

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

**KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN
FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNİN
KURULUŞU VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

ARZU ÇIRASUNLAR

İSTANBUL, 2011

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS

**KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN
FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNİN
KURULUŞU VE HUKUKİ NİTELİĞİ**

Yüksek Lisans Tezi

Arzu ÇIRASUNLAR

Tez Danışmanı: YRD. DOÇ. DR. ASLI MAKARACI BAŞAK

İSTANBUL, 2011

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

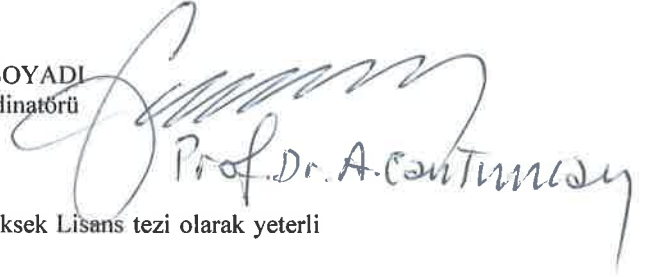
Tezin Adı : Konut Finansmanı Amacıyla Yapılan Finansal Kiralama Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Hukuki Niteliği
Öğrencinin Adı Soyadı : Arzu Çırasunlar
Tez Savunma Tarihi : 09.09.2011

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Unvan, Ad ve SOYADI
Enstitü Müdürü
İmza

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Unvan, Adı ve SOYADI
Program Koordinatörü
İmza


Prof. Dr. A. Çantın

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

Jüri Üyeleri

İmzalar

Unvanı, Adı ve SOYADI

Tez Danışmanı
Yrd.Doç.Dr. Aslı Makaracı Başak

Üye
Yrd.Doç.Dr. Ahu Ayanoğlu Moralı

Üye
Yrd.Doç.Dr. Mehmet Erdem





ÖNSÖZ

Yüksek lisans sürecinden keyif almamda sınırsız emeği olan saygıdeğer Hocalarım; beni programa kabulü ile idealimi, serüvenimi başlatan Sn. Prof. Dr. Aziz Can Tuncay; sınırsız dimağı ve öğretme kabiliyeti ile Sn. Prof. Dr. Gülçin Elçin Grassinger; bilgisiyle hayranlık uyandıran Sn. Prof. Dr. Özer Seliçi; cesaret, destek sağlamakla birlikte, çalışma konusu belirlemede bana yeni ufuklar açan ve çalışmamı sabırla okuyan Danışmanım Sn. Yrd. Doç. Dr. Aslı Makaracı; sigorta hakkında öğrettikleriyle birlikte sınırsız destek ve motivasyon sağlayan Sn. Yrd. Doç. Dr. Serap Amasya; olumlu katkıları nedeniyle Sn. Yrd. Doç. Dr. Emin Cem Kahyaoğlu; Bahçeşehir Üniversitesi Medeni Hukuk Kürsüsünün değerli asistanları Zafer Kahraman, Öz Seçer ve çalışmama katkılarından dolayı Gülen Sinem Tek; taa Ankara'dan katkılarından ve değerli referanslarından dolayı Sn. Prof. Dr. Nahit Töre, Sn. Yrd. Doç. Dr. Mehmet İstemi, Sn. Doç. Dr. M. Cahit Güran; moral motivasyon desteğini eksik etmeyen Bankacılık Okulunun en sevilen Hocası "O Bir Efsane" Sn. Dr. Cahit Sönmez, her seferinde beni sabırla dinleyen Büyük Kaybımız Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e ve özellikle finansal kiralama konusunda bildiğim herşeyi kitaplarındaki güzel ifadelerinden ve bizzat anlatımından öğrendiğim Sn. Prof. Dr. Erden Kuntalp'e;

Gelmiş geçmiş en başarılı Matematik Öğretmeni olan Hocam Ahmet Taşdemir; değerli mesai arkadaşlarım Tefvik Kerem Akyol, Nazan Baki, Dr. Ertan Altıkulaç; hep arkamda olan büyüklerim Günay Mantar, Hatice Güngör, Nurhayat Çanga; manevi desteğini esirgemeyen Aylin Camkıran Sarışen; beni en başından beri takiple destekleyen Sevgili Arkadaşım Ece Baş (sana doğum günü armağanımdır ☺); bana kendimi yabancı hissettirmeyen sınıf arkadaşlarım; ve beni uzaktan yakından destekleyen Canım Arkadaşlarım Hilal Kutluca, Zehra Günay, Seda Kılınç, Evla Agun, Tuğba Yılmaz, Banu Kuvancı; özlediğim, ihmal ettiğim, şurada ismini sayamadığım sevdiklerim ve sevenlerime;

Bu çalışmamı armağan ettiğim Canım Ailem;

Beni elimden tutup hergün kampüse getirip götürten, yağmur, kar dinlemeden bekleyen, derslerim ve tez çalışmam süresince benden desteğini eksik etmeyen, kritik dönemecimde beni yoluma döndüren hayat ve emek ortağım Sevgili Eşim Ümit'e; her an yanımda olan, sıkıntılarım ve sıkışıklıklarım her ihtiyaç duyduğumda yanıbaşım hazır olan ve dualarını benden eksik etmeyen Sevgili Annem'e ve hayatımın en kıymetlisi, bütün amacımın onun mutluluğu olduğu, anlayışı ve sabrı ile beni mahçup eden Canımın Biricik Parçası, Prensesim Ayşe Duru Yavru Kuşuma,

Benim için çok zor ama bir o kadar da önemli, değerli ve keyifli olan bu süreçte yanımda oldukları, bana inanıp güvendikleri ve beni destekledikleri için sonsuz

Teşekkür, Minnet, Saygı ve Sevgilerimle ...

Arzu ÇIRASUNLAR

Tarih : 09.09.2011

ÖZET

KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU ve HUKUKİ NİTELİĞİ

Çırasunlar, Arzu

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ashı Makaracı Başak

Eylül 2011, 179 Sayfa

Türkiye’de konut finansmanı sorununu gidermek üzere çalışmalar yapılmış, “5582 Sayılı Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” 01.12.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na sunulmuş, 22.02.2007 tarihinde Meclisten geçerek kanunlaşmıştır. Böylece “uzun vadeli konut finansman sistemi” hukukumuza girmiştir.

5582 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38. maddesine eklenen 38/A maddesinde konut finansmanı; konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullanılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır. Sermaye Piyasası Kanununda yapılan bu değişikliklerle, konut finansmanı sisteminin amacı da düzenlenmiştir. Konut finansmanı kuruluşları konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir.

5582 Sayılı Kanunla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Finansal Kiralama Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, İcra ve İflas Kanunu ve çeşitli vergi kanunlarında değişiklikler yapılmıştır. Getirilen hükümlerle birlikte, bunlara ilişkin ayrıntıların

düzenlenmesi Sermaye Piyasası Kurulu, BDDK ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı gibi çeşitli kurumlara bırakılmış, birçok hususun ise ileride sorun çıktığı zaman tebliğlerle çözülmesi yönünde bir tercih yapılmıştır. Sonuç olarak da sistem bütünüyle düzenlenememiş, yapılan ve sağlanmak istenen düzenlemeler ise yeterince anlaşılammıştır. Nitekim Kanunun özünü teşkil eden “konut finansmanı sistemi” kavramı dahi SerPK 38/A maddesinde tanımlanmıştır.

Finansal Kiralama Kanununda açıkça ifade edilmese de 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kapsamı genişletilmiş, konusu içine “konut” da dahil edilmiş ve dolayısıyla sözleşmenin diğer tarafını tüketici olarak gerçek kişilerin oluşturması mümkün hale gelmiştir. Konut edinmenin tüketici işlemi sayılması ve finansal kiralama sözleşmesinin konusunu teşkil edip edemeyeceği hususlarına ilişkin tartışmalar, 5582 Sayılı Kanun sonrasında geride kalmıştır. Yapılan bu düzenlemeler, finansal kiralama işleminin özelliklerinin istisnasını oluşturmuştur. Bu şekildeki değişikliklerin yapılma nedenlerine 5582 Sayılı Kanunun gerekçesinde yer verilerek, finansal kiralama sözleşmesinin de tüketici işlemi olarak düzenlenme sebebinin, konut kredisi yanında alternatif bir finansman modeli oluşturmak olduğu belirtilmiştir. Buna ilave olarak, finansal kiralama şirketlerine fon sağlanmasının da amaçlanmış olabileceği de düşünülmektedir.

Sonuç olarak finansal kiralama sözleşmesinin taraflarından birinin tüketici, sözleşme konusunun da konut olması mümkün olmuştur. Tüketici sözleşmesi şeklinde kurulan bu sözleşmelere finansal kiralama sözleşmelerinin kuruluşuna ilişkin koşullar da uygulanacak, sözleşmenin unsurları finansal kiralama sözleşmesinin unsurlarına paralel olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Konut Finansmanı, Finansal Kiralama Sözleşmesi, Konut Finansmanı Sözleşmesinin Tarafları ve Şekli.

ABSTRACT

EXECUTION AND LEGAL NATURE OF THE FINANCIAL LEASING AGREEMENT FOR HOUSING FINANCING

Çirasunlar, Arzu

MASTER IN PRIVATE LAW

Thesis Supervisor: Ass. Doc. Aslı Makaracı Başak

September 2011, 189 Pages

Studies were conducted to settle the housing financing problem in Turkey, the “Draft Law no. 5582 on Amending Several Laws concerning Housing Financing System” was presented to the Presidency of the Grand National Assembly of Turkey on 01.12.2005, and was passed and enacted by the Assembly on 22.02.2007. Thereby, “long term housing financing system” entered into our law.

In article 12 of the Law no. 5582 and article 38/A added to the article 38 of the Capital Market Law no. 2499, the housing financing is defined as disbursement of loan to the consumers in order for them to acquire a house, lease of the houses to the consumers through financial leasing, and disbursement of loan to the consumers under the guarantee of houses owned by them. The loans disbursed for refinancing of the loans within this scope are within the scope of house financing, as well. The objective of the housing financing system was arranged by these amendments made in the Capital Market Law. The housing financing agencies are the banks disbursing loan directly to the consumers of conducting financial leasing with the aim of housing financing, and the financial leasing companies and financing companies which are deemed appropriate by the Banking Regulation and Supervision Agency to engage in housing financing activity.

Amendments were made by the Law no. 5582 in the Law on Protection of Consumers, Financial Leasing Law, Enforcement and Bankruptcy Law, and several tax laws. By the provisions enacted, arrangement of the details regarding to such matters was left to

several agencies such as the Capital Market Board, Banking Regulation and Supervision Agency, and Ministry of Industry and Commerce, and it was preferred to settle many issues by communiqués should any problem arise in the future. In conclusion, the system could not completely arranged, and the arrangements that were desired to be made and provided could not be adequately understood. As a matter of fact, even the concept “housing financing system” that is the core of the subject is defined in article 38/A of the Capital Market Law. 5582 in

Though not clearly expressed in the Financial Leasing Law, its scope was expanded with the Law no. 5582 on Amending Several Laws concerning Housing Financing, “housing” was included in it, thus, it was made possible for the real persons to be the counterpart of contracts. The discussions as to considering house acquisition as a consumer transaction and whether it can be the subject of financial leasing contract were left behind following the Law no. 5582. These arrangements made constituted exception for the characteristics of the financial leasing transaction. The reasons of making such amendments were given in the preamble of the Law no. 5582, and the reason of arrangement of the financial leasing contract as a consumer transaction was stated to be creating an alternative financing model besides the housing loan. In addition, it is thought that it might be aimed to provide funding to the financial leasing companies.

As a result, it was made possible for the financial leasing contracts to have the consumer as one party, and housing as the contract subject. The conditions regarding constitution of the financial leasing contracts will be added to these contracts which are constituted as consumer contract, and the contract items will be in parallel to the items of the financial leasing contract.

Keywords: Financing of Housing, Financial Leasing Agreement, Form of and Parties to the Housing Financing Agreement.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULUŞ ÇEŞİTLERİ VE UNSURLARI

§ I. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	12
-------------------------------------------------------------------------------------	----

§ II. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ ÇEŞİTLERİ.....	19
------------------------------------------------------------------------------------------------	----

A. İCAP USULÜ	20
B. SATICININ KİRACIYI YÖNLENDİRMESİ	22
C. KİRACININ DOĞRUDAN KİRALAMA ŞİRKETİNE BAŞVURMASI	23

§ III. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	25
------------------------------------------------------------------------------------------	----

A. KİRALAYANIN FİNANSAL KİRALAMA KONUSU KONUTUN ZİLYETLİĞİNİ TÜKETİCİYE BIRAKMASI.....	25
----------------------------------------------------------------------------------------	----

1. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN KONUSU OLAN KONUTUN NİTELİKLERİ ve KAPSAMI	25
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

a. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KONUSU OLAN KONUT	31
aa. MÜSTAKİL YAPILAR.....	32
aaa. Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmaz Üzerindeki Müstakil Yapı	34
bbb. Zabıt Defterine Kayıtlı Taşınmaz Üzerindeki Müstakil Yapı	35
ccc. Tapusuz Taşınmazlar Üzerindeki Müstakil Yapı	36
bb. KAT İRTİFAKINA TABİ KONUTLAR.....	37
cc. KAT MÜLKİYETİNE TABİ KONUTLAR.....	39

aaa. Tapu Siciline Kayıtlı Kat Mülkiyetine Tabi Konutlar	43
bbb. Zabıt Defterine Kayıtlı Kat Mülkiyetine Tabi Konutlar	46
dd. ÜST HAKKINA KONU OLAN KONUTUN BAĞIMSIZ ve SÜREKLİ HAKLARA KONU OLMASI	47
aaa. Ayrı Sayfaya Kaydedilmiş Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkına Konu Müstakil Yapı Olarak Konut	50
bbb. Ayrı Sayfaya Kaydedilmiş Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkına Konu Kat Mülkiyetine Tabi Konut	50
b. İMAR MEVZUATI KAPSAMINDA KONUT	52
aa. YAPI KULLANMA İZİNİ ALMIŞ KONUTLAR	54
bb. İMAR MEVZUATINA AYKIRI YAPILAR	55
aaa. Ruhsatsız Ya da Ruhsat ve Eklerine Aykırı Yapılar	56
bbb. Yıkılacak Derecede Tehlikeli Yapılar	58
c. TAŞINIR MÜLKİYETİNİN KONUSU OLAN YAPILARIN KONUT OLARAK KULLANILMASI	59
2. KONUTUN ZİLYETLİĞİNİN TÜKETİCİYE BIRAKILMASI.....	62
B. KİRALACININ FİNANSAL KİRALAMA BEDELİNİ ÖDEME BORCU ALTINA GİRMESİ	66
1. FİNANSAL KİRALAMA BEDELİNİN TESPİTİ.....	67
a. SABİT FAİZ	70
b. DEĞİŞKEN FAİZ	71
c. KARMA FAİZ.....	72
2. FİNANSAL KİRALAMA BEDELİNİN ÖDENMESİ.....	73
C. KONUTUN HASAR VE ZİYAINDAN TÜKETİCİNİN SORUMLU OLMASI.....	74

İKİNCİ BÖLÜM

KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

§ I. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	76
A. KENDİNE ÖZGÜ MÜLKİYETİ DEVİR SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ	77
B. KENDİNE ÖZGÜ KULLANIMIN DEVRİ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ.....	79
C. KENDİNE ÖZGÜ MÜLKİYETİN DEVRİ VEYA KULLANIMIN DEVRİ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ.....	80
D. KENDİNE ÖZGÜ KREDİ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ	80

§ II. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI 82

- A. KİRA SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 82
- B. SATIM / TAKSİTLE SATIM SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 89
- C. ARİYET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 90
- D. KARZ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 91
- E. KREDİ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI..... 91

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE ŞEKLİ

§ I. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI 94

- A. KİRALAYAN..... 95
1. FİNANSAL KİRALAMA ŞİRKETİ ve KURULUŞ ŞARTLARI 98
- a. TÜRKİYE'DE YERLEŞİK FİNANSAL KİRALAMA ŞİRKETİ 99
- b. TÜRKİYE DIŞINDA YERLEŞİK FİNANSAL KİRALAMA ŞİRKETİ 100
2. FİNANSAL KİRALAMA YAPMAYA YETKİLİ DİĞER KURUMLAR 101
- B. KİRACI (TÜKETİCİ)..... 104
1. TÜKETİCİ KAVRAMI..... 104
2. TÜKETİCİ KAVRAMININ UNSURLARI..... 106
- a. GERÇEK veya TÜZEL KİŞİ OLMA 107
- b. MAL veya HİZMETİ TİCARİ VEYA MESLEKİ OLMAYAN AMAÇLARLA EDİNME..... 114

§ II. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ, ŞEKLE AYKIRILIĞI, AYKIRILIĞIN SONUÇLARI VE GENEL İŞLEM ŞARTLARI..... 121

- A. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ..... 121
1. SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİ FORMU 123
2. SÖZLEŞMENİN YAZILI ŞEKLE TABİ OLMASI 130
3. SÖZLEŞMEDE BULUNMASI GEREKEN ZORUNLU KAYITLAR ve UNSURLAR... .. 132
4. SÖZLEŞMENİN BİR NÜSHASININ TÜKETİCİYE VERİLMESİ ZORUNLULUĞU.. .. 134
5. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN ŞERH EDİLMESİ 134

B. ŞEKİL ŞARTLARINA AYKIRILIK ve SONUÇLARI	141
Ş III. GENEL İŞLEM KOŞULLARI VE DENETİMİ.....	148
A. GENEL İŞLEM KOŞULLARI.....	148
B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ.....	153
1. YÜRÜRLÜK DENETİMİ.....	154
2. YORUM YOLUYLA DENETİM.....	158
3. İÇERİK DENETİMİ	161
SONUÇ.....	164
KAYNAKÇA	168

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BankK	5411 Sayılı Bankacılık Kanunu
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BK	818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	dipnot
E.	Esas
FİDER	Finansal Kiralama Derneği
FKK	3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu
GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
İK	3194 Sayılı İmar Kanunu
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTO	İstanbul Ticaret Odası
İTÜ	İstanbul Teknik Üniversitesi
K.	Karar
KFK	5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Yasalarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
KMK	634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	Madde
S.	Sayı
s.	sayfa
SÖBF	Sözleşme Öncesi Bilgi Formu
SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
T.	Tarih

TBB	Türkiye Bankalar Birliği
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TST	Tapu Sicil Tüzüğü
vs.	ve saire
Y.	Yıl

GİRİŞ

Konut kavramı en temel anlamda, barınak, yatırım aracı olma, ekonomiye katkı sağlama, bireylerin geleceği için güvence sağlama gibi işlemlere sahip olması sayesinde insanların barınma ihtiyacını karşılayan, uzun ömürlü ve fiziksel bir mekan olarak tanımlanmakta olup toplumların ekonomik ve sosyal açıdan gelişmişlik göstergesi olma özelliği taşımaktadır¹. Gelir düzeyleri belli bir seviyeye geldiğinde bireyler, öncelikli olarak bu temel ihtiyacını karşılamaya yönelik girişimlerde bulunurlar². Etkin bir piyasa için konut finansmanı ne kadar gerekli ise, aynı döngüde etkin bir konut finansmanı sistemi için de iyi işleyen, istikrarlı bir piyasa o kadar gereklidir.

Konut hakkı, Anayasa m. 57’de “*Devlet şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler*” şeklinde tanımlanmak suretiyle anayasal bir hak niteliği taşımaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, “herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim ve konut hakkı vardır” ifadesiyle konut hakkını yaşamsal haklar arasında saymıştır³.

Tüketici sözleşmelerinin konusunu genellikle taşınır mal ve hizmetler oluşturmakta, taşınmaz mallara ilişkin sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir. Taşınmaz mallara ilişkin sözleşmelerin tüketiciyi koruyan düzenlemelerin dışında bırakılmasının bazı sebepleri bulunmaktadır. En başta, toprağın diğer piyasalarda arz edilen mallara nispetle çoğaltılamaması ve bir üretim

¹ **BERBEROĞLU**, Murat Gökşin / **TEKER**, Suat, “Konut Finansmanı ve Türkiye’ye Uygun Bir Model Önerisi”, İTÜ Dergisi, Sosyal Bilimler, C. 2, S. 1, Aralık 2005, s. 58.

² Ülkemizde de hükümetler, vatandaşların konut sahibi olabilmelerini sağlayacak, kolaylaştıracak düzenlemeler yapmakta ve çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Konut finansmanı amacıyla yapılan düzenlemeler ve faaliyetler arasında, uzun vadeli finansman imkanlarının ve araçlarının oluşturulması gerekmektedir (**ÖNAL** Yıldırım Beyazıt / **TOPALOĞLU**, Mustafa, İpotekli Konut Finansmanı ve Hukuku Mortgage (Tutsat), İstanbul 2007, s. 16).

³ 1996 yılında İstanbul’da yapılan, Habitat II Konferansı da, “herkes için yeterli konut temin etme” ve “insan yerleşimlerini daha güvenli, daha sağlıklı ve yaşanabilir, sürdürülebilir ve üretken yapma” hususlarını “evrensel hedefler” olarak ortaya koymuştur (**BAYRAKTAR**, Erdoğan, Planlı Kentleşme ve Konut Üretim Seferberliği Sunumu (2003-2009), www.toki.gov.tr/page.asp?id=102, 26.12.2010).

sürecinin sonucu olarak ortaya çıkarılamaması gelmektedir. Taşınmazlar üzerindeki mülkiyet değişikliklerine ilişkin prosedürlerin daha zor ve uzun olması, taşınmazlara ilişkin işlem maliyetlerinin daha yüksek olması da önemli etkenler olmakla birlikte⁴, arazinin bir tüketim malı değil de bir yatırım malı olarak değerlendirilmesi de bu sonucun en temel gerekçesiydi⁵. Tüm bu etkenler dolayısıyla, taşınmaz satın alan kişilerin zaten taşınmaz alımında konuyu enine boyuna yeterince düşünmek zorunda olduğu, bu nedenle de korunma ihtiyaçlarının pek fazla olmadığı varsayılmaktaydı⁶. Tüketicinin alım gücü düşük ve sözleşmenin zayıf tarafı olma özelliğinden dolayı, yüksek alım gücü gerektiren ve maliyetli olan taşınmaz mallar konusunda alım yapmak isteyen kişilerin tüketici olarak görülüp korunmaya ihtiyaç duyduğu hususunda çekimser davranılması ilk etapta uygun görünebilir. Ancak modern anlamda tüketici tanımı ve niteliği açısından bakıldığında, tüketici güçsüzlüğü ve alım gücünün düşüklüğü nedeniyle sözleşmenin zayıf tarafı olarak görülerek korunmaya ihtiyaç duymakla birlikte, serbest piyasanın dengeleyici bir unsuru olarak kabul edilerek de korunmaktadır. Bu nedenler çerçevesinde değerlendirildiğinde, taşınmaz mal edinimine ilişkin bir sözleşmelere taraf olan kişilerin de tüketici sayılması⁷, bununla birlikte konut alım işinin günlük hayatta sıkça yapılan bir iş olmaması ve yukarıda anılan şekilde yüksek maliyetli bir iş olması nedeniyle de tüketicilerin bu işlemlerinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında korunmaları gereği oluşmuştur⁸.

⁴ **OZANOĞLU**, H. Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHF, C. 50, S. 1, Y. 2001 (Tüketici Sözleşmeleri), s. 67.

⁵ **ASLAN**, İ. Yılmaz, En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, Bursa 2006, s. 10; **KUNTALP**, Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, TBB Yayın No: 144, Ankara 1988 (TBB), s. 300.

⁶ Taşınmaz kredilerinin Tüketici Kredilerine ilişki Avrupa Birliği Yönergesinin kapsamı dışında bırakılmasının gerekçesi için bkz. **CANARIS**, Claus Wilhelm, Avrupa’da Tüketici Kredisi Alanında Hukuki Uyumlaşmayı Temin Açısından 22.12.1986 Tarihli Avrupa Topluluğu Yönergesi’nin Getirdikleri, Altıncı Avrupa Hukuk Haftası, Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku (İstanbul, 5-7 Mart 1993, Çev. Yeşim Atamer, Ankara 1991), s. 10.

⁷ **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri, s. 68.

⁸ Tüketicinin korunması hakkında bkz.

OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 75; **SEROZAN**, Rona, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Kanun Hukuk Dergisi, Mayıs 1996/4, s. 579; **AKİPEK**, Şebnem, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, AÜHF, Y. 2003, C52, S. 3 (Kredi Kartları), s. 103; **ULAŞ KISA**, Seda, “Avrupa Tüketici Hukukunda Tüketici Hakları ve Tüketicinin Korunması”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1161; **ÖZEL**, Çağlar, “Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan

Çalışmamızda, birden çok Kanunda yapılan kapsamlı değişikliklerin incelenerek dört yıl öncesinde Kanun düzenlemesi olan bir konuda uygulama olmaması nedeniyle, hem bireyler hem de finansal kiralama şirketleri açısından Kanun'daki bu düzenlemelere ilişkin farkındalık ve tercih edilebilirlik sağlanması amaçlanmış, konunun birden fazla kanunla düzenlenmesi ve kapsamının geniş olması nedeniyle konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin kuruluşu ve hukuki niteliği incelenmiştir. Konut finansmanı ya da konut finansman sistemi üzerine yapılan çalışmalarda konut kredileri üzerinde durulması nedeniyle çalışmamızda finansal kiralama sözleşmeleri araştırma konusu yapılmıştır.

Anayasada yer alan konut edinme hakkı ve devletin bunun için finansman sağlama araçlarını kolaylaştırma görevi çerçevesinde, bir finansman aracı olan finansal kiralama sözleşmesini içeren düzenlemeler yapılarak finansal kiralamanın konut ediniminde de finansman aracı olması sağlanmıştır. Her ne kadar gayrimenkul edinilmesinde finansal kiralama yoluyla finansman sağlanması mümkün olsa da konut edinme işlemlerinde bu yol kullanılamamaktaydı.

Şunu belirtmeliyiz ki, bazı değişikliklerin amaçlanmasıyla hazırlanan 5582 Sayılı Kanun sadece konut finansmanı sistemini içerse de biz çalışmamızda “sistem”i, konut finansmanını da içerecek şekilde kullanmayı uygun gördük. İkisi arasındaki temel ayrım, konut finansmanı sisteminde, tüketiciye sağlanan finansman alacağının karşılığında menkul kıymet ihraç edilmesidir. Dolayısıyla sistemin yeni olduğu düşünüldüğünde, sağlanan her finansmanın sisteme dahil olması amaçlanmayabilir. Bu konudaki değişikliğin fark edilmesi amacıyla ve çalışmamızda önemli yer tutması nedenleriyle kısaca finansal kiralamanın genel özelliklerinden bahsetmek gerekir. Daha sonra konut finansman sisteminin önemli noktalarına kısaca değineceğiz.

İşletmelerin, faaliyetleri esnasında ihtiyaç duydukları taşınır ve taşınmaz bazı malları satın almanın yanında finansal kiralama yoluyla da temin etmeleri mümkündür. Finansal kiralama sözleşmesi FKK m. 4'te “*kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi*

Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 772.

üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere ve belli bir süre feshedilmemek şartı ile kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşme” olarak tanımlanmaktadır.

Finansal kiralama sözleşmesinin temel özelliklerinin başında finansman sağlama amacına yönelik olarak yapılması gelmektedir. Finansal Kiralama Kanununun gerekçesinde de bu ilişkinin ihtiyaç sahibine nakit ödemek suretiyle değil, talep ettiği malın kullanımının kendisine bir bedel karşılığı devredilerek finansman sağlandığı ifade edilmektedir⁹. Finansmanın esaslı bir unsur olması da malın kullanımının devrinin finansman amacına yönelik olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu özellik, taraflardan kiralama şirketi açısından daha belirgin olup kiracı açısından malın kullanımı unsuru daha öncelik arz etmektedir. Bu nedenle de kiralama şirketinin malla olan ilgisi “teminat” özelliği ile sınırlı iken kiracının malla olan ilgisi daha yoğunur¹⁰. Zira bu bağa göre buradaki kiracının yetkilerinin, FKK m. 4’te belirtildiği üzere “*her türlü faydayı sağlamak üzere*” devredilmesi nedeniyle olağan kira ilişkisindeki kiracıdan daha kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır¹¹. Kiralama şirketinde kalan mülkiyetin teminat işlevi taşıması, finansal kiralama sözleşmesinin ekonomik yapısının bir sonucudur. Benzer şekilde, kiracıya da malik sıfatını kazanması nedeniyle bir malik gibi sorumluluk yüklenmektedir¹².

Finansal Kiralama Kanununda yer aldığı şekliyle, finansal kiralama sözleşmesinin konusunu ancak yatırıma yönelik olarak kullanılacak taşınır ve taşınmaz mallar oluşturabilir, dolayısıyla da sözleşmenin tarafı finansal kiralama şirketi ile işletmeler (gerçek kişi tacir, tüzel kişi tacir) oluşturabilir (FKK m. 5). Finansal kiralama sözleşmelerinde taşınmaz mal edinilmesi güç olduğu için pek fazla görülmemektedir¹³. Ayrıca, doktrinde¹⁴ kabul edildiği üzere, dayanıklı tüketim

⁹ FKK Gerekçesi m. 1, Başbakanlık Yasalar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: 18/101-1863/0314, 03.04.1985, http://www.fider.org.tr/wswFiles/document/document_06.02.2011.

¹⁰ KUNTALP, Erden, Finansal Kiralamada Zilyetliğin Devri Yasağı, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003 (Devir Yasağı), s. 677; KUNTALP, TBB, s. 16.

¹¹ Yargıtay HGK, E. 2000/11789, K. 2001/6, T. 31.01.2001, www.kazanci.com, 06.02.2011.

¹² KUNTALP, s. 71.

¹³ NAZLIOĞLU, Gültekin, (Açıklamalı ve İçtihatlı) Finansal Kiralama Kanunu, Ankara 1996, s. 14.

malları değil yatırım malları finansal kiralama konusu olabilir. Finansal Kiralama Kanununda sözleşmeye konu olacak malın mutlaka yeni olması şartı aranmamıştır, dolayısıyla ikinci el bir malın da kiralamaya konu olması mümkündür¹⁵. Ancak Finansal Kiralama Kanununda açıkça yazılmasa da Kanunun ruhu açısından bakıldığında, finansal kiralama şirketlerinin bünyelerinde mal stoku bulundurmamaları gerekmektedir¹⁶.

Yukarıda sayılan nitelikleri taşımayan, özellikle kişisel ve ailevi ihtiyaçları karşılamak amacıyla edinilen tüketim malları Finansal Kiralama Kanunu kapsamı dışında tutulmaktaydı. Konut ihtiyacını karşılamak için sektörde yenilikler yapılması amaçlanarak 5582 Sayılı Kanun kapsamında konut alımı için bu kurala sözleşmenin konusu ve tarafları bakımından istisna getirilmiştir. Bu düzenleme ile konut kredisi ya da finansal kiralama yollarından birini seçen tüketici uzun vadeli fon sağlayabilecek, başta inşaat sektörü olmak üzere inşaat sektörüne bağlı yapı malzeme şirketleri, çimento fabrikaları gibi yan sektörler canlanacak, tüketicinin kullanmadığı birikimleri piyasaya girecek ve alacakların oluşturduğu havuza dayanarak tahviller çıkarması ile özellikle yabancı sermaye de piyasaya girmiş olacaktır. Sistemde, bankalara konutu ipotek ederek alacakları üzerinden menkul kıymet ihraç etmek suretiyle fon sağlama ve finansal kiralama şirketlerine de finansal kiralamaya verilen taşınmazın fonlar aracılığıyla menkul kıymete bağlanarak bunlardan gelir elde edilmesi yoluyla fon sağlanması imkanı getirilirken¹⁷; diğer taraftan tüketicilere de

¹⁴ **KOCAAĞA**, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 66; **KÖTELİ**, Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri, İstanbul 1991, s. 96; **ÇELİKOĞLU**, Cengiz Topel, "Konut Finansman Kanununun Leasing Sözleşmesi Üzerindeki Etki ve Sonuçları", İBD, C. 81, S. 4, Yıl 2007, s. 2019.

¹⁵ **KOCAAĞA**, s. 67.

Ancak söz konusu malın, finansal kiralama sözleşmesine elverişli olması da gerekli olup asgari bir değerden daha düşük değerde olan mallara ilişkin olarak kurulamazlar (**KOCAAĞA**, s. 68; **ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 109; **KÖTELİ**, s. 96).

¹⁶ **KÖTELİ**, s. 8; **KUNTALP**, TBB, s. 45, dp. 108.

¹⁷ **AYDOĞDU**, Mortgage, s. 11.

Konut finansmanı sisteminde teminat fonksiyonu, konut kredilerinde ipoteğin tapuya tescili şeklinde gerçekleştirilirken, finansal kiralama sözleşmelerinde ise finansal kiralama konusu eşyanın mülkiyetinin finansal kiralama şirketinde kalması ile gerçekleştirilmektedir. Finansal kiralama ile şirket, tüketicieye ihtiyaç duyduğu konutu temin etmekte ve konutun mülkiyeti teminat sağlama amacıyla şirkette kalmaktadır. Konutun bu şekilde teminat sağlaması için hiçbir işlem gerek bulunmamaktadır (**ÇABRİ**, s. 6). Ancak sözleşme sonunda mülkiyetin kiracıya geçmesi için baştan anlaşılması ve sözleşme sonunda bedel ödenmesi gerekir. Sözleşme süresi sonunda mülkiyetin kiracıya direkt geçeceği şeklinde anlaşılması da mümkündür (**ÇABRİ**, s. 5).

düşük faizle ve düşük tutarlı kira ödemeleri ile uzun vadeli kaynak sağlama yönünde kolaylık getirmektedir¹⁸.

Konut finansman sözleşmelerinin getirildiği sistemle, kişilerin konut ihtiyacının finansmanının sağlanması, bu finansmanın teminatla güvence altına alınması (**ÇABRİ**, s. 5) ve bu teminatların menkul kıymetleştirme yoluyla piyasada tedavülü imkanı getirilerek konut finansman kuruluşlarının kaynak ihtiyacına fon sağlanması amaçlanmıştır (**OY**, Osman, Konut Finansman Sistemi ve Ana Hatları ile Gayrimenkul Mevzuatı, İstanbul 2007, s. 167).

¹⁸ (**ÖNAL**, **TOPALOĞLU**, s. 107).

5582 Sayılı Kanunun Genel Gereğesinde, bu değişikliğe neden olan ihtiyaçlar arasında; bireylerin konut ihtiyacının karşılanması hem de inşaat ve finans sektörleri ile bunlarla ilişkili sektörlerin sağlıklı gelişiminin sağlanması, kaçak yapılaşma, niteliksiz konut üretimi, plansız kentleşme, kayıt dışılık, kiraların yüksekliği gibi konular gayrimenkul sektörü ile ilgili sorunların beraberinde mevcut konut stokunun yarısından fazlası ruhsatsız konutlardan oluşması ve iç göçlerin büyük şehirlerde kaçak yapılaşma ve plansız kentleşmeye neden olması, konutların çoğunluğunun da tadilat ve tamire ihtiyacının olması, özellikle deprem tehlikesi konusunda riskli bölgelerimizin yoğunlukta olması hususu ile beraber, bu ihtiyaçtaki konutların güçlendirilmesi gibi hususlar sayılmıştır.

Ülkemizde nüfus artışının hızlı olması ve nüfusun çoğunun ev sahibi olmaması, gecekondü dönüşümü ve kentsel yenileme, deprem riski nedeniyle dönüşüm, alt gelir grubu ve yoksul vatandaşların konut ihtiyacı, mevcut konut stokunun yaşı ve niteliği, şehirlere göç ve hane halkı sayısındaki azalma ile hane sayısındaki artış nedenleriyle konut ihtiyacı yüksektir. (Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) ve Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre;

· yenileme, dönüşüm ve nitelikli konut üretimi tarzında olmak üzere 3 milyon civarında acil konut ihtiyacı,

· 2013 yılına kadar ise, her yıl yaklaşık 600 bin yeni konut ihtiyacı olduğu tespit edilmiştir.

Bu ihtiyacı karşılayacak konutların, altyapısı ve ulaşımı tamamlanmış, eğitim, sağlık, kültür, ticaret gibi sosyal donatıları yeterli, parkları, bahçeleri, çevre düzeni, spor, dinlenme ve eğlence tesisleriyle insanlara çağdaş yaşam olanakları sunan yerleşim alanlarında hedeflenmiştir (**BAYRAKTAR**, Sunum, www.toki.gov.tr/page.asp?id=102, 26.12.2010).

Konut sektörünün en büyük sıkıntılarında biri, bu alanda finansman sağlama yöntemlerinin gelişmemiş olması nedeniyle kaynakların azlığıdır. Bu da ihtiyaç sahiplerini kurumsal olmayan finansman yöntemlerine yöneltmiştir. Finansman yöntemiyle birlikte konut inşaatı sektörünün kurumsallaşamaması da gecekondü, plansız ve çarpık kentleşme ile altyapı sorunlarına da sebep olmuştur. Ancak bunların yanında taşınmaz sektörü yeni bir döneme girerek hareket ve gelişim kazanmaktadır. Konut finansman sistemine getirilen yenilikler sayesinde tüketicilerin uzun vadeli düşük faizli krediler ile konut sahibi olmasına imkan getirilmiş ve kentsel dönüşüm sağlanarak bireylerin çağdaş ve güvenli konut edinme imkanının sağlanması amaçlanmıştır (**KOÇAK**, Duygu, Konut Finansman Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007, s. 2-19.)

Konut finansman sisteminde, kaynağın uzun vadeli olarak sağlanması beklenmektedir. Bu gibi sebeplerle vadenin uzun olması da konut finansman sisteminin, birçok değişkenin birlikte değerlendirildiği, detaylı ve teknik bir sistem olması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Zira finansman kuruluşlarının çeşitli vadelerde topladığı fonları uzun vadeli olarak plase etmesi, yükledikleri riski de artırmaktadır (**ÖNAL / TOPALOĞLU**, s. 110-111). Çünkü konut fiyatları kişilerin gelirleri ile karşılaştırıldığında çok yüksek olduğundan, bu finansmanın geri ödenebilmesi ancak uzun vadede mümkün olabilecektir. Diğer taraftan, gelir potansiyeli yaş artışıyla paralellik gösterebildiğinden, genç olan ve konut sahibi olmak isteyen kişilerin de sisteme dahil olabilmesi ancak bu şekilde mümkün olabilecektir. Ülkemizde konut finansmanı sisteminin yürüyebilmesi yönündeki iki önemli avantajı; dinamik inşaat sektörü ve yüksek konut talebidir (**OĞUZ**, Şeref, Mortgage (www.mortgagebankasi.com), 23.04.2011).

Konut finansmanında sigorta işlemleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **AYDOĞDU**, Murat, Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Y. 2007, C. 9, S. 1 (Mortgage), s. 21-22).

Bunlarla birlikte başkaca düzenlemelerin de yer aldığı bu sistem, “konut finansmanı sistemi” olarak adlandırılmıştır. Değişikliklerin zamanlaması ve içeriği hakkında önem teşkil ettiğinden, aşağıda bu sistemin tanımına ve işleyişine ilişkin unsurlara değineceğiz.

5582 Sayılı Kanununun 12. maddesi ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38. maddesine eklenen 38/A maddesinde konut finansmanı; konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması şeklinde tanımlanmıştır¹⁹. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullanılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır. Sermaye Piyasası Kanununda yapılan bu değişikliklerle, konut finansmanı sisteminin amacı da düzenlenmiştir. Konut finansmanı kuruluşları konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir.

Başarılı bir konut finansmanı için gerekli unsurların başında ihtiyaca uygun konut üretiminin gerçekleşmesi gelmektedir. Bunun için gerek mevcut arsalarla daha düzenli bir yapılaşma ile gerekse konut yapımına elverişli olacak şekilde altyapısı hazır arsa miktarının artırılarak bunlar üzerine düzenli ve sürekli konut üretiminin sağlanması gerekmektedir. Bunun olmaması, uygun koşullarda finansman imkanları olsa da kurumsal bir konut finansmanı sisteminin oluşmasını engelleyecektir²⁰.

Konut finansman sisteminin kurumsallaşması ve başarılı olması için gerekli diğer bir unsur da piyasada yeterli hacimde finansmanın tüketiciye sunulması ve geri ödeme

¹⁹ Konut finansmanı sistemi; bir piyasa olarak, “konut edinmek amacıyla fon talep edenlerle fon fazlası ve tasarruf sahiplerinin buluşturulduğu; tüketicilere konut edinmeleri amacıyla kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla kiralanması, mevcut kredilerin yeniden finansmanı, sahip olunan konutun ipoteği ile verilen tüketici krediler ve konut inşası aşamasında sağlanan konut finansmanının oluşturduğu sistem” olarak da tanımlanmıştır (KOÇAK, s. 2).

²⁰ ÇABRİ, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 7.

süresinin uzun vadeye yayılmasıdır²¹. Konutun yüksek fiyatlı bir mal olması, satın almak isteyen kişilerin daha yüksek miktarda ve uzun vadeli birikim yapmasını gerektirmektedir. Ekonomik açıdan yeterli birikime sahip olmayan kişilerin başlangıç olarak alacakları konutu finanse etmeleri daha zordur çünkü barınma harcaması yaparken aynı zamanda birikim de yapmaları oldukça zor olduğundan, tüketicilerin ihtiyaç duydukları konutu edinmek için gerekli fonların temin edilmesi ve geri ödenmesinin sağlanması, sürdürülebilir bir konut finansman sisteminin varlığı için zorunludur²².

Konut finansmanı sisteminin oluşturulmasının ve başarılı olması için gerekli üçüncü unsur ise ekonomik istikrardır ve bu da enflasyon oranı, işsizlik düzeyi, reel faiz oranı gibi makroekonomik değişkenlerin sadece belirli bir seviyeye gelmesi değil bulunduğu düzeyin istikrarlı bir şekilde korunabilmesi ve iyileştirilebilmesini ifade etmektedir. Tüketicilere uzun vadeli olarak uygun ödeme imkanı ve diğer şartlar altında finansman sağlanması, istikrarlı ve sağlam bir ekonomik yapı için gereklidir²³. Kanun da ülkemizde ekonomik istikrarın sağlanmaya başladığı düşünüldüğü bir zamanda çıkarılmıştır. 5582 Sayılı Kanun ile kurumsal bir konut finansmanı sistemi oluşturulması ve sistemin başarılı olabilmesi açısından gerekli ön koşulların yerine getirilebilmesi amaçlanarak, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve çeşitli vergi yasalarında değişiklikler yapılmıştır.

Kurumsal bir konut finansmanının sağlanması için çeşitli yasalarda değişiklik yapılmış, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "konut finansmanı sözleşmeleri" başlıklı 10/B maddesi eklenerek konut finansmanı sözleşmeleri de tüketici işlemi

²¹ **HEPŞEN**, Ali, Bir Finanslama Yöntemi Olarak Menkul Kıymetleştirme: İpoteği Dayalı Menkul Kıymetleştirme ve Türkiye Uygulaması, İstanbul 2005, s. 69.

²² **ÇABRİ**, s. 7.

²³ **ÇABRİ**, s. 8.

Bunlar dışında da sistemin iyi işlemesi ve gelişmesi için iyi bir sermaye piyasasına ihtiyaç duymaktadır. Bu sistemde amaç uzun vadeli konut finansmanı sağlamaktır. Bunun koşulu da uzun vadeli fonlara sahip olmaktır. Bankaların kaynağının mevduat olduğu ve vadeleri göz önüne alındığında bu finansmanın riskli olduğu görülmektedir. Ancak güçlü bir ikincil piyasa olması, fon ihtiyacını büyük ölçüde rahatlatacaktır (**YILDIZ**, İ. Hüseyin, "Mortgage Hangi Koşullarda Çalışır?", Akşam Gazetesi, 11.04.2007, (10.02.2011)).

olarak bu Kanun kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeyle konut finansmanı sözleşmelerinin kurulması, hükümleri ve sona ermesi bakımında tüketiciyi koruyucu nitelikte bir takım özel düzenlemeler getirilmiştir. Böylece konut finansmanı kuruluşlarına göre her zaman zayıf durumda olan ve konut finansmanı kuruluşlarınca tek taraflı olarak hazırlanmış sözleşme şartlarını müzakere etme imkânı bulunmayan tüketicinin korunması, tüketici lehine getirilen nispî emredici nitelikteki hükümlerle gerçekleşmiştir²⁴.

Her ne kadar Finansal Kiralama Kanununda açıkça ifade edilmese de 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Yasalarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kapsamı genişletilmiş, konusu içine “konut” da dahil edilmiş ve dolayısıyla sözleşmenin diğer tarafını tüketicilerin, gerçek kişilerin oluşturması mümkün hale gelmiştir. Yapılan bu düzenlemeler, çalışmamızın en başında bahsettiğimiz finansal kiralama sözleşmesinin özelliklerinin istisnasını oluşturmuştur. Bu şekildeki değişikliklere neden gidildiği sorusunun cevabı 5582 Sayılı Kanunun gerekçesinde yer almış, finansal kiralama sözleşmesinin de tüketici işlemi olarak düzenlenme sebebinin, konut kredisi yanında alternatif bir finansman modeli oluşturmak olduğu belirtilmiştir. Buna ilave olarak, finansal kiralama şirketlerine fon sağlanmasının da amaçlanmış olabileceğini düşünmekteyiz. Tüketicinin sözleşmenin tarafı olması, tüketim amacıyla konut alımı işleminin

²⁴ ÇABRİ, s. 4.

Yapılanlara ilaveten daha cazip düzenlemelerin de olması gerektiği hususunda bkz. BERBEROĞLU, Murat, “Mortgage-İpotekli Konut Finansman Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye’de Uygulanabilirliği, Uluslar arası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Y. , C. , S. 2, Kış 2009, s. 143.

Konut finansmanında iki tür kaynak kullanılabilir: Kurumsal olmayan konut finansman kaynaklarının kural ve ilkeleri hukuki bir çerçevede yer almamaktadır. Bu yöntemde işleyiş ve çalışma düzenleri gelenek ve uygulamalarla sağlanmaktadır. Ülkemizde konut alımı büyük ölçüde ödünç alma, miras, bireysel tasarruflar, yakın çevreden sağlanan fonlar, müteahhitlerden sağlanan fonlar ve peşin ödeme gibi kurumsal olmayan finansman yöntemleri ile yapılırken çok az bölümü için konut kredisi ya da kooperatifçilik yoluyla yapılmaktadır (GÖKMEN, Ali, “Konut Finansmanı Sistemi (Morgiç)”, <http://www.ozgursolak.av.tr/index.php>, 10.08.2010); GÜLER, Yunus Bahadır / YAYLI, Ali, İpoteğe Dayalı Konut Finansman Sisteminin (Mortgage) Orta ve Düşük Gelirli Tüketicilerin Konut Talebine Etkileri: Kırıkkale İli Örneği, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Finans Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 7.

Kurumsal sektördeki kurumlar, kamu otoritesi tarafından onaylanmış olan ve hukuki bir temele dayanır ve konusunda uzmanlaşmışlardır (ALP, Ali, İpotek Kredileri Ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler Yoluyla Türk Konut Finansman Sorununun Çözümünde Bir Model Önerisi, Sermaye piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 1996, s. 11). Türkiye’de bu kurumlar merkezi yönetim kurumları, sosyal güvenlik kurumları, yerel yönetimler, bankalar ve konut kooperatifleri ile banka ve TOKİ’dir (GÜLER / YAYLI, s. 7).

tüketici işlemi sayılması ve yine tüketim amacıyla konut alımı işleminin finansal kiralama sözleşmesinin konusunu teşkil edip edemeyeceği hususlarına ilişkin tartışmalar, 5582 Sayılı Kanun sonrasında geride kalmıştır.

Konut finansmanı sisteminden bahsetmeden önce finansal kiralama sözleşmesine ilişkin olarak kullandığımız ifadeler, 5582 Sayılı Kanun öncesindeki genel durumu göstermektedir.

5582 Sayılı Kanun ile kapsamı değiştirilen Finansal Kiralama Kanunu'nda yukarıda anıldığı şekilde tüketicilerin konut edinmesi durumunu belirgin şekilde gösterecek bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁵. Bu durum, yapılan değişikliklerin bireyler hatta bu konuda faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri tarafından yeterince anlaşılmasına neden olmaktadır. Bireyler konut finansmanı için finansal kiralama şirketlerine gidebileceklerini bilmedikleri gibi finansal kiralama şirketlerinin çoğu da gerçek kişilerle konut finansman sözleşmeleri yapabileceklerini bilmemektedirler.

Konut finansmanı sözleşmesinin konusunu konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması teşkil etmektedir. Buna göre, konut kredisi sözleşmeleri ve finansal kiralama sözleşmeleri olmak üzere konut finansmanında iki tür sözleşme mevcuttur. Bunlardan sadece finansal kiralama yoluyla konut finansmanını konumuzu teşkil etmektedir. Konut finansmanı sisteminin kapsamı, yapılan düzenlemelerin 5582 Sayılı Kanun ve 4077 Sayılı Kanun başta olmak üzere diğer bazı Kanunlarda değişiklikler getirilmesi nedeniyle oldukça geniştir. Bu nedenle de konumuz konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin kuruluşuyla sınırlandırılmıştır. Finansal kiralama sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin genel olarak sözleşmenin kuruluşunda farklılık olan hususlar üzerinde durulacak, bu sözleşmenin kuruluşunda Borçlar Kanununda sözleşmenin iptalini gerektirecek irade sakatlıkları

²⁵ 3226 sayılı FKK m. 15'te Devir Yasağı başlığı altında 21/02/2007-5582 Sayılı Kanun ile eklenen 2. ve 3. ek fıkralar ile konut finansmanından bahsedilmiştir.

FKK m. 31'de, finansal kiralama sözleşmelerinden doğan davaların ticari dava niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Ancak 5580 Sayılı Kanun m. 24/6/son'da konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerine bu maddenin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

ve diğer geçerlilik Şartları incelenmeyecek, sözleşmenin kuruluşu kapsamında Şekil konusu incelenecektir.

Konut edinilmesi amacıyla yapılacak sözleşmelerin iki boyutu vardır. İlkinde kredi ya da finansal kiralama sözleşmesi ile finansman sağlanması, ikincisi ise bu alacaklara dayanılarak konut finansman kuruluşlarınca menkul kıymet ihraç edilmesidir. Çalışmamız, yalnız konut finansman sistemindeki değil bu sisteme dahi olmayan finansman türleri de dahil edilerek “konut finansmanı” kapsamında hazırlanmıştır.

Çalışmamız üç bölümde oluşmakta olup konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesinin ilk bölümde tanımı, eşitleri ve unsurları hakkında bilgi verilmiştir. İkinci bölümde ise hukuki niteliği ve benzerlik arz ettiği diğer sözleşme türleri ile karşılaştırması yapılmıştır. Son bölümde ise bu sözleşmenin tarafları ve Şekil Şartları incelenerek tüketici sözleşmesi olması nedeniyle de genel işlemler koşulları ve denetimine yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KURULUŞ ÇEŞİTLERİ ve UNSURLARI

§ I. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Literatürde “leasing” olarak bilinen kavram, dilimize “teçhizat kiralama kredisi” veya “uzun vadeli kiralama” şeklinde çevrilmiş²⁶, daha sonra “*bir taşınır veya taşınmazın kullanım hakkının belli bir süre için ve belli bir kira karşılığında kiracıya verilmesi*” ya da “*anlaşmaya göre kira süresinin bitiminde mülkiyetin kiracıda bırakılabilmesi durumu*” olarak kullanılmıştı²⁷. Bu tanımda finansal kiralamanın özellikle amacı başta olmak üzere, tarafları ve tarafların hak ve borçları açıklanmamaktaydı.

Finansal Kiralama Kanununun 4. maddesine göre finansal kiralama sözleşmesi; finansal kiralayanın, finansal kiracının²⁸ 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 şartı ile kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören bir sözleşmedir²⁹.

Sözleşme konusu şeyin başka suretle temin edilmesi birkaç şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, finansal kiralama şirketinin elindeki bir malı, amortisman süresi sona ermeden sözleşmenin feshedilmiş olması halinde yeniden kiraya verebilmesi

²⁶ ULUKANLI, Hasan, “Türkiye’de Finansal Kiralama (Leasing) Genel Esasları ve Türkiye’deki Uygulama”, Türkiye’de Finansal Kiralama-Leasing (Esaslar ve Uygulama-III) Semineri, İstanbul 1996, s. 28.

²⁷ www.tdk.gov.tr, (18.11.2010).

²⁸ Konut finansmanı amacıyla yapılan sözleşmelerin tarafları adı kira sözleşmesinden farklı olarak finansal kiralayan ve finansal kiracıdır. Çalışmamızın geri kalan kısmında, çok sayıda anıldığından kolaylık sağlaması amacıyla kiralayan ve kiracı ifadeleri kullanılacak olup bunlarla kast edilen finansal kiralayan (finansal kiralama şirketi) ve finansal kiracı (tüketici) olacaktır.

²⁹ Avrupa Leasing Birliği tarafından yapılan tanıma göre finansal kiralama, “*Belirli bir süre için kiralayan ve kiracı arasında imzalanan ve üreticiden kiracı tarafından seçilip, kiralayan tarafından satın alınan bir malın mülkiyetini kiralayanda, kullanımını kiracıda bırakan bir sözleşme olup malın kullanımının belirli bir kira ödemesi karşılığında kiracıya bırakılmasıdır*” (KOCAĞA, s. 63).

durumunda söz konusu olacaktır. İkincisi ise kiralayanın, kiralama konusu şeyi 3. kişiden değil de bizzat kiracının kendisinden satın aldığı “sat-geri kirala (sale-lease back)” yöntemidir. Bu yöntemde kiracı sözleşme konusu şeyi kiralama şirketine satmakta ve ardından kiralama şirketinden kiralamaktadır. Kiracı artık malik olmasa da sözleşme konusu üzerindeki zilyetliği devam etmektedir³⁰. Bir diğer yöntem ise söz konusu konutun bir eser sözleşmesiyle edinilmesi olabilir³¹.

Finansal kiralamanın FKK m. 4'teki tanımında finansal kiralama sözleşmesinin en temel amacı olan “finansman sağlama” özelliğine yer verilmemiştir. FKK m. 1'de, finansal kiralamanın finansman sağlamaya yönelik bir işlem olduğunun belirtilmesi ile bu eksiklik giderilmiştir³². Bu özelliği göz ardı etmemek gerekir çünkü aksi halde yapılan sözleşme, finansal kiralama sözleşmesi niteliği taşımayacaktır. Örneğin mal

³⁰ Bu yöntemde kiralayan, malı bir üçüncü şahıstan değil, kiracıdan satın alarak malik olmaktadır. Burada “veya başka bir surette temin etme” ibaresinin yorumu önem kazanmaktadır. Başka suretle temin ile kast edilen, “sat-geri kirala – sale-lease back” yöntemi de olup bunun 3226 Sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında bir finansal kiralama konusu olup olamayacağı tartışmalıdır. “Sat-geri kirala”da, bir malın -örneğin bir fabrikanın makinelerinin- maliki, finansman sağlamak için maliki olduğu malı finansal kiralama kuruluşuna satmakta ve aynı zamanda bir finansal kiralama sözleşmesi yaparak zilyetliğini devam ettirmektedir. “Başka bir suretle temin” ile mutlaka kiralayanın malı yine üçüncü kişiden alması gerektiği, ancak bu ibarenin malın satış dışında başka bir suretle temin -istisna, bağışlama- edilmesine imkân sağladığı şeklinde yorumlanması halinde, FKK m.4'teki koşulun gerçekleşmeyeceği kuşkusuzdur. Buna karşılık, “veya başka bir surette temin” üçüncü kişi dışında da temin şeklinde yorumlanırsa -malın kiracıdan satın alınması- “sat-geri kirala” geçerli sayılacaktır. Her iki yorum da mümkün olduğundan, Kanun koyucunun malın mutlaka üçüncü bir kişiden alınmasını amaçlayıp amaçlamadığı üzerinde durmak gerekecektir.

Bu konuda FKK m.4 Gereğesinde bir açıklama yoktur. Ancak sat-geri kirala'nın geçerli olduğu görüşüne önemli bir destek FKK'nın 27. maddesinde yer alan MK 766 maddesinin uygulanmayacağı şeklindeki düzenlemedir. MK 766. maddesinde Bir taşınır mülkiyetini nakleden kimse özel bir hukuki ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur denilmektedir. Sat-geri kirala'da; makinenin maliki malı kiralayana satarak mülkiyeti nakletmekte, ancak özel bir sebebe -finansal kiralama sözleşmesi- dayanarak zilyet olmakta devam etmekte, kiralayan teslim olmaksızın hükmen malik sıfatını kazanmaktadır.

MK 766'da “Ancak bu işlem üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak için yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz” hükmüne de yer verilmiştir.

Burada Kanun koyucunun sat-geri kirala'yı 3226 Sayılı Kanuna göre geçerli saydığı; bu nedenledir ki MK 766 maddesinin uygulanmayacağını hükme bağladığı sonucuna varılabilecektir. Gerçekten de, sat-geri kirala, 3226 Sayılı Kanuna tabi değil ise, MK 766'nın uygulanamayacağı şeklinde bir düzenlemeye gerek olmadığı ileri sürülmektedir (REİSOĞLU, Seza, “Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, http://www.alomaliye.com/seza_reisoglu_finansal_kiralama.htm, 24.03.2004 (Uygulama Sorunları), 05.11.2010).

³¹ KOCAAĞA, s. 70.

³² KOCAAĞA, s. 64.

kiralayan şirketin mülkiyetinde olabilir, bu halde yapılan sözleşme adi nitelikte bir kira sözleşmesi niteliği taşıyacaktır³³. Bu tanımda finansal kiralama sözleşmesinin yer verilmeyen diğer özellikleri ise; mala ve buna ilişkin bütün masraf ve risklerin kiracıya ait olacağı hususu ve kiracının sözleşme süresi sonunda kiralama konusu malı alma hakkıdır. Ancak FKK m. 14/I'de “*malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziyayı sorumluluğunun kiracıya ait olduğu*” ve m. 9'da “ *tarafların sözleşmede, sözleşme süresi sonunda kiracının, malın mülkiyetini satın alma hakkını haiz olacağını kararlaştırabileceği*” düzenlenerek bu eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır. Bu durumda finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesinden sonra malın durumu ile ilgili olarak; kiracının alım hakkını kullanmasıyla malın mülkiyetini edinmesi, malın kiralayana geri verilmesi³⁴ ya da satılarak bedelinin aralarında paylaşılması mümkün olmaktadır³⁵.

Finansal kiralama kavramının doktrinde genel kabul görmüş ve kapsamlı bir tanımlı olmayıp farklı tanımları yapılmıştır. Bazı yazarlar Kanundaki tanımlı kullanmıştır³⁶. Yapılan tanımlardan bazılarında finansal kiralamanın finansman sağlama özelliğine ver verilmiştir. Bunlardan birine göre finansal kiralama sözleşmesi, temelinde kredi kullandırma amacına dayanan, ancak kredi kullandırma unsuru dışında farklı öğeleri de içeren ve hukukumuzda özel bir Kanun ile düzenlenen bir sözleşmedir³⁷. Bir diğerine göre ise 3226 sayılı finansal kiralama kanunu ile düzenlenmiş olan bir nakdi kredi türüdür³⁸. Finansman özelliğinin eksik olduğu bir tanıma göre finansal kiralama sözleşmesi, “kiraya verenin kiralanan mala ait bütün risk ve menfaatlerini aynen

³³ **KOCAAĞA**, s. 69.

³⁴ Kiracı malı iade etmeyerek kullanmaya devam ederse sözleşme belirsiz süre ile yenilenir. Ancak bu durumda taraflar arasında kira sözleşmesi kurulmuş olacaktır (**KUNTALP**, TBB, s. 24, dp. 57 (b)).

³⁵ Sözleşme süresi sonunda malın ekonomik ömrünün devam etmesi halinde kiracıya ya bir iştirak hakkı tanınır ya da mülkiyet direkt olarak kiracıya intikal eder (**KUNTALP**, TBB, s. 24, dp. 57 (e)).

³⁶ **REİSOĞLU**, Safa, “Hukuki Açıdan Finansal Kiralama Kanunu ve Değerlendirilmesi”, İstanbul Ticaret Odası Finansal Kiralama Semineri, İstanbul, 1986, s. 5; **KOÇ**, Mehmet. Finansal Kiralama (Leasing), İstanbul 2004, s. 1; **ERGÜL**, Nuray / **DUMANOĞLU**, Sezai, Finansal Kiralama, İstanbul 2003, s. 1; **KONDAK**, Nuray, İşletmelerde Finansman Sorunu ve Çözüm Yolları Alternatif Finansman Teknikleri, İstanbul 2004, s. 1.

³⁷ **ZEVKLİLER**, Aydın, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 8. Basım, Ankara 2004, s. 300.

³⁸ **KAPLAN AYDOĞAN**, Nazlı, Kredinin Ekonomik ve Hukuki Tanımı, <http://www.nazliaydogan.av.tr/?p=1>, (09.11.2010).

malikmişçesine kiracıya devrettiği bir kiralama şekli”dir³⁹. Diğer taraftan, TANDOĞAN tarafından finansal kiralamanın bir tanımı yapılmamakla birlikte, finansman sağlama özelliğine değinilmediğinden tanımın kira sözleşmesinden farklı olmadığı düşüncesiyle eleştirilmektedir⁴⁰.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesinin tanımı ise, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer almamaktadır. Ancak Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (SÖBF Yönetmelik) m.4/d’de konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesi “*Konut finansmanı kuruluşunun, tüketicinin talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı veya başka suretle temin ettiği bir konutun zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesi; taraflarından birinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında sayılan konut finansman şirketleri arasında yer alan finansal kiralama şirketi ve diğerinin de tüketici olduğu, tüketicinin tespit ettiği kiralama konusu konutun 3. kişiden finansal kiralama şirketince satın alınarak tüketiciye kiralamak suretiyle hukuki mülkiyetinin finansal kiralama şirketinde, ekonomik mülkiyetinin⁴¹ ise kiracıda (tüketicide) olduğu, konuta ait her türlü hasar, risk ve sigorta ödemesinin tüketiciye ait olduğu bir finansman işlemi ve konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesi ise bu amaçla yapılan ve taraflarından birinin tüketici olması nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine tabi olan sözleşmeler olarak tanımlanabilir.

³⁹ **ARIKEL**, Nazlı, Finansal Kiralama Kanununun Uygulaması ve Sorunları, İTO Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1986, s. 53.

⁴⁰ **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1-2, İstanbul 1985, s. 68, dp. 249.

⁴¹ **KUNTALP**, TBB, s. 30.

Hukuk sistemimizde yer almayan hukuki-ekonomik mülkiyet ayrımı, Alman Hukukunda mevcuttur. Ancak Finansal Kiralama Kanununun gerekçesine bakıldığında da aynı nitelendirmenin yapıldığını görmekteyiz.

Hukuki mülkiyet ile kast edilenin “çıplak mülkiyet”e yakın olduğunu, ekonomik mülkiyet ile kast edilenin ise maldan faydalanma hakkı olduğunu anlamaktayız. Bu iki kavram, finansal kiralama sözleşmesinde tarafların sözleşme konusu konut ile olan ilişkisini göstermekte faydalı olacağı düşünüldüğünden kullanılmıştır.

Finansal kiralama işlemi genel olarak şu süreçte gerçekleşir: Finansal kiralama şirketi, kiracının ödeme gücü ve fon ihtiyacı, bedeli ve sözleşme süresi sonunda tekrar satım kabiliyeti gibi konularda araştırma yapar ve konutun değerine ilişkin ekspertiz yaptırır. Sonucun olumlu olması halinde kiracı ile konutun kullanımının her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya bırakılmasına ilişkin finansal kiralama sözleşmesi imzalanır⁴². Buna göre kiracı kiralayan şirkete sözleşme bedelini ödeyecektir. Diğer taraftan kiralayan ile satıcı arasında da konutun doğrudan kiracıya teslimine ilişkin bir satım sözleşmesi imzalanır. Buna göre de kiralayan, konutun bedelini doğrudan satıcıya ödeyecektir⁴³.

Tanımından ve yukarıdaki özelliklerden yola çıkarak finansal kiralama sözleşmesinin üçlü taraf sistemine uygun olup olmadığı hususuna da değineceğiz. Finansal kiralama sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin süreç ve sözleşmenin tarafları açısından bakıldığında bu sözleşmede üçlü taraf sisteminin bulunup bulunmadığına dair doktrinde görüş ayrılığı vardır.

Finansal kiralamada üçlü taraf sisteminin varlığını kabul eden görüşe göre⁴⁴, finansal kiralamada iki ayrı sözleşme bulunmasına rağmen bu sözleşmelerin aralarında ekonomik bir bağ olması ve sözleşmelerde kiracı-kiralayan-satıcı olmak üzere üç taraf bulunması bu sistemin varlığını göstermektedir. Esasen kiracı ile satıcı arasında hukuki anlamda bir bağ bulunmamakla birlikte, ilişkinin yapısı nedeniyle bu iki taraf arasında ekonomik bir ilişki oluşmaktadır⁴⁵. KUNTALP'e göre Finansal Kiralama

⁴² KUNTALP, TBB, s. 23.

⁴³ KUNTALP, TBB, s. 19; KOCAAĞA, s. 69.

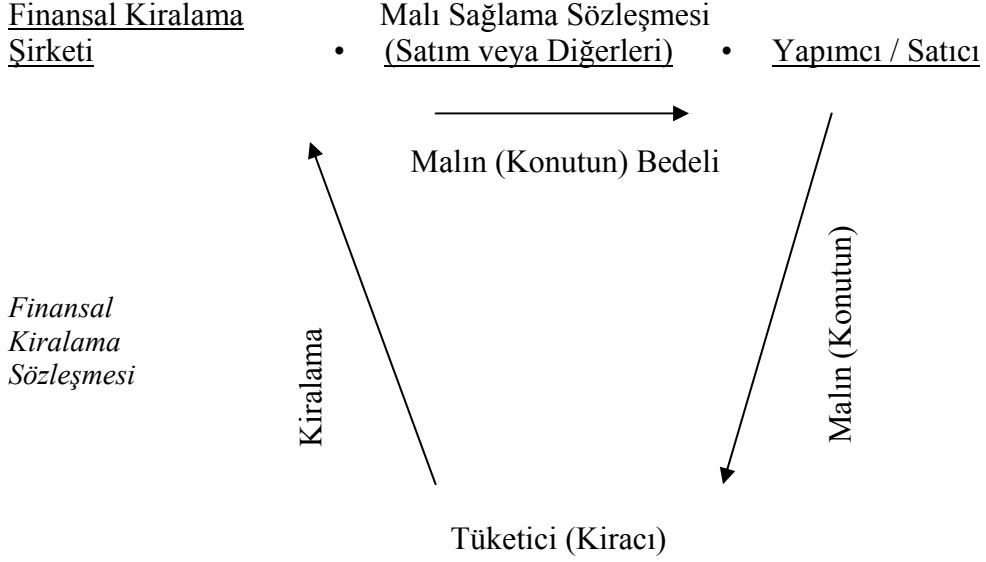
Sözleşmenin kuruluşu genel hatları ile bu koşullarda olur. Tarafların sorumlulukları ve satım-kiralama sözleşmelerinin yapısına göre sözleşmenin kuruluşunun detayları için bkz. Birinci Bölüm, § 2.

⁴⁴ KUNTALP, TBB, s. 21; KOÇ, s. 54; KOCAAĞA, s. 69; İNAL, Tamer, "Konut Finansmanı Sözleşmelerinden Kaynaklanan, Rehinle Temin Edilmiş Alacaklar", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009 (Konut Finansmanı Sözleşmeleri), s. 342.

⁴⁵ KUNTALP, TBB, s. 21.

Aralarındaki bu ekonomik ilişki nedeniyle kiralama şirketi ile satıcı arasında yapılan sağlama sözleşmesinin ayıp nedeniyle feshi halinde finansal kiralama sözleşmesinin de sona ereceği savunulmaktadır (Bkz. KUNTALP, TBB, s. 84).

Kanunu'nda da (FKK m. 1 ve m.3) bu sistem esas alınmıştır⁴⁶. Yazar bu sistemi aşağıdaki şekilde şematize etmiştir.



Üçlü taraf sistemini reddeden görüşe göre⁴⁷; kiracı ile satıcı arasında bir ilişki bulunmadığı halde ilişkinin ekonomik yapısı nedeniyle aralarında ekonomik bir temas doğduğu, sözleşme kavramının temelde iki taraflı bir hukuki işlem olduğu belirtilmektedir. Yine bu görüşte, finansal kiralama sözleşmeleri ile kurulan ekonomik ilişkide üç tarafın çıkarının bulunmasının bu sözleşmeleri üç köşeli bir işlem yapmayacağı zira tarafların menfaatlerini iki taraflı ilişkiler içerisinde gerçekleştirme yoluna gittiği savunulmaktadır.

Bunların yanında, Finansal Kiralama Kanunu'nda üçlü taraf sisteminin kabul edilmekle birlikte ikili taraf sisteminin de kabul edildiği yönünde de bir görüş⁴⁸ mevcuttur. Buna göre; Finansal Kiralama Kanunu üçlü sistemi benimsemiştir. Finansal kiralama sözleşmesinde, malın üreticisi veya satıcısı, kiralayan yani kiralama şirketi ve kiracı olmak üzere üç taraf bulunmaktadır. Kanun aynı zamanda,

⁴⁶ KUNTALP, TBB, s. 19, 20, 23, 36.

⁴⁷ KÖTELİ, s. 59.

Yazar, üç köşeli bir sözleşme yerine birbiri ile ekonomik açıdan bağlantılı olan iki sözleşme ya da sözleşme grubundan bahsetmenin daha uygun olacağını belirtmektedir.

⁴⁸ YAVUZ, Mustafa, İhracatta Alternatif Finansman Teknikleri, T.C. Başbakanlık DTM İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Ocak 2008, s. 3.

bazı ülkelerde uygulanan, üretici veya satıcının kiraya veren olarak kabul edildiği ikili sistemi de kabul etmektedir.

Kanaatimizce ikili sistem, “doğrudan kiralama” ya da “sat-geri kirala” şeklindeki sözleşmelerde geçerli olabilir. Birincisinde sözleşme konusu şeyin kullanımı kiracıya doğrudan doğruya bizzat satıcı tarafından devredilmekte, ikincisinde ise sözleşme konusunun tedarikçisi bizzat kiracı olmaktadır⁴⁹. Ancak bu usul, Finansal Kiralama Kanununda sayılan genel prensiplere uygun görünmemektedir. Zira Kanunda belirtilen şekilde, sözleşme konutu şeyin tedariki ancak 3. kişiden satın almak suretiyle mümkün olabilir. Kanunda kast edilen “başka suretle temin” usulünün, kiracıdan satın almayı içermediğini düşünüyoruz. Bu yüzden, FKK m. 4’te sayılan finansal kiralama işlemlerinin Finansal Kiralama Kanunu kapsamında olacağı kabul edildiğinde, sözleşmelerde üçlü taraf sisteminin geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

⁴⁹ Bu ikinci halde satım ve finansal kiralama sözleşmelerinde kiracı ve kiralayan bulunacaktır (KUNTALP, TBB, s. 29).

§ II. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ ÇEŞİTLERİ

Finansal kiralama sözleşmesinde taraflar, finansal kiralama konusu konutun kiracıya bırakılacağı ve karşılığında kiracının da kiralayana bir bedel ödeyeceği hususlarında anlaşılır. Bu husus, finansal kiralama şirketinin kiralanabilir nitelikte taşınmaz malvarlığında bulduramayacağı özelliği ile birlikte düşünüldüğünde kiralama şirketinin konutu satın almadan önce finansal kiralama sözleşmesi yapması mümkün görünmektedir⁵⁰. FKK m. 16'ya dayanıldığında, kiralama konusu konutun sağlanmasına yönelik satım sözleşmesinin, kural olarak finansal kiralama sözleşmesinin bir şartı olmadığı sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla kuruluş yöntemlerinde, satım ya da finansal kiralama sözleşmelerinden herhangi biri önce yapılabilecektir.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesinin kuruluş çeşitlerini icap usulü, satıcının kiracıyı finansal kiralama şirketine yönlendirmesi ve kiracının doğrudan kiralama şirketine başvurması⁵¹ olmak üzere 3 biçimde inceleyeceğiz. Aralarındaki farklar, kiracının sözleşme kurulmadan önceki konumu nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

Bunlardan ilki olan icap usulünde kiracı öncelikle, edinmek istediği konuta ilişkin satım sözleşmesinin unsurlarını belirlemek üzere satıcı ile temasa geçmekte ve daha sonra finansman sağlamak üzere kendi tespit edeceği bir kiralama şirketine başvurmaktadır. Bu usul, Finansal Kiralama Kanununda yer alan ana tip olarak değerlendirilebilir. İkinci usulde de kiracı aynı şekilde satıcıya başvurmakta ancak kiracının finansman sağlaması için satıcı kiracıyı bir kiralama şirketine yönlendirmektedir. Bu yönlendirmenin dayanağı ise satıcı ile kiralayan arasında daha önceden yapılmış bir çerçeve sözleşmesi olacaktır. Kiracı, önceden belirlenmiş ve muhtemelen diğerlerine göre daha iyi finansman şartları teklif eden firmayı tercih edecektir. Son usulde ise diğerlerinden farklı olarak kiracı satıcı ile temasa

⁵⁰ KÖTELİ, s. 83.

⁵¹ Benzer sınıflandırma için bkz. YAVUZ, Mustafa, s. 3.

geçmeyecek, öncelikle kiralama şirketine başvurarak edinmek istediği konutun özelliklerini iletacaktır. Söz konusu sözleşmelerin temel farkları bu şekilde olup ayrıntılı olarak aşağıda incelenmektedir.

A. İCAP USULÜ

Bu yöntem, Finansal Kiralama Kanunu m. 4'te yer alan ana tür olup kiralama şirketinin kiracıya icap niteliğinde kiralama sözleşmesi teklifi verdiği bir yöntemdir. Burada sözleşme iki aşamada kurulmaktadır:

1. aşamada, kiracı ile satıcı görüşerek, satım sözleşmesinin esaslı unsurlarını kararlaştırır. Kiracı daha sonra, içeriğinde finansal kiralama konusu konutun özellikleri ve konuttan faydalanma şekli (kiraya verilmesi, kiracının oturması, bir başkasının oturacak olması) ile satım sözleşmesinin kapsamı ve unsurlarının yer aldığı bir başvuru formunu doldurarak kiralama şirketine iletir. Bu form, kiracı ve kiralama şirketi için bağlayıcı değildir⁵².

2. aşama ise iki şekilde gerçekleşebilir:

a. Kiralama şirketi, kiracı tarafından doldurulan başvuru formunda yer alan bilgiler çerçevesinde bir teklif hazırlar. Bu teklif de kiracı ve kiralama şirketi için bağlayıcı değildir. Kiracı söz konusu teklifi inceler ve finansal kiralama sözleşmesini bu koşullar altında kurmayı uygun görürse, finansal kiralama şirketi ile FKK m. 8/I, 1'deki şekil şartlarına uyarak bir önsözleşme imzalar. Bu önsözleşme, sadece kiracıya, ileride bu finansal kiralama şirketi ile sözleşme yapma borcu yükler⁵³. Daha

⁵² **ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 91.

⁵³ Kiracı, kendi açısından bağlayıcı olması nedeniyle bu önsözleşmenin kısa bir süre geçerli olacak şekilde yapılmasını tercih eder. Önsözleşmelerin bağlayıcılık süresi değişken olmakla birlikte, finansal kiralama sözleşmelerinde 1 aydır (Bkz. **ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 92, dp. 30). Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde de bu sürenin 1 ay olması uygun görülebilir.

Sözleşme yapma vaadi, ileride yapılacak olan bir borç sözleşmesinin esaslı unsurlarının taahhüt edilmesidir. Bu taahhüt, tek ya da iki taraflı olabilir. Konumuz dâhilinde bahsedilen sözleşme yapma vaadi, iki taraflıdır. Ancak ileride kurulması vaad edilen sözleşmenin esaslı unsurlarının sözleşme kurulurken belirlenmesi ya da daha önceden belirlenmiş olması gereklidir

sonra finansal kiralama şirketi; konutun karlılığı, sözleşme süresi sonunda konutun değerlendirilebilme olanaklarını göz önünde bulundurmak ve “teknik inceleme” yapmak üzere konutun SerPK m. 22/r’de belirtildiği şekilde, yetkili değerlendirme şirketlerince konutun ekspertizinin yapılmasını sağlar. Diğer taraftan da kiralama şirketi kendisi, kiracının ödeme kabiliyetini ve kredibilitelerini değerlendirmek amacıyla bir “mali inceleme” yapar⁵⁴.

Sözleşmenin geçerliliğine dair bir süre öngörülmüş ve kiralama şirketi kiracıdan bu süre içinde kiralama sözleşmesinin kurulmasını talep etmemişse, önsözleşme geçerliliğini yitirecek ve kiracı daha sonraki bir zamanda kiralama şirketi tarafından yöneltilecek bir sözleşme yapma talebini kabul mecburiyetinde olmayacaktır. Kiralama şirketinin sözleşme kurmaktan vazgeçmiş olması halinde, kuruluş aşamasındaki belgeleri kiracıya iade etmesi gerekecek ancak hiçbir ücret talep edemeyecektir⁵⁵. Bunun istisnası, konutun değerini tespit amacıyla yaptırdığı ekspertiz bedelidir. Bu bedeli kiracıdan talep etme hakkı olacak, daha önce tahsil etmişse de iade etme borcu olmayacaktır.

Finansal kiralama şirketi, yaptığı incelemeler sonucunda kiracıdan sözleşme kurmayı talep ederse, FKK m. 8/I,1’deki şekil şartlarına uygunluğu hazırlanacak bir sözleşmenin imzalanması suretiyle sözleşme kurulmuş olacaktır⁵⁶.

b. İkinci aşamanın başka bir şekilde daha gerçekleşmesi mümkündür: Kiralama şirketi, kiracının mali durumu, konutun finansal kiralama yoluyla edinilmeye uygun oluşu ve satım sözleşmelerinin unsurlarını değerlendirdikten sonra, kiracı ile yukarıda anılan şekilde geçerlilik süresi olan bir önsözleşmeyi FKK m. 8/I,1’deki şekil şartlarına uygun olarak kurar. Bu önsözleşme, finansal kiralama sözleşmesi yapma borcunu finansal kiralama şirketine yükler⁵⁷. Bu geçerlilik süresi içinde

(KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008, s. 116).

⁵⁴ KÖTELİ, s. 65, dp. 8.

⁵⁵ Von PLOETZ, Hans Fredrich, Der Leasing-Vertrag, Wesen und Inhalt von Leasing-Vertraegen, Wiesbaden 1968, s. 31 (ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 92’den naklen).

⁵⁶ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 93.

⁵⁷ Bkz. dp. 53.

kiracı, kiralama şirketinin teklifini uygun bularak sözleşme yapmaya karar verirse, kiralama şirketinden kendisiyle sözleşme yapmasını talep eder. Tarafların FKK m. 8/I,1'deki şekil şartlarına uygun olarak hazırlanmış finansal kiralama sözleşmesini imzalamalarıyla sözleşme kurulmuş olur. Ancak kiracının, kiralama şirketinin finansal kiralama sözleşmesinin şartlarına ilişkin teklifini kabul etmemesi halinde sözleşme kurulamayacak ve (a) seçeneğinden farklı bir şekilde, kiralama şirketi kiracıdan sözleşmenin kuruluşu aşamasında yaptığı hiçbir masrafı talep edemeyecektir⁵⁸.

B. SATICININ KIRACIYI YÖNLENDİRMESİ

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin ikinci usulde ise satıcı, kiracı ile konuta ilişkin satım sözleşmesinin şartlarını belirlemede, aynı zamanda da finansal kiralama şirketine yönlendirmek suretiyle kiracıya finansman imkanı sunmaktır. Bu yönlendirmenin dayanağı ise, daha önce satıcının kiralama şirketi ile yapmış oldukları çerçeve sözleşmesi olacaktır. Bu durumda da sözleşme 2 şekilde kurulabilir:

- Satıcı bağlantılı olduğu finansal kiralama şirketini tüketiciye tavsiye ederek, ileriki işlemleri kiralama şirketine bırakabilir.

- Satıcı, bağlantılı olduğu kiralama şirketinin de onayı ile finansal kiralama sözleşmesini kendi adına kiracı ile kurabilir. Daha sonra finansal kiralama sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları ile birlikte, finansal kiralama şirketi ile aralarında satım sözleşmesinin satım sözleşmesinin satıcıyla yapmasının ardından, malın mülkiyetini kiralama şirketine devredebilir⁵⁹.

Önsözleşme, kendisine sözleşme yapma borcu yüklemesine rağmen, tüketicinin sözleşme kurmayı reddetmesi halinde, kiralama şirketi dava açar, hakimin sözleşmenin yapılmış sayılmasına hükmetmesi sonucu tüketici ile kiralama şirketi arasında önsözleşmede şartları kararlaştırılmış olan finansal kiralama sözleşmesi kurulmuş olur (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 124).

⁵⁸ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 93.

⁵⁹ ITEN, Andres, Der Leasingvertrag in der Büromaschinenbranche, Zürich 1984, s. 5 (ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 93'ten naklen).

C. KİRACININ DOĞRUDAN KİRALAMA ŞİRKETİNE BAŞVURMASI

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin üçüncü türde ise kiracı, satıcı ile öngörüşmeler yapmadan doğrudan kiralama şirketine başvurur ve edinmek istediği konutun özelliklerini kiralama şirketine iletir. Kiralama şirketi, kiracının önereceği (ancak görüşmediği) bir satıcı ile temasa geçer, sözleşmenin şartlarını belirler ve konutu ondan satın alarak kullanması amacıyla kiracıya devreder⁶⁰. Kiralama şirketinin, kiracının kendisine bildirdiği özelliklere uygun bir konutu istediği satıcıdan alma serbestîsi vardır⁶¹. Ancak bu durum, FKK m. 4'teki "*kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü kişiden satın aldığı*" şeklindeki hükme ters görünebilir. Bu şekilde kurulan bir sözleşmenin Finansal Kiralama Kanununa göre bir finansal kiralama sözleşmesi sayılmayabileceği kanaati uyandırsa da ilgili maddenin geniş yorumlanarak, kiracının tüm özelliklerini belirlediği bir konutu kiralama şirketinin kendi belirleyeceği bir satıcıdan alarak kullanımını kiracıya devretmesinin de Finansal Kiralama Kanununa göre bir finansal kiralama sözleşmesi sayılmasının kabul edilmesi gerekecektir. Bu görüşü, FKK m. 16 gerekçesinde "*finansal kiralama konusu malı kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü şahıstan temin etmesi gereken durumlarda...*" denerek, sözleşmenin başka şekilde kurulmasının da mümkün olduğu belirtildiğinden, bu işlemlerin de finansal kiralama sözleşmesi olarak kabul edilebileceği görüşü⁶² desteklenebilir.

Kiracının burada kiralama şirketine doğrudan gitmesi özelliğinden dolayı önceki iki yöntemden de ayrılmaktadır. Zira kiracı diğer yöntemlerde önce satıcı ile görüşmekte olup, burada satıcı ile hiçbir teması bulunmamaktadır.

Finansal kiralama sözleşmesinin kuruluşunda oluşan masraflar, sözleşmenin nihai olarak yapılamamış olması halinde dahi finansman kuruluşları tarafından tüketiciden talep edilmektedir. Kuruluşlar, müşteriye verdikleri Sözleşme Öncesi Bilgi Formu'na başvurunun değerlendirilmesi için yapılacak masrafların müşteri tarafından

⁶⁰ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s s. 94.

⁶¹ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s s. 94, dp. 37.

⁶² ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s s. 94.

karşılanağına ilişkin koşullar koyabilecektir. Sözleşme öncesinde ortaya çıkan bu masraflardan, sözleşme konusu konutun değerinin belirlenmesi için yaptırılacak ekspertiz işlem bedeli de finansman kuruluşu tarafından müşterinin nam ve hesabına temin edilebilecektir⁶³.

⁶³ ÇELİKOĞLU, s. 2162.

§ III. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Finansal Kiralama Kanununda yapılan tanımdan yola çıkıldığında, konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesinin unsurları; kiralayanın finansal kiralama konusu konutun zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya (tüketiciye) bırakması, kiracının kararlaştırılan kira bedelini ödeme borcu altına girmesi ve konutun hasar ve ziyasının tüketiciye ait olması şeklinde sayılabilir⁶⁴. Finansal kiralama işlemlerinde belli bir süre feshedilmeme unsuru da bulunmasına rağmen, 5582 Sayılı Konut Finansmanı Kanunu m. 24/6/son ile bu unsurun yer aldığı FKK m. 7'nin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

A. KİRALAYANIN FİNANSAL KİRALAMA KONUSU KONUTUN ZİLYETLİĞİNİ TÜKETİCİYE BIRAKMASI

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin konusunu, belirli nitelikleri taşıyan konut teşkil etmektedir. Konutun zilyetliğinin tüketiciye bırakılması bu sözleşmelerin en önemli unsurudur. Bu unsuru incelerken, taşıdığı önem nedeniyle öncelikle konut kavramına, sözleşmeye konu olabilecek konutun niteliklerine ve kapsamına yer verecek, daha sonra da bu konutun zilyetliğinin tüketiciye bırakılması unsurunu inceleyeceğiz.

1. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN KONUSU OLAN KONUTUN NİTELİKLERİ ve KAPSAMI

Bu bölümde taşınmaz mülkiyetinin konusu olan konut ve bunların imar mevzuatı kapsamında durumları incelenecek, taşınır mülkiyetinin konusu olan konutların edinilmesi sorununa da kısaca yer verilecektir.

⁶⁴ TKHK m. 10/B/VI uyarınca, konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde FKK m. 7'nin uygulanmayacaktır. Bu nedenle diğer finansal kiralama sözleşmelerinin unsurları arasında yer alan belirli süre feshedilememe şartı, konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin unsurları arasında yer almamaktadır.

Konut, insanın temel ihtiyaçlarından ilk sırada yer alan barınma ihtiyacının karşılamaktadır. Konut ekonomik anlamda ikame esnekliği düşük olan yani başka mallarla ikame edilmesi mümkün olmayan bir maldır. Sözlük anlamı itibariyle konut, “*insanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgâh*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Doktrinde yapılan bir tanıma göre konut, insanların uygun bir yerleşme ölçüğü çerçevesinde barınma ihtiyacını karşılamaya yönelik, uzun vadeli ve toprağa bağlı olarak kullanılan bir eşya⁶⁶ olarak ifade edilmiştir.

Konut kavramının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ya da Finansal Kiralama Kanununda tanımı bulunmamaktadır. 2000 Devlet İstatistik Enstitüsün Bina Sayımı Kitabında da güzel ve yeterli bir tanıma yer verildiği görülmüştür. Buradaki ifadeyle konut, “*etrafı kapalı, tavanı örtülmüş bir veya bir grup insanın diğer fertlerden ayrı olarak yaşamasına imkan sağlayan, doğrudan doğruya sokağa, koridora veya genel bir yere açılan, müstakil kapısı olan bina veya binanın bir bölümü*”⁶⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre konutun fiziksel bir yapı olmasının yanında, kişilik hakkı kapsamında özel hayatın korunması işlevi de ifade edilmiş olmaktadır. Konut fiziksel özelliği ile insanların barınması ve dış etkenlerden korunmasının sağlanmasıyla birlikte, bireylerin diğer temel ihtiyaçlarını (yemek yeme, özel hayat, uyuma, aile olma ihtiyaçlarını) da karşılayan bir yapıdır⁶⁸.

Konut kavramının finansal kiralama sözleşmelerine konu olması hususunu daha iyi değerlendirebilmek için yerleşim yeri kavramına da değinmek gerekmektedir⁶⁹. Yerleşim yeri, bir kişinin bir yerle olan hukuki ilişkisini ifade etmekte olup gerçek kişilerin yerleşim yerine ilişkin hususlar MK m. 19-22 arasında düzenlenmektedir.

Medeni Kanun m. 19/1’de yerleşim yerinin bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olduğu ifade edilmektedir. Maddede ifade edildiği üzere, sürekli kalma niyeti belirleyici bir unsurdur ve bu yöndeki içsel irade (niyet), dışarıdan da

⁶⁵ www.tdk.gov.tr.

⁶⁶ **AKDEMİR-ERSOY**, Zehra, Konut ve Ev Kavramlarının Karşılaştırmalı Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2002, s. 38.

⁶⁷ <http://tuikrapor.gov.tr/reports>, 25.01.2011.

⁶⁸ **ÇABRİ**, s. 70.

⁶⁹ Eski MK’da yerleşim yeri kavramı ikametgah olarak düzenlenmiştir.

bilenebilir olması halinde üçüncü kişiler için önem arz edecektir⁷⁰. Mesken ise devamlı yerleşme amacı güdülmeyen, geçici olarak fiilen oturlan yer anlamındadır⁷¹. Yerleşim yerinde sürekli kalma iradesi mutlak gereklilik iken, meskende fiilen oturmak yeterlidir⁷². Mesken, kişiler tarafından doğal şartlardan ve olumsuz koşullardan kendilerini korumak, yaşamlarını devam ettirmek amacıyla kullanılan ve bu amacı sağlamak üzere gerekli niteliklere sahip olması gerektiğinden, konut olarak kullanılması da mümkündür. Bu nitelemeye göre de odalar, mutfak, tuvalet ve banyo bölümleri bulunmayan yapılar hem mesken olarak tanımlanmaya hem de konut olarak kullanılmaya elverişli olmayacağından⁷³, çalışma konumuz sözleşmelerin konusunu teşkil edemeyecektir. Konut finansmanı kapsamında olacak mesken niteliğindeki yapıların ise, hem taşınmaz olması hem de konut amaçlı olarak kullanılması gerekmektedir⁷⁴.

Türk hukukunda yerleşim yerinin tekliği ve zorunluluğu ilkesi geçerlidir. MK m. 19/2'ye göre her kişi hukuken yalnızca bir yerleşim yerine sahip olabilir ve hatta herkes bir yerleşim yerine de sahip olmalıdır (MK m. 20). Ancak bir kişinin birden fazla konutunun olmasında bir sakınca yoktur⁷⁵. Bu kapsamda, oturduğu konuttan başka bir konut alımının finanse edilmesini isteyen tüketicilerin işlemleri de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında sayılacaktır.

Konut, tüketiciler açısından “barınma ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla edindikleri yapı” niteliğinde iken, finansal kiralama şirketi açısından “finansman sözleşmesinden doğan alacağının teminatı” niteliğindedir. Konutun seçiminde tüketicilerin ekonomik durumları son derece belirleyicidir⁷⁶. Bu nedenle tüketici açısından kendi tercihi ve ödeme gücü belirleyici etmen iken finansal kiralama şirketi açısından da konutun

⁷⁰ **HOLENSTEIN**, Der Privatrechtliche Wohnsitz im schweizerischen recht, Diss., Bern 1992, s. 82 (**KOCAMAN**, Arif B., Türk Medeni Kanununa Göre Yerleşim Yeri (İkametgah), Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 572'den naklen).

⁷¹ **TEKİNAY**, S. Selahattin, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992 (Medeni Hukuk), s. 296 vd. (Meskenin konut sayıldığı haller için de aynı sayfaya bakınız).

⁷² **DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 177.

⁷³ **ÖZMEN**, Ethem Saba, Devre Mülk Hakkı, Ankara 1988, s. 122.

⁷⁴ **ÖZMEN**, s. 122.

⁷⁵ **KOÇAK**, s. 12.

⁷⁶ **KOÇAK**, s. 11.

teminat değeri ve tüketicinin ödeme gücü konut finansmanını sözleşmesinin yapılmasında belirleyici olmaktadır. Ayrıca tüketiciler açısından, kiracıların finansal kiralama konusu malların belirlenen amaçlar doğrultusunda kullanmakla yükümlü olması nedeniyle⁷⁷, edinilen konutların yalnızca konut amaçlı kullanılması gerekmektedir⁷⁸.

Tüketiciler, ihtiyaç duydukları ya da sahip olmak istedikleri konutları edinebilmek için konut finansmanı kuruluşlarından finansal kiralama şirketleri ile konut finansmanı sözleşmesi yapabilirler. Buna göre konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin konusu “konut”tur ve konutun ne olduğu, hangi konutların bu sözleşmelere konu olabileceği hususunun iyi belirlenmesi gerekmektedir. Konut niteliği taşımayan yapılar ile konut niteliği taşısa dahi konut olarak kullanılmak üzere edinilmeyen yapılar da bu kapsam dâhilinde sayılmayacaktır. Konut olarak kullanılmasına rağmen imar mevzuatı uyarınca muhafazası mümkün olmayan yapılar da konut finansman sözleşmesi için aranan imar mevzuatına dahil olma özelliğini haiz olmadığından yine ilgili Kanun kapsamında olmayacaktır⁷⁹. Bu kapsamda, TKHK m. 10/B’de, söz konusu sözleşmeler kapsamında sadece tüketicilerin *barınma* ihtiyacına yönelik olarak sahip olmak istedikleri konutu edinmek amacıyla yaptıkları finansal kiralama sözleşmeleri bu Kanun kapsamında düzenlenmekte olup bunun dışındaki işlemler genel hükümlere tabi olacaktır⁸⁰.

⁷⁷ **ERGÜL / DUMANOĞLU**, s. 8.

⁷⁸ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına konut ve tatil amaçlı olan taşınmazlar dahil edilmiş olup sadece kişisel kullanım amacıyla yararlanılan ya da edinilen taşınmazlar kast edilmektedir. Ticari veya mesleki amaçlı taşınmazlar (dükkan, otel, ticari amaçla alınan lojman, misafirhane, ...) bu kapsama girmemektedir (**YAVUZ**, Nihat, Şerh, s.11). Zaten bu yerlerin edinilmesi, ticari finansmanın konusuna girmektedir.

Konut finansmanına konu olabilecek konutun temel özelliği, barınma amaçlı kullanılması mümkün bir taşınmaz olmasıdır. Buna göre, barınma amacıyla kullanılmayan ya da bu şekilde kullanılmaya uygun olmayan veya ticari bir amaç taşıyarak bu yapıların edinilmesine yönelik yapılan sözleşmeler, konut finansman sistemine dahil değildir (**ÇABRİ**, s. 70).

⁷⁹ **ÇABRİ**, s. 68.

⁸⁰ **ÇABRİ**, s. 68.

Teminat olarak gösterilen konutlar üzerinde, finansal kiralama şirketinin teminat amacı dışında tasarrufta bulunması, konutu rehnetmesi veya başka kişilere teminat göstermesi mümkün değildir. Ayrıca kiralama şirketinin ya da kiracının kamu dahil tüm alacaklıları tarafından konutun haczettirilmesi, ihtiyati tedbire konu edilmesi ve iflas masasına dahil edilmesi de mümkün değildir (5582 Sayılı KFK ile değişik, SerPK m. 39/A/3).

Finansal kiralama sözleşmesine konu olacak malın teminat fonksiyonunu sürdürebilmesi için, finansmanı sağlanan malın kullanımı, en azından dayanıklı sayılabilecek nitelikte ve kiralama işlemi ödemelerinin taksitlendirildiği süreden daha kısa bir sürede değerini sıfırlamayacak bir nitelikte olması gerekir. Konutun bu sözleşmelerin konusunu teşkil etmesi, bu bağlamda uygundur. Kiralama şirketi açısından bakılacak olursa, sürekli likit sermayeye ihtiyacı olan bu kurumların bu ihtiyaçlarını karşılamak için ellerindeki kıymetleri paraya çevirmek istedikleri, dolayısıyla mala bağlılıklarının kısa vadeli olmasını tercih etmeleri gibi haklı nedenler dolayısıyla sözleşme konusu olan malın piyasada alım-satım kolaylığı bulunan ve kolaylıkla satılacak mallar olmasını tercih edilmesi⁸¹ ve uzun vadeli bir yatırım olan konutu tercih etmeyeceği düşünülebilir. Ancak 5582 Sayılı Kanunda, kiracının taksitleri ödeyememesi halinde konutun satışını kolaylaştırmak amacıyla İİK’da düzenlemeler yapılmış ve finansman şirketlerini bu açıdan koruyucu tedbirler alınmıştır.

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı MK m. 718’de “*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer*” şeklinde belirlenmiş olup, teknik yollar kullanılarak insan eliyle arazinin altına veya üstüne yapılan her şeyin yapı olarak kabul edilebileceğini göstermektedir⁸². İnşa edilen bütün yapıların taşınmaz mülkiyetinin kapsamında olduğu söylenebilir. Konut da sadece barınma ihtiyacını karşılama işlevi olan bir yapı⁸³ ve üzerinde bulunduğu taşınmazın bütünleyici parçasıdır. Buna göre konut mülkiyet hakkının tek başına konusu değildir. Taşınmazın üzerinde konut olarak kullanılmaya elverişli bir yapının bulunması ve tüketicinin de bu yapıyı söz

⁸¹ KÖTELİ, s. 96.

⁸² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 394; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Eşya Hukuku, s. 544; AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 521.

⁸³ ÇABRİ, s. 73.

Taşınmazın finansal kiralama sözleşmesinin konusunu teşkil ettiği hallerden biri de “üst hakkı tesisi” olup bu yol daha çok kendisine ait bir arsa ya da arazi üzerinde finansal kiralama sistemi ile bina yaptırmak isteyen kiracının, arazi üstünde üst hakkı ve/veya ipotek hakkı tesis ettirmesi şeklinde mümkün olmaktadır. (Detaylı bilgi için Bkz. BAŞTÜRK, Faruk, “Finansal Kiralama Sözleşmesinin Şekli ve Tescili veya Şerhi”, AÜHFED, Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 117, dp. 47.)

konusu amaçla kullanmak üzere edinmesi amacıyla yapılan⁸⁴ kiralama sözleşmesi TKHK m. 10/B kapsamına girmektedir. Konutun sözleşmenin konusu ve teminatı olma işlevleri değerlendirilirken, üzerinde bulunduğu taşınmaz niteliğindeki arazinin özellikleri de belirleyicidir. Bu nedenle çalışmamızın özellikle bu bölümünde İmar Kanunu'na sıkça başvurmamız gerekecektir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 10/B maddesi 15. fıkrası (b) bendinde “Kredi sözleşmeleri için üzerine ipotek tesis edilen konuta, finansal kiralama sözleşmeleri için finansal kiralamaya konu olan konuta ilişkin bilgiler” ifadesi ile sözleşmeye konu olan konuta ait resmi makamlar nezdindeki ve SerPK m. 22 (r) bendi kapsamında değerlendirme uzmanlarının konutun değerini belirlerken elde ettikleri bilgilerin finansal kiralama sözleşmesinde yer alması kast edilmektedir. Bu bilgiler; tapu sicil müdürlüklerinde yer alan ada parsel numaraları⁸⁵, muhit, m², ipoteğe engel takyit vs. bir durum olup olmadığı, konutun dahil olduğu muhitteki belediye başkanlıklarından alınan konutun şehir içindeki adresi, imar durumu ve emlak beyan değerleri, değerlendirme uzmanlarının incelemeleri sonucu konutun değer tespiti gibi bilgilerdir⁸⁶.

Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların daha uzun süreli olmasının etkisiyle, bunların teminat gösterilerek finansman sağlama imkanı da daha fazla olmaktadır. Ayrıca taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kamuya açıklığının zilyetlik vasıtasıyla sağlanmasının oldukça güç olması⁸⁷ karşısında taşınmazların tapu kütüğü gibi sicillere dayanılarak kamuya açıklığının sağlanması, taşınmazların teminat sağlama kabiliyetini güçlendirmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, konut finansmanı sistemine dahil olacak konutların taşınmaz olması gerekmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, bazı hallerde taşınmaz olmaları da mümkündür. Bu çerçevede, öncelikle taşınmaz mülkiyetinin konusu olan ve konut olarak kullanılan yapılar ile bu yapıların imar mevzuatına göre

⁸⁴ ÇABRİ, s. 69.

⁸⁵ İmar düzeni bakımından belli ölçüler göz önüne alınarak sınırlandırılmış arazi parçalarından her bir Tapu sicil hukukunda kütüğe kaydolunmuş araziye “parsel” denir.

⁸⁶ ADIGÜZEL, Burak, İpotekli Sermaye Piyasası Araçları, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 234.

⁸⁷ AKİPEK Jale / KINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 225.

taşıması gereken özelliklere, daha sonra ise taşınır mülkiyetine konu olan yapıların konut olarak kullanılması hususlarına yer verilmektedir.

a. TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KONUSU OLAN KONUT

Taşınmazlar kural olarak doğal nitelikleri gereği bir yerden başka bir yere götürülemeyen, insanlar tarafından çoğaltılamayan veya yapay olarak üretilmeleri mümkün olmayan, içinde buldukları ülke toprakları ile sınırlandırıldığından, sınırlı miktarda bulunan eşyalardır ve taşınır eşyalara göre az bulunma özellikleri de taşınmazları daha değerli kılmaktadır⁸⁸.

Taşınmaz eşyalar, yeryüzünün sınırları belirli arz parçalarıdır. Yapı ve evler de taşınmaz eşya olan yeryüzünün bütünleyici parçası olarak ondan bağımsız olmayan eşyalardır⁸⁹. MK 998'e göre Tapu Sicili'ne taşınmaz olarak kaydedilmesi gereken "arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler", MK m. 704'te taşınmaz mülkiyetinin konusu olarak sayılmaktadırlar⁹⁰.

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı MK m. 718'de "*Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, Yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer*" şeklinde belirlenmiş olup, teknik yollar kullanılarak insan eliyle arazinin altına veya üstüne yapılan her şeyin yapı olarak kabul edilebileceğini göstermektedir⁹¹. İnşa edilen bütün yapıların taşınmaz mülkiyetinin kapsamında olduğu söylenebilir. Konut da sadece barınma ihtiyacını karşılama işlevi olan bir yapıdır⁹².

⁸⁸ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 229.

⁸⁹ HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 368; GÜRSOY, T., Kemal / EREN, Fikret / CANSEL, Erol, Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1984, s. 471.

⁹⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 271.

⁹¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 394; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Eşya Hukuku, s. 544; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 521.

⁹² ÇABRİ, s. 73.

Arz (toprak) üzerindeki yapının kural olarak ayrı bir hukuki varlığı bulunmaz⁹³ ve bütünleyici parçanın durumu, MK m. 684/II'deki özellikleri de dikkate alındığında, asıl parçanın kaderine bağlıdır. Dolayısıyla bütünleyici parça niteliğindeki bir yapı, MK m. 718/II'ye göre arazisi ile birlikte taşınmaz mülkiyetinin konusunu teşkil edebilecek ve mesken amaçlı kullanılması koşulu ile de konut finansmanına konu olabilecektir. Özetle, MK m. 684 hükmüne göre hem arzın bütünleyici parçası niteliği taşıyan hem de mesken amaçlı kullanan yapılar, finansman sistemine dahil olacaktır⁹⁴. Medeni Kanun m. 704/II'ye paralel olarak, KMK m. 2/a'da kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm, “*ana gayrimenkulün ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olup bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri*” olarak tanımlanmıştır ve adı geçen maddelerde konutun, kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölüm olduğu ifade edilmektedir.

Taşınmaz mülkiyetinin konusu olan yapıların kapsamı, bu taşınmazlar üzerindeki mülkiyet yapısına göre belirlenmektedir. Mülkiyet yapısına göre taşınmazlar dört gruba ayrılabilir. Bunlar müstakil yapılar, kat irtifakına tabi konutlar, kat mülkiyetine tabi konutlar ve bağımsız ve sürekli haklara konu olan konutlardır. Bu yapıların çeşitlerine göre konut finansmanı sistemine dâhil olmaları hususu da değişmektedir.

aa. MÜSTAKİL YAPILAR

Müstakil yapı kavramı kanunda tanımlanmamış, sadece KMK m. 58/II'de, “*Devre mülk hakkı ancak mesken nitelikli, kat mülkiyetine veya kat irtifakına çevrilmiş yahut müstakil yapılarda kurulabilir*” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre müstakil yapıyı, *bir*

Taşınmazın finansal kiralama sözleşmesinin konusunu teşkil ettiği hallerden biri de “üst hakkı tesisi” olup bu yol daha çok kendisine ait bir arsa ya da arazi üzerinde finansal kiralama sistemi ile bina yaptırmak isteyen kiracının, arazi üstünde üst hakkı ve/veya ipotek hakkı tesis ettirmesi şeklinde mümkün olmaktadır. (Detaylı bilgi için Bkz. **BAŞTÜRK**, Faruk, “Finansal Kiralama Sözleşmesinin Şekli ve Tescili veya Şerhi”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 117, dp. 47.)

⁹³ Üst hakkı istisnai olarak, bağımsız şekilde ikili bir hukuki yapı ile arsa sahibinden ayrı olarak yapı sahibine özel bir mülkiyet hakkı sağlamaktadır (bkz. **KOÇAK**, s. 16, dp. 49).

⁹⁴ **KOÇAK**, s. 17.

*parsel üzerinde inşa edilmiş, kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu olmayan yapı olarak tanımlamak mümkündür*⁹⁵.

Kat mülkiyetine konu olmadan arazinin bütünleyici bir parçası olmak müstakil yapının bir özelliğidir. Bir yapının müstakil yapı olarak nitelendirmesi yapılırken yapının büyüklüğü, kaç katlı olduğu gibi özellikler önem taşımamaktadır. Müstakil yapı olarak nitelendirmede, bir parsel üzerinde kat mülkiyetine veya kat irtifakına tabi olmayan bir yapının bulunması ve bu yapının konut olarak kullanılmaya elverişli olması önemli olmaktadır⁹⁶.

Müstakil yapının birden çok kattan oluşması ya da müstakil yapıda bulunan bölümlerin bağımsız olarak kullanılması da mümkündür. Bağımsız olarak kullanıma elverişli bu yerler ne tek başına satım sözleşmesine konu olabilecek ne de bu bölümler teminat olarak gösterilebilecektir. Arazi ile bütünleyici parça olan bina, birleşik eşya olarak bir bütün oluşturacak ve bu özellik devam ettikçe de bu bağımsız bölümler tek başlarına bir tasarruf işlemine konu olamayacaklardır⁹⁷.

Müstakil bir yapının edinilmesi isteniyorsa, yapının üzerinde bulunduğu taşınmaz kapsamında değerlendirme yapmak gerekecektir. Zira ancak üzerinde konut olarak kullanılmaya uygun nitelikte müstakil bir yapı bulunan bir taşınmaz, konut finansmanı sözleşmesine konu olabilecektir. Buna karşın, söz konusu müstakil yapının konut olarak kullanıma elverişli olmaması ya da başka amaçlarla edinilmek istenmesi hallerinde yapılacak sözleşme konut finansmanı kapsamında değerlendirilemeyecektir⁹⁸.

⁹⁵ ÇABRİ, s. 78.

“Üst”ün toprağa tabi olması ilkesine dayanarak, arzla bağlantılı bir yapı olarak inşa edilmek şartıyla, müstakil yapı MK m. 684’e göre, bütünleyici parça niteliğine sahip yapı özelliği taşır. Buna göre; bir şeye sahip olan kimse, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan bütünleyici parçaya da malik olacaktır.

⁹⁶ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Eşya Hukuku, s. 527; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 58-59.

⁹⁷ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Eşya Hukuku, s. 527; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 58-59.

⁹⁸ ÇABRİ, s. 78.

Müstakil yapılar tapu siciline ya da zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar üzerinde olabilecekleri gibi tapusuz taşınmazlar üzerinde de bulunabilirler. Müstakil yapıların edinilmesi amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmelerinin konut finansmanı sistemine dahil olma durumu, taşınmazların durumuna göre değişecektir.

aaa. Tapu Siciline Kayıtlı Taşınmaz Üzerindeki Müstakil Yapı

Bir taşınmaza ilişkin aynı bir hak, tapu kütüğüne tescil edilerek doğar. Medeni Kanunumuzda düzenlenen tapu sicil sistemi, her taşınmaz için kütükte ayrı sayfa açılması prensibine dayanan aynı sisteme göre tutulmaktadır. Her taşınmaz üzerindeki bütün aynı haklar, burada takip edilmektedir⁹⁹. Kural olarak tescil, aynı hakların doğması için gereklidir¹⁰⁰. Aynı haklar ancak üzerinde kuruldukları taşınmazın kütükte kayıtlı bulunduğu sayfaya, hukuki sebeplerini teşkil eden taahhüt işlemlerinin yazılması, yani tescil edilmesi sonucunda doğar (MK m. 1008, 1022; TST m. 24 vd.).

⁹⁹ ÇABRİ, s. 79; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 124.

Ana siciller, taşınmazlar ile üzerlerindeki aynı hakların ve bunların iktisap şekillerinin yazıldığı defterler olup taşınmazların hukuki hatta fiili durumunu gösteren siciller olmaları nedeniyle de önem taşımaktadırlar (AKİPEK / AKINTÜRK, s. 243; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 123, 124; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Eşya Hukuku, s. 318).

Medeni Kanunun 997/II maddesi ve TST 6. maddesine göre ana sicil olan Tapu Kütüğü, Kat Mülkiyeti Kütüğü ve bunların tamamlayıcısı niteliğindeki Yevmiye Defteri ve resmi senet (Yevmiye defteri, MK m. 1022/2'ye göre aynı hakların sıralarını belirler; aynı hakların tescil, terkin ve düzeltilmesine ilişkin istemlerin tapu kütüğüne işlenmeden önce yazıldıkları defterdir (Bkz. AKİPEK / AKINTÜRK, s. 243; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 125), mahkeme kararı ve diğer Belgeler ile Planlardan oluşan ve taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tutulan Tapu sicili, taşınmazlar üzerinde mevcut olan aynı hakların kamuya açıklanması amacıyla tutulan çeşitli defter ve belgelerden oluşmaktadır (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 123; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Eşya Hukuku, s. 318; SAYMEN-ELBİR s. 151; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 241).

Tapu kütüğü, taşınmazların hukuki durumunu gösteren asıl sicildir ve özel mülkiyete konu olan bütün taşınmazlar ile bunlar üzerindeki bütün aynı haklar da bu sicile tescil edilir (AKİPEK / AKINTÜRK, s. 242).

¹⁰⁰ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 248.

Tapu Sicilinin aleniyet fonksiyonunu yerine getirebilmesi için arazinin yüzölçümünün bilimsel yöntemlerle belirlenmesi ve buna göre de planının yapılmış olması gerekmektedir. Nitekim MK m. 1003 de bu yöndedir: "Bir taşınmazın kütüğe kaydı ve belirlenmesinde resmi bir ölçüme dayanan plan esas alınır." Bir taşınmazın tapu kütüğüne ilk kez kaydedildiği durumda kadastro planı ile taşınmazın en ve boy sınırları belirlenerek tapudaki tesciller buna göre yapılmalıdır (ÇABRİ, s. 79; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 383).

Tapu kütüğüne kaydedildikten sonra bir taşınmazın arazi ve arsa düzenlemesine tabi tutulması söz konusu olursa, kadastro planları artık geçerli olmayacağından parselasyon planları hazırlanarak tapuda tesciller buna göre yapılacaktır (İK m. 19).

Konut finansmanına dahil olma hususunda müstakil yapı ile ilgili ölçüt, bu yapının konut amaçlı olarak kullanılmaya elverişli olması ve İmar Kanunu uyarınca muhafazasının mümkün olmasıdır. Daha sonra bu yapının üzerinde bulunduğu taşınmaz ile ilgili ölçütlere de bakılması gerekecektir. Söz konusu taşınmazın da kadastro veya parselasyon planı ile belirlenerek tapuya kaydedilmiş bir taşınmaz olması gerekmektedir. Ancak bu şekilde müstakil yapının üzerinde bulunduğu taşınmaz sağlanan finansman karşılığında teminat gösterilebilecektir. Sonuç olarak, tapuya kayıtlı bir taşınmaz üzerinde bulunan ve konut olarak kullanılmaya elverişli olan bir müstakil yapının edinilmesi amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmesi, konut finansmanı sistemine dahil olacaktır¹⁰¹.

bbb. Zabıt Defterine Kayıtlı Taşınmaz Üzerindeki Müstakil Yapı

Kadastrosu yapılmış yerlerde taşınmazların, taşınmaza ait bir sayfa açılarak tapu sicillerine kaydedildiğini ifade etmiştik. Zira tapu kütüğü (sicili) kadastraya dayalı oluşturulan defterlerdir ve kadastrosu henüz yapılmamış yerlerdeki taşınmazların burada izlenmesi mümkün değildir. Kadastrosu yapılmamış yerlerde ise taşınmazlar, zabıt defteri ya da kayıt defterlerine kaydedilmektedir¹⁰².

Kadastronun bazı nedenlerden dolayı güç olması, tapu sicili ve tapu kütüğünün ancak kadastronun yapılmış olduğu yerlerde tutulması; kadastrosu henüz

¹⁰¹ ÇABRİ, s. 80.

¹⁰² Kadastronun yapılmamış yerlerdeki taşınmazların söz konusu defterlere kaydedilmesi, bunların da kadastronun yapılmamış yerlere kadarki süreçte, tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlarda olduğu gibi devir ve teminat gösterme işlemlerini yerine getirmesini sağlamaktadır. Zabıt defterine kayıtlı taşınmazlara ilişkin mülkiyet hakkı, sınırlı ayni haklar, şerhler ve beyanlar bir defterde gösterilirken, ipotek işlemleri “ipotek kayıt defteri” adlı ayrı bir defterde bulunmaktadır. Bu defterde gösterilen ipotek hakları, ayrıca kayıt defterinin sınırlı ayni haklar için ayrılmış bölümünde yer almakta ve bu sütunda da ipotek kayıt defterinin ilgili sayfasına yollama yapılmak suretiyle bağlantı kurulmaktadır (ÇABRİ, s. 80).

Kadastronun yapılmamış yerlerdeki taşınmazların, bir kısmının zabıt/kayıt defterine kaydedilmek bir kısmının ise hiç kaydedilmemek suretiyle, bütünüyle kayıtsız durumda olduğu görüşü de mevcut olup zabıt/kayıt defterine kayıtlı taşınmazların “tapuya kaydedilmemiş” olduğu nitelendirmesi için bkz. ACAR, Faruk, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 10.

Oysaki tapuya kayıtlı olmanın, tapu kütüğü (sicili) ya da zabıt/kayıt defterine kaydedilmiş olmayı ifade etmesinden hareketle, gerek tapu kütüğüne (siciline) gerekse zabıt/kayıt defterine kayıtlı taşınmazların “tapuya kayıtlı” olduğu yönündeki eleştiriler için bkz. ÇABRİ, s. 80; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 122, 123.

Tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar kadastro esasına göre kaydedilirken zabıt defterine yapılan kayıtlar mahkeme sonucuna dayanmaktadır.

yapılamamış yerlerde ise zabıt defterlerinin bu işlevi görmesine sebep olmuştur¹⁰³. TST geçici 1. maddesi de henüz kadastrosu yapılmamış yerlerde kütük yerine zabıt defteri ve kat mülkiyeti zabıt defteri tutulmasını gerekli görmektedir. Kadastrosu olmayan bir taşınmazın bulunduğu yere ilişkin mülkiyet durumunu gösterir bir plan da olmaması halinde bu taşınmazlar, sınır komşuları yazılarak gösterilmektedir. Tapu kütüğünden farklı olarak her taşınmaza ait işlemler aynı sayfada görünmemekte, ayrı sayfalarda yer almakta ancak geldiği ve gittiği defter işaret edilerek sayfalar arasında bağlantı sağlanmaktadır¹⁰⁴.

Zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar, yukarıda sayılan işlemler sayesinde tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar gibi işlem görebilmekte ve bunların devir veya üzerinde sınırlı ayni hak kurulması işlemleri tescille yapılmaktadır. Tapu kütüğü ya da zabıt defterinin işlev olarak örtüşmesinin yanında zabıt defterinin bir eksiği bulunmaktadır. Zira taşınmaza ilişkin bütün bilgiler zabıt defterinde görünmediğinden, kamuya açıklık fonksiyonunu tapu kütüğündeki kadar gerçekleştirilememektedir¹⁰⁵. Ancak yine de zabıt defterine kayıtlı bir taşınmazın üzerinde bulunan müstakil yapının edinilmesi amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin de taşınmaz üzerinde bulunan yapının konut olarak kullanılmaya elverişli ve İmar Kanunu uyarınca muhafazasının ve teminat olarak gösterilmesinin mümkün olması şartıyla, TKHK m. 10/B kapsamında konut finansmanı sistemine dahil sayılmasının uygun olacağı görüşüne katılmaktayız¹⁰⁶.

ccc. Tapusuz Taşınmazlar Üzerindeki Müstakil Yapı

Kadastrosu yapılmadığından tapu kütüğüne kaydedilmeyen ve bu haliyle zabıt defterine de kaydedilmeyen taşınmazların tapusuz taşınmazlar olduğunu ifade etmiştik. Bu taşınmazlar özel mülkiyete konu olmalarına rağmen, bu şekilde onlar üzerindeki hak sahipliğinin bilinmesi veya ayni hakların görülmesi mümkün

¹⁰³ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 232.

Medeni Kanun Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 19'a göre de Medeni Kanun'un eşya hukuku hükümleri, zabıt defteri tutulan yerlerde de uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.

¹⁰⁴ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 122-123.

¹⁰⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 123.

¹⁰⁶ ÇABRİ, s. 81.

olamayacaktır. Oysaki MK m. 1020’de belirtildiği gibi tapuya kayıtlı taşınmazlar, taşınmaza kimin malik olduğu ve taşınmaz üzerinde başka kimlerin aynı hak sahibi olduğunun bilinmesi sayesinde bu hakların kamuya açık olmasına imkan sağlamaktadır¹⁰⁷.

Taşınmazın en ve boy sınırları belli olmadığı, bu sebeple de tapuya kaydedilmediği ve üzerindeki hak sahipliği de belli olmadığından, bu tür taşınmazlarda kamuya açıklık ilkesi sağlanamamaktadır. Bu nedenle de tapusuz bir taşınmazın üzerindeki bir müstakil yapının satın alınmasına yönelik olarak yapılan finansman sözleşmeleri TKHK m. 10/B kapsamında olmayacaktır¹⁰⁸. Üzerindeki aynı hak sahipliğinin görünmediği bir taşınmaz, sistemin en temel gereksinimlerinden teminat sağlama fonksiyonunu yerine getiremeyeceğinden, bunlar üzerindeki yapıların edinilmesi amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmelerinin ilgili Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

bb. KAT İRTİFAKINA TABİ KONUTLAR

Kat irtifakı kavramı KMK m. 2/c’de “*Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından bu Kanun hükümlerine göre kurulan irtifak hakkı*” olarak ve bu hakka sahip olanlar da kat irtifak sahibi olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁹.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10/1’e göre kat irtifakı, resmi senet ve kütüğe tescil ile paylı mülkiyete tabi bir arsa üzerinde tüm paydaşların isteği ya da tek bir kişinin

¹⁰⁷ ÇABRİ, s. 82; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 123.

¹⁰⁸ ÇABRİ, s. 82.

¹⁰⁹ Kat irtifakı dolayısıyla, yapılan ve yapılacak binaların inşa borcu ile inşaat tamamlanınca kat mülkiyeti kurma yükümlülüğü paydaşlar açısından oluşmaktadır (BELEN, Herdem, Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2001. s. 237).

Kat irtifakında, inşaat izni alınmasının ardından yapı kullanma izni alınır ve kat mülkiyetine geçilir. Bu süreç dahilinde kat irtifakı, sahiplerine Yasal izinleri alınmış bir arsada eşyaya bağlı borç doğuran tescil sayesinde aynı bir güvence sağlarken, yapı izni alınmasına kadar geçen zamanda yapının tamamlanması borcunu da yüklemektedir (KOÇAK, s. 56).

mülkiyetine tabi bir arsada ise malikin iradesi ile kurulmakta olup inşaat borcu tescil ile eşyaya bağlı borç haline gelir¹¹⁰. Kat irtifakı, inşasına başlanmamış veya başlanıp tamamlanamamış yapı/yapılarda kat mülkiyetine konu olabilecek bağımsız bölümler için kurulabilir (KMK m. 1/II ve 2/c). Üzerinde kat irtifakı tesis olunmuş bir taşınmazın mülkiyeti, yapının inşası tamamlandıktan sonra kat mülkiyetine konu olabilecek bağımsız bölümlerine tahsis edilen arsa payı oranlarına göre paylara ayrılmalıdır¹¹¹.

Kat irtifakı, paylı mülkiyet ve irtifak hakkı kurumlarına dayanmaktadır¹¹². Kat irtifakı, kanunda aynı hak olarak düzenlenmiş olup bu sayede paylı mülkiyet paylarından devralacak yeni maliklerin, payları devraldıkları eski maliklere ait mülkiyete konu olan arazi üzerindeki ileride kat mülkiyetine geçilecek yapıların yapılmasına ilişkin taahhütleriyle bağlı olmaları durumunun devamı sağlanmıştır¹¹³. Kat irtifakı sahipleri, hakka konu olan arazi üzerinde ileride kat mülkiyetine çevrilmek üzere yapılacak yapıların, sözleşme ve plana uygun şekilde tamamlanabilmesi için, borçlu olurken, yapı işini kolaylaştırma konusunda yükümlü olacaklardır¹¹⁴. Kat irtifakı olan konutların tüketicilere satılması, inşaat şirketlerine finansman sağlama amacıyla yapılmaktadır.

Kat irtifakına konu olan konutun tamamlanması, kat mülkiyeti ve yapı kullanma izin belgesinin verilmesi hususları müteahhitlerin inisiyatifine bırakılmayıp bu konuda tedbirlerin alınması, güvenli konut ihtiyacı için gereklidir. Kat irtifakına dayanan yapılaşmalarda konut alımı için tüketicilere finansman sağlanması durumu, bu alacakların da menkul kıymetleştirmeye konu olabilecekleri düşünüldüğünde, uygun görüneceğinden, bu konutların edinilmesi amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri, TKHK m. 10/B kapsamında olacaktır¹¹⁵.

¹¹⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 511.

¹¹¹ KOÇAK, s. 55.

¹¹² HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 218-219.

¹¹³ BELEN, s. 273.

¹¹⁴ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 218-219.

¹¹⁵ KOÇAK, s. 56.

cc. KAT MÜLKİYETİNE TABİ KONUTLAR

Kat mülkiyeti, 23.06.1965 tarih, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile düzenlenmiş, taşınmaz mülkiyeti türlerindedir. İlgili Kanunun 1. maddesine göre kat mülkiyeti; “*Tamamlanmış bir yapının kat, daire, büro, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olanları üzerinde o taşınmazın maliki veya malikleri tarafından kurulan mülkiyet hakkı*”nı ifade etmektedir. KMK m. 2/a’ya göre de kat mülkiyeti bağımsız bölümler üzerinde bir mülkiyet oluşturmaktadır.

Medeni Kanunumuzun 644. maddesi 2. fıkrasında “üst özellikle bina toprağa tabidir” kuralı ile kat mülkiyetine izin verilmezken, özellikle artan nüfus, şehirlere göç edilmesi ile artan konut ve işyeri ihtiyacı ile arazi fiyatlarındaki artış, binaların bağımsız daire veya bölümleri üzerinde aynı haklar kurulmasını zorunlu hale getirmiştir¹¹⁶. Bu ihtiyaçlar sonucu; öncelikle 2264 sayılı Tapu Kanununun 26. Maddesinde yapılan değişiklik ile (06.01.1954) bir binanın bağımsız olarak kullanıma elverişli bölümlerinde paydaşlardan her birine özgü yararlanma imkanı verecek şekilde irtifak hakkı tesisine olanak sağlanmış ancak bunun da yeterli olmaması sonucunda 02.01.1966’da 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu yürürlüğe konmuştur. Kat Mülkiyeti Kanunu m.1/1’e göre, her binanın kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bağımsız bölümleri müstakil bir mülkiyet konusu sayılmıştır.

Kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kütüğün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve ana taşınmazın kayıtlı olduğu genel kütükte yer alan pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmesi suretiyle tescil edilir ve KMK m. 13/4 uyarınca da kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölüm ayrı bir gayrimenkul niteliğini kazanır ve kütükte o bölümün tasdikli planındaki numarayı alır. Ortak yerlerin KMK 2/b’de “Ana taşınmazın bağımsız bölümleri dışında kalan, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerler” şeklinde tanımı

¹¹⁶ ANTALYA, Gökhan, “Kat Mülkiyeti Hukuku Yönünden Toplu Yapı (Site) Kavramı ve Buna İlişkin Sorunlar”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1996, C. 10, S. 1-3, İstanbul 1998, s. 103-104.

bulunmaktadır. KMK m. 4'te de kanunen ortak sayılan yerler sayılmakla birlikte¹¹⁷, sözleşme ile taraflarca da belirtilebilir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 5. maddesine göre, kat mülkiyetinin başkasına devri veya miras yoluyla geçmesi halinde, ona bağlı arsa payı da birlikte geçer. Arsa payı, bağımsız bölümdeki kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devredilemez, rehnedilemez ya da başka bir sınırlı ayni hak ile kayıtlanamaz. Sınırlı ayni haklar, bağımsız bölümler üzerinde kurulmakta ve kuruldukları anda ortak yerlerdeki payıyla birlikte arsa payını da kayıtlamaktadır¹¹⁸.

Kat mülkiyeti, paylı mülkiyet esaslarına göre bağımsız bölümün kendi değeri ile orantılı bir şekilde arsada tahsis edilen arsa payına ve bütün kat maliklerinin paylı mülkiyetine tabi ortak yerler üzerindeki paylı mülkiyet payına sıkı sıkıya bağlıdır¹¹⁹. Kat mülkiyetinde kat maliklerinin ortak yerlerdeki hakları, arsa payından ayrı bulunmamakla birlikte kat mülkiyetine tabi kısımlar dışında kalan ortak yerler üzerinde her paydaşın hakkı, arsa payı içinde bulunmakta, arsa payı ortak yerler üzerindeki hakkı da içermektedir¹²⁰.

Sonuç olarak, kat mülkiyetine konu yerler ayrı ayrı kullanıma uygun nitelikte olduğundan bağımsız bölümlerin devredilmesi ya da rehnedilmesi mümkün olmaktadır. Hatta bu özellikler ve söz konusu konutun teminat özelliğini de iyi bir

¹¹⁷ **KMK** m. 4: Ortak yerlerin konusu sözleşme ile belirtilebilir. Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu kanun gereğince her halde ortak yer sayılır.

a) Temeller ve ana duvarlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lavabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşırılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazi saatlerinin Korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar,

b) Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazi ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler sıcak ve soğuk hava tesisleri,

c) Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri. Yukarıda sayılanların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, Korunma veya, faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (Ortak yer) konusuna girer.

¹¹⁸ **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 491, **AKİPEK / AKINTÜRK**, s. 419-420.

¹¹⁹ **ÇABRİ**, s. 83.

¹²⁰ **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 490, dp. 21; **ESMER**, Galip, Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1967, s. 145.

şekilde yerine getirecek olması sayesinde de kat mülkiyetine tabi ve konut olarak kullanıma elverişli bir yerin edinilmesi amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri TKHK m. 10/B kapsamında olacaktır¹²¹.

Konut ihtiyacının artması sebebiyle, aynı veya birden çok parsel üzerinde birden çok binanın yapılması yoluyla çözüm bulunmaya çalışılmış, toplu yapı kavramı da bu şekilde ortaya çıkmıştır¹²². Toplu yapı, 14.11.2007 tarih, 5711 sayılı Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanunu'na eklenene 66. maddede tanımlanmış, ayrıca toplu yapılara ilişkin esasları düzenlemek amacıyla “Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı Tesisine Dair Yönetmelik” hazırlanmıştır.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 66’da toplu yapı, “*bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış ve yapılacak altyapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbiriyle bağlantılı birden çok yapı*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre toplu yapı; bir parsel üzerinde bir blok için taşınmazın bölünmesine gerek olmadan ortak yer ve tesislerin birden fazla bloğa özgülenmesi suretiyle iki veya daha fazla blok inşaatın aynı parsel üzerinde bulunduğu yapı ya da birden çok imar parseli üzerinde birbiriyle bağlantılı birden çok yapı şeklinde olabilir¹²³.

Ana taşınmaz parseli olan bir arazideki blok inşaatı, katlarda yerleşmiş bağımsız bölümleri, niteliğinde olması halinde, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümü konut olarak nitelendirmek mümkün olabilecektir (MK m. 704/II, KMK m. 2/a). Ayrıca KMK Ek m. 3’e göre, bir ana taşınmaz parselinde zeminde birden çok blokta veya blok olmadan, münferit bağımsız bölüm oluşturan yapılar “birden çok yapılar”dır. Anılan ek maddeye göre, dikey kat mülkiyetinden farklı olarak yatay alanda kat mülkiyeti oluşturulmaktadır. Yatay kat mülkiyetinde de mesken olarak kullanımı mümkün olan bağımsız bölümler, konut finansmanı kapsamına dahil olacaktır¹²⁴.

¹²¹ ÇABRİ, s. 84.

¹²² ÇABRİ, s. 92.

¹²³ ANTALYA, s. 106; ÖKTEM-ÇEVİK, Seda, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010, s. 13.

¹²⁴ KOÇAK, s. 15.

Tek parsel üzerinde toplu yapıda her bir blok için taşınmazın bölünmesine gerek olmadan ortak yer ve tesisleri birden çok bloğa özgülemek amacıyla iki veya daha fazla blok inşaatın aynı parsel üzerinde yapılması mümkündür. Burada yapılaşmanın konusu tek bir parseldir¹²⁵. Bağımsız bölümlerin birden fazla blokta veya münferit bağımsız bölüm oluşturan yapılar ile birlikte her iki tür yapının da birlikte bulunması şeklinde de olabilir¹²⁶. Ayrıca, bir parsel üzerinde blok oluşturmadan müstakil olarak inşa edilmiş yapıların da tek parsel üzerinde toplu yapıya konu olması söz konusudur¹²⁷.

Birden çok imar parseli üzerinde birbiriyle bağlantılı birden çok yapının olması hali de birden çok parsel üzerindeki toplu yapıların olmasıdır¹²⁸. Bu halde toplu yapının konusu, bir parsel üzerinde yer alan ortak yer ve tesisin bir başka parsel üzerinde yer alan bağımsız bölüm maliklerine özgülenmesi söz konusudur¹²⁹. Birden çok parsel üzerinde toplu yapının olabilmesi için, bu parsellerin bitişik veya en azından komşu durumda olmaları gerekirken; bu parseller arasında kalan yol, park gibi kamu hizmetlerine ayrılan yerler için bu şart aranmamaktadır¹³⁰. Toplu yapıda yer alan bağımsız bir bölümün, taşınmaz niteliğinde olması ve teminat gösterilebilmesi nedenleriyle, konut amaçlı olarak kullanım için edinilmesine ilişkin finansal kiralama sözleşmeleri de ilgili Kanun kapsamında olacaktır¹³¹.

Kat mülkiyetine tabi konutlar; kadastro tamamlanmış ise tapu siciline, tamamlanmamış ise zabıt defterine kayıtlı olur. Aşağıda her iki durum ve bunların konut finansmanı sistemine dahil olma hususundaki etkilerine yer verilmektedir.

¹²⁵ Bir parselde farklı zeminler üzerinde yükselen birden çok yapı olması ile dikey kat mülkiyetinden ayrılmaktadır.

¹²⁶ ÖZMEN, s. 230.

¹²⁷ ÇABRİ, s. 94.

¹²⁸ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 573; ÖZMEN, s. 233-238; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 431; ÖKTEM-ÇEVİK, s. 27.

¹²⁹ ÖZMEN, s. 236; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 432; ÖKTEM-ÇEVİK, s. 27.

¹³⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 575; ÖKTEM-ÇEVİK, s. 28.

¹³¹ ÇABRİ, s. 94.

aaa. Tapu Siciline Kayıtlı Kat Mülkiyetine Tabi Konutlar

Kat mülkiyeti kütüğü ile tapu kütüğü, tapu sicilini oluşturan ana sicillerdir. MK m. 1001'de kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin ayrıca tutulacak kat mülkiyeti kütüğüne kaydedileceği ve bu kütükte yapılacak işlemlerin tapu kütüğü hükümlerine tabi olduğu belirtilmektedir.

Tapu sicili, taşınmazların hukuki durumu hakkında bilgi vermekle birlikte taşınmazlar üzerindeki aynı hakların doğru ve gerçeğe uygun biçimde kamuya yansıtılması işlevlerini sağlamaktadır. Açıklık işlevinin bir sonucu olarak, tapu sicilleri yıllar geçse de taşınmazlar üzerindeki aynı hakları ispata yarayan en önemli araçlar olmaktadır¹³².

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 1 ve m. 50/II'de, kat mülkiyetinin tümü kagir ve tamamlanmış binalarda¹³³ kurulabileceği belirtildiğine göre, bir bina tamamlanmadan kat mülkiyeti kurulması mümkün değildir. Ancak bu durumun istisnası, bir parsel üzerinde birden çok yapının bulunması halidir. Bu durumda, kat mülkiyetine geçilebilmesi için bunların bütününe inşasının tamamlanmasının beklenmesine gerek olmayıp, bir parsel üzerindeki yapılar tamamlandıkça, tamamlanan yapılara ilişkin kat irtifaklarının kat mülkiyetine çevrilebilmesi mümkündür (KMK m. 66/III)¹³⁴.

¹³² AKİPEK / AKINTÜRK, s. 229.

¹³³ Kagir yapı, taş ve tuğladan yapılmış yapılar olup, inşaat tekniğinin gelişmesi sayesinde bir bina tamamen betonarme de yapılabilir. Kanunda kagir ifadesi kullanılsa da bununla kast edilen, binanın bünyesindeki bağımsız bölümleri barındıracak şekilde sağlam inşa edilmesidir. Bir parsel üzerinde yer alan, birden fazla müstakil binanın tek parsel üzerinde toplu yapı kat mülkiyetine konu olması ve bunların ahşaptan yapılmış olması da mümkündür. Aslında KMK'da sadece kagir yapılardan bahsediliyor olması, kat mülkiyetine konu olmanın kriterinin binanın inşa edildiği malzeme ile sınırlandırmaması gerektiği konusundaki eleştiriler için Bkz. ÇABRİ, s. 85, dp. 156; GÖKNAR, Hikmet, Kat Mülkiyeti, Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1976, s. 72.

¹³⁴ Ancak, Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakına Dair Yönetmeliğin 6. maddesi, “Kat mülkiyeti kurulması için, toplu yapı kapsamındaki yapıların ve bu yapılara hizmet veren alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, ve sosyal tesislerin tamamlanması ve gayrimenkulün malikinin veya ortak maliklerinin, aşağıda sayılan belgeler ile birlikte ana gayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda tapu idaresine müracaatta bulunmaları gerekir” şeklindeki hükümde kat mülkiyeti kurulması için toplu yapı kapsamındaki yapıların tamamlanması şartı aranması nedeniyle bu madde ile çeliştiği tespit edilmiştir (ÇABRİ, s. 85, dp. 157). Yönetmeliğe göre toplu yapı kapsamındaki yapıların tümünün tamamlanması şartı aranmakta iken Kanun'a göre bu yapılar tamamlandıkça kat irtifakları kat mülkiyetine çevrilebilecektir.

Bir yapı üzerinde kat mülkiyeti kurulması için, kat mülkiyetine konu olacak yapının tümünün kagir olması, bu yapının bağımsız olarak kullanıma elverişli bölümler içermesi, yapının tamamlanması, yapı kullanma izin belgesinin alınmış olması ve hak sahiplerinin bu yönde talepte bulunması gereklidir. Bu şartlar sağlandığında, kat mülkiyetinin kurulması sonucu, MK m. 704/b. 3'teki anlamıyla her bağımsız bölüm, taşınmaz niteliği kazanacağı, KMK m. 15'te ifade edilmektedir. Bu sayede, her bir bağımsız bölümün kendi başına teminat olarak gösterilebilmesi mümkün hale gelmiş olmaktadır. Sonuç olarak da kat mülkiyetine konu olabilen, mesken nitelikli bağımsız bölümlerin konut olarak kullanımı amacıyla edinilmesi amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri de konut finansmanı kapsamına dahil olacaktır. Ancak elbette kat mülkiyetine konu olabilen bütün bağımsız bölümler değil, bunlardan konut amaçlı olarak kullanılması düşünülen bölümlerin edinilmesi kast edilmekte olup, bu bölümler dışındaki depo, mahzen, mağaza, dükkan, büro gibi yerlerin edinilmesi amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri, TKHK m. 10/B kapsamında yer almayacaktır¹³⁵.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 2/c'de kat irtifakı, *“bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak ya da yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki ya da ortak malikleri tarafından KMK'na göre kurulan irtifak hakkı”* olarak tanımlanmıştır. KMK m. 3/III'te de kat irtifakı *“... arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olup, yapı tamamlandıktan sonra*

Kat mülkiyeti; idari, kanuni ve mahkeme kararı ile olmak üzere 3 yoldan kurulabilir. KMK m. 10/I'e göre kat mülkiyetinin iradi yoldan kurulması; resmi senet ve kat mülkiyeti kütüğüne tescille mümkün olabilir. Bunlardan resmi senedin tescilin hukuki sebebini teşkil etmekle birlikte kat mülkiyetinin kurulması talebi niteliği de taşıdığı hususları KMK m. 13/I'de ifade edilmektedir. Hak sahiplerince kat mülkiyeti kurulmasına yönelik olarak yapılacak talebin neleri içermesi gerektiği KMK m. 12'de belirtilmektedir. Bu şartların mevcut olması şartıyla tapu memuru, ana taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki “mülkiyet” hanesine, “ Bu taşınmazın mülkiyeti, kat mülkiyetine çevrilmiştir.” ifadesini yazarak kapatır ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız her bölüm için Kat Mülkiyet Kütüğünde ayrı birer sayfa açılır ve bu kütüğe yapılan tescil ile kurulmuş olur. Kat mülkiyetinin mahkeme kararıyla kurulması da mümkün olup bu şekilde karar verilmesi halinde, mahkeme tarafından kendisine kat tesis edilenlerden her biri KMK m. 12/ (a) ve(b)'de sayılan belgeler de dahil olmak üzere, tapu memuruna başvurarak kat mülkiyetinin iradi yoldan kurulmasını sağlayabilir. Son olarak da, arazi ve arsa düzenlemesinde idarenin vereceği karar ile İmar Kanunu m. 18 hükmüne göre kat mülkiyetinin kurulması sağlanmış olur ve bu karar İK m. 19 gereği, tapuya re'sen tescil edilebilecektir. Hak sahiplerinin talepte bulunmasına gerek olmamaktadır (**OGUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 495; **TEKİNAY**, S. Selahattin, Kat Mülkiyeti, II/2, İstanbul 1991 (Kat Mülkiyeti), s. 24; **GÖKNAR**, s. 66).

¹³⁵ **ÇABRİ**, s. 87, dp. 159.

arsanın malikinin veya kat irtifakına sahip ortak maliklerin veya bunlardan birinin tapu idaresine yapacağı yazılı bir istem üzerine, bu kanunda gösterilen şartlar uyarınca, kat mülkiyetine çevrilir” demek suretiyle arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olarak düzenlenmiş olup geçici olduğu belirtilmektedir¹³⁶.

Kat irtifakı, kat mülkiyetine geçiş sürecinde hazırlık amaçlı geçici bir süreç olup paydaşlara, malik oldukları paylar nedeniyle bir yapma borcu yüklenmesine sebep olur¹³⁷. KMK 17/I ve 26/I maddeleri, bu hakka sahip olan paydaşın, diğer paydaşlardan, arazi üzerinde sözleşmeye uygun ve kat mülkiyetine tabi şekilde bir bina inşa etmelerini isteme ve inşa edilecek binayı kat mülkiyetine çevirme yetkisi vermekle birlikte, paydaşlara binayı bahsi geçen şekilde inşa etme borcunu yüklemektedir.

İnşasına başlanmamış ya da tamamlanmamış yapılarda kat mülkiyeti değil kat irtifakı olacaktır. Kat irtifakı, yapının inşasına başlamadan da kurulabileceğinden, tüketicinin almak istediği konutun tamamlanmış (yapı iznini almış) olması gerekmekte, inşa halinde ya da proje aşamasında olması da yetmektedir¹³⁸. Ancak burada KMK m. 17/II hükmünün dikkate alındığında, kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi ana gayrimenkulün yönetiminde kat mülkiyeti hükümleri uygulanacağından kıyasla bu yapıların da kat mülkiyetine tabi yapılar gibi değerlendirilmesi de mümkün olacaktır.

Kat irtifakının kurulması ile hak sahipleri kat irtifakı tapusuna sahip olur. Bu tapu söz konusu yapıya, normal taşınmazlar gibi devredilebilme ve teminat gösterilebilme

¹³⁶ Kanun hükmündeki bu tanım, MK anlamında bir irtifak hakkı olmayıp, kat irtifakı kendine özgü (sui generis) bir irtifak hakkı olarak nitelendirilmektedir (Bkz. **AYBAY**, Aydın / **HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 225). Nitekim MK m. 779/II'ye göre, irtifak hakkında yapma borcu irtifak hakkının asıl niteliği olamaz ancak bir yan borç olarak ona bağlanabilir.

¹³⁷ **ÇABRİ**, s. 87.

Doktrininde kat irtifakının hukuki niteliğinin eşyaya bağlı bir borç olduğu ve (Bkz. **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 508; **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, s. 219) Kanun açık hükmü ile oluşturulan kendine özgü bir irtifak çeşidi olduğu (Bkz. **KÖPRÜLÜ**, Bülent / **KANETİ**, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983, s. 196) görüşleri mevcuttur.

¹³⁸ **REİSOĞLU**, Konut, s. 79, **AYDOĞDU**, Mortgage, s. 33.

özelliği sağlamaktadır. Bu sayede, kat irtifakına tabi bir konutun bağımsız bir bölümünün edinilmesine yönelik yapılacak finansal kiralama sözleşmesi, TKHK m. 10/B kapsamında değerlendirilebilecektir¹³⁹. Ancak bu işlemde kaynaklanan alacakların menkul kıymetleştirme işlemlerine konu olabilmesi için SPK m. 13/A/III'e göre, sözleşme konusu konutun yapı kullanma izninin alınmış olması gerekmektedir. Her ne kadar finansman sözleşmeleri yapılması aşamasında yapının yapı kullanım izninin alınmış olması şartı bulunmasa da finansal kiralama şirketleri, konut finansmanı işlemlerinden doğacak alacaklarını menkul kıymetleştirme konusu yapabilmek amacıyla, yapı kullanma iznini almış konutlar için finansman sözleşmeleri yapmayı tercih edecektir. Konut finansmanı sözleşmesinin yapıldığı aşamada söz konusu konut için yapı kullanma izni alınmamış olsa da finansal kiralama şirketinin sonradan bu şartın gerçekleşmesinden itibaren bu alacağını menkul kıymetleştirmesine bir engel yoktur¹⁴⁰.

bbb. Zabıt Defterine Kayıtlı Kat Mülkiyetine Tabi Konutlar

Ülkemizde kadastro faaliyetlerinin tamamlanmadığı düşünülerek, KMK m. 11/son fıkra ve TST geçici 1. maddesinde; “kadastrusu henüz yapılmamış yerlerde kat mülkiyeti kütüğü yerine kat mülkiyeti zabıt defterinin” tutulacağı düzenlenmesiyle, kadastrusu yapılması beklenmeden zabıt defterine kayıtlı taşınmazlar üzerinde de kat mülkiyeti kurulmasına imkan getirilmiştir. Bu defterler de zabıt defterleri için belirtilen esaslara göre, kat mülkiyetine konu bağımsız bölümlerin esas alınması suretiyle tutulmaktadır¹⁴¹.

Zabıt defterine kayıtlı bir taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulması için; yapının tamamlanmış olması, yapı kullanma izninin alınmış olması ve KMK m. 12'de belirtilen belgeler ile birlikte hak sahipleri tarafından talepte bulunulması gerekmektedir. Daha önce zabıt defterine kaydedilmiş olan bir taşınmazın kat

¹³⁹ ÇABRİ, s. 89.

¹⁴⁰ ÇABRİ, s. 89.

¹⁴¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 129.

mülkiyetine dönüştürülmesi ya da bir taşınmazın ilk defa kat mülkiyeti zabıt defterine kaydedilmesi suretiyle kat mülkiyeti kurulabilir¹⁴².

Kat mülkiyeti zabıt defterine kayıtlı bağımsız bölümler MK m. 704 anlamında taşınmazlardır ve teminat gösterilebilirler. Buna göre de kadastrosu henüz yapılmamış olsa da kat mülkiyeti zabıt defterine kayıtlı yerlerdeki yapılarda tüketicilerin almak istedikleri konut için yapılacak finansal kiralama sözleşmeleri de TKHK m. 10/B kapsamına girecektir¹⁴³.

İnşa halinde veya inşasına henüz başlanmamış zabıt defterine kayıtlı kat irtifakına tabi konutlar, kat irtifakına ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Zabıt defterine kayıtlı olmakla birlikte henüz tamamlanmamış yapılar üzerinde kat mülkiyeti kurulması mümkün olmadığından, bu yapılar üzerinde ancak kat irtifakı kurulabilir. Kat mülkiyeti zabıt defterine kayıtlı bir yapının bağımsız bir bölümünün konut olarak kullanılmak amacıyla edinilmesi, konut finansmanı sistemine dahil olması için yeterli olacak ancak konut finansmanından kaynaklanan alacakların menkul kıymetleştirmeye konu olabilmesi için ilgili binanın yapı kullanma izin belgesinin alınmış olması şarttır¹⁴⁴.

dd. ÜST HAKKINA KONU OLAN KONUTUN BAĞIMSIZ ve SÜREKLİ HAKLARA KONU OLMASI

MK m. 704'te, bağımsız ve sürekli hakların tapu kütüğünde ayrı sayfalara kaydedilmek suretiyle taşınmaz mülkiyetinin konusu olabileceği düzenlenmekle birlikte, MK m. 998'de de bağımsız ve sürekli hakların tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler ile taşınmaz olmasa da bazı hakların taşınmaz gibi işlem görmesi mümkün hale gelmiştir¹⁴⁵.

¹⁴² ÇABRİ, s. 90.

¹⁴³ ÇABRİ, s. 90.

¹⁴⁴ ÇABRİ, s. 91.

¹⁴⁵ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 141; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 374; SAYMEN / ELBİR, s. 298-299; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 458.

Bir irtifak hakkının taşınmaz gibi işlem görebilmesi, tapuya kayıtlı olması şarttır. Tapuya kayıt olabilmesi içinse “bağımsızlık” ve “süreklilik” özelliklerini taşıması gerekir. İrtifak hakkının bağımsız olması, devir ve intikale imkan tanınması anlamına gelmektedir. İntifa ve sükna hakları zorunlu olarak kişiye bağlı olarak kurulabilen irtifak haklarından. Bu haklar bağımsız nitelikte değildir, MK m. 823/II’ye göre bu kapsama giremez. Bu hakların devri mümkün olmadığı gibi mirasçılara da geçmez¹⁴⁶. Üst hakkı, intifa, kaynak ve oturma hakları gibi kişiye bağlı irtifak haklarıdır¹⁴⁷. Ancak onlardan farklı olarak, bu hakkın devri ve teminat olarak gösterilmesi mümkün olduğu gibi üzerlerinde irtifak hakları ve taşınmaz yükü kurulması da mümkündür¹⁴⁸. Kendisine tapuda bağımsız ve sürekli bir hak olarak ayrı bir sayfaya kaydedildiğinden, çalışmamızda sadece bağımsız ve sürekli haklara konu olan konutlara yer verilecektir.

İrtifak hakkının sürekli olması ise bu hakkın en az 30 yıl süreyle ya da tamamen süresiz olarak kurulmuş olması demektir (MK m. 826, 998/III)¹⁴⁹. Ancak bu nitelikleri taşıması halinde irtifak hakkı tapuda kendiliğinden bir sayfaya kaydedilmez¹⁵⁰. TST m. 11’e göre irtifak hakkı sahibinin tapu siciline kaydı talep etmesi gereklidir. TST m. 30/son fıkraya göre bağımsız ve sürekli hak, üzerinde kurulduğu taşınmazın irtifak ile yükümlendirilerek ve kütükte ayrı bir sayfa açılarak bu sayfaya kaydedilir. Bu işlem, hak sahibinin talebi üzerine yapılır ve üzerine

¹⁴⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 142; ESMER, s. 44; SAYMEN / ELBİR, s. 299; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 458.

Eşyaya bağlı irtifaklar ve devir kabiliyeti taşımayan kişiye bağlı irtifak hakları bağımsız değildirler. Örneğin, mecburen kişiye bağlı olarak kurulması mümkün olan intifa (Zorunlu olarak kişiye bağlı irtifaklardan olan bu hakkın devri mirasçılara geçmesi söz konusu olmamakla birlikte, MK m. 806’ya göre kullanımının devri mümkündür.) ve oturma (sükna) hakları Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 660,689; ESMER, s. 44; SAYMEN / ELBİR, s. 521, 536; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 374).

¹⁴⁷ KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 166, 175.

Diğer irtifak hakları için Bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 701 vd.; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 459.

¹⁴⁸ TEKİNAY, Selahattin S., Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, C. II/3, İstanbul 1994 (Menkul Mülkiyeti), s. 58.

¹⁴⁹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 143; SAYMEN / ELBİR, s. 300; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 459; GÜRZUMAR, Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil, İstanbul 2001, s. 37; ÇABRİ, s. 97.

¹⁵⁰ ÇABRİ, s. 95.

irtifak hakkının yükletildiği taşınmaz malikinın veya bu taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin rızasının olması gerekmektedir¹⁵¹.

Üst hakkı sınırlı aynı bir haktır ve sahibine arazinin altında veya üstünde bir inşaat yaparak veya arazide hakkın kurulmasından önce var olan bir inşaatın muhafaza edilmesi yoluyla ona malik olma yetkisi vermektedir (MK m. 726, m. 826)¹⁵². Taşınmaz maliki üst hakkını kurduktan sonra araziye devredebilir veya satabilir çünkü arazideki mülkiyet hakkı devretmektedir. Ancak malik, irtifakın kurulduğu resmi senetteki hükümler çerçevesinde, üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına veya yaptığı inşaatı muhafaza etmesine katlanmakla yükümlüdür¹⁵³.

Üst hakkına konu olan bir yapının konut olarak nitelendirilebilmesi için, bir veya birden çok kişinin diğerlerinden ayrı olarak yaşamasına imkan sağlayacak şekilde müstakil bir bina veya binanın bağımsız bir bölümü olması gerekir. Bu şekilde üst hakkına konu olan bir yapının konut olarak kullanılması ve bu hakka tapuda bağımsız ve sürekli olarak ayrı bir sayfa açılmış olması halinde, bu konutun edinilmesi amacıyla finansal kiralama sözleşmesi yapılması mümkündür. Üst hakkına konu olan yapının konut amaçlı olarak kullanılması ve tapuda onun için ayrı bir sayfa açılmış olması ve bu sayede teminat olarak gösterilebilmesi yeterlidir¹⁵⁴.

Ayrı sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklara konu olan konut¹⁵⁵; müstakil yapı şeklinde ya da kat mülkiyetine tabi biçimde bulunabilir.

¹⁵¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 143; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 459.

¹⁵² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 411, 693; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 158; AYBAY / HATEMİ, s.265-266; SAYMEN / ELBİR, s. 536; AKİPEK / AKINTÜRK, s. 704.

¹⁵³ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 694; SAYMEN / ELBİR, s. 537; TEKİNAY, Menkul Mülkiyeti, s. 57.

¹⁵⁴ ÇABRİ, s. 98.

¹⁵⁵ Ayrı sayfaya kaydedilme şartları hakkında bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 142.

**aaa. Ayrı Sayfaya Kaydedilmiş Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkına Konu
Müstakil Yapı Olarak Konut**

Bağımsız ve sürekli hakka konu olan yapının, bir parsel üzerinde bulunan ve kat mülkiyetine konu olmayan, tek veya birden çok kattan oluşabilen bir müstakil yapı olması mümkündür. Burada önemli olan husus, üst hakkına konu olan ve konut olarak kullanılan yapının kat mülkiyeti kat irtifakından birine tabi olmayan bir parsel üzerine inşa edilmiş olmasıdır. Üst hakkına konu olan müstakil yapının konut olarak kullanılmaya elverişli olması, onun edinilmesi için yapılacak sözleşme TKHK m. 10/B kapsamına girmesinde yeterli unsur olup yapının büyüklüğü ya da kat sayısı gibi özellikleri önem taşımamaktadır¹⁵⁶.

Bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olup tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen irtifak hakları, taşınmaz gibi işlem görür (MK m. 704) ve bu irtifak hakkının sağladığı mülkiyet hakkı da bir taşınmaz mülkiyeti gibi devredilebilir¹⁵⁷. Ancak, bu üst hakkının varlığını devam ettirmesi belirli bir süreye bağlı olur ve sözleşmede kararlaştırılan sürenin sonunda hak kendiliğinden sona erer. Bağımsız ve sürekli hakka konu bir taşınmazın finansmanı amacıyla yapılan sözleşmelerden doğan alacağın teminatını oluşturabilmesi için, finansman sözleşmesinde geri ödeme zamanının üst hakkının sona ereceği süre göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekmektedir¹⁵⁸.

**bbb. Ayrı Sayfaya Kaydedilmiş Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkına Konu
Kat Mülkiyetine Tabi Konut**

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 19.03.1991 tarih, 1508 sayılı Genelgesine göre, bağımsız ve sürekli bir hak olarak tapuda ayrı sayfaya kaydedilerek taşınmaz gibi işlem gören üst hakkı, tapu kütüğüne kayıtlı arazilerdeki kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurulması işlemlerine konu olabilecektir. Kat mülkiyetinin kurulmasına esas

¹⁵⁶ ÇABRİ, s. 98.

¹⁵⁷ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 414.

¹⁵⁸ ÇABRİ, s. 99.

olan ana gayrimenkul, hak ve hakka konu olan bütünleyici parça, yapıya bağlı olarak kurulmaktadır¹⁵⁹. Yapı, arazi mülkiyetinin kapsamından çıkarak üst hakkı sahibinin olmaktadır¹⁶⁰.

Üst hakkına dayanarak tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilen taşınmazın malik veya maliklerinin, bu hakka konu olan yapının bağımsız bölümlerine dayalı kat mülkiyeti kurmaları halinde, üst hakkının sona ermesi üzerine kat mülkiyeti de kendiliğinden sona erecektir. Bu durum, arazi üzerine kurulan kat mülkiyetinden farklılık göstermektedir. Üst hakkı sona erince MK m. 828/T'e göre üst hakkının sona ermesi ile yapılar arazi malikine kalır ve arazinin bütünleyici parçası haline gelir¹⁶¹. Aynı maddenin II. fıkrasına göre ise üst hakkı tapuda ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmişse sürenin sonunda bu sayfa kapatılır ve ayrı bir sayfada kayıtlı olan üst hakkı üzerinde bulunan rehin haklarının yanı sıra diğer haklar (örneğin kat mülkiyeti), kısıtlama ve yükümlülükler de sayfanın kapatılması ile sona erecektir.

Süreyle sınırlı olan üst hakkı bulunan bir yapının konut niteliğinde olması ve bu amaçla kullanılması, konut finansmanı sistemine dahil olmasında yeterlidir. Üst hakkı sona erdiğinde bu hak üzerindeki rehin hakkı da sona ereceğinden rehin hakkı süresinin üst hakkı süresini geçmemesine dikkat edilmesi gerekmektedir. Yapılacak finansmanda üst hakkı süresini aşacak şekilde bir rehin hakkı kurulması, üst hakkının sona erdiğinde rehin hakkının da sona ererek bu hakkın teminat fonksiyonunu kaybetmesine neden olacağından, rehin hakkı süresinin üst hakkı süresini aşmaması gerekmektedir¹⁶².

Taşınmazların yukarıda sayılan özellikleri taşımakla birlikte imar mevzuatına göre de taşınması gereken bazı özellikleri vardır. Bunlar olmadan da söz konusu konutun edinilmesi için finansman sağlanmasında sakınca bulunmamakla birlikte, diğer taraftan bu alacağın menkul kıymetleştirilmesi için konutun imar mevzuatına uygun olarak inşa edilmiş olması gerekmektedir.

¹⁵⁹ ÖZMEN, s. 93.

¹⁶⁰ ÖZMEN, s. 93; GÜRZUMAR, s. 115.

¹⁶¹ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 696; TEKİNAY, Menkul Mülkiyeti, s. 59.

¹⁶² ÇABRİ, s. 100.

b. İMAR MEVZUATI KAPSAMINDA KONUT

Bu bölümde, konut finansmanına konu olabilecek konutların imar mevzuatı kapsamında taşınması gereken özelliklere yer vereceğiz. Taşınmaz yapının arazi üzerinde kurulurken imar mevzuatına uygun olması gerekmektedir. Bir parsel üzerinde bulunan bir yapının fiilen var olması onun hukuken de muhafaza edildiği anlamına gelmez çünkü bu yapı imar mevzuatına aykırı olarak inşa edilmiş ve muhafazası mümkün olmayan veya insanların yaşamaları için tehlikeli ise bunların edinilmesi amacıyla yapılan sözleşmeler, konut finansmanı sistemine dahil olmayacaktır¹⁶³. Bu noktada da imar mevzuatına göre konutu incelemek gerekmektedir.

Barınma ihtiyacının karşılanacağı bir binanın, özel mülkiyet konusu bir taşınmazın bütünüyle parçası olması gerekir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir taşınmazın üzerinde üçüncü kişiler lehine bağımsız ve sürekli bir hak irtifak hakkı tanınması halinde, bu hakka tapuda ayrı bir sayfa açılarak üzerinde kat mülkiyeti kurulabilir (Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 1508 sayılı Genelgesi)¹⁶⁴.

3194 sayılı İmar Kanununun 5. maddesinde yapı, “*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler*”, bina ise “*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar*” olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddede belirtilen mesken nitelikli kullanılan yapılar da bu özellikleri nedeniyle konut olarak değerlendirilmektedirler.

İmar Kanununun 2. ve 3. maddelerine göre, imar mevzuatına göre yapılan ve imar planında ilişkin düzenlemeye dahil olan taşınmazlara yönelik alınan kararlar herkes için bağlayıcıdır. Bir yere ilişkin olarak imar planı; konut, turizm, hem konut hem

¹⁶³ ÇABRİ, s. 101.

¹⁶⁴ ÇABRİ, s. 102.

ticaret, yalnız ticaret amaçlı kullanım şeklinde kararlaştırılabilir. Bu kararlar herkes için emredici niteliktedir ve belirlendikleri amacın dışında kullanılmaları mümkün değildir.

İmar planında konut olarak belirlenen bir yerin edinilmesi amacıyla yapılacak finansman işlemi tüketici işlemidir¹⁶⁵. Konut olarak imar planı belirlenen bir yerde ticari veya mesleki faaliyetler yürütülmesi mümkün olmakla birlikte, bu yerin edinilmesi amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmesi TKHK m. 10/B kapsamında olmayacaktır. Çünkü konut amaçlı bir yerin edinilmesine yönelik yapılan finansman işlemi, anılan Kanun kapsamına girerken, ticari ve mesleki kullanım amaçlı bir yerin edinilmesi bu kapsama dahil olmamaktadır. Kiracı ile kiralama şirketi arasında anlaşmazlık olması halinde konut nitelikli bir yerin ticari ve mesleki faaliyetler için kullanıldığını, finansal kiralama şirketinin ispat etmesi gerekecektir¹⁶⁶.

Bir taşınmaz hakkında hem konut hem ticaret amaçlı kullanılabilceği yönünde karar alınmış olması halinde, bu taşınmaz hem konut olarak hem de ticari faaliyetler için kullanılabilir. Bu durumlarda, konutu kullanan kişinin kullanım iradesi önem taşımakta olup konut ya da ticari kullanım amaçlı olmasına göre tabi olacağı Kanun değişecektir. İmar planında konut dışı bir amaç için belirlenmiş bir yerin edinilmesi için konut finansmanı sözleşmesi yapılması olanaksızdır çünkü bu yerin konut olarak kullanılması mümkün olmayacaktır¹⁶⁷.

Konut finansmanı sözleşmesine göre, tüketicilerin barınma ihtiyacını karşılayacak bir yapının teminat olarak gösterilebilmesi için imar mevzuatına uygun olarak inşa edilmiş olması şarttır. Çünkü İmar Kanunu m. 30'a göre "yapı" kavramı içine giren konutlar için yapı kullanma izin belgesinin (iskan ruhsatının) alınmış olması gerekmektedir ve bu bir yükümlülüktür. Bu belgeye sahip veya böyle bir güvenceyi sağlayan, yapımı devam eden konutlar için de konut finansman sistemine dahil

¹⁶⁵ ÇABRİ, s. 103.

¹⁶⁶ ÇABRİ, s. 103.

¹⁶⁷ ÇABRİ, s. 103.

olabilecektir. Tapuya kayıtlı olup ruhsatsız olan ya da ruhsatı olsa da buna uygun yapılmamış yapılar “kaçak” niteliğindeki yapılar olacağından sisteme dahil olamayacaktır. Çünkü bu tür yapıların İK m.32’ye göre yıkılması gerekmektedir.

İmar mevzuatına göre konutlar, yapı ruhsatına uygun olarak inşa edilerek yapı kullanma iznini almış ya da yapı ruhsatına uygun olarak inşa edilmemiş konutlar olarak incelenecektir.

aa. YAPI KULLANMA İZİNİ ALMIŞ KONUTLAR

İmar Kanunu 30. maddesinde belirtildiği üzere yapı kullanma izni, yapının tamamen bitmesinden sonra yapının tamamen kullanılması mümkün olan kısımlarının tamamlanması halinde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren idarece yapının ruhsata ve eklerine uygun inşa edilip edilmediğinin ve yapının kullanılmasının fen açısından uygun olup olmadığının tespit edilmesidir¹⁶⁸.

Yapı kullanım izni, malikin müracaatı üzerine idarenin yaptığı inceleme sonucunda yapının ruhsatına ve eklerine, içinde insanların yaşamasına uygun olduğunun tespit edilmesi üzerine verilir. Malikin izin için yaptığı müracaattan itibaren ilgili daire tarafından 30 gün içinde müracaatın sonuçlandırılması, yapı ruhsat ve eklerine uygun yapılmış olması halinde de iznin verilmesi gerekir. Yetkili daire tarafından 30 günlük süre içinde cevap verilmemesi halinde yapı kullanma izni alınmış sayılmaktadır (İK m. 30/II)¹⁶⁹. Yapı kullanma izni verilse de malikin, yapının ruhsat ve eklerine uygun inşa edilmemesinden doğan sorumluluğu devam edecektir (İK m. 30/III) ve yapı kullanma izni olan yapı için de imar yaptırımları her zaman geçerli olabilmektedir¹⁷⁰.

Konut finansman sistemine dahil olacak işlemlerde, sözleşme konusu konutun yapı izninin alınmış olması zorunluluğuna dair bir düzenleme yapılmadığından, tüketici

¹⁶⁸ İnşa edilen bir yapının fen açısından ve sağlık kurallarınca uygun olup olmadığı valilikler tarafından belirlenmektedir (İK m. 30).

¹⁶⁹ **Danıştay** 6. D., T. 05.10.1977, E. 1977/3429, K. 1977/4519, **KARAHASAN**, Mustafa Reşit, İnşaat, İmar İhale Hukuku, C. 2, İstanbul 1997, s. 2482-2483; **Yargıtay** 3. HD, T. 17.12.1976, E. 1976/3108, K. 1976/11048, **KARAHASAN**, s. 2481.

¹⁷⁰ **ÇABRİ**, s. 105.

tamamlanmamış hatta henüz inşasına başlanmamış bir konut için de finansman talebinde bulunabilir¹⁷¹. Ancak SPK m. 13/A ile bazı kısıtlamalar getirilmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu m. 13/A f. 4'te "Yapı kullanma izni alınmış konutlar üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ilgili konutun değerinin % 75'ini, yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların ise ilgili gayrimenkulün değerinin % 50'sini aşan kısmı, teminat değerinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Teminat havuzuna dahil edilecek yapı kullanma izni alınmış konut ve diğer gayrimenkuller üzerine ipotek tesis edilmek suretiyle teminat altına alınmış alacakların vadesi gelmiş tüm ödemelerinin yapılmış olması şarttır." şeklindeki düzenleme ile finansmanın sınırları belirlenmiştir.

Sonuç olarak, finansal kiralama şirketinin, söz konusu alacağı üzerinden tahvil, bono ve benzeri menkul kıymet ihraç etmek¹⁷² istemesi halinde, SPK m. 13/A'ya göre konutun yapı kullanma izninin alınmış olması gerekmektedir. Sonuç olarak, yapı kullanma izni olmayan konutların edinilmesinin finansmanı için bir engel bulunmama ile birlikte, bu alacağın menkul kıymetleştirilmesi, yapı kullanma izni alınmış olması şartına bağlıdır. Bu şart finansal kiralama şirketlerini kısıtlayıcı olacak ve onlar da yapı kullanma izni almış konutların edinilmesini finanse etmeyi tercih edeceklerdir¹⁷³.

bb. İMAR MEVZUATINA AYKIRI YAPILAR

Bir konutun konut finansmanı sisteminde teminat olarak gösterilebilmesi için imar mevzuatına uygun olması zorunludur. Ancak imar mevzuatın aykırılığın niteliğine göre teminat olarak gösterilip gösterilememe konusu değişiklik arz etmektedir. Hiçbir şekilde muhafazası mümkün olmayan bir yapının konut olarak kullanılması

¹⁷¹ Bu aşamalarda konutların edinilmesi işleminin sisteme dahil olabilmesi için kat irtifakına konu olması gerektiğine katılıyoruz. Kat irtifakına konu olmamaları halinde ancak müstakil yapılar konut finansmanına konu olabilmektedir (ÇABRİ, s. 103).

¹⁷² Finansal Kiralama İşleminde Bulunacak Şirketlerin Kuruluş ve Şube Açmaları İle Denetlenmelerine Dair Yönetmelik, m. 21.

¹⁷³ ÇABRİ, s. 103-105.

halinde dahi yıkılması gerekmektedir. Bu yapının üzerinde bulunduğu taşınmazın teminata uygun olup olmadığına bakılmaz çünkü üzerindeki konut tüketicinin ihtiyacını konut olarak karşılamaya elverişli olmayacağından konut finansman sözleşmelerine konu olamaz. İmar mevzuatına aykırı yapılar¹⁷⁴ kapsamında; ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılar ya da yıkılacak derecede tehlikeli yapıların konut finansmanındaki yerleri incelenecektir.

aaa. Ruhsatsız Ya da Ruhsat ve Eklerine Aykırı Yapılar

Ruhsatsız yapılar, ruhsatın alınması amacıyla hiç başvurulmamış ya da başvurulmuş fakat ruhsata veya eklerine aykırı olarak yapılması nedeniyle ruhsat alamamış yapılardır.

Konut olarak inşa edilmiş bir yapının, belediye ve mücavir sınırlar içindeki belediyeden (İK m. 26'daki istisnalar hariç); bu sınırlar dışında ise de valilikten inşaat ruhsatı alınmak suretiyle yapılması şarttır (İK m. 21). Buna uyulmadan yapılan yapılar imar mevzuatına aykırı olmakta ve “kaçak / ruhsatsız” yapı olarak nitelendirilmektedir. Bunlar; ruhsatsız yapılar, ruhsat ve eklerine, fen ve sağlık kurallarına, taban alanına, komşu mesafesine, imar yoluna, ön cephe hattına, bina derinliğine, imar planıyla getirilen kullanım kararına aykırı şekilde inşa edilen yapılardır¹⁷⁵.

Ruhsatsız yapılar, İK m. 21'e göre yetkili makamlardan izin alınmadan yapılan yapılardır ve imar mevzuatına uygun hale getirilmedikçe de konut finansmanına konu olmaları mümkün değildir. Zira ruhsat olmadan bu yapılara kullanım izni de verilmeyeceğinden konut finansmanı kapsamına giremeyeceklerdir. Bu yapıların sisteme dahil olması ancak imar mevzuatına aykırılığın giderilmesine bağlıdır¹⁷⁶.

¹⁷⁴ İmar mevzuatına aykırı yapılar; ruhsatsız yapılar, ruhsat ve eklerine, fen ve sağlık kurallarına, taban alanına, komşu mesafesine, imar yoluna, ön cephe hattına, bina derinliğine, imar planıyla getirilen kullanım kararına aykırı olarak inşa edilen yapılardır (KALABALIK, s. 245).

¹⁷⁵ KALABALIK, s. 245.

¹⁷⁶ ÇABRİ, s. 107.

Muhafazası mümkün olmakla birlikte, inşaat izni alınmadıkça yapının konut finansmanı sistemine dahil olması mümkün değildir. TKHK m. 10/B kapsamına girecek yapıların tamamlanması mecburi tutulmamaktadır. Muhafazası mümkün olsa da bu yapının sisteme dahil olmama sebebi, inşaat izni (yapı ruhsatı) olmayan bir yapının ileride imar mevzuatı uyarınca ruhsata bağlanıp bağlanmayacağı kesin olarak belli olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple de edinilmesi düşünülen konuta ilişkin değerlendirme işlemi yapılırken, konutun imar mevzuatına göre durumu değerlendirilmekte olup sözleşmenin yapılıp yapılmayacağı buna göre belirlenmektedir¹⁷⁷.

Kısmen ya da tamamen ruhsatsız şekilde ya da ruhsata aykırı olarak inşa edilmiş yapıların ve yapı ruhsatı alınmış olsa da ruhsat ve eklerine aykırı olarak inşa edilmiş yapıların konut finansmanı sistemine dahil olması söz konusu değildir. Bu tür yapıların yapı kullanma iznini alabilmesi, yapı ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmesi durumunda mümkündür. Aksi halde yapı kullanma izin belgesi alması ve konut finansmanı sistemine dahil olması mümkün olmayacaktır¹⁷⁸.

Yapı kullanma izninin alınması için öncelikle ilgili idareye başvurularak yapının imar mevzuatı ve imar planına uygun hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁷⁹. Yapının inşaat izninin alınması mümkün ise, malike İK m. 32 uyarınca bir aylık süre verilerek ve ödenmiş olması gereken harç bedeli cezalı şekilde tahsil edilir¹⁸⁰. Mevcut aykırılığın giderilmesinin yapının diğer bölümlerine zarar vermeyeceği ve kullanıma da engel olmayacaksa yapının, izin belgesi (inşaat ruhsatı) ve eklerine uygun olarak tamamlanan ve bağımsız bölüm olarak kullanılacak bölümlerine kullanma izni verilmesi mümkündür¹⁸¹. Ancak ruhsat ve eklerine aykırılık halinin düzeltilemeyecek durumda olması ya da yapının imar mevzuatınca muhafazasının mümkün olmayacak durumda olması halinde, İK m. 32

¹⁷⁷ ÇABRİ, s. 107.

¹⁷⁸ KALABALIK, s. 244.

¹⁷⁹ KALABALIK, s. 251.

¹⁸⁰ ÇABRİ, s. 107.

¹⁸¹ KALABALIK, s. 244.

gereğince bu yapılar hakkında ilgili idare tarafından yıkım kararının verilmesi gerekmektedir¹⁸².

Birden fazla bağımsız bölümü olan yapılarda kullanma izninin alınması için yapının tamamlanması şartı yoktur ve kısmen tamamlanmış kullanımı uygun bölümler için yapı kullanım belgesinin alınması mümkündür¹⁸³. Ancak bu yapılarda bu şekilde kısmi izin alınması için o yapıdaki ortak yerlerin bitmesi gerekmektedir. Kısmen kullanımı uygun bölümler tamamlansa da ortak yerler tamamlanmadıkça bu yapılara izin verilemeyecektir¹⁸⁴.

bbb. Yıkılacak Derecede Tehlikeli Yapılar

İmar Kanunu m. 39’da tanımlandığı şekilde yıkılacak derecede tehlikeli yapılar, “*kural olarak insanların yaşamasına elverişli olmayan yapılar*”dır¹⁸⁵. Aynı maddeye göre, yetkili idare (belediye ve mücavir alan sınırlar içinde belediye, bunlar dışında ise valilik) tarafından söz konusu bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu tespit edilen yapıların malikine (bulunmaması halinde yapının içindekilere¹⁸⁶), tehlikenin derecesine göre tehlikenin kaldırılması için 10 gün içinde tebligat yapılır. Tebligatın ardından öngörülen süre içinde müteakip süresi içinde yapının sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlikenin ortadan kaldırılmaması halinde yıkım işlemi ilgili belediye veya valilikçe yapılacaktır. Ancak, yıkılma tehlikesi olmayan ya da esaslı bir onarım ile tehlike arz etmeyecek duruma gelebilecek yapılar hakkında yıkım kararı verilmemelidir. Danıştay tarafından, bu binaların yıkılmasının “hizmet kusuru” oluşturduğu ve binanın değerinin maddi tazminat olarak ödenmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁷.

¹⁸² KALABALIK, s. 251.

¹⁸³ KALABALIK, s. 244.

¹⁸⁴ ÇABRİ, s. 105.

¹⁸⁵ Bu binalar insanların yaşamasına elverişli olmadığından, idarenin gerekli görmesi halinde bu tür yapıların içinde yaşanmasının Yasaklanması mümkündür (YILMAZ, Mustafa, İmar Yaptırımları ve Yargısal Koruma, Ankara 2002, s. 98-100).

¹⁸⁶ Onlar da bulunmazsa tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıtla tespit edilir (İK m. 32).

¹⁸⁷ Danıştay 6. D., T. 11.12.1990, E. 1990/2413, K. 1990/2551; Danıştay 6. D., T. 22.11.1974, E. 1990/435, K. 1990/4835, KARAHASAN, s. 2517-2519.

Yıkılacak derecede tehlikeli yapıların tamir edilerek muhafaza edilebilir niteliğe dönüşmesi mümkündür. Tamir edilse dahi muhafaza edilemeyecek yapılar, insanların yaşamasına elverişli olmayıp zaten İK m. 39'a göre yıkılması gerekecek, böyle bir yapının konut finansmanı amaçlı finansal kiralama sözleşmesine konu olması mümkün olmayacaktır. Ancak tamir edilerek muhafazası mümkün hale getirilmiş yapıların, ilgili idareden izin alarak imar mevzuatınca öngörülen gerekli işlemlerin yapılmasının ardından bu sözleşmelere konu olması mümkün olabilir¹⁸⁸.

c. TAŞINIR MÜLKİYETİNİN KONUSU OLAN YAPILARIN KONUT OLARAK KULLANILMASI

Konut finansmanı sisteminde yer alacak konutların taşınmaz olması gerekmektedir. Ancak bazı hallerde taşınırların da konut olarak kullanılması mümkün olup, bunların edinilmesi amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmelerinin konusu olup olamayacağını tartışmak gerekir.

Taşınır yapı MK m. 728'de "*Başkasının arazisi üzerine kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür mallar taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu hükme göre taşınır yapılar MK m. 728'e göre taşınmaz mülkiyetine konu olmaz¹⁸⁹. Taşınır mülkiyetinin konusu olabilecek taşınırlar, hareketlidir ve konut gibi toprağa bağlı değildirler. Ancak bu taşınırları da insanlar, hayatlarını sürekli olarak devam ettirmek amaçlı kullanmaktadır ve bu özelliği nedeniyle konut olarak nitelendirilmesi mümkündür. Karavan veya bir taşınmaz üzerine yerleştirilen konteynırlar bunlara örnek verilebilir¹⁹⁰.

¹⁸⁸ ÇABRİ, s. 109.

¹⁸⁹ ÇABRİ, s. 72.

¹⁹⁰ ÇABRİ, s. 71.

Benzer şekilde, evli eşler arasında aile konutunun belirlenmesine (ŞİPKA, Şükran, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası : (Türk Medeni Kanunu m. 194), İstanbul 2004, s. 75) yönelik MK m. 186'da konuttan kasıt, "oturulacak yer"dir ve bu yerin mutlaka bir taşınmaz olması gerekmeyip, kiralık oda, baraka, karavan, kıyı ve akarsularda yüzen evler de konut kapsamına girebilecektir (KOÇAK, s. 13).

Bir yapının taşınır olup olmadığını değerlendirmek için öncelikle yapının geçici mi yoksa kalıcı mı olmasının amaçlandığının tespit edilmesi gerekir. Bu konuda MK m. 686/3'e bakıldığında, konut olarak kullanılmak üzere bir araziye inşa edilen baraka, kulübe gibi taşınır yapılar eklenti niteliğinde olduğu görülür. Aynı maddenin 1. fıkrasında ise “*Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar*” demek suretiyle eklentinin de aşıl eşyaya ilişkin sonuca tabi olacağı ifade edilmektedir. Doktrinde de bir yapının taşınır ya da taşınmaz olduğunu belirleyen kriterin, o yapıyı yapanın inşaatın kalıcılığı konusundaki isteği olduğu ifade edilmektedir¹⁹¹. Malzemenin niteliği ne olursa olsun (ister önemsiz malzeme ister karkas¹⁹² olsun) bir yapı kalıcı olması amacıyla yapılmışsa taşınır yapı olarak değerlendirilmez ve MK m. 686/1'e göre eklenti olarak taşınmaz mülkiyeti kapsamına girer. Yarar sağlamak üzere bir taşınmaza özgülenen eklenti niteliğindeki yapıların kalıcı olmak üzere yapılması ve konut olarak kullanılabilmesi mümkündür.

Bir yapının kalıcı olması amacıyla yapılıp yapılmadığının göstergeleri arasında; inşaatın arzla olan bağlılık derecesi, yapının kullanım amacı, yapımda kullanılan malzeme, yapının özgülendiği amaç ve kullanıcının amacı hususları sayılabilir¹⁹³. Önce geçici olması amacıyla yapılmış bir yapı, sonradan amaç değiştirilerek kalıcı olması arzulanması halinde taşınır yapı olmaktan çıkacak ve taşınmaz bir yapı özelliği taşıyacaktır¹⁹⁴.

Yapının kalıcı olması hususu önemlidir çünkü konut finansmanında teminat işlevini taşınmaz sağlar¹⁹⁵. Bu noktada teminat ile ifade edilmek istenen, konut finansmanı sözleşmesinden doğan alacağın güvence altına alınması amacıyla taşınmazın ipotek olarak gösterilmesidir. Konut finansmanı sözleşmeleri dışındaki bir alacağa güvence

¹⁹¹ **SAYMEN**, Ferit H. / **ELBİR**, Halid K., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul 1954, s. 340; **OĞUZMAN**, Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 393.

¹⁹² İskeleti betonarme, çelik, ahşap gibi taşıyıcı sistemlerden oluşan yapılardır.

¹⁹³ **ÇABRİ**, s. 72-73.

¹⁹⁴ **TEKİNAY**, Selahattin S. / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, İstanbul 1988 (Eşya Hukuku), s. 129; **BERTAN**, Suat, Ayni Haklar Ayni Haklar : Medeni Kanununun 618-764üncü Maddelerinin Şerhi : (Bu Maddelerle İlgili Yasalar ve Eski Hükümler), Ankara 1976, s. 665; **ATAAY**, Aytekin, Haksız İnşaat, İstanbul 1959, s. 48.

¹⁹⁵ **ÇABRİ**, s. 72.

teşkil etmesi amacıyla, üzerindeki yapının hukuki statüsünden bağımsız olarak, başka bir taşınmazın teminat gösterilmesi elbette ki mümkündür¹⁹⁶. Edinilen konutun, konut finansman sistemi içinde yer alabilmesi için teminat olarak gösterilecek konutun SerPK m. 13/A, 38/B ve Sermaye Piyasası Tebliğlerine göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde bulunması gerekmektedir.

Taşınır yapıların edinilmesi amacıyla yapılan sözleşmelerin konut finansmanı kapsamına girip giremeyeceği hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, kalıcılık amacıyla inşa edilen bir yapı, nitelikleri ne olursa olsun, konut olarak kullanılıyor ve üzerinde bulunduğu taşınmaz da finansmanın teminatı olabiliyorsa, bu taşınmazlar için sağlanan kaynak ve bu amaçla yapılan finansal kiralama sözleşmesi “konut finansmanı” kapsamında olacaktır¹⁹⁷. Karşıt görüşe göre ise; konut kavramı, konut finansmanı sisteminin kapsamının belirlenmesi, sözleşmenin konusunu teşkil etmesi açısından önemli olup teminat işlevi görebilecek taşınmazlar bu sisteme dahil olacaktır¹⁹⁸. Taşınır mülkiyetinin konusu olabilecek ve konut amaçlı kullanabilecek, yukarıda örneği verilen taşınırlar, konut finansman sisteminin temel unsurlarından olan teminata elverişli olma özelliği taşımadığından konut finansman sistemine dahil olamayacaktır.

Kanaatimizce, sitemde teminat sağlama konusu büyük önem taşımaktadır. Yukarıda bahsedilen taşınırların teminat özelliği taşımaması nedeniyle sisteme dahil olmaları mümkün olmayacaktır. Ancak teminat işlevini taşınırın üzerinde bulunduğu taşınmazın sağlaması sayesinde bu yapıların da fonlar aracılığıyla menkul kıymete bağlanarak bunlardan gelir elde edilmesi de söz konusu olabilir. Bu sebeple biz de kalıcılık amacıyla inşa edilmiş, konut amacıyla kullanılan ve üzerinde bulunduğu taşınmazın da teminat işlevi gördüğü taşınırların edinilmesi amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmelerinin TKHK m. 10/B kapsamında olabileceği görüşüne katılmaktayız.

¹⁹⁶ ÇABRİ, s. 107, dp. 215.

¹⁹⁷ ÇABRİ, s. 71-72.

¹⁹⁸ KOÇAK, s. 13.

2. KONUTUN ZİLYETLİĞİNİN TÜKETİCİYE BIRAKILMASI

FKK m. 4'e göre finansal kiralama şirketi, finansal kiralama sözleşmesi ile kiracıya konutu sağlama ve zilyetliğini kiracıya geçirme borcu¹⁹⁹ altına girmekte olup kiracının seçimi ile belirlenerek sözleşme konusu olan konutu, 3. kişiden satın alarak ya da başka suretle temin edebilir²⁰⁰. Her ne şekilde temin edilirse edilsin, finansal kiralama şirketinin mülkiyeti kazanması şarttır²⁰¹, aksi halde zaten sadece teminat fonksiyonu gören çıplak haldeki bu mülkiyetin de olmaması, şirketin teminat edinmesini zora sokacaktır. Zira FKK m. 9 ve 17/1 hükmü, kiralananın mülkiyetinin finansal kiralama şirketine ait olacağını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, satın alma dışında kira veya irtifak hakkı ile kiralayanın taşınmazı elde etmesi finansal kiralama sözleşmesi için yeterli değildir.

Finansal kiralama sözleşmesinde taraflar, finansal kiralama konusu konutun kiracıya bırakılacağı ve karşılığında kiracının da kiralayana bir bedel ödeyeceği hususlarında anlaşılırlar. Bu özellik ile kiralama şirketinin, finansal kiralama sözleşmesinin ruhuna göre kiralanabilir nitelikte taşınmazı malvarlığında bulunduramayacağı özelliği birlikte düşünüldüğünde, kiralama şirketinin malı satın almadan önce tüketiciyle finansal kiralama sözleşmesi yapması mümkün görünmektedir²⁰². Zira FKK m. 16'dan, kiralama konusu konutun sağlanmasına yönelik satım sözleşmesinin, kural olarak finansal kiralama sözleşmesinin bir şartı olmadığı sonucu çıkarılabilir. Burada, taraflarca kararlaştırılan ifa zamanında konutun mülkiyetinin kiralayan

¹⁹⁹ Zilyetliğin kiracıya bizzat kiralama şirketi tarafından geçirilmesi zorunlu değildir, satıcı tarafından da geçirilebilir (Bkz. **YAVUZ**, Cevdet, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2009 (Borçlar Özel), s. 395).

²⁰⁰ Başka bir suretle temin, kiralanan malın mülkiyetinin satın alma dışında bir suretle elde edilmesi olup, amortisman süresi dolmadan sözleşmenin feshedilmesi halinde finansal kiralamanın mülkiyetinde bulunması örnek verilebilir.

²⁰¹ **ÇABRİ**'ye göre; sözleşme konusu konutun finansal kiralama şirketinin mülkiyetindeki bir konut ya da tüketicinin belirlediği bir konut olabileceği ifade edilmiştir (**ÇABRİ**, s. 43). Ancak kanaatimizce finansal kiralama şirketinin mülkiyetinde olması daha önce ifade edildiği gibi sadece "başka suretle temin edilmesi" durumunda söz konusu olabilir (bkz § I, s. 10). Başka türlü olması mümkün değildir çünkü bu durum finansal kiralama şirketinin mal stoku yapması anlamına gelir ki bu da yasaklanmıştır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KÖTELİ**, s. 83).

²⁰² **KÖTELİ**, s. 83.

Bununla birlikte, tarafların finansal kiralama sözleşmesinin geçerliliğini satım sözleşmesinin yapılması geciktirici şartına bağlaması halinde satım sözleşmesi yapılmazsa finansal kiralama sözleşmesi de hükümsüz olacaktır (**KOCAAĞA**, s. 112).

tarafında olması ve zilyetliğin tüketiciye devredilebilmesi önemlidir²⁰³. Finansman işleminin teminatı olarak malın mülkiyetinin tüm kira bedellerinin ödenmesinden sonra alıcıya geçmesinin kararlaştırılması, bedeli yüksek malların finansmanında yaygın olarak kullanıldığından²⁰⁴, konut finansmanında da tercih edilme olasılığı yüksektir.

Finansal kiralama sözleşmesi yukarıda²⁰⁵ belirtilen şekilde kurulur. Sözleşmede, kiracı ile kiralama şirketi arasında konutun yıllık kira bedelleri, kira süresi gibi konular üzerinde anlaşılmış, konutun mülkiyeti finansal kiralama şirketinde iken, kullanım hakkı kiracıya bırakılmıştır. Kira dönemi sonunda konutun ekonomik ömrü bitmemişse, kiracıya bir iştirak hakkı tanınabilir ya da genelde önceden tespit edilmiş bir bedel karşılığında mülkiyet kiracıya bırakılabilir²⁰⁶. Bu durumda kiracı ile kiralayan arasında bir satım sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Sözleşme süresi sonunda konutun ekonomik ömrü bitmişse, kiracının alım hakkını kullanmasıyla konutun mülkiyetini alması, konutun kiralayana geri verilmesi²⁰⁷ ya da konutun satılarak bedelinin aralarında paylaşılması mümkün olabilecektir²⁰⁸. Konutun ekonomik ömrü bitse de bitmese de sözleşme kurulurken, sözleşme süresi sonunda mülkiyetin kiracıya otomatik olarak geçeceği üzerinde anlaşılmış olabilir. Bu durumda ise başkaca hiçbir işlem gerekmeden mülkiyet kendiliğinden kiracıya geçecektir²⁰⁹.

Sözleşme süresi sonunda kiracıya alım hakkı tanınmasının nedenine Finansal Kiralama Kanunu Gereğesinde yer verilmiştir. Buna göre, esasında finansal kiralama ilişkisinde kiralayan şirketin bu mala karşı ilgisi, malın teminin edilmesi için bedelini ödemekten ibarettir ve mala sahip olmanın kiracıya sağlayacağı fayda daha fazladır. Malın sağlanma değerinin ya tamamı ya da büyük bir kısmı sözleşme

²⁰³ **SÖZER**, Bülent, "Leasing (Finansal Kiralama) Sözleşmelerinde Mülkiyet Unsuru", BATİDER, Haziran 1989, C. XV, S. 1, s. 77.

²⁰⁴ **İNAL**, Tamer, Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri (Tüketici Kredileri), İstanbul 2002, s. 277.

²⁰⁵ Birinci Bölüm, § II A, B ve C.

²⁰⁶ Malın kalan değeri büyük ise kiralama şirketi söz konusu varlığı bir başkasına kiralayabilir veya satışa çıkarabilir (**AKGÜÇ**, Öztin, Finansal Yönetim, İstanbul 1985, s. 616-617).

²⁰⁷ FKK m. 24'e göre konutun kiracıya derhal iade edilmesi ve kiralama şirketi tarafından konutun satışının en kısa zamanda gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

²⁰⁸ **KUNTALP**, TBB, s. 24.

²⁰⁹ **KUNTALP**, TBB, s. 24, dp. 57.

süresince kiracı tarafından karşılanmış olacağından, mülkiyetin kiracıya bırakılması daha uygun görünmektedir²¹⁰.

Finansal kiralama sözleşmesinde kiracının kira konusu malı kullanma ve ondan yararlanma haklarını kullanabilmesi için o malın zilyetliğine sahip olması gerekmektedir. Burada finansal kiralama şirketi, konutun maliki olması nedeniyle “asli zilyet”, konutu şahsi bir hakka dayanarak fiili hakimiyeti altında bulunduran kiracı ise “fer’i zilyet”tir²¹¹. Kiracının kiralama konusu konut üzerindeki kullanma ve yararlanma hakkını kullanabilmesi için konutun dolaylı zilyetliğine sahip olması yeterlidir²¹².

Finansal kiralama şirketi finansal kiralama konusu konutun zilyetliğini kiracıya geçirmedikçe; finansal kiralama sözleşmesinin süresi işlemeye başlamaz, dolayısıyla da kiracının kiralama bedeli ve diğer borçları muaccel hale gelmez. Bu yüzden ki, konutun zilyetliğinin her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya bırakılması, sözleşmenin en önemli unsurlarındandır²¹³. Konutun zilyetliğinin devri, anahtarların tüketiciye teslimi ile mümkün olacaktır.

Çalışma konumuzda konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin hükümleri bulunmamakla birlikte, konutun zilyetliğinin tüketiciye bırakılması ile ilgili olması nedeniyle “konutun teslim edilememe durumu”nu da kısaca özetleyeceğiz.

FKK m. 16’ya göre, konutun tüketiciye teslim edilmemesinden dolayı kiralama şirketinin sorumlu tutulmasının (BK m. 106’ya dayanılarak - TBK m. 122), finansal kiralama sisteminin yapısına uygun olmayacağı düşünülebilir. Çünkü bu ilişkide aktif olan ve konutla bağları daha sıkı olan taraf kiracı (tüketici) olacaktır. Konutu satıcının tüketiciye teslim etmesinde bir gecikme olması, aslında kiracı için risk

²¹⁰ KUNTALP, TBB, s. 24.

²¹¹ EKMEKÇİ, Cengiz, Finansal Kiralama Sözleşmesi ve Vergi Uygulamasında Görülen Sorunlar, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2000, s. 54.

²¹² YAVUZ, Cevdet, Borçlar Özel, s. 394.

²¹³ EKMEKÇİ, s. 56.

teşkil etmektedir. Fakat bu durumun savunulması da konutun kiracıya teslim edilmemesinden kiralama şirketinin tamamen sorumluluğunun olmadığı anlamına gelmemelidir ki bunda kusuru olması halinde sonuçlarına katlanması kaçınılmazdır. Buna göre kiralama şirketinin konutun teslim edilmemesindeki sorumluluğu ancak kusurlu olması halinde söz konusu olabilecektir. Bu kusur halleri FKK m. 16'da sayıldığı üzere; finansal kiralama konusu konutun kiralayanın malın imalatçısı veya satıcısı ile zamanında sözleşme yapmaması veya gerekli ödemeyi zamanında yerine getirmemesi veya diğer sebepler ile kiracıya teslim edilmemesi olabilir.

Sonuç olarak tüketici, konutun kendisine satıcı tarafından teslim edilmemesi durumunda kiralama şirketinin sorumluluğuna ancak ve ancak onun kusurlu olduğunu ispatlayarak gidebilecektir. Borçlar Kanunumuzun, borca aykırı davranan borçlunun kusurlu olduğunu bir karine olarak kabul ettiği düşünüldüğünde; kiralama şirketinin borcunu ihlal etmesi halinde kusurunu ispat etmesi gerekmekte ancak sorumluluktan kusursuz olduğunu ispat ederek kurtulması mümkün olmaktadır. Oysaki borçlunun kusurlu olması halinde sorumlu tutulması ile borcunu ihlal etmesi halinde kusurlu sayılmasının bir karine olmasının finansal kiralama ilişkisinin niteliğine uygun düşmeyeceği yönündeki eleştiriler haklı olmaktadır. Ancak, bu kusurlu sorumluluğun geçerli olmasının temelinde de kiralama konusu konutu ve onun satıcısını seçen tarafın tüketici olmasının bir sonucu olacaktır²¹⁴.

²¹⁴ **KUNTALP**, Erden, “Finansal Kiralama Kanununun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar”, Leasing Dünyası, Ağustos 2006 (Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar), s. 8.

Konutun ayıplı teslimi halinde, teslim alan taraf kiracı olduğundan muayene ve ihbar külfeti kendisindedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KUNTALP**, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 9.

Kiralama şirketinin konutun kullanımı amacıyla zilyetliğini kiracıya bırakmasının yanında, konutta meydana gelen ve kiracının konuttan her türlü faydayı sağlamasına engel olan eksiklikleri giderme yükümlülüğü bulunmamakta, bu nedenle ancak ve ancak kiralama şirketi kendi engelleyici davranışlarından sorumlu olmakta ve bunun dışında hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır (**ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 173).

Ancak TKHK m. 10/B f. 9'da belirtilen şekilde verilen kredilerde (bağlı krediler) kiralama şirketinin, malın zamanında ve gereği gibi teslim edilmemesi hallerinde satıcı ile birlikte tüketiciye karşı kullanılan kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

B. KİRACININ FİNANSAL KİRALAMA BEDELİNİ ÖDEME BORCU ALTINA GİRMESİ

Finansal Kiralama Kanununun 4. ve 6. maddelerinde tanımlandığı üzere, finansal kiralama şirketi sözleşme konusu malın zilyetliğini belirli bir süre için, taraflarca belirlenmiş bir bedel karşılığında kiracıya bırakmaktadır. Buna göre finansal kiralama, bir bedel karşılığında yapılmalıdır. Kiralama bedelini ödeme borcu, kiracının borcudur²¹⁵.

Finansal kiralama bedelinde taksitler, adi kira ya da hasılat kirasında olduğu gibi her ay ya da belirli dönemlerde doğan ve ödenen borçlar değildir. Bir defada doğan fakat sonradan taksitler halinde ödenmesi kararlaştırılan tek bir borcun parçaları durumundadır²¹⁶. Finansal kiralama sözleşmesinde taksit ödemelerinin yapılma amacı, fon olarak sağladığı anaparanın finansal kiralama şirketine iade edilmesidir. Bu açıdan düşünüldüğünde kira ödemeleri sürekli bir borç ilişkisi içerisinde sözleşmenin kurulması ve malın satın alınması sırasında bir defada doğan tek bir borcun taksitleri niteliğindedir²¹⁷ ve bölünebilir nitelikte tek bir edimin parçalarını oluşturmaktadır²¹⁸.

Sözleşme süresince kiracının, kiralayana ödediği bedel sadece malın kullanma bedeli değildir, kullanma süresine denk gelen amortisman bedelini de içermektedir. Bu yüzden de kiracı sözleşme sonunda satın alma opsiyonunu kullanırken, malı normal

²¹⁵ **KÖTELİ**, s. 212.

Finansal kiralama sözleşmesinin kredi niteliğinde olduğunu kabul eden görüşe göre, verilen kredi belli taksitlerle geri alındığı fikrine dayandığından, bu ödemelerin kira niteliğinde olmadığı düşünülmektedir (Ayrıntılı bilgi için Bkz. **KÖTELİ**, s. 212 vd).

²¹⁶ **BALCI**, Tamer, “Finansal Kiralama (Leasing) İşlemlerinin Hukuki ve Mali Boyutu-2”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı 426, Ekim 2004, s. 103.

²¹⁷ **GIOVANOLI**, Mario, Leasing (Credit Bail), FJs, s. 23 (**KÖTELİ**, s. 213’ten naklen). İşlemin kredi niteliği göz önünde bulundurulduğunda bu ödemelerin, sözleşme konusu eşyayı kullanma karşılığı ödenen bir kiradan ziyade ödünçün iadesi niteliği taşıması nedeniyle, konunun herhangi bir nedenle kullanılmaması halinde de bu ödemelerin yapılması gerekecektir.

²¹⁸ **BEY**, JCP, 1970 II 16 481 TOULOUSE Asliye Mahkemesi kararı altındaki not (**KÖTELİ**, Karşılaştırmalı, s. 213’ten naklen).

satın alma bedelinin altında olan, amortisman bakiyesi karşılığında satın alabilecektir²¹⁹.

Konutun kullanımında esnasındaki maddi ve ekonomik riskler kiracıya aittir. Bu nedenle kiracı, sözleşme konusu konutun herhangi bir nedenle tamamen veya kısmen kullanılamaz olması, bu durumun sonradan anlaşılması durumunda ya da bazı kısımlarının işlevsiz hale gelmesi halinde dahi kararlaştırılan sözleşme bedelinin ödenmesi borcundan kaçınamayacaktır²²⁰. Bunun kaynağı, FKK m. 14/I'deki "Malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziyayı sorumluluğu kiracıya aittir." hükmüdür. Burada "hasar ve ziyaa katlanma" ile ayrıca ifade edilmek istenen, kira bedellerinin konutun hasar ve ziyasına rağmen ödenmesi gerektiğidir²²¹.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin esaslı unsuru olmamakla birlikte, konuta ilişkin sigorta bedellerini ödeme borcu da kiracıya yüklenmiştir²²².

Tüketicinin borcu olan finansal kiralama bedelinin tespit edilmesi ve ödenmesi sürecinde hem Finansal Kiralama Kanunu hem de Borçlar Kanunu hükümlerine bakmak gerekmektedir. Kiralama bedelinin tespiti, bedel tespit edilirken uygulanacak faiz sistemi ve ödemeye ilişkin hususlar aşağıda incelenmektedir.

1. FİNANSAL KİRALAMA BEDELİNİN TESPİTİ

Finansal kiralama bedelinin saptanmasına yönelik herhangi bir düzenleme Finansal Kiralama Kanununda bulunmamaktadır²²³. Kiralayan tarafından belirlenen bu bedel,

²¹⁹ KOCAAĞA, s. 156.

Sözleşme süresi sonunda sözleşme konusu malın kiracı tarafından satın alma hakkının kullanılacak olması durumunda, buna ilişkin alım bedeli genelde sözleşme ile kararlaştırılmaktadır. Bu bedel çoğunlukla, malın sözleşme süresince ödenen taksitleri sonucu eksik kalan amortisman bakiyesine eşit bir bedel olacaktır (KOCAAĞA, s. 156).

²²⁰ SCHUBIGER, A., Der Leasing-Vertrag nach Schweizerischen Privatrecht, Diss. Freiburg 1970, s. 102 (KUNTALP, TBB, s. 36'dan naklen).

²²¹ KUNTALP, TBB, s. 36.

²²² Sigorta bedelinin ödemesine ilişkin olarak bkz. Birinci Bölüm, § III, B. Konutun sigorta ettirilmesi borcu finansal kiralama şirketinin üzerindedir (FKK m. 17/2).

hazırlanan ödeme planı ile kiracıya bildirilir. Ancak bu bedelin; miktarı, ödeme dönemleri, sabit ya da değişken olması ve hangi döviz cinsinden olacağı hususlarının, sözleşme serbestisi dâhilinde²²⁴ taraflarca belirlenebilmesi mümkündür (FKK m. 6/1). Ayrıca aynı maddede, ödenecek kira bedellerinin Türk Lirası veya Merkez Bankası tarafından alım satımı yapılan herhangi bir döviz cinsinden belirlenebileceği de ifade edilmektedir²²⁵. Ancak Yurt dışından yapılacak finansal kiralalarda kiralama bedeli yıllık 25.000.- Amerikan Doları karşılığı Türk Lirasından az olamayacaktır (FKK m. 6/2).

Finansal kiralama bedeli ve ödeme dönemlerinin taraflarca belirlenmesi; finanse edilen projenin nakit akışına bağlı olarak kira tutarı ve ödeme dönemi belirleyebilme imkanı sağlaması, kiracının ödeme imkanı olmadığı dönemlerde kira ödemek zorunda kalmamasını sağlar²²⁶. Kiralama bedelleri, finansal kiralama şirketi için, bu ödemelerden hem ticari kazanç sağlaması hem de sağladığı anaparanın işlem tarihindeki satın alma değerinin sabit tutulması açısından önem taşımaktadır. Bu yüzden de kira ödemelerinin taraflarca belirlenecek bir katsayı ya da sabit bir değere endekslenmesi yöntemleri uygulanmaktadır²²⁷.

Finansal kiralama bedeline ilişkin yapılan ödemeler, sözleşme süresi sonuna kadar malın sağlanma bedelinin tamamına ulaşmalıdır. Finansal kiralama şirketi konutun sağlanması için tahsis ettiği fonun kendine geri dönmesini amaçladığından, kira bedeli saptanırken fonun miktarı, şirketin bu işlemde sağlamayı amaçladığı karı,

²²³ KUNTALP, TBB, s. 30.

²²⁴ KUNTALP, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 7.

²²⁵ BK m. 98'de "Konusu para olan borç, ülke parasıyla ödenir.

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir." denmektedir.

Yabancı para cinsinden finansman ve ödeme hakkında bilgi için bkz. AYDOĞDU, Mortgage, s. 20-21.

²²⁶ ERDIKLER, Şaban, "Finansal Kiralama Giderleri", Vergi Dünyası Dergisi, S. 150, Şubat 1984, s. 93.

²²⁷ MATHÉLY (R)-CHARRIERE (II), "Le Credit Bail Immobilier, Banque Paris 1969, s. 446 (KÖTELİ, s. 216'dan naklen).

geri ödeme zamanı, faiz²²⁸, elde etmeyi beklediği kar ve bu işlem nedeniyle yaptığı masraflar gibi hususları dikkate almaktadır²²⁹. Finansal kiralama sözleşmesinde ödenen bedeller, kullanımın devrinin karşılığı niteliğinde değildir. Söz konusu olan, bir malın, ondan her türlü faydayı sağlamak ve aynı zamanda onun her türlü hasarına katlanmak üzere kullanımının kiracıya bırakılmasının bedelidir. Buna göre sözleşmedeki borç, adi kiradaki gibi zamanın geçmesiyle doğmamakta, bir seferde ve bütün olarak doğmakla birlikte, taraflar bu bedelin birbirini takip eden vadelere bağlanmak üzere ödenmesi hususunda anlaşmaktadırlar²³⁰.

Finansal kiralama bedelinin sözleşme kurulurken belirlenmesi gerekmele birlikte daha sonra değiştirilmesi de mümkündür. BK m. 12 (TBK m. 13)'e göre yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. FKK m. 8/1'e göre finansal kiralama sözleşmelerinin geçerliliğinin resmi şekilde noterlikçe düzenlenmesi şartına bağlı olduğundan, bu sözleşmelerin esaslı unsurlarından biri olan "bedel"e ilişkin değişikliklerin de noterlikçe yapılan sözleşme metninde taraflarca açıkça belirlenmiş olması kaydıyla geçerliliği mümkün olacaktır. Bu da demektir ki, finansal kiralama sözleşmeleri resmi şekle tabi olduğu gibi, bu sözleşmelerde daha sonra yapılacak değişikliklerin de resmi şekilde yapılması hususu da şarttır²³¹.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Faiz, bu sözleşmelerin unsurlarından olup, finansman sağlayan taraf açısından bir hak, tüketici için ise sağladığı finansman karşılığında bir borçtur. Faiz oranının sözleşmede belirtilmesi, anapara ve diğer masraflarla birlikte tüketicinin yapacağı aylık ödemelere dahil edilmesi gerekmektedir²³². Ancak, faizin

²²⁸ Finansal kiralama işlemlerinde kira bedellerinin anaparayı aşan kısmının, Kanun kapsamında faiz olarak kabul edileceği belirtilmiştir (TKHK m. 10/B f. 11).

²²⁹ ÇABRİ, s. 43; KUNTALP, TBB, s. 30.

²³⁰ GIOVANOLI, Mario, Le Crédit-Bail (Leasing) En Europe: Development et Nature Juridique, Paris 1980, s. 380 (KUNTALP, TBB, s. 32'den naklen).

²³¹ KOCAĞA, s. 123-124. KÖTELİ, s. 241.

²³² YAVUZ, Nihat, Şerh, s.1037.

Faiz oranının sözleşmede belirtilmiş olmaması halinde sözleşmenin geçersizliğine etkisi hususu, finansal kiralama sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu unsurların eksikliği ya da hiç yer

anaparaya tahakkuk ettirilmesi ve yıllık maliyet oranının hesaplanmasına ilişkin olarak 5582 Sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bir düzenleme bulunmaması, "azalan bakiye sistemi" kullanılmaktaydı ve bu sistem tüketici lehine olduğu için tercih edilmekteydi²³³. Bu sistemde, tüketici tarafından yapılan her ödemeden sonra kalan anaparaya, faiz oranının uygulanması ile hesaplanmakta, bu hesaplama da finansman kuruluşu tarafından önceden hesaplanmakta ve tüketici ile yapılan finansman sözleşmesinde gösterilmektedir²³⁴.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde tarafların anlaşarak faiz oranını sabit, değişken veya aynı işlem için hem sabit hem de değişken olmak üzere her iki şekilde belirlemesi mümkündür (TKHK m. 10/B, 12). Bu faiz türleri sözleşmede belirtilir hatta SÖBF da seçilecek faiz yöntemine göre farklılık arz etmektedir. Finansman sağlandıktan sonra piyasa faiz oranlarının değişmesi, sabit faiz sisteminin benimsenmesi halinde taksit ödemelerine hiçbir etki yapmaz. Değişken faiz yönteminin uygulanması halinde piyasa faiz oranları düşerse izleyen taksit ödemelerini azaltıcı, faiz oranları yükselirse de taksit ödemelerini artırıcı etki yapar. Sabit faiz sisteminin bu riskten uzak olmasının da etkisiyle, tüketicinin erken ödeme yapması halinde "erken ödeme cezası" adında bir ödeme talep edilmektedir. Ancak değişken faiz sisteminde ve kısmen değişken faiz sistemini de içeren karma faiz sisteminde bu ödeme talep edilmemektedir. Sırasıyla bu yöntemlerin işleyişine yer vereceğiz.

a. SABİT FAİZ

Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi halinde sözleşmede başlangıçta belirlenen oran her iki tarafın ortak rızası dışında değiştirilemez. Konut finansmanı sisteminde, fon sağlayan kuruluş ile tüketici arasında teknik anlamda üzerinde anlaştıkları her

almaması durumuna dahil olduğundan, çalışmamızın "Şekil Şartlarına Aykırılık" bölümünde ele alınmaktadır (Üçüncü Bölüm, § 2, B).

²³³ ARKAN, Sabih, "Tüketici Kredileri", BATİDER, Y. 1995, C. XVIII, S. 1-2 (Tüketici Kredileri), s. 33.

²³⁴ YAVUZ, Nihat, Şerh, s.1037.

şekilde finansman sağlanabilir. Klasik yöntemlerde, sabit faiz oranlı, taksitler halinde eşit geri ödemeli, sağlanan fonun finansman kuruluşuna tamamen geri döndüğü bir yol izlenmektedir. Bu yöntemin temelindeki düşünce, finansmanın üzerinde anlaşılan süre içinde, sözleşme vadesinde, alınan borç niteliğindeki fonun, faiz ve anapara ödemelerini içeren eşit taksitler ile finansman kuruluşuna geri ödenmesidir. Vade sonunda da alınan borç tamamen geri ödenmiş olmaktadır²³⁵.

b. DEĞİŞKEN FAİZ

Yukarıda bahsedilen ve klasik olan sabit faiz yöntemi, sistemimizde daha önce yer alırken, 5582 Sayılı Kanun ile getirilen düzenleme sonucu değişken faiz uygulaması da yer almıştır. Hangi yöntemin belirlendiğinin, sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir.

5582 Sayılı Kanundan önce var olmayan değişken faiz sistemi ile finansman sağlanabilmesi sayesinde finansman kuruluşlarının hesaplamasını kolaylaştırırken, vadenin uzaması ve geri ödeme taksit miktarlarının azalmasını sağlaması amaçlanmıştır. Yapılan düzenlemede sabit faiz ile finansman sağlamak isteyen tüketicilerin bu imkanı devam ederken, değişken faiz yönetimini tercih etmek isteyenlere de bu konuda imkan sağlanmıştır (5582 Sayılı Kanun Genel Gerekçe, m. 24/5). Faiz oranının değişken olarak belirlenmesi mümkün olmakla birlikte ilgili sözleşmelerde bu oran ve tutarlar için de bir üst sınırın getirilmesi sayesinde, yapılacak değişiklikte baz alınan endeksteği gelişmeler ne şekilde olursa olsun, tüketicinin üstleneceği risk için bir üst sınır getirilmesi de sağlanmış olmaktadır. İçeriği değişken faiz esasına göre düzenlenmiş finansal kiralama sözleşmelerinde uygulanan yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şart tutulmuştur. Bu amaçla da değişken faiz oranının sözleşmede belirlenen üst limite ulaşması halinde, tüketicilerin karşı karşıya kalacakları toplam borç tutarı ve geri

²³⁵ ÖNAL / TOPALOĞLU, s. 144.

ödeme taksitleri ile kira bedellerinin ulaşabileceği azami tutarların hesaplanarak sözleşmede gösterilmesi zorunluluğu yer almaktadır²³⁶.

Sözleşmede başlangıçta değişken olarak belirlenen oranın ve dönemsel geri ödeme tutarının değiştirilmesi; yine başlangıçta sözleşmede belirlenecek olan azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak şartıyla ve yine sözleşmede belirlenecek olan yurtiçinde veya yurtdışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan bir endeksin baz alınarak değiştirilmesiyle mümkün olabilir. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde bu yöntemin muhtemel etkileri konusunda tüketicilerin bilgilendirilmesi şarttır. Bu amaçlarla kullanılacak referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, tüketicilerin bilgilendirilme yöntemlerine ilişkin usul ve esaslar ise BDDK tarafından belirlenir (TKHK m. 10/B, 12).

c. KARMA FAİZ

Konut finansman sisteminde belirlenecek bir diğer sistem de sabit ve değişken faizin birlikte uygulandığı karma faiz sistemidir. Bu sistemin seçilmesi halinde konut finansmanı kuruluşu tüketiciden her hangi bir isim altında ek bir ödemede²³⁷ bulunmasını isteyemeyecek, ayrıca vadeden önce ödenecek bir veya birden fazla taksit söz konusu olduğunda, erken ödenen taksit tutarı içinde yer alan anapara tutarı üzerinden erken ödemenin yapıldığı tarihte geçerli olan faiz oranı ile erken ödenen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz, faiz üzerinden hesaplanacak kamusal yükümlülükler toplamı ve komisyon tutarı kadar indirim yapılacaktır (Konut Finansmanı Sisteminde Erken Ödeme İndirimi ve Yıllık Maliyet Oranı Hesaplama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 6/1).

²³⁶ Değişken faiz oranının belirlenmesine ilişkin kullanılacak endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, tüketicilerin bilgilendirilmesine yönelik usul ve esaslar ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenecektir (5582 Sayılı Kanun Genel Gereke, m. 24/6-8).

²³⁷ Konut Finansmanı Sisteminde Erken Ödeme İndirimi Ve Yıllık Maliyet Oranı Hesaplama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 5/1

2. FİNANSAL KİRALAMA BEDELİNİN ÖDENMESİ

Finansal kiralama bedeli yukarıda ifade edildiği şekilde tespit edildikten sonra tarafların belirleyeceği dönemlerde sabit veya değişken taksitler halinde ödenebilecektir.

Tüketicilerin yapacağı geri ödemede, konut finansmanı kuruluşunun ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaklanmıştır (TKHK m. 10/son). Bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınması halinde, tüketici bunu geri isteme hakkına sahip olacak, ayrıca, konut finansmanı kuruluşu da bu kıymetli evrakın başka bir kişiye devri nedeniyle tüketicinin zarara uğraması halinde bunu tazmin etmekle yükümlü olacaktır m. 10/B, f. 10). Buna uyulmaması halindeki yaptırım da TKHK m. 25'te belirlenmiştir²³⁸. Bu şekilde getirilen kıymetli evrakla borçlanma yasağın gerekçesi; güvence oluşturması amacıyla ifa uğruna kambiyo senetleri veren tüketicinin bu senetlere bağlanan “def’i soyutluğu ilkesi” nedeniyle, satıcıya ve kredi veren kuruluşa karşı ileri sürebileceği savunmaları, senedi devralan 3. kişiye karşı ileri süremeyecek olmasıdır²³⁹.

Kiracının finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kiralayan sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. FKK m. 23'e göre, “*kiralayan, finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşen kiracıya verdiği 30 günlük sürede ödememesi halinde sözleşmeyi feshedebilir. Ancak sözleşmede süre sonunda mülkiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmışsa bu süre 60 günden az olamaz*” denmektedir. Finansal kiralama sözleşmeleri, kiralama şirketinin kullandırma borcu açısından sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilebilir. Sürekli borç ilişkilerinin

²³⁸ TKHK m. 25/2 : “... Kanununun 10/B maddesinde belirtilen yükümlülüklerden her birine aykırı hareket edenlere ikiyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. “

TKHK m. 25/son : “...belirtilen para cezaları, fiilin bir yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli olarak uygulanır.”

²³⁹ YAVUZ, Nihat, Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2010, s.1035.

geçmişe etkili olması mümkün olmadığından²⁴⁰, ödenmiş finansal kiralama taksitlerinin iade edilmesi gerekmeyecektir²⁴¹.

Finansal kiralama şirketi kira bedellerini almada temerrüde düşerse, kiracı BK m. 91'e (TBK m. 106) göre sulh hâkimine bir tevdi yeri tayin ettirmeli, aksi takdirde bunu yapmadan, kira bedelini kiralama şirketi adına bir banka veya notere tevdi ederse, borcundan kurtulmuş olmayacaktır²⁴². Kiralayanın ihtirazi kayıt koymadan herhangi bir ayın kira bedeli olarak makbuz vermesi, ödeme kabul etmesi halinde, önceki aylara ait kira bedellerini almış olduğu kabul edilmekle (BK m. 88 - TBK m. 102 -) birlikte, kiralama şirketinin aksini ispat ederek bu karineyi çürütmesi mümkündür²⁴³.

C. KONUTUN HASAR VE ZİYAINDAN TÜKETİCİNİN SORUMLU OLMASI

Konutun niteliklerini belirleyen, bazı hallerde konutu araştıran ve tespit eden taraf kiracıdır. Sonuçta da konut kendisine teslim edilmektedir. Ara süreçte ise finansman sağlanması yer almakta olup söz konusu bedel finansal kiralama şirketi tarafından sağlanmaktadır. Dolayısıyla kiralayanın konut ile bağı sadece kiracıya finansman sağlanması olup bu denli zayıf iken; kiracının konut ile bağı ise konutun özellikleri, tespiti, teslim alınması ve her türlü faydayı sağlayacak şekilde kullanılması bakımından oldukça güçlü ve önemlidir. Konut ile olan bağdaki bu ağırlık farkı, FKK m. 14/1 "*Malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziyat sorumluluğu kiracıya aittir*" hükmünün finansal kiralamanın kendine özgü yapısını oluşturmakta ve onu özellikle kira sözleşmesinden ayırmaktadır. Konut ile ilgisinin daha yoğun olması nedeniyle de tüketicinin konuta ilişkin olarak aldığı risk elbette ki kiralayandan fazladır. Hatta bu riskin tamamının kiracıya ait olacağını söylemenin de mümkün olacağını düşünmekteyiz.

²⁴⁰ SELİÇİ, s. 53.

²⁴¹ KÖTELİ, s. 220.

²⁴² TANDOĞAN, s. 168.

²⁴³ TANDOĞAN, s. 168.

Konuttaki ayıba ilişkin riskler, konutun özelliklerini tespit etmesi nedeniyle –bu özelliklerden kaynaklanacak risklerle sınırlı olacak şekilde- kiracıda olmaktadır. Kullanımın tamamen kendisine ait olması nedeniyle de kullanım esnasında oluşacak hasar ve risklerin tümü yine kiracıya ait olacaktır. Buna göre, konut herhangi bir nedenden dolayı tamamen veya kısmen kullanılamaz hale gelse, bu kullanılamama durumu sonradan anlaşılrsa ya da konut yok olsa da bu riskler kiracıya ait olacak ve daha önce ifade ettiğimiz gibi²⁴⁴ bu halde finansal kiralama bedelini ödeme borcu devam edecektir. Zira FKK m. 14/1 hükmü ile amaçlanan uygulama da budur. Ancak konutun tüketicinin kusuru olmaksızın hasar görmesi ya da kullanılamaz hale gelmesi durumunda da sorumluluğun tamamen kiracıya ait olması kiracı açısından ağır bir durum olacaktır²⁴⁵. Kanaatimizce, konutu sigorta ettirme borcunun da kiralayanda olmasından kıyasla, bu durumda sorumluluğun kiralayana ait olması gerekmektedir.

²⁴⁴ Birinci Bölüm, § III, C.

²⁴⁵ ÇABRİ, s. 433.

İKİNCİ BÖLÜM
KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA
SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER SÖZLEŞMELERLE
KARŞILAŞTIRILMASI

§ I. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA
SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesi, ivaz karşılığı konutu kullanma ve konuttan yararlanma hakkının finansal kiracıya verildiği, tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulan rızai bir sözleşmedir²⁴⁶. Ayrıca her iki tarafın borç yüklenmesi nedeniyle tam iki tarafa borç yükleyen²⁴⁷ bu sözleşmeler, edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı zamanda olduğu için ani edimli sözleşmelerdir²⁴⁸. Buna göre finansal kiralama şirketi tüketiciye gereken fonu hazır bulundururken kiracı da vadesi geldiğinde kira bedellerini hazır bulunduracaktır.

Finansal kiralama işleminde dönemsel nitelik taşıyan kira ödemeleri karşılığında konutun kullanımı kiracıya devredilirken, aynı zamanda mülkiyet hakkına bağlı tüm riskler de kiracıya geçmektedir. Ayrıca sözleşme süresi sonunda mülkiyetin kiracıya geçirilmesi kararlaştırılabilmekte, bu süreçte de mülkiyet kiralayan için teminat oluşturmaktadır. Adi kira sözleşmeleriyle benzer unsurlar taşıyan finansal kiralama sözleşmeleri, mülkiyetin sözleşme süresi sonunda kiracıya geçirilmesinin öngörüldüğü hallerde satım ya da taksitle satım sözleşmesine benzemekte, diğer taraftan “kredilendirme” işlevi de taşıdığından kredi sözleşmelerine de yakın görünmektedir. Tüm bu hususlar nedeniyle, finansal kiralama sözleşmesinin karmaşık²⁴⁹ olan hukuk niteliğini irdelemek gerekmektedir²⁵⁰.

²⁴⁶ ÇABRİ, s. 44; YAVUZ, Cevdet, s. 413; ÇELİKOĞLU, s. 2027; KÖTELİ, s. 83.

²⁴⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 41; ÇABRİ, s. 45.

²⁴⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 9; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 4, 8 vd.

²⁴⁹ ULUKANLI, s. 30.

²⁵⁰ KUNTALP, TBB, s. 63.

Finansal Kiralama Kanunu m. 26'ya göre, Finansal Kiralama Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde sözleşmeye Borçlar Kanunu genel hükümleri ve sözleşme niteliğine uygun düştüğü ölçüde de özel hükümleri uygulanacaktır. Çalışma konumuz olan konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerine ise öncelikli olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri, bur kanunda hüküm bulunmayan hallerde Finansal Kiralama Kanunu ve bu kanunda da hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır²⁵¹.

Finansal kiralamada tarafların ekonomik amaçlarının taksitle satım veya kira gibi Kanunda yer alan bir sözleşme tipine mi dahil olduğu yoksa Kanunda öngörülmemiş atipik bir sözleşme tipi mi olduğu düşünülebilir²⁵². Finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliğine Hukukumuzda pek yer verilmediğinden²⁵³, bu konuda İsviçre Hukukundaki görüşlerden faydalanılmaktadır. Buna göre finansal kiralama sözleşmesinin hukuki niteliği; kendine özgü mülkiyetin devri sözleşmesi, kendine özgü kullanımın devri sözleşmesi, kendine özgü mülkiyetin veya kullanımın devri sözleşmesi ya da kendine özgü kredi sözleşmesi başlıkları altında incelenecektir.

A. KENDİNE ÖZGÜ MÜLKİYETİ DEVİR SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre²⁵⁴, finansal kiralama bedellerinin toplamı, malın satış bedelini tamamen karşılayıp hatta onu aşabildiğinden ve hasar ve bakım yükümlülüğü sözleşme gereğince kiracıya ait olduğundan dolayı finansal kiralama sözleşmelerinin kendine özgü bir mülkiyeti devir sözleşmesi olduğu savunulmaktadır. Fakat taraflar açık bir şekilde mülkiyetin devrini öngörmediğinden sözleşmeye satıma ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya uygulanması mümkün olmayacak, ayrıca sözleşme süresi sonunda malın değeri kiralayana kural olarak ödenmiş olacağından, hem ekonomik hem hukuki açıdan da kendine özgü bir mülkiyeti devir sözleşmesinin var

²⁵¹ ÇABRİ, s. 46.

²⁵² KUNTALP, TBB, s. 65.

²⁵³ KOCAAĞA, s. 106.

²⁵⁴ GIOVANOLI, Mario, Leasing Sözleşmeleri ve İsviçre Hukuku (Çev. Argun KÖTELİ), İBD, 1982, S. 10-11-12, s. 336 vd. (KOCAAĞA, s. 108'den naklen).

olduğu kabul edilmektedir²⁵⁵. Kiracı, aslında sözleşmenin belli bir süre feshedilmemesi, mala ilişkin hasar ve riskin onun tarafından yüklenilmesi ve kiralayana malın sağlanması için gerekli bedelin karşılanması gibi nedenlerle, aynen taksitle mal satın alan kişi durumundadır. Diğer taraftan kiralayana mala karşı ilgisinin teminat amacıyla sınırlı bulunmaktadır. Bu sebeplerle, hem taksitle satış hükümleri hem de mülkiyeti saklı tutma kurallarına tabi olacaktır²⁵⁶.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketicinin taraf olduğu satım sözleşmesine ilişkin düzenlemelerle birlikte, taksitle satışlar, kampanyalı satışlar, kapıdan satış sözleşmeleri ve süreli yayınlar kapsamı altında abonman satım sözleşmeleri gibi temelde satım sözleşmesinin türü ya da görünüm biçimleri olan çeşitli mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşme tiplerine de yer verilmiştir. Ayrıca, üçüncü kişinin finanse ettiği taksitle satışlar ya da bağlı tüketici kredileri olarak ifade edilebilecek tüketici sözleşmeleri de bu grupta ele alınabilmektedir. Taksitle satım sözleşmesi "mülkiyetin devrini amaçlayan bir sözleşme" olduğundan, mülkiyetin devrini amaçlayan ve karşı edimin taksitli ödemeler halinde yerine getirildiği her sözleşme hakkında taksitle satım sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilmesi mümkün olabilecektir. Bununla birlikte mülkiyetin devri amacı yalnız başına, sadece hukuksal bir anlam taşımakta, "malik konumunun devri yükümü"nü ifade etmekte, bu da hukuki bir amaç teşkil etmektedir. Oysaki taksitle satıma ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi bakımından, taksitle satım sözleşmesi ile aynı ekonomik amacın takip edilmesi hususu önem taşıdığından, konuya yaklaşırken mülkiyetin devri amacını, ekonomik yönüyle ele almak gerekmektedir²⁵⁷.

Kiracıya kullanımın devri sözleşmesi yoluyla, eşyanın kullanım değeri kalmayınca kadar çekişmesiz ve aralıksız olarak bir kullanım hakkı sağlanmaktadır. Devirden sonra mülkiyetin geçişi istenmeksizin karşı değer taksitler halinde ödenmesi yükümlülüğü ise taksitle satım sözleşmesi aynı ekonomik amacın izlendiği söylenebilecektir. Bu noktada kira-satım sözleşmesi örnek verilebilir. Çalışma

²⁵⁵ KOCAAĞA, s. 106.

²⁵⁶ KUNTALP, TBB, s. 66.

²⁵⁷ OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 85-86.

konumuz itibariyle de, alım kaydı ya da süre sonunda mülkiyetin otomatik olarak kiracıya geçeceğine dair kayıtlar içeren tüketim mallarının finansal kiralama yoluyla finansmanını da örnek göstermek mümkündür²⁵⁸.

Aynı ekonomik amacın varlığının tespitinde diğer bir önemli nokta ise taksitle satımın kredi fonksiyonu da içermesine yöneliktir. Taksitle satım sözleşmesi aynı zamanda bir mal kredisi sözleşmesi olup bu sözleşme yoluyla satıcı, aynı zamanda alıcıyı, pazarlama amacına yönelik olarak finanse etmektedir. Burada kredilendirme, karşı değerın kısmî ödemeler şeklinde yerine getirilmesi biçiminde gerçekleştiğinden, alıcının kredi ihtiyacına hizmet etmeyen sözleşmeler, taksitle satımla aynı ekonomik amacı takip etmiş olmayacaktırlar. Dolayısıyla bu tip sözleşmeler hakkında taksitle satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanma imkanı söz konusu olmamaktadır²⁵⁹.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde de finansman bedelinin kira bedeli olarak kısmi ödemeler ile geri dönüşünün sağlanması bakımından taksitle satım sözleşmesi ile aynı ekonomik amacı takip ettiği söylenebilir. Ancak yine de bu görüşün kabulü, sözleşme süresi sonunda mülkiyetin kiracıya geçmesinin söz konusu olduğu hallerde mümkün olabilecektir.

B. KENDİNE ÖZGÜ KULLANIMIN DEVRİ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Bu görüşte²⁶⁰, finansal kiralama sözleşmesinin kira sözleşmesine yakın olduğu savunulmuş ancak bunun yetersiz kaldığı düşünülerek finansal kiralamanın kendine özgü bir kullandırma sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Bu sözleşmelerin kendine özgü olarak nitelendirilmesi, tarafların borçlarının farklı olması ve vekaletle ilişkin hükümlerin unsurlarını da içeren karma bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır.

²⁵⁸ OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 86.

²⁵⁹ OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 86.

²⁶⁰ GIGER, Hans, Der Leasingvertrag, Bern 1977, s. 49 (KOCAAĞA, s. 107'den naklen). Kiralayanın, satım sözleşmesinden doğan tüm edimlerini kiracıya devretmesi ve sadece malın mülkiyetinin (vekilde) teminat teşkil etmesi amacıyla kendinde saklı tutmasının sorunlar teşkil ettiği vekalet görüşünde, kiralayanın edimi, malı 3. kişiden alıp tüm yan edimleri ile hazırlamasından ileri geldiği düşüncesine dayanır (NAZLIOĞLU, s. 179).

Oysaki finansal kiralama sözleşmesinin kira ve vekalet unsurlarıyla birlikte, mülkiyete bağlı rizikoların dağıtımı gibi atipik bir unsur da içermesi nedeniyle bu sözleşmeye kira hükümleri yanında vekalet ve satım hükümlerinin de kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁶¹.

C. KENDİNE ÖZGÜ MÜLKİYETİN DEVRİ VEYA KULLANIMIN DEVRİ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre²⁶², finansal kiralama sözleşmelerinin tarafların iradelerinin esas alınarak mülkiyetin devrinin amaçlanması halinde (sözleşmenin kurulması sırasında, ileri bir tarihte malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi düşüncesiyle hareket etmişlerse) kendine özgü mülkiyeti devir sözleşmesi; aksi halde kendine özgü kullanımın devir sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bunun ayırt edilmesindeki güçlük ve bunun neden olacağı güvensizlik durumu nedeniyle de bu teorinin işlevsiz olacağı yönündeki görüşü²⁶³ desteklemekteyiz.

D. KENDİNE ÖZGÜ KREDİ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Finansal kiralamanın aslında karz ve teminat amacıyla mülkiyetin nakli unsurlarını içeren kendine özgü bir sözleşme olduğunu ileri süren bu görüş, kiracı ile kiralayanın borçlarının niteliğindeki farklılıktan hareket etmektedir. Kiracı, kullanan konumundan ziyade mülkiyeti muhafaza kaydı ile malı satın alan malikin durumuna yakın iken, kiralayan ise kiracı adına onun istediği malları satın alması nedeniyle kiracıya kredi veren bir vekil durumundadır. Kiralayan sadece kredi veren ve malik durumunda olmakta, malın kendisine ilişkin yükümlülüklerden uzak kalmaktadır. Söz konusu bu yükümlülükler, kiracıya geçmekte ve mülkiyetin kiralayanda kalmasının sadece

²⁶¹ **STAUDER**, Bernd, Das Finanzierungs-Investitionsgüterleasing von Mobilien durch eine Leasinggesellschaft: Offene Fragen; Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Herausgeber: Ernst A. Kramer, 2. Auflage, Bern, Stuttgart/Wien, 1992, s. 78 (**KOCAAĞA**, s. 107'den naklen).

²⁶² **SCHUBIGER**, A., Der Leasing-Vertrag nach Schweizerischen Privatrecht, Diss Freiburg, 1970, s. 117 vd.; **SCHMID**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V, 2b (Meite, Pacht, Leihe), 1. Lieferung (art. 253-260), Zurich 1970, s. 31 (**KUNTALP**, TBB, s. 67, dp. 135'ten naklen).

²⁶³ **KOCAAĞA**, s. 107.

teminat fonksiyonu bulunmaktadır. Sonuç olarak, malın ekonomik ömrü ile sözleşme süresinin aynı olması ve bu yüzden malın tükenip yok olması nedeniyle mülkiyetin kiracıya geçmesinin bir işlevi olmayacaktır²⁶⁴.

Sonuç olarak, finansal kiralama sözleşmesinin sonunda malın değeri kiralayana kural olarak ödenmiş olacağından ve kiralayanın konutun maliki olması Medeni Kanun'da bulunan "mülkiyeti saklı tutma hakkı"na benzediğinden, bu sözleşmelerin "sui generis bir mülkiyeti devir sözleşmesi" olduğu görüşüne²⁶⁵ katılmaktayız.

²⁶⁴ ASLAN, İ. Yılmaz, Finansal Kiralama, Bursa Barosu Dergisi, S. 29, 1987 (Finansal Kiralama), s. 9.

²⁶⁵ KUNTALP, s. 66.

§ II. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. KİRA SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Finansal kiralama sözleşmesi, Borçlar Kanunu özel hükümlerde düzenlenen sözleşme tiplerinden kira sözleşmelerine; Finansal Kiralama Kanun m. 3'te geçen finansal kiralama, kiralayan, kiracı, kira bedeli gibi terimler nedeniyle benzetilmektedir. Hatta Finansal Kiralama Kanunu'nun finansal kiralama sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda kira sözleşmesi nitelemesini kabul ettiği de söylenebilir²⁶⁶. Ancak elbette ki Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adi kira sözleşmesinden farkları vardır²⁶⁷.

En başta sözleşmelerin kuruluşu açısından farklıdırlar. Olağan kira sözleşmesinin kurulması için tarafların birbirine uygun irade beyanlarının bulunması durumu yeterli iken, finansal kiralama sözleşmesi için elbette ki tarafların birbirine uygun irade beyanlarının olması gerekmektedir birlikte, sözleşmenin FKK m. 8 gereğince noterlikçe re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir.

Bu iki sözleşme türü, kiralayanın yükümlülükleri bakımından da farklıdır. Kiracının ihtiyaç duyduğu malı, kiralama şirketinin satın alarak bunun kullanımını kiracıya bırakması borcu, bir kullandırma borcu izlenimi uyandırmaktadır. Bu kullandırma borcunun ivaz karşılığı yapılması ise onu kira sözleşmesine benzemesine sebep olur²⁶⁸. Kira sözleşmesinde de kiralayanın sözleşme sırasında, malın maliki olması gerekmemekte²⁶⁹, bununla beraber finansal kiralama sözleşmesinde kiralayanın sözleşme konusu malı 3. kişiden satın alıp kiracının kullanımına tahsis etmesi

²⁶⁶ KÖTELİ, s. 147.

²⁶⁷ MARTIS, Rüdiger / MEINHOF, Alexander, Verbraucherschutzrecht, Verbraucherkredit- und Fernabsatzrecht, Haustürgeschäfte, 2. Auflage, München 2005, s. 62 (ÇABRİ, s. 46'dan naklen).

²⁶⁸ KÖTELİ, s. 148.

²⁶⁹ TANDOĞAN, s. 104.

durumu da kira niteliğine aykırılık teşkil etmemektedir²⁷⁰. Ancak kira sözleşmesinde kiralayanın, kiralama konusu malın zilyetliğini kiracıya terk etme borcuyla birlikte, BK m. 249 ve 250'ye (TBK m. 301 ve m. 305) göre, bu malın sözleşme süresi boyunca kullanıma elverişli durumda bulundurulması, kiralanan malda bakım gerektiren önemli durumlar olması halinde bunun yaptırılması gibi borçları ve malın mülkiyetinin kamu ve özel hukuk alanlarında doğurduğu (sözleşme konusu mala ilişkin vergi ve harçları ödemek, malın uğradığı zararların sorumluluğunu taşımak gibi) yükümlülük ve sorumlulukları da bulunmaktadır²⁷¹. Oysaki adi kira sözleşmesinde kiralayana yüklenen bu borç ve yükümlülükler, finansal kiralama sözleşmesindeki kiralama şirketinin bir finans kurumu olma niteliğine uygun düşmemektedir. Zira bunlar, finansman sağlama amacıyla kurulmuş olup, yapıları ve örgütlenmeleri bakımından, işlemin kredi ve finansman amacı da göz önünde bulundurulduğunda, bu tür yükümlülükleri üstlenebilmeleri mümkün olmamaktadır. Bu sebepler nedeniyle de finansal kiralama şirketlerinin aktiflerinde, kiraya vermek üzere aynı malvarlığı bulundurma imkanları yoktur²⁷².

Bir diğer fark da kiracının sorumluluklarında bulunmaktadır. Adi kira sözleşmesinde kiracının malı özenle kullanma yükümüne karşılık finansal kiralamada kiracı, malın her türlü hasar ve korunması ve bakım ve onarım masraflarından sorumludur. Malın tüm kullanma ve yararlanma hakkı kiracıya verildiğinden, finansal kiralama sözleşmesinde kiracının bu borcu, sözleşme konusu malı kullanırken gerekli dikkat ve özeni göstermesi, bakım ve onarımına ilişkin giderlerini de karşılama borcu yüklemektedir. Olağan kira sözleşmesinde kiracının böyle bir borcu bulunmamakta, kiralayan gerekmesi halinde her türlü onarım giderini üstlenerek kiralananın sözleşme süresi boyunca ve sözleşmeye uygun şekilde yararlanılmasını temin etmek ile borçludur²⁷³. BK m. 250/I'e (TBK m. 305) göre, olağan kira sözleşmesindeki kiracının kusuru dışında oluşan önemli eksiklik ve zararları kiralayan karşılamak

²⁷⁰ KÖTELİ, s. 148.

²⁷¹ İNAL, Tamer, "Konut Finansmanı Sözleşmelerinden Kaynaklanan, Rehinle Temin Edilmiş Alacaklar", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009 (Konut Finansmanı Sözleşmeleri), s.340; KÖTELİ, s. 147.

²⁷² KÖTELİ, s. 148-149.

²⁷³ CABANNES, BUISSON, Claudinei "Le credit bail immobiliere Hommes et techniques, Puteau, Aralık 1970, s. 1021 (KÖTELİ, s. 225-226'dan naklen).

zorunda iken finansal kiralama sözleşmesine göre bu eksiklik ve zararları giderme borcu kiracıdadır.

Finansal kiralama sözleşmesinin mülkiyetin kiralama şirketinde kalması teminat işlevinin gereği²⁷⁴ iken, kira sözleşmesinde mülkiyetin malikte olmasının böyle bir işlevi yoktur. Adi kira sözleşmesinde, malın kullanımı kiracıya bırakılmakta ve bunu sağlamak için de zilyetliğin kendisine devredilmesi gerekmektedir. Ancak finansal kiralama sözleşmesinde farklı olarak, zilyetliğin kiracıya “her türlü faydayı sağlaması” amacıyla bırakılması söz konusudur.

Finansal kiralama sözleşmesi ile kira sözleşmesi, sona ermeleri bakımından da farklıdır. Finansal Kiralama Kanunu m. 21, 22, 23’te finansal kiralama sözleşmeleri için öngörülen sona erme halleri kira sözleşmelerinin sona ermesine yönelik Borçlar Kanunundaki şartlarla benzerlik göstermektedir; sözleşmenin süresinin dolması, kiracının iflası ve ölümü, kira bedelini ödemede gecikme hususunun ayrıca ele alınması benzer hususlardır²⁷⁵. Ancak Borçlar Kanunu’nda adi kira sözleşmesinin sona ermesi fesih ile mümkün iken, Finansal Kiralama Kanunu’na göre sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi mümkündür²⁷⁶ fakat taraflar FKK m. 22’de belirtilen nedenlerin tamamının ya da bir kısmının sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini, ayrıca bu nedenlerin ortaya çıkması halinde de sözleşmenin kendiliğinden sona ermeyeceğini kararlaştırabilir²⁷⁷. Burada şunu belirtmek gerekir ki, kiralayan ancak bir tüzel kişi olabileceğine göre, finansal kiralama şirketinin sona ermesi ile tüzel kişiliğini kaybetmesi durumları aynı şeyi ifade edecektir²⁷⁸. Yeni Borçlar Kanununda m. 330-332’de olağanüstü fesih, kiracının iflası ya da kiracının ölümü ile kira sözleşmesinin sona ermesine yer verilmesine karşın, FKK m. 22’de “şirketin sona ermesi, tüzel kişiliğin hitamı, kiracının iflası veya aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz

²⁷⁴ KUNTALP, TBB, s. 64.

²⁷⁵ KUNTALP, TBB, s. 90.

²⁷⁶ KUNTALP, TBB, s. 92.

Finansal kiralama sözleşmesi için kendiliğinden feshin kabul edilmesinde amaç, bu hallerde kiralama şirketinin alacağı için bir teminat oluşturan malın kendisine dönüşünü çabuklaştırmaktır (Bkz. KUNTALP, TBB, s. 95).

²⁷⁷ KOCAAĞA, s. 148.

²⁷⁸ KOCAAĞA, s. 149.

kalması, kiracının ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi veya işletmesini tasfiye etmesi” halleri de sona erme nedenleri olarak sayılmaktadır²⁷⁹. Adi kira ve hasılat kirasında kiracının ölümü halinde, mirasçılar ya da kiralayan, kanuni sürelerle uymak şartıyla sözleşmeyi tazminat ödemediği sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olmaktadır. Ancak finansman fonksiyonu nedeniyle finansal kiralama sözleşmesi sözleşme süresinin sonuna kadar mirasçılara fesih hakkı tanınmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, finansal kiralama sözleşmelerinde, kiracının kişiliğinin önemli olduğu hallerde kiracının ölümü durumunda, kiralayanın sözleşmeyi mirasçılarla sürdürmek istememesi mümkün ve doğal olduğundan²⁸⁰, kiracının tazminat ödemediği sözleşmeyi feshetme hakkının olması makul bir durumdur²⁸¹.

Finansal Kiralama Kanunu m. 22’de, kiracının iflası ile birlikte, kiracı aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması hususunun da sona erme nedenleri arasında sayılması, finansal kiralama sözleşmesinin, kira sözleşmesinden farklı bir nitelik göstermesinden kaynaklanmaktadır. Kiracı aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması halinde, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, finansal kiralama sözleşmesi sona erer²⁸². Finansal kiralama sözleşmesi finansman amacına yöneliktir, bu nedenle de kiralama şirketini malın bizzat kendisinden ziyade malın sağlanmasına tahsis ettiği fonun kira bedelleri ile kendisine dönüşümü asıl olarak ilgilendirmektedir. Bu durumda, malın bedelinin kira ödemeleri ile kendisine geri dönüşünün tehlikeye girmesi sonucunu doğuracak, kiracıyla ilgili her olaya karşı kiralama şirketinin korunması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu sebeplerin başında da kiracının ödeme gücünün tehlikeye girmesi yatmaktadır ve bu tehlikenin en önemli belirtileri arasında da kiracının iflas etmesi ya da ödemede acze düşmesi (aleyhine yapılan bir icra takibinin semeresiz kalması) hali gelmektedir. Sayılan şartların gerçekleşmesi durumunda kiralayanın sözleşmeyle bağlı tutulmaya zorlanması doğru

²⁷⁹ KOCAĞA, s. 151.

Kiracının ölümü ya da fiil ehliyetini kaybetmesi halinde, finansal kiralama sözleşmesinin kendiliğinden sona ermemesi gerektiği, bu durumda mirasçılarının veya kanuni temsilcinin sözleşmeyi sürdürebileceği de savunulmaktadır (REİSOĞLU, Konut, s. 49).

²⁸⁰ KÖTELİ, s. 257.

²⁸¹ KÖTELİ, s. 257; ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 260.

²⁸² KOCAĞA, s. 151.

olmayacaktır²⁸³ ve bu nedenle de uygulamada, sözleşmeye konan bir hükümlerle, kiracının ekonomik durumunun kira bedellerini ödemesini tehlikeye sokacak ölçüde kötüye gitmesi halinde, kiralayana sözleşmeyi feshetme hakkı tanınabilmektedir²⁸⁴.

Olağan kira sözleşmesinde, kira sözleşmesi süresi sonunda kira konusu şeyin mülkiyetinin kiracıya geçmesi hiçbir şekilde mümkün değilken, FKK m. 9'a göre finansal kiralama sözleşmesi sonunda kiracıya alım hakkı tanınması ve onun bu hakkı kullanması halinde, mülkiyetin kiracıya geçmesi mümkündür. Finansal kiralama sözleşmesinin hemen yukarıda sayılan finansman özelliği nedeniyle de sözleşme sonunda kiracının tek taraflı irade beyanı ile sözleşme konusu malın satın alma yetkisi bulunmakta olup bunu yapması için de kiralama şirketine malın o günkü değerini değil, malın satın alma bedeli üzerinden hesaplanacak amortisman bakiyesine eşit bir bedeli ödemesi yeterli olacaktır. Kanun koyucunun bu hususu zorunlu tutmamasından, sözleşmenin kira niteliğinden uzaklaşmamasının amaçlandığı da söylenebilir²⁸⁵. Zira kira bedelinin aksine, finansal kiralama ödemelerinde amortisman bedelinin de dikkate alınması, bunları farklı kılmaktadır²⁸⁶.

Borçlar Kanunu m. 263'e²⁸⁷ göre kiracı, sözleşme süresinin sona ermiş olmasına rağmen kiralanan şeyi iade etmez ve kullanmaya devam eder ve kiralayan da sürenin sonunu bilerek kiracının bu kullanımına karşı çıkmazsa, tarafların örtülü olarak sözleşmeyi sürdürmeleri hâlinde, aksi kararlaştırılmadıkça, kira sözleşmesi belirsiz süreliğine yenilenmiş sayılır. Oysa finansal kiralama sözleşmesinde Finansal Kiralama Kanunu'nda, Borçlar Kanunu'ndaki bu "susma ile yenileme"²⁸⁸ yer almamakta ve m. 21'de "Sözleşme kararlaştırılan sürenin dolmasıyla son bulur. Ancak, taraflardan her biri sürenin bitiminden en az üç ay önce bildirilmek kaydıyla mevcut veya yeni şartlarla sözleşmenin uzatılmasını talep edebilir. Sözleşmenin uzatılması tarafların anlaşmasına bağlıdır." hükmü uyarınca tarafların "açık"

²⁸³ KOCAAĞA, s. 151.

²⁸⁴ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 256.

²⁸⁵ KÖTELİ, s. 149.

²⁸⁶ KÖTELİ, s. 213.

²⁸⁷ TBK m. 367/2'de düzenlenen bu hususa göre, yenilemenin belirsiz süreliğine değil birer yıl için yapılacağı ifade edilmektedir.

²⁸⁸ KOCAAĞA, s. 149.

anlaşmasının olması ve bu bildirimde sözleşmenin süresinin sona ermesinden 3 ay önce yapılması gerekmektedir²⁸⁹. Buna göre, malın, kiralama şirketinin bilgisi dahilinde de olsa, kiracı tarafından kullanılmaya devam edilmesi, finansal kiralama sözleşmesinin uzatılması sonucunu doğurmayacaktır²⁹⁰.

Kira ilişkisinde malın yalnızca “kullanma” hakkı kiracıya verildiğinden, malı kullanma yetkisini elde eden kiracı, sözleşmenin sona ermesi sonucunda, malı kendisine kullanması için veren kişiye geri vermek zorundadır. Buna karşın finansal kiralama ilişkisinde, mal teminat işlevi gördüğünden, malın geri verilmesinin nedeni teminat işlevinin gereğidir. Finansal Kiralama Kanunu’nda düzenlenen, kiracının sözleşme konusu şeyi geri verme borcu kiracıya tanınan satın alma hakkı ile sınırlandırılmaktadır. Kiracıya satın alma hakkı tanınmış, o da bu hakkı kullanmışsa, sözleşme süresi sonunda malı iade etme borcu olmayacaktır (FKK m. 24). Ancak kiracının bu hakkını kullanması için tüm kira bedellerini ödemiş olması gerekir²⁹¹.

Kira sözleşmesinin kiralayan tarafından feshedilmesi halinde kiracı, malı geri vermekle ve vadesi gelmemiş kira bedellerini de ödemekle yükümlüdür (FKK m. 25). Zira kiracının malın finansmanı amacıyla sağladığı fonu iade borcu bir bütündür²⁹². Buna göre kiracının sözleşme konusu şeyi iade borcu; hem teminat ilkesinin gereği hem de sağladığı fonun iadesi niteliğindedir. Finansal kiralama kanununda ise, m. 25/1’e göre, kiralama şirketi kiracıdan, malın temini için sağladığı fonu, faiz ve masrafları da talep edebilecektir²⁹³. Bu ifadeden müspet zararın anlaşılması gerekmektedir²⁹⁴. Finansal kiralama sözleşmesini kiracının feshetmesi halinde, FKK m. 25/2’ye göre kiracı yine malı kiralayana iade etme yükümlülüğünde olurken, fesih nedeniyle uğradığı zararın kiralayan tarafından tazmin edilmesini de talep edebilecektir. Bu kez kiracının karşılanabilecek zararının, öncekine benzer

²⁸⁹ KUNTALP, TBB, s. 91.

²⁹⁰ KOCAAĞA, s. 149.

²⁹¹ KUNTALP, TBB, s. 98.

²⁹² KÖTELİ, s. 152.

²⁹³ KUNTALP, TBB, s. 97.

²⁹⁴ ALTOP, Atilla, Finansal Kiralamanın Dünyada ve Ülkemizdeki Gelişimi ve Ülkemizde Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Olarak Finansal Kiralama Kanunundan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’a Armağan, İstanbul 1999 (Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar), s. 47.

şekilde, müspet zarar olduğunun kabulünün hakkaniyet esasına uygun düşeceği görüşünü²⁹⁵ desteklemekteyiz.

Finansal kiralama sözleşmesine konu şeyin iade edilirken, teslim alındığı şekilde geri verilmesi gerekmektedir²⁹⁶. Adi kirada konutun sözleşme süresince kullanılmasından kaynaklı yıpranma dışında, hasarlı olarak geri verilmesi halinde, kiralayanın bu iadeyi kabul etmesi gerektiği ancak tazminat talebini saklı tutma hakkı olduğunu savunan görüşe göre²⁹⁷ konutun eski haline getirilmesi orantısız derecede aşırı masraf gerektirecekse, konut kiracıya bırakılarak kiracıdan tam tazminat istenebilecektir. Finansal kiralama işlemlerinde de bu yaklaşımın geçerli olabileceği görüşüne²⁹⁸ katılmaktayız. Zira konutun edinilmesi için sağladığı fonun geri dönüşünü elde edemeyen kiralama şirketi, konutu yeniden kiraya da veremeyeceği için bu şekilde bir denkleştirme yapmak onun açısından uygun görünmekte, malın hasarlı hale gelmesinde özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu olan kiracının da bunun sonucuna katlanmasının daha yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Bu iki sözleşme türünde yapılan ödemelerdeki amaç da farklıdır. Kira sözleşmesi, ücret karşılığı kullandırma borcu doğuran bir sözleşmedir ve kiracının kiralayana ödediği kira bedelleri de onun kiralayana ait malı kullanmasının karşılığıdır. Buna karşılık, finansal kiralama sözleşmelerinde kiracının kiralama şirketine ödediği taksitler, malın kullanma bedeli olarak değil, o nesnenin finansmanı için harekete geçirilen fonun kiralama şirketine iadesi amacı ile yapılmaktadır. Örneğin, kira sözleşmesinde kira bedeli belirlenirken söz konusu malın malikine olan maliyeti ya da kullanma süresi içindeki yıpranma payı hesaba katılmazken, finansal kiralama sözleşmesi kira bedelinin hesabında söz konusu malın amortismanı, malın edinilmesi için sağlanan fonun parasal değer üzerinden faizi ve kiralama şirketinin kendi işletme

²⁹⁵ **ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 285; **NAZLIOĞLU**, s. 172.

²⁹⁶ **GIGER**, Der Leasingvertrag, s. 98-99 (**KOCAAĞA**, s. 155'ten naklen).

²⁹⁷ **ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 264.

²⁹⁸ **KOCAAĞA**, s. 155.

giderleri dikkate alınarak kar marjına dahil edilir ve bu nedenle de finansal kiralama taksit bedeli kira sözleşmesi taksit bedelinden yüksek olmaktadır²⁹⁹.

B. SATIM / TAKSİTLE SATIM SÖZLEŞMELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Finansal kiralama sözleşmesi özellikle kira ödemelerinin taksit niteliğinde olması nedeniyle satım veya taksitle satım sözleşmesidir. Finansal kiralama sözleşmesinin mülkiyetin devri amacının konut finansmanında daha ağır basması nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun açısından³⁰⁰ satım sözleşmesi, ekonomik açıdan aynı sonuçları doğurması nedeniyle de taksitle satım sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir³⁰¹. 5582 Sayılı Kanun ile hem finansal kiralama sözleşmesi bir sözleşme türü olarak, hem de kiracı “tüketici” olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına dahil olmuştur.

Bir diğer farklı durum da satım sözleşmesinde satım konusu malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi borcunun ve amacının bulunması (TBK m. 206) fakat finansal kiralama sözleşmesinde asıl amacın bu olmayıp sözleşmede ayrıca karlaştırılması halinde kiracıya tanınan alım hakkını kiracının kullanması durumunda sözleşme konusu konutun kiracıya devrinin (FKK m. 9) mümkün olabilmesidir. Satım sözleşmesinde taşınmazlar için mülkiyetin geçişi tapuda alıcı adına tescil yapılmasıyla gerçekleşirken (MK m. 705/I) finansal kiralama sözleşmesinde sözleşme konusu malın zilyetliği kiracıya geçse de mülkiyeti kiralayanda kalmaktadır (FKK m. 4, 9, 17). Ayrıca finansal kiralama bedeli satım bedeli (semen) değil, malın finansmanı karşılığında ödenen bir edim niteliğindedir³⁰².

Adi satım sözleşmelerinde, tüketici sözleşmelerindeki gibi alıcı ile satıcı arasında eşit düzeyde olmama durumu söz konusu değildir. Alıcı ve satıcı eşit konumdadır. Satıcı

²⁹⁹ KÖTELİ, s. 150.

³⁰⁰ ASLAN, s. 13.

³⁰¹ KUNTALP, TBB, s. 63.

³⁰² ZEVLİLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 287.

da kendisinden daha organize olan müteşebbis düzeyine ulaşmamış, işlevsel anlamda işletme şeklinde yapılanmamıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte satım sözleşmesi, ticari ya da tüketici sözleşmesi ayrımı yapılması şeklindeki uygulanma alanı daralmıştır. Zira Kanunumuzda, bazı hallerde ticari amaçlı tüzel kişiler de tüketici sayılabilmektedir. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde adi satım sözleşmesiyle ilgili hükümler genel hüküm niteliğini taşıyacak büyük ölçüde tüketici sözleşmelerine uygulanacaktır³⁰³.

Finansal kiralama sözleşmesinde tarafların mülkiyetin devrini açıkça öngörmemeleri nedeniyle, satım sözleşmesi hükümlerinin bu sözleşmelere doğrudan uygulanması mümkün olmayacaktır. Sözleşme süresi sonunda kiralama şirketine malın değeri ödenmiş olduğundan, finansal kiralama sözleşmesi "sui generis" bir mülkiyeti devir sözleşmesi gibi görünmektedir. Ancak, Medeni Kanun'da öngörülen mülkiyeti devir sözleşmesinin ortadan kaldırılmaya çalışılması nedeniyle mülkiyeti devir sözleşmesinden farklılaşmaktadır³⁰⁴.

C. ARİYET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Temelde finansal kiralama sözleşmesinde kullandırma ve sözleşme süresi sonunda kural olarak bulunan geri verme unsuru ariyet sözleşmesi ile benzerlik³⁰⁵ teşkil etmekle birlikte, ariyet sözleşmesinde sözleşme konusu şeyin kullanımı karşılığında bir bedel ödenmemekte (BK m. 299 -TBK m. 379-) ancak finansal kiralama sözleşmesinde kiracının kira ödeme borcu bulunmaktadır (FKK m. 4). Diğer taraftan, ariyet verenin verdiği malı geri isteme hakkı her zaman bulunurken (TBK m. 382, 383) finansal kiralama sözleşmesinde öngörülen süre içinde haklı bir sebep bulunmadan taraflar sözleşmeyi feshedemezler (FKK m. 7).

³⁰³ OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 85, dp. 95.

³⁰⁴ KUNTALP, TBB, s. 66.

³⁰⁵ KOCAAĞA, s. 109.

D. KARZ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Karz sözleşmesi BK m. 306 (TBK m. 386)'de "Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olur." şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda, sözleşme bedeli ve konusu yer almaktadır.

Karz sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme iken³⁰⁶ finansal kiralama sözleşmesi finansman kuruluşunun tüketiciye sabit vadeli para ödünçü şeklinde finansman sağlaması karşılığında tüketicinin de faiz ödemesi şartının içermesi ile tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Karz sözleşmesine bir miktar para veya misli eşya konu olabilirken finansal kiralama konusu mal kural olarak tüketilebilir nitelikte değildir. Diğer taraftan, karz işleminde sözleşme konusu malın mülkiyeti alıcıya geçerken³⁰⁷, finansal kiralama sözleşmesinde malın mülkiyeti kiralayanda kalmaktadır (FKK m. 9). Ayrıca karz sözleşmesinde ödünç alanın vermekle yükümlü olduğu şey birebir aldığı şey değil, eşit miktar ve nitelikteki benzeri iken finansal kiralamada kiracının vermesi gereken şey, aldığı mal olup aynen iadesi gerekmektedir (FKK m. 24).

E. KREDİ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Finansal kiralama, "belirli bir süre için finansal kiralama yapan yani kiralayana ile finansal kiracı arasında yapılan ve kiracı tarafından seçilip kiralayana tarafından yapımcısından/satıcısından satın alınan malın mülkiyetini kiralayanda, kullanım hakkını ise belirli bir bedel karşılığında kiracıda bırakan bir sözleşme³⁰⁸" olup bu

³⁰⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 42; YENER, Mehmet Deniz, Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 40.

³⁰⁷ ÇABRİ, s. 47.

³⁰⁸ Avrupa Finansal Kiralama Birliği Tanımı (KUNTALP, Erden / KIRMAN, Ahmet, Finansal Kiralama Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İşlem Vergisel Boyutu, Coşkun Kırca'ya Armağan, İstanbul 1995, s. 131).

tanıma göre kanaatimizce de finansal kiralama sözleşmesi nakdi bir kredi türüdür³⁰⁹. Bunların yanında, finansmanın nakdi olarak doğrudan finansmanı talep eden tüketiciye ödenmesi de onun hesabına 3. kişi olan satıcıya ödenmesi ve konutun mülkiyetinin öncelikle teminat amacıyla finansal kiralama şirketine, ardından da kararlaştırılması halinde kiracıya geçmesi de bu yaklaşımı desteklemektedir³¹⁰.

Konut ihtiyacı olan tüketici, kullanımı kendisine devredilmek suretiyle, konutun satıcıdan satın alınmak üzere bir finansman kuruluşu olan finansal kiralama şirketine başvurmakta, kiralayan da bu konutu satın alarak ekonomik ömrüne uygun bir süre için kiracıya bırakmaktadır. Bu süreçte finansman işleminin amacı malın kullanımının devredilmesi olarak görülmekte, bu halde de konutun kullanımının devrinin ağırlıklı olması nedeniyle bu işlem bir kredi niteliği taşımayacaktır. Ancak tarafların ekonomik amaçları dikkate alındığında, kiracı açısından finansman niteliği, kiralama şirketi açısından da kredi niteliği olduğu görülecektir³¹¹. Bu kredide konuta ihtiyaç duyan tüketiciye konutu edinmesi amacıyla bir ödeme yapılmamakta, bunun yerine, konutun mülkiyetini kazanması ve bunun mutlak mülkiyetini tüketiciye devretmesi söz konusu olmaktadır. Finansman talep eden kişiye nakdi bir ödeme yapılması yerine konutun kullanılmasının sağlanması nedeniyle bu işlem, “mal kredisi”ne yakın olmaktadır³¹². Ancak finanse edilen konutun mülkiyetinin kiralama şirketinde kalması ve kredinin geri dönüşünün aynı miktar ve cins mal ile yapılmayıp finansal kiralama bedelleri ile yapılması ve sözleşme sonunda kiracının satın alma hakkının öngörülmediği hallerde konutun “aynı mal” olarak geri verilmesi nedenleriyle bu işlemin “mal kredisi” olmadığı yönünde görüşler³¹³ mevcuttur. Bu

³⁰⁹ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 1031; YENER, s. 39.

Nakdi kredi sözleşmesinin türleri ve kredi açma sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında bkz. YENER, s. 39 vd., s. 57 vd.

³¹⁰ GIOVANOLI, Crédit-bail, s. 376 (KUNTALP, TBB, s. 44'ten naklen). Ancak, kredi sözleşmesine benzerlik göstermesine rağmen, finansal kiralama bir kredi olmadığından, şirketler açısından bakıldığında, bilançonun pasifinde yer almamakta ve borç/sermaye oranını etkilememektedir (Bkz. ERGÜL / DUMANOĞLU, s. 12).

³¹¹ GIOVANOLI, Crédit-bail, s. 17 (KUNTALP, TBB, s. 43'ten naklen).

³¹² SCHONLE, s. 136 (KUNTALP, TBB, s. 44'ten naklen).

³¹³ SCHUBIGER, s. 59, 128; GIGER, s. 48 (KUNTALP, TBB, s. 44'ten naklen).

eleştiriler uygun görülmemekte birlikte finansal kiralamanın ekonomik işlevini ve amacını göz ardı etmesi nedeniyle³¹⁴ kanaatimizce de uygun bulunmamaktadır.

Finansal Kiralama Kanunu m. 26'da "Sözleşmeye, bu Kanunda hüküm olmayan hallerde Borçlar Kanununun genel hükümleri, sözleşmenin niteliğine uygun düşükleri oranda ise özel hükümleri uygulanır" demek suretiyle, sözleşmeye Borçlar Kanunu özel hükümlerinin, işlemin niteliğine uygun düşmesi halinde uygulanacağı öngörülmektedir. Kanuna göre sözleşmenin kendine özgü yapısından kaynaklanan, tarafların karşılıklı tipik borçlarının düzenlenmesinden sonra eksik kalan noktalarını, Borçlar Kanunu'nda yer alan akit tiplerine ait hükümler ile tamamlanması uygun görülmüştür.

Tüm bu açıklamalara göre, finansal kiralama sözleşmesinin kendine özgü (sui generis) bir sözleşme³¹⁵ olduğu sonucuna varmak mümkündür. Finansal kiralama işlemlerine gerçek kişi dışındaki kişiler taraf olduğundan, finansal kiralama işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar ticari dava niteliğinde iken, konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri tüketici işlemidir ve dolayısıyla da bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri de TKHK m. 10/B uyarınca, tüketici mahkemeleridir. Nitekim TKHK m. 10/B/VI'da sayılan, konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerine Finansal Kiralama Kanunu'nun uygulanmayacak hükümleri arasında FKK m. 31 de sayılarak, söz konusu işlemlerden doğan uyuşmazlıkların ticari mahkemelerde bakılmayacağı hususu da düzenlenmiştir³¹⁶.

³¹⁴ KUNTALP, TBB, s. 44.

³¹⁵ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 125; YAVUZ, Cevdet, Özel Hükümler, s. 417; ZEVKLİLER / HAVUTÇU, s. 288.

³¹⁶ ÇABRİ, s. 48.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA
SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI ve ŞEKLİ

Ş I. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA
SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin tarafları; finansal kiracı pozisyonundaki tüketici ve finansal kiralayan pozisyonundaki finansal kiralama yapmaya yetkili kuruluşlardır. Bu kuruluşlar ise; finansal kiralama yapmaya yetkili bankalar ile konut finansmanı faaliyetinde bulunmaları Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından uygun görülen finansal kiralama ve finansman şirketleridir.

Katılım bankaları finansal kiralama prensibine göre çalışmaktadır. Finansal kiralama, açılan kredi karşılığında faiz alınmaması ve kiracının mülkiyeti kiralayana ait malın kullanımı karşılığı bir kira ödemesi nedenlerinden dolayı faizsiz bankacılık yapan katılım bankaları tarafından da tercih edilmektedir. Finansal kiralama şirketinin finansal kiralama konusu malın mülkiyetini koruması ve bu hakkını herkese karşı ileri sürebilmesi -iyi niyetli üçüncü kişilerin dahi korunmaması- kiralayan açısından avantaj ve güvence sağlarken, kiracı açısından ise ihtiyacı olan finansmanı sağlaması, bu bedeli taksitle geri ödemesi³¹⁷, kendi borcu ya da kiralayanın borcu nedeniyle konutun haczedilememesi³¹⁸ konularında avantaj sağlamaktadır³¹⁹.

³¹⁷ TAHAN / OY / ÜNAL, s. 243.

³¹⁸ REİSOĞLU, Seza, Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, http://www.alomaliye.com/seza_reisoglu_finansal_kiralama.htm, Mart 2004 (Uygulama Sorunları), (05.11.2010).

³¹⁹ Konut dışı malların finansmanında, kiralama maliyetlerinin düşürülmesi, kiracının makineden kaynaklı risklerde kiralama şirketine başvurması, kiralama süresi sonunda ürünün daha yeni teknolojiye sahip olmasıyla yenilenmesi, yatırımların daha baştan bu yöntem ile tamamının finanse edilebilmesi (bazı koşullarda yatırım finansmanının %50sinin özkaynaklardan karşılanması koşulu olabilmektedir), istenirse sözleşme süresi sonunda kiralanan mala sahip olunabilmesi, firmanın elindeki kaynakları duran varlıkların finansmanı yerine daha likit alanlarda değerlendirebilmesi, peşin olarak satın alınması mümkün olmayan malların temin edilebilmesi, vergi fırsatları gibi avantajları da bulunmaktadır (KOÇ, s. 13-16; KOCAĞA, s. 35-43; KÖTELİ, s. 46-54).

Konut finansmanında mevduat bankaları kredi vermekte, finansal kiralama yapamamaktadır (BankK m. 4/son). Bu nedenle çalışma konumuz kapsamında sözleşmenin tarafı olarak sadece finansal kiralama şirketlerine yer vereceğiz.

A. KİRALAYAN

Finansal kiralama şirketinin tanımı, Finansal Kiralama Kanununda yapılmamıştır. Ancak FKK m. 3'te "kiralayan"ın, "finansal kiralama şirketi"ne karşılık geldiği ifade edilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da tanımlanmamış olmakla birlikte, TKHK m. 3/r'de "Konut finansmanı kuruluşları, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kuruluşları ifade eder" şeklinde gönderme yapılan SPK m. 38/A/II'de "Konut finansmanı kuruluşları konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile BDDK tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleri" şeklinde ifade edilmiştir. Bankalar, finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleri olan bu kuruluşların ortak özelliği Kanunda sayılarının belirli olması ve finansman sağlama işini ticari ve mesleki olarak yapmalarını³²⁰. FKK m. 10/2 ile de hem ulusal hem de uluslararası nitelikli firmalara ülkemizde finansal kiralama yapma imkanı tanınmaktadır³²¹.

³²⁰ ÇABRİ, s. 61.

³²¹ Aynı maddeye göre, yabancı finansal kiralama şirketlerinin Türkiye'de şube açabilmesi, BDDK'nın ön iznine tabidir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 93'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi (1), 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 11'inci, 12'nci ve 32'nci maddeleri (2) ile 90 sayılı Ödünç Para Verme İleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 12'nci ve 13'üncü maddeleri (3) uyarınca "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik Taslağı" hazırlamış olup söz konusu taslak ile 28.04.1992 tarih ve 21212 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Finansal Kiralama Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik, 08.07.1992 tarih ve 21278 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Finansal Kiralama İşlemlerinde Süre ve Sınırın Tespitine Dair Yönetmelik, 21.12.1994 tarih ve 22148 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ve 26.07.1994 tarih ve 22002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ile ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırılmaktadır.

5582 Sayılı Kanun ile SPK m. 38/A'da yapılan düzenlemeye göre BDDK'dan gerekli izin ve yetkiyi alan finansal kiralama kuruluşları konut finansmanı yapabilecektir³²². Bu durum tüketici açısından kredi ile finansman sağlama şekline alternatif teşkil etmiş olacaktır. Diğer taraftan da kiralama şirketleri, bu finansman işlemi sayesinde sahip olacağı alacak hakkı ve varlıkların kısmen kendileri olacak şekilde, çoğunlukla SPK kurumları tarafından menkul kıymetleştirilerek ihtiyaç duydukları kaynak ve finansmanı sağlama imkânı bulacaklardır. Gerekli özel lisansa sahip kiralama şirketlerinin, tüketicilerle yaptıkları konut kiralama sözleşmeleri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dahil olacak³²³ ve yatırım mallarına yönelik yapılan kiralama sözleşmelerinden farklı bir düzenleme prosedürüne tabi olacaktır³²⁴.

Finansal Kiralama Kanunu m. 3 ve 4'te, finansal kiralama sözleşmesinde yalnızca finansal kiralama şirketleri ya da finansal kiralama sözleşmesi yapmaya yetkili katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarının kiralayan taraf olabileceği belirtilmektedir. Katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları finansal kiralama sözleşmesini diğer bankacılık faaliyetlerinin yanında yürütürken finansal kiralama şirketleri sadece bu konuda faaliyet göstermek üzere kurulmaktadır. Bu açıklamalara göre, finansal kiralama faaliyetinde bulunmasına izin verilen kuruluşlar Kanunda sayıldığından (finansal kiralama şirketleri ve finansal kiralama sözleşmesi yapabilecek bankalar), sadece bunlar tarafından tüketicilerle yapılacak konut finansmanına yönelik finansal kiralama sözleşmeleri TKHK m. 10/B kapsamında olup bunlar dışındaki kişi ve kuruluşlarca yapılacak sözleşmeler kapsam dışında olacaktır³²⁵ ve genel hükümlere veya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un diğer hükümlerine tabi olan karz sözleşmesi³²⁶ niteliğinde olacaktır.

³²² BDDK'nın finansal kiralama şirketlerine söz konusu yetkiyi verirken aradığı bazı şartlar bulunmaktadır. bu şartlar, finansal kiralama şirketlerinin riskli olan konut finansmanı sağlama faaliyetini yürütebilmeleri için gereklidir. Örneğin iyi bir risk yönetimi sisteminin varlığı, daha güçlü bir sermaye yapısının varlığı gibi. Bunların amacı, bu şirketlerin belli bir kalite ve standartta risklerini yönetebilmelerini sağlamaktır.

³²³ ÇABRİ, s. 65.

³²⁴ ÇELİKOĞLU, s. 2039.

³²⁵ ÇABRİ, s. 61, 65.

³²⁶ ÇABRİ, s. 61, dp. 103.

Konut finansman sözleşmesinin bir tarafını oluşturan finansal kiralama şirketleri, her türlü ticari faaliyet için gerekli ve yatırım malı niteliğindeki gayrimenkullerin edinilmesine yönelik olarak finansal kiralama yaparken 5582 Sayılı Kanun ile tüketici ihtiyaçlarına yönelik konut finansmanı yapma konusunda da yetkilendirilmiş, finansal kiralama şirketlerinin bu Kanun çerçevesinde ticari amaç dışında, konut amaçlı kullanılacak taşınmazların finansmanını da sağlaması mümkün hale gelmiştir³²⁷. Kiralama şirketi sağladığı finansman karşılığında teminat olarak kişinin malvarlığından ziyade, eşya hukuku çerçevesinde, söz konusu taşınmaz üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği sınırlı aynı bir hakka sahip olacaktır³²⁸.

BDDK Başkanlığının 16.01.2008 tarihli yazısı ekinde yer alan 16.01.2008 tarih, BDDK.UYII.130/136-800 sayılı yazı ve eklerinde; 5582 sayılı “Konut finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Yasalarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”a istinaden, finansal kiralama ve finansman şirketlerinin konut finansmanı alanında yetkilendirilmeleri aşamasında izlenecek usul ve esaslar hakkındaki 7.6.2007 tarih, 2204 sayılı Kurul Kararında belirlenen şartlara ilaveten, konut finansmanı alanında faaliyet göstermek üzere yetkilendirilen şirketler için; finansal kiralama şirketlerinin konut finansmanı faaliyetinden kaynaklanan net finansal kiralama alacakları ile finansman şirketlerinin konut finansmanı kapsamında kullandırabilecekleri kredilerin toplam tutarının özkaynakların 15 katı ile sınırlandırılmasına karar verildiği ifade edilmektedir³²⁹.

Konut edinmek isteyen tüketicilere fon sağlayan finansal kiralama şirketlerinin kaynakları; bankalar ve diğer finansman kuruluşlarından sağlanan iç ve dış krediler, diğer para piyasası araçları ve faiz karşılığı mevduatlardır. Bir diğer ayrımda ise bu kaynakları üç grupta toplamak mümkün olup bunlar; öz sermaye ve finansal kiralama kaynaklarının oluşturduğu iç kaynaklar, tahvil ihracı ile iç ve dış kredilerin oluşturduğu dış kaynaklar ve son olarak da finansal kiralama iskontosu, TCMB reeskont kredileri ve Commercial Lease Paper’ın oluşturduğu potansiyel

³²⁷ TAHAN / OY / ÜNAL, s. 238.

³²⁸ KOÇAK, s. 1.

³²⁹ http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Duyurular/BDDK_Kurul_Kararlari/43202452.pdf; (31.01.2011).

kaynaklardır³³⁰. Bu kaynaklar yanında, yapılan düzenlemeler sayesinde, konut finansmanı yapacak finansal kiralama şirketlerinin menkul kıymet ihracı yaparak da kaynak sağlaması mümkün hale gelecektir.

Finansal kiralama sözleşmesinin genel avantajlarına karşın finansal kiralama şirketleri, konut finansmanında en büyük rakipleri olarak bankaları görmekte, onların sahip olduğu şube ağına erişemeyeceklerini, gerekli tüketici kitlesine ulaşamayacaklarını düşünmekte ve bu yüzden de konut finansmanı sisteminde yer alma konusuna pek hevesli yaklaşmamaktadırlar. Ancak kanaatimizce, finansal kiralama şirketlerinin, ürün tanıtımı için bankalarla yapacakları anlaşmalar çerçevesinde banka şubelerinin ve tanıtım kanallarının kullanılması imkanına sahip olmaları³³¹ sayesinde bankaların şube ağı avantajından faydalanmaları mümkün olabilecektir. Diğer taraftan, personeli olarak çalıştığı bankadan kredi kullanma imkanı olamayacağından, banka personelleri de finansal kiralama şirketinin güvenilir müşteri portföyünü teşkil edebilecektir.

1. FİNANSAL KİRALAMA ŞİRKETİ ve KURULUŞ ŞARTLARI

Finansal kiralama şirketinin kuruluş esasları FKK m. 10'da düzenlenmektedir. Bu maddede, finansal kiralama şirketlerinin Türkiye'de yerleşik firmalar olabileceği gibi yurtdışında yerleşik firmaların da Türkiye'de şube açmak suretiyle faaliyet gösterebileceği hususuna yer verilmektedir. Buna göre ülkemizde finansal kiralama faaliyetinde bulunma yetkisi hem ulusal hem de uluslar arası nitelikteki şirketlere tanınmıştır. Bu kapsamda, Türkiye'de faaliyet gösterebilecek finansal kiralama şirketlerini Türkiye'de veya yurtdışında yerleşik şirketler olarak iki başlıkta inceleyeceğiz.

³³⁰ ERGÜL / DUMANOĞLU, s. 7.

³³¹ "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik" m. 10/8 (24.02.2011 tarihli değişiklik).

a. TÜRKİYE'DE YERLEŞİK FİNANSAL KİRALAMA ŞİRKETİ

FKK m. 10/1'de, kiralayan şirketlerin, yalnızca anonim şirket şeklinde kurulabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, gerçek kişilerin ya da şirketler dışındaki tüzel kişilerin finansal kiralama yapması mümkün olmayıp, şirketlerden de anonim şirket dışındaki ticari şirketlerin finansal kiralama yapması mümkün olmayacaktır³³². Bu şekilde anonim şirket olma zorunluluğunun getirilmiş olmasının nedeni, finansal kiralama sözleşmesinin finansman sağlama işlemine yönelik olması³³³ dolayısıyla yüksek sermaye gerektirmesi, yapılacak finansmanın büyüklüğü nedeniyle riskin de yüksek olmasıdır. Finansman amacı ve anonim şirketin bağlantısı için yönetimin daha şeffaf olması, sermayenin getirdiği güçlülük gibi nedenlerle³³⁴, bankalar için öngörülmuş bu şart bir finansman kuruluşu olarak görüldüklerinden ve BDDK'ya tabi olduklarından finansal kiralama şirketleri için de geçerli tutulmuştur.

FKK m. 11'de finansal kiralama şirketleri için gerekli en az sermaye düzenlenmiş olup buna göre Türkiye'de yerleşik şirketler için "Kiralama şirketlerinin ödenmiş sermayelerinin bir milyar Türk Lirasından³³⁵ az olamayacağı" düzenlenmiştir. Kanunda "ödenmiş sermaye" ifadesi kullanıldığına göre, ana sözleşmede taahhüt edilen sermaye değil, bunun ödenmiş kısmının esas alınması gerektiği kast edilmektedir. Taahhüt edilen sermayenin yarısı ödenecekse, kurulacak şirketin sermayesinin en az 2 milyar TL olması gerekmektedir³³⁶. Sermayenin tamamının

³³² Bu kişilerin kiralayan sıfatıyla finansal kiralama sözleşmesi yapması halinde, bu sözleşme hükümsüz olacak ve FKK'na tabi olamayacaktır. (Bkz. **KUNTALP**, TBB, s. 37.)

³³³ FKK Genel Gerekçesi m. 10 (www.fider.org.tr, 25.02.2011).

³³⁴ **EREM**, Faruk / **ALTINOK**, Akın / **TANDOĞAN**, Haluk, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1989 (1975'te böyle: , m. 3, N. 9. 1989dan BAK)

³³⁵ Kanun hazırlandığı dönemki bu değer bugünkü karşılığı 1.000.- TL'dir. Bu miktarın gerek A.Ş. kuruluşu için gereken TTK 272'deki 50 milyar TL (bugünkü değeri ile 50.000 TL)'nin altında kalması ile anonim şirket kurmaya yetmemesi gerekse finansal kiralama gibi yüksek meblağlı işlemlerde kullanılması nedeniyle sermayenin yetmeyecek olması sebebiyle uygulanması imkansızdır.

Nitekim idari olarak, 10.10.2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik" in 23/03/2008- 26825 S.R.G Yön/1.md ile değişik 4. Maddesinin b fıkrasına dayanarak 7,5 milyon TL sermaye gereği uygulanmaktadır.

³³⁶ **KOCAĞA**, s. 81.

Türk girişimcilere ait olması gerekmeyip, yarısından fazlasının dahi yabancılara ait olması mümkündür³³⁷.

Finansal kiralama şirketlerinin kuruluşu ve şube açmaları ile yabancı şirketlerin Türkiye'de şube açması, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın ön iznine bağlıdır. 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümleri saklıdır (FKK m. 10/II). Finansal kiralama şirketleri ile yabancı finansal kiralama şirketlerinin Türkiye'deki şubeleri Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın denetimine tabidir (FKK m. 10/II). Ön iznin verilme şekil ve şartları ile kiralayan şirketlerin denetimine dair hükümler çıkarılacak yönetmelikte gösterilir (FKK m. 10/II).

b. TÜRKİYE DIŞINDA YERLEŞİK FİNANSAL KİRALAMA ŞİRKETİ

Türkiye dışında yerleşik finansal kiralama şirketlerinin Türkiye'de faaliyet gösterebilecekleri hususu FKK m. 10'da ifade edilmiştir.

FKK m. 10/5'e göre kiralama faaliyetlerinde bulunabilmek için izin almanın şart olduğu, m. 10/2'de ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun ön iznine bağlı olduğu belirtildiğinden yabancı şirketlerin Türkiye'de finansal kiralama sözleşmesi yapabilmeleri için şube açmaları gerektiği anlaşılmaktadır.

Ancak bunlarla birlikte, FKK m. 8/son'da "Yurtdışında yerleşik kiralayan şirketin Türkiye'de şubesi yoksa sözleşmeler Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tescil edilir" demek suretiyle, yabancı şirketleri Türkiye'de şubesi olmasa da finansal kiralama faaliyetinde bulunmasının mümkün olabileceği görülmektedir. Buradaki tescilin, kiralama konusu malın taşınmaz olması halinde, taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu kütüğüne şerh verilmesi işlemlerinin yerini alıp almayacağı ya da onlardan ayrı veya onlara ek olarak mı uygulanacağı hususunda ne

³³⁷ 86/10355 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı, RG 13.03.1986 gün, 19046 sayı.

olacağı açık olarak belirtilmemiştir³³⁸. Bakanlık nezdindeki bu tescilin hukuki bir sonuç taşımadığı da savunulmaktadır³³⁹.

Yabancı kiralama şirketlerinin Türkiye'de şube açmaları halinde, ödenmiş sermayelerinin asgari iki milyon Amerika Birleşik Devletleri Doları karşılığı Türk Lirası³⁴⁰ olması gerekmektedir (FKK m. 11/1). Türkiye'de şubesi bulunmayan yurtdışında yerleşik bir finansal kiralama şirketiyle yapılan finansal kiralama sözleşmesi, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tescil edilir³⁴¹.

2. FİNANSAL KİRALAMA YAPMAYA YETKİLİ DİĞER KURUMLAR

Bankaların faaliyet konuları, nakdi gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemleridir (BankK m. 4/son).

Mevduat bankaları Bankacılık Kanunu m. 3'te *“Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet*

³³⁸ KOCAAĞA, s. 105.

³³⁹ TEKİNALP, Finansal Kiralama, s. 5.

Finansal Kiralama Kanunu 10. maddesinin 5. fıkrasının, Finansal Kiralama Kanunu Tasarısının Meclis görüşmeleri sırasında Kanun metnine dahil edildiği dikkate alındığında, 8. madde son fıkradaki gibi, yabancı şirketlerin Türkiye'de faaliyet gösterebilmesi için şube açmasının zorunlu tutulmasının amaçlanmadığı düşünülebilir. FKK m. 10/5 ile izinsiz faaliyetlerin cezai bir yaptırımı olması öngörülmüş, bu sayede faaliyette bulunmak için izin alma zorunluluğu eklenmiştir. Her ne kadar Kanunda faaliyette bulunma izninden bahsetmeyip yalnızca kuruluş ve şube açma izninden söz edilse de aslında faaliyet izninin kuruluş ve şube açma izinlerine dahil olduğu düşünülecek, bu nedenle de faaliyet gösterebilmek için zaten öncelikle kuruluş ve şube açma izninin alınmış olması gerektiği kabul edilmiş olmaktadır. Bu durumun ise m. 8/son fıkrayı işlevsiz kıldığı savunulmaktadır (KUNTALP, TBB, s. 39).

³⁴⁰ Türkiye'de yerleşik şirketler için gereken asgari sermaye şartı gibi, Kanun hazırlandığı zaman geçerli olan para birimleri üzerinden yapılmıştır. Ancak 2 milyon USD'nin TL karşılığı Türkiye'de yerleşik şirketler için istenen bedelden azdır. Bu yüzden, Türkiye'de yerleşik firmalar için gereken tutara yakın bir bedel (yaklaşık 5 milyon USD) koşulu aranmaktadır.

³⁴¹ “FKK'nin m.8 f.1'de öngörülen tescil ve şerhin kiralayanın ve kiracının haklarının üçüncü kişilere karşı korunmasını sağladığı ancak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunda tutulan sicildeki kaydın aynı etkiyi sağlaması mümkün olmadığından, bu korumanın sağlanabilmesi için m.8 f.1'de öngörülen tescil ve şerhin de gerçekleştirilmesi gerektiği ve bu tescil ve şerh işlemlerini yurt dışında bulunan kiralayanın yerine Kurumca gerçekleştirileceğini kabul etmenin daha uygun olacağı” yönündeki görüş için Bkz. ALTOP, Bülten, s. 11.

Bu şekilde Türkiye'de şubesi bulunmayan yurt dışında yerleşik kiralama şirketlerinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu nezdinde yaptırdığı bu tescilin hukuki bir sonuç ifade etmediği yönündeki görüş için bkz. TEKİNALP, Ünal, Hukuki Yönden Finansal Kiralama Kanunu, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1985 (Finansal Kiralama), s. 5.

gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre mevduat bankalarının yapabileceği işlemler bu iki işlem özelinde sınırlandırılmamıştır³⁴². Mevduat bankaları finansal kiralama faaliyetlerini 5 şekilde yürütebilir: Finansal kiralama faaliyetleri yürütmek amacıyla kurulan bir yan kuruluş bünyesinde; hiç aracı kullanmadan, doğrudan malı satın alarak kiralama şeklinde; mevcut bir finansal kiralama şirketini satın alarak; birleşerek bir konsorsiyum oluşturarak ya da son olarak finansal kiralama şirketlerinin yönetim ve danışmanlık hizmetlerinin yürütülmesi ve bunun karşılığında komisyon almak suretiyle pasif olarak yürütmesi mümkündür³⁴³. Aşağıda belirtildiği üzere, bazı bankaların finansal kiralama sözleşmesi yapması mümkün olsa da (BankK m. 4/t) mevduat bankalarının finansal kiralama işlemleri yapması (BankK m. 4/son) ile engellenmiştir. Buna göre mevduat bankaları konut finansmanı amacıyla finansal kiralama sözleşmesi yapamamaktadırlar.

Katılım bankaları 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 3'te “Özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri” şeklinde tanımlanmıştır. Katılım bankalarında uygulaması görülen temel unsurlar tanımında da belirtilmektedir³⁴⁴.

³⁴² **TEKİNALP**, Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009 (Banka Hukuku), s. 120, **ALICI**, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 46.

Kredi işlemleri bankaların en önemlisi faaliyet alanı olup konut kredisi, bu kredilerden bireysel krediler kapsamında bulunmaktadır.

Bankalar için; Bankacılık Kanunu m. 57/II 'de “...Bankalar, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında gayrimenkul ve emtiayı esas alan sözleşmeler ile Kurulca uygun görülecek kıymetli madenlerin alım ve satımı hariç olmak üzere ticaret amacıyla gayrimenkul ve emtianın alım ve satımı ile uğraşamaz...” denmekte ve m. 48/II'de “... Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.” denmekte ve 545 sayılı KHK ile değişik 90 sayılı KHK m. 3/b'de finansman şirketinin “devamlı ve mutad işgal konusu olarak her türlü mal ve hizmet alımını kredilendirmek üzere ödünç para veren tüketici kredi şirketleri” olduğu ifade edilmektedir.

³⁴³ **ERGÜL / DUMANOĞLU**, s. 4.

³⁴⁴ Özel cari hesapların, katılım bankalarında açılarak her an için kısmen veya tamamen çekilebilen ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların bulunduğu hesaplar olduğu ifade edilmektedir. Katılma hesabı, katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullandırılması sonucu oluşacak kar ve zarara katılma hakkı veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş bir getiri sağlamayan ve anaparanın aynen ödeneceğinin garanti edilmediği hesaplardır (**TİFTİK**,

Faizden uzak durmak isteyen kişiler tasarruflarını değerlendirmek, finansman ihtiyaçlarını karşılamak ve bankacılık işlemlerini yürütmek³⁴⁵ amacıyla bu kuruluşları tercih etmektedir. Katılım bankaları da mevduat bankaları gibi Bankacılık Kanunu hükümlerine tabi olmakla birlikte, faizle çalışan klasik bankalara alternatif olma özellikleri nedeniyle katılım bankaları için bazı farklılıklar gözetilmiştir. Katılım bankaları da mevduat bankaları gibi Bankacılık Kanunu 4. maddesindeki ana faaliyetlerde bulunabilir. Ancak mevduat bankalarından farklı olarak finansal kiralama sözleşmeleri de yapabileceğinden³⁴⁶, konut kredisi kullanılmakla birlikte konut edinmek amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmelerine de taraf olabileceklerdir³⁴⁷.

Kalkınma ve yatırım bankaları da Bankacılık Kanunu m. 3'te "mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullanılmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel yasalarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri" olarak tanımlanmaktadır. Bu kuruluşlar da Bankacılık Kanununa tabi olmakla birlikte, bazı hükümleri uygulanmamaktadır³⁴⁸. Kalkınma ve yatırım bankaları mevduat toplayamamakta ve kaynakları; özkaynakları ya da yerli ve yabancı Piyasalardan sağladıkları ulusal ve uluslararası kredi ve finansal kurumlardan aldıkları fonlar olup müşterilerine bunları plase ederler³⁴⁹. Bu nedenle de fonlarını uzun vadeli finansman tekniklerine uygun olarak değerlendirmeleri gerekmektedir. Kalkınma bankalarının faaliyet alanları da BankK m. 4'te belirtilenlerden mevduat ve katılım fonu kabul

Mustafa, Türk Hukukunda Katılım Bankası, Katılma Hesabı Sözleşmesi, İşlevi-Hukuki Niteliği-Hükümleri, Ankara 2007, s. 61-70).

Katılım fonu ise, katılım bankalarında gerçek ve tüzel kişiler adına açılan özel cari hesap ile katılma hesaplarındaki paralardır.

³⁴⁵ **BATTAL**, Ahmet, Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999 (Özel Finans Kurumları), s. 3.

³⁴⁶ Katılım Bankalarının (eski ismi ile Özel Finans Kuruluşları) önceleri finansal kiralama sözleşmesi yapamalarına rağmen sonradan bu iznin verilmesi hakkında detaylı bilgi için Bkz. **KUNTALP**, TBB, s. 41 vd.

³⁴⁷ **ÇABRİ**, s. 63.

³⁴⁸ Mevduatın ve katılım fonunun çekilmesi (BankK m. 61, 63, 64), faaliyet izni kaldırılan ve fona devredilen bankalara ilişkin hükümler (BankK m. 106-130), fonun borçlanma ve avans alma yetkisi (BankK m. 131) ve fon alacaklarının takip ve tahsil usullerine ilişkin hükümleri (BankK m. 132-142) uygulanmamaktadır.

³⁴⁹ **TEKİNALP**, Banka Hukuku, s. 22.

etmek dışında kanun tarafından izin verilen her türlü bankacılık işlemini yapmaya yetkili olduklarından tüketiciler ile TKHK m. 10/B kapsamında konut finansmanına yönelik finansal kiralama sözleşmesi yapabileceklerdir³⁵⁰.

Konut finansmanına ilişkin olarak hazırlanan 5582 Sayılı Kanundan önce otomotiv, beyaz eşya, dayanıklı tüketim ürünleri, mobilya, bilgisayar gibi çeşitli eşyaların finansmanı sağlanırken, anılan Kanun sonrasında bu şirketlere konut finansmanı sağlamak üzere konut kredisi yapma yetkisi verilmiştir³⁵¹. 545 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 3/b’de “ Devamlı ve mutad işgal konusu olarak her türlü mal ve hizmet alımını kredilendirmek üzere ödünç para veren tüketici kredi şirketleri” olarak tanımlanmış, 2499 sayılı SerPK m. 38/A/II hükmü ile konut finansmanı faaliyetinde bulunmalarına izin verilerek konut finansmanı sözleşmelerinde finansman sağlayan tarafı oluşturması mümkün kılınmıştır³⁵².

B. KİRACI (TÜKETİCİ)

1. TÜKETİCİ KAVRAMI

Tüketici kavramı TKHK m. 3/e’de “Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır³⁵³. Buna göre, tüketici işleminin söz konusu olduğu sözleşmenin amacı mesleki olmamalı, kişisel veya ailevi ihtiyaçların karşılanmasına yönelik

³⁵⁰ ÇABRİ, s. 63.

³⁵¹ ÇABRİ, s. 67.

³⁵² Finansman şirketlerinin kuruluş esasları için Bkz. 10.10.2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik” m. 4 (www.bddk.org.tr, 08.03.2011).

³⁵³ “Tüketici”nin Kanun dışındaki tanımları şu şekildedir; “Tüketici, ekonomik, sosyal ve kültürel gereksinimlerini karşılayabilmek için, üretilen mal ve hizmetleri satın alıp kullanan ya da bunlardan yararlanan veya kendi kendine üretilen mal ve hizmetleri kullanıp hiçbir mübadeleye sokmayan kişi, kurum ve ailedir.” (AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999 (Tüketici Kredisi), s. 64).

Diğer tanımlar için bkz. (YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989 (Tüketici), s. 3).

olmalıdır³⁵⁴. Tüketicinin amacının esas alınmasında, yapılan işleme yönelik iradesi önem teşkil etmektedir. Hukuki ilişkiye giren tarafın tacir ya da bağımsız bir meslek sahibi olması önem taşımayacaktır³⁵⁵.

Finansal kiralama sözleşmesinde, kiracıların ticari nitelikte olması gerekmektedir³⁵⁶. Finansal Kiralama Kanunu açısından ise sözleşmenin tarafı özel veya tacir olmak şartıyla gerçek kişiler ya da kamu tüzel kişileri olabilecektir. Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde sözleşmenin tarafı sadece tüketici olabilecektir. Gerçek kişilerin sözleşme tarafı olması Kanunla kesin olarak belirlenirken tüzel kişilerin sözleşmenin tarafı olabilmesi hususu tartışmalı olup konuya aşağıda yer verilmektedir.

Tüketici kavramının belirlenmesi amacıyla bazı ölçütler getirilmektedir. Bunlar; daha çok sözleşme taraflarının gelir düzeylerinin dikkate alındığı³⁵⁷ “sözleşme taraflarının özellikleri” ve tüketici kavramının genellikle gerçek kişi ile sınırlandırılarak tüzel kişilerin kapsam dışında bırakıldığı³⁵⁸ “sözleşme taraflarının hukuki nitelikleri” ölçütleridir. Bunlardan “amaç ölçütü” daha çok tercih edilmektedir. Dinamik olması nedeniyle, bu kavram kapsamında değerlendirme yapılırken somut duruma da bakılması gerekmektedir³⁵⁹. Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hususunda belirleyici temel unsur, sözleşme taraflarından birinin tüketici olması gereğidir. Ancak nitelik itibariyle bu kavram statik olmamakta³⁶⁰, tüketicinin tespiti için gerçek kişi ya da tacir ayrımında Türk hukukunda, kişisel özellikler yerine somut işlem ve işlemin amacı esas alınmaktadır³⁶¹. Örneğin bir

³⁵⁴ **ZEVKLİLER**, Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 17; **GEZDER**, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, s. 16.

³⁵⁵ **YAVUZ**, Nihat, Şerh, s.12-16.

³⁵⁶ **ERGÜL / DUMANOĞLU**, s. 5.

³⁵⁷ **OZANOĞLU**, H. Seçkin, “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000 (Tüketici), s. 27.

³⁵⁸ **POROY**, Reha, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 533.

³⁵⁹ **AKİPEK**, Şebnem, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları, AÜHF, Y. 2003, C52, S. 3 (Kredi Kartları), s. 103.

³⁶⁰ **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri, s. 71.

³⁶¹ **İNAL**, Tüketici Kredileri, s. 59; **ZEVKLİLER**, Tüketicinin Korunması, s. 22.

sözleşmede satıcı olarak sözleşmenin tarafını oluşturan bir kişi, bir başka sözleşmede tüketici tarafında yer alabilmektedir³⁶². Bu nedenle de tüketici olarak yapılacak belirlemede, somut olayın özellikleri ve tüketici sayılacak kişinin işlem niyeti önem taşımaktadır.

2. TÜKETİCİ KAVRAMININ UNSURLARI

Bir sözleşmenin tüketici işlemi sayılabilmesi için sözleşmede taraflardan birinin tüketici olması şarttır (TKHK m. 3/h). Karşı tarafın edimi mal ve hizmet iken tüketicinin edimi de para ya da parayla ölçülebilir bir bedel olmalıdır³⁶³. Eğer bu bedel olmadan, karşılıksız bir mal veya hizmet sunumu varsa, tüketici sözleşmesi söz konusu olmayacaktır³⁶⁴. Bağışlamanın kısmen ivazlı olduğu ve bağışlayanın bunu tüketicilere karşı yapmayı iş edindiği durumlarda ise bu işlemin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına dahil olması mümkün olabilir. Kısmen ivazlı yapılan ve bağışlayanın bunu tüketiciye karşı iş olarak yaptığı hallerde konutu alan kişi de tüketici sayılacaktır³⁶⁵. Konutun bir başkasına hediye etmek amacıyla satın alınarak bu kişiye bedelsiz devredilmesi halinde de söz konusu edinimin tüketici işlemi sayılması ve hatta satın alandan ziyade hediye edilen kişinin tüketici sayılarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan doğan haklardan faydalanabilmesi gerekir³⁶⁶. Kişinin sözleşme konusu konutu bizzat kendisinin kullanması (nihai tüketici olması) koşuluna bağlı kalınması şart olmamalı, lehine mal satın alınan 3. kişi de alıcının sahip olduğu imkanlara sahip olabilmelidir. Ancak elbette ki 3. kişinin söz konusu malı (konutu) ticari veya mesleki olmayan amaçlarla kullanması gerekmektedir³⁶⁷.

³⁶² OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 71.

³⁶³ YAVUZ, Nihat, Şerh, s.12.

³⁶⁴ ZEVLİLER, Tüketicinin Korunması, s. 17; GEZDER, s. 18.

³⁶⁵ ASLAN, s. 12. Yazar tarafından, “tüketiciye karşı iş olarak yapan” ile “satıcı”nın anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

³⁶⁶ ASLAN, s. 9, dp. 18; ZEVLİLER / AYDOĞDU, s. 78.

³⁶⁷ OZANOĞLU, Tüketici, s. 688, dp. 67.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki tanıma göre tüketici kavramının iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar; tüketicinin gerçek ya da tüzel kişi olması ve bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmesidir.

a. GERÇEK veya TÜZEL KİŞİ OLMA

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/e’de tanımlandığı şekilde tüketici, “*Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi*”dir. Bir mal ya da hizmetin, tüketici sayılmayan bir kişi tarafından bu şekilde alınması halinde, ortada bir tüketici işlemi olmayacak, aradaki sözleşme de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girmeyeceğinden ve Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi ilgili Yasaların genel hükümleri uygulanacaktır³⁶⁸.

Tüketici, bulunduğu hukuki ilişkinin zayıf tarafı olarak görülmüş ve bu nedenle de korunması amaçlanmıştır. Fakat zamanla, tüketiciye atfedilen özelliklerin bununla sınırlı kalması yaklaşımı değişerek, söz konusu hukuki işlemi yaparken takip ettiği amaç açısından da değerlendirilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla modern tüketici hukukunda tüketici tanımlanırken tüketicinin sadece zayıf taraf olmasına dayanan konumunu ele alan bakış açısından, somut durumun da her durum için ayrı ayrı ele alındığı bir bakış açısı kabul edilmeye başlamıştır³⁶⁹. Buna dayanarak, modern tüketici hukukunda tüketici, hukuki ilişkiye girerken mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket eden kişi olarak tanımlanmıştır. Avrupa Birliği Konseyinin çeşitli yönergelerinde tüketici olarak sadece gerçek kişiler kabul edilmiş³⁷⁰, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ise gerçek kişilerle birlikte tüzel kişiler de tüketici olarak kabul edilmiştir³⁷¹.

³⁶⁸ ZEVLİLER, Tüketicinin Korunması, s. 20.

³⁶⁹ OZANOĞLU, Tüketici, s. 671.

³⁷⁰ Aynı zamanda Alman Medeni Kanunu m. 13’te de tüketici “gerçek kişi” olarak kabul edilmiştir (MAKARACI, Aslı, Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 30, dp. 25).

³⁷¹ ZEVLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 81.

Almanya ve İsviçre’de sadece gerçek kişilerin tüketici olabileceği kabul edilmiş olup, 05.04.1993 tarihli Dürüst Olmayan Sözleşme Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Hakkında

Hukuk sistemimizde gerçek kişilerin tüketici olmasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak tacirlerin ve tüzel kişilerin tüketici sayılmaları hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda da öncelikle gerçek kişi tacirlerin ve tüzel kişi tacirlerin, daha sonra da tacir olmayan tüzel kişilerin tüketici olmaları açısından durumlarını inceleyeceğiz.

Türk Ticaret Kanununda tacir sıfatı gerçek ve tüzel kişi olarak ayrı ayrı düzenlenmiştir. Yeni TTK m. 12/1’de “*bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişi*”ye tacir deneceği, yeni TTK m. 16/1’de ise “*ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş yasaları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar*”ın da tacir sayılacağı, 2. fıkrada ise “*devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan derneklerin ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların, bir ticari işletmeyi, doğrudan doğruya ya da kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletmeler dahi*” (tüzel kişi olmalarına ve ticari işletme işletmelerine rağmen) tacir sayılmayacakları ifade edilmiştir.

Tacirlerin borçlarının ticari olması asıldır fakat Türk Ticaret Kanunu’nda gerçek kişi tacirler için bir istisna getirilmiştir. Gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır (TTK m. 19/2). Buna göre gerçek kişi tacir, iş yeri için ve işinin gereği olarak değil de kişisel kullanımı ve ihtiyaçları için bir mal veya hizmet edinmesi halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında sayılacaktır³⁷². Sonuç olarak, gerçek kişi

Avrupa Direktifi m. 2/b ve AB1999/44 No.lu Direktifi’nde de sadece gerçek kişiler tüketici olarak düzenlenmiştir.

³⁷² Örneğin, gerçek kişi tacir, iş yerindeki işçilere diktireceği iş elbiseleri ya iş yeri için alacağı klima gibi mallar ya da koruma ve güvenlik gibi hizmetler için yapacağı sözleşmeler açısından tüketici

tacirin barınmak üzere konut edinmek amacıyla yapacağı finansal kiralama sözleşmesi, edinmenin amacı ticari ve mesleki olmadığı sürece, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olacaktır³⁷³.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 10/B/ son'a göre, kooperatif ortaklıkları da bu Kanun kapsamında tüketici olarak kabul edilecek ve bireysel olarak bu sistemden faydalanabilecektir³⁷⁴. Ayrıca, henüz ferdi mülkiyete geçmemiş, kooperatif üyesi geçek kişilerin de tüketici sayılarak sistemden faydalanması mümkün kılınmış³⁷⁵ ancak burada da kooperatifin gerçek kişi üyeleri sisteme dahil edilirken tüzel kişi üyeleri sistemin dışında bırakılmıştır³⁷⁶.

Tüzel kişi tacirlerin durumu ile ilgili olarak doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre³⁷⁷, Kanunda belirtildiği üzere, tüzel kişi tacirlerin³⁷⁸ bütün muamele, fiil ve işlerinin ticari nitelikte olduğundan, bu kişilerin ticari ve mesleki faaliyetleri ile ilgili sayılabilecek amaçlar dışında mal ve hizmet alımı ve tüketimi mümkün olmayacaktır. Aynı yönde görüşe sahip KUNTALP'e göre³⁷⁹, gerçek kişi tüketicinin korunmasındaki temel amaç, tüketicinin bilgisizliğinden ve ekonomik açıdan karşı tarafa göre güçsüzlüğünden faydalanılarak aldatılmasının önlenmesidir. Bu yüzden de tacir niteliğindeki tüzel kişilerin faaliyetlerinde bilgi edinme imkanına sahip olmaları, hatta faaliyetlerini düzenli olarak sürdürebilmeleri için bu bilgiyi edinmek için gerekli araştırmaları yapmak zorunda olmaları nedeniyle, tüzel kişi tacirlerin özel olarak korunmaya ihtiyaç duymayacaklardır. Buna karşı olan diğer görüşe göre

sayılacaktır (ALTOP, Atilla, "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı, İKÜHFD, C. 3, S. 1-2 (www.iku.edu.tr) (Tüketici Kavramı), (06.03.2011), s. 10).

³⁷³ ÇABRİ, s. 53.

³⁷⁴ OKSAY ÖZYÜKSEL, s. 45.

³⁷⁵ REİSOĞLU, Konut, s. 79.

³⁷⁶ AYDOĞDU, Mortgage, s. 27.

³⁷⁷ ARKAN, Tüketici Kredileri, s. 36; YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 20, dp. 36; ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009 (Ticari İşletme), s. 66; KUNTALP, Erden, Finansal Kiralama Kanunu – Tüketim ve Yatırım Mali Ayrımı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BATİDER, Ankara 1998 (Tüketim ve Yatırım Mali), s. 306; ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 81.

³⁷⁸ Ticaret Kanununda esas itibariyle ticari işletme esasına dayanılması nedeniyle, "tüzel kişi tacirler" ifadesi yerine "ticari işletmenin borçlarının asli niteliğinin ticari olduğu" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir (ARKAN, Ticari İşletme, s. 65). Burada ölçüt alınan, bir malın işletme hesaplarına kaydedilmesi olup, bunun dışındaki bir alımın ticari işletmeyle bağlantılı olmayacağıdır.

³⁷⁹ KUNTALP, Tüketim ve Yatırım Mali, s. 307.

ise³⁸⁰, tüzel kişi tacirlerin bütün faaliyetlerinin koruma dışında bırakılmayacak, en azından faaliyeti ile doğrudan ilgili olmayan, arızı işleri için yapacağı sözleşmelerde tüketici olabileceği, bu işlemlerde Kanun kapsamında tüketici olarak korunmaları gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde görüşe sahip bazı yazarların görüşlerine aşağıda yer verilmektedir.

BATTAL'a göre³⁸¹ tüketiciyi korumanın gerekip gerekmediği hususu, sözleşmede satıcı karşısındaki tarafın tacir olup olmadığından ziyade sözleşmenin içeriği ve karşı tarafın gücüne göre belirlenmelidir. Nitekim banka, sigorta şirketi gibi kurumlar karşısında genel işlem koşullarına karşı pazarlık etme şansı olmadan sözleşmenin şartlarını aynen kabul etmek zorunda olan tarafın tacir de olsa korunması gerekecektir. TTK m. 20/2'de "*Her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi*" gerektiği, gerçek kişi tacirlerin ticari işletmeleri ile ilgili işleri kapsamakta ve onlara ticari işlerin objektif ölçüler dahilinde basiretli davranma yükümlülüğü³⁸² getirmektedir. Bu yüzden de bu hükme dayanarak tacirin ticarethanesi ile ilgili ancak ticaretin asli gereklerinden olmayan, arızı işlerinde ise tacir sıfatı dikkate alınmayarak korunması gerektiği düşünülmektedir.

TAŞKIN'a göre³⁸³, tüketicilik sadece gerçek kişilere özgü olmayıp tüketici sıfatıyla hareket eden bir dernek, bir kamu tüzel kişisi, hatta bir ticaret ortaklığı, hedefi insan ihtiyaçlarını karşılamak olan üreticileri hatta bütün kuruluşları ile devleti de tüketici olarak değerlendirmek mümkündür. Zira nihai kullanım amacıyla ve mesleki gelir elde etme amacı olmaksızın, sadece tüketim gayesiyle hareket ettiği işlemlerinde bir ticaret şirketini gerçek kişi tüketicilerin yararlandığı korumadan mahrum etmek uygun olmayacaktır.

³⁸⁰ ALTOP, Tüketici Kavramı, s. 10; MAKARACI, s. 33; GEZDER, s. 159-169; ÇABRİ, s. 55, BATTAL, Ahmet, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı", Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, Ankara 1998 (Tüketicinin Korunması), s. 322; TAŞKIN, Mustafa, "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı", ABD, Y. 1997, S. 1, s. 36; ÇETİNER, Bilgehan, "Konut Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Koşulları", Legal Hukuk Dergisi, Temmuz 2007, Y. 5, S. 55, s. 2158.

³⁸¹ BATTAL, Tüketicinin Korunması, s. 321-322.

³⁸² Basiretli davranmanın ölçütü objektif olup aynı koşullar altında bulunan bir tacirin nasıl davranması gerektiğini esas alınmasına dayanır (BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2010, (Ticari İşletme), s. 77.

³⁸³ TAŞKIN, s. 36.

ÇETİNER³⁸⁴ ise tüzel kişi tacirlerin borçlarının ticari olduğu TTK m. 21'a göre kabul edildiğinden, tüzel kişinin finansman sağlama amacının ticari işletmesi ile ilgili olmadığını finansman kuruluşuna iletmesinin yetmeyeceğini, söz konusu işlemin mesleki ve ticari bir amaçla yapıldığının objektif olarak da anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Konut kavramının genel kullanımında kişinin oturduğu, iskan ettiği taşınmaz malları ifade etmesi nedeniyle bir kısıtlama getirdiği, o yüzden de sadece bu amaçla sınırlı olacak şekilde tüzel kişi tacirlerin gayrimenkul edinmek amacıyla konut finansmanı sağlanması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girebileceği savunulmakta ve bunun aksi yöndeki bir Yargıtay Kararı da eleştirilmektedir³⁸⁵.

Yargıtayın, tüzel kişi tacirleri tüketici saymadığı Kararları³⁸⁶ bulunmakla birlikte aksi yönde Karar³⁸⁷ verdiği de görülmektedir. Ancak özellikle yeni tarihli Kararlarının tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılamayacağı yönünde olduğu dikkat çekmektedir.

³⁸⁴ ÇETİNER, s. 2158.

Yargıtay 11. HD 29.12.1997, E. 1997/8979, K. 1997/9841 (www.kazanci.com, 19.04.2011).

Bu fikrin gerekçesi olarak ise Kanun'un kıstasının mal veya hizmetin ticari veya mesleki olmayan amaçlar ile edinilmesi olduğu ve her bir tüzel kişinin bir ikametgah adresi olmak zorunda olduğu, bu yüzden de taşınmaz mal edinmesi tek başına doğrudan ticari veya mesleki faaliyet kapsamına girmeyeceği, burada nihai kullanım amacının bulunduğu ifade edilmektedir.

Kanunda kullanılan "ikametgah" ifadesinin, konut değil "işyeri, faaliyet merkezi, adres" gibi kavramlar kast edilerek kullanıldığını, sırf bu ifadenin kullanılması, gayrimenkullere konut niteliği yüklemek için yeterli olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca imar mevzuatına göre bir gayrimenkulün konut ya da işyeri olarak kullanılması konusundaki değerlendirmeler hakkında bkz. Birinci Bölüm, § III, A, 2 "İmar Mevzuatı Kapsamında Konut".

³⁸⁵ **Yargıtay** 11. HD 29.12.1997, E. 1997/8979, K. 1997/9841 (www.kazanci.com, 19.04.2011).

Bu fikrin gerekçesi olarak ise Kanun'un kıstasının mal veya hizmetin ticari veya mesleki olmayan amaçlar ile edinilmesi olduğu ve her bir tüzel kişinin bir ikametgah adresi olmak zorunda olduğu, bu yüzden de taşınmaz mal edinmesi tek başına doğrudan ticari veya mesleki faaliyet kapsamına girmeyeceği, burada nihai kullanım amacının bulunduğu ifade edilmektedir.

Kanunda kullanılan "ikametgah" ifadesinin, konut değil "işyeri, faaliyet merkezi, adres" gibi kavramlar kast edilerek kullanıldığını, sırf bu ifadenin kullanılması, gayrimenkullere konut niteliği yüklemek için yeterli olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca imar mevzuatına göre bir gayrimenkulün konut ya da işyeri olarak kullanılması konusundaki değerlendirmeler hakkında bkz. Birinci Bölüm, § III, A, 2 "İmar Mevzuatı Kapsamında Konut".

³⁸⁶ **Yargıtay** 11. HD 29.12.1997, E. 1997/8979, K. 1997/9841 (www.kazanci.com, 23.04.2011).

Yargıtay HGK, T. 11.10.2000, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249 (www.kazanci.com, 23.04.2011).

Yargıtay 19. HD, T. 05.07.2011, E. 2001/1782, K. 2001/5240 (www.kazanci.com, 23.04.2011).

³⁸⁷ **Yargıtay** 19. HD, T. 06.07.1999, E. 1999/3932, K. 1999/4621 (www.kazanci.com, 23.04.2011) sayılı Kararında bu Kararların tersi yönünde bir Karar vererek TKHK m. 1'deki tüketici tanımında gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmadan tüzel kişi tacirlerin de Kanun kapsamında Korunması gerektiği hatta korunmamasının Anayasa'ya aykırılık olacağını ifade etmiştir. Ancak karşı oy yazısında tüzel

Tüketicilerin yaptıkları tüketici sözleşmelerinde satıcı karşısında korunan taraf olmaları, tüketicilerin ticari hayatı tacirler kadar iyi bilmedikleri düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce, tüzel kişi tacirlerin tüketici sayılmaları, bunların her türlü işlemi ticari işlemle ilgili, ticari iş niteliğinde olduğundan ve ticari hayatın gereklerini zaten iyi biliyor olmaları gerektiğinden mümkün olmamalıdır. Ayrıca ticari veya mesleki amaç ile tüzel kişi tacir arasındaki ilişkinin tespitinde güçlük ve karışıklıkla karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır³⁸⁸. Tüketicinin korunmasında, satıcının ticari hayatın esaslarını bilmesi yani sözleşme taraflarının eşit olmamasının da bir faktör olduğu unutulmamalıdır. Tüzel kişi tacirin satıcı ile durumu bu şekilde değildir.

Ayrıca, çalışma konumuz ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun açısından incelendiğinde, tüzel kişi tacirin edineceği taşınmazın “ konut, mesken, ikametgah” gibi amaçlarla kullanılması mümkün görünmemekte ve bu şekilde sağlanan mekan “işyeri” niteliğinde olacağı için hiçbir suretle ilgili Kanun kapsamına girmemelidir.

Gerçek kişi tacirin ticari işletme çevresi dışında kalan alanı “adi alan” olup tüzel kişi tacirlerde adi alan bulunmamaktadır³⁸⁹. TKHK m. 3’te sadece gerçek kişi tacirlerin öngörüldüğü ve tüzel kişilerin her türlü işleminin ticari olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Tüzel kişi tacirin ticari olmayan, adi borç ilişkisinin bulunması; barınma, yeme-içme, giyinme gibi özel ve gerçek kişilere özgü bir ihtiyaç olan barınma ihtiyacının tüzel bir kişiliğe özgülenmesinin mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak çalışma konumuzu oluşturan konut için bakıldığında tüzel kişi tacirlerin konut amaçlı gayrimenkul edinmesi, bu amaçla yaptıkları finansal kiralama sözleşmesinin TKHK m. 10/B kapsamına girmesi olanaksızdır. 5582 Sayılı Kanun, Tüketicinin

kişi tacirlerin bütün borçlarının ticari olmasının asıl olduğu, bunların hiçbir şekilde tüketici olmayacağını belirterek, maddedeki tüzel kişiden vakıf ve derneklerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bizce de karşı oy yazısındaki ifadeler daha geçerlidir zira Yargıtayın yukarıdaki ilk Kararında tüzel kişi tacirlerin hiçbir şekilde insana özgü özel hayatları olmayacağı ve bunların bütün işlerinin ticari sayılacağı belirtilerek, TKHK kapsamında korunamayacağı ifade edilmiştir.

³⁸⁸ OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 72, dp. 59.

³⁸⁹ ÜLGEN, Hüseyin (TEOMAN, Ömer / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün), “Ticari İşler / Bir Taraf İçin Ticari (Nitelikte) Olan Sözleşmeler”, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 61.

“Ticari iş” – “Adi iş” kavramları ve ayrımları için Bkz. İNAL, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004 (Ticari İşletme Hukuku), s. 8.

Korunması Hakkında Kanun ya da Finansal Kiralama Kanununda bu şekil bir kısıtlamaya yer verilmemiş olsa da SPK, konut finansman sözleşmesinin tarafının sadece gerçek kişi olması yönünde görüş belirtmiştir³⁹⁰.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/e'ye göre tacir olmayan tüzel kişiler ise ticari işletme işletmedikleri ve edindikleri mal ve hizmetleri ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edindiği sürece bu Kanun kapsamında tüketici sayılacaklardır³⁹¹. Dernek veya vakıfların amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işletmesi halinde tacir sayılacağı düzenlenmiştir (TTK m. 18/1). Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, tacir sayılmazlar (TTK m. 18/1). Ancak kamuya yararlı derneklerin tüzel kişi olmalarına ve ticari işletme işletmelerine rağmen tacir sayılamayacakları düzenlenmiştir (TTK m. 18/2). Tüketici sayılma durumunun sadece ticari amaç gütmeyen tüzel kişiler açısından kabulü daha uygundur³⁹². Bu kişiler ticari işletmeleri ile ilgili olmayan amaçları için sözleşme yapmaları halinde tüketici, ticari işletmeleriyle ilgili sözleşme yapmaları halinde ise tacir sayılacaklardır³⁹³.

Konut açısından bakıldığında bu kişilerin durumu hakkında da doktrinde farklı görüşler vardır. Bu görüşlerden³⁹⁴ ilkinde göre, kanunen tüketici olarak tanımlanmış

³⁹⁰ Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Yasalarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/1148), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1159m.htm> (23.04.2011).

“Sermaye piyasası Kurulu tarafından; - ...

- Tasarının Yasalaşması halinde finansal kiralama şirketlerinin, finansman kuruluşlarının, bankaların ve katılım bankalarının konut kredisi verebileceği, konut kredilerinden yalnızca gerçek kişilerin yararlanabileceği ...” belirtilmiştir.

³⁹¹ ARKAN, s. 66, dp. 2.

Yargıtay 11. HD T. 26.06.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112 (www.kazanci.com.tr, 05.04.2011)..

³⁹² YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 28;

ZEVKLİLER, sadece ticaret şirketleri açısından söz konusu olan tüketici sayılmama hususunun, tacir olmayan tüzel kişiler için geçerli olmaması gerektiğini ifade etmektedir (ZEVKLİLER, Mortgage, s. 27).

³⁹³ Amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işleten dernek veya vakıfların arızı faaliyetlerinden dolayı tüketici sayılacağı kabul edilmektedir (ALTOP, Tüketici Kavramı, s. 11).

Aynı yönde görüş için bkz. AYDOĞDU, Mortgage, s. 26.

³⁹⁴ ÇABRİ, s. 53.

bulunan ve tacir olmayan tüzel kişilerin faaliyetlerini yürütmek üzere taşınmaz edinme amacıyla yaptıkları finansman sözleşmeleri TKHK m. 10/B kapsamında sayılacaktır. Ancak başka bir görüşe³⁹⁵ göre; tüzel kişilerin bir taşınmazı edinme amaçları ne olursa olsun tüketici sayılamayacak ve sadece gerçek kişiler konut finansman sözleşmelerinin tarafını oluşturabilecektir.

Kanaatimizce de, tacir olmayan tüzel kişilerin faaliyetlerini yürütmek amacıyla taşınmaz edinmek üzere yapacakları sözleşme, konut finansmanı sistemine dahil olmamalıdır. Her ne kadar TTK m. 18/2 hükmünde belirtildiği şekilde kamuya yararlı derneklerin tüzel kişi olmalarına ve ticari işletme işletmelerine rağmen tacir sayılamayacakları belirtilse de dernek veya vakıfların, kamu konut edinmelerinin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Konut edinmenin kişisel bir ihtiyaç ile edinilmesinin mümkün olabileceği düşünüldüğünde, gerçek kişilerin kullanımına tahsis edilme amacıyla da olsa tüzel kişilerin konut edinmesinin konut finansmanı sistemi dışında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

b. MAL veya HİZMETİ TİCARİ VEYA MESLEKİ OLMAYAN AMAÇLARLA EDİNME

TKHK m. 3/e'de yapılan “tüketici” tanımı kapsamında, tüketicilerin bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinmesi gerekmektedir. Tüketicinin, sözleşmenin tarafı olarak kendisi bu koruma kapsamında olmasıyla birlikte, ailesi, yakınları gibi çevresiyle birlikte mal veya hizmetlerden faydalandığında da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilerek korunması gerekmektedir³⁹⁶. Burada önemli olan, tüketici sayılabilecek bir kişinin ticari veya mesleki olmayan bir amaçla hareket etmiş olmasıdır³⁹⁷.

³⁹⁵ REİSOĞLU, Konut, s. 78-79; REİSOĞLU, Seza, “Konut Kredisi-Konut Finansmanı ve Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, İstanbul 2008 (Konut Kredisi), s. 320.

³⁹⁶ ZEVLİLER / AYDOĞDU, s. 78; ASLAN, s. s. 9, dp. 18.

³⁹⁷ KUNTALP, Tüketim ve Yatırım Mali, s. 311.

Tüzel kişi tacirlere ilişkin olarak hiçbir şekilde konut finansmanı sözleşmesine taraf olamayacakları yönündeki görüşümüz çerçevesinde bu bölümde bu kişilere yer verilmeyecektir. Konutu ticari veya mesleki amaçlarla edinme unsurunu, gerçek kişiler ve gerçek kişi tacirler esas olmak üzere, gerçek kişi tacirlerin karma amaçlı edinmeleri bakımından ele alacağız.

Tüketici, sözleşmenin zayıf tarafı olmakla birlikte, sözleşmedeki rolü ve izlediği ekonomik amacı nedeniyle tüketici olmaktadır³⁹⁸. Kişinin mesleğiyle doğrudan ilgili olan faaliyetleri yürütürken gerekli uzmanlığa sahip olması nedeniyle özel bir korumaya ihtiyaç duymayacağı düşünülmektedir³⁹⁹. Burada tüketicinin hukuki işlem iradesi esas alınacak, sözleşme yapan tarafın tacir veya bağımsız olarak yürütülen bir mesleki faaliyet sahibi olmasına bakılmayacaktır⁴⁰⁰.

Mesleki amaç konusunda “mesleğin gereği” kriterine göre değerlendirme yapmak gerekecektir. “Mesleğin gereği” ile kast edilen “mesleğin görülmesiyle doğrudan ilgili olan mal ve hizmetler” olup bunlar dışında kalanların mesleki amaçla yapılmadığı kabul edilmelidir⁴⁰¹. Bir mal veya hizmetin sağlanırken ticari veya mesleki faaliyetin yürütülmesi amacının güdülmeden özel ihtiyaçların karşılanmasının amaçlanması ve malın bu amaçla tüketilmesi, azaltılması ya da ekonomik değerinin yitirilmesi, ayrıca kar elde etme amacının güdülmemesi gerekmektedir⁴⁰². Kişisel ihtiyaçlar dışında bir meslek icrası, bir üretimde kullanma, yeniden satma, ticari olarak kullanma ve bunlar gibi amaçlarla mal veya hizmet

³⁹⁸ **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri, s. 59.

Buna karşın diğer görüşe göre bir diş hekiminin satın aldığı klima, işletme envanterine kaydedilmiş olması halinde mesleki amaçla, kaydedilmemişse kişisel amaçla hareket edilmiş sayılmalıdır (**ASLAN**, s. 6).

ÇABRİ'ye göre işletme envanterine kaydedilme bir kriter olmamalıdır. Örneğin bir diş hekimi klimayı ticari ve mesleki faaliyet dışında satın almaktadır (**ÇABRİ**, s. 57).

³⁹⁹ **ALTOP**, Tüketici Kavramı, s. 14; **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri, s. 59; **ÇABRİ**, s. 57.

⁴⁰⁰ **OZANOĞLU**, H. Seçkin, Tüketici Sözleşmeleri, s. 59.

⁴⁰¹ **ÇABRİ**, s. 57.

⁴⁰² **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri, s. 70.

alınması halinde söz konusu işlem tüketici işlemi ve sözleşmenin tarafı da tüketici olmayacaktır⁴⁰³.

Gerçek kişilerin bir mal veya hizmeti ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinmesi, kullanması veya yararlanması, tüketici olarak değerlendirilmesi için yeterlidir⁴⁰⁴. Konumuz kapsamında mesleki amaç ancak kişinin emlak komisyoncusu olması halinde mümkündür. Dolayısıyla bu meslekte faaliyet gösteren gerçek kişi tacirlerin konut edinmek amacıyla yapacağı finansal kiralama sözleşmesi TKHK m. 10/B kapsamında olmayacaktır. Ancak elbette ki bu kişilerin özel ihtiyaçları nedeniyle konut satın almaları da mümkündür. Gerçek kişi tacirlerin tüketici sayılması için gerekli şartların olduğu durumlarda, bu kişilerin konut edinmek üzere yaptıkları finansal kiralama sözleşmelerinde tüketici sayılmaları gerekir.

Ticari amaç olarak görülebildiğinden, kira geliri elde etme ve yatırım amacıyla konut edinmeye ilişkin yapılacak sözleşmenin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına dahil olup olamayacağı hususunda doktrinde görüş ayrılığı vardır.

Bir görüşe göre⁴⁰⁵, bir konutun başkasına satılmak, kira geliri elde etmek, yatırım yapmak amaçlarıyla satın alınması halinde konutu edinen kişi tüketici ticari bir amaca göre hareket ederek TKHK m. 3/e'deki tanıma aykırı olacağından söz konusu işlemin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına dahil olmaması gerekir. Ayrıca gerçek kişi de olsa ticari ya da mesleki amaçlarla mal veya hizmet edinecek bir kişinin, ticari hayatın risklerini bileceği varsayılarak koruma kapsamına alınmasına gerek görülmemesi nedeniyle bu işlemler ilgili Kanun kapsamı dışında tutulmalıdır⁴⁰⁶.

⁴⁰³ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 29.

⁴⁰⁴ BÜLOW, Peter, / ARTZ, Markus, Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2006, s. 49 (ÇABRİ, s 52'den naklen).

⁴⁰⁵ AYDOĞDU, Mortgage, s. 27-28, dp. 79.

⁴⁰⁶ ÇABRİ, s 52.

ÇABRİ burada bir ayırım yaparak kiraya verme amacına da dikkat etmek gerektiğini savunmaktadır⁴⁰⁷. Buna göre bir kimsenin kira geliri elde etmek amacıyla konut satın alması halinde, bu kişi tacir olmasa, hatta gerçek kişi olsa da, barınma amacı dışında ticari bir faaliyet için konut satın alması amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmesi TKHK m. 10/B kapsamında olmayacaktır. Fakat kişinin asıl amacının barınma ihtiyacını karşılamak olmasıyla birlikte, konutunu belli bir süre için kiraya vermesi durumunda konutun edinilmesi amacıyla yapılacak sözleşme yine tüketici işlemi olacağından ilgili Kanun kapsamında sayılmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak tüketici, konutu kiraya vereceğini finansal kiralama şirketine bildirmek ve kiralayandan yazılı izin almak kaydıyla kiracılıktan veya sözleşmeden doğan hak ve/veya yükümlülüklerini devredebilecektir⁴⁰⁸.

Diğer görüşe göre ise, daha önceki kredi performansında olumsuz bir durumu bulunmayan, edineceği konutun taksit ödemelerini aylık net geliri ile ödeyebileceğini belgeleyen kişiler sistem dahilinde birden fazla konut edinebilmeli⁴⁰⁹, taşınmazın başkasına satılma, kiraya verilip kira geliri elde etme hatta yatırım amaçlı olarak ikinci evin alınması ve kiraya verilmesi halinde de söz konusu işlem konut finansmanı sistemine dahil olmalıdır⁴¹⁰.

Kanaatimizce, tüketicinin konutu kira geliri / kar elde etme ya da başkasına satma gibi amaçlarla edinmesi halinde yapılacak sözleşme de konut finansmanı kapsamına girmelidir. Öncelikle, bir kişinin birden fazla konutu bu sistem dahilinde edinmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Başka bir konutu yerleşim yeri olarak kullanan kişinin oturduğu konut haricinde bir konut edinmesi durumunda ikinci konutu kiraya vermeden bekletmesi onun açısından zorlayıcı olabilir. Finansal kiralama süresi sona erene kadar, taksit ödemelerine yardımcı olması amacıyla konutun kiraya verilmesinin her şekilde uygun görülmesi gerekir. Nitekim ondan sonra da sözleşme sona ereceğinden, tüketici sayılıp sayılmamasının bir önemli bulunmayacaktır. Belki

⁴⁰⁷ ÇABRİ, s. 52, dp. 74.

⁴⁰⁸ Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 7/(2).

⁴⁰⁹ OY, s. 178.

⁴¹⁰ HEPSİN, Ali, “Vatandaş Ev Alıp Kiraya Veriyor, Konut Kredisini Kira Geliriyle Ödüyor”, 08.10.2007 (http://www.alomaliye.com/2007/ali_hepsen_vatandas.htm, 23.04.2011) (Kira Geliri).

de finansal kiralama taksitlerini ödemede güçlüğü düşerek konutu daha yüksek bir bedelle satması da onun ticari amaçla hareket ettiği anlamına gelmemelidir. Bu gibi durumlarda kişiyi tüketici saymamak, onu oldukça zor durumda bırakabilecek ve Kanunun güçsüz durumdaki tüketiciyi koruma amacından uzaklaşılmasına sebep olacaktır.

Gerçek kişi tacir, ticari işletmesiyle ilgili olmayan işlemlerinde tüketici sayılabilecektir⁴¹¹. Örneğin, bir diş hekimi dişçi koltuğu satın alırken mesleki amaçla hareket etmişken, muayenehanesine bir klima ya da müzik seti alması halinde mesleki olmayan bir amaçla hareket ettiğinin kabul edilmesi ve bu durumda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında korunması gerekmektedir⁴¹². Ancak konutu ticari veya mesleki bir amaç ile kullanacak olması halinde yapılacak finansal kiralama sözleşmesi TKHK m. 10/B kapsamında olmayacak, sonradan ticari veya mesleki amaçlarla kullanması halinde de sözleşmenin ticari nitelik kazanması nedeniyle işlem, ilgili Kanun kapsamından çıkacaktır.

Tüketicinin konutu karma amaçlı kullanım amacıyla edinmesi, örneğin, bir diş hekiminin satın aldığı konutu hem ev hem de işyeri olarak kullanmak istemesi durumunda hangi amaca üstünlük tanınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Öğretide bir görüşe⁴¹³ göre, sözleşmenin bir tarafı kısmen tüketici gibi davranırsa da⁴¹⁴ bu şekil bir edinmede tüketici olarak kabul edilmemelidir. Bu durumda bu şekilde yapılan bir sözleşmeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun değil Türk Ticaret

⁴¹¹ **ALTOP**, Tüketici Kavramı, s. 10, 14; **OZANOĞLU**, Tüketici Sözleşmeleri, s. 59; **ÇABRİ**, s. 55, 57; **MAKARACI**, s. 33; **GEZDER**, s. 159-169; **BATTAL**, (Tüketicinin Korunması), s. 322; **TAŞKIN**, s. 36; **ÇETİNER**, s. 2158.

ARKAN, Tüketici Kredileri, s. 36; **YAVUZ**, Nihat, Şerh, s. 20, dp. 36; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 66; **KUNTALP**, Tüketim ve Yatırım Malı, s. 306; **ZEVKLİLER / AYDOĞDU**, s. 81.

⁴¹² **ALTOP**, Tüketici Kavramı, s. 14.

⁴¹³ **MAKARACI**, s. 33.

Bu şekilde karma amaçlı mal veya hizmet alımında, kişilerin işletmeleri ya da mesleki faaliyetleri için yaptıkları alımın muhasebeleştirilmesi esnasında kayıtların bir bütün olarak tutulması ve bölünme olmayacağı düşünüldüğünde işlemin tüketici işlemi, işlem tarafının da tüketici sayılması mümkün olamayacaktır (**KEMPER**, Rainer, Verbraucherschutzinstrumente, Baden 1994, s. 18 (**ZEVKLİLER / AYDOĞDU**, s. 84'ten naklen)).

⁴¹⁴ **YAVUZ**, Nihat, Şerh, s. 206.

Kanunu ya da Borçlar Kanunu gibi genel hükümlerin uygulanması gerekecektir⁴¹⁵. Yargıtayın da bu yönde kararı mevcuttur⁴¹⁶.

Buna karşın⁴¹⁷, konutun hem mesken hem de özel amaçlı olarak edinilmesi halinde, zayıf konumdaki tüketicinin korunması amacı göz önde tutularak bu şekildeki finansal kiralama sözleşmelerinin doğrudan TKHK m. 10/B kapsamında olması gerektiği de savunulmaktadır. Buna göre, karma amaçlı bir konutun edinilmesinde barınma amacına üstünlük tanınarak işlem tüketici işlemi olarak nitelendirilmelidir⁴¹⁸.

Başka bir görüşe⁴¹⁹ göre ise, bu şekilde bir sözleşmenin birden fazla amaçla yapılması halinde hangi amacın ağırlıklı olduğuna bakılması ve işlemin tüketici işlemi/ticari işlem olduğuna buna göre karar verilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Buna göre, bir konutun ev, mesken amaçlı kullanım amacı ağır basmakta ise bu amaçla yapılan finansal kiralama sözleşmesinin de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekmektedir.

Konutun kullanım amacının değiştirilmesi, sözleşmenin niteliğini değiştirmez⁴²⁰. Burada önemli olan, sözleşme yapıldığı andaki iradenin ne olduğudur. Amacın kullanımdan farklı olduğu iddiasını ispat yükü, finansman sağlayan şirkettedir. Barınma amaçlı alınan bir konutun sonradan işyerine çevrilmesi onun konut özelliğini değiştirmeyerek bu konutun edinilmesi işlemi Tüketicinin Korunması

⁴¹⁵ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 206.

⁴¹⁶ Yargıtay 11. HD, T. 26.06.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112 : “ Bir ticari ortaklığın kendi adına araç alması ve bu aracı ticari ortaklığın işlerinde kullanması ve bazen de özel nitelikte kullanması, işlemin niteliğini değiştirmez.”

⁴¹⁷ ÇABRİ, s. 58.

⁴¹⁸ İşyeri olarak kullanılmak üzere alınan bir taşınmaz, belirli zamanlarda konut amaçlı kullanılsa (konutun bir odasının yatak odası olarak düzenlense) dahi asıl amacın ticari ve mesleki faaliyetler olması nedeniyle bu tür işlemler tüketici işlemi sayılmamalıdır (ÇABRİ, s. 59 dp. 98).

⁴¹⁹ BÜLOW / ARTZ, s. 84-86 (ÇABRİ, s. 58’den naklen); SCHEMELZER, Mikael, Der Konsumentenvertrag-Betrachtung einer obligationenrechtlichen Figur Unter Berücksichtigung des IPR und der EuroPaisschen Rechtsangleichung, Zurich 1995, s. 228 (OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 61’den naklen);

Ayrıca objektif kıstas olarak alınan şeyin maliyetlerin geri dönüp dönmemesi olduğu, bu amaçla da alınan şeyin maliyetinin işletme kayıtlarına geçip geçmediğine bakılması gerektiği de savunulmaktadır (ASLAN, s. 5).

⁴²⁰ GODEFROID, s. 47 (ÇABRİ, s. 60’tan naklen).

Hakkında Kanun kapsamında olmasını engellemeyeceği gibi, işyeri olarak kullanma amacıyla edinilmiş bir yerin de daha sonra barınma amaçlı kullanılması, onun ilgili Kanun kapsamına girmesini sağlamayacaktır çünkü işlem zaten tüketici işlemi sayılmayacaktır. Zira bunun aksinin kabulü halinde, finansal kiralama şirketinin bu durumu baştan bilseydi sözleşme yapmayabileceği ihtimali göz ardı edildiğinden finansal kiralama şirketinin durumu ağırlaşacaktır. Sonuç olarak tüketicinin sözleşme yapılırken taşıdığı amaç belirleyici olacaktır⁴²¹.

Karma amaçlı kullanım konusuna imar mevzuatı açısından da bakmak gerekir. İmar planına göre konut olarak kullanımı düzenlenen bir yerde özel faaliyetlerde bulunulması mümkün olmakla birlikte konutun bu amaçla edinilmiş olması halinde yapılacak finansal kiralama sözleşmesi TKHK m. 10/B kapsamına girmeyecektir. Bu konuda çıkacak bir uyuşmazlıkta konutun özel faaliyet için kullanıldığını ispat etme yükü finansman sağlayan kiralama şirketinde olacaktır. İmar planında hem konut hem ticari nitelikli olarak belirlenen bir taşınmazın hangi amaçla kullanıldığının tespitinde finansmanı edinen kişinin iradesi belirleyici olacaktır. Konut amaçlı kullanımda sözleşme TKHK m. 10/B kapsamında olurken, diğer amaçlar ile edinilmesi halinde ilgili Kanun kapsamına girmeyerek genel hükümlere tabi olacaktır. Söz konusu taşınmazın imar planında ticaret ya da turizm amaçlı konut amacı dışında bir amaçla kullanıma tahsis edilmesi halinde bu yerler konut niteliği taşımayacağından, bunların edinilmelerine ilişkin yapılacak kiralama sözleşmesi TKHK m. 10/B kapsamına girmeyecektir⁴²².

⁴²¹ KUNTALP, Tüketim ve Yatırım Mali, s. 311; ÇABRİ, s. 60.

⁴²² ÇABRİ, s. 60.

Ş II. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ, ŞEKLE AYKIRILIĞI, AYKIRILIĞIN SONUÇLARI ve GENEL İŞLEM ŞARTLARI

A. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ

Borçlar Hukukunun temel prensibi sözleşme serbestisidir. Sözleşme serbestisi içinde bir serbesti, şekil serbestisidir (BK m. 11-TBK m. 12/1)). Ancak, şekil serbestisi mutlak olmayıp BK m. 11’de ifade edildiği gibi, bazı hallerde irade beyanının sonuç doğurması için belli bir şekilde yapılması şartının yerine getirilmesi gerekmektedir⁴²³. Bazı sözleşmelerin geçerli olabilmesi için şekil zorunluluğu getirilmesinin amacı; sözleşme taraflarının sözleşmeye karar vermeden önce düşünmelerini sağlamak, taraf iradelerinin açıkça belirtilmesini sağlamaktır. Bu şartlarla birlikte resmi siciller, hukuki işlemin taraflarca yapılıp yapılmadığının ve neleri kapsadığının belirlenerek ispatının kolaylaşmasının yanında 3. kişiler için güvenilirlik ve kesinlik sağlamaktır⁴²⁴.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri, TKHK m. 10/B’de sayılan şekil şartlarına tabi olacaktır. Bu şekil şartları; yazılı şekilde yapılma, sözleşmenin Kanunda öngörülen asgari koşulları içermesi ve sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesidir. Tüketiciye sözleşme öncesi bilgi formunun verilmesi, bunun üzerinden bir iş günü geçmeden sözleşmenin imzalanmaması ise şekil şartı olmamakla birlikte sözleşmenin geçerliliğini etkilemesi nedeniyle bu koşullar arasında incelenecektir.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesi aynı zamanda bir finansal kiralama sözleşmesi niteliği de taşımaktadır. Bu nedenle de sözleşmenin finansal kiralama sözleşmesinin geçerlilik şartlarına da tabi olması gerekir. Bu şartlar

⁴²³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 116.

⁴²⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 117; TEKİNAY Selahattin S. / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993 (Borçlar Hukuku), s. 99; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 239.

ise noterlikçe düzenleme şeklinde yapılma ve finansal kiralama sözleşmesinin konutun bulunduğu tapu kütüğüne şerh edilmesidir. Konut finansmanı amacıyla yapılan sözleşmelerde, sözleşme şartlarını ve içeriğini şirketler belirlemekte olup tüketiciler de iradelerini ancak sağlayacağı finansmanın miktarı ve geri ödeme zamanı konularında ortaya koyabilmektedir. Bu sözleşmelerin geçerli olması için TKHK m. 10/B’de yer alan şekil şartı geçerlilik şekli olarak görülmekte, şekle uymamanın yükünü de finansal kiralama şirketinin yüklenmesi gerekmektedir⁴²⁵.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesinde, üzerinde anlaşılmış kayıtlardan birinin ya da birkaçının yerine başkalarını koyulması ya da mevcut kayıtların olay ve sonuç kısımlarının başka bir hale getirilmesi suretiyle⁴²⁶, sonradan değişiklik yapılması halinde bu değişikliğin şekle bağlı olup olmadığı hususu değerlendirilirken, Borçlar Kanunundan yola çıkmak gerekir. BK m. 12 (TBK m. 13)’e göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışında olacaktır. Bu hükümden yola çıkıldığında, bu sözleşmelerde sonradan yapılacak değişiklikler, TKHK m. 10/B’deki şekle uyulması halinde geçerli olacaktır. Sözleşmenin geçerliliği için aranan şekil şartı, sözleşmede sonradan değişiklik yapılması için de geçerli olacaktır.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmeleri için şekil şartı olmamakla birlikte, düzenlenip tüketiciye verilmesi ve sözleşmenin imzalanmasında bir ön şart olması nedeniyle Sözleşme Öncesi Bilgi Formu ve bu konudaki esaslara bu bölümde yer vereceğiz.

⁴²⁵ ÇABRİ, s. 128.

⁴²⁶ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 128.

1. SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİ FORMU

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki önemli bir değişiklik, m. 10/B/I ve II'de konut finansmanı kuruluşlarına, yapılacak finansal kiralama sözleşmesinin şartlarını içeren "Sözleşme Öncesi Bilgi Formu"nu tüketiciye verme zorunluluğu getirilmesidir. Ayrıca sözleşmenin imzalanabilmesi için bu formun verilmesinden itibaren bir iş günü geçmesi gerekmektedir.

Sözleşme Öncesi Bilgi Formuna ilişkin bazı unsurlar sözleşmenin geçerliliğini etkilemektedir. Bu forma ilişkin şartlar şekil şartı olmadığından, formdaki unsurlara aykırılık ve sonuçlarına da bu bölümde yer vereceğiz.

Uygulamada görüldüğü üzere tüketiciler, önceden hazırlanmış ve bastırılmış matbu sözleşmeleri, okuyup anlamadan imzalamaktadır. Tüketicinin, sözleşmenin yapılmasının sonucunda olabilecekler hakkında kapsamlı bir şekilde bilgilendirilmesi, altına girdiği yükümlülüğü sözleşme yapıldıktan sonra değil de yapılmadan önce fark etmesi⁴²⁷, genel işlem koşullarını inceleme fırsatı edinmesi⁴²⁸ ve konut finansman kuruluşlarının etkisinden uzaklaştıktan sonra sözleşme şartlarını sağlıklı bir şekilde değerlendirerek koşullar hakkında düşünme fırsatı sağlanması amacıyla da bu süre şartı getirilmiştir⁴²⁹. Bu hüküm sayesinde tüketici, sözleşmeyi incelemek için yeterli zamana sahip olacak, içeriğini anlama ve sözleşme ile gireceği yükümlülük ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olacak ve acele karar vermemiş olacaktır. Buradaki şartlar, özellikle finansman kuruluşları tarafından sözleşmede matbu olarak hazırlanan genel işlem koşulları olsa da tüketici hem şartlar hakkında bilgi sahibi olabilecek hem de sözleşmeyi finansman kuruluşunun baskısı altında kalmadan değerlendirebilecektir.

⁴²⁷ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 1016.

⁴²⁸ ÇABRİ, s. 117.

⁴²⁹ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 1016.

Sözleşme Öncesi Bilgi Formunun içeriği Sanayi ve Ticaret Bakanlığının çıkardığı Yönetmelikle belirlenmektedir⁴³⁰. TKHK m. 10/B f. 15’te sayılan asgari unsurların yer alması ve finansal kiralama sözleşmesinin de bu formun verilmesinden 1 iş günü geçtikten sonra imzalanması gerekmektedir. Bu hüküm FKK m. 4 ve m. 16 hükümleri ile birlikte uygulanacaktır. Tüketicinin malın ve satım şartlarının bilgisini kiralama şirketine bildirerek başvurduğu ilk aşamada, taraflar arasında bir önsözleşme yapılacak olması halinde, tüketiciye sözleşme öncesi bilgi formunun bu aşamadan önce verilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu durum önsözleşmenin, asıl sözleşmenin tabi olduğu şartlara göre yapılmasından kaynaklanmaktadır⁴³¹.

Konut finansmanı amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmesinin geçerliliğine, ayrıca “Sözleşme Öncesi Bilgi Formu”nun, ilgili Yönetmeliğin 7. maddesindeki unsurları içermesi yönünde de bir şart getirilmiştir. Bu kısıtlamanın da tüketicinin korunması amacına yönelik olduğu açıktır, zira söz konusu unsurlar tüketicinin yeterince bilgilendirilmesini sağlayacak detay ve açıklıkta belirlenmiştir. Bu unsurlar; toplam kira bedeli, sözleşme konusu konuta ait bilgiler, yıllık maliyet, toplam kiranın sabit ve değişken faiz seçeneklerine göre anapara faiz dağılımı ve değişken kira bedelinde buna esas alınacak referans faiz veya endeks, faiz dışı maliyet kalemleri, kira bedeli ödeme planı, teminat, kira gecikme faiz oranı, temerrüdünün hukuki sonuçları, vadeden önce kira ödeme şartları⁴³², yabancı para ile ödeme halinde kira esas tarih, konut kıymet takdiri şartları ve varsa sigorta bilgileridir. Bu bilgiler, kiralama sözleşmesinin kurulmasından bir gün önce tüketiciye bildirilmesi zorunludur ve sözleşme şartlarını içerir niteliktedir.

Konut finansmanı amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmesine yönelik hazırlanan SÖBF’da yer alması gereken unsurlar, konut kredisi sözleşmesi sözleşme

⁴³⁰ Konut Finansmanı Kuruluşlarının Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 31.05.2007 tarih, 26538 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. (Çalışmamızın bu bölümünde “Yönetmelik” olarak anılacaktır.

⁴³¹ Şekil bakımından, önsözleşmenin asıl sözleşmenin tabi olduğu noterlikçe tanzim usulüne göre tanzim edilmesi gerekecektir (BK m. 22). ÇELİKOĞLU, s. 2019.

⁴³² Ödemelerde enflasyon etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. AKMAN, Sermet, Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konuda Yargısal Kararlar, İBD., Y. 1989, C. 63, S. 10-11-12, s. 624 vd.

öncesi bilgi formunda yer alması gereken unsurlar ile ayrı maddelerde düzenlenmiş olmakla birlikte aslında benzer içeriktedirler⁴³³. Farklı olarak, konut finansmanı amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmesi sözleşme öncesi bilgi formunda, formun ön yüzünde yer alacak şekilde en az on altı punto ve koyu siyah harflerle, “tüketicinin muacceliyet uyarısında verilecek olan süre içerisinde borcunu kapatmaması durumunda, konut finansmanı kuruluşunun finansal kiralama sözleşmesini feshettiği takdirde konutu derhal satışa çıkaracağına, her iki tarafın yükümlülüklerini yerine getirmeleri durumunda kiralama işleminin sonucunda mülkiyet devrinin yapılıp yapılmayacağına, konutun tüketici tarafından kiraya verilmesi halinde kiralayana bildirmesi gerektiğine, kiralayandan yazılı izin almak kaydıyla tüketicinin kiracılık veya sözleşmeden doğan hak ve/veya yükümlülüklerini devredebileceğine...” hükmünün ve ödemelerde temerrüde düşülmesi halinde finansal kiralama sözleşmeleri için uygulanacak olan gecikme faiz oranının yer alması gerekmektedir.

Değişken faiz içeren konut finansmanı sözleşmelerine dair tüketicinin bilgilendirilmesi amacıyla, “Değişken Faizi İçeren Konut Finansmanı Sözleşmelerine Dair Tüketicilerin Bilgilendirilmesi Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik” hazırlanmıştır. Buna göre, konut finansman kuruluşlarının değişken faiz içerecek şekilde finansman sağlamaları halinde, sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciyi, Yönetmelikte düzenlenmiş hususlar çerçevesinde bilgilendirmeleri gerekmektedir. Ayrıca tüketicinin korunması amacıyla değişken faizle finansman sağlanması durumunda değişken faize ilişkin azami bir oran olacağı ifade edilmiştir (TKHK m. 10/B/15). Bu hükümler sayesinde tüketici, konut finansman kuruluşu tarafından getirilen teklifin bütün hüküm ve sonuçlarını görebilecek ve sözleşmenin yapılması sonucu nasıl bir yükümlülük altına gireceği hususunda da bilgili ve hazırlıklı olabilecektir⁴³⁴.

⁴³³ ÇABRİ, s. 120.

⁴³⁴ ÇABRİ, s. 122.

Yazar tarafından, konut finansmanına ilişkin olarak yapılmış birçok düzenleme bulunduğundan, bu konunun ayrı bir yönetmelik ile düzenlenmesine gerek olmadığı, “Konut Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”e bir hüküm eklenmesi daha uygun bulunmaktadır (ÇABRİ, s. 121, dp. 247).

Yönetmelikte yer alan unsurlardan bazılarının Sözleşme Öncesi Bilgi Formunda yer almaması halinde, bilgi formundaki eksikliğin tüketicinin iradesinin oluşmasında esaslı olup olmadığına bakılması gerektiği; eksikliğin sözleşmenin kurulması aşamasında tüketicinin iradesi etkileyecek, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olması halinde tek yanlı geçersizliğin söz konusu olarak geçersizliğin sadece tüketici tarafından ileri sürülebileceği; ancak tüketicinin iradesinin oluşmasında esaslı nitelikte değilse bu durumun sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği savunulmaktadır⁴³⁵. Bu durumda da yine SÖBF'nun verilmemesi ya da verildikten sonra bir işgünü geçmeden sözleşmenin imzalanması durumunda; uygulanan faiz oranı, sözleşme masrafları, geri ödeme yükümlülükleri bakımından tüketicinin durumunu ağırlaştırmayan ve finansal kiralama şirketinin bütün müşterilerine sunduğu şartlarla sözleşme yapılması halinde de sözleşme geçersiz olacaktır⁴³⁶.

Sözleşme Öncesi Bilgi Formunda yer alan bilgiler, konut finansman kuruluşu için bağlayıcı niteliktedir (Yönetmelik, m. 5/II). İcap, bir sözleşmenin oluşması amacıyla bir kişinin teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanıdır⁴³⁷. SÖBF'nun icap niteliğinde olması ya da konut finansman kuruluşu açısından bağlayıcı olması hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre⁴³⁸ formun bağlayıcı olduğu kabul edilebilir fakat sırf bu ifadeden yola çıkarak formun icap niteliği taşıdığını ileri sürmek mümkün değildir. Konut

Kanaatimizce, bahsedilen şekilde bir düzenleme yapılmasının bir eksiklik yaratmayacaktır. Ancak nihai amaç tüketicinin korunması olduğundan, bu şekilde ayrı bir düzenleme yapılması, tüketicinin değişken faizle sözleşme yapmanın risklerini fark etmesi, bunun hakkında bilgi sahibi olması ve ayrı bir Yönetmelik olarak hazırlanması sayesinde daha geniş düzenlenmesi açısından isabetli olmuştur.

⁴³⁵ ÇABRİ, s. 126, 127.

Yargıtay 13.HD, T. 02.05.2008, E. 2008/4345, K. 2008/6088; **Yargıtay** 13. HD, T. 20.04.2009, E. 2008/15042, K. 2009/5386 (www.kazanci.com; 10.03.2011). Yargıtay, tüketici sözleşmelerinin 12 punto hazırlanmamasının, sözleşme şartlarının tüketici ile müzakere edilmediğine dair bir “karine” oluşturmakta ve bunların haksız şart niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

⁴³⁶ ÇABRİ, s. 126.

⁴³⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 45; EREN, s. 219; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 82.

⁴³⁸ MAKARACI BAŞAK, Aslı, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Kredi Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılığın Sonucu”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut CENTEL’e Armağan, İstanbul 2011, s. 911-912.

Finansmanı Kuruluşlarınca Verilecek Sözleşme Öncesi Bilgi Formu Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin⁴³⁹ Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Sözleşme Öncesi Bilgi Formuna yönelik 7. maddesinde faiz türlerine göre (sabit-değişken-karma) “*Aylık taksitlerin azami faiz oranını geçmemek üzere değişiklik gösterebileceği konusundaki bir ibare ile 10.000 YTL temel alınarak, 5, 10 ve 20 yıllık vadeler için hazırlanacak örnek ödeme planı*” içermesi gerektiği ifade edilmekte ve buna göre bu formların her tüketici için özel olarak hazırlanmayıp matbu olduğu sonucu anlaşılmaktadır.

Buna benzer bir diğer görüşe göre⁴⁴⁰, Sözleşme Öncesi Bilgi Formu’nun icap niteliği taşımamakla birlikte konut finansmanı kuruluşu açısından bağlayıcı da olmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşte “bağlayıcılık” ifadesi eleştirilerek, söz konusu formun gerek icap gerekse icaba davet olarak nitelendirilmesi” halinde tüketicinin hayat ve konut sigortası yaptırmasının zorunlu olmadığı” ifadesinin yer alması sebebiyle bu sigortaları yaptırmak istemeyen tüketiciye finansman sağlamak zorunda kalacaklarından, finansman kuruluşları açısından bu şekilde sözleşme yapmalarının sakıncalara sebep olacağı da savunulmaktadır. SÖBF’nun icap niteliğinde olabilmesi için de bu niteliği taşıdığı hususunun Kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği ancak böyle bir düzenleme bulunmadığı belirtilmektedir. Burada, kiralayanın finansal kiralama konusu şeyin sigortalanması konusunda bizzat yükümlü olduğu göz ardı edilmemelidir (FKK m. 17/2). Dolayısıyla en azından konut sigortası bakımından bu endişeye gerek olmayacaktır.

Buna karşın diğer bir görüşe⁴⁴¹ göre ise, Yönetmeliğin 5. maddesindeki “bağlayıcılık” ifadesi dolayısıyla sözleşme öncesi bilgi formu, konut finansmanı kuruluşu açısından icap niteliğinde ve bağlayıcıdır. Sözleşme öncesi bilgi formu tüketiciye formdaki şartlarla sözleşme kurulmasını talep etme hakkı vermekle birlikte

⁴³⁹ Yönetmelik m. 7/ç/5, 7/d/10 ve 7/e/10.

⁴⁴⁰ REİSOĞLU, Konut, s. 82.

Ancak bu nedenle sözleşmenin yapılmaması Kanun’a aykırı olacaktır (AYDOĞDU, Murat, Konut Finansman Sistemi, Ankara 2010, s. 66).

⁴⁴¹ OKSAY ÖZYÜKSEL, s. 85; ÇABRİ, s. 118; AYDOĞDU, s. 67 (Sözleşmedeki tüm esaslı unsurların yer alması sebebiyle icap, bunlara Kanun gereğince yer verilmesinden dolayı da icaba davet olarak nitelendirilmesi de mümkün görülmektedir).

finansal kiralama kuruluşunun formdaki şartlarla kurulmasına engel olmasını ve tüketiciden başka şartlarla sözleşme yapılmasını istemesini engelleme amacı taşımaktadır⁴⁴². SÖBF'nun bağlayıcı sayılmaması halinde Kanundaki formun tüketicieye verilme veya bir iş günü geçmeden imzalanısa da sözleşmenin esnek bir yaklaşımla yine geçerli olması halinde düzenlemenin bir anlam ifade etmeyeceği ve bu zorunluluğun kiralama şirketi için bağlayıcı ve tüketicinin korunmasını amaçlayan emredici nitelikte bir hüküm olduğu belirtilmektedir. Zira böyle bir bağlayıcılık olmaması halinde, konut finansmanı kuruluşunun şartları dilediği gibi belirleyebilme ya da değiştirebilmesine zemin hazırlanması nedeniyle, ilgili formun verilerek tüketicinin korunması amacıyla uzaklaşılacaktır.

Kanaatimizce, SÖBF icap niteliği taşımayan fakat finansal kiralama şirketi açısından bağlayıcı olan bir ön bilgi formudur. Sözleşmedeki bedel ve vadeler yapılacak sözleşmeden bağımsız ve standarttır ve sözleşmenin esaslı unsurlarından olan “kiralama bedeli” formda yer almamaktadır. Ancak elbette ki SÖBF'nun bağlayıcı niteliği bundan etkilenmemelidir. SÖBF'nun amacı tüketicieyi, yapacağı sözleşme ile nasıl bir yükümlülük altına gireceğini en azından bir iş günü sürede de olsa düşünmesini sağlayarak daha bilinçli bir şekilde sözleşme yapabilmek suretiyle korumaktır. Kiralama şirketinin, sözleşmenin şartlarına dair tüketicinin bilgi edinmiş olarak sözleşme yapmayı kabul ettiği şartlar ile bağlı kalmayarak farklı şartlar içeren bir sözleşme sunması demek, SÖBF ile ilgili bu düzenlemenin işlevsiz olması demektir. Bununla birlikte, finansman kuruluşunun tüketicieyle SÖBF'daki şartlar üzerinden müzakere yapacak olması, yapılacak finansman sözleşmesine buradaki şartların esas teşkil edecek olması, SÖBF'nun tüketicieyi finansal kiralama kuruluşundan bu şartlarla sözleşme yapmayı talep etme hakkı verdiği, asıl korunması istenen tarafın tüketici olduğu ve bu yüzden de finansman kuruluşunun tüketicieyi form dışındaki başka şartlarla sözleşme yapmaya zorlamasının engellenmesinin amaçlandığı hususları birlikte değerlendirildiğinde; finansman kuruluşunun SÖBF ile bağlı olması gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu yüzden de SÖBF'nun kiralama şirketi için bağlayıcı nitelikte olması gerekmektedir. SÖBF'nun

⁴⁴²ÇABRİ, s. 118.

verilmemesi durumunda sözleşmenin geçersizliğinin ancak tüketici tarafından iddia edildiğinde ya da hakim tarafından tüketici lehine re'sen dikkate alınmasının⁴⁴³ daha hakkaniyetli olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca, tüketicinin konut sigortası dışındaki ilgili sigortaları yaptırmak istememe hakkı vardır, finansman kuruluşunu bu formun bağlayıcı olmaması sayesinde korumak mümkün değildir. Ancak bu şekilde bir koruma için bu şartın formdan da kaldırılması gerekecektir.

Sözleşme Öncesi Bilgi Formunun tüketiciye yazılı olarak verilmesi ve verilmesini izleyen bir iş günü geçmeden imzalanması⁴⁴⁴ halinde yapılacak finansal kiralama sözleşmesi geçersiz olacaktır. Bu geçersizlik (TKHK m. 10/B/II), konut finansmanı sözleşmesinin hükümsüz olması anlamına gelmektedir⁴⁴⁵. Bu geçersizliğin kesin hükümsüzlük olarak yorumlanması gerekir⁴⁴⁶. SÖBF'nun kendisine verilmemesi nedeniyle finansal kiralama sözleşmesinin geçersiz olması halinde tüketici, zararı olursa bunun tazminini finansal kiralama şirketinden "culpa in contrahendo" ilkesi gereğince talep edebilecektir⁴⁴⁷.

Sözleşmenin imzalanması için gereken sürenin hesabında iş günü esas alınmış olup SÖBF'nun tüketiciye örneğin cuma günü verilmesi halinde finansal kiralama sözleşmesi en erken salı günü imzalanabilecektir⁴⁴⁸. Böyle bir süre geçmeden imzalanan sözleşme kesin hükümsüz olacak ve hakim bu hususu res'en göz önünde tutacaktır⁴⁴⁹. Sözleşmenin tüketiciye verilmesi ve belirtilen süre geçmeden

⁴⁴³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 120, 127.

⁴⁴⁴ TBB bu uygulamayı şu şekilde eleştirmektedir :

Sözleşme öncesi bilgi formu kredi kullandırım sürecini yavaşlatıcı bir etki yapacağından Birliğimiz bu formun alınmasını uygun bulmamaktadır. Sözleşme aşamasına gelene kadar başvuru sahibinin kredi değerliliği tespit edilmekte, istihbarat çalışmaları yapılmakta ve kredi konusu konuta değer tespiti için ekspertiz işlemi yapılmaktadır. Bu işlemler vakit almaktadır. Genellikle 4 günden az olmayan bu süre başvuru sahibinin tekrar düşünmesi için yeterli bir süredir..." Türkiye Bankalar Birliği'nin "Konut Finansman Sistemine İlişkin Yasalarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı" Hakkında Değerlendirme, Görüş ve Önerileri, Ekim 2005, s. 8 (http://www.tbb.org.tr/tr/Duzenlemeler/Tbb_Gorusleri.aspx, 20.07.2011).

⁴⁴⁵ ÇABRİ, s. 122.

⁴⁴⁶ REİSOĞLU, Konut Kredisi, s. 330.

⁴⁴⁷ GEZDER, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009 (Culpa In Contrahendo), s. 107; MAKARACI BAŞAK, s. 920.

Culpa In Contrahendo hakkında çalışmamızın Şekle Aykırılık ve Sonuçları (İkinci Bölüm, § 2, B) bölümünde kısaca bilgi verilmektedir.

⁴⁴⁸ MAKARACI BAŞAK, s. 911.

⁴⁴⁹ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 1016.

imzalanması yönündeki bu iki zorunluluk ile tüketicinin sözleşme koşulları hakkında bilgilendirilmesi ve düşünmesinin sağlanarak korunması amaçlanmıştır⁴⁵⁰.

2. SÖZLEŞMENİN YAZILI ŞEKLE TABİ OLMASI

Konut finansmanı sözleşmeleri, TKHK m. 10/B/III gereğince yazılı şekilde yapılmalıdır. Bu şekil, adi yazılı şekildir⁴⁵¹. Bu sözleşmeler iki tarafa borç yükleyen nitelikte olduğundan, BK m. 13/1 (TBK m. 14/1) gereğince her iki tarafça da imzalanmalıdır. Tarafların iki ayrı nüshayı imzalayarak, kendi imzasının olduğu nüshayı karşı tarafa iletmesi yeterli olacaktır⁴⁵².

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin şekil şartı ile ilgili olarak uyulması gereken bir zorunluluk da sözleşme şartlarının yazılışına ilişkindir. Bu düzenleme, konut finansmanı sözleşmelerinin açık, anlaşılabilir ve net olmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/VI'da, tüketici sözleşmelerinin en az 12 punto ve siyah harflerle düzenlenmesi öngörülmüştür. Her ne kadar TKHK m. 10/B'de bu şartlara atıf yapılmasa da tüketicinin korunması amacıyla getirilmiş bu düzenlemenin TKHK m. 10'da konut kredilerinde olduğu gibi TKHK m. 10/B kapsamında yer alacak sözleşmelere de uygulanması gerekecektir⁴⁵³.

Finansal kiralama sözleşmeleri, FKK m. 8/1'e göre noterlikçe düzenlenmelidir. Bu sözleşmeyi noter, tarafların kendisine yönelttikleri beyanları, iki şahit huzurunda tespit ederek doğrudan kendisi düzenler. Bu şekil bir geçerlik şartıdır⁴⁵⁴. Noterlikçe

⁴⁵⁰ İNAL, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, s. 365.

⁴⁵¹ MAKARACI BAŞAK, s. 912.

⁴⁵² OĞUZMAN / ÖZ, s. 121.

⁴⁵³ MAKARACI BAŞAK, s. 913.

⁴⁵⁴ TKHK m. 10/B/VI'da konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerine, FKK'nun uygulanmayacak hükümleri sayılmakta, bunlar arasında şekle ilişkin 8. madde yer almamaktadır.

Taşınmaz bir malın finansal kiralama konusu olması halinde, sözleşmenin noter tarafından res'en düzenlenmesi ile gerekli şekil şartı yerine getirilebilecektir. FKK m. 9'a göre, sözleşme süresi sonunda kiracıya finansal kiralama konusu malı satın alma hakkının tanındığı sözleşmelerin noter tarafından düzenlenmesi, hem sözleşmenin hem de bu "alım hakkı"nın geçerli olması için gereklidir. Bu şekilde, FKK m. 8/1'deki taşınmaz üzerinde alım hakkı tanınmasına dair alım sözleşmesinin resmi

düzenlenmeyen ancak sadece imzaları noter tarafından tasdik edilen sözleşmeler BK m. 11/2 (TBK m. 12/2) gereğince kesin hükümsüzdür⁴⁵⁵ ve bu hükümsüzlük hakim tarafından re'sen dikkate alınır⁴⁵⁶. Ayrıca taşınmaz mallara ilişkin finansal kiralama sözleşmesinin taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün ilgili bölümüne şerh edilmesi gerekmektedir. Bu konu aşağıda⁴⁵⁷ detaylı olarak incelenmektedir. Konut finansmanı sözleşmelerinden biri olan finansal kiralama sözleşmelerinde nitelikli yazılı şekil ya da noterlikçe düzenlenme şeklinin geçerli olması hususunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilkinde göre⁴⁵⁸, sadece yazılı şekilde sözleşme yapılması konut kredileri için söz konusu olmakta, finansal kiralama sözleşmeleri için FKK m.8/1 uyarınca noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması zorunluluğu bulunmaktadır, bu durum tüketiciyi daha koruyucu bir yöntemdir. Üstelik sözleşmenin süresi sonunda mülkiyetin tüketiciye geçirileceğinin kararlaştırılması halinde sözleşmenin “satış vaadi” niteliği taşıyacak olması nedeniyle zaten noterlikçe düzenleneceği belirtilmektedir.

Karşıt görüşe⁴⁵⁹ göre ise, finansal kiralama sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için nitelikli yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Zira bu durum tüketici açısından daha ekonomik olacaktır çünkü noterlikçe düzenlemenin bir masrafı olacak ve finansal kiralama şirketi de bu masrafı tüketiciden talep edebilecektir. Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun özel kanun, Finansal Kiralama Kanunu genel kanun niteliğindedir ve böyle bir durumda özel kanun niteliğindeki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri geçerli olacak ve bu tür finansal kiralama sözleşmelerinin geçerli

şekle tabi olması (ALTOP, Bülten, s. 1) ve TBK m. 236/1-2'de yer alan resmi şekil şartının noterce yerine getirilmesi hususunda Yargıtay Kararları da mevcuttur.

Yargıtay 6. HD 10.05.1955, E. 1955/2306, K. 1955/2485; **Yargıtay 6.** HD 29.12.1952, E. 1952/985, K. 1952/3045 (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 406, dp. 727).

⁴⁵⁵ KOCAĞA, s. 92; KÖTELİ, s. 95.

⁴⁵⁶ REİSOĞLU, Safa, s. 14.

⁴⁵⁷ Üçüncü Bölüm, § 2, A, 5.

⁴⁵⁸ AYDOĞDU, Murat, Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerin Tüketici Hukukuna Etkileri, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007 (Konut Finansman Sistemi), s. 570-572.

⁴⁵⁹ ÇABRİ, s. 112-113.

olması nitelikli yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır. Taşınmazın bulunduğu tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı da devam edeceğinden⁴⁶⁰ tüketicinin korunması hususunda bir kayıp oluşmamaktadır.

Kanaatimizce, konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin de FKK m. 8/1 kapsamında noterlikçe düzenlenerek tapuya şerh edilmesi gerekmektedir. Sırf maliyet unsurundan kaçınmak için Finansal Kiralama Kanununun uygulanmaması doğru olmayacaktır. Zira kiracı değişikliği gibi durumlarda sorun yaşanmasına sebep olacak, bedeli yüksek bir mal olan konutun edinilmesinde⁴⁶¹ tüketicinin korunması unsuru zayıflayacaktır. Kanunun, finansal kiralama sözleşmelerinin yapılmasında konut kredilerine benzeterek nitelikli yazılı şekilde yapılmasını amaçladığını düşünmemekteyiz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda belirtilmemesi FKK m. 8'in uygulamasını kaldıracağı şeklinde yorumlanmamalı ve bu sözleşmeler noterlikçe düzenlenmelidir.

3. SÖZLEŞMEDE BULUNMASI GEREKEN ZORUNLU KAYITLAR ve UNSURLAR

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 10/B/XV'te konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinde yer alması gereken zorunlu unsurlar olduğu ifade edilmiştir. Konut finansman sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için içermesi gereken ve TKHK m. 10/B'de sayılan kayıtlar, öğretide "tüketici kredi işlem koşulları" olarak nitelendirilmektedir⁴⁶². Bu hükümler, uzun süreli borç altına giren tüketicinin, sözleşmenin hüküm ve sonuçları hakkında bilgilendirilerek aydınlatılmasını ve sözleşme hükümlerinin sözleşme süresince tüketici aleyhine değiştirilmesini engellemeyi sağlamak amacıyla düzenlenmiştir⁴⁶³.

konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için içermesi gereken unsurlar TKHK m. 10/B/XV'da sayılmakta olup yer

⁴⁶⁰ ÇABRİ, s. 113, dp. 230.

⁴⁶¹ AYDOĞDU, Konut Finansman Sistemi, s. 570, dp. 38.

⁴⁶² AKİPEK, Tüketici Kredisi, s. 236; ZEVLİLER / AYDOĞDU, s. 286.

⁴⁶³ ÇABRİ, s. 129.

alması gerekenler şu şekildedir; toplam kira bedeli, finansal kiralamaya konu olan konuta ilişkin bilgiler, yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı (değişken faizli sözleşmelerde yıllık faiz oranı ve yıllık maliyet oranı başlangıç ve azami faiz oranı için ayrı ayrı hesaplanır), toplam borç tutarının anapara, faiz ve diğer giderler itibariyle dağılımı (değişken faizli sözleşmelerde başlangıç faiz oranı veya kira bedeli ve azami faiz oranı veya kira bedeli esas alınarak hesaplanacak toplam borç tutarları), değişken faizli sözleşmelerde baz alınan endeks ve kira bedellerindeki değişimin hesaplanma yöntemi, ilk yıl için dönemsel olarak ve kalan yıllar için yıllık olarak hazırlanan ödenen anapara, ödenen faiz, diğer giderler, kalan anapara, ilgili dönemler için kira bedellerinin yer aldığı ödeme planı (değişken faizli sözleşmelerde, başlangıç ve azami faiz oranları kullanılarak iki ayrı ödeme planı oluşturulacaktır), kira ödeme sayısı, ödeme tarihleri, belirlenen ödeme tarihinin resmi tatile gelmesi halinde ödemelerin ne zaman yapılacağı, ilk ve son ödeme tarihleri, istenecek teminatlar, ödemelerde temerrüde düşülmesi halinde finansal kiralama sözleşmeleri için uygulanacak gecikme faiz oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, kira ödemelerinin vadesinden önce yapılmasına ilişkin şartlar ve sabit faizli sözleşmelerde erken ödeme ücreti öngörülmekte ise hesaplanmasına ilişkin esaslar, kira bedellerinin yabancı para⁴⁶⁴ cinsinden belirlenmesi durumunda kira tutarları ile toplam borç tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar, sözleşmeye konu olan konutta kıymet takdirini gerektirecek haller ve kıymet takdirinin kimler tarafından yapılabileceği ve varsa sözleşmeye konu olan konuta ilişkin sigorta bilgileridir⁴⁶⁵.

Yukarıda sayılan unsurlar, sözleşmede yer alması zorunlu unsurlardır. Bu unsurların bulunmaması, tüketicinin aleyhine olacak şekilde kaldırılması, aksinin kararlaştırılması veya değiştirilmesi mümkün değildir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Yabancı para cinsinden finansman ve ödeme hakkında bilgi için Bkz. **AYDOĞDU**, Mortgage, s. 20-21.

⁴⁶⁵ **ÇABRİ**, s. 130.

⁴⁶⁶ Bu unsurların eksikliği halinde sözleşmenin geçersiz olup olmayacağı konusundaki görüş ayrılığına “Şekle Aykırılık ve Sonuçları” bölümünde yer verilmektedir.

4. SÖZLEŞMENİN BİR NÜSHASININ TÜKETİCİYE VERİLMESİ ZORUNLULUĞU

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 10/B/III hükmüne göre, yazılı şeklin yanında sözleşmenin bir nüshasının da tüketiciye verilmesi zorunludur. Finansal kiralama şirketi açısından bu durum bir yükümlülük teşkil eder fakat şekle ait bir yükümlülük değildir⁴⁶⁷.

Buna göre, finansal kiralama şirketinin sözleşmeyi en az iki nüsha olarak düzenlenmesi ve bir nüshayı tüketiciye vermesi gerekmekte olup bu hüküm tüketicinin korunması açısından önemlidir çünkü tek nüsha düzenlenmesi halinde tüketiciden sadece imza alınarak kredi miktarı, faiz oranı gibi yerleri sonradan kuruluşlar tarafından doldurulabilecektir. İki nüsha düzenlenmesi halinde tüketici altına girdiği borç ve yükümlülüklerini, haklarını; toplam kredi maliyetleri, aylık taksit tutarı, ödeme zamanı gibi hususları görerek bunların bilincinde olması ve kendini bunlara göre ayarlamasını sağlaması ile tüketiciye ispat kolaylığı sağlaması açılarından faydalıdır⁴⁶⁸.

5. KONUT FİNANSMANI AMACIYLA YAPILAN FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN ŞERH EDİLMESİ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun m. 24 ile konut finansmanı sözleşmeleri düzenlenmiş, maddenin 3. fıkrası ile bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması öngörülmüştür. Konut finansmanı sözleşmelerinin konusunu bir finansal kiralama sözleşmesinin oluşturması da mümkündür. Söz konusu sözleşmenin amacının, tüketicinin (kiracının) sözleşme süresi sonunda gayrimenkulün mülkiyetini edinmesi olması nedeniyle, bu sözleşmeyle kiracıya gayrimenkulün mülkiyetinin kira ödemelerinin tamamlanmasını müteakip kiralayan tarafından kendisine geçirilmesini talep etme hakkı da tanınabilir. Bu durumda, finansal kiralama sözleşmesi aynı

⁴⁶⁷ MAKARACI BAŞAK, s.921.

⁴⁶⁸ AKİPEK, Tüketici Kredisi, s. 255; İNAL, Tüketici Kredisi, s. 213; MAKARACI, s. 72.

Sözleşmeyi yazılı yapılmayarak bir nüshasını tüketiciye vermeyen kuruluşlara yönelik olarak TKHK m. 25/II'de idari para cezası öngörülmüştür.

zamanda bir gayrimenkul satım vaadini de içerecektir. Söz konusu sözleşme tapu kütüğüne şerh edilebilmekle birlikte kiralayan tarafından şerh verilmemesi halinde kiracının sözleşmede aksine hüküm yoksa tek taraflı beyanla tapu kütüğüne sözleşmeyi şerh ettirebilmesi mümkün olmadığından (Tapu Kanunu m. 26/5), uygulamada konut finansmanı sözleşmesinde, bu sözleşmenin kiracı tarafından tek taraflı olarak tapu kütüğüne şerh ettirilebilmesine yönelik olarak kiralayanın kiracıyı vekil tayin ettiğine dair bir hükme yer verilmesi kiracı açısından faydalı olacaktır. Finansal kiralama sözleşmesindeki kiracının değişmesi halinde kiracı değişikliğinin şerh ettirilmesini öngören m. 26 için de aynı hususlar geçerli olacaktır. Diğer taraftan, FKK m. 9 ve FKK m. 8 ile finansal kiralama sözleşmesinin noterlikçe yapılması geçerlilik şartı olarak öngörülmüş ve söz konusu sözleşmenin de tapuya şerh verilmesi zorunluluğu belirtilmiştir. Bu noktada 5582 Sayılı Kanun m. 10/B f. 3 ile FKK m. 8'in, kira dönemi sonunda kiralama konusu gayrimenkulün mülkiyetinin kiracıya geçirilmemesi durumunda, kiracının açacağı tescile icbar davasının dinlenmemesi sorunu ile karşı karşıya kalmamasını teminen bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı görüşüne katılmaktayız⁴⁶⁹.

Finansal Kiralama Kanunu m. 8/1 ve m. 3'teki "beyanlar hanesine şerh edilme" ifadesi, doktrinde uygun bulunmamaktadır⁴⁷⁰. Bu nedenle öncelikle bunların ne olduğuna değinmek gerekir. Şerh, bazı şahsi haklar ile malikin tasarruf yetkisini sınırlayan kararların, kütüğün şerhler sütununa yazılması işlemidir (MK m. 1009-1011; TST m. 54 vd.). Beyan ise, taşınmazlar ile ilgili bazı hukuki ve fiili durumların tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazılması işlemi olup bu sayede bu ilişkiler "aleniyet" kazanmaktadır⁴⁷¹ (MK m. 1012; TST m. 60 vd.). Beyanlar sütununa yazılacakları ise, MK m. 1012'de şu şekilde açıklanmaktadır: "*Bir taşınmazın eklentileri, malikin istemi üzerine kütükteki beyanlar sütununa yazılır. Bu kaydın terkinin, kütükte hak sahibi görünen bütün ilgililerin rızasına bağlıdır. Taşınmaz mülkiyetine ilişkin kamu hukuku kısıtlamalarının beyanlar sütununa yazılması ve bu sütuna yazılabilecek diğer hususlar tüzükle belirlenir.*" Burada TST'ne bakarsak, m.

⁴⁶⁹ BAŞ, Şanlı, Konut Finansmanı Kanununun Finansal Kiralama İşlemleri Bakımından İrdelenmesi, 20.04.2007, http://www.alomaliye.com/2007/sanli_bas_mortgage.htm, (10.08.2010).

⁴⁷⁰ ALTOP, Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, s. 38; KOCAĞA, s. 101; BAŞTÜRK, s. 117.

⁴⁷¹ AKİPEK / AKINTÜRK, s. 248.

61’de eklentiler, m. 62’de kurulması artık mümkün olmayan aynı haklar, m. 63’te vesayet altına alınma ve m. 64’te işçi ile yüklenicinin işe başlama tarihlerinin beyanlar sütununa yazılacağı ifade edilmektedir.

Tapu kütüğünde hangi sütuna hangi hakların, bilgilerin yazılacağı belirtilmiştir. Buna göre, beyanlar hanesine bir alacak hakkının şerh edilmesi söz konusu değildir. Kanunda yanlışlıkla beyanlar hanesine şerh deyimi kullanıldığını, taşınmaz mala ilişkin sözleşmenin tapu kütüğü beyanlar hanesine kaydedilmesi gerektiğini savunan görüşe⁴⁷² karşın, bizim de desteklediğimiz diğer görüşe göre⁴⁷³ ise “beyanlar hanesine şerh edilir” ifadesi yanlış olup ya beyanlar hanesine kaydedileceği ya da kütük yaprağında şerhler için ayrılmış bölüme şerh edileceği belirtilerek, çözümün kütük yaprağında şerhler için ayrılmış bölüme şerh edilmesinden yana olması gerektiği, sonucun da şerhin amacına uygun olacağı ifade edilmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, beyanlar hanesine şerh edilmenin doğru bulunmamasının dayanağı, şerhin beyanlar hanesine değil, kütükte şerhler için ayrılmış bölüme yapılması gerekmesi, beyanlar hanesine ise bir hakkın şerh edilmeyip sadece yazılması ya da kaydedilmesi⁴⁷⁴ ve Tapu Sicil Tüzüğü’nde beyanlar sütununa yazılacaklar arasında sayılmamasıdır. Ayrıca tapu kütüğüne sözleşmelerin değil, hakların tescil ya da şerh edilmesi söz konusudur. Buna göre tapuya şerh verilmesi söz konusu olan şey, madde metninde ifade edildiği gibi sözleşmenin kendisi değil, kiracının yararlanma ve kullanma hakkıdır⁴⁷⁵.

⁴⁷² OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 197; KOCAĞA, s. 101; BAŞTÜRK, s. 106.

Bu şerh sisteminde adi kira sözleşmesindeki şerh sisteminden neden ayrıldığı, kiracının şahsi hakkının kuvvetlendirilerek yeni maliklere karşı ileri sürülebilmesinin Hukuk sistemimizde sağlanabilirken, beyanlar hanesine yapılacak bir kaydın böyle bir etkiyi yaratmasının sağlanmaması gerektiği yönündeki eleştirileri için bkz. ALTOP, Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, s. 39.

⁴⁷³ ALTOP, Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, s. 39; ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 100-101.

KÖTELİ’ye göre, şahsi bir hakkın tapu kütüğüne şerhinin ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde mümkündür. FKK m. 8’deki beyan ifadesinin şerh olarak genişletilemeyeceğini belirtmekle birlikte aslında doğru olanın “şerh” olduğunu ifade etmektedir (KÖTELİ, Finansal Kiralama, s. 249).

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğüne, finansal kiralama sözleşmesinin “tapu kütüğü beyanlar hanesine şerh edilmesi” denerek, “beyanlar” ifadesinin esas alındığı görülmektedir (www.tkgm.gov.tr, 09.03.2011).

⁴⁷⁴ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 100.

⁴⁷⁵ ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 100.

Diğer taraftan, 5582 Sayılı Kanun ile eklenmiş olan, sözleşmenin devrinin düzenlendiği FKK m. 15/II'de, sözleşmenin devri halinin tapu kütüğüne “şerh” verilmesi gerektiği belirtilirken, beyanlar hanesinden söz edilmemektedir ve buradaki iradenin “şerh”ten yana olduğu düşüncesi haklı görünmektedir⁴⁷⁶.

Konut finansmanı sisteminde sermaye piyasası kurumlarınca teminata başvurulmasının gerekmesi halinde kullanıcının kullanım ve alım haklarının korunması bakımından gerekli işlemlerinin, sözleşmenin kuruluşu aşamasında yapılabilir. Bu hususların yapılması zorunlu değil fakat faydalı olacaktır. Buna göre, sözleşmenin kurulurken noterlikçe düzenlenmesinin yanında, tüketicinin kullanım ve alım haklarının tapu kütüğüne şerhinin de bir geçerlilik şartı olarak şekil kapsamına alınması ve ayrıca MK m. 736'ya göre alım hakkı şerhi etkisinin 10 yıllı sınırlı olması karşısında konut finansmanına yönelik kiralama sözleşmelerinin uzun vadeli (20-30 yıl) olmasına yönelik olarak bir yasal düzenleme yapılması uygun olacaktır. Bu şekil bir düzenlemeye yapıncaya kadar 10 yıllık dönem sonunda tüketiciye Tapu Müdürlüğüne münferiden müracaat etme hakkı veren ve kiralama şirketinin şerhin yenilenmesine baştan onay verdiğiğine dair bir hüküm sözleşmeye konulabilir⁴⁷⁷.

Finansal Kiralama Kanunu m. 8'de, finansal kiralama sözleşmesinin taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh edileceği düzenlenmiştir. FKK m. 8 ile öngörülen tescilin, 2. fıkra doğrultusunda 3. kişilerin iyiniyetlerini ortadan kaldıracı bir etkisi olmaktadır⁴⁷⁸.

Kiralama sözleşmesinin şerhinin 3. kişiler açısından etkisinin değerlendirildiği bir görüşe göre⁴⁷⁹, Finansal Kiralama Kanununda öngörülen şekilde yapıldıktan sonra finansal kiralama sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi işleminde şerhin kurucu

⁴⁷⁶ ÇABRİ, s. 115.

⁴⁷⁷ ÇELİKOĞLU, s. 2034.

⁴⁷⁸ KÖTELİ, s. 95; ALTOP, Bülten, s. 4; KUNTALP, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s. 61, ARKAN, Sabih, “Gemilerle İlgili Finansal Kiralamalardan Doğan Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. H. Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990 (Finansal Kiralama), s. 436.

⁴⁷⁹ NAZLIOĞLU, s. 50; KUNTALP, Erden / PEKGÜÇLÜ, Güzin, “Finansal Kiralama Kanununun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Bazı Önemli Sorunlar”, BATİDER, C. XX, S. 4, Y. 2000, s. 15; ÇABRİ, s. 113; KUNTALP, TBB, s. 57.

nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın diğer görüşe göre⁴⁸⁰ ise, şerhin yapılmamasının sonucunda sadece iyiniyetli üçüncü kişilerin taşınmaz üzerinde aynı hak iktisap etmeleri halinde bu haklarını kiracıya karşı ileri sürmelerinin geçerli olduğu düzenlenmiş, sözleşmenin geçersizliğine yer verilmemiştir. Buna göre sözleşmenin kanunda öngörülen şekilde yapılması ile şekil şartı yerine getirilmiş olacak ve ayrıca tapu kütüğüne şerhe ihtiyaç olmayacaktır. Sicile tescil yapılması suretiyle taşınmazın mülkiyetinin 3. kişilere geçirilmesi suretiyle kiracının haklarının tehlikeye düşmesi önlenmiş olacaktır. Ayrıca bu sayede, kiracıya tanınmış olan satın alma hakkının 3. kişilerce öğrenilmesine imkan sağlanacak ve 3. kişilerin çıkarları da korunmuş olacaktır⁴⁸¹. Bu da FKK m. 8/2'ye göre, tescil veya şerhten sonra 3. kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisaplarının kiralayana karşı ileri sürülemeyeceği⁴⁸² hükmüne karşı koruma getirmektedir. Zira taşınmazlarda aleniyet, tapu sicili ile sağlanmakta olup bununla, bir taşınmaz üzerinde bulunan hakların zilyetlik değil tapu sicilindeki kayıtlarla belirlenmiş olmaktadır ve 3. kişiler tapuyu inceleyerek o taşınmaz üzerinde kimlerin ne gibi hakları bulunduğunu öğrenebilecektir⁴⁸³. Şahsa bağlı olan bir borç ya da alacak şerh

⁴⁸⁰ **ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 95; **ALTOP**, Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, s. 37; **AYDOĞDU**, Konut Finansmanı, s. 57; **BAŞTÜRK**, s. 111.

Yargıtay'ın farklı yönde kararları mevcut olmakla birlikte, son kararlarında özel sicile kaydedilmeyi geçerlilik şartı olmadığını, sözleşme tescil edilmese bile geçerli ve tarafları bağlayacağı yönünde olup buna göre Kanun finansal sözleşmesini sicile işlemenin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıran bir fonksiyonu olacağı kabul edilmiştir. **Yargıtay** 19. HD, T. 27.06.2003, E. 2002/2957, K. 2003/6938 (www.kazanci.com, 09.03.2011).

⁴⁸¹ **KUNTALP**, Erden, Taşınmaz Finansal Kiralaması, FİDER Bülteni, S. 3, Mart 2002, s. 1.

⁴⁸² Finansal Kiralama Kanunu m. 8/2'de "Tescil veya şerhten sonra, üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisapları kiralayana karşı ileri sürülemez." hükmünde kiralaayan yerine kiracı ifadesinin kullanılması daha uygun görünmektedir (**KUNTALP**, TBB, s. 57-61).

Ancak bu şekilde bir ifade bulunmasa da MK m. 1010/son'daki "Tescil veya şerhten sonra, üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisapları kiralayana karşı ileri sürülemez." ifadesi gereği taşınmaz üzerinde sonradan iktisap olunan her tür hak sahibine karşı ileri sürülebilecektir. Bu nedenle bu hüküm, taşınırlara ilişkin tescil açısından etkili olmaktadır. Bu sistemin iyiniyetli 3. kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırmaya yetmeyeceği düşünülmeyle birlikte, çalışma konumuz olan konut işlemleri için tapuya gitmek gerekeceğinden bu şekil bir sorunla karşılaşılmayacaktır.

Ayrıca, Noterlik Kanununda da noterlerce tutulan kayıtlar ve sicillerin kamu güvenine sahip olduğu ya da aleni olduğuna dair bir işaret bulunmaması, Noterlik Kanunu m. 162 hükmüne göre noterlerin bir işin yapılmaması veya hatalı yapılması halinde sadece şahsen sorumlu olmaları, devletin sorumluluğunun olmaması gibi nedenlerle aleniyet ilkesinin geçerli olmaması gerektiği görüşüne katılmaktayız (**ALTOP**, Bülten, s. 5).

⁴⁸³ **KUNTALP**, Bülten, s. 4.

ile eşyaya bağlı bir hakka dönüşür⁴⁸⁴. Tapuya şerh verilmesi söz konusu olan, kiracının sahip olduğu kullanma ve yararlanma hakkıdır⁴⁸⁵. Böylece kiracının finansal kiralama sözleşmesinden doğan şahsi hakları kuvvetlendirilerek eşyaya bağlı hakka dönüştürülmüş olacaktır⁴⁸⁶. Bu nedenle taşınmazı iktisap eden herkes, bu hakkın borçlusu ya da bu sözleşmeden doğacak borçların borçlusu olacaktır.

Taşınmazın satılması halinde yeni malik, şerh dolayısıyla taşınmazı devraldığı kiralama şirketinin önceki sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek, konutu kullananın zilyetliğinde bulundurmak ve sözleşme süresince buna katlanmak yükümlülüğüne girecektir. Şerhin yapılmaması halinde ise kiracının finansal kiralama sözleşmesinden doğan şahsi hakları, sözleşmenin tarafı olmayan ve iyiniyetle sözleşme konusu taşınmaz üzerinde aynı hak kazanmış olan 3. kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olamayacaktır⁴⁸⁷. Taşınmazın devri ile sözleşme de devredilmiş olacağından, eski malikin kiracıdan alacağı kira bedeli taksit alacakları yeni malike geçmekte⁴⁸⁸. Zira, her malik kendi mülkiyet dönemi için finansal kiralama sözleşmesinin tarafı olmaktadır⁴⁸⁹. Sonradan aynı hak iktisap edenlere karşı alacak hakkının ileri sürülmesi ancak tapu kütüğüne şerh verilmesiyle mümkün olup

⁴⁸⁴ TST m. 11 ve m. 55'e göre, taşınmaza ilişkin bir kira sözleşmesinde kiracı lehine olan bir hakkın tapu siciline şerh edilebilmesi için; sözleşmede tapuya şerhin taraflarca kararlaştırılmış olması ve taşınmaz malikinin şerh talebinde bulunmuş olması gerekmektedir.

Medeni Kanuna göre, bir kira sözleşmesinin şerh edilebilmesi, sözleşmede şerhin öngörülmüş olması ve taşınmaz mal malikinin sözleşmesinin şerh edilmesinin talep edilmesi gerekir. Finansal Kiralama Kanununda ise bu konuda bir açıklık bulunmamakta ancak kanunun amacı ve ifadesi düşünüldüğünde zaten şerh için özel bir hükme ihtiyaç olmadığı, taraflardan her birinin sözleşmenin şerh edilmesini talep edebileceği, hatta sözleşmeyi düzenleyen noterin, sözleşmenin bir örneğini şerh edilmek üzere ilgili tapu memuruna göndermesi gerektiği de kabul edilmektedir (**KOCAĞA**, s. 101, dp. 120).

⁴⁸⁵ **ALTOP**, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 100.

⁴⁸⁶ **KUNTALP**, TBB, s. 57; **TEKİNALP**, Finansal Kiralama, s. 5; **BAŞTÜRK**, s. 118; **ALTOP**, Bülten, s. 8.

⁴⁸⁷ **BAŞTÜRK**, s. 119.

⁴⁸⁸ Bunun aksi bir görüşe göre, eski malikin kiracıdan olan kira taksit alacaklarının yeni malike geçmesi için alacağın temliki ile devredilmesi gerektiği, "*Şerh edilmiş adi kira ilişkisi içerisinde yeni malikin kira alacağının devamı için böyle bir temlike gerek yoktur. Zira bunlar, sözleşme içerisinde yeni malik zamanında doğacak haklardır. Zaten bunların temliki de mümkün değildir. Hâlbuki leasing taksitlerinin, sözleşme kurulurken doğmuş tek bir borcun ileride muaccel olacağı bölümleri olması özelliği, bunların temlikini zorunlu kılmaktadır.*" şeklinde savunulmaktadır (**KÖTELİ**, s. 250, dp. 8).

⁴⁸⁹ **KOCAĞA**, s. 98-99; **REİSOĞLU**, Safa, s. 45.

aynı hak iktisap eden kişinin iyiniyetli ya da kötü niyetli olmasının bir etkisi bulunmamaktadır⁴⁹⁰.

Şerh, kiracının korunması açısından da etkili ve önemlidir. Finansal kiralama sisteminde kiralanan malın maliki FKK m. 4, 9, 17/II-III ve 18'de ifade edildiği üzere kiralayandır. Kira konusu taşınmaz da tapuda kiralayanın mülkü olarak tescil edilir. Bu sebeple, taşınmaz mallarda tapu siciline kayıtlı bir taşınmazın, kiracısı tarafından üçüncü bir şahsa satılması pratikte zaten mümkün olamaz. Bu durumda, finansal kiralama sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi ile korunan taraf kiralayandan ziyade, kiracı olmaktadır⁴⁹¹. Diğer taraftan ise FKK m.9/1, m.17/1, m.18/1'e dayanıldığında, kiralayan, sözleşme süresince kiralama konusu taşınmazın maliki olarak tapu sicilinde tescilli olduğundan, kiracının tapu sicilinde kiralayan adına kayıtlı kiralama konusu taşınmazı bir üçüncü kişiye satıp mülkiyetini geçirmesi hukuken mümkün olamayacak, bu nedenle tapu siciline şerh verilmesinin kiralayanın korunması açısından hiçbir önemi ve anlamı bulunmayacağı da savunulmaktadır⁴⁹². Bu düşünce, finansal kiralama sisteminin kurulmasında taşınmazlara ilişkin finansal kiralama sözleşmesinin şerhine, mülkiyet hakkının zaten finansal kiralama şirketi adına tapuya tescil edilmesi nedeniyle gereksiz bulunmaktadır⁴⁹³. Finansal kiralama şirketi adına bakıldığında, şirket adına tescil edilmiş bir finansal kiralama sözleşmesi ya da şirket lehine taşınmaz üzerinde bir üst hakkı kurulmuş olmaktadır. Her iki şekilde de finansal kiralama şirketinin söz konusu hakkının, tapu sicili aracılığıyla hukuken yeterli derecede alenileştirilmesi nedeniyle sözleşmenin ayrıca şerh edilmesine ihtiyaç olmadığı savunulmaktadır⁴⁹⁴. Bu yaklaşım kanaatimizce, mülkiyeti teminat amacıyla elinde bulunduran finansal kiralama şirketinin haklarının korunması amacına da uygun görünmektedir.

⁴⁹⁰ ÇABRİ, s. 115, dp. 238.

⁴⁹¹ KOCAĞA, s. 102.

⁴⁹² ALTOP, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 99, REİSOĞLU, Safa, s. 46; TEKİNALP, Finansal Kiralama, s. 58-59; KOCAĞA, s.102; NAZLIOĞLU, s. 53; KÖTELİ, s. 249.

⁴⁹³ BAŞTÜRK, s. 118.

⁴⁹⁴ KUNTALP, TBB, s. 58-59.

B. ŞEKİL ŞARTLARINA AYKIRILIK ve SONUÇLARI

Şekil kurallarının amacı söz konusu kuralın yorumuna göre belirlenir. Fakat kanun yapılırken iki temel amaç ile şekil şartı konur. İlki, sözleşmenin taraflarının korunmasının amaçlandığı “özel koruma amacı”⁴⁹⁵, ikincisi ise kamu düzeni ve güvenini korumanın amaçlandığı “genel koruma amacı”dır⁴⁹⁶. Örneğin taşınmaz satım sözleşmesinin kesin olarak tapu sicil müdürlüklerinde yapılmasında öngörülen şekil şartının amacı, kamu düzenini, tarafları ve iyiniyetli üçüncü kişileri korumaya yönelik olarak getirilmiştir⁴⁹⁷. Çalışma konumuz için öngörülen şekil şartlarının her iki amacı da taşıdığını söylemek mümkündür.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 10/B/III hükmüne göre, konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin öncelikli şartı yazılı yapılmasıdır. Yazılı şekilde yapılmayan sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

İlk görüşe⁴⁹⁸ göre şekil şartına uyulmayan konut finansmanı sözleşmeleri BK m. 11/2’ye göre kesin hükümsüz olacaktır. Şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüz olması halinde tüketicinin bir zararı olursa, finansal kiralama şirketinden “culpa in contrahendo” ilkesi gereğince zararının tazminini talep edebilecektir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ KORTE, Handbuch de Beurkundung von Grundstücksgeschäften, München 1990, Nr.: 3 (ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 64’ten naklen).

⁴⁹⁶ HORST, Formzwang und Formzweck im Zivilprozess, JZ. 1992, s. 505 (ALTAŞ, s. 65’ten naklen).

⁴⁹⁷ FURRER, Frank, Heilung des Formmangels im Vertrag, Zürich 19 (ALTAŞ, s. 66’dan naklen).

⁴⁹⁸ ARKAN, Tüketici Kredileri, s. 37; ASLAN, s. 367; MAKARACI BAŞAK, s. 919; ÇABRİ, s. 123; GEZDER, s. 105; ÇETİNER, s. 2164; ZEVKLİLER / AYDOĞDU s. 284-285.

Tüketici sözleşmeleri ile ilgili olarak özellikle belirtilmese de şekil şartlarına uyulmayan sözleşmelerin hükümsüz olacağı hususunda bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977, s. 341.

⁴⁹⁹ GEZDER, (Culpa İn Contrahendo), s. 107; MAKARACI BAŞAK, s. 920.

Sözleşme taraflarından biri sözleşme öncesi yükümlülüklerine uymayarak; açıklaması gereken hususları açıklamama, yanlış bilgi verme, gereken dikkati göstermeme, sözleşme yapma niyeti olmaksızın sözleşme müzakerelerine girişme ya da bu müzakereleri sürdürme yüzünden karşı tarafa zarar vermesi halinde, kusurlu davranan tarafın, diğerinin zararını tazmin etmesi gerekmektedir.

Culpa in contrahendo deyimi, taraflar açısından sorumluluk doğup doğmayacağından soyut olarak, “sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur” anlamına gelmektedir (OĞUZMAN / ÖZ, s. 321 vd.).

İkinci görüşte borcun ifa edilip edilmemesi önem arz etmektedir. Birinci durumda tarafların borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmesinin, ikinci durumda ise borçların hiç ifa edilmemesinin geçersizliğe etkisinden bahsedeceğiz.

Tarafların borçlarını ifa etmesi ve tüketicinin finansmanı edinmiş olması halinde finansal kiralama şirketinin sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi⁵⁰⁰ tüketici için olumsuz sonuçlara sebep olabilir. Söz konusu finansman tutarını kullanan tüketici, sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle konutu tahliye etmek ya da satıcıya yükümlülüğünü defaten ödeyecek finansman tutarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre derhal iade etmek durumunda kalacaktır⁵⁰¹. Buradaki iki görüş de aynı sonucu savunurken konuyu farklı açılardan ele almaktadır. Bir görüşe⁵⁰² göre, taraflar borçlarını ifa etmişse, geçersizliğin iddia edilmesi durumunda “tek yanlı geçersizlik” uygulanmalıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un amacına aykırı olacağından, tek yanlı olarak tüketici tarafından iddia edilmesi halinde geçerli olacak ya da hakim tarafından tüketici lehine dikkate alınmalıdır. Bunun aksine, geçersizliğin tüketiciye karşı ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır.

Diğer görüşe⁵⁰³ göre ise şekil şartını bilmesine rağmen bu şartları yerine getirmeden sözleşme yapan finansal kiralama şirketinin, daha sonra bu aykırılık nedeniyle sözleşmenin iptalini istemesi MK m. 2’ye aykırı olacaktır. Finansal kiralama şirketi tarafından sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunun iddia edilmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ederse, hakim geçersizliği olumsuz sonuçlarını MK m. 2/2’ye dayanarak düzeltmelidir⁵⁰⁴. Hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için ise hakkın kullanılmasından bir zarar doğmuş olması gerekir, hakkın kullanılmasından kimse zarar görmemişse hukukun müdahalesine gerek olmayacaktır⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Şekle aykırılık, usul hukuku açısından bir def’i olduğundan yalnızca sözleşmenin taraflarınca ileri sürülebilir (ALTAŞ, s. 147).

⁵⁰¹ AKİPEK, 261; MAKARACI BAŞAK, s. 919; ÇABRİ, s. 124.

⁵⁰² OĞUZMAN / ÖZ, s. 120, 127; AKİPEK, s. 261, 262; İNAL, Tüketici Kredisi, 213-216.

⁵⁰³ İNAL, Tüketici Kredisi, s. 216; MAKARACI BAŞAK, s. 919.

⁵⁰⁴ ALTAŞ, s. 197; MAKARACI BAŞAK, s. 919.

⁵⁰⁵ ALTAŞ, s. 163.

Buna karşın tarafların borçlarını hiç ifa etmemesinin sonuçları hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüş⁵⁰⁶, sözleşmenin böyle bir durumda kesin hükümsüz olacağı ve hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağını savunmaktadır. İkinci görüşe⁵⁰⁷ göre ise, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçların hiç ifa edilmemesi halinde de kısmi ifa halinde de "aynen ifa"nın talep edilmesi mümkündür. Hiç ifa edilmemesiyle şekle aykırılığın ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmedikçe⁵⁰⁸ hile ya da kusuruyla bu eksikliğe sebep olan tarafın "culpa in contrahendo" ilkesi sonucunda karşı tarafın menfi zararını karşılaması gerekir. Buna paralel bir görüşte⁵⁰⁹ ise, tüketicinin mağdur edilmemesi amacıyla sözleşmenin ayakta tutulması gerektiği savunulmaktadır.

Kanaatimizce, borçların ifa edilmediği durumda da sözleşmenin ayakta tutulması görüşü daha uygun görünmektedir. Çünkü her ne kadar ifa edilme halinde sağladığı finansmanı geri ödemek zorunda kalacağı kadar zor bir durum olmasa da finansman ihtiyacında olan tüketicinin mağdur olması söz konusu olabilecektir. Bu yüzden de tüketici tarafından tek yanlı olarak ileri sürülmedikçe sözleşmenin geçersiz sayılmaması ve sözleşmenin ayakta tutulmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

Konut finansmanı amacıyla yapılacak finansal kiralama sözleşmenin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Sözleşme süresi sonunda mülkiyetin kiracıya geçirileceğinin kararlaştırılması halinde, sözleşme gayrimenkul satım vaadi niteliğinde olduğundan bu şeklin gerekliliği ortaya çıkmaktadır (BK m. 213/1-TBK m. 237/1)). Buna göre, bu şartta uyulmadan yapılan sözleşmeler BK m. 12/2'ye göre kesin hükümsüz olacaktır.

Sözleşmenin geçerli olabilmesi için, finansal kiralama yapan her iki tarafın da borç altına girmesi nedeniyle her iki tarafın da imzasını taşıması gerekmektedir (BK m.

⁵⁰⁶ ÇABRİ, s. 125; MAKARACI BAŞAK, s. 919..

⁵⁰⁷ ALTAŞ, s. 229.

⁵⁰⁸ Şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğün MK m. 2/2 ile sınırlandırılması gerekir (TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 102; OĞUZMAN / ÖZ, s. 128; EREN, s. 261; FEYZİOĞLU, s. 308; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 312; GEZDER, s. 105.

⁵⁰⁹ AKİPEK, s. 261-262.

13/1). Bu bir geçerlilik şekli olduğundan, buna uyulmayan sözleşmeler kesin hükümsüz olacaktır⁵¹⁰.

Finansal kiralama sözleşmelerinin yazılı yapılmış olmalarına rağmen, sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurların eksikliği ya da hiç yer almaması da mümkündür. Borçlar Kanunu genel ilkelerine göre⁵¹¹ geçerlilik şartına uyulmayan sözleşmeler BK m. 12/2 uyarınca kesin hükümsüzdür. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 10/B uyarınca konut finansmanı sözleşmelerinin geçerli olması için gerekli şartlar geçerlilik şartıdır ve bunlardan en az birini taşımayan finansman sözleşmeleri emredici hükümlere aykırı olması nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır.

Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun açısından durum farklıdır. Bu durumda TKHK m. 10/B'ye atıf yapılmamış olsa da TKHK m. 6/6'da sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksikliğin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği, bu eksikliğin satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketici lehine olacak şekilde derhal giderileceği hükmü uygulanmalıdır⁵¹². Bu şekilde eksikliklerin tamamlanarak sözleşmenin ayakta tutulması hem tüketici hem de finansman kuruluşunun menfaatine olacağı düşünülmektedir⁵¹³. Sözleşmenin geçersiz olmaması gerektiğin savunan Altaş'a⁵¹⁴ göre ise şekle aykırılık kendine özgü bir geçersizlik türü olup bu durumu ancak sözleşmenin tarafları ileri sürebilir, hakim re'sen dikkate alamaz. Şekle aykırı olan bu sözleşme geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracak ve sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesiyle sözleşme geçerli hale gelecektir.

⁵¹⁰ OĞUZMAN / ÖZ, s. 127; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 102; EREN, s. 299; ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 284.

⁵¹¹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 127; EREN, s. 259; FEYZİOĞLU, s. 341; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 100; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 311.

⁵¹² MAKARACI BAŞAK, s. 920; ÇABRİ, s. 127, 131.

⁵¹³ ÇABRİ, s. 131, dp. 267; AKİPEK, Tüketici Kredisi, s. 261; aynı yönde İNAL, Tüketici Kredisi, s. 213-216.

Yine aynı yönde görüşe sahip olmakla birlikte Altaş, bilerek ve isteyerek, tam ve gereği gibi ifa edilme ve şekil kuralının amacının gerçekleşmesi halinde geçersizliğin ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir (ALTAŞ, s. 208).

⁵¹⁴ ALTAŞ, s. 134 vd.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta ise bu eksikliklerin, sözleşmenin objektif esaslı unsurları⁵¹⁵ olmaması gerektiğidir. Çünkü böyle bir eksiklik halinde sözleşme kurulmamış olacaktır⁵¹⁶. Bu sözleşmedeki eksikliğin giderilmesi söz konusu olmadığından tarafların yeni bir sözleşme yapması gerekecektir⁵¹⁷. Tüketici bu eksikliklerin giderilmesini finansman kuruluşundan, sözleşmenin sona ermemiş olması şartıyla⁵¹⁸, 10 yıllık zamanaşımı süresinde talep edebilecektir⁵¹⁹ ancak kuruluşun bu eksikliği gidermemesi halinde tüketicinin ne tür haklara sahip olabileceği Kanunda düzenlenmemiştir⁵²⁰. Finansman kuruluşlarının bu boşlukları doldurmaması ya da tüketici aleyhine yaklaşım sergilemesi halinde uyuşmazlığın mahkemeye intikal ettirilmesi ve hakimin de tüketici çıkarına olacak şekilde bu tamamlamaları yapması uygun görülebilir⁵²¹. Bu unsurların sözleşmede eksikliği ya da hiç yer almaması durumunda geçersizliğe ilişkin olarak doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Kanaatimizce de tüketicinin korunmasına ilişkin olarak getirilmiş bu şekil şartı ile tüketicinin bilgilendirilmesinin amaçlanmıştır. Şekil şartına uyulmaması ya da uyulsa da sözleşmede yer alması gereken unsurların bulunmaması ya da eksik olması halinde geçersizliğin tüketiciye karşı ileri sürülmesi bu amaca aykırı olacaktır⁵²². Bu yüzden de geçersizliğin ancak tüketici lehine tek yanlı olarak ileri sürülebileceği ya da hakim tarafından göz önüne alınabileceği, tüketicinin aleyhine ileri sürülemeyeceği⁵²³ kabul edilmelidir. Bu açıklamalar sözleşmedeki borçların ifa edilmiş olması durumunda geçerlidir. Yine yazılı yapıma şekil şartına uyulmamış fakat bu defa sözleşmeden doğan borçlar henüz ifa edilmemişse, yukarıda yazılı şekle ilişkin yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

⁵¹⁵ Objektif esaslı unsurlar, Kanunda düzenlenmiş olan, sözleşmenin o Kanunda aranan zorunlu esaslı unsurlardır. Dolayısıyla taraflarca öngörülüp kaldırılmaları mümkün değildir. Kiralama bedeli buna örnek verilebilir.

⁵¹⁶ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 278, dp. 4. (Borçlar 2008)

⁵¹⁷ **MAKARACI BAŞAK**, s. 920.

⁵¹⁸ **MAKARACI**, s. 69.

⁵¹⁹ **MAKARACI BAŞAK**, s. 920.

⁵²⁰ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 278.

⁵²¹ **AKİPEK**, Tüketici Kredisi, s. 272.

⁵²² **AKİPEK**, Tüketici Kredisi, s. 261; **İNAL**, Tüketici Kredisi, s. 213.

⁵²³ **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 120; **ÇABRİ**, s. 126.

Yazılı şekilde yapılma şartının yanında sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunludur. Şekle ait olmayan bu yükümlülüğün⁵²⁴ yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin geçerliliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe⁵²⁵ göre, bu şartın yerine getirilmemesi halinde sözleşme hükümsüz sayılacak, bunun Kanunun emredici bir hükmünün yerine getirilmemesi niteliğinde olması nedeniyle sözleşmenin BK m. 19/II uyarınca hükümsüz olması gerekmektedir. Diğer görüşe⁵²⁶ göre ise öngörülen şekil şartlarına uygun olarak yapılması fakat bir nüshasının tüketiciye verilmemesi halinde sözleşmenin geçerli olacağı savunulmaktadır. Bununla birlikte finansal kiralama şirketinin TKHK m. 25 çerçevesinde idari yaptırıma maruz kalacak, fiilin aynı yıl içinde tekrarlanması halinde ise TKHK m. 25/11'e göre ceza iki misli olarak uygulanacaktır. Aynı yöndeki bir görüşe⁵²⁷ göre, cezai yaptırım ve sözleşmenin geçerli olmasının yanında tüketici lehine tek taraflı geçersizlik imkanı sağlanması gerektiği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce, sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmemesi halinde finansal kiralama şirketinin idari yaptırıma maruz kalacağı kesindir. Sözleşmenin geçerliliğinin ise tüketici lehine tek taraflı geçersizliğe tabi olması gerektiğinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Zira finansal kiralama şirketi tarafından sözleşmenin bir nüshasının tüketiciye verilmesi, kiralama şirketinin sözleşmede sonradan tüketici aleyhine değişiklik yapılmasını önlemek amacıyla getirilmiş bir düzenleme olup, sözleşme unsurlarındaki eksiklik halinde dahi sözleşmenin ayakta tutulmasının kabulüne göre, böyle bir durumda sözleşmenin geçersizliğini kabul etmek uygun olmayacak, telafisi daha kolay olan bu şartın yerine getirilmesiyle sözleşmenin geçerliliği sağlanabilecektir.

⁵²⁴ MAKARACI BAŞAK, s. 921.

⁵²⁵ ÇETİNER, s. 2165.

⁵²⁶ MAKARACI BAŞAK, s. 921; ASLAN, s. 351; ARKAN, Tüketici Kredileri, s. 37; AKİPEK, Tüketici Kredisi, s. 256; KAYAR, İsmail, "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması", GÜHFD, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 94.

⁵²⁷ ÇABRİ, s. 125.

Konut finansmanı sözleşmelerinin en az oniki punto ve koyu siyah harflerle hazırlanması da gerekmektedir. Bu sayede tüketicinin korunması ve uyarılması amaçlanmaktadır. Bu şarta uyulmaması halinde sözleşmenin geçersizliğini ancak tüketicin ileri sürebilmeli fakat finansal kiralama şirketi tüketiciye karşı ileri sürememelidir⁵²⁸. Dolayısıyla bu şartın yerine getirilmemesi sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyecek, sadece sözleşme koşullarının haksız şart olarak değerlendirilmesine sebep olabilecektir⁵²⁹. Bunun sonucunda da TKHK m. 6 hükmü geçerli olacaktır.

⁵²⁸ OĞUZMAN / ÖZ, s. 120.

⁵²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MAKARACI BAŞAK, s. 920, dp. 54.

§ III. GENEL İŞLEM KOŞULLARI ve DENETİMİ

Bu bölümde, bir tüketici sözleşmesi olan konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmesinde yer alan genel işlem koşullarının kiracıya (tüketiciye) etkilerini inceleyeceğiz.

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Yaşanan sosyal ve ekonomik gelişmeler nedeniyle, başta sigorta ve finans şirketleri, sözleşme tarafları arasında bireysel sözleşmenin kurulmasından önce soyut ve tek yanlı olarak sözleşme koşulları hazırlamakta, gelecekteki belirsiz sayıda aynı şekildeki hukuki işlemleri bu şekilde düzenlemektedir⁵³⁰.

Hukukumuzda genel işlem koşulları özel bir yasayla düzenlenmemiştir⁵³¹. Doktrinde⁵³² sözleşmede taraflardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanmak üzere, önceden, tek taraflı olarak genel ve soyut olarak hazırlayıp karşı tarafa sunduğu ve sözleşmenin içeriğine karşılıklı olarak görüşülmeden dahil edilmesini istediği sözleşme hükümleri olarak tanımlanan genel işlem koşulları, TKHK m. 6'da daha geniş bir kavram olan "sözleşmedeki haksız şartlar" başlığında düzenlenmiş⁵³³ ve bu hükümde "*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere*

⁵³⁰ **ALTOP**, Atilla, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi", Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2006 (Genel İşlem Şartları), s. 254. (Ayrıca tarihsel gelişimi için bkz. s. 256-257.)

⁵³¹ **TEKİNALP**, Ünal, "Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986 (Genel İşlem Şartları), s. 127.

⁵³² **HAVUTÇU**, s. 74; **AKİPEK**, Tüketici Kredisi, s. 224; **ATAMER**, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 60; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, Borçlar Hukuku, s. 156; **KAPLAN**, İbrahim, "Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları", **BATİDER**, Aralık 1991, C. C. XVI, S. 2 (Banka Sözleşmeleri), s. 54; **BAHTİYAR**, Mehmet, "Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması", Makaleler I, İstanbul 2008 (Genel İşlem), s. 102; **SOYER**, Polat, Genel İşlem Koşulları, İzmir 1987, s. 27; **YAVUZ**, Nihat, "Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi", **Yargıtay Dergisi**, 2002, C. 1, S. 1-2, s. 570.

Daha fazla tanım için bkz. **YAVUZ**, Nihat, Şerh, s. 490-491.

⁵³³ Kanun ve yönetmelik tanımında, genel işlem koşulları yerine "sözleşmedeki haksız şartlar" (**ÇABRİ**, s. 133) ifadesi kullanılmış olan bu terim ile tüketici işlemlerinin yapısından kaynaklanan, kötüye kullanılması mümkün sözleşme şartları veya hükümleri kast edilmektedir (**ÇINAR**, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s. 22; **ASLAN**, s. 316). Hukukumuzda, bu

etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları” şeklinde yer almaktaydı. Aynı zamanda, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” m. 4’te “*Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları”* olarak tanımlanmıştı. Ancak genel işlem koşulları, TBK m. 20-25 arasında düzenlenerek artık Borçlar Kanununda yer almıştır.

Genel işlem koşullarının sınırlı da olsa faydaları mevcuttur. Sözleşme taraflarının normal şartlarda uzun sürede hazırlayacakları sözleşme metni ve koşullarının önceden hazırlanması zaman kaybının önlenmesini, böylece de ticari yaşamın hızına uyumun kolayca sağlanması, sözleşmelerde standardizasyon sağlanarak içerik farkının aza indirilmesine yaramaktadır⁵³⁴.

Buna karşın, genel işlem koşullarının olumsuzlukları daha ağır basmaktadır. Genel işlem koşulları ile sözleşmenin daha güçlü tarafı, kendisine göre daha bilgisiz, tecrübesiz, güçsüz olan diğer tarafa hazırladığı sözleşme şartlarını kabul ettirebilecektir. Bu koşullar, bireysel sözleşme modelinin etkisini azaltacak, güçlü kuruluşlara diledikleri koşulları müşterilere kabul ettirme olanağı sağlamaktadır. Çünkü sözleşmenin diğer tarafında seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmış tüketici bulunmaktadır⁵³⁵. Genel işlem koşullarından istifade eden, bu şartları kullanan taraf olan tacirler, daha uygun genel işlem koşulları sunarak rekabet avantajı sağlamaya çalışmaktadır⁵³⁶.

şartların yer aldığı, genele yöneltilen icabın karşı tarafça kabulüyle kurulan bu sözleşmeler, “iltihaki sözleşme” olarak isimlendirilmektedir (YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 490).

⁵³⁴ BORX, Hans, Allgemenies Schuldrecht, München 1986, s. 31 (BAHTİYAR, Genel İşlem Koşulları, s. 105’ten naklen).

⁵³⁵ YAVUZ, Nihat, Şerh, s.578.

⁵³⁶ GÜLEKLİ, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 55.

Genel işlem koşulları olarak nitelendirilebilmeleri için bazı unsurlar bulunmalıdır. Bu koşulların sözleşmeye “tek taraflı olarak dahil edilmesi” en önemli unsurdur⁵³⁷. “Tek taraflı” hazırlama ile kast edilen, bu şartların tek taraflı kullanılarak karşı tarafa sunulmasıdır. Finansman kuruluşları, bu şartları sözleşmeye dahil ederek sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisini tek taraflı olarak kullanmaktadır⁵³⁸. Burada belirtmek gerekir ki, sözleşme özgürlüğü ilkelerinden “ tarafların eşitliği” ilkesi sözleşme şartlarının tek yanlı hazırlanması nedeniyle zarar görmüş olmaktadır⁵³⁹. Sonuçta tüketici, bireysel sözleşmelerden farklı olarak, sözleşmeye iradesini koyamayacak⁵⁴⁰, ya kendisine sunulan şartları kabul ederek sözleşme yapacak ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmek durumunda kalacaktır⁵⁴¹. Gerçek bir müzakerenin söz konusu olabilmesi için, finansal kiralama şirketinin, tüketici aleyhine olan sözleşme şartlarının esası, içeriği, ekonomik ve hukuksal anlamı bakımından tüketiciyi aydınlatması, bunları görüşme ve tüketicinin talebine göre değiştirme imkanı olduğunu açık bir şekilde belirtmesi gerekmektedir⁵⁴². Tüketicinin, önceden hazırlanmış nitelikte olan genel işlem koşullarının içeriğini, ne ifade ettiğini ve önemini bilmesi, bu şartların birlikte görüşülerek sözleşmeye dahil edildiği anlamına gelmeyeceğinden müzakere şartını sağlamamaktadır⁵⁴³. Müzakere şartının gerçekleşmesi için tüketicinin sözleşmenin içeriğine etki edebilmesi⁵⁴⁴, bu etkiyi yaptığının kabulü için de tüketicinin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılmasını talep etmesi durumunda bunun fiilen gerçekleştirilebilecek olması gerekmektedir⁵⁴⁵. Aksi halde tüketicinin kendi karar ve sorumluluğu ile sözleşme yapma iradesinin oluşmadığı anlamına gelecektir⁵⁴⁶. Benzer şekilde, Sözleşme

⁵³⁷ HAVUTÇU, s. 76; ASLAN, s. 301; ATAMER, s. 66.

⁵³⁸ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 491; GÜLEKLİ, s. 61.

⁵³⁹ ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 159; BAHTİYAR, Genel İşlem, s. 106.

⁵⁴⁰ HAVUTÇU, s. 86; ATAMER, s. 72; ÇINAR, s. 54.

⁵⁴¹ GIGER, Hans, “Geundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag”, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band 5, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zurich 1982, s. 60 (ÇABRİ, s. 137’den naklen).

⁵⁴² AKER, s. 66; ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 161.

⁵⁴³ HAVUTÇU, s. 88.

⁵⁴⁴ Avrupa Birliğinin 93/13 Nolu direktifinde de bu esas benimsenmiştir.

⁵⁴⁵ ÇINAR, s. 54.

⁵⁴⁶ HAVUTÇU, s. 88; YAVUZ, Nihat, Öğretinin Şerh, s. 491.

Öncesi Bilgi Formunda yer almayan fakat daha sonra sözleşmeye tek taraflı olarak konulan, alışılmamış veya şaşırtıcı şartlar da hükümsüz olacaktır⁵⁴⁷.

Genel işlem koşulunun, “bu şartı kullanan ve bu şartlara dayanan tarafça sözleşmeye dahil edilmesi” de gerekli bir unsurudur⁵⁴⁸. Bunu yapan taraf, karşı tarafa nazaran üstün bir konumda bulunması, konu hakkındaki bilgi yönünden avantajları ve ekonomik üstünlükleri sayesinde, Kanunun tamamlayıcı hükümlerini ortadan kaldırarak kendi menfaatlerine uygun düzenlemeler yapabilmektedir⁵⁴⁹. Ekonomik, sosyal ve entelektüel açıdan üstün bulunan finansman kuruluşunun, tüketiciyi genel işlem koşullarını beraber kurma ya da hiç kurmama şeklinde zorlaması, sözleşmenin içeriği ve koşulları hakkında hiçbir söz hakkı tanımaması, tüketicinin kurumun kendi iradesine tabi olması ve bunu yapmazsa sözleşmeyi kurmama gibi bir sonuçla karşı karşıya bırakması; açıkçası daha bilgisiz, tecrübesiz, güçsüz olan tüketicinin, hukuka uygun bir görüntü altında zor durumda bırakılması söz konusu olmaktadır⁵⁵⁰. Şartları düzenleyen olmanın önemi bulunmayıp, şartları kimin kullandığına bakmak gerekmektedir⁵⁵¹. Yeni Borçlar Kanunu m. 20’de de “hazırlayan” ibaresi bulunmakta olup bunun da “kullanan” olarak yorumlanması daha uygun olacaktır⁵⁵².

Genel işlem koşulunun bir diğer unsuru da, aynı türde de olsa “birden fazla sözleşmede kullanma amacı”nın olmasıdır. Doktrinde, bu amaçla hazırlanmasının yeterli olduğu, mutlaka birden fazla sözleşmede kullanılmasının gerekmediği belirtilmektedir⁵⁵³. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, ilgili sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her

⁵⁴⁷ ÇETİNER, s. 2165.

⁵⁴⁸ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 156; KAPLAN, İbrahim, “Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları”, BATİDER, Aralık 1991, C. C. XVI, S. 2 (Genel İşlem Şartları), s. 54; ÇINAR, s. 52; ZEVLİLER / AYDOĞDU, s. 160; TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 381; ÖZEL, s. 54-57; ÇETİNER, s. 2166; OĞUZMAN / ÖZ, s. 22.

⁵⁴⁹ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 208; BAHTİYAR, Genel İşlem, s. 80.

⁵⁵⁰ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 497.

⁵⁵¹ HAVUTÇU, s. 76.

Hazırlayanın 3. kişi olmasının mümkündür (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 233).

Sözleşme taraflarından biri veya temsilcisi veya 3. bir kişi tarafından bu şartların kayda alınması gerekmektedir/mümkündür. Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi, Yargıtay Dergisi, Y. 2002, C. 1, S. 1-2, s. 573.

⁵⁵² ÇABRİ, s. 135.

⁵⁵³ HAVUTÇU, s. 84; ATAMER, s. 67; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 233.

birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar dahi, tek başına, bunların genel işlem koşulu olmasını engellemez (TBK m. 20/II, III). Benzer şekilde, çok sayfalı tip sözleşmelerde sayfalardan her birine, sözleşmeye katılan tarafın yalnızca imza atması ya da yukarıdakileri içeren ifadeler ile birlikte imza atması da sonucu değiştirmeyecektir. Bu şekilde “genel işlem koşullarının dolanılması”nın önlenmesi sağlanmış olmaktadır⁵⁵⁴. Bu şartlar sadece, birden fazla kullanım için değil belli bir sözleşmede kullanılmak üzere belirlenmiş ise genel işlem koşulları olmayacaktır⁵⁵⁵. Sözleşmedeki koşulların genel işlem koşulu sayılabilmesi için “soyut ve genel nitelikte hazırlanmış olmaları” bir diğer unsurdur⁵⁵⁶. Genel olma niteliği, şartlar belirlenirken belirli kişi veya kişiler göz önüne alınmadan hazırlanmasından; soyut olma niteliği ise ileride kullanılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmasından kaynaklanmaktadır⁵⁵⁷. Ancak elbette ki çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere, önceden ve tek yanlı olarak hazırlansalar dahi taraflarca karşılıklı müzakere edilen sözleşme şartları, artık genel işlem koşulları olmayacaklardır⁵⁵⁸.

Sözleşmedeki genel işlem koşullarının hazırlanma nedeni, bu şartların birden fazla sözleşmede kullanılmak ve tüketicinin müdahalesi olmadan düzenlemek istenmesidir⁵⁵⁹. Buna göre sözleşmede yer alan şartların “genel işlem koşulları” olarak nitelendirilmesi için; tek taraflı olarak ve bu şartlara dayanan tarafça sözleşmeye dahil edilmesi, birden fazla sözleşmede kullanılması ile soyut ve genel nitelikte hazırlanmış olmaları gerekmektedir.

Tüm bu sayılan sebeplerin sonucunda da tüketicinin korunması amacıyla genel işlem koşullarının denetiminin yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

⁵⁵⁴ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 533.

⁵⁵⁵ ATAMER, s. 67. TBK m. 20/I’ belirtildiği üzere, bunların yazı tipi, şekli, kapsamı gibi unsurlar belirleme kriteri olmamakta, aynı içerikte ve aynı hukuki etkiye sahip olmaları yeterlidir. Bkz. HAVUTÇU, s. 85.

⁵⁵⁶ HAVUTÇU, s. 80; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 156; KAPLAN, Genel İşlem Şartları, s. 54; BAHTİYAR, Genel İşlem, s. 104; ÇINAR, s. 57; YAVUZ, Nihat, Genel İşlem, s. 572; ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 160; YALÇIN, Onur, Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006, s. 43; ASLAN, s. 301; YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 491.

⁵⁵⁷ HAVUTÇU, s. 80; BAHTİYAR, Genel İşlem, s. 104.

⁵⁵⁸ HAVUTÇU, s. 86; ATAMER, s. 72; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 157; KAPLAN, Banka Sözleşmeleri, s. 7; ASLAN, s. 301.

⁵⁵⁹ LARENZ / WALF, s. 770-771 (ÇABRİ, s. 134’ten naklen).

B. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETİMİ

Bireysel sözleşmelerde taraflar, genel işlem koşullarının aksini kararlaştırmışlarsa, buna üstünlük tanınarak genel işlem koşullarına göre öncelik verilecek ve uygulanacaktır⁵⁶⁰. Bireysel sözleşmelerin yerine standart sözleşmelerin gelmesi ile tüketiciye mal ve hizmet sunan kişilerin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak belirlemesi nedeniyle bunların denetimi zorunlu hale gelmiş ve sözleşme şartlarını müzakere imkanı bulunmadığından sözleşmenin zayıf tarafı sayılan tüketicinin korunması amacıyla birçok ülkede düzenlemeler yapılması ihtiyacı olmuştur⁵⁶¹.

Genel işlem koşullarının sözleşmeye alınması, tüketici ve finansal kiralama kuruluşunun karşılıklı müzakere ettiği anlamına gelmemekte; bu şartlar önceden tek taraflı olarak belirlenmekte, tüketici bunların içeriğine müzakere imkanı olmaması nedeniyle etki edememesi ve nispeten daha zayıf konumu nedeniyle bu şartları bütün halde kabul etmektedir. Bu imkan sayesinde de finansman kuruluşu bu şartları tüketici aleyhine hakkaniyete aykırı biçimde düzenleyecek durumda olduğundan, genel işlem koşullarının içeriklerinin denetlenmesine ihtiyaç olmakta ve finansman kuruluşlarının sözleşme özgürlüğünü bu biçimde tek yanlı kullanmasına sınır konmaktadır⁵⁶².

Ayrıca TKHK m. 6/4'te "Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez" hükmüne göre, bir şartın müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına Kanunu'nun uygulanmasının engellenmeyeceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, aynı maddenin 5. fıkrasına göre de, bir satıcı ve

⁵⁶⁰ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 522; HAVUTÇU, s. 141; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 236.

⁵⁶¹ Alman Hukuku BGB § 305-310 hükümlerinde genel işlem koşulları düzenlenirken 1986 Federal Haksız Rekabet Kanunu ile genel işlem koşullarının denetimi mümkün hale getirilmiştir. Diğer ülke düzenlemeleri için Bkz. WOLF, Manfred / LINDACHER, Walter F. / PFEIRNER, Thomas, AGB-Recht Kommentar, 5. Auflage, München 2009, s. 22 vd (ÇABRİ, s. 139, dp. 292'den naklen).

⁵⁶² HAVUTÇU, s. 153; ÇINAR, s. 119; ULUSAN, s. 31.

sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunun ispat yükü kendisine ait olacaktır.

Genel işlem koşullarının denetimi için 3 yöntem bulunmakta olup bunlar; yürürlük denetimi, yorum yoluyla denetleme ve içerik denetimidir. Genel işlem koşullarını aşamalı bir şekilde düşünürsek, ilk aşamada bu şartların sözleşmeye geçerli bir şekilde dahil edilip edilmediği, böyle olması halinde bu şartların yorumlanarak anlamının açıklığa kavuşturulması ve son aşamada da içerik kontrolü yapılarak sonuçta tüketicinin korunması amaçlanmaktadır⁵⁶³.

1. YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Tüketicinin genelde okumadığı, gerekli hukuki bilgiye sahip olmaması nedeniyle okusa da anlayamayacağı genel işlem koşullarının açık ve şeffaf olmasının, tüketicinin bu şartları öğrenmesinin, bunlar hakkında bilgi edinmesinin ve bunların sözleşmeye dahil edilmesinin sıkı şartlara bağlanmasının amaçlandığı denetim tarzı⁵⁶⁴ olup doktrinde ve uygulamada ‘bağlayıcılık denetimi’ veya ‘geçerlilik denetimi’ de denmektedir⁵⁶⁵.

Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesiyle ilgili olarak düzenleme ancak yeni Borçlar Kanunu ile yapılmış olup 21. maddesinde “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları*

⁵⁶³ HAVUTÇU, s. 40; ALTOP, Genel İşlem Şartları, s. 7-8.

⁵⁶⁴ HAVUTÇU, s. 39; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 159; ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, İstanbul 2004, s. 30.

⁵⁶⁵ ÇABRİ, s. 139.

da yazılmamış sayılır” denmektedir⁵⁶⁶. Akla gelmeyecek, alışılmamış ve şaşırtıcı şartların, bu onayın kapsamına dahil olmadığını kabul ederek tüketicinin bu şartlarla bağlı olmaması amaçlanmaktadır. “Alışılmamış şartlar” ile kast edilen, tüketicinin asli edim yükümlülüğünün kapsamını genişleten, asli edim yükümlülüğünü önemli ölçüde değiştiren ya da haklarını önemli ölçüde sınırlayan şartlardır⁵⁶⁷. Bu sayede, neredeyse bütün kredi nitelikli sözleşmelerde yer alan ve finansman kuruluşuna tek tarafı olarak sözleşmedeki faiz oranını değiştirme yetkisi veren kayıtlar da bundan böyle geçersiz olacaktır (TBK m. 24)⁵⁶⁸.

Genel işlem koşullarının yürürlük denetimi ile bu şartların sözleşmeye alınmasına ilişkin anlaşmanın geçerli olacağı durumlar ve anlaşmanın kapsamına dahil olacak şartlar tespit edilmektedir. Genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilmesine ilişkin anlaşmanın geçerli olarak meydana gelip gelmediği, bu şartların sözleşmeye dahil edilmesinde tüketicin rızasının olup olmadığı araştırılmakta ve tüketicinin bu yönde iradesinin olması halinde ortaya çıkacak sonuçlardan tüketicinin korunması sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu amaçlar doğrultusunda, genel işlem koşullarının sözleşmeye alınmasında rızası olan tüketicinin, aslında hangi şartların dahil edilmesine yönelik rızası olabileceği incelenerek tüketiciyi bağlayıcı olup olmayacağı değerlendirilmektedir⁵⁶⁹.

Tüketici aleyhine olan haksız şartlar tüketiciyi bağlamazken, satıcı/kredi kuruluşu aleyhine olan koşullar bağlayıcı olacaktır. Buna göre, tüketici lehine olan tek tarafı bir denetim söz konusudur. Bunun nedeni de genel işlem koşullarını kullanan taraf aleyhine sözleşmeye bir hüküm eklemeyeceğinin kabulünden ileri gelmektedir⁵⁷⁰. Sözleşme hükümlerinde tüketici aleyhine tek yanlı değişiklik yapılması hususunda

⁵⁶⁶İsviçre’de ise genel işlem koşullarının anlaşılabilir ve okunabilir şekilde hazırlanması mecburiyetine karşın, Alman Hukukunda müşterinin genel işlem koşullarını öğrenmesi ve bunlar hakkında bilgi edinmesine imkan sağlama yükümlülüğü getirilmiştir (SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006, s. 315, ÇABRİ, s. 141, dp. 302’den naklen).

⁵⁶⁷HAVUTÇU, s. 137; ATAMER, s. 111; TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 389.

⁵⁶⁸ALTOP, Genel İşlem Koşulları, s. 259.

⁵⁶⁹HAVUTÇU, s. 105.

⁵⁷⁰ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 165.

getirilmiş olan yasağa karşın, tüketici lehine değişiklik yapma konusunda bu şekilde bir kısıtlama bulunmamaktadır⁵⁷¹.

Tüketicinin en geç sözleşmenin kurulması aşamasında genel işlem koşulları hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir⁵⁷². TKHK m. 10/B'ye göre, finansal kiralama sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formu vermek zorundadır ve bilgi formunun tüketiciye verilmesini takip eden bir iş günü geçmeden imzalanan sözleşmeler de geçersiz olacaktır. Bu düzenlemelerin yukarıdaki açıklamaların sonucu olduğu söylenebilir. Finansal kiralama kuruluşunun, sözleşmeyi tüketici aleyhine ve onun rızası olmadan değiştirmesi bu formun bağlayıcılığı ile engellenmiş olacaktır. Sözleşme öncesi bilgi formunda bulunmayan ya da oradaki şeklinden farklı olan hükümler koyulması halinde, bu şartların tüketiciyi bağlamayacağı görüşüne katılmaktadır. Bu durumda tüketici, bu hükümlerin geçersizliğini her zaman ileri sürme hakkına sahip olacaktır⁵⁷³.

Genel işlem koşullarının kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriğini oluşturmaması ya da geçersiz olması halinde, sözleşmenin geçerliliği hususunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kıyasen uygulanacak TBK m. 27 hükmü şu şekildedir: *“Sözleşmenin içerdığı hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”* Bu hüküm kesin hükümsüzlük başlığıyla düzenlenmiş olup buna göre sözleşmenin bazı hükümlerinin kesin hükümsüz olması halinde kısmi hükümsüzlük şartları geçerli olacaktır. Bu da sözleşmenin tamamını değil sadece bir kısmını etkileyecek ancak hükümsüz olan kısmın sözleşmede bulunmazsa tarafların bu sözleşmeyi yapmayacak olmaları halinde, sözleşmenin tümü kesin hükümsüz olacağı anlamına gelmektedir⁵⁷⁴. TBK m. 27'nin burada

⁵⁷¹ ZEVKLİLER / AYDOĞDU, s. 285.

⁵⁷² HAVUTÇU, s. 117; ATAMER, s. 90.

⁵⁷³ ÇABRİ, s. 144.

⁵⁷⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 141; BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 2.

kıyasen uygulanması, dürüstlük ve güven ilkesine uygun bulunmakta, aksi halde finansman şirketinin hukuki durumu güçlenirken, tüketicinin genel işlem koşullarıyla sözleşme yapmama seçeneğinin ortadan kaldırılması anlamına geleceği savunulmaktadır⁵⁷⁵. Aynı yönde, sözleşmelerdeki genel işlem koşullarından bir kısmının emredici kanun hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına, doğruluk ve dürüstlük ilkesine aykırılık nedeniyle geçersiz olması halinde bu şartların yok kabul edilecek ve bunların yerine de kanunun emredici ve tamamlayıcı hükümlerinin doldurulacak ancak taraflardan birinin bu şartlar olmasaydı sözleşmenin ya da genel işlem koşullarının tamamının kabul edilemeyeceğini ispat etmesi halinde, TBK m. 27/II hükmüne göre sözleşme geçersiz sayılabilecektir⁵⁷⁶.

Diğer taraftan, Türk Borçlar Kanunu m. 22’de “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez*” hükmüyle, tarafların kısmi geçersizliğe dayanarak, geçersiz kısım olmadan sözleşmeyi yapmayacaklarını ileri süremeyecek ve sözleşme kalan kısmıyla geçerliliğini koruyacaktır⁵⁷⁷. Genel işlem koşullarının, sözleşmeye karşı tarafça dahil edilerek tüketicinin iradesine dayanmadığı ve sözleşme dengesini tüketici aleyhine bozduğu kabul edildiğinden, sözleşmenin bu hükümler olmadan ayakta tutulmasıyla birlikte bu şartları sözleşmede kullanan tarafın TBK m. 22’ye dayanamamasının yerinde olduğu görüşüne katılmaktayız⁵⁷⁸.

Yargıtay da genel işlem koşullarından beklenilmeyen ve şaşırtıcı olan, bu şartlar sözleşmeye konurken dikkati özel olarak çekmeyen hükümlerin tüketici açısından bağlayıcı olmayacağı⁵⁷⁹, Alman ve İsviçre içtihatlarını ve bilimsel öğretisinin de dikkate alınarak, genel işlem koşullarının hakim tarafından kontrolünde, açık

⁵⁷⁵ HAVUTÇU, s. 145.

⁵⁷⁶ KAPLAN, Genel İşlem Şartları, s. 66; ÇINAR, s. 102.

⁵⁷⁷ Ancak sözleşmenin kalan geçerli kısmına diğer tarafın katlanmasının dürüstlük kuralına istinaden ondan beklenemeyecek durumda olması halinde sözleşmenin bütünen geçersiz olacağı kabul edilmesinin her iki taraf çıkarları düşünüldüğünde daha uygun olacağı görüşü, kanaatimizce de uygundur (Bkz. HAVUTÇU, s. 146).

ALTOP, Genel İşlem Koşulları, s. 259.

⁵⁷⁸ ÇABRİ, s. 148.

⁵⁷⁹ Yargıtay 13. HD, 18.03.1996, E. 1996/1734; K. 1996/2495, YKD Mayıs 1996, s. 746-750.

olmayan hükümlerin bunları kullanan kişi aleyhine yorumlanması, alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden sayılmaması, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanamaması, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olması⁵⁸⁰ yönünde kararlar vermiştir.

2. YORUM YOLUYLA DENETİM

Bir irade beyanının anlamının hakim tarafından araştırılması ve tespit edilmesi, onun yorumlanması demektir⁵⁸¹. Sözleşmeye dahil edilen genel işlem koşullarının anlamının açıklığa kavuşturulmasının⁵⁸² amaçlandığı genel işlem koşullarının yorumu ise açık veya zımni şekilde anlaşarak sözleşmeye alınan bu şartların sözleşmede hangi anlamıyla bağlılık kazandığının araştırılması ve tespit edilmesidir⁵⁸³. Sözleşmeye dahil edilen genel işlem koşullarının taraflarca farklı anlaşılması halinde yorumlanmaları yoluna gidilir⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ **Yargıtay 3. HD**, 02.06.1998, E. 1998/4263, K. 1998/6098 (www.kazanci.com.tr, 13.03.2011).

“İdari yargı, idari makamların (örneğin Devletin, Belediyenin vs.) kamu hukuku alanındaki girişimlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi ile meşgul olur. Öyle ise idare; bir işlemi, eylemi veya sözleşmeyi yaparken özel hukuk kişilerinin üstünde bir kamu tüzel kişisi olarak hareket etmişse; uygulanacak hukuk İdare hukukudur ve böyle bir idari işlem, eylem veya sözleşmeye ilişkin dava idari kaza mercilerinde görülür. Fakat davalı Belediye her ne kadar bir kamu tüzel kişisi olup, gördüğü hizmet kamu hizmeti ise de; davacı taraf belirli şartlara uyararak (intibak ederek) ve bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler (su abonman sözleşmesi) iltihaki sözleşmeleridir. İltihaki sözleşmeler; bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak (fiilen) tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, havagazı ya da PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder.

Yukarıda sözü edilen teşebbüsler Devlet (kamu idaresi) ya da yerel yönetimler veya kamu kurumları tarafından işletildiği vakit, bunların ticari bir teşebbüs teşkil edeceği, bu kurumlarla fertler arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına tabi olacağı cihetle bunun sonucu olarak anılan işler karşısında kişinin durumunun tamamen sözleşmesel (akdi) nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu gibi durumlarda genellikle kişinin bu hizmetten yararlanması yukarıda anılan sözleşme (abonman sözleşmesi) ile mümkün olduğundan ve sözleşme özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bulunduğundan, bu yüzden çıkan uyuşmazlıkların dahi özel hukuk kurallarıyla çözümlenmesi gerekecektir.”

⁵⁸¹ **OĞUZMAN**, Kemal / **BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2009, s. 54; **EREN**, s. 423; **KAPLAN**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, s. 15; **FEYZİOĞLU**, s. 350; **DURAL**, Mustafa / **SARI**, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006, s. 100.

⁵⁸² **ÇABRİ**, s. 139.

⁵⁸³ **HAVUTÇU**, s. 148; **ATAMER**, s. 124.

⁵⁸⁴ **ÇABRİ**, s. 148.

Genel işlem koşullarının soyut ve genel nitelikte düzenlemeler içermesi nedeniyle, bütün tüketiciler için aynı şekilde yorumlanmaları da gerekmektedir⁵⁸⁵. Genel işlem koşulları hakkında finansal kiralama şirketinin tüketiciyi aydınlatması, bu konudaki iradesini açıkça beyan etmesi gerekmekte olup ancak bu şekilde tüketicinin genel işlem koşullarının sözleşmede yer almasını onaylaması anlamına gelecektir⁵⁸⁶. Borçlar Kanununa göre sözleşmenin kurulabilmesi, tarafların birbirine uygun irade beyanı ile mümkün olup (BK m. 1) bu beyanların esaslı unsurlar üzerinde uyuşmaması halinde bu iradelerin ne yönde olabileceği, güven kuramına göre yorumlanarak belirlenir⁵⁸⁷ ve buna göre irade beyanlarının “*objektif*” biçimde yorumlanması gerekir. Klasik güven teorisinde makul ve dürüst 3. kişi yorumu esas alınırken, yeni güven teorisinde, muhatabın dürüst ve makul bir muhatap olarak bilmesi gerekli olaylar çerçevesinde kendisine yöneltilen beyana doğruluk ve güven kuralı gereği vereceği cevap esas alınmaktadır. Tüketicinin sözleşme şartlarına yükleyeceği anlamın, makul ve dürüst 3. kişiye göre tespit edilmesi uygun görülmeyle birlikte, şartların tüketicinin iradesine dayanmaması nedeniyle, klasik güven teorisine dayanarak, yorumun makul 3. kişiye göre yapılması gerektiği görüşü⁵⁸⁸ bizce de uygun görülmektedir. Ancak elbette ki genel işlem koşulları yorumlanırken “açık ve anlaşılır anlamlarını aşacak şekilde” yorumlanamazlar⁵⁸⁹. Genel işlem koşullarının yorumlanmasına ilişkin olarak doktrinde 2 görüş bulunmaktadır. öncelikle bu farkın temeli olan Alman ve İsviçre Hukukundaki uygulamalardan kısaca bahsedeceğiz.

Alman Hukukunda olan objektif yorum yönteminin uygulanması hakimdir⁵⁹⁰. *Objektif yorum* yöntemine göre, yorumlamanın yeknesak bir şekilde, tarafların anlayış ve düşünceleri ile somut olayın özelliklerinden soyutlanarak, somut olayın özellikleri göz önüne alınmadan yapılması kabul edilmektedir⁵⁹¹. Genel koşulların

⁵⁸⁵ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 495.

⁵⁸⁶ ATAMER, s. 82.

⁵⁸⁷ OĞUZMAN / ÖZ, s. 61; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 239; HAVUTÇU, s. 109, ATAMER, s. 81; YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 492.

⁵⁸⁸ YAVUZ, Nihat, Nihat, Şerh, s. 492.

⁵⁸⁹ YAVUZ, Nihat, Nihat, Şerh, s. 492.

⁵⁹⁰ WOLF / LINDACHER / PFEIFFER, § 305c, 231 vd. (ÇABRİ, s. 149’dan naklen).

⁵⁹¹ HAVUTÇU, s. 149; WOLF / LINDACHER / PFEIFFER, § 305c, 231-237 (ÇABRİ, s. 149’dan naklen).

belirli kişiler ve somut ilişkiler için hazırlanmayıp, genel ve soyut olmasından hareketle, yorum sırasında genel koşulları hazırlayan kişinin somut olay hakkındaki düşüncelerini araştırmaya gerek yoktur, çünkü genel koşullar çoğunlukla tartışma konusu yapılmadan sözleşmeye dahil edildiğinden, genel koşullardaki irade, bağımsız sözleşmelerde kullanılmaları halinde de değişmeyecektir. Bu yüzden de bunların yorumunda somut olayla ilgili özelliklerin dikkate alınmasına gerek olmayacaktır⁵⁹². Ancak, genel koşulları kullanan tarafın, tüketicinin özel şartlarını dikkate alacağına dair bir izlenim vermişse, *doğruluk ve güven* ilkesi gereği somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekecektir⁵⁹³.

Bunun tersi İsviçre Hukukunda uygulanmaktadır. Buna göre yorum bakımından, irade beyanlarının yorumlanmasındaki gibi, genel işlem koşullarının da bireysel sözleşmelere benzer olarak; önce tarafların gerçek iradelerinin araştırılması, buradan bir sonuç elde edilememesi halinde de bu şartların *güven teorisine* göre yorumlanmaktadır⁵⁹⁴.

Hukukumuzda da iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe⁵⁹⁵ göre, genel işlem koşullarının yorumlanmasına objektif yorum ilkesinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Buna karşın ikinci görüşe⁵⁹⁶ göre genel işlem koşulları söz konusu olayın bütün hal ve şartların göz önünde tutularak *güven teorisine göre yorumlanmalıdır*. Genel koşulların tüketici için bireysel olduğu kabul edilmekte ve sözleşme kapsamına tarafların kabulü ile dahil olduğu savunularak, sözleşmelerin yorumunda genel yorum ilkelerine ve somut olay özelliklerine göre değerlendirme yapılmasının çıkarlar dengesine ve hakkaniyete uygun olacağı ifade edilmektedir⁵⁹⁷.

⁵⁹² YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 496.

⁵⁹³ BAHTİYAR, Genel İşlem, s. 95.

⁵⁹⁴ BAUER, s. 48 (ÇABRİ, s. 149'dan naklen).

⁵⁹⁵ HAVUTÇU, s. 150; YAVUZ, Nihat, Genel İşlem, s. 573; KAPLAN, Genel İşlem Şartları, s. 55.

⁵⁹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 239; ÇABRİ, s. 150.

Çınar ise, tüketici sözleşmesi dışındaki sözleşmelerin yorumlanmasında ilk yöntemin kullanılmasıyla birlikte, tüketici sözleşmelerinin yorumlanmasında, TKHK m. 6 ve ilgili Yönetmelikleri çerçevesinde genel işlem koşullarının güven teorisine göre yorumlanması gerektiğini savunmaktadır (Bkz. ÇINAR, s. 111-112).

⁵⁹⁷ YAVUZ, Nihat, Şerh, s. 496.

Kanaatimizce, genel işlem koşullarının genel ve soyut hazırlanmakla birlikte, bu şartların sözleşmeye dahil olmasının tüketicilere göre farklılık göstermesi nedeniyle, sözleşmenin kurulmasındaki bütün hal ve şartların dikkate alınması görüşü daha uygun olmaktadır. Zira bu yöntemin tercih edilmesi, tüketici lehine yorum yapmaya daha fazla imkan vermesi nedeniyle, tüketicinin korunması amacına daha uygun düşmektedir.

Genel işlem koşullarının yeterince açık, net ve anlaşılır olmaması halinde, bu hükümleri kullanan tarafın bu durumun sebep olacağı risklere katlanması gerektiği düşüncesiyle, tüketici lehine yorumlanması gerektiği savunulmaktadır⁵⁹⁸. Genel işlem koşullarının belirsizliği ve sonucunda izlenecek yol, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 6/4'te belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmedeki bir şartın ne anlama geldiği yorum yöntemi ile belirlenemiyorsa tüketici lehine olan yorum tercih edilecektir. TBK m. 23'e göre de genel işlem koşullarının açık olmaması ya da birden çok anlama gelmesi halinde bu şartlar, kullanan aleyhine karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanmalıdır. Yargıtay⁵⁹⁹ da bu yönde kararlar vermektedir.

3. İÇERİK DENETİMİ

Genel işlem koşullarının denetimi, TKHK m. 6 ile buna dayanarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik'te yer almaktadır. Her iki düzenleme sayesinde genel işlem koşullarının içerik denetimine imkan sağlanmıştır.

⁵⁹⁸ **HAVUTÇU**, s. 134 (Yazara göre, açık olmama nedeniyle bu şartları kullanan aleyhine karar verilmesinin amacı, kuralın içeriğinin tüketici lehine düzeltilmesi değil açık olmamanın sonucuna dürüstlük kuralı gereğince bu şartları kullanan tarafın katlanmasını sağlamaktır.); **ATAMER**, s. 151; **TEKİNALP**, Genel İşlem Şartları, s. 119; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, Borçlar Hukuku, s. 162; **KAPLAN**, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, s. 72; **KAPLAN**, Genel İşlem Şartları, s. 56; **TEKİNALP**, Banka Hukuku, s. 387; **ZEVKLİLER / AYDOĞDU**, s. 163; **ÇINAR**, s. 113.

⁵⁹⁹ **Yargıtay 3. HD T. 02.06.1998; E. 1998/4263, K. 1998/6098 (www.kazanci.com, 05.06.2011).**

“Gerek Ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem koşullarının (veya iltihaki sözleşmenin) uyuşmazlık halinde hakim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların metni kaleme alanın aleyhine yorumlanacağı, alışılmamış kayıtların geçersiz, şartırtıcı kayıtların ise (sözleşmenin içeriğinden dahi sayılmayacağı) münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”

TKHK m. 6'ya göre içerik denetimine tabi olması gereken genel işlem koşullarının koşulları; tüketiciyle müzakere edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye konulan, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini iyiniyet kuralına aykırı olacak şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan koşullar olmalıdır.

İçerik denetimi TBK m. 25 ile düzenlenmiştir. Buna göre, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yürürlük denetiminde sonra gerçekleşen ve yargısal bir denetim olan içerik denetimi ile tüketicinin etki edemediği genel işlem koşullarının içeriğinin denetlenerek uygun olmayan, taraflar arasındaki dengeyi tüketicinin aleyhine bozarak hakkaniyete aykırı hükümleri içeren genel işlem koşullarının bağlayıcılık ve geçerliliği sınırlandırılarak tüketicinin menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır⁶⁰⁰.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6/2'de "*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir*" hükmü bulunmaktadır. Bununla birlikte Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmelik m 7'de ise "*Satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır. Yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin geri kalanı varlığını korur*" hükmü bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁶⁰¹ ilk etapta TKHK m. 6/2'ye bakıldığında tek taraflı bağlamazlığın öngörüldüğü düşünülse de Yönetmelik m. 7 ile birlikte değerlendirildiğinde bunların kesin hükümsüz olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Ancak diğer bir görüşe göre⁶⁰² ise haksız şartlar içeren sözleşme hükmü kesin hükümsüz olacaktır ancak bunu sadece tüketici ileri sürebilecek ve mahkeme de bu hükümsüzlüğü yalnız tüketici lehine olacak şekilde re'sen göz önünde tutabilecektir. Kanaatimizce de her iki görüşte olduğu gibi, haksız

⁶⁰⁰ ÇABRİ, s. 139.

⁶⁰¹ KOCAYUSFPAŞAOĞLU, s. 251; ÖZ, Turgut, "Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2004, s. 146.

ÇABRİ'ye göre de sözleşmedeki haksız şartlar hükümsüzdür ancak bunlara dayanılarak sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz sayılmamalıdır (ÇABRİ, s. 159).

⁶⁰² ÇINAR, s. 185; ALTOP, Genel İşlem Şartları, s. 255.

şartlar kesin hükümsüz sayılmalıdır ancak bu şartları içeren sözleşme hükmünün geçersizliğini ancak tüketiciler ileri srebilmeli ya da tüketiciler lehine re'sen göz önüne alınmalıdır. Zira sözleşmenin tümünün bu sebepten dolayı kesin hükümsüz sayılmasının, tüketicinin aleyhine olması ihtimali yüksektir. Sözleşmenin bu şartlar olmadan ayakta tutulabilmesi şartını da unutmamak gerekir.

SONUÇ

Türkiye’de konut finansmanı sorununu gidermek üzere çalışmalar yapılmış, “Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Yasalarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” 01.12.2005 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na sunulmuş, 22.02.2007 tarihinde Meclisten geçerek yasalaşmıştır. Böylece “uzun vadeli konut finansman sistemi” hukukumuzda girmiştir. Konut edinmek isteyen tüketicilere konut kredisi kullandırarak kaynak sağlanması ile kredi kuruluşlarının bu sözleşmelerden kaynaklanan alacaklarını bir an önce nakde çevirerek yeni kredilere finansman sağlamasından oluşan konut finansman sistemi, kanun koyucu tarafından bütün olarak ele alınmamış, çeşitli yasalarda değişiklik yapan 5582 Sayılı Kanunla düzenlenmiştir.

5582 Sayılı Yasala Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Finansal Kiralama Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, İcra ve İflas Kanunu ve çeşitli vergi yasalarında değişiklikler yapılmıştır. Getirilen hükümlerle birlikte, bunlara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesi Sermaye piyasası Kurulu, BDDK ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı gibi çeşitli kurumlara bırakılmış, birçok hususun ise ileride sorun çıktığı zaman tebliğlerle çözülmesi yönünde bir tercih yapılmıştır. Sonuç olarak da sistem bütünüyle düzenlenememiş, yapılan ve sağlanmak istenen düzenlemeler ise yeterince anlaşılammıştır. Nitekim Kanunun özünü teşkil eden “konut finansmanı sistemi” kavramı dahi SerK. 38/A maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, konut finansmanı, konut edinmeleri amacıyla sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanmasıdır. Bu kapsamdaki kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kullanılan krediler de konut finansmanı kapsamındadır.

2007 yılında çıkarılan 5582 Sayılı Kanun ile gerek kapsam gerekse sözleşme tarafı konusunda değişikliğe uğrayan finansal kiralama işlemlerine dikkat çekerek, Kanunun boşuna çıkarılmadığı düşüncesiyle sisteme işlerlik kazandırılması yolunda farkındalık yaratmak ve uygulamasını gündeme getirmek amaçlanmıştır. Zira konut finansmanı dendiği zaman akla sadece bankalar tarafından sağlanan konut kredileri

gelmektedir. 5582 Sayılı Kanun ile kapsamı değiştirilen Finansal Kiralama Kanunu'nda yukarıda anıldığı şekilde tüketicilerin konut edinmesi durumunu belirgin şekilde gösterecek bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum, bireyler hatta bu konuda faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri tarafından değişikliğin yeterince anlaşılamamasına neden olmaktadır. Bireyler konut finansmanı için finansal kiralama şirketlerine gidebileceklerini bilmedikleri gibi finansal kiralama şirketlerinin çoğu da gerçek kişilerle konut finansman sözleşmeleri yapabileceklerini bilmemekte ya da tercih etmemektedirler. Bu çalışmamızda, hem bireyler hem de finansal kiralama şirketleri açısından Kanun'daki bu düzenlemelere ilişkin farkındalık ve tercih edilebilirlik sağlanması amaçlanmıştır.

Finansal Kiralama Kanununda açıkça ifade edilmese de 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Yasalarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kapsamı genişletilmiş, konusu içine “konut” da dahil edilmiş ve dolayısıyla sözleşmenin diğer tarafını tüketici olarak gerçek kişilerin oluşturması mümkün hale gelmiştir. Tüketicinin sözleşmenin tarafı olması, tüketim amacıyla konut alımı işleminin tüketici işlemi sayılması ve yine tüketim amacıyla konut alımı işleminin finansal kiralama sözleşmesinin konusunu teşkil edip edemeyeceği hususlarına ilişkin tartışmalar, 5582 Sayılı Kanun sonrasında geride kalmıştır. Yapılan bu düzenlemeler, finansal kiralama sözleşmesinin özelliklerinin istisnasını oluşturmuştur. Bu şekildeki değişikliklerin yapılma nedenlerine 5582 Sayılı Kanunun Gerekçesinde yer verilerek, finansal kiralama sözleşmesinin de tüketici işlemi olarak düzenleme sebebinin, konut kredisi yanında alternatif bir finansman modeli oluşturmak olduğu belirtilmiştir. Buna ilave olarak, finansal kiralama şirketlerine fon sağlanması da amaçlanmış olabilir. İlk aşamada finansal kiralama yoluyla kiralama yapılmakta, ikinci aşamada ise finansal kiralamaya verilen taşınmazın fonlar aracılığıyla menkul kıymete bağlanarak bunlardan gelir sağlanması söz konusudur.

Daha önceki uygulamadan farklı olarak, tüketicilere sözleşmenin şartlarının yer aldığı Sözleşme Öncesi Bilgi Formunun düzenlenerek tüketiciye verilmesi ve bunun üzerinden bir işgünü geçmeden konut finansal kiralama sözleşmesinin

imzalanmaması hususu emredici hükümlerle düzenlenmiştir. Bunun, konut finansmanının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına alınarak tüketicinin korunması amacıyla gayet uyumlu olduğu söylenebilir. Çünkü SÖBF ile tüketicinin bilgilendirilmesi ve finansal kiralama kuruluşunun bu hususlarda değişiklik yapmayacak şekilde bu şartlarla bağlı tutulması amaçlanmıştır. Tüketici, altına gireceği yükümlülük ve sözleşme şartları hakkında bilgi sahibi olma fırsatı edinmiş olacaktır. Süre şartı asgari olarak belirlenmiştir. Uygulamada ne finansal kiralama şirketleri ne de korunması amaçlanan taraf olan tüketiciler bu süreyi uzun tutmak istemeyecektir. Ancak tüketici koşullar hakkında istediği düzeyde bilgi sahibi olacak süreye sahip olabilecektir.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin içermesi gereken unsurların TKHK m. 10/B’de açıkça sayılması da olumlu bir düzenlemedir. Bu hususlar geçerlilik şartı olup bu şartların eksiklikleri halinde sözleşmenin ayakta tutulması ve geçersizliğin sadece tüketici tarafından ileri sürülebilmesi gerekmektedir. Bu unsurların tamamlanması finansal kiralama şirketinin yükümlülüğünde olup tüketici lehine, onun isteğine uygun şekilde yapılmalıdır.

Tüketicinin edinmek istediği konutun yapı kullanma izni almış olması, yapılacak sözleşmenin TKHK m. 10/B kapsamında olması için şart değildir. Konut henüz tamamlanmamış olabileceği gibi proje aşamasında olması da bu duruma engel değildir. Ancak bu konudaki SPK m. 13/A hükmü, finansal kiralama şirketlerinin, bu sözleşmelerden doğan alacaklarına dayanarak menkul kıymet ihraç edebilmeleri için söz konusu konutun yapı kullanmaz izni almış olması gerektiği şeklindedir. Ayrıca yapı kullanma izni alınmış konutlar dolayısıyla teminat altına alınmış alacakların ilgili konutun değerinin % 75’ini, yapı kullanma izni alınmış diğer gayrimenkuller dolayısıyla teminat altına alınmış alacakların ise ilgili gayrimenkulün değerinin % 50’sini aşan kısmı, teminat değerinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Bu hükümlere göre, bu değerler üzerinde ve yapı kullanma izni almamış konutların da finansal kiralama yoluyla edinilmesi mümkün olacaktır. Fakat konut finansmanı yapan ve bu alacağına dayanarak menkul kıymet ihraç etmek isteyen finansal kiralama şirketleri, yapı kullanma izni almış konutları ve bunların bedelinin % 75’ini

finanse etmeyi ya da yine yapı kullanma izni almış diğer gayrimenkulleri teminat alırken bunların bedelinin % 50'sini finanse etmeyi tercih edecektir.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerine ilişkin olarak, konutun hasar ve ziyandan kiracının sorumlu olması, düzenleme getirilebileceğini düşündüğümüz bir husustur. FKK m. 14/1'e göre konutun hasar ve ziyandan kiracı sorumlu olacak hatta konut kullanılamaz hale gelse dahi kira bedelini ödeme borcu devam edecektir. Ancak kiracının kusuru olmadan konutun hasar görmesi ya da kullanılamaz hale gelmesi durumunda da kiracıyı sorumlu tutmak yerine, malik olan ve konutu sigorta ettirme borcu da bulunan kiralayanın bu duruma katlanması gerektiğini düşünmekteyiz. En azından bu konuya ilişkin bir düzenleme ile netlik getirilmesi gerekmektedir.

Konut finansmanı amacıyla yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin şekli de oldukça önemli, tartışmalı ve düzenlemeye ihtiyaç duyulan diğer bir husustur. TKHK m. 10/B'de herhangi bir ayrıma gidilmeden, sözleşmenin geçerliliği için nitelikli yazılı şekilde yapılma şartı aranmıştır. Ancak FKK m. 8 dikkate alındığında, bu sözleşmelerin geçerliliğinin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Özellikle masrafları tüketicinin ödeyeceği ve noter masraflarının yüksek olacağı dikkate alınarak, istendiğinde şerh verilmesine de engel bulunmadığından, bu sözleşmelerin nitelikli yazılı şekilde yapılmasının yeterli olacağı savunulmaktadır. Ancak kanaatimiz, mülkiyetin ve kullanım hakkının tüketicide olduğu konut kredileri için öngörülmüş olan nitelikli yazılı şekil şartının, mülkiyetin kiralayanda kullanım hakkının ise kiracıda olduğu finansal kiralama sözleşmelerinde yeterli olmayacağı yönündedir. Kanunda bu şekilde bir düzenleme yapılmasına açıkça ihtiyaç olduğu görülmektedir.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk	Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008.
ADIGÜZEL, Burak	İpotekli Sermaye Piyasası Araçları, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007.
AKDEMİR-ERSOY, Zehra	Konut ve Ev Kavramlarının Karşılaştırmalı Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2002.
AKGÜÇ, Öztin	Finansal Yönetim, İstanbul 1985.
AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut	Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
AKİPEK, Şebnem	“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 103-119 (Kredi Kartları).
AKİPEK, Şebnem	Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999 (Tüketici Kredisi).
AKMAN, Sermet	Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konuda Yargısal Kararlar, İBD, Y. 1989, C. 63, S. 10-11-12, s. 624-636.
ALICI, Yaşar	Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
ALP, Ali	İpotek Kredileri Ve İpoteğe Dayalı Menkul Kıymetler Yoluyla Türk Konut Finansman Sorununun Çözümünde Bir Model Önerisi, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 1996.
ALTAŞ, Hüseyin	Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
ALTOP, Atilla	“Finansal Kiralama Sözleşmesinin Şekline ve Tesciline – Veya Şerhine- İlişkin Olarak Finansal Kiralama Kanununda Öngörölmüş Düzenleme ve Yarattığı Sorunlar, Finansal Kiralama Dünyası EK, Fider Bülteni, S.6, Ocak 2003. (Bülten).

ALTOP , Atilla	Finansal Kiralamanın Dünyada ve Ülkemizdeki Gelişimi ve Ülkemizde Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Olarak Finansal Kiralama Kanunundan ve Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'a Armağan, İstanbul 1999 (Uygulamadan Kaynaklanan Sorunlar).
ALTOP , Atilla	Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Finansal kiralama) Sözleşmesi, Ankara 1990 (Finansal Kiralama Sözleşmesi).
ALTOP , Atilla	"Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi", Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2006, s. 254-260 (Genel İşlem Şartları).
ALTOP , Atilla	"Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı, İKÜHFD, C. 3, S. 1-2, s. 3-14 (Tüketici Kavramı) (www.iku.edu.tr, 06.03.2011).
ANTALYA , Gökhan	"Kat Mülkiyeti Hukuku Yönünden Toplu Yapı (Site) Kavramı ve Buna İlişkin Sorunlar", Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 1996, C. 10, S. 1-3, İstanbul 1998, s. 103-116.
ARIKEL , Nazlı	Finansal Kiralama Kanununun Uygulaması ve Sorunları İTO Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1986.
ARKAN , Sabih	"Gemilerle İlgili Finansal Kiralamalardan Doğan Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 435-443(Finansal Kiralama).
ARKAN , Sabih	Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009 (Ticari İşletme).
ARKAN , Sabih	Tüketici Kredileri, BATİDER, Y. 1995, C. XVIII, S. 1-2, s. 35-42 (Tüketici Kredileri).
ASLAN , İ. Yılmaz	Finansal Kiralama, Bursa Barosu Dergisi, 1987, S. 29, s. 9 (Finansal Kiralama).
ASLAN , İ. Yılmaz	En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, Bursa 2006.
ATAAY , Aytekin	Haksız İnşaat, İstanbul 1959.
ATAMER , Yeşim	Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.
AYBAY , Aydın / HATEMİ ,	Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Hüseyin	
AYDOĞDU , Murat	Konut Finansman Sistemi, Ankara 2010.
AYDOĞDU , Murat	Konut Finansman Sistemi (Mortgage) ve Sözleşmeleri, DEÜHFD, Y. 2007, C. 9, S. 1, s. 1-52 (Mortgage).
AYDOĞDU , Murat	Konut Finansman Sistemi ve Sözleşmelerin Tüketici Hukukuna Etkileri, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 553-632 (Konut Finansman Sistemi).
BALCI , Tamer	“Finansal Kiralama (Finansal kiralama) İşlemlerinin Hukuki ve Mali Boyutu-2”, Maliye ve Sigorta Yorumları, Sayı 426, Ekim 2004.
BAHTİYAR , Mehmet	“Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması”, Makaleler I, İstanbul 2008, s. 99-122 (Genel İşlem Koşulları).
BAHTİYAR , Mehmet	Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2010 (Ticari İşletme).
BAŞ , Şanlı	Konut Finansmanı Kanununun Finansal Kiralama İşlemleri Bakımından İrdelenmesi, 20.04.2007, http://www.alomaliye.com/2007/sanli_bas_mortgage.htm , 10.08.2010.
BAŞPINAR , Veysel	Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
BAŞTÜRK , Faruk	“Finansal Kiralama Sözleşmesinin Şekli ve Tescili veya Şerhi”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 4, s. 99-133.
BATTAL , Ahmet	Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, Ankara 1999 (Özel Finans Kurumları).
BATTAL , Ahmet	“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Ankara 1998, s. 313-332 (Tüketicinin Korunması).
BAYRAKTAR , Erdoğan	Planlı Kentleşme ve Konut Üretim Seferberliği Sunumu (2003-2009), www.toki.gov.tr/page.asp?id=102 , 26.12.2010.
BELEN , Herdem	Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının Faaliyetlerinin Medeni Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2001.

BERBEROĞLU , Murat	“Mortgage-İpotekli Konut Finansman Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye’de Uygulanabilirliği, Uluslar arası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Y. 1, C. 1, S. 2, Kış 2009, s. 119-146.
BERBEROĞLU , Murat Gökşin / TEKER , Suat	“Konut Finansmanı ve Türkiye’ye Uygun Bir Model Önerisi”, İTÜ Dergisi, Sosyal Bilimler, C. 2, S. 1, Aralık 2005, s. 58-68.
BERTAN , Suat	Ayni Haklar Ayni Haklar : Medeni Kanununun 618-764 Üncü Maddelerinin Şerhi : (Bu Maddelerle İlgili Yasalar ve Eski Hükümler), Ankara 1976.
ÇABRİ , Sezer	Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010.
ÇELİKOĞLU , Cengiz Topel	“Konut Finansman Kanununun Finansal kiralama Sözleşmesi Üzerindeki Etki ve Sonuçları”, İBD, C. 81, S. 4, Yıl 2007, s. 2015-2040.
ÇETİNER , Bilgehan	“Konut Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Koşulları”, Legal Hukuk Dergisi, Temmuz 2007, Y. 5, S. 55, s. 2155-2171.
ÇINAR , Ömer	Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.
DURAL , Mustafa / ÖĞÜZ , Tufan	Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.
DURAL , Mustafa / SARI , Suat	Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006.
EKMEKÇİ , Cengiz	Finansal Kiralama Sözleşmesi ve Vergi Uygulamasında Görülen Sorunlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2000.
ERDİKLER , Şaban	“Finansal Kiralama Giderleri”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 150, Şubat 1984.
EREN , Fikret	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
EREM , Faruk / ALTINOK , Akın / TANDOĞAN , Haluk	Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1989.
ERGÜL , Nuray, DUMANOĞLU , Sezai	Finansal Kiralama, İstanbul 2003.
ESMER , Galip	Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1967.

FEYZİOĞLU , Feyzi N.	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 1977.
GEZDER , Ümit	Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
GEZDER , Ümit	Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009 (Culpa İn Contrahendo).
GÖKMEN , Ali	“Konut Finansmanı Sistemi (Morgiç)”, http://www.ozgursolak.av.tr/index , 10.08.2010.
GÖKNAR , Hikmet	Kat Mülkiyeti, Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1976.
GÜLEKLİ , Yeşim	Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.
GÜLER , Yunus Bahadır / YAYLI , Ali	İpoteğe Dayalı Konut Finansman Sisteminin (Mortgage) Orta ve Düşük Gelirli Tüketicilerin Konut Talebine Etkileri: Kırıkkale İli Örneği, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Finans Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
GÜNGÖR , Gülin	Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.
GÜRSOY , T., Kemal / EREN , Fikret / CANSEL , Erol	Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1984.
GÜRZUMAR , Osman Berat	Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil, İstanbul 2001.
HATEMİ , Hüseyin / SEROZAN , Rona / ARPACI , Abdülkadir	Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
HAVUTÇU , Ayşe	Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
HEPŞEN , Ali	Bir Finanslama Yöntemi Olarak Menkul Kıymetleştirme: İpoteği Dayalı Menkul Kıymetleştirme ve Türkiye Uygulaması, İstanbul 2005 (Menkul Kıymetleştirme).

HEPŞEN, Ali	“Vatandaş Ev Alıp Kiraya Veriyor, Konut Kredisini Kira Geliriyle Ödüyor”, 08.10.2007 (http://www.alomaliye.com/2007/ali_hepsen_vatandas.htm , 23.04.2011) (Kira Geliri).
İNAL, Tamer	Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 2002 (Tüketici Kredileri).
İNAL, Tamer	Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004 (Ticari İşletme Hukuku).
İNAL, Tamer	“Konut Finansmanı Sözleşmelerinden Kaynaklanan, Rehinle Temin Edilmiş Alacaklar”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 295-377 (Konut Finansmanı Sözleşmeleri).
KALABALIK, Halil	İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2003.
KAPLAN, İbrahim	“Banka Sözleşmelerinin Yorumu ve Tamamlanması”, BATİDER, Aralık 1987, C. XIV, S. 2, s. 1-24 (Banka Sözleşmeleri).
KAPLAN, İbrahim	“Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları”, BATİDER, Aralık 1991, C. XVI, S. 2, s. 51-86 (Genel İşlem Şartları).
KAPLAN, İbrahim	Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987 (Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi).
KAPLAN AYDOĞAN, Nazlı	Kredinin Ekonomik ve Hukuki Tanımı, http://www.nazliaydogan.av.tr/?p=1 , (09.11.2010).
KARAHASAN, Mustafa Reşit	İnşaat, İmar İhale Hukuku, C. 2, İstanbul 1997.
KAYAR, İsmail	“Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması”, GÜHFD, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, C. 1, S. 2, Aralık 1997, s. 82-93.
KOCAAĞA, Köksal	Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Finansal kiralama) Sözleşmesi, Ankara 1999.
KOCAMAN, Arif B.	Türk Medeni Kanununa Göre Yerleşim Yeri (İkametgah), Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 567-579.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU , Necip	Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008.
KOÇ , Mehmet	Bütün Yönleriyle Finansal Kiralama, İstanbul 1999.
KOÇAK , Duygu	Konut Finansman Kanunu Öncesi ve Sonrası Mortgage, İstanbul 2007.
KONDAK , Nuray	İşletmelerde Finansman Sorunu ve Çözüm Yolları Alternatif Finansman Teknikleri, İstanbul 2004.
KÖPRÜLÜ , Bülent / KANETİ , Selim	Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983.
KÖTELİ , Argun	Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Finansal kiralama) Sözleşmeleri, İstanbul 1991.
KUNTALP , Erden	“Finansal Kiralama Kanunu – Tüketim ve Yatırım Malı Ayrımı, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan”, Ankara 1998, s. 287-311 (Tüketim ve Yatırım Malı).
KUNTALP , Erden	Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Finansal kiralama) Tanımı ve Hükümleri, TBB Yayın No: 144, Ankara 1988 (TBB).
KUNTALP , Erden	“Finansal Kiralama Kanununun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar”, Finansal kiralama Dünyası, FİDER Bülteni, Ağustos 2006, s. 6-10 (Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar).
KUNTALP , Erden	“Finansal Kiralamada Zilyetliğin Devri Yasağı”, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 673-688 (Devir Yasağı).
KUNTALP , Erden	Taşınmaz Finansal Kiralaması, FİDER Bülteni, S. 3, Mart 2002 (Bülten).
KUNTALP , Erden / KIRMAN , Ahmet	Finansal Kiralama Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İşlem Vergisel Boyutu, Coşkun Kırca’ya Armağan, İstanbul 1995.
KUNTALP , Erden / PEKGÜÇLÜ , Güzin	“Finansal Kiralama Kanununun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Bazı Önemli Sorunlar”, BATİDER, C.

	XX, S. 4, Y. 2000, s. 5-23.
MAKARACI , Aslı	Taşınır Mallara İlişkin Kampanyalı Satım Sözleşmesi, İstanbul 2007.
MAKARACI BAŞAK , Aslı	“Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Konut Kredi Sözleşmesinin Şekli ve Şekle Aykırılığın Sonucu”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut CENTEL’e Armağan, İstanbul 2011, s. 908-928.
NAZLIOĞLU , Gültekin	(Açıklamalı ve İçtihatlı) Finansal Kiralama Kanunu, Ankara 1996.
OĞUZ , Şeref	Mortgage (www.mortgagebankasi.com , 23.04.2011).
OĞUZMAN , Kemal / BARLAS , Nami	Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2009.
OĞUZMAN , Kemal / ÖZ , Turgut	Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
OĞUZMAN , Kemal / SELİÇİ , Özer / OKTAY- ÖZDEMİR , Saibe	Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
OKSAY ÖZYÜKSEL , Suna	Türkiye’de Mortgage Sistemi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2007.
OY , Osman	Konut Finansman Sistemi ve Ana Hatları ile Gayrimenkul Mevzuatı, İstanbul 2007.
OZANOĞLU , H. Seçkin	“Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663-692 (Tüketici).
OZANOĞLU , H. Seçkin	“Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, Y. 2001, s. 55-60 (Tüketici Sözleşmeleri).
ÖKTEM-ÇEVİK , Seda	Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010.
ÖNAL , Yıldırım Beyazıt /	İpotekli Konut Finansmanı ve Hukuku Mortgage

TOPALOĞLU , Mustafa	(Tutsat), İstanbul 2007.
ÖZ , Turgut	“Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2004, s. 128-151.
ÖZEL , Çağlar	Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771-817.
POROY , Reha	“Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları”, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 513-550.
ÖZMEN , Ethem Saba	Devre Mülk Hakkı, Ankara 1988.
REİSOĞLU , Seza	Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları, http://www.alomaliye.com/seza_reisoglu_finansal_kiralama.htm , 24.03.2004 (Uygulama Sorunları) (05.11.2010).
REİSOĞLU , Seza	“Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları”, Bankacılar Dergisi, 2007/61, s. 75-84 (Konut).
REİSOĞLU , Seza	“Konut Kredisi - Konut Finansmanı ve Uygulama Sorunları”, Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK’e Armağan, İstanbul 2008, s. 319- (Konut Kredisi).
REİSOĞLU , Safa	Türkiye’de Finansal Kiralama Kanunu ve Değerlendirilmesi, İTO Finansal Kiralama Semineri - 25 Nisan 1986, İstanbul 1987 (İTO Semineri).
SAYMEN , Ferit H. / ELBİR , Halid K.	Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul 1954.
SELİÇİ , Özer	Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
SEROZAN , Rona	Tüketiciyi Koruma Kanununun Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Kanun Hukuk Dergisi, Mayıs 1996/4.
SOYER , Polat	Genel İşlem Koşulları, İzmir 1987.
SÖZER , Bülent	“Finansal Kiralama (Finansal Kiralama) Sözleşmelerinde Mülkiyet Unsuru”, BATİDER, Haziran 1989, C. XV, S. 1, s. 49-111.

ŞIPKA , Şükran	Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası : (Türk Medeni Kanunu m. 194), İstanbul 2004.
TANDOĞAN , Haluk	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1-2, İstanbul 1985.
TAŞKIN , Mustafa	“Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı”, ABD, Y. 1997, S. 1, s. 30-37.
TEKİNALP , Ünal	Hukuki Yönden Finansal Kiralama Kanunu, Türkiye Sınâî Kalkınma Bankası A.Ş., Finansal Kiralama Semineri, İstanbul 1985 (Finansal Kiralama).
TEKİNALP , Ünal	“Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986 (Genel İşlem Şartları).
TEKİNALP , Ünal	Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009 (Banka Hukuku).
TEKİNAY , Selahattin S.	Kat Mülkiyeti, II/2, İstanbul 1991 (Kat Mülkiyeti).
TEKİNAY , S. Selahattin	Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992 (Medeni Hukuk).
TEKİNAY , Selahattin S.	Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, C. II/3, İstanbul 1994.
TEKİNAY , Selahattin S. / AKMAN , Sermet / BURCUOĞLU , Haluk / ALTOP , Atilla	Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, İstanbul 1988 (Eşya Hukuku).
TEKİNAY , Selahattin S. / AKMAN , Sermet / BURCUOĞLU , Haluk / ALTOP , Atilla	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993. (Borçlar Hukuku).
TİFTİK , Mustafa	Türk Hukukunda Katılım Bankası, Katılma Hesabı Sözleşmesi, İşlevi-Hukuki Niteliği-Hükümleri, Ankara 2007.
ULAŞ KISA , Seda	“Avrupa Tüketici Hukukunda Tüketici Hakları ve Tüketicinin Korunması”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1161-1170.

ULUKANLI, Hasan	“Türkiye’de Finansal Kiralama (Finansal Kiralama) Genel Esasları ve Türkiye’deki Uygulama”, Türkiye’de Finansal Kiralama-Finansal Kiralama (Esaslar ve Uygulama-III) Semineri, İstanbul 1996.
ULUSAN, İlhan	“Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, İstanbul 2004, s. 27-47.
ÜLGEN, Hüseyin (TEOMAN, Ömer / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N. Füsün)	Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
YALÇIN, Onur	Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006.
YAVUZ, Cevdet	Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2009 (Borçlar Özel).
YAVUZ, Cevdet	Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989 (Tüketici).
YAVUZ, Nihat	Öğretinin ve Uygulamanın Işığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2010 (Şerh).
YAVUZ, Nihat	Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi, Yargıtay Dergisi, 2002, C. 1, S. 1-2, s. 570-603 (Genel İşlem Şartları).
YAVUZ, Mustafa	İhracatta Alternatif Finansman Teknikleri, T.C. Başbakanlık DTM İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi, Ocak 2008.
YENER, Mehmet Deniz	Kredi Açma Sözleşmesi, İstanbul 2008.
YILDIZ, İ. Hüseyin	“Mortgage Hangi Koşullarda Çalışır?”, Akşam Gazetesi, 11.04.2007.

YILMAZ , Mustafa	İmar Yapıtlımları ve Yargısal Koruma, Ankara 2002.
YÜCE BİLGİN , Melek	Mortgage Sistemi ve Türkiye Uygulamasında Hukuksal Temeller, Gayrimenkul Yatırım Sorunları ve Çağdaş Yapılanmalar (1. Sempozyumunda Sunulan Yayınlanmamış Tebliğ).
ZEVKLİLER , Aydın	Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004 (Özel Borç İlişkileri).
ZEVKLİLER , Aydın	Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996 (Tüketicinin Korunması).
ZEVKLİLER , Aydın / AYDOĞDU , Murat	Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.
ZEVKLİLER , Aydın / HAVUTÇU , Ayşe	Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
