

BANKACILIK DIŖI FİNANSAL KURULUŖLAR HUKUK SEMPOZYUMU



www.fkb.org.tr

BANKACILIK DIŖI FİNANSAL
KURULUŖLAR HUKUK SEMPOZYUMU

Önsöz

Değerli Paydaşlarımız,

Finansal Kurumlar Birliği'nin Türkiye'nin en önde gelen üniversitelerinden Galatasaray Üniversitesi ile ortaklaşa düzenlediği 'Bankacılık Dışı Finans Kuruluşları Hukuk Sempozyumu' kitapçığını sizlerle paylaşmaktan memnuniyet duyuyoruz.

FKB olarak 3 yıl önce "Birlikten Güç Doğar" sloganı ile çıktığımız yolda, her 3 sektörümüzün birlikte temsiliyetinin getirdiği yüksek sinerjinin önemli bir güce dönüştüğünü gördük. Bildiğiniz gibi Birliğimizin ana misyonu, temsil ettiğimiz çatının altındaki tüm sektörlerin reel ekonomiye katkılarını en üst düzeye taşımak. Bu noktada sadece finansman kaynaklarımızla değil; her geçen gün gelişen insan kaliteli insan kaynağımız, ihtiyaçlara özel-yenilikçi çözümlerimiz, artan işbirliklerimiz ve yurt çapında genişleyen etki alanlarımızla reel sektörümüzün artık daha da fazla yanında ve yakındayız.

Birliğimizin temsil ettiği sektörlerde gerçekleşen rakamsal büyümelerin yanında başarının sırrının, sektörün bilgi altyapısının ve insan kaynağı kalitesinin gelişimine de bağlı olduğunu düşünüyoruz. Bu kapsamda kurduğumuz eğitim iktisadi işletmemiz, gerek sektörel gerekse akademik kurumlarla işbirliğinde çok değerli eğitim programlarına imza atıyor. Finansal Kurumlar Birliği olarak akademiye ve akademinin her üç sektöre yapabileceği katkıya çok önem veriyoruz. Bu çerçevede, Birlik olarak üniversitelerimiz ile dirsek temasımızı güçlendirerek; sektörel pratik ile bilimsel yaklaşımı buluşturmanın, geleceğe dair kıymetli bir yatırım olduğuna inanıyoruz.

Aynı zamanda finansmana erişimi arttırmaya yönelik eylem planlarında üstlendiğimiz görevleri paneller düzenleyerek yerine getirme gayreti içindeyiz.

Türkiye'nin en seçkin üniversitelerinden Galatasaray Üniversitesi ile gerçekleştirdiğimiz işbirliği çerçevesinde her üç sektörümüze de değer kattığına inandığımız sempozyuma imza attık.

Birlik olarak amacımız sektöre katma değer sağlayan bu tarz sempozyumların devamlılığını ve sürekliliğini sağlamaktır. Bu tip sempozyumlarla akademik değerlendirme ve tartışma zeminlerinin yaratılması, değerli akademisyenlerin katkı ve görüşlerinin alınması açısından çok yararlı ve önemli olduğunu düşünüyoruz.

Bu sorumluluğu taşıırken, toplumun fikir önderi konumundaki değerli bilim insanlarımızın, akademisyenlerimizin destekleri bizim için çok önemli ve değerli. Bu vesileyle, bu sempozyumun gerçekleşmesinde katkısı bulunan başta Sayın Rektörüm ve Dekanım olmak üzere tüm akademisyenlerimize, katılım sağlayan tüm sektör temsilcilerimize şükranlarımı sunuyorum.

Saygılarımızla,

Ahmet Candan

Genel Sekreter

Finansal Kurumlar Birliği

Hakan Gülelçe

Değerli arkadaşlar, hoş geldiniz. 2004 ve 2009 yılında yapmış olduğumuz sempozyumların epey ardından sonra üçüncüsünü finansal kurumlarla ilgili olarak yapıyoruz. Üç sektörümüz için de verimli, yararlı bir sempozyum olmasını ümit ediyoruz. Açıliş konuşması için Sayın Erden Kuntalp hocamızı kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

1942-43 yılında ilkokul öğrencisi olarak geldiğim Galatasaray Lisesi'ne, aradan bu kadar sene geçtikten sonra, üniversite olarak yaptığı bir oturumun açıliş konuşmasını yapabilmek mutluluğuna erişmiş olduğum için inanin ki çok heyecanlıyım. Tabii heyecanlı olmam, aynı zamanda yapacağım hatalar nedeniyle sizlerden özür dilemem anlamına geliyor. İçeri girerken gerçekten çok duygulandım. Hele mektebimizin yanmış olan binasını görüncü çok daha üzüldüm. Çünkü orada benim çok, gerçekten unutulamayacak anılarım vardı. İkinci heyecan duymamın nedeni, bugün burada konuşacak bütün meslektaşlarımla beraber, Galatasaray Üniversitesi'nde beraber çalışmış olmam ve her bir tanesinin hocalığını yapabilmek bahtiyarlığına erişmiş olmam. Tabii bu arada uygulandığım bir diğer nokta da, Türkiye 1980'li yıllarda finansal kiralama, leasingle tanıştı. 80'li yıllarda tesadüfler benim leasingle uğraşmaya, onunla biraz haşır neşir olmaya yönlendirdi. Benimle beraber leasingle Türk hukukunda ilk uğraşan, ilk tanıtan değerli meslektaşım ve sevgili arkadaşım Atilla Altop, çok güzel bir kitabıyla da hakikaten leasinge renk kattı. Arkadan faktoring gündeme geldi. Faktoringde de Cumhur Özakman arkadaşımız ilgilendi. Aradan zaman geçti. Hem leasing, hem de faktoring Türk toplumu tarafından benimsendi, gelişti ve bugünlere ulaştı. Bu gelişme tabii durduğu yerde olmadı, Finansal Kiralama şirketleri Derneği, Galatasaray Üniversitesi ile bilimsel toplantılar düzenlemek suretiyle bu gelişmede de çok aktif bir rol oynadı. Finansal Kiralama şirketleri Derneği'nin başlatmış olduğu bu işi, bugün Birlik sürdürüyor ve Birlik çok başarılı bir şekilde sürdürüyor. İnançla bu kurumların gelişmesine çalışıyor. Biz bugün bu kurumlar dolayısıyla leasing veyahut faktoring dolayısıyla karşılaşılan sorunları tartışma masasına yatıracağız. Bu tabii bir başlangıcın ilki... Bundan sonra öyle tahmin ediyorum ki; Galatasaray Üniversitesi ile özellikle Galatasaray Hukuk Fakültesi'yle, Birlik arasında bir iş birliği oluşacaktır. Sürekli toplantılar yapılacaktır. Tabii bu toplantının gerçekleştirilmesinde, benden istenen yardımları yerine getirmekten çok büyük bir mutluluk duydum. Bu arada, Galatasaray adına da bu işi büyük bir özveriyle götüren, büyük bir istekle götüren sevgili Murat'a da buradan teşekkür etmem lâzım. Her şeyiyle Galatasaray Üniversitesi, her şeyiyle

uğraştı. Hatta o kadar çok uğraştı ki; şu anda görüyorum çok heyecanlı. Doğru da, insan çok emek sarf ettiği zaman çok heyecanlıdır. Müsaade ederseniz ben şimdi sevgili Atilla Altop arkadaşımızı, Oturum Başkanı olarak davet edeyim ve sözü ona bırakayım.

Prof. Dr. Atilla Altop

Erden Hocama öncelikle hakkımdaki güzel sözleri için çok teşekkür ediyorum. Hocamla benzer duyguları açıkçası ben de yaşıyorum. Benim tabii hocam kadar çok uzun zamanım geçmedi burada, ama ben de beş sene süreyle emek verdiğim ve sonrasında emekli olduğum bu fakültede tekrar bulunmaktan açıkçası çok mutluyum. Keza yaklaşık 30 senedir içinde olduğum bu topluluğun yeni bir toplantısına katılmak ve eski dostları tekrar görmek beni ayrıca çok mutlu etti. Hocamın da bahsettiği gibi, 2004 yılındaki bir önceki toplantıda da yine beraberdik burada. Bugünkü toplantının da her bakımdan çok yararlı olacağını düşünüyorum. Aynı şekilde bugün tebliğ sunacak beş değerli meslektaşımın hepsiyle burada birlikte çalışmış olduğum için, şimdi onları dinlemek ayrıca heyecan ve mutluluk verici olacak. Tüm katılımcılara da böyle bir hafta sonunda buraya geldikleri için ayrıca çok teşekkür ediyorum ve şimdi açılış konuşmasını yapmak üzere Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketleri Birliği Yönetim Kurulu Başkanı Sayın Osman Zeki zger'i kürsüye davet ediyorum.

Osman Zeki zger

Teşekkür ederim. Ben de herkese günaydın mutlu sabahlar diliyorum. şimdi böyle değerli hocalarımla heyecanı karşısında, benim de heyecanımla mazur görmenizi rica edeceğim. Tekrar ben değerli hocalarımla, değerli katılımcıları hem şahsım, hem Finansal Kurumlar Birliği adına saygıyla selamlıyorum. Bir güzel bahar havasında, bir Cumartesi gününde burada bu sempozyum için katıldıklarından dolayı da kendilerine ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Bizler finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri diğer adıyla bankacılık dışı finansal kuruluşları, 2013 yılında kurulmuş olan bir kanunla bir çatı altında birleştirildik. Ve Finansal Kurumlar Birliği olarak temsil ediliyoruz. Temsil edilmemizin verdiği g ve sinerjimiz bugün rakamlarımıza çok olumlu şekilde yansıdı. Bunu zaman zaman görsel basında ve sözlü medyada paylaşıyor ve kamuoyunu mümkün olduğu kadar bilgilendirmeye çalışıyoruz. 2015 yılı sonu itibariyle, her üç sektörün birleşimiyle, tüm sektörlerin aktif toplamı 100 milyar TL'yi geçmiş durumda. Kullandırılan kredi toplamı 85 milyar TL'nin üzerinde. Yaratılmış olan 2015 yılı işlem hacmi 155-160 milyar TL mertebelerinde. Tüm bunları 13 milyar, 14 milyar TL'lik bir özkaynakla yapmış durumdayız. Ve 2015 yılı sonunda da sektörlerimizin toplam karı 1,5 milyar TL

seviyesinde. 2016 yılının ilk üç ayını geçmiş durumdayız. Tahmin ediyorum ki, yıl sonunda yapılan projeksiyonlarda, olumlu seyrini 2016'da da göstermiş olacaklar. Birliğimizin temel amaçlarından bir tanesi de, insan kaynağının geliştirilip güçlendirilmesi ve eğitime, özellikle eğitime, çok ayrı bir değer vermek. Bunu Birliğimiz içerisinde kurmuş olduğumuz bir iktisadi işletmeyle de yapıyoruz. Hem kendi sektrlerimizden, hem de dışarıdaki bizlere benzer kuruluşlardan da eğitim programlarımıza katılan bir çok çalışanlarımız oldu. Tahmin ediyorum 1300-1400'e yakın kişiye bugüne kadar eğitim vermiş durumdayız. Sadece bunlarla kalmadık. niversitelerimizle de iş birliği içerisindeyiz. Marmara Üniversitesi, Sürekli Eğitim Merkezi MSEM'le yapmış olduğumuz bir sertifika programımız var. Bu sertifika programımızda, iki dönem öğrencilerimize, çalışanlarımıza sertifikalarını verdik. Yine İstanbul Ticaret niversitesi'yle Türk Eximbank İhracatçılar Meclisi ve TEDAM erevesinde, İstanbul Ticaret niversitesi'yle ilişkilerimiz devam etmekte bunun yanı sıra Başbakanlık genelgesiyle 10. Kalkınma Planı programında finansal erişim, finansal eğitim ve tüketicisi finansmanı koruması stratejisi eylem planında da; finansal okuryazarlıkta da gönüllü olarak yer almış durumdayız. Bugün daha önceden Hakan Bey'in de bahsetmiş olduğu gibi, 2004 yılında Finansal Kiralama Hukuk Sempozyumu, 2009 yılında Faktoring Hukuk Sempozyumu, 2011 yılında da yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yargıtay içtihatlarıyla beraber olan kısmının, faktoring üzerindeki çalışmalarının yapılmış olduğu bir sempozyumda bir araya gelmiş idik. Bugün Türkiye'mizin çok seçkin niversitesinde gerçekten kıvançla söylerken heyecan duyduğumuz, bu güzel niversitesinde de tekrar bir aradayız. Konumuz Bankacılık Dışı Finansal Kuruluşlar Hukuk Sempozyumu. Çok yararlı geçeceğini değerli hocalarımla ağzından da duyduk. Ben toplantımızın, sempozyumumuzun hem çalışanlarımıza, hem bizlere, hem ülkemiz ekonomisine güzel anlam, değer katacağını mit ediyor, sizlere tekrar teşekkür ediyor başarılar diliyorum. Saygılarımla.

Prof. Dr. Atilla Altop

Sayın Başkan'a çok teşekkür ediyorum. şimdi birinci oturumdaki konuşmalarını yapmak üzere Doç. Dr. Murat Develioğlu'nu ve Doç. Dr. Mehmet Erdem'i kürsüye davet ediyorum. nce sunumunu yapmak üzere sözü sevgili Murat'a bırakıyorum.

Doç. Dr. Murat Develioğlu

Sağ olun hocam. Ben sunumuma geçmeden evvel bir, iki şey söylemek istiyorum izninizle. Öncelikle değerli konuklar hoş geldiniz. Sayın başkanım, sayın hocalarım Erden Hoca biraz evvel, kendisinin heyecanlı olduğunu söyledi. Sonra benim de heyecanlı olduğumu söyledi. Hoca doğru söyledi ama az söyledi;

aşırı heyecanlıyım. Yani öyle, normal bir heyecan düzeyinde değilim şu anda. Bunun iki sebebi var, bir kere sizler önünde konuşma yapmak için cesur olmak gerekiyor. İkincisi Finansal Kiralama konusunda bir konuşma yapacağım ve Erden Hoca ve Atilla Hoca önünde yapacağım. Niye ben konuşuyorum ki diyorum onlar buradayken. Öyle bir soruyla karşılaşıyorum. Son olarak da, Erden Hoca buradaki konuşma yapacak arkadaşlarımızdan çoğunun asistan olarak girmesine vesile olmuştur. Ben kendimle ilgili ufak bir anektodu anlatabilirim. Dördüncü sınıftaydım, işte hayallerim vardı. İngiltere'ye gideceğim, master yapacağım, çok para kazanacağım... Öyle hayaller içinde yaşıyordum. Erden Hoca gel seni asistan yapalım dedi. Ve birden kendimi burada buldum. Erden Hoca'nın değeri bizim için çok büyüktür. Onun önünde konuşmak, gerçekten benim için büyük bir heyecan vesilesi. Daha fazla lafı uzatmayım. Şunu söyleyeyim bir de, yardımlarınız için teşekkür ettim ama özellikle Hakan Bey'e ve değerli meslektaşım Pınar Güzel'e de teşekkür etmek gerekiyor. Çok çabaladılar. Kendilerine ben de buradan, şahsen teşekkür ederim. Şimdi hemen konuma geçeyim, zaten bayağı konuştum. Konu Finansal Kiralama Sözleşmesi'nin tanımı ve unsurları. Biraz teorik gibi kalacak olmakla beraber; sağ olsunlar Hakan Bey tarafından; Vahit Bey tarafından verilen sorularla, biraz pratiğe nasıl uydurabilirim diye baktım. Biliyorsunuz, 1985 yılında 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu vardı. Bu Finansal Kiralama Kanunu'nda aynen şu şekilde bir tanım verilmişti. Finansal kiralama sözleşmesi; kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine, üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere ve belli bir süre feshedilmemek şartıyla kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmasını öngören sözleşme. Bu tanım 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca değişti. Ve yeni tanım uyarınca şu şekilde değişiklikler yapıldı. Tanımı okuyayım izninizle. Finansal kiralama sözleşmesi kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine... Buraya kadar bir değişiklik yok, üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir. Görebileceğiniz üzere, aslında çok net göze çarpacak bir şekilde üç tane büyük değişiklik var. Birincisi, malların amorti edilmesi gerekçesiyle konulmuş olan fesih edilmeme şartı kaldırıldı. Eskiden dört sene boyunca sözleşmenin fesih edilmemesi şartı vardı. O; yeni Finansal Kiralama Kanunu'nda değişti. İkinci olarak görüyorsunuz zaten, bizzat kiracıdan satın aldığı bir malı finansal kiralama şirketi finansal kiralama konusu yapabiliyor. Bu eskiden uzunca süren bir tartışmanın son noktası diyebiliriz. Çünkü Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 95 yılında verdiği bir kararda; önce sat-sonra kirala leasingi kabul etmedi. Dedi ki; burada açık bir şekilde üçüncü kişiden satın aldığı ibaresi var. Dolayısıyla kiracıdan malın satın alınması mümkün değildir diyordu. Yeni tanımda bu değiştirildi ve kiracıdan da malın satın

alınabileceği öngörüldü. Hemen şunu hatırlatmak lazım. Eskiden de doktrin öyle olması gerektiğini söylüyordu zaten. Doktrinde bunun mümkün olmadığını söyleyen pek bir kişiye rastlamadım. Bilmiyorum hocam, siz rastlamış mıydınız? Üçüncü değişiklik de; finansal kiralama şirketi, zaten mülkiyetinde olan bir malı da finansal kiralama konusu yapabilir. Bu konuda eskiden çok tartışma yoktu herhalde bir açıklık getirilmiş oldu. Bu tanımdan yola çıkarak belli unsurlardan bahsedebiliriz. Bunlardan biri önce bir kiralayan olması lazım. Kiralayan olarak finansal kiralama şirketi lazım. Finansal kiralama sözleşmesine konu bir malın varlığı tabii ki şart. Mülkiyetin finansal kiralama şirketinde olması lazım. Biraz sonra göreceğiz. Sadece mülkiyeti edinmeyecek, mülkiyeti koruyacaktır şirket. Finansal kiralama şirketinin, kiralananın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak amacıyla, kiralayana devretmesi lazım. Kira bedelinin kararlaştırılmış olması lazım ve bütün sözleşmelerde olduğu gibi tarafların bu hususta anlaşmış olması şart. Unsurlar bunlar.

Hemen ilk unsurla başlayalım:

1. Finansal Kiralama Şirketinin Varlığı: Şimdi bunu çok kısa geçeceğim. Çünkü zaten bu konuda çok teknik bilgileri buradaki konukların hepsi benden daha iyi biliyordur. Finansal Kiralama Şirketi, Finansal Kiralama Kanunu uyarınca bir takım şartlara tabi tutulmuş.

Katılım Bankaları, Kalkınma ve Yatırım Bankaları ile Finansal Kiralama Şirketleri finansal kiralama kiralayıcı durumunda olurlar. Türkiye'de kurulu finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri ve finansman şirketleri bir takım şartları yerine getirmiş olması lazım. Öncelikle BDDK'dan kuruluş izni almış olmaları lazım. Anonim Şirket şeklinde kurulmuş olmaları lazım. En az 5 üyeden kurulmuş olmaları lazım. Müflis olmamaları lazım. Kurucuların konkordato ilan etmemiş olması lazım, bir takım ceza kanunu hükümleri uyarınca ceza görmemiş olmaları lazım ve yine BDDK'dan faaliyet izni almış olmaları lazım. Bu kısmı çok hızlı geçiyorum. Bunlar biraz fazla teknik konular. Ben kendi alanıma medeni hukuk alanına doğru yavaş yavaş çekilmek istiyorum.

2. Finansal Kiralama Sözleşmesi'ne konu bir mal olması lazım. Finansal Kiralama Kanunu diyor ki; sözleşmeye taşınır ve taşınmaz mallar konu olabilir. Nedir taşınır mallar? Taşınır malların Medeni Kanun'un 762. maddesinde tanımı verilmiş. Diyor ki "Nitelik itibarıyla taşınabilen maddi şeylerle, edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyeti kapsamına girmeyen doğal güçler taşınır mallardır". Dolayısıyla taşınır mallar açısından çok geniş bir yelpaze var. Kanunda da bununla ilgili bir kısıtlamaya gidilmiş

değil. Taşınmaz mallar nedir? Onların da gene Medeni Kanun'da tanımı verilmiş. Taşınmaz mallar olarak 3 kalem söz konusu.

1- Arazi. Zaten bunda bir sorun yok. Bunda bir tartışma yok. Söz konusu bile değil.

2- Kat Mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler. Apartman dairesi olarak adlandırabileceğimiz veya iş yeri olarak adlandırabileceğimiz bağımsız bölümler.

3- Tapu kütüğüne yeni sayfa açılmak suretiyle kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar. Nedir bunlar? Süresiz veya en az 30 sene süreyle verilmiş olan ağırlıklı olarak uygulamada üst ve kaynak hakkı olarak ortaya çıkan aynı haklar. Bunun için adeta bir taşınmazmışçasına tapu kütüğünde yeni bir sayfa açılıyor. Dolayısıyla bir taşınmaz gibi hüküm doğuruyorlar. Bu ne demek? Bu şu demek, şimdi sorulardan birincisine geçebiliriz örnek olarak. Tarafıma verilen sorulardan biri Turizm Bakanlığı'na yazılan bir yazıydı yanlış hatırlamıyorsam. Turizm Bakanlığı'ndan şöyle bir talepte bulunuluyordu. Biz kamu malı olan taşınmazlar üzerinde üst hakkıyla otel yaparak bunu finansal kiralama yoluyla finanse edebilir miyiz? Zaten bence kanunun lafzi açık. Bunu engelleyen hiçbir şey yok. Bunun için yani özel bir düzenleme yapılması bile gerekmiyor. Şu anda hali hazırda kanunlar uyarınca gayet güzel üst hakkı finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bunda bir engel ben göremiyorum açıkçası. Önce şunu söyleyeyim. Bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç olmak üzere patent gibi fikriyle sınai haklar, bu sözleşmeye konu olamaz. Marka, model, resim, ticaret unvanı, ihtira beratı gibi hakların finansal kiralama sözleşmesinin konusu olması söz konusu bile değil. Eskiden bilgisayar yazılımları ile ilgili tartışma vardı. Anladığım ve okuduğum kadarıyla bilgisayar yazılımlarının finansal kiralamayla edinilmesi pratikte çok talep edilen bir şey ve kanunda bu değişikliğe gidildi. Dendi ki, bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç olmak üzere diyerek böyle bir istisnai hüküm kondu. Dolayısıyla, bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları da finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek. İş gücü kesinlikle okuduğum ve gördüğüm kadarıyla, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturamıyor. Dolayısıyla, yine bir sorunuza dönmek istiyorum Hakan Bey. Eser Sözleşmesi ile ilgili bir yazı göndermiştiniz bana. Orada bir takım sorunlar vardı. Acaba Eser Sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilir mi? Daha doğrusu Eser Sözleşmesi ile inşa edilecek bir şey, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilir mi? Bu biraz zor gözüküyor. Yani bu iş gücünün finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağını kabul ettiğimiz andan itibaren, eserde kullanılan şeyler, tabii ki sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Ama Eser Sözleşmesi'ndeki iş gücü asla sözleşmenin konusunu oluşturamayacaktır. Yine önemli bir tartışma konusu var. Acaba malın işletilerek kendi masraflarını finanse etmesi, yani bir yatırım malı olmasının gerekmesi bir tartışma konusu. Kanunda yatırım malı olması gerektiği yönünde hiçbir ibare yok.

Yani burada sadece mal tanımı var. Taşınır demiş, taşınmaz demiş, nelerin engel olduğu söylenmiş. Yatırım yapılması zorunlu mu? Ağırlıklı görüş uyarınca, yatırım malı olmak zorunda değil. Dolayısıyla, tüketicinin kullanacağı şeyler de finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Dolayısıyla bir arazi de sat geri kirala sistemiyle finansal kiralamanın konusunu oluşturabilir. Hiçbir işleme tabi tutulmayan bir arazi bile, finansal kiralamanın konusunu oluşturabilecektir. Yine bir soruya daha gelelim, hızlı gidiyorum biliyorum ama biraz geç başladığımı farkındayım. Çok ciddi de bir soru bence. Paylı mülkiyet payı, müşterek mülkiyet payı, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilir mi? Oluşturamaz mı? Bu da cidden üzerinde düşünülmesi gereken bir konu, yanlış hatırlamıyorsam sizin gönderdiğiniz evraklar arasında BDDK diyor ki; kanunda açıkça taşınır ve taşınmaz mallar konu edilmiştir. Halbuki paylı mülkiyet payı bir mal değil, bir haktır. Dolayısıyla, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturmaz diyor BDDK. Kanımca bunu kabul etmek çok kolay değil tartışılabilir ama bir medeni hukukçu gözüyle baktığımız zaman paylı mülkiyet payı özellikle de taşınmazlar üzerinde sanki eşyanın kendisi gibi muamele görüyor. Yani bir iki istisnayı kenara koyarsak, işte eğer mülkiyet, ortak mülkiyet paylarının nasıl kullanılacağı şeklinde ayrılmadıysa kiraya veremiyorsunuz. Diğer kişilerin haklarını ihlal edecek şekilde irtifak hakkı kuramıyorsunuz ama bunun dışında her türlü tasarrufu yapabiliyorsunuz. Satabiliyorsunuz, hacze konu oluyor, rehne konu oluyor. Dolayısıyla, paylı mülkiyet payının medeni hukuk açısından baktığımız zaman, finansal kiralama konusu olmasını engelleyecek hiçbir hüküm ben göremiyorum. Ama tabii şuradan da bakabiliriz: geriye döndüğüm zaman eğer finansal kiralama konusu sadece malın işletilerek kendi masraflarını finanse edecek mallar üzerindedir diyorsak, belki tartışma konusu olabilir. Çünkü o zaman zaten işletmeyi nasıl ayarlayacağız? Diğer paydaşlar nasıl işletecekler? Kullanım nasıl dağılacak? Burada bir tartışma konusu yapabiliriz. Ama eğer konuyu daha geniş alıyorsak, kanundaki ibareleri geniş yorumluyorsak, aslında belki de lafzi yorumluyorsak, bu durumda paylı mülkiyet payının, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu teşkil etmesinde bir sakınca göremiyorum. Bir medeni hukukçu olarak; yine en çok kafama takılan konulardan biri. Bu yine aynı maddenin 2.fıkrasında düzenlenmiş, bütünüleyici parça veya eklenti niteliklerine bakılmaksızın, asli niteliğini koruyan her mal, tek başına finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Şimdi hukukçular için sıkıcı gelebilir ama diğer konuklarımız için çok kısaca söyleyebiliriz. Eşya hukuku açısından şöyle bir kavram var. Asıl şey diye bir kavram var. Asıl şeye eklenen başka bir takım şeyler var. Onların bir kısmı, asıl şeye ya öyle sıkı bir şekilde ekleniyor ve ondan ayrıldığı zaman asıl şeye zarar veriyor ki, biz onları asıl şeyden bağımsız olarak düşünemiyoruz. Ne demek? Bir araba aldığınız zaman tekerleğini ve direksiyonunu ondan bağımsız olarak düşünemiyorsunuz. Asıl şey araba ama bütünüleyici parçası tekerlek ve direksiyon. Bir de daha az sıkı bir şekilde

bağlanmış şeyler var. İşte ona da eklentiler diyoruz. Burada bağlılık çok sıkı değil, dolayısıyla eklentiyi asıl şeyden ayırdığınız zaman, asıl şeyde bir zarar meydana gelmiyor, değeri azalmıyor. Bunlara göre eklenti diyoruz. Bunlar işte tipik örnektir. Gözlüğün kabı mesela... Kap gözlük açısından eklentidir. Ona özgülenmiştir. Onu korumaya özgülenmiştir ama ondan ayrılması kolaydır, ondan ayrılması ne kaba, ne gözlüğe zarar verir. Şimdi tartışma nedir?

Tartışma şu: Medeni hukuk açısından baktığımız zaman eklenti ile ilgili bir sorununuz yok. Eklentinin mülkiyeti asıl şeyin mülkiyetinden başka birine ait olabilir. Gözlüğün mülkiyeti bana aitken ben onun kabı olarak bir arkadaşımın malik olduğu kabı kullanabilirim. Hiçbir sorun değil. Yine eklenti deriz biz ona, medeni hukuk açısından. Bütünleyici parça dediğimiz andan itibaren başka bir alana giriyoruz. Bütünleyici parça asıl şey dediğimiz şeye öyle sıkı bir şekilde bağlı ki, dışarıdan bakan biri onları ayrı hayal edemiyor yani şöyle biraz evvel verdiğim otomobil ve tekerlek veya otomobil ve direksiyon örneğinden yola çıkarsak; otomobili alan birinin otomobil tekerleği veya direksiyonun mülkiyetinin başka bir kişide olduğunu düşünmesini beklemiyoruz. Dolayısıyla aslında o yüzden de zaten, aslında ağırlıklı olarak da ona dışarıdan bakan kişileri korumak için bütünleyici parçanın asıl şeyin mukadderatına tabi olduğunu söylüyoruz. Ne demek bu? Asıl şeyin maliki kimse, bütünleyici parçanın maliki de odur. Şimdi hemen izninizle bir slayt atlıyorum. Niye atladığımı anlatacağım.

Diğer bir unsur;

3. Mülkiyetin Finansal Kiralama Şirketine Ait Olması. Yani finansal kiralama şirketi 23. madde uyarınca, hem mülkiyet hakkı finansal kiralama şirketinde olacak, hem de kira süresi boyunca mülkiyet hakkını saklı tutacak. Yani mülkiyet hakkının, istisnalar hariç, 27. maddenin 1. fıkrasında sözleşme ile devrinin öngörüldüğü istisnalar hariç, devamlı finansal kiralama şirketinde olması lazım. Şimdi sorun şuradan ortaya çıkıyor. Kanun koyucu burada, ya şunu yapmış olabilir. demiş olabilir ki, bütünleyici parça söz konusu olduğu zaman finansal kiralama kanununa tabi olabilir ama mülkiyet konusunda kanundaki sisteme bir istisna getiriyoruz, demiş olabilir. Yani, evet, normalde mülkiyet bütün kira dönemi boyunca finansal kiralama şirketinde kalmak durumundadır. Ama eğer bütünleyici parçaysa finansal kiralama konusu mal, bu durumda istisna getirip mülkiyet hakkını asıl şeyin malikine tanıyabiliriz, demiş olabiliriz; ki böyle değil. Çünkü kanun koyucu açıkça farklı bir gerekçeyle söylüyor. Kanun koyucu olarak Erden Hocamızı gösterebilirim. Çünkü Erden Hoca, Sayın Avukat Güzin Pekgüçlü ile beraber yazdığı makalede, resmen bu maddenin gelişini anons etmiş. demiş ki; ben bu maddeyi hazırlıyorum, demiş. İkinci ihtimal de,

Medeni Kanun'daki sisteme bir istisna gelmiş olabilir. Dolayısıyla her ne kadar bütünleyici parça bile olsa, mülkiyet asıl şeyin malikine geçmez. Finansal Kiralama şirketinde kalır. Şimdi bu durumda şöyle bir sahne ile karşı karşıya kalıyoruz. Ben arabanın malikiyim ama tekerlekler finansal kiralama şirketinin gibi. Şimdi medeni hukukçu olarak – açıkçası finansal kiralama pratiğinde de çok uzun yıllar çalışmış biri değilim; ne Atilla Hoca gibi, ne Erden Hoca gibi – benim biraz yadsıdığım bir madde bu. Yani tam algılayamıyorum. Çünkü şöyle bir durum var: Bu ne demek? Bu, arabayı satın alan kişinin, üçüncü bir kişinin, arabanın malikinden satın alan kişinin. Çok doğru bir örnek olmayabilir. Ama başka örneklerden de gidebiliriz. Satın alan üçüncü kişi, farkında olmadan finansal kiralama şirketi mülkiyetindeki bir malı satın almış oluyor ve o konuda ileride de göreceğimiz mülkiyet hakkı elde edemiyor. Dolayısıyla üçüncü kişinin iyi niyetini korumak yerine, finansal kiralama şirketinin oradaki teminatını korumuş oluyor. Bu hani hocamızdan ilk duyduğum şeylerden biridir, menfaat içtihatçılığı, tarafların menfaatini tartmamız gerekiyor. Finansal kiralama şirketlerinin menfaatini mi ön planda tutacağız, yoksa iyi niyetli dediğimiz, konuyla hiç alakası olmayan, kiralama sözleşmesinin tarafı olmayan ve bilme ihtimali bulunmayan üçüncü kişilerin menfaatini mi tutacağız? Ben işte tekrar ediyorum, burada çok kişiyi de karşıma alacağımı bilerek tekrar ediyorum, ben üçüncü kişinin menfaatinin tutulması taraftarıyım ama kanundaki düzenleme aksini öngörüyor. Biraz sonra tekrar buraya döneceğim. Mülkiyetin finansal kiralama şirketinde olmasından bahsettik.

Diğer unsurumuz;

4. Finansal Kiralama Şirketinin Kiralananın Zilyetliğini Her Türlü Faydayı Sağlamak Amacıyla Kiralayana Devretmesi. Bu biraz herhalde Mehmet senin konuna girecek. Kiralama şirketi bu sözleşmenin diğer bir unsuru, dediğim gibi kiralayan, finansal kiralayan hiçbir hakkı kendinde tutmayacak. Her türlü faydayı sağlamak üzere malın zilyetliğini devredecek. Sözleşme süresi boyunca kiracı malın zilyedi olacak ve bu sözleşmenin amacını engelleyecek her türlü kısıtlama bu sözleşmeye aykırılık teşkil edecek. Hatta doktrin diyor ki, kiracının o malı kullanmasını engelleyecek hükümler, finansal kiralama sözleşmesinde yer alsa bile geçersizdir. Bu hükümler emredicidir diyor, böyle bir görüş var.

Bir diğer unsurumuz;

5. Kira Bedeli. Finansal kiralama bedeli, ödeme dönemleri taraflarca istedikleri gibi belirlenebilir. Bu konuda bir kısıtlama yok. Tek bedel var. Taksitle ödenen bedel. Aslında o yüzden de tam kira sözleşmesi

olduğunu söyleyemiyoruz. Kira sözleşmesi niteliğine aykırı bir durum bu. Para ödeme borcu, götürülecek bir borç ama sözleşmede tabii ki aksi öngörülebilir. Sözleşmede açıkça belirtmek kaydıyla, bu da yeni bir hüküm aslında bakarsanız. Sözleşme konusu mal henüz imal edilmemiş veya kiracıya teslim edilmemiş olsa dahi sözleşme tarihinden başlamak üzere kira bedelleri tahsil edilebilir. Sözleşmede aksi belirtilmediği takdirde, sözleşme konusu malın, sözleşme tarihinden itibaren 2 yıl içinde kiracıya teslim edilmesi zorunludur. Bu son hükümle ilgili aslında çok teknik hukuk konusu olacağı için derinlemesine girmek istemiyorum ama doktrinde bir görüş var. Diyor ki; sonuçta finansal kiralamanın mantığına malın tesliminin 2 sene sonra olması aykırıdır diyor, doktrindeki bir görüş. Dolayısıyla, mesela diyor, ben kanunda bu madde olmasaydı, bu sözleşmeye, bir sözleşmeye bu hükmü koysaydım, genel işlem şartları ile ilgili bk. 25 önünde geçersiz kabul edilecektim. Halbuki kanunda açıkça düzenlenmiş ama diyor bu finansal kiralamanın amacına aykırı bir düzenlemedir. Burada aslında gerçek olmayan bir kanun boşluğu vardır. Dolayısıyla, bu hüküm uygulanmamalıdır diyen bir görüş var doktrinde.

Tarafların anlaşması gerekir altıncı unsurumuz.

6. Rızai Bir Sözleşmedir finansal kiralama sözleşmesi. Her iki tarafın da irade beyanında bulunması gerekir. İradecinin gerçekliği aranır. Kullanma ve yararlandırma borcu doğuran bir sözleşmedir. Sürekli bir borç meydana getirir. Bu şu demek, kiracı belli bir süre içinde malı kullanır. Tam iki tarafa borç yükleyen bir anlaşmadır. Kiracının borcu, biraz evvel dediğimiz gibi bedel ödemek, kiralayanın borcu da malik olduğu malı kiracının kullanımına bırakmaktır. Tarafların anlaşması Finansal Kiralama Kanunu'nun 22.maddesinde özel bir şekle tabi tutulmuş. 22.madde diyor ki, sözleşme yazılı şekilde yapılır. Bu bildiğimiz adi yazılı şekil. Yani, sözleşmenin sonunda tarafların imzasının bulunması yeterli. Noterden yapılmasına artık gerek yok. Biliyorsunuz hepiniz, benden iyi. Eskiden noterlerde düzenleniyordu. Adi yazılı şekliyle ilgili bütün kuralların burada da uygulama alanı bulunur. Bu ne demek, bu şu demek. Eğer sözleşme yapıldıktan sonra, taraflar sözleşmenin asli nitelikleriyle, asli edinimleri ile ilgili değişiklik yapacaklarsa bu değişikliği de aynen adi yazılı şekil şartına uyarak yapmak zorundalar. Yan hükümlerdeki değişiklikler için böyle bir yazılı şekil şartı getirilmemiş. Yine Borçlar Kanunu'nun 14.maddesinin 2.fıkrası uygulama alanı bulacak. İzninizle okumak istiyorum maddeyi. Diyor ki, kanunda aksi öngörülmedikçe imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçlarıyla ya da güvenli elektronik imzayla

gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer. Dolayısıyla, 14.maddenin 2.fıkrasının uygulamasıyla da faksla da finansal kiralama sözleşmesinin kurulması uygulamasının nasıl olacağı biraz tartışmalı olmakla beraber mümkün. Hemen şunu belirtmek lazım. Eğer finansal kiralama sözleşmesinin konusu bir taşınmazsa ve sözleşmede bir alım hakkı tanınıyorsa, Borçlar Kanunu'nun 237.maddesinin 2.fıkrası uyarınca, bu sözleşmenin tapuda yapılması lazım. Eğer motorlu taşıtsa ve sözleşmenin sonunda bir alım hakkı tanınıyorsa, artık bu sözleşmenin de noterde yapılması lazım. Yani burada adi yazılı şekilde yapılan bir sözleşme yeterli olmayacaktır. Taşınmaz mallara ilişkin sözleşmeler, taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün şerhler hanesine, kendilerine mahsus özel sicili bulunan taşınır mallara dair sözleşmeler, yani işte motorlu taşıtlar, hayvan, hayvanlarla ilgili sözleşmeler gibi veya işte deniz araçlarıyla ilgili sözleşmeler gibi. Bu malların kayıtlı oldukları sicile, tescil ve şerh olunur ve kiralayan tarafından ayrıca Birliğe bildirilir. Şimdi bu maddede açıkça kiralanan şeyin, kiraya veren şirketin teminatı olarak saklı tutulması bir nebze daha güçlü hale getirilmiş. Ne demek istiyoruz? Şunu demek istiyoruz. Diyor ki, eğer taşınmazsa kira konusu, bu tescilde bildirilecek diyor. Bu mal finansal kiralama konusudur diyor. Taşınırsa da diyor, ya eskiden noterlerdeydi, biliyorsunuz büyük sorun yaratıyordu bu, ya özel sicili bulunan bir şeyse, biraz evvel verdiğim örneklerde olduğu gibi motorlu taşıtsa mesela özel sicile ya da özel sicil yoksa Birliğin, Birlik tarafından tutulan sicile yazılacak. Sicilde şerh olacak diyor. Şimdi bu maddenin zaten amacı kanun gerekçesinde şöyle denmiş, ekonomik mülkiyet ve zilyedi kiracıdayken, mülkiyet hakkının finansal kiralama şirketinde olması üçüncü kişilerin kolaylıkla aynı hak elde etmelerini sağlar. Bunu engellemek amacıyla bu hükmü getiriyoruz diyor. Hiçbir sicile tabi olmayan taşınırılar açısından doğru. Hakikaten de böylece zilyetliğin sağladığı görünümü ortadan kaldırıyoruz. Birliğe tescil yapılması suretiyle, Birliğin tuttuğu sicile tescil yapılarak bunu engellemiş oluyoruz. Ama zaten taşınmazlar ve diğer sicilli taşınırılar açısından böyle bir korku yok. Çünkü taşınmazda zaten gözüken malik finansal kiralama şirketi. Dolayısıyla üçüncü şahısların buradan iyi niyetli aynı hak elde etmeleri, daha doğrusu kiracıdan iyi niyetle bir aynı hak elde etmeleri söz konusu bile değil. O yüzden bu açıdan baktığımız zaman böyle bir şerhin kiracıyı korumak üzerine getirildiğini düşünmek, her ne kadar gerekçede bildirilmemişse de daha mantıklı geliyor bana. Özel bir sicile kayıtlı olmayan taşınır mallara ilişkin sözleşmeler Birlik tarafından tutulacak özel sicille tescil edilir. Bunu biraz evvel söyledim. Zaten bu tekrar malumun ilanı olmuş. Birlik tarafından tutulacak özel sicil herkese açıktır. Hiç kimse sicildeki bir

kaydı bilmediğini ileri süremez. Bu da biraz evvel anlattığım gibi üçüncü şahısların iyi niyetle, aynı hak elde etmesini engellemeye yönelik bir hüküm. Biliyorsunuz, aynı hak elde etmek açısından üçüncü şahısların iyi niyetini Medeni Kanun'da koruyoruz. Taşınmazlarda sicile güven ilkesi ile koruyoruz. Taşınırlarda zilyetliğe güven ilkesi ile koruyoruz. Bu zilyetliğe güven ilkesini ortadan kaldıracak bir şekilde özel bir sicil kuruldu artık. O finansal kiralama sözleşmeleriyle ilgili herhangi bir sicile tabi olmayan taşınırlar bile Birlikteki bu sicile tescil edilecek. Bu durumda da üçüncü şahıslar zilyet durumunda olan kiracıdan aynı hak elde etseler bile bu elde edinimler korunmayacak. Yine ben aynı şekilde burada menfaat içtihatçıları yaparak olması gereken hukuk açısından üçüncü şahısları biraz daha fazla korumamız gerektiğini düşünüyorum. Çünkü öyle bir durum ki artık özellikle de, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu tüketilebilir mallar tüketici sözleşmelerinin de oluşturabileceğini kabul edersek, şu anda herhangi bir şekilde birinden, bir tanıdığımızdan, bir yerden alacağımız bütün menkul mallar için finansal kiralama siciline gitmemiz gerekecek. Hatta mütemmim cüz, bütünleyici parça olarak taşınmaza tabi edilmiş, mesela örnek vereyim. Bir taşınmaz satın almak istiyorum. O taşınmazdaki kalorifer tesisatı veya klima tesisatı, asansör, finansal kiralama sözleşmesi uyarınca yapılmış, finansal kiralama sözleşmesi uyarınca sağlanmış. Ben o taşınmazı satın alırken o zaman tek tek bakmam lazım. Acaba camlar bu şekilde mi sağlanmış? Kaloriferler bu şekilde mi sağlanmış? Yoksa mülkiyet hakkı kazanamıyorum. Hepsini finansal kiralama şirketinde kalıyor. Kanun bunu söylüyor. Bunun aksini iddia etmek kanun önümüzdeki açık hükmü uyarınca pek kolay değil ama olması gereken hukuk açısından açıkçası ben çok içime sindiremiyorum. Bunları biraz daha hızlı geçeceğim. Sözleşmelerin Birlik tarafından tutulacak özel sicile tesciline ilişkin usul ve esaslar kurulu uygun görüşü alınmak suretiyle Birlik tarafından belirlenir. Tescil ve şerhten sonra üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hakkı iktisapları, kiralayana karşı ileri sürülmez. Bu son hükmün getirilme amacı aslında tescillerin aleni olması ama olabilir ki, bazı siciller aleni değil o zaman bu hükmü nasıl uygulayacağız? Mesela trafik sicili aleni değil. Gerçi orada, noterde yapıldığı için sözleşme çok büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmayacak ama nasıl uygulanacak bu hüküm? Üçüncü şahısların iyi niyetini nasıl koruyacağız? Bu da bir tartışma konusu olabilir. Tarafların anlaşmasının hukuki niteliği üzerinde de birçok tartışmalı hukuki husus vardı. Bunları uzatmak istemiyorum. Satış sözleşmesi görüşü vardı, kira sözleşmesi görüşü vardı, vekalet görüşü vardı. Şu anda artık zaten kanunda açıkça düzenlenmiş. Bunu da Erden Hocanın önünde nasıl söylerim bilmiyorum ama tip sözleşme gibi geliyor

bana hocam. Yani sizden başka kim daha iyi söyleyebilir bunu bilmiyorum. Bana artık finansal kiralama sözleşmesi kanunda özel olarak düzenlenen bir tip sözleşme olarak geliyor. Hocam da teyit ederse çok memnun olurum. Anlaşma uygulanacak hükümlerde, eğer kanunda özel hüküm bulunmadığı hallerde genel hükümler uygulama alanı bulacak. Özellikle de mülkiyetin saklı tutulması şartıyla sözleşmelerle ilgili, kısmi ödemeli satışlarla ilgili ve konut ve çatılı iş yerleri kiralalarına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacak. Kanun bunu açıkça düzenlemiş. Sabrınız için çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Atila Altop

Sayın Murat Develioğlu'na da çok teşekkür ediyorum tebliğ için. Özellikle uygulamadaki bazı tartışmalı hususları da ortaya koyup görüş bildirdiği için ayrıca teşekkür ediyorum. Belki de bu açıklamalarıyla daha sonraki tartışmalara da yön vermiş oldu. Şimdi sözü tebliğini sunması için sevgili Mehmet Erdem'e veriyorum.

Doç. Dr. Mehmet Erdem

Çok teşekkür ediyorum hocam. Bu arada, ben de Murat gibi çok teorik tartışmalara girmeden, hukukçu olmayanları da dikkate alarak bir konuşma yapmayı düşünüyorum. Tebliğimin konusu finansal kiralamada ayıplı teslimler. Tabii ortada bir mal olunca, ayıp şüphesiz gündeme gelecek, gelmemesi mümkün değil. Hukukumuzda Borçlar Kanunu'nda borca aykırılık olarak genel bir ayıp kavramı yer almamakta. Yani sözleşme konusunun ayıplı olmasına yönelik Borçlar Kanunu'nda bir borca aykırılık hali belirlenmiş değil. Biz ayıbı çok sık anlatıyoruz ama nerede anlatıyoruz? Kanunun özel olarak düzenlediği bazı sözleşme tiplerinde: satım sözleşmesinde, kira sözleşmesinde, eser sözleşmesinde. Bu sözleşmelerde ayıplı maldan, ayıplı eserden ve kiralananın ayıbından bahsediyor kanun koyucu. Finansal kiralamada da sözleşmeye konu bir mal var, bunun da ayıplı olması gündeme gelebilir, ama bu durum, kanunda düzenlenen bahsettiğimiz sözleşmeler kapsamına giren bir hal olarak kabul edilemez. Zira farklı bir sözleşme ile karşı karşıyayız. O zaman finansal kiralama sözleşmesinde ayıbı nasıl değerlendirmeliyiz? Tabii ki borçlar hukuku genel hükümlerine göre değerlendirmeliyiz. Ayıp karşımıza bir borca aykırılık hali olarak çıkar. Nedir borca aykırılık halleri? Kanunda, Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde, borca aykırılık olarak üç hal öngörülmüştür. Borcun imkânsızlaşması, borçlu temerrüdü ve gereği gibi ifa etmeme. Ayıplı ifa, ayıplı teslim ne temerrüt ve ne de imkânsızlıktır; borcun gereği gibi ifa edilmemesi halidir. Bu nasıl tanımlanacak yani gereği gibi ifa edip etmeme, malın ayıplı olması neye göre belirlenecek? Burada aslında satış

sözleşmesinde, satılanın ayıplı olmasına ilişkin verdiğimiz tanımı, kanunun verdiği tanımı uygulayabiliriz. Sözleşmede, sözleşme konusunun, malın tahsis amacına uygun olmayan niteliklerin bulunması ya da nitelik eksikliği, tahsis amacına aykırı niteliklerin eksikliği veya bildirilen niteliklerin o malda bulunmaması şeklinde tanımlayabiliriz finansal kiralama ayıbı. Malın bu şekilde ayıplı olduğu kabul edildikten sonra, finansal kiralama şirketinin ayıp halinde nasıl bir sorumluluğu gündeme gelecek. Kanunumuz 24. maddede bir düzenleme getiriyor. 24. maddenin 6. bendinde, kiracının seçimi ve talebi üzerine ki, genellikle böyle oluyor bildiğim kadarıyla, üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından finansal kiralama şirketi sorumlu tutulamaz. Aynı durum malın bizzat kiracıdan sağlanmaması halinde de uygulanır diyor. Dolayısıyla tek bir düzenleme yapmış, kiracının seçimi ve talebi üzerine ya da kiracı tarafından satılmış olması halinde de geçerlidir, yani bu durumda da finansal kiralama şirketi sorumlu değildir. Bunun tersi anlamında, malın finansal kiralama şirketi tarafından satın alınması, doğrudan ya da başka bir şekilde elde edilmesi, finansal kiralama şirketinin portföyünde bulunan malın finansal kiralamaya konu olması halinde, finansal kiralama şirketi malın ayıplı olmasından sorumludur diyebiliriz. Gördüğümüz gibi kanun koyucu ayıplı mal halinde ikili bir ayırım yapıyor, biz de bu ayırımı baz alarak değerlendirmelerde bulunabiliriz. Mal kiracı tarafından seçilmiş, onun talebi üzerine alınmışsa veya bizzat kiracı tarafından satılmışsa finansal kiralama şirketine, malın ayıplı olmasından dolayı finansal kiralama şirketi sorumlu olmayacaktır. Finansal kiralama şirketinin sorumluluğu olmaması, kiracının ona karşı hiç bir hakkının olmaması anlamına geliyor tabi ki. Ancak finansal kiralama şirketi, her ne kadar sorumlu olmasa bile, malın ayıplı olmasından dolayı malın satıcısı, sağlayıcısı eser sözleşmesine konuysa, yüklenici, malın ayıplı olmasından dolayı finansal kiralama şirketine karşı sorumludur. Dolayısıyla finansal kiralama şirketi ben sorumlu değilim diyerek, tamamen çekilip, sen ne yaparsan yap demeyecek, diyemeyecek. Ne olacak? Sözleşmenin mahiyeti gereği, malın alıcısı olan finansal kiralama şirketinin, satıcıya, sağlayıcıya karşı olan haklarının kiracı tarafından kullanılması gündeme gelecek. Şimdi burada üçlü bir ilişki var. Finansal kiralama şirketi malın satıcısı veya yüklenicisiyle bir sözleşme yapıyor. Malın teslimine ilişkin. Satılmasına ilişkin. İkinci planda da o malı finansal kiralama sözleşmesi ile kiracıya devrediyor. Finansal kiralama şirketine karşı, bu durumda finansal kiralama şirketi sorumlu olmamakla birlikte satıcı veya sağlayıcı finansal kiralama şirketine karşı sorumlu. Burada başka sözleşmeler gündeme geliyor. Bu malın hangi sözleşmeyle devralındığı. Eser sözleşmesi ise, eser sözleşmesine ilişkin ayıp hükümlerine gidilebilir. Satış sözleşmesi ise, satış sözleşmesine ilişkin hükümlere. Şimdi kanunumuz aslında eser sözleşmesinde ve satış sözleşmesinde eserin ya da malın ayıplı olması halinde alıcıya ya da iş sahibine benzer haklar tanıyor. Nedir bu haklar? Sözleşmeden dönme imkanı tanıyor. Malın onarılması

imkanı tanıyor. Bedel indirimi imkanı tanıyor. Malın değiştirilmesi imkanı tanıyor satış sözleşmesinde. Dolayısıyla kiracının malın ayıplı olması halinde bu hakları kullanmasını ona sağlamalıyız. Finansal kiralama şirketi her ne kadar sözleşmenin tarafı bizzat kendisi ise ve o hakları kullanmak belki onun için doğrudan menfaat sağlamayacaksa da, -teminatı bir kenara bırakıyorum mal da onun için bir teminat-, kiracının, o hakları kullanarak, en azından ayıbın giderilmesini ve bu şekilde malın ayıpsız hale getirilmesindeki menfaatini sağlaması gerekir. Nasıl yapacak bunu? Çok teorik tartışmalara girmek istemiyorum. Hani ortada bir kiracı var. Finansal kiralama şirketi var. Hangi çerçevede kiracı, finansal kiralama şirketinin sözleşmesine dayalı olarak talepte bulunacak? Buna hiç gerek yok belki ama Yargıtay'ın uygulamada söylediği şekilde finansal kiralama şirketinin, kiracıya bu konuda yetki vermesi, yetki vermeden dava açılmışsa, daha sonra buna icazet göstermesi gerekir. Bu şekilde yetki verdikten sonra kiracı, satıcı veya sağlayıcıya o kanunda belirtilen talepleri ileri sürebilir. Malın onarılmasını isteyebilir. Ayıpsız benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir, satış sözleşmesinde. Bedel indirimi isteyebilir. Sözleşmeden dönebilir. Bunları tek tek değerlendirecek, malın onarılmasını isteme: evet, bunu yapabilmeli. Finansal kiralama şirketinden de kanaatimce onay almasına gerek yok. Malın değiştirilmesini isteme: pekala mümkün. Her iki tarafın da menfaatine, finansal kiralama şirketinin de menfaatine. Bedel indirimi bu da pek ala mümkün. Ama bedel indirimi istediği zaman, sonuçta indirilecek olan bedel, satım bedeli ya da eser sözleşmesinde işin bedeli. Dolayısıyla, indirilecek olan bedel finansal kiralama şirketine iade edilecek. Eğer böyle bir hak kullanılır da, finansal kiralama şirketine indirilen bedel iade edilirse, bu durumda da finansal kiralama bedellerinin ona oranlı olarak indirilmesi gerekir. Malın bedeli azalıyor. Sözleşmeden dönme bahsine geldiğimiz zaman, burada ufak bir tartışma söz konusu olabilir. Kiracı, sözleşmeden dönmek istediği takdirde, acaba finansal kiralama şirketinin buna onay vermesi acaba gerekir mi? Finansal kiralama şirketinden sözleşmeden dönmek için onay alınacak mı? Kanaatimce böyle bir onaya gerek yok. Yani kiracı, kendisine tanınan yetki çerçevesinde, finansal kiralama şirketinin taraf olduğu satış ya da eser sözleşmesinden, şartları gerçekleşmişse, dönebilir. Ama bunun sonucuna katlanmak zorunda. Sözleşmeden döndükten sonra da aynı temerrütte olduğu gibi finansal kiralama bedellerini sözleşmenin sonuna kadar olan bedelleri, ifa etmek zorunda. Belki bu durumda finansal kiralama şirketi, malın bedelini iade aldığı için orada bir tazminat hesabı olabilir. O bedele erken kavuşmanın getirdiği bazı şeyleri indirmek zorunda kalabilir. Bu durum belki hakkaniyete uygun gelmiyor gibi bir hisle şey yapabiliriz. Ama çok da değil. Çünkü kiracı sözleşmeden dönmek zorunda değil, sözleşmeden dönüyorsa bunun sonuçlarına kendisi katlanacak, katlanmalı. Kullanılacak haklar açısından durum böyle. Bunun yanında birkaç şey daha var. Kiracının malın ayıplı olmasından dolayı bir zarara

uğraması söz konusu olabilir. Bu zararın tazmini nasıl ileri sürülecek? Kanun koyucu satış sözleşmesinde ve eser sözleşmesinde ayıp nedeniyle uğranılan zararların talep edilebilmesine imkân sağlıyor. Ama zararın talep edilebilmesi için genel hükümlere yollama yapıyor kanun. Genel hükümler çerçevesinde alıcı, iş sahibi zararının karşılanması da isteyebilir diyor. Genel hükümlere baktığımız zaman da borçlunun yani satıcının ve iş sahibinin ayıplı mal tesliminde kusurlu olmasını arıyor. Satış sözleşmesinde, dönme halindeki o istisnai durumu bir kenara bırakıyorum. Diğer haklar kullanılırken satış sözleşmesinde, eser sözleşmesinde, malın ayıplı olmasından kaynaklı olarak tanınan haklarda satıcının ya da yüklenicinin ayıplı eser meydana getirmek, teslim etmekte kusuruna bakmıyoruz. Bu haklar kullanılabilir diyoruz. Satıcı veya sağlayıcı kusurlu olmasa bile. Ama zararın tazmini bahsine gelince ki orada zarar her zaman iki şekilde karşımıza çıkar: fiili zarar ve yoksun kalınan kar şeklinde, yoksun kalınan kar, özellikle üretim malı söz konusuysa ciddi olabilir. Bunu talep edebilmek için diğer tarafın kusurlu olması gerekiyor. Bunu nasıl talep edecek. Yargıtay diyor ki, yetki verilmişse iki şekilde verilebilir. Temsil yetkisi verildiyse zararını talep edebilir. Aksi halde kendi zararını talep edemez diyor. Ben buna bu şekilde bakmıyorum. Yetki verildiyse, en nihayetinde kiracı finansal kiralama şirketinin o malı aldığı kişiyle olan sözleşmesine dayalı olarak taleplerde bulunabilir. Bunda herhangi bir sıkıntı yok ayıp nedeniyle hakları kullanmak açısından. Ayıplı malın neden olduğu zararları talep edebilir mi, çünkü bir yandan kendi zararı bu. Kiracının zararı. Ama buna şöyle bakabiliriz, bu kiracının zararı olmakla birlikte, bu zararı finansal kiralama şirketinden talep edebilir. Dolayısıyla, finansal kiralama şirketinin kiracıya karşı bir borcu söz konusudur. O da bir zarar kalemi olarak satıcıya veya yükleniciye ileri sürülebilir. Ama buna bu şekilde bakmaya gerek yok kanaatimce. Çünkü bizim hukukumuzda evet sözleşmenin nisbiliği prensibi var. Bir sözleşmeden dolayı bir talepte bulunabilmek için o sözleşmenin tarafı olmak gerekir kısaca. Ancak bazı durumlarda sözleşmenin tarafı olmasa bile edime olan yakınlık borçlunun bu durumu bilebiliyor olmasından kaynaklı olarak gerek doktrin, gerek Yargıtay, sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin de talep de bulunabilmesine imkân veriyor. Buna üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme diyoruz. Hepimizin anlayabileceği Yargıtay'ın da kararlarının olduğu bazı örnekler var. Mesela tıp gaz. Tıp gaz satın alan kişi, ailenin babası ya da evin hanımı ama o tıp gazın sızdırmasından, patlamasından çocuk zarar görüyor. Ya da evdeki misafir zarar görüyor. Misafir belki tartışmalı ama anne zarar görüyor, büyük anne. Dolayısıyla, o satım sözleşmesi, tıp gazın satın alınmasına ilişkin sözleşmenin tarafı olmamasına rağmen, zarar gören kişi doğrudan o sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunabilir deniyor. Yargıtay da bunu kabul ediyor. Finansal kiralama sözleşmesi açısından da aynı şeyi kabul etmenin hiçbir engeli yok. Şartlar tamamen, yani üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin aradığımız şartlar

tamamen gerçekleşiyor burada. Satıcı bu malın finansal kiracı tarafından kullanılacağını biliyor. Edime olan yakınlık zaten belirgin. Dolayısıyla, kiracı uğramış olduğu zararı, fiili zarar ve yoksun kalınan kar, ikisini birden talep edebilir. Malın satıcısından ya da yüklenicisinden talep edilebilir. Kendi adına diğer hakları kullanırken finansal kiralama şirketinin haklarını kendisine tanınan yetkiyle kullanıyor. Ondan dolayı olarak menfaat sağlıyor. Ama burada uğradığı zararı yükleniciye veya satıcıya karşı doğrudan kendi adına talep edebilir. Tabii bunun için kanun koyucu ayıptaki diğer haklardan farklı olarak borçlunun yani satıcının ve yüklenicinin ayıplı mal teslim etmekte kusurlu olmasında arıyor. Yani ancak kusurluysa zararın tazmini talep edilebilir. Tabii ortada bir sözleşme olduğu için, bir satıcının ve yüklenicinin kusurlu olduğunu kabul ediyoruz. Kanun öyle kabul ediyor. Onlar eğer sorumluluktan kurtulmak istiyorlarsa, kusursuz olduklarını ispat etmek zorundalar diyebilirim. Bunun yanında bir de, finansal kiralama şirketinin, kiracıdan bağımsız olarak bir zarar kalemi olabilir. Malın onarılmasını talep etti. Malın onarılması, malın değerinde düşüklük meydana getirdi. Bunu finansal kiralama şirketi doğrudan kendisi, satıcı veya yükleniciden talep edebilir. Tabii bunu talep ettiği takdirde, finansal kiralama bedellerinin de düşürölüp düşürölemeyeceği ayrı bir tartışma konusu. Kanaatimce öyle bir durumda, onların da düşürölmesi icap eder. İkinci bir durum, finansal kiralama konusu malın doğrudan finansal kiralama şirketi tarafından satın alınması. Kanunda açık bir düzenleme yok ama 24. maddenin biraz önce okuduğum 6. bendinde, kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm malın kiracıdan sağlanması halinde de uygulanır diyen düzenlemenin ters anlamından, mefhumu muhalifinden, malın finansal kiralama şirketi tarafından sağlanması durumunda, kiracının seçimi yok, kiracının satması yok, onun talebi yok. Bu durumda finansal kiralama şirketi malın ayıplı olmasından dolayı sorumludur anlamı çıkıyor. Tabii bu sorumluluğun sonucu ne olacak? Bir de öyle bakmak lazım. Şimdi kanunumuzda borca aykırılık hallerinde, ifa engelleri diyelim, borca aykırılık diyelim. Borcun imkansızlaşması ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının zararının tazminini isteyebileceği söyleniyor. Satış sözleşmesinde, kira sözleşmesinde ve eser sözleşmesinde malın ayıplı olması halinde başka haklar da tanıyor ama genel hükümlerde, gereği gibi ifa etmeme hali olarak kabul edebileceğimiz malın ayıplı olması halinde, sadece bir tazminat yükümlülüğü gündemde. Tabii tazminat yükümlülüğünün söz konusu olması acaba başka hakların kullanılıp kullanılamayacağı konusunda tereddütler yaratabilir. Şöyle; doğrudan finansal kiralama şirketi almış olsa bile malı, en nihayetinde finansal kiralama şirketi bu malı alırken satım sözleşmesi ya da eser sözleşmesi ile edinirken yine de bir sözleşme yapıyor. Yani yine de, kendisine o malı satan satıcıya veya temin eden yükleniciye karşı hakları var. Bu hakları kullanabilir finansal kiralama şirketi. Tabii

finansal kiralama şirketinin bu durumda kiracıya karşı sorumluluğu, kiracının ondan talepleri, acaba yine de bu sözleşmedeki hakların kullanılmasına mı yönelik olacak? Kanaatimce eğer kiracı bu hakların kullanılmasını talep ediyorsa, Borçlar Kanunu 112. madde çerçevesinde, yani zararın tazmini kapsamında değerlendirerek bu imkânları ona tanımak lâzım. Tazminatın mutlaka nakden olmasına gerek yok. Aynen tazmin de söz konusu olabilir ve finansal kiralama şirketinin satıcıya veya yükleniciye karşı olan hakları kullanabilmesi de kiracı tarafından aynen tazmin olarak kabul edilebilir. Ancak şöyle bir sıkıntı var. Eğer bu haklar kullanılacaksa, parantez içinde söyleyeyim, biraz önce bahsettiğim şekilde kullanılacak. Onarım, sözleşmeden dönme, bedel indirimi, malın değiştirilmesi yine aynı şekilde kullanılacak. Kiracı bu hakları kullanmak istemiyorsa kiracının talep edebileceği şey sadece zararının tazmini. Zararının tazminini talep ettiği zaman da ilk önce malın onarılması gerekecek belki ya da onarım parası. Bunu yapmak zorunda değil. Finansal kiralama şirketi, aynen tazmin kuralları çerçevesinde finansal kiralama konusu malı onartabilir, kendisi onarabilir. Ondan sonra da bunu kendi satıcısına yöneltebilir. O malın tamir edilmesi, onarılması masraflarını satıcıya ya da yükleniciye yansıtabilir. Şayet kiracı o hakları kullanmak istiyorsa o sözleşmelerdeki hakları, onları da kullanmasında herhangi bir engel yok. Ancak finansal kiralama şirketinin sözleşme yaptığı tarafa karşı hakları söz konusu olmayabilir, sorumluluğu sınırlandırmış olabilirler, satıcı veya yükleniciyle ya da finansal kiralama şirketi yerine getirilmesi gereken külfetler varsa ve bunları yerine getirmemişse haklarını kaybetmiş olabilir ya da zamanaşımı süresi geçmiş olabilir. Finansal kiralama şirketi malı 5 sene önce satın almıştır. Ayıp vardır. Gizli ayıp niteliğinde kullanılarak ortaya çıkar. Finansal kiracı malı kullanırken ayıbı tespit eder. Artık finansal kiralama şirketinin, satıcıya karşı bunu ileri sürmesi söz konusu olmayacaktır. Zamanaşımı defile karşılaştı. Böyle bir durumda kiracının, finansal kiralama şirketine karşı talebi sadece zararını tazmindir. Zararını tazmini biz hukukta genel olarak nakden tazmin diye yapıyoruz. Ama finansal kiralama sözleşmesine baktığımız zaman, orada finansal kiralama şirketi o malın tamir edilmesini empoze edebilir. Kiracıya karşı. Mal tamir edildikten sonra, kiracının, ondan sonra en azından üretim malı ise üretim aşamasında herhangi bir sıkıntısı olmayacaktır. Mal onarılan kadar, kiracının herhangi bir zararı varsa, üretimden kaynaklı ya da diğer mal varlığı değerlerinde malın ayıplı olmasından dolayı, bunları da ileri sürebilir. Tabii şöyle bir tartışma da var. Eğer finansal kiralama şirketinin, başkalarına karşı haklarını ileri sürmesi mümkün değilse, yani süre geçmiş, sorumluluk sınırlandırılmışsa, sadece finansal kiralama şirketine karşı bir tazmin talebinde bulunabileceksek, o durumda finansal kiralama şirketinin kusurunun olup olmaması ayrı bir tartışma konusu. Acaba malın ayıplı olması durumunda finansal kiralama şirketinin kusurunu arayacak mıyız? Borçlar Kanunu'nun genel düzenlemesi, borca aykırılık halinde tazminat sorumluluğunun

gündeme gelmesi için borçlunun kusurlu olması yönünde. Borçlu kusurlu olmadığını ispat edemediği müddetçe, zararı tazmin etmekle yükümlü. Ancak, satış sözleşmesine kira sözleşmesine ve eser sözleşmesine, oradaki ayıp hükümlerine baktığımız zaman, ayıptan dolayı satıcının, yüklenicinin ve kiraya verenin kusuru olmasa bile, yani ayıplı mal tesliminde, ayıplı mal üretiminde herhangi bir kusur olmasa bile alıcıya, iş sahibine sağlanan hakların kullanılabileceği yönünde. Yani, sözleşmeden dönmek mi istiyor alıcı? Satış sözleşmesine mal ayıplı diye dönmek mi istiyor? Satıcının kusurlu olmasına gerek yok. Mal ayıplıysa, sözleşmeden dönebilir diyor kanun koyucu. Malın değişimini de isteyebilir. Hiç ben kusuruna bakmam burada. Bedel indirimi de isteyebilir. Ve diğer hakkını da kullanabilir. Neden böyle bir şey yapıyor? Bu tartışmalı, yani genel hükümlere bir istisna mı getiriyor? Tartışılabilir. Zira genel olarak diyoruz ki ayıp halinde tanınan haklar genel olarak aynen ifaya yöneliktir. Dolayısıyla aynen ifaya yönelik durumlarda, borçlunun kusurlu olmasına bakılmaz. Kanun koyucu bunun için bakmıyor. Ama zarar gündeme geldiği zaman, zararı talep etmesi gündeme geldiği zaman, orada genel hükümlere git diyoruz. Genel hükümler çerçevesinde borçlu kusurluysa o zararı tazmin ettiriyoruz. Bunun istisnası var mı? Yeri burası değil ama istisnaya satış sözleşmesinden dönmeye rastlıyoruz. Dolayısıyla, acaba satış sözleşmesindeki, eser sözleşmesindeki bu düzenlemeyi, bu prensibi, biz Finansal Kiralama Sözleşmesi açısından da uygulayacak mı? Yani finansal kiralama şirketinin ayıplı mal tesliminde herhangi bir kusuru olmasa bile, kiracı malın onarılmasını talep edebilir mi? Edebilecek mi? Yoksa finansal kiralama şirketi, kusursuz olduğunu ispat ederek, malın onarılmasından tazminat yükümlülüğüne kadar sorumluluktan kendisini kurtarabilir mi? Açıkçası tartışılacak bir durum. Ama ben şahsî kanaatimi söylersem, satıştaki eser sözleşmesindeki hükümlerdeki aynı prensiplerin, aynı mantığın burası açısından da geçerli olduğunu düşünüyorum. Finansal kiralama şirketinin herhangi bir kusuru olmasa bile, kanunun benimsediği sorumluluk çerçevesinde malın onarılmasında, zararın tazmini kapsamında sorumlu olacağını düşünüyorum. Son bir şey söyleyerek tebliğ tamamlayım. Belki soru cevap bölümünde daha da açarız. Acaba finansal kiralama şirketinin sorumluluğunu sınırlandırabilir mi? Açıkçası bu ikiye ayırdığımız şey de finansal kiralama konusu malın bizzat kiracı tarafından veya onun talebi ve seçimi ile alınması, edinilmesi veya kiracı tarafından satılması durumunda zaten kanun koyucu finansal kiralama şirketine herhangi bir sorumluluk yüklemiyor. Dolayısıyla sorumluluğunun olmadığı yerde, finansal kiralama şirketinin sorumluluğunu sınırlandırmanın herhangi bir mantığı yok. Diğer halde, yani finansal kiralama şirketi malı satın almışsa, onun sorumluluğunu sınırlandırmak mümkün mü diye bakalım. Onların da bir kısmında, aslında üçüncü kişilere satıcıya veya yükleniciye bu sorumluluk yansıtılıyor. Yine finansal kiralama şirketinin çok bir menfaati yok burada. Ancak diğer halde, yani başkasına

sorumluluk yansıtlamadığı durumlarda finansal kiralama şirketi acaba sorumluluğunu sınırlandırabilir mi? Sorumluluğu sınırlandıran anlaşmalara baktığımız zaman bizim hukukumuzda genel olarak kabul ediliyor. Ancak, borçlunun borca aykırılıkta ağır kusuru varsa, kanun koyucu böyle bir anlaşmayı geçerli kabul etmiyor. Ağır kusuru yoksa yani hafif kusurluysa, böyle bir anlaşma geçerlidir diyor. Yargıtay'ın uygulamasına baktığımız zaman, açıkçası hani, özet konut finansmanı ile alâkalı yanılmıyorsam hani büyük ihtimalle de. Bir tüketici işlemi izlenimi veren bir kararda, Yargıtay sorumluluğu sınırlandıran anlaşmayı geçerli kabul etmemiş. Ama gerekçesi ne? Diyor ki gerekçede, böyle bir sorumluluk kaydı, finansal kiralama şirketinin malın hukuken maliki olması, ayıbın gizli ayıp niteliğinde olması ve gizli ayıp sorumluluğunun malikten başkasına sözleşmeyle yüklenemeyeceği ve dürüstlük gereği bu şartın da haksız şart olmasından dolayı geçerli değildir diyor. Tabi haksız şart gündeme gelince bunun tüketici işlemi olduğunu anlıyoruz. Değilse tüketici işlemi daha vahim zaten böyle bir durum. Çok da yeni bir karar 2014 tarihli bir karar. Açıkçası genel işlem şartları çerçevesinde değerlendirebilirdi. Genel işlem şartları çerçevesinde değerlendirmemiş, haksız şartlar çerçevesinde değerlendirmiş tüketici açısından. Buna bir şey demiyorum. Haksız şart olmasından kaynaklı olarak sorumluluğu sınırlandıran anlaşmayı geçersiz kabul edebilir ama malın hukuken maliki olması finansal kiralama şirketinin ve gizli ayıp sorumluluğunun malikten başkasına yüklenemeyeceği gerekçeleri sorumluluğun sınırlandırılması anlaşmasının geçersiz olması için gerekçe değil. En azından hukuken böyle değil. Yani olabilir malın hukuken maliki olabilir. Kanun koyucu buna bir engel tanımıyor. Dolayısıyla kanun, Yargıtay 19.Hukuk Dairesi, aslında benimsemek istememiş, sorumluluğu sınırlandıran anlaşmayı geçerli kabul etmek istememiş. Ama gerekçelerini düzgün ortaya koymakta da dikkatli davranmamış. Daha düzgün gerekçelerle bu anlaşmayı belki geçersiz sayabilirdi. BK 115. maddenin 3. fıkrası var zaten diyerek tebliğimi burada bitireyim. Belki sorularla devam ederiz.

Prof. Dr. Atila Altop

Evet, sevgili Mehmet'e de tebliği için çok teşekkür ediyorum. Önemli noktalara değindi. Şimdi bir soru-cevap ve tartışma bölümümüz var, Ancak biz iki tebliği arka arkaya ara vermeden dinledik. Şimdi isterseniz önce bir 15 dakika çay, kahve arası vererek soluklanalım, ondan sonra tartışmalara geçelim.

Prof. Dr. Atila Altop

Aradan sonra daha zinde bir şekilde, daha hararetli geçeceğini tahmin ettiğim soru cevap bölümüne geldik. Söz alan kişilerden konuşmalarına başlamadan önce kendilerini tanıtmalarını rica ediyorum. Buyurun şimdi sorularınızı alabiliriz.

Murat Türker

Merhabalar. İsmim Murat Türker. Yatırım Finansal Kiralama'da çalışıyorum. Benim sorum ayıplı mal ile ilgilidir. Ayıplı malda, sözleşmede yer alan ayıplı malın, iade edilmek istenmesi durumunda bazen bizim ekipmanlarımızda teşvik kullanılıyor. Teşvikli olarak, yatırım teşvik belgesi kapsamında biz işlemler gerçekleştiriyoruz. Bu durumda iade edilmesi halinde teşviğin de ortadan kalkması gerekiyor ama öyle olmuyor. Yapılan ekipmanın, yatırımla ilgili olarak bir teşvikin iptal edilmesi söz konusu olmuyor ve bununla ilgili cezalar ortaya çıkıyor. Kiracı, bunu iade edeceğim dediğinde, kiracıya biz başvurabilir miyiz? Bu teşvikle ilgili cezalar ve diğer konularda kiracıya biz başvurabilir miyiz?

Doç. Dr. Mehmet Erdem

Evet, kiracı sözleşmeden dönme halinde, sizin sözleşmenizi fesih etmeniz halinde kira bedellerini ödeyecektir ve böyle bir fesih yoluna başvurması da gerekli değil. Dolayısıyla sizin bundan kaynaklı zararlarınızı da kanaatimce ödemek zorundadır.

Utku Ermiş

Utku Ermiş. Garanti Leasing Hukuk İşleri Müdürüyüm. Murat Hoca sunumunda finansal kiralama sözleşmesinin, konusunun gayrimenkul olması durumunda, bunun resmi şekilde yapılması gerektiğini bir satır arasında söyledi.

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Borçlar kanunu söylüyor ben söylemiyorum.

Utku Ermiş

Siz Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmüne atfen tabii ki söylediniz bunu ama bizim tabi yasamıza baktığımız zaman 13.12.2012 'de yürürlüğe girdi bu yasa ve Borçlar Kanunu ve aynı zamanda medenî kanun anlamında daha özel bir kanun ve orada da açıkça 22. Maddenin 1. Fıkrası lâfzında hiçbir menkul ve gayrimenkul

ayırımı yapılmaksızın sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını yeterli görünüyor. Dolayısıyla bununla ilgili olarak Atilla Hoca'nın da görüşünü merak ediyorum açıkçası. Sizin de görüşünüzü bu anlamda açmanızı rica edeceğim.

Prof. Dr. Atilla Altop

Sevgili Murat tebliğinde ikili bir ayırım yaptı. Dikkat ederseniz finansal kiralama sözleşmelerinin geçerlilik açısından hiçbir şekle tâbi olmadığını söyledi. Sözleşmenin konusu taşınmaz da olsa farklı değil, yine geçerlilik açısından şekle tâbi değildir. Fakat konusu taşınmaz olan mallarda, kiracıya alım hakkı tanıyorsanız, hiç tereddüt yok ki, Borçlar Kanunu'ndaki açık hüküm (TBK.m.237/II) karşısında bunun resmi şekilde yapılması lâzım. Konusu taşınmaz olan ve alım hakkı içeren finansal kiralama sözleşmesi resmi şekilde yapılmazsa, kanımca finansal kiralama sözleşmesi yine de geçerli olur. Fakat kiracıya taşınmaza ilişkin olarak tanınan alım hakkı geçersizdir. Finansal kiralama kanununda da alım hakkına ilişkin hiçbir düzenleme yok. Kiracıya alım hakkı tanınsa dahi finansal kiralama sözleşmesi adı yazılı şekilde yapılacaktır diye bir hüküm yok. Alım hakkı da finansal kiralama sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir ve taraflar kiracıya alım hakkı tanıyıp tanımamakta tamamen serbesttirler. O nedenle böyle bir ayırım yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Utku Ermiş

Şimdi uygulamaya baktığınız zaman bizim yaptığımız finansal kiralama sözleşmelerinin tamamı neredeyse satın alma opsiyon haklı. Dolayısıyla da uygulamaya da baktığımız zaman bununla ilgili olarak Tapu Sicil Müdürlüğü'nün genelgeleri var. Ve güncel olarak da 2 tane genelge çıkardı. Tapu Sicil Müdürlüğü bile açıklamalarıyla ilgili genelgelerinde resmi şekilde yapılması gerektiğine dair hiçbir açıklama yapmadı ve uygulamasında da bizim yaptığımız, yazılı şekildeki finansal kiralama sözleşmelerinde sadece bir açılım sergiledi. Ve yapmaya da devam ediyor. Aynı zamanda şunu da izah edeyim. Finansal kiralama sözleşmelerinde kiracılık sıfatının da aslında bizzat tapu sicilinde de rol alması söz konusu. Şöyle ki, finansal kiralama sözleşmesinin eğer gayrimenkul ise konusu, gidiyorsunuz şerhler hanesine şerh koyuyorsunuz. Gerçi biz kanunda işte bunu şerh ve aynı zamanda tescil dedik, doğru mu dedik o da ayrı bir konu ama böyle bir durum yaratıldı. O yüzden söylüyorum. Burada aslında finansal kiracının da bizzat katıldığı bir durum söz konusudur. Ve satın alma opsiyon hakkı her finansal kiralama sözleşmesini uygulamada nerdeyse tamamında vardır. Hepimiz hukukçuyuz yani genel kanun, özel kanun yürürlüğü baktığınız zaman özel kanun daha sonra çıkmışsa, genel kanunun o ilgili hükmünü kıyasen aslında

yok sayar ve özel kanun hükmü uygulanır şeklinde bir bakış açısı da burada sergilenemez mi? Bir de şunu soracağım. Bu satın alma opsiyon hakkının resmi şekilde yapılmasının gerektiği ile ilgili olarak izahta bulundu hocam da, bunun nasıl yapılması gerektiği hakkında bilgi verebilir misiniz?. Çünkü uygulamayı sizler iyi bilirsiniz. Uygulamada da finansal kiralama sözleşmesinin, kiracısını bizzat o zaman tapuya getirip, sözleşmeyi tapu önünde mi yapmamız lâzım?

Prof. Dr. Atilla Altop

Özel bir kanunla genel kanunun bir hükmüne aykırı bir düzenleme getirilebilir hiç şüphesiz. Yalnız bunun yapılabilmesi için açık bir hüküm olması lâzım. Oysa ki benim bildiğim kadarıyla 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (FKFFŞK)'nda alım hakkı tanınmasının şekli ile ilgili hiçbir hüküm yok; varsa bana da gösterin ben de kabul edeyim. Sadece finansal kiralama sözleşmesinin şekline ilişkin bir hüküm var ve o nedendir ki hepimiz finansal kiralama sözleşmesinin –konusu taşınmaz dahi olsa- adı yazılı şekilde yapılabileceğini kabul ediyoruz. Burada bir sıkıntı yok. Ama alım hakkı tanınmasının şekli ile ilgili olarak hiçbir düzenleme yok. Keşke 6361 sayılı FKFFŞK'na (örneğin m.23/1,2 nin devamına 3.cümle olarak) “kiracıya sözleşme süresi sonunda malın mülkiyetini satın alma (alım) hakkı da tanınsa finansal kiralama sözleşmesi yazılı şekilde yapılır” şeklinde bir hüküm konulsaydı. . Böyle bir hükme FKFFŞK'nda yer verilmediği için, temel bir kanunun açık bir hükmünü (TBK.m.237/II), aksini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, özel bir kanunun bir hükmünü yorumlamak suretiyle uygulamamanın, doğru ve mümkün olmadığı kanısındayım. Tapu müdürlüklerinin uygulamalarının ve hatta çıkarılan genelgelerin de –temel bir kanunun açık bir emredici hükmüne aykırı oldukları sürece- hiçbir hukukî değerinin olmadığını özellikle vurgulamak istiyorum. Maalesef bunu sıkça yaptıklarını görüyoruz ve her defasında bu hatalı uygulamalara kesin bir tavırla karşı çıkmamız gerektiğini düşünüyorum. Ben kiracı olsam kesinlikle böyle bir riske girmem ve bana alım hakkının tanındığı konusu taşınmaz olan finansal kiralama sözleşmesinin mutlaka resmi şekilde düzenlenmesini talep ederim. Finansal kiralama şirketleri açısından bir sıkıntı yok bu konuda, zira riski alan kiracı.

Utku Ermiş

Uygulamaya dönük olarak nasıl yapabileceğiz ki bunu? Nasıl gerçekleştirebiliriz ki? Finansal kiralama sözleşmesine.. Kaldı ki sizin dediğiniz anlamdaki o. Kanun da her şeyi düzenleyemez biliyorsunuz yani bunu sizler öğrettiniz bize. Dolayısıyla baktığınız zaman, burada bir örtülü boşluk olduğunu ben çok

düşünmüyorum. Çünkü açıkça da burada sözleşmelerin menkul ve gayrimenkul ayrımı yapılmaksızın, yazılı yapılması gerektiği açıkça yazılmış. Aksi yönde bir düzenleme yoksa da bence yazılı yapılarak bunun ilerlenmesi konusunda çok fazla tereddüt olmasa gerekir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Atilla Altop

Eğer kiracıya alım hakkı tanınması finansal kiralama sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olsaydı, o takdirde FKFFŞK m.22/I,1 hükmüne dayanarak –zorunlu olarak alım hakkı içeren- konusu taşınmaz olan finansal kiralama sözleşmelerinin de yazılı şekilde yapılmasını geçerli kabul edebilirdik. Ancak kiracıya alım hakkı tanınmasının finansal kiralama sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığı, bu konunun tarafların serbest iradelerine bırakıldığı tereddütsüz olduğu için, yorum yoluyla temel kanunun açık bir emredici hükmünün kaldırılmayacağı (etkisiz hale getirilemeyeceği), bunun için aksini düzenleyen açık bir hükme gerek olduğu kanısındayım.

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Çok kısa bir ek yapayım. Yani hani kanunlarla her şeyi düzenleyemezsiniz yönetmelikler, genelgeler hep bunlar için var diyoruz ama kanunun açık maddesi var. Bir genelgeyle, getirilmiş bir şekil şartını ortadan kaldırmanızın mümkün olduğunu düşünmüyorum. Yani hocama katılıyorum özetle.

Utku Ermiş

Mehmet Hoca, 2014 tarihli, bir Yargıtay 19. Hukuk dairesinin kararından bahsetti ve özellikle ayıba ilişkin olarak haksız şartların geçersizliğine ilişkin. Orada baktığınız zaman 19. Hukuk Dairesi verdi bu kararı ama haksız şarta da dediğiniz gibi atıf yaptığı için burada zaten aslında sorun zannediyorum finansal kiracının tüketici olmasından kaynaklanıyor. Doğrudan yapılan işlem bildiğim kadarıyla mortgage'dı. Ve mortgage çerçevesindeki finansal kiralama sözleşmesi içerisindeki hükümlerin haksız şart olup olmasını değerlendirdi. Kaldı ki şöyle de bir durum var. Tüketicinin korunması hakkındaki yasada özel düzenleme de var. Tüketicie yapılan finansal kiralama işlemlerinde, finansal kiralama 6361 nolu kanun uygulanmaz. Tüketicinin korunması hakkındaki yasa uygulanır. Bu yüzden zaten sektör anlamında biz de tüketicilere çok fazla işlem yapmama yolunu gösteriyoruz. Ama tabii ki baktığınız zaman, bence çıkış noktası haksız şart. Tüketicinin korunması kanununa atıf yaptığı için. Dolayısıyla sorum şu, eğer işlem tüketici değil de, finansal kiralama sözleşmesinin tarafı olan bir tacir

olması durumunda da yine haksız şart geçersizdir der miydiniz? İkincisi aynı zamanda, bir de kusursuz sorumluluk hali aslında ortaya çıktı. Buradaki kusursuz sorumluluktan kastınız finansal kiralama sözleşmesinin ihlâli sebebiyle ortaya çıkan tazminat alacağına ilişkin midir?

Doç. Dr. Mehmet Erdem

Hayır. Zaten o kararı değerlendirirken bende aynı şeyi söylemiştim. Tüketici işlemi var. Çünkü haksız şart hani bir tacir açısından böyle bir şey söylenemez diyerek. Sadece haksız şart deyip geçseydi hiçbir sorun yoktu ama Yargıtay bazen yapıyor açıkçası. İki tane başka bir şey söylemiş orada. Gerekçe ileri sürmüş. Gerek tüketici işleminde, gerek başka işlemlerde bunların sorumluluğu sınırlandıran anlaşmayı geçersiz kılmak gibi bir amacı olamaz. Bunun hukuken malik olmasına dayanıyor. Bilmiyorum yani ben böyle bir gerekçeyi ve gizli ayıbında sözleşmeyle başkasına yüklenemeyeceğine dayanıyor. Yani sorumluluğu sınırlandıran anlaşmalarda, sorumluluk başkasına yüklenebiliyor olsa işte ilk şahsı karşı sorumluluk sınırlandırılabilir şeklinde bir şey söylemiyor bizim kanunumuz. Dolayısıyla ben hani kararın zaten haksız şart olması nev'inden doğru olabilir ama diğer gerekçelerine itiraz ettim sadece, o noktada.

Utku Ermiş

Tacir durumunda peki?

Doç. Dr. Mehmet Erdem

Tacir olması durumunda, tabi şüphesiz haksız şartları geri gelmeyecek ama bizim hukukumuzda artık 6098 sayılı kanundan itibaren tüketici kanunundaki haksız şartlardan daha geniş bir kontrol var. Yine işin uzmanı Atilla Hocam burada. Genel işlem şartları kontrolü. Dolayısıyla genel işlem şartları, borçlar kanununda ilk hükümlerden. Oraya bakacağız. Bu yürürlük denetimi de yapılıyor. Yani onun yazılmamış sayılmasına da sebep olabilir. Yazılmamış sayılma yoksa yani sözleşmenin içeriğine dâhil olmuşsa, bir de onu dürüstlük kuralı çerçevesinde kontrol edip, kesin hükümsüz sayabiliyor kanun koyucu. Dolayısıyla bu kontrol tacirler arasındaki işlemlerde de geçerli. Aksini ileri süren var. Ama çok istisnâ bir görüş. Ama tacirler açısından da borçlar kanununun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri uygulanır. İkinci nokta, kanunumuzda ayıptan dolayı sorumluluk, özel olarak, ayıp olarak satış sözleşmesinde, kira sözleşmesinde ve eser sözleşmesinde ifade edilmiş. Ayıptan dolayı satıcının, yüklenicinin veya kiraya verenin sorumluluğu; kusursuz bir sorumluluk olarak öngörülmüş. Yani

kiracı, satıcı veya yüklenici ayıbı bilmese bile, kendi de haberdar değil. Satıcı malı bir yerden aldı. Ayıp gizli nitelikte. Kendi de bilmiyor. Zaten muayene etse de tespit edemeyecek. Onu başkasına satıyor. Bu durumda bile kanun koyucu onu sorumlu kılıyor. Çünkü ayıptan dolayı sorumluluk, biraz teknik noktaya gidiyoruz. Aynen ifanın bir yansıması aslında. Ne taahhüt ettiysen onu yerine getir kuralının bir uygulaması. Ama hangi haklar açısından? Kanunun ayıptan dolayı sorumluluğa tanıdığı temel haklar açısından. Nedir onlar? Satış sözleşmesinde dört tane hak. Dönme, bedel indirimi, onarım, ayıpsız benzeri ile değiştirme. Eser sözleşmesinde üç tane hak, kira sözleşmesinde tanınan üç hak. Orada da biraz karmaşık. Dolayısıyla bu hakların kullanılması açısından. Ama bu haklarla birlikte siz bir de ayıp talebiyle bir zarara uğradiysanız, ayıbı izleyen zarar, ayıp nedeniyle ortaya çıkan zarar. Bir de öyle bir ayırım var. Bu zararları talep edebilmek için kanunun temel prensibi gündeme geliyor. Zarar var. Zarar varsa tazminat vardır. Ve ancak o zaman tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Borçlunun, satıcının, üreticinin, teknik ifadeyle iş sahibinin kusurlu olması lâzım.

Utku Ermiş

Teşekkür ederim hocam. Sadece şunun için sordum aslına baktığınız zaman. 33. maddenin 2. Fıkrasında; 'Finansal kiralama sözleşmesinin kiracı tarafından feshedilmesi durumunda, ekipmanı geri vermekle birlikte fesihten kaynaklanan zararını ister.' şeklinde genel bir madde var. Dolayısıyla buradaki aslında tazminattan kaynaklanan durum, müspet zarar mıdır? Menfi zarar mıdır? Bu bir. İkinci böyle bir durumda, ben genel anlamda soruyorum bunu. Finansal kiracının durumu değerlendirildiğinde sözleşmeye tazminat olarak değerlendirdiğiniz bir hususa, ilgili olarak aynı zamanda neler talep edebilir finansal kiralayan şirketlerden? Bu konuda da bir açılım sergiliyorsanız?

Doç. Dr. Mehmet Erdem

Aslında 30. madde genel bir düzenleme. Sözleşme feshedildiği takdirde ortada bir kusur var zaten o feshe yönelik olarak. Dolayısıyla orada talep edebileceği tazminat, fesh yüzünden uğradığı bir zarar varsa, kira bedelleri dışında. Dolayısıyla onu talep edebilir. Orada kusur şartı olacaktır. Onun müspet zarar mı, menfi zarar mı olduğunu söylüyorsunuz. Kanaatimce müspet zarar desem ne olur. Çünkü bir de şeyler var. İşte sürekli borç ilişkisi.

Utku Ermiş

Sürekli borç ilişkisi dersiniz; eğer finansal kiranın sözleşmesine burada eğer

kiracının finansal kiranın sözleşmesine fesh yapabilir şeklinde bir algılama değeri olursa, bu sefer sözleşmenin ilk başında ödenen peşinat ve o güne kadarki ödenen kiralara da istenebilir duruma gelip gelmemesi yani bizim sözleşmenin geriye etkili olması kuralı veya etkili olmaması kuralına girer mi? O yüzden söylüyorum bunu. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Mehmet Erdem

Ortada bir müspet tazminat var.

Utku Ermiş

Evet, zarar varken de geriye etkin olmaz.

Prof. Dr. Atilla Altop

Ben de bu görüşe aynen katılıyorum, hiç bir tereddüt yok. Çünkü finansal kiralama sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu için, sona erme geçmişe etkili olmayacak, diğer bir ifadeyle –geçmişe etkili dönme değil- ileriye etkili fesh söz konusu olacak ve müspet zarar da istenebilecektir. Ben diğer konularda da sevgili Mehmet'in bütün söylediklerine. Yalnız bir hususu vurgulamakta yarar görüyorum. Finansal kiralama şirketleri TBK.m.115/III ve m.116/III anlamında uzmanlığı gerektiren bir hizmeti, mesleği kanun ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürüttükleri için, TBK.m.115/III ve m.116/III hükmü uyarınca ister kendilerinin, ister yardımcı kişilerinin her türlü sorumluluğuna ilişkin koyacakları bütün sorumsuzluk kayıtları tereddütsüz kesin hükümsüzdür. Yeni TBK, bu konuda yargıca bir takdir yetkisi bırakmamış ve bu tür sorumsuzluk kayıtlarının kesin hükümsüz olduğunu açıkça düzenlemiştir. Hatırlatmak istedim.

Murat Ruben

Merhaba ben Murat Ruben. Uzun yıllar leasing şirketinde çalıştıktan sonra, şu anda Ticaret Mahkemeleri'nde bilirkişilik yapıyorum. Uygulama adına birçok sorun var. Yani 3226'dan sonra, eski finansal kiralama kanunundan sonra bu yeni kanunla birlikte bazı açıklıklar getirildi. Bu 20. ve 25. Maddeler arasındaki düzenlemede bunun finansal kiralama sözleşmesine ne kadar etkisi olur? Siz dediniz ki bütün sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz olur dediniz. Şimdi bir de hâkimin bu haksız şartları değerlendirmesi açısından bir içerik denetimi yapma olayı var. Yani bu içerik denetimini sizce yapmak durumunda mı? İkinci bir konu, bu finansal kiralama sözleşmesinin tescili olayı. Bu eskiden malûm noterliklere yapılıyordu. Şimdi Finansal Kurumlar Birliği nezdinde yapılıyor. Fakat uygulamada

birçok sorun halen devam ediyor. Meselâ bir kişi diyelim ki finansal kiralamadan dolayı alacaklı. Gidiyor haciz yapıyor. Tabii o arada gelip de finansal kiracı zaten bu leasing konusudur diyemiyor. Yani demiyor diyelim. Bu haczi koyanın da gidip böyle bir noterden araştırması söz konusu olamıyor. Yani böyle bir uygulama vardı. Yani uygulama dediğim, işin pratik yanı pek olamıyordu. Şimdi Birlik nezdinde tescilli yapılıyor. Hani tabii araçlar ve gayrimenkulleri hariç bıraktık. Bu yine ne şekilde uygulanacak? Benim açıkçası şüphem var. O konuda bilmiyorum. Uygulayıcı arkadaşlar da burada. Bir açıklık getirirlerse iyi olacak, yeni kanun açısından.

Prof. Dr. Atila Altop

Şimdi birinci kısma ben cevap vereyim. İkinci kısımda belki Hakan Bey'den bir açıklama yapmasını rica ederiz. Zira biraz önce kendisi dışarıda bu konuda bana bilgi verdi ve bu kayıtların Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulduğunu söyledi. O konuda kendileri bilgi verebilir. Birinci kısma gelince, olumsuz tepkiler almayı da göze alarak- belirtmeliyim ki, finansal kiralama sözleşmeleri de diğer tüm sözleşmeler gibi TBK'na tabidirler. Diğer taraftan finansal kiralama sözleşmelerindeki hükümler sözleşme konusu mallar, sözleşme bedeli, ödeme koşulları gibi tarafların birlikte hazırladıkları çok istisnai hükümler dışında-, finansal kiralama şirketleri tarafından ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sundukları sözleşme hükümleri olduklarından, TBK.m.20/1,1 uyarınca genel işlem koşulu niteliğindedirler. Bunun doğal bir sonucu olarak da, her somut olayda yargıcın emredici nitelikteki TBK.m.20-25 hükümleri çerçevesinde yapacağı genel işlem koşulları denetimine -tereddütsüz- tabi olacaklardır. Kiracı'nın tacir olması da bu durumu değiştirmeyecektir, zira iki tacir arasında yapılan sözleşmelerde de emredici nitelikteki TBK.m.20-25 hükümleri uygulanacaktır. Yargıçların bu denetimi yapıp yapmadıkları çok ayrı bir konu ve isterseniz ben bu konuya hiç girmeyeyim, zira çıkmamız çok uzun süre alabilir ve bizim de o kadar uzun süremiz yok. Şimdi diğer konu hakkında açıklamalar yapması için sözü Hakan Bey'e veriyorum.

Hakan Gülelçe

Bilindiği gibi sicil kayıtları alenî. Herkes sorgu yapabiliyor. Bu genelgemizde de açık şekilde belirtiliyor. Tabii sorgu sınırlı olarak yapılabilir. İnternet üzerinden yapılan sorguda, malın kodu ve kiracı unvanıyla, bir finansal kiralama sözleşmesi olup olmadığı soruluyor. Bunun cevabı alınıyor. Bu cevabın ilerisine gitmek isteniyorsa, daha detaylı bir bilgi gerekiyorsa, Birlikten randevu usulü çalışılarak,

Birliğe müracaat edilerek randevu alınıyor. O kişiye ait sözleşmeler üzerinde incelemeler yapılabilir.

Prof. Dr. Atila Altop

Evet. Anlıyoruz ki en azından böyle bir mal üzerine haciz koydurmak veya böyle bir malı almak istediğimizde, kiracı olarak o kişinin adını ve malın kodunu bildirdiğimiz zaman, en azından o mala ilişkin bir finansal kiralama sözleşmesi olup olmadığı hakkında bilgi almamız mümkün olabiliyormuş. Bu önemli ve güzel bir olay. Böyle bir ortak sicil olmasının zaten çok büyük yararı olduğunu söylüyorduk, nihayet böyle bir sicile kavuştuk. Demek ki bundan sonra işler biraz daha iyi işleyecek inşallah.

Fatih Kuran

İsmim Fatih Kuran. Dinamo Danışmanlık. Benim sorum Murat Hoca'ya olacak. Eğer yanlış anlamadıysam, ben hukukçu değilim, Murat Hoca 19. Maddeye istinaden yani finansal konusu ile ilgili, kiralama sözleşmesinin konusuna istinaden, eser sözleşmelerinden işçiliğin kapsam dışı olduğundan bahsetti. Doğru anlamışım değil mi?

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Evet. Hizmet ilişkisi.

Fatih Kuran

Şimdi bu genel bir kanaat midir? İşçilik finansal kiralama sözleşmesinin bir parçası olamaz gibi bir kanaat midir? Eğer öyleyse sorunun devamına geliyorum. 24. Maddede, 3. Fıkrası. Sözleşmede aksi hüküm yok ise kiracı malın türlü bakımından ve korunmasından sorumlu olup bakım ve onarım masrafları kiracıya aittir diye bir sözleşme var. Şimdi burada aksi bir hüküm yoksa diye bir ifade var. Dolayısıyla ben şunu anlıyorum. Aksi bir hüküm olabilir. Yani kiralayan da, kiracının malının bakımından, onarımından sorumlu olabilir. Bunu da bu yapı içerisine dâhil edebilir diye anlıyorum. Söz konusu olan bakım onarım olunca da, işin içine doğrudan işçilik giriyor. Burada bir çelişki yok mu? Dolayısıyla bakım onarım sözleşmesi kapsamına girerse işçilik de girmiş olmaz mı? Sorum bu.

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Teşekkür ederim sorunuz için. Buradaki bakım ve onarım finansal kiralama sözleşmesindeki o finansal kiralamanın karşılığı değil. Bu adî bir kira sözleşmesinde de olabilirdi. Kiralayana bakım ve onarım yükümlülüğü getirilebilirdi. Bu finansal kiralama bedelinin karşılı olarak değil, kiralayıp verene özel olarak verilmiş bir borç olarak ortaya çıkıyor. Oradaki işçilik, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturamıyor. Yani finansal kiralama sözleşmesinin konusu bir taşınmaz malın satın alınması olabilir, taşınır malın satın alınması olabilir. Ama bir işçilik olamaz. Hâlbuki bu örnekte, zaten satın alınıp kiracıya devredilmiş bir şeyle ilgili bakım borcu var. Yan borç.

Fatih Kuran

Peki, ayrı mı fatura edilmesi lâzım yoksa beraber de fatura edilebilir mi?

Prof. Dr. Atilla Altop

Ben de bir şey söylemek istiyorum. Şimdi, eğer sözleşmede bakım ve onarımın kiralayana ait olacağı düzenlenmişse -ki ben bunca yıldır böyle bir şeye rastlamadım, ama olmaz diye bir şey de yok-kiralaan bakım ve onarım bedelini kendisi ödeyecek ve kimseye fatura etmeyecek. Fiyatını bu yükümlülüğünü düşünüp ona göre verdiği için, başkasına fatura etmeyecek, kendisi katlanacak. Onun için yukarıda söylenenler ile çelişmiyor. Ben bu konuda da Murat'a katılıyorum. Çünkü FKFFŞK m.19/1 hükmünde, çok açık bir şekilde finansal kiralama sözleşmesine taşınır ve taşınmaz mallar konu olabilir diyor; hizmetten hiç söz etmiyor. O nedenle de hizmet finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturamıyor. O nedenle verilen hizmeti değil ama hizmete konu malları, tek tek veya birlikte finansal kiralamaya konu edebilirsiniz. Bu nedenle de işçilik maalesef finansal kiralamaya konu olamıyor. Uygulamada yapılmıyor mu dersiniz, ben bundan 20 sene evvel karo döşeme işçiliğinin açıkça finansal kiralama konusu yapıldığını ve düzenlenen faturada yer aldığını görmüştüm. Ama ben o zaman söylediğimi şimdi de aynen söylüyorum ve hizmet edimlerinin kanun gereği finansal kiralamaya konu olamayacağını vurguluyorum.

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Ben çok kısaca tekrar edeyim. Yanlış anlaşılmalara fırsat vermemek adına, 24. maddenin 3. fıkrası uyarınca böyle bir edimin yüklenilmiş olması, hizmet ediminin, finansal kiralama sözleşmesinin konusu olduğu anlamına gelmiyor

zaten. Bu tamamen yan edim hükümlülüğü. Konu yine taşınır veya taşınmaz mal. Operasyonel Kiralama Olursa Nasıl Olur?

Prof. Dr. Atilla Altop

FKFFŞK.m.2/III uyarınca kanunun kapsamı dışında.

Hakan Gülelçe

Şimdi bir bakım, onarım dedi Fatih bey. Fakat vergi usulden de hareketle şöyle farklılaştırabilir belki. Bir malın alımı için yapılan, yani aktifleştirilinceye kadar alımı için yapılan hizmetlerin aktifleştirilmesi, malın değerine katılması, malî hukuk açısından kabul edilebiliyor. Yani medenî hukuk açısından size bırakıyorum. Yani buna da ne girer? Taşıma sigortası, montajı, demontajı. Bu tür işçilikler aslında maliyetin unsurları olarak, malî hukukta kabul ediliyor. Medenî hukuk açısından takdir sizin. Diğer konuya gelmek gerekirse, bu eser sözleşmesiyle ilgili konu. Bir, iki çeşitlemesi olabiliyor bunun. Birincisi, çok fazla rastlanmayan, inşaatın leasing şirketi üzerinde devam etmesi. Yani leasing şirketinin bilançosunda yapılmakta olan yatırımlarda, kum, çakıl, demir, işçilik faturalarının girmesi, sonunda ortaya çıkan binanın da kiracı tarafından kullanılması ve bunun için yapılan maliyetin, bina olarak aktifleştirilmesi, kiralara alınması. Buraya işçilik de giriyor haliyle. Bu az rastlanan, fakat zaman zaman olan bir örneği. Diğer bir örnek ise, bu inşaatı yapacak bir taahhüt şirketiyle anlaşılıp, imalâtın bu taahhüt şirketi üzerinde gerçekleşmesinden sonra anahtar teslim fatura leasing şirketine kesilip, alım tamamlanmış olup, kiracının da kullanımına bırakılır. Bu, eser sözleşmesi kapsamında işçilik leasinge konu olamaz dediğimiz şey ki modelin dışında bir şey herhâlde. Tabii bu konudaki yargı kararları, bu iki modelden birine uyuyor. Özellikle benzin istasyonları ile ilgili verilen bir seri kararı vardı. Burada imal edilen benzin istasyonlarının, o kanopi denilen yapıları kiralamaya konu ediliyordu. Bunlarla ilgili bir aksi mahkeme kararı çıktı. Sorumuzda buradan kaynaklanıyor.

Prof. Dr. Atilla Altop

Şimdi şunu mu anlıyorum o en son söylediğinizden, bu kanopi denilen yapıları finansal kiralama şirketi bir üçüncü kişiye yaptırıp, kiracıya kirallıyor. Yanlış anlamadım değil mi?

Hakan Gülelçe

Doğru.

Prof. Dr. Atilla Altop

Burada bir sıkıntı yok. Zira bu durumda finansal kiralama konusu şey kanopî, yani bir mal. Finansal kiralama şirketi kiracıya kiraladığı bu malın maliyetini (imal ettirdiğı üçüncü kişiye ödediğı bedeli) finansal kiralama bedellerine yansıtacaktır. Ona hiçbir itirazımız yok. Yanlış anlaşılmasın.

Hakan Gülelçe

Tamam. Teşekkür ederim.

Katılımcı

Yargıtay oradaki hizmet unsuru malın değerinden daha üstün olduğı için ben finansal kiralama konusu yapmam demiş.

Prof. Dr. Atilla Altop

Anladım. Ben açıkçası o kadar ileri gitmiyorum. Yani eğer ben finansal kiralama şirketi olarak, 3.kişiye imal ettirdiğim o kanopiyi kiracıya finansal kiralama sözleşmesi ile kiralıyorsam, onun bana maliyeti neyse ben de onu kiracıya yansıtırım. Orada bir sıkıntı yok diye düşünüyorum; tabii bu da benim şahsî görüşüm.

Merve Evtekin

Merve Evtekin Wolkswagen Doğuş Finansman'dan geliyorum. Değerli hocalarımızı dinliyor olmaktan çok mutluyum. Kafama takılan bir soru var. Operasyonel kiralama, neden acaba finansal kiralama kapsamı dışında tutuyoruz? İki arasında farkı finansal kiralamanın tanımını ve unsurlarını dinlerken göremedim maalesef. Beni aydınlatırsanız çok memnun olurum.

Prof. Dr. Atilla Altop

Şimdi FKFFŞK.m.3/1,ç'de finansal kiralama tanımı var. Bu tanıma göre, bir finansal kiralama sözleşmesine dayalı olmak koşuluyla bu kanun veya ilgili mevzuat uyarınca yetkilendirilen kiralayan tarafından finansman sağlamaya yönelik olarak bir malın mülkiyetinin kira süresi sonunda kiracıya devredilmesi, kiracıya kira süresi sonunda malın rayiç bedelinden küçük bir bedelle satın alma hakkı tanınması, kiralama süresinin malın ekonomik ömrünün %80 'inden daha büyük

bir bölümünü kapsamaması veya finansal kiralama sözleşmesine göre yapılacak kira ödemelerinin bugünkü değerlerinin toplamının malın rayiç değerinin %90'ından daha büyük bir değeri oluşturması hallerinden herhangi birini sağlayan finansal kiralama işlemi. Operasyonel kiralamanın burada belirtilen koşulları taşımadığı şüphesiz. Kaldı ki FKFFŞK.m.2/II'de açıkça faaliyet kiralaması (operasyonel kiralama) işlemleri hakkında FKFFŞK hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Benim anladığım operasyonel kiralama ile kısa süreli TBK'nda düzenlenen adî kira sözleşmelerinden hiç farkı olmayan sözleşmeler kastediliyor. Onlar da finansal kiralamanın ve dolayısıyla da FKFFŞK'nun dışında tutuldu.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Çok açık hüküm var. Buna tabi değildir diye.

Prof. Dr. Atilla Altop

Faaliyet kiralamasına ilişkin hükmü söylüyorsunuz, değil mi hocam?

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Evet evet. Finansal kiralama işlemlerine ilişkin hükümler uygulanmaz.

Prof. Dr. Atilla Altop

Zaten finansal kiralama tanımı da çok açık ve operasyonel kiralamanın o tanıma uymadığı kuşkusuz ama kanun koyucu ayrıca da belirtmiş.

Hakan Gülelçe

Md. 2'ye 5'te bir istisna getirildi hocam.

Prof. Dr. Atilla Altop

Doğru, aynen öyle. Çok sınırlı olarak sadece yolcu ve yük taşımak faaliyetinde bulunan hava yolu şirketlerinin hava taşıma araçlarına, motorlarına ve bunların aksam ve parçalarına ilişkin olarak yurt dışındaki yetkili şirketlerle yaptıkları finansal kiralama sözleşmelerinde FKFFŞK.m.3/1,ç'deki finansal kiralama tanımında yer alan koşulların aranmayacağı öngörülmüştür. Gerçekten de bu sözleşmelerde kiracıya alım hakkı tanınmadığı gibi, sözleşmeye konu malların ekonomik

ömürlerinin %80'inden büyük bölümünü kapsama ya da yapılacak toplam kira ödemelerinin malın rayiç bedelinin %90'ından fazla olması koşullarından da hiçbirisi gerçekleşmiyordu. Bu şirketlerin bundan zarar görmemeleri için böyle bir istisna getirilmiştir ki, ülke ekonomisi açısından yararlı bir istisna olduğunu düşünüyorum.

Emel Tezcan

Merhabalar ben Emel Tezcan. Finansal Kurumlar Birliği ve Bankalar Birliği'nde eğitmenlik yapıyorum 15 senedir. Ondan önce de kadrolu olarak şirketlerde hukuk müşaviri olarak çalışmaktaydım. Bu keyifli konular için size tekrar teşekkür ediyorum. Çünkü ben uygulamacılara benim için çok önemli, onlar için çok önemli, bazı pratik bilgiler vermek zorundayım. Teori bir yerden sonra sıklıkla başlıyor. Çünkü insanlar hele hukukçu olmayanlar işlerine yarayan bilgileri istiyorlar. O bakımdan ben de şu konudaki fikrinizi öğrenmek istiyorum. Sektörün hem Bankalar Birliği'nin, hem Finansal Kurumlar Birliği'nin ve tabii şirketlerin kullanmakta olduğu adına toplu olarak kredi sözleşmesi olarak tabir edeceğimiz sözleşme ve diğer bütün evraklar da hepimiz çok iyi biliyoruz ki bunların hepsi ayna anda imzalanıyor. Genel işlem şartlarında Borçlar Kanunu bize mektepte öğretilen karşılıklı icap, bizim zamanımızda icap derdik, şimdi öneri artık kabul şeklinde. Karşılıklı tarafların hak ve yükümlülüklerini birlikte müzakere ederek değerlendirdikleri birçok taraflı hukukî işlemdir diye bize öğretildi. Ancak uygulamada bizim çok sayıda sözleşme maddesinin, bu şirket çalışanlarının, müşterilerine tek tek izah etmeleri ve karşılıklı hak ve yükümlülüklerini onlara anlatmaları fiziken mümkün değil. Bir yandan Borçlar Kanunu yazılmamış sayılma gibi bir sonuçla bizi tabiri caizse cezalandıracak. Öbür taraftan hâkim içerik denetimi yapılacak deniliyor. Uygulamada bizler, bizden beklenen şekilde, bildiri formlarıyla, bu işi şirketler lehine tabiri caizse yapmaya çalışıyoruz. Yani müşterilere bilgi formu, bildirim formu, sözleşme kabul formu adına ne dersiniz deyin, sözleşmenin birçok maddesinin karşı tarafça görüldüğü anlaşıldığı hakkında bir imza alınıyor. Siz bir hâkim olsanız, ya da kanun koyucu, işte adalet komisyonu olarak bir kredi kurumuna gitseniz, bunların önceki tarih konulsa bile hepsinin aynı tarihte olduğunu bugün hepimiz gayet iyi biliyoruz. Yani bir tebdili kıyafet yapsak, bunun bu şekilde olduğunu biliniyor. Dolayısıyla bizi nereye götürüyor bu? Bir yandan sektör eş zamanlı olarak bütün bunları yapıyor ve kanundan kendisini korumak için bildirim formu imzalatıyor. Öbür taraftan bunlar dava konusu yapılmaya başlandı. Bana derslerimde sevgili avukat arkadaşlarım, meslektaşlarım, bunların konuşma konusu haline getirildiğini, itiraz konusu haline getirildiğini belirtmekte. Birlikler nezdinde, Bankalar Birliği'nde bunun yapıldığı haberi bana geldi. Önce küçük sözleşmelerden başlanıp, tüm sektöre

ortak bir standart ya da tip formül ne dersiniz deyin. Bir sözleşme yapıp bunları belki kamuoyuna lânse edilip internet sitelerinde bu kurumların yayınlamaları ve en sevilen sözleşme tipi olan geri ödeme plânının, sadece bir, iki sayfadan ibaret biçimde, o internet sitesinde yayınlanan ve kamuoyuna arz edilen sözleşmeye referans göstermek suretiyle yapılma sürecine girildiğini söylediler. Bunu böyle bir sürecinin, böyle bir karşılıklı taraf menfaatini kollayacak böyle bir gidişat konusunda hepinizin görüşünü öğrenmek istiyorum. Çünkü bunlar bizim için çok önemli. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Atilla Altop

Son derece yerinde bir konuyu bana sorarsanız çok açık bir şekilde ortaya koydunuz. Uzun gibi geliyorsa da açıklamanız ve sorunuz çok netti. Şimdi evet, önce iyi ki ben eğitim vermemişim diyerek söz başlayayım. Genel işlem koşulları düzenlemesi hakkında saatlerce konuşsak konuları bitiremeyiz. Kısaca söylemek gerekirse, TBK.m.20/II'deki açık hüküm uyarınca, genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Yurt dışındaki meslektaşlar -ülkemizdeki kötü niyetli uygulamaları bilmedikleri için-bu ne anlamsız bir hüküm diye soruyorlar ve bizler de anlatmakta çok zorlanıyoruz. Üzüntü verici bir durum ama kötü niyetli uygulamalara karşı böyle bir hüküm koymak zorunda kaldık. Ben de kanunu hazırlayan komisyonda olduğum için, çok üzülerek de olsa -başka bir ülkede ihtiyaç duyulmayacak olan-böyle bir hükme yer vermek zorunda kaldık. Kanun koyucu ayrıca TBK.m.21/I hükmünde, bu koşulların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesini ve bunların içeriğini öğrenme imkanının sağlanmasını arıyor. Bilgi verme konusunu çok abartmamak lâzım, abartırsanız zaten bu sözleşme hükümlerinin hepsi yazılmamış sayılır.. Ama bence çok büyük sıkıntı yaratacak bir durum da yok. Zira bir finans şirketi, yaptığı bir sözleşmenin, hangi maddelerinin, karşı tarafın aleyhine olacağını, diğer bir ifadeyle genel işlem koşulu niteliğinde olacağını gayet iyi bilir. Onun karşı tarafa sözleşmeyi verip, şu maddelere dikkat et diye onu yazılı olarak uyarması, bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından yeterli olacaktır. Şirket olarak bilgi verme yükümlülüğü kanımca bundan ibarettir. Karşı taraf bu dikkat çektiğim hükümleri ister okur, ister okumaz, ister detaylı değerlendirir, ister aynı gün, isterse üç gün sonra imzalar, bu onun bileceği iş artık. Ben bilgi verme ve sözleşmeye ulaşmasını sağlama yükümlülüğümü yerine getirdim, artık bu genel işlem şartı sayılacak hükümler de sözleşmenin bir parçası haline geldi. Bundan sonra yargıcın içerik denetimi tabii ki söz konusu olacak, ondan kaçınırsınız yok. Zaten genel işlem koşullarında yargıcın bu denetiminden kaçılmasını diye getirildi bu düzenleme. Burada her şeyi eleştiriyoruz ama, doğru

hareket edenlerin haklarını da verelim. Bir çok şirket kendi sözleşmelerini gözden geçirdi, genel işlem koşulundaki içerik denetimine takılabilecek hükümlerini sözleşmelerinden çıkardı. Onların da hakkını yemeyelim. Bu arada sözleşmenin mutlaka fiziki olarak karşı taraf verilmesi gerekmez. Örneğin internetteki web sayfamda sözleşme yer alıyor, inceleyebilirsin, şu maddelere de özellikle dikkat et diyerek de bu yükümlülüğümü yerine getirebilirim. Karşı taraf web sayfam girip sözleşmeyi okur mu okumaz mı, bu onun bileceğı şeydir. Sözleşme’de yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümler sözleşmenin bir parçası olmuştur. Ama bu tabi ki TBK.m.25 hükmü uyarınca yargıcın dürüstlük kuralı çerçevesinde denetim yapmasını engellemeyecektir. Ancak bu denetiminde abartılması gerektiğini vurgulamak isterim. Zira bazı şirketler, mahvolduk, bittik, genel işlem koşulu denetimi geldi diye şikayet ediyorlar.. Ben onlara soruyorum: Gelen denetim nedir? Dürüstlük kuralı denetimi. Zaten bu hüküm olmasa da MK.m.2/1 hükmü uyarınca yargıcın her somut olayda bu denetimi yapması gerekiyor. Aslında getirilen yeni bir şey yok, sadece uygulamada yapılmayan bu denetimin yapılmasını sağlayabilmek için açıkça yargıçlar tekrar uyarılıyor. Ben sözleşmenize dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine hüküm koymak ve bunun geçerli olmasını mı istiyorsunuz diye sorduğumda, zaten tartışma bitiyor. Zira kimse evet bunu istiyoruz diyemiyor.

Hakan Gülelçe

Bu Borçlar Kanunu’na yönelik, Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinde, kısa süre sonra bizim 6361 sayılı kanun yürürlüğe girdi. Bu Özakman Hoca liderliğinde hukukçu arkadaşlarımızdan, şirketlerin hukuk müşavirlerinden oluşan bir çalışma grubu kuruldu. Sözleşmelerimiz uyumlu hale getirildi ve kanuna uygun şekilde imza prosedürü oluşturmak için herkes kendi şirketine göre kural koydu. Kimisi önceden internet sitesinde ilân ederek aynı sözleşmeyi kullanma yoluna gitti, kimisi bir gün önceden belgeleyecek maille gönderme yoluna gitti. Kimisi elden, kimisi kamera önünde... Değişik, değişik şeyler yaptılar. Genel ifadeye istisna olarak bunu söyleyebilirim. Uygulamada bundan taviz veriliyor mu bilemem. Ama sektör olarak bu çalışmalar yapıldı, kararlar alındı uygulanmasını da bekleriz.

Prof. Dr. Atilla Altop

Bildirimin ve sözleşme içeriğini ulaştırmanın hangi yöntemle yapılacağını önemi yok. Önemli olan bir şekilde bu yükümlülüğün gerçekleştirilmesi. Zaten sözleşmenizde böyle hükümler yoksa, hepsi temizlenmişse, zaten böyle bir yükümlülüğünüz de yok. Ama hala biraz tereddüt yaratan hükümler varsa, sadece onlara dikkat edin diye bir uyarı yapıldığını kanıtlarsanız, ileride sıkıntı çekmezsiniz.

Vahit Altun

Vahit Altun, Finansal Kurumlar Birliği. Benim sorum Murat Bey’e olacak. Kendi bölümünde aslında gözden kaçmadı, öğleden sonraki bölümde mesafeli sözleşmelerin oluşturulmasıyla ilgili bir başlığınız da var. Siz, şöyle bir şey söylediniz. Sözleşmelerin oluşturulması, Borçlar Kanununda faks yoluyla, elektronik ortamda yapılabileceğini söylediniz. Bu kapsamda acaba mesafeli sözleşme yönetmeliğı var, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın çıkarmış olduğı. Finansal kiralama sözleşmeleri de bu şekilde tahsis edilebilir mi? Tesis edilebilir mi?

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Yani buradaki şekil düzenlemeleri sadece ad yazılı şekli ortadan kaldırmaya yönelik. Eğer ad yazılı şekil, herhangi bir şekilde nitelikli yazılmış şekle çevrilmişse artık bu yeterli olmayacaktır. Yani biz şunu söylüyoruz, nitelikli yazılı şekille ilgili faksla bir sözleşme kurmanız mümkün değil. Ek olarak el yazısıyla yazılması gerekir.

Vahit Altun

Bu sorum aslında günümüzde biliyorsunuz, dünyada, batılı ülkelerde elektronik ticaret gittikçe ilerlemiş durumda. Hatta bankalar da, finansman kuruluşları da, finans kuruluşları da, bunları artık hızla yapmaktadırlar. Ürünleri alırken aynı anda kredisini de internet üzerinden, elektronik ortamdan sağlayabiliyorlar. Dolayısıyla hani bu gelişmiş ülkeler buraya doğru gittikçe, bizim acaba şu anki var olan düzenlemeleriz, birbiriyle zaman zaman çeliştiklerini düşündüğüm için buna imkân sağlamıyor, imkân vermiyor. Acaba bu konuda ne diyebilirsiniz?

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Bu konuda da zaten elektronik imza kanunu var biliyorsunuz. Bizde de geçerli olan bir şey. Elektronik imza kanunu da ad yazılı şeklinin yerini alabiliyor. Ama teminat sözleşmeleri gibi ad yazılı, yani imzanın yanında ek bir unsurun arandığı şeylerde kullanamıyorsunuz maalesef şu anki düzenlemeleri görünce.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Elektronik imzayı belirlerken, teminat sözleşmelerinde, elektronik imzanın geçerli olmayacağını söylediler. Doğru. Burada şu çok önemli gibi geliyor bana. Finansal

kiralamada Yargıtay'ın kararlarına göre malın mülkiyeti teminatı oluşturuyor. Şimdi acaba, teminat oluşturduğu iddiasıyla elektronik imza yapılamayacak denirse karşımıza bir sorun çıkar. Bunu özellikle belirtelim.

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Bilmiyorum hocam siz ne dersiniz ama ben bu anlamda bir teminat olduğunu düşünmüyorum. O anlamda bir teminat yok ortada. Yani bu teminatlar açısından elektronik imza uygulanmaz derken aslında biraz dar yorumlamak lâzım.

Prof. Dr. Atilla Altop

Ben de aynı fikirdeyim, dar yorumlanmasına katılıyorum. Hocamın da dediği gibi, finansal kiralama sözleşmelerinin, sırf sözleşme konusu malın mülkiyeti teminat oluşturduğu için, ayrıca bir teminat alınmıyor şeklinde algılayıp, bir yasak getirilmesini doğru bulmuyorum. Aksine elektronik imzaya izin verilmesinin daha uygun olacağını ve pratik ihtiyaçlara da cevap vereceğini düşünüyorum.

Hakan Gülelçe

Murat Hocam'a bir iki sorum olacak. Birincisi bu tapudaki, daha doğrusu taşınmaz işlemlerinde alış hakkı da veriyorsa tapuda yapılması söz konusu. Tescilde tarafların, tapuya iki tarafın da, tescil için tapuya müracaat etmeleri, bu koşulun yerine getirilmesi olarak kabul edilebilir mi? Bir sorum bu olacak.

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Aslında tescil diye bir kavram aslında yanlış kullanılıyor. Yani tescil aynı haklar için geçerli bir sistem. Burada şerh edilen bir sözleşme söz konusu. Finansal kiralama sözleşmesinin tapu kütüğünde şerh edilmesi ise, kanımca, alım hakkının da şerh edilmiş olduğu anlamına gelmemeli, alım hakkının da ayrıca şerh edilmesi gerekir diye düşünüyorum. Biraz katı baktığımın farkındayım ama bu açıdan bakınca bana çok mümkün gözüküyor.

Hakan Gülelçe

3226 sayılı kanunda, 25 maddede, sözleşmenin feshinin kiralaların muacceliyetine getirmesi söz konusuydu. 6361 sayılı kanunun, 33. Maddesinde, aynı ifade doğrudan kullanılmamakla birlikte, madde içinde aynı anlama gelecek şekilde, yani vadesi gelmemiş kiralaların da...

33. Geri alınan malın satışından elde edilecek gelirin vadesi gelmemiş kiralara da mahsup edileceği de söyleniyor. Burada bir tartışma konusu var mı, çünkü şirketlerden gelen bazı bilgilere göre, yargıda bu konuda tartışma çıktığından haberdarım, net olmamakla birlikte. Ben hani iki madde arasında bir fark göremiyorum. Ama hani hukukçu olarak sizin görüşünüz nedir?

Doç.Dr. Murat Develioğlu

Yani yargıda ne olduğunu bilmiyorum açıkça söylemek gerekirse. Şurada nasıl bir tartışma olduğunu bilmiyorum.

Prof. Dr. Atilla Altop

FKFFŞK.m.33/l'de kiralayanın fesih halinde vadesi gelmemiş finansal kiralama bedellerinin ödenmesini de kiracıdan talep edebileceği düzenlendiği için, fesih ile birlikte vadesi gelmemiş finansal kiralama bedellerinin -tıpkı FKK'nun yürürlükte olduğu zamanda olduğu gibi- muaccel hale geldiğini kabul etmemiz gerektiği kanısındayım. Zira bunlar muaccel olmalı ki, kiracı ödemek zorunda kalsın. Bu konuda FKFFŞK'nda bir değişiklik yapıldığına ilişkin gerekçede bir açıklama da hatırlamıyorum. O nedenle bir sıkıntı olmaması lâzım. Keşke FKK'nda olduğu gibi açıkça yazılıysaydı diyebilirsiniz tabii ki. Ama ikinci konu, sevgili Murat arkadaşımızın söylediği konu, hakikaten çok enteresan... Finansal kiralama konusu mal satılmazsa ne olacak? Malın satılması için ne kadar süre beklenilecek ve bu süre zarfında kiralayan kiracıdan ödeme talebinde bulunamayacak mı? Şayet kiralayan malın satılmasını beklemeksizin muaccel hale gelenler de dahil ödenmemiş tüm finansal kiralama bedellerinin ödenmesini kiracıdan talep edebilecekse, niye uğraşsın malı satmak için? Satılırsa satılır, satılmazsa satılmaz. Ama dersek ki kiralayan şu kadar zaman içerisinde satarsa satış bedeli, satamazsa malın rayiç değeri kiralayanın alacaklarından düşülecek, o zaman kiralayan bir an önce malı satmak için uğraşır. Ancak ben bunu da çok haklı görmediğimi hep baştan beri söylerim. Finansal kiralama şirketine bir seçim hakkı tanınması gerektiğini düşünüyorum. O isterse -ve kiracıdan alacaklarını tahsil edebileceğine inanıyorsa- malın mülkiyetini kiracıya devredip, tüm finansal kiralama bedeli alacaklarının ödenmesini kiracıdan talep eder, isterse belli bir sürede malı satarsa satış bedelini, satamaz ise malın rayiç bedelini finansal kiralama bedeli alacaklarından düşerek, bakiye bedelin ödenmesini kiracıdan talep edebilir. Ancak kanun böyle bir düzenleme yapmamış. Bir belirsizlik var. Belirsizliğin uygulamada nasıl çözüldüğünü bilen arkadaşlar varsa, özellikle sevgili Murat sen mahkemelerde bilirkişilik yaptığın için biliyorsan, bize açıklamada bulunmalarını rica ediyorum.

Murat Ruben

Burada hiçbir leasing şirketi elindeki bir malı satmamazlık yapmaz. Her şirketin sırtında ciddi bir yük var ve dolayısıyla her şirket kendisine dönen kiracısının artık, kirasının dönmeyeceği kesin malları satacaktır. Burada satarken belli usuller netleştirilmeli midir? Her şirketin kendi içerisinde bunun pratiği vardır. Ama bu dışarıdan tahmin edildiği şekilde bir sorun değildir kesinlikle. Çünkü ben finansal kiralama şirketinde çalışıyorum. Orada biliyorum ve satılması için elimizden gelen bütün gayreti gösteriyoruz. Ayrıca değerinde satılması için de gayret gösteriyoruz. Değeri artarsa zaten önceden de kiracıya ödeme yapıyordu. Şu anda kanunda bu netleştirildi. Dolayısıyla eski ibaredeki o kanunî ibareyi bütünüyle uygulayan leasing şirketi zaten çok fazla yoktu. Orada hak ve mesafeye dikkat ediyorduk. Fakat burada eğer, satılma iradesi çok irdelenerek malın bir tahmini değeri üzerinden borçtan düşölmesi olayını leasing değerinin üzerine yüklersek, bu çok ciddi bir hatayı doğurur ve böyle bir algının üretilmesi bence pratikten dolayı gereksiz bir şeydir. Yani leasing şirketlerine yüklenen bir vebaldir gibi düşünüyorum burada.

Prof. Dr. Atilla Altop

Kural olarak söylediklerine katılıyorum, finansal kiralama şirketleri kural olarak çok iyi niyetlidir, bundan şüphem yok. Yalnız bazı durumlarda kiracının nakit akışındaki sıkıntı nedeniyle finansal kiralama bedellerinin ödenememesi nedeniyle bir fesih durumunda, ben finansal kiralama şirketi olarak alacağımı çok rahat kiracımdan alabileceksam, ola ki malın satışıyla pek fazla uğraşmayabilirim. Kiracısından alacaklarını tahsil edemeyecekse, kiralayan eminim sonuna kadar ve en iyi şekilde malı satmak için uğraşacaktır. Ama biz bir düzenleme yaparken her türlü olasılığı dikkate almalıyız ve açık bir nokta mümkün olduğunca bırakmamalıyız.

Murat Ruben

Bütün şirketler BDDK denetimine tabi. Dolayısıyla burada bir şikâyet olduğunda nihayeti itibarıyla yerindelik denetimini de BDDK burada yapabilir. Burada bir yasal bir boşluk var. Ama leasing şirketi bir ticarethane. Ticarî bir kuruluş. Ve elindeki problemi çözmek için zaten o gayret sarf etmek onun doğasından kaynaklanan bir şey bunu anlatmaya çalışıyorum. ama işin teorik kısmında haklısınız.

Prof. Dr. Atilla Altop

BDDK denetleyecek zaten diyorsunuz. Kanun gereği bir yükümlölüğü yoksa

finansal kiralama şirketinin bu konuda, BDDK neyi denetleyecek? Bu konuda mahkemeler ya da BDDK olsa olsa kiralayanın zararı kendi kusuru ile arttırmama yükümlölüğüne aykırı hareket edip etmediğini denetleyebilirler ve mahkemeler, kiralayanın (finansal kiralama şirketinin) malın geç veya düşük bedelle satılmasında birlikte (müterafık) kusuru varsa, onun alacağında bir indirim gidebilirler.

Murat Ruben

Şu anlamda söylüyorum. Sonuçta kurumsal yönetim ilkelerine tabi bütün şirketler. Bu anlamda departman arası süreçlerin yerindelik açısından hepimiz sonuçta bir kurala tabiyiz. İş usulüne göre, iyi niyet kurallarına göre yapmalıyız.

Prof. Dr. Atilla Altop

Anladığım kadarıyla uygulamada bunun nasıl olacağını tam olarak bilemiyoruz; bir belirsizlik var. Kiralayan üç sene malı satamazsa ne olacak ? Bir an önce kiralama bedellerini almak isteyen kiralayan, malın satılmasına kadar kiracıdan ödeme talebinde bulunmak için bekleyecek mi?

Murat Ruben

Hocam sizin düşüncenizden gidersek, kiracı daha çok zarar edecek. Şu anlamda söylüyorum. Şimdi siz icra iflâs kanunundaki hükmü uygulayın burada. Diyelim ki ihaleye çıkarılsın ve %50 değerinden ihale edilsin alıcı çıkmadığında. Şimdi buna eğer getirdiğiniz zaman sonuçta leasing şirketi ne yapıyor, özü itibarıyla, malı değerinden satma yoluyla bunu internet sitesinde yayınlıyor. Ve satış kanallarını zorluyor:

Eğer siz bunu, bu usulü getirirseniz, sonuçta bir malın reel satış değerini ortaya koyacak bir kendinize bir nokta yakalayacaksınız. Bu icra iflâs kanununda ihale %20 çıkar.

Dolayısıyla teori ilkesini çok fazla nasıl olacağından kurtulmak açısından kendimize burada bir mihenk taşı yakalayacağız. Bu da bir değeri olacak. Malın reel değeri altında olacak. Şimdi eğer siz bu cihetle giderseniz, leasing şirketleri o zaman minimum bir ihale bedeliyle bunu yakaladığında, bu sefer bu mallar değerlerinin çok altlarında satılır. Ve satılma bedeli kiracının borcundan düşeceği için, nihayetinde kiracının borcundan daha az borç düşüşü olur. Yani siz bir şey düzenlemeye çalışırken burada doğal sonucu itibarıyla onun aleyhine bir nokta yakalamış da olabilirsiniz. Sadece bunu bilgi açısından..

Prof. Dr. Atila Altop

Benim önerdiğim çözümde kiralayan zarara uğrayabilir? Ama ben şu andaki sistem içerisinde finansal kiralama şirketi olarak soruyorum : Ben malın satılmasını beklemeden ve hiçbir bedel düşmeden tüm finansal kiralama bedeli alacaklarımı kiracıdan talep edebilecek miyim? Kiracının seçtiği bir malı finanse etmişim, o nedenle de ödemelerini geciktirerek sözleşmeyi feshetmeme neden olan kiracıdan paramı bir an önce geri almak istiyorum haklı olarak.. Şimdi kanunda malın satılamaması olasılığına hiç değinilmeksizin, malın satılması halinde satış bedelinin kiralayanın finansal kiralama bedeli alacaklarından indirileceğinin düzenlenmiş olması karşısında, ödeme gücü olan kiracının malvarlığı değerlerini paraya çevirterek alacağımı eksiksiz tahsil edebilecek miyim malı satamamama rağmen? Uygulamada nasıl olacak gerçekten merak ediyorum.

Soru

Ya da bankadan ipotek aldığı şeyleri satarken orada zarara uğramıyor mu, ipotek veren?

Prof. Dr. Atila Altop

Büyük olasılıkla zarara uğruyor ipotek veren kaçınılmaz olarak.

Soru

O zaman kötü niyeti açarız, kötü niyeti açtığımız zaman; 6 ay bunu çalıştırır. Hatta motorunu falan da söker. Söker 100.000 Euro'luk bir araca olur değeri 10.000 Euro. Siz elinize alırsınız 10.000 Euro'yu yakaladınız. Koydunuz ekrana 2.000 Euro kimse vermiyor. demir fiyatına satacaksınız. O zaman leasing şirketinin, zararını kim karşılayacak? O da ayrı bir case. Zaten burada, şöyle bir şey bakın. Şöyle bir şey var. Yani burada ben Halk Faktoring'in Genel Müdürüyüm ben bu arada. Daha önce de katılım bankalarında leasing işlemlerini falan yaptık. Bu tip sorunlar zaman zaman bizim başımıza da geldi. Biz o zaman dedik ki bu leasingi yapmayalım. 2003 – 2004 döneminde dediler ki, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı her ithal ettiğiniz ürünün servisini, garantisini, bakım sonrasını koymak zorundasınız. Bütün leasing şirketleri ve katılım bankaları dedi ki biz binlerce ürünün ithal ediyoruz ve satıyoruz. Bunların servisini, ustasını, şeyini ve nereden bulacağız? Dolayısıyla leasing şirketleri ya da katılım bankaları, yurt dışından bir ürünün ithalâtına aracılık yapamaz hale gelmiştir. Daha sonra bunu genişlettiler. Nihayetinde bakmamız gereken şu; biz leasingler olsun, finansman şirketleri olsun, faktoringler olsun biz

birer finansal şirketiz. Ticarete aracılık etmemize rağmen. Şurada konuştuğumuz şeyler, bir finansal kiralama şirketinde, bir malın, adam iş makinesi alacak müteahhit ben ne anlarım. Yani bu ayıplı mıdır, ayıplı değil midir? Ayrıca böyle bir sorunumuz var. Biraz önceki arkadaşların da bahsettiği sözleşmelerde, ben bunu bankalarda da yaşadım. Şimdi okudum bir hafta önce de şartların hepsini kabul ediyorum. Biz zor attık sonrası şu diyecekler ki bu kişi kendinde değildi ya da yalan yazdı. İki tane de şahit koysunlar. Bu sefer sözleşmelere giderken, bankaya kredi kullanırken, vallahi billâhi iki tane de şahit niteliklerine haiz iki tane de şahit koydum. Bundan sonra da diyecek ki bu şahitler bu konuda bilgili olsun ya da yurt dışındaki uygulamadaki gibi muhasebe danışmanı olsun ya da avukat ile gitsin bu sözleşmeyi imzalasın. Ya 10.000 liralık bir kredi imzalarken, yalnız avukatınızı da götürreceksiniz o zaman. Ben ne anlarım ki o 50 sayfa, bankacı olduğum halde. Ben de kredi kullanıyorum. Herkes, okudum, imzaladım yapıyoruz. Ondan sonra diyebilirim ki benim şekerim vardı. Bunu imzalarken her şey, kafam da yerinde değildi, bastım şeyi. Hocamın daha önceki bir toplantımızda şöyle bir sözü vardı. İşte Amerikan hukukunda, yasalarında satıcıyı korur, Avrupa müktesebinde de borçluyu korur. Borçluyu nereye kadar korur? Burada hâkimin ya da mahkemenin her şey vicdanına kalmış vaziyette. Nihayetinde bazı şeyleri söylüyoruz ama bildiğimiz soruların, cevabını bildiğimiz soruları soruyoruz. Burada bu işin artık iyi niyetle kötü niyet... Hâkimlerin bile iyi niyetinden kötü niyetinden belki öyle de bakmak lâzım. Şimdi adam iflâs erteleme... Sektörümüzün iflâs erteleme olayı var. Şimdi, İstanbul'daki bir holding gidip bilmem Çorlu'daki bir adliyeden, bir mahkemeden iflâs erteleme almışsa... Gittiğimiz zaman bizim şirketleri, finansal şirketler, faktoringler, bizim istirdat davalarında, menfi tespit davalarında baktığımız zaman, böyle bir şeyin takibini yapıp teknik sorumluluğu almamız bile son derece yanlış. Ne kadar nereyi kurtarırsak herhâlde ordaysız.

Soru

Şimdi uygulamada şöyle oluyor bir teknik bilirkişi tayin ediliyor ve teknik bilirkişi malın değerini saptıyor. Ama bu da tabii zorunlu değil. Neticede bir malın rayiç bir değeri vardır. Bir arabanın. Fakat o rayiç değere satamayabilirsiniz. Yani bunu da leasing şirketine yüklemek mümkün değil bana kalırsa. Yani 10 lira bilirkişi tespit etti, ben 8 liraya sattım ve 7 liraya sattım. Yani burada bir kötü niyet yoksa yani Medenî Kanunu'nun dürüstlük kuralına giderekten bence bir çözüme varılabilir. Teşekkürler.

Prof. Dr. Atila Altop

Teşekkürler.

Hakan Gülelçe

Hocam bu konuda, kiracıların hak kaybına uğraması durumunda, ihtar çekme hakları var. En azından kayda geçmesi için. Ya da BDDK 'ya şikâyet. Tüketici şikâyetleri ile ilgili daire var. Oraya bir şikâyet olabilir. Bugüne kadar bu konuda gelmiş bir şikâyet yok. Yunus Bey'in söylediği gibi, bu bizim çalışma esaslarımıza aykırı bir durum. Teminatlar olabilir. Bunların üzerine gideriz. Mal satılmaya çalışılır. Hangisinden önce tahsilât yapılırsa, tahsilde mükerrerlik olmamak kaydıyla, tahsilât gerçekleştirilir. Eğer ipotek nakde çevrildiyse, alacağımız oradan alınır. Mal satılır. İade edilir ya da satılıp değeri verilir. Yani bu konuda bir...

Prof. Dr. Atila Altop

Ben tekrar edeyim. Kiralayan malın satılmasını beklemeden ve hiçbir bedel düşmeden tüm finansal kiralama bedeli alacaklarını kiracıdan talep edebilecek mi ? Onu merak ediyorum.

Soru

Hocam o sorduğunuz soru aslında 33.maddedeki muacceliyetle tam beraber tartışılması gerekiyor. Burada dedik ki; biraz önceki tartışmada muacceliyete gerek yok. Çünkü zaten öderdi. Hüküm var dediniz. Çok da öyle değil aslında piyasaya baktığınızda. Çünkü önce satacak. Ondan sonra.

Prof. Dr. Atila Altop

Ben de onu soruyorum. Kanunda satılamama olasılığına hiç değinilmeksizin, malın satılması halinde satış bedelinin kiralayanın finansal kiralama bedeli alacaklarından indirileceğinin düzenlenmiş olması bir sıkıntı yaratıyor mu uygulamada finansal kiralama şirketleri açısından?

Soru

Burada muacceliyeti siz nasıl göreceksiniz? Aşağıda çünkü teminatların paraya çevrilmesi var. Yani burada kanunu okuduğunuzda sanki şey gibi anlamanız gerekiyor, önce satacak veya bedeli düşecek.

Prof. Dr. Atila Altop

Kanunda kiralayanın arada kalan farkı isteyeceğinin belirtilmiş olması karşısında

uygulamada bir sıkıntı yaşıyor mu finansal kiralama şirketleri diye soruyorum ben de?

Soru

Burada mesela yaşadığımız şeyler vardır. Bütün alacaklı için finansal kiralama şirketleri çok büyük oranda senetlerle takibe geçiyor. Bütün alacak için. Şöyle bir tartışma. O senetlerin tamamı için güncel borç bakiyeleri üzerinden ihtiyati haciz talebinde bulunuyoruz. Mahkeme diyor ki peki mal nerede? Sattığınızda borçtan düştünüz mü? İhtiyati haciz kararına yapılan bir itirazın tartışma konusu veya ipotek takibine yapılan bir itirazın tartışma konusu. Yani burada muacceliyetin ben

Prof. Dr. Atila Altop

Mahkeme soruyor mu bunu? Eğer soruyorsa o zaman finansal kiralama şirketleri açısından sıkıntı yaratacak bu durum. Böyle net olmayan ve her olasılığı dikkate almayan düzenlemelerde hep sıkıntı var ve hangi tarafa sıkıntı yaratacağı da hiç belli olmuyor.

Soru

Benim sorumun hocam devamı da bu işte yani. Burada bu hüküm varken siz muacceliyet var diyebilir misiniz?

Prof. Dr. Atila Altop

Zorluk olabileceğini düşündüğüm için sordum ben de. Zira malın satılamaması durumu ile ilgili hiçbir düzenleme yok. Teşekkür ederim.

Soru

Avukat Tezcan Kutlu. Vakıf Leasing. Benim sormak istediğim kanunun 31.maddesindeki sözleşmenin feshi ile ilgili düzenlemeler. Kiracıya eğer sözleşme sonunda satın alma hakkı tanıyorsa, 60 gün ihtar zorunluluğu var. Ama maddenin devamında bir sanki istisna hükmü var. Üst üste bir kira dönemi içerisinde iki kira orada biraz takılıyor. Şimdi 60 günden az süre veremez derken yukarıda, bir sonraki düzenlemede, üst üste iki kiradan bahsediyor. Burada sizin düşünceniz nedir? Yani burada eğer üst üste iki kiradan dolayı bir 60 günlük süre vereceksek,

zaten ilk kısmı işlevsiz hale getireceğiz. Bir de devamlılığını, kanunun alt kısmında, yine aynı maddeden, bu tedbir kararları verilmesi halinde teminat mektubu vererek tasarruf hakkı tanınıyor bu leasing şirketine. Ama taşınmazlarda biraz böyle uygulaması çok zor oluyor. Çünkü kanun, taşınmazın kaydında şerh oluyor. Biz tedbir kararı alıp, uyguladığımız zaman, mahkemeden mektubu sunmamıza rağmen şerhin kaldırılması ile ilgili bir karar alamıyoruz. Çünkü yargılamayı gerektirmektedir deyip, bizi iki yıl, üç yıl bekletebiliyor. Bu konudaki görüşlerinizi rica ediyorum.

Prof. Dr. Atilla Altop

Şimdi ilk kısma ilişkin olarak, tekrar bir 30 veya 60 günlük süre verilmesi gerekmediğini düşünüyorum. Çünkü hem madde metninde böyle bir süre verilmesinden söz edilmiyor, hem de buna benzer Borçlar Kanunumuzda kira sözleşmelerine ilişkin m.352/II hükmündeki düzenlemede de süre verilmesine gerek olmaksızın fesihten söz ediliyor. Ancak o hükümden farklı olarak burada feshin ne zaman gerçekleştirilebileceğine ilişkin bir ifadeye yer verilmediği için feshin ikinci -haklı- ihtardan sonra derhal yapılabileceğini kabul etmek gerekiyor. Tek bir kira bedelinin ödenmemesi durumunda 30 veya 60 gün süre sonunda feshin bir yıl içinde arka arkaya iki veya toplam üç kira bedelinin ödenmemesi durumunda derhal feshin, kiralayana tanınan birbirinden farklı koşullara tabi iki farklı feshin hakkıdır. Öbür sorunuza gelince, ilginç bir soru açıkçası. Ancak mahkemelerin teminat mektubu karşılığında kiralayana mal üzerinde tasarruf hakkı tanınmaları durumunda, daha önce kiracı tarafından taşınmaza finansal kiralama sözleşmesinden doğan hakkı ile ilgili koydurulmuş olan şerhin kaldırılmasına karar vermediklerinde tasarruf hakkının tanınmış olmasının pek bir anlamı kalmayacaktır. Zira şerh kaldırılmazsa, üçüncü kişiye satış yapıldıktan sonra, mahkeme feshin haksızlığına karar verdiğinde, kiracı koydurduğu şerhe dayanarak malın zilyedliğinin—finansal kiralama sözleşmesinin süresi sona erene kadar- kendisine verilmesini yeni malikten de talep edebilecek ve hatta alım hakkı varsa onu da kullanabilecektir. Böyle bir durumda bu riski göze alarak malı satın alacak üçüncü kişi zor bulunacak ve bulunursa da malın satış fiyatı çok düşecektir. Keza kanunda, sözleşmenin feshinin haksız olduğuna karar verilmesi hâlinde kiralayanın, kiracının zararını tazminle yükümlü olduğu belirtilmiş olup, buradaki zarar kiracının malın zilyedliğine kavuşamaması nedeniyle uğrayacağı zarardır ve kiralayan da bunu tazmin edecektir. Yoksa kiracı bu durumda malın zilyedliğini malı satan üçüncü kişiden alabilecek ve alım hakkını da kullanabileceyse, ortada tazmini gereken bir zarar kalmayacaktır. Ancak diğer taraftan da, feshin haklı olup olmadığına henüz karar vermemiş olan mahkeme, finansal kiralama sözleşmesi sona ermiş gibi şerhin kaldırılmasına karar vermekten haklı olarak çekinecektir.

Zira feshin haksız ise, o takdirde sözleşme sona ermemiş olacaktır. Bu nedenle mahkemelerin şerhi kaldırmakta tereddüt göstermelerini anlayabiliyorum. Kanun koyucu keşke sözleşme konusunun taşınmaz olduğu durumlarda, kiralayana tasarruf yetkisinin tanındığı hallerde, kiracının sözleşmeden kaynaklanan hakkına ilişkin şerhinde kaldırılmasına karar verileceğini açıkça düzenleseydi.

Soru

Merhabalar Yatırım Leasingden Yasin. Sale and leaseback ile alakalı bir konu soru soracağım Şimdi örneğin bir firma gayrimenkullerini tapuda teferruat listesine ekletti. Bizde bu menkullere sale and leaseback kapsamında işlem yaptık. Tapuya da bunu bildirmedik. Bir süre sonra firma gayrimenkul teminat verdi. Olası hukuk sürecinde. Şimdi leasing şirketi mi, yoksa yani gayrimenkulleri leasing yapan mı, yoksa menkulleri leasing yapan mı diye sorayım fark etmez. Nasıl bir süreç ile karşılaşabiliriz? Sizin görüşünüz ne burada? Yani leasing şirketi menkulleri yaparken, öyle baş başa mı kalır? Yoksa ipotek borçlusu mu güçlü duruma düşer? Yani tapu kaydı alenidir ibaresinden dolayı.

Prof. Dr. Atilla Altop

Şimdi tabi ipoteğin kapsamına tapuda teferruat listesinde yazılı bütün şeyler de dâhildir ve tapu kütüğü de alenidir. Öbür tarafta Birlik bünyesinde tutulan özel sicil de alenidir ve FKFFŞK.m.22/V uyarınca tescilden sonra üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisapları kiralayana karşı ileri sürülemez. Finansal kiralama işlemi ipotek işleminden daha önce gerçekleştiği için, mahkemenin önüne bu uyuşmazlık gelince, kiralayanın (finansal kiralama şirketinin) mülkiyet hakkına öncelik tanınacaktır ve ipotek hakkını sonradan iyi niyetle kazanan kişi, bu hakkını kiralayana karşı ileri süremeyecektir.

Doç. Dr. Mehmet Erdem

Tabi rehinde, ipotekte ayrı tutulmamış. Teferruatlar da rehine dâhil sayılıyor. Orada yazılıp yazılmaması önemli değil. Hani teferruatı yazmadık ama zaten kanunen teferruat. O ipoteğe dâhil. Ama üçüncü kişinin hakları saklıdır şeklinde bir hüküm var yanlış hatırlamıyorsam. Acaba orada leasing şirketi bunu ileri sürebilir mi? Ama ipotek tesis edilirken eğer bir leasing varsa dolayısıyla bunun da aleniyeti gereğince bence ipoteğin içine, kapsamına dâhil edilmemesi gerekir. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Atilla Altop

Evet, çok teşekkürler. Tartışmayla hakikaten çok büyük katkı sağlandı bence.

Hepinize çok teşekkür ediyoruz.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Gerçekten çok katılımlı, heyecanlı ve sorgulayıcı bir dönem geçirdik. Şimdi öğleden sonra üç konuşmacı arkadaşımız bizi bilgilendirecekler. İlk önce Yard. Doç. Dr. Mehtap İpek. Mehtap'ın konusu Mesafeli Sözleşmeler. Ben şimdi müsaadenizle Mehtap'a bırakıyorum. Evet, Mehtap teşekkürler.

Yard. Doç. Dr. Mehtap İpek

Öncelikle ben de tekrar hoş geldiniz demek istiyorum. Sayın hocalarım, saygıdeğer konuklarımız. Benim konum, mesafeli sözleşmelerin kurulması. Mesafeli sözleşmeler 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. maddesinde düzenlenmiş. Kanun'un 48. maddesinin 1. fıkrasında öncelikle mesafeli sözleşmenin tanımına yer verilmiş. Tanımı müsaadenizle okumak istiyorum size. Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcıyla tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler olarak ifade edilmiş. Mesafeli sözleşmelerde 48. maddenin 1.fıkrasındaki tanımdan da anlaşılacağı üzere sözleşmenin meydana gelmesinde, iki tane önemli olgu vardır. Bu iki olgunun birlikte gerçekleşmesi aranır. Bunlardan birincisi; irade beyanlarının uzaktan iletişim tekniği kullanılmak suretiyle açıklanması, yani tarafların fiziksel olarak bir araya gelmemeleri. Diğer unsur ise satıcı ve sağlayıcı tarafın, tamamen kendi işletmesine özgü sürekli ve düzenli işleyen bir yapıya sahip organize, mesafeli sürüm sistemini oluşturması. Bu iki olgunun varlığı halinde mesafeli sözleşmenin varlığı kabul edilir. Söz konusu şartları taşıması halinde, herhangi bir sözleşme, mesafeli sözleşme olarak kurulabilmektedir. Kanun'un 48. maddesinin 6. fıkrası mesafeli sözleşmelerin kapsamına girmeyen sözleşmelerin neler olacağını yönetmelikle belirleneceğini, diğer usul ve esasların da yönetmelikte açıklanacağını ifade etmiştir. İlgili düzenlemeye dayanılarak 27.11.2014 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği yayımından sonra yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin yayınlanmasıyla birlikte 2011 tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesinde yine tanımlara yer verilmiş ve mesafeli sözleşmenin tanımı yönetmeliğin 4. maddesinin e bendinde yer almıştır. TKHK m.48'deki tanımı aynen Yönetmeliğin 4. maddesinin e bendinde de tekrar edilmiştir. Tanımda herhangi bir farklılık mevcut değildir. Yönetmeliğin 4. maddesinin h bendinde ise

uzaktan iletişim araçlarının neler olabileceği belirtilmiştir. Sayılmak suretiyle, örneklenmek suretiyle "uzaktan iletişim aracı" tanımına yer verilmiş; mektup, katalog, fax, telefon, radyo, TV, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortam uzaktan iletişim aracı olarak ifade edilmiştir. Burada dikkat etmemiz gereken husus şudur: Yönetmeliğin uygulanabilmesi için mesafeli sözleşmenin mutlaka bir tüketici ve satıcı sağlayıcı arasında gerçekleşmesi gerekir. Yine satıcı, sağlayıcı, tüketici tanımlarına Yönetmeliğin 4. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre sağlayıcı kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan, ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, satıcı kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan, mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişiyi ifade etmektedir. Mesafeli sözleşmelere konu edimler geniştir. Mesafeli Sözleşme Yönetmeliğinin kapsamına girmeyen sözleşmeler, yine yönetmeliğin 2. maddesinin 2. fıkrasında sayılmıştır. Bunların hepsini burada saymayacağım. Oldukça geniş, ama birkaç tanesini söylemek gerekirse, otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar, bahis, çekiliş, piyango vb. şans oyunlarına ilişkin hizmetler, taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, konut kiralama, paket turlar bunlardan bazıları olarak sayılabilir. Yine, tamamen geçici veya rastlantısal bir işletme etkinliğine bağlı olarak yapılan işlemler mesafeli sözleşme kavramına dâhil değildir. Mesafeli sürüm sisteminin varlığı konusunda tüketici lehine de bir karine bulunmaktadır. Mesafeli sözleşmeler, kendi başına bir sözleşme tipi olmadığından, ilgili hükümler sözleşmenin kuruluş tarzına ilişkin olduğundan, gerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, gerekse yönetmelikte mesafeli sözleşmelerin kurulmasına ilişkin bir hüküm mevcut değil. Temel alınan Avrupa Birliği yönergelerinde de bu husus üye devletlerin milli hukuklarına bırakılmıştır. Dolayısıyla, Türk Hukuku'nda da sözleşmelerin kurulmasına ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlenir, sözleşmenin kurulması. BK 1. madde uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla sözleşme kurulacaktır. İrade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması suretiyle dışa yansıtılmalarının klasik usuller dışında elektronik ortamda yapılması da sonucu değiştirmeyecektir. Elektronik ortamda kurulan sözleşmelerin de kuruluş aşamaları yine genel olarak farklılık göstermeyecektir. Sözleşmelerin kurulması Borçlar Kanunu'nun 1.maddesi ile başlar, 1 ile 11. maddeler arasında kuruluş şekli tamamen düzenlenir. Bu söz konusu hükümler mesafeli sözleşmeler için de geçerli olacaktır. BK birinci madde uyarınca sözleşmenin kurulmasındaki asli unsur karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanının

varlığıdır. İrade beyanlarından ilkinde, zaman itibarıyla öncelikle yapılan teklife öneri adı verilir. Önerinin sözleşmenin esaslı unsurlarını taşıması ve aynı zamanda bağlanma niyetini de kapsamı gerekir. Öneri yöneltilmelidir. Kabul, öneride belirtilen nitelikler çerçevesinde sözleşmenin kurulmasını sağlayan ve öneride bulunana varması gereken yine tek taraflı bir irade beyanıdır. Kabul beyanıyla sözleşmenin kurulabilmesi için kabul beyanının öneriye uygun olması ve bağlanma süresi içinde de öneride bulunana ulaşması gerekmektedir. Uzaktan iletişim aracı ile kurulan sözleşmeler. Burada üç ana başlık altında inceleyebiliriz Uzaktan iletişim aracı ile kurulan sözleşmeleri ilk olarak katalog, reklam broşürü veya dergi ilanından seçme yoluyla kurulan sözleşmeler, ikinci olarak sesli iletişim yolu ile kurulan sözleşmeler, üçüncü olarak internet üzerinden kurulan sözleşmeler uzaktan iletişim aracı ile kurulan sözleşmelere örnek olarak verilebilir. Katalog, reklam broşürü veya dergi ilanından seçme yolu ile kurulan sözleşmelere baktığımız zaman, Borçlar Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrası tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesini aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri saymaktadır. Dolayısı ile katalog, reklam broşürü veya dergi ilanı söz konusuysa önerinin varlığı kabul edilir. Yine taraflar doğrudan interaktif şekilde görüşmediğinden hazır olmayanlar arasındaki önerinin varlığı kabul edilir ve Borçlar Kanunu'nun buna ilişkin hükmü, yani 5. maddenin uygulama alanı bulur. Telgraf, telex, fax ile yapılan öneriler de hazır olmayana yapılmış önerilerden sayılır. BK 5. madde ne diyor? BK 5. madde süre tayin olunmaksızın, süre tayin edilmeksizin yapılan önerinin zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın bekleneneği ana kadar öneride bulunana bağlayacağını ifade ediyor. Diğer bir uzaktan iletişim aracı sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmeler: Telefon üzerinden yapılan aramaları bunlara örnek olarak gösterebiliriz. Borçlar Kanunu'nun 4. maddesinin 2.fıkrası telefonla aracılığıyla kurulan sözleşmeleri hazır olanlar arasında yapılmış sayılacağını kabul eder. Hazır olanlar öneriyi yapıldığı anda öğrenecek kimseler anlamına gelir. Borçlar Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri derhal kabul edilmezse öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulacaktır. Öneri süreli ise, yani kabul için bir süre tayin edilmiş ise öneride bulunan süre dolana kadar önerisiyle bağlı kalacaktır. İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler. İnternette yapılan elektronik irade beyanlarının hazırlar arasında olup olmadığı, başvuru internet aracının çift yönlü veya tek yönlü iletişim olanağı sağlayıp sağlamamasına göre değişiklik arz edecektir. İnternette hazır olanlar arasında yapılan öneri olarak sayabileceğimiz iletişim araçları, internet telefonu aracılığıyla yapılan öneriler olabilir, görüntülü internet telefonu aracılığıyla yapılan öneriler olabilir veya internette sohbet sırasında yani on-line chat sırasında yapılan öneriler olabilir. Bu sayılanlar hazır olanlar arasında yapılan öneri olarak ifade edilir. İnternet telefonu aracılığıyla iletişimde, internet ortamında sabit bir ağı

bağlı olarak ya da taşınabilir bir telefon üzerinden uzaktan sesli iletişim olanağı sağlanabilmektedir. Kişinin burada sadece internet üzerinden ilgili programı indirmesi, programı kullanması için yeterli olacaktır. Yine burada geleneksel telefonlarda olduğu gibi internet telefonu aracılığıyla kurulan iletişim halinde de hazırlar arasında sözleşme ilişkisinden söz etmek gerekecektir. Görüntülü internet telefonu aracılığıyla yapılan öneriler: Burada aynı şekilde, taraflar arasındaki iletişim hazırlar arasında doğrudan ve aracısız kurulmaktadır. Dolayısıyla, hazırlar arası mesafeli elektronik sözleşme olarak nitelemek mümkün olacaktır görüntülü internet telefonu ile yapılan sözleşmeleri. İnternette sohbet sırasında diğer bir ifade ile on-line chat sırasında yapılan önerilerde kişiler birbirleriyle canlı iletişim imkanına sahip olduklarından, birebir görüşmeye olanağı söz konusu olduğundan, hazırlar arasında yapılan öneri sayılacaktır. İnternette hazır olmayanlar arasında yapılan öneriler web siteleri üzerinden yapılan öneriler veya elektronik postalama şeklindeki öneriler olarak ifade edilebilir. Web siteleri üzerinden yapılan önerilerde içerikleri bir server'a bağlı web sitelerinin sayfalarından, on-line elektronik sipariş formlarıyla yapılan mal ve hizmet sunumları söz konusu olmaktadır. Bu sunumların niteliği tartışmalıdır. Öneri mi yoksa öneriye davet mi olduklarının önceden değerlendirilmesi gerekmektedir. İlanı yapanın stokunu da güncellemesi söz konusuysa burada önerinin varlığı kabul edilmektedir. Elektronik ortamda bir hizmet sağlanması söz konusu ise burada tartışma söz konusu değildir; zira burada stok sorunu söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, elektronik hizmet sunumu söz konusuysa, burada bir önerinin varlığı kabul edilecektir. Müşteri web sitesi üzerinden malı sipariş ettiği anda edimi otomatik olarak bilgisayarına indirmek suretiyle elde edebilecek, sözleşme yerine getirilmiş olacaktır.

Elektronik postalama şeklindeki öneriler:

Burada genellikle *e-postalar, internet üzerinden posta transfer protokolleri uyarınca işleyen posta sunucuları aracılığıyla gönderilip ilgili kişiye ulaştırılmaktadır. Aralarında e-postalama ilişkisi kuran taraflar hali hazırda ve her an etkileşim içerisinde değildir. O yüzden hazır olmayanlar arasında yapılmış bir icap, öneri söz konusudur burada. İnternet vasıtasıyla yapılan öneriyle bağlılık süresi. Burada süreli bir öneri söz konusuysa, öneride bulunan bu süre sona erene kadar önerisiyle bağlı olacaktır. Süre belirlenmeden öneride bulunuldu ise yine önerinin hazır olanlar arasında yapıp yapılmamasına göre öneriyle bağlılık süresi değişecektir. Hazır olanlar arasında yapılan öneri ile bağlılık süresi, Borçlar Kanunu'nun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Burada eğer süresiz bir öneri söz konusuysa öneri derhal kabul edilmedikçe, reddedilmiş sayılacaktır. Yani sözleşme kurulmamış sayılacaktır. İnternet telefonu aracılığıyla yapılan*

öneri derhal kabul edilmediği takdirde öneriyle bağlılık sona erecektir. Hazır olmayanlar arasında yapılan öneriyle bağlılık süresi, burada Borçlar Kanunu'nun 5.maddesi devreye girecektir. Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye öneri de yapılmışsa, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşması anına kadar öneride bulunan beklemek durumunda kalacaktır, önerisiyle bağlı olacaktır. Satıcı sağlayıcıya ait web sitesi sayfasında bir öneri beyanı söz konusu olduğunda tüketici web sitesindeki bilgilere erişebileceği ölçülerle sınırlı bir süreye ihtiyaç duyacaktır. Öneride bulunanın önerisiyle bağlılığı normal bekleme süresinin geçmesiyle sona erecektir. İnternet üzerinden yapılan kabul beyanlarına baktığımızda ise hazır olanlar arasında yapılıp yapılmamasına veya yazılı veya sözlü beyan edilmesine göre kabul beyanının muhataba ulaşması ve sözleşmenin kurulması anı farklılık arz edecektir. Hazırlar arasında yapılan kabul beyanı, internete özgü telefon hattı üzerinden kullanıcı tüketici ile satıcı sağlayıcı arasındaki mesafeli sözleşme, tüketiciye ait bir elektronik öneri beyanının girişimci tarafından kabul edildiği anda kurulmuş ve aynı anda hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacaktır. İnternet üzerinden karşılıklı iletişim içerisinde eş zamanlı canlı sohbet odalarında yönetilen görüşmelerde ise kabul beyanları, hazırlar arasında gerçekleşen elektronik irade beyan niteliği taşıyacaktır. Hazır olmayanlar arasında yapılan kabul beyanı: E-posta üzerinde iletişim kurulması halinde kişinin e-postasına ulaşan mesajın onun fiili egemenlik alanına girdiği kabul edilecektir ve ulaşma anı, egemenlik alanına girme anı olarak kabul edilecektir. Kabul beyanı satıcı sağlayıcıya ulaştığı anda sözleşme kurulacaktır. Borçlar Kanunu'nun 11.maddesi, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin, kabulün gönderildiği andan başlayarak hüküm doğuracağı esasına yer verir. Yani sözleşmenin kurulma anı ve hükümlerini doğurma anı, birbirinden farklı olacaktır. Sözleşme hükümlerini geriye etkili olarak doğuracaktır. İnternet üzerinden yapılan öneri ve kabulün geri alınması Borçlar Kanunu'nun 10.maddesinde düzenlenmektedir. 10.madde uyarınca, geri alma açıklaması diğer tarafa öneriden önce veya öneriyle aynı anda ulaşmış ya da daha sonra ulaşmakla birlikte, diğer tarafça önceden öğrenilmiş olursa öneri yapılmamış sayılacaktır. Kural olarak e-posta yoluyla açıklanan irade beyanlarının geri alınabilmesi kabul edilir. Ancak, burada şunu da göz ardı etmemek gerekir: e-postanın ulaşması çok hızlı olacağı için bu süreler de çok sınırlı olacaktır. Her ne kadar e-posta yoluyla açıklanan irade beyanlarını geri almanın kabul edildiğini ifade etsek de, ulaşma çok hızlı olduğundan pratikte bir etkisi olmayacaktır. 10. Maddenin, internet telefonu, internette anında aktarımlı sohbet, tartışma, haber ve konferans tekniklerine dayalı internet sözleşmelerinde, hazırlar arası öneri ve kabul beyanlarında eş zamanlı iletişim söz konusu olduğu için beyan sahibi tarafından, beyanın geri alınamayacağını ifade etmek gerekecektir. Burada önemli olarak ön bilgilendirmeden de bahsetmemiz gerekecektir. Mesafeli Satış

Yönetmeliği'nin 5.maddesinde satıcı sağlayıcının ön bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir, bu bir önceki yönetmelikten daha kapsamlıdır. Ön bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiştir. Satıcı sağlayıcı yazılı olarak ve 12 punto olmak üzere okunabilir bir şekilde tüketiciyi bilgilendirmek zorundadır. Bunun önemi nerede? 7.madde açıkça, satıcı sağlayıcı, satıştan önce tüketicinin ön bilgileri edindiğini ortaya koyamazsa sözleşme kurulmamış sayılacaktır, bu sebeple önemlidir. Yine yönetmeliğin 8.maddesi, Satıcı ve sağlayıcının, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmek durumunda olduğunu düzenlemiştir. Burada da eğer bu bilgilendirme gerçekleştirilmezse tüketicinin siparişiyle bağlı olmayacağı 8.maddede açıkça ifade edilmiştir. Cayma hakkı yine yönetmeliğin 9.maddesinde ifade edilmiştir. Burada 14 günlük süre söz konusudur. Tüketici 14 gün içinde kendisine sunulan hizmetten, sebep göstermeksizin ve herhangi bir cezayı şart ödemeksizin geri dönebilecektir. Aldığı malı iade edebilecektir. Burada tüketicinin cayma hakkını kullanması için malın kendisine teslimini beklemesine gerek yoktur. Mal kendisine teslim edilmeden önce de cayma hakkını kullanabilecektir. Tüketici cayma süresi içinde mal üzerinde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan da sorumlu tutulmayacaktır. Cayma hakkının 14 günlük bir süreye bağlı olduğunu söylemiştik. Eğer tüketici ön bilgilendirmede veya mesafeli sözleşmede cayma hakkı konusunda gerekli şekilde bilgilendirmemişse o zaman bu 14 günlük süreyle bağlı olmayacaktır. Fakat her halükarda 1 yıllık bir üst sınır söz konusudur süre bakımından. Benim sunumum bu kadar çok teşekkür ediyorum ilginiz için.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Teknoloji öyle noktalara erişti ki herkes hazırlar arasında. Hiç kimse uzak mesafede değil. İşin romantik tarafı bitti. Esasen eskiden hayat çok daha romantikti. Çok daha güzeldi. Demin içeride biraz onu tartıştık. Hakan Hoca falan... Kitap mı güzel yoksa eldeki o bilgisayar kayıtları güzel dersiniz. Kitap daha güzel. Onun o tozlu sayfalarının keyfine herhalde bilgisayarda erişmek pek mümkün değil. Tabii bunu benim yaşımdaki bir insan söyleyebilir. Sizler hele hepiniz çok gençsiniz. Hayatı çok daha farklı boyutları içinde algılayabilirsiniz. Mehtap sağ olsun, bize günlük hayatımızın nasıl olacağını gösterdi. Artık evde oturacağız, çıkmayacağız, sözleşmelerimizi evden yapacağız, eve getirip malları teslim edecekler, arada sırada bir sokağa çıkıp koşu koşu eve döneceğiz. Çünkü başımıza ne geleceğini bilemeyeceğiz. Öyle bir toplum nasıl iyi midir? Değil midir? Sizin takdirlerinize bırakıyorum ve aynı zamanda da sözü Tuba'ya bırakıyorum. Şimdi Tuba faturadan söz edecek. Teşekkürler.

Yard. Doç. Dr. Tuba Karaman

Ben teşekkür ederim hocam. Bu saatten sonra çok da teknik bilgiye boğmamaya çalışacağım elimden geldiği kadar sizleri. Önce sizlere faturanın hukuki niteliğini genel hatları ile anlatmaya çalışacağım. Sonra bu konuyla çok da bağlantılı olmamakla beraber, Erden Hocamın sunumuma dâhil etmemi istediği faktoring ilişkisinde kambiyo senetleri ile ilgili güncel bir soruna değineceğim, ikinci kısmında tebliğimin. Şimdi fatura ile başlayalım. Fatura, herkesin bildiği gibi taraflar arasında mal satışı ve hizmet sağlanması sözleşmesinin kurulmasından sonraki aşama ile ilgili gönderilen bir belgedir. Faturanın tanımı, Ticaret Kanunu'nda yer almayıp Vergi Usul Kanunu'nun 229.maddesinde yer verilmiştir. Hep beraber tablodan takip edebilirsiniz 229.madde fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere, emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari bir vesika olarak tanımlanmış. Tanımdan da anlaşıldığı gibi faturada, genelde malın miktarı, türü, cinsi, bedeli ya da yapılan hizmetin niteliğinin neler olduğunu görürüz. Ticaret Kanunu'nun 21.maddenin 2.fıkrası, faturanın ticaret hayatı açısından önemli olan, bir başka düzenlemeye vermiştir. Bu hüküm ile faturayı gönderen açısından bir karine getirilmiştir. Maddeyi hep beraber tablodan okuyalım: "Bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren 8 gün içinde faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa, bu içeriği kabul etmiş sayılır." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme, faturayı gönderen kişi açısından onun lehine getirilmiş bir ispat gücü sağlamaktadır. Nedir? Buna biz karine diyoruz. Karinenin aksi her zaman ispat edilebilir ama lehine ispat gücü oluşturan kişi değil, karşı taraftaki faturayı alan kişi tarafından, faturanın içeriğindeki bilgilerin doğru olmadığını ispat edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla 8 gün içerisinde faturaya itiraz edilmediği takdirde; artık, faturada yazılan bilgilerin doğru olmadığını, 8 günlük süreyi itiraz etmeden suskun geçirmiş olan tarafın ispat etmesi gerekmektedir. Peki eğer faturaya 8 gün içinde itiraz etmişse faturayı alan kişi, ne olacaktır? Bu durumda tabii ki fatura, Ticaret Kanunu 21.maddenin 2.fıkrasındaki ispat gücünü kazanmayacaktır. Diğer bir ifade ile faturaya 8 gün içinde itiraz edilirse, TK m. 21/2 kapsamında faturayı gönderen kişi lehine bir ispat gücü doğmayacaktır.

Faturanın alacaklısı lehine ispat gücüne haiz olması için 8 gün içinde itiraz edilmemesi koşulunun yanında başka koşulların da gerçekleşmesi gerekir. Bunlar nelerdir? Kısaca bunlara beraber bakalım. Bir kere Ticaret Kanunu'nun 21.maddesi tacir olmanın sonuçlarını düzenleyen hükümler arasında olduğu için faturanın bir tacir tarafından gönderilmiş olması gerekir. Tacirin ticari işletmesiyle alakalı bir iş dolayısıyla gönderilmiş olması gerekir. Yine bunun sonucu olarak esnaf tarafından bir fatura gönderildiyse, faturaya 8 gün içinde itiraz edilmemesi halinde, esnaf lehine bir ispat gücü doğmayacaktır. Çünkü Ticaret Kanunu'ndaki

21.madde kapsamında faturanın bu gücünün doğabilmesi için tacir tarafından gönderilmiş olması gerekmektedir.

Diğer bir koşulumuz fatura gönderilmeden önce, faturayı gönderen ve alan kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin zaten kurulmuş olması, mevcut olması gerekiyor. Faturanın gönderilmiş olması ve bu faturaya itiraz edilmemiş olması, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmasını göstermez ya da böyle bir sözleşme ilişkisinin doğmasına sebebiyet vermez. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değilken gönderilen bir fatura da, doğal olarak bir fatura niteliğinde olmayacaktır. Buna ancak, bir sözleşme teklifi, olsa olsa bir sözleşme kurma teklifi diyebiliriz. Bir öneri diyebiliriz. Ama bu Ticaret Kanunu'nun 21.maddesi çerçevesinde bir fatura olarak nitelendirilemez. Peki, uygulamada da çok sık rastladığımız proforma faturalar duymuşsunuzdur. Bunlar da aynı şekilde taraflar arasında bir ticari ilişki bir sözleşme ilişkisi kurulmadan önce, bir tarafın karşı tarafa malın özelliklerini gösteren niteliğini bir takım miktarını, bedelini göstermek amacıyla gönderdiği bir belgedir. Bu tür proforma faturalar da öneri olma niteliğinden öteye gidemezler. Dolayısıyla da bu faturaya itiraz edilmemesi,

Ticaret Kanunu'nun 21.maddesi kapsamında bir ispat gücü de yaratmayacaktır. Bir öneridir. Borçlar Kanunu çerçevesinde daha önce tebliğ sunan arkadaşlarımızın da anlattığı gibi sadece bir öneri niteliğinde olacak ve bunun bir sözleşme yaratabilmesi, gönderen kişi açısından bir alacak hakkı doğurabilmesi için de karşı tarafın kabulü gerekecektir. Mesela, bir satım sözleşmesinin kurulması için tarafların irade uyuşması gereklidir. Kanunda aksi bir düzenleme bulunmadığı takdirde, sözleşmenin kurulması için sadece tarafların iradelerinin sözlü olarak uyuşması yeterlidir. Ama burada bizim vazgeçilmez unsurumuz tarafların sözleşme kurma yönündeki iradelerinin belirgin, tereddütsüz şekilde ortaya çıkarılabilmesidir. Ve susma böyle bir irade kapsamı yerine geçmemektedir. Borçlar Kanunu 6.maddesindeki belirtilen istisnai durumları bir kenara bırakırsak, hukukumuz susmayı kabul olarak saymamaktadır. Dolayısıyla bu bilgiler çerçevesinde, bir tacir tarafından gönderilmiş bir belge, öneri niteliğinde kabul etsek bile bunu alan kişinin susması, 7-8 gün içinde itirazda bulunmaması, hiçbir zaman bir kabul niteliğinde olmayacak, bunu bir sözleşme kurma iradesi olarak yorumlayamayacağız.

Ticaret Kanun'u 21.maddedeki faturanın gönderen lehine içerik anlamında bir ispat gücüne sahip olabilmesi için neye ihtiyacımız var? Önceden taraflar arasında kurulmuş mevcut bir sözleşme ilişkisinin bulunmasına ve bunun ispatı da tabii ki bunu iddia eden tarafından, o da faturayı gönderen kişi olacaktır. Sözleşmenin kurulmuş olduğunu fatura dışında başka bir belgeyle ispat etmesi gerekecektir. Faturayı gönderen kişi tarafından yazılmış tüm bilgiler açısından, itiraz edilmediği takdirde fatura ispat gücünü kazanır diyemeyiz. Faturanın ispat

gücü, sadece olağan içeriğiyle sınırlıdır. Faturanın olağan içeriği dediğinizde bunun çok net belirlenmesi gerekir ki sadece olağan içeriğine dâhil olan unsurlar açısından ispat gücü kazanacaktır. Nedir bunlar? Alışık olduğunuz malın cinsi, türü, bedeli, hizmet yapıldıysa hizmetin niteliği gibi unsurlar olacaktır. Bir örnek verelim bu konuda. Mesela taraflar aralarında kilosu 100 lira üzerinden bir mal satım sözleşmesi yapmışlar. Daha sonra satıcı kilosu 150 lira üzerinden faturayı düzenleyip göndermiş. Alıcı da fark etmeden itiraz etmeden 8 günlük süreyi geçirmiş, bu noktada ne olacak? Önce bakıyoruz faturada belirtilmiş olan kilosu 150 lira olma hususu faturanın olağan içeriğinden mi? Evet. Malın bedeli ile ilgili, miktarı ile ilgili bilgiler olağan içeriğinden saydığımız hususlardır. O zaman artık 8 gün itiraz edilmeden geçirilmiş süre sonucunda, sözleşmenin 150 lira üzerinden kurulduğu yönünde faturayı gönderen lehine bir delil teşkil edecektir faturamız. Bu ne yazık ki faturaya itiraz etmemiş olan alıcı açısından bir yazılı delil teşkil edecektir. O andan itibaren sözleşme ilişkisinde kilosu 150 değil de, 100 lira üzerinden kurulmuş olduğunu faturaya sessiz kalıp itiraz etmemiş olan muhatabın, bu yazılı delille karşı, başka bir yazılı delil getirerek ya da ticari defterlerini göstererek ya da yemin gibi başka bir delille ispat etmesi gerekecektir. Burada ispat yükü, artık sessiz kalan muhataba düşecektir diyoruz. “Faturanın olağan içeriğine dâhil olan bilgiler açısından ispat gücünü kazandığı” kuralını tersten okuduğumuzda ne olur? Faturada olağan içeriğine dâhil olmayan bir takım bilgiler bulunmaktaysa, bunlar açısından faturayı gönderen lehine bir ispat gücü kazanmayacaktır. Kuralımız bu evet. Ama acaba olağan içeriğine dâhil olan şeyleri nasıl belirleriz? İşte bu soru “vade farkı kaydıyla” ilgili olarak çok tartışılmış. Vade farkı kaydı ne olabilir? Evet. Belli vadesinde borç ödenmediği takdirde, ilave bir gecikme faizi ödeneceği yönündeki kayıtlar böyle ifade edilmekte. Mesela hep beraber tablodan görebiliyorsanız ben bir örnek kayıt aldım Yargıtay kararlarından. Ödemelerin fatura tarihinden itibaren en geç 5 iş günü içinde çek ile yapılması gerektiği vade aşımalarında % 7 vade farkı faturası kesileceği gibi bir ibare faturaya konmuş. Bu Yargıtay kararından alınmış bir ibare. Yargıtay kararına konu olayda, bu şekilde kayıt içeren bir fatura gönderilmiş ve fatura muhatabı da faturaya itiraz etmemiş. 8 günlük süreyi geçmiş. Acaba faturadaki “vade farkı kaydı” da, faturayı gönderen lehine ispat gücü kazanacak mı ve taraflar arasında böyle vade farkı ödeneceği yönünde bir anlaşma bulunduğu karine olarak kabul edilebilecek mi? Fatura, gönderen lehine bir ispat gücüne sahip olabilecek mi, olamayacak mı? Sorun Yargıtay içtihatlarında da çok farklı ve çelişkili kararlara sebep olmuş. Bir görüş birliği bulunmamakta. Yargıtay’ın daireleri arasındaki görüş ayrılıkları 2003 yılındaki Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararıyla giderilmeye çalışılmış. İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararda öncelikle incelediği husus, faturanın olağan içeriğine girecek bilgilerin neler olduğu. Sizin de tablodan görebildiğiniz gibi malın cinsi, yapılan işin adedi, türü, bedeli bu tür

bilgilerin olağan içeriğinden olduğunu tespit etmiş yüksek Mahkeme. Sonra da vade farkı kaydıyla ilgili yaptığı inceleme sonucunda, vade farkı kaydı faturanın zorunlu içeriğinden olmadığı sonucuna varmıştır. Bu sonuca vardıktan sonraki aşamayı siz de tahmin edebiliyorsunuzdur: Zorunlu, normal olması gereken içeriğinden olmayan bilgiler, genel kuralımız gereği, faturayı gönderen lehine ispat gücü oluşturmuyordu. Dolayısıyla faturayı gönderen kişi, faturasına itiraz edilmemiş olmasına rağmen, vade farkı kaydı üzerinde anlaşılmış olduğunu, tarafların sözleşmede aralarında böyle bir anlaşmaya varmış olduklarını, faturanın dışında bir başka belgeyle ispat etmek zorunda kalacaktır.

Faturayla ilgili bu genel bilgileri verdikten sonra, daha detay teknik açıklamalara girmek istemiyorum. Sizleri de yormamak için. Şimdi tebliğin ikinci kısmına geçeceğim. Faktoring ilişkisi açısından faturayla belgelendirilmiş kambiyo senedine dayalı alacakla ilgili kısa bir açıklama yapmak istiyorum. Öncelikle faktoring işlemlerini tanımlamak faydalı olacaktır. Sizler tabii benden daha iyi biliyorsunuz ama ben çok genel olarak gene de açıklayım istedim. Faktoring, veresiye ticaret yapan işletmeler için bir finansman sistemi getirmektedir. Bu sistem aracılığıyla hukuki yapısına baktığımızda faktoring şirketi, faktoring müşterisinin veresiye satışlardan doğan alacaklarını, alacağın temliki sistemiyle üstüne devir almaktadır. Bunun karşılığında da müşteriye peşin para ödemesi yapmaktadır. Faktoring şirketi alacakları üzerine alarak bunların tahsilıyla ilgili riskleri de tabii ki üstlenmiş konumdadır. 6163 sayılı mevzuatta, birçok maddesinde, faktoring şirketinin devir aldığı alacaklar açısından, bu alacakların mutlaka faturalandırılmış olması aranmıştır. Faturalandırılmamış alacakların faktoring şirketi tarafından devir alınmaması gerekmektedir. Birkaç maddede bunu görmekteyiz ama ben burada kanunun 9.maddesinin 2.fıkrasını ekrana getirmeyi tercih ettim. Bu maddeyi beraber okuyacak olursak, “Faktoring şirketi, kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tespit edilemeyen alacakları devir alamaz veya tahsilini üstlenemez”. Maddede açıkça faturayla belgelendirilmemiş olan alacakların alması, alacakların faktoring şirketi tarafından devir alınması yolu kapatılmış. Böyle fatura ile belgelendirilmiş olması neden aranmıştır? Bu aslında bir denetim mekanizması getirmektedir. Neden? Çünkü faturaya fatura muhatabı borçlu tarafından itiraz edilip edilmemesiyle bağlantılı olarak, faktoring şirketi de alacağın sorun yaratıp yaratmayacağını takip edebilir ve doğal olarak itiraz edilmiş bir fatura ya da bir alacak söz konusuysa böyle bir alacağı devir almaktan da çekinecektir. Faktoring şirketi müşterisinin alacaklarını, Borçlar Kanunu’nun 183 ve devamındaki alacağın devri müessesesine dayalı olarak devir alınmaktadır. Bunun önemi nedir? Alacağın devri hükümleri çerçevesinde asıl borçlu, alacağı devir eden kişiye karşı sahip olduğu bütün defileri, bütün savunma imkanlarını ödemekten kaçınmak için kendisine yardımcı olacak tüm savunma imkanlarını, alacağı devir almış olan

faktöre, faktoring şirketine de ileri sürebilmektedir. Bu yüzden faktoring şirketinin alacakları devir alırken çok dikkatli davranması gerekmektedir. Alacağın temlik de faturalandırma sistemleri üzerine kurularak, sistem, kanun koyucu niye hedeflemiştir? Tabii ki şirketin de müşterilerini seçerken alacağı belli alacakları seçerken dikkatli davranması ve bunları takip sistemini denetleme mekanizmasını iyi oluşturmasını arzu ederek böyle bir sistem getirmiştir. Ayrıca da bu sistemle tabii en başta korunan kimdir? Borçlu. Asıl borçlu. Alacağın devri sistemi üzerine oturtulmuş bu işlemde zarar görmesi engellenmeye çalışılmıştır. Çünkü sistem sonucunda alacağı devir eden kişiye karşı tüm savunmalarını faktöre karşı da ileri sürebildiği için müessese onu da bu şekilde korumuş olmaktadır.

Faktoring işleminin temelleri alacağın devri müessesesine oturtulduğundan hiç şüphemiz yok. Bu kanunda da çok net. Öğretide de kabul ediliyor. Öbür taraftan kanuna bakıyoruz ki, 9.maddenin 2.fıkrasında da gördüğümüz gibi, faktoring şirketinin aynı alacakla, devir aldığı aynı alacakla ilgili olarak kambiyo senedi ciro alması da kanunda engellenmiş değil. Şimdi burada kambiyo senetlerinin özelliklerinin alacağın devri müessesesiyle uymayan yönlerini dikkate aldığımızda sistem şaşırtıcıdır. Bu iki müessesenin birbiriyle neden bağdaşmadığını açıklayalım. Hemen şöyle kısaca bir bilgi vermeye çalışsam. Bir kere alacağın kambiyo senetlerine bağlanması ve bu kambiyo senetlerinin üçüncü kişilere ciro edilmesi halinde, kıymetli evrak hukukuna has “bir soyut alacak” yaratılmış olur. Soyut alacak kavramı nedir? Soyut alacak dediğimizde aklımıza gelen, senetten sorumlu olan senetteki asıl borçlunun, temel borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalarını, senedi ciro ile edinmiş üçüncü kişi hamilere karşı ileri sürememesidir. Soyut alacak kavramını çok genel olarak bu şekilde açıklayabiliriz. Şu örneği verebiliriz: Mesela senet borçlusu bir mal satım sözleşmesinden doğan borcu dolayısıyla bu senedi keşide etmiş olsun ve satın aldığı malların sonradan ayıplı olduğu anlaşılmış olsun. Senet alacaklısı elindeki senedi de bir üçüncü kişiye ciro etmiş olsun. Senet hamili, asıl borçluya bu senetteki borcun ödenmesi için talepte bulunduğu borçlu, kambiyo senedini ciro olarak almış üçüncü kişiye, malların ayıplı olduğu savunmasında bulunamayacaktır. Çünkü ciro alan üçüncü kişiler açısından senetteki borç, temel borç ilişkisindeki bu tür savunmalardan soyutlanmıştır. Bu savunmaların ileri sürülebilmesine imkan tanıyan tek istisna Ticaret Kanunu’nda 687 ve 825.maddelerde düzenlenmiş olan; senedi ciro alarak elinde tutan hamilin kötü niyetli olmasıdır. Kötü niyet, “kişinin borçluya zarar verme kastı ile hareket ediyor olması” olarak tanımlanmaktadır. Bunu da kim ispat edecektir? Tabii ki borçlu. Borçlu senedi elinde tutan üçüncü kişinin kötü niyetli olduğunu ispat edebilirse, ki bunun ispatı hiç kolay değildir. O zaman temel borç ilişkisinden kaynaklanan, bu tür malın ayıplı olması ya da malın hiç teslim edilmemiş olduğu gibi savunmalarını kötü niyetli senet hamiline karşı da ileri sürebilecektir, şüphesiz. Bu sistem acaba kambiyo senedini ciro yoluyla

devir almış olan faktoring şirketlerine de uygulanabilecek mi? Aynı sistem, aynı soyutluk uygulanabilecek mi?

Hemen konuyu bir örnekle açıklayalım. Örneği tabloda gördüğünüz şema üzerinden somutlaştırmaya çalıştım. Biraz önce anlatmış olduklarımı faktoring işlemi üzerinden gözden geçirelim. Ayakkabı imalatçısı satıcı (A), borçlu (B) ile diyelim ki 500.000 liralık bir ayakkabı satış sözleşmesi imzaladı. Borçlu ayakkabı bedeli olan borcunu çek keşide ederek (A)’ya ödedi. Alacaklı (A) sonra gitti, faktoring firması (F) ile bir faktoring sözleşmesi imzaladı ve bu sözleşme çerçevesinde de ayakkabı satış sözleşmesi dolayısıyla (B)’den olan alacağını, alacağın devri prosedürüyle ve faturalarıyla beraber faktoring şirketine (F)’ye devretti. Bunlarla birlikte (A), bir de (B)’den almış olduğu çek’i Faktoring firması (F) ye ciro etti. (F) borçluya elinde ciro yoluyla devir almış olduğu çeki ödeme talebiyle gittiğinde acaba bu noktada asıl borçlumuz (B) mallar ayıplıydı savunmasını ileri sürebilecek midir?

Bu konu Yargıtay kararlarında farklı görüşlere, çelişkili kararlara vesile olmuştur. Yargıtay bazı kararlarında, kambiyo senedi ilişkisi ve soyutluğun tamamen uygulanacağı ve senet borçlusu (B)nin faktoring şirketinin (F)nin kötü niyetli olduğunu ispat edemediği takdirde, temel borç ilişkisi kaynaklı, ayakkabı satımı ilişkisinden doğan savunmalarını faktoring şirketine karşı ileri süremeyeceği yönünde hüküm tesis etmiştir. Diğer taraftan Yargıtay bazı kararlarında, faktoring işleminin alacağın devri müessesesine dayandığını ön plana çıkartarak senet borçlusunun, alacağı devredene karşı sahip olduğu bütün savunmalarını, alacağı devir alan faktoring şirketine karşı da ileri sürebileceği sonucuna varmış.

Faktoring ilişkisinin temelinde, alacağın devri müessesesi yattığı, dikkate alındığında kambiyo senedi ile ilgili soyutluk prensibini bir yana bırakıp Yargıtay’ın bu ikinci yöndeki savunmaların tamamen faktoring şirketine ileri sürülebilir yönündeki kararı, aslında faktoring işleminin ruhuna çok daha uygun olduğundan şüphe yoktur. Bu tartışmalar böyle süregeler, Yargıtay’ın verdiği bu içtihat farklılıkları devam ederken -ki her iki yönde de önemli sayıda Yargıtay içtihadı bulunmaktadır- 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 9/f. 3 ile yeni bir düzenleme getirdi. Hemen düzenlemeye bakalım: “Bir kambiyo senedinin, ciro yoluyla faktoring şirketine devri halinde, kambiyo senedinden dolayı kendisine başvuru olan kişi düzenleyen veya önceki hamilerden biriyle kendisi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan defileri faktoring şirketine karşı ileri süremez. Meğer ki faktoring şirketi kambiyo senedine iktisap ederken bile borçlunun zararını hareket etmiş olsun.”

6361 sayılı Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrasıyla getirilen bu düzenleme Yargıtay’ın

ilk bahsettiğim soyutluk prensibini benimseyen kararlarıyla paraleldir. Hükümde faktoring şirketine karşı temel borç ilişkisi kaynaklı savunmaların kural olarak ileri sürülemeyeceği, sadece faktoring şirketinin kötü niyetli olmasının ispatlanması halinde ileri sürülebileceği prensibi getirilmiştir. 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren bu hükmün faktoring şirketlerini önemli bir rahatlamaya kavuştukları açık. Bunu tabii zaman içinde göreceğiz. Ancak kanunun açık hükmü karşısında artık Yargıtay'ın da, alacağın temlik müessesesini öne çıkartarak her halükarda faktoring işleminin temellerinde, bu alacağın devri müessesesinin bulunduğu ve borçlunun bütün savunmalarını, alacağa devredene karşı olan savunmalarını, alacağın devir alana karşı da ileri sürebileceği yönündeki içtihatlarında ısrar etmesi mümkün gözükmemektedir. Bu konuda neler olacağını zaman içerisinde hep beraber göreceğiz. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Çok teşekkürler Tuba gayet güzel açıkladın, önemli bir sorun özellikle faktoring şirketlerini çok yakından ilgilendiren bir sorun. Konu gerçekten çok tartışmalı. Bununla şunu kastediyorum. Tartışmayalım değil. Tartışalım ama sabaha kadar tartışsak işin içinden çıkamayız gibi geliyor. Şimdi programa göre bir ara vereceğiz.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Evet. Toplantımızın ikinci bölümüne geçiyoruz. Hakan Hoca'dan iflâsın ertelenmesi konusundaki fikrini dinleyeceğiz. Söz Hakan Hoca'nın, teşekkürler.

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Teşekkür ediyorum Hocam. Değerli meslektaşlarım, ben 2004 yılında da yine size iflâsın ertelenmesi konusunda bir tebliğ sunmaya çalışmıştım. 12 sene geçti. Ama konu halâ güncelliğini koruyor. Hatta vahim olan durumu da galiba bugünkü hali. Çünkü kurumun uygulaması başlangıçta biraz vahşî başladı. Herkesi korkuttu. Ama şimdi ne olacağını kimse kestiremez hale geldi. Bunun elbette en önemli sebebi, aradan bu kadar zaman geçmesine rağmen, iflâsın ertelenmesi kurumunu çok iyi anlamış, anlatabilmiş ve uygulamaya sokabilmiş durumda değiliz. Bunun en önemli nedeni de sanıyorum, ülkemizde hukuk alanında henüz uzmanlaşmanın olmayışı. Aslıye ticaret mahkemesi başkanlığına, ağır ceza mahkemesi başkanı getiriliyor. İki tane hakim özel yetkili mahkemelerden ağır ceza mahkemesine atandı. Şimdi böyle bir başkanın elbette iflâs erteleme değil, ticaret hukukunun T'sinden bile haberi yok. Yapabileceği yegâne şey, uygulamada hep yapılan, bilirkişiye müracaat etmek. Bilirkişiler ise, heyet olarak belirleniyor

ve içinde mutlaka hukukçu var. Peki hukukçu bilirkişi iflâs erteleme konusunda ne yapacak? Bilemiyorum ama yıllardır iflâs erteleme taleplerinin tümünde oluşturulan bilirkişi kurulunda mutlaka bir hukukçu bilirkişi var. İflâs erteleme koşulları kanunda sayılmış, hâkim de bu koşulları bilebilecek durumda. Bir hukukçu bilirkişiye hiç ihtiyaç yok. Ama maalesef iflâs erteleme bugün, bilirkişi raporları doğrultusunda uygulanan bir müessese. Çünkü Yargıtay da diyor ki, eğer bir şekilde bilirkişiye gittiysen artık bilirkişi raporuna göre karar vereceksin. Beğenmiyorsan yeniden bilirkişi raporu al. Ama sonunda mutlaka bilirkişi raporuna göre karar ver. O zaman âdeta yargı yetkisini biz devrediyoruz. Üstelik hâkim bilirkişi ücretini taraf veya taraflardan alıyor ve bununla bilirkişiyi görevlendiriyor. Yargıtay da bu bilirkişi raporuna göre karar verilmesini zorunlu kılarak, âdeta hâkimin görevini parayla bir üçüncü kişiye yaptırarak, iflâs ertelemeler hakkında da karar verilmesini sağlıyor. Bir kere en büyük sorunlarımızdan bir tanesi bu ve böyle olmaya da devam ediyor. Hâlbuki iflâsın ertelenmesi o kadar masum bir kurum ki. Nitekim bundan 4-5 yıl önce, İsviçreli hukukçuları da davet ederek iflâsın ertelenmesi konusunda bir toplantı yaptık. Ben bu toplantıya bir tebliğ sundum ve iflâsın ertelenmesi kurumunun olumsuzluklarından söz ederek bu kurumun kaldırılmasını savundum. İflâsın ertelenmesi kurumunu aldığımız ülke olan İsviçreli hukukçu bizi dinledikten sonra, bizde hiç böyle şeyler olmuyor diyebildi. Ancak bizde bu olumsuzluklar kurumun 2004 yılında yeniden düzenlenmesinden sonra hemen uygulamada görülmeye başladı ve hiç değişmeden farklı şekillerde de olumsuzluklar devam ediyor. Bundan sonra da devam edeceğii konusunda hiç tereddüdüm yok. Çünkü iflâs ertelemesinde kurumunda bizim kestiremediğimiz, daha önceden düşünemediğimiz en önemli olumsuzluklardan birisi, karşı tarafa haber vermeden iflâs erteleme kararının alınabilmesi oldu. Adeta geçici hukukî koruma önlemi gibi iflâs ertelemeye karar verilmeye başlandı. Yargıtay bunun üzerine haklı olarak erteleme talebinin ilam edilerek alacaklıların itiraz edebilmelerine imkân tanıdı. İkinci sorun ise; iflâsın ertelenmesine karar verilmesi ve bu kararın icrasıyla ilgili ortaya çıktı. Kimler kayyım olarak atanacak ve hangi yetkilere sahip olacak? Maalesef uygulama ile ilgili olmayan, hakkında iflâs erteleme kararı verilmiş olan şirkete ait sektörden habersiz, hukukçular, öğretim üyeleri, muhasebeciler kayyım olarak atandılar. Uygulamada iflâsın ertelenmesi kararını almış olan şirkete uzman olmayan kişileri kayyım olarak atadık.

İflâsın ertelenmesi İsviçre'den aldığımız bir kurum olmakla beraber, bu kurum İsviçre'de kaldırıldı. Bunun yerine iflâsın ertelenmesi, konkordato ve sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması kurumlarının melezi olan bir kurum kabul edildi. Böylelikle Avrupa'da da geçerli olan aciz hukuku ve sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılmasına uygun bir düzenleme yapıldı. Bu durumda dünyada iflâsın ertelenmesi kurumunun uygulandığı yegâne ülke biz kaldık.

Ben bu girişten sonra, sizlere tekrar iflâsın ertelenmesi kurumunu koşullarını anlatmayacağım. Bunun yerine Yargıtay'ın tespit edebildiğim ve bulabildiğim yeni kararlarının değerlendirilmesine zaman ayıracağım ve daha sonra da sorularınıza cevap vermeye çalışacağım. Yargıtay bilirkişiye gidilmesi konusunda hukukçudan söz etmese de, hukukî konular dışındaki, özellikle işletme projesinin inanılabilirliği, güvenilirliği ve gerçekten şirketi iyileştirebilecek durumda olup olmadığının tespiti bakımından bir bilirkişi incelemesini zorunlu kılıyor. Bu konuda belki tereddüt etmememiz lâzım. Çünkü bizim ticaret mahkemelerindeki hâkimlerimiz muhasebe bilmiyor işletme ekonomisi konusunda da bilgi sahibi değiller. O yüzden bu eksikliği bilirkişi marifetiyle gideriyor. Yargıtay son yıllarda işletme projelerinde özellikle birkaç noktayı arıyor. Borca batık olan ve dolayısıyla iflâsın ertelenmesi talebinde bulunan şirketin en önemli sorunu, sermaye sorunu. Yargıtay iflâsın ertelenmesi için öncelikle bu sorunun giderilmesini arıyor. Bu sorun nasıl giderilebilir derseniz, borca batık olan şirket iyileşebilmek için sermaye artırımına gidilebilir, dışarıdan ortak alınabilir veya başka bir şirketle birleşebilir. Yargıtay'ın bozma kararı verdiği iyileştirme projelerinde şirketin sahip olduğu mal varlıklarının satılması yoluyla sermayenin elde edilmesi önerilmektedir. Yeni kararlarda bu yönde hazırlanmış olan iyileştirme projelerine dayanılarak verilen iflâsın ertelenmesi kararlarının bozulduğunu tespit ettim. Örneğin somut bir olayda işletme projesinde şirketin 10 milyon lira tutarındaki borcunun azalacağı söyleniyor. Bu aslında son derece ciddi bir öneri. Ancak baktığınızda pasiflerdeki bu azalmanın şirkete ait taşınmazların satılarak sağlanacağı görülüyor. Yargıtay haklı olarak şirketin mülkiyetindeki taşınmazları satarak borçlarını kapatmaya kalkışmasının gerçek anlamda bir iyileşme değil, tam tersine zaten alacaklıların alacaklarının tahsil edebileceği mal varlığının yok edilmesi olarak görüyor. Bu kararı bozan Yargıtay şirketin bu durumdan kurtulabilmesi için mutlaka yeni bir sermaye bulması gerektiğini söylüyor.

Yargıtay'ın başka bir kararı, finansal kiralama yolu ile elde edilen malların borca batıklık bilançosunda nerede ve nasıl gösterileceğini belirlemeye çalışıyor. Bu çok önemli bir konu, zira ülkemizde bilanço hazırlanırken aynı şirketin borca batık halde değilken, borca batık gibi gösterilmesi son derece kolay. Aynı şirket, aynı yıl içinde bankaya ayrı, vergi dairesine ayrı, iflâs erteleme talebinde bulunurken ayrı bilânço verebiliyor. Bilânço'yu hazırlayanlar adeta talebe göre bilânço hazırlayabiliyor. Sermaye şirketlerinde denetim kurullarında halâ akrabalar ve bu konuda bir bilgisi olmayan kişiler yer alabiliyor. Maalesef bağımsız denetim kuruluşlarının sermaye şirketlerinde denetim kurulu görevi yapması kabul edilmedi. Finansal kiralama konusu olan mallar, çoğu zaman bilânçolarda aktifte görünüyor. Yargıtay finansal kiralama konusu malların bilânçoda aktiflerde yer alması mümkün olmadığı için yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiğine işaret ediyor.

İflâs erteleme talebi üzerine en büyük sürpriz ihtiyati tedbir kararlarında kendini gösteriyor biliyorsunuz. Aslında bu kadar uzun bir süre geçmesine rağmen ve hangi konularda ihtiyatî tedbir kararı verilip, verilemeyeceği hala aydınlanamadı. Bugüne kadar verilen Yargıtay kararlarında, ihtiyati tedbir yoluyla hangi takiplerin durdurulabileceği, hangi konularda ihtiyatî tedbir kararı verileceği belirlenmiş olmasına karşılık, ilk derece mahkemelerinde kolaylıkla ihtiyatî tedbir kararları verilebilmektedir. İhtiyati tedbir konusunda ilginç bir düzenleme ile Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkındaki Kanun ile İcra ve İflâs Kanununun 179a maddesinde erteleme tedbirleri konusunda değişiklik yapılmıştır. Bu düzenleme ile iflâsın ertelenmesi talebi üzerine mahkemenin derhal bir kayyım atayacağı ve geçici hukuki koruma tedbirlerine talepte bulunulması anından itibaren karar verebileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme maalesef isabetli olmamıştır. Çünkü iflâsın ertelenmesi talebi üzerine yerel mahkemenin öncelikle iflâsın ertelenmesinin talep edebilmek için aranan koşulların ve bunlardan en önemlisi şirketin borca batık olup olmadığını tespit etmesi ve ondan sonra kayyım ataması gerekir. Bu tespitin yapılabilmesi için mahkemenin önce gerekirse iflâsın ertelenmesi koşullarının mevcut olup olmadığını konusunda bir bilirkişi incelemesi yaptırması daha sonra İİK.m.179a ya göre kayyım atayarak ihtiyati tedbir kararı vermesi gerekmektedir. Uygulama genellikle bu yönde oluşmuş ise de, bilirkişi raporlarının şaşılacak şekilde kısa sürede ve genellikle bir hafta içinde hazırlanarak tedbir yolu ile takiplerin durması yönünde kararlar verilmektedir. Aslında bu durum şikayet edilecek bir uygulama değilse de, diğer bilirkişi incelemeleri aylarca sürerken buradaki hızlilik dikkat çekmektedir. Tüm davalarda bu hıza ulaşılsa insanın aklına kötü bir şey gelmeyecek, buradaki şaşırtıcı hızlilik insanın şaşırtıyor.

İflâs ertelemesi kurumu yürürlüğe girdiğinden beri, özellikle söylediğim bir konu var. İflâsın ertelenmesi talebi üzerine, eğer ihtiyati tedbir yolu ile takiplerin durması yönünde bir ihtiyati tedbir kararı verilirse, bu karar sadece erteleme talebinden önce doğan şirketin alacaklıları bakımından geçerli olmalıdır. Buna karşılık iflâsın ertelenmesi talebinden sonra doğan borçlar ihtiyati tedbir kararının kapsamı içinde olamaz. Başka bir ifade ile iflâsın ertelenmesi talebinden sonra şirketin doğan borçları için alacaklılar pekâlâ takip yapabilmelidir. Maalesef uygulamada uzun bir süre iflâs erteleme talebinden sonra doğan borçlar bakımından da takibin yapılamayacağı kabul edildi. Yani hem erteleme öncesi borçlar, hem de erteleme sonrası borçlar bakımından verilen tedbir kararının etkili olduğu yönünde kararlar verildi. Hâlbuki bakın iflâsta bile, iflâs kararından sonraki doğan borçlar masa borcudur ve imtiyazlı alacak olarak masadan tahsil edilir. O yüzden iflâs idaresi iflâs kararından sonra üçüncü kişilerle iş yapabilir, sözleşme imzalayabilir. Üçüncü kişilerin şirketin iflâs etmesine karşılık alacakları masa borcu olduğu için tasfiye sonunda masadan alacaklarını öncelikli olarak

alacağı konusunda güvencesi vardır. Konkordatoda da aynı durum söz konusu olup, konkordato kararından sonra ortaya çıkan bütün borçlar, iflâstaki masa borcu gibi kabul edilir. Hâlbuki iflâs ertelemesinde böyle denilmiyordu. Bir ayırım yapılmıyordu. Bu uygulama önce Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin, daha sonra da 23. Hukuk Dairesinin verdiği kararlarla doğru bir hale getirildi. Bu uygulama özellikle finansal kiralama şirketleri bakımında önem taşıyor. Bildiğiniz gibi iflâsın ertelenmesi talebinden sonra doğan borçlar zaten borca batıklık bilançosunda ve iyileştirme projesinde yer almamaktadır. İflâsın ertelenmesine sadece erteleme başvurusuna kadar doğan borçlar esas alınarak iyileştirme projesi sunulmaktadır. Bu tarihten sonra doğan borçların da tedbir kapsamına alınması halinde borca batık şirketin iyileşmesi imkânsız olabilir. Yine borca batık şirket bu tarihten sonra, daha da borçlanarak borca batık halden kurtulmayı imkânsız hale getirebilir ve en önemlisi iflâsın ertelenmesi kurumunu kötü niyetle kullanarak alacaklılarının tümüne zarar verebilir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi gerekçe olarak iflâsın ertelenmesi talebinden sonra doğan alacaklar için takip yapılmasına izin verilmezse, bu durumun alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olacağını ve eşitlik ilkesinin de Anayasa'da teminat altına alındığını ifade etmiştir. İflâsın ertelenmesi talebinden sonra doğan alacaklar için takip yapılabileceğinden, bu takiplerle ilgili haciz ve satış da yapılabilecektir.

Yargıtay yine bir başka kararında finansal kiralamaya konu olan araçlarla ilgili bir karar vermiş. Bu karara göre finansal kiralama yoluyla kiralanan araçların mülkiyeti hala finansal kiralama şirketine ait olduğu için, satışları mümkün olmamakla beraber, aktif kaleminde yer almayacağı açıktır diyor. Bunun mutlaka, borç olarak bilançoda gösterilmesi lazım. Eğer sözleşmede feshedilmişse bu takdirde ek olarak kalan taksitlerin borç olarak aktifte gösterilmesi gerekir. Ve buna göre yeniden bilanço oluşturulması gerekir diyor.

Hakan Gülelçe

Muhasebeleştirme ile ilgili bir terslik var orada. Kiracının bilânçosundan bahsediyorsunuz değil mi?

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

Borçlu, evet. Borçlu bakımından feshedilmiş finansal kiralama sözleşmesi var ancak bilançoda finansal kiralama konusu mallar aktifte gösterilmiş. Sanki borçlunun mal varlığına dâhilmiş gibi.

Hakan Gülelçe

Aktifte de hocam, yine muhasebe standardına göre ve 2003'ten bu yana vergi usul mükerrer madde, 290'a göre gayri maddî sabit haklarda gösterilmesi gerekir. Yani yanlış değil o.

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

2012 tarihli karar bu (23. HD. 04.10.2012, 2012/1684 Esas, 2012/5742 E.). Kararın gerekçesi şöyle, aynen okuyorum. "Finansal kiralamaya konu araçların mülkiyeti, finansal kiralama şirketine ait olduğundan, satışları mümkün olmamakla aktif kaleminde yer alamayacağının tartışılmasına rağmen, söz konusu sözleşmeler feshedilmişse bu hakların kaybedilmesine ek olarak, bakiye taksitlerinin borç olarak aktifte gösterilmesi gerektiği, ayrıca ödenebilecek taksit tutarlarının karşılanması halinde mülkiyetin davacı şirkete geçebileceği hususları incelenmemiştir" diyor ve bu yüzden bozuyor.

Hakan Gülelçe

2003'ten önce yoktu. 2003 Temmuz'unda vergi usul mükerrer 290 ile bir değişiklik oldu. Daha sonra da 2008 yılında da BDDK'nın hesap yönetmeliği gereği Türkiye Muhasebe Standartları uygulanır dendi. Türkiye Muhasebe Standartları, zaten Uluslararası Muhasebe Standartları ile aynı. Orada da kiracıda maddî sabit kıymetlerde değil ama gayri maddî sabit kıymetlerde yer alıyor. Ve amortismanı kiracı ayırıyor.

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

Ben bu kararı vereyim siz paylaşın. Özellikle kira bedelleri, elektrik, doğal gaz, su gibi hizmetlerden iflâsın ertelenmesinden sonra ücretsiz olarak faydalanılamayacağı nedeniyle de Yargıtay yine gerekçe göstererek bunu, iflâsın ertelenmesinden sonra bunların ödenmesi gerektiğini ve hiçbir şekilde ihtiyatî tedbir yoluyla bunun kapsam dışında bırakılamayacağını söylüyor.

Yargıtay iyileştirme tedbiri olarak şirkete yeni bir ortak alınması konusunu da titiz bir şekilde değerlendiriyor. Eğer şirkete bir ortak alınarak, şirketin içinde bulunduğu maddî durumun düzeleceği, borca batıklığın ortadan kaldırılacağı düşünülüyorsa, mutlaka bu ortağın da koyacağı sermaye, nakit veya diğer getireceği gayri nakdi sermayenin önemli ölçüde borca batıklığı kurtaracak nitelikte olması, yoksa sadece ortak alınmasının bir dış kaynak girişi olarak kabul

edilemeyeceğini söylüyor.

Bunun gibi başka Yargıtay'ın başka güzel kararları da var. Bunlardan birisi de son zamanlarda kararlarında hayatın olağan akışı ölçütünü sık sık kullanmaya başlamasıyla ilgili. Gerçekten iflâsın ertelenmesi talebiyle birlikte hayatın olağan akışına aykırı bilânçolar, özellikle iyileştirme projeleri sunuluyor. Örneğin borca batık şirketin erteleme talebinde sonraki yıl içinde %16,88 kar edeceği yönünde bir iyileştirme projesi sunuluyor ve yerel mahkeme de bunu kabul ediyor. Ama Yargıtay diyor ki; borca batık durumda olan şirketi incelediğiniz zaman geçmişinde, uzun yıllar, hatta iflâsın ertelenmesi talebinde bulununcaya kadar yüksek bir kar marjı olmamış ve fakat son yılda birdenbire yüksek bir kâr marjının nasıl sağlanacağı da somut verilerle açıklanmamış, aksine afakî bir takım vaatler ya da beyanlarla bunun gerçekleşebileceği açıklanmış ise, bu tür iyileştirme projelerinin olumlu biçimde değerlendirilmesi mümkün değildir.

Yargıtay kararlarına konu olmuş ilk derece mahkemelerinin bazı iflâsın ertelenmesi kararlarında, borca batık durumda olan şirketin ortaklarının dahi sermaye koyma borcunu yerine getirmemiş olmasına rağmen iflâsın ertelenmesi talebinin kabulü hukuka aykırı bulunmuştur. Yargıtay diyor ki; böyle bir şirketin her şeyden önce ortaklarının nakit koyma borcunu yerine getirmesi gerekir ki, iyileştirme projesi ciddî ve inandırıcı olabilsin.

Yargıtay 23. Hukuk dairesinin yine yeni tarihli bir kararı var. Onu da aynen okuyorum.

Diyor ki; 'Finansal kiralama konusu edilen malların, mülkiyetinin ancak finansal kiralama borçlarının tamamen ödenmesi halinde kiracıya devredilebileceği ilkesi karşısında, kira bedelinin belli bir kısmının ödenmiş olduğundan bahisle, finansal kiralama şirketinden kiralanan makine ve teçhizatların, sözleşmeye göre durumu, davacı şirketin aktifinde yer alabilecek durumda olup olmadığı, yani mülkiyetin davacıya geçmiş olup olmadığı açıklanmadan ve araştırılmadan, finansal kiralama yoluyla kullanılan makine ve teçhizatları mülkiyeti geçmiş gibi aktifte gösterilmesi açıkça yasaya aykırıdır'.

Son olarak değerlendireceğim Yargıtay kararına göre; İcra ve İflâs Kanununun 179/b maddesinde iflâsın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine takip yapılamayacağı ve evvelce yapılan takiplerin duracağı belirtilmiş, davalara etkisinden söz edilmemiştir. Bu durumda davalı borçlu şirket hakkında açılan sözleşmeye konu malın aynen iadesine ilişkin dava erteleme kararından sonra da görülüp hüküm kurulabilir. Ancak verilecek hükmün infazı, iflâsın ertelenmesinin sonuna kadar yapılamaz. Yargıtay'ın bu yönde bozma kararı vermesinin sebebi, zaman zaman ihtiyatî tedbir yoluyla sadece takiplerin durması değil, davaların da durması yönünde karar verilmesidir.

Bu konuda görebildiğim en ciddî sıkıntı, ihtiyatî tedbir kararı alanında ve ihtiyatî tedbirlerin çoğu zaman maddî hukuku ilgilendirecek şekilde verilmiş olması. Yargıtay bunları her ne kadar düzeltmeye çalışsa da, bu konuda hukuka aykırı olarak ilk derece mahkemelerinden verilen kararların Yargıtay'a gidip, gelişi bazen aylar, bazen yıllar sürebiliyor. Ben Antalya'da verilen bir iflâsın ertelenmesine ilişkin kararın temyizi üzerine dosyanın bir yılı geçmesine rağmen Yargıtay'a gönderilemediğine tanık oldum. Çünkü bütün ilgililere tebligat yapıp, ilgililerin temyiz muhtemel dilekçeleri beklendikten ve bunlar tamamlandıktan sonra dosya temyize gönderiliyor. İhtiyatî tedbir kararlarına karşı ise çok daha çabuk bir yol öngörülmeli ve incelemesi çok daha çabuk sonuçlanmalı. Bu arada size iyi bir haber vermek isterdim. Çünkü muhtemelen Temmuz'un 20'sinden sonra, Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluyor. Ben 1999 ile 2002 yılında bu kanunla ilgili taslak çalışmasında komisyonda görev aldım. Ve gerçekten çok uzun süre tartışılarak bu taslak hazırlandı ve nihayet 2004 yılında bu kanun kabul edilerek yürürlüğe girdi. Henüz sayı konusunda bir düzenleme yapılmamıştı ama eğer Bölge Adliye Mahkemeleri Türkiye'de göreve başlayacak olursa, en az 21 ile 25 bölge adliye mahkemesinin kurulması gerektiğini ifade etmiştik. Geçici olarak önce 2007 yılında 9 Bölge Adliye Mahkemesi kuruldu. Bunun sebebini muhtemelen biliyorsunuz, Avrupa Birliği bize istinaf mahkemelerini kurun, 3 yerde binanın yapılışını ben destekleyeceğim diyerek 20 milyon Euro gibi bağışta bulunmuştu. Ancak bunun için 2007'ye kadar bir süre vermişti. 2007 'ye gelindiğinde Bölge Adliye Mahkemeleri henüz kurulmamıştı, ancak birden bire 9 yerde Bölge Adliye Mahkemesini kuruldu ve Avrupa Birliği'ne dönülerek denildi ki, gördüğünüz gibi ben yükümlülüğümü yerine getirdim ve 9 bölgede, Bölge Adliye Mahkemesi kurdum. Ancak bu mahkemelere hakim atanmadığı için bu yeterli görülmedi ve bu para iade edildi. Ardından nasıl olsa para da iade edildi diye bu mahkemelere sahip çıkılmadı ancak her göreve gelen Adalet Bakanı bu mahkemelerin göreve başlayacağına ilişkin açıklamalar yaptı. Bunun için binası olmayan illerde binalar, plazalar kiralandı, Başsavcılar atandı, personel alımı yapıldı. Bu arada dokuz olan bölge adliye mahkemesi sayısı 15'e çıkarıldı. Bu sayının mahkemelerin göreve başlayacağı tarihte daha da arttırılacağı beklenirken 7'ye düşürüldü. Şimdi, Temmuz'da 7 Bölge Adliye Mahkemesi kurulacak. Diyeceksiniz ki hiç yoktan iyidir, belki de. Ama biliyor musunuz bu Bölge Adliye Mahkemeleri yeniden yargılama yapacak. Çünkü istinaf, yeniden ele almak demek. Yani Bölge Adliye Mahkemesi istinaf talebi üzerine hukuka aykırı olarak verilen kararı bozup, Yargıtay'a gibi iade etmeyecek, uyuşmazlığı çoğu zaman yeniden ele alacak ve yeniden yapacağı tahkikat sonunda bir karar verecek. Bu durumda Ankara'da kurulmuş olan Bölge Adliye Mahkemesi toplam 19 ilin ilçeleriyle birlikte ilk derece mahkemelerinden verilen kararlara karşı istinaf başvurularını inceleyecek. Hakkârî nerede biliyor musunuz? Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi yetki çevresi içine alınmış. Hukuk

davaları bir yana, Bölge Adliye Mahkemelerinde yeniden görülecek ceza davalarında sanığın bizzat duruşmaya gelmesi nasıl sağlanacak. Ses ve görüntü aktararak bu işlerin yürütülmesi çok kolay değil, bu durumda istinabe gündeme gelebilecek ise de, bunun en olumsuz tarafı doğrudanlık ilkesinin ihlâlini oluşturmastır. İşte bütün bunlar uygulamaya önemli sorunları beraberinde getirecek. Bölge Adliye Mahkemeleriyle ilgili haberleri okuduğunuzda, bu sayede yargının hızlanacağı, bunun çok önemli bir reform olduğu söyleniyorsa da, alelacele hazırlıksız olarak kararlaştırılan bu girişimin önemli sorunlara sebebiyet vereceğini söylemeliyim. Bakın şu anda biz Nisan ayındayız. Haziran'da bin küsur hâkim Bölge Adliye Mahkemelerine gidecek. Henüz oturacak yer var mıdır? Alt yapı hazır mıdır? Personle ve atanan hakimlere bu konuda gereken eğitim verilmiş midir? Bu sorulara olumlu cevap vermem mümkün değil. Ben özellikle iflasın ertelenmesi talebi üzerine verilecek olan ihtiyati tedbir kararları hakkında, artık İstinaf Mahkemesi'ne başvurulabilmesi açısından Bölge Adliye Mahkemeleri'nin göreve başlamasının önemli olacağını söylerken, başlangıçta bu mahkemeler bakımından da sıkıntılar yaşanacağını vurgulamak istiyorum. Teşekkür ediyorum hepinize.

Prof. Dr. Erden Kuntalp

Hakan Hoca'ya sorusu olanlar varsa, sizler de buyurun.

Hakan Gülelçe

İki dakika müsaade alarak. Yeni kanunumuzla ilgili teşekkürde bulunmak istiyorum, öncelikle size. 6361 sayılı kanunun, hazırlık aşamasından itibaren bulundunuz. Hukuk grubumuzun hazırladığı metnin, madde madde üzerinden geçerek eleştirilerde bulundunuz. Özellikle 23/2. Maddeyi de, hiç aklımızda olmayan bir çözüm olarak getirdiniz. Katkılarınız için öncelikle size teşekkür ederim. Ayrıca Hakan Hoca'ya teşekkür etmek isterim. Kanununuzun 33.maddesinin son iki fıkrası aslında Hakan Hoca tarafından yapılan çalışmalarda oluşturulmuştu. 2005 yılında, 2004 yılında, buradaki sempozyumdan sonra, 2005 Nisan ayında, Hakan Hoca'yı hukuk çalışma grubumuza liderlik etmesi için ricada bulunduk. Sağ olsun kırmadı bizi. İki gün derneğimize geldi. Geç saatlere kadar çalışıldı. Sorunlar, konunun uzmanı arkadaşlarımız tarafından gündeme getirildi. Birlikte, Hakan Hoca'nın da yönlendirmeleriyle, icra-iflas kanununun 150 ve 68/b maddelerinin, finansal kiralama şirketleri tarafından kullanılabilmelerine ilişkin bir madde oluşturuldu. Bunu takip ettik ve 2012 yılında da bunun kanunlaşmasını gördük. Bu nedenle de Hakan Hoca'ya ayrıca teşekkür ederim.

Vahit Altun

Benim bir sorum olacak, Mehtap Hanım'a. Şimdi mesafeli sözleşmelerle ilgili aslında işte bazı, mesela kiralama işlemleri vs. söylendi. Burada hizmetler kapsamına, finansal hizmetleri de dâhil edebilir miyiz? Oradaki örneklerde yoktu ama böyle söylememiz mümkün müdür bir hukukçu olarak?

Yard. Doç. Dr. Mehtap İpek

Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler bakımından özel bir yönetmelik zaten çıkarıldı. Yönetmelik 31 Ocak 2015 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlandı. Yönetmelikte finansal hizmetlerin mesafeli olarak kurulmasına ilişkin esas ve usuller ayrıntılı olarak düzenlenmiş. Kredi, sigorta, bireysel emeklilik gibi finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler Yönetmelik gereği mesafeli olarak yapılabilir. Ancak, Yönetmeliğin tüketici ile yapılan mesafeli finansal hizmet sözleşmelerini düzenlediğini belirtmek gerekir.

Soru

Hocam çok teşekkür ederim, bu doyurucu sunum için. Gerçekten herkesin bildiği, temas etmek istediği konulara çok açık açık açıklamalarda bulundunuz. Konu aslında iflas erteleme tabii sizin sunumunuz ama ben leasing sözleşmeleri ve leasing uygulamasına yönelik aslında bir soru sormak istiyorum. Özellikle finansal kiralama sözleşmesi konusu, ekipmanın üçüncü kişiler tarafından haczedilmesi durumunda daha sonra finansal kiralama şirketinin bu hacizden çok çok geç haberdar olduktan sonra ve icra dosyasının da tekemmül edip satış aşamasına geldikten sonra ihale konusu yapılmasına binaen, buradaki finansal kiralama şirketinin, icra-iflas kanununun 134 ve devamlı maddelerindeki ihalenin feshi davası açacak ve tehdit olarak sayıldığı için leasing şirketinin vasfı, sıfatı ve ihalenin feshi davası açmasında hukuken bir menfaat olup olmadığı konusunda neler düşünüyorsunuz? İlk sorum bu.

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

Evet. Bu içtihat yoluyla çözülebilecek ya da benim yapacağım bir öneriyle çözülebilecek bir husus değil. Bunun mutlaka kanuna hüküm konması suretiyle çözümlenmesi gerekiyor. Ancak bu tür sizi ilgilendiren konuların bence kendi kanununuzda düzenlenmesinin son derece yararlı olacağını düşünüyorum. Çok haklısınız. Çünkü istihkak prosedürü bu konuda maalesef çok yavaş işliyor ve sizin hiçbir derdinize çare olabilecek nitelikte değil. İhalenin feshi ise

maalesef Bankalar Birliği'nin önerisi üzerine kabul edilen sınırlı sayıdaki kişilerin bu yola başvurabilmesi yüzünden bizim hukukumuzda getirdiği çok büyük bir sıkıntı. Sanırım zaman zaman bankalar bile bu sınırlamadan şikâyetçiler. Çünkü eski düzenlememizde ve mehzaz kanun olan İsviçre'de ihalenin feshini talep etmekte hukuki yararı olan herkesin bu yola başvurabileceği yönünde. Fakat bizde hukuki yarar olsa bile sadece belli kişilerin başvurabilmesine izin verildi. Bu sınırlama yüzünden çok ciddi hak kayıpları söz konusu olabiliyor. Şu an İcra ve İflas Kanunu'nu değiştirmek üzere bir komisyon oluşturuldu, belki sorunların bu komisyona anlatılabilir, ama asıl olan finansal kiralama ile ilgili özel düzenlemelerin İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılacak bir düzenleme olmamasıdır. Finansal kiralamaya konu malların sicili tutularak icra memurunun da bu sicile ulaşması suretiyle daha hızlı ve etkin bir koruma sağlanabilir. Bir de siz belki sormazsınız ama ben hemen söyleyeyim. Yeni uygulanmaya başlayan "satın al, kirala" diye bir sisteminiz var. Bu yöndeki düzenlemeyi okurken herkes kendi cephesinden bakıyor, ben de tasarrufun iptali davası bakımından bunu değerlendirmek istiyorum. Tasarrufun iptali davaları hakkında uzman Sayın Doç.Dr. Güray Erdönmez'dir. Onun profesörlük takdim tezi olarak hazırladığı bir konu. Mutlaka bu konuyu da çalışmasına işleyecektir diye düşünüyorum. Ben bu konuda sizin çok dikkatli ve titiz olmanız gerektiğini düşünüyorum. Çünkü İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesinde borçlunun mali durumunun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde tasarrufun iptal edilebileceği belirtilmiştir. Bu yüzden bu tür sözleşmenin yapılacağı şirketin bilançosunun doğru hazırlanmış olmasına dikkat edilmelidir. Aslında getirilen düzenleme kredi temini bakımından çok pratik zaman dikkate alınması gerekmektedir.

Soru

Hocam merhaba. Bu ihtiyati tedbirle ilgili olarak, iflasın ertelenmesiyle ilgili ihtiyati tedbir kararı konulduktan sonra oluşacak, alacaklılar takip yapılamayacağı yönünde mahkemelerin tedbir kararı verdiğini söylemiştiniz, doğru mu anlamışız ona göre soracağım çünkü?

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

Hayır. Tam tersine. İlk derece mahkemeler zaman zaman böyle karar veriyor olsa da, Yargıtay tam tersine iflasın ertelenmesi talebinden sonra doğacak borçlar bakımından takip yapılabileceğini söylüyor.

Soru

Ama Yargıtay süreçleri biliyorsunuz çok uzun sürüyor.

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

Doğru, ancak Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarını vererek tedbire üçüncü kişi olarak itiraz ederseniz, bu yönde verilen tedbir kararının kaldırılacağını düşünüyorum.

Soru

Onu sizden alabiliriz. Ama yine de sorumu sorayım. Şöyle. Biz faktoring sektörü olarak diyelim ki çalıştığımız firma, iflas erteleme tedbir kararı aldırdı. Ama elimizde onun borçlu olduğu vadeli çekler var. Yani tedbir kararı konulduktan sonra vadesi gelecek çekleri olabilir. Bu anlamda o çekler için, bizim takip yapabilmek hakkımız olur mu? Ödenmediği takdirde, bir onu soracağım. Bir de fatura ile ilgili bir soru soracağım. Faturada, yani müşterilerinden, borçlularından, alacaklılarından aldığımız faturalarda, irsaliyeli faturaysa eğer, bu irsaliyeli faturada teslim alındığına dair karşı tarafın kaydı varsa bu anlamda bizim için mal ve hizmetin alındığı anlamına gelebilir mi? Bir ispat teşkil eder mi? Bu konumda tabii borçlu, ben malı ve hizmeti almadım şeklinde defi ileri sürebilir mi şeklinde bir sorum daha olacak. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

Hocam fatura herhalde Tuba Hanım'ın. Onun için ben sorunun kendimle ilgili olan kısmı cevaplayayım. Ben açıkçası iflas ertelemenin, o ana kadar olan borçlar bakımından değerlendirilebileceğini ve bu borçlar bakımından şirkete karşı takip yapılmasının tedbir kararı ile önlenebileceği kanaatindeyim. Erteleme talebinden sonra doğan borçlar için şirkete takip yapılabilir. Bu takip adı bir senede dayanan genel haciz yolu ile takip olabileceği gibi, kambyo senetlerine özgü takip de olabilir.

Yard. Doç. Dr. Tuba Karaman

Faturanın gönderilmiş olması, malın teslim edildiği anlamına gelmez kural olarak. Ancak kanaatimce eğer faturada özel olarak malın teslim edildiği belirtilmiş ve bu kayıt faturayı teslim alanca imzalanmış ise, artık bu bir yazılı delil teşkil edecektir. Kanaatimce. Ama böyle bir kayıt olmadığı takdirde sadece fatura gönderilmiş olması ve buna 8 gün içinde itiraz edilmemiş olması malın teslim edildiğini hiçbir şekilde ispat teşkil etmez.

Soru

Yani şöyle oluyor hocam. Faturalarda, irsaliyeli faturalar oluyor bunlar ve alt kısmında teslim alan şeklinde bir bölüm oluyor. Oraya da o şirketin herhangi bir elemanının imzası olabiliyor. Yani bu bizim için bir ispat, bir şey teşkil edebilir mi?

Yard. Doç. Dr. Tuba Karaman

Yetkili kişi imzaladıysa, evet. Bu teslim alındığı anlamına gelir.

Filiz Ünal

19. Hukuk Daire Başkanı'yla ve Genel Kurul Başkanı'yla bu konuyu tartıştığımızda, irsaliyenin muhakkak faktoring şirketleri tarafından alınması gerektiği konusunda orada hemfikir olmuş durumda. İrsaliyenin tabii ki yetkili kişiler tarafından imzalanması da önemli. Yani ona da dikkat etmek lazım.

Ama ben bu konuda hocamıza çok teşekkür etmek istiyorum. Çünkü sektörümüzde çok özel olan ve çok hassasiyet gösterilen bu konuyu, çok güzel bu kanunun 9/2 ve 9/3 maddelerini güzel bir şekilde açıklığa kavuşturdunuz. Ama o herhalde tereddütler devam edecek, hocamızla da bir çalışma yapacağız.

Vahit Altun

Hocam ben Hakan Hoca'mıza bir şey soracağım. Şu anlamda, yakın bir zamanda duyduğum için bunu paylaşmak istiyorum. Sizin mutlaka haberiniz vardır diye düşünüyorum, o yüzden. İflas erteleme ile ilgili Adalet Bakanlığı'nın şu anda çalıştığı bir taslak olduğundan bahsediliyor. Bu konuda bir bilginiz var mıdır? Ve iflas erteleme aslında tamamen kaldırılacak ve hatta konkordato gibi bir şeyle geliyor deniliyor.

Prof. Dr. Hakan Pekcantez

Aynen doğru. Ama şu anda nasıl bir düzenleme yapılmak istendiğinden hiç haberim yok. Bence takip etmeniz, hatta bazı sorunları iletmeniz büyük bir yarar olduğunu düşünüyorum. Öyle olursa dinlenecektir. Yoksa benim tahminim, tasarı yeteri kadar tartışılmadan yürürlüğe girecek. Çünkü biz kanun yapmayı çok kolay bir şey zannediyoruz. Hele tartışmaya hiç tahammülümüz yok. Büyük sürprizler olabilir.





BANKACILIK DIŞI FİNANSAL KURULUŐLAR HUKUK SEMPOZYUMU

