkladıkları iradelerinin hüküm doğurmaması veya başka bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması üzerine anlaşmaya varmalarıdır²¹⁷. Muvazaa kavramının, muvazaa kastı ile akdedilen sözleşme ile gizlenen başkaca bir sözleşme olup olmaması durumuna göre doktrinde mutlak muvazaa veya nispi muvazaa olarak iki ayrı başlıkta incelendiği ve her iki durumda da geçerlilik tartışmalarının yapıldığı bilinmektedir²¹⁸. Öte yandan muvazaa kavramı katılım bankacılığının kaynağı olan İslam inancı açısından da içte oluşan iradenin dışarıya yansıyan iradeden farklı olması olarak tanımlanmıştır. Öte yandan nispi ve mutlak muvazaa ayrımının çağdaş fıkıh sistematigi kapsamında da hukukumuzdaki gibi düzenlendiği ve her bir mezhebe göre sahihliğinin (yani geçerlilik ve bağlayıcılığının) tartışılacağı görülmektedir²¹⁹.

V. Murabaha Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Ve İşleyiş Sistemini Oluşturan Hukuki İlişkiler

A. Murabaha Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine Dair Genel Değerlendirme

Murabaha sözleşmesinin iki taraflı bir sözleşme olmasının yanısıra bu sözleşme ile ikamesi amaçlanan finansman sisteminin eksiksiz işleyebilmesi için murabaha sistemine satıcı da eklenmektedir. Bu anlamıyla bu sözleşmenin kurulup kredi tahsisinin tamamlanabilmesi için birbirinin tamamlayıcısı olan üç farklı sözleşmesel ilişki süreci bulunmaktadır.

²¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 127; KILIÇOĞLU, s.240, ANTALYA, s. 280.

²¹⁸ Mutlak ve Nispi muvazaa ayrımına ilişkin etraflı bilgilendirme için Bkz. KILIÇOĞLU, s.243-244, EREN, s. 353; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 346.

²¹⁹ “Dış iradenin asıl olduğunu savunan ve hukukun objektif olmasına önem veren hukukçulara göre fesih ihtimali olan tasarruflarda, muvâzaalı akitler sahîh ve bağlayıcıdır ki; Şâfiîlerin genel görüşü budur. İç iradenin daha önemli olduğunu savunan hukukçular, muvâzaalı akitlerin kural olarak sahîh ve bağlayıcı olmadığı görüşündedirler ki; cumhurun görüşü bu yöndedir. Hanbelî ve Mâlikîlere göre muvâzaalı akitler bâtil, Hanefîlere göre ise fâsittir. Fesih ihtimali olmayan tasarruflarda muvâzaa anlaşmasının bâtil, görünüşteki sözleşmenin ise sahîh ve bağlayıcı olduğu hususunda dört mezhep içerisinde görüş ayrılığı yoktur. İhbârî tasarruflarda muvâzaa, gerek satım akdi gibi feshe ihtimali olan; gerek boşama gibi feshe ihtimali olmayan akitlerde olsun, bâtildir” (MEYDAN, Ahmet, İslam Hukukunda Muvazaa Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri ABD Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006 İstanbul, s,96).

İlk sözleşmesel ilişki murabaha sözleşmesi olup katılım bankası ile müşteri arasındaki sözleşmedir. İkinci sözleşmesel süreç ihtiyacın doğrudan ihtiyaç sahibince belirlenebilmesi pratiği gereği müşteri ile satıcı arasındaki sözleşmedir. Son olarak katılım bankası tarafından finansmana konu mal veya hizmetin satıcıdan temin edilmesi ve müşterisine teslim edilmesi sürecine dair sözleşme ilişkileri söz konusudur.

Murabaha sözleşmesinin ve esaslı unsurlarının hiçbirinin kanunda düzenlenmemesi²²⁰ nedeni ile isimsiz sözleşmelerden olduğunu değerlendirmekteyiz. Doktrinde isimsiz sözleşmelerin tasnifinde iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre isimsiz sözleşmeler karma sözleşmeler, kendine özgü sözleşmeler (sui generis) ve bileşik sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır²²¹. Doktrindeki diğer görüşe göre bileşik sözleşmeler, isimsiz sözleşmeler kapsamında değerlendirilerek iki başlık altında isimsiz sözleşmeler incelenmektedir²²².

Sui generis sözleşmeler mer'î mevzuatta kısmen de olsa düzenlenmemiş sözleşme unsurlarından müteşekkil sözleşmelerdir. Karma sözleşmeler ise kanunda düzenlenen sözleşme unsurlarının kanun tarafından öngörülmeleyen bir şekilde kullanılarak sözleşme düzenlenmesidir. Bu anlamda murabaha sözleşmesinin de sui generis bir sözleşme türü olduğunun kabul edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz²²³.

Murabaha sözleşmelerinin mevzuat içerisinde tanımlanmadığı, asli unsurlarına yer verilmediğini ancak en temel haliyle tasnife tabi tutulduğu açıktır²²⁴. Mevzuatta sınırlı olarak yer alan murabaha sözleşmesinde müşterinin kredi konusunu

²²⁰ TANDOĞAN, C.1, s. 12; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010, s. 49; OĞZUMAN/ÖZ, s.47-49.

²²¹ OĞZUMAN/ÖZ, s.48; ARAT, Ayşe, İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. II, 2006, s. 239-250.

²²² KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit Karma Sözleşme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s.14-15, Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı kavramsal olarak bileşik sözleşmeleri isimsiz sözleşmeler üst başlığı içerisinde inceledikleri görülmektedir. Bu yöndeki örnekler için Bkz. OKTAY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. II, İstanbul, 1996, s. 272; ARAL, s. 52; GÜMÜŞ, s. 5; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 23.

²²³ Bankaların kredi sözleşmelerinin standart sözleşmeler ile yapılan sui generis sözleşmeler olduğuna ilişkin doktrinde değerlendirmeler yapılmaktadır Bkz. BAYKAL, s. 65-66.

²²⁴ Çalışmamızın Birinci Bölümü II. A Başlığında detayları mevcuttur.

tespiti, İslami anlamda genel kabul gören vekalet, icap ve kabul ilişkisi gibi ilişkileri bünyesinde toplaması ile iki tarafa borç yükleyen tipik bir sui generis sözleşme olduğu değerlendirilmektedir²²⁵.

Bankanın müşterisi ile yaptığı sözleşme çerçevesinde satıcı/sağlayıcı sıfatındaki üçüncü kişiden kredi konusunun temin edilmesi sağlanacağından ancak belirlenen üçüncü kişinin bunu finansör bankadan talep etme hakkı olmayacağından murabaha sözleşmesinin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu söylenebilecektir²²⁶.

Murabaha sözleşmesinin hukuki nitelendirmesinin tam olarak anlaşılması için sözleşme muvacehesindeki her üç sözleşme unsurunun da birbirleri ile sözleşme ilişkisine de değinmek gerektiği kanaatindeyiz.

B. Katılım Bankası İle Müşterisi Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği Ve Finansör Bankanın Bağlı Kredi Müessesesi Bakımından Sorumluluğu

Murabaha sözleşmesinin özünde bir kredi ilişkisi olması hasebi ile kredi konusu mal veya hizmetin bedelinin ödemesi bankanın asli edim borcudur. Buna karşılık karşı taraf olan müşteri de anaparayı kar payı ile birlikte önceden belirlenen ödeme planına göre yapma asli edim yükümlülüğünü üstlenir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi bankanın yerine getirmiş olduğu edime istinaden müşterinin ana para ve kar oranını talep etme hakkını belirli bir süre öne sürememesidir. Diğer taraftan sözleşme konusunun belirli olması aynı sözleşmeye başka bir sözleşme konusunun daha sonradan dahil edilememesi yönünden genel kredi sözleşmelerinden farklılaşmaktadır. Bu nedenle bankanın ediminin sürekli olarak nitelendirildiği genel kredi sözleşmelerinin aksine murabaha sözleşmesinin de sürekli

²²⁵ Doktrinde daha ziyade kredi sözleşmelerinin niteliğinin kendine özgü(sui generis) sözleşme olduğu görülmektedir. Bkz. YÜCER AKINTÜRK, İpek, İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.52; AKYOL, s.94; EREN, s.2011; BAYKAL, s.65; TEKİNALP, 483.

²²⁶ MAĞDEN, Zehra İlğün, Katılım Bankalarınca Sağlanan Finansman Desteği, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 120.

borç doğuran sözleşmelerden farklılaşmaktadır²²⁷. Bankanın finansmanı kullandırması ani edime, müşterinin taksitler halindeki ödemeleri ise dönemsel edime tipik örnektir. Önemle belirtmek gerekir ki her ne kadar bankanın edimi sürekli görüntü sergiliyor olsa da zannedilenin aksine ani edim türü örneğidir²²⁸. Kredi geri ödeme planının burada edimin karakteristiğini belirlemediği ancak bir vade unsuru olduğunun kabulü gerekmektedir²²⁹.

Kredilendirme süreci içerisinde müşterisine salt finansman sağlamayıp doğrudan doğruya müşterinin alımını talep ettiği mal veya hizmetin satıcısı ile hukuki ilişki kuran katılım bankalarının uygulamada en büyük problemlerinden birisinin bağlı kredi iddiaları ile karşılaşmak olduğu bilinen bir durumdur.

TKHK’da bağlı kredi, farklı bir kanunlaştırma stratejisi ile hem tüketici kredilerinin düzenlendiği bölümde 30. maddede hem de tüketici konut finansmanın bölümde 35. maddede bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bağlı kredi sözleşmesi kanunun sıralama olarak önce gelen 30. maddesinde “tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşme” olarak tanımlanmakla birlikte sonra gelen 35. maddede ; “konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşme” şeklinde açıklanmıştır²³⁰.

Kanunun kendi ifadelerinden de çıkarım yapılması mümkün olmakla birlikte bağlı krediyi, banka tarafından müşterisine ancak kredi konusunu ve satıcısını münhasıran kendisinin belirlemesi kesin şartı ile finansman sağladığı sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür²³¹.

²²⁷ GÜRSES, s.62; ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.61; ÖZEN, s.165-166.

²²⁸ Buna ilişkin teorik tartışma için Bkz. GÜRSES, s.158-160.

²²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 13-11.

²³⁰ Alternatif bir tanımlama olarak 2008/48 sayılı AB Direktifinin 3/n maddesinde bağlı kredi sözleşmesi, belirli bir malın satın alınması ya da bir hizmetin sağlanmasını finanse etmek amacıyla verilen ve kredi sözleşmesi ile satış sözleşmesinin objektif olarak ekonomik birlik oluşturduğu kredi olarak tanımlanmıştır.

²³¹ KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı, Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, İstanbul 2018, s.87; HOROZ, Seda Hatice, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin,

Görüldüğü üzere tıpkı katılım bankalarının kullandırmış olduğu tüm krediler gibi bağlı kredi ilişkisinde de tüketici, kredi veren ve satıcı/sağlayıcı olmak üzere üçlü bir ilişki mevcuttur. Bu üçlü ilişkide satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında mal/hizmet edinimi için akdedilen satış/hizmet sözleşmesi, tüketici ile kredi veren arasında tüketici kredi sözleşmesi/konut finansmanı sözleşmesi, kredi veren ile satıcı/sağlayıcı arasındaki çerçeve sözleşme olmak üzere üç ayrı sözleşmesel ilişki bulunmaktadır²³².

Uygulamada katılım bankalarının tabi oldukları kurallar uyarınca doğrudan doğruya satım alıma ve müşteriye devredilmesine katılması nedeni ile kullandırılan tüketici kredilerinin tamamının bağlı kredi olduğuna yönelik ciddi bir yanlış vardır. Katılım bankacılığının temel çalışma disiplini ve kuralları hukuki bağlamda doktrinde incelenmedikçe somut yanlışın devam edeceği kanısındayız. Ancak çok kısaca katkı sunmak gerekirse; bağlı kredinin varlığının söz konusu olabilmesi için kredinin bir mal veya hizmet alımı için verilmesinin yanısıra ilgili satıcı / sağlayıcı ile kredi veren banka arasında açık veya gizli bir ekonomik birlikteliğin olması gerekmektedir²³³.

Somutlaştırmak gerekirse, finansör banka tarafından ancak belirli bir konutun (veya belirli bir çoklu konut projesi dahilinde belirlenebilir bir konutun) finanse edilmesi veya kredi konusu taşınmazın satış sözleşmesi ile kredi sözleşmesinin birleşik sözleşme²³⁴ olduğu değerlendirilerek bu iki sözleşme arasında ekonomik birliğin olması halinde bahisle bağlı kredi varlık bulacaktır²³⁵.

Öte yandan TKHK m.35/4 hükmünde kredi kuruluşu ile satıcı (ya da sağlayıcı) arasında belli bir mal ya da hizmet alımına dair bir sözleşme olmadan, tüketicinin kendisinin belirlediği bir mal ya da hizmetin bedelini ödemek için kullanmış olduğu kredilerin bağlı kredi olarak kabul edilmeyeceği özellikle belirtilmiştir. Dolayısıyla finansman kuruluşu ile satıcı/sağlayıcı arasında bir sözleşmenin olmadığı, edinime

2015, s.29; REİSOĞLU, Seza, Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar: 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak, Bankacılar Dergisi 2008, S. 69, s.81.

²³² ASLAN, Yılmaz, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015. s.516; GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.225.

²³³ ATAMER, Yeşim, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016, s.152; (Anıls: Tüketici)

²³⁴ Bileşik sözleşme ilişkisine dair detaylı bilgilendirme için Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.47; ANTALYA, Gökhan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2016, s.215; YAVUZ Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014., s.13-14; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 3. Baskı, İstanbul 2018, s.5.

²³⁵ GÜMÜŞ, s.208 ve s.232; ATAMER, Tüketici, s.152.

konu konutun tüketicinin kendi iradesi ile belirlendiği hallerde bağlı kredi ilişkisinden bahsedilemeyecektir.

Aynı kanunda 30/5. maddede de kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşme olmaksızın, tüketicinin kendisi tarafından belirlenen mal veya hizmetin bedelinin kredi veren tarafından doğrudan satıcıya ödenmesi suretiyle kullandırılan kredilerin salt bu nedenle bağlı kredi sayılmayacağı belirtilmiştir²³⁶. Bu fıkra ile birlikte tüm amaca bağlı kredilerin peşin bir kabulle bağlı kredi sayılmayacağı ortaya koyulmuştur. Bu kapsamda katılım bankası ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir mal veya hizmetin tedarikine ilişkin olmayan sözleşmelerin, bağlı krediye vücut vermeyeceği kanısındayız. Zira bu sözleşmenin doğrudan doğruya bir ekonomik birlikteliğe vücut vereceğini söylemek yanılıdır²³⁷. Yine bu yönde bir kabul katılım bankacılığını bankacılık sektöründen ziyade her kredi konusunun doğrudan doğruya muhatabı olan devasa bir mal ve hizmet sunum platformuna taşıyarak işleyemez hale getirecektir.

C. Katılım Bankası İle Satıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Murabaha sözleşmesinde bankanın satıcı/sağlayıcı ile olan ilişkisi esasen kredi konusunun temin edilmesi karşılığında kredi tutarını satıcıya/sağlayıcıya iletmeştir. Uygulamada müşterinin proforma fatura veya fatura temin ederek bankaya iletmesini takiben tutar banka tarafından satıcıya ulaştırılmaktadır²³⁸. Yargı kararlarında sözleşme konusu tutarın bizzat bankanın kendisi tarafından doğrudan doğruya satıcıya ödenmesinin bağlı kredi müessesesi ile karıştırıldığı çok sık müşahade edilmektedir. Esasında bağlı kredinin finansör tarafından belirli bir mal veya hizmete hasredilen krediler için söz konusu olduğu açıkça bilinmekte iken katılım bankacılığı sisteminin

²³⁶ Nitekim söz konusu fıkra kanun çalışmaları sırasında katılım bankalarının ısrarıyla getirilmiştir. (ATAMER, Tüketici, s. 155).

²³⁷ Öte yandan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E.2014/48320, K. 2016/5944, T. 25.02.2016, E. 2020/4771 K. 2020/4255 T. 16.9.2020, E. 2015/19253 K. 2017/5759 T. 10.5.2017, E. 2014/31740 K. 2014/40214 T. 15.12.2014, E. 2014/31741 K. 2014/40215 T. 15.12.2014, E. 2015/29827 K. 2015/30307 T. 19.10.2015 tarihli kararlarında bağlı krediye ilişkin birtakım ilkelerin getirilerek sorunun çözülmeye çalışıldığı görülmektedir.

²³⁸ TUNÇ, s. 137; GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.255-256; AKIN s.158; YANPAR, s. 158.

yeterince bilinmemesi ve bu konuda yapılan çalışmaların azlığı da bu hukuki yanlışlığı beslemektedir²³⁹.

Bankaya müşteri eliyle veya doğrudan satıcı tarafından iletilebilecek hiçbir form veya fatura, tek başına banka ile satıcı arasında sözleşmesel bir ilişki hatta ön sözleşme ilişkisi dahi doğurmayacaktır. Bankanın imzacısı olduğu eksik üçüncü kişi yararına sözleşmedeki üçüncü kişiye sözleşme konusu bedelinin havalesi gerektiğinden aradaki hukuki ilişkinin bankanın gönderen, satıcının ise alıcı olduğu bir havale sözleşmesine imkan verdiği, bankanın işlemi gerçekleştirerek gerekli bildirimleri yapması ile söz konusu tek taraflı işlemin tamamlanacağı kabul edilmektedir²⁴⁰. Ayrıca aradaki ilişkinin gerçek bir satım iradesi taşıması nedeni ile bir satış sözleşmesine vücut verdiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

D. Müşteri İle Satıcı Veya Sağlayıcı Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Murabaha finansmanı sisteminde, müşteri sözleşmenin amacına bağlı olarak ihtiyacı olan mal veya hizmeti satıcı/sağlayıcıdan temin etmekle birlikte bunun ücretini banka ödediği için burada da tam anlamı ile bir satış sözleşmesinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak müşterinin satıcı/sağlayıcı ile yaptığı veya yapacağı görüşmelerin, karşılıklı beyan iradelerinin sözleşme hazırlığı veya önsözleşme olarak değerlendirilmesi kanımızca mümkündür. Bu aşamaya dair çıkması muhtemel sorunların da asıl sözleşmeye istinaden uygulama alanı bulacak genel hükümler ile değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

VI. Sözleşmenin Çifte Temsil Yöntemi İle Uygulanışı Ve Buna İlişkin Tartışmalar

Mevduat bankaları veya katılım bankaları başta olmak üzere tüm finans kuruluşlarının ticari hayatın içinde doğrudan rol aldığı ve görece rekabetin en sert

²³⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 17.6.2010 2009/14602 E., 2010/8840 K. Sayılı bir başka kararı bu anlamda incelenmeye değerdir.

²⁴⁰ GÜRSES, Davut, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Havale, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s.459-484; TÜRK, Ahmet, Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara, 2007, s. 82-83; İslam Hukukunda da havale kurumu çok benzer kurucu unsurlara bağlanmıştır. Bkz. AYUB, s. 184.

yaşandığı bu sektörde portföy arayışlarında oldukları bilinen bir gerçektir. Ancak buna rağmen finanse edilen dinamiklerin doğrudan doğruya içerisinde yer almak bankalar için aynı zamanda ilave sermaye, personel istihdamı ve risk anlamı taşımaktadır. Konumuz özelinde değerlendirilecek olursa müşterilerin murabaha sözleşmesine konu ettikleri mal veya hizmetin aslında bu ihtiyacın doğrudan muhatabınca değil de finansman sağlayıcı tarafından temin edilecek olmasının birtakım külfetlere sebep olması beklenebilir bir sonuçtur²⁴¹.

Murabaha sözleşmesi piyasada uygulama alanı buldukça gerek mal veya hizmetin önce resmi olarak bankaya ardından müşteriye satılmasının neden olduğu mali ve vergisel külfet gerekse hız ve doğrudanlık gibi sektörel ihtiyaçlar nedeni ile alternatif uygulama yöntemleri de görülmektedir. Bu başlık altında bahsedilen uygulama yöntemlerinden en tartışılmalı olduğunu düşündüğümüz katılım bankaları tarafından uygulanan çifte vekalet sistemine değinmekte fayda görüyoruz. Katılım bankaları birtakım mali ve operasyonel gereklilikler nedeni ile zaman içerisinde müşterilerine, bir malı banka adına satın alıp sonrasında kendi mülkiyetlerine geçirebilmeleri için adi yazılı şekilde düzenlenmiş temsil yetkisi verme yöntemini uygulamaya başlamışlardır. Zira bilindiği üzere geçerliliği resmi şekil şartına tabi olan her bir işlem harç, masraf, ücret, vergi, komisyon vb. isimler ile çok sayıda ek maliyete neden olmaktadır. Böylece krediye konu ihtiyacın müşteriye daha az vergisel ve mali külfetle daha hızlı bir şekilde sağlanması söz konusu olmuştur²⁴².

Her ne kadar çifte vekalet olarak ifade edilen bu yöntem bankalar açısından karlı bir yöntem olsa da katılım bankacılığının varoluş amacı olan dini kural ve kaideler ile uyuşmadığı yönünde tartışmalar da bulunmaktadır²⁴³. Ancak yıllar içerisinde süren tartışmaların bir sonucu olarak konu ile ilgili en dikkat çekici itirazın AAOIFI standartlarında ve Danışma Kurulunca ilan edilen standartlarda yer aldığı görülmektedir. Bu standartlarda geçmiş yıllarda ancak zorunlu durumlarda söz konusu sistemin uygulanmasının İslami bankacılık modeline uygun olacağına ilişkin kayıtlar yer almaktaydı. Ancak güncel standart yazılarında otoriteler tarafından katılım bankasının müşteriye hem sözleşme konusunu ilk satıcıdan satın alması hem de banka

²⁴¹ AKTEPE, s. 87-88.

²⁴² AKTEPE, s. 99; YANPAR, s. 158.

²⁴³ İslam Hukukunda vekalet sözleşmesinin geçerliliği belirli şartların varlığına bağlıdır. Bu hususta Bkz. DÖNDÜREN, Hamdi, İslam İlmihali, Erkam Yayınları, Bursa 2003, s. 552.

adına satın alınmış bu malı kendisine satması için vekâlet vererek çifte temsil yoluyla işlem yapmasının herhangi bir istisnaya tabi tutmayarak, katılım bankacılığı ilkelerine aykırı olduğu değerlendirilmiştir²⁴⁴. Zira bu durumda müşterinin hem banka adına sözleşme konusunu satan vekil hem de satın alan taraf olarak sözleşmenin her iki tarafını temsil ettiği yani kendisi ile sözleşme yaptığı tespitleri ile bu yöntemin uygulanmasından men edilmiştir. Kısacası bu sözleşme nazarında esas olarak aranan husus murabaha konusunun gerçek anlamda banka himayesine ardından müşteriye devridir²⁴⁵.

Uygulamada bankaların bu kısıtlamayla mücadele biçimleri hukuki anlamdan ziyade bankacılık operasyonuna matuf bir takım ara formlar ile gerçekleşmektedir. Örneklendirmek gerekirse uygulamada bazen bankalar çifte vekalet kısıtlamasına takılmamak adına müşterisine sadece banka adına murabaha konusu malın alınması için vekaletname verir ve fakat bu vekaletnamede müşterinin ilgili malı banka adına kendisine satabileceğine ilişkin bir yetki düzenlemez. Sözleşmeye konu bedelinin satıcıya ödenmesi ile eş zamanlı olarak banka müşteriye söz konusu mal veya hizmeti kendi namına kabul ettiğini ve yine müşterisine bu mal veya hizmeti açıkça bildirdiği kar ve masraflar üzerinden satmayı teklif ettiği bir icap formu iletilmektedir. Bankanın teklifini içeren bu forma ayrıntılı ödeme planını ve bu planın açıkça kabul edildiğini içeren müşteri onayı ise bu icabın kabulü anlamında değerlendirilmektedir²⁴⁶. Çalışmamızda gerek bu formların esasen hukuk nosyonu içerisinde muvazaa olarak değerlendirilmesi gerekse de pozitif hukuk kuralları anlamında birbirinden bağımsız

²⁴⁴ Bu hususta yayınlanan 06.05.2021 Murabaha Standardının m.2/8'nin ilgili kısmı şu şekildedir:“(...)katılım bankasının müşteriye hem malı ilk satıcıdan satın alması hem de banka adına satın alınmış bu malı kendisine satması için vekâlet vererek çifte vekalet yoluyla işlem yapması, katılım bankacılığı ilkelerine uygun görünmemektedir. Böyle bir durumda müşteri hem banka adına malı satan bir vekil, hem de malı alan taraf olarak akdin her iki tarafını temsil etmekte ve fiilî olarak da kendi kendisiyle akit yapmak durumunda kalmaktadır. Akdin her iki tarafını aynı kişinin temsil etmesi genel olarak mahzurludur. Ayrıca bu durum, bankanın gerçek anlamda alıcı ve satıcı vasfını kazanmasını engelleyeceği için katılım bankacılığı ilkelerine uygun değildir. Nihaî satım işlemini katılım bankasının gerçekleştirmesi, alıcı ve satıcı sorumluluklarının birbirinden ayrılması, murâbaha işleminin göstermelik ve şekli bir işlem görünümü taşımasını temine yönelik bir tedbirdir. Bu tedbirin uygulama bakımından zorluk oluşturması söz konusu değildir.” (Kaynak: <https://tkbbdanismakurulu.org.tr/uploads/standartlar/ac2e3876713408175ef81c949f8bacdf.pdf>)

²⁴⁵ AKTEPE, s.87.

²⁴⁶ GÖRMÜŞ/ALBAYRAK s.223.

müzakere süreçlerine tabi olmayan standart ifadeler olması nedeni ile daha fazla yer verilmemiştir.

VII. Benzer Sözleşmelerle Karşılaştırılması

A. Satış Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Borçlar Kanunumuzda kanun koyucu tarafından satış sözleşmeleri satıcı tarafından satılanın zilyetlik ve mülkiyetini bir bedel karşılığında satın alana devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmeler olarak düzenlenmiştir²⁴⁷. Murabaha sözleşmesi de esasında bünyesinde ilk satıcıdan bankanın sözleşme konusu mal veya hizmeti satın alması ve ardından müşteriye satış yapması şeklinde iki ayrı ayrı satış sözleşmesini bünyesinde barındırır da birtakım farklılıklar bulunmaktadır.

Özellikle devrin geçerlilik şekil şartlarına bağlandığı satış sözleşmelerinde esasen katılım bankasının resmi mülkiyeti hiç üzerine almamış olması murabaha sözleşmesini kendine özgü sui generis bir yapıya yaklaştırmaktadır. Bir taşınmazın finansmanı üzerinden örnek vermek gerekirse katılım bankası tapu alım satım harçlarının iki kere ödenmemesi ve böylelikle avantajlı rakamlar üzerinden müşteri/lerine kredi imkanı sunabilmek adına uygulamada müşteri adına satın alma işlemi için düzenlediği resmi alım vekaletnamesi ile sağlamakta daha sonra adi bir vekaletname ile banka adına kendisine sattığını varsaymaktadır. Öte yandan çifte vekalet uygulamasının kaldırılmasına yönelik alınan kararının mevzuata ve uygulamaya yerleşmesi ile uygulamanın yeknesaklaşacağı öngörülmektedir²⁴⁸.

Satış sözleşmesinin temel unsuru olan devrin belirli bir şekil şartına bağlanmadığı taşınırlar açısından da devre konu şey üzerinde esasen bir malik iradesi sergilemeyen bankanın varsayımdan öte gerçeklik taşımayan bir biçimde murabaha konusu şey üzerinde malik olup müşterisine satışının hukuki tanımlamasına “satış” demek satış sözleşmesinin temel dinamiklerine uygun düşmeyecektir²⁴⁹. Zira bilindiği gibi taşınır mülkiyetinin devrinin gerçekleşmesi mülkiyetin devri konusunda

²⁴⁷ ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu’nda Satım Sözleşmesine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CIGS’e göre Satış Sözleşmeleri, 2012, s.7-15.

²⁴⁸ Bkz. Çalışmamızın İkinci Bölüm VI. Başlığı altında çifte vekalet konusu işlenmiştir.

²⁴⁹ ANTALYA, s.70 vd., GÜMÜŞ, s.66.

anlaşılmasından ibaret değildir. Mülkiyet devrini doğrudan veya hükmen teslim ile yada zilyetliğin havalesi veya kısa elden teslim ile teslimsiz olarak devredilmesi de izlemelidir²⁵⁰. Ne ürünün tedarik sürecinde ne de satın alımında çalışanları vasıtasıyla murabaha konusunun temin edilmesinde maddi olanak sağlamaktan başka aktif rol üstlenmeyen bankanın gerçek bir satış gerçekleştirdiğini söylemek tartışmalıdır.

Bankanın asıl satıcının alıcısı olduğu satım sözleşmesinde ve ilk satıcının murabaha sözleşmesinin ilk kısmında yapmış olduğu satışta, asıl iradenin sözleşme konusu şeyi bankaya değil bankanın müşterisine satmak olduğu açıktır. Sözleşmelerin ancak tarafların iradelerinin uyuşması ile mümkün olması nedeni ile bir an olsun zilyetlik devrinin gerçekleşmiş olduğu varsayılsa dahi tarafların iradelerinin esasında uyuşmaması nedeni ile satış sözleşmesinden bahsedilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

B. Kira Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Satım sözleşmesi gibi kanunda esaslı unsurları ile birlikte açıkça düzenlenen isimli sözleşmelerden olan kira sözleşmesi kira bedeli ödeme taahhüdü karşılığında kiracının kiraya verene ait kiralanan üzerinde kullanma ve faydalanma hakkı tanıyan sözleşmelerdendir²⁵¹.

Kira sözleşmelerinin uygulamada genellikle aylık periyodik ödemelerle kararlaştırılmasına yönelik ifa uygulaması, benzerliği bakımından murabaha sözleşmesini ve aylık finansman ücretini andırır da aralarında bir takım bariz farklar söz konusudur. Öncelikle kira sözleşmesinde kararlaştırılan periyodik kira bedeli, kiralananın kullanım ve yararlanılmasına hasredilen bir bedeldir. Ancak murabaha sözleşmesinde esasen halihazırda borçluya sağlanan ve parayla değer biçilen kredi konusunun vadesi gelmiş borç söz konusudur. Öte yandan kiralanan şeyin mülkiyeti kiraya verende iken murabaha sözleşmesinde düzenli ödemeyi üstlenen taraf sözleşme konusunun doğrudan doğruya maliki olmaktadır.

²⁵⁰ SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2017, s. 489.

²⁵¹ 6098 Sayılı Borçlar Kanunumuzun 299. Maddesinde verilen tanım şu şekildedir: Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir; TOMBALOĞLU, Mustafa Lütfi, Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara 2015, s.13-14.

C. Finansal Kiralama Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması

Katılım bankacılığında finansal kiralama sözleşmeleri yaygın olarak yapılagelmektedir²⁵². Finansal kiralama sözleşmesinde sözleşmenin ikamesinde mülkiyetin devri kararlaştırılmışsa ödemelerin sona ermesi ile birlikte finansal kiralama konusunun mülkiyet devri gerçekleşmektedir. Murabaha sözleşmesinde sözleşme konusu sözleşmenin akdedilmesine müteakip karşı tarafa geçmektedir.

Bir diğer fark da sözleşme konusunun diğer tarafa geçmesi için ifa edilmesi gereken bedel konusunda çıkmaktadır. Örnek vermek gerekirse bir finansal kiralama sözleşmesinde bedel ve vade üzerinde mülkiyetin devri öncesinde revizyonların yapılması beklenebilir bir durumdur. Murabaha sözleşmelerinde ise önceden bedelin ve karın belirli olmasına istinaden mülkiyet devri baştan kesin olarak bilinmesi söz konusudur²⁵³.

D. Katılım Bankacılığına Özgü Sözleşmeler İle Karşılaştırılması

Murabaha sözleşmesinde mudarebe ve müşareke sözleşmesine göre göze çarpan ilk farklılığın banka açısından üstlenilen risk faktörü olduğu ortadadır. Zira murabaha sözleşmesinde banka salt bir mal veya hizmetin müşterisine belirli bir kar karşılığında satılmasını yürütürken mudarebe ve müşareke sözleşmelerinde kar sağlamak yine amaç olmakla birlikte gerekirse zarara uğrama rizikosunu da üstlenmektedir²⁵⁴.

Murabaha sözleşmesi en temel anlamı ile bir gayrinakdi yatırım ve finansman yöntemi iken teverruk bunun tam aksine bankaların nakdi finansman kullandırma yöntemidir. Öte yandan bu yöntemin faizli bankacılık sisteminin temel işleyişine çok benzediğine ve İslam dinine uygun olmadığına, yalnızca ihtiyaç durumu için caiz

²⁵² Mevzuatta katılım bankalarının bu işlemlere aracılık etmesinin yasal altyapısı için Bkz. Birinci Bölüm I.B.2.

²⁵³ MAĞDEN, s.151.

²⁵⁴ BAFRA, s. 72.

görülebileceğine²⁵⁵ yönelik çok sayıda kayda değer eleştiriye istinaden katılım bankacılığında istisna bir şekilde uygulama alanı bulmuştur.

Faizsiz bankaların kurucu değerlerine ve piyasa koşullarına en uygun finansman çeşidi olan murabaha, nakit finansmanına alternatif olarak belirli bir mal veya hizmetin doğrudan temin edilmesi iken; teverruk müşterilerin nakit ihtiyacını karşılamada kullanılmaktadır. Zira faizsiz bankaların mevcut finansman yöntemlerinin müşterilerin nakit gereksinimlerini doğrudan karşılamaya elverişli olmaması nedeni ile zaman zaman teverruk sözleşmesine başvurulması söz konusu olmaktadır.

E. Genel Kredi Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Bankacılık sektörünün temel sözleşmelerinden Genel Kredi Sözleşmeleri kanunda kendisine tanım bulan bir sözleşme türü değildir. Bu durumun uygulamada çok sayıda hukuk boşluğuna meydan verdiğine yönelik haklı eleştiriler doktrinde yer almaktadır²⁵⁶. Yıllara sari uygulama alanı bulan bu sözleşmeleri, uygulama bilgisi ve doktrindeki çalışmalar baz alınarak tanımlamak gerekirse; genel kredi sözleşmeleri, bankaların müşterilerinin banka lehine taşınır veya taşınmaz rehni, senet, kefalet, alacak temlik gibi belirli bir teminatı ve faiz, komisyon vb. koşulları kabul ederek şartları sağlaması karşılığında belirli bir tutara kadar kredi kullandırmayı üstlendiği sözleşme modelidir²⁵⁷.

Uygulamada katılım bankalarının da tıpkı mevduat bankaları gibi kredi çalışması yapacakları müşterinin her kredi konusu işlemde tekraren teminat ve onay prosedürlerine tabi olmaması adına kendileri ile genel kredi sözleşmesi imzaladıkları bilinmektedir. Katılım bankaları imzalanan bu genel kredi sözleşmelerine istinaden çalışmamız konusu murabaha sözleşmeleri başta olmak üzere birden fazla gayri nakdi hatta nakdi kredi tahsisi yapmaktadır. Banka tarafından sözleşmelere ilişkin çok

²⁵⁵ Faizsiz Bankacılık Standartları (AAOIFI), [https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/9201/Faizsiz-Finans-Muhasebe-Standartlar%C4%B1-\(FFMS\)](https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/9201/Faizsiz-Finans-Muhasebe-Standartlar%C4%B1-(FFMS)) (Erişim tarihi: 12.04.2020) s. 575, 576.

²⁵⁶ GÜRSES, s. 193.

²⁵⁷ KARABÖRK, Kürşat, Türk Hukukunda Banka Kredi Açma Sözleşmeleri, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mersin, 2017, s. 30; s. 34; AKYOL, s. 76; Genel Kredi Sözleşmelerinin bünyesinde çok fazla sözleşmeye imkan veren bir çerçeve sözleşme olduğuna yönelik yorum için Bkz. BAYKAL, Murat: “Banka Kredi Sözleşmeleri”, BATİDER 2002, C. 21, S. 3., s. 52., GÜRSES, Banka, s. 155.

sayıdaki bilgi ve kaydın sistematik olarak işlenerek²⁵⁸ birden çok kredi ilişkisinde tekraren kullanılmak, kullanıldıkça veya kullanım kaynaklı doğan borçların ifası kısmen veya tamamen gerçekleştikçe kredibilite değerlendirmeleri ile yenilemeler, revizyonlar, güncellemeler yapılmak üzere çerçeve bir sözleşme şeklinde kurulduğu görülmektedir. Murabaha sözleşmesinin konusunun, limitinin hatta banka karının baştan belirli olması genel kredi sözleşmesi karşısında en büyük farklılıktır. Öte yandan katılım bankalarının müşterilerinden temin ettikleri genel kredi sözleşmelerine istinaden bir veya birden fazla murabaha sözleşmesine imkan vermektedir.

²⁵⁸ GÜRSER, s. 80-81; TEKİNALP, s. 479.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MURABAHA SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

I. Murabaha Sözleşmesinin Hükümleri

A. Sözleşmenin Hükümlerinin Belirlenmesi

1. Müzakere İle Sözleşme Hükümlerinin Belirlenmesi

Aynı türdeki tüm sözleşmelerin özel olarak da murabaha sözleşmelerinin hepsinin aynı kuruluş aşamasına sahip olacağını söylemek yanlış olacaktır. Zira gerek bankanın müşteriye gerekse müşterinin bankaya teklifinin detaylarını, sözleşmelere ilişkin şartlarını ve müzakere isteğini iletmesi ve bu isteğin karşılık bulması farklılık göstermektedir. Örnek vermek gerekirse; bankalar ile sıklıkla akdedilen sözleşmelerden genel kredi sözleşmelerinin banka ve müşterisinin bir araya gelerek müzakere ederek kurulması²⁵⁹ veya taraflardan birinin -ki çok büyük oranda bu taraf ekonomik olarak güçlü olan taraf olan banka olmaktadır- diğer tarafa müzakere olanağı sunmadan kendi sözleşmesini pazarlıksız olarak sunması ile kurulduğu bilinmektedir.

Bir sözleşmenin karşılıklı iradelerin tam anlamı ile uyuşmasını takiben karşılıklı hak ve sorumlulukların doğrudan sözleşmeye dercedilerek oluşturulması esasında Borçlar Kanunu'muzun asıl olarak öngördüğü sözleşme modelidir ve kökeni

²⁵⁹ GÜRSES, s. 187; Bir sözleşmenin kuruluşu ilk olarak tarafların tercihlerine göre değişmektedir. Nitekim birtakım sözleşmeler anlık veya çok kısa sürede kurulup derhal ifa söz konusu olabilirken diğer tarafta belirli merasimlere, ön koşullara, şartlara bağlı olarak gerçekleşen de çok sayıda sözleşme türü bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'muz tarafından öngörülen sözleşme kurulum biçiminin tarafların birbirleri ile giriştikleri icap ve kabule istinaden karşılıklı irade neticesinde kurulan sözleşmelerdir. Doktrinde çoğu yazar tarafından bu biçimde sözleşme kurulmasının artık azınlıkta kaldığı ve güncel bir yöntem olmadığı ifade edilmektedir. Günümüzde sözleşmeler genellikle taraflar arasındaki uzun süren menfaat denkleştirmeleri ve tecrübelerle aşama aşama oluşan metinlerin kabulü ile mümkün olmaktadır. Detaylı Bilgi İçin Bkz. İŞINTAN, Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s.51.

sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. Zira sözleşme özgürlüğünün, kişilere kendi aralarındaki ilişkileri yine kendi serbest iradeleri ile tayin etme hakkı tanıyan irade özerkliği prensibinin bir boyutu olduğu açıktır²⁶⁰. Kanun kapsamında öngörülen sözleşme özgürlüğünün, sadece biri ile sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünden ibaret olmadığı doktrinde kabul görmektedir. Kişilerin bu özgürlüklerinin yanısıra sözleşmenin karşı tarafının kim olacağını, kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemek üzere sözleşmenin tabi olacağı şekil ve içeriğin kapsamını, revizyon haklarını hatta sonlandırma iradelerini de kapsadığı doktrinde ifade edilmektedir²⁶¹.

Doğal hukuk bakımından tercih edilmesi gereken müzakere yöntemi ile sözleşme akdedilmesi, bankalar ile yapılan sözleşmelerde son derece nadiren görülmekte hatta bazı banka sözleşmeleri açısından hiç uygulama alanı bulmamaktadır²⁶². Banka ile işlem yapan tarafın finansör bankaya oranla sosyo-ekonomik olarak zayıf konumda olması ve banka tarafından tek tip sözleşme ile çalışma yapılmasının gişe işlemlerinde hata veya eksiklik yapılmamasına, çok daha hızlı ve maliyetsiz bir şekilde kredi tahsisı yapılabilmesine de yardımcı olması şüphesiz bu durumun başlıca sebepleridir. Bu anlamda murabaha sözleşmesinin şartlarının belirlenmesinde müzakere yöntemi ile sözleşme oluşturulmasından ziyade finans piyasalarındaki uygulamayla örtüşen yöntem olan bankaların hazırlayıp sundukları standart sözleşmeler üzerinden işlemlerin yürütüldüğünü söylemek mümkündür. Şüphesiz bu durumda asıl tartışılması gereken husus gerek pozitif hukuk kurallarımız muvacehesinde genel işlem şartları içeren sözleşme hükümlerinin nasıl yorumlanacağı problemidir.

²⁶⁰ İPEK, Mehtap, Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, s. 11; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 19-20.

²⁶¹ İPEK, s. 14; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 503; OĞUZMAN/ÖZ, s. 20.

²⁶² GÜRSES, s. 145; AYDOĞDU, Murat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir 2013, s. 588-589.

2. Genel İşlem Şartlarının Mevcudiyeti Halinde Sözleşmenin Oluşumu

Sosyo-ekonomik hayatın günümüzde ulaştığı girift yapı ve süreklilik ihtiyacı kapsamında sürekli benzer sözleşmelerin akdedilmesi beraberinde hız ve ihtisaslaşma ihtiyaçlarını ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle artık sözleşmelerin neredeyse tamamına yakını bir tarafın sürekli olarak bu sözleşmelerin tarafı olması nedeni ile diğer tarafın doğrudan onayına sunulan standart sözleşmeler ile gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda taraf iradelerinin karşılıklı hür irade ile ortaya çıktığını belirtmek tam olarak mümkün değildir²⁶³. Bahsettiğimiz şekilde yapılan sözleşmelerin tek tip hükümleri, Borçlar Kanunu'muz nezdinde doğal olarak müzakere sonucu oluşturulan hükümler ile aynı şartlarda korunmamış, genel işlem şartları olarak isimlendirilerek ayrık bir düzenleme ihtiyacı duyulmuştur²⁶⁴. Doktrinde standart sözleşmeler olarak da isimlendirilen bu tip sözleşmelerin bir kısmı veya tamamı genel işlem şartlarından müteşekkildir²⁶⁵.

Genel işlem şartları ayrı bir sözleşme ile veya asıl sözleşmeye derç edilmiş biçimde olabilmekle birlikte ilgili sözleşmenin hangi sektöre aitse o alana dair yılların birikimi ile şekillendiği için hemen hemen tüm olası sözleşme ihtilaflarına ilişkin kayıtlar içeren ve çoğunlukla sözleşmeyi düzenleyen için sorumsuzluk kayıtları barındıran standart koşulları haizdir. Müzakere ile tesis edilen sözleşmelerden farklı olarak bu tip sözleşmelerde karşılıklı borçların ne olduğu, miktarı ve vadesi gibi asli

²⁶³ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.48-49; DİLEK, Uğur Bekir, İslâm Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları İçeren Akitler İz'ân Akitleri (Türk Borçlar Kanunu Bağlamında), Marife Dergisi, C. 18, S.1, Yalova 2018, s.237.

²⁶⁴ 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzun 20. Maddesi şu şekildedir: "E. Genel işlem koşulları I. Genel olarak MADDE 20- Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır".

²⁶⁵ KILIÇOĞLU, s.171; HAVUTÇU, Ayşe, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Ankara 2003, Seçkin Yayınları, s. 5; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.50.

unsurların oldukça küçük bir bölümü müzakere konusu olmaktadır²⁶⁶. Hatta bankalarla yapılan sözleşmelerde karşılıklı borçların dahi her bir mevduat bankası nezdinde ilan edilen faiz ve katılım bankası için aynı şekilde ilan edilen kar payı üzerinden şekillendirildiği; bu anlamda sözleşme imzalayacak kişiye halihazırdaki sözleşmeyi bir bütün halinde tartışmasız kabul etmek dışında bir irade alanı bırakılmadığı görülmektedir²⁶⁷. Günümüzde çok istisnai durumlar dışında bankaların tüm sözleşmelerini bu yöntemle yaptıkları bilinmektedir²⁶⁸. Bu anlamda kanunun genel işlem şartlarına izafe ettiği tanımlama ve hükümlerin ne kadar önem taşıdığı açıktır.

Borçlar Kanunu'muz m 20. ile m. 25. arasında düzenlenen genel işlem şartları doğrudan kanun tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.”* Tanımlamanın pek çok açıdan ihtiyacı karşıladığı düşünülmele birlikte doktrinde bu kapsamda farklı tanımlamalara da gidilmiştir²⁶⁹. Kanun metninden de anlaşılabileceği üzere genel işlem şartlarının dört temel unsuru bulunmakta olup bunlar sırası ile şu şekildedir: Bir sözleşmeye ilişkin koşulları ihtiva etmeleri, sözleşmenin kurulmasından / hatta sözleşme görüşmelerinden önce tek tarafça hazırlanmaları, belirli bir sözleşme özelinde değil ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere yazılmaları ve karşın tarafın ancak onayına sunulmalarıdır²⁷⁰. Ayrıca bu sözleşme hükümlerinin asıl sözleşme içinde mi yoksa ayrı bir sözleşme olarak mı verildiği, kapsam ve muhteviyatının ne olduğu kuralları ya da tipi genel işlem şartları nitelendirmesinde önemi olmayacaktır.

Şüphesiz kanun koyucu, alanında örgütlü profesyonel sözleşme desteği alarak sözleşmeden kaynaklanan en ufak bir hakkın dahi farkında olup ona göre sözleşme düzenleyen ve menfaatlerini sağlama alan bir kurum ile bu kurumun kendisine ihtiyaç

²⁶⁶ HAVUTÇU, s. 39.

²⁶⁷ HAVUTÇU, s. 4-5; KILIÇOĞLU, s.163; OĞUZMAN/ÖZ, s.26.; EREN s.218-223.

²⁶⁸ AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 220; GÜRSES, s. 191; TEKİNALP, s. 370.

²⁶⁹ Doktrinde yapılan bazı tanımlar için Bkz. ATAMER, s. 61; HAVUTÇU. 71-74; EREN, s. 215; KILIÇOĞLU, s.158.

²⁷⁰ KILIÇOĞLU, s.172; ATAMER, Sempozyum, s. 66; AYDOĞDU, s. 57.

duyan müşterisinin aynı hukuki korumaya tabi olmaması gerektiğinin bilincindedir²⁷¹. Bu bağlamda genel işlem şartları ihtiva eden sözleşmelerin Türk hukuk düzenindeki denetim mekanizması idari ve yargısal olmak üzere iki türdür²⁷². Çalışmamızla ilgili olan yargısal denetim, kanunumuzda bağlayıcılık yani yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç temel aşamadan oluşmaktadır²⁷³.

İlk aşama olan yürürlük denetiminde öncelikle genel işlem şartı özelliği taşıyan hükmün sözleşmenin geçerli bir içerik haline gelip gelmediği değerlendirilir. Bu aşamanın gerçekleşmesi ile birlikte bu hükmü sözleşmeye koyan aleyhine yorumlandığı yorum denetimi aşamasına geçilir. Bu aşamada bir örnek vermekte fayda görmekteyiz. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere katılım bankalarının sözleşmelerinde İslami kurallara riayet şartı yer alabilmektedir. Özellikle sınırları Türk hukuku tarafından kesin bir şekilde tanımlanmayan bu kuralların katılım bankaları ve müşterileri açısından muğlaklığı ortadadır. Bu itibar ile murabaha sözleşmelerinin genel dogmatik kurallardan ziyade yorum denetiminde muğlaklığa neden olmayacak net ifadeler ile yazılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde belli başlı fikir ayrılıklarından doğan mezhep farklılıklarının bir takım anlaşmazlıklara neden olması beklenebilecek bir durumdur. Böyle bir durumda bu tip fikir ayrılıklarının söz konusu olması halinde sözleşme hükümlerinin zayıf olan lehine uygulama alanı bulması doğru olacaktır. Üçüncü ve son aşama ise sözleşmenin zayıf tarafının sözleşmeden doğan menfaatlerine zarar vermesine rağmen dayatılarak yazılan hükümlerin yazılmamış sayıldığı içerik denetimidir²⁷⁴.

Yerleşik içtihatlarda²⁷⁵ genel işlem şartlarının yargısal denetimi noktasında pek çok soru işareti giderilmiştir. Buna göre denetim yolları sırası ile tüketili ve her üç

²⁷¹ HAVUTÇU, s. 37-38; KILIÇOĞLU, s.163.

²⁷² AYDOĞDU, Murat, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 1. Baskı, Ankara, 2014, s.68.

²⁷³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul, 2010, s. 232; TURAY, s.44.

²⁷⁴ KILIÇOĞLU, s. 179-181; AKINTÜRK/KARAMAN, s.50; KÜÇÜKGÖDE, Deniz Uğur, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 89.

²⁷⁵ “Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde, genel işlem koşullarının üç aşamalı denetime tabi tutulması gerekir. Söz konusu denetim aşamaları; yürürlük (kapsam) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. Yürürlük denetiminde, genel işlem koşulunun karşı tarafın bilgisi dahilinde sözleşmeye konulup konulmadığına bakılmalı, müşterinin

aşamadan da geçen genel işlem şartının sözleşmenin geçerli ve bağlayıcı bir hükmü olduğuna karar verilmelidir. Yine yürürlük denetiminden geçen ve zayıf kişi lehine yorumlanmasına imkan olmayan hükmün, dürüstlük kuralına aykırılık ihtiva etmesi veya karşı taraf şartlarını haksız yere ağırlaştırması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımı, uygulama alanı bulacaktır. Burada dürüstlük kuralının sınırlarının ne olduğu muğlaktır. Ancak murabaha sözleşmesi kapsamında uygulamada sık karşılaşılabilen

sözleşmeye genel işlem koşulu konulduğunu açıkça biliyor olması halinde diğer denetim aşamalarına geçilmelidir. Aksi halde diğer aşamalara geçilmeksizin genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün sözleşmeden çıkarılması gerekmektedir. TBK m. 21 uyarınca, bir müşterinin önceden sözleşmedeki genel işlem koşulundan açıkça haberdar edilmesi, tek başına o hükmün geçerli hale geldiğini göstermez. Önceden müşteriye bildirilmemiş olan hükümler, genel işlem koşulu denetimine gerek kalmaksızın, sözleşmenin bir hükmü dahi sayılmamalıdır. Şayet sözleşme, o sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem koşulu taşıyorsa, yani şaşırtıcı hüküm içeriyorsa, bu nitelikteki hükümler yönünden, müşterinin önceden ve açıkça bilgilendirilmiş olup olmadığı, bu hükmün müzakere edilip edilmediği önem taşımaksızın, o sözleşme hükmü TBK m. 21/2 uyarınca sözleşmeye yazılmamış sayılmalıdır. Yürürlük denetimi kapsamında, genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerden müşterinin önceden ve açıkça bilgilendirilmemiş ve onun tarafından kabul edilmemiş olması halinde veya şaşırtıcı hüküm içermesi halinde o hükümler sözleşmeye yazılmamış sayılır. Böyle bir durumda, sözleşmeyi düzenleyen taraf, sözleşmede yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler olmasaydı, o sözleşmeyi yapmayacak olduğunu söyleyerek, sözleşmenin geçersiz olduğu ileri süremez. Yürürlük denetiminin aşılması halinde yapılması gerekli denetim aşaması “yorum” denetimidir. Belirsizlik ilkesi de denilen bu denetim modelinde, sözleşmede yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hüküm içeriğinin ne olduğu konusunda bir anlaşmazlık bulunuyorsa, bu hükmün düzenleyen taraf aleyhine yorumlanması gerekir. Sözleşmede, yürürlük denetiminin aşılması ve yorumu gerektirecek bir belirsizliğin bulunmaması veya bulunsa bile düzenleyen aleyhine yorum yapılmış olmasından sonra, sözleşmenin bir de “içerik” denetimine tabi tutulması gerekmektedir. İçerik denetimi yapılırken, genel işlem koşulu olduğu ileri sürülen hükmün “dürüstlük kuralı” na aykırı olup olmadığı, karşı tarafın aleyhine ve onun şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Hangi tür sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve diğer tarafın şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olduğu hususu Kanunda düzenlenmemiş olup, mahkemece her somut olayda bu durumun tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir. İçerik denetimi aşamasında, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve karşı tarafın şartlarını ağırlaştırdığının tespiti halinde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün, yürürlük denetiminden farklı olarak, Kanunun emredici hükmüne açık aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması gerekir. Genel işlem koşulu nedeniyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1. uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakimin hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir. Yukarıda, TBK'nın 20-25. maddelerinde genel işlem koşulu denetimine ilişkin ilkelere yer verilmiş olup, mahkemece, sözleşmenin 01/07/2012 tarihinden sonra imzalandığı ve 6098 sayılı TBK'nın m. 20 vd. maddelerindeki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına bir engel olmadığı nazara alınarak, sözleşmenin yukarıdaki ilkeler doğrultusunda genel işlem koşulu denetimine tabi tutulması ve sözleşme hükmünün bu nitelikte olduğunun tespiti halinde, bu hükmün yazılmamış sayılması ve ortaya çıkan boşluğun da doldurularak, varsa davacıdan tahsil edilen fazla tutarların iadesine karar verilmesi gerekir.” (Yargıtay 11. HD. 21.05.2018 tarihli 2016/11123 E., 2018/3743 K. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-11123-k-2018-3743-t-21-5-2018>)

bir örnek vermek gerekirse; prim miktarı rayiç uygulamanın üzerinde olmasına rağmen, katılım bankasının müşterisini kredi konusunun sigortalanması için kendi tekafül sigortası kurumuna yönlendirmesi dürüstlük kuralına aykırılık olarak sayılabilecektir²⁷⁶.

Doğrudan hukuk sistemimizde uygulama alanı bulunmasa da katılım bankacılığının temel ortaya çıkış gerekçesi nazarında fikir vermesi açısından İslam inancı açısından da oluşturulan içtihadın büyük ölçüde mer'i hukuk düzenlemelerimiz ile uyduğuna dikkat çekmekte fayda vardır²⁷⁷.

Son olarak bu başlık altında genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin tacirler arasındaki ilişkilerde uygulanması gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmaya değinmekte fayda görmekteyiz.

Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre her ne kadar kanun metninde genel işlem şartlarının hangi zayıf tarafı koruyacağına hangisi içinse geçerli olmayacağına ilişkin bir sınırlandırmaya gidilmemiş olsa da tacirler için uygulanmasının doğru olmadığı nitekim bu durumda Ticaret Kanunu'nun amir hükümlerinin çoğu sözleşme ilişkisinde hüküm ihtiva etmeyeceği savunulmaktadır²⁷⁸. Bu konuda bizim de katıldığımız aksi yönde görüşler de mevcut olmakla birlikte²⁷⁹ bu görüşlerin ortak

²⁷⁶ KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, 2011, s. 97-98.

²⁷⁷ “Verilen bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, kural olarak bireysel sözleşmeler gibi standart sözleşmeler de câiz ve meşrûdur. Zira bu sözleşmeleri yasaklayan herhangi bir âyet ya da hadis bulunmadığı gibi, bu sözleşmelerde karşılıklı rıza başta olmak üzere İslâm hukukunun akitlerde aradığı rûkûn ve şartlar mevcuttur. Ayrıca günümüzde bu akitlerin kullanımı gittikçe yaygınlaşmakta ve ticarî hayatta birçok kolaylıklar sağlamaktadır. Tüketiciyi korumak için bazı kuruluşlara kendilerine başvuran herkesle sözleşme yapma mecburiyeti getirilmesi ve bu kuruluşlar yanında diğer kişi ve kuruluşların ileri sürdükleri genel işlem koşullarının yargı denetimine tabi tutulması şeklindeki sözleşme özgürlüğüne dönük sınırlamalar da câizdir.” DİLEK, s. 242.

²⁷⁸ Genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin tacirler arası ilişkilerde uygulanmaması gerektiğini, öncelikli mevzuatın ticaret ve rekabet mevzuatının uygulanması gerektiğini belirtmektedir. ANTALYA, s. 408-409; Öte yandan tacirler için de genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmasının ticaret hayatında zorunlu unsur olan güven ve basiretlilik kurumu ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca tacirler arasındaki ilişkinin zaten ticaret kanunda düzenlendiği, bu itibarla eğer bankalara karşı tacirlerin korunması planlanıyorsa bunun yönteminin bankacılık kanununda hüküm tesis etmek olacağına ilişkin Bkz. ATAMER, Kerim, Tacirler Arasındaki Sözleşmelere Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler Uygulanır mı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 2017, s. 36.

²⁷⁹ KILIÇOĞLU borçlar kanununun ilgili bölümlerinde sadece adi işlerin bu kapsamda değerlendirilmesine ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi ticari işlerde uygulanmayacağına ilişkin bir

noktasını TKHK 5. maddesinde yer alan haksız şartlara ilişkin düzenlemenin zaten münhasıran tüketiciler için uygulama alanı bulacağını dolayısı ile kanunun abesle iştigal etmeyeceği itirazlar oluşturmaktadır²⁸⁰. Gerçekten de Borçlar Kanunu hükümlerinin genel niteliği gereği tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanması bir işletmenin ondan çok daha büyük bir işletme ile olan sözleşme ilişkisinin Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler olmaksızın değerlendirmenin hakkaniyete aykırı olacağı kanaatindeyiz²⁸¹.

B. Tarafların Borçları

1. Bankanın Borçları

a) Bedelin Satıcıya Ödenmesi Borcu

Murabaha sözleşmesinde, diğer finansman sağlama sözleşmelerinin aksine, bankanın ilk edimi kredilendirme konusu mal veya hizmetin bedelinin banka müşterisine değil kredi konusunun satıcısına ödenmesi söz konusudur²⁸². Tabi ki bu ödemenin tıpkı mevduat bankalarındaki kredilendirmelerde söz konusu olduğu gibi planlanan zaman içerisinde ve doğru olarak yapılması gereklidir²⁸³. Bankanın ödemeye ilişkin bu edimi kanunda ayrı olarak düzenlenen bir bağlı kredi söz konusu olmadıkça²⁸⁴ katılım bankasını asıl alım satım ilişkisinde sözleşmenin tarafı ve sorumlusu yapmayacaktır. Bununla birlikte murabaha ilişkisinin ilk satıcısı ile müşteri arasındaki sözleşme şartlarının kısmen veya tamamen gerçekleşmemesine ilişkin

hükümün de olmayacağına dikkat çekerek Genel İşlem Şartlarının uygulanma alanında tüketici tacir ayırımına gidilmemesi gerektiği savunulmuştur. Detaylı gerekçelendirme için Bkz. KILIÇOĞLU, s. 173, aynı yönde görüş için Bkz. Gürses, s.188.

²⁸⁰ GÜRSES, s. 196; KUNTALP de bu hükümlerin amacının korunmaya muhtaç olanı korumak olduğunu özellikle vurgulamaktadır. KUNTALP, s. 91.

²⁸¹ AYDOĞDU, s.30; ATAMER, s.56.

²⁸² KURU, s. 12; TUNÇ, s. 135; AKTEPE, s. 84; DİKKAYA/KUTVAL, s. 43.

²⁸³ Tüketici kredisi sözleşmelerinde bedelin sözleşmenin kurulmasından sonra derhal ödenmesi gerektiği yönünde Bkz. AKİPEK, s. 275-279.

²⁸⁴ Bağlı Kredi için Bkz. Çalışmamızın 2. Bölümü II.2.B.

uyuşmazlıkta bankanın sözleşmenin nispiliği prensibinden hareketle taraf olmamacağı değerlendirilmektedir²⁸⁵.

Genel kredi sözleşmeleri üzerinden bireysel nakdi kredilendirme yoluyla kredi tahsisi yapan mevduat bankalarında da, murabaha yöntemi ile gerçek bir mal veya hizmet alımı yürüten katılım bankalarının ilan edilen genel kredi sözleşmelerinde de kredi tahsisi yapmama haklarının muğlak ifadelerle istinaden saklı tutulduğu görülmektedir²⁸⁶. Her ne kadar uygulamada yerleşik olarak sözleşmelerde kendisine yer bulan bu düzenlemenin genel işlem şartı ihtiva etmesi nedeni ile içerik denetiminden geçip geçmeyeceği tartışmalı olsa da serbest piyasa ekonomisi içerisinde aktif ve pasifleri sürekli denetime tabi olan bankaların nihai amacı kar elde etmek olan özel şirketler olduğunun ve sözleşme hürriyetinin göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz²⁸⁷. Öte yandan özel şirketler olmasının yanısıra bankalar ülke ekonomisinde oynadıkları rol nedeni ile kamusal faaliyet de yürütmektedirler. Bu itibar ile mali açıdan güçsüzlüğe düşen müşteriler açısından bankalara kredi kullandırmama serbestisinin tanınması onların bu kamusal sıfatlarından kaynaklanan sorumlulukları ile bağdaşacaktır²⁸⁸. İstisnai durum bu şekilde olmakla birlikte önemle ifade etmemiz gerekir ki, bankalara bu yönde imkan tanıyan düzenlemelerin taraflar arasındaki menfaat dengesini finansal açıdan daha güçlü taraf olan banka lehine

²⁸⁵ ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 168.

²⁸⁶ Mevduat bankalarından örnek vermek gerekirse Türkiye İş Bankası A.Ş. Tüketici Kredisi Sözleşmesinin 2. Maddesinde açıkça şu ifade yer almaktadır “Banka’nın, haklı sebeplerin varlığı halinde Müşteri’ye tahsis ettiği krediyi kullandırmama hakkı saklıdır.”(https://www.isbank.com.tr/contentmanagement/Documents/sozlesme-ve-formlar/20-43tkrsozlesme27_04.pdf) öte yandan katılım bankalarında da aynı durumun söz konusu olduğu görülecektir. Nitekim Albaraka Türk Katılım Bankası A.Ş. genel kredi sözleşmesine göre Banka’nın Krediyi Kullandırmama, Şartlarını Belirleme veya Değiştirme Yetkisi başlıklı 5.3.1. maddesi “Müşteri’ye limit tahsis edilmiş olması, limitin mutlaka kullanılacağı anlamında olmadığı gibi Banka, Sözleşme imzalanmış, senetler tevdi edilmiş, rehin tesis edilmiş, ipotekler tescil edilmiş, kefalet-garanti gerçekleşmiş, aynî veya şahsî sair teminatlar verilmiş olsa dahi, yasal hükümler, Sözleşme hükümleri, katılım bankacılığı ilke ve standartları, katılım bankacılığı ve genel bankacılık uygulaması gereği Müşteri’ye ve/veya Banka’ya ilişkin subjektif veya objektif sebepler dolayısıyla krediyi kullandırmayabilir veya kısmen kullandırabilir, kullanım şartlarını değiştirebilir, kullanımı geçici veya sürekli olarak durdurabilir” (<https://www.albaraka.com.tr/documents/hakkimizda/sozlesme-ve-formlar/sozlesmeler/BFS/genel-kredi-sozlesmesi.pdf>)

²⁸⁷ KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2006, s. 168, AKYOL, s. 108.

²⁸⁸ KOSTAKOĞLU, s.854.

bozacağı da ortadadır²⁸⁹. Bu anlamda dürüstlük kuralı açısından değerlendirme yapılarak ilgili hükümlerin geçerli olup olmayacağına ilişkin tespitin her bir sözleşmenin kendi içindeki değerlendirmesi ile yapılması gerektiği kanaatindeyiz²⁹⁰. Öte yandan murabaha sözleşmelerinde katılım bankası tarafından finansmanın tahsisi ile müşterinin finansman konusunu katılım bankasından satın almasını eşzamanlı olarak gerçekleştirdiği için müşterinin krediyi kullanma taahhüdü ile bağlılığı uygulamada fiili olarak sağlanmaktadır.

b) Aydınlatma Yükümlülüğü

Bankanın müşterisine yönelik; yapılan sözleşmeye ve içeriğine ilişkin açık bilgilendirme yapma yükümlülüğü hem sözleşmenin kurucu unsuru olan taraf iradesinin gerçek anlamda uyuşma şartının hem de tüm hukuki ilişkilerin amir hükmü olan dürüstlük kuralının bir gereğidir²⁹¹. Bu aydınlatma ödevinin esasen hukukumuzda ismen düzenlenmeyen culpa in contrahendo²⁹² sorumluluğundan kaynaklandığı sıklıkla dile getirilmekte olup teorik bir tartışmaya girilmemesi adına bu kavram üzerinden değil genel düzenlemeler üzerinden konunun incelenmesi tercih edilmiştir.

²⁸⁹ ÖZEN, s.234.

²⁹⁰ AKYOL, s.90.

²⁹¹ KILIÇOĞLU, s.127; ÖZEN, s. 197; TEKİNALP, s. 362.

²⁹² Culpa in contrahendo müessesesini tanım olarak sözleşmenin kurulmasından önceki safhada görüşenlerden birinin veya yardımcılarının, diğer görüşmeciye veya onun yardımcılarının, diğer görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere aralarında dürüstlük kuralına dayalı olarak kurulmuş sözleşme benzeri güven ilişkisine aykırı davranarak hukuken korunmaya değer normatif değerlerine vermiş olduğu zararlardan sorumluluk olarak tarif edilebilir. EREN, s.1156. Doktrinde açıklama yükümlülüğünün de özenli şekilde bilgi verme yükümlülüğü vermekle aynı kapsamda olmadığı ve ayrı değerlendirilmesi gerektiğini düşünen yazarlar olmakla birlikte Türk hukukunda "açıklama yükümlülüğü" ile "bilgi verme yükümlülüğü" kavramları benzer anlamlı olarak kullanılmaktadır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.250-293. Bu kavram tartışmasından ayrık olarak açıklama yükümlülüğünü sözleşme öncesi bilgi verme aydınlatma yükümlülüğü şeklinde ele alan OZANOĞLU da tanımlamasında sözleşmenin karşı tarafının bilmediği ve bilmekle yükümlü olmadığı, fakat sözleşmenin kuruluşu ya da koşulları hakkında vereceği kararda onu etkileyebilecek önemli hususlar hakkında bilgilendirmeye yönelik zamansal açıdan sözleşme öncesinde oluşan yükümlülük demiştir. OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, s.196 Ankara 1999. Bu tanım doğrultusunda culpa in contrahendo sorumluluğunun aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesiyle ortaya çıkması anlaşılabilir. Detaylı bilgi için Bkz. KILIÇOĞLU, s.115-132.

Tüketici kredisi özelliği taşıyan banka sözleşmelerinde kanun koyucu bankaların yükümlülüğünü işlem tarafı olan her bir bankanın ayrı ayrı inisiyatif ve uygulamasına bırakmamış; karşılıklı iradelerin sağlıklı bir şekilde uyuşmasını sağlayabilmek adına bir takım özel düzenlemeler yapmayı tercih etmiştir. Nitekim TKHK bireysel tüketici kredisini düzenleyen m. 23 ve konut kredisini düzenleyen m. 33 uyarınca imzalanacak sözleşmelere ilişkin detayları içeren sözleşme öncesi bilgi formlarının²⁹³, makul bir süre önce müşterinin bilinçli bir şekilde bu form ve sözleşmeleri incelemesi ve sağlıklı şekilde düşünebilmesi için yine müşterinin kontrolüne sunulması gerektiği hükme bağlanmıştır²⁹⁴. Bankalarca bu yükümlülüğünün ihlal edilmesine kanun koyucu idari yaptırım olarak para cezası öngörmüş olmasına rağmen²⁹⁵ hukuki anlamda hangi yaptırımın uygulanacağına dair açık düzenleme yapılmaktan imtina edildiği görülmektedir. Buna rağmen doktrinde bahsolunan aydınlatma eksikliğinin tam anlamı ile uyuşmayan iradelerin sözleşme ile bağlı olması sonucu doğuracağı, bunun da sözleşmenin temel yapısına aykırı olacağı, bankaların bundan kaynaklanacak zararın tazmini ile mükellef olduğu belirtilmektedir²⁹⁶.

Murabaha sözleşmelerinde, murabahaya konu mal veya hizmetin ne kadar tutar üzerinden sağlandığı ve toplamda ne kadar tutarın katılım bankasına ödeneceğinin, yani bankanın işlemde elde edeceği kar payının, müşteriye açıkça bildirilmesi; katılım bankasının aydınlatma yükümlülüğüne dahildir²⁹⁷.

Aydınlatma yükümlülüğünü bilhassa katılım bankaları nezdinde düzenleyen son yasal düzenleme ise 30.11.2021 tarihli Faizsiz Bankacılık İlke ve Standartları Kapsamında Müşterilerin ve Kamuoyunun Bilgilendirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'dir²⁹⁸. Söz konusu tebliğde aslında bu başlık altında ifade etmeye

²⁹³ Sözleşme öncesi bilgi formunun biçimsel ve içerik olarak taşıması gereken şartlara ilişkin olarak ayrıca Bkz. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 5 ve Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 6. Son olarak makul sürenin ne kadar bir süre olduğu kanunda belirlenmemiş olmakla birlikte bu mevzuat kapsamında sözleşme öncesi bilgi formlarının süreli taahhüt içermesine ilişkin bankalara getirilen zorunluluğun örtülü bir makul süre düzenlemesi olduğu düşünülmektedir.

²⁹⁴ ASLAN, s. 431; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 759.

²⁹⁵ Bkz. 6502 sayılı TKHK m.77.

²⁹⁶ ATAMER, Tüketici, s. 112.

²⁹⁷ CEBECİ, s. 30-36; KURU, s. 7; DÖNMEZ, Murabaha.

²⁹⁸ RG. T.: 30.11.2021, S. 31675.

çalıştığımız hususlarda katılım bankalarının müşterilerini bilhassa katılım bankacılığının mevduat bankacılığından farkının ne olduğu, kredilendirmenin ne şekilde ve hangi şartlarda yürütüleceğine ve katılım hesabının tam olarak ne olduğuna ilişkin bilgilendirme yapması zorunlu tutulmuş hatta bu bilgilendirmenin asgari içerik ve şekil şartları da açıkça belirtilmiştir²⁹⁹.

c) Müşteri Verilerini Koruma Yükümlülüğü

Murabaha sözleşmelerinde, söz konusu olan diğer bir banka yükümlülüğü süphesiz sır saklama yükümlülüğüdür. Bankalar kanalı ile yapılacak işlemlerin günlük hayatta her gün kendini tekrar eden hukuki işlemlerdeki miktar ve prosedürden çoğu kez fazla olması nedeni ile, bankaların kişilerin finansal durum, harcama tercihleri gibi pek çok müşteri bilgilerine erişimi, bilginin değerinin giderek arttığı günümüzde, kanunkoyucu tarafından düzenlemeye değer bulunmuştur. Bu hususta öncelikle katılım bankaları için çatı kanun olan Bankacılık Kanunu'nda yapılan düzenlemeden, ardından Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkındaki Yönetmelik³⁰⁰,ten ve son olarak özel kanuni düzenlemelerden bahsetmekte fayda görmekteyiz.

Bankaların müşterilerine ait bilgileri açığa çıkarmamaları gerektiğine dair Bankacılık Kanunu'nun "Sırların Saklanması" başlıklı 73.maddesinde müşteri sırrının kapsamına ve korunmasına yönelik hüküm tesis edilerek ihlali halinde aynı

²⁹⁹ Söz konusu tebliğin 4. Maddesinin bir bölümü şu şekildedir: "Banka, müşterilerini faizsiz bankacılık ilke ve standartları ile danışma komitesi kararları kapsamında 6 ncı ve 7 nci maddelerde belirtilen ürün ve hizmetlerinin, işleyişleri ve dayandıkları akdin veya akitlerin taraflara getirdiği hak ve yükümlülükler konusunda açık, net ve anlaşılabilir bir şekilde bilgilendirmekle ve müşterilerinin söz konusu akde veya akitlere esas irade beyanlarını almakla yükümlüdür... Ürün veya hizmetin faizsiz bankacılık işlemlerine uygulanan akitlerden hangisine veya hangilerine dayandığı, söz konusu akdin veya akitlerin temel özellikleri ve müşterinin bu akit veya akitler çerçevesindeki konumunun ne olduğu b) Ürün veya hizmete ilişkin işlemlerin süreç ve işleyişi, c) Ürün veya hizmetin ve buna ilişkin işlemlerin faizsiz bankacılık ilke ve standartlarına uygunluğu, hususlarında bilgilendirme yapılması zorunludur... Bilgilendirme yükümlülüğü banka tarafından sözlü ve yazılı olarak yerine getirilir. Bilgilendirmede müşterinin okuyup anlayabildiği dil kullanılır... Yine aynı tebliğin Kamuoyunun Bilgilendirilmesi başlıklı 8. Maddesi de aydınlatma yükümlülüğünün henüz katılım bankası olmamış hatta bu yönde bir girişimi de olmamış kişilerin de bilgilendirilmesi adına katılım bankalarına yükümlülük getirilmiştir:... Banka, kurumsal internet sitesi üzerinden faizsiz bankacılık ilke ve standartları ile danışma komitesi kararları kapsamında ürün ve hizmetlerinin, işleyişleri ve dayandıkları akdin veya akitlerin taraflara getirdiği hak ve yükümlülükler konusunda kamuoyunu açık, net ve anlaşılabilir bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür".

³⁰⁰ RG. T. 04.06.2021 S. 31501

kanunun 159. maddesinde hapis ve adli para cezası öngörülmesi ile yasal düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Ayrıca Bankacılık Kanunu'nda müşteri sırrının kapsamında gerçek kişi - tüzel kişi ayrımına gidilmediği görülmektedir. Bir bankanın müşterisi ile olan ilişkisinden ötürü doğal olarak elde ettiği çok sayıdaki bilgi şüphesiz müşteri sırrıdır ve bu kanun kapsamında korunmaya çalışılan kapsama dahildir³⁰¹. Bu kanun kapsamındaki müşteri sırrı ihlali somut ihlalin kaynak ve sonucuna göre sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğa veya haksız fiil sorumluluğuna yol açacaktır³⁰².

Bankacılık Kanunu'nun 73. Maddesinde yer alan değindiğimiz düzenlemeye istinaden 01.01.2022 tarihinden itibaren yürürlükte olan Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkındaki Yönetmelik³⁰³ yayınlanmıştır. İlgili yönetmelikle bankaların sır saklamalarına dair yükümlülüğün kapsamı, istisnaları ile bu sırların paylaşımına ilişkin temel kurallar düzenlenmiştir. Kapsam ve tanım olarak Bankacılık Kanunu düzenlemelerine birebir uyan terminolojinin tercih edildiği görülmektedir. Bununla birlikte bir kişinin bankanın müşterisi olmasının sırlarının korunması anlamında şart koşulmaması önemli bir noktadır³⁰⁴. Murabaha sözleşmesi özelinde değerlendirecek olunursa, kişinin salt bir katılım bankasından teklif almak ve diğer tekliflerle karşılaştırmak üzere müşteri olmadan banka ile paylaştığı veya banka tarafından istihbarat çalışmaları neticesinde elde edilen verilerin de bu yönetmelik kapsamında korunmaya değer olduğu açıktır³⁰⁵. Bahsettiğimiz yönetmeliğin dayanak kanun hükmünden ayrılan bir diğer özelliği de tüm bankalara yapılacak veri paylaşımlarında

³⁰¹ AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 344;

³⁰² TEKİNALP, s. 417-419.

³⁰³ RG. T. 04.06.2021, S. 31501.

³⁰⁴ BDDK tarafından 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 73 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 93 üncü maddesi çerçevesinde alınan 11/08/2022 tarihli ve 10295 sayılı Kurul Kararı yayınlanarak bu yönetmeliğin uygulamasına ilişkin tüm ihtilaflı hususlar, genel kural ve istisnalar teknik boyutları ile birlikte açıklığa kavuşturulmuştur. Genelge'ye ulaşmak için Bkz. <https://www.bddk.org.tr/Mevzuat/DokumanGetir/1135> .

³⁰⁵ Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkındaki Yönetmelik m.4/3 içerisinde bu hüküm şu şekilde ifade edilmektedir: ...Müşteri ilişkisi kurulmamış olsa dahi, başka bir banka nezdinde bulunan müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin elde edilmesi ve öğrenilmesi de birinci fıkra kapsamındaki yükümlülüğe tabidir.

bu paylaşımların koordine edilmesi uygunluk denetiminin yapılması adına Bilgi Paylaşım Komitesi kurulması yükümlülüğü getirmesidir³⁰⁶.

Özel bir düzenleme olarak 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nu (KVKK)³⁰⁷ için ayrı bir parantez açılması gerekmektedir. Genel olarak KVKK hükümlerin kanunlaştırma tekniği açısından kanunun 7 bölümden oluşan ve kişisel verilerin tanım, ilke işleme esasları ve bunların denetimine dair imkanların, kurumların yer aldığı kısa bir kanun olduğu görülmektedir³⁰⁸. Kanunda dikkate değer olan hususlardan birisi de kişisel verisi korunacaklar kapsamına sadece gerçek kişilerin dahil edilmesidir. Kişisel verinin kanun tarafından kimliğinin belirli veya belirlenebilir olması şartı ile bir gerçek kişiye ait her türlü bilgi olduğu ifade edilmektedir. Bu itibarla bankaların gerçek kişi müşterilerine ilişkin tüm kayıtlarının anonimleştirilen veya istatistiğe dönüştürülenler hariç olmak üzere kişisel veri olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim uygulamada bu kanun kapsamında veri ihlaline neden olan bankaların çok kere yaptırımla karşılaştığı bilinmektedir³⁰⁹.

Murabaha sözleşmesinde de müşterinin her türlü bilgisinin tıpkı diğer tüm bankacılık işlemlerinde elde edilen bilgilerin tamamı gibi banka tarafından korunmaya muhtaç bilgiler olduğuna kuşku yoktur. Bu çerçevede murabaha sözleşmelerinde müşteri tarafından verilen bilgilerin ve finansman talebinin banka tarafından -

³⁰⁶ Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkındaki Yönetmelik m.7.

³⁰⁷ RG. T. 07.04.2016, S. 29677.

³⁰⁸ GÖÇMEN UYARER, Sinem ,6698 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2020, Seçkin Yayıncılık, s.103-104.

³⁰⁹ "...ihlalin; KKB ekranında, Veri Sorumlusu Banka'nın eski çalışanının işin gereğinden fazla adette sorgulama yapılması ile gerçekleştiği, çalışanın ifadesine göre; T.C. kimlik numaraları Banka dışından 3. şahıs tarafından iletilip kişilerin kredi skorlarının öğrenilmek istenildiği, ihlalin yıllık periyotlarla hazırlanan kontroller neticesinde veri ihlalinin gerçekleştiren çalışanın işin gereğinden fazla adette sorgulama yaptığının fark edilmesi üzerine hazırlanan Teftiş Raporu ile; çalışanın KKB sorgulamalarını ilgili kişilerin gıyabında gerçekleştirdiği, KKB sorgulamalarını gerçekleştirdiği esnada cep telefonu ile ilgilendiği ve KKB sorgulamalarını yaptıktan hemen sonra bir kağıda not aldığı, bazı tarihlerde bu kağıdın fotoğrafını çektiği ve/veya cep telefonu ile yazıştığının tespit edilmesiyle anlaşıldığı...Kanunun 12 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer verilen "en kısa sürede" (Kurul'a bildirim için 72 saat) bildirimde bulunma yükümlülüğüne aykırı davranan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 50.000 TL olmak üzere toplam 450.000 TL idari para cezası uygulanmasına"(Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 07/05/2020 tarih ve 2020/359 sayılı Karar Özeti: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7028/2020-359>) benzer özellikte başka karar örneği olarak bkz: Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 26/11/2019 Tarihli ve 2019/352 Sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6656/2019-352>) Kişisel Verileri Koruma Kurumu Kararı - KVKK, K. 2021/190 T.4.3.2021(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/kisisel-verileri-koruma-kurumu/karar-no-2021-190-t-4-3-2021>)

müşterinin temin ettiğinden daha avantajlı maddi koşullarda olsa dahi- muadil bir ilk satıcıya iletilmesinin tipik bir veri ihlali olacağı kanaatindeyiz. Gerçek bir kişinin herhangi bir banka ile çalıştığına ilişkin bilginin dahi kişisel veri (tüzel kişiler için müşteri sırrı) olduğu değerlendirildiğinde kişinin bir katılım bankası ile çalışılıp çalışılmadığına ilişkin bilgisinin de kişisel veri olacağı açıktır.

d) Müşterinin Borcunu Ödemesine İstinaden Teminatları İade Borcu

Kredinin kullanılması uygulamada çok istisnai haller haricinde -buna ilişkin bir yasal önkoşul olmamasına rağmen- müşteriden alınan teminatlara istinaden yapılmaktadır³¹⁰. Diğer taraftan ticari şirket olması nedeni ile amacı kar elde etmek olan bir bankanın alacağını güvence altına alma iradesi son derece anlaşılır bir durumdur. Bu durumunun çalışmamızın ilk bölümünde bahsettiğimiz ticari risk kriteri ile ilgisi olmadığı zira güvencenin riski ortadan kaldırmadığı ancak riskin göze alınabilirliğini artırdığı kanaatindeyiz. Öte yandan murabaha standartlarında da bu hususta açık düzenlemeler mevcuttur. Örnek vermek gerekirse murabaha standartlarının teminata ilişkin düzenlemesi aynen şu şekildedir: *“Katılım bankası, murâbaha işlemi sebebiyle doğacak alacaklarını güvence altına almak için katılım bankacılığı ilke ve standartlarına aykırı olmayan her türlü teminatı müşterisinden alabilir(...)Fıkhn meşru gördüğü alanlarda, katılım bankacılığı ilke ve standartlarına uygun olan teminatların alınıp verilmesi caiz olduğundan, murâbaha yoluyla yapılan satışlarda da teminat alınması uygundur”*³¹¹.

Tanımlamak gerekirse teminat, bir alacaklının sözleşmeden kaynaklanan alacağını tahsil edebilmek adına girişme imkanı olan tüm garantiye alma işlemleridir³¹². İslam inancı literatürüne göre de teminat; sözleşme ilişkisi içerisinde taraflardan birinin diğer taraf nedeni ile yüklendiği tehlikeyi tek başına üzerine almamak için giriştiği her türlü hukuki işlem veya tasarruflar olarak

³¹⁰ AKİPEK, s. 303; GÜRSES, s. 306.

³¹¹ Detaylı bilgi için Bkz. Murabaha Standardı m.2.9.1. <https://tkbbdanismakurulu.org.tr/uploads/standartlar/ac2e3876713408175ef81c949f8bacdf.pdf>

³¹² KUNTALP, Erden, Teminat Kavramı Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy' a Armağan, İstanbul, 1995, s.266.

tanımlanmaktadır³¹³. Bankaların finansman işlemlerinde, taşınır veya taşınmaz rehni vb. gibi aynı teminatlar ile veya kefalet gibi şahsi nitelikli belirli teminatlar ile alacağını garanti ettikleri bilinmektedir³¹⁴.

Alınacak teminatın hangi kriterlere göre belirleneceği ve ne kadar bir tutarda olacağı müşterinin finansal durumuna, bilançolarına, kredi puanına, moralitesine vs. belirlenmekle birlikte katılım bankacılığında hangi teminatların kabul edilmesi gerektiği ayrıca önem arz etmektedir. Katılım bankalarının yaptıkları tüm işlemlerde İslam dinince yasaklanan faaliyetlerde bulunmaktan men edilmesi alacakları teminatların belirlenmesinde de şüphesiz önem taşımaktadır. Bu noktada önemle ve tekraren belirtmelidir ki İslam dini uyarınca konulan kuralların ancak pozitif hukuk düzenimiz tarafından düzenlenmesi halinde ancak bağlayıcılığı söz konusu olacaktır. Örnek vermek gerekirse; belirsizliğin İslam iktisadı tarafından reddolunması ilkesine istinaden fizibilite saha çalışmaları tamamlanmış olsa dahi henüz çıkarılmamış bir madenin veya İslam'a göre yasak/haram sınıfında nitelendirilen herhangi bir malvarlığının, örneğin; bir şans oyunu ikramiyesinin teminat olarak alınması, pozitif hukuk düzenimize aykırılık içermemesine rağmen katılım bankacılığında yeri olmayan bir uygulamadır.

Katılım bankasının murabaha konusu mal veya hizmetin müşterisine sağlanmasına karşılık ödeme planında belirtilen tutarları zamanında almasını, müşterisinin taahhüt ettiği edimlerini eksiksiz yerine getirmesini takiben tüm banka kredi sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin ikamesini teminen aldığı teminatları iade etme borcu doğmaktadır. Bu borcun doğması için teminatların iadesinin bu hususunun sözleşmede yazmasına dahi gerek olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim alacağın teminatının alacağın alınması ile hükümsüz olması gerektiği, dürüstlük kuralının doğal bir sonucudur³¹⁵.

³¹³ ÖZDEMİR, Recep, İslâm Hukukunda Borçların Ve Hakların İspatına Yönelik Teminatlar, Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, S.9, s.128.

³¹⁴ Hukuk sistemimizde Kefalet çok sayıdaki teminat türlerinden sadece biri olarak düzenlenmesine rağmen İslam hukukçuları teminatı rehin(rihn) ve kefalet olarak ikiye ayırmıştır. Bu anlamda katılım bankacılığında kullanılan ve bu ikili ayrıma doğrudan dahil olmayan teminat mektubu, kambiyo senetleri, bağlanma akçesi ve nakit bloklar ayrı ayrı uygunluk değerlendirmelerine tabi tutularak kullanılmaktadır. AYUB, s.185-186.

³¹⁵ AKİPEK, s. 303; ÇINAR, Ömer, Tüketici kredisi sözleşmelerinin hukuki niteliği ve hükümleri Bankacılık sektöründe tüketici hukuku uygulamaları, İstanbul , 2015, s. 50, YILMAZ, Abdülhamit, Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, 2018. s.178

2. Müşterinin Borçları

a) Katılım Bankası Tarafından Alımı Yapılacak Murabaha Konusunu Satın Almayı Kabul Etmek

Murabaha sözleşmesinde katılım bankalarının yükümlülüklerinin yanısıra müşterinin de birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Genel kredi sözleşmelerinde krediyi kabul şartının³¹⁶ murabaha sözleşmesindeki görünümü; müşterinin başvurusuna istinaden katılım bankası tarafından alınacak ve daha sonra müşteriye geri satılacak olan murabaha konusunun nihai olarak alımı konusunda müşterinin açık beyanıdır.

b) Ödeme Planı Doğrultusunda Anaparayı, Kar Payını ve Masrafları Ödeme Borcu

Hangi kredi sözleşmesi olursa olsun sözleşmenin normal işleyişi muvacehesinde kredi alandan beklenen, imzalamış olduğu ve esasında bir yere kadar kendi tercihlerine istinaden vadelenendirilerek oluşan ödeme planına uygun olarak anapara ve kar payının (mevduat bankaları için faizin) ödenmesi ve sözleşmenin böylelikle sona ermesidir³¹⁷. Bu duruma aykırılığın ya muaccel olan ödemelerin, vadesinin gelmesine rağmen yapılmaması yada tam aksine müşterinin vadesi gelmeden müeccel ödemeleri de yapması durumu şeklinde iki yönlü olarak ortaya çıkabileceği değerlendirilmelidir. İlk durumda temerrüt ikinci durumda erken kapama durumları ortaya çıkmaktadır.

Borçlunun temerrüdü Borçlar Kanunu'muzun 117. maddesinde düzenlenmiştir. Madde içerisinde kural olarak temerrüt için alacaklı tarafın ihbarı gerektiği düzenlenmekle birlikte borcun ifa gününün önceden belirli olması durumunda vade bitimi ile temerrüdün kendiliğinden gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır. Bu anlamda herhangi bir banka finansmanı gibi murabaha sözleşmesinin de imzalanan ödeme planı

³¹⁶ AKİPEK, s. 315; AYDOĞDU, s.151; HAVUTÇU, s.106; GÜRSES, s.260.

³¹⁷ YILMAZ, s.305

çerçevesinde karşılıklı olarak önceden belirlenen vadesinde ödenmeyen taksitleri için, ayrıca bir bildirim yapılmasına gerek olmaksızın temerrüt gerçekleşecektir³¹⁸.

Ticari krediler bakımından temerrüt durumunda müşterinin ekonomik darboğaz yaşadığı ve tüm alacağın riske girmesi gerekçesi ile geride kalan ve vadesi henüz gelmemiş taksitlerin de yapılacak bir ihbarla muaccel olacağı ve icrai takip konusu yapılabileceği bilinmektedir³¹⁹. Tüketici kredileri içinse TKHK’da yer alan m.28 ve konut kredileri özelinde düzenlenen m.34 hükümleri gereği temerrüt durumunda kalan taksitlerin de muaccel olması için aynı kanununda yer alan düzenlemeye istinaden art arda iki taksidin ödenmemesi ve tüketiciye verilen minimum 30 günlük mühletin bu durumu değiştirmemesi şartı söz konusudur.

Erken kapama durumu ise bu başlık altında incelenilen müşteri yükümlülüğüne aykırılığın ikinci görünümü olup tüketici finansmanında ve ticari finansmanda ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Tüketici finansmanlarında müşterinin vadesi gelmeden önce ödemeleri tamamlayıp bu borç ilişkisini sona erdirmek istemesi, mevzuatımız kapsamında korunmuştur³²⁰. İlgili düzenleme TKHK m. 27 içerisinde yer almakta olup hükme göre tüketiciye vadesi gelmemiş olsa dahi kısmen veya tamamen kalan taksit ödemelerini ifa etme hakkı tanınmıştır. Üstelik aynı madde içerisinde kredi verenin böyle bir

³¹⁸ Örnek olarak Emlak Katılım Bankası A.Ş.’nin Genel Kredi Sözleşmesinde şu şekilde bir hüküm bulunmaktadır: “16.1. Muacceliyetin Oluşması 16.1.1. Bu Sözleşmede, mevzuatta ve özellikle aşağıda yer alan ve kesinlikle bunlarla sınırlı olmayan diğer şartların gerçekleşmesi halinde Müşteri, Kefil ve sair tüm ilgililerin Emlak Katılım’a olan borçlarının tamamı muaccel olur. 16.1.2. İşbu hükümler, Müşteri, Kefil, Rehin Veren, Avalist ve sair tüm kişiler için geçerlidir. Müşteri ifadesinin geçtiği tüm hükümler aynen Kefil ve diğer ilgililer/imza sahipleri için de geçerlidir. 16.1.3. Muacceliyet nedenlerinin oluşması halinde, Müşteriye ayrıca bir bildirimde gerek bulunmamaktadır. 16.2. Muacceliyet Nedenleri 16.2.1. Borçların ödenmesini temin için Emlak Katılım’a verilmiş sözleşme, taksit listesi, geri ödeme tablosu, gerek keşideci ve gerekse ciranta sıfatıyla verilen çek, bono ve sair belgelerde yer alan borçların herhangi birisinin kısmen dahi olsa vadesinde ödenmemesi.”(https://www.emlakkatilim.com.tr/assets/uploads/sozlesme-form/sozlesme/19_10_Genel-KrediSozlesmesi.pdf) aynı yönde çok benzer düzenlemeler diğer katılım bankalarının genel kredi sözleşmelerinde de yer almaktadır. Örneğin:<https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/kobi/sozlesmeler-ve-formlar/SozlesmelerVeFormlarYururlukte/Genel%20Kredi%20So%CC%88zles%CC%A7mesi.pdf>(25. 1. Maddesi) <https://www.kuveytturk.com.tr/medium/document-file-4687.vsf> (16.1 ve 16.2. Maddeleri) <https://www.albaraka.com.tr/documents/hakkimizda/sozlesme-ve-formlar/sozlesmeler/BFS/genel-kredi-sozlesmesi.pdf>(23.1. ve 23.1.1. Maddeleri).

³¹⁹ TUNCEL YAZOĞLU, Füsun: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2013, s. 77; GÜRSES, s.358.

³²⁰ YILMAZ, s. 306.

durumda gerek faiz gerek maliyet anlamında indirim yapmakla mükellef olduğu yönünde kayıt düşülmüştür. Buna ilişkin düzenlemelerin yönetmelikle belirginleştirilmeye çalışıldığı da görülmektedir³²¹.

Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in³²² kredi kapamalarına ilişkin 11. Maddesinde açıkça ticari kredilerin erken kapama taleplerinin banka tarafından kabul edilmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Kendisine açıkça basiretli olma sorumluluğu yüklenen sözleşmenin diğer tarafının, imzaladığı sözleşme ile kesin bir dille reddettiği erken ödeme hususunu yine de talep edebilmesi ve mevzuat tarafından bu isteğinin korunmasının Borçlar Kanunu'nun erken ifa imkanını ancak tarafların ortak kabulüne bağlayan 97. maddesine ve ticaret hukuku mevzuatımıza aykırı olduğuna ilişkin doktrinde yer alan görüşler söz konusudur³²³. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre; kanun ilgili maddesinde erken ifa nedeni ile indirim talep etmeye ilişkindir ve erken ifa hukuken mümkün olmakla birlikte bu nedenle indirim talep edilmesinin mümkün olmayacağı değerlendirilmektedir³²⁴.

Murabaha sözleşmesinde, genel kredi sözleşmelerinden farklı olarak sözleşme konusunun satın alınıp müşteriye vadeli satılmasında bankanın elde ettiği menfaat,

³²¹ “Erken ödemenin, belirlenen taksit tarihlerinden birine denk gelmesi halinde, söz konusu taksit tutarı ile birlikte kalan anapara borcu ve varsa o güne kadar ödenmemiş faiz/masraf/vergi/fon kalemleri tüketiciden tahsil edilir (Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 16 f. 1). İki taksit tarihi arasında erken ödeme ile borcun tamamının kapatılması durumunda, ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle erken ödeme işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa yine o güne kadar tahsil edilmemiş faiz/masraf/vergi/fon kalemleri tüketiciden alınır (Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 16 f. 2). Eğer ki kredi veren, kullanılan kredi miktarına tekabül eden faiz borcunun tamamını ya da bir kısmını peşin olarak tahsil etmişse, erken ödeme miktarı ve tarihi uyarınca belirlenecek gerekli faiz iadesini tüketicie yapacaktır (Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 16 f. 2 c. 2). Yine aynı şekilde kredi sözleşmesi ile bağlantılı sigorta yapılmış ve sigorta primlerinin tamamı tahsil edilmişse, erken ödeme tarihi ile sözleşmenin planlanan sona erme tarihi arasındaki zaman dilimine ait primlerin tüketicie iadesi gerekir. Kredi veren, tüm bu hususlara ilişkin gerekli düzenlemeleri yaparken, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği Ek-2 ve Ek-3'teki hususları esas almak zorundadır.” YILMAZ, s.306) Aynı Yönde içtihat örneği olarak Bkz. YARGITAY 13. HD. E. 2015/34530, K. 2015/37962, T. 24.12.2015.; YARGITAY 13. HD. E. 2014/41219, K. 2014/40605, T. 17.12.2014.

³²² RG. T. 10.02.2020, S. 31035.

³²³ Buna ilişkin detaylı açıklamalar için Bkz. GÜRSES, s. 341-343; YÜCE, Melek Bilgin, Alacaklı ve Borçlu Arasında İfa Zamanı, İstanbul, 2015, s.231.

³²⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, S.60; OĞUZMAN/ÖZ, s.315.

vade üzerinden elde edilen bir kar payıdır ve teorik olarak faiz değildir³²⁵. Bir alım satım aracılığından yani gerçek bir satımdan kaynaklanan kar payıdır. Bu karın faiz olmaması ve başta anlaşılan murabaha sözleşmesinde kesin olarak kararlaştırılması nedeni ile kredi borcunun erken ödenmesi durumunda da bedelin değişmemesi gerektiğine dair birtakım tartışmalar da bulunmaktadır³²⁶. Öte yandan mevduat bankalarının kredilerinin ifa zamanlarından önce geri çağırımlarına imkan veren düzenlemelerin Borçlar Kanunu'muz m.24 gereği yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşması gerektiği, katılım bankalarının genel kredi sözleşmeleri ve murabaha sözleşmeleri için de söz konusudur.

Son olarak; murabaha müşterisinin masraflara katlanma yükümlülüğünün de bu başlık altında değerlendirilmesi gerekmektedir. Uygulamada bankaların; anaparanın ve kar payının yanısıra müşterilerinden komisyon, dosya masrafı, ekspertiz bedeli vb. isimler altında ücret kalemleri ile masrafları talep ettiği bilinmektedir. Ticari müşterilerden bu kalemlerin istenmesi sözleşme özgürlüğü ve basiretli tacirin ahde vefası bağlamında hukuka uygun olduğu kabul edilmekle birlikte tüketiciler için mevzuatımızda bir takım koruma sınırlamalarının düzenlendiği görülmektedir. Zira mülga Tüketici Kanunu döneminde bu husustaki düzenlemeye yer verilmemiş olması ve merkez bankasının faiz haricinde kalan menfaat ve masrafların serbestçe belirlenmesine olanak sağlayan 2006/1 sayılı tebliği³²⁷ döneminde çok sayıda uyuşmazlığın yaşandığı görülmüştür. Bu süre zarfındaki içtihatlarda Yargıtay'ın alınan masraflara ilişkin haklılık, makullük ve belgelilik şartlarını arayarak hukuki değerlendirme yaptığı bilinmektedir³²⁸.

³²⁵ Konu ile doğrudan ilgili Yargıtay kararı için Bkz. Dn.173.

³²⁶ Bu yöndeki tartışmalara dair Bkz. AKTEPE, s.102; aksi yönde AAOIFI Murabaha standardı 2.7.'de erken kapama işleminin caiz olduğu bu durumda bankanın kar üzerinden indirim sağlaması gerektiği belirtilmiştir. Bu tartışmalar ilahiyat bilimi konusu olmakla birlikte, sadece mevzuatımızdaki düzenlemeler bizim için çalışma konusudur.

³²⁷ Mevduat Ve Kredi Faiz Oranları Ve Katılma Hesapları Kâr Ve Zarara Katılma Oranları İle Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Tebliğ (S. 2006/1) Söz konusu tebliğ 10/02/2020 tarihli ve 31035 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2020/3 sayılı Tebliğ ile 01/03/2020 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

³²⁸ Söz konusu yerleşik içtihat kanun ve yönetmelik çıkmasına rağmen halen güncelliğini korumaktadır. Bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.02.2021 tarihli ve 2017/645 E., 2021/100 K. sayılı kararı ile Danıştay 10. Daire, 02.11.2020 tarihli ve 2020/3253 E., 2020/4360 K. sayılı kararları.

TKHK'un yürürlüğe girmesi ile bu konuyu düzenleyen 4. maddesinin önemli bir boşluğu doldurduğu değerlendirilmektedir³²⁹. Kanun maddesi kapsamında tüketicilerden alınabilecek anapara ve semeresi dışındaki her türlü masraf, komisyon ve ücret kalemlerinin Merkez Bankası tarafından belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bankaların müşterilerinden tahsil edebileceği masraflar konusunda en etraflı mevzuatın da Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğ³³⁰ olduğu görülmektedir. Tebliğin Ürün veya Hizmetlere İlişkin Özel Hükümleri düzenleyen üçüncü bölüm 10. madde hükmü tüketici finansmanlarında alınabilecek çeşitli isimdeki ücretlendirmelerin önüne geçmiştir. Düzenleme ile banka tarafından kredilendirme sisteminin işleyişine ve operasyona karşılık olarak alınan tahsis ücreti haricinde başka bir isimle ücret alınamayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı madde kapsamında da tahsis ücretinin toplam kredi tutarının %0,5'ini geçemeyeceği de hükme bağlanmıştır. Ancak bu hüküm, bu orana kadar aslında banka tarafından alınması makul ve gerekli olmayan ücretlerin de belgelendirilmeksizin alınabilmesine neden olduğu gerekçesi ile doktrinde eleştirilmiştir³³¹. Şüphesiz bu başlık altındaki uygulamaların tamamının tüketici finansman yöntemi olarak uygulanan murabaha sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacağı açıktır.

c) Murabaha Sözleşmesi İle Katılım Bankacılığının Tabi Olduğu Prensiplerinin İhlal Edilmemesi

Katılım bankacılığının ortaya çıkış amacının sadece faizsiz bir ekonomi modeli olduğunu, geri kalan unsurlar bakımından mevduat bankalarıyla birebir aynı ticari değer yargılarına sahip olduğunu varsaymak doğru değildir³³². Zira katılım bankalarının halihazırda internet sitelerinde de ilan ettikleri güncel sözleşmelerinde bu farklılık hüküm altına alınmış, aksine tasarrufların fesih sebebi olduğu sözleşmeye

³²⁹ YILMAZ, s.200.

³³⁰ RG. T. 07.03.2020, S. 31061.

³³¹ YILMAZ, s.212-214; Söz konusu yönetmeliğin kanuna aykırı olduğu ve uygulanmaması gerektiğine tartışmalar ve hesaplama örnekleri için Bkz. YILMAZ, s.309-310

³³² Katılım bankacılığının ortaya çıkmasındaki temel ideolojik ve ekonomik temelleri, mevduat bankalardan farkları için Bkz. GÖRMÜŞ/ALBAYRAK, s.26-42; TUNÇ, s.22-26; AYUB, s.21.

açıkça işlenmiştir³³³. Murabaha sözleşmesinde finansör banka tarafından aslında herhangi bir başka amaç uğruna kullanılması çok daha kolay olan paranın değil de müşterinin ihtiyaç olarak talep ettiği, bankanın da bunun maddi ekspertizi ile birlikte fihhi tahlilini de yaptığı mal veya hizmetin finansmanı sağlansa da bu durum yine de finansman konusunun sözleşmeye aykırı olarak hatta daha da önemlisi katılım bankacılığının temel ilkelerine aykırı şekilde kullanımına fiilen engel teşkil etmemektedir. Örnek vermek gerekirse; meyve suyu fabrikası kurulumu için meyve pres makinelerinin katılım bankası aracılığı ile murabaha sözleşmesine istinaden alınması halinde bu makinelerin alkol üretimi için alındığının ortaya çıkması durumunda bankanın bu finansman ilişkisine konu sözleşmelerden dönebileceği, bu durumun salt bir genel işlem şartı olarak görülerek geçersiz sayılmasının ne dürüstlük kuralı ile ne de kuruluşu ve çalışmaları kanuni güvenceye tabi katılım bankacılığı sektörünün varlığı ile bağdaşmayacağı açıktır.

d) Murabaha Borcuna İstinaden Güvence/Teminat Sunma Borcu

Murabaha sözleşmesinde bankanın borçları kapsamında incelenen müşterinin borcunu ödemesine istinaden teminatları iade borcunun öte yüzünde, müşterinin öncesinde bankaya teminat sunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yinelemekte fayda görmekteyiz ki; müşteriden teminat istenmesi kanuni bir zorunluluk değildir. Murabaha sözleşmesinde teminat sunmayı standartlaşan sözleşmelerde müşterilerce taahhüt edilen bir yan edim yükümlülüğü olarak değerlendirmek mümkündür³³⁴. Kredi veren tarafından kredinin ancak teminata istinaden verileceği, teminatın aynı veya

³³³ Örnek olarak: Albaraka Türk Katılım Bankası A.Ş. Genel Kredi Sözleşmesinin 3.2.3. maddesi şu şekildedir: “Müşteri, talep ettiği finansmanın Türkiye Katılım Bankaları Birliği tarafından yayımlananlar/yayımlanacaklar basta olmak üzere katılım bankacılığı ilke ve standartlarına uygun olacağını ve Sözleşme’deki yöntemlerle sağlanabileceğinin kendisine ayrıntılı olarak anlatıldığını; anlatılanları anladığını ve genel olarak katılım bankacılığı ile özelde kullandırılacak fon/kredi/finansman yöntemleri hakkında _ilen bilgi sahibi olduğunu, uygulamalarının da bu yönde olacağını, katılım bankacılığı ilke ve standartlarına aykırı kredi kullandırılmayacağını bildiğini de kabul etmektedir.” (<https://www.albaraka.com.tr/documents/hakkimizda/sozlesme-ve-formlar/sozlesmeler/BFS/genel-kredi-sozlesmesi.pdf>)

³³⁴ Bankaların finansman müşterisinden teminat istemesinin artık uygulama teamülü ve taraflarca aksi de kararlaştırılabilecek bir yan edim yükümlülüğü olduğuna ilişkin Bkz. ÖZEN, s. 224; GÜRSES, s.369.

şahsi teminatlar olarak somut kredilendirmenin özelliğine göre farklılık gösterebileceği bilinen bir durumdur³³⁵.

Uygulamada en yaygın olarak tercih edilen teminatların kefalet³³⁶ veya rehin³³⁷ sözleşmeleri olduğu görülmektedir.

³³⁵ YILMAZ, s.218; GÜRSES, s.306-307.

³³⁶ Kefalet teminatına ilişkin kısaca değinmemiz gereken birtakım hususlar bulunmaktadır. Bankaların uygulamada teknik olarak özünde kefil ile banka arasında olması gereken kefalet sözleşmesini, doğrudan doğruya müşteri ile banka arasındaki kredi sözleşmesinin içerisinde ayrı bölümüne borçlar kanunun 583. Maddesi kapsamında açıkça belirtilen şekli koşullarına uygun olacak şekilde işlediği hatta aynı sözleşme kapsamında borçlar kanumuzun 584. Maddesinde ön şart olarak düzenlenen eş rızasının dahi aynı sözleşme kapsamında temin ettiği görülmektedir³³⁶. Yine uygulamada TKHK m.4'de açıkça tüketici işlemlerinde alınan şahsi teminatların adı kefalet sayılacağı bildirilmiş olmasına rağmen bankalar tarafından alınan kefil el yazısı beyanlarında müteselsil kefil olunduğuna, müşteri ile birlikte müştereken ve müstesilsilen zamin olunduğuna vs. benzer koşullarda beyan alınmasının hukuki geçerliliği bulunmamaktadır ve bu kefaletler hukuk düzenimiz nezdinde ancak adi teminat vasfını haizdir. Detaylı açıklamalar için Bkz. AKİPEK ÖCAL/ Şebnem, UZUN KAZMACI / Özge, HAMAMCIOĞLU, Esra, Bankacılık Sektöründe Kefalet Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Aristo Yayınları, İstanbul, 2015, s.149; ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, 2016 Ankara, Seçkin Yayınları, s.71; KARA, İlhan, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 1. Baskı, 2015 Ankara, s.1223; YILMAZ, s.220, ÖZEN, Burak, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Koşulları, Makaleler-Tebliğler 2001-2020, İstanbul, 2021, s. 444, ACAR, Özlem Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.235.

³³⁷ Hukuk sistemimizin elverdiği takip imkanları değerlendirildiğinde aslında aynı teminatların, teminat konusu var olmaya devam ettikçe paraya çevrilmesi ve herkese karşı bu durumun da öne sürülebilmesi sayesinde, tahsil kabiliyetinin daha yüksek olduğu kabul edilmektedir. Detaylı tespit için Bkz. YILMAZ, s.222; Bu anlamda aynı teminatların taşınır veya taşınmaz rehni olarak kurulduğu görülmektedir. Öte yandan aile konutu şerhinin tapuda işlenmesinin kurucu değil ancak bildirici nitelik taşıdığı ve eş rızası olmaksızın aile konutunu ipotek alan bankanın medeni kanunun 1023.maddesine dayalı tapu siciline güven ve iyiniyet iddiasının kabul edilmeyeceği ve kural olarak bankanın kötüniyetli sayılacağına ilişkin yargı içtihatlarında istikrar bulunmaktadır, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2015/2-53 Esas 2016/211 Karar 02.03.2016 tarihli kararında da "Dolayısıyla tapuda aile konutu şerhi olmasa da bunu bilebilecek durumda olan veya bilen lehine hak oluşturan kişinin iyiniyetinin bulunduğu kabul edilmesi de mümkün değildir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2015/2-53 Esas 2016/211 Karar 02.03.2016 tarihli kararında " davalı banka basiretli bir tacir gibi davranarak satın alınan evin aile konutu olarak kullanılıp kullanılmadığına yönelik bir tespit yapmamıştır. Bu tespitlere rağmen aile konutu olan taşınmaz üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis edilmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/15701 Esas 2016/5514 Karar 23.05.2016 Tarihli kararında " Bankalar tacir olup basiretli davranma yükümlülükleri uyarınca en hafif kusurlarından dahi sorumludur. Bu nedenle davalı bankanın ipotek tesis sırasında yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca ipotek tesis edilecek taşınmazın aile konutu vasfını taşıyıp taşımadığını araştırma, aile konutu niteliğindeki taşınmazlar yönünden malik olmayan eşin açık rızasını alma yükümlülüğü bulunmaktadır"(Erişim: <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2015-53-k-2016-211-t-2-3-2016>) Detaylı Bilgi için Bkz. AYAR, Ahmet, Türk Medeni Kanununda Yeni Bir Kurum Aile Konutu. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, C. 1, İstanbul, 2010, s. 367.

Teminat verme başlığı altında son olarak finansman müşterisinin sigorta borcuna değinmekte fayda görüyoruz. Uygulamada en çok kullanılan sigorta teminatının krediye bağlı hayat sigortası şeklinde sağlandığı görülmektedir³³⁸. Hukukumuzda zorunlu olarak yaptırılması gereken sigortalar ilgili mevzuat kapsamında sınırlı olarak sayılmıştır³³⁹. Buna rağmen bankaların kredi tahsis için hayat sigortasını zorunlu tuttukları hatta uygulamada sel, yangın, hırsızlık vb. sigortaların yapılmasını sözleşmelerine önkoşul olarak koydukları veya çeşitli isimlerle oluşturulan ve adeta asıl sözleşmenin bir kısmı gibi müşteriye sunulan sigorta talep sözleşmeleri ile ihtiyari sigortaların yaptırıldığı bilinmektedir³⁴⁰. Ancak acenteliği yapılan sigorta şirketi üzerinden kar veya prim elde etmek için yaptırdıkları sigorta sözleşmelerinin iptal edilebilirliği noktasında doktrinde fikirbirliği söz konusu olup muhalif bir görüş tespit edilememiştir.

Finansman sözleşmelerinde sigorta yaptırılması konusundaki uyuşmazlıkların daha ziyade bankalar tarafından hayat sigortasının şart koşulmasında toplandığı görülmektedir. TKHK tarafından bankaların bu ön koşulu getirmelerine bir engel getirilmemiştir ancak sigorta yaptırılmasını düzenleyen m.29 uyarınca ancak

³³⁸ Bu konuda yaptırılan hayat sigortası karşılığında prim ödenmesinin haksız şart olarak nitelendirilemeyeceğine yönelik çok sayıda içtihat söz konusudur. Örneğin; bankaların kredi borçlusuna hayat sigortası yaptırmasındaki asıl amacının, kredi borcunu teminat altına almak olduğu ve hayat sigortası nedeni ile kredi borçlusunun belli bir prim ödeme borcu altına girdiği anlaşılmakla birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında kredi borçlusu tüketicilerin de bir menfaatinin olduğu açıktır. Hal böyle olunca, sözleşme kapsamında tahsil edilen sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız şart niteliğinde olduğunun kabulüne ise olanak bulunmamaktadır 13. HD., E. 2014/32773 K. 2014/30165 T. 1.10.2014 aynı içerikte benzer karar künyeleri olarak Bkz. 13. HD., E. 2016/7396 K. 2016/9100 T. 30.3.2016, 13. HD., E. 2013/16633 K. 2013/20558 T. 2.9.2013, 13. HD., E. 2014/23525 K. 2014/22547 T. 2.7.2014, 13. HD., E. 2013/18722 K. 2013/21026 T. 10.9.2013, 13. HD., E. 2014/184 K. 2014/312 T. 13.1.2014, 13. HD., E. 2014/38504 K. 2014/36684 T. 20.11.2014, 13. HD., E. 2016/12276 K. 2016/17576 T. 29.9.2016, 13. HD., E. 2015/1621 K. 2015/3836 T. 12.2.2015.

³³⁹ Hukuk sistemimiz içerisinde sadece 12 sigortanın zorunlu sigorta kapsamında düzenlendiği görülmektedir bunlar: Trafik (Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk) Sigortası, Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası, Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Kıyı Tesisleri Deniz Kirliliği Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası, Özel Güvenlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası, Zorunlu Paket Tur Sigortası, Zorunlu Deprem Sigortası (DASK) (<https://www.tsev.org.tr/sayfa/ulkemizde-12-adet-zorunlu-sigorta-oldugunu-biliyor-musunuz>).

³⁴⁰ TAŞKIN, Melda, Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 59.

tüketicinin istediği sigorta şirketi aracılığı ile çalışma hakkının koruma altına alındığı görülmektedir³⁴¹. Aynı şekilde 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun³⁴² m.32/5. de tüketici veya tacir ayrımı yapmaksızın bu özgürlüğün sınırlandırılmayacağını, bir sözleşme içerisinde herhangi bir koşul için sigorta yaptırma koşulu düzenlenmesi durumunda ancak belirli bir şirkete söz konusu sigortanın yaptırılabilmesine dair kayıtların hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır³⁴³.

II. Murabaha Sözleşmelerinin Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Murabaha sözleşmelerinin sona ermesi tıpkı diğer sözleşmelerin sona ermesinde olduğu gibi Borçlar Kanunu’nuzun “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi” başlıklı üçüncü bölümünün ilk ayrımında genel olarak sıralanmıştır. Buna ilave olarak sona erme türleri arasında sayılmamasına rağmen en doğal ve beklenen sona erme durumu olması nedeni ile ilk incelenmesi gereken sona erme durumu şüphesiz karşılıklı edimlerin ifasıdır.

B. Sözleşmeden Kaynaklanan Kaşılıklı Edimlerin İfası İle Sona Erme

Borçlar Kanunu’uzda ifanın tanımı yapılmamış olmasına rağmen doktrinde, alacaklının tatmin edilerek borç ilişkisinin sona erdirilmesi adına borçlu tarafından alacaklıya karşı borç ilişkisine konu edimin yerine getirilmesi olarak nitelendirilmektedir³⁴⁴. Bankanın doğrudan doğruya ve ancak müşteri tarafından ifanın yerine getirilmesini talep etmesinde menfaatinin bulunacağı söylenemeyecektir. Bu anlamda Borçlar Kanunu’uzun 83. maddesi gereği kredi ödemelerinin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerce yapılmasının da mümkün olduğu

³⁴¹ TAŞKIN, s.70.

³⁴² RG. T. 14.06.2007, S. 26552.

³⁴³ Müşteri tarafından yaptırılan sigortanın bankanın istediği kapsamda olmaması durumunda veya bankanın nesnel kriterlerine uygun olmayan sigorta şirketlerinin poliçe düzenlemesi durumunda bunun kredi sağlayan tarafından kabul edilmemesinin mümkün olması gerektiğine ilişkin Bkz. ÜNAN, Samim, Sigorta Tüketici Hukuku, On İki Levha Yayıncılık İstanbul, 2016, s.67.

³⁴⁴ EREN s. 906; AKINTÜRK/KARAMAN, s.111; KILIÇOĞLU, s.689.

değerlendirilmektedir. Ancak bu durumda bankalar için sözleşmenin sona ermesi kadar halefiyet hakkının varlığı da önemlidir³⁴⁵.

C. Belirli Bir Süre Belirlenmesi Durumunda Sürenin Dolması İle Sona Erme

İster bankacılığa özgü bir sözleşme olsun ister başka bir özel hukuk ilişkisine dair sözleşme olsun, sözleşmenin geçerliliği için bir mühlet belirlenmesi halinde, taraflardan birinin ihtar veya ihbarı gerekmeksizin sözleşme kendiliğinden sona erecektir³⁴⁶. Burada önemli olan husus ise sözleşmenin sona ermesi ile sözleşmeyle doğmuş karşılıklı edimlerin ifa edilebilirliğinin ayrı ve bağımsız hukuki kurumlar olmasıdır. Bir sözleşme sona erse de karşılıklı borçların ilgili sözleşmeye istinaden bir tazminat borcu olarak talep edilmesinin önünde bu durum engel teşkil etmemektedir³⁴⁷. Ancak uygulamada murabaha sözleşmelerin belirli süreli sözleşmeler olarak değil belirsiz süreli sözleşmeler olarak akdedildiği görüldüğü için bu başlık altında ele alınan sona erme şekli istisnai niteliktedir.

³⁴⁵ “Halefiyet, rücu hakkını güvence altına alan bir kurum olduğundan menfaatler değerlendirildiğinde, ekonomik olarak ve/veya hukuki anlamda bu hakkı güvence altına alabilecek her türlü teminatın halefiyet kapsamına dahil olması gerekecektir. Ancak bağımsız nitelikteki haklar, ilke olarak alacak ile birlikte kendiliğinden halefe intikal etmez. Hâkim görüşüne göre, fer’i haklara ilişkin hükümlerin bağımsız nitelikteki haklara toplu kıyas yoluyla uygulanması da mümkün değildir. Fer’i olmayan haklar ancak menfaat durumları gerektirdiğinde devir yükümlülüğüne konu olabilir. Bu yükümlülüğün alacaklı açısından kanundan doğan borç teşkil ettiği kabul edilir. Devredilecek hakkın niteliğine göre yapılması gereken işlem değişiklik gösterir. Devre ilişkin işlemlerin yapılmaması durumunda taşınırlarda mülkiyet hakkına dayanılarak, alacak haklarında ifaya yönelik bir eda davası açılarak, taşınmazlarda ise tescile zorlama davası açılarak hakkın devri sağlanabilir. Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına bağlı bir teminatın intikali ise zilyetliğin havalesi yoluyla halefe devredilmesi ve alıcıya ihbarda bulunulmasıyla gerçekleşecek, bunun yanında noterde tutulan sicilde de değişiklik yapılması gerekecektir.” (KORKMAZ, Ekin, Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet, On İki Levha Yayınları, Ankara, 2021, s.186)

³⁴⁶ KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredileri, Tüketici Ve Konut Kredileri İle Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar İtirazın İptali Ve Menfi Tespit Davaları, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 235; YENER, Mehmet Deniz, Kredi Açma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.175

³⁴⁷ ALTINOK ORMANCI, s. 84-85.

D. Sözleşmeden Dönme İle Sona Erme

Dönme sözleşmenin taraflarından birine sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak sona erdirmesini sağlayan bozucu yenilik doğuran bir haktır³⁴⁸. Dönme hakkının kullanımı karşı tarafın kusurlu olmasından bağımsız nitelik taşımaktadır³⁴⁹. Taraflar arasında iradi dönme hakkı tesis edilmesi mümkün olduğu gibi³⁵⁰ kanunun öngördüğü birtakım durumlar da söz konusudur. Öngörülen durumlardan alacaklının veya borçlunun temerrüdüne ilişkin kısmı konu bütünlüğümüzün bozulmaması adına çalışmamızda işlenmemiştir. Bunun yerine çalışma konumuz kapsamında nispeten daha fazla özellik ihtiva eden iflas ve ifa güçlüğü nedenleri ile sözleşmeden dönme hususlarına kısaca değinilmiştir.

1. İflas Nedeniyle Sözleşmeden Dönme İle Sona Erme

İlk saydığımız sona erme sebeplerinden ifa ve sürenin sona ermesi hallerinin aksine taraflardan birinin iflas etmesi veya ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda kural olarak sözleşme kendiliğinden sona ermeyecektir³⁵¹. Zira bu durumlar esasen sözleşmeyi sona erdirmek için haklı sebeplerdir. Murabaha sözleşmesi veya başka bir kredi sözleşmesinde krediye dayalı tahsisin gerçekleşmemiş olması durumunda müşterinin iflasının veya Borçlar Kanunu'muz m. 98. içerisinde yer alan ifa güçsüzlüğünün gerçekleşmesi ve bununla birlikte müşterinin teminat ver(e)memesi durumunda banka kredi kullandırmaktan kaçınabilecektir. Kanun maddesinden anlaşıldığı kadarı ile bu durumda sözleşmenin, hakkı tehlikeye düşen diğer tarafının, güvence isteme hakkının olduğu; bu hakkı sağlanmadığı takdirde dönme hakkı olacağı görülmektedir³⁵².

Öte yandan murabaha sözleşmesi yapılan bankanın iflas etmesi de mümkündür. Bu durumda murabahaya konu banka ediminin ilk satıcıdan alınıp müşteriye devrolup

³⁴⁸ EREN, s.1150; OĞUZMAN/ÖZ, s.463; NOMER s.304; KILIÇOĞLU, s.934.

³⁴⁹ EREN. s 1148-1149; OĞUZMAN/ÖZ, s.481

³⁵⁰ Bu şekilde iradi şekilde tesis edilen dönme hakkı iradi dönme hakkı şekilde tanımlanır. Borçlar Kanunu m.235/3,259 ve 177'de düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.385

³⁵¹ GÜRSES, s. 400, BAYKAL, s.79; bu yöndeki benzer görüşler için Bkz. ŞEKERCİ, s.75-76.

³⁵² ŞEKERCİ, s. 76.

devrolmaması haline yani bankacılık literatürü ile kullandırımın yapılıp yapılmamasına göre ikili bir ayrıma giderek somut durumu incelemek gerekmektedir. Sözleşme imzalanmış olmasına rağmen murabaha konusunun ilk satıcıdan alınması ve müşteriye satılması süreci gerçekleşmemişken kredi kullandıran bankanın iflas etmesi halinde murabaha konusunu temin etmek adına veya murabaha üzerinde tasarrufta bulunmak adına işlem yapmasının hukuken mümkün olamaması nedeni ile akdedilen sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği söylenebilecektir³⁵³. Banka tarafından kredi tahsisinin yapılması durumunda ise iflas masasına ödeme yapılarak sözleşmenin ikamesi mümkün olacaktır³⁵⁴.

2. İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmeden Dönme İle Sona Erme

Hukuk sistemimizde ahde vefa ilkesinin istisnasına imkan veren bir düzenleme olarak Borçlar Kanunu'muzda "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı m. 138. sözleşmenin taraflarından birine sözleşmede revizyon yapılması yada dönme hakkını kullanması olanağı tanımaktadır³⁵⁵. Bu madde kapsamındaki hakkın doğabilmesi için birtakım şartlar öngörülmüştür: İfa güçlüğüne neden olan duruma her iki tarafça da sebep olunmaması, bu durumun bilinmemesi veya öngörülemeyecek olması, mevcut durumda ödemenin yapılmasının beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı nispette borçlu aleyhine değişikliğin yaşanması durumunda, ödemenin yapılmamış veya ihtirazi kayıtla yapılması halinde, söz konusu madde uygulama alanı bulacaktır³⁵⁶. Bu hükmün düzenleniş itibarıyla iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanabilir olması nedeni ile murabaha sözleşmelerinde de uygulanabilirliği söz

³⁵³ AKİPEK, s. 360; ÇABRİ, s. 375.

³⁵⁴ Öte yandan mevduat bankaların nakti kredileri için durum biraz daha farklıdır. Konvansiyonel nitelikli bir mevduat bankasının faaliyet izni kaldırılmadan önce mutat süreçlerini tamamlayarak imzalamış olduğu kredi sözleşmelerinden kaynaklanan sorumluluğunun devam edeceğine dair Bkz. GÜRSES, s.382.

³⁵⁵ Hemen belirtmek gerekir ki bu hükmün yedek hukuk kuralı olduğuna ve sözleşme ile farklı hüküm de tesis edilmesinin mümkün olduğu yönünde Alman Medeni Kanun'u ile karşılaştırmalı yorum için Bkz. GÜRSES, s.404.

³⁵⁶ Ortaya çıkacak değişikliğin öngörülemez olması gerektiğine ve bu yönde oluşan içtihatlarda soyut değerlendirmelerle zaman zaman tarafların kişisel özelliklerinin göz ardı edildiğine ilişkin Bkz. DOĞAN, Gülmelahat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.111, Ankara, 2014, s. 20 vd.

konusudur. Ancak ifa güçlüğüne rağmen ödeme yapılacaksa madde kapsamından kaynaklanan hukuki imkanın mümkün olması için aşırı ifa güçlüğünden kaynaklanan hakların en geç ifa ile birlikte saklı tutulması gerekmektedir.

E. Murabaha Müşterisinin Ölümü İle Sona Erme

Murabaha sözleşmesinin sona ermesi bakımından çalışmamızda son incelenecek başlık murabaha müşterisinin ölümüdür. Kural olarak ölümle sözleşmenin sona ermesi arasında mevzuatımız mutlak bir neden sonuç ilişkisi kurmamıştır³⁵⁷. Nitekim bir eser sözleşmesinde, borçlunun şahsının özellik arz ettiği bir sözleşmede ölümün sözleşmeyi sona erdireceği savunulsa da³⁵⁸ taraf sıfatlarının, kişiliklerinin ve bireyselliklerinin hiçbir özellik arz etmediği sözleşmelerde sözleşme ilişkisinin tereke ile mirasçılara devrolacağı değerlendirilmektedir. Bu anlamda murabaha sözleşmesinin hangi kategoride değerlendirilmesi gerektiğine göre müşterinin ölümünün sözleşme ilişkisinin sona ermesine sebep olup olmayacağı netlik kazanacaktır. Dokrinde bir takım yazarlar finansman borçlusu müşterinin ölümünün sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini, sözleşmenin mirasçılar üzerinden devam edeceğini bu durumun uygulamaya daha müsait olduğunu savunmuşlardır³⁵⁹.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; her şeyden önce murabaha sözleşmesi diğer kredi sözleşmelerinde de olduğu üzere, banka tarafından müşterisine duyulan güvene dayanır³⁶⁰. Bu güvenin ve kredilendirme iradesinin kişisel kanaate, ekspertiz ve istihbarata dayanması nedeniyle ölüm ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sözleşmenin dayandığı kurucu iradelere daha uygun olacaktır³⁶¹. Öte yandan bankaların kredi içerikli sözleşmelerine ölüm durumunda mirasçılar; fiil ehliyeti kısıtlanması durumunda ise yasal temsilci/ler üzerinden sözleşmenin devam

³⁵⁷ ALTINOK ORMANCI, s.85.

³⁵⁸ GÜRSES, s. 380.

³⁵⁹ AKİPEK, s. 360; ŞEKERCİ, s. 74; ÇABRİ, s. 375.

³⁶⁰ AKİPEK, s. 360; Kredi sözleşmeleri için Baykal şahsi niteliklerin önem taşıdığı (intuitu persoane) nitelendirmesi yapmaktadır Bkz. BAYKAL, s.78.

³⁶¹ BAYKAL, s. 79; GÜRSES, s. 400.

edebileceği yönünde bir hüküm koymaları, uygulamada yaygın olmamakla birlikte hukuken geçerli ve mümkündür³⁶².

SONUÇ

Katılım bankacılığı İslam dinine göre yasak olan başta faiz, haksız kazanç ve şans yatırımı kavramlarından imtina eden bir ekonomi modelinin ürünüdür. Dogmatik varoluşu nedeni ile kaynağını yine İslam inancından almaktadır. Geleneksel açıdan uygulanagelen modelleri çok eskiye dayanmakla birlikte, modern katılım bankacılığının geçmişi ve birikimi mevduat bankacılığına göre oldukça yeni ve sınırlıdır. Bu anlamda özellikle ülkemiz gibi seküler hukuk düzenine ve seküler ekonomiye dayanan talihli ülkelerde; mevzuatlaşma ve pazarlama anlamında ciddi doğum ve gelişim sancıları çekmiştir.

Ülkemizde katılım bankaları, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunları ve Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik başta olmak üzere özel/genel çok sayıda mevzuatta düzenlemeye tabi tutulmuştur. Katılım bankaları ayrıca birer özel hukuk tüzel kişileri olmaları hasebiyle, yürürlükteki bütün kanun, kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tebliğ ve sair mevzuatın muhatabı durumundadır. Katılım bankaları mevzuat gereği TKBB'ye üye olup Danışma Kurullarında alınan kararlar ile bağlıdırlar.

Güncel pozitif düzenlemelere bakıldığında katılım bankalarının fon/kredi kullandırma yöntemleri 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 19. Maddesinde düzenlenmiştir. Katılım bankalarının fon kullandırma yöntemleri ilgili maddede; satım yöntemleri, kiralama yöntemleri, ortaklık yöntemleri, vekâlet yöntemleri ve diğer yöntemler şeklinde beş başlıkta sayılmaktadır. Katılım bankacılığında en yaygın sözleşmeler mudarebe sözleşmeleri, müşareke sözleşmeleri, teverruk sözleşmeleri ve murabaha sözleşmeleridir.

³⁶² BAYKAL, s. 79; NERMOD YÜKSEL / YÜKSEL / YÜKSEL, s. 147.

Mudarebe sözleşmesi; elinde fazlaca sermaye bulunduran tarafın (uygulamada banka), elindeki likit sermayeyi, ihtiyacı olan ve bunu talep eden gerçek veya tüzel kişiye ticaret amacıyla vererek elde edilecek kârı, anlaşma esaslarına göre paylaşımları ve zararı ise sermayeyi sunan bankanın tarafının karşılayacağı ortaklık biçimi olarak tarif etmek mümkündür. Müşareke sözleşmesi ise esasen ticaret alanında faaliyet gösteren bir işletmeye sermaye koymak yoluyla sermayesine ortak olma temeline dayanır.

Teverruk sözleşmeleri tartışmalı pek çok noktayı bünyesinde barındırmakla birlikte nakde ihtiyaç duyan bir kimsenin, bu ihtiyacını karşılama maksadıyla veresiye olarak değerinden fazla miktara satın aldığı malı, satıcının dışında başka bir müşteriye aldığı fiyattan daha düşük bir bedelle peşin olarak satmasıdır. Faizsiz bankaların mevcut finansman yöntemleri müşterilerin nakit gereksinimlerini doğrudan karşılamaya elverişli olmaması, teverruk işlemine başvurmalarına neden olmuştur. Banka da müşterilerin nakit ihtiyaçlarını karşılamak için teverruk yoluyla genellikle uluslararası maden alım satımı yaparak gerçekleştirmektedir.

Murabaha sözleşmesi ise katılım bankacılığının temel sözleşmesidir. Bankanın müşterisinin talebi üzerine onun ihtiyaç duyduğu malın veya hizmetin banka tarafından peşin olarak satın alınması ve müşteriye kar ve vadesi belli bir ödeme planı üzerinden geri satılması temeline dayanmaktadır. İslami bankacılığın kredilendirmenin gerçek ve belirli bir ihtiyacı görmesine en uygun örneklerden olan bu sözleşme, sektör içerisinde gayri nakdi kredi uygulaması olarak görülmektedir.

Uygulamada murabaha sözleşmesinin tesis edilmesi ve kredi tahsisinin yapılması süreci şu şekilde işlemektedir: Müşteri somut olarak fiyatlandırılması mümkün bir ihtiyacını karşılaması için katılım bankasına murabaha başvurusunda bulunur. Daha sonra katılım bankası öncelikle müşteri tarafından alınması istenilen mal veya hizmetin katılım bankacılığının temel prensiplerine uygun olarak satın alınması mümkün bir mal/hizmet olup olmadığına ilişkin araştırmasını yürütür ve gerekli görmesi halinde kendi danışma kurularından bu konuda görüş alır. Katılım bankası mal veya hizmeti doğrudan peşin olarak ilk satıcıdan satın alır. Son aşamada müşteri katılım bankasından sözleşme konusu şeyi önceden belirlenen vade ve kar oranı üzerinden satın alır ve kredi ilişkisi sonlandırılır.

Murabaha sözleşmesinin unsurlarını kısaca saymak gerekirse; sözleşme konusunun halihazırda müşterinin mülkiyetinde olmaması, tarafların sözleşmenin

esaslı unsurlarında mutabık olması, satıcıya peşin ödeme yapılması, kararlaştırılan kar üzerinden taksitli geri ödeme taahhüdüdür.

Her ne kadar murabaha sözleşmesi sadece müşteri ve banka arasında değil murabaha konusu mal veya hizmetin satıcısının da hatta bu ilk satıcının taşeronlarının da dahil olduğu çok yönlü bir menfaat zincirine ve sözleşmesel ilişkiye neden olsa da sözleşmenin tarafları finansör katılım bankası ve kredi konusu mal veya hizmeti murabaha yöntemi ile almak isteyen müşteridir.

Sözleşmelerin tümünde olduğu gibi murabaha sözleşmesi de tarafların birbirine uygun irade beyanlarına istinaden kurulmaktadır. Katılım bankaları tarafından murabaha sözleşmeleri, çalışmamızın önceki kısımlarında da belirtildiği üzere çok nadir istisnalar dışında müşteri ile banka arasında akdedilen genel kredi sözleşmesi ile eş zamanlı olarak imzalanır.

Murabaha sözleşmesinin geçerlilik şartları ise; kanunda özellikle şart koşulmuşsa sözleşmenin kurulma şekline riayet edilmesi, tarafların sözleşme yapma ehliyetlerine sahip olması, kanunun emredici hükümlerine / kamu düzenine / kişilik haklarına / ahlaka aykırı olmaması, yanılma veya aldatma ile irade sakatlığı yaşanmamış olması, aşırı yararlanma ve muvazaa geçersizlik nedenlerinin bulunmamasıdır.

Murabaha sözleşmesinin hükümleri karşılıklı müzakere ile belirlenebileceği gibi genel işlem şartları tesis edilerek belirlenmesi de mümkündür. Ancak günümüzde müzakere yönteminin çok istisnai durumlar haricinde tercih edilmediği görülmektedir.

Murabaha sözleşmesinde bankanın başlıca borçları; bedelin satıcıya ödenmesi borcu, aydınlatma ve müşteri verilerini koruma yükümlülüğü, müşterinin borcunu ödemesine istinaden teminatların sahibine iadesi borcudur. Müşterinin başlıca borçları ise; katılım bankası tarafından alımı yapılacak murabaha konusunu satın almayı kabul etmek, ödeme planı doğrultusunda anapara, kar payını ve masrafları ödeme borcu, murabaha sözleşmesi ile katılım bankacılığının tabi olduğu prensiplerinin ihlal edilmemesi ve murabaha borcuna istinaden güvence/teminat sunma borcundan ibarettir.

Murabaha sözleşmelerinde sona erme ise öncelikle ifa ile söz konusu olmakla birlikte süreli olarak öngörüldü ise belirlenen sürenin sona ermesi aksi takdirde; ölüm, iflas / ifa güçlüğü nedenlerinden kaynaklanan dönme bildirimi ile sözleşmenin sona ermesi söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Özlem Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ADIGÜZEL, Burak, Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- AKIN, Cihangir, Faizsiz Bankacılık ve Kalkınma, İstanbul, 1986.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Borçlar Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Eylül 2013, Beta Yayınları.
- AKİPEK ÖCAL / Şebnem, UZUN KAZMACI / Özge, HAMAMCIOĞLU, Esra, Bankacılık Sektöründe Kefalet Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul, 2015, Aristo Yayınları.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, İstanbul, 2016.
- AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, Seçkin Yayınları.
- AKSOY DURSUN, Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008.
- AKTEPE, İshak Emin, Sorularla Katılım Bankacılığı, İstanbul, 2010.
- AKYOL, ŞENER, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul, 2001.
- ALTAN, Mikail / GÜZEL, Fatih, Forex Piyasasının Türkiye'deki Durumu ve Türkiye Finans Piyasalarına Etkileri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.33, Konya, 2015.
- ALTAY, İsmail, Özellikle Finansal Kurumlarla Yapılan Sözleşmelerde Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları, 1.Baskı, İstanbul, 2014.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar; Sürekli Borç İlişkisinin Haklı Sebep Feshi, 1. Baskı, İstanbul, 2011, Vedat Yayıncılık.

- ALTUNDERE DOĞAN, Merve Büşra / ERSOY, Arif Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi C. 12, S. 23, İstanbul 2020.
- ANTALYA, Gökhan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2016.
- ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010.
- ARAT, Ayşe, İsimli Sözleşmelerin Tamamlanması, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. II, Kayseri, 2006, s. 239-250.
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2017.
- ASLAN, Yılmaz, 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015.
- ATAMER, Kerim, Tacirler Arasındaki Sözleşmelere Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler Uygulanır mı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2017.
- ATAMER, Yeşim M., Genel İşlem Koşulları Mı Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme Mi?, Tüketici ve Ticari İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013 (Anılış: Sempozyum).
- ATAMER, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016 (Anılış: Tüketici).
- AYAN, Mehmet / AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2020, Adalet Yayınevi.
- AYAR, Ahmet, Türk Medeni Kanunu'nda Yeni Bir Kurum Aile Konutu. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. C. 1, İstanbul 2010, On İki Levha Yayıncılık.
- AYDIN Aytaç, İslam Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları, Burç Yayınevi Konya 2015.
- AYDIN, Nurhan, Bankacılık Uygulamaları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir 2008.
- AYDOĞDU, Murat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, İzmir 2013.

- AYDOĞDU, Murat, Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, 1. Baskı, Ankara, 2014.
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- AYUB, Muhammad, İslami Finansı Anlamak (Çeviren: Suna AKTEN ÇÜRÜK, Raif PARLAKKAYA) İktisat Yayınları, İstanbul 2017.
- BAFRA, Erdem: İslami Bankacılık Sözleşmelerinin Temelleri, Ankara 2015.
- BAĞCI, Dilara, Türk Katılım Bankacılığında Mudarebe Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İsta.bul, 2019.
- BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016.
- 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.
- BATTAL, Ahmet: Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999.
- BAYINDIR, Abdulaziz, Ticaret ve Faiz, İstanbul 2007.
- BAYINDIR, Servet, Fıkhi ve İktisadi Açından İslami Finans (Para ve Sermaye), İstanbul 2015.
- BAYINDIR, Servet, Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Sermaye Ortaklığının İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Usûl İslam Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2005.
- BAYKAL, Murat, Banka Kredi Sözleşmeleri, BATİDER 2002, C. 21, S. 3, s. 49-90.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Bursa, 2012.
- BULUT, Halil İbrahim / ER, Bünyamin, Katılım Bankacılığında İki Yeni Finansal Teknik Önerisi: Mudaraba-Risk Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Mudaraba-Risk Sermayesi Yatırım Fonları. Finansal Yenilik ve Açılımları ile Katılım Bankacılığı, TKBB Yayınları, İstanbul 2009.

- BULUT, Halil İbrahim/ER, Bünyamin: Katılım Finansmanı Katılım Bankacılığı ve Girişim Sermayesi, TKBB Yayınları, İstanbul 2012, s. 148
- CANBAZ, Mustafa, Katılım Bankacılığı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- CEBECİ, İsmail, Modern İslam Literatüründe Murabaha Tartışmaları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010.
- ÇAĞLAR, Hayrettin, Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m.28), BATİDER, C.32, S.4, İstanbul, 2016, s.72-73.
- ÇEKER Orhan, İslam Hukukunda Akidler, Tekin Kitapevi, 2014.
- ÇEMBERLİTAŞ, İbrahim, AAOIFI VE UFRS'ye Göre Teverruk Uygulaması, Muhasebeleştirilmesi Ve Raporlanması, İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Malatya 2019.
- ÇETİN, Abdurrahman, Bankacılık Kanunu ve AAOIFI Kurallarına Göre Finansal Raporların Karşılaştırılması ve Katılım Bankacılığı Mevzuat Önerisi. Muhasebe ve Finans Araştırmaları Dergisi, 2020.
- ÇETİNKAYA, Harun, Katılım Bankacılığında Risk Yönetimi: Batı Akdeniz Bölgesinde Ampirik Bir Araştırma, İstanbul 2018.
- ÇETMİ, Durmuş, İslam Hukukunda Teverruk Ve Günümüz Uygulaması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2018.
- ÇEVİK, Kemal, Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, Ankara 2009.
- ÇINAR, Ömer, Tüketici kredisi sözleşmelerinin hukuki niteliği ve hükümleri Bankacılık sektöründe tüketici hukuku uygulamaları, Aristo Yayınları, İstanbul, 2015, s. 37-69.
- ÇİFTÇİ, Cafer, 18. Yüzyılda Bursa Para Vakıfları ve Kredi İşlemleri, Tarih Araştırmaları Dergisi, C.23, Bursa 2004.
- DİKKAYA, Mehmet / KUTVAL, Yusuf, Katılım Bankacılığı Türkiye Örneği, Ankara 2014.

- DİLEK, Uğur Bekir, İslâm Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları İçeren Akitler İz'ân Akitleri (Türk Borçlar Kanunu Bağlamında), Marife Dergisi, C. 18, S.1, Yalova 2018.
- DOĞAN, Gülmelihat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:111, Ankara 2014.
- DÖNMEZ, İbrahim Kafi, GARAR, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/garar> (Anılış: Garar)
- DÖNMEZ, İbrahim Kafi: Murabaha, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/murabaha> (Anılış: Murabaha)
- DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C. II, 22. Baskı, İstanbul, 2021.
- DURSUN AKSOY, Sanem, Sözleşmenin İçeriği, Sözleşmenin Yorumu, Muvazaalı İşlemler, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, 1.Baskı, İstanbul 2014.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S.74. C. 2, 2016, s. 709-738.
- GÖÇMEN UYARER, Sinem ,6698 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2020, Seçkin Yayıncılık.
- GÖKÇEN, Gürbüz / GÖNEN, İbrahim, Katılım Bankalarının Finans Sektörü İçindeki Yeri ve Katılım Bankalarına Yönelik Müşteri Algısı, İstanbul 2017, C. 2, S. 1
- GÖRMÜŞ, Şakir / ALBAYRAK Ahmet, Yaşayan ve Gelişen Katılım Bankacılığı, TKBB Yayınları, III. Baskı, İstanbul 2021.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı), 3. Baskı, İstanbul 2018.
- GÜNDOĞDU, Aysel, Bankacılık Hukuku, Legal Yayınevi, Ankara 2017.
- GÜNDOĞDU, Aysel, Türkiye'de Bankacılık Sisteminin Yasal Düzenlemeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- GÜNGÖR, Kamil, Bir Finansal Araç Olarak Katılım Bankacılığı Tesbitler-Teklifler, Finansal Yenilik ve Açılımları İle Katılım Bankacılığı, TKBB Yayınları, İstanbul 2012.
- GÜRSES, Davut, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Havale, Ersin Çamoğluna Armağan, İstanbul 2013, s.459-484 (Anılış: Havale)
- GÜRSES, Davut, Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul 2016.
- HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2020.
- HAVUTÇU, Ayşe, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Ankara 2003, Seçkin Yayınları.
- HELVACI, Mehmet, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, 2000, Seçkin Yayınları.
- HOROZ, Seda Hatice, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin 2015.
- İŞINTAN, Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- İPEK, Mehtap, Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002.
- İŞGÜZAR, Hasan, Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri, Ankara 2003.
- KANIŞLI, Erhan, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayınları, 2018 İstanbul.
- KARA, İlhan, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 1. Baskı, 2015 Ankara.
- KARABAĞ BULUT, Nil, Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- KARABIÇAK, Mevlüt, Küresel Krizleri Tetikleyen Nedenler ve Küresel Krizin Türkiye Boyutu, Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Isparta 2010, c. 15, S. 3.

KARABÖRK, Kürşat, Türk Hukukunda Banka Kredi Açma Sözleşmeleri, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2017.

KARAYALÇIN, Mine, Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2021

KAYA, Arslan, Tasfiyenin, Bankaların Karşılıksız Kalan Çeki Kısmen Ödeme Yükümlüğüne Etkisi ve Çek Kanunları ile Getirilen Sorumluluk Miktarı Farklılıkları Bağlamında Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, s. 1113-1131, İstanbul, 2010.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, Turhan Kitabevi.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2010.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / Rona, SEROZAN / Abdulkadir, ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

KORKMAZ, Ekin, Türk Borçlar Hukukunda Halefiyet, On İki Levha Yayınları, Ankara 2021

KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredileri, Tüketici Ve Konut Kredileri İle Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar İtirazın İptali Ve Menfi Tespit Davaları, 2016 İstanbul, Beta Yayınları.

KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 2006.

KUNTALP, Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011.

KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit Karma Sözleşme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013.

KUNTALP, Erden, Teminat Kavramı Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul, 1995.

KURU, Hamza, Geçmişte ve Günümüzde Finansman Yöntemi Olarak Murabaha, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.

KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı, Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, İstanbul 2018.

KÜÇÜKGÖDE/Deniz Uğur/ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

MEYDAN, Ahmet, İslam Hukukunda Muvazaa Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri ABD Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

NERMOD YÜKSEL Aslı / YÜKSEL Ülkü / YÜKSEL Ali Sait, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Beta Yayınevi, 10. Basım, İstanbul, 2004.

NOMER Haluk Nami, Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?, Prof. Dr. Aydın Zevkilere Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, İzmir 2013, s.2053-2073.

OKTAY, Saibe, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. II, İstanbul, 1996, s. 263-296.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2018, Vedat Kitapçılık.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.

OZANOĞLU Hasan Seçkin, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.

ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanunu'nda Satım Sözleşmesine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012, Vedat Kitapçılık.

ÖZCAN, Mehmet Emin / HAZIROĞLU, Temel, Bankacılıkta Yeni Bir Boyut: Katılım Bankacılığı, İstanbul 2003.

ÖZDEMİR, Recep, İslâm Hukukunda Borçların Ve Hakların İspatına Yönelik Teminatlar, Mecmua Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, S.9, Adıyaman 2020.

- ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, 2016 Ankara, Seçkin Yayınları.
- ÖZEN, Burak, Kredi açma sözleşmeleri, 2017 İstanbul, Vedat Kitapçılık
- ÖZEN, Burak, Tüketici Kredilerinde Kefaletin Geçerlilik Koşulları, Makaleler-Tebliğler 2001-2020, İstanbul, 2021, s. 431-445.
- ÖZKAYA, Eraslan, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.Baskı, Ankara 2013.
- ÖZSOY, İsmail: Türkiye’de Katılım Bankacılığı, İstanbul 2012.
- ÖZSOY, Şerafettin, Sağlam Bankacılık Modeli ile Katılım Bankacılığına Giriş. 1. Baskı. İstanbul Kuveyt Türk Katılım Bankası A.Ş. Yayınları, İstanbul 2012.
- ÖZYURT, Kıvanç, Banka Kredilerine Alternatif Olarak Murabaha Modelinin İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2015.
- REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Yaklaşım Yayınları, C.1-2, Ankara, 2015. (Anılış: Bankacılık Kanunu)
- REİSOĞLU, Seza, Tüketici Kredileri Hukuki Sorunlar, 4077 Sayılı Yasada Değişiklik Öngören Taslak”, Bankacılar Dergisi, S.69, 2008.
- SAĞLAM, Hadi, İslâm Hukukuna Göre Sigorta Ribâ Ve Fâiz İlişkisi Görüşlerinin Değerlendirilmesi, e- Akademi Dergisi 84. Sayı, İstanbul 2009.
- SANCAR, Mustafa Afşin, Türkiye’de Teverruk Ve Yeniden Yapılandırmada Teverruka Alternatif Bir Ürün Olarak Yeniden Yapılandırma Tekafül Fonu, İslam Ekonomisi Ve Finansı Dergisi, S.2, İstanbul 2019.
- SEROZAN, Rona, Yeni Borçlar Kanunu’nda Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşması ile ilgili Kurallardaki Yenilikler, Prof. Dr Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s.663-672;
- SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2017, Yetkin Yayınları.
- SÜRÜCÜ, Şükrü, İslami Finans Malezya Türkiye Karşılaştırması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat ABD Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2018.

ŞAHİN, Ekrem, Türkiye'de Düünden Bugüne Katılım Bankaları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

ŞAHİN, Halil İbrahim, Avrupa Ülkelerinde İslam Ekonomisi Ve Finansı Alanında Yapılan Çalışmalar Ve Uygulamalar, Karabük Üniversitesi Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, Karabük 2020.

ŞEKERCİ, Setenay, Banka Kredi Açma Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

TAKAN, Mehmet, Bankacılık Teori Uygulama ve Yönetim, İstanbul 2002.

TAŞKIN, Melda, Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, 2019 İstanbul.

TEKİNALP, Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.

TERZİ, Ahmet, Katılım Bankacılığı: Kitaba Uymak mı, Kitabına Uydurmak mı, İstanbul 2013.

TİFTİK, Mustafa, Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Katılım Bankası Katılma Hesabı Sözleşmesi, Ankara 2007.

TOMBALOĞLU, Mustafa Lütfi, Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara 2015.

TUNCEL YAZOĞLU, Füsün: Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredilerden Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2013.

TUNÇ, Hüseyin, Katılım Bankacılığı Felsefesi Teorisi ve Türkiye Uygulaması, Nesil Yayınları, 2010 İstanbul.

TURAY, Fatih, Finansal Açıdan İslam Borçlar Hukuku, İstanbul 2019.

TURAY, Fatih. Finansal Açıdan İslam Borçlar Hukuku, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri ABD, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum 2018.

- TÜRK, Ahmet: Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007.
- ULUDAĞ, Süleyman: İslâmda Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış, İstanbul 2010.
- ÜÇÖK, Coşkun / MUMCU, Ahmet / BOZKURT, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2021.
- ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015.
- ÜNAN, Samim, Sigorta Tüketici Hukuku, On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2016.
- YAHŞİ, Fahrettin, Özel Finans Kurumları'nın Mevzuat Serüveni, Bereket Dergisi, İstanbul 2000.
- YANPAR, Atila, İslâmi Finans İlkeler Araçlar ve Kurumlar, İstanbul 2015.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- YENER, Mehmet Deniz, Kredi Açma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- YETİZ, Filiz, Bankacılığın doğuşu ve Türk Bankacılık Sistemi, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Niğde 2016.
- YILDIRIM, Şanbaz, Ticari Ve Katılım (Tekafül) Sigortacılığında Tarafların Fikhi Durumunun İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- YILMAZ, Abdülhamit. Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2018.
- YİĞİT, Uğur, Bankacılık Suçları 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Adli Suç ve Cezalar, Usul Hükümleri ve Cezaların İnfazı, Has Yaydağ Yayınları, 2006.
- YÜCE, Melek Bilgin, Alacaklı ve Borçlu Arasında İfa Zamanı, İstanbul, 2015.
- YÜCER AKINTÜRK, İpek, İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Eğitim Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://aaoifi.com>

<https://dergipark.org.tr>

<https://islamansiklopedisi.org.tr/>

<https://kgk.gov.tr>

<https://tkbb.org.tr>

<https://tkbbdanismakurulu.org.tr>

<https://www.albaraka.com.tr>

<https://www.bddk.org.tr>

<https://www.emlakkatilim.com.tr>

<https://www.isbank.com.tr>

<https://www.kuranayetleri.net/diyanet-vakfi-meali>

<https://www.kutsalkitap.org/online-tevrat-oku/>

<https://www.kuveytturk.com.tr>

<https://www.kvkk.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.tsev.org.tr>

<https://www.turkiyefinans.com.tr>

<https://www.vakifbank.com.tr>

<https://www.vakifkatilim.com.tr>

<https://www.ziraatbank.com.tr>

<https://www.ziraatkatilim.com.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>