

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

HUKUKÎ AÇIDAN FAKTORİNG İŞLEMİ

Doktora Tezi

Yasemin YÜCESOY YILMAZ

Ankara 2018

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

HUKUKÎ AÇIDAN FAKTORİNG İŞLEMİ

Doktora Tezi

Yasemin YÜCESOY YILMAZ

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ**

Ankara 2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

Yasemin YÜCESOY YILMAZ

HUKUKİ AÇIDAN FAKTORİNG İŞLEMİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. İhsan Erdogran

Prof. Dr. Hasan İSGÜZAR

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Doç. Dr. Yıldız Abik

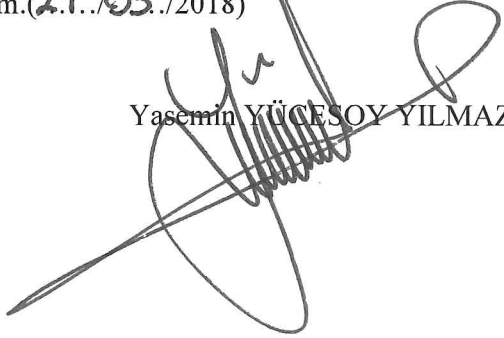
Doç. Dr. Mehmet Kılıç

Tez Sınavı Tarihi: 19.03.2018

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (21.03./2018)

Yasemin YÜCESOY YILMAZ



ÖNSÖZ

“Hukukî Açıdan Faktoring İşlemi” konulu bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı’nda doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Tezin kapsamı, Türk Hukuku’nda faktoring işlemi ile sınırlıdır. Çalışmada bu sebeple, faktoring işleminin, Türk Hukuku bakımından ayrıntılı incelenmesine çaba gösterilmiş ve özellikle uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıklar konusunda değerlendirmeler yapılmasına özen gösterilmiştir.

Çalışmanın hazırlanmasında ve çalışma konusunun seçilmesinde desteğini esirgememiş olan değerli hocam Sayın Doç. Dr. Süleyman YILMAZ’a teşekkür ederim. Ayrıca değerli tez izleme komitesi hocalarım Sayın Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR’a, Sayın Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN’a, her zaman hissettirdikleri destek ve inanç için teşekkürü borç bilirim. Ayrıca, çalışmanın hazırlanmasına ilişkin yardımları ve esasen her konudaki destekleri için Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanı Sayın Mehmet Bülent SELÇUK’a, Daire üyeleri Sayın Ahmet TUNCAY’a, Sayın Abdullah YAMAN’a, Sayın Ahmet Hamdi GÜLER’e, Sayın Nevruz ÜSTÜN’e, Sayın Seydi KAHVECİ’ye, Sayın Dudu İrem TOROS’a, Sayın Fatma AKYÜZ’e, değerli çalışma arkadaşlarım tetkik hâkimlerine ve sevgili aileme teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

Sayfa no

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	ix
BİBLİYOGRAFYA	xii
YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ.....	xlvi
GİRİŞ.....	1
§1. HUKUKÎ AÇIDAN FAKTORİNG İŞLEMİ.....	1
I. Konunun Takdimi.....	1
II. Konunun Önemi	6
III. Konunun Sınırlandırılması	7

BİRİNCİ BÖLÜM

FAKTORİNG İŞLEMİ HAKKINDA TEMEL BİLGİLER

§2. FAKTORİNG İŞLEMİNİN GELİŞİMİ	8
I. Genel Olarak.....	8
II. Tarihçe.....	9
III. Kavram ve Terminoloji	11
IV. Ülkemizdeki Gelişimi.....	13
§ 3. FAKTORİNG İŞLEMİNİN TARAFLARI ve İŞLEYİŞİ.....	16
I. Faktoring İşleminin Tarafları	16
II. Faktoring İşleminin İşleyişi.....	17
§4. FAKTORİNG İŞLEMİNİN FONKSİYONLARI (İŞLEVLERİ).....	20
I. İş Görme (Hizmet) İşlevi.....	22
II. Finansman (Kredi) Sağlama İşlevi	24
III. Teminat (Güvence) Sağlama İşlevi	26
§5. FAKTORİNG İŞLEMİNİN TÜRLERİ	28
I. Gerçek ve Gerçek Olmayan Faktoring	28
A. Gerçek Faktoring.....	28
B. Gerçek Olmayan Faktoring	30
II. Yurt İçi ve Yurt Dışı Faktoring	31

A. Yurt İçi Faktoring.....	31
B. Yurt Dışı Faktoring	32
III. Gizli ve Açık Faktoring	33
IV. Ön Ödemeli ve Ön Ödemesiz Faktoring	35
V. Vadeli Faktoring.....	35
VI. Acenta Faktoringi	36
VII. Fatura İskontosu	36
VIII. Geleneksel Faktoring.....	37
IX. Toptan Faktoring	38
§6. BENZER FİNANSMAN TEKNİKLERİYLE	
KARŞILAŞTIRILMASI.....	38
I. Genel Olarak.....	38
II. Teminat Amaçlı Alacak Devri.....	39
III. Forfaiting İşlemi	41
IV. İskonto Sözleşmesi	44
V. Senet ve Emtia Avansı.....	45
VI. Kredi Sigortası.....	46
VII. Finansal Kiralama (Leasing)	47
VIII. İkrizatçılık.....	49
IX. Banka Kredisi	50

İKİNCİ BÖLÜM

FAKTORİNG SÖZLEŞMESİ

§7. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKÎ	
NİTELİĞİ	51
I. Genel Olarak.....	51
II. Faktoring Sözleşmesinin Tanımı	55
III. Faktoring Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Özellikleri	57
A. Genel Olarak	57
B. İsimsiz, Karma Nitelikli Bir Sözleşme Olması	58
a) Borçlandırııcı (Taahhüt) İşlemi Açısından	59
aa) Münferit Sözleşmeler	60
ab) Faktoring Sözleşmesi.....	62
b) Tasarruf İşlemi Açısından.....	63

ba) Faktoring İşleminde Alacağın Devrinin Oluşum	
Biçimi	63
bb) Faktoring İşleminde Alacağın Devrinin Türü	65
C. Tam İki Taraflı (Sinallagmatik) Bir Sözleşme Olması	65
D. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Bir Sözleşme Olması.....	66
E. Çerçeve Sözleşme Olması.....	68
§8. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI ve ŞEKLİ.....	69
I. Tarafları	69
A. Faktoring Şirketi (Faktor)	70
B. Müşteri	71
II. Konusu.....	72
III. Tarafların Anlaşması	72
IV. Şekli.....	73
§9. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ	74
I. Genel Olarak.....	74
II. Müşterinin Yükümlülükleri	76
A. Alacakları Devretme Yükümlülüğü	76
B. Alacakların Devrini Borçluya Bildirme Yükümlülüğü	79
C. Alacakla İlgili Belge ve Bilgileri Verme Yükümlülüğü	82
D. Alacak Yönetimine ve Delkredere Riskine Karşı Ücret	
(Komisyon) Ödeme Yükümlülüğü.....	84
E. Alınan Ödemeler İçin Faiz Ödeme Yükümlülüğü	86
F. Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi Ödeme	
Yükümlülüğü.....	90
G. Alacakların Varlığını ve Borçluların Ödeme Gücüne Sahip	
Olduğunu Garanti Yükümlülüğü.....	90
III. Faktoring Şirketinin (Faktorün) Yükümlülükleri	91
A. Müşterinin Alacaklarını Devralma, Bunları Deftere	
Geçirme ve Muhasebesini Tutma Yükümlülüğü	91
B. Alacakları Tahsil Etme ve Alacakların Tahsilinde Özen	
Gösterme Yükümlülüğü	92
C. Ön Ödeme ve Ödeme Yükümlülüğü	94
D. Faiz Ödeme Yükümlülüğü	95

E. Gerçek Faktoringde Müşterinin Borçlularının Borçlarını Ödememe ya da Ödeyememe Riskini Karşılama Yükümlülüğü.....	96
F. Sır Saklama Yükümlülüğü	98
G. Üstlendiği Diğer Edimleri Yerine Getirme Yükümlülüğü.....	99
IV. Faktoring Sözleşmesinin Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi	99
A. Kavram ve Tanım.....	99
B. Hukukî Niteliği ve Unsurları.....	103
C. Genel İşlem Koşullarının Faktoring Sözleşmesi Açısından Yürürlük, Yorum ve İçerik Denetimi.....	107
a) Genel İşlem Koşullarının Yürürlük Denetimi.....	107
b) Genel İşlem Koşullarının Yorum Denetimi	112
c) Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi	114
V. Faktoring Sözleşmesinin Teminat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi	118
A. Genel Olarak	118
B. Faktoring Sözleşmesi Dolayısıyla Alınan Şahsî Teminatlar.....	121
a) Kefalet Sözleşmesi.....	121
b) Garanti Sözleşmesi.....	129
C. Faktoring Sözleşmesi Dolayısıyla Alınan Aynî Teminatlar	134
a) Taşınmaz Rehni	134
b) Sicilli Motorlu Araç Rehni.....	142
c) Ticari İşletme Rehni.....	147
D. Ek Teminat Niteliğinde Kambyo Senedi Alınması.....	149
E. Faktor Nezdinde Teminat Amaçlı Bloke Hesabı Açılması.....	152

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAKTORİNG İŞLEMİNDE ALACAKLARIN DEVRİ VE BORÇLUNUN HUKUKÎ DURUMU

§10. GENEL OLARAK ALACAĞIN DEVRİ.....	153
I. Kavram ve Tanım.....	153
II. Hukukî Niteliği ve Konusu.....	159
A. Hukukî Niteliği.....	159

B. Konusu	163
III. Şartları	167
A. Esasa İlişkin	167
B. Şekle İlişkin.....	168
§11. FAKTORİNG İŞLEMİNDE ALACAKLARIN DEVRİ.....	170
I. Genel Olarak.....	170
II. Devrin Amacı	170
III. Devrin Konusu.....	171
IV. Devrin Niteliği.....	172
V. Devrin Hükümleri.....	173
A. Müşteri (Devreden) Bakımından.....	175
a) Garanti (Tekeffül) Sorumluluğu	175
b) İspat Araçlarını Teslim Yükümlülüğü	186
B. Faktoring Şirketi Bakımından	186
a) Asıl Alacak Hakkının Geçmesi.....	186
b) Öncelik (Rüçhan) Hakları ile Yan (Fer'î) Hakların Geçmesi.....	187
c) Yenilik Doğuran Hakların Geçmesi.....	189
d) Diğer Talep ve Yetkilerin Geçmesi	189
§ 12. FAKTORİNG İŞLEMİNDE BORÇLUNUN HUKUKÎ DURUMU	190
I. Genel Olarak.....	190
II. Borçlunun Korunma Yolları.....	191
A. Borçlunun Ödeme İtirazı.....	191
a) Borçlunun Faktore Ödemesi ya da Faktor ile Borcu Sona Erdiren Hukukî İşlemler Yapması	191
b) Borçlunun Müşteriye İyi Niyetli Ödemesi ya da Müşteri ile Borcu Sona Erdiren Hukukî İşlemler Yapması	192
c) Birden Fazla Devirde Borçlunun İyi Niyetli Ödemesi ya da Borcu Sona Erdiren Hukukî İşlemler Yapması	197
B. Borçlunun Alacağı Tevdi Etme Hakkı	199
C. Borçlunun İleri Sürebileceği Diğer Def'î ve İtirazlar	202
a) Borçlu ile Müşteri Arasındaki Borç İlişkisi Dolayısıyla İleri Sürülebilecek Def'î ve İtirazlar	202
b) Takas	207

c) Alacağın Devrinin Geçersizliği İtirazı	210
d) Borçlunun Kendisine Ait Şahsi Def'î ve İtirazlar	212
D. Borçlunun Def'î ve İtirazları İleri Sürmekten Vazgeçmesi	212
E. Faktoring İşlemine Konu Alacağın Devrinin Sözleşmeyle Yasaklanması	213
§13. FAKTORİNG İŞLEMİ DOLAYISIYLA KAMBIYO SENETLERİNİN FAKTORİNG ŞİRKETİNE DEVRİ VE DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ.....	222
I. Genel Olarak.....	222
A. Kıymetli Evrak	222
B. Kambiyo Senetleri.....	226
II. Kambiyo Senetlerinin Faktoring Şirketine Devri.....	228
III. Kambiyo Senetleri Dolayısıyla İleri Sürülebilecek Def'îler ve Bu Def'îlerin Faktoring Şirketine İleri Sürülmesi.....	229
A. Mutlak Def'îler.....	230
a) Senet Metninden Doğan Mutlak Def'îler	230
b) Senetteki Taahhüdün Hükümsüzlüğünden Doğan Mutlak Def'îler	231
B. Şahsî (Kişisel-Nisbî) Def'îler.....	234

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 14. GENEL OLARAK	247
§15. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİ DOĞRUDAN (KENDİLİĞİNDEN) SONA ERDİREN SEBEPLER.....	248
I. Sürenin Sona Ermesi	248
II. Kişiliğin Sona Ermesi ve Kısıtlılık Kararı Verilmesi.....	249
III. Sonraki Kusursuz İmkânsızlık.....	251
§16. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİ DOLAYLI SONA ERDİREN SEBEPLER	254
I. Ödemeden Acz ve İflâs	254
II. Tarafların Anlaşması	256
III. Fesih	260
A. Olağan (Süreli) Fesih	262

B. Olağanüstü (Sürelî) Fesih.....	266
SONUÇ.....	270
ÖZET	285
ABSTRACT	286



KISALTMALAR CETVELİ

ABD.	: Amerika Birleşik Devletleri
AnBD.	: Ankara Barosu Dergisi
Art.	: Article
A.Ş.	: Anonim Şirketi
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER.	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BDDK.	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BGB.	: BürgerlichesGesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz./bkz.	: Bakınız
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
BSMV.	: Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi
BTHAE.	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BÜHFD.	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BÜHFKHD.	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜİİBFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
e-imza	: Elektronik imza
E.	: Esas
E-book	: Elektronik book
EÜHFD.	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f.	: Fıkra
FCI.	: Factors Chain İnternational
FKFFŞK.	: 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBD.	: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
GYD.	: Günümüzde Yargı Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HPD.	: Hukuki Perspektifler Dergisi
Iss.	: Issue
İBD.	: İzmir Barosu Dergisi
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK.	: 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İKÜHFD.	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTÜSBD.	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MÖ.	: Milattan Önce
MÜHF.-HAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜİİBFD.	: Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
No.	: Number
OR.	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)

parg.	: Paragraf
RG.	: Resmi Gazete
RTSY.	: Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB.	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TİRK.	: 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu
TİTRK.	: 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TK.	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	: The International Institute for the Unification of Private Law
USD	: United States Dollars
UTMS	: University of Tourism and Management in Skopje
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Vol.	: Volume
VUK.	: 213 sayılı Vergi Usul Kanunu
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi

BİBLİYOGRAFYA *

- ACAR, Faruk : Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, (Kısaltılmışı: ACAR, Rehin Hukuku).
- ACAR, Özlem : Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, (Kısaltılmışı: ACAR, Müteselsil Kefalet).
- AÇIKGÖZ, Osman : Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.
- AKARTEPE, Alpaslan : “Forfaiting Sözleşmesi”, AÜEHFD., C. VIII, S. 3-4, Y. 2004, (s. 439-454).
- AKÇAAL, Mehmet : “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD., C. XVIII, S. 1, Y. 2014, (s. 49-70).
- AKGÜÇ, Öztin : Finansal Yönetim, 7. Baskı, İstanbul 1998.
- AKIN, Murat Yusuf : “Faktoring İlişkisinde Şahsi Defilerin İleri Sürülmesi ve Buna İlişkin Diğer Bazı Güncel Soru(n)lar”, İKÜHFD., C. 10, S. 2, Y. 2011, (s. 255-271).

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar ile aynı soyada sahip yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

AKİPEK, Jale G./

AKINTÜRK, Turgut/

ATEŞ, Derya : Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 12. Baskı, Ankara 2014.

AKKANAT, Halil : “Gerçek Factoring Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, (s.889-912), (Kısaltılmışı: AKKANAT, Factoring).

AKKANAT, Halil : “Kefaletin Fer’iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, (s. 275-289), (Kısaltılmışı: AKKANAT, Kefalet).

AKMAN, G. Sermet : Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, (Kısaltılmışı: AKMAN, Sorumsuzluk).

AKMAN, G. Sermet : “Genel İşlem Şartları”, GYD., S. 35, Y. 1979, (s. 13-18).

AKSOY DURSUN, Sanem : Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.

AKSOY, Hüseyin Can : “Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi”, AnBD., Y. 2012/1, (s. 141-160).

- AKTEPE, Sezin : “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri”, İTÜSBD., Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, (s. 177-193).
- AKYOL, Şener : Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İstanbul 1984, (Kısaltılmışı: AKYOL, Özel Borç İlişkileri).
- AKYOL, Şener : Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül), İstanbul 2001, (Kısaltılmışı: AKYOL, Banka Sözleşmeleri).
- ALTAŞ, Hüseyin : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- ALTAY, Sıtkı Anlam : “Emre Yazılı Kambyo Senetlerinde Kişisel Def’ilerin Faktoring Şirketine Karşı İleri Sürülebilirliği Sorunu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), XXIV 10-11 Aralık 2010, (s. 293-332).
- ALTINOK ORMANCI, Pınar : Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011.
- ARAL, Fahrettin : “Topyekün Temlik”, AÜHFD., C. 42, S. 1-4, Y. 1991-1992, (s. 93-140), (Kısaltılmışı: ARAL, Temlik).

- ARAL, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994,
(Kısaltılmışı: ARAL, Takas).
- ARAL, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara
2011, (Kısaltılmışı: ARAL, Kötü İfa).
- ARAL, Fahrettin/
- AYRANCI, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.
Baskı, Ankara 2015.
- ARSEBÜK, Esat : Türk Kanunları Bakımından Borçlar
Hukukunun Umumî Esasları, I Kaynaklar,
Ankara 1937.
- AŞIK, Pınar : Hukuki Açıdan Forfaiting, Ankara
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel
Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı
Doktora Tezi, Ankara 2013, (Kısaltılmışı:
AŞIK, Tez).
- AŞIK, Pınar : Hukuki Açıdan Forfaiting, 2. Baskı, Ankara
2017, (Kısaltılmışı: AŞIK, Forfaiting).
- ATAMER, Yeşim M. : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması
Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının
Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001,
(Kısaltılmışı: ATAMER, Genel İşlem
Şartlarının Denetlenmesi).
- ATAMER, Yeşim M. : Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı
Korunması Yolları, İstanbul 2001,
(Kısaltılmışı: ATAMER, Genel İşlem Şartları).

- ATAMER, Yeşim M. : “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFM., C. LXIII, S. 1-2, Y. 2005, (s. 171-191).
- ATAMER, Yeşim M. : “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye”, HPD., S. 8, Y. 2006, (s. 158-163).
- ATAMER, Yeşim M. : “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, (s. 9-73), (Kısaltılmışı: ATAMER, Genel İşlem Koşulları).
- ATAMER, Yeşim M. : “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013,

(s.103-137), (Kısaltılmışı: ATAMER, Değerlendirme Kriterleri).

ATEŞ, Mustafa : “Factoring Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, YD., C. 22, S. 1-2, Y. 1996, (s. 133-144).

AYAN, Serkan : Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.

AYANOĞLU MORALI, Ahu : Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2006.

AYDINCIK, Şirin : “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, İÜHFM., C. LXIV, S. 1, Y. 2006, (s. 131-194).

AYDOĞDU, Murat : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, DEÜHFD., C. 13, S. 2, Y. 2011, (s. 1-50), (Kısaltılmışı: AYDOĞDU, Konu).

AYDOĞDU, Murat : “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel

Sayı, Y. 2013, (s. 571-621), (Kısaltılmışı: AYDOĞDU, Kişi).

AYHAN, Rıza/

ÇAĞLAR, Hayrettin : Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. Bası, Ankara 2017.

AYRANCI, Hasan : “Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, AÜHFD., C. 53, S. 2, Y. 2004, (s. 95-120).

BAHADIR, Zeynep : “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, GÜHFD., C. XVII, S. 3, Y. 2013, (s.1-28).

BAKKER, Marie-Renée/

GROSS, Alexandra : “Development of Non-bank Financial Institutions and Capital Markets in European Union Accession Countries”, World Bank Working Paper, No. 28, 2004 (E-book).

BAKLACI ÇAKIROĞLU,

Evren : Roma Hukuku’nda ve Türk Borçlar Hukuku’nda Alacağın Temliki, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Roma Özel Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

BARLAS, Nami : “Yeni Medenî Kanunun Aynî Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri”, Bilgi Toplumunda

Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, (s. 569-588).

BARLAS, Nami : “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, (s. 807-828), (Kısaltılmışı: BARLAS, Çerçeve Sözleşme).

BAŞALP, Nilgün : Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, (Kısaltılmışı: BAŞALP, Sorumsuzluk).

BAŞALP, Nilgün : “Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler”, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, (s. 221-238).

BAŞPINAR, Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

BAŞPINAR, Veysel : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

BAYKAL, C. Murat : “Factoring Sözleşmesi”, YD., C. 26, S.1-2, Y. 2000, (s. 19-47).

BAYSAL, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, 2. Baskı, İstanbul 2017.

- BİRSEN, Kemaleddin : Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Borçların Umumî Hükümleri, 3. Bası, İstanbul 1954.
- BOZER, Ali/
- GÖLE, Celal : Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 2016.
- BOZKURT, Tamer : Ticaret Hukuku-Özet-C. III, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2014.
- BUZ, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- CANSEL, Erol/
- ÖZEL, Çağlar : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, Ankara 2014.
- CEYLAN, Ali : Finansal Teknikler, Bursa 1998.
- ÇAKIRCA, Seda İrem : Adi Alacakların Rehni, İstanbul 2006.
- ÇANERİ, Oğuz : Factoring: Problems and Applications in Turkey, Bilkent University MBA Thesis, Ankara 1996.
- ÇEKER, Mustafa : “Uluslararası Factoring Sözleşmeleri ve Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar”, BATİDER., C. XVII, S. 4, Y. 1994, (s. 111-127).
- ÇUKADAR, Neslihan : Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014.

- DALCI, Nurcihan : “Müstakbel Alacakların Toptan Devri”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, Ankara 2013, (s. 749-766).
- DAYINLARLI, Kemal : Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 4. Baskı, Ankara 2010.
- DENČIĆ-MIHAJLOV, Ksenija/
MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ,
Tamara : “Factoring As a Financial Alternative: Evidence From Serbia”, Facta Universitatis Economics and Organization, Vol. 8, No. 4, 2011, (s. 411-420), (<http://facta.junis.ni.ac.rs/eao/eao201104/eao201104-08.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 25.12.2017,16:24).
- DESAI, Vasant : Financial Markets and Financial Services, 2009 (E-book).
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat : Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, (Kısaltılmışı: DEVELİOĞLU, Garanti).
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat : Takas, Kavram-Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması-Takasın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, İstanbul 2012, (Kısaltılmışı: DEVELİOĞLU, Takas).

- DİNAR, Refik Cem : Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Kısıtlama ve Yasakları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.
- DİNLER, Zeynel : Mikro Ekonomi, 14. Baskı, Bursa 2002.
- DOĞAN, Murat : “Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıt Rehni”, EÜHFD., C. XII, S. 3–4, Y. 2008, (s. 181-207), (Kısaltılmışı:DOĞAN, Taşıt Rehni).
- DOĞAN, Vahit : Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Ankara 2011, (Kısaltılmışı: DOĞAN, Teminat).
- DURAL, Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.
- DURAL, Mustafa/
- ÖĞÜZ, Tufan : Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2014.
- EDİS, Seyfullah : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- EKİCİ, Akın/
- DURUKANOĞLU, Nihayet : ICC Kuralları Işığında Forfaiting, İstanbul 2014.

- ENGİN, Baki İlkay : “İfa Uğruna Edim”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, (s. 839-862), (Kısaltılmışı: ENGİN, Edim).
- ENGİN, Baki İlkay : Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, (Kısaltılmışı: ENGİN, Garanti Sorumluluğu).
- ERBEK, Özge : “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, Journal of Yaşar University, C. 8, Sayı Özel, Y. 2013, (s. 937-985).
- ERDEMOL, Haluk : Factoring ve Forfaiting, İstanbul 1992.
- ERDOĞAN, İhsan : “Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991, (s. 479-505).
- EREN, Fikret : “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Ankara 2006, (s. 85-111), (Kısaltılmışı: EREN, İsimsiz Sözleşmeler).
- EREN, Fikret : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: EREN, Genel Hükümler).

- EREN, Fikret : “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri”, BÜHFD., C.I, S.1, Y. 2015, (s. 67-129), (Kısaltılmışı: EREN, Sözleşme Türleri).
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: EREN, Özel Hükümler).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan : Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, (Kısaltılmışı: ERGÜNE, Taşınır Rehni).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan : Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, (Kısaltılmışı: ERGÜNE, Zarar).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan : “6361 Sayılı Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmesinin Kapsamında ve Sona Ermesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, MÜHF. – HAD., C. 19, S. 3, Y. 2013, (s. 227-258), (Kısaltılmışı: ERGÜNE, Finansal Kiralama).
- ERİŞ, Gönen : Ticari İşletme ve Şirketler, C. I (m. 1-53), 2. Baskı, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: ERİŞ, Ticari İşletme).
- ERİŞ, Gönen : Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, Ankara 2016, (Kısaltılmışı: ERİŞ, Kıymetli Evrak).

- ERMAN, Hasan : Eşya Hukuku Dersleri, 5. Basım, İstanbul 2014.
- ERTAŞ, Şeref : “Tescilli Taşınır Rehinleri”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, (s. 1155-1183).
- FUNK, Fritz (Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek) : Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler, İstanbul 1938.
- GORDON, E./NATARAJAN, K. : Financial Markets and Services, 2009 (E-book).
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni : Borçlar Hukuku, Birinci Kısım Borçların Umumî Hükümleri, Ankara 1946.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.-I, 3. Bası, İstanbul 2013.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.-II, 3. Bası, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: GÜMÜŞ, C.-II).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015, (Kısaltılmışı: GÜMÜŞ, İbra).
- GÜNAY, Cevdet İlhan : Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- GÜNERKÖK, Özcan : Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014.

GÜRSOY, Kemal T./

EREN, Fikret/

CANSEL, Erol : Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.

HATEMİ, Hüseyin : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle B.K.65 kuralı), İstanbul 1976.

HATEMİ, Hüseyin : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999.

HELVACI, Mehmet : “Kambiyo Senetlerinde Defiler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul 2007, (s. 647-703), (Kısaltılmışı: HELVACI, Defiler).

HELVACI, İlhan : Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008.

HIZIR, Serdar : “Türk Hukuku Açısından Dışsatımda Bir Finansman Yöntemi Olarak Forfaiting İşlemi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, (s. 1131-1165).

HOTI, Ulpian : “Factoring: A Financial Instrument”, Interdisciplinary Journal of Research and Development, Vol (I), No.2, 2014, (s.7-10), (<http://www.uamd.edu.al/new/wp-content/uploads/2015/07/2.-Uplian-Hoti.pdf>), (Erişim Tarihi ve Saati: 07.09.2017, 21:01).

IVANOVIC, Sasa/

BARESA, Suzana/

BOGDAN, Sinisa : “Factoring: Alternative Model of Financing”,
UTMS Journal of Economics 2 (2), 2011,
(s.189-206),
(<http://utmsjoe.mk/files/Vol.2%20No.2/0-2-2-8-Ivanovic-Baresa-Bogdan.pdf>), (Erişim
Tarihi ve saati: 07.09.2017, 21:54).

İNAN, Ali Naim/

YÜCEL, Özge : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı,
Ankara 2014.

KAHRAMAN, Zafer : “Faktoring Sözleşmesinde Tarafların Hak ve
Yükümlülükleri”, BÜHFKHD., S. 69-70, Y.
2010, (s. 72-90).

KANİTİ, Salamon : Akdın İfa Edilmediğı Def’i, İstanbul 1962.

KAPLAN, İbrahim : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara
1987.

KARAHASAN, Mustafa Reşit : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1,
İstanbul 1992.

KARLI, Özlem : Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanınması
(Mücerret Borç İkrarı BK. mad. 17), İstanbul
2008.

KAŞAK, Esra : “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine
Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098

sayılı TBK m. 21/2)”, İÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 2012, (s. 415-430).

KAYA KIZILIRMAK, Cansu : Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2014.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013.

KIRMIZITAŞ, Türkân : 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.

KLAPPER, Leona : “The Role of Factoring for Financing Small and Medium Enterprises”, Development Research Group, The World Bank, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=748344), (Erişim tarihi ve saati: 09.08.2017, 08:41), (Kısaltılmışı: KLAPPER, The Role of Factoring).

KLAPPER, Leona : “The Role of “Reverse Factoring” in Supplier Financing of Small and Medium Sized Enterprises”, Development Research Group, The World Bank, (<https://www.factoring->

mittelstand.de/19_experiences.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 26.12.2017, 12:30), (Kısaltılmışı: KLAPPER, Reverse Factoring).

KLAPPER, Leona : “The Determinants of Global Factoring”, <https://pdfs.semanticscholar.org/a8de/59dcf9341e55a57fd0b6f9fb83153fb8b1dc.pdf>, (Erişim tarihi ve saati: 15.01.2018, 20:24), (Kısaltılmışı: KLAPPER, Global Factoring).

KOCAMAN, Arif B. : “Factoring İşlemi-Anlamı ve Dünya Factoring Uygulamasına Bir Bakış-”, AÜSBFD., C. 46, S. 3, Y. 1991, (s. 127-130), (Kısaltılmışı: KOCAMAN, Bakış).

KOCAMAN, Arif B. : “Teoride ve Uygulamada “Factoring” İşlemi”, BATİDER, C. XVI, S. 1, Y. 1991, (s. 49-60), (Kısaltılmışı: KOCAMAN, Factoring İşlemi).

KOCAMAN, Arif B. : Alacağın Temlikinin Benzer   l  İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989, (Kısaltılmışı: KOCAMAN,   l  İlişkiler).

KOCAMAN, Arif B. : Factoring İşleminin Hukuki Niteliğ , BTHAE., Ankara 1992, (Kısaltılmışı: KOCAMAN, Hukuki Nitelik).

KOCAMAN, Arif B. : “Factoring’in Hukuki Niteliğ ”, BATİDER., C. XVII, S. 2, Y. 1993, (s.79-93), (Kısaltılmışı: KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliğ ).

- KOCAMAN, Arif B. : “545 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “Factoring” Konusunda Getirilen Düzenlemeler”, BATİDER., C. XVII, S. 4, Y. 1994, (s. 33-38), (Kısaltılmışı: KOCAMAN, 545 Sayılı KHK.).
- KOCAMAN, Arif B. : Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi), Ankara 1994, (Kısaltılmışı: KOCAMAN, Factoring).
- KOCAMAN, Ç. Berna : Finansal Açıdan Factoring, 2. Baskı, Ankara 1992, (Kısaltılmışı: KOCAMAN, Finansal Açıdan Factoring).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip
(KOCAYUSUPAŞAOĞLU/HATEMİ/
SEROZAN/ARPACI) : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 5. Bası, İstanbul 2010.
- KOYUNCUOĞLU, Tennur : Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio), İstanbul 1972.
- KÖROĞLU ÖLMEZ, Belin : “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, TBB. Dergisi, S. 129,Y. 2017, (s. 261-286).
- KÖSE, Gülşen : Elektronik Havale ve Bankanın Hukukî Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007.

KÖSE, Seçkin/

OY, Osman/

ALKIM, Süleyman Yahya : Faktoring, İstanbul 2008.

KUNTALP, Erden : Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968.

KUNTALP, Erden : Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989.

KUNTALP, Erden : “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, (s.263-299), (Kısaltılmışı: KUNTALP, Teminat).

KUNTALP, Erden : “Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yasağının Kapsamı ve Hukuki Niteliği”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, (s. 673-688).

KUNTALP, Erden : “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, (s. 81-102), (Kısaltılmışı: KUNTALP, Genel İşlem Koşulları).

KUNTALP, Erden : Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013, (Kısaltılmışı: KUNTALP, Karma Sözleşme).

KURT, Ekrem : “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e

Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, (s. 1857-1930).

KURU, Feriha : Takas İşlemi, Takasın Davaya ve İflasa Etkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, (Kısaltılmışı: KURU, Takas).

KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.

KURU, Baki : İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, (Kısaltılmışı: KURU, Medenî Usul).

KÜÇÜKYALÇIN, Arzu : “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD., C. 53, S. 4, Y. 2004, (s. 101-124).

MALHOTRA, Mohini/

CHEN, Yann/

CRISCUOLO, Alberto/

FAN, Qimiao/

HAMEL, Iva Ilieva/

SAVCHENKO, Yevgeniya : “Expanding Access to Finance, Good Practices and Policies for Micro, Small, and Medium

Enterprises”, World Bank Institute Learning Resource Series, 2007 (E-book).

MASON, Roger : The Credit Controller’s Desktop Guide, 3rd Edition, 2006 (E-book).

MIAN, Shehzad. L./

SMITH, Clifford W. : “Accounts Receivable Management Policy: Theory and Evidence”, The Journal of Finance, Vol. XLVII, No. 1, 1992, (s. 169-200),(http://siteresources.worldbank.org/INTEXP/COMNET/Resources/Milan_and_Smith_1992.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 25.12.2017, 09:46).

MILENKOVIC-KERKOVIC, Tamara/

DENCIC-MIHAILOV, Ksenija : “Factoring in the Changing Environment: Legal and Financial Aspects”, Procedia-Social and Behavioral Sciences 44 (2012), (s. 428-435), (<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042812011688>), (Erişim tarihi ve saati: 12.12.2016; 23:16).

OĞUZ, Cemal

: Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 1993.

OĞUZMAN, M. Kemal/

ÖZ, M. Turgut

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, (Kısaltılmışı: OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler).

OĞUZMAN, M. Kemal/

ÖZ, M. Turgut

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: OĞUZMAN/ÖZ, C.-1).

OĞUZMAN, M. Kemal/

ÖZ, M. Turgut

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-2, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: OĞUZMAN/ÖZ, C.-2).

OĞUZMAN, M. Kemal/

BARLAS, Nami

: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. Bası, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/

SELİÇİ, Özer/

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe

: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, İstanbul 2014.

OĞUZMAN, M. Kemal/

SELİÇİ, Özer/

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe

: Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, (Kısaltılmışı: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya).

- OKTAY, Saibe : “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İHFM, C. LV, Y. 1996, (s. 263-296).
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe : “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHFM., C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, (s. 265-299).
- OLGAÇ, Senai : Kefalet, Ankara 1978.
- OLGAÇ, Yunus : Dış Ticaretin Finansmanı ve Factoring, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2010, (Kısaltılmışı: OLGAÇ, Factoring).
- ORAL, Tuğçe : Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara 2014.
- OTOO, Johannes/
- YEBOAH-BOATENG, Ezer Osei : “Factoring as a Mitigated Risk Alternative External Source of Finance for SMEs in Developing Economies”, International Journal of Management and Commerce Innovations, Vol. 3, Iss. 1, April 2015-September 2015, (s. 701-711), (www.researchpublish.com, ISSN 2348-7585 Online), (Erişim tarihi ve saati: 14.01.2018, 15:53).

- ÖREN, Turgut : Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975.
- ÖZ, M. Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- ÖZAKMAN, Cumhuri : Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989.
- ÖZBEK, Mustafa S. : “İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti”, AÜHFD., S. 61 (1), Y. 2012, (s. 207-274).
- ÖZDEMİR, Türkay : “İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Temlikleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, (s. 689-706).
- ÖZEN, Burak : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017.
- ÖZSUNAY, Ergun : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler (Doktora Tezi), İstanbul 1968.
- ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, (Kısaltılmışı: ÖZTAN, Kıymetli Evrak I).
- ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, 18. Bası, Ankara 2013, (Kısaltılmışı: ÖZTAN, Kıymetli Evrak II).

- ÖZTÜRK, Berna : “Sözleşmenin Devri”, TBB. Dergisi, 2016 (125), (s. 263-296).
- PARLAK, Şafak : “Roaming Sözleşmesi”, BATİDER., C. XXIV, S. 3, Y. 2008, (s. 467-498).
- PULAŞLI, Hasan : Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 3. Baskı, Ankara 2013.
- REİSOĞLU, Seza : Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- RUHİ, Ahmet Cemal : Sözleşmeler Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ankara 2013.
- SARAÇ, Şükrü : Yargıtay Kararları Işığında Factoring, 2. Baskı, Ankara 2017.
- SARMA, C. Sreekanth : “The Conceptual Framework of Factoring On Small and Medium Enterprises”, International Journal of Marketing, Financial Services & Management Research, Vol.1, Iss. 10, October 2012,(s.210-215), (http://indianresearchjournals.com/pdf/IJMFS_MR/2012/October/18.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 15.01.2018, 20:28)
- SAYMEN, F. H./
- ELBİR, H. K. : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.
- SCHWARZ, Andreas B.
- (Çev. Bülent Davran) : Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1948.

- SELEK, Seha : “Factoring ve Forfaiting İşlemleri ve Muhasebeleştirmeleri”, DEÜİİBFD., C. 7, S. 2, Y. 1992, (s. 35-54).
- SELİÇİ, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- SEROZAN, Rona : Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, (Kısaltılmışı: SEROZAN, Sözleşmeden Dönme).
- SEROZAN, Rona : Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015.
- SILVERMAN, Herbrt R. : “Factoring: Its Legal Aspects and Economic Justification”,(s.593-608), (<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2376&context=lcp>),(Erişim tarihi ve saati: 01.01.2017, 20:53).
- SİRMEN, A. Lâle : “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, (s. 109-134), (Kısaltılmışı: SİRMEN, Genel İşlem Şartları).
- SİRMEN, A. Lâle : Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: SİRMEN, Eşya).
- SLEE, Robert T. : Private Capital Markets, Valuation, Capitalization, and Transfer of Private

Business Interests, Second Edition, 2011 (E-book).

SOPRANZETTI, Ben J. : “The Economics of Factoring Accounts Receivable”, Journal of Economics and Business, 50 (1998), (s.339-359), (<https://pdfs.semanticscholar.org/7520/d6a745f78322d132e60dbe1e28ee97ecf70b.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 26.12.2017, 11:26).

SPASIĆ, Ivanka/

BEJATOVIĆ, Milorad/

DUKIĆ-MIJATOVIĆ, Marijana : “Factoring - Instrument of Financing in Business Practice –Some Important Legal Aspects”, Ekonomska istraživanja, Vol. 25, No.1,(s.191-211), (<https://hrcak.srce.hr/file/118984>),(Erişim tarihi ve saati: 14.01.2018, 16:30).

ŞAFAK, Ali : Teminat Amaçlı Alacağın Temlik, İstanbul 2011.

ŞAHAN, Gökhan : Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009.

ŞAHİNİZ, C. Salih : “Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) ve Yasakları”, EÜHFD., C. X, S. 3-4, Y. 2006, (s. 495-520).

- ŞENER, Oruç Hami : Factoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005, (Kısaltılmışı: ŞENER, Hukuki Durum).
- ŞENER, Oruç Hami : Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2016, (Kısaltılmışı: ŞENER, Ticari İşletme).
- ŞENOL, Ayşe Nilay : Bayilik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- ŞİT, Başak : Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Ankara 2011.
- ŞİT İMAMOĞLU, Başak : Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, BTHAE., Ankara 2017.
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama), C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, (Kısaltılmışı: TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri 1).
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), C. II, 5. Bası, İstanbul 2010, (Kısaltılmışı: TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II).

- TEKİN, Kemal Doruk : Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü, Ankara 2010.
- TEKİNALP, Ünal : Türk Mali Kurumlar Hukuku, C. I, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.
- TEKİNALP, Ünal : Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, (Kısaltılmışı: TEKİNALP, Banka Hukuku).
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/
- AKMAN, Sermet/
- BURCUOĞLU, Halûk/
- ALTOP, Atillâ : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TİRYAKİ, Betül : “Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği”, DEÜHFD., C. 8, S. 2, Y. 2006, (s. 189-214), (Kısaltılmışı: TİRYAKİ, Factoring).
- TİRYAKİ, Betül : “Leasing İşlemleri İle İlgili Avrupa Birliği Mevzuatının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, GÜHFD., C. X, S.1-2, Y. 2006, (s. 227-251), (Kısaltılmışı: TİRYAKİ, Leasing).
- TOROSLU, M. Vefa : Hukuksal ve Finansal Açıdan Forfaiting, Ankara 2011, (Kısaltılmışı: TOROSLU, Forfaiting).

- TOROSLU, M. Vefa : Hukuksal ve Finansal Açıdan Factoring, 4. Baskı, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: TOROSLU, Factoring).
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, (Kısaltılmışı: TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler).
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977, (Kısaltılmışı: TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri).
- TURANBOY, K. Nuri : İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- UYANIK, Ayfer : Faktoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Faktoring Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Bölümü Doktora Tezi, İstanbul 2000, (Kısaltılmışı: UYANIK, Faktoring).
- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer : “Milletlerarası Factoring Konvansiyonu”, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 48, Şubat 2006, (<http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=M%DDLLETLERARASI%20FACTORING%20KONVANS%DDYONU&kimlik=876948441&url=makaleler/aucavusoglu-2.htm>), (Erişim tarihi ve saati: 21.07.2017, 12:20).

- UYANIK, Yüce : Faktoring Kuralları, 2002, (Kısaltılmışı: UYANIK, Kurallar).
- UYANIK, R. Yüce : “Dünyada ve Türkiye’de Faktoring Tanımı”, GÜSBD., C. 2, S. 3, Y. 2015, (s. 23-40), (Kısaltılmışı: UYANIK, Tanım).
- UYGUR, Turgut : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.-I (Madde 1-236), Ankara 2012.
- UYUMAZ, Alper : Motorlu Taşıt Rehni, İstanbul 2012.
- UZUN KAZMACI, Özge : Factoring Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- UZUN KAZMACI, Özge : Faktoring Sözleşmesi, İstanbul 2013.
- ÜÇER, Mehmet : “Roma Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, AÜHFD., C. 54, S. 3, Y. 2005, (s. 397-443).
- ÜLGEN, Gülden : “Factoring in World and Turkey”, MÜİİBFD., C. XIX, S. 1, Y. 2004, (s. 43-67).
- ÜLGEN, Hüseyin/
- HELVACI, Mehmet/
- KENDİGELEN, Abuzer/
- KAYA, Arslan : Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2013.

ÜLGEN, Hüseyin/

HELVACI, Mehmet/

KENDİGELEN, Abuzer/

KAYA, Arslan/

NOMER ERTAN, Füsün : Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015.

ÜNAL, Akın : Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmedeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması), Ankara 2012.

ÜNAL, Mehmet/

BAŞPINAR, Veysel : Şeklî Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 7. Baskı, Ankara 2015.

ÜNLÜTEPE, Mustafa : “İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı”, TBB. Dergisi, 2012(102), (s. 173-218).

ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, (Kısaltılmışı: ÜSTÜNDAĞ, Yargılama Hukuku).

ÜSTÜNDAĞ, Saim : İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 6. Bası, İstanbul 2002.

VARDAR

HAMAMCIOĞLU, Gülşah : Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.

von TUHR, Andreas

(Çev. Cevat EDEGE) : Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2,
Ankara 1983.

YAVUZ, Cevdet/ACAR,

Faruk/ÖZEN, Burak : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14.
Baskı, İstanbul 2016.

YAVUZ, Nihat : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 1
(Madde 1-338), Ankara 2013.

YILMAZ, S. Aylin : Alternatif Finansman Teknikleri, İstanbul
2007.

YILMAZ, A. Lerzan : Kambiyo Senetlerinde (Çek-Bono-Poliçe’de)
Def’iler, 2. Baskı, İstanbul 2017, (Kısaltılmışı:
YILMAZ, Def’iler).

YELMEN, Adem : Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem
Şartları, Ankara 2014.

ZEVLİLER, Aydın/

GÖKYAYLA, Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası,
Ankara 2015.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://www.akfactoring.com.tr/belgelistesi/sozlesme.pdf>, (Erişim tarihi ve saati: 10.08.2017, 10:14).

<https://anapara.com/libor-nedir/>, (Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 09:36).

<http://www.devirfaktoring.com/sayfalar.asp?LanguageID=1&cid=32&id=33>, (Erişim tarihi ve saati: 19.11.2017, 15:04).

<http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=M%DDLLETLERARASI%20FACTORING%20KONVANS%DDYONU&kimlik=-876948441&url=makaleler/aucavusoglu-2.htm>, (Erişim tarihi ve saati: 21.07.2017, 12:20).

<http://facta.junis.ni.ac.rs/eao/eao201104/eao201104-08.pdf>, (Erişim tarihi ve saati: 25.12.2017,16:24).

https://www.factoring-mittelstand.de/19_experinces.pdf, (Erişim tarihi ve saati: 26.12.2017, 12:30).

www.fci.nl/en/about-fci-new_public/about-fci, (Erişim tarihi ve saati: 28.11.2016, 00:28).

<https://fci.nl/en/about-factoring/how-does-it-work>, (Erişim tarihi ve saati: 08.07.2017, 17:03).

<https://hrcak.srce.hr/file/118984>, (Erişim tarihi ve saati: 14.01.2018, 16:30).

<http://indianresearchjournals.com/pdf/IJMFSMR/2012/October/18.pdf>, (Erişim tarihi ve saati: 15.01.2018, 20:28)

<http://www.liderfaktoring.com.tr/documents/sozlesme.pdf>, (Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 12:26).

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=748344, (Erişim tarihi ve saati: 09.08.2017, 08:41).

<https://pdfs.semanticscholar.org/7520/d6a745f78322d132e60dbe1e28ee97ecf70b.pdf>,
(Erişim tarihi ve saati: 26.12.2017, 11:26).

<https://pdfs.semanticscholar.org/a8de/59dcf9341e55a57fd0b6f9fb83153fb8b1dc.pdf>,
(Erişim tarihi ve saati: 15.01.2018, 20:24)

www.researchpublish.com, ISSN 2348-7585 Online, (Erişim tarihi ve saati: 14.01.2018,
15:53).

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2376&context=lcp>,
(Erişim tarihi ve saati: 01.01.2017, 20:53).

<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042812011688>, (Erişim tarihi ve
saati: 12.12.2016; 23:16).

[http://siteresources.worldbank.org/INTEXPCOMNET/Resources/Milan_and_Smith_19
92.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTEXPCOMNET/Resources/Milan_and_Smith_1992.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 25.12.2017, 09:46).

http://www.tebfactoring.com.tr/sites/1/upload/files/Factoring_Sozlesmesi_V2-43.pdf,
(Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 14:02).

<http://www.uamd.edu.al/new/wp-content/uploads/2015/07/2.-Uplian-Hoti.pdf>, (Erişim
tarihi ve saati: 07.09.2017, 21:01).

<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, (Erişim tarihi ve saati: 19.08.2017,
11:30).

<http://www.unidroit.org/factoring-overview>, (Erişim tarihi ve saati: 19.08.2017, 11:40).

<http://www.unidroit.org/instruments/factoring>, (Erişim tarihi ve saati: 19.08.2017,
11:50).

<http://utmsjoe.mk/files/Vol.2%20No.2/0-2-2-8-Ivanovic-Baresa-Bogdan.pdf>, (Erişim
tarihi ve saati: 07.09.2017, 21:54).

GİRİŞ

§1. HUKUKÎ AÇIDAN FAKTORİNG İŞLEMİ

I. Konunun Takdimi

Küreselleşme olgusunun, 19. yüzyılın sonlarına kadar hâkim kalmış olan “ulus devlet” ve “ulusal hukuk” anlayışını değiştirmesi², siyasi ve ekonomik hakların güvence altına alınması, teknolojinin hızla gelişmesi, ticaret hacminde önemli bir artışa sebep olmuştur. Bu artışla birlikte işletmeler de, faaliyetlerini finanse etmek için yeni finansman teknikleri arayışı içine girmişlerdir. Özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelere hızlı ve kârlı bir nakit akışı sağlayan faktoring de, bu arayışın bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır³.

Modern anlamda faktoring, 1890’larda ABD.’nde uygulanmaya başlamıştır. 1960’lı yıllardan sonra, Avrupa’da hızla yayılmış, yıldan yıla etki alanını

² ATAMER, Yeşim M.; “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye”, HPD., S. 8, Y. 2006, s. 159.

³ Küçük ve orta ölçekli işletmeler, banka kredisi gibi geleneksel finansman kaynaklarına, büyük işletmeler gibi kolaylıkla erişememektedirler (Bkz. KLAPPER, Leora; “The Role of “Reverse Factoring” in Supplier Financing of Small and Medium Sized Enterprises”, Development Research Group, The World Bank, s. 3, 10, (https://www.factoring-mittelstand.de/19_experiences.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 26.12.2017, 12:30); MALHOTRA, Mohini/CHEN, Yann/CRISCUOLO, Alberto/FAN, Qimiao/HAMEL, Iva Ilieva/SAVCHENKO, Yevgeniya; “Expanding Access to Finance, Good Practices and Policies for Micro, Small, and Medium Enterprises”, World Bank Institute Learning Resource Series, 2007 (E-book), s. 20).

geniřletmiřtir⁴. Türkiye ekonomisinin dışa açılmasıyla birlikte, 1980’li yılların sonlarına doğru, ülkemiz de faktoring işlemi ile tanışmıřtır⁵.

Günümüzde faktoring, hem gelişmiş ülkelerde, hem de gelişmekte olan ülkelerde, modern bir finansman tekniği olarak kullanılmaktadır⁶.

Faktoring genel olarak, müşterinin üçüncü kişi borçlu karşısındaki mal satışından ve hizmet arzından ortaya çıkan kısa vadeli alacaklarının karşılığının, faktor tarafından, alacağın tahsili zamanından önce, peşin olarak ödenerek kısmen veya tamamen devralınması iřlemidir⁷. İşletmelerin ticari nitelikteki mal satışı ve hizmet

⁴ KOCAMAN, Arif B.; “Teoride ve Uygulamada “Factoring” İşlemi”, BATİDER., C. XVI, S. 1, Y. 1991, s. 49; ÇEKER, Mustafa; “Uluslararası Factoring Sözleşmeleri ve Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar”, BATİDER., C. XVII, S. 4, Y. 1994, s. 111.

⁵ ÇEKER, s. 111.

⁶ MILENKOVIC-KERKOVIC, Tamara/DENCIC-MIHAILOV, Ksenija; “Factoring in the Changing Environment: Legal and Financial Aspects”, Procedia-Social and Behavioral Sciences 44 (2012), s. 429, (<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042812011688>), (Erişim tarihi ve saati: 12.12.2016, 23:16); DENI-MIHAJLOV, Ksenija/MILENKOVI-KERKOVI, Tamara; “Factoring As a Financial Alternative: Evidence From Serbia”, Facta Universitatis Economics and Organization, Vol. 8, No. 4, 2011, s. 412, (<http://facta.junis.ni.ac.rs/eao/eao201104/eao201104-08.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 25.12.2017,16:24); HOTI, Ulpian; “Factoring: A Financial Instrument”, Interdisciplinary Journal of Research and Development, Vol. (I), No. 2, 2014, s. 7, (<http://www.uamd.edu.al/new/wp-content/uploads/2015/07/2.-Uplian-Hoti.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 07.09.2017, 21:01); KLAPPER, Reverse Factoring, s. 3.

⁷ AKG, ztin; Finansal Ynetim, 7. Baskı, İstanbul 1998, s. 552; ÇANERİ, Oğuz; Factoring: Problems and Applications in Turkey, Bilkent University MBA Thesis, Ankara 1996, s. 3; DENI-MIHAJLOV/MILENKOVI-KERKOVI, s. 412; HOTI, s. 8; KLAPPER, Reverse Factoring, s. 3; KOCAMAN, Arif B.; “Factoring İşlemi-Anlamı ve Dünya Factoring Uygulamasına Bir Bakış-”, AÜSBFD., C. 46, S. 3, Y. 1991, s. 127; KOCAMAN, Arif B.; Factoring İşleminin Hukuki Niteliği, BTHAE., Ankara 1992, s. 21; KOCAMAN, Arif B.; Factoring (Genel Alacak Devir ve Satımı İşlemi), Ankara 1994, s. 5; KÖSE, Seçkin/OY, Osman/ALKIM, Süleyman Yahya; Faktoring,

arzlarında, bedelin ödenmesi bakımından alıcıya belli bir süre tanınmaları, ticaret hayatında geleneksel hale gelmiştir⁸. Bu şekilde süre tanınması, satış yapan işletmenin likiditesini ve kârlılığını azaltmaktadır. Öte yandan bu ara dönemde, alıcının ödeme gücünü yitirmesi ya da borç ödemediği hâle gelmesi ile alacak da, riskli hale gelebilmektedir. Faktoring işlemi ile bu sakıncalar kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmaktadır⁹. Ticari nitelikteki mal satışlarında ve hizmet arzlarında uygulanan

İstanbul 2008, s. 4; MIAN, Shehzad. L./SMITH, Clifford W.; “Accounts Receivable Management Policy: Theory and Evidence”, The Journal of Finance, Vol. XLVII, No. 1, 1992, s. 197, (http://siteresources.worldbank.org/INTEXPCOMNET/Resources/Milan_and_Smith_1992.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 25.12.2017, 09:46); OTOO, Johannes/YEBOAH-BOATENG, Ezer Osei; “Factoring as a Mitigated Risk Alternative External Source of Finance for SMEs in Developing Economies”, International Journal of Management and Commerce Innovations, Vol. 3, Iss. 1, April 2015-September 2015, s. 702, (www.researchpublish.com, ISSN 2348-7585 Online), (Erişim tarihi ve saati: 14.01.2018, 15:53); SARAÇ, Şükrü; Yargıtay Kararları Işığında Factoring, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 53; SARMA, C. Sreekanth; “The Conceptual Framework of Factoring On Small and Medium Enterprises”, International Journal of Marketing, Financial Services & Management Research, Vol. 1, Iss. 10, October 2012, s. 210, (<http://indianresearchjournals.com/pdf/IJMFSMR/2012/October/18.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 15.01.2018, 20:28); TOROSLU, M. Vefa; Hukuksal ve Finansal Açıdan Factoring, 4. Baskı, İstanbul 2014, s. 1; TEKİNALP, Ünal; Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 494; ÜLGEN, Gülden; “Factoring in World and Turkey”, MÜİİBFD., C. XIX, S. 1, Y. 2004, s. 43; YILMAZ, S. Aylin; Alternatif Finansman Teknikleri, İstanbul 2007, s. 33.

⁸ KLAPPER, Reverse Factoring, s. 3; MIAN/SMITH, s. 169; SLEE, Robert T.; Private Capital Markets, Valuation, Capitalization, and Transfer of Private Business Interests, Second Edition, 2011 (E-book), s. 335.

⁹ ŞENER, Oruç Hami; Factoring’de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005, s. 3-5; UYANIK, Yüce; Faktoring Kuralları, 2002, s. 11.

factoring işleminin, tüketicilere yönelik satışlarda ve hizmet arzlarında uygulanması söz konusu değildir¹⁰.

Factoring işlemi finansman sağlamanın yanı sıra, yurt içi ve yurt dışı mal satışlarında ve hizmet arzlarında, satıcı işletmelere çeşitli hizmetler ve avantajlar sağlamaktadır¹¹. Bunlar alacakların muhasebesinin tutulması, ihtar edilmesi, tahsili, müşteriler hakkında bilgi toplanması¹², bilgilerin güncellenmesi, bazı hâllerde, satın alınan alacakların tahsil edilememe riskinin üstlenilmesidir¹³. Factoring işleminin işletmelerin yanı sıra, ekonomiye sağladığı önemli avantajlar da bulunmaktadır. Bu avantajların en önemlilerinden birisi de, likiditenin artırılmasıyla rekabet gücünün geliştirilmesidir¹⁴. Sıralanan bu avantajlar, aynı zamanda factoringin fonksiyonları (işlevleri) olarak değerlendirilmekte, finansman, hizmet ve teminat (delkredere¹⁵) başlıkları altında incelenmektedir¹⁶.

¹⁰ MASON, Roger; The Credit Controller's Desktop Guide, 3rd Edition, 2006 (E-book), s. 108.

¹¹ ÖZAKMAN, Cumhur; Factoring Sözleşmeleri, İstanbul 1989, s. 4; TOROSLU, Factoring, s. 4.

¹² MASON, s. 110.

¹³ GORDON, E./NATARAJAN, K.; Financial Markets and Services, 2009 (E-book), s. 361-362; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 21; TOROSLU, Factoring, s. 5.

¹⁴ DENČIĆ-MIHAJLOV/MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, s. 415; Potansiyel işletmelerin piyasaya girişini engelleyen önemli etkenlerden birisi de, yerleşik işletmelerin sahip oldukları sermaye ve likidite avantajıdır. Potansiyel işletmeler, yerleşik işletmeler kadar sermayeye ve likiditeye sahip olmadıkları gibi, yerleşik işletmelerle aynı koşullarda, sermaye ve likidite temin etme olanaklarına da sahip değildirler. Ancak, factoring işlemi ile bu tür işletmelere de likidite sağlanarak, bu işletmelerin rekabet güçleri artırılmaktadır (Bkz. DİNLER, Zeynel; Mikro Ekonomi, 14. Baskı, Bursa 2002. s. 282).

¹⁵ "Delcredere, genel olarak bir üçüncü kişinin yükümlülükleri için sorumlu olunması anlamına gelmektedir." (Bkz. ŞENER, Hukuki Durum, s. 11-12).

¹⁶ ÇANERİ, s. 8; KOCAMAN, "Factoring'in Hukuki Niteliği", BATİDER., C. XVII, S. 2, Y. 1993, s. 82; TİRYAKİ, Betül; "Factoring İşlemi ve Factoring İşleminin Hukuki Niteliği", DEÜHFD., C. 8, S. 2, Y. 2006, s. 194; ÜLGEN, s. 44.

Faktoring işlemi, üç köşeli bir hukukî ilişkidir¹⁷. Bu ilişkinin tarafları, müşteri, faktoring şirketi (faktor) ve üçüncü kişi borçludur¹⁸. Yurt dışı faktoring işlemi ise dört köşeli bir hukukî ilişki olup, bu ilişkinin tarafları müşteri, faktoring şirketi, üçüncü kişi borçlu ve başka bir yurt dışı faktoring kuruluşudur¹⁹.

Faktoring işlemi üç köşeli bir hukukî ilişki olmasına rağmen, bu işlemin temelini, müşteri ile faktor arasında imzalanan faktoring sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu sözleşme, tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen çerçeve bir sözleşmedir. Bu sebeple, faktoring çerçeve sözleşmesi olarak da adlandırılmaktadır. Sözleşme faktoring işleminin türüne göre farklı hükümler içermektedir²⁰. Sözleşme içeriğinde, borçlanma (taahhüt) ve tasarruf işlemine ilişkin unsurları bulundurmaktadır. Bu sebeple faktoring sözleşmesinin hukukî niteliği, bu iki aşamalı yapı dikkate alınarak incelenmektedir²¹. Faktoring sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesinde, delkredere riskinin üstlenilmesi oldukça önemli bir rol oynamaktadır²². Faktoring işleminde, üçüncü kişi borçlu ile faktor arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Faktor ile

¹⁷ HOTI, s. 7; OTOO/YEBOAH-BOATENG, s. 702; “Üç köşeli ilişkilerde, “üç ilgili şahsın” yer aldığı üç taraf bulunmaktadır. Üç köşeli ilişkiler, birden fazla hukukî işlemin mevcut olduğu hukukî mekanizmalardır. Bu yönüyle üç köşeli ilişkiler, gerek tek taraflı ve gerekse iki veya çok taraflı hukukî işlemlerden ayrılırlar. Üç köşeli ilişkilerin en tipik örneğini havale, alacağın temlik ve borcun nakli teşkil etmektedir.” (Bkz. KÖSE, Gülşen; Elektronik Havale ve Bankanın Hukukî Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 8).

¹⁸ AKIN, Murat Yusuf, “Faktoring İlişkisinde Şahsi Defilerin İleri Sürülmesi ve Buna İlişkin Diğer Bazı Güncel Soru(n)lar”, İKÜHFD., C. 10, S. 2, Y. 2011, s. 256; ÇANERİ, s. 4; ŞENER, Hukuki Durum, s. 6, ÜLGEN, s. 44.

¹⁹ ÇANERİ, s. 6; ÇEKER, s. 113.

²⁰ SARAÇ, s. 136.

²¹ KOCAMAN, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 85.

²² KOCAMAN, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 92.

müşteri arasındaki sözleşme ise, faktor ve üçüncü kişi borçlu arasındaki ilişkiye sınırlı olarak uygulanmaktadır²³.

II. Konunun Önemi

Bu çalışmanın konusu, “hukukî açıdan faktoring işlemi”dir. Faktoring işlemi, gerek dünyada, gerekse ülkemizde geleceği olan bir konudur²⁴. Faktoring işleminin çalışma konusu olarak seçilmesinin çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bu sebeplerden en önemlisi, küçük ve orta ölçekli işletmeler açısından oldukça önemli ve alternatif bir finansman tekniği olan faktoring işleminin, Türk Hukuku’nda yakın zamanlarda, hem teorik yönünün, hem de pratik yönünün monografik bir çalışmada derinlemesine incelenmemiş olmasıdır. Öte yandan, 13.12.2012 tarihli RG.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu (FKFFŞK.)’nun konuya ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi gerekliliği de, faktoring işleminin çalışma konusu olarak seçilmesinde önemli bir etken olmuştur.

Faktoring işlemi, işleyişi ve fonksiyonları ile hukuk dışında daha birçok çalışma alanını yakından ilgilendirmektedir. Özellikle işletme ve iktisat alanında, konuyla ilgili çok sayıda çalışmanın yapıldığı görülmektedir. Bu çalışmada ise, faktoring işlemi hukukî açıdan analitik bir yöntemle analiz edilecek, teorik olarak ortaya çıkanın pratikteki yansımaları değerlendirilecektir. Gerekli olduğu ölçüde, diğer çalışma alanlarının kavram ve verilerinden yararlanılacaktır.

²³ AKIN, s. 256; ŞENER, Hukuki Durum, s. 9.

²⁴ KLAPPER, Leora; “The Determinants of Global Factoring”, parag. 11, (<https://pdfs.semanticscholar.org/a8de/59dcf9341e55a57fd0b6f9fb83153fb8b1dc.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 15.01.2018, 20:24).

III. Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamız bir giriş, dört bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır. Giriş bölümünde, konunun önemi ve faktoring işleminin çalışma konusu olarak seçilmesinin sebepleri açıklanmıştır. Birinci Bölüm’de, faktoring işlemi ile ilgili temel bilgilere yer verilerek, işlemin tarihsel gelişimi, tanımı, tarafları, işleyişi, işlevi, türleri ve benzer finansman teknikleri konusunda genel bir bilgilendirme yapılacaktır.

Çalışmanın İkinci Bölümü’nde, faktoring sözleşmesinin hukukî niteliği, şekli ve hükümleri tartışılacaktır. Sözleşmenin genel işlem koşulları ve teminat hukuku açısından değerlendirilmesi de, bu bölümde yapılacaktır.

Çalışmanın Üçüncü Bölümü, faktoring sözleşmesinin alacağın devri açısından değerlendirilmesine ayrılmıştır. Faktoring sözleşmesi ile alacağın devri arasındaki ilişki ve bu bağlamda borçlunun hukukî durumu, bu bölümde incelenecektir. Ülkemizde faktoring işlemi ile ilgili yargıya yansıyan uyuşmazlıkların çoğu, kambiyo senetlerinden kaynaklandığından, faktoring işlemi ile kambiyo hukuku arasındaki ilişki de bu bölümde açıklanacaktır. Faktoring sözleşmesinin sona ermesi, çalışmanın Dördüncü Bölümü’nü oluşturacaktır.

Çalışmanın Sonuç Bölümü’nde ise, inceleme konusunda genel bir değerlendirme yapıp, ortaya çıkan sonuçlar özet olarak ortaya konulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

FAKTORİNG İŞLEMİ HAKKINDA TEMEL BİLGİLER

§2. FAKTORİNG İŞLEMİNİN GELİŞİMİ

I. Genel Olarak

Geniş bir alıcı kitlesine mal satışında ve hizmet arzında bulunan ticari işletmelerin karşılaştıkları en büyük sorun, mal ve hizmet bedellerinin tahsilidir. Nihai tüketiciye satışın ve arzın söz konusu olmadığı ticari işlemlerde, ödeme genellikle vadeli olarak yapılmaktadır. Ödemenin vadeli olarak yapılması, mal satışı ve hizmet arzında bulunan ticari işletmeleri likidite sıkıntısına sürüklemektedir. Likidite sıkıntısı içinde bulunan ticari işletmelere, münferit alacak tahsillerini beklemeden nakit akışı sağlayan faktoring işlemi²⁵, günümüzde özellikle orta ve küçük ölçekli işletmeler için en uygun ve alternatif bir çözüm tarzı olarak değerlendirilmektedir²⁶. Öte yandan faktoring işlemi, likidite sağlamanın yanı sıra, muhasebe, yönetim, istihbarat ve pazarlama açısından da çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Özellikle gerçek faktoring işleminde, faktor tarafından delkredere riskinin (ödememe riskinin) üstlenilmesi, başka bir avantaj

²⁵ OLGAÇ, Yunus; Dış Ticaretin Finansmanı ve Factoring, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı İktisat Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2010, s. 61.

²⁶ BAKKER, Marie-Renée/GROSS, Alexandra; “Development of Non-bank Financial Institutions and Capital Markets in European Union Accession Countries”, World Bank Working Paper, No. 28, 2004 (E-book), s. 19; KLAPPER, Leona; “The Role of Factoring for Financing Small and Medium Enterprises”, Development Research Group, The World Bank, s. 1, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=748344), (Erişim tarihi ve saati: 09.08.2017, 08:41); OTOO/ YEBOAH-BOATENG, s. 703.

olarak ortaya çıkmaktadır²⁷. Bu anlamda faktoring işlemi, alacakların teminat olarak gösterilmesi ile sağlanan kredi işleminden farklı, özel bir finansman tekniğidir²⁸.

Faktoring işlemi, yalnızca mal satışı ve hizmet arzında bulunan işletmelere avantaj sağlamamaktadır. Faktoring hizmeti sunan faktoring şirketleri de, verdikleri hizmetlerin karşılığında, satış bedeli ya da hizmet bedeli üzerinden belli bir oranda komisyon almaktadırlar. Yine yapılan ön ödemeler karşılığında faiz tahsil etmekte, gerçek faktoring işleminde delkredere harcına hak kazanmaktadırlar²⁹.

Uzun vadede faktoring işlemi, endüstrinin gelişmesine, rekabet gücünün artmasına³⁰, ticaretin canlanmasına ve istihdam yaratılmasına katkı sağlamaktadır³¹.

II. Tarihçe

Modern anlamda faktoring işlemi, 1890'larda ABD.'nde uygulanmaya başlanmış ise de, işlemin kökleri çok daha eski tarihlere dayanmaktadır. Faktoringin temelini oluşturan alacağın devri işleminin, ilk olarak MÖ. 4000'li yıllarda Mezopotamya'da yapıldığı sanılmaktadır³². Faktoring, daha sonraki zamanlarda

²⁷ SARAÇ, s. 53, 76, 89.

²⁸ AKGÜÇ, s. 552.

²⁹ SARAÇ, s. 89; ÜLGEN, s. 53-54.

³⁰ MILENKOVIC-KERKOVIC/DENCIC-MIHAILOV, s. 435.

³¹ IVANOVIC, Sasa/BARESA, Suzana/BOGDAN, Sinisa; "Factoring: Alternative Model of Financing", UTMS Journal of Economics 2 (2), 2011, s. 205, (<http://utmsjoe.mk/files/Vol.2%20No.2/0-2-2-8-Ivanovic-Baresa-Bogdan.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 07.09.2017, 21:54); SARAÇ, s. 90; SILVERMAN, Herbrt R.; "Factoring: Its Legal Aspects And Economic Justification", s.608, (<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2376&context=lcp>), (Erişim tarihi ve saati: 01.01.2017, 20:53).

³² IVANOVIC/BARESA/BOGDAN, s. 192.

Babilliler, Fenikeliler, Romalılar ve daha yakın tarihlerde ise Alman bankerler tarafından uygulanmıştır³³.

Başlangıçta asıl faaliyetleri malların depolanması ve satışı olan faktorler (mal faktoringi ya da acenta faktoringi), süreç içinde alacağın tahsili işini ve borçluların ödememe riskini üstlenmeye başlamışlardır. Zamanla sermayeleri artan faktorler, Avrupalı fabrikatörlere malın satış bedelini avans olarak ödeyerek finansman sağlama işlevi de görmüşlerdir³⁴. Böylece modern anlamda faktoringe evrilme süreci başlamış olsa da, faktorlerin asıl faaliyetleri, malların depolanması ve satışı olarak devam etmiştir³⁵.

Ancak, ABD.'nde 1890 yılında çıkarılan Mc Kinley Gümrük Tarifesi ile mal faktoringi aşamasına son verilmiş ve modern faktoringin yolu yasal olarak açılmıştır. Bu tarife, Avrupa'dan ithal edilen tekstil ürünlerine uygulanan gümrüğü % 49,5 oranında artırmıştır. Böylece Avrupa tekstilinin ABD.'ne ithalinin engellenmesiyle pazarlarını kaybeden faktorler, depolama ve satış faaliyetlerinden vazgeçerek, ülke içinde tekstil sektöründe alacakların tahsili, borçlunun ödememe riskinin üstlenilmesi ve finansman sağlama konularında hizmet vermeye başlamışlardır³⁶. Bu şekilde yurt içi modern faktoring işlemi ortaya çıkmıştır. Yurt dışı faktoring işlemi ise, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gelişmeye başlamıştır³⁷.

Factoring işlemi, 1960'lı yıllardan sonra Avrupa'da da yaygın bir şekilde uygulanmaya başlanmıştır. Bu dönemde büyük Amerikan faktoring şirketleri, Avrupa'da faaliyetlere başlamışlardır. Almanya'da ilk modern faktoring işlemi 1958 yılında Mainz'da yapılmış, 1963 yılında ise özel bir faktoring bankası çalışmalarına

³³ UYANIK, R. Yüce; "Dünyada ve Türkiye'de Faktoring Tanımı", GÜSBD., C. 2, S. 3, Y. 2015, s. 27.

³⁴ SILVERMAN, s. 593.

³⁵ KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 51.

³⁶ KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 51-52; ÖZAKMAN, s. 5-6.

³⁷ KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 53.

başlamıştır³⁸. İlerleyen süreçte faktoring işlemi, 1970’li yıllarda Japonya’da, daha sonra ise diğer bazı Uzak Doğu ülkelerinde uygulanmaya başlanmıştır³⁹.

III. Kavram ve Terminoloji

Kavram olarak faktoringin açıklanmasında, faktor sözcüğü hareket noktası olarak kullanılmaktadır⁴⁰. Faktor sözcüğü, Latince “*facere*” fiilinden türetilmiş olup, “*bir şey yapmak, bir edimde bulunmak*” anlamına gelmektedir⁴¹. Anglosakson ülkelerinde faktor sözcüğü, tarihsel kökenine uygun olarak “*satış komisyoncusu*” ya da “*acenta*” olarak tercüme edilmektedir. Faktor sözcüğünün bu tercümesine bağlı olarak faktoring de, satış komisyoncusu veya acenta tarafından yapılan faaliyet olarak tanımlanmaktadır⁴². Bu tanım, faktoringin tarihsel gelişimi içinde faktorlerin belli bir dönemde yaptıkları faaliyetleri anlatmak açısından yeterli ve isabetlidir. Ancak modern anlamda faktoringin hiçbir unsurunu içermediğinden yetersizdir⁴³.

Öte yandan “*Modern anlamda faktoring nedir?*” sorusuna hukukçular ve iktisatçılar farklı cevaplar vermektedirler. Hukukçular faktoringin hukukî niteliğinden yola çıkmakta, iktisatçılar ise daha çok işlemin fonksiyonlarında (işlevlerinde) yoğunlaşmaktadırlar⁴⁴. Ancak kavram olarak değerlendirildiğinde, işlemin hukukî ve iktisadî yönünün eşit öneme sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda tanım

³⁸ KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 52.

³⁹ KOCAMAN, Ç. Berna; Finansal Açıdan Factoring, 2. Baskı, Ankara 1992, s. 1.

⁴⁰ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 80.

⁴¹ GORDON/NATARAJAN, s. 350; KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 53; KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 80; SARMA, s. 212.

⁴² KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 53; KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 80.

⁴³ KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 53; KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 80.

⁴⁴ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 80.

yapılırken, işlemin hem hukukî yönünün, hem de iktisadî yönünün vurgulanması gerekmektedir.

Hukukî ve iktisadî anlamda faktör, mal satışı ve/veya hizmet arzında bulunan işletmelerin, mal satışlarından ve hizmet arzlarından doğmuş ya da doğacak alacaklarını devralıp tahsilini üstlenen, devraldığı alacaklara karşılık işletmelere alacakları tahsil etmeden ön ödemede bulunan, aynı zamanda idarî, mali ve ticari konularda hizmetler sunan, sunduğu bu hizmetler karşılığında ücrete hak kazanan ve bazı hâllerde, devralınan alacakların ödenmeme riskini üstlenen kuruluş olarak tanımlanmaktadır⁴⁵. Faktör tarafından yürütülen faaliyetlerin tümüne ise faktoring denilmektedir⁴⁶.

Terim açısından değerlendirildiğinde, “*factoring*” teriminin uluslararası kabul görmüş bir terim olduğu anlaşılmaktadır. Alman literatüründe de sözcük aynen factoring olarak kullanılmaktadır⁴⁷. Literatürümüzde de factoring sözcüğü yaygın olarak kullanılmaktadır. Ancak bazı çalışmalarda, kanunlarda ve yargı kararlarında “faktoring” ya da “faktöring⁴⁸” sözcüğünün de kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte bazı hukukî metinlerde faktoring yerine “*genel alacak tahsili sözleşmesi (Factoring)*”⁴⁹, “*alacak satın alınması ve takibi işlemi*”⁵⁰, “*genel alacak devir ve satımı işlemi*”⁵¹, “*alacak kırdırma çerçeve sözleşmesi*”⁵² ifadeleri kullanılmakta ve bu ifadelerin

⁴⁵ ÖZAKMAN, s. 13.

⁴⁶ ÖZAKMAN, s. 13.

⁴⁷ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 81.

⁴⁸ AKGÜÇ, s. 552.

⁴⁹ AKYOL, Şener; Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), I. Fasikül, İstanbul 1984, s. 11.

⁵⁰ TEKİNALP, Ünal; Türk Mali Kurumlar Hukuku, C. I, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 365.

⁵¹ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 81.

⁵² HATEMİ, Hüseyin; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1999, s. 32.

kullanılması önerilmektedir⁵³. Bu çalışmada ise, Türkçe kullanıma daha uygun olduğu düşünülen faktoring sözcüğü kullanılacaktır.

IV. Ülkemizdeki Gelişimi

24 Ocak 1980 tarihli ekonomik istikrar kararları ile Türkiye ekonomisinin temel anlayışı değişmiştir. Bu kararlar ile Türkiye, dışa kapalı devletçi ekonomi politikasından vazgeçmiştir. Bu zamana kadar, ihtiyaç duyulan her türlü malın ülke içinde üretilmesi anlayışı benimsenmişken, ekonomik istikrar kararları ile bu tercihten vazgeçilerek, dünya ekonomileri ile entegrasyon sağlanmaya çalışılmıştır. Bu süreçte, özel yatırımların ve ihracatın teşvik edilmesi amacıyla çeşitli finansman teknikleri uygulanmaya başlamıştır. Bu tekniklerden birisi de, faktoring işlemidir⁵⁴. Faktoring işlemi ilk olarak bankalarca gerçekleştirilmiştir. Bunun sebebi, bankaların sektördeki tecrübelerinin fazlalığı, gerekli alt yapıya ve müşteri portföyüne sahip olmalarıdır⁵⁵. Bankalardan ayrı faktoring şirketleri bünyesinde bu işlemin yapılması, daha sonra gerçekleşmiştir⁵⁶.

Ülkemizde faktoring işlemlerine ilk olarak 1988 yılında İktisat Bankası Faktoring Grubu adı altında başlanmıştır. Bu dönemde yurtdışından Ben R. Hosh danışman olarak getirtilmiştir. İktisat Bankası Faktoring Grubu, faaliyetlerine

⁵³ KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 81.

⁵⁴ “...Türkiye’de faktoringin gelişmesi 1980 sonrası dışa açık ekonomi politikaları ve ihracata dayalı sanayileşme stratejileriyle paralellik göstermektedir...”

...Türkiye’de 1980’den itibaren uygulanmakta olan, ekonominin dışa açılmasına ve dış fon girişlerinin hızlandırılmasına yönelik politikanın gereği olarak, bankalar ortaya çıkan ihtiyaçlar çerçevesinde şirketlere yeni finansal hizmetler sunmak amacıyla girişimlerde bulunmaya başlamışlardır. Bu koşullar Türkiye’de faktoring için uygun bir ortam oluşmasını sağlamıştır...”

HGK., T. 03.11.2010, 2010/19-488 E., 2010/557 K. (Kişisel Arşiv).

⁵⁵ ÜLGEN, s. 60.

⁵⁶ AKGÜÇ, s. 568; SARAÇ, s. 59.

başladıktan kısa bir süre sonra 1988 yılında, Factors Chain International (FCI.)⁵⁷, a üye olmuş, daha sonra FactoFinans Alacak Alımı A.Ş. adı ile şirketleşmiştir. Faktoring işlem hacminin artması ile birlikte, FactoFinans Alacak Alımı A.Ş.'nden sonra, Aktif Finans Faktoring A.Ş. ve daha çok sayıda faktoring şirketi kurulmuştur. İlk başlarda yurt dışı faktoring işlemine yönelen bu şirketler, değişik ekonomik nedenlerle yurt içi faktoring işlemine de başlamışlardır⁵⁸. Ancak, borçluların alacakların başkasına devredilmesinden rahatsızlık duymaları⁵⁹, alacaklarını devreden müşterinin finansal yapısının zayıf olduğu yönündeki algı⁶⁰, yurt içi faktoring işleminin farklı bir şekilde gelişmesine sebep olmuştur. Müşterilerin finansal durumunun şeffaf olmaması, kredi sigortası yönteminin o yıllarda ülkemizde bulunmayışı nedeniyle faktoring şirketleri de, faktoring garantisi vermek istememişlerdir. Günümüzde de yaygın olarak uygulandığı haliyle, müşteriler alacağı belgeleyen faturaların ekinde, bu faturalar ile doğrudan bağlantılı çek ve bonoları da, faktoring şirketine ciro etmeye, kabili rücu olarak ön ödeme almaya başlamışlardır. Yurt dışı faktoring işlemlerinin ise, gerçek faktoring şeklinde uygulanmasına devam edilmiştir⁶¹.

Ülkemizde kurulan faktoring şirketleri, faaliyetlerini başlangıçta 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK.) ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TK.) hükümlerine göre yürütmüşlerdir. Ancak bu şirketlerin sayısının artması ile birlikte sektörün düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine 30.09.1983 tarihli 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de, 21.06.1994

⁵⁷ FCI., 1968 yılında kurulan, amacı uluslararası faktoring işleminin kullanımını yaygınlaştırmak olan bir organizasyondur (Bkz. [www.https://fci.nl/en/about-fci-new_public/about-fci](https://fci.nl/en/about-fci-new_public/about-fci)), (Erişim tarihi ve saati: 28.11.2016, 00:28).

⁵⁸ UYANIK, Tanım, s. 33.

⁵⁹ OLGAÇ, Factoring, s. 91.

⁶⁰ OLGAÇ, Factoring, s. 92.

⁶¹ UYANIK, Tanım, s. 33-34.

tarihli, 545 sayılı KHK. ile önemli değişiklikler yapılmış, faktoring şirketleri 90 sayılı KHK. kapsamına alınmıştır. Daha sonra, bu KHK.'ye dayalı olarak Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan 21.12.1994 tarihli, 22148 sayılı RG.'de yayımlanan Faktoring şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ile sektöre özgü düzenlemeler yapılmış, faktoring işlemlerinin ve şirketlerinin denetimi Hazine Müsteşarlığı'na verilmiştir. 18.10.1995 tarihinde ise Faktoring Derneęi⁶² kurulmuřtur⁶³.

01.11.2005 tarihli, 25983 mükerrer sayılı RG.'de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 93 ile faktoring şirketlerinin kuruluşu da dâhil olmak üzere denetim yetkisi, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK.)'na verilmiştir. Daha sonra, 10.10.2006 tarihli, 26315 sayılı RG.'de yayımlanan Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ile sektörel düzenlemeler yapılmıştır. BDDK. tarafından sektöre özgü genelgeler çıkarılmıřtır⁶⁴.

Bütün bu gelişmelerden sonra, 13.12.2012 tarihli, 28496 sayılı RG.'de yayımlanan FKFFŞK. yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ise, 24.04.2013 tarihli Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik yayımlanmıřtır⁶⁵. şu anda ülkemizde faktoring işlemleri, FKFFŞK. ve bu Kanun'a dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik ve diğer mevzuat hükümlerine göre yapılmaktadır.

⁶² FKFFŞK. uyarınca kurulan Faktoring ve Finansman şirketleri Birliği'nin faaliyetlerine başlaması nedeniyle Faktoring Derneği, 15.11.2013 tarihinde yapılan olağanüstü genel kurulunda, oy birliği ile feshedilme kararı almıştır.

⁶³ UYANIK, Tanım, s. 34.

⁶⁴ UYANIK, Tanım, s. 34.

⁶⁵ UYANIK, Tanım, s. 34.

§ 3. FAKTORİNG İŞLEMİNİN TARAFLARI ve İŞLEYİŞİ

I. Faktoring İşleminin Tarafları

Faktoring işleminin yurt içinde ve yurt dışında gerçekleşmesine göre, işlemin tarafları farklılaşmaktadır. Üç köşeli bir hukukî ilişki olan yurt içi faktoring işleminde taraflar, müşteri, faktor ve üçüncü kişi borçludur⁶⁶.

Müşteri, ticari satış yapan ya da hizmet arzında bulunan, faktoring işleminden faydalanan ve alacaklarını faktore devreden küçük ve orta ölçekli işletmedir. Bu işletme, tekstil, gıda, otomotiv, temizlik gibi herhangi bir alanda ticari faaliyette bulunabilir. Herhangi bir ticari işletmenin faktoring işlemine taraf olabilmesi için, üçüncü kişi borçlu ile olan ticari ilişkisinin sürekli olması gerekmektedir. Münferit bir satış sözleşmesi ya da hizmet sözleşmesi işlemin konusu olamaz⁶⁷.

Faktor, faktoring hizmetini sunan faktoring şirketi veya bankasıdır. Faktoring işleminde genellikle, müşteriye ait alacakların %80-90'lık kısmı, faktor tarafından peşin olarak ödenmektedir⁶⁸.

Üçüncü kişi borçlu ise, faktoring müşterisinden mal ve hizmet alan, borcu henüz muaccel hale gelmemiş kişidir. Borçlu ile faktor arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁶⁹.

Dört köşeli bir hukukî ilişki olan yurt dışı faktoring işleminin tarafları ise, müşteri, faktor, üçüncü kişi borçlu ve yurtdışında faaliyet gösteren başka bir faktördür⁷⁰.

İthalat ve ihracat işlemlerinde uygulanan yurt dışı faktoringde, satış veya hizmet bedelini ödeyecek borçlu, yurt dışında bulunmaktadır. Borçlu yurt dışında bulunduğundan, ekonomik durumu hakkında bilgi toplanması, vadesi geldiğinde

⁶⁶ AKIN, s. 256; SARAÇ, s. 62; TİRYAKİ, Factoring, s. 191.

⁶⁷ TİRYAKİ, Factoring, s.192.

⁶⁸ TİRYAKİ, Factoring, s. 192.

⁶⁹ SARAÇ, s. 63; TİRYAKİ, Factoring, s 192.

⁷⁰ KOCAMAN, Bakış, s. 128; SARAÇ, s. 62; TİRYAKİ, Factoring, s. 193; UYANIK, Kurallar, s. 17.

alacağın tahsil edilmesi işlemleri, yurt dışında faaliyet gösteren faktor tarafından yerine getirilmektedir. Yurt dışında faaliyet gösteren faktore, muhabir faktor denilmektedir⁷¹.

II. Faktoring İşleminin İşleyişi

Faktoring hem bir finansman yöntemi, hem de yönetsel bir hizmet olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlamda faktoring, bir işletmenin pasif varlıklarının ticari büyümenin aktif bir aracına dönüştürülmesini sağlamaktadır. Zira ekonominin en temel problemi, kıt kaynakların en etkili şekilde dağılımını sağlamaktır⁷².

Şirketler ödenmiş sermayelerinin belirli bir kısmını, sabit kıymet yatırımı olarak kullanırlar. Kalan nakit tutar ise, işletme sermayesi olarak kullanılır. İşletme sermayesi, işletmenin faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için kısa vadeli varlıklara yapılan yatırım tutarlarıdır. Başka bir deyişle, işletme sermayesi ile esas faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan mal ve hizmetler satın alınır. Böylece nakit durumda olan işletme sermayesi, hammadde stoku durumuna dönüşür. Daha sonra, bu hammadde stoku ile üretim yapılarak işletme sermayesi mamul stokuna dönüştürülür. Bu mamul stokların satılması ile de, işletme sermayesi alacak haline dönüşür. Son aşamada ise, alacakların tahsili ile işletme sermayesi tekrar nakit hale dönüşür. Nakit döngüsü olarak adlandırılan bu döngünün sağlıklı bir şekilde işlemesi, işletmelerin faaliyetlerinin devamlılığı için bir zorunluluktur. Ancak ticari hayatın gerçekleri, yargıya yansıyan uyumsuzluklar bunun her zaman böyle olmadığını göstermektedir⁷³.

Serbest piyasa ekonomisi koşullarında işletmeler genellikle, ticari nitelikteki mal satışlarında ve hizmet arzlarında, satış ve hizmet bedelinin ödenmesi bakımından alıcıya

⁷¹ TİRYAKİ, Factoring, s. 193.

⁷² KOCAMAN, Finansal Açıdan Factoring, s. 19.

⁷³ TOROSLU, Factoring, s. 6-7.

belli bir süre (vade) tanımaktadırlar⁷⁴. Bu sebeple yukarıda açıklanan nakit döngüsü, genellikle alacakların tahsili aşamasında tıkanıklığa uğramaktadır⁷⁵. İşte tam da bu noktada faktoring, sorunun çözümü açısından devreye girmektedir. Faktoring sayesinde vadeli satış yapan işletmeler, kısa vadeli alacaklarını nakde çevirerek, kesintisiz nakit akışı sağlamaktadırlar⁷⁶. Böylece nakit döngüsü de sağlıklı bir şekilde işlemektedir⁷⁷.

Vadeli satış yapan işletmelerin nakit ihtiyacının karşılanmasında önemli bir rol oynayan faktoring işleminin nasıl işlediği konusunda genel bir çerçeve çizilmesi, çalışmanın anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Bu sebeple aşağıda, faktoring işleminin işleyişi açıklanmıştır.

Faktoring işlemi, faktoring şirketinin hizmet sunduğu müşteri (satıcı), faktoring şirketi (faktor) ve müşterinin hukukî ilişki içine girip, alacak hakkı elde ettiği üçüncü kişi borçlu/borçlular (alıcı/alıcılar) arasında gerçekleşen, üç köşeli bir hukukî ilişkidir. Bazı özellikleri içerip içermemesine ve faktoring şirketlerinin uygulamalarına göre farklılık gösterse de, işlemin genel bir işleyişi bulunmaktadır. Bu işleyiş şu şekildedir⁷⁸.

Faktoring hizmetinden faydalanmak isteyen müşteri, faktoring şirketine başvurarak gerekli bilgi ve belgeleri verir. Faktoring şirketi ise müşterinin ekonomik durumu, faaliyet alanı, mal sattığı ya da hizmet sunduğu borçlular konusunda gerekli incelemeleri yapar, müşteriye teklifini sunar. Teklifinde müşteri limitini, yapacağı hizmetleri, delkredere riskini üstlenip üstlenmeyeceğini, ön ödeme oranını, alacağı komisyonu, faiz oranını, teminat isteyip istemediğini belirtir. Müşteri ile faktoring şirketi arasında sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşma sağlandıktan sonra, genellikle faktoring şirketi tarafından tek taraflı olarak hazırlanan standart faktoring

⁷⁴ MIAN/ SMITH, s. 169.

⁷⁵ TOROSLU, Factoring, s. 7.

⁷⁶ GORDON/NATARAJAN, s. 361.

⁷⁷ IVANOVIC/BARESABOGDAN, s. 197-198; TOROSLU, Factoring, s. 7.

⁷⁸ UZUN KAZMACI, Özge; Faktoring Sözleşmesi, İstanbul 2013, s. 6.

sözleşmesi imzalanır. Sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, müşterinin mal satışlarından ve hizmet arzlarından doğmuş ve doğacak alacakları, topyekün faktoring şirketine devredilmiş olur⁷⁹.

Factoring sözleşmesinin kurulmasından sonra müşteri, alıcılardan siparişlerini alır, aldığı bu siparişleri faktore bildirerek onay aldıktan sonra, mal tesliminde ya da hizmet arzında bulunur. Mallar teslim edildikçe ya da hizmet verildikçe, faturalar düzenlenir. Düzenlenen bu faturaların aslı alıcıya, sureti de faktore gönderilir. Açık (bildirimli) faktoring işlemi uygulanıyorsa, alacağın faktore devredildiği ve ödemenin faktore yapılması gerektiği yönünde bir ibareye, alıcıya gönderilen fatura aslında yer verilir. Faktoring işleminin ön ödemeli olması hâlinde, faktor müşteriye belli bir oranda ön ödeme yapar, vadesi geldiğinde fatura bedelini alıcıdan tahsil eder. Fatura bedelini tahsil ettikten sonra eline geçen miktardan ön ödeme miktarını, faktoring komisyonunu, faizi ve yaptığı diğer masrafları düşer, kalan miktarı müşteriye öder. Ön ödeme yapılmamışsa, faktoring komisyonunu ve diğer masrafları düşerek kalan tutarı müşteriye öder⁸⁰.

Fatura bedelinin faktor tarafından tahsil edilememesi hâlinde ise, faktoring işleminin türüne göre işleyiş farklılaşmaktadır. Faktörün ödememe (delkredere) riskini üstlendiği gerçek faktoringde, borçlu ödeme yapmasa bile, faktor müşteriye ödeme yapmaktadır. Ancak riskin üstlenilmediği gerçek olmayan faktoringde, müşteriye ödeme yapılmamakta, yapılan ön ödemeler faizi ile birlikte tahsil edilmektedir. Ayrıca faktor tahsil edemediği fatura alacağını, müşteriye geri devretmektedir⁸¹.

⁷⁹ UZUN KAZMACI, s. 6-7; TOROSLU, Factoring, s. 17.

⁸⁰ UZUN KAZMACI, s. 7; TOROSLU, Factoring, s. 17.

⁸¹ UZUN KAZMACI, s. 7.

Yukarıdan beri genel işleyişi açıklanan faktoring işlemi, genel olarak üç köşeli bir hukukî ilişki olmasına rağmen, yurt dışı faktoring işleminde muhabir faktörün katılımı ile birlikte, dört köşeli bir hukukî ilişki meydana gelmektedir⁸².

Yurt dışı faktoring işleminde ihracatçı, kendi ülkesindeki faktoring şirketi ile bir faktoring sözleşmesi imzalar, daha sonra yurt dışından gelen mal ve hizmet taleplerini bu şirkete bildirerek ithalatçı hakkında bilgi verir. Yurt içindeki faktör, ithalatçı ile ilgili bilgileri muhabir faktöre bildirir, limit onayı bilgisi ister. Muhabir faktör, ithalatçı ile ilgili gerekli araştırma ve incelemeleri yapar, yurt içindeki faktöre limit onayı verir. Limit onayının alınmasından sonra, ihracatçı malları ithalatçıya gönderir. İthalatçıya gönderilen faturalarda, alacakların faktöre devredildiği ve ödemenin muhabir faktöre yapılması gerektiği bildirilir. Mal gönderimine ilişkin belge ve faturaların bir sureti de, yurt içindeki faktöre verilir. Faturaların bedeli vadesinde ithalatçı tarafından muhabir faktöre ödenir. Muhabir faktör yaptığı tahsilattan kendi komisyonunu düşer, kalan miktarı yurt içindeki faktöre gönderir. Yurt içindeki faktör, muhabir faktör tarafından kendisine gönderilen miktardan, ön ödeme yapılmamışsa sadece faktoring komisyonunu, yapılmışsa ön ödemeyi, faizi ve faktoring komisyonunu düşer, kalan miktarı ihracatçıya öder⁸³.

§4. FAKTORİNG İŞLEMİNİN FONKSİYONLARI (İŞLEVLERİ)

Factoring işleminin hukukî niteliğinin anlaşılması için, iktisadî yönünün ve işlevlerinin ortaya konulması gerekmektedir. Zira faktoringin icra ettiği işlevlere göre, işlemin hukukî niteliği ve türü değişebilmektedir⁸⁴.

⁸² UZUN KAZMACI, s. 7.

⁸³ <https://fci.nl/en/about-factoring/how-does-it-work>, (Erişim tarihi ve saati: 08.07.2017, 17:03); TOROSLU, Factoring, s. 18-19

⁸⁴ KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 81; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 24.

Doktrinde ve uygulamada, faktoringin üç temel işlevi bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁵. Bunlar, iş görme (hizmet), finansman sağlama ve teminat (delkredere) işlevleridir⁸⁶. Sıralanan işlevlerden yalnızca iş görme işlevi, tüm faktoring türlerinde ortaktır⁸⁷. Gerçek faktoringde, her üç işlev de bulunmaktadır. Ön ödemesiz faktoringde, finansman sağlama, gerçek olmayan faktoringde ise, teminat (delkredere) işlevi bulunmamaktadır⁸⁸.

Faktoringin bu üç işlevi, bir paket halinde birlikte ya da ayrı ayrı sunabilmesi, onu diğer modern finansman teknikleri karşısında ayrıcalıklı kılmaktadır. Her üç işlevi aynı anda üstlenen faktoring şirketi, müşterisinin hem hizmet sağlayıcısı, hem teminat vereni, hem de finansmancısı olabilmektedir⁸⁹.

⁸⁵ “...Faktoring işleminin 3 fonksiyonu bulunmaktadır:

- a) Kredilendirme fonksiyonu; Faktoring işleminde, kredilendirme fonksiyonu farklı iki şekilde kullanılabilir. İlk yöntem, alacağa karşılık avans verilmesidir. Kredilendirme fonksiyonunun ikinci bir işleyiş türü, alacağın iskonto edilmesidir.
- b) Hizmet fonksiyonu; Tüm faktoring türlerinde ortak olan bu fonksiyon, faktoring işleminde, faktoring şirketinin satıcıya verdiği idari hizmeti ifade eder.
- c) Teminat fonksiyonu; Bu fonksiyon, gayrikabili rücu faktoring işlemlerinde bulunan bir fonksiyondur. Faktoring şirketi, alacağı devralmakla, her türlü riski de üzerine almaktadır. Böyle bir durumda, alacağın gerçek sahibi faktoring şirketi olmakta, alacağın tahsil edilememesi halinde müşterisine rücu etmek hakkına sahip olmamaktadır...” HGK., T. 03.11.2010, 2010/19-488 E., 2010/557 K. (Kişisel Arşiv).

⁸⁶ AKGÜÇ, s. 554; AKIN, s. 256; KOCAMAN, Faktoringin Hukuki Niteliği, s. 82; KOCAMAN, Faktoring İşlemi, s. 54; SARAÇ, s. 63; TİRYAKİ, Faktoring, s. 194.

⁸⁷ AKKANAT, Halil; “Gerçek Faktoring Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s. 892; SARAÇ, s. 63; TİRYAKİ, Faktoring, s. 195.

⁸⁸ TİRYAKİ, Faktoring, s. 195.

⁸⁹ KLAPPER, The Role of Factoring, s. 1; KLAPPER, Reverse Factoring, s. 3; KLAPPER, Global Factoring, parg. 2; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 24-25; KOCAMAN, Finansal Açıdan Faktoring, 20.

I. İş Görme (Hizmet) İşlevi

İş görme işlevi, tüm faktoring türleri için, ortak ve zorunlu bir işlevdir⁹⁰. Bu sebeple, faktörün iş görme edimini üstlenmediği bir faktoring türü düşünülemez⁹¹.

İş görme işlevinin içeriği çok geniştir. Bu işlev, müşterinin borçlularının muhasebesinin tutulması, ihtar ve tahsil işlemlerinin yerine getirilmesi, alacağın gerektiğinde cebri icra yolu ile tahsil edilmesi, bilgi havuzu oluşturulması, müşteriye işletmesinin üretim, pazar ve reklam politikaları hakkında danışmanlık yapılması, müşteri ile borçlu arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi, nakliye, sigorta ve gümrük işlemlerinin yerine getirilmesi gibi, çok geniş bir yelpaze oluşturmaktır⁹². Faktoring sözleşmesi ile faktör, bu edimlerden birini, birkaçını ya da tamamını üstlenebilmektedir.

İş görme edimlerinin çok çeşitli olması, faktörün bu edimleri tek tek veya birlikte sunabilmesi, müşteriye oldukça önemli avantajlar sağlamaktadır. Müşteri bu şekilde, büro ve personel giderlerinden tasarruf sağladığı gibi, kredi ve tahsil problemleri ile de uğraşmamaktadır. Enerjisini faaliyet alanına yoğunlaştırmaktadır⁹³.

İş görme edimleri çok çeşitli olmasına rağmen, uygulamada müşteriler tarafından genellikle, muhasebe kayıtlarının tutulması, ihtar ve tahsil işlemlerinin yerine getirilmesi gibi edimlerin tercih edildiği görülmektedir⁹⁴. Müşteri, faktoring sözleşmesi ile çok sayıda borçlusunun hesaplarını ayrı ayrı izlemekten vazgeçip, devrettiği

⁹⁰ AKKANAT, Factoring, s. 892; KOCAMAN, Factoring, s. 12; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 29.

⁹¹ ÇEKER, s. 114; KOCAMAN, Factoring, s. 12.

⁹² KOCAMAN, Factoring, s. 12-13; KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 55; KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 83; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 29-30.

⁹³ KOCAMAN, Factoring, s. 13; KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 55; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 31; SARMA, s. 213.

⁹⁴ Faktoring sözleşmesi ile genellikle faktör, alacakların takip ve yönetimini üstlendiği için, faktoringin bu işlevine, “*alacakların yönetimi*” ya da “*idare (yönetim)*” işlevi de denilmektedir (Bkz. KOCAMAN, Factoring, s. 12; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 29).

alacakların karşılığının gösterildiği, faktor tarafından hazırlanan hesabı izlemektedir. Müşteriye belirli hesap devrelerinde, borçluların hesap hareketlerini gösteren listeler gönderilerek, dolaylı bir denetim imkânı sağlanmaktadır. Ancak doğrudan denetim yetkisi, faktörde kalmaktadır. Bu şekilde faktor, faturanın düzenlenmesinden, alacağın tahsil edilmesine kadar, müşterinin çok sayıda borçlusunun muhasebesini tutmaktadır. Bu noktada, akla şu soru gelmektedir. Acaba, borçlularının hesabını doğrudan izleme imkânını faktöre devreden müşteri, hesaplar üzerindeki kontrolünü kaybetmekte midir? Bu soruya ne olumlu, ne de olumsuz cevap vermek mümkündür⁹⁵. Ancak, müşterinin elde ettiği işletme giderlerinin azalması⁹⁶, zaman tasarrufu⁹⁷ gibi avantajlar, bu sorunun önemini azaltmaktadır.

Faktor, üstlendiği iş görme edimlerinin türü ve kapsamına göre, faktoring harcı adı altında, alacak (fatura) tutarının % 0,5'i ile % 2,5'u arasında değişen oranda bir komisyon almaktadır. Bu oran genellikle, faktoring sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmaktadır⁹⁸.

İş görme işlevi, FKFFŞK. ile getirilen faktoring sözleşmesinin tanımında da yer almaktadır. Bu tanımda, “...faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulması...” ndan söz edilmektedir. Tüm faktoring türleri için

⁹⁵ KOCAMAN, Factoring, s. 12; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 29-30.

⁹⁶ HOTI, s. 9.

⁹⁷ SARMA, s. 213.

⁹⁸ KOCAMAN, Factoring, s. 13; KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 55; KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 83; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 31; KAHRAMAN, faktoring şirketinin yalnızca alacağın tahsilini gerçekleştirmesi sebebiyle faktoring harcına hak kazandığını, bunun dışında alacağın tahsili masrafları, danışmanlık hizmeti, muhasebe kayıtlarının tutulması ve borçlular hakkında müşterinin bilgilendirilmesi dolayısıyla ayrı bir ücret alındığını belirtmekte, KOCAMAN ise, faktoring şirketinin yerine getirdiği tüm iş görme edimleri dolayısıyla bu harca hak kazandığını ifade etmektedir (Bkz. KAHRAMAN, Zafer; “Faktoring Sözleşmesinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri”, BÜHFKHD., S. 69-70, Y. 2010, s. 82; KOCAMAN, Bakış, s. 128).

vazgeçilmez bir nitelik taşıyan bu işlevin içeriği, yukarıda da ifade edildiği gibi, çok geniştir. Bu sebeple tanımda yalnızca, “*tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulması*” ndan bahsedilmesi, önemli bir eksikliktir. Ancak, 545 sayılı KHK. ile getirilen tanımda, yalnızca “*alacağın tahsili*” nden söz edilmesi gerçeği karşısında⁹⁹, tanıma “*borçlu ve müşteri hesaplarının tutulması*” ifadelerinin eklenmesi, önemli bir gelişmedir. Milletlerarası Factoring Sözleşmesi Hakkında Unidroit Konvansiyonu (Ottawa Konvansiyonu)¹⁰⁰ m. 1’de ise, faktoringin dört karakteristik özelliğinden biri olarak, “*borçluların muhasebesinin tutulması*” sayılmıştır¹⁰¹.

II. Finansman (Kredi) Sağlama İşlevi

Modern faktoringin en önemli işlevinin, finansman (kredi) sağlama işlevi olduğu kabul edilmektedir¹⁰². Faktoring yoluyla müşteri alacaklarının finansmanında, iki

⁹⁹ KOCAMAN, Arif B.; “545 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “Factoring” Konusunda Getirilen Düzenlemeler”, BATİDER., C. XVII, S. 4, Y. 1994, s. 34.

¹⁰⁰ Milletlerarası Factoring Sözleşmesi Hakkında Unidroit Konvansiyonu 1988 yılının Mayıs ayında toplanan “Milletlerarası Leasing ve Factoring Sözleşmeleri” konulu diplomatik konferansta 28.05.1988 tarihinde son şekli ile kabul edilmiştir. Konferansta 55 ülke temsil edilmiş, 4 ülke de gözlemci göndermiştir. Prof. Dr. Ergün Özsunay bu diplomatik konferansta Türkiye delegesi olarak görevlendirilmiştir. Konvansiyon 01.05.1995 tarihinde onaylanmıştır (Bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; “Milletlerarası Factoring Konvansiyonu”, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 48, Şubat 2006, parag. 2-3, (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=M%DDLLETLERARASI%20FACTORING%20KONVANS%DDYONU&kimlik=-876948441&url=makaleler/aucavusoglu-2.htm>), (Erişim tarihi ve saati: 21.07.2017, 12:20).

¹⁰¹ KOCAMAN, 545 Sayılı KHK., s. 34.

¹⁰² AKIN, s. 256; KOCAMAN, Factoring İşlemi, s. 54; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 24; SPASIĆ, Ivanka/BEJATOVIĆ, Milorad/DUKIĆ-MIJATOVIĆ, Marijana; “Factoring-Instrument of Financing in Business Practice–Some Important Legal Aspects”, Ekonomska istraživanja, Vol. 25, No. 1, s. 191, (<https://hrcak.srce.hr/file/118984>), (Erişim tarihi ve saati: 14.01.2018, 16:30).

yöntem kullanılmaktadır. Bunlar, ön ödeme ve iskonto yöntemidir¹⁰³. Ancak, faktoring yoluyla müşteri alacaklarının finansmanında genellikle, ön ödeme yöntemi kullanılmaktadır¹⁰⁴.

Ön ödeme yönteminde, müşteri vade gününden önce alacağın doğumunu, fatura suretlerini ve malın gönderildiğine, hizmetin sunulduğuna dair belgeleri ibraz ederek ispatlamaktadır. Müşteri tarafından belgelerin gönderilmesinden sonra faktor, vade gününü beklenmeksizin müşteriye genellikle, fatura değerinin %90'ına kadar bir miktar ön ödemede bulunmaktadır. Böylece müşteri borçlusundan olan alacaklarını vade gününden önce, ön ödeme olarak almakta ve faktoringin finansman etkisi meydana gelmektedir. Bu ön ödeme miktarı üzerinden faktoring şirketi tarafından müşteriye, ön ödeme zamanından, alacağın tahsil edildiği zamana ya da borçlunun ödemeye muktedir olmaması hâlinde, bakiye meblağın ödenmesinin muacceliyeti zamanına kadar mutat banka cari hesap faizi oranında faiz yürütülmektedir¹⁰⁵. Fatura alacağından geriye kalan %10'luk bakiye kısım ise, sözleşme gereği faktorün üstlenmesi gerekmeyen mala veya hizmete ilişkin risklerin teminatı ve ayrıca sunulan faktoring hizmeti karşılığı faiz ve harçlara mahsup edilmek üzere, bir tasarruf hesabında tutulmaktadır. Bu meblağ, mal ve hizmete ilişkin risklerin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması veya üçüncü kişi borçlunun ödemesi veyahut faktorün delkredere riskini üstlenmesi hâlinde, vadeden itibaren genellikle 90 gün sonra müşteriye ödenmektedir. Ödeme, faiz ve harçlar mahsup edilerek yapılmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰³ KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 25.

¹⁰⁴ KOCAMAN, Factoring, s. 11.

¹⁰⁵ KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 26; KOCAMAN, Factoring, s. 11; KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 82.

¹⁰⁶ KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 27; KOCAMAN, Factoring, s. 11; KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 83.

Nadir uygulanan iskonto yönteminde ise, başlangıçta götürü şekilde faiz, masraf ve harçlar peşin olarak hesaplanmakta, hesaplanan miktar devredilen alacaktan düşülerek müşteriye ödeme yapılmaktadır¹⁰⁷.

III. Teminat (Güvence) Sağlama İşlevi

Vadeli mal satışı yapan ya da hizmet arzında bulunan işletmelerin mali yapılarını riske sokan unsurlardan birisi de, borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya ödemeye istekli olmaması sebebiyle alacağın tahsil edilememesidir. Bu riskin faktor tarafından üstlenilmesi hâlinde, faktoring, müşteri açısından teminat sağlama işlevi görmektedir¹⁰⁸.

Buna aynı zamanda faktoringin delkredere işlevi de denilmektedir¹⁰⁹. Bu işleve göre faktoring şirketi, kendisine devrolunan alacaklar bakımından, borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya ödemeye istekli olmaması riskini üstlenmekte, sağlıklı bir alacağın tahsil edilememesi hâli için, müşteriye karşı her türlü rücu imkânından vazgeçmektedir¹¹⁰. Faktoring şirketi bu riski üstlenmeden önce, müşterinin borçlularının ödeme gücünü araştırma ve bu münferit araştırmalarının sonucuna göre, alacağı satın alma ya da almama hakkını saklı tutabilmektedir¹¹¹.

Bu riskin üstlenilmesi hâlinde, faktoring şirketinin alacağı tahsil edememesi, devraldığı alacağın varlığına ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa, sorumluluk müşteri üzerinde kalmaya devam etmektedir. Buna göre, ticari bir satış sözleşmesi ilişkisi içinde alacağını faktoring şirketine devreden müşterinin (satıcının), teslim ettiği malların ayıplı çıkması nedeniyle üçüncü kişi borçlunun (alıcının), alacağın varlığına ve miktarına

¹⁰⁷ KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 28; TOROSLU, Factoring, s. 51.

¹⁰⁸ AKKANAT, Factoring, s. 894.

¹⁰⁹ KOCAMAN, Factoring, s. 13.

¹¹⁰ KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 83; KOCAMAN, Factoring, s. 13.

¹¹¹ KOCAMAN, Factoring, s. 13; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 32-33.

yönelik ileri sürdüğü itiraz ve def'îlerden sorumluluğu devam etmektedir. Faktoring şirketinin alacağı tahsil edememesi, alacağın varlığına ilişkin bir eksiklikten değil, üçüncü kişi borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya ödemeye istekli olmamasından kaynaklanıyorsa, sorumluluk kendi üzerinde kalmaktadır¹¹².

Borçlunun ödeme gücünün bulunmadığının saptanması için, faktor tarafından borçlu hakkında icra takibi yapılması veya iflâsın açılması gerekmemektedir. Faktore devredilen alacağın vadesinden itibaren, sözleşmede kararlaştırılan bekleme süresinin (genellikle 90 gün) geçmesi ile delkredere riski kendiliğinden gerçekleşmektedir¹¹³.

Modern faktoringde yaygın eğilim, faktorün delkredere riskini üstlenmesidir. Bu yaygın eğilime uygun olarak, delkredere riskini üstlenen faktor, bu riskin katlanılamaz hale gelmesini önlemek için faktoring sözleşmesinde birtakım tedbirlere yer vermektedirler¹¹⁴. Bunlardan birincisi, açık faktoring tarzının benimsenmesidir. Bu şekilde, müşterinin alacağını faktore devrettiği borçluya bildirilmekte, borçlunun eski alacaklıya ödeme yapmasının önüne geçilmektedir. Başka bir tedbir olarak, müşterinin borçlu karşısındaki tüm belirlenebilir alacakları faktor tarafından topyekün devralınmaktadır. Böylece müşterinin sağlam alacakları kendisinde tutup, daha güvencesiz alacakları devretmesinin önüne geçilmektedir¹¹⁵.

Delkredere riskini % 100 üstlenen faktor, üstlendiği riskin kapsamına göre, devredilen alacağın fatura değerinin % 0,2'si ile % 0,4'ü arasında değişen oranlarda delkredere harcına hak kazanmaktadır¹¹⁶.

¹¹² ENGİN, Baki İlkey; Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 121; KOCAMAN, Factoring, s. 13-14.

¹¹³ KOCAMAN, Factoring, s. 14.

¹¹⁴ KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 37.

¹¹⁵ KOCAMAN, Factoring, s. 14; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 37.

¹¹⁶ KOCAMAN, Factoring, s. 14; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 37.

§5. FAKTORİNG İŞLEMİNİN TÜRLERİ

Faktoring işlemi, öğretide ve uygulamada değişik türlere ayrılarak incelenmektedir. Bu konuda farklı ayrımlar yapılmakla birlikte, yapılan en önemli ayırım, ödememe riskinin (delkredere riski) üstlenilip üstlenilmemesine göre yapılan, gerçek faktoring, gerçek olmayan faktoring ayırımıdır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, faktoring sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesinde de bu ayırım, oldukça önemli bir rol oynamaktadır.

Aşağıda faktoring işleminin türleri incelenmiştir.

I. Gerçek ve Gerçek Olmayan Faktoring

Faktoring işlemi bakımından yapılan en önemli ayırım, gerçek ve gerçek olmayan faktoring ayırımıdır. Bu ayırım temelde, faktorün delkredere riskini üstlenip üstlenmediği esasına dayanmaktadır¹¹⁷. Ancak uygulamada, gerçek faktoring ile gerçek olmayan faktoring arasında açık bir ayırım yapılmamakta, faktoring şirketi aynı sözleşmede, belirli alacaklar bakımından delkredere riskini üstlenmekte, diğer alacaklar bakımından bu riski üstlenmemektedir¹¹⁸.

A. Gerçek Faktoring

Gerçek faktoring, faktorün faktoring işleminin her üç işlevini birlikte üstlendiği faktoring çeşididir¹¹⁹. Bu tür faktoring için, “*tam faktoring*”¹²⁰, “*tam hizmet*

¹¹⁷ AKGÜÇ, s. 557; ŞENER, Hukuki Durum, s. 11.

¹¹⁸ UYANIK, Ayfer; Faktoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Faktoring Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Bölümü Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 45.

¹¹⁹ AKIN, s. 257-258; SARAÇ, s. 76; TİRYAKİ, Factoring, s. 201; TOROSLU, Factoring, s. 25.

¹²⁰ SARAÇ, s. 76.

*faktoringi*¹²¹”, “*Amerikan tipi faktoring*¹²²”, “*geleneksel (old-line) faktoring*¹²³” ifadeleri de kullanılmaktadır. Günümüzde gelişmiş ülkelerde uygulamada hâkim olan¹²⁴ ve faktoring işleminin asıl tarzını oluşturan faktoring biçimi budur. Bu tür faktoringde, gerçek olmayan faktoringden farklı olarak faktor, devraldığı alacakların üçüncü kişi borçlu tarafından ödenmemesi riskini de üstlenmektedir¹²⁵.

Gerçek faktoringde, faktor müşterinin başvurusu üzerine bir ön inceleme yapmaktadır. Bu ön incelemede, müşterinin ticari ilişkide bulunduğu alıcıların ekonomik güçleri araştırılarak, her bir alıcı için bir limit belirlenmektedir. Belirlenen bu limit dâhilinde müşteri, mal sattığı ya da hizmet sunduğu alıcıların, bu mal ve hizmet bedellerini ödememe riskini faktore devretmekte, bu şekilde ticari riskini en aza indirmektedir. Bu çerçevede faktor ile müşteri arasında faktoring sözleşmesi imzalanmakta, müşteri devrettiği alacakların belli bir yüzdesini (genellikle %70-90 arası) ön ödeme olarak almaktadır. Devredilen alacaklar ise vadesinde faktor tarafından tahsil edilmektedir. Alıcıların mali güçlük içine girmesi ya da ödemeye istekli olmamaları sebebiyle alacakların tahsil edilememesi hâlinde, belirlenen limit dâhilinde yapılan ön ödemeler, müşteriden talep edilememekte¹²⁶, ön ödeme yapılmasa bile faktor devraldığı alacak bedellerini müşteriye ödemektedir. Bu tür faktoringde faktor

¹²¹ UYANIK, Tanım, s. 25.

¹²² TOROSLU, Factoring, s. 25.

¹²³ AKGÜÇ, s. 557.

¹²⁴ KLAPPER, The Role of Factoring, s. 4; KLAPPER, Reverse Factoring, s. 7.

¹²⁵ AKGÜÇ, s. 557; AKIN, s. 258; AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 12; DESAI, Vasant; Financial Markets and Financial Services, 2009 (E-book), s. 480; HOTI, s. 8; MASON, s. 106; SLEE, s. 337; TOROSLU, Factoring, s. 25.

¹²⁶ SOPRANZETTI, Ben J.; “The Economics of Factoring Accounts Receivable”, Journal of Economics and Business, 50 (1998), s. 340, dn. 3, (<https://pdfs.semanticscholar.org/7520/d6a745f78322d132e60dbe1e28ee97ecf70b.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 26.12.2017, 11:26); KLAPPER, Reverse Factoring, s. 7.

tarafından, alıcının ödeme güçlüğü içine girmesi ya da ödemeye istekli olmaması sebebiyle alacakları ödeyememe riski üstlenilmektedir. Yoksa müşterinin sattığı malların veya sunduğu hizmetlerin ayıplı ya da kusurlu olması sebebiyle alacakların ödenmemesi riskini faktor üstlenmemektedir¹²⁷. Bu tür faktoring kural olarak açık faktoring şeklinde uygulanmakta, alacağın faktore devredildiği üçüncü kişi borçluya bildirilmektedir¹²⁸.

B. Gerçek Olmayan Faktoring

Gerçek olmayan faktoringde, gerçek faktoringten farklı olarak faktor, devraldığı alacakların üçüncü kişi borçlu tarafından ödenmemesi riskini üstlenmemektedir¹²⁹. Başka bir deyişle, müşteri mal sattığı ya da hizmet sunduğu alıcıların, bu mal ve hizmet bedellerini ödememe riskini kendi üzerinde taşımaktadır. Faktor, faktoringin finansman ve hizmet fonksiyonlarını üstlenmekte, teminat fonksiyonunu üstlenmemektedir. Müşteri, devrettiği alacakların sadece varlığından değil, ayrıca sağlamlığından da sorumlu olmaktadır. Bu çerçevede faktor ile müşteri arasında faktoring sözleşmesi imzalanmakta, müşteri devrettiği alacakların belli bir yüzdesini genellikle ön ödeme olarak almaktadır. Bu tür faktoringde, taraflar devredilen alacakların belli bir süre içinde ödeneceği kabulü ile hareket etmektedirler. Alacakların vadelerinin gelmesi ile işlemeye başlayan bu süre içinde, alıcıların mali güçlük içine girmesi veya ödemeye istekli olmaması sebebiyle alacakların tahsil edilememesi hâlinde, faktor yaptığı ön ödemeleri

¹²⁷ DESAI, s. 480; KOCAMAN, Bakış, s. 128; MIAN/ SMITH, s. 197; TOROSLU, Factoring, s. 26.

¹²⁸ KOCAMAN, Factoring, s. 15.

¹²⁹ AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 12; GORDON/NATARAJAN, s. 354; HOTI, s. 8; MASON, s. 107; SLEE, s. 337.

müşteriden talep edebilmekte¹³⁰, tahsil edemediği alacakları da geri müşteriye devredebilmektedir¹³¹.

Bu tür faktoring, hem açık hem de gizli faktoring şeklinde uygulanmakta, başka bir deyişle alacağın faktore devredildiği üçüncü kişi borçluya bildirilmekte ya da bildirilmemektedir¹³².

II. Yurt İçi ve Yurt Dışı Faktoring

Bu ayırım, faktoring işlemine katılan tarafların, aynı ülkede bulunup bulunmamasına göre yapılmaktadır¹³³.

A. Yurt İçi Faktoring

Factoring ilişkisinde bulunan taraflardan her birinin aynı ülkede olması hâlinde söz konusu olan, yurt içi faktoringdir¹³⁴. Bu tür faktoring hükümlerini, müşteri, faktor ve üçüncü kişi borçlu arasında doğurmaktadır¹³⁵.

¹³⁰ KLAPPER, Reverse Factoring, s. 7; SOPRANZETTI, s. 340, dn. 3.

¹³¹ AKGÜÇ, s. 557; AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 12; TOROSLU, Factoring, s. 26; “...Taraflar arasında düzenlenen 24.01.1993 tarihli 1.000.000.000 TL'lik faktoring sözleşmesi ile davalı, üçüncü kişilerdeki alacaklarını davacı firmaya devretmiştir. Sözleşmenin 15/4. maddesinde müşterinin (davalı) borçludan (üçüncü kişi) tahsil edilemeyen bedelden sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Hükme göre taraflar arasında gerçek olmayan faktoring ilişkisi vardır...” Yarg. 19. HD. 18.04.1996 T., 1995/11837 E., 1996/4005 K. (Kişisel Arşiv).

¹³² TOROSLU, Factoring, s. 26.

¹³³ ÇEKER, s. 116.

¹³⁴ ÇEKER, s. 116-117; SARAÇ, s. 81; TOROSLU, Factoring, s. 27.

¹³⁵ SARAÇ, s. 81; ÜLGEN, s. 46.

B. Yurt Dışı Faktoring

Factoring ilişkisinde bulunan tarafların farklı ülkelerde bulunması halinde söz konusu olan, yurt dışı faktoringdir¹³⁶. Yurt dışı faktoringin, yurt içi faktoringden en önemli farkı, işlemlerin üç taraf arasında değil, dört taraf arasında gerçekleşmesidir¹³⁷. Bu tür faktoring hükümlerini müşteri, faktor, üçüncü kişi borçlu ve muhabir faktor arasında doğurmaktadır. Müşteri ihracatçı, üçüncü kişi borçlu ise ithalatçı olarak nitelendirilmektedir¹³⁸.

Yurt dışı faktoring ile yurt içi faktoring arasında, müşteri açısından bir fark bulunmamaktadır. Finansman sağlanması, alacakların tahsilatı ve riskin üstlenilmesi bakımından müşterinin muhatabı, kendi ülkesindeki faktordür. Ancak faktor bakımından, yurt dışı faktoring ile yurt içi faktoring arasında fark bulunmaktadır. Yurt dışı faktoringde faktor, farklı ülkelerde bulunan alacakların tahsili için ilgili yabancı ülkedeki muhabir faktor ile bağlantıya girmektedir¹³⁹.

Yurt dışı faktoringde yerel faktor, ihracatçı konumundaki müşteriden muhabir faktorün garanti verdiği alacakları devralmakta ve yalnızca bu alacaklar bakımından, ithalatçı konumundaki üçüncü kişi borçlunun ödememe riskini üstlenebilmektedir. Bu riskin üstlenilmesi dışında yerel faktor aynı zamanda, alacakların muhasebe kayıtlarının tutulması, tahsili, ön ödeme yapılması gibi diğer faktoring hizmetlerini de sunabilmektedir¹⁴⁰. Yurt dışı faktoringin bu tür uygulamasına, “*ikili factor sistemi*” adı verilmektedir¹⁴¹.

¹³⁶ SARAÇ, s. 82; TOROSLU, Factoring, s. 27; ÜLGEN, s. 46.

¹³⁷ ÜLGEN, s. 46.

¹³⁸ TOROSLU, Factoring, s. 27.

¹³⁹ TOROSLU, Factoring, s. 27.

¹⁴⁰ TOROSLU, Factoring, s. 27-28.

¹⁴¹ ÇEKER, s. 117.

Yurt dışı faktoring işlemi, üç taraflı olarak da yapılabilmektedir. Örneğin, İtalya'ya ihracat yapacak olan Türkiye'deki bir şirket, doğrudan İtalya'daki bir faktör ile faktoring sözleşmesi yapabilmektedir. Bu durumda, üç tarafın yer aldığı “*direk ithalat factoringi*” söz konusu olmakta, İtalya'daki faktör, Türkiye'deki müşterisinin İtalya'daki alacakları için faktoring hizmetlerini yürütmektedir¹⁴².

III. Gizli ve Açık Faktoring

Faktoring işlemi bakımından yapılan bir diğer ayırım, gizli ve açık faktoring ayırımıdır. Bu ayırım, üçüncü kişi borçluya devrin bildirilip bildirilmediği esasına dayanmaktadır¹⁴³.

Gizli faktoringde, alacakların faktöre devredildiği üçüncü kişi borçluya bildirilmemekte, gönderilen faturalara bu tür bir şerh düşülmemektedir. Bundan amaç, özellikle üçüncü kişi borçlu nezdinde müşterinin ekonomik güçlük içerisinde bulunduğu şeklinde bir algı yaratmaktan kaçınmaktır. Bunun sonucu olarak, üçüncü kişi borçlu alacağın devredildiğini bilmediğinden ödemeyi müşteriye yapmaktadır. Faktör adına hareket eden müşteri, aldığı ödemeyi derhal faktöre iletmektedir. Eğer üçüncü kişi borçlu borcunu ödemezse, faktör ihtarları düzenlemekte ve fakat bu ihtarları kendi adına değil, müşteri adına göndermektedir. Bununla birlikte faktör faktoring sözleşmesinde, müşterinin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi hâlinde, devri açıklama hakkını saklı tutabilmektedir. Bu şekilde bir hakkın sözleşmede saklı tutulması, faktörün riskini azaltmaktadır. Müşterinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle faktör tarafından devrin bildirilmesi hâlinde üçüncü kişi borçlu, ancak kurtarıcı etki ile faktöre ödeme yapabilmekte, bu durumda gizli faktoring, açık

¹⁴² ÇEKER, s. 117.

¹⁴³ ŞENER, Hukuki Durum, s. 9.

faktoringe dönüşmektedir¹⁴⁴. Bu tür faktoringe, ihbarsız faktoring, bildirimsiz faktoring, örtülü faktoring, sessiz faktoring veya kapalı faktoring de denilmektedir¹⁴⁵.

Gizli faktoringde, alacağı tahsil yetkisinin müşteride olması, alacak hakkının müşteriye ait olduğunu göstermemektedir. Alacak hakkının gerçek sahibi faktor olup, belirli şartlar altında müşteri devri ihbar, alacağı takip ve tahsil hakkına sahip olmaktadır¹⁴⁶.

Açık faktoringde ise, müşterinin alacağı faktore devrettiği üçüncü kişi borçluya bildirilmektedir¹⁴⁷. Uygulamada özellikle üçüncü kişi borçluya devrin bildirimi, başka bir deyişle alacağın faktore devredildiği, ödemelerin yalnızca faktore yapılması gerektiği, müşteri tarafından gönderilen fatura ve benzeri belgelerin üzerine şerh verilerek yapılmaktadır¹⁴⁸. Bu tür faktoringe, ihbarlı faktoring ya da açık faktoring de denilmektedir¹⁴⁹.

Bir de uygulamada ortaya çıkan yarı açık faktoring işlemi bulunmaktadır. Bu tür faktoringde, faktoring işlemi üçüncü kişi borçlulara açıklanmamakta, ancak ödeme şartları bildirilerek yalnızca faktorün üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir hesap, ödeme yeri olarak tayin edilmektedir. Ancak yarı açık faktoringde borçlu, bu hesaba ödeme yapmak yerine, doğrudan müşteriye ödemede bulunarak borcundan kurtulabilmektedir¹⁵⁰.

¹⁴⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 9-10; TOROSLU, Factoring, s. 35.

¹⁴⁵ TOROSLU, Factoring, s. 35.

¹⁴⁶ TOROSLU, Factoring, s. 35.

¹⁴⁷ ŞENER, Hukuki Durum, s. 10-11; TOROSLU, Factoring, s. 34.

¹⁴⁸ ŞENER, Hukuki Durum, s. 10-11; Fatura ve benzeri belgeler üzerindeki bu yönde bir açıklama, TBK m. 186 uyarınca devrin borçluya ihbarı olarak değerlendirilmektedir (Bkz. ŞENER, Hukuki Durum, s. 11).

¹⁴⁹ TOROSLU, Factoring, s. 34.

¹⁵⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 11, dn. 20.

IV. Ön Ödemeli ve Ön Ödemesiz Faktoring

Faktoring işlemi bakımından yapılan bir diğer ayırım, ön ödemeli ve ön ödemesiz faktoring ayırımıdır. Bu ayırım, faktoring şirketinin finansman işlevini üstlenip üstlenmemesine dayanmaktadır.

Ön ödemeli faktoringde, faktor devraldığı alacakların vadesini beklemeden müşteriye belli bir oranda ön ödeme yapmaktadır. Bu ön ödeme oranı, taraflar arasında serbestçe kararlaştırılmakla birlikte, genellikle devredilen alacağın % 80-% 90'ı olarak uygulanmaktadır. Müşteri, faktor tarafından kendisine yapılan bu ön ödemeye karşılık, faktore faiz ödemektedir. Faktor, devredilen alacakların vadesi geldiğinde tahsilatı yapıp, yaptığı ön ödeme miktarını, faizi ve faktoring hizmet komisyonunu düşerek, kalan miktarı müşteriye ödemektedir¹⁵¹.

Ön ödemesiz faktoringde, faktoring şirketi müşteriden alacakları devralmakta, ancak herhangi bir ön ödemede bulunmamaktadır. Ödeme, alacağın tahsilatında gerçekleşmektedir. Bu tür faktoringde, finansman işlevi bulunmamakla birlikte, hizmet (iş görme) ve/veya teminat işlevi bulunmaktadır¹⁵².

V. Vadeli Faktoring

Vadeli faktoringde, faktor yalnızca alacakların yönetimi ve tahsili işlemi ile ödenmeme riskini üstlenmekte, müşteriye finansman sağlamamaktadır¹⁵³. Faktore devralınan alacaklara ilişkin müşteriye, fatura tarihinden veya alacakların faktore devredildiği ve fatura kopyalarının gönderildiği tarihten belli bir süre sonra ya da alacağın tahsilinden sonra, ödeme yapılmaktadır. Faiz giderinin olmadığı bu yöntem, işletmeye nakit akışında kesinlik ve kolaylık sağlamaktadır. Yine vade belirlenmesinde

¹⁵¹ SARAÇ, s. 80.

¹⁵² SARAÇ, s. 80.

¹⁵³ AKGÜÇ, s. 561; TOROSLU, Faktoring, s. 41.

sağladığı serbestlik sebebiyle, işletmenin piyasa koşullarına uyum sağlamasını kolaylaştırmaktadır. Daha çok küçük ölçekli işletmelere uygulanan vadeli faktoring, kredi sigortasının alternatifini oluşturmaktadır¹⁵⁴.

VI. Acenta Faktoringi

Acenta faktoringinde, faktor devraldığı alacakların tahsilatı işini bir başka şirkete devretmektedir¹⁵⁵. Alacakların tahsilatı işi devredilen şirket, faktorün ekonomik bütünlük içinde olduğu bir şirket olabileceği gibi, bağımsız bir şirket de olabilmektedir. Üçüncü kişi borçluya, devredilen alacakların tahsilatı gerçekleştirecek şirkete ödenmesi bildirilmektedir. Bu tür faktoringde, faktor tahsilat işlevi görmese de, finansman hizmeti sunmakta, alacakların ödenmeme riskini üstlenebilmektedir¹⁵⁶.

Acenta faktoringini toptan faktoringden ayıran en önemli özellik, faktorün alacakların ödenmemesi riskini üstlenmesidir¹⁵⁷.

VII. Fatura İskontosu

Bu tür faktoringde, faktor müşterisine yalnızca finansman hizmeti sağlamakta, alacakların yönetimi ve ödenmemesi riski faktor tarafından üstlenilmemektedir. Böyle olunca, üçüncü kişi borçluya ödemeleri faktore yapması ihbar edilmemekte, muhasebe kayıtlarının tutulması, ödemenin ihtar edilmesi ve tahsilatın gerçekleştirilmesi gibi işlemler, müşteri tarafından gerçekleştirilmektedir. Alacakları tahsil eden müşteri, tahsil ettiği bedelleri faktorün hesabına yatırmaktadır¹⁵⁸.

¹⁵⁴ AKGÜÇ, s. 561.

¹⁵⁵ ÜLGEN, s. 49.

¹⁵⁶ SARAÇ, s. 86.

¹⁵⁷ SARAÇ, s. 87.

¹⁵⁸ SARAÇ, s. 88.

Bu tür faktoringde, faktor müşteri tarafından kendisine ibraz edilen fatura bedellerini iskonto ederek (kendi komisyon ve masraflarını düşerek) ön ödemede bulunmaktadır. Müşteri ise tahsil ettiği fatura bedellerini doğrudan faktörün hesabına yatırmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere bu tür faktoringde, müşteriye yalnızca finansman hizmeti sağlanmakta¹⁵⁹, faktor sunduğu finansman hizmetine karşılık finansman faizi dışında, devralınan alacaklar üzerinden hesaplanan bir komisyon almaktadır¹⁶⁰.

Esasen bütün faktoring türlerinde faktoringin iş görme işlevinin yer alması gerektiği yönündeki görüş karşısında, kanaatimizce, fatura iskontosunun bir faktoring türü olarak kabul edilmesi doğru görünmemektedir.

VIII. Geleneksel Faktoring

Geleneksel faktoringde, müşteri herhangi bir mal satışı yaptığında ya da hizmet arzında bulunduğu anda oluşan alacağını, derhal faktöre devretmekte, üçüncü kişi borçluya gönderdiği faturaların üzerine kayıt düşerek, alacakların faktöre devredildiğini bildirmektedir. Bu tür faktoringin müşteri açısından en büyük avantajı, farklı alıcılardan olan alacakların tümünün faktöre devrinin sağlanarak, alacakların tek bir alacak olarak izlenmesidir. Böylece alacakların yönetimi kolaylaşmakta, muhasebe işlemleri daha basit bir şekilde gerçekleştirilmektedir¹⁶¹.

¹⁵⁹ OLGAC, Factoring, s. 28.

¹⁶⁰ SARAÇ, s. 88.

¹⁶¹ SARAÇ, s. 85.

IX. Toptan Faktoring

Toptan faktoringde, faktor müşterisine yalnızca finansman hizmeti sağlamakta, alacakların yönetimi ve ödememe riskinin üstlenilmesi, bu tür faktoringin kapsamına girmemektedir. Fatura iskontosundan farklı olarak, üçüncü kişi borçlu borcunu doğrudan faktore ödemesi konusunda yönlendirilmektedir. Başka bir deyişle ödeme, doğrudan faktore yapılmaktadır. Ödemenin doğrudan kendisine yapılması konusunda üçüncü kişi borçluya bildirimde bulunan faktor, alacakların yönetimi konusunda herhangi bir sorumluluk üstlenmemekte, rücu hakkına da sahip olmaktadır. Alacakların yönetimi, kayıtların tutulması ve tahsil gibi işlemler faktor adına müşteri tarafından yapılmaktadır¹⁶².

Bu tür faktoringin amacı, müşterinin vadeli satışlarından doğan finansman gereksinimini karşılamak, vadeli satış yapma olanağını artırmaktır. Üçüncü kişi borçluya bildirim ise, faktorün güvenliğini artırma amacı ile yapılmaktadır¹⁶³.

§6. BENZER FİNANSMAN TEKNİKLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. Genel Olarak

Ticaret hacminin genişlemesi ile birlikte, işletmelere fon sağlayan finansman teknikleri de çeşitlenmektedir. Bu çeşitlilik içinde, benzer finansman teknikleri hakkında genel bilgiler verilerek, faktoring işlemi ile karşılaştırma yapılması, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

¹⁶² AKGÜÇ, s. 560.

¹⁶³ AKGÜÇ, s. 560.

II. Teminat Amaçlı Alacak Devri¹⁶⁴

Teminat amaçlı devir, bir kimsenin (inananın) bir başka kimseye (inanılana) sahip olduğu bir alacak hakkını ya da devri kâbil başka bir hakkı¹⁶⁵, ona karşı olan borcunu teminat altına almak için devrettiği, devralanın ise bu hakkı teminat amacının sınırları içinde kullanmayı üstlendiği inançlı bir işlem, bir sözleşmedir¹⁶⁶. Bu sözleşme ile teminat amaçlı da olsa, alacak hakkı devredildiğinden, mutata bir devrin hukukî sonuçları meydana gelmektedir. Zira inanç anlaşmasından kaynaklanan sorumluluğu saklı kalmak üzere devralan, alacak hakkı üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahip görünmektedir¹⁶⁷.

Teminat amaçlı devirde alacaklı, borçlu olduğu kişiye borcunun teminatı olarak, bir başka kişiden olan mevcut ve/veya gelecekteki alacağını/alacaklarını devreder. Devralan, borcun vadesinde alacağını ilk olarak asıl borçludan (devredenden) talep

¹⁶⁴ Teminat amaçlı alacak devri hakkında geniş bilgi için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Saibe; “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHF.M., C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 265 vd.; ŞAFAK, Ali; Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, İstanbul 2011, s. 63 vd.

¹⁶⁵ İnançlı işlemin konusunu oluşturan hakkın devredilebilir bir hak olması gerekmektedir. Devredilebilir olması kaydıyla, malvarlığına dâhil her türlü aynî haklar, alacak hakları ile fikrî ve sınaî haklar inançlı işlemin konusu olabilmektedir (Bkz. AYANOĞLU MORALI, Ahu; Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 36).

¹⁶⁶ İnançlı işlem, bir hakkı bir kimseden (inanan) devren kazanan kişinin (inanılan), bu hakkı devredenle aralarında kararlaştırılan amaca uygun olarak kullanmayı ve amaç gerçekleşince söz konusu hakkı inanılana veya kararlaştırılan bir üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesi ve inananın da bu taahhüde güvenerek hakkın devrini gerçekleştirmesi olarak tanımlanmaktadır (Bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 15-16; ÖZSUNAY, Ergun; Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler (Doktora Tezi), İstanbul 1968, s. 1; ŞAFAK, 24).

¹⁶⁷ OKTAY ÖZDEMİR, s. 269-270; Teminat amaçlı devirde, devralana sağlanan tam hak ve alacağın kolaylıkla elde edilme imkânı, uygulamada teminat amaçlı devri alacak rehnine tercih edilebilir kılınmaktadır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 13).

eder. Alacağın asıl borçludan tahsil edilememesi hâlinde, devredilen alacağın borçlusuna başvurulur. Devredilen alacaktan borç tahsil edilir, kalan miktar asıl borçluya iade edilir. Eğer asıl borçlu vadesinde borcunu öderse, teminat amaçlı devredilen alacak asıl borçluya geri devredilir¹⁶⁸.

Teminat amaçlı devir sözleşmeleri, özellikle kredi alımlarında teminat sağlayarak, kredi alınmasını kolaylaştırmaktadır¹⁶⁹. Gerçekten de elinde kredi teminatı olarak rehin verebileceği taşınır ve/veya taşınmaz malı bulunmayan ya da kredi alacaklısına güven veren ve mali durumu güvenilir olan bir kefil bulamayan¹⁷⁰ işletmeler, mevcut ve/veya gelecekteki alacaklarını münferit olarak ya da topyekün teminat amaçlı devrederek kredi alabilmektedirler. Bu şekilde alınan krediye, temlik kredisi denilmektedir¹⁷¹.

Temlik kredisinin faktoring işleminde olduğu gibi, müşterinin işletmesi ile ilgili bütün alacaklarını kapsaması ve topyekün devir şeklinde olması mümkün olduğu gibi, münferit bir alacağın devri şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür¹⁷².

Gerçek faktoringde devredilen alacakların ödenmemesi riskini, faktor üstlenmektedir. Temlik kredisinde ise bu risk, kredi alan müşteri üzerinde kalmaktadır. Bu sebeple temlik kredisinde faktoringinden farklı olarak banka, kredi limitini

¹⁶⁸ Teminat amaçlı devirde devreden, alacağın kendisine iadesi konusunda nîsbi bir talep hakkına sahiptir. Alacağın devredene geri dönmesi için ayrı bir devir işleminin yapılması gerekmektedir. Buna geriye devir denilmektedir (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 13).

¹⁶⁹ ARAL, Fahrettin; “Topyekün Temlik”, AÜHFD., C. 42, S. 1-4, Y. 1991-1992, s. 97.

¹⁷⁰ ÖZDEMİR, Türkay; “İnançlı Olarak Yapılan Teminat Amaçlı Alacak Temlikleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 705; ŞAFAK, s. 53.

¹⁷¹ DAYINLARLI, Kemal; Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 43; OKTAY ÖZDEMİR, s. 267; KOCAMAN, Factoring, s. 29; TOROSLU, Factoring, s. 122.

¹⁷² KOCAMAN, Factoring, s. 29; TOROSLU, Factoring, s. 122.

müşterinin ödeme gücüne göre belirlemektedir. Yine temlik kredisinde faktoringden farklı olarak, bankanın iş görmeye yönelik bir edim yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁷³.

Gerçek olmayan faktoring işleminde ise, temlik kredisine benzer şekilde faktor, devredilen alacakların ödenmemesi riskini üstlenmemektedir. Ancak temlik kredisinden farklı olarak faktor, alacağını öncelikle kendisine devredilen alacaklardan alma hakkına sahip olmakta, tahsil edememesi halinde müşteriden isteyebilmektedir. Oysaki temlik kredisinde, banka alacağını öncelikle kredi alan müşteriden alma hakkına sahip olup, tahsil edememesi halinde devredilen alacağın/alacakların borçlusuna yönelebilmektedir. Yine gerçek olmayan faktoringde, faktorün hizmet edimi bulunmasına rağmen, temlik kredisinde bankanın böyle bir edimi bulunmamaktadır¹⁷⁴.

III. Forfaiting İşlemi¹⁷⁵

Forfaiting bir dış ticaret finansman yöntemi olup¹⁷⁶, özellikle mal ve hizmet ihracatından doğan, belirli bir ödeme planı çerçevesinde yapılandırılan orta ve uzun vadeli alacakların, ihracatçıya rücu etme hakkı olmaksızın bir banka veya forfaiting kuruluşu tarafından satın alınarak iskonto edilmesi işlemidir¹⁷⁷. Bu alacakları satın alan gerçek veya tüzel kişiye, forfaiter denilmektedir¹⁷⁸.

¹⁷³ KOCAMAN, Factoring, s. 29; TOROSLU, Factoring, s. 122.

¹⁷⁴ TOROSLU, Factoring, s. 123.

¹⁷⁵ Hukukî açıdan forfaiting işlemi konusunda ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. AŞIK, Pınar; Hukukî Açıdan Forfaiting, 2. Baskı, Ankara 2017.

¹⁷⁶ AKARTEPE, Alpaslan; “Forfaiting Sözleşmesi”, AÜEHFD., C. VIII, S. 3-4, Y. 2004, s. 441; TOROSLU, M. Vefa; Hukuksal ve Finansal Açıdan Forfaiting, Ankara 2011, s. 3.

¹⁷⁷ EKİCİ, Akın/DURUKANOĞLU, Nihayet; ICC Kuralları Işığında Forfaiting, İstanbul 2014, s. 5; TOROSLU, Forfaiting, s. 3.

¹⁷⁸ DESAI, s. 485; ERDEMOL, Haluk; Factoring ve Forfaiting, İstanbul 1992, s. 65.

Forfaiting, ülkemiz açısından oldukça yeni bir finansman tekniğidir. Bununla birlikte, teknik olarak forfaitinge benzer bir kurum olan ve özellikle kısa vadeli alacaklara uygulanan faktoringin, ülkemizde hızlı bir şekilde yaygınlaşması ve bu konuda özel finans kurumlarının faaliyet göstermesi, bir dış ticaret finansman yöntemi olan forfaiting konusundaki beklentileri de artırmaktadır¹⁷⁹.

Forfaiting işlemini ihracatçılar bakımından tercih edilebilir kılan ve diğer finansman tekniklerinden ayıran en önemli özelliği, forfaiterin, forfaiting sözleşmesi ile ihracatçıya karşı rücu hakkından feragat etmesi ve alacağı tahsil edememesi hâlinde ihracatçıya başvuramamasıdır¹⁸⁰. Zira forfaiting işleminin rücu etme hakkı olmaksızın gerçekleştirilecek olması, işlemin olmazsa olmaz kuralıdır¹⁸¹. Öte yandan forfaiting işleminde ihracatçı, uzun vadeli alacaklarını anında nakte çevirmenin yanı sıra, karşılaşılabileceği tüm risklere karşı da korunmaktadır¹⁸². Zira normal bir dışsatım işlemini gerçekleştiren ihracatçının karşısında çok fazla sayıda risk (politik risk, transfer riski, ticari risk, kur riski, faiz riski) bulunmaktadır. Bu risklerin tümü, forfaiting sözleşmesi ile rücu edilemez şekilde, forfaitera devredilmekte, böylece ihracatçının bu risklere maruz kalma tehlikesi ortadan kaldırılmaktadır¹⁸³.

¹⁷⁹ HIZIR, Serdar; “Türk Hukuku Açısından Dışsatımda Bir Finansman Yöntemi Olarak Forfaiting İşlemi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1143.

¹⁸⁰ “01.01.2013 tarihinden itibaren URF800 Kuralları yürürlüğe girdiği için bu kurallara tabi olarak imzalanan forfaiting sözleşmesi kapsamında alacak hakkının rücu edilebilir (“with recourse”) olarak devri mümkün değildir.” (Bkz. EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 5).

¹⁸¹ EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 5; TOROSLU, Forfaiting, s. 3.

¹⁸² DESAI, s. 485; GORDON/NATARAJAN, s. 373-374; OLGAC, Factoring, s. 19; TOROSLU, Forfaiting, s. 86 vd.

¹⁸³ HIZIR, s. 1149-1150.

Kural olarak her türlü senetli ve senetsiz alacak, forfaiting işleminin konusu olabilmektedir¹⁸⁴. Ancak forfaiting kuruluşu üstlendiği riskleri azaltmak veya ortadan kaldırmak için, forfaiting işlemini muteber bir bankanın avâlini içeren poliçe ve bono ile gerçekleştirerek ihracatçıya ödeme yapabilmektedir¹⁸⁵.

Forfaiting, ihracatçı ile forfaiting kuruluşu arasında yapılan, alacağın devir ve satın alınmasını konu alan bir sözleşmeye dayanmaktadır. Tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirebilmeleri, başka bir deyişle, forfaiting işleminin gerçekleşebilmesi için taraflar dışında, ihracatçı ve avâl veya garanti veren bankanın da sisteme katkıda bulunması gerekmektedir¹⁸⁶.

Faktoring işleminde olduğu gibi, forfaiting işleminin de hizmet, finansman ve teminat olmak üzere, üç farklı işlevi bulunmaktadır¹⁸⁷.

Faktoring işleminin konusu, tüketim malları ve hizmet edimlerinden doğan kısa vadeli alacaklar olmasına rağmen, forfaiting işleminin konusu orta ve uzun vadeli, yatırım malları ihracatından doğan alacaklardır¹⁸⁸.

Faktoring işlemi ile genelde alacağın %80-%90'ı finanse edilirken, forfaiting işleminde, iskonto miktarı çıkarıldıktan sonra kalan nominal değer finanse edilmektedir¹⁸⁹.

¹⁸⁴ TOROSLU, Factoring, s. 123.

¹⁸⁵ EKİCİ/DURUKANOĞLU, s. 6.

¹⁸⁶ AKARTEPE, s. 446; TOROSLU, Forfaiting, s. 12 vd.

¹⁸⁷ TOROSLU, Forfaiting, s. 18 vd.

¹⁸⁸ AŞIK, Forfaiting, s. 51; DESAI, s. 486; KOCAMAN, Factoring, s. 27.

¹⁸⁹ KOCAMAN, Factoring, s. 27.

IV. İskonto Sözleşmesi

İskonto sözleşmesi, banka ile müşteri arasında yapılan, bankanın müşterisinin kıymetli evrakını devralmayı, bu evrakın vade tarihlerine göre faizini, komisyon ve diğer masrafları düşerek ödeme yapmayı taahhüt ettiği bir tür kredi sözleşmesidir¹⁹⁰.

Bankalar tarafından yapılan iskonto işlemleri şu şekilde işlemektedir. Banka müşterisi, sattığı mal veya sunduğu hizmet karşılığı aldığı ileri tarihli bono, poliçe ve çekleri bankaya tevdi eder, aynı zamanda bunları ciro ile bankaya devreder. Banka da, kendisine ciro ve tevdi edilen kambiyo senetleri karşılığında, müşteri ile aralarında akdedilen sözleşmede kararlaştırılan oranda ödeme yapar. Senetleri iskonto eden banka, senetlerin vade tarihine kadar işleyecek faizini, komisyonu ve masrafları indirerek ödeme yapar¹⁹¹.

İskonto işlemine tabi tutulan senet vadesinde ödenmezse, banka senedi protesto ettirerek düzenleyen, keşideci ve/veya cirantalara karşı yasal işlem başlatma hakkına sahiptir¹⁹². Ancak tahsil edilemeyen senet bedellerinden, nihaî olarak müşteri sorumludur¹⁹³.

¹⁹⁰ AKYOL, Şener; Banka Sözleşmeleri Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül), İstanbul 2001, s. 22; ŞİT, Başak; Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar, Ankara 2011, s. 114; TOROSLU, Factoring, s. 121; İskonto sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, banka kıymetli evrakı rehin olarak almamakta, devir için gerekli işlemleri yapmakta, senedin yetkili hamili konumuna gelmektedir. Bu sebeple burada bir satış sözleşmesi bulunmaktadır. Diğer görüşe göre ise, satış sözleşmesi görüşü bu işlemin kredi işlevini açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır. Zira banka senetleri ifa yerine değil, ifa uğruna almakta, bedelini tahsil edemediği senetleri iskonto işlemi yaptırana iade etmektedir. Bu sebeple bu işlemin temelinde ödünç sözleşmesi bulunmaktadır (Bkz. ŞİT, s. 115).

¹⁹¹ AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 22.

¹⁹² Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlatılabilmesi için, alacaklının (yetkili hamilin) ödememe protestosu çekmesinin şart olduğu hallerde, kambiyo senedinin aslı ile birlikte ödememe

İskonto sözleşmeleri ile faktoring sözleşmeleri, amaç bakımından benzerlik göstermektedirler. Şöyle ki her ikisinde de, satılan mal ya da sunulan hizmet karşılığı hak kazanılan alacakların vadesinden önce nakde çevrilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, faktoring işlemi bankacılık sisteminin dışında bir işlem olup, müşteriye kredi açılması için iskonto işleminde olduğu gibi, faktore bono, poliçe ve çek tevdi zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁹⁴. Öte yandan iskonto işleminde, tevdi edilen senetlerin ödenmeme riski müşterinin üzerindedir. Oysa gerçek faktoringde devredilen alacağın ödenmeme riski, faktorün üzerinde kalmaktadır¹⁹⁵.

V. Senet ve Emtia Avansı

Senet ve emtia avansı, bir menkulün, alacak veya ortaklık hakkı içeren bir kıymetli evrakın ya da senetsiz veya adi senede bağlanmış bir alacağın rehnedilmesi¹⁹⁶ suretiyle verilen para ödücü kredisidir¹⁹⁷. Bu tür kredi, cari hesap açılması şeklinde

protestosu çekildiğini gösteren belgenin de takip talebine eklenmesi gerekmektedir. Poliçeyi kabul edene, kabul eden lehine avâl verene ve bunların yetkisiz temsilcilerine karşı takip yapan alacaklının, ödememe protestosu çekmesine gerek yoktur. Ancak, keşideciye, cirantalara, bunlar lehine avâl verenlere, araya girmek suretiyle kabul edenlere ve bunların yetkisiz temsilcilerine karşı kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip başlatabilmesi için, poliçeyi kabul eden muhataba ödememe protestosu çekmesi ve bu protesto ile birlikte poliçe aslını icra dairesine ibraz etmesi gerekmektedir (Bkz. KURU, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 772 vd.).

¹⁹³ TOROSLU, Factoring, s. 122.

¹⁹⁴ AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 23.

¹⁹⁵ TOROSLU, Factoring, s. 122.

¹⁹⁶ Adi alacakların rehni için bkz. ÇAKIRCA, Seda İrem; Adi Alacakların Rehni, İstanbul 2006, s. 18 vd.

¹⁹⁷ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 489.

işlemektedir. Müşteri bankaya incir, tütün, pamuk gibi bir malını ya da elindeki kıymetli evrakını teminat olarak rehin vermekte, banka da ona kredi vermektedir¹⁹⁸.

Her ne kadar Türk Hukuku'nda bu tür kredi için senet veya emtia avansı ifadesi kullanılsa da, buradaki avans kelimesi yanlış anlaşılmalara yol açabilmektedir. Zira avans, ileride oluşacak bir borca karşılık müstakbel borçlunun mahsuben yaptığı ön ödemedir. Ancak senet ve emtia avansındaki avans kelimesi, verilen ödünçün kısa vadeli olduğu, müşterinin rehnedilen emtia satılınca veya senet bedeli tahsil edilince borcunu ödeyeceği anlamına gelmektedir¹⁹⁹.

Bir tür kredi işlemi olan senet ve emtia avansına, Batı bankacılık uygulamasında, lombard kredisi denilmektedir²⁰⁰.

Senet ve emtia avansı temelde bir ödünç sözleşmesi olup, işlemin diğer ayağını menkul rehni, alacak rehni veya kıymetli evrakın rehni oluşturmaktadır. Bu tür kredi cari hesap şeklinde işleyebileceği gibi, cari hesap şeklinde işlemeyen sabit vadeli ve kullanmakla tükenen ödünç sözleşmesi şeklinde de işleyebilmektedir²⁰¹.

VI. Kredi Sigortası

Kredi sigortası, sigorta hukukuna ait bir kavramdır. Kredi sigortasında sigorta şirketi, sigorta ettiren işletmenin kredili satışlarının ödenmeme riskini üstlenmektedir. Ancak üstlenilen risk, alacağın tamamını değil, belirli bir kısmını içermektedir. Oysa faktoringde, müşteriye % 100 tahsilat garantisi verilebilmektedir²⁰².

¹⁹⁸ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 490.

¹⁹⁹ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 490.

²⁰⁰ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 490.

²⁰¹ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 490-491.

²⁰² TOROSLU, Factoring, s. 125.

VII. Finansal Kiralama (Leasing)

İlk kez ABD.'nde ortaya çıkan, ilerleyen zamanda Avrupa'da ve ülkemizde uygulanmaya başlanan finansal kiralama, sözleşme süresince malın mülkiyetinin kiralayanda kaldığı, kiracının finansal kiralamaya konu mal üzerinde kira bedeli karşılığında, her türlü faydalanmayı elde etme hakkına sahip olduğu bir sözleşme türüdür²⁰³. Bu sözleşme, bir malın mülkiyetinin değil, esas itibariyle onun kullanılmasının, başka bir deyişle, işletilmesinin verim getireceği düşüncesine dayanmaktadır²⁰⁴. Bu sözleşme ile malın mülkiyet hakkı ile ekonomik işe yararlılığı birbirinden ayrılmakta, finansal kiralamaya konu malın hukukî sahibi ile ekonomik sahibi farklı kişiler olmaktadır²⁰⁵.

Bu sözleşme, finansal kiralama şirketi ile ihtiyaç sahibi (kiracı) arasında imzalanmaktadır²⁰⁶. Orta ve uzun vadeli bir finansman tekniği olan finansal kiralama işlemi, yalnızca finansal kiralama sözleşmesinden ibaret değildir. Finansal kiralama şirketi ile kiracı arasında yapılan sözleşme dışında, malın satın alınmasına dair kiracının

²⁰³ AKGÜÇ, s. 627; ERGÜNE, Mehmet Serkan; “6361 Sayılı Kanun İle Finansal Kiralama Sözleşmesinin Kapsamında ve Sona Ermesinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, MÜHF. –HAD., C. 19, S. 3, Y. 2013, s. 227; MALHOTRA/CHEN/CRISCUOLO/FAN/HAMEL/S AVCHENKO, s. 20; TİRYAKİ, Betül; “Leasing İşlemleri İle İlgili Avrupa Birliği Mevzuatının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, GÜHFD., C. X, S.1-2, Y. 2006, s. 232.

²⁰⁴ ERGÜNE, Finansal Kiralama, s. 228.

²⁰⁵ TİRYAKİ, Leasing, s. 232.

²⁰⁶ Sözleşmenin tarafları finansal kiralama şirketi ve kiracıdır. Finansal kiralama şirketinin (kiralayan), mutlaka anonim şirket şeklinde kurulmuş bir katılım, kalkınma veya yatırım bankası ya da finansal kiralama şirketi olması gerekmektedir. Kiracı ise gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilmektedir (Bkz. KIRMIZITAŞ, Türkân; 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 142).

yaptığı sözleşmeler ile finansal kiralama şirketinin banka ve sigorta şirketleri ile yaptığı sözleşmeler de, işlemin diğer ayağını oluşturmaktadır. Bu sebeple, finansal kiralama şirketi ile kiracı arasında imzalanan sözleşmeye finansal kiralama sözleşmesi, işlemin tümüne ise finansal kiralama işlemi denilmektedir²⁰⁷.

Finansal kiralama da aynı faktoring gibi, finansman sağlama amacı taşımaktadır. Ancak faktoringden farklı olarak burada finansman, ihtiyaç sahibine nakit ödeme yapılarak değil, talep ettiği mal sağlanarak gerçekleştirilmektedir. Finansal kiralamada, finansal kiralama şirketi malı temin etmekte, bunun kullanımını taksitler halinde ödenen bir bedel karşılığında, kiracıya bırakmaktadır. Bu şekilde, malın bedeli kadar kiracıya finansman sağlanmaktadır²⁰⁸.

Finansal kiralamada kiracı, kullanmak istediği malı seçerek, söz konusu malın satıcısı ile fiyat ve diğer teslim koşullarında anlaşmakta, akabinde bir finansal kiralama şirketine başvurarak, satış şartları belirlenmiş malın, finansal kiralama şirketince alınarak kendisine kiralanmasını istemektedir. Finansal kiralama şirketi ise, kiracı tarafından seçilmiş malı satın alarak, bunun kullanımını kiracıya bırakmaktadır. Malın mülkiyeti finansal kiralama şirketine, zilyetliği ise kiracıya ait olmaktadır²⁰⁹. Kiralanan mal kiracı tarafından seçildiğinden, bu maldaki bozukluk veya eksikliklerden dolayı kiracının, finansal kiralama şirketine başvuru hakkı bulunmamaktadır. Ancak kiracı,

²⁰⁷ KIRMIZITAŞ, s. 142; TİRYAKİ, Leasing, s. 249-250.

²⁰⁸ KUNTALP, Erden; “Finansal Kiralama İşleminde Zilyetliğin Devri Yasağının Kapsamı ve Hukuki Niteliği”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 677.

²⁰⁹ Finansal kiralama konusu malın yararlanma ve kullanma hakkı kiracıda olmasına rağmen, mülkiyet hakkı finansal kiralama şirketine aittir (FKFFŞK. m. 23). Ancak taraflar, sözleşme sonunda kiracının finansal kiralama konusu malı satın alma hakkına sahip olduğunu kararlaştırabilmektedirler (Bkz. KIRMIZITAŞ, s. 117).

maldaki bozukluk veya eksiklerden dolayı, finansal kiralama şirketinin satıcıya karşı sahip olduğu hakları kullanabilmektedir²¹⁰.

Finansal kiralama konusu malın, mutlaka üçüncü bir kişiden satın alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Finansal kiralama şirketi, bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetinde bulunan bir malı da kiralayabilmektedir. FKFFŞK. m. 18’de, bu husus şu şekilde ifade edilmiştir; *“Finansal kiralama sözleşmesi; kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir.”*

FKFFŞK. m. 19’a göre, taşınır veya taşınmaz mallar finansal kiralama sözleşmesine konu olabilmektedir. Ancak bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç olmak üzere, patent gibi fikrî ve sınaî haklar bu sözleşmeye konu olamazlar. Yine bütünleyici parça veya eklenti niteliklerine bakılmaksızın, asli niteliğini koruyan her türlü mal, tek başına finansal kiralama sözleşmesine konu olabilmektedir.

FKFFŞK. m. 22/f.I’e göre, finansal kiralama sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, taşınmaz mallara ilişkin sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün şerhler hanesine, kendilerine mahsus özel sicili bulunan taşınır mallara dair sözleşmelerin ise, bu malların kayıtlı oldukları sicile tescil ve şerh olunması ve ayrıca Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği’ne bildirilmesi zorunludur.

VIII. İkratzatçılık

İkratzatçılık, sürekli ve mutaat meslek halinde, faiz veya başkaca bir ad altında, bir ivaz karşılığı ödünç para verme veya ödünç para verme işine aracılık etmek olarak

²¹⁰ AKGÜÇ, s. 622.

tanımlanmaktadır²¹¹. Faktoring, anonim şirket şeklinde kurulmuş tüzel kişiler tarafından yapıldığı halde, ikrazatçılık işi gerçek kişiler tarafından yapılmaktaydı²¹². Ancak ikrazatçılık faaliyeti, FKFFŞK. geçici m. 5 ile uygulamadan kaldırılmıştır. Bu madde hükmüne göre, 90 sayılı KHK.'den aldıkları yetkiye istinaden ikrazatçılık faaliyetinde bulunanların, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, bu Kanun'da sayılan faaliyetlerden birini yürütmek için BDDK.'ya başvurmaları gerekmektedir. Bu süre içinde, mevcut sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarının tahsiline yönelik işlemler dışında, yeni bir ikrazatçılık faaliyetinde bulunamazlar. BDDK.'ya başvuruda bulunan ikrazatçılar ise, gerekli izinleri aldıkları takdirde faaliyetlerine, faktoring, finansal kiralama veya finansman şirketi olarak devam edebilmektedirler²¹³.

IX. Banka Kredisi

Belirli bir süre sonunda geri ödenmek koşuluyla, faiz karşılığında bankadan ödünç alınan paraya, banka kredisi denilmektedir. Her ne kadar faiz hesaplama yöntemi, faizin tahsil edilme zamanı ve vade yapısı bakımından farklılık gösterse de, faktoringde ön ödeme kullanılması, bankaların benzer amaçlı kullandıkları kredilere benzemektedir²¹⁴.

Banka kredisinde müşteri, kredinin karşılığı olmaksızın borçlanarak finansman sağladığı halde, faktoringde, mevcut ve/veya gelecekteki alacaklarını devrederek finansman sağlamaktadır. Faktoringin müşteri için maliyeti, genellikle banka kredisinden daha yüksek olabilmektedir²¹⁵.

²¹¹ TOROSLU, Factoring, s. 125.

²¹² TOROSLU, Factoring, s. 125.

²¹³ TOROSLU, Factoring, s. 126.

²¹⁴ TOROSLU, Factoring, s. 128.

²¹⁵ IVANOVIC/BARESA/BOGDAN, s. 198.

İKİNCİ BÖLÜM

FAKTORİNG SÖZLEŞMESİ

§7. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, serbest piyasa ekonomisinin vazgeçilmez bir unsurudur. Zira ancak serbest piyasa ekonomisini benimseyen sistemlerde, kişilere tam anlamıyla sözleşme özgürlüğü tanınmaktadır²¹⁶. Anayasa m. 48/f.I ile de güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireylerin davranış özgürlüğünün, hak ve fiil ehliyetlerine sahip olmalarının zorunlu bir sonucudur²¹⁷. Taraflar irade özgürlüğü ve onun doğal bir sonucu olan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, kanunlarda öngörülen sözleşme tiplerine bağlı olmaksızın, sözleşmenin içeriğini belirleyebilmektedirler. TBK. m. 26/f.I'de de, sözleşmenin içeriğinin, kanunun gösterdiği sınırlar içinde özgürce belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden borçlar hukuku alanında, eşya, aile ve miras hukukunun büyük bölümünde olduğu gibi, sınırlı sayı (numerus clausus) prensibinin benimsenmediği anlaşılmaktadır²¹⁸.

²¹⁶ BAŞPINAR, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 14.

²¹⁷ ALTAŞ, Hüseyin; Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 43; KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s. 75; İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 76; EREN, Fikret; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 16-17.

²¹⁸ AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 6; KOCAYUSUPAŞAOĞLU, Necip (KOCAYUSUPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI); Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 526-527; KUNTALP, Erden; Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013, s. 1-2; ÜNAL, Akın; Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmedeki Hükümler

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal bir sonucu olarak borçlar hukuku alanında, isimli sözleşme ve isimsiz sözleşme kavramları ortaya çıkmıştır. TBK.'nda ya da başka bir özel kanunda, esaslı unsurları ile birlikte düzenlenen sözleşmelere, isimli sözleşmeler denilmektedir. TBK.'nda veya başka bir özel kanunda düzenlenmeyip, içeriği ve unsurları taraflarca belirlenen sözleşmelere ise, isimsiz sözleşmeler denilmektedir. Bu sözleşmelere isimsiz sözleşme²¹⁹ denilmesinin nedeni, kanun koyucu

Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması), Ankara 2012, s. 51-52; TANDOĞAN, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama), C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 9; TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1977, s. 6; von TUHR, Andreas (Çev. Cevat EDEGE); Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Ankara 1983, s. 242-243; ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2015, s. 11.

²¹⁹ İsimli sözleşmeler konusunda doktrinde farklı ayrımlar yapılmaktadır (Bkz. ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 56 vd.; OKTAY, Saibe; “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İHFM., C. LV (1996), s. 272 vd.; EREN, Fikret; “İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Ankara 2006, s. 90 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.-I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 5 vd.; CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.-1, Ankara 2014, s. 63 vd.; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 870 vd.; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 7 vd.; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 11 vd.; AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 11 vd.; KUNTALP, Karma Sözleşme, s. 13 vd.; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri 1, s. 12 vd.). Ancak ağırlıklı olarak bu sözleşmelerin kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, bileşik (mürekkep) sözleşmeler ve karma sözleşmeler alt başlıkları altında incelendiği görülmektedir. Buna göre, kanunda düzenlenen isimli sözleşmelere ait asli unsurları içermeyen, tamamen tarafların kendileri tarafından yaratılan unsurlardan oluşan sözleşmelere, kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler denilmektedir (Bkz. ARAL/AYRANCI, s. 56; EREN, İsimli Sözleşmeler, s. 99). İki ya da daha çok bağımsız sözleşmenin bu niteliklerini koruyarak aynı sözleşme içinde bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelere ise, bileşik sözleşmeler denilmektedir (Bkz. ARAL/AYRANCI, s. 60; EREN, Özel

tarafından isim verilmemiş olmasıdır. Yoksa taraflarca içeriği belirlenen bu sözleşmelerin her birinin, uygulamada çeşitli isimleri bulunmaktadır²²⁰.

Önemle vurgulanması gereken bir diğer husus da, bir sözleşmenin isimli sözleşme ya da isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmesindeki temel ölçütün kanunda

Hükümler, s. 883; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 11). Tarafların kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerden iki veya daha fazlasına ait asli unsurları, kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirdikleri sözleşmelere ise karma sözleşmeler denilmektedir (Bkz. ARAL/AYRANCI, s. 57; EREN, İsimsiz Sözleşmeler, s. 91). Doktrinde bazı yazarlar tarafından karma sözleşme daha geniş tanımlanmakta, yalnız isimli sözleşmelerin değil, isimli sözleşmelerle isimsiz sözleşmelerin unsurlarının bir araya getirilmesi ile de karma sözleşme kurulabileceği ileri sürülmektedir. Bu yazarlara göre, taraflar kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelere ait aslî edimleri kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirerek yeni bir sözleşme yapıyorlarsa “dar anlamda karma sözleşme”, hem kanunda düzenlenmiş hem de düzenlenmemiş sözleşmelerin aslî unsurlarını bir araya getirerek yeni bir sözleşme yapıyorlarsa “geniş anlamda karma sözleşme” söz konusu olmaktadır. Ancak karışıklıklara sebebiyet vermemek için doktrinde karma sözleşme deyimi ile “dar anlamda karma sözleşme” kavramı ifade edilmektedir (Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 871-872). Karma sözleşmeler ise, çift tipli karma sözleşmeler, bileşik (kombine) tipli karma sözleşmeler ve eklemli karma sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır. Kanunda düzenlenmiş bulunan iki isimli sözleşmenin aslî edimlerinin kanunda öngörülmeyen bir biçimde taraflarca karşılıklı olarak üstlenilmesiyle meydana getirilen sözleşmeye, çift tipli karma sözleşmeler denilmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile kapıcılık sözleşmesi bu tür sözleşmeye örnek olarak gösterilmektedir (Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 872-873). Taraflardan en az birinin, kanunda düzenlenmiş iki veya daha çok isimli sözleşmeye ait aslî edimleri üstlendiği, diğer tarafın ise para ödeme borcu altına girdiği karma sözleşmeye, bileşik (kombine) tipli karma sözleşme denilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesi ile pansiyon sözleşmesi bu tür sözleşmeye örnek olarak verilmektedir (Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 874-875). Kanunda düzenlenmiş çeşitli sözleşme türlerine ait aslî edimlerin birbirine eklenmesi ile oluşan karma sözleşmeye, eklemli karma sözleşme denilmektedir. Karma bağışlama sözleşmesi, eklemli karma sözleşmenin en tipik örneğini oluşturmaktadır (Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 876).

²²⁰ KUNTALP, Karma Sözleşme, s. 3-4; OKTAY, s. 263-264.

esaslı unsurları ile birlikte düzenlenmiş olması gerekliliğidir. Yoksa esaslı unsurları düzenlenmeden, isim olarak bir sözleşmeden bahsedilmesi ya da tek başına sözleşmenin tanımının yapılması, o sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmemektedir²²¹. Burada kullanılan kanun kavramının da, teknik anlamda kanun veya ona eşdeğer bir hukukî metin olarak anlaşılması gerekmektedir. Yoksa bir sözleşmenin esaslı unsurları ile birlikte bir tüzükte ya da yönetmelikte düzenlenmesi isimli sözleşme olarak kabul edilmesi için yeterli değildir²²².

FKFŞK.'nda, faktoring sözleşmesinin tanımının yapılması ile yetinilmiş, sözleşmenin esaslı unsurları düzenlenmemiştir. Bu Kanun'un yürürlüğünden önce de, faktoring sözleşmesi esaslı unsurları ile birlikte herhangi bir kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple faktoring sözleşmesinin Türk Hukuku açısından, FKFFŞK. öncesi ve sonrası dönemde, isimsiz bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir.

İsimli, isimsiz sözleşme ayrımında, kanunda düzenlenmiş olup olmama ölçütü temel alınırken, tipik, atipik sözleşme ayrımında, tipleşmiş olup olmama ölçütü temel alınmaktadır. Bu ölçüte göre, kanunda düzenlenmeyen isimsiz bir sözleşme, uygulamanın yarattığı olağan bir tipe dönüşerek, tipik bir sözleşme haline gelebilmektedir. Esaslı unsurları ile birlikte kanunda düzenlenmemiş olmasına karşı faktoring sözleşmesi de, uygulamanın yarattığı bir tip niteliğindedir²²³. Başka bir deyişle isimsiz, tipik bir sözleşmedir. Doktrinde, faktoring sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda yer alan çeşitli sözleşmelerin unsurlarını bünyesinde barındıran karma tipli, atipik bir sözleşme olduğunu ifade eden görüş de bulunmaktadır²²⁴. Bazı Yargıtay

²²¹ KUNTALP, Karma Sözleşme, s. 4; OKTAY, s. 264-265.

²²² KUNTALP, Karma Sözleşme, s. 6.

²²³ KUNTALP, Karma Sözleşme, s. 7-8.

²²⁴ ÇEKER, s. 118; ÖZAKMAN, s. 56; SARAÇ, s. 139.

kararlarında da, bu yönde bir niteleme yapıldığı görülmektedir²²⁵. Ancak uygulamada faktoring sözleşmeleri olarak standart sözleşmelerin kullanılması, tekrarlanan bir uygulamanın olması²²⁶, bu görüşü isabetsiz kılmaktadır.

II. Faktoring Sözleşmesinin Tanımı

Her ne kadar faktoring işlemi üç köşeli bir hukukî ilişki olsa da, bu işlemin temelini, faktor ile müşteri arasında imzalanan faktoring sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu sözleşmenin tanımı, FKFFŞK. m. 38/f.I'de yapılmıştır. Buna göre, “*Factoring sözleşmesi; mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir almak suretiyle, faktoring şirketinin müşterisine sağladığı tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra finansman veya faktoring garantisi fonksiyonlarından herhangi birini ya da tümünü içeren sözleşmedir.*” Bu tanıma göre, bir sözleşmenin faktoring sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için, sözleşmede müşterinin mal satışından veya hizmet arzından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacakları ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal satışından veya hizmet arzından doğan alacaklarını, faktöre devretmesi veya devretmeyi üstlenmesi gerekmektedir. Faktörün ise bu devir

²²⁵ “...Factoring sözleşmesi alacağın temlikî hükümlerini de bünyesinde barındıran karma nitelikli atipik bir sözleşme türüdür...” Yarg. 19. HD., T. 01.02.2012, 2011/7613 E. 2012/1288 K. (Kişisel Arşiv).

“...Factoring işlemi temelinde alacağın temlikî hükümlerini barındıran ve TBK’da tip sözleşme olarak düzenlenmeyen atipik bir karma sözleşmedir...” Yarg. 15. HD., T. 04.03.2015, 2014/2532 E., 2015/1152 K. (Kişisel Arşiv).

“...Factoring sözleşmeleri temelinde alacağın temlikî hükümlerini de barındıran ve birden fazla sözleşme türünü içeren karma nitelikli atipik sözleşmelerdir...” Yarg. 19. HD., T. 01.07.2015, 2015/1974 E., 2015/9718 K. (Kişisel Arşiv).

²²⁶ KUNTALP, Karma Sözleşme, s. 7.

karşılığında, müşteriye mutlaka tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulması hizmetini sağlaması gerekmektedir. Kanun hükmüne göre asgari bu iki unsuru taşımayan sözleşmeler, faktoring sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Faktor, tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra, ihtiyarî olarak başkaca hizmetleri sunmayı, finansman ve faktoring garantisi sağlamayı da üstlenebilmektedir.

Bu tanım, faktoring sözleşmesinin uygulamada kullanılan bütün unsurlarını içermesi bakımından yeterlidir²²⁷. Ancak, tanımın oldukça uzun bir cümle ile ifade edilmesi, anlaşılmasını güçleştirmektedir. Öte yandan, tanımın sınırlayıcı olarak yapılması da, faktoring işleminin ileride başkaca işlevler üstlenmesi hâlinde, yetersiz kalmasına sebep olabilecektir.

Türk Hukuku'nda durum bu olmakla birlikte, faktoring sözleşmesinin genel kabul görmüş bir tanımının yapılması ve milli hukuk sistemlerinden kaynaklanan farklılıkların giderilmesi için, UNIDROIT²²⁸ bünyesinde de çalışmalar yapılmıştır. Bu çerçevede faktoring konusunda hazırlanan taslak konvansiyon, 9-28 Mayıs 1988 tarihleri arasında Ottawa'da düzenlenen diplomatik konferansta tartışılmış ve imzaya açılmış²²⁹, 01.05. 1995 tarihinde de onaylanmıştır²³⁰. Konvansiyon'un²³¹ uygulama alanı, m. 2'de düzenlenmiştir. Türkiye, bu Konvansiyon'a taraf değildir.

²²⁷ Bu tanımın yetersiz ve kısmi bir tanım olduğu yönünde görüş için bkz. EREN, Fikret; "İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri", BÜHFD., C.I, S.1, Y. 2015, s. 86.

²²⁸ Merkezi Roma'da bulunan UNIDROIT bağımsız bir organizasyon olup, temel amacı ülkelerin özel hukuklarının modernize edilmesi ve yeknesaklaştırılması için gerekli çalışmaların yapılması ve genel kabul görmüş ortak metinlerin hazırlanmasıdır (Bkz. <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>), (Erişim tarihi ve saati: 19.08.2017, 11:30).

²²⁹ <http://www.unidroit.org/factoring-overview>, (Erişim tarihi ve saati: 19.08.2017, 11:40).

²³⁰ SPASIĆ/ BEJATOVIĆ/ DUKIĆ-MIJATOVIĆ, s. 200.

²³¹ UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FACTORING (Ottawa, 28 May 1988).

Konvansiyon m. 1/f.II'de, faktoring sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu tanım, FKFFŞK. m. 38/f.I'de yapılan tanım ile küçük farklılıklar dışında, aynı unsurları taşımaktadır. FKFFŞK. m. 38/f.I'e bakıldığında, tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının, faktoring sözleşmesinin temel unsurları olduğu, faktorün bunların yanı sıra, finansman ve faktoring garantisi sağlama işlevlerinden birini ya da her ikisini birlikte üstlenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak Konvansiyon'a göre sözleşmenin kurulması için, faktorün alacakların devri karşılığında tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulması, finansman ve faktoring garantisi sağlama işlevlerinden en az ikisini üstlenmesi gerekmektedir²³². Konvansiyon'da, FKFFŞK.'dan farklı olarak tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulması, faktoring sözleşmesinin zorunlu unsurları olarak sayılmamıştır. Bunlar da diğerleri gibi, ihtiyarî unsurlar olarak düzenlenmiştir.

Kanun'dan ve Konvansiyon'dan bağımsız olarak faktoring sözleşmesi, müşterinin bir bedel karşılığı, üçüncü kişi borçludan olan alacağını devretmeyi, faktorün ise bir bedel karşılığı, devredilen bu alacağın tahsili için gerekli işlemleri yapmayı, bazı hâllerde ödememe riskini üstlenmeyi ve devredilen alacağın tahsilinden önce ön ödemede bulunmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır²³³.

III. Faktoring Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve Özellikleri

A. Genel Olarak

Faktoring sözleşmesinin hukukî niteliği, gerek Türk, gerek İsviçre ve gerekse Alman hukuk doktrininde tartışmalıdır. Tartışmaya birçok akademisyen katılmasına

²³² <http://www.unidroit.org/instruments/factoring>, (Erişim tarihi ve saati: 19.08.2017, 11:50); HOTI, s. 8; SPASIĆ/ BEJATOVIĆ/ DUKIĆ-MIJATOVIĆ, s. 200-201.

²³³ EREN, Sözleşme Türleri, s. 87; SPASIĆ/ BEJATOVIĆ/ DUKIĆ-MIJATOVIĆ, s. 192.

rağmen, ileri sürülen görüşlerin temelde birbirinden çok farklı olmadığı, farklılıkların genelde ayrıntıda ve söylemde olduğu anlaşılmaktadır²³⁴.

Sözleşmenin hukukî niteliği ve diğer sözleşmelerden ayırt edici özellikleri, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. İsimsiz, Karma Nitelikli Bir Sözleşme Olması

İsimsiz sözleşmeler konusunda doktrinde farklı ayrımlar yapıldığı, ancak ağırlıklı olarak bu sözleşmelerin, kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, bileşik (mürekkep) sözleşmeler ve karma sözleşmeler alt başlıkları altında incelendiği yukarıda ifade edilmişti. Faktoring sözleşmesinin, çeşitli sözleşmelerin unsurlarını bünyesinde barındıran isimsiz, karma nitelikli bir sözleşme olduğu, hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir²³⁵. Sözleşme, borçlandırıcı (taahhüt) ve tasarruf işlemine²³⁶ ilişkin unsurlardan oluşmaktadır. Bu sebeple faktoring sözleşmesinin hukukî niteliği belirlenirken, bu iki yönlü yapı dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır²³⁷.

²³⁴ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 496.

²³⁵ AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 12; ŞENER, Hukukî Durum, s. 17, dn. 31; TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 496.

²³⁶ Malvarlığının pasif kısmını artıran hukukî işlemlere borçlandırıcı (taahhüt) işlemi denilmektedir. Borçlandırıcı işlem ile borçlu, alacaklıya karşı belirli bir edimde bulunma yükümlülüğü altına girmektedir. Borçlandırıcı işlemlerin en önemli özelliği, alacaklı ile borçlu arasında aslî edim yükümlülüğü içeren bir borç ilişkisi kurmasıdır. Borçlandırıcı işlemler, malvarlığının aktif kısmını doğrudan doğruya etkilemezler. Başka bir deyişle oradaki bir hakkı başkasına devretme, değiştirme, sınırlama veya ortadan kaldırma sonucunu doğurmazlar. Satış, eser, kira, hizmet, vekâlet sözleşmelerinde durum böyledir (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 171). Bir hakkı veya hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, değiştiren, sınırlayan, devreden, ortadan kaldıran hukukî işlemlere ise tasarruf işlemi denilmektedir. Tasarruf işlemi ile tasarrufta bulunanın malvarlığının aktifi azalmakta, karşı tarafın ise malvarlığının aktifi artmaktadır. Mülkiyetin devri, irtifak hakkının kurulması, rehin hakkının kurulması, borcun ibrası işlemlerinde durum böyledir (Bkz. OĞUZMAN,

Müşterinin münferit alacakları devretme, faktörün bunları kabul yükümlüğü ile ön ödemeye, faize ve masraflara dair hükümler, sözleşmenin borçlanma (taahhüt) işlemine ilişkin unsurlarını oluşturmaktadır. Müşterinin mevcut ve gelecekteki tüm alacaklarının faktöre devrine ilişkin hükümler ise, sözleşmenin tasarruf işlemine ilişkin unsurlarını oluşturmaktadır²³⁸.

a) Borçlandırııcı (Taahhüt) İşlemi Açısından

Factoring sözleşmesi, doğmuş ve doğacak alacakların topyekün devrini konu alan, çerçeve bir sözleşmedir. Factoring işleminde, bu çerçeve sözleşmenin yanı sıra, her bir alacağın devrinin sebebini oluşturan münferit sözleşmeler de yer almaktadır²³⁹. Bu sebeple factoring sözleşmesinin borçlandırııcı (taahhüt) işlemine ilişkin kısmı

M. Kemal/BARLAS, Nami; Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 20. Bası, İstanbul 2014, s. 177; EREN, Genel Hükümler, s. 173). Bütün bu açıklamalar bağlamında hukukumuzda devren hak iktisabında geçerli olan ayrılık sistemi (borçlandırııcı işlem-tasarruf işlemi ayrımı) yalnızca aynî hakların kazanılmasında değil, alacak haklarının kazanılmasında da (factoring işleminin temelini oluşturan alacağın devri işleminde de) geçerlidir. Bu ayrıma göre, bir alacak hakkının alacaklının malvarlığından çıkarak alacağı devralmak isteyen malvarlığına geçebilmesi için, tarafların bu konudaki borçlandırııcı işleminden başka bir tasarruf işleminin yapılması gerekmektedir. Buna iki aşamalı devir süreci de denilmektedir (Bkz. DAYINLARLI, s. 86-89; ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 16; GÜNERKÖK, Özcan; Alacağın Devrinde Borçlunun Hukuki Durumu, İstanbul 2014, s. 48-53; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah; Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s. 292-293).

²³⁷ KOCAMAN, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 85.

²³⁸ KOCAMAN, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 85.

²³⁹ Bu açıdan factoring sözleşmesi ile tek satıcılık sözleşmesi arasında benzerlik bulunmaktadır. Tek satıcılık sözleşmesinde de, taraflar arasındaki sürekli ilişkiyi sağlayan tek satıcılık çerçeve sözleşmesi yanında, çok sayıda münferit satış sözleşmeleri yer almaktadır (Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri 1, s. 34).

incelenirken, her bir alacağın devrine temel teşkil eden münferit sözleşmelerin hukukî niteliği ile faktoring çerçeve sözleşmesinin hukukî niteliği ayrı ayrı incelenmektedir²⁴⁰.

aa) Münferit Sözleşmeler

Burada söz konusu olan, her bir alacağın devrine temel teşkil eden münferit sözleşmelerin hukukî niteliğidir.

Finansman sağlama ve iş görme işlevlerinin yanı sıra, teminat sağlama işlevini de içeren gerçek faktoringde, her bir alacağın devrinin sebebini oluşturan münferit sözleşmelerin, “*alacak satışı*” olduğu Alman doktrindeki çoğunluk görüşü tarafından kabul edilmektedir. BGB.’nin satış sözleşmesine ilişkin hükümleri, bu görüşü desteklemektedir²⁴¹. Bu görüş, OR. Art. 171/I-II, BK. m. 169/f.I-II’deki düzenlemeler bağlamında, İsviçre-Türk Hukuku’nda da benimsenmektedir²⁴². Gerçek faktoringde, müşterinin alacağın varlığından sorumluluğu devam etmekte, faktor yalnızca borçlunun ödememe riskini üstlenmektedir. Borçlu belli bir bekleme süresi içinde (genellikle 90 gün) ödemede bulunmadığında, faktor tahsil edemediği alacağı, müşteriye geri devretme ve ön ödeme olarak ödediği bedeli isteme hakkına sahip bulunmamaktadır. Gerçek faktoringde geri devretme imkânının bulunmaması, kesin bir edim değişiminin varlığı, her bir alacağın devrinin sebebini oluşturan münferit sözleşmeleri, “*alacak satışı*” olarak kabul eden görüşleri isabetli kılmaktadır.

Yukarıda BK. m. 169/f.I-II’deki düzenlemeler bağlamında, Türk Hukuku’nda da münferit sözleşmelerin, “*alacak satışı*” olarak kabul edildiği ifade edilmişti. TBK. m. 191/f.I’de ise, BK. m. 169/f.I-II’den farklı olarak, “*Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne*

²⁴⁰ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 86.

²⁴¹ Bkz. BGB §§ 433, 437 ve 438.

²⁴² KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 86.

sahip olduğunu garanti etmiş olur.” Denilerek, alacağı devredenin garanti sorumluluğu genişletilmiştir. Bu yeni düzenlemeden sonra gerçek faktoringde Türk Hukuku açısından, her bir alacağın devrinin sebebini oluşturan münferit sözleşmelerin, hala *“alacak satışı”* olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Faktoring işleminin gerçek faktoring mi, yoksa gerçek olmayan faktoring mi olduğu taraflarca kararlaştırılmaktadır²⁴³. Bu sebeple isabetli olmadığı yönünde eleştiriler²⁴⁴ bulunsa da, TBK. m. 191/f.I’de yer alan düzenlemenin, gerçek faktoringde münferit sözleşmelerin, *“alacak satışı”* olarak kabul edilmesine engel olmadığı görüşündeyiz.

Gerçek olmayan faktoringde finansman ve iş görme işlevleri bulunmakta, fakat teminat sağlama işlevi bulunmamaktadır. Borçlunun ödememe riski, alacağı devreden müşterinin üzerinde kalmaktadır. Bu tür faktoringde, borçlunun ödememe riskinin üstlenilmemesi, her bir alacağın devrinin sebebini oluşturan münferit sözleşmelerin hukukî niteliği hakkındaki görüşleri de şekillendirmektedir. Alman Hukuku’nda bu sözleşmelerin, BGB. §§ 607²⁴⁵ uyarınca *“ödünç sözleşmesi”* olduğu hâkim görüş ve içtihat tarafından kabul edilmektedir²⁴⁶. Bununla birlikte hâkim görüş içinde de farklılıklar bulunmaktadır²⁴⁷. Gerçek olmayan faktoringde, müşterinin alacağın varlığından ve borçlunun ödememe riskinden kaynaklanan sorumluluğu devam etmektedir. Borçlu belli bir bekleme süresi içinde (genellikle 90 gün) ödemedede bulunmadığında, faktor tahsil edemediği alacağı, müşteriye geri devretme ve ön ödeme olarak ödediği bedeli isteme hakkına sahip bulunmaktadır. Gerçek olmayan faktoringde, geri devretme imkânının bulunması, kesin bir edim değişiminin söz konusu olmaması,

²⁴³ AKSOY, Hüseyin Can; “Alacağı Temlik Edenin Kanundan Doğan Garanti Sorumluluğunun Ekonomi Hukuku Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi”, AnBD., Y. 2012/1, s. 158.

²⁴⁴ AKSOY, s. 158.

²⁴⁵ Karşılaştırma için bkz. OR. Art. 312/BK. m. 306/TBK. m. 386.

²⁴⁶ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 87.

²⁴⁷ Bu hususta ileri sürülen farklı görüşler için bkz. KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 87-88.

her bir alacağın devrinin sebebini oluşturan münferit sözleşmeleri, “*ödünç sözleşmesi*” olarak kabul eden görüşleri isabetli kılmaktadır.

ab) Faktoring Sözleşmesi

Burada söz konusu olan, her bir alacağın devrinin sebebini oluşturan, münferit sözleşmelere ilişkin çerçeve şartları düzenleyen, faktoring çerçeve sözleşmesinin borçlandırııcı işlem kısmının hukukî niteliğidir²⁴⁸.

Faktoring çerçeve sözleşmesinin hukukî niteliği de, faktoring işleminin niteliğine göre belirlenmektedir²⁴⁹. Bu çerçeve sözleşmede düzenlenen aslî edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler, gerçek ve gerçek olmayan faktoringe göre farklılaşmaktadır²⁵⁰.

Gerçek faktoringde çerçeve sözleşmenin, “*satım (alacak satışı)*” unsuru ile birlikte “*işgörme (vekâlet ve cari hesap)*” unsurlarından oluşan karma bir sözleşme olduğu, hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir. Gerçek olmayan faktoringde ise çerçeve sözleşme, “*ödünç (tüketim öduncü)*” unsuru ile birlikte “*işgörme (vekâlet ve cari hesap)*” unsurlarından oluşan karma bir sözleşmedir²⁵¹.

Gerçek faktoringde müşteri, yalnızca devredilen alacağın varlığından sorumlu olup, borçlunun ödememe riskinden sorumlu bulunmamaktadır. Bu tür faktoringde faktor ayrıca, çeşitli iş görme edimlerini (alacakların muhasebesinin tutulması, tahsili

²⁴⁸ KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 106; KOCAMAN, Faktoring’in Hukuki Niteliği, s. 89.

²⁴⁹ KOCAMAN, Faktoring’in Hukuki Niteliği, s. 89.

²⁵⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 14.

²⁵¹ KOCAMAN, Faktoring’in Hukuki Niteliği, s. 89; Faktoring çerçeve sözleşmesinin hukukî niteliği hususunda ileri sürülen görüşler için bkz. ŞENER, Hukuki Durum, s. 17, dn. 31; Türk Hukuku’nda Tekinalp faktoring çerçeve sözleşmesinin gerçek faktoringde, satış sözleşmesi ile birlikte vekâlet sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşme olduğunu savunmaktadır. Yazara göre gerçek olmayan faktoringde ise çerçeve sözleşme, alacağın devri ile güvence altına alınmış ödünç sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesinden oluşmaktadır (Bkz. TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 496).

vb.) üstlenmekte ve taraflar arasındaki alacak verecek ilişkisi, cari hesap şeklinde işlemektedir. Bu sebeple gerçek faktoringde çerçeve sözleşmenin alacak satışı, vekâlet ve cari hesap sözleşmelerinin aslî edim yükümlülüklerini içeren karma bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir²⁵². Gerçek olmayan faktoringde ise, müşteri hem alacağın varlığından, hem de borçlunun ödememe riskinden sorumludur. Bu tür faktoringde faktor tarafından müşteriye yapılan ön ödeme, alacağın devri işlemi ile güvence altına alınmış tüketim öduncü sözleşmesini oluşturmaktadır. Zira müşteriye verdiği ön ödeme miktarını kendisine devredilen alacaktan tahsil edemeyen faktor, alacağı geri devrederek, yaptığı ön ödeme miktarını müşteriden isteyebilmektedir. Bu tür faktoringde de faktor, yine çeşitli iş görme edimlerini (alacakların muhasebesinin tutulması, tahsili vb.) üstlenmekte ve taraflar arasındaki alacak verecek ilişkisi, cari hesap şeklinde işlemektedir. Açıklanan nedenlerle gerçek olmayan faktoringde, faktoring çerçeve sözleşmesinin tüketim öduncü, vekâlet ve cari hesap sözleşmelerinin aslî edim yükümlülüklerini içeren karma bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir²⁵³.

b) Tasarruf İşlemi Açısından

Burada söz konusu olan, faktoring çerçeve sözleşmesinin tasarruf işlemi kısmıdır²⁵⁴. Tasarruf işlemi kısmının, faktoring işleminde alacağın devrinin oluşum biçimi ve türü açısından değerlendirilmesi gerekmektedir²⁵⁵.

ba) Faktoring İşleminde Alacağın Devrinin Oluşum Biçimi

Doktrin ve uygulamada hâkim olan görüş, faktoring işleminde mevcut tüm ve gelecekteki alacakların önceden, topyekün (toptan) devredildiği²⁵⁶ yönündedir. Öte

²⁵² ŞENER, Hukuki Durum, s. 102.

²⁵³ ŞENER, Hukuki Durum, s. 102.

²⁵⁴ KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 114-115.

²⁵⁵ KOCAMAN, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 89.

yandan uygulamada pek fazla kullanılmamakla birlikte, teorik olarak faktoring işleminde alacağın devrinin, manto devir yoluyla gerçekleşmesi de mümkündür. O halde faktoring çerçeve sözleşmesinin tasarruf işlemi kısmı, önceden topyekün devir ya da manto devir yoluyla gerçekleşebilmektedir²⁵⁷.

Topyekün devirde, faktoring sözleşmesi ile müşterinin üçüncü kişilerdeki mal satışından ve hizmet arzından doğan mevcut tüm ve gelecekteki alacaklarının, önceden faktore devri tercih edilmektedir²⁵⁸.

Manto devir yolunda ise, faktoring sözleşmesinde müşterinin yalnızca gelecekteki alacakları devretmesi ve bunun için devralan faktore zaman zaman belirli alacakların listesini veya sadece mal satışı ve hizmet arzlarına ilişkin fatura suretlerini vermesi kararlaştırılmaktadır. Burada söz konusu olan, her bir alacağın doğumundan sonra münferit olarak devredilmesidir²⁵⁹.

²⁵⁶ Topyekün (toptan) devir kavramı ile mevcut ve gelecekteki her bir alacağın münferit devirlerinin bir araya getirilmesi, alacakların tamamının bir temlik işlemi çerçevesinde devredilmesi anlatılmaktadır (Bkz. ARAL, Temlik, s. 96; AYDINCIK, Şirin; “Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, İÜHFİM., C. LXIV, S. 1, Y. 2006, s. 146; KOCAMAN, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 91; ŞAFAK, s. 88); Ancak bir kişinin üçüncü kişilere karşı ileride doğacak her türlü alacak hakkının bu şekilde başkasına devredilmesi, kişilik hakkının, ticari işlem ehliyetinin ve özgürlüğünün ahlâka aykırı bir şekilde kısıtlanması anlamına geleceğinden ve TMK. m. 23/f.II’ye aykırı olacağından geçersiz olabilmektedir. Bu sebeple topyekün devrin geçerli olabilmesi için, devre konu alacakları doğuran hukukî ilişkinin belirlenmiş veya belirlenebilir olması gerekmektedir (Bkz. DALCI, Nurcihan; “Müstakbel Alacakların Toptan Devri”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. I, Ankara 2013, s. 751).

²⁵⁷ KOCAMAN, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 90-91.

²⁵⁸ KOCAMAN, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 91.

²⁵⁹ KOCAMAN, Factoring’ın Hukuki Niteliği, s. 91; Mevcut ya da gelecekteki bir veya birden fazla alacağın devrine, münferit devir denilmektedir. Bu tür devirde, topyekün devirden farklı olarak her bir alacak bağımsız bir devir işlemine konu olmaktadır (Bkz. AYDINCIK, s. 146). Faktoring işleminde söz konusu olan manto devrin, münferit devir olarak adlandırılması da mümkündür. Zira

bb) Faktoring İşleminde Alacağın Devrinin Türü

Faktoring işleminde alacağın devrinin türü, faktoring işleminin niteliğine göre belirlenmektedir. Gerçek faktoringde, her bir münferit alacağın devrine dayanak borçlandırııcı işlemi, “*alacak satışı*” olarak kabul eden hâkim görüş, alacakların devrine ilişkin tasarruf işlemini de, satış sözleşmesinin ifası olarak değerlendirmektedir. Mevcut ve gelecekteki alacaklarını faktore satan müşteri, bu alacakları faktore devrederek edimini ifa etmektedir²⁶⁰.

Gerçek olmayan faktoringde ise, her bir alacağın devrine dayanak borçlandırııcı işlemi, “*ödünç sözleşmesi*” olarak kabul eden hâkim görüş, alacakların devrine ilişkin tasarruf işlemini, teminat amacıyla devir olarak değerlendirmektedir. Bununla birlikte burada, inançlı bir devir söz konusu olmadığı gibi, mutaat bir teminat amacıyla yapılan devir de söz konusu değildir. Zira mutaat bir teminat amacıyla devirde, ödünç veren alacağını öncelikle ödünç alandan istemekte, onun ödememesi hâlinde devredilen alacağın borçlusuna yönelmektedir. Oysaki gerçek olmayan faktoringde faktor, öncelikle ödünç alan müşteriye yönelmemekte, devredilen alacağın borçlusuna yönelmektedir²⁶¹.

C. Tam İki Taraflı (Sinallagmatik) Bir Sözleşme Olması

Taraflara borç yükleme açısından sözleşmeler, iki gruba ayrılmaktadır. Bir kısım sözleşmeler, yalnızca tek tarafa, diğer bazı sözleşmeler ise, her iki tarafa borç yüklemektedir. Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ise, taraf edimlerinin karşılıklı olup olmasına göre, tam iki taraflı sözleşmeler ve eksik iki taraflı sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Tam iki taraflı sözleşmelerde, sözleşme kurulur kurulmaz her iki

bu tür devirde, faktoring sözleşmesi ile devri kararlaştırılan bir alacak, doğumundan sonra münferiden faktore devredilmektedir.

²⁶⁰ KOCAMAN, Faktoring’in Hukuki Niteliği, s. 89.

²⁶¹ KOCAMAN, Faktoring’in Hukuki Niteliği, s. 90.

taraf da muhakkak borç altına girmektedir. Bu tür sözleşmelerde, taraf edimleri birbirinin karşılığını oluşturmakta ve mübadele ilişkisi bulunmaktadır²⁶². Satış, trampa, kira, hizmet ve eser sözleşmelerinde durum böyledir²⁶³.

Factoring sözleşmesi de tam iki taraflı bir sözleşmedir. Zira sözleşmede faktörün yüklendiği iş görme, ön ödeme gibi edimler, müşterinin yüklendiği alacakları devretme, factoring komisyonu ödeme gibi edimlerin karşılığını oluşturmaktadır²⁶⁴. Bir sözleşmenin tam iki taraflı olup olmaması, TBK.'nın bir takım hükümlerinin uygulanabilirliği açısından önemlidir. Örneğin taraflardan birinin sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı hâlinde, TBK. m. 136/f.II'de tam iki taraflı sözleşmelerde borcun akıbeti tayin edilmiştir. TBK. m. 97, yalnızca iki tarafın edimlerinin karşılıklı bulunduğu, tam iki taraflı sözleşmelere uygulanmaktadır. Yine tam iki taraflı sözleşmelere özgü olarak, TBK. m. 123 ve 124'te genel temerrütten ayrılan hükümler getirilmiştir²⁶⁵.

D. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Bir Sözleşme Olması

Zaman içinde sürekli bir davranışla yerine getirilen edimleri içeren borç ilişkilerine, sürekli borç ilişkisi denilmektedir. Buradaki süreklilik kavramı, edimin

²⁶² KARAHASAN, Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1992, s. 104-105; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, İstanbul 2014, s. 341-342; ÖREN, Turgut; Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975, s. 28; KANİTİ, Salamon; Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962, s. 46-47.

²⁶³ KANİTİ, s. 47.

²⁶⁴ ÇEKER, s. 114; EREN, Sözleşme Türleri, s. 88.

²⁶⁵ AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 7.; BUZ, Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 98-100; KARAHASAN, s. 105; ÖREN, s. 29; UYGUR, Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.-I (Madde 1-236), Ankara 2012, s. 212.

zaman içinde hiçbir kesintiye uğramadan, aralıksız olarak ifası anlamına gelmemekte²⁶⁶, fiili ve hukukî yönden bütünlük teşkil edecek şekilde, uzun bir sürede yerine getirilmesini ifade etmektedir. Örneğin kira sözleşmesinde kiralayanın yükümlendiği edim, hizmet sözleşmesinde işçinin yükümlendiği edim, sürekli edimdir²⁶⁷. İfa fiilleri ya da ifa hazırlıkları, borçlu yönünden uzun bir süreyi alsa bile, edim alacaklı yönünden bir anda gerçekleşiyorsa, sürekli edim söz konusu değildir²⁶⁸. Sürekli edimin ve buna bağlı olarak sürekli borç ilişkisinin varlığı için, edim sonucunun bir anda gerçekleşmemesi, alacaklının edimin yerine getirilmesindeki menfaatinin belirli bir zamana yayılması gerekmektedir²⁶⁹.

Edim sonucunun bir anda gerçekleşmemesi, alacaklının edimin yerine getirilmesindeki menfaatinin zamana yayılması sebebiyle faktoring sözleşmesi, taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir²⁷⁰. Faktörün süreklilik arzeden iş görme edimi, devraldığı alacaklar karşılığında yaptığı zamana yayılan ödemeleri, sürekli edim niteliğindedir. Topyekün alacak devrinin söz konusu olmadığı faktoring

²⁶⁶ ALTINOK ORMANCI, Pınar; Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 10-11.

²⁶⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 107).

²⁶⁸ Eser sözleşmelerinde durum böyledir (Bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 13; EREN, Genel Hükümler, s. 108).

²⁶⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 107-108; KUNTALP, Erden; Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, s. 18; ÖZ, M. Turgut; İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 14; SELİÇİ, Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 8-10; Sürekli edimin, buna bağlı olarak borç ilişkisinin sürekliliğinin tespitinde, alacaklının zamana yayılan menfaatinin değil, borçlunun ifa hareketlerinin zamana yayılıp yayılmadığının dikkate alınması gerektiği yönünde görüş için bkz. SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 164, dn. 24.

²⁷⁰ ÇEKER, s. 117; EREN, Sözleşme Türleri, s. 89; UYANIK, Faktoring, s. 32.

sözleşmelerinde, müşterinin aralıklı olarak yaptığı alacak devirleri de, sürekli edim olarak kabul edilmektedir²⁷¹.

Factoring sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurması, müşteri ile faktor arasında özel güven ilişkisinin tesisini gerektirdiği gibi, sözleşmenin sona ermesi de birtakım özellikler göstermektedir²⁷².

E. Çerçeve Sözleşme Olması

Çerçeve sözleşme, ileride aynı türden birden fazla münferit sözleşme kurmaya niyetli tarafların, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırmaya gerek olmaksızın, sözleşme şartlarını kısmen veya tamamen kararlaştırdıkları sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁷³. Çerçeve sözleşmenin yapılmasıyla, taraflar arasında kendine has özellikler taşıyan bir hukukî ilişki kurulmaktadır. Bu hukukî ilişkinin amacı, klasik borçlar hukuku sözleşmelerinin fonksiyonlarını yerine getirmek değil, ileride kurulması planlanan münferit sözleşmelere temel teşkil edecek noktaları belirlemektir²⁷⁴. Çerçeve sözleşme kavramına, TBK.'nda yer verilmemiştir. Ancak sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda, çerçeve sözleşme yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁷⁵.

²⁷¹ ÇEKER, s. 117-118; UZUN KAZMACI, s. 65-66.

²⁷² PARLAK, Şafak; "Roaming Sözleşmesi", BATİDER., C. XXIV, S. 3, Y. 2008, s. 478.

²⁷³ AKKANAT, Halil; "Kefaletin Fer'iliği İlkesi ve Banka Ticari Kredi Sözleşmeleri", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 276; BARLAS, Nami; "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 808.

²⁷⁴ AKKANAT, Kefalet, s. 277; BARLAS, Çerçeve Sözleşme, s. 813.

²⁷⁵ BARLAS, Çerçeve Sözleşme, s. 809; Çerçeve sözleşmenin en önemli özelliği, sözleşmenin tarafları için ileride münferit sözleşmeler yapma zorunluluğu doğurmamasıdır. Zira çerçeve sözleşmeyi yapan taraflar, ileride belirli bir veya birden fazla münferit sözleşmeyi yapmayı taahhüt etmemektedirler. Bu durum, çerçeve sözleşme ile ön sözleşme arasındaki en önemli farkı oluşturmaktadır (Bkz. BARLAS, Çerçeve Sözleşme, s. 814-815).

Faktoring işlemi üç köşeli bir hukukî ilişki olmakla birlikte, bu ilişkinin temelini faktör ile müşteri arasında imzalanan faktoring çerçeve sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu sözleşme, taraflar arasındaki ilişkinin hukukî çerçevesini oluşturmakta²⁷⁶, başka bir deyişle tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemektedir. Faktoring çerçeve sözleşmesi, değişik faktoring türlerine göre düzenlenebilmekte, o türün özelliklerine göre hükümler içerebilmektedir²⁷⁷. Her bir alacağın devrine temel teşkil eden münferit sözleşmelere ilişkin şartlar, hangi alacakların faktöre devredildiği ya da devredileceği, ilişkinin başlama tarihi ve süresi²⁷⁸, ön ödemelerin yapılış tarzı, miktarı, oranı, limiti²⁷⁹, ödeme zamanı ve şartları, avans faiz oranı, alacakların devredildiğinin üçüncü kişi borçluya nasıl bildirileceği, borcu yerine getirmeye zorlayıcı yöntemler, faktoring çerçeve sözleşmesinde düzenlenmektedir²⁸⁰.

§8. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI ve ŞEKLİ

I. Tarafları

Yukarıda çalışmanın birinci bölümünde, faktoring işleminin üç köşeli bir hukukî ilişki olduğu belirtilerek, işlemin tarafları konusunda genel bir bilgi verilmişti. Burada ise, faktoring sözleşmesinin tarafları olan faktoring şirketi ve müşteri²⁸¹ hakkında ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

²⁷⁶ UYANIK, Faktoring, s. 32.

²⁷⁷ SARAÇ, s. 136.

²⁷⁸ SLEE, s. 343.

²⁷⁹ SLEE, s. 344.

²⁸⁰ AKGÜÇ, s. 553; UYANIK, Faktoring, s. 32, 76.

²⁸¹ EREN, Sözleşme Türleri, s. 86.

A. Faktoring Şirketi (Faktor)

Faktoring şirketi (faktor), müşterinin yurt içi veya yurt dışı vadeli satışlarından doğmuş ve doğacak alacaklarını devralan, bu şekilde finansman sağlayan, devraldığı alacakları tahsil eden, muhasebe kayıtlarını tutan, finansal ve ticari istatistik bilgileri toplayan, ön ödeme yapan, alacakların ödenmemesi riskini üstlenen, alacak hesapları yönetimi konusunda uzmanlaşmış²⁸² özel hukuk tüzel kişisidir. Faktor, bir banka ya da bankanın faktoring konusunda faaliyet göstermek üzere kurduğu bir şirket olabileceği gibi, tamamen bağımsız faaliyet gösteren başka bir şirket de olabilmektedir²⁸³. FKFFŞK. m. 5/f.I-a ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 4/f.I-a uyarınca, Türkiye'de faaliyet gösterecek bir faktoring şirketinin, mutlaka bir anonim şirket şeklinde kurulması gerekmektedir. Her ne kadar TTK.'nda tek kişi tarafından anonim şirket kurulabileceği düzenlenmiş ise de, faktoring faaliyetinde bulunacak anonim şirketin, FKFFŞK. m. 5/f.I-a uyarınca kurucu ortak sayısının, beşten az olmaması gerekmektedir²⁸⁴. Ayrıca FKFFŞK. m. 5/f.I-c uyarınca şirketin ticaret ünvânında, faktoring şirketi ibaresinin bulunması gerekmektedir.

FKFFŞK. m. 9/f.I-II'de, faktoring şirketlerinin yapamayacağı iş ve işlemler ayrı ayrı düzenlenmiştir²⁸⁵. Buna göre faktoring şirketleri, ana faaliyet konuları dışında faaliyette bulunamayacakları gibi, müşterileri ile yapacakları sözleşmeler çerçevesinde, yaptıkları işlemin bir parçası olarak müşterilerine finansman sağlamak amacıyla,

²⁸² SOPRANZETTI, s. 339.

²⁸³ AKGÜÇ s. 553-554; ATEŞ, Mustafa; "Factoring Sözleşmesine Uygulacak Hükümler", YD., C. 22, S. 1-2, Y. 1996, s. 133; BAYKAL, C. Murat; "Factoring Sözleşmesi", YD., C. 26, S.1-2, Y. 2000, s. 22; EREN, Sözleşme Türleri, s. 86; KÖSE/OY/ALKIM, s. 4; SARAÇ, s. 62-63; TOROSLU, Factoring, s. 8.

²⁸⁴ SARAÇ, s. 63.

²⁸⁵ SARAÇ, s. 146.

toplamı ödenmiş sermayelerinin yüzde birini geçmeyecek şekilde kullandıkları nakdi kredilere ilave olarak, başkaca nakdi kredi kullandıramazlar. Ana faaliyet konusu işlemler ile sınırlı olmak üzere verilen garanti ve kefaletler ile, sermayelerinde yüzde on ve daha fazla paya sahip veya şirketin kontrolünü elinde bulunduran kişiler ile, sermayesinin yüzde on ve daha fazlasına sahip olduğu veya kontrolünü elinde bulundurduğu ortaklıklara, toplamda sermayesinin yüzde yirmisini geçmeyecek şekilde verilen garanti ve kefaletler hariç olmak üzere, başkaca garanti, kefalet ve teminat mektubu veremezler. 2499 sayılı Kanun'a göre menkul kıymet ihracı, uluslararası piyasalardan ödünç para alınması, ortak ve ortaklıklarından, bankalardan, para piyasalarından ve organize piyasalardan fon sağlanması dışında, mevduat veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı para toplayamazlar. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, mal satışından veya hizmet arzından doğmuş fatura ile tevsik edilemeyen alacaklar ile, Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilemeyen mal satışına veya hizmet arzına bağlı doğacak alacakları da, devir alamayacakları gibi tahsilini de üstlenemezler.

B. Müşteri

Müşteri, üçüncü kişi borçluya vadeli olarak mal satışında veya hizmet arzında bulunan, bu şekilde alacaklı olan, mal satışından ve hizmet arzından doğmuş ve doğacak fatura ve benzeri belgelerle tevsik edilebilen alacaklarını, faktoring şirketine devreden işletmedir. Bu işletme, bir sermaye şirketi olabileceği gibi, şahıs şirketi ya da işletmesi de olabilmektedir²⁸⁶. Uygulamada genellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin, faktoring sözleşmelerine taraf oldukları görülmektedir.

²⁸⁶ SARAÇ, s. 62; TOROSLU, Factoring, s. 9.

II. Konusu

Factoring sözleşmesinin konusu, müşterinin mal satışından ya da hizmet arzından doğmuş ve/veya doğacak alacaklarının, factoring şirketine topyekün ya da manto devridir²⁸⁷.

III. Tarafların Anlaşması

Factoring sözleşmesinin kurulabilmesi, meydana gelip hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için, TBK. m. 1 uyarınca, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları konusunda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir²⁸⁸. İrade beyanlarının uyuşması ile kastedilen, gerçek (tabîî) iradelerinin fiili olarak ya da beyanların anlam (içerik) olarak birbirine uygun olmasıdır²⁸⁹. Taraflar sözleşme yapılırken, birbirlerinin gerçek iradelerini doğru olarak anlamışlarsa, bu tür uygunluğa gerçek veya tabîî uygunluk denilmektedir. Bu hâlde taraflar arasında sözleşme, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kurulmuştur. Gerçek (tabîî) uygunluğun söz konusu olmadığı hâllerde ise, beyanların anlam olarak uygunluğu söz konusudur. Buna, hukukî uygunluk da denilmektedir. Hukukî uygunluk, güven teorisi uyarınca yapılan yorum yoluyla tespit edilen uygunluktur. Güven teorisine göre, taraflardan her birinin beyanı, diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde anlaması gerektiği şekilde yorumlanmaktadır²⁹⁰. Bu yorum sonunda, beyanların anlam itibarıyla birbirine uygun olduğu kabul edilebilirse, sözleşme kurulmuş olmaktadır²⁹¹.

²⁸⁷ UYANIK, Factoring, s. 32.

²⁸⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 227; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 69.

²⁸⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 229.

²⁹⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 72.

²⁹¹ EREN, Genel Hükümler, s. 230-231.

IV. Şekli

Bir iradenin açıklanmasında kullanılan biçime, şekil denilmektedir²⁹². Hukukî işlemlerde bu şekil, sözle, belli bir işaretle, yazıyla ya da resmi bir makamın katılımı ile gerçekleştirilebilmektedir.

Hukumumuzda sözleşme özgürlüğü ilkesine paralel olarak, şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Buna göre kural olarak, kişiler irade beyanlarını istedikleri şekilde açıklayabilmektedirler. Genel prensip şekil serbestisi olmakla birlikte, kanun koyucu bazı hukukî işlemlerin geçerliliğini, belirli bir şekil koşuluna bağlı tutmuştur. Kanunun şekil koşuluna tâbi tuttuğu bir hukukî işlemin geçerli olarak kurulabilmesi, irade beyanlarının öngörülen şekil içinde beyan edilmiş olmasına bağlıdır²⁹³.

FKFŞK. m. 38/f.II'ye göre, faktoring sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Sözlü olarak faktoring sözleşmesi yapılamaz. Kanun'da öngörülen yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekil olup, tarafların el yazısıyla, daktilo, bilgisayar veya başka bir aletle bir belge düzenleyerek altını ıslak imza ya da e-imza ile imzalamalarıdır²⁹⁴.

TBK. m. 14/f.I uyarınca, sözleşmelerde yalnızca borç altına giren tarafın imzasının bulunması yeterlidir. Taraflardan yalnızca biri borç altına giriyorsa, geçerlilik için, sözleşmenin yalnızca bu kişi tarafından imzalanması yeterlidir. Buna karşılık, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf da borç altına girdiğinden, sözleşmede tarafların her ikisinin de imzasının bulunması gerekmektedir²⁹⁵. Faktoring

²⁹² TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 215.

²⁹³ ALTAŞ, s. 48; EREN, Genel Hükümler, s. 225; GÜNAY, Cevdet İlhan; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 123; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 273; RUHİ, Ahmet Cemal; Sözleşmeler Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 22; YAVUZ, Nihat; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 1 (Madde 1-338), Ankara 2013, s. 157.

²⁹⁴ EREN, Sözleşme Türleri, s. 89-90; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 276; RUHİ, s. 23.

²⁹⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 274-275.

sözleşmesi de her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, sözleşmeyi hem faktörün, hem de müşterinin imzalaması gerekmektedir.

§9. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

I. Genel Olarak

Türk Hukuku'nda faktoring sözleşmesine ilişkin yasal düzenleme olarak, FKFFŞK. bulunmaktadır. Ayrıca bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan, Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği Statüsü, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Mesleki Etik İlkeler, Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Merkezi Fatura Kaydı Sisteminin Kuruluşu, Faaliyeti ve Yönetimine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Muhasebe Uygulamaları ile Finansal Tabloları Hakkında Yönetmelik bulunmaktadır. Gerek Kanun'da ve gerekse bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan diğer mevzuatta, tarafların hak, borç ve yükümlülüklerine ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple tarafların hak, borç ve yükümlülüklerinin tespiti için, sözleşme hükümlerinin genel kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir²⁹⁶.

İsimsiz bir sözleşme olan faktoring sözleşmesinde yer alan hükümlerden birinin herhangi bir sebeple geçersiz olmasının, sözleşmenin diğer hükümlerini, ne şekilde etkileyeceğinin de tartışılması gerekmektedir. TBK. m. 27'ye göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı

²⁹⁶ KAHRAMAN, s. 73.

açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” Söz konusu hüküm uyarınca, Borçlar Kanunu sistemindeki temel prensip, geçersiz olan hüküm dışındaki diğer hükümlerin bu geçersizlikten etkilenmeyeceğidir. Temel kural bu olmakla birlikte, geçersiz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşme tamamen hükümsüz sayılmaktadır. Sözleşmenin tamamının hükümsüz olduğunu ispat yükü, bunu iddia eden tarafa aittir. Böyle bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, geçersiz olan hükümlerin sözleşmenin bütünü içindeki yerinin ve diğer hükümlerle ilgi derecesinin belirlenmesi gerekmektedir. Faktoring sözleşmesinde finansman işlevine ilişkin bir hüküm, alacakların faktoring şirketine devrine ilişkin diğer bir hükümle sıkı bir ilişki içindedir. Faktoring şirketinin müşterisi için piyasa araştırmasında bulunması, borçluların mali durumlarını incelemesi, hem finansman, hem de teminat işlevinin bir gereğidir. Yine faktoring şirketinin teminat işlevini üstlenmesi, alacakların devrinden ayrı olarak değerlendirilemez. Bu çerçevede bakıldığında, istisnai durumlar dışında, faktoring sözleşmesinde kararlaştırılan her hüküm, diğerlerinin varlığı halinde anlam kazanmaktadır. Bu sebeple faktoring işleminin temel üç işlevinden birine ait hükümlerdeki geçersizlik, diğer hükümlerin, dolayısıyla sözleşmenin de geçersiz olmasına sebep olmaktadır. Zira bu hükümler, akdin esaslı noktalarını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, tali edimlere ilişkin hükümlerdeki geçersizlik, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılacağı açıkça anlaşılıyorsa, diğer hükümlerin, dolayısıyla sözleşmenin de geçersizliğine sebep olmamaktadır²⁹⁷.

Bu bölümde konunun açıklanmasında izlenecek yöntem, faktoring sözleşmesinde tarafların yükümlülüklerinin açıklanması şeklinde olacaktır. Zira

²⁹⁷ ÖZAKMAN, s. 69-71.

müşterinin yükümlülükleri, faktoring şirketinin haklarını, faktoring şirketinin yükümlülükleri de, müşterinin haklarını teşkil etmektedir²⁹⁸.

II. Müşterinin Yükümlülükleri

A. Alacakları Devretme Yükümlülüğü²⁹⁹

Factoring sözleşmesinin konusu, müşterinin mal satışından ve hizmet arzından doğmuş ve/veya doğacak, üçüncü kişi borçlu karşısındaki alacaklarının, faktora devredilmesidir. Faktoring genellikle, tek bir münferit alacağın devrine yönelik olmayıp, müşterinin bütün alacakları ile ilgili, süreklilik arzeden bir ilişkidir³⁰⁰.

Factoring ilişkisinde müşterinin temel yükümlülüğü, alacakların faktora devrini sağlamaktır³⁰¹. Taraflar faktoring sözleşmesinde, müşterinin mevcut tüm ve gelecekteki alacaklarının önceden, topyekün faktore devrini kararlaştırabilecekleri gibi, alacakların doğumundan sonra, münferiden faktore devredileceğini de kararlaştırmaktadırlar³⁰². Her iki tür devirde de, FKFFŞK. m. 38/f.II uyarınca sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir³⁰³.

²⁹⁸ KAHRAMAN, s. 76.

²⁹⁹ EREN, Sözleşme Türleri, s. 93; EREN, Özel Hükümler, s. 925.

³⁰⁰ KAHRAMAN, s. 77; UYANIK, Faktoring, s. 32.

³⁰¹ AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 13.

³⁰² KAHRAMAN, s. 77; ÖZAKMAN, s. 68; Önceden ve topyekün devrin öngörüldüğü faktoring sözleşmeleri, borçlandırı ve tasarruf işlemlerinin her ikisini birden bünyesinde barındırdığı hâlde, gelecekteki alacakların münferit devrini öngören faktoring sözleşmeleri, yalnızca borçlandırı işlemi bünyesinde barındırmaktadır.

³⁰³ EREN, Sözleşme Türleri, s. 89-90; Her ne kadar Özakman, alacakların doğumundan sonra münferiden devrini öngören faktoring sözleşmelerinin, yazılı şekilde yapılmasının gerekmediğini savunsa da, FKFFŞK. m. 38/f.II’de herhangi bir ayırım yapılmadan, faktoring sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması öngörüldüğünden, bu görüşün, bu aşamada kabulü mümkün görünmemektedir (Bkz. ÖZAKMAN, s. 68-69).

Faktoring sözleşmelerinde genellikle, müşterinin üçüncü kişi borçlu karşısında, mal satışından ya da hizmet arzından doğmuş ve/veya doğacak alacaklarının, topyekün faktore devri öngörülmektedir. Böyle bir hâlde, müşterinin henüz doğmamış, gelecekte doğup doğmayacağı belli olmayan bütün alacaklarını, faktore devretmesinin mümkün olup olmadığı tartışılabilirse de, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere, böyle bir devrin mümkün olduğu kabul edilmektedir³⁰⁴.

Önceden, topyekün devrin kararlaştırıldığı hâllerde, mevcut tüm alacaklar hemen, gelecekteki alacaklar, doğdukları anda faktore geçmektedir. Bu şekilde, müşterinin işletmesi ile ilgili, sözleşme kapsamına dâhil olan gelecekteki alacakların, sözleşmenin kuruluşu aşamasında, geciktirici şarta bağlı olarak faktore devri sağlanmaktadır. Önceden, topyekün devrin kararlaştırıldığı hâllerde müşteri, herhangi bir devir yükümlülüğü altına girmemektedir³⁰⁵. Devir yükümlülüğü söz konusu değilse de, müşteri, iş bu devrin amacını önleyecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır³⁰⁶. Bir kısım alacaklar için, üçüncü kişi borçlu ile müşteri arasında devir yasağı kararlaştırılması, sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Müşteri, alacağın devrine bağlı olarak, ödemenin faktore yapılmasını önlemekten de kaçınmalıdır³⁰⁷. Alacağı iyi niyetli borçludan tahsil eden müşteri, faktorün alacak hakkını kaybetmesine

³⁰⁴ KAHRAMAN, s. 78.

³⁰⁵ ÖZAKMAN, s. 71.

³⁰⁶ KAHRAMAN, s. 77; Bu konuda uygulamada faktoring sözleşmelerinde şu şekilde bir hüküm yer almaktadır: “...MÜŞTERİ, devir olunan alacakların FAKTOR’a ödenmesini, işbu sözleşme ile yüklendiği edimlerin ifasını engelleyecek, geciktirecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır...” (Bkz. <http://www.akfactoring.com.tr/belgelistesi/sozlesme.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 10.08.2017, 10:14).

³⁰⁷ KAHRAMAN, s. 77; ÖZAKMAN, s. 71-72.

sebeup olacağından, TBK. m. 112 vd. hükümler uyarınca, faktore karşı sorumlu olmaktadır³⁰⁸.

Factoring sözleşmelerinde genellikle, alacakların önceden, topyekün devri yoluna başvurulsa da, topyekün devrin öngörülmediği hâller de, ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir hâlde, alacaklar doğdukları anda faktore geçmediğinden, müşterinin bu alacakları, ayrı ayrı faktore devir yükümlülüğü bulunmaktadır³⁰⁹. Bu tür devre, manto devir denilmektedir. Sözleşme hükümlerinin işlemlerini güçleştirmesi, müşteriye devir yükümlülüğü getirmesi sebebiyle, manto devir, factoring şirketleri tarafından tercih edilmemektedir³¹⁰. Manto devrin öngörüldüğü hâllerde, müşteri devirden kaçınırsa, faktor ifa davası açarak, alacakların devrini talep edebilmektedir. Mahkemenin, devir yönünde verdiği kararın kesinleşmesi ile başka bir işleme gerek kalmaksızın, alacaklar faktore geçmektedir. Müşterinin alacakları devirde temerrüde düşmesi hâlinde faktor, TBK. m. 123 vd. hükümler uyarınca, ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, ifadan vazgeçip, müspet zararını veya sözleşmeyi feshedip, menfi zararını isteyebilmektedir³¹¹.

Gerçek bir satış işlemi olmadığı hâlde, borçlu ile anlaşarak, satış gerçekleşmiş gibi fatura düzenleyen ve fatura konusu alacağı faktore devreden müşteri, bundan dolayı faktore karşı sorumludur. Aynı zamanda, müşteri ile işbirliği yapan borçlunun da, sorumluluğu bulunmaktadır³¹².

³⁰⁸ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 44.

³⁰⁹ KAHRAMAN, s. 79.

³¹⁰ KAHRAMAN, s. 79; ÖZAKMAN, s. 68.

³¹¹ UZUN KAZMACI, s. 78-79.

³¹² AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 14.

B. Alacakların Devrini Borçluya Bildirme Yükümlülüğü³¹³

Devri bildirme, devreden veya devralandan gelen, alacağın devralana intikal ettiğini borçluya bildiren bir durumun beyan edilmesidir³¹⁴. TBK. m. 186 uyarınca bu bildirim, devreden tarafından yapılabileceği gibi, devralan tarafından da yapılabilmektedir³¹⁵. Bildirim için kanunda, herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu sebeple bildirimin, sözlü, yazılı, telefonla veya başka bir şekilde yapılması mümkündür. Ancak ispat kolaylığı bakımından, yazılı yapılmasının uygun olduğu değerlendirilmektedir³¹⁶. TTK. m. 18/f.III³¹⁷'deki, tacirler arasındaki bazı ihtar ve

³¹³ KAHRAMAN, s. 80.

³¹⁴ DAYINLARLI, s. 231.

³¹⁵ DAYINLARLI, s. 232-233; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-2, İstanbul 2014, s. 569; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 257.

³¹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 570; ŞENER, Hukuki Durum, s. 41; “...BK’nın 165 nci maddesi hükmü uyarınca, temlik veya temellük eden tarafından, alacağın temlik olunduğu kendisine bildirilmeyen, birden fazla birbirini takip eden temlikler yapılması durumunda, sonradan yapılan temliklerden haberdar edilmeyen borçlu, iyiniyetle yaptığı ödemeler miktarınca borçtan kurtulur. İlke olarak, alacağın temlikinin geçerliliği temlikin ihbar edilmesi şartına bağlı değildir. İhbar alacağı devreden tarafından yapılabileceği gibi, devir alan tarafından da yapılabilir. İhbar için yasada bir şekil şartı öngörülmemiştir...” Yarg. 11. HD., T. 22.05.2008, 2007/4860 E., 2008/6752 K. (Kişisel Arşiv).

³¹⁷ TTK. m. 18/f.III’de, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılacağı düzenlenmiştir. Bu madde hükmünde ihtar ve ihbarların konusu, yani hangi hallerde şekle bağlı olarak yapılması gerektiği sınırlı olarak sayılmıştır. Bu sebeple hükmü başka ihtar ve ihbarları kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlamak mümkün görünmemektedir. Zira alacağın devrinin bildirimi, ne karşı tarafı temerrüde düşürmek, ne sözleşmeyi feshetmek, ne de sözleşmeden dönmek amacıyla yapılmaktadır (Bkz. ŞENER, Hukuki Durum, s. 41, dn. 86).

bildirimlerin şekle bağlı olarak yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemenin, devir bildirimini bakımından uygulanma imkânı bulunmamaktadır³¹⁸.

Alacağın devredildiğinin bildirilmesi, devir için bir geçerlilik koşulu değildir. Bildirim, sadece borçlunun iyi niyetle eski alacaklıya ödemedede bulunarak, borçtan kurtulmasını engellemektedir. Ancak bildirimin borçluyu, yeni alacaklıya borcu ödemeye zorlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Bildirim, borçluyu eski alacaklıya ifade bulunmaktan alıkoysa bile, borçlu ifade bulunmak için, yeni alacaklıdan alacağın devredildiğini ispat etmesini isteyebilmektedir. Zira alacak devralana geçmemiş ise, borçlunun bildirimde güvenerek ifade bulunması, onu borçtan kurtarmamaktadır³¹⁹. Alacağın devrini bildiriminin, hukukî bir işlem olmadığı, hukukî işlem benzeri bir fiil olduğu kabul edilmektedir³²⁰. Bu sebeple bildirim, borçlunun öğrenmesiyle veya duruma göre öğrenmek için gerekli olan özeni göstermemesiyle, hüküm ve sonuç doğurmakta, onu yapan tarafından geri alınana kadar etkili olmaktadır³²¹.

Bildirimin hangi anda hüküm ifade edeceği, doktrinde tartışmalıdır³²². Doktrinde OĞUZMAN/ÖZ, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP tarafından savunulan bir görüşe göre³²³, bildirimin ulaşmasından sonra, ancak öğrenilmesinden önce, eski alacaklıya iyi niyetle ifade bulunan borçlu, borcundan kurtulmaktadır. von

³¹⁸ ŞENER, Hukuki Durum, s. 41.

³¹⁹ Ancak böyle bir hâlde, alacağı devretmek isteyen tarafından yapılan bildirim, borçluya alacağın devredilmek istenen kişiye ifade bulunması hususunda, yetki beyanı olarak kabul edilebilir. Borçlu bildirimde gösterilen kişiye ifade bulunarak, borcundan kurtulabilir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 569-570).

³²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 569-570; ŞENER, Hukuki Durum, s. 40.

³²¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 40-41.

³²² OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 570.

³²³ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 570; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 257-258.

TUHR/ESCHER tarafından savunulan bir diğer görüşe göre³²⁴ ise, bildirimin ulaşmasından sonra, ancak öğrenilmesinden önce, eski alacaklıya ifada bulunan borçlu, iyi niyetli de olsa, borcundan kurtulmamaktadır. Birinci görüşün, borçlunun savunmalarında öğrenme anını esas alan TBK. m. 188 hükmüne uygun ve borçlunun lehine olduğu, ikinci görüşün ise, derhal bildirimde bulunarak, üzerine düşen yükümlülüğü yerine getiren devralanın lehine olduğu anlaşılmaktadır³²⁵. Kanaatimizce, alacağın devrinde borçlunun korunması ilkesi geçerli olduğundan, bildirimin ancak onun öğrenmesi ile hüküm ifade edeceğini kabul eden birinci görüş, daha isabetlidir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda alacakların faktore devredildiğinin bildirilmesi, borçlunun TBK. m. 186 uyarınca, iyi niyetle müşteriye ödeme yaparak, borcundan kurtulmasının önlenmesi bakımından önemlidir³²⁶. Herhangi bir alacağın devrinde olduğu gibi, faktoring işleminde de bildirim, müşteri ya da faktor tarafından yapılabilmektedir. Bildirimin, müşteri ya da faktor dışında, bir üçüncü kişi tarafından yapılması da mümkündür. Ancak böyle bir hâlde bildirimin hukukî sonuç doğurması için, müşteri veya faktor adına icra edilmesi gerekmektedir³²⁷. Uygulamada kullanılan faktoring sözleşmelerinde genellikle, bildirim yükümlülüğünün müşteriye ait olduğunun ve ne şekilde yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Sözleşme ile bildirim yükümlülüğü kendisine yüklenen müşteri bu yükümlülüğünü, fatura ve fatura nüshalarında, alacağın tamamının ya da bir kısmının faktore devredildiğini, vadesini, ödeme yerini ve faktorün ünvanını, açık adresini gösteren ibarelere yer vermek suretiyle

³²⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 570, dn. 97; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 257, dn.18.

³²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 570.

³²⁶ KAHRAMAN, s. 80.

³²⁷ ŞENER, Hukuki Durum, s. 42, dn. 87.

yerine getirmektedir. Uygulamada faturalara ve fatura nüshalarına, söz konusu kayıtları içeren etiket yapıştırılmakta, kaşe basılmakta ya da açıklama yazılmaktadır³²⁸.

Gizli faktoringde kural olarak, devir borçluya bildirilmemektedir. Ancak bazı hâllerde, bildirim söz konusu olabilmektedir. Müşteri üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiyor, örneğin yapılan ödemeleri faktore vermiyorsa, faktor devri borçluya bildirebilmektedir. Bildirimin yapılması ile birlikte gizli faktoring, açık faktoringe dönüşmektedir³²⁹.

C. Alacakla İlgili Belge ve Bilgileri Verme Yükümlülüğü

Alacak hakkını devreden müşteri, devir işlemi ile asıl edim borcunu yerine getirerek, alacağı faktore geçirmektedir. Ancak sırf asıl edim borcunun yerine getirilmesi, faktorün bu alacak konusu edime kavuşabilmesi için, tek başına yeterli değildir. Faktor, devralınan bu alacağı ve alacakla birlikte kendisine intikal eden rüçhan hakları ile fer'î hakları borçluya karşı ileri sürebilmek için, bu alacağa ilişkin ispat vasıtalarına ihtiyaç duymaktadır. Bu ispat vasıtaları kendisinde olmadığı sürece faktor, alacağın devrinden faydalanamamaktadır. Bunun için müşteri, alacakla ilgili belge ve

³²⁸ “...MÜŞTERİ faturalarında ve faturaların nüshalarında, alacağın tamamının ya da bir kısmının FAKTOR’a devir edildiğini, vadesini, ödeme yerini ve FAKTOR’un ünvanını, açık adresini gösteren ibarelere yer vermek, söz konusu kayıtları içeren etiketi yapıştırmak veya bu ibareleri içeren kaşeye ya da herhangi bir şekilde bu beyana yer vermek, varsa ödeme tarihine kadar işleyecek akdi faiz, temerrüt faizi oranlarını açıkça belirtmek zorundadır. MÜŞTERİ ile borçlusu arasında ayrıca bir yazılı sözleşme ya da çerçeve anlaşmanın akdolanması halinde bu anlaşmanın bir nüshası da FAKTOR’a gönderilir. Alacağın FAKTOR’a devrinin borçluya ihbarı mükellefiyeti tamamen MÜŞTERİ’ye aittir...” (Bkz. <http://www.akfactoring.com.tr/belgelitesi/sozlesme.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 10.08.2017; 10:14).

³²⁹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 42, dn. 89.

bilgileri faktore verme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün amacı, faktorün alacağı tahsil edebilmesi için gerekli koşulları oluşturmaktır³³⁰.

Bu yükümlülük, TBK. m. 190 hükmünde öngörülen kanunî bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, alacakla ilgili tüm belge ve bilgilere ilişkin olmayıp, yalnızca alacağın ileri sürülebilmesi için gerekli olan, belge ve bilgiler hakkında öngörülmüştür. Bu gerekliliğin sınırı, TMK. m. 2/f.I'de düzenlenen dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir. Buna göre müşteri, faktorün alacak hakkını ileri sürebilmesi için bilmesi gereken tüm hususlarda, onu aydınlatmakla ve ona gerekli olan belge ve bilgileri vermekle yükümlüdür. Müşteri, borçlunun ileri sürebileceği def'îler ve bu def'îleri hükümden düşürecek olgular hakkında da, faktörü bilgilendirmelidir. Faktorün alacağı tahsil edebilmesi için gerekli olduğu ölçüde, borçlunun malî ve kişisel durumuna ilişkin belge ve bilgiler de, faktore verilmelidir. Müşterinin bu yükümlülüğü, devir anından sonra öğrendiği bilgileri de kapsamaktadır. Buna göre müşteri, devir anından sonra öğrendiği bilgileri de, faktore bildirmelidir³³¹.

Asıl edimin sonuca ulaşmasına yönelik bu yükümlülüğün, müşteri tarafından yerine getirilmemesi hâlinde faktor, bu yükümlülüğün yerine getirilmesini, dava yolu ile isteyebilmektedir. Yine, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle faktor, diğer koşulların varlığı halinde, tazminat isteyebileceği gibi, ödemezlik def'înden de, faydalanabilmektedir³³².

Kanundan kaynaklanan bir yükümlülük olmasına rağmen taraflar, bu yükümlülüğün kapsamını, sözleşmede kararlaştırabilmektedirler. Uygulamada

³³⁰ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 40-41.

³³¹ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 42-43.

³³² ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 43.

kullanılan faktoring sözleşmelerinde, bu yükümlülüğün kapsamının açıklayıcı bir şekilde kararlaştırıldığı görülmektedir³³³.

D. Alacak Yönetimine ve Delkredere Riskine Karşı Ücret (Komisyon)

Ödeme Yükümlülüğü³³⁴

Bütün finansal işlemlerde olduğu gibi, faktoring işleminin de müşteri açısından bir maliyeti bulunmaktadır. Bu maliyetin kapsamı, faktor tarafından müşteriye sunulan hizmetlerin çeşidine ve kapsamına göre farklılık göstermektedir. Müşteri, faktoringin

³³³ “...MÜŞTERİ, işbu sözleşmenin kapsamı içinde kalan alacakları doğdukları anda AB/NTR formu ile derhal FAKTOR’a bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim, önceden MÜŞTERİ’ye verilmiş AB/NTR formunun, MÜŞTERİ’nin faturasının bir nüshası ile birlikte FAKTOR’a imza karşılığı elden teslimi, iadeli taahhütlü mektupla ya da noter aracılığıyla ya da sair tebligat usulüne uygun gönderilmesi suretiyle yapılır. MÜŞTERİ, AB/NTR formu ve faturalarla birlikte, alacağın temeline ilişkin sair belgeleri, sipariş formu, raporlar, yükleme, nakliye, sigorta belgelerini, varsa çek, senet gibi ödeme vasıtalarını, ayrıca teminatlarını FAKTOR’a usulüne ve süre kısıtlamalarına uygun olarak devir ve teslimle yükümlüdür. Fatura nüshasını ve sair eklerini ihtiva etmeyen AB/NTR formları bir hüküm ifade etmez.

MÜŞTERİ, FAKTOR’a devir etmiş olduğu ya da bundan böyle devir edeceği fatura tutarı alacaklarının gerçek, geçerli bir ticari ilişkiye dayandığını, doğmuş alacaklara ait mal/hizmet sevkیاتlarını, gerçekleştirmiş bulunduğunu, doğacak alacaklarla ilgili olarak gerçekleştireceğini, fatura konusu alacakların kayıtlarında yer aldığını, bu alacak/alacaklar üzerinde bir başka faktoring şirketi ile düzenlenmiş hali hazırda başka bir temliknamenin bulunmadığını ve başka bir faktoring şirketi ile bu alacak/alacaklarla ilgili temlikname düzenlemeyeceğini, faturalar ile ilgili herhangi bir iptal, iade olması durumunda bu hususu FAKTOR’a derhal bildirerek yerine yeni fatura düzenlemesi halinde yeni faturaları göndereceğini ve FAKTOR’un talebi üzerine fatura ve tüm belge asılları ile fatura koçanlarını derhal FAKTOR’a ibraz edeceğini, incelemesine hazır bulunduracağını gayrikabili rücu kabul, beyan ve taahhüt etmektedir...”(Bkz. <http://www.akfactoring.com.tr/belgelistesi/sozlesme.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 10.08.2017, 10:14).

³³⁴ EREN, Sözleşme Türleri, s. 93; EREN, Özel Hükümler, s. 925; KAHRAMAN, s. 82.

hizmet ve teminat işlevlerinden faydalıyor ise, factoring komisyonu ödemek zorundadır³³⁵.

Factoring komisyonu, faktörün alıcı ve piyasa hakkında yaptığı istihbarat çalışmaları, muhasebe kayıtlarının tutulması, tahsilatların gerçekleştirilmesi, kredi kontrolü gibi hizmetler ile borçlunun ödememe riskinin (delkredere) üstlenildiği hâllerde, üstlenilen risk karşılığı müşteriden aldığı ücrettir³³⁶.

Factoring işlemlerinde alınacak komisyonun miktarını, faktörün yüklendiği iş yükünün ve riskin kapsamı belirlemektedir³³⁷.

İş yükünün kapsamı belirlenirken, alıcı sayısı, fatura sayısı, ortalama fatura tutarları gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Faktörün iş yükü için aldığı komisyon, esasen onun yapacağı sabit giderler için alınmaktadır. Zira faktör, alıcı ve piyasa hakkında yaptığı istihbarat çalışmaları, muhasebe kayıtlarının tutulması, tahsilatların gerçekleştirilmesi gibi hizmetleri gerçekleştirebilmek için, bünyesinde personel istihdam etmekte, bir takım kırtasiye giderleri yapmaktadır. Bu hizmetler karşılığı aldığı factoring komisyonu ile giderlerinin bir kısmını müşteriye yansıtmaktadır³³⁸. Bu komisyonun içeriği de, hizmetin içeriğine göre farklılaşmaktadır. Örneğin tahsilatı gerçekleştirmesi sebebiyle faktörün hak kazandığı bir factoring harcı bulunmaktadır. Bu harç, tahsil edilen fatura tutarının % 0,5'i ile % 2,5 arasında değişmektedir³³⁹. Yine alacağın tahsili masrafları ile muhasebe kayıtlarının tutulması ve borçlular hakkında

³³⁵ TOROSLU, Factoring, s. 49.

³³⁶ TOROSLU, Factoring, s. 50.

³³⁷ MASON, s. 111; TOROSLU, Factoring, s. 49.

³³⁸ TOROSLU, Factoring, s. 49-50.

³³⁹ KAHRAMAN, factoring şirketinin yalnızca tahsilatı gerçekleştirmesi sebebiyle factoring harcına hak kazandığını belirtmekte, KOCAMAN ise, factoring şirketinin yerine getirdiği tüm iş görme edimleri dolayısıyla bu harca hak kazandığını ifade etmektedir (Bkz. KOCAMAN, Bakış, s. 128).

müşterinin bilgilendirilmesi için de sözleşmede kararlaştırılan tutarda, ayrı bir ücret alınmaktadır³⁴⁰.

Riskin kapsamının belirlenmesinde ise, müşteri ve alıcı ile ilgili mali, ekonomik ve siyasi riskler dikkate alınmaktadır. Müşterinin riskleri değerlendirilirken, özellikle geçmiş yıllardaki performansı, organizasyon yapısı, üretiminin kalitesi, içinde bulunduğu sektörün yapısı, finansal tabloları gibi veriler dikkate alınmaktadır. Alıcının risklerinin değerlendirilmesinde ise, özellikle organizasyon yapısı ile içinde bulunduğu sektörün genel durumu dikkate alınmaktadır³⁴¹. Bütün bu değerlendirmeler sonucu borçlunun ödememe riskini üstlenmeyi kabul eden faktor, bunun karşılığında müşteriden genellikle fatura değerinin % 0,2'si ile % 0,4'ü arasında değişen oranda bir teminat komisyonu almaktadır. Buna aynı zamanda, delkredere harcı da denilmektedir³⁴².

Ayrıca kendisine yapılan ön ödemelerin ya da faktoring sözleşmesinin teminatı olarak faktore teminat mektubu gibi bir teminat veren müşteri, bunun vergi, gider, komisyon ve yenileme masraflarını da ödemekle yükümlüdür³⁴³.

E. Alınan Ödemeler İçin Faiz Ödeme Yükümlülüğü³⁴⁴

Faktor, müşteriye iki şekilde finansman sağlamaktadır. Bunlar, iskonto ve ön ödeme yöntemidir. Her iki yöntemde de müşteri, aldığı ödemeler karşılığında faktore bir faiz ödemektedir. Bu faiz, faktoring finansman faizi olarak adlandırılmakta olup, fatura

³⁴⁰ KAHRAMAN, s. 82.

³⁴¹ TOROSLU, Factoring, s. 50.

³⁴² KAHRAMAN, s. 82; KOCAMAN, Factoring, s. 14; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 37; KOCAMAN, Bakış, s. 128.

³⁴³ KAHRAMAN, s. 82.

³⁴⁴ EREN, Sözleşme Türleri, s. 94; EREN, Özel Hükümler, s. 925; KAHRAMAN, s. 82.

borçlusunun faturayı ödemesinden önce, müşteriye yapılan ödeme tutarına uygulanmaktadır³⁴⁵. Faktoring finansman faizine, faktoring ücreti de denilmektedir³⁴⁶.

İskonto yönteminde alacağın karşılığı, götürü olarak çeşitli masraf ve harçlar hesaplanıp iskonto edilerek, işlemin başında müşteriye ödenmektedir. Bu iskonto (indirim), faktorün delkredere riskini üstlenmesinin, çeşitli hizmet edimlerini sunmasının ve finansman sağlamanın karşılığı olmaktadır. Bu yöntem, uygulamada pek fazla tercih edilmemekte, nadir olarak uygulanmaktadır³⁴⁷.

Ön ödeme yönteminde ise, müşteriye vadeli alacağın belli bir oranında, vadeden önce ön ödeme yapılmakta (bu ön ödeme oranı genellikle alacağın (fatura değerinin) % 80-90'ı oranında olmaktadır), yapılan bu ön ödemenin tasfiyesi aşamasında, kullanım süresine göre faiz hesaplanmaktadır. Bu yöntem, borçlu cari yöntemi olarak da adlandırılmakta olup, faktoring şirketlerince genellikle tercih edilmektedir³⁴⁸. Bu yöntemde, faktor iki ayrı hesap açmaktadır. Bunlardan birincisi, müşteri adına açılan cari hesaptır. Bu hesabın alacaklı kısmına, müşterinin devrettiği faturalı alacakların miktarları, borçlu kısmına ise faktorün yaptığı ön ödemeler, müşteri adına yapılan sair masraflar ve ödenmesi kararlaştırılan komisyon tutarları kaydedilmektedir. İkincisi ise, müşterinin borçlularına ilişkin kayıtların tutulduğu hesaptır. Faktor, daha önce de ifade edildiği gibi, müşterinin her bir borçlusu için bir limit belirleyerek, bu limitler içerisinde fatura değerinin % 90'ına kadar olan bir kısmı, müşteriye ön ödeme olarak ödemektedir.

³⁴⁵ TOROSLU Factoring, s. 51.

³⁴⁶ <http://www.devirfaktoring.com/sayfalar.asp?LanguageID=1&cid=32&id=33>, (Erişim tarihi ve saati: 19.11.2017, 15:04).

³⁴⁷ AKKANAT, Factoring, s. 903-904; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 28; SARAÇ, s. 67; TOROSLU, Factoring, s. 51; İskonto yönteminde hesabın nasıl yapıldığı hususunda bkz. TOROSLU, Factoring, s. 52-53.

³⁴⁸ SARAÇ, s. 67; TOROSLU, Factoring, s. 51.

Ödenen bu kısma ilişkin kur riski, faktore ait olmaktadır³⁴⁹. Fatura alacağından geriye kalan %10'luk bakiye kısım ise, sözleşme gereği faktorün üstlenmesi gerekmeyen mala veya hizmete ilişkin risklerin teminatı ve ayrıca sunulan faktoring hizmeti karşılığı faiz ve harçlara mahsup edilmek üzere bir tasarruf hesabında tutulmaktadır. Bu meblağ, mal ve hizmete ilişkin risklerin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması veya üçüncü kişi borçlunun ödemesi veyahut faktorün delkredere riskini üstlenmesi hâlinde vadeden itibaren 90 gün sonra müşteriye ödenmektedir. Ödeme, faiz ve harçlar mahsup edilerek yapılmaktadır³⁵⁰. Bu döngü bir fatura için değil, devredilen alacaklara ilişkin tüm faturalar için gerçekleşmekte, böylece müşteriye sürekli bir nakit akışı sağlanmaktadır³⁵¹. Borçlu cari yönteminde, bankalarca borçlu cari kredilere uygulanan yöntem kullanılarak faiz hesaplanmaktadır. Ancak, bankalarca borçlu cari kredilere üç ayda bir faiz tahakkuk ettirilmesine rağmen, faktoring şirketlerince her ayın sonunda faiz tahakkuku yapılmaktadır. Bu yöntemde uygulanan basit faiz olup, faktor tarafından müşteriye yapılan ön ödeme tutarına, ön ödeme tarihinden, faturanın tahsil tarihine kadar belirlenen oranda faiz uygulanmaktadır. Borçlunun ödeme gücünün bulunmaması veya ödemeye istekli olmaması sebebiyle faturanın tahsil edilememesi hâlinde ise, yapılan ön ödeme tutarına, ön ödeme tarihinden, bakiye kısmın ödenmesinin muacceliyeti tarihine kadar belirlenen oranda faiz uygulanmaktadır. Faiz, her dönem için ayrı ayrı hesaplanmakta, dönem sonunda hesaplanan faiz ödenmektedir³⁵².

Faktoring finansman faizinin hesaplanmasında uygulanacak oran, işlemin yurt içi ve yurt dışı faktoring olmasına göre farklılaşmaktadır³⁵³. FKFFŞK. m. 51/f.II'ye

³⁴⁹ AŞIK, Forfaiting, s. 55, dn. 37; CEYLAN, Ali; Finansal Teknikler, Bursa 1998, s. 8.

³⁵⁰ AŞIK, Forfaiting, s. 55, dn. 37; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 27; KOCAMAN, Factoring, s. 11; KOCAMAN, Factoring'ın Hukuki Niteliği, s. 83.

³⁵¹ AŞIK, Forfaiting, s. 55, dn. 37.

³⁵² SARAÇ, s. 67; TOROSLU, Factoring, s. 52.

³⁵³ TOROSLU, Factoring, s. 51.

göre, faktoring şirketlerinin ödünç para verme işlemlerinde uygulanacak azami faiz oranlarını tespit etme yetkisi, Bakanlar Kurulu'na aittir. Ancak Bakanlar Kurulu bu yetkisini, TCMB.'na devredebilmektedir³⁵⁴. Buna göre yurt içi faktoringde taraflar, TTK. m. 8/f.I uyarınca faiz oranını, serbestçe kararlaştırabilmektedirler. Ancak kararlaştırılan bu oran, Bakanlar Kurulu ya da yetki devri halinde TCMB. tarafından belirlenen azami faiz oranını aşmamaktadır. Bu oranın aşılması hâlinde, Bakanlar Kurulu ya da TCMB. tarafından belirlenen oran uygulanmaktadır. Yurt dışı faktoringde ise, genellikle “libor” faiz oranı³⁵⁵ uygulanmaktadır³⁵⁶. Ayrıca yurt dışı faktoringde faktor, üstlenmiş olduğu riskle orantılı olarak “*spread*” adı verilen ilave bir faiz oranı da uygulayabilmektedir³⁵⁷.

İskonto ve ön ödeme yönteminin dışında, bir de vade (muacceliyet) yöntemi bulunmaktadır. Ancak bu yöntemde, faktor müşteriye ön ödemede bulunarak finansman sağlamadığından, faiz ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Faktor, sözleşmenin içeriğine göre, müşteriye bilgi sağlamakta, alacağın tahsili konusunda garanti vermekte,

³⁵⁴ SARAÇ, s. 67, dn. 35.

³⁵⁵ Libor (London Interbank Offered Rate) faiz oranı, borçlanma işlemlerinde önemli bir belirleyici olup, Londra'nın en güçlü bankalarınca, bankalararası piyasalarda USD üzerinden yapılan borçlanmalarda uygulanan ortalama faiz oranıdır. Bu oran, İngiliz Bankacılar Birliği tarafından belirlenmekte, belirlenen oranlar her gün Reuters üzerinden ilan edilmektedir. Libor faiz oranları belirlenirken, İngiliz Bankalar Birliği tarafından tespit edilen on altı bankadan verilmiş en yüksek dört ve en düşük dört faiz oranı dışında kalan, diğer faiz oranlarının aritmetik ortalaması alınmaktadır. Libor faiz oranları, forward, swap, değişken faizli borçlar, konut kredileri ve eurodolar işlemlerinde referans olarak kullanılmaktadır (Bkz. <https://anapara.com/libor-nedir/>), (Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 09:36).

³⁵⁶ TOROSLU, Factoring, s. 51.

³⁵⁷ TOROSLU, Factoring, s. 52.

alacağı vadesinde tahsil ederek müşteriye ödemede bulunmaktadır³⁵⁸. Bu yöntem yalnızca gerçek ve vadeli faktoringde uygulanmakta olup, faktor alacağın karşılığını, borçlu ödemese bile, vade (muacceliyet) tarihinde veya tahsilatı gerçekleştirdiği tarihte müşteriye ödemektedir³⁵⁹.

F. Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi Ödeme Yükümlülüğü

Factoring şirketinin sunduğu hizmetlere karşılık aldığı komisyon, masraf ve faiz gibi gelirler, BSMV.'ye tabidir. Bu BSMV.'nin de, müşteri tarafından ödenmesi gerekmektedir. Ancak Türkiye'ye döviz kazandırıcı işlemlerden doğan faktoring komisyon, masraf ve faizi, BSMV.'den muaftır³⁶⁰.

G. Alacakların Varlığını ve Borçluların Ödeme Gücüne Sahip Olduğunu Garanti Yükümlülüğü³⁶¹

Müşterinin alacakların varlığını ve borçluların ödeme gücüne sahip olduğunu garanti yükümlülüğü, § 11. Faktoring İşleminde Alacakların Devri ana başlığı, V. Devrin Hükümleri, A. Müşteri (Devreden) Bakımından, a) Garanti (Tekeffül) Sorumluluğu alt başlığı³⁶² altında ayrıntılı bir şekilde açıklanacağından, tekrar olmaması açısından burada ayrıca açıklanmamıştır.

³⁵⁸ AŞIK, Pınar; Hukuki Açıdan Forfaiting, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2013, s. 62, dn. 325; SELEK, Seha; “Factoring ve Forfaiting İşlemleri ve Muhasebeleştirmeleri”, DEÜİİBFD., C.7, S. 2, Y. 1992, s. 38.

³⁵⁹ AŞIK, Tez, s. 62, dn. 325; KOCAMAN, Hukuki Nitelik, s. 40.

³⁶⁰ <http://www.devirfaktoring.com/sayfalar.asp?LanguageID=1&cid=32&id=33>, (Erişim tarihi ve saati: 19.11.2017, 15:04).

³⁶¹ EREN, Sözleşme Türleri, s. 94; EREN, Özel Hükümler, s. 926.

³⁶² Bkz. s. 175 vd.

III. Faktoring Şirketinin (Faktorün) Yükümlülükleri

A. Müşterinin Alacaklarını Devralma, Bunları Deftere Geçirme ve Muhasebesini Tutma Yükümlülüğü³⁶³

Faktoring sözleşmesinde alacakların önceden, topyekün devredildiği hâllerde, müşterinin alacakları devretme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, faktorün de alacakları devralma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sözleşmenin yapılmasıyla, mevcut tüm alacaklar sözleşme tarihinde, gelecekteki alacaklar ise, doğdukları anda faktore geçmektedir³⁶⁴.

Faktoring sözleşmesinde alacakların manto devrinin öngörüldüğü hâllerde ise, sözleşmenin yapılmasıyla alacaklar kendiliğinden faktore geçmemekte, ayrıca her bir alacak için, münferit devir sözleşmesinin yapılması gerekmektedir. İşte böyle bir hâlde faktor, sözleşme kapsamında usulüne uygun olarak kendisine devredileceği taahhüt edilen alacakları, devralmakla yükümlüdür. Aksine davranışı, sözleşmeye aykırılık teşkil etmekte olup, tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır. Faktorün bu yükümlülüğü, müşterinin devir borcu yükümlülüğünün karşılığını oluşturmaktadır³⁶⁵.

Gerek topyekün devirde, gerekse manto devirde faktor, alacağa ilişkin kayıtları deftere geçirme ve muhasebesini tutmakla yükümlüdür. Zira faktoringin iş görme fonksiyonundan faydalanmak isteyen müşteri, bu şekilde borçlularının ayrı ayrı muhasebesini tutma külfetinden kurtulmaktadır. Bu yükümlülüğün nasıl ve ne şekilde yerine getirileceği, FKFFŞK.'na dayanılarak çıkarılan yönetmeliklere ve sözleşme hükümlerine göre belirlenmelidir. Faktorün bu yükümlülüğünün ifası ile ilgili olarak, bünyesine uygun olduğu ölçüde, TBK.'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri

³⁶³ EREN, Sözleşme Türleri, s. 93; EREN, Özel Hükümler, s. 924.

³⁶⁴ ÖZAKMAN, s. 83; UZUN KAZMACI, s. 87.

³⁶⁵ ÖZAKMAN, s. 83-84; KAHRAMAN, s. 83; UZUN KAZMACI, s. 87.

uygulanmalıdır³⁶⁶. Faktor, işin gerekli kıldığı özeni göstermek zorundadır. Müşterinin maliye ve diğer resmi kuruluşlar karşısında herhangi bir yaptırımla karşılaşmaması için, muhasebe kayıtlarını tutarken mesleğinin gerektirdiği her türlü dikkati göstermelidir. Defterleri günü gününe tutmalı, gönderilen belgeleri derhal defterlere işlemeli, devraldığı alacakları en iyi şekilde idare etmeli, ihbar ve ihtarları zamanında ve usulüne uygun şekilde yapmalıdır³⁶⁷. Aksi davranışı, faktorün sorumluluğuna sebep olmaktadır.

B. Alacakları Tahsil Etme ve Alacakların Tahsilinde Özen Gösterme Yükümlülüğü

Faktorün, sözleşme kapsamında devraldığı alacakları tahsil etme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Ancak faktor burada tahsilatı vekil sıfatıyla değil, bizzat alacaklı sıfatıyla kendi adına yapmaktadır. Tahsilat bakımından bir vekâlet ilişkisi bulunmamasına rağmen, faktor tahsilat işini özenle yerine getirmeli, müşterinin menfaatlerini azami şekilde gözetmelidir³⁶⁸. Bunun için devraldığı alacakları en iyi şekilde idare etmeli, gerekli ihbar ve ihtarları usulüne uygun bir şekilde yaparak, borcun zamanında ve tam olarak ödenmesini sağlamalı, yapılan tüm giderleri ve işlemleri belgelemeli, müşterisine devraldığı alacaklarla ilgili gerektikçe ya da her başvuruda bilgi sağlamalıdır³⁶⁹. Faktor, faktoring sözleşmesinin ifası sırasında kendisine duyulan güvene uygun olarak, müşterinin menfaatlerini, sözleşmeyle güdülen amaç çerçevesinde korumak zorundadır³⁷⁰. Her ne kadar faktoring ilişkisinde faktor ile müşteri arasında tahsilat bakımından doğrudan bir vekâlet ilişkisi bulunmasa da, faktorün özen gösterme

³⁶⁶ ÖZAKMAN, s. 86.

³⁶⁷ ÖZAKMAN, s. 85.

³⁶⁸ KAHRAMAN, s. 83.

³⁶⁹ ÖZAKMAN, s. 85.

³⁷⁰ BAŞPINAR, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 143.

yükümlülüğünü yerine getirmede, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceği değerlendirilmektedir³⁷¹. Müşteri, özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranan faktörden, TBK. m. 112 vd. hükümler uyarınca tazminat isteyebileceği gibi, sözleşmeyi de haklı sebeplerle feshedebilecektir.

Bu yükümlülüğün ifası, özellikle gerçek olmayan faktoringde oldukça önemlidir. Zira bu tür faktoringde faktor, tahsilatın gerçekleşmemesi halinde müşteriye rücu hakkına sahiptir³⁷².

Gerek sözleşmenin feshi ve gerekse sözleşme kapsamında bir tasfiye olduğunda da, bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği önem kazanmaktadır. Zira bu hâllerde, tahsil edilemeyen alacaklar müşteriye geri devredilerek, yapılan ödemeler, bunların faizleri ve harcamalar müşteriden talep edilebilmektedir³⁷³.

Burada faktorün alacakları tahsil etme yükümlülüğünün sınırının ne olduğu sorusu akıllara gelmektedir. Faktor devredilen alacakları tahsil etmek için her türlü hukukî girişimde bulunmak zorunda mıdır? Kanaatimizce bu soruya her zaman olumlu cevap vermek mümkün değildir. Aksi hâl, faktoringin işleyişini imkânsız kılmaktadır. Faktor, vadesinde borçlu tarafından alacağın ödenmesini beklemeli, duruma göre gerekli ihbar ve ihtarları göndermelidir. Ödeme olmadığında, borçlu hakkında takip yapma, dava açma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Uygulamada kullanılan bir kısım faktoring sözleşmelerinde, faktorün tahsil etme yükümlülüğünün sınırının taraflarca kararlaştırıldığı görülmektedir³⁷⁴. Bu sebeple bu konuda bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılmalıdır.

³⁷¹ ÖZAKMAN, s. 86.

³⁷² KAHRAMAN, s. 83; ÖZAKMAN, s. 85.

³⁷³ KAHRAMAN, s. 83.

³⁷⁴ “...FAKTOR’un devir aldığı alacakları tahsil hizmeti, borçlunun rızaen ve fiilen gerçekleştirdiği ödemeleri kabul ile sınırlıdır. FAKTOR, MÜŞTERİ ile borçlusu arasındaki hukuki ilişkiye yabancı

C. Ön Ödeme ve Ödeme Yükümlülüğü³⁷⁵

Factoring işlemi, gerek ülkemizde ve gerekse yurt dışında, özellikle finansman işlevi dolayısıyla tercih edilmektedir. Bu işlevin gerçekleşmesi için faktor, genellikle devredilen alacağın vadesinden önce müşteriye belirli bir oranda ön ödeme yapmaktadır³⁷⁶. Finansman işlevini üstlenmediği sözleşmelerde faktorün, böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Daha önce açıklandığı gibi ön ödeme, iskonto ve avans olarak, iki şekilde yapılmaktadır³⁷⁷. Ön ödeme genellikle, müşteri tarafından faturaların gönderilmesinden ve faktorün onaylamasından itibaren, 30 ve 90 gün gibi tayin edilen sürelerde yapılmaktadır³⁷⁸.

Faktorün ön ödeme yükümlülüğü dışında, gerek ön ödemeli ve gerekse ön ödemesiz factoringde, bir de tahsil edilen alacak bedellerini müşteriye ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır³⁷⁹.

Ön ödemeli factoringde, devredilen alacak bedellerinin % 90'ına kadar bir kısmı, ön ödeme olarak müşteriye ödeyen faktor, alacağı tahsil ettiğinde geriye kalan %10'luk kısımdan faizi, giderleri ve factoring hizmet komisyonunu mahsup ederek, bakiyeyi müşteriye ödemektedir. Delkredere riskinin üstlenilmediği factoring

bulunduğundan, tarafı olmadığından, factoring garantisinin yürürlüğe girmediği, sona erdiği ve bu garantinin kapsamı dışında kalan hallerde, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça borçluya karşı ihbar, ihtar ya da protesto keşidesi ile yükümlü bulunmadığı gibi, borçluyu takibe, borçluya karşı dava ikamesine mecbur değildir...”

(Bkz. http://www.tebfactoring.com.tr/sites/1/upload/files/Factoring_Sozlesmesi_V2-43.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 14:02).

³⁷⁵ EREN, Sözleşme Türleri, s. 93; EREN, Özel Hükümler, s. 924.

³⁷⁶ SOPRANZETTI, s. 339.

³⁷⁷ KAHRAMAN, s. 84.

³⁷⁸ ÖZAKMAN, s. 84.

³⁷⁹ KAHRAMAN, s. 84.

sözleşmelerinde, alacağı herhangi bir sebeple vadesinde tahsil edemeyen faktor, bakiye kısmı müşteriye ödemediği gibi, yaptığı ön ödeme tutarını, faizi, giderleri ve faktoring hizmet komisyonunu müşteriden talep edebilmektedir. Delkredere riskinin üstlenildiği faktoring sözleşmelerinde ise, alacağı vadesinde borçlunun ödeme gücünün bulunmaması ya da ödemeye istekli olmaması gibi bir sebep dışında, başka bir sebeple (devre konu alacağın doğumunu sonuçlayan satış sözleşmesinde malın teslim edilmemesi gibi) tahsil edemeyen faktor, bakiye kısmı müşteriye ödemediği gibi, yaptığı ön ödeme tutarını, faizi, giderleri ve faktoring hizmet komisyonunu müşteriden talep edebilmektedir.

Ön ödemesiz faktoringde faktor, en erken devredilen alacağın vadesinde müşteriye ödeme yapmaktadır. Bu tür faktoringde, söz konusu ödemenin devredilen alacağın vadesinden belli bir süre sonra veya tahsilinde yapılabileceği kararlaştırılabilmektedir. Faktor tarafından delkredere riskinin üstlenilmediği sözleşmelerde, ödeme genellikle alacağın tahsilinde yapılmaktadır³⁸⁰. Bu tür faktoringde de faktor, tahsil ettiği alacaktan giderleri ve faktoring hizmet komisyonunu mahsup ederek bakiyeyi müşteriye ödemektedir.

D. Faiz Ödeme Yükümlülüğü

Faktoring sözleşmelerinde faktorün kural olarak, faiz ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira faktoringin finansman işlevinin bulunduğu hâllerde, müşteri genellikle tüm ön ödeme limitini kullanmakta, faktor nezdinde üzerinde tasarruf edebileceği bir bakiye kalmamaktadır. Ancak sözleşmenin uygulanması sırasında, müşteri belli dönemlerde işletme kredisine ihtiyaç duymadığından veya faiz yükünü azaltmak istediğinden, tayin edilen limitlerin tamamını kullanmamaktadır. Bu hâlde tahsil edilen alacaklar, yapılan ön ödemeleri kapattığı gibi, müşteri lehine bir hesap

³⁸⁰ ÖZAKMAN, s. 84.

bakiyesi de oluşabilmektedir. Bu bakiye müşteri tarafından kullanılmadığında, faktörün kararlaştırılan oranda faiz ödemesi gerekmektedir. Ön ödemesiz faktoringde de, tahsil edilen alacağın taraflarca kararlaştırılan süreden sonra müşteriye ödenmesi hâlinde, faktörün faiz ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır³⁸¹.

Sözleşmede belirlenen ödeme limitlerinin dolması gibi bazı hâllerde de, müşteriye yapılan ödeme gecikebilmektedir. Zira finansman hizmeti sağlayan faktor müşterisine, her alıcının riskine göre ayrı bir işlem hacmi ve limit belirlemektedir. Ödemeler de, bu limitler çerçevesinde gerçekleşmektedir. Tahsil edilen alacağın müşteri lehine ödeme yükümlülüğü yarattığı hâllerde, geciken her bir ödeme için, faktörün kararlaştırılan oranda faiz ödemesi gerekmektedir³⁸².

E. Gerçek Faktoringde Müşterinin Borçlularının Borçlarını Ödememe ya da Ödeyememe Riskini Karşılama Yükümlülüğü³⁸³

Faktörün bu yükümlülüğüne, kredi açığını karşılama yükümlülüğü de denilmektedir³⁸⁴.

Bu yükümlülük, yalnızca gerçek faktoring sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır. Zira faktor, ancak bu tür faktoringde müşterinin borçlularının borçlarını ödememe ya da ödeyememe riskini üstlenmektedir. Faktörün bu riski karşılama yükümlülüğü, faktoring sözleşmesinde kararlaştırılan garanti hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu garanti kapsamında faktor, devraldığı alacakların tamamını veya bir kısmını borçludan tahsil edeceğini, tahsil edememesi halinde müşteriye başvurmayacağını taahhüt etmektedir³⁸⁵. Bu taahhüt, müşterinin borçlularının borçlarını

³⁸¹ ÖZAKMAN, s. 85.

³⁸² KAHRAMAN, s. 84, özellikle dn. 61,64.

³⁸³ EREN, Sözleşme Türleri, s. 93; EREN, Özel Hükümler, s. 924; KAHRAMAN, s. 86.

³⁸⁴ ÖZAKMAN, s. 84.

³⁸⁵ KAHRAMAN, s. 86; ÖZAKMAN, s. 84-85.

ödememe ya da ödeyememe riskini içerdiğinden³⁸⁶, müşteriden ya da edimdeki bir kusurdan kaynaklanan ödememe hâli, bu taahhüdün kapsamı dışında kalmaktadır³⁸⁷. Uygulamada kullanılan faktoring sözleşmelerinde faktorün bu yükümlülüğünün doğması için, devredilen alacağın vade tarihinde müşterinin borçlularının aczinin gerçekleşmiş olması veya iflâsına karar verilmiş bulunmasının kararlaştırıldığı görülmektedir³⁸⁸.

Faktor bu riski üstlenmeden önce, borçluların ödeme kabiliyeti hakkında bir araştırma yapmalıdır. Araştırma sonucunda, uygun bulmadığı alacaklarda bu riski üstlenmemelidir. Faktorün sözleşmede, borçluların ödeme kabiliyetini araştırdıktan sonra bu riski üstlenme hakkını saklı tutması da mümkündür. Böyle bir hâlde riskin üstlenilmesi, faktorün araştırma yapıp onay vermesine bağlıdır³⁸⁹.

³⁸⁶ “...FAKTOR tarafından belli alacak ve/veya borçlular için ayrıca yazılı olarak LOB ile taahhüt edildiği takdirde, borçlunun sadece aczinin sabit veya iflasına hüküm olunması sebebi nedeniyle ödeme güçsüzlüğünden, MÜŞTERİ’nin bir sorumluluğu yoktur...”

(Bkz. http://www.tebfactoring.com.tr/sites/1/upload/files/Factoring_Sozlesmesi_V2-43.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 14:02).

³⁸⁷ KAHRAMAN, s. 86.

³⁸⁸ “...Sadece borçlunun vade tarihinde aczinin gerçekleşmiş olması veya iflasına karar verilmiş bulunması şartına bağlı olarak yürürlüğe girebilecek bu garanti ve miktarı, borçlu için alacak, vadesi ve miktarı da açıkça belirtilerek, ancak LOB düzenlenmesi suretiyle yazılı olarak verilebilir...”

(Bkz. http://www.tebfactoring.com.tr/sites/1/upload/files/Factoring_Sozlesmesi_V2-43.pdf), (Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 14:02).

³⁸⁹ KAHRAMAN, s. 86-87.

F. Sır Saklama Yükümlülüğü³⁹⁰

İşletmelerin faaliyet alanları ile ilgili, herkes tarafından bilinmeyen ve kolaylıkla elde edilemeyen her türlü kayıt ve bilgi içeriği, ticari sır olarak değerlendirilmektedir. Bu sırların kamuya ve özellikle rakip işletmelere açıklanması, ilgili işletmenin ekonomik olarak zarar görmesine sebep olabilmektedir. Ticari sır olarak nitelendirilen şeyin başkalarınınca bilinmemesi, aleniyet kazanmaması, kavramın objektif ögesini, sır sahibinin, sır olarak nitelendirilen şeyin başkalarınınca öğrenilmemesine yönelik istemi ise, subjektif ögesini oluşturmaktadır³⁹¹.

Faktor, faktoring sözleşmesi bağlamında edimlerini yerine getirirken, müşterinin ticari kayıt ve bilgilerine vakıf olmaktadır. Bu kayıt ve bilgilerin bir kısmı, ticari sır niteliğinde olabilmektedir. Bu sebeple müşterinin ticari sır niteliğinde kayıt ve bilgilerine vakıf olan faktor, öğrendiği bu sırları üçüncü kişilere açıklamamalı, kendisinin ya da üçüncü kişilerin menfaati için kullanmamalıdır³⁹². Sır saklama yükümlülüğüne aykırılık hâlinde, zarar gören ve gizlilik alanı hukuka aykırı olarak ihlâl edilen müşteri³⁹³, TBK.'nın genel hükümleri ile ticari sırların korunmasına ilişkin hükümler içeren TTK. m. 54 vd. hükümleri uyarınca, faktor aleyhine bir takım hukuk davaları açabilmektedir³⁹⁴.

FKFFŞK. m. 41 ve 43/f.III hükmüne dayanılarak çıkarılan Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Mesleki Etik İlkeler m. 10'da da, müşteri sırrı başlığı altında, bu husus özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, birlik üyesi faktoring şirketleri, bilgi ve belge istemeye kanunen açıkça yetkili kişi ve merciler dışında,

³⁹⁰ KAHRAMAN, s. 87.

³⁹¹ TEKİN, Kemal Doruk; Banka Sırrı Kavramı Yönünden Bankalarda Sır Saklama Yükümlülüğü, Ankara 2010, s. 4.

³⁹² KAHRAMAN, s. 87.

³⁹³ TEKİN, s. 109.

³⁹⁴ TEKİN, s. 111.

müşterilerine ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri gizli tutmak ve özenle saklamak zorundadırlar.

G. Üstlendiği Diğer Edimleri Yerine Getirme Yükümlülüğü³⁹⁵

Faktor yukarıda açıklananlar dışında, faktoring sözleşmesi ile üstlendiği üretim ve pazarlama teknikleri ve vergiye ilişkin konularda danışmanlık hizmeti vermek, müşterinin yatırımlarını yönetmek gibi edimlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, azami özen göstererek yerine getirmelidir. Bu tür edimlerin çoğu iş görme faaliyetlerini içerdiğinden, bunlara bünyelerine uygun düştüğü ölçüde, TBK.'nın vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmalıdır³⁹⁶.

Devraldığı alacakları tahsil edememe riskine karşı, müşteriden teminat olarak bir miktar para alan faktor, sözleşme sonunda teminat olarak aldığı bu parayı da, iade etmekle yükümlüdür³⁹⁷.

IV. Faktoring Sözleşmesinin Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi

A. Kavram ve Tanım

19. yüzyılın ikinci yarısında gerçekleşen sanayi devrimi, toplumların sosyal ve ekonomik yapısında oldukça önemli değişikliklere sebep olmuştur. Bunun bir sonucu olarak, yeni üretim şekilleri ortaya çıkmıştır. Yeni üretim şekillerinin ortaya çıkması ile birlikte, kişiler arasındaki mal ve hizmet değişimini konu edinen bireysel sözleşmeler³⁹⁸

³⁹⁵ KAHRAMAN, s. 87.

³⁹⁶ KAHRAMAN, s. 87.

³⁹⁷ EREN, Sözleşme Türleri, s. 93; EREN, Özel Hükümler, s. 925.

³⁹⁸ Tarafların iradeleri birbiriyle uyuşuncaya kadar içeriğini tartıştıkları ve bunun sonucunda anlaşmaya varmaları hâlinde yaptıkları sözleşmelere, bireysel sözleşmeler denilmektedir. Bu şekilde tarafların özgür iradesi ile kurulan sözleşme, bir tarafın aleyhine hükümler içerse bile geçerli olmaktadır. Zira

de değişime uğramıřtır³⁹⁹. Bu değişime paralel olarak, çok sayıda kişi ile sözleşme yapan işletmeler, içerikleri önceden tek yanlı olarak hazırlanmış, aynı türdeki koşulları içeren sözleşmeler yapma ihtiyacı duymuřlardır⁴⁰⁰. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak, genel işlem koşulları ve bu koşulları içeren standart sözleşmeler ortaya çıkmıřtır⁴⁰¹.

Pratik bakımından zaman kaybına yol açmaması sebebi ile olumlu karşılanırsa da, bu tür koşulların genellikle sözleşmenin güçlü tarafınca hazırlanması ve karşı tarafın bu koşulları müzakere etme imkânının bulunmaması nedeniyle, kişilerin bu koşullara karşı korunması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıřtır⁴⁰².

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK.'nda, genel işlem koşulları ile ilgili hükümler bulunmasına rağmen, mülga BK.'nda, bu konuda hüküm bulunmamaktadır. Ancak TBK.'ndan daha önce, hukukumıza genel işlem koşulları ile ilgili pozitif düzenlemenin, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen m. 6 ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında

tarafılar bilerek ve isteyerek, kendi aleyhlerine olan sözleşme hükümlerini kabul etmektedirler. Bireysel sözleşme, sözleşme denildiği zaman akla ilk gelen, alışlagelmiş klâsik sözleşme türüdür. Ancak standart sözleşmelerde, bireysel sözleşmelerin müzakere safhası ortadan kalkmakta, sözleşme hükümleri, işletmeciler tarafından tek taraflı olarak önceden hazırlanmaktadır (Bkz. AÇIKGÖZ, Osman; Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 182; AKMAN, G. Sermet; Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 86-87; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 154).

³⁹⁹ AÇIKGÖZ, s. 203.

⁴⁰⁰ KÜÇÜKYALÇIN, Arzu; “Karşılaştırılmal Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD., C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 110; AÇIKGÖZ, s. 206; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 155.

⁴⁰¹ ATAMER, Yeşim M.; Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İstanbul 2001, s. 7.

⁴⁰² YOKET, Yasemin/GÜLER, Selin; “Genel İşlem Şartlarının Yorum Yoluyla Denetimi”, İBD., Y. 77, S. 2, Mayıs 2012, s. 250; KÜÇÜKYALÇIN, s. 112.

Yönetmelik ile girdiği anlaşılmaktadır⁴⁰³. Ancak bu düzenleme ile yalnızca tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetlenmesi imkânı getirilmiştir. Bununla birlikte, tüketici olmayanlara karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetimi, bu düzenlemenin dışında bırakılmıştır. TBK.’nda yapılan düzenlemenin ise tüketici, esnaf ve tacir ayrımı yapılmadan herkese uygulanma imkânı bulunmaktadır. Zira TBK.’ndaki genel işlem koşulları ile ilgili düzenlemelerde, kişi bakımından uygulama alanı ile ilgili bir sınırlama yapılmamıştır⁴⁰⁴.

⁴⁰³ AYDOĞDU, Murat; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, DEÜHFD., C. 13, S. 2, Y. 2011, s. 1-2; AYDOĞDU, Murat; “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, s. 571-572; ATAMER, Yeşim M.; “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, s. 9-10; KUNTALP, Erden; “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, s. 81; SİRMEN, Lâle; “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8 Nisan 2011, s. 109.

⁴⁰⁴ AKÇAAL, Mehmet; “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, GÜHFD., C. XVIII, S. 1, Y. 2014, s. 52; ATAMER, Yeşim M.; “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?-Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 103; ATAMER, Genel İşlem Koşulları, s. 10; AYDOĞDU, Konu, s. 3; AYDOĞDU, Kişi, s. 573; YOKET/GÜLER, s. 250; Tüketicilere nazaran daha sınırlı olmak üzere, esnaf ve tacirlerin de genel işlem koşullarına karşı korunması gerekmektedir. Özellikle esnaf ve tacirlerin pazarlık imkânının bulunmadığı rekabete kapalı sektörlerde, bu ihtiyaç daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır (Bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 53).

Genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler, altı madde hâlinde TBK. m. 20-25 arasında yer almaktadır. TBK. m. 20’de genel işlem koşullarının unsurlarına, m. 21’de genel işlem koşullarının kapsamına ve yazılmamış sayılma yaptırımına, m. 22’de yazılmamış sayılmanın diğer sözleşme hükümlerine etkisine, m. 23’de genel işlem koşullarında bulunan bir hükmün nasıl yorumlanacağına, m. 24’de genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede ya da ayrı bir sözleşmede yer alan, düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağına, m. 25’de genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁴⁰⁵. Genel işlem koşullarına ilişkin TBK.’nda yer alan düzenlemeler, emredici⁴⁰⁶ niteliktedir⁴⁰⁷.

Taraflardan birinin ileride birden çok benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek taraflı olarak hazırladığı, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa sunduğu, sözleşmenin içeriğine ilişkin standartlaştırılmış hükümlere, genel işlem koşulları denilmektedir⁴⁰⁸. Bu koşullar, sözleşme metninde yer alabildikleri gibi, sözleşmenin ekinde de bulunabilmektedirler.

⁴⁰⁵ AYDOĞDU, Konu, s. 2; AYDOĞDU, Kişi, s. 572.

⁴⁰⁶ Bir hukukî ilişkinin taraflarınca aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan düzenlemelere, emredici düzenlemeler denilmektedir (Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 84).

⁴⁰⁷ AYDOĞDU, Konu, s. 11.

⁴⁰⁸ OĞUZ, Cemal; Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 1993, s. 11; YELMEN, Adem; Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara, 2014, s. 48; AKMAN, Sorumsuzluk, s. 88; EREN, Genel Hükümler, s. 215; SİRMEN, Genel İşlem Şartları, s. 111; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 156.

Genel işlem koşullarının yoğun bir şekilde kullanıldığı sözleşmelere, standart sözleşmeler denilmektedir⁴⁰⁹. Bireysel sözleşmelerden farklı olarak bu tür sözleşmelerde, tarafların bir araya gelerek sözleşme koşullarını müzakere etmeleri söz konusu değildir⁴¹⁰. Uygulamada standart sözleşme kavramı yerine, formüler, çerçeve, tip, seri, kitlesel sözleşme kavramları da kullanılmaktadır. Her ne kadar uygulamada standart sözleşme kavramı yerine, katılmalı (iltihakî) sözleşme⁴¹¹ kavramı kullanılsa da, bu iki kavram aynı anlama gelmemektedir⁴¹².

B. Hukukî Niteliği ve Unsurları

TBK. m. 20/f.I'de, genel işlem koşullarının hukukî niteliğini ve unsurlarını belirtir şekilde, tanımı yapılmıştır. Buna göre, *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”*

Genel işlem koşulları, somut bir olay dikkate alınmadan, önceleri Alman Yüksek Mahkemeleri tarafından hukukî normlar olarak nitelendirilmiştir. Ancak genel işlem koşullarını, hukukî normlar olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira hukukî normlar, temelde çıkarların adil olarak dengelenmesine hizmet etmesine rağmen, genel işlem koşullarında böyle bir nitelik bulunmamaktadır. Aksine genel işlem koşulları, bir

⁴⁰⁹ SİRMEN, Genel İşlem Şartları, s. 111.

⁴¹⁰ BAŞALP, Nilgün; Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 27, dn. 84.

⁴¹¹ Standart sözleşme kavramı, iltihakî sözleşme kavramını da içine alan daha geniş bir terimdir. İltihakî sözleşmeler, bir kamu hizmeti yerine getiren, hukukî ve fiili olarak tekel olan su, elektrik, doğalgaz, taşıma hizmeti gibi hizmetler veren kurumlara ait formüle sözleşmelerdir (Bkz. AYDOĞDU, Konu, s. 6-7).

⁴¹² AYDOĞDU, Konu, s. 6.

tarafın kendi yararını gözeterek hazırlanmaktadır⁴¹³. Öte yandan, genel işlem koşullarının hukukî normlar olarak kabul edilmesi, teknik hukuk bakımından da uygun değildir. Bunları hazırlayanlar, objektif hukuk kuralları koymaya yetkili olan kişiler değildir. Zira anayasalara göre kanun koyma yetkisi kişilere değil, meclislere ait bir yetkidir. Açıklanan bu sebeplerle, genel işlem koşullarının hukukî normlar olduğu yönündeki görüş, sonraları tamamen terkedilmiştir. Genel işlem koşulları, örf ve adet hukukuna ait kurallar olarak da değerlendirilemezler. Zira uzun süre, devamlı ve toplu bir uygulama olarak ortaya çıkmamışlardır. Sözleşmelerin kurulmasına temel teşkil edecek olan genel işlem koşulları, hukukî bakımdan herhangi bir anlam ifade etmezler. Ancak sözleşmenin içeriğine dâhil olduktan sonra, hukukî bakımdan bir anlam ifade ederler. Bunun öncesinde hukukî nitelik olarak, sözleşmenin kurulması için icaba davet olarak nitelendirilebilirler⁴¹⁴.

Genel işlem koşullarının unsurları, bir sözleşmenin hükümleri olması, önceden tek taraflı olarak hazırlanması, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacı taşıması, sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu aşamasında sunması olarak sıralanmaktadır⁴¹⁵.

Bir sözleşmenin hükümleri olması; genel işlem koşulları kural olarak bir sözleşmenin hükümleri olup, sözleşmenin içeriğini oluşturmak için hazırlanmaktadır. Bununla birlikte sözleşmelerde, genel işlem koşulu niteliğinde olmayan, özel düzenlemeler de yer almaktadır⁴¹⁶.

Önceden tek taraflı olarak hazırlanması; sözleşme hükümlerinin somut bir sözleşme için değil, ileride kurulma ihtimali bulunan çok sayıda sözleşme için önceden tek taraflı olarak hazırlanmasıdır. Bunlar, ileride farklı müşteriler ile kurulacak aynı

⁴¹³ AYDOĞDU, Konu, s.17.

⁴¹⁴ AKMAN, Sorumsuzluk, s. 88-89; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 157.

⁴¹⁵ YELMEN, s. 52.

⁴¹⁶ YELMEN, s. 52.

türden, birden fazla sözleşme için, genelde basılı⁴¹⁷ olarak hazırlanmaktadır⁴¹⁸. Tek taraflı ifadesi ile anlatılmak istenen, genel işlem koşullarının hazırlanmasında karşı tarafın yer almaması, bunları tek taraflı olarak hazırlayıp karşı tarafa sunanın, sözleşme hükümlerini müzakere etme, tartışma amacını taşımamasıdır. Bu hâl, sözleşme özgürlüğünün en temel ilkelerinden biri olan, tarafların eşitliği ilkesini ortadan kaldırmaktadır. Karşılıklı müzakere söz konusu ise, genel işlem koşullarından bahsedilememektedir⁴¹⁹. Genel işlem koşullarının, sözleşme taraflarından biri tarafından bizzat hazırlanması gerekmemektedir. Uygulamada genel işlem koşulları içeren bir kısım standart sözleşmelerin, esasen taraflardan biri tarafından hazırlanmadığı, sözleşme ilişkisi dışında üçüncü bir kişi ya da kurum tarafından hazırlanan genel işlem koşullarını, kendi lehine olması sebebiyle, sözleşme ilişkisinde güçlü olan tarafın, karşı tarafa kabul ettirdiği görülmektedir. Bu hâl, tek yanlı olarak hazırlanması unsurunu zedelememektedir⁴²⁰. Faktoring sözleşmelerinin genellikle bu şekilde hazırlandığı, yargıya yansıyan uyuşmazlıklardan anlaşılmaktadır.

İleride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacı taşıması; genel işlem koşullarından bahsedilebilmesi için, bunların en az ikiden fazla sözleşmede kullanılma amacı ile hazırlanması gerekmektedir. Bu unsur, esasen genel işlem koşullarının ortaya çıkış sebebini de açıklamaktadır⁴²¹. Zira genel işlem koşulları, hukuk normlarına benzer şekilde, genel ve soyut olarak hazırlanmaktadır. Başka bir deyişle, koşulların oluşumu aşamasında belirli kişi veya kişiler düşünülmemektedir⁴²².

⁴¹⁷ AKMAN, G. Sermet; “Genel İşlem Şartları”, GYD., S. 35, Y. 1979, s. 14.

⁴¹⁸ YELMEN, s. 53.

⁴¹⁹ AYDOĞDU, Konu, s. 13-14; ATAMER, Değerlendirme Kriterleri, s. 104; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 157-158; YELMEN, s. 54.

⁴²⁰ AYDOĞDU, Konu, s. 14.

⁴²¹ YELMEN, s. 55.

⁴²² AYDOĞDU, Konu, s. 17.

Sözleşmenin bir tarafının diğer tarafına, sözleşmenin kuruluşu aşamasında sunması; genel işlem koşullarından bahsedebilmek için gerekli olan bir diğer unsur ise, hazırlanan bu koşulların sözleşmenin kurulması aşamasında, bir tarafça diğer tarafa sunulmasıdır⁴²³.

Taraflarca ayrı ayrı ele alınarak tartışılması durumunda, genel işlem koşulları bireysel sözleşme hükümlerine dönüşmekte, aksi halde genel işlem koşulu olarak varlığını sürdürmektedir. BGB. § 305/(1)'in üçüncü cümlesinde, sözleşme şartlarının taraflar arasında tek tek müzakere edilmesi hâlinde, genel işlem koşullarının varlığından söz edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. TBK.'nda ise, bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TBK. m. 20/f.III hükmünden de aynı sonuç çıkmaktadır. Zira TBK. m. 20/f.III'e göre, *“Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”* Bu hükmün karşıt anlamından ve yorumundan çıkan sonuç, tartışılarak kabul edilen sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olmadığıdır⁴²⁴. Bunlardan hangisinin söz konusu olduğunun saptanması önemlidir. Zira genel işlem koşullarının varlığı hâlinde, daha sıkı bir denetim uygulanması gerekmektedir⁴²⁵. Bireysel sözleşmenin söz konusu olduğu hâllerde ise, TBK.'nun sözleşme özgürlüğünü sınırlayan genel hükümleri bağlamında, değerlendirme yapılması gerekmektedir⁴²⁶.

⁴²³ YELMEN, s. 57.

⁴²⁴ YELMEN, s. 59-60.

⁴²⁵ SARAÇ, s. 122.

⁴²⁶ ATAMER, Değerlendirme Kriterleri, s. 104.

C. Genel İşlem Koşullarının Faktoring Sözleşmesi Açısından Yürürlük, Yorum ve İçerik Denetimi

Yukarıdan beri açıklanan hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, uygulamada genel olarak standart faktoring sözleşmelerinin kullanıldığı ve bu sözleşmelerde birçok genel işlem koşuluna yer verildiği görülmektedir. TBK.’nın genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerinin, bu Kanun’un yürürlük tarihi olan 01.07.2012’den önce imzalanmış faktoring sözleşmelerine uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Ancak bu tarihten sonra imzalanacak faktoring sözleşmelerindeki genel işlem koşullarının, TBK.’nda yer alan hükümler doğrultusunda yürürlük, yorum ve içerik denetiminin yapılması mümkündür⁴²⁷.

a) Genel İşlem Koşullarının Yürürlük Denetimi

Sözleşme kapsamına dâhil edilip edilmediğinin belirlenmesi için, genel işlem koşullarının yürürlük denetiminin yapılması gerekmektedir. Buna aynı zamanda, bağlayıcılık denetimi de denilmektedir⁴²⁸. TBK. m. 21, 22 ve 24’te, genel işlem koşullarının yürürlük denetimine ilişkin hükümler yer almaktadır. TBK. m. 21/f.I’e göre; *“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.”* Bu madde hükmüne göre faktoring sözleşmelerinde, müşterinin menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına girmesi için, iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi, sözleşmenin yapılması sırasında faktoring şirketinin müşteriye, genel işlem koşullarının varlığı

⁴²⁷ SARAÇ, s. 133.

⁴²⁸ AKÇAAL, s. 55; BAŞALP, Sorumsuzluk, s. 32.

hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme imkânı tanınmasıdır. Bu aşamanın sağlanmasından sonra, müşterinin de genel işlem koşullarını kabul etmesi gerekmektedir⁴²⁹. Genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi verilip, içeriğinin öğrenilmesinden kastedilen, müşteriye bir şekilde bu koşulların açıklanarak öğrenmesinin sağlanmasıdır. Bu sebeple, müşterinin genel işlem koşullarını öğrenmesine imkân tanıyan her türlü bildirim şekli geçerlidir. Önemli olan, bildirim şeklindeki yöntem değil, müşterinin genel işlem koşullarının varlığını öğrenip öğrenmediğidir⁴³⁰. Uygulamada bu koşullar, genel işlem koşulları içeren sözleşme hükümlerinin müşteriye açıklanıp, bir nüshasının da ona verilmesi, bu hususta imzasının alınması ile gerçekleştirilmektedir⁴³¹. Müşterinin genel işlem koşullarının varlığını öğrendiğinin ispat yükü, faktoring şirketine aittir⁴³².

Burada yeri gelmişken, şu hususun özellikle belirtilmesi gerekmektedir. Genel işlem koşullarının içeriğinin müşteri tarafından öğrenilmesine imkân tanınması, faktoring şirketinin bu koşulları tek tek ele alarak, müşteri ile müzakere etmesi, tartışması anlamına gelmemektedir. Eğer faktoring şirketi, müşteri ile genel işlem koşullarının içeriği hakkında bir müzakereye ve pazarlığa giriyorsa, bu müzakere ve pazarlık sonucunda da genel işlem koşulları müşteri tarafından kabul ediliyorsa, genel işlem koşullarının varlığından bahsetmek mümkün değildir⁴³³. Böyle bir hâlde, genel işlem koşulları bireysel sözleşme hükmüne dönüşmekte ve denetimi de söz konusu olmamaktadır⁴³⁴.

⁴²⁹ YELMEN, s. 82.

⁴³⁰ YELMEN, s. 83.

⁴³¹ YELMEN, s. 84.

⁴³² YELMEN, s. 83-84.

⁴³³ ATAMER, Genel İşlem Koşulları, s. 20-21; YELMEN, s. 85-86.

⁴³⁴ Bu sebeple, genel işlem koşullarına ilişkin yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşılaşmak istemeyen faktoring şirketlerinin, genel işlem koşulları içeren sözleşme hükümleri yönünden, müşteri ile

Genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin ikinci şartı, müşterinin bunları kabul etmesidir⁴³⁵. Bu kabul açık şekilde olabileceği gibi, örtülü ya da global kabul şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Müşterinin genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesini, sözlü veya yazılı olarak açıkça onaylaması hâlinde, açık kabul söz konusu olmaktadır⁴³⁶. Müşterinin genel işlem koşullarını içeren faktoring sözleşmesini imzalaması, kendisine teslim edilen genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesini beyanı ile kabul etmesi hâlinde, durum böyledir⁴³⁷. Genel işlem koşullarının varlığı konusunda müşteriye uyaran faktoring şirketinin icabının, müşteri tarafından örtülü bir şekilde kabul edilmesi de mümkündür. Örtülü kabul, aktif bir davranışla ifade edilebileceği gibi, istisnai hallerde susma da, örtülü kabul olarak kabul edilmektedir⁴³⁸. Her somut olayın özelliğine göre, bu durumun hâkim tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Global kabulde ise esasen müşteri, genel işlem koşullarını okuyup anlayarak, bunların sözleşme kapsamına girmesine onay vermemektedir. Değiştirme ümidi ve çoğu zaman anlama imkânı olmayan genel işlem koşullarını, okumadan kabul etmektedir⁴³⁹. Genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgi verilip, bunların müşteri tarafından öğrenilmesine imkân tanınmasından sonra gerçekleşen

karşılıklı olarak görüşüp, pazarlık yapmaları gerektiği yönündeki görüş isabetli değildir (Bkz. SARAÇ, s. 134).

⁴³⁵ YELMEN, s. 86.

⁴³⁶ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 20.

⁴³⁷ ATAMER, Yeşim M.; Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 99.

⁴³⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 99-100.

⁴³⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 102.

global kabul, güven kuramı uyarınca geçerlidir⁴⁴⁰. Uygulamada da genellikle gerçekleşen kabul türü budur.

TBK. m. 21/f.II’de, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı⁴⁴¹, m. 22’de, sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı, bu hâlde düzenleyenin, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı, diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği⁴⁴², m. 24’te ise, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan, düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağı⁴⁴³ düzenlenmiştir. TBK. m. 21, 22 ve 24’te düzenlenen yazılmamış sayılma

⁴⁴⁰ KAŞAK, Esra; “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, İÜHFD., C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 416-417; YELMEN, s. 91.

⁴⁴¹ “...İpotek akit tablosunda ipotek verenin ipotek limiti kadar müşterek borçlu ve kefil olduğu belirtilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 21/son maddesine göre sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. İpotek akit tablosunda ipotek verenin ayrıca müteselsil kefil olduğuna ilişkin kayıt ipotek sözleşmesinin niteliğine ve özelliğine uygun değildir. Ancak ipotek 26.03.2008 tarihinde tesis edilmiş olup tesis edildiği tarih itibarıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte değildir. 6101 sayılı Yürürlük Kanunun 1. maddesi ve 7. maddesinin olayda uygulanma yeri bulunmadığından davacı bankanın ipotek akit tablosunda ipotek limiti kadar müteselsil kefil olduğu belirtilen davalı aleyhine takip tarihinde yürürlükte bulunan hükümlere göre takip yapabilir...” Yarg. 19. HD., T. 13.02.2013, 2012/14777 E., 2013/2711 K. (Kişisel Arşiv).

⁴⁴² TBK. m. 22’nin ortaya çıkardığı en önemli sonuç, geçersiz olan genel işlem koşullarının yürürlüğe girmemesi ve ancak buna rağmen sözleşmenin geçerliliğini korumasıdır. Başka bir deyişle, TBK. m. 27/f.II’de düzenlenen kısmi hükümsüzlük hali kural olarak burada uygulanmamaktadır (Bkz. KUNTALP, Genel İşlem Koşulları, s. 96).

⁴⁴³ Bu düzenleme ile birlikte, borçlar hukukunda yeni bir geçersizlik türü öngörülmüştür (Bkz. AKÇAAL, s. 56).

ifadesi ile anlatılmak istenilen, yazılmamış sayılan koşullar yokmuş gibi kabul etmektir. Yani bu koşulların üzeri çizilerek, sözleşme diğer hükümleri ile varlığını sürdürmektedir. Genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması için, herhangi bir irade açıklamasına ya da dava açılmasına gerek bulunmamaktadır⁴⁴⁴. Genel işlem koşulları içeren bir faktoring sözleşmesinde faktoring şirketi, bu koşulların varlığı konusunda, en geç sözleşmenin kurulması aşamasında müşteriye açıkça bilgilendirdiğini, müşteriye bunları öğrenme imkânı tanıdığını ve müşterinin bu koşulları kabul ettiğini ispatlayamazsa, bu koşulların yazılmamış sayıldığı kabul edilmeli, sözleşme diğer hükümleri ile varlığını sürdürmelidir. Faktoring sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları, yazılmamış sayılmalıdır. Faktoring sözleşmesi ile müşterinin, faktoring şirketinin başka bir müşterisine ait faktoring sözleşmesi için ipotek vereceğinin kararlaştırılması hâlinde durum böyledir. Faktoring şirketi kural olarak, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Ancak yazılmamış sayılan hükümlerin, sözleşmenin esaslı unsurları olup olmadığı ve TBK. m. 1'e göre sözleşmenin kurulup kurulmadığı özellikle değerlendirilmelidir⁴⁴⁵. Yani yazılmamış sayılan koşullara rağmen, tarafların üzerinde anlaştığı hususların bir sözleşme kurmak için yeterli olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer sözleşmenin kurulduğu kabul edilebiliyorsa, o zaman sözleşmede düzenlenmemiş hususlar dolayısıyla doğan boşluklar⁴⁴⁶, hâkim tarafından, ya yedek hukuk kurallarına ya da tarafların farazî iradelerine göre doldurulmalıdır⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ AKÇAAL, s. 57.

⁴⁴⁵ ORAL, Tuğçe; Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara 2014, s. 114.

⁴⁴⁶ Tarafların sözleşmeye ilişkin hukukî bir sorunu hiç veya yetersiz olarak düzenlemiş olmaları hâlinde, sözleşme boşluğunun varlığından bahsedilmektedir. Böyle bir boşluğun bulunup bulunmadığını tespit etmek için, hâkim tarafından öncelikle sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir. Tarafların beyanları, sözleşme metni, yazışmalar, sözleşme görüşmeleri gibi tüm unsurların değerlendirilmesine rağmen, ortaya çıkan uyuşmazlığa uygulanacak bir sözleşme hükmü bulunamıyorsa, sözleşmede

Yürürlük denetimi yoluyla, uygulamada karşılaşılan birçok hâlde, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine aslında hiç dâhil edilmediği saptanarak, sorunun ilk aşamada halledilmesi mümkündür⁴⁴⁸.

Genel işlem koşullarının yürürlük denetimi, kuşkusuz çok önemlidir. Ancak uygulamada da görüldüğü gibi, bankalar ve faktoring şirketleri gibi büyük işletmelerin, bu konuda Kanun'da aranan ölçütlere çok çabuk ayak uydurdukları ve bu denetimi büyük ölçüde etkisiz bıraktıkları görülmektedir. Genel işlem koşulları içeren basılı standart sözleşmeler müşteriye verilerek, bireysel sözleşme hükümleri de doğrudan bu sözleşmeye eklenerek, müşterinin imzasının alınması ile çoğu zaman yürürlük denetimi imkânı ortadan kaldırılmaktadır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler bakımından, daha sıkı ön koşullar kabul edilse bile, büyük işletmeler kolaylıkla bu ön koşulları da yerine getirmektedirler. Bu sebeple yargı yerlerinde, yorum ve içerik denetimine ağırlık verilmesi gerekmektedir⁴⁴⁹.

b) Genel İşlem Koşullarının Yorum Denetimi

Genel işlem koşullarının yorum denetiminin yapılması için, öncelikle bu koşulların yürürlük denetiminin yapılıp, sözleşme kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. TBK. m. 23'te, genel işlem koşullarının yorum denetimine ilişkin hüküm yer almaktadır. TBK. m. 23'e göre, "*Genel işlem koşullarında yer alan*

boşluk olduğu kabul edilmelidir (Bkz. ATAMER, M. Yeşim; "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", İÜHFM., C. LXIII, S. 1-2, Y. 2005, s. 174-175; Sözleşme boşluğu kavramı konusunda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AKSOY DURSUN, Sanem; Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008, s. 73 vd.; KAPLAN, İbrahim; Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 83 vd.).

⁴⁴⁷ ATAMER, Genel İşlem Koşulları, s. 32.

⁴⁴⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 19.

⁴⁴⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 122.

bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.” Madde hükmünde, genel işlem koşullarının yorumlanması için bazı koşullar ve bir yorum yöntemi öngörülmüştür. Buna göre, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün yorum denetiminin yapılabilmesi için, onun açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi gerekmektedir. Bu niteliğe sahip olan bir hüküm, düzenleyen aleyhine ve fakat karşı tarafın lehine yorumlanmalıdır⁴⁵⁰. Zira genel işlem koşulunu düzenleyen, bu koşulun açık ve tek anlamlı olmasını sağlamak zorundadır⁴⁵¹.

Buna göre yürürlük denetiminin yapılması sonucu, faktoring sözleşmesinin kapsamına girdiği anlaşılan genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, tartışmaya sebep olmayacak bir anlama⁴⁵² sahip olmaması, başka bir deyişle açık ve anlaşılır olmaması ya da birden fazla anlama gelmesi hâlinde, bu hüküm, faktoring şirketinin aleyhine, müşterinin ise lehine yorumlanmalıdır. Örneğin uygulamada faktoring sözleşmelerinde yer alan, *“Alacağı ne kadar olursa olsun müşteri, factor tarafından istenecek tür ve miktarda teminat vermekle yükümlüdür”* şeklindeki bir genel işlem koşulu, açık ve anlaşılır olmadığından ve birden fazla anlama gelebileceğinden faktoring şirketinin aleyhine, müşterinin lehine yorumlanmalıdır. Yine faktoring sözleşmelerinde yer alan, *“Müşteri, borçlulardan doğan, doğacak her nevi alacaklarını iş bu sözleşmeyle factore her türlü teminat, faiz ve teferruatıyla birlikte devretmiştir”* şeklindeki bir genel işlem koşulunda da, durum böyledir⁴⁵³.

⁴⁵⁰ BAŞALP, Sorumsuzluk, s. 32; YELMEN, s. 112; TBK. m. 23’te yer alan bu düzenleme, Roma Hukuku’ndan beri kabul edilen sözleşmenin şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanması (in dubio contra stipulatorem) ilkesinin bir uygulaması olarak ortaya çıkmıştır (Bkz. AKÇAAL, s. 59).

⁴⁵¹ AKMAN, Sorumsuzluk, s. 94.

⁴⁵² YELMEN, s. 112.

⁴⁵³ SARAÇ, s. 135.

Genel işlem koşullarının yorum denetimi, içerik denetiminden önce gelmektedir. Gerçekten de genel işlem koşulları arasında yer alan bir hükmün, ancak yorumlanıp içeriğinin belirlenmesinden sonra, belirlenen içerikle denetimden geçip geçmeyeceği anlaşılabilmektedir⁴⁵⁴.

c) Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi

Genel işlem koşullarının içerik denetiminin yapılması için de, öncelikle bu koşulların yürürlük denetiminin yapılıp, sözleşme kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. TBK. m. 25'te, genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin hüküm yer almaktadır. TBK. m. 25'e göre, "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*"

Genel işlem koşullarının içerik denetimi, denetimin asıl can alıcı safhasını oluşturmaktadır⁴⁵⁵. İçerik denetimi ile taraf menfaatlerinin hakkaniyete uygun bir şekilde dengelenmesi amaçlanmaktadır⁴⁵⁶. TBK. m. 25'te, genel işlem koşullarının içerik denetimi bakımından tek ölçüt, dürüstlük kuralı olarak belirlenmiş⁴⁵⁷, bunun ötesinde hâkime yol gösterecek başkaca bir ölçüt belirlenmemiştir⁴⁵⁸. TBK. m. 25'in gerekçesinde, BGB. § 307'den esinlenildiği yazılmıştır. Ancak, BGB. § 307'de hangi hâllerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği, m. 25'ten farklı olarak açıkça

⁴⁵⁴ SİRMEN, Genel İşlem Şartları, s. 119.

⁴⁵⁵ ATAMER, Genel İşlem Koşulları, s. 41; ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 25.

⁴⁵⁶ BAŞALP, Sorumsuzluk, s. 33; BAŞALP, Nilgün; "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 233.

⁴⁵⁷ YELMEN, s. 124.

⁴⁵⁸ ATAMER, Genel İşlem Koşulları, s. 41.

düzenlenmiştir. Yine BGB. § 308 ve § 309’da, 21 bent halinde, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek hâller örnek olarak açıklanmıştır. Her ne kadar etkin bir içerik denetimi için TBK. m. 25 hükmünün sakıncalı olduğu, içerik denetiminden amacın dürüstlük kuralına aykırı dengesizlikleri gidermek ise, bu dengesizliğin hangi ölçütlere göre belirleneceğinin hâkime yol göstermek bağlamında, açıkça düzenlenmesi gerektiği doktrinde savunulmuş⁴⁵⁹ ise de, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce, kanun koyucu burada bilinçli olarak hüküm içi bir boşluk yaratmış, hükmün sınırlarını geniş tutmak suretiyle, olayların özelliklerine göre kuralın ferdileştirilmesi görevini hâkime bırakmıştır⁴⁶⁰.

Her somut olayın özelliğine göre, “*dürüstlük kurallarına aykırı*” ifadesinin içeriğinin, hâkim tarafından doldurulması gerekmektedir. Dürüstlük kuralı, genel olarak bir kimseden namuslu, dürüst ve makûl bir insan olarak beklenen davranış biçimidir. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı, toplumda egemen olan ahlâkî kurallara, geçerli âdetlere ve hukukî ilişkilerin kapsamına göre belirlenmelidir. TMK. m. 2’de herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme bağlamında, hukukumuzda dürüstlük kuralı özellikle sözleşmelerin, daha genel bir ifade ile hukukî işlemlerin yorumlanmasında ve borçların ifasında önem arz etmektedir⁴⁶¹.

Hâkim, sözleşme kapsamına giren bir genel işlem koşulunun, dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığını tespit ederken, bir takım ölçütlerden hareket edebilmektedir⁴⁶².

⁴⁵⁹ ATAMER, Genel İşlem Koşulları, s. 41-42.

⁴⁶⁰ EDİS, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 132.

⁴⁶¹ OĞUZMAN/BARLAS, s. 250-251.

⁴⁶² YELMEN, s. 132.

İçerik denetiminde hâkime yol gösterecek birinci ölçüt, TBK. m. 25'in sevkedilmesinde kanun koyucunun esinlendiğini belirttiği, BGB. § 307 hükmüdür. Hükümde hangi hâllerde, genel işlem koşullarını kullananların dürüstlük kuralına aykırı hareket ettikleri belirtilmiştir. Hükümün birinci fıkrasına göre, kullananın genel işlem koşullarına dâhil ettiği, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek nitelikte, karşı tarafın mağdur olmasına sebebiyet veren koşullar geçersiz olup, açık ve anlaşılabilir olmayan koşullar da, aşırı mağduriyet sonucunu doğurabilmektedir. İkinci fıkrasına göre ise, şüphe hâlinde bir genel işlem koşulu, kanunî düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyuşmuyor, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa, söz konusu koşulun, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde, karşı tarafın mağduriyetine sebebiyet verdiği kabul edilmektedir⁴⁶³. BGB. § 308 ve § 309'da da, 21 bent halinde, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek haller örnek olarak sayıldığından, hâkim içerik denetimi yaparken, bu hükümlerden ve özellikle Alman mahkeme kararlarından da faydalanabilecektir⁴⁶⁴. Bu açıklamalar ışığında, faktoring sözleşmesinin kapsamına giren bir genel işlem koşulu, faktoring işleminin temel düşüncesinden farklılaşmış, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak biçimde sınırlıyorsa, söz konusu koşul, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilecektir. Zira böyle bir hâlde, bu koşulun müşterinin mağduriyetine sebebiyet verdiğinden şüphe edilmemelidir. Yalnız bu ölçüt uygulanırken, genel işlem koşulunun faktoring işleminin temel düşüncesinden farklılaşıp farklılaşmadığı, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel ve hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak biçimde sınırlandırıp sınırlandırmadığı, dikkatle tetkik

⁴⁶³ YELMEN, s. 129.

⁴⁶⁴ YELMEN, s. 130.

edilmelidir. Bu anlamda, hak dengesini bozmayan, mağduriyete sebebiyet vermeyen bir genel işlem koşulunun, dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilemez.

İçerik denetiminde hâkime yol gösterecek ikinci ölçüt, TTK. m. 55/f.I-b.f hükmüdür. Bu hükme göre, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngören, önceden yazılmış genel işlem koşullarını kullananlar, dürüstlük kuralına aykırı davranmış olmaktadırlar⁴⁶⁵. Bu açıklamalar ışığında, faktoring sözleşmesinin kapsamına giren bir genel işlem koşulu, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanunî düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılıyorsa, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngörüyorsa, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilecektir. Kanun hükmünde kullanılan, “*önemli ölçüde*” ayrılma ve aykırı olma şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayın özelliğine göre, hâkim tarafından takdir edilmesi gerekmektedir.

İçerik denetiminde hâkime yol gösterecek üçüncü ölçüt, tüketici hukukunda uygulama yeri bulan kurallardır⁴⁶⁶. Ancak faktoring sözleşmesi gibi tacirler arasındaki hukukî ilişkilerde, bu kurallar uygulanırken dikkatli davranılmalı, işlemin özelliği ve tarafların niteliği dikkate alınmalıdır.

İçerik denetiminde hâkime yol gösterecek dördüncü ölçüt, İsviçre Medeni Kanunu ve oradaki yargı kararları ile Yargıtay’ın önceki tarihli kararlarıdır⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ YELMEN, s. 129-130.

⁴⁶⁶ YELMEN, s. 130.

⁴⁶⁷ YELMEN, s. 130-131.

V. Faktoring Sözleşmesinin Teminat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

İki veya daha fazla kişi arasında var olan, bunlardan birini, diğerine karşı bir edimde bulunma yükümlülüğü altına koyan hukukî ilişkiye, borç ilişkisi denilmektedir⁴⁶⁸. Bu ilişki, borçlu yönünden bir borcu, alacaklı yönünden bir alacak hakkını ifade etmektedir. Borç ilişkisi niteliği gereği nisbî bir ilişki olduğundan, alacaklı kural olarak alacağını, yalnızca borçludan talep edebilmektedir⁴⁶⁹. Borçlu, her zaman borcunu kendi isteği ile yerine getirmediğinden, alacaklının hakkı, borçluyu borcunu yerine getirmeye zorlayacak bir unsurla güçlendirilmiştir. Bu unsur, sorumluluk kavramı ile ifade edilmektedir. Sorumluluk kavramı, borcunu kendi isteği ile yerine getirmeyen borçlunun malvarlığına, devlet güçlerinin yardımıyla el konulması ve alacaklının alacağının bu şekilde ödenmesi olarak ifade edilmektedir⁴⁷⁰.

Müşterilerine bir takım hizmetler sunan ve ödemelerde bulunan faktoring şirketleri, bu hizmetlerin ve ödemelerin karşılığı olan alacaklarını, devraldıkları müşteri alacaklarını tahsil ederek karşılamaktadırlar. Devralınan alacakların tahsil edilememesi hâlinde, müşterinin haczi kabil tüm malvarlığına yönelebilmektedirler⁴⁷¹. Bu şekilde, münhasıran müşterinin şahsına yönelen bir alacak hakkı, malvarlığının değişken olması, başka alacaklıların öncelik haklarının bulunması sebebiyle, her zaman faktoring

⁴⁶⁸ SİRMEN, A. Lâle; Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 541; von TUHR, s. 9.

⁴⁶⁹ FUNK, Fritz (Çev. Hıfzı Veldet, Cemal Hakkı Selek); Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler, İstanbul 1938, s. 2; SİRMEN, Eşya, s. 541.

⁴⁷⁰ KUNTALP, Erden; “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 263-264; EREN, Genel Hükümler, s. 490; SİRMEN, Eşya, s. 541.

⁴⁷¹ Borçlu, alacaklıya karşı kural olarak tüm malvarlığı ile sorumludur. Bununla anlatılmak istenen, alacağını elde etmek isteyen alacaklının, alacağı tamamen karşılanıncaya kadar, borçlunun haczi kâbil tüm malvarlığı değerlerine başvurabileceğidir. Bu tür sorumluluğa, kişisel veya sınırsız sorumluluk denilmektedir (Bkz. KUNTALP, Teminat, s. 264).

şirketlerini tatmin etmemektedir. Bu hâl faktoring şirketlerini, kendilerini teminat altına alacak önlemler aramaya yöneltmektedir. Genel olarak, borçluyu borcunu yerine getirmeye zorlayacak bir takım yaptırımlar bulunmaktadır. Bu yaptırımlar, alacaklıyı borçlusu karşısında güçlü bir duruma getirmekle birlikte, alacağını elde edebilme şansını yükseltmemektedir. Bu sebeple alacağını elde etmek için kendisine güvenli bir durum yaratmak isteyen alacaklının, bir teminat alması gerekmektedir⁴⁷². Bu gereklilik, faktoring şirketleri için de geçerlidir⁴⁷³.

Alacaklıyı, borçlunun borcunu ifa etmemesi tehlikesine karşı koruyan bütün hukukî muameleler, teminat kavramının içinde değerlendirilmektedir⁴⁷⁴. Burada kullanılan tehlike kavramı ile anlatılmak istenen, bir kimsenin malvarlığı ile ilgili bir zararın ortaya çıkma olasılığıdır. Zarar olasılığı, mevcut malvarlığı ile ilgili bir kayba ilişkin olabileceği gibi, beklenen bir kazancın ya da ekonomik bir faydanın gerçekleşmemesine ilişkin de olabilmektedir⁴⁷⁵.

Geniş anlamda teminat sözleşmesi, bir kişinin, bir başkasının karşı karşıya olduğu malvarlığı ile ilgili bir zarar tehlikesini üstlendiği sözleşmedir⁴⁷⁶. Zarar tehlikesi, sözleşmenin yapıldığı anda objektif olarak ortaya çıkması mümkün bir tehlike olmalıdır⁴⁷⁷.

⁴⁷² AYANOĞLU MORALI, s. 33; KUNTALP, Teminat, s. 263-266; SİRMEN, Eşya, s. 541.

⁴⁷³ AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 16.

⁴⁷⁴ KUNTALP, Teminat, s. 266, dn. 13; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat; Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 11-12.

⁴⁷⁵ ÖZEN, Burak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 1.

⁴⁷⁶ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 775.

⁴⁷⁷ ÖZEN, s. 1.

Dar anlamda teminat sözleşmesi, bir kişinin, teminat alan kişiye herhangi bir sebeple borçlu olan kişinin, borçlu olduğu edimi yerine getirmemesi riskini üstlendiği sözleşmedir⁴⁷⁸.

Teminatlar, gösterdikleri değişik ortak özelliklere göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır⁴⁷⁹. Bunlar içinde en çok kabul gören, teminat olarak ortaya konan değere ve bu değer üzerinden alacaklıya tanınan hakkın niteliğine göre yapılan sınıflandırmadır. Bu sınıflandırmada teminatlar, aynî teminatlar ve şahsî teminatlar olarak, ikiye ayrılmaktadır⁴⁸⁰. Aynî teminatlar alacaklıya, alacağın elde edilebilmesi için belirli bir nesne üzerinde, aynî bir hak sağlar. Şahsî teminatlarda ise, alacaklıya karşı asıl borçlu dışında bir başka kişi, kendi malvarlığı ile sorumluluk üstlenir⁴⁸¹. Şahsî teminatlar, teminat verenin tüm malvarlığı ile kişisel sorumluluğuna yol açarken, aynî teminatlarda teminat veren, teminata konu olan nesne ile sınırlı olarak sorumlu hale gelir⁴⁸². Şahsî teminatlarda teminat veren, bir başkasının borcunu teminat altına almak için, kendisi kişisel bir borç altına girmektedir. Şahsî bir teminattan bahsedebilmek için, teminat verenin asıl borçlu dışında üçüncü bir kişi olması gerekir. Bu sebeple asıl borçluyu edimini zamanında yerine getirmeye zorlayan cezai şart ve faiz gibi fer'î yükümlülükler, şahsî teminat olarak değerlendirilemez⁴⁸³.

⁴⁷⁸ ÖZEN, s. 2.

⁴⁷⁹ KUNTALP, Teminat, s. 280.

⁴⁸⁰ BARLAS, Nami; “Yeni Medenî Kanunun Aynî Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 569; ARAL, Temlik, 95; KUNTALP, Teminat, s. 280.

⁴⁸¹ ARAL, Temlik, s. 95; DEVELİOĞLU, Garanti, s. 12-13; KUNTALP, Teminat, s. 280.

⁴⁸² KUNTALP, Teminat, s. 295

⁴⁸³ KUNTALP, Teminat, s. 287.

B. Faktoring Sözleşmesi Dolayısıyla Alınan Şahsî Teminatlar

a) Kefalet Sözleşmesi

Faktoring sözleşmelerinde en çok tercih edilen şahsî teminat, kefalet sözleşmesidir.

Kefalet sözleşmesi, asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hâlinde, kefilin tüm malvarlığı ile sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir⁴⁸⁴. Sözleşmede, üçlü bir borç ilişkisi bulunmaktadır⁴⁸⁵. Bunlardan birincisi, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkidir. Bu ilişkinin temeli, bir sözleşme olabileceği gibi, diğer borç kaynakları da olabilmektedir. İkincisi, alacaklı ile kefil arasındaki ilişkidir. Bu ilişkinin konusunu, kefalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Üçüncüsü, borçlu ile kefil arasındaki ilişki olup, özellikle kefilin rücu haklarında kendini göstermektedir⁴⁸⁶.

Kefalet sözleşmesinin tarafları, asıl borç ilişkisinin alacaklısı ile kefildir. Borçlu, sözleşmenin tarafı değildir. Kefil, borçlunun bilgisi ve rızası olmadan, hatta onun açıkça istememiş olmasına rağmen, sözleşme ile yükümlülük altına girebilmektedir. Zira kefalet sözleşmesi, borçlunun durumunu ağırlaştırmamakta, aksine onun yararına olmaktadır⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ ARAL/AYRANCI, s. 465; EREN, Özel Hükümler, s. 759; ÖZEN, s. 59; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 776; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 691.

⁴⁸⁵ AYAN, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 39.

⁴⁸⁶ Kefil kendisine ağır sorumluluk yükleyen bu sözleşmeye, borçlu ile arasındaki kişisel ilişki nedeniyle taraf olmakta, borçlunun kişiliğine ve ödeme gücüne güvenmektedir (Bkz. KAYA KIZILIRMAK, Cansu; Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 1).

⁴⁸⁷ AYAN, s. 13; AYRANCI, Hasan; “Şekil Şartına Uyulmadan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, AÜHFED., C. 53, S. 2, Y. 2004, s. 95-96; TANDOĞAN, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), C. II, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 693-694.

Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan borç, fer'î⁴⁸⁸ ve kural olarak tâlî⁴⁸⁹ nitelikte bir borçtur.

Tek taraflı, ivazsız bir sözleşme⁴⁹⁰ olan kefalet sözleşmesi ile kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinden şahsî olarak sorumlu olmayı, alacaklının boşa çıkan ifa

⁴⁸⁸ Kefalet borcu, fer'î nitelikte bir borçtur. Borcun varlığı, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır. Asıl borç herhangi bir sebeple sona ererse, türü ne olursa olsun, kefalet borcu da kendiliğinden sona erer (Bkz. ÖZEN, s. 88-89; REİSOĞLU, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 282). Gelecekte doğması muhtemel bir borç ya da koşula bağlı bir borç için kefil olunması, kefalet borcunun fer'îlik niteliğini ortadan kaldırmaz. Kanundan kaynaklanan istisnalar dışında, kefalet borcunun fer'îlik niteliğini ortadan kaldıran sözleşmeler, geçersizdir. Asıl borç sona erse dâhi, kefaletin varlığını koruyacağı yönünde yapılan sözleşmeler, garanti sözleşmesi olarak geçerli olabilmektedir (Bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.-II, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 322-323). Kefalet borcunun fer'îliği sebebiyle kefile, asıl borçludan daha ağır ve farklı bir yükümlülük yüklenemez (Bkz. OLGAC, Senai; Kefalet, Ankara 1978, s. 12; ÖZEN, s. 90); Konusu hukuka ve ahlâka aykırı bir sözleşmeyi teminat altına almak için yapılan kefalet sözleşmesi, fer'îlik ilkesinin gereği olarak hüküm doğurmaz (HATEMİ, Hüseyin; Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle B.K.65 kuralı), İstanbul 1976, s. 176).

"...Somut olayda uygulama yeri bulunan 818 sayılı BK. 'nın 487. maddesine göre müteselsil kefalette alacaklı, asıl borçluya müracaat ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhine takibat icra edebilir. Ne varki bunun için öncelikle ortada asıl borçlunun sorumlu olduğu geçerli bir asıl borcun mevcut olması gereklidir. Bu husus kefaletin fer'îliği ilkesinin sonucudur..." Yarg. 19. HD., T. 25.04.2017, 2016/16357 E.-2017/3327 K. (Kişisel Arşiv).

⁴⁸⁹ Kefalet borcu, tâlî nitelikte bir borçtur. Borçlu aleyhine yapılan takip semeresiz kalmadan, rehne başvurulmadan kefile başvurulamaz. Tâlîlik kural olarak, âdi kefalette söz konusudur (Bkz. ARAL/AYRANCI, s. 468). Bununla birlikte doktrinde, yalnızca âdi kefaletin değil, müteselsil kefaletin de tâlî nitelikte olduğu savunulmakta, alacaklı için ifa menfaatinin öncelikli önem taşıdığı, bu görüşe dayanak yapılmaktadır (Bkz. GÜMÜŞ, C.-II, s. 323-324).

⁴⁹⁰ ARAL/AYRANCI, s. 469; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 780.

beklentisini para ile karşılamayı, taahhüt etmektedir⁴⁹¹. Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, bir miktar paradır. Kefil, asıl borçlunun yüklendiği edimi yerine getirmek zorunda değildir⁴⁹². Kefil, asıl borcun yerine getirilmesinden beklenen faydayı, yani müspet zararı tazmin borcu altına girmektedir⁴⁹³. Kefalet borcunun bir çeşit tazminat borcu oluşu, asıl borcun para borcu olduğu hâllerde, açıkça anlaşılamaz. Para borçlarından başka borçlara kefalette, daha iyi anlaşılır⁴⁹⁴.

Kefalet sözleşmesi kural olarak, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Gelecekte doğacak ya da koşula bağlı bir borç için de, kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür. Böyle bir hâlde kefalet, borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade eder⁴⁹⁵. Borçlunun mevcut veya doğacak borçlarından hangisi için kefalet verildiği sözleşmeden anlaşılamıyorsa, TBK. m. 589/f.III uyarınca kefaletin, doğacak borçlar için verildiği kabul edilmelidir. Kefalet sözleşmesi genellikle, mevcut bir alacağı teminat altına almak için değil, borçluya kredi sağlamak için yapılmaktadır⁴⁹⁶.

Kefalet sözleşmesi geçerlilik şartları bakımından, TBK.'nın genel hükümlerine tabidir. Bununla birlikte TBK. m. 583 ve 584'te, kefalet sözleşmesine özgü geçerlilik şartları düzenlenmiştir.

TBK. m. 584/f.I'e göre, eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir. Bu rızanın, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç

⁴⁹¹ GÜMÜŞ, C.-II, s. 321-322; ÖZEN, s. 65.

⁴⁹² ÖZEN, s. 65.

⁴⁹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.778.

⁴⁹⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II, s. 698; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 778.

⁴⁹⁵ ARAL/AYRANCI, s. 474.

⁴⁹⁶ ŞAHAN, Gökhan; Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009, s. 26; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II, s. 720.

kurulması anında verilmesi gerekir. Hangi hâllerde eş rızasının aranmayacağı, TBK. m. 584/f.III’te düzenlenmiştir.

TBK. m. 583/f.I’e göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Kefil, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması hâlinde, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini, kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmelidir⁴⁹⁷. Burada aranan şekil, bir ispat şekli olmayıp, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şeklidir. Bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler, geçersizdir⁴⁹⁸.

Kefilin, geçersiz sözleşmeye dayalı ödeme yapması, sözleşmeyi geçerli hâle getirmemektedir. Sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle ödeme yapan kefil, yaptığı ödemeyi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilmektedir. Sözleşmenin geçersiz olduğunu bilerek ödeme yapan kefilin, böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁴⁹⁹.

Kefalet sözleşmesi ile ilgili yapılan genel değerlendirmeler, faktoring sözleşmesi dolayısıyla alınan kefalette de geçerlidir. Aşağıda bu genel değerlendirmeler dışında, uygulamada uyumsuzluk yaratabilecek konular üzerinde durulacaktır.

Bunlardan birincisi, ticaret şirketlerinin faktoring sözleşmesine kefil olmasıdır. Böyle bir hâlde şekil şartının nasıl yerine getirileceğinin açıklanması gerekmektedir. Ticaret şirketlerinde temsil ilkesi geçerlidir. Şirketin dış dünyaya iradesi, temsilcileri aracılığı ile yansıtılmaktadır. Bir ticaret şirketi faktoring sözleşmesine kefil olduğunda, kefalet imzasının sözleşme tarihinde yetkili olan temsilci tarafından atılması ve yazılı

⁴⁹⁷ Sözleşmede kefilin sorumlu olduğu azamî miktar, para cinsinden gösterilmelidir (Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 773; AYRANCI, s.102). Azamî miktarın, yabancı para cinsinden gösterilmesi de mümkündür (Bkz. AYRANCI, s.102). Kefilin sorumlu olduğu azamî miktarın gösterilmediği kefalet sözleşmeleri, geçersizdir. Teminat altına alınan borç, para borcu dışında başka bir borç olsa da, bu şart yerine getirilmelidir (Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 773).

⁴⁹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 792.

⁴⁹⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 792.

şekil şartının da bizzat bu kişinin el yazısı ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Şirketin, müştereken, birden fazla kişi tarafından temsil edildiği hâllerde ise, imzanın sözleşme tarihinde müştereken temsile yetkili olan kişiler tarafından ayrı ayrı atılması ve yazılı şekil şartının da bu kişiler tarafından, kendi el yazıları ile ayrı ayrı gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Factoring sözleşmesinin ticari iş olarak değerlendirilmesi sebebiyle tartışılması gereken bir diğer konu, TTK. m. 7’de düzenlenen ticari teselsül karinesidir. Hükme göre, ticari borçlara kefalette, kanunda aksine bir düzenleme yoksa veya sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, kefaletin müteselsil olduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁰. Bu hüküm uyarınca borcun ticari olması hâlinde, asıl borçlu ile kefil/kefiller arasında müteselsil borçluluk ortaya çıkmaktadır⁵⁰¹. Müteselsil borçluluğun ortaya çıkması için, borcun

⁵⁰⁰ TTK.’nın ticari borçlara kefalette öngördüğü bu düzenlemenin bir istisnasına, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/f.VI’da rastlanmaktadır. Bu madde hükmüne göre, “...Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır...” Bu düzenleme, tüketicinin korunması için getirilmiş emredici bir düzenlemedir. Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsî teminatlardan kefaletin, müteselsil olduğu kararlaştırılsa bile, kefalet adi kefalet olarak kabul edilmektedir (Bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin; Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 10. Bası, Ankara 2017, s. 25; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün; Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015, s. 71); Benzer şekilde, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24/f.V uyarınca, ticari nitelikte olmayan kredi kartı kullanımları sonucunda doğan borçlara kefalet de, adi kefalet hükümlerine tabidir (Bkz. ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 71-72).

⁵⁰¹ ŞENER, Oruç Hami; Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2016, s. 71-72; AYHAN/ÇAĞLAR, s. 24-25; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 70; Ticari bir borç için garanti sözleşmesi yapılması hâlinde, garanti sözleşmesinin borçluları arasında da ticari teselsül karinesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, kanunda açık bir düzenleme

kefil/kefiller bakımından da ticari olması gerekmemektedir⁵⁰². Bu açıklamalar ışığında faktoring sözleşmesine kefalette, kanunda aksine bir düzenleme yoksa veya sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kefalet müteselsil olacağından, TBK. m. 583/f.I uyarınca kefil, müteselsil olarak yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısı ile belirtmemiş olsa bile, diğer geçerlilik şartlarını taşıyan kefalet, müteselsil olarak geçerli olmaktadır⁵⁰³. Yargıtay 19. HD.’nin oyçokluğu ile verdiği yeni tarihli bir kararında, bu husus açıkça vurgulanmıştır⁵⁰⁴.

Factoring sözleşmelerine kefalette, TBK. m. 586 hükmünün de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu madde hükmüne göre, *“Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.*

Alacak, teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından

bulunmamaktadır. Doktrinde, işin niteliği gereği, garanti sözleşmesinin borçluları arasında da ticari teselsül karinesinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır (Bkz. ERİŞ, Gönen; Ticari İşletme ve Şirketler, C. I (m. 1-53), 2. Baskı, Ankara 2014, s. 795).

⁵⁰² ERİŞ, Ticari İşletme, s. 795; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 70.

⁵⁰³ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 25-26; ŞENER, Ticari İşletme, s. 72.

⁵⁰⁴ *“...6102 sayılı TTK. nın 7. maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda “müteselsil kefalet” sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz. Kefaletle ilişkin diğer geçerlilik koşullarının ise gerçekleşmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır...”* Yarg. 19. HD., T. 18.06.2016, 2016/2405 E.-2016/10936 K. (Kişisel Arşiv).

belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehnin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir. ”

TBK. m. 586/f.I’ e göre, alacağını müşteriden tahsil edemeyen faktoring şirketi, müşteriyi takip etmeden, alacak taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olsa bile, rehni paraya çevirmeden doğrudan müteselsil kefil takip edebilmektedir. Ancak bunun için, müşterinin ödemede gecikmesi ve kendisine ödeme hususunda çekilen ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Eğer müşteri, hakkında açılan başka takiplerin sonuçsuz kalması gibi bir sebeple, açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunuyorsa, ihtar çekilmesine gerek yoktur. İhtar zorunluluğu müşteri için getirilmiş olup, ayrıca kefile ihtar çekilmesine gerek yoktur⁵⁰⁵. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, alacağını müşteriden tahsil edemeyen faktoring şirketi, alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile teminat altına alınmışsa, kural olarak rehnin paraya çevrilmesinden önce, müteselsil kefile başvuramamaktadır. Bununla birlikte, alacağın rehnin paraya çevrilmesi yolu ile tamamen karşılanamayacağı önceden hâkim tarafından belirlenmiş veya müşteri iflâs etmiş ya da müşteriye konkardota mehli verilmişse, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni paraya çevrilmeden, müteselsil kefil takip edilebilir. Madde hükmünde, müteselsil kefil doğrudan takibe engel rehin türleri, teslimine bağlı

⁵⁰⁵ “...Müteselsil kefalet başlıklı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 586. maddesine göre “kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.” Görüldüğü üzere Kanunda, müteselsil kefile ihtar çekilmesi şartı aranmamaktadır. Müteselsil kefile ihtar çekilmesi, sadece onun takipten önce temerrüde düşürülmesi ile ilgili bir sorundur...” Yarg. 19. HD., T. 13.10.2014, 2014/9172 E.-2014/14988 K. (Kişisel Arşiv); Benzer yönde bkz. Yarg. 11. HD., T. 15.07.2013, 2013/9242 E.-2013/14692 K. (Kişisel Arşiv).

taşınır rehni ve alacak rehni olarak düzenlenmiştir. Bunların dışında başka bir rehin türü, müteselsil kefilî doğrudan takibe engel teşkil etmemektedir⁵⁰⁶.

Factoring sözleşmeleri açısından önemli olan bir diğer konu, kefilin sorumluluğunun kapsamıdır. TBK. m. 589/f.I'de, kefilin her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre kefilin sorumluluğu kural olarak, kefalet limiti içinde, en fazla asıl borçlunun sorumluluğu kadar olabilmektedir⁵⁰⁷. Bununla birlikte kefil, asıl borçlunun temerrüdünden doğan sonuçlardan kefalet limiti ile sorumlu olurken, kendi temerrüdünden doğan sonuçlardan, limite bağlı olmaksızın sorumludur⁵⁰⁸. Bu genel kural, factoring sözleşmelerine kefalette de geçerlidir. Kefil, sözleşmede öngörülen kefalet limiti ile müşterinin borçlarından ve temerrüdünden doğan sonuçlardan sorumludur. Kendi temerrüdünden doğan sonuçlardan ise, limite bağlı olmaksızın sorumludur. Ancak TTK. m. 7/f.I-son cümleye göre, asıl borçlunun temerrüde düştüğü kendisine bildirilmeyen kefil, asıl borçlunun temerrüdünden doğan sonuçlardan sorumlu tutulamaz⁵⁰⁹. Bu hükmü, kefile başvuruya ilişkin bir koşul olarak değil, kefilin asıl

⁵⁰⁶ “...kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından, teslimine bağlı rehin yanında, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmaksızın, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile kaydedilmek suretiyle taşınır mal üzerinde rehin kurulabilir. Böyle bir rehin teslimine bağlı taşınır rehni olmadığından, TBK'nın 586'ncı maddesinin 2'nci fıkrasının 1'inci cümlesine göre müteselsil kefilin takibine engel teşkil etmez...” Yarg. 11. HD., T. 08.06.2015, 2015/6609 E.-2015/7944 K. (Kişisel Arşiv).

⁵⁰⁷ AYAN, s. 430.

⁵⁰⁸ AYAN, s. 432.

⁵⁰⁹ AYAN, s. 478; BK. ve TBK.'ya göre kefilin, kefalet limiti dâhilinde asıl borçlunun sorumlu olduğu temerrüt faizinden sorumlu olması için, asıl borçlunun temerrüde düştüğünü bilmesi gerekmez. Ancak kefilin, asıl borçlunun temerrüdünün sonuçlarından temerrütten haberi olmaksızın sorumlu olması, hakkâniyete uygun görülmediğinden, TTK. m. 7/f.I-son cümle hükmüyle kefilin, asıl borçlunun temerrüdünün sonuçlarından sorumlu olması için, asıl borçlunun temerrüde düştüğünün

borçlunun temerrüdünden doğan sonuçlardan sorumluluğuna ilişkin bir koşul olarak değerlendirmek gerekir. Bu hüküm uyarınca kefile yapılan ihbar veya ihtar, asıl borçlu için işlemeye başlayan temerrüt faizinden, kefilin de sorumlu olmasını sağlamakta, asıl borçlunun temerrüt faizinden sorumlu olacağı tarihin başlangıcını değiştirmemektedir⁵¹⁰. Hüküm emredici nitelikte olduğundan, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir⁵¹¹.

b) Garanti Sözleşmesi

Factoring sözleşmesi dolayısıyla alınabilecek bir diğer şahsî teminat türü, garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi, TBK.'nda veya başka bir özel kanunda düzenlenmemiş olup, uygulamada ortaya çıkmıştır. Bu sebeple isimsiz bir sözleşmedir⁵¹². Yargıtay, BK.'nın yürürlükte olduğu dönemde verdiği kararlarda, BK. m. 110'da düzenlenmiş olan başkasının fiilini taahhüt hükmünü, garanti sözleşmesi olarak yorumlamıştır. TBK. m. 128, BK. m. 110'un karşılığını oluşturmaktadır⁵¹³.

Doktrinde garanti sözleşmesi, bağımsız garanti sözleşmesi ve bağımlı garanti sözleşmesi olmak üzere, ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bağımsız garanti sözleşmesine, saf garanti sözleşmesi de denilmektedir. Bağımsız garanti sözleşmesinde garanti veren, temel borç ilişkisi dolayısıyla aslî bir borç bulunmaksızın, bir girişimin

alacaklı tarafından kefile bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Böyle bir düzenlemenin amacı, kefilin temerrüt faizine karşı korunmasıdır (Bkz. AYAN, s. 478).

⁵¹⁰ AYAN, s. 478; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 70-71; Yarg. 11. HD., T. 15.07.2013, 2013/9228 E.-2013/14691 K. (Kişisel Arşiv).

⁵¹¹ AYAN, s. 479.

⁵¹² ACAR, Özlem; Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 39; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 695.

⁵¹³ SARAÇ, s. 341-342.

sonucunu garanti etmektedir⁵¹⁴. Belirli bir bölgede, belirli bir faaliyette bulunacak kişiye, böyle bir faaliyete bağlı olarak, belirli bir kazancın mutlaka elde edileceğinin garanti edilmesi hâlinde durum böyledir⁵¹⁵. Bağımlı garanti sözleşmesine ise, kefalet benzeri garanti sözleşmesi de denilmektedir. Bağımlı garanti sözleşmesinde, temel borç ilişkisi dolayısıyla doğan bir aslî borç bulunmakta ve bu borç garanti edilmektedir. Bu tür garanti sözleşmesinde garanti veren, temel borç ilişkisinin karşı tarafının üstlendiği edimi yerine getirmemesinden doğan zararı tazmin etmeyi borçlanmaktadır. Yapılan bir satış sözleşmesinde, satış konusu malların satıcı tarafından alıcıya teslim edileceğinin, teslim edilmezse alıcının uğrayacağı müspet zararın tazmin edileceğinin garanti edilmesi hâlinde durum böyledir⁵¹⁶. Faktoring sözleşmeleri dolayısıyla alınan garanti, kefalet benzeri garanti sözleşmesidir.

Faktoring sözleşmelerinde kefalet sözleşmesi yanında, garanti sözleşmesine ihtiyaç duyulmasının sebebi, kefalet borcunun fer'î, garanti borcunun ise aslî nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır⁵¹⁷. Kefalet borcunun asıl borca bağımlı fer'î bir borç

⁵¹⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 766; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 695.

⁵¹⁵ SARAÇ, s. 343.

⁵¹⁶ ACAR, Müteselsil Kefalet, s. 37-38; EREN, Özel Hükümler, s. 767; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 696.

⁵¹⁷ DOĞAN, Vahit; Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 52-53; EREN, Özel Hükümler, s. 767; SARAÇ, s. 342; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 696; Asıl borcun geçersiz olması, dava veya takip edilememesi gibi sebepler, kefalet benzeri garanti sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez (Bkz. ACAR, Müteselsil Kefalet, s. 38). Fer'îlik ilkesinin bir sonucu olarak, asıl borcun sona ermesi, kefilin sorumluluğunu sona erdirmektedir. Garanti sözleşmesi asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme olduğundan, asıl borcun sona ermesi, kural olarak garanti verenin sorumluluğunu sona erdirmemektedir. Ancak asıl borç ilişkisinin ifa gibi bir sebeple sona ermesi, garanti sözleşmesini konusuz bırakacağından, garanti verenin sorumluluğu da sona ermektedir (Bkz. ACAR, Müteselsil Kefalet, s. 41).

olmasına karşılık, kefalet benzeri garanti sözleşmesinin aslî nitelikte olması, faktor açısından daha kuvvetli bir teminat imkânı yaratmaktadır⁵¹⁸.

Garanti sözleşmesi de, kefalet gibi faktorün maruz kaldığı ya da kalacağı tehlikeyi üstlenmeyi gerektirmektedir. Bu sebeple her iki sözleşmeyi birbirinden ayırt etmek, her zaman kolay değildir⁵¹⁹.

Kanunda garanti sözleşmesinin geçerliliği için, herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak garanti verenin gerçek kişi olması hâlinde, kefalet benzeri garanti sözleşmesi, TBK. m. 603 kapsamında değerlendirilmektedir. Böyle bir hâlde sözleşmenin geçerliliği, kanunda kefalet sözleşmesinin geçerliliği için aranan şekle ve ehliyeteye ilişkin koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır⁵²⁰. Garanti verenin tüzel kişi olması hâlinde, böyle bir geçerlilik koşulu aranmamaktadır⁵²¹.

Kefalet sözleşmesinde kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def'î ve itirazların yanı sıra, faktoring sözleşmesinden kaynaklanan def'î ve itirazları da faktore karşı ileri sürebilmektedir. Ancak kefalet benzeri garanti sözleşmesinde garanti veren, faktoring sözleşmesinden kaynaklanan def'î ve itirazları faktore karşı ileri sürememektedir⁵²². Garanti veren, yalnızca faktor ile arasındaki garanti sözleşmesinden kaynaklanan def'î ve itirazları ileri sürebilmektedir⁵²³.

Kefil gelecekte doğacak bir borca kefil olduğunda, TBK. m. 599 hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönebilmektedir. Bu durum, kefil açısından elverişli sonuçlar

⁵¹⁸ ACAR, Müteselsil Kefalet, s. 38.

⁵¹⁹ SARAÇ, s. 347.

⁵²⁰ ACAR, Müteselsil Kefalet, s. 40-41; SARAÇ, s. 351; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 697.

⁵²¹ SARAÇ, s. 351.

⁵²² DOĞAN, Teminat, s. 53.

⁵²³ ACAR, Müteselsil Kefalet, s. 41; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 696.

doğurmasına rağmen, faktor açısından risk oluşturmaktadır. Kefalet benzeri garanti sözleşmesinde, garanti verene böyle bir hak tanınmamıştır⁵²⁴.

Kefalet benzeri garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesine kıyasla, faktor açısından daha güvenli bir durum yaratmaktadır. Ancak garanti verenin kefalette olduğu gibi, yaptığı ödemeler oranında faktorün haklarına kanunen halef olması söz konusu değildir⁵²⁵. Bu durum, teminat veren üçüncü kişinin garanti sözleşmesi yapma olasılığını azaltmaktadır.

Sözleşmenin garanti mi, yoksa kefalet mi olduğu tespit edilirken, yalnızca kullanılan ifadelere bakarak karar vermek doğru değildir. TBK. m. 19 uyarınca tarafların gerçek iradeleri tespit edilerek sonuca varılmalıdır⁵²⁶.

Banka teminat mektupları, bağımlı garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturmaktadır. Banka teminat mektuplarıyla banka, kayıtsız şartsız bir ödeme yükümlülüğü altına girmemektedir. Üçüncü kişi lehtarın, edimini yerine getirmemesi dolayısıyla muhatabın uğrayabileceği zararları karşılamayı üstlenmektedir⁵²⁷. Uygulamada faktoring sözleşmeleri dolayısıyla, genellikle teminat olarak, banka teminat mektupları alınmaktadır. Özellikle gerçek olmayan, ön ödemeli faktoringde borçlu tarafından devre konu alacağın ödenmemesi hâlinde, faktor müşteriye rücu ederek, yapmış olduğu ön ödemeyi, faizi, diğer giderleri ve faktoring hizmet komisyonunu istemektedir. Bu yöndeki tahsil isteminin müşteri tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, teminat olarak aldığı banka teminat mektubunu nakde çevirerek alacağını karşılamaktadır⁵²⁸.

⁵²⁴ ACAR, Mütteselsil Kefalet, s. 42.

⁵²⁵ DOĞAN, Teminat, s. 53; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 697.

⁵²⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 697.

⁵²⁷ SARAÇ, s. 353.

⁵²⁸ SARAÇ, s. 351-352.

Banka teminat mektuplarında üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, garanti veren (banka)⁵²⁹, garanti alan (muhatap)⁵³⁰ ve lehdardır⁵³¹. Faktoring ilişkisi bakımından garanti alan faktor, lehtar ise müşteridir. Banka, faktor vadesinde usulüne uygun olarak ödeme talebinde bulunduğu, teminat mektubunda yer alan şartlar doğrultusunda bir ödeme talebinin bulunup bulunmadığını incelemek zorundadır. Zira banka teminat mektuplarında, metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesi geçerlidir. İlk talepte ödeme kaydını içeren bir teminat mektubu veren banka, sadece ödeme talebinde bulunan faktorün gerçekten garanti alan kişi olup olmadığını, şekli olarak incelemelidir. Koşullu veya vadeli bir teminat mektubu veren banka ise, teminat mektubu metninde öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini ve ödeme talebinin vadede yapılıp yapılmadığını incelemekle yükümlüdür. Yapacağı incelemede ödeme talebinin usulüne uygun olduğunu tespit eden banka, faktore ödeme yapmakla yükümlüdür⁵³². Banka, faktor ile müşteri arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan def'îleri ileri sürerek, ödemedi kaçınmaz.

⁵²⁹ Banka, teminat mektubunda garanti alan (muhatap) karşısında, borçlu tarafı oluşturan garanti verendir. Bankalar Kanunu'nda getirilen özel düzenleme uyarınca bankalar, teminat mektubu verme ehliyetine sahiptir (Bkz. DOĞAN, Teminat, s. 62; SARAÇ, s. 354).

⁵³⁰ Banka teminat mektubunda, garanti verenin tek taraflı borç yüklendiği kişi, garanti alandır. Garanti alanın bankaya karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Garanti alan, hem temel ilişkinin, hem de garanti ilişkisinin tarafı ve alacaklısı konumundadır (Bkz. DOĞAN, Teminat, s. 61-62; SARAÇ, s. 354-355).

⁵³¹ SARAÇ, s. 354-355; Banka teminat mektubunda lehtar, mektubun verilmesine sebep olan temel ilişkinin borçlusu olup, bankadan kendi edimini ifa edeceğinin garanti altına alınmasını istemektedir. Lehtar, garanti ilişkisinin doğrudan tarafı değildir (Bkz. DOĞAN, Teminat, s. 61; SARAÇ, s. 355).

⁵³² SARAÇ, s. 359-360.

C. Faktoring Sözleşmesi Dolayısıyla Alınan Aynî Teminatlar

a) Taşınmaz Rehni

Factoring sözleşmelerinde sıklıkla tercih edilen bir aynî teminat türü olan taşınmaz rehni, hak sahibine belirli bir taşınmazın değerinden alacağını elde etme hakkı tanıyan sınırlı bir aynî haktır⁵³³.

Taşınmaz rehni, TMK. m. 850-938 arasında düzenlenmiştir. Taşınmaz rehninde hak sahibi şartların gerçekleşmesi hâlinde, rehin konusu taşınmazı icra organları vasıtasıyla paraya çevirterek, alacağını öncelikle alma hakkına sahiptir⁵³⁴. TMK.'nda düzenlenen taşınmaz rehni sistemi, ekonomik açıdan iki amacın gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Bunlardan birincisi, şahsî alacağı teminat altına alma amacı, ikincisi ise, arazi değerinin tedavül ettirilmesi amacıdır⁵³⁵.

Taşınmaz rehninin yalnızca şahsî bir alacağı teminat altına almak amacını taşıdığı hâllerde rehin hakkı, asıl alacağa bağlı bir fer'î hak olarak ortaya çıkmaktadır. Taşınmaz rehninin arazi değerini tedavül ettirme amacını taşıdığı hâllerde ise, arazi değeri taşınmazdan bağımsızlaştırılmakta, arazinin değerine tedavül kabiliyeti sağlanmaktadır. Bunun için arazinin değeri farazi parçalara ayrılmakta, alacak taşınmazın bir değer parçası ile teminat altına alınmaktadır. TMK.'nda, bu kısmi değerlerin temsili için kıymetli evrak düzenlenmesi öngörülmüştür. TMK. m. 910 uyarınca kıymetli evrakın düzenlenmesi ile esas alacak yenileme ile sona ermekte, taşınmaz rehni bu esas alacaktan tamamen bağımsız olarak, kıymetli evrakta doğmuş

⁵³³ ACAR, Faruk; Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 3; ERMAN, Hasan; Eşya Hukuku Dersleri, 5. Basım, İstanbul 2014, s. 160-161; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 893.

⁵³⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 893.

⁵³⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 893; SİRMEN, Eşya s. 546.

hakkı teminat altına almaktadır. Bu şekilde kıymetli evrak, hem soyut bir alacağı, hem de bu alacağı teminat altına alan bir taşınmaz rehin hakkını içermektedir⁵³⁶.

Yukarıda açıklanan amaçları, tek bir taşınmaz rehni türü ile gerçekleştirmek mümkün değildir. Bu sebeple TMK.'nda, bu amaçları gerçekleştirmek için “*ipoteke*”, “*ipoteekli borç senedi*” ve “*irat senedi*” olmak üzere, üç farklı taşınmaz rehni türü düzenlenmiştir. Aynî haklarda sınırlı sayı ve tipe bağlılık prensibi geçerli olduğundan, bunların dışında bir taşınmaz rehni türü oluşturulması mümkün değildir⁵³⁷. İsviçre Medeni Kanunu'nda 18.11.2009 tarihinde yapılan bir değişiklikle, irat senedi bir taşınmaz rehni türü olmaktan çıkartılmış, bu değişiklik Ocak 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir⁵³⁸.

Her ne kadar TMK.'nda üç tür taşınmaz rehni düzenlenmiş ise de, uygulamada “*ipoteekli borç senedi*” ile “*irat senedi*” hemen hemen hiç kullanılmamaktadır. Bu sebeple bu çalışmada, taşınmaz rehni olarak ipotek incelenecektir. Zaten uygulamada da taşınmaz rehni değildiğinde, akıllara ipotek gelmektedir.

İpotek, TMK. m. 881 uyarınca halen mevcut ya da henüz doğmamakla beraber, ileride doğma ihtimali bulunan bir alacağı teminat altına almak için kurulmaktadır. İpotek, teminat altına aldığı alacağa bağlı bir fer'î bir haktır. Bu sebeple ipoteğin kaderi, bağlı olduğu asıl alacağın kaderine bağlıdır⁵³⁹. Bir alacak ipotekle teminat altına alındığında, borçlunun şahsî sorumluluğu devam ettiği gibi, ipotek konusu taşınmazın malikinin de, taşınmaz dolayısıyla sorumluluğu doğmuş olmaktadır. İpotek konusu

⁵³⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 893-894; SİRMEN, Eşya, s. 546.

⁵³⁷ ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel; Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 66-67; ÜNLÜTEPE, Mustafa; “İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı”, TBB. Dergisi, 2012(102), s. 174; ACAR, Rehin Hukuku, s. 12-13; ERMAN, s. 161.

⁵³⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 894, özellikle dn. 7.

⁵³⁹ ERMAN, s. 161; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 57.

taşınmazın maliki, asıl borçlu dışında üçüncü bir kişi de olabilmektedir⁵⁴⁰. Üçüncü kişinin ipotek vermesi hâlinde, sorumluluğu yalnızca ipotek konusu taşınmazla sınırlı olduğundan, alacağın tamamının karşılanamaması hâlinde ipotek alan, üçüncü kişinin diğer malvarlığı unsurlarına başvuramaz. Kalan miktar için, ancak asıl borçluya başvurabilir⁵⁴¹.

Taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi geçerli olduğundan, ipotek konusunun ve teminat altına alınan alacağın açık şekilde belirlenmesi gerekir. Bu husus, taşınmaz üzerinde daha sonra tesis edilecek diğer aynî hak sahipleri ile taşınmaz malikinin alacaklılarının ve taşınmazı devralacak üçüncü kişilerin, ipotek miktarını bilmeleri ve ona göre işlem yapmaları açısından önemli olup, kamuya açıklık ilkesinin bir gereğidir⁵⁴².

İpoteğin alacak bakımından belirliliğinin sağlanması için, TMK. m. 851/f.I uyarınca, ipoteğin teminat altına aldığı alacağın Türk parası⁵⁴³ ile gösterilmesi gerekmektedir. Alacağın miktarının belli olmaması hâlinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde, taşınmazın teminat altına alacağın üst sınırının, taraflarca belirlenmesi gerekmektedir. Faktoring işlemi, faktoring sözleşmesinin tarafları arasında cari hesap şeklinde işlediğinden, ipotek tesis anında, alacağın miktarını kesin olarak tayin etme imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple, tarafların taşınmazın en çok ne miktara kadar teminat teşkil edeceğini, kendi aralarında rehin sözleşmesinde kararlaştırıp, belirlenen bu miktarı tapuya tescil ettirmeleri gerekmektedir. Bu tür ipoteğe, “üst sınır ipoteği”, “maksimal ipotek”, “azami meblağ ipoteği” de

⁵⁴⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 895; SİRMEN, Eşya, s. 595.

⁵⁴¹ ERMAN, s. 170-171; ÜNLÜTEPE, s. 175.

⁵⁴² SİRMEN, Eşya, s. 548; ÜNLÜTEPE, s. 176.

⁵⁴³ TMK. m. 851/f.II uyarınca, yalnızca yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca, yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri teminat altına almak için, yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulabilmektedir.

denilmektedir. Banka kredilerinde ve faktoring işlemlerinde en çok tercih edilen ipotek türü budur⁵⁴⁴.

İpoteğin rehin konusu açısından belirliliğinin sağlanması için, TMK. m. 853 uyarınca ipotek hakkı, ancak tapuya kayıtlı olan taşınmazlar üzerinde kurulabilmekte, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde kurulamamaktadır⁵⁴⁵. Aynı alacak için, birden fazla tapuya kayıtlı taşınmaz üzerinde ipotek kurmak mümkün olup, bu durum belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁵⁴⁶.

Taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olması hâlinde, TMK. m. 855/f.I uyarınca rehin yükünün bölünmesine gerek olmaksızın, birden fazla taşınmaz üzerinde, aynı alacak için ipotek kurulabilmektedir. Buna toplu rehin denilmektedir⁵⁴⁷. Buna göre, taşınmazların malikinin aynı olması ya da borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olması şartıyla, faktoring sözleşmesinden doğmuş ve doğacak alacakları teminat altına almak için, birden fazla taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilebilmektedir. Böyle bir hâlde ipotek alacaklısı faktoring şirketi, alacak gününde ödenmediğinde, TMK. m. 873/f.III uyarınca taşınmazların tamamının satılmasını talep etmek zorundadır⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 899; HELVACI, İlhan; Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008, s. 143; Alacağın miktarının belli olması hâlinde, üst sınır ipoteği kurulmasına bir engel bulunmamaktadır (Bkz. KUNTALP, Erden; Ana Para ve Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı, Ankara 1989, s. 22-23; SİRMEN, Eşya, s. 549).

⁵⁴⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 901; SİRMEN, Eşya, s. 551.

⁵⁴⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 902; SİRMEN, Eşya, s. 552.

⁵⁴⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 904; SİRMEN, Eşya, s. 552.

⁵⁴⁸ “...Toplu rehin olgusu kuruluş sözleşmesinde açıkça belirtilmelidir. Açıkça belirtilmemesi ikinci bir yol olan, aynı alacak için birden fazla taşınmazın rehin yükünün, rehnedilecek taşınmazlar arasında paylaştırılıp dağıtılarak belirlenmesi gerektiği sonucunu doğurur. Burada alacak tümlüğünü korur, ancak taşınmazlardan her biri alacağın yalnız belirli bir bölümü için sorumlu olur. Bu durumda rehinli taşınmazların her biri alacağın ancak bir bölümüyle sorumlu olduğundan alacağın tümünün

Bir alacak için, birden fazla taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilen diğer hâllerde (taşınmazların aynı malike ya da borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmaması hâlinde), TMK. m. 855/f.II uyarınca, her taşınmazın alacağın ne miktarı için teminat oluşturduğu rehin kurulurken belirlenmelidir. Aksi halde, TMK. m. 855/f.III uyarınca, tapu memuru teminatı taşınmazların her birinin değeri oranında re'sen dağıtır. Buna göre taşınmazlar aynı malike ya da borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmasa bile, faktoring sözleşmesinden doğmuş ve doğacak alacakları teminat altına almak için, birden fazla taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilebilir. Ancak böyle bir hâlde ipotek veren ile faktoring şirketinin, her taşınmazın ne miktar için teminat teşkil ettiğini belirlemeleri gerekmektedir. Böyle bir belirleme yapmadıkları takdirde tapu memuru, teminatı ipotekli taşınmazların değeri oranında re'sen dağıtır.

karşılanabilmesi için rehinli tüm taşınmazların birlikte satılması gerekir. Toplu rehinde ise amaç, ek bir alacağın tamamının, birden fazla taşınmaz ile teminat altına alınması olup, birden fazla taşınmaz üzerinde kurulu rehinler arasında hukuki bağıllık vardır ve bu bağ içerisinde alacaklının alacağını tahsil etmesi asıldır. Rehinli alacaklının teminatı ne denli fazla olursa olsun temelde alacağını ancak bir kerede elde edebileceğinin de unutulmaması gerekmektedir. Buna göre; toplu rehin durumunda ipotek alacaklısı, alacağı gününde ödenmemiş ise açıklanan Yasa hükmü gereği taşınmazların tamamının satılmasını talep etmek zorundadır. Toplu rehin konusu ister aynı kişiye ister müteselsil borçlu kişilere ait olsun aynı kural uygulanır. Bu zorunluluk alacaklının keyfi davranıp istediği taşınmazı sattırarak keyfi davranmasını önlemeye yöneliktir. İşte bu nedenledir ki yasaca satış talebi için getirilen zorunluluk satışın uygulanması yönünde getirilmemiştir. Toplu rehin halinde satış aynı anda istenecek olsa da taşınmazlar aynı anda satılmayacak, yine yasanın açık hükmü karşısında İcra Müdürlüğüince ancak satışı zorunlu olanlar satılacaktır. Böylece rehinli taşınmazlardan birisinin paraya çevrilmesi halinde rehinli alacaklı alacağını tahsil etmişse artık diğer taşınmaz üzerindeki rehlin konusu kalmayacak ve sona erecektir. Bir başka anlatımla bu halde, alacaklı alacağın tutarını bir kez isteyebilir. Alacağı tümüyle karşılandığında da, bütün taşınmazlar üzerindeki rehin hakkının sona ermesi gerekir...” Yarg. 8. HD., T. 31.12.2013, 2013/21690 E.-2013/20428 K. (Kişisel Arşiv).

Taşınmaz üzerinde diğer aynî hakların kazanılmasında olduğu gibi ipoteğin tesisinde de, kazanma sebebi, tescil talebi ve tescil olmak üzere, üç farklı hukukî işlem bulunmaktadır. İpotek hakkının kazanılması için, bu üç işlemin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁵⁴⁹.

İpoteğin kurulması için, bir kazanma sebebinin bulunması gerekmektedir. Bu kazanma sebebi, TMK. m. 856/f.II'de düzenlenmiş olan taşınmaz rehni sözleşmesidir⁵⁵⁰. Taşınmaz rehni sözleşmesi, taşınmaz maliki ile ipotekli alacaklı arasında yapılan, geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı olan bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile taşınmaz maliki, taşınmazı üzerinde ipotek kurma borcu altına girmektedir⁵⁵¹. Taşınmaz rehni sözleşmesinde rehin veren, rehin alan, rehin konusu taşınmaz ya da taşınmazlar ile rehinli alacağın miktarının açıkça gösterilmesi gerekmektedir⁵⁵².

İpoteğin kurulması için, TMK. m. 856/f.I uyarınca tapu kütüğüne geçerli bir tescilin yapılması gerekmektedir. Tescil dışı kazanma halleri saklı kalmak üzere, tescil kurucu nitelikte olduğundan, tescilden önce ipotek hakkı kazanılamamaktadır. Geçerli bir tescil için taşınmaz malikinın yazılı tescil talebi ile tescilin hukukî sebebinin oluşturan geçerli bir kazanma sebebinin bulunması gerekmektedir. Bunların dışında, ipoteğin fer'î bir hak olması sebebiyle geçerli bir alacağın da bulunması gerekmektedir⁵⁵³.

⁵⁴⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 906-907.

⁵⁵⁰ İpotek hakkının kazanma sebebi, taşınmaz rehni sözleşmesi dışında bir kanun hükmü ya da ölüme bağlı bir tasarruf da olabilmektedir. Ancak faktoring sözleşmesi açısından uygulanma olasılığı bulunmadığından, bunlar ayrıca inceleme konusu yapılmamıştır.

⁵⁵¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 907; SİRMEN, Eşya, s. 555; Rehin sözleşmesinin olmayışı ya da geçersiz oluşu, tescil işleminin yapılmasını engellemekte, sehven yapılan bir tescili de, yolsuz hale getirmektedir (Bkz. ACAR, Rehin Hukuku, s. 164-165).

⁵⁵² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s. 908.

⁵⁵³ SİRMEN, Eşya, s. 595.

Tapu kütüğündeki ipoteğe ilişkin tescil ve ipoteğin kurulmasından sonra TMK. m. 882/f.II uyarınca talebe bağlı olarak verilen ipotek belgesi, yalnızca rehin hakkının varlığına karine teşkil etmekte, alacak hakkının varlığı ve miktarına karine teşkil etmemektedir. Bu sebeple, alacaklının rehinle temin edilen alacağının varlığını ve miktarını ayrıca ispat etmesi gerekmektedir⁵⁵⁴.

İpotekli taşınmazın malikinin değişmesi, teminat sorumluluğunda bir değişiklik yaratmamakta, yeni malik taşınmazın mülkiyetini üzerindeki rehin yükü ile birlikte kazanmaktadır⁵⁵⁵.

Factoring sözleşmesinin teminatı olarak bir ipotek tesis edildiğinde, faktoring şirketi alacağının gününde ödenmemesi hâlinde, TMK. m. 873/f.I uyarınca ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesini talep edebilmektedir.

İİK. m. 45/f.I uyarınca, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile, alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilmekte, rehnin tutarı borcu ödemeye yetmezse, kalan alacağını iflâs ya da haciz yoluyla isteyebilmektedir. Bu madde hükmü asıl borçlular ile ilgili getirilmiş olup, alacağın rehinle temin edilmiş olması hâlinde, alacaklının asıl borçlu hakkında doğrudan doğruya genel haciz ya da iflâs yoluyla takip yapmasına engel teşkil etmektedir. Bu madde hükmünün asıl borçlu dışında, kefiller hakkında uygulanma olasılığı bulunmamaktadır⁵⁵⁶. Ancak rehin, asıl borçlunun borcu dışında, kefalet borcunu da teminat altına alıyorsa, aynı hüküm kefiller hakkında da uygulanmaktadır. Buna göre, faktoring sözleşmesinden doğmuş ve doğacak alacakların teminatını teşkil etmek için ipotek alındığında, faktoring şirketi bu ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesini talep etmeden, doğrudan doğruya müşteri hakkında haciz ya da iflâs yolu

⁵⁵⁴ AKTEPE, Sezin; “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri”, İTÜSBD., Y. 6, S. 12, Güz 2007/2, s. 179-180; SİRMEN, Eşya, s. 596.

⁵⁵⁵ SİRMEN, Eşya, s. 599.

⁵⁵⁶ SİRMEN, Eşya, s. 597; HGK., T. 18.11.2009, 2009/19-426 E.-2009/543 K. (Kişisel Arşiv).

ile takip yapamamaktadır. Öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapması gerekmektedir. Bu takip neticesinde ipoteğin tutarı alacağı ödemeye yetmezse, müşteri hakkında haciz ya da iflâs yolu ile takip yapabilmektedir. Alacak ipotek dışında, kefalet sözleşmesi ile de teminat altına alınmışsa, faktoring şirketi ipotek konusu taşınmazın paraya çevrilmesini talep etmeden, doğrudan doğruya kefil/kefiller hakkında haciz ya da iflâs yolu ile takip yapabilmektedir. Ancak ipotek, ayrıca kefalet borcunun da teminatını teşkil ediyorsa, kefil/kefiller hakkında da doğrudan doğruya takip yapılamamaktadır.

TMK. m. 887'ye göre ipotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değilse, alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya, hem de kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, ipotekle temin edilen alacağın muacceliyeti, TBK. m. 117/f.II uyarınca alacaklının ihbarına bağlıysa, bu ihbarın hem borçluya, hem de taşınmaz malikine yapılması gerekmektedir⁵⁵⁷. Buna göre, faktoring sözleşmesinden doğmuş ve doğacak alacakların teminatını teşkil etmek

⁵⁵⁷ SİRMEN, Eşya, s. 599; "...Türk Medeni Kanunu'nun 887 nci maddesine göre, ipotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değilse, alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya, hem de kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır. İpoteğin paraya çevrilmesi yolu ile başlatılan icra takibinde 3 ncü kişi ipoteği söz konusu ise icra takibinde, hem asıl borçluya hem de ipoteği veren 3 ncü kişiye İİK. nun 149/b madde hükmü uyarınca ödeme emrinin tebliği zorunlu olduğu için aralarında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmaktadır.

Asıl borçlu dışında mümeyyiz davalının borçtan şahsen sorumlu olmadığı ve ipotek akit tablosundan da muaccel hale gelmiş bir alacak için değil, acente borçlarının teminatı olarak ipotek verdiğinin belirtilmiş olmasına göre, alacaklının icrada çıkardığı ödeme emrinin kendisine karşı geçerli olabilmesi için, borçlu ile beraber kendisine de, icra takibinden önce ödeme isteminin tebliği zorunlu bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, asıl borçlu ile beraber borçtan şahsen sorumlu olmayan ipotekli taşınmaz malikine ihbar yapılmadıkça, ipotek borçlusu bakımından borç muaccel hale gelemez. Muaccel hale gelmemiş bir borç içinde icra takibi yapılamayacaktır. Bu husus, takip koşuludur. Zira, İİK.nun 149/b madde hükmünde de alacağın muaccel olması aranmıştır..." Yarg. 11. HD., T. 13.02.2006, 2005/13532 E.,2006/1366 K. (Kişisel Arşiv).

üzere üçüncü kişi ipoteği alınmışsa, faktoring şirketinin alacağını muaccel hale getirebilmek için önce, hem müşteriye, hem de ipotek veren üçüncü kişiye muacceliyet ihbarnamesi göndermesi gerekmektedir. Bu ihbarnamenin gönderilmesinden sonra, müşteri ile ipotek veren üçüncü kişi hakkında birlikte takip başlatması gerekmektedir. İpotek veren üçüncü kişi, rehnin paraya çevrilmesi talebine karşı hem kendisine, hem de borçluya (müşteriye) ait savunma sebeplerini ileri sürebilmektedir⁵⁵⁸.

b) Sicilli Motorlu Araç Rehni

Motorlu aracın teslimine gerek olmaksızın, rehin hakkı sağlaması bakımından sicilli motorlu araç rehni, faktoring sözleşmesinin teminatı olarak, faktoring şirketlerince tercih edilebilecek bir aynî teminat türüdür. Uygulamada özellikle kredi işlemlerinde, bankalarca genellikle bu tür rehnin alındığı, yargıya yansıyan uyuşmazlıklardan anlaşılmaktadır.

Motorlu araç rehni, bir alacağı teminat altına almak için kurulan, rehinli alacaklıya borcun yerine getirilmemesi hâlinde, teminat konusu motorlu aracı paraya çevirerek alacağını tahsil etme yetkisi veren, aynî teminatların bir türü olan, taşınır rehnidir⁵⁵⁹. TMK. m. 939/f.I-III uyarınca kanunda öngörülen ayırık durumlar dışında, taşınır rehninin kurulması için, rehin konusu eşyanın borçludan veya rehin veren üçüncü kişiden alınması, rehin alana veya üçüncü bir kişiye zilyetliğinin devredilmesi, borçlunun fiili egemenliğinden çıkarılması gerekmektedir⁵⁶⁰. Bir tür taşınır eşya olan

⁵⁵⁸ SİRMEN, Eşya, s. 599.

⁵⁵⁹ DOĞAN, Murat; “Teslime Bağlı Olmayan Sicilli Motorlu Taşıt Rehni”, EÜHFD., C. XII, S. 3–4, Y. 2008, s. 181; ERTAŞ, Şeref; “Tescilli Taşınır Rehinleri”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, s. 1155; UYUMAZ, Alper; Motorlu Taşıt Rehni, İstanbul 2012, s. 164.

⁵⁶⁰ DOĞAN, Taşıt Rehni, s. 183.

motorlu araçların da⁵⁶¹, kural olarak zilyetliğin devri suretiyle rehnedilmesi mümkündür⁵⁶². Ancak, ekonomik değeri oldukça yüksek olan motorlu araçların teslim suretiyle rehnedilmesi, rehin veren ve rehin alan açısından elverişsiz bir durum yaratmaktadır. Gerçekten de bu şekilde, rehin verenin rehin konusu motorlu araçtan yararlanma imkânı ortadan kalkmakta, rehin alan için ise, kullanma ve yararlanma yetkisine sahip olmadığı rehin konusu motorlu aracı, koruma ve saklama yükümlülüğü doğmaktadır⁵⁶³. Bu elverişsiz durumu ortadan kaldırmayı amaçlayan kanun koyucu, TMK. m. 940/f.II hükmü⁵⁶⁴ ile motorlu aracın teslimine gerek olmaksızın, kayıtlı olduğu sicile tescili suretiyle rehnedilmesine imkân tanımıştır⁵⁶⁵.

TMK. m. 940/f.II hükmüne göre, “*gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir.*” Bu düzenleme dolayısıyla, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine göre sicile tescilleri zorunlu olan motorlu taşıtların, iş makinelerinin ve lastik tekerlekli traktörlerin, sicile tescil verilmek sureti ile teslimsiz olarak rehnedilmeleri mümkündür.

Sicilli motorlu araç rehni tesis eden malikin, teminat altına alınan borçtan şahsen sorumlu olması gerekmez. Başkasının borcu için, malik olan üçüncü bir kişi de rehin tesis edebilir. Ancak rehin tesis edecek kişinin, motorlu araç üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekmektedir. Rehnolunan motorlu aracın rehin verene ait olması ya da

⁵⁶¹ KURT, Ekrem; “Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescili ve Harici Devirler”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, Y. 2013, s. 1858.

⁵⁶² DOĞAN, Taşıt Rehni, s. 183.

⁵⁶³ DOĞAN, Taşıt Rehni, s. 184; ERTAŞ, s. 1161.

⁵⁶⁴ Bu düzenleme TMK. m. 940’a bilim komisyonundan sonra eklendiği için, komisyon gerekçesinde yer almamaktadır (Bkz. ERTAŞ, s. 1181).

⁵⁶⁵ DOĞAN, Taşıt Rehni, s. 184-185; ERTAŞ, s. 1161.

rehin veren kişinin bu hususta malik tarafından yetkilendirilmiş bulunması gerekir. Yani, rehin veren temsil yoluyla da rehin hakkı kurabilir. Trafik sicili, iyi niyetle kazanıma imkân tanıyan müspet fonksiyona sahip olmadığından, rehin konusu aracın gerçekte sahibi olmadığı hâlde, sicilde malik gözüken kişiden rehin hakkı kazanımı korunmaz⁵⁶⁶.

Motorlu araç rehni, diğer rehin türleri gibi alacağa bağlı fer'î bir haktır.

Rehin hakkı, değere yönelmiş sınırlı bir aynî haktır. Bu sebeple, üzerinde rehin tesis edilecek motorlu aracın, parayla belirlenebilecek bir değerinin olması gerekli ve mecburidir. Dolayısıyla sicile kayıtlı olsa bile, ekonomik değer ifade etmeyen bir motorlu aracın rehin hakkına konu olması mümkün değildir. Yine, üzerinde rehin tesis edilecek motorlu aracın, özel mülkiyete tabi olması gerekmektedir. Kamu malları üzerinde rehin hakkı tesis edilemez. Bu nitelikteki bir motorlu araç üzerinde rehin tesis etmek için yapılan her tür sözleşme, TBK. m. 27 uyarınca hükümsüzdür⁵⁶⁷.

Sicilli motorlu araç rehni kurulmasını öngören TMK. m. 940/f.II hükmü, emredici nitelikte bir hüküm değildir. Taraflar, sicilli motorlu araç rehni tesis edebilecekleri gibi, TMK. m. 939 uyarınca motorlu araç üzerinde, teslim bağli taşınır rehni de tesis edebilirler. TMK. m. 940/f.II uyarınca, trafik siciline tescil verilmek sureti ile üzerinde sicilli motorlu araç rehni tesis edilmiş bir motorlu aracın, aynı zamanda TMK. m. 939 uyarınca teslim bağli taşınır rehni hükümlerine göre rehnedilmesi de mümkündür⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ DOĞAN, Taşıt Rehni, s. 188-189.

⁵⁶⁷ ERGÜNE, Mehmet Serkan; Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağli Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 174.

⁵⁶⁸ ERGÜNE, Taşınır Rehni, s. 171; Bu hâlde, iki rehin hakkı arasında sıra ilişkisi gündeme gelmektedir. Eğer teslim bağli şekilde aracı rehin alan şahıs iyi niyetli ise, yani kaydi rehne ilişkin durumu bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyorsa, rehni sonraki tarihte kurulmuş olsa bile, sıra itibariyle kaydi rehinden önce gelir. Zira kaydi rehin, araç malikin mülkiyetinde olduğu müddetçe yapılabilir,

TMK. m. 940/f.II’de, sicilli taşınır rehninin sicile tescil edilerek kurulacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, rehin sözleşmesinden bahsedilmemiştir. Buna karşılık, taşınmaz rehni ile diğer sicilli taşınır rehinleri açısından değerlendirme yapıldığında, bu rehin türünde de, rehin veren ile rehinli alacaklı arasında bir rehin sözleşmesi yapılmasının gerekli olduğu ifade edilebilmelidir⁵⁶⁹.

Sicilli motorlu araç rehni, sebebini taraflar arasında akdedilen rehin sözleşmesinden alan, iradî bir rehin türüdür. Taraflar arasında geçerli bir rehin sözleşmesi yapılmadan, yalnızca motorlu aracın kayıtlı olduğu sicile tescil ile kurulan rehin hakkı, yolsuz tescile dayalı bir rehin hakkıdır. Böyle bir hâlde araç maliki, TMK. m. 1025’in kıyasen uygulanması ile sicildeki yolsuz tescilin terkinini talep edebilir. Burada trafik sicilinin, tapu sicili gibi aleniyet fonksiyonunun olmadığı, trafik sicilindeki bir kayda güvenirilerek aynî hak kazanılamayacağı, fakat malikin sicildeki yolsuz tescili terkin ettirmekte hukukî yararının olduğu belirtilmelidir⁵⁷⁰.

Rehin sözleşmesi borçlandırıcı bir hukukî işlem olup, rehin alanla, motorlu araç maliki arasında yapılan, bir veya birkaç motorlu araç üzerinde, belirli bir alacaklı lehine rehin hakkı kurma borcu yükleyen sözleşmedir⁵⁷¹. Borçlandırıcı bir hukukî işlem olması sebebiyle, müstakbel rehin alacaklısına, rehin hakkının motorlu aracın kayıtlı olduğu sicile tescil edilmesini talep hakkı vermektedir. Ancak bu söylemden, müstakbel rehin

aracın malikin vasıtasız zilyedliğinde olmasına gerek yoktur. Eğer rehin alan iyi niyetli değilse, yani kaydi rehni biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, önceki tarihli kaydi rehin, sıra itibariyle önce gelir. Teslime bağlı olarak rehnedilmiş araç üzerinde sonradan kaydi rehin tesis edilirse, kaydi rehin alan alacaklı iyi niyetli olsa bile, onun rehin hakkı teslime bağlı rehinden sonra gelir. Zira trafik siciline tescil suretiyle kazanılan kaydi rehinde alacaklı, aracın zilyedi değildir ve zilyede tanınan aynî hak kazanmaya ilişkin hükümlerden yararlanamaz (Bkz. ERGÜNE, Taşınır Rehni, s.171, dn. 235).

⁵⁶⁹ DOĞAN, Taşıt Rehni, s. 188; UYUMAZ, s. 244.

⁵⁷⁰ UYUMAZ, s. 245, özellikle dn. 9.

⁵⁷¹ SAYMEN, F. H./ELBİR, H. K.; Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 632-634; GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol; Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s.1098.

alacaklısının doğrudan doğruya sicile tescil talep edebileceği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Motorlu aracın kayıtlı olduğu sicile tescil talebinde bulunacak olan, aracın maliki ya da onun yetkili temsilcisidir. Rehin sözleşmesi müstakbel rehin alacaklısına, şahsî bir hak sağlamaktadır. Eğer araç maliki, rehin hakkının tesisi için tescile yanaşmazsa, müstakbel rehin alacaklısı, rehin hakkının sicile tescili için dava açabilir. Mahkemece yapılan yargılama neticesinde verilen tescil kararı, yenilik doğurucu nitelikte değildir. Yani, mahkeme kararının kesinleşmesi ile kendiliğinden rehin hakkı doğmaz. Mahkeme kararı ile taraflar arasında geçerli bir rehin sözleşmesi olduğu, bu rehin sözleşmesine dayalı rehin hakkının varlığı ve sicile tescil edilmesi gerektiği tespit edilerek, rehin hakkının sicile tescili hüküm altına alınmaktadır. Bu mahkeme kararı ile müstakbel rehin alacaklısı, doğrudan doğruya rehin hakkını sicile tescil ettirebilmektedir⁵⁷².

Motorlu araç rehninin sicilli olarak kurulduğu hâllerde, rehin hakkının doğumu için, tek başına rehin sözleşmesinin yapılması yeterli değildir. Ayrıca rehin hakkının, sicile tescil edilmesi gerekmektedir. Kurucu nitelikteki tescil işlemi gerçekleştirilmeden, rehin hakkı doğmaz⁵⁷³.

⁵⁷² UYUMAZ, s. 246-247.

⁵⁷³ “...Kural olarak taşınırın rehnedilmesi teslim suretiyle mümkündür (MK.m.939). Ancak bir sicile tescili zorunlu taşınırın bu sicile yazılmak suretiyle rehni de yasa koyucu tarafından kabul edilmiştir (MK.m.940/II). Somut olayda davalı lehine noterde rehin tesis edilmiş, ancak teslim gerçekleşmemiştir. Bu durumda rehin tarihi, tescilin yapıldığı tarih olarak kabul edilmelidir. Mahkeme gerekçesinin aksine tescille kazanılan rehin hakkı bakımından trafik sicilinin ihdası (kurucu) olduğu sonucuna ulaşılmaktadır...” Yarg. 19. HD., T. 15.04.2009, 2009/2790 E., 2009/3133 K. (Kişisel Arşiv).

c) Ticari İşletme Rehni

Ticari işletme rehni, Türk Hukuku'nda ilk olarak 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak, 28.10.2016 tarihli RG.'de yayımlanan ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. TİTRK. ile ticari işletme rehni, teslimsiz taşınır rehni olma özelliğini devam ettirmiş ise de, rehlin kapsamı, kuruluşu, tescil edileceği sicil ile hüküm ve sonuçları bakımından yeni düzenlemeler getirilmiştir⁵⁷⁴. TİTRK. m. 1/f.I'de ifade edildiği üzere, *“Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehlin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır.”*

Yürürlükten kaldırılan TİTRK.'e göre, ticarî işletmenin tamamı üzerinde rehin hakkı kurulması gerekmekteydi. TİTRK.'e göre ise, kural olarak öncelikle m. 5/f.I'de sayılı unsurlar üzerinde⁵⁷⁵, bu unsurların borcu karşılayamaması hâlinde ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin hakkı kurulması gerekmektedir⁵⁷⁶. Bu tür

⁵⁷⁴ KÖROĞLU ÖLMEZ, Belin; “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, TBB. Dergisi, S. 129, Y. 2017, s. 261.

⁵⁷⁵ TİTRK. m. 5/f.I'de, üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır işletme varlıkları sınırlı olarak sayılmıştır. TİTRK. m. 5/f.II'de, ticari işletme veya esnaf işletmesinin bir bütün halinde rehin edilebileceği düzenlenmiştir. TİTRK. m. 4/f.VI, c bendinde ise, rehne konu işletme varlığı ile bu varlığın ayırt edici özelliklerinin belirtilmesinin zorunlu olduğu, hüküm altına alınmıştır (Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR, s. 187).

⁵⁷⁶ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 189; Ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin hakkı kurulması hâlinde, rehlin kuruluşu anında işletme faaliyetine özgülenmiş her türlü varlık, rehnedilmiş sayılmaktadır. İşletmenin faaliyetine özgülenmiş bu varlıkların rehninin, diğer kanunlarca bir sicile tescili gerekiyorsa, bu rehlin ilgili sicillere bildirilmesi gerekmektedir (Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR, s. 189).

rehin hakkı, taşınır işletme varlıkları üzerinde, zilyetliğin devrine gerek olmaksızın, rehin sözleşmesinin sicile tescili ile kurulmaktadır. Rehin sözleşmesi, rehin alacaklısı ile rehin veren arasında yapılmaktadır. Rehin veren, teminat altına alınan borcun borçlusu olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilmektedir. TİTRK. m. 4/f.II uyarınca rehin sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca aynı Kanun m. 4/f.IV'e göre, yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin sicile tescil edilebilmesi için, imzaların noterce onaylanması veya sicil yetkilisinin huzurunda atılması gerekmektedir⁵⁷⁷. Bununla birlikte m. 4/f.III uyarınca, elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin sicile tescil edilebilmesi için, güvenli elektronik imza ile imzalanması yeterlidir⁵⁷⁸. Sözleşmenin tescil edildiği sicil, TİTRK. m. 2/f.I, k bendinde düzenlenen Rehinli Taşınır Sicili'dir⁵⁷⁹. Sicile tescil kurucu etkiye sahip olup, tescil yapılmadan rehin hakkı doğmamaktadır⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 266-267.

⁵⁷⁸ KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 268.

⁵⁷⁹ KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 263-264; Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından kurulması esas olan ve ancak TİTRK.'nda verilen yetkiye istinaden Noterler Birliği'ne kurdurulan Rehinli Taşınır Sicili, kendisinden beklenen görevleri yerine getirebilmek amacıyla, bazı işlevlere sahiptir. Bu işlevlerden birincisi, aleniyetin (açıklığın sağlanması) sağlanmasıdır. Taşınır Rehni Sicili'nin asli fonksiyonunun aleniyeti sağlamak olduğunu kabul eden kanun koyucu, aleniyetin sağlanabilmesi için, sicilen tescil edilen hususların ilânına ilişkin ayrı bir düzenleme yapmamıştır. RTSY. m. 7,12,13,26,30 hükümleri ile kolay erişimi sağlamak amacıyla, Rehinli Taşınır Sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması öngörülmüştür. Bu işlevlerden ikincisi, ispat fonksiyonudur. TMK. m. 7 ile kabul edilen, resmi sicil ve belgelerin aksi ispat edilinceye kadar doğru kabul edileceğine ilişkin karine, Rehinli Taşınır Sicili için de geçerlidir. Bu işlevlerden üçüncüsü, güveni koruma fonksiyonudur. RTSY. m. 1'de düzenlendiği üzere, Rehinli Taşınır Sicili'nin amacı, Rehinli Taşınır Sicili kayıtlarının tam ve doğru tutulmasını ve sicil kayıtlarının aleniyetinin ve üçüncü kişiler dahil tarafların hukukî güvenliğinin güvence altına alınmasını temin etmektir. Ancak Rehinli Taşınır Sicili kayıtları bakımından, tapu

TİTRK. m. 10 ile, ticari işletme rehinde TİRK.'den farklı olarak, taşınmaz rehinde olduğu gibi derece sistemi getirilmiştir. Ancak, aynı taşınır varlık üzerinde derece sırası belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı kurulması hâlinde öncelik, kurulma anına göre belirlenmektedir⁵⁸¹.

Yukarıda genel hatları ile açıklanan TİTRK.'na göre kurulacak ticari işlemlerde taşınır rehinin, sunduğu alternatifler ve sağladığı kolaylıklar sebebiyle, faktoring sözleşmelerinde bir aynî teminat türü olarak tercih edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir⁵⁸².

D. Ek Teminat Niteliğinde Kambiyo Senedi Alınması

Kambiyo senetleri ticaret hayatında yaygın bir şekilde kullanıldığı gibi, faktoring işlemlerinde de sıklıkla kullanılmaktadır. Faktoring şirketleri özellikle yurt içi faktoringde, devraldıkları alacağın tahsil aracı olarak kambiyo senetlerini devralmaktadırlar. Devraldıkları bu senetleri vadesi geldiğinde tahsil eden faktoring şirketleri, daha önce yaptıkları ön ödemeyi, komisyonu ve ön ödeme faizini düşüp, kalan bakiyeyi müşteriye ödeyerek tasfiye işlemini gerçekleştirmektedirler. Faktoring

sicilinde olduğu gibi, yolsuz bir tescile güvenerek hareket eden iyi niyetli üçüncü kişinin, hak kazanması söz konusu değildir. Zira bu hususta, TİTRK.'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Taşınır Rehni Sicili'nin müspet ve menfî etkilerinden yararlanma imkânının bulunmaması, sicil kayıtlarının yanlış tutulmasından doğan zararlardan devletin ve sicili kuran Noterler Birliği'nin sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemenin getirilmemiş olması, sicile duyulacak güveni de tartışılır kılmaktadır. Bu işlevlerden dördüncüsü ise, kontrol fonksiyonudur. Zira RTSY. m. 10 uyarınca Rehinli Taşınır Sicili'ni tutmakla görevli olan sicil yetkilisi, sicile kaydedilecek hususların kanunlara ve gerçeğe uygun olup olmadığını incelemekle yükümlüdür (Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR, s. 194-196).

⁵⁸⁰ KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 269.

⁵⁸¹ KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 275.

⁵⁸² Konu ile ilgili açıklamalar, değerlendirmeler ve öneriler için bkz. ŞİT İMAMOĞLU, Başak; Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, BTHAE., Ankara 2017.

şirketleri tarafından yalnızca alacağın tahsili amacıyla değil, teminat amacıyla da kambiyo senetleri devralınmaktadır. Devralınan alacağın vadesinden belirli bir süre (genellikle 90 gün) sonra ödenmemesi hâlinde, bu senetler işleme konularak, alacaklar tahsil edilmektedir⁵⁸³.

Factoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 8/f.II-III'de, faktoring şirketlerinin ek teminat niteliğinde aldıkları kambiyo senetlerinin tahsili koşulları özel olarak düzenlenmiştir⁵⁸⁴. Bu düzenlemeye göre, “...(2) *Müşterilerden ek teminat mahiyetinde olmak üzere devralınan ve fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile ilişkili olmayan kambiyo senedi veya diğer senetlerin tahsil edilebilmesi için;*

- a) *Alacağın vadesinde ödenmeyip sorunlu hale gelmiş olması,*
- b) *Alınan kambiyo senedi veya diğer senet karşılığında hiçbir şekilde kambiyo senedi ve diğer senedin ilgililerine finansman sağlanmaması,*
- c) *Kuruluşun işlem ve muhasebe kayıtlarında ek teminat mahiyetinde alınan kambiyo senedi veya diğer senedin ilgili borcun teminatı karşılığında alındığına ilişkin kayıt düşülmesi gerekir.*

(3) *Müşterilerden ek teminat mahiyetinde olmak üzere devralınan ve fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile ilişkili olmayan kambiyo senedi veya diğer senedin tahsil edilmesi, ancak kuruluşun vadesinde ödenmeyen alacağı ve müşteriden olan diğer alacaklarını ilgili mevzuat çerçevesinde alacağın geri ödenebilirliğine göre Tasfiye Olunacak Alacaklar veya Zarar Niteliğindeki Alacaklar hesabında sınıflandırması,*

⁵⁸³ SARAÇ, s. 200, 393.

⁵⁸⁴ BDDK.'nın 08.07.2010 tarihli Genelgesi'nde de, faktoring şirketlerinin ek teminat niteliğinde kambiyo senetleri alabilecekleri ve bunun koşulları düzenlenmiştir (Bkz. SARAÇ, s. 393).

*buna göre özel karşılık ayırması ve hukuki takip süreçlerini başlatmış olması halinde mümkündür*⁵⁸⁵. ”

Yönetmelik m. 8/f.II’ye göre, faktoring şirketleri tarafından alınan bir kambyo senedinin ek teminat olarak kabul edilebilmesi ve bu kapsamda tahsil edilebilmesi için, alınan senedin fatura ya da fatura yerine geçen belgelerle ilişkili olmaması, faktoring şirketinin alacağının vadesinde ödenmeyip sorunlu hâle gelmesi gerekmektedir. Faktoring şirketi bu senet karşılığında, senet borçlularına bir finansman sağlamamış olmalıdır. Faktoring şirketinin işlem ve muhasebe kayıtlarında, teminat mahiyetinde alınan bu senedin ilgili borcun teminatı karşılığında alındığına ilişkin bir kayıt bulunmalıdır.

Yönetmelik m. 8/f.III’e göre ise, teminat olarak alınan ve fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile ilişkili olmayan senedin tahsil edilebilmesi için, faktoring şirketinin vadesinde ödenmeyen alacağı ve müşteriden olan başkaca alacaklarını, tasfiye olunacak alacaklar veya zarar niteliğindeki alacaklar hesabında sınıflandırması, buna göre özel karşılık ayırması ve ayrıca hukukî takip süreçlerini başlatması gerekmektedir.

⁵⁸⁵ “...Faktoring şirketleri temlik aldıkları alacağın ödenmemesi riskine karşılık müşterisinden aynı ve şahsi teminat alabilecekleri gibi teminat niteliğinde kambyo senetleri de alabilirler.

Somut olayda talebin dayanağı olan bononun bu anlamda bir teminat senedi olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Nitekim, yerel mahkemece de bu husus isabetle değerlendirilmiştir.

Ne varki, Faktoring İşlemlerinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 8/2. maddesine göre; “Müşterilerden ek teminat mahiyetinde olmak üzere devralınan ve fatura veya fatura yerine geçen belgeler ile ilişkili olmayan kambyo senedi veya diğer senetlerin tahsil edilebilmesi için; alacağın vadesinde ödenmeyip sorunlu hale gelmiş olması, alınan kambyo senedi veya diğer senet karşılığında hiçbir şekilde kambyo senedi veya diğer senedin ilgililerine finansman sağlanmaması, Kuruluşun işlem ve muhasebe kayıtlarında ek teminat mahiyetinde alınan kambyo senedi veya diğer senedin ilgili borcun teminatı karşılığında alındığına ilişkin kayıt düşülmesi gerekir...” Yarg. 19. HD., T. 08.11.2016, 2016/7795 E., 2016/14411 K. (Kişisel Arşiv).

Somut bir uyuşmazlıkta bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, faktoring şirketinin ticari kayıtları üzerinde yapılacak bir hesap bilirkişisi incelemesi ile anlaşılabilir. Bu sebeple, faktoring şirketi tarafından bir senedin teminat senedi olarak alındığı iddia edildiğinde ya da savunulduğunda, bilirkişiden Yönetmelik m. 8/f.II-III’te aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eden bir rapor alınıp, sonucuna göre işlem yapılması gerekmektedir.

E. Faktor Nezdinde Teminat Amaçlı Bloke Hesabı Açılması

Alacaklarını teminat altına almak isteyen faktoring şirketi, kendi nezdinde müşterinin bir kısım alacakları ile teminat amaçlı bir bloke hesabı açabilmektedir. Bu hesap, faktoring şirketinin müşteriye gerçekleştireceği ödemelerin bir bölümünün kesilmesinden oluşabileceği gibi, müşterinin ilişkinin başlangıcında yatıracağı bir miktar paradan da oluşabilmektedir. Böyle bir hesabın bulunması hâlinde, alacaklarını müşteriden tahsil edemeyen faktoring şirketi, bu hesaptan tahsil edebilmektedir. Böyle bir hesabın açılacağı, faktoring sözleşmesinde kararlaştırılabilir⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ ŞENER, Hukuki Durum, s. 71-72.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAKTORİNG İŞLEMİNDE ALACAKLARIN DEVRİ VE BORÇLUNUN HUKUKÎ DURUMU

§10. GENEL OLARAK ALACAĞIN DEVRİ⁵⁸⁷

I. Kavram ve Tanım

Ticari ve ekonomik hayatın bir gereği olarak ortaya çıkan alacağın devri⁵⁸⁸, devralan üçüncü kişiye güçlü bir talep hakkı sağlayan, üç köşeli bir hukukî ilişkidir⁵⁸⁹. Alacağın devri ile borç konusu ve miktarı muhafaza edilerek devir konusu alacak, borç ilişkisine dâhil olmayan üçüncü bir kişiye devredilmekte ve bu şekilde alacaklı tarafta bir değişiklik meydana gelmektedir⁵⁹⁰. Devir sözleşmesinin yapılmasıyla başka bir

⁵⁸⁷ Doktrinde alacağın devri yerine, “*alacağın temliki*”, “*alacağın geçirimi*”, “*alacağın tevdi*” ifadeleri de kullanılmaktadır (Bkz. BAKLACI ÇAKIROĞLU, Evren; Roma Hukuku’nda ve Türk Borçlar Hukuku’nda Alacağın Temliki, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Roma Özel Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 1).

⁵⁸⁸ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 12; “...Kural, borç ilişkisinin sonucu olan edimin alacaklıya ifasıdır. Fakat hayat şartları, ticaret ve ekonomi gereksinimleri, alacaklının ifayı beklemeden alacağını başkasına devretmesi veya borçlunun borcunu bir başkasına nakletmesi yollarının da açılmasını zorunlu kılmıştır. Görülüyor ki, alacağın temliki hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkan bir hukuk kurumudur...” Yarg. 13. HD, T. 13.06.2013, 2013/15343 E., 2013/16249 K. (Kişisel Arşiv).

⁵⁸⁹ Alacağın devrinin, üç köşeli ilişkilerden biri olarak nitelendirildiğine dair bkz. SCHWARZ, Andreas B. (Çev. Bülent Davran); Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, İstanbul 1948, s. 379, dn. 2.

⁵⁹⁰ GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; Borçlar Hukuku Birinci Kısım Borçların Umumî Hükümleri, Ankara 1946, s. 271; KOCAMAN, Arif B.; Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, Ankara 1989, s. 6; von TUHR, s. 864; “...Alacağın temliki, bir alacağın alacaklı tarafından bir başka kimseye devredilmesidir. Bu suretle borç münasebetinde alacaklının şahsında bir değişiklik vuku bulmakta, eski alacaklının (temlik edenin) yerini yeni alacaklı (temellük eden)

işleme gerek kalmaksızın, asıl alacak, asıl alacağa bağlı fer'î (yan) haklar⁵⁹¹, rüçhan (öncelik) hakları⁵⁹², asıl alacağa bağlı yenilik doğuran haklar⁵⁹³ ve talep hakkı⁵⁹⁴ borçlu

almaktadır. Aynı zamanda, temlik edilen alacak eski alacaklının malvarlığından çıkarak yeni alacaklının mamelekine dahil olmakta, alacağı talep etmek hakkı da yeni alacaklıya intikâl etmektedir..." HGK., T. 22.09.2010, 2010/11- 333 E., 2010/406 K. (Kişisel Arşiv).

⁵⁹¹ Türk Borçlar Kanunu m. 189/f.II'ye göre, "...Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır." Kanun koyucu bu hüküm ile bir tür fer'î hak olan işlemiş faiz alacağının da, devralana geçeceğini açıkça düzenlemiştir. Bu açık düzenleme karşısında, yalnızca devirden sonra değil, devirden önce işlemiş faiz alacaklarının da devralana geçeceği şüphesizdir. Ancak aksi taraflarca kararlaştırılabilmektedir (Bkz. DAYINLARLI, s. 270; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 564).

⁵⁹² Devredenin şahsına tanınmış olan rüçhan hakları dışında diğer rüçhan hakları, alacağın devriyle birlikte kendiliğinden devralana geçmektedir. İİK. m. 101'de düzenlenen hacze iştirak hakları, devredenin şahsına tanınmış bir rüçhan hakkı olduğundan, devralana geçmemektedir. Bununla birlikte, İİK. m. 206'da düzenlenen alacağın sebebine bağlı rüçhan hakları, devralana geçmektedir (Bkz. DAYINLARLI, s. 269).

⁵⁹³ Bununla birlikte taraf olmaya bağlı yenilik doğuran haklar devralana geçmemekte, devreden tarafından kullanılamamaktadır. Hata, hile ve korkutmaya dayalı iptal hakkında durum böyledir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 565).

⁵⁹⁴ "...Dava konusu yapılmış olan alacak veya hakkın başkasına devredilmesi ile, o alacak veya hakka bağlı olan dava hakkı da birlikte devredilmiş sayılır. Dava hakkı asıl haktan ayrı bir hak değildir ve bu nedenle yalnız başına başkasına devredilemez..." HGK., T. 20.10.2010, 2010/12-375 E., 2010/515 K. (Kişisel Arşiv).

"...bir dava açıldıktan sonra (dava devam ederken), dava konusu olan mal veya hakkın (müddeabihin) bir başkasına (üçüncü kişiye) devredilmesi mümkündür.

Dava konusu yapılmış olan mal veya hakkın başkasına devredilmesi ile, o mal veya hakka bağlı olan dava hakkı da birlikte devredilmiş sayılır. Taraflardan birinin, dava sırasında müddeabih başkasına devretmesi halinde, artık müddeabih üzerine bir tasarruf yetkisi kalmaz..." HGK., T. 09.02.2011, 2010/11-689 E., 2011/46 K. (Kişisel Arşiv).

ve alacaklı dışında üçüncü bir kişiye geçmektedir⁵⁹⁵. Başka bir deyişle alacağını devretmek suretiyle alacaklı, devredilmiş alacak üzerinde önceden kendisine ait olan hukukî gücü, bir başkasına geçirmektedir⁵⁹⁶. Alacağın devri sözleşmesi, alacaklı

⁵⁹⁵ BAKLACI ÇAKIROĞLU, s. 114; “...Alacağın temliki ile alacak hakkı bunu devralan 3. kişiye geçer. Böylece devralan daha önce temlik edene ait olan alacak hakkını kesin olarak iktisap eder ve bunun üzerinde "tasarruf etme" yetkisini kazanır. Davaya konu uyuşmazlıkta davacı dava tarihinden önce alacak hakkını dava dışı ...'e devretmiş olmakla, davaya konu alacağa ilişkin temlik işlemi iptal edilmedikçe temlike konu alacağı davalıdan talep edemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...” Yarg. 13. HD., T. 28.01.2011, 2010/8606 E., 2011/2865 K. (Kişisel Arşiv).

“...temlik edilen alacak, temlik edilene, temlik eden ne durumdaysa, o durumu ile ve bu kapsamda üstünlük ve sakatlıkları ile birlikte bir bütün halinde geçer. Devredilen alacak, bir mal varlığından başka bir mal varlığına geçer; ancak, kendi varlığını da olduğu gibi korur. 818 Sayılı Yasa'nın 168/son maddesi hükmü uyarınca da, temlik edilen alacağın birikmiş temerrüt faizleri dahi, alacakla birlikte temlik alana temlik edilmiş sayılır...” Yarg. 15. HD, T. 27.06.2013, 2012/2447 E., 2013/4238 K. (Kişisel Arşiv).

⁵⁹⁶ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1074; “...Genel olarak borç ilişkisi kimler arasında meydana gelmişse, alacaklılık ve borçluluk sıfatları da bu kişilere ait olup, bunun doğal sonucu olarak, borçlu kime karşı ifa yükümü altına girmişse, alacak hakkı da o kişiye aittir. Bununla beraber, alacaklının alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün olup, alacağın temliki, alacağı devreden alacaklı ile devralan kişi (yeni alacaklı) arasında yapılacak yazılı bir sözleşme ile meydana gelir. Alacağın temlikinde alacaklı, halen sahip olduğu bir hakkını devredebileceği gibi, henüz mevcut olmayan, müstakbel bir alacağını da devredebilir. Temlik edenin, temlik anında sahip olduğu bir hakkını devrettiği durumlarda yapılan bu tasarruf işlemi ile alacaklı, malvarlığının aktifindeki mevcut haklarda başkası lehine bir azalmayı kabul etmektedir. Böylece, temlik akdi yapılır yapılmaz alacak, alacağa bağlı olan bütün imtiyazlar ve fer'i haklarla beraber devralana geçmektedir. (Borçlar Kanunu'nun 168. maddesi) Bu nedenle gerek işleyip de eski alacaklı tarafından tahsil edilmemiş, gerekse işlemekte olan tüm fer'i hak ve alacaklar yeni alacaklıya ait olmaktadır. Nitekim, temlik eden kişinin temlikle birlikte borçlu ile hukuki ilişkisi kesildiğinden, alacağın tahsilinin dava ve talep

(devreden) ile devralan arasında yapılmaktadır. Bu üç köşeli hukukî ilişkisinin pasif (edilgen) köşesini, devir işlemine hiçbir katılımı olmayan borçlu oluşturmaktadır⁵⁹⁷.

Alacağın devri kavramı ile gerçek anlamda iki tarafın anlaşması ile devir ifade edilmektedir. Zira yasal ve yargısal devir, gerçek ve teknik anlamda bir devir olmayıp, burada bir geçiş (intikal) söz konusudur. Başka bir deyişle, yasal ve yargısal devirde, alacak kanun veya mahkeme hükmü gereğince kendiliğinden alacaklının malvarlığına dâhil olmaktadır⁵⁹⁸. Ancak alacağın bu şekilde geçişi de, sonuç itibariyle alacağın devrine eşit olduğundan, kanun koyucu buna yasal⁵⁹⁹ ve yargısal devir adını vererek, aynı bölüm altında incelemeyi uygun görmüştür⁶⁰⁰.

hakkının da onun maliki durumuna geçmiş olan temellük edene geçmesi alacağın temlikinin doğal bir sonucudur...” Yarg. 13. HD, T. 22.09.2011, 2011/5343 E., 2011/13007 K. (Kişisel Arşiv).

⁵⁹⁷ ERDOĞAN, İhsan; “Alacağın Temliki ve Kıymetli Evrakın Devri”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 482; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1074; Eski Roma Hukuku’nda alacaklı alacağını bir başkasına devredemezdi. Çünkü bu hukuk sisteminde borç, alacaklı ve borçlunun şahsından çözülemeyen bir bağ olarak düşünülmekteydi. Bu sebeple Roma Hukuku’nda alacağın devri kurumunun karşıladığı ihtiyaç, yenileme (novatio) ve vekil yararına vekâlet (mandatum in rem suam) müesseseleri ile karşılanmaya çalışılmıştır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 6, dn. 7; KOYUNCUOĞLU, Tennur; Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio), İstanbul 1972, s. 58; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 919; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1074; ÜÇER, Mehmet; “Roma Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacağın Temliki”, AÜHFD., C. 54, S. 3, Y. 2005, s. 401-403).

⁵⁹⁸ KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 6, özellikle dn. 35; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1078-1079.

⁵⁹⁹ Alacağın yasal devrinin tipik örneklerinden birisi, mirasın geçişidir. Gerçekten de TMK. m. 599/f.I’de, mirasçılardan, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanacakları hükme bağlanmıştır.

⁶⁰⁰ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1078-1079; Alacağın devri kavramı, gerek BK.’nda ve gerekse TBK.’nda alacağın yasal ve yargısal devrini kapsar şekilde, geniş anlamda kullanılmaktadır. Bu kullanım nedeniyle alacağın devri doktrinde, “rızaî devir”, “yasal devir” ve “yargısal devir” olmak

Alacağın devri, devreden ve devralan arasında, borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılan bir sözleşme ile, alacağın konusu ve sonuçları itibariyle doğrudan devredenden devralana geçmesi olarak tanımlanmaktadır⁶⁰¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, alacağın devrinde alacaklı taraf değişmekte, borçlu tarafta herhangi bir değişiklik olmamakta, ayrıca borçlunun devre herhangi bir katılımı da bulunmamaktadır⁶⁰². Borçlu kişisel nedenlerle hoşuna gitmese bile, alacağın devrine katlanmak zorunda kalmaktadır⁶⁰³. Bu durumun gerekçesi, borçlunun günün birinde alacaklının yerine yeni bir alacaklının geçeceğini öngörmek durumunda olması, alacaklıyı seçme hakkının bulunmaması olarak değerlendirilmektedir⁶⁰⁴. TBK m. 183/f.I’de de, “*Kanun, sözleşme*

üzere, üçe ayrılarak incelenmektedir. Ancak alacaklı şahısta meydana gelen değişiklik dışında, rızâî devir ile yasal ve yargısal devir arasında nitelik farkı bulunmaktadır. Alacaklının bir hukukî işlem neticesinde değiştiği rızâî devrin aksine, yasal ve yargısal devirde bir hukukî işlem bulunmamaktadır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 11).

⁶⁰¹ BERKİ, Şakir; Borçlar Hukuku Kitap. I “Umumî Hükümler”, 2. Baskı, Ankara 1958, s. 284; ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 1; KARAHASAN, s. 1689; OĞUZMAN/ÖZ, Genel Hükümler, s. 922; ŞAHİNİZ, C. Salih; “Alacağın Temlikinde Sözleşme ile Kararlaştırılan Temlik Sınırlama (Kısıtlama) ve Yasakları”, EÜHFD., C. X, S. 3-4, Y. 2006, s. 495; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 240; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1074; “...alacağın temliki alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akiddir...” Yarg. 13. HD, T. 13.06.2013, 2013/15343 E., 2013/16249 K. (Kişisel Arşiv).

⁶⁰² Ancak kiracılık hakkının devrinde olduğu gibi bazı alacakların devri, asıl borçlunun iradesinin de aynı yönde olmasını gerektirebilmektedir (Bkz. ÖZDEMİR, s. 691, dn. 8).

⁶⁰³ ARSEBÜK, Esat; Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumî Esasları, I Kaynaklar, Ankara 1937, s. 562-563; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1074.

⁶⁰⁴ KOCAMAN, Üçlü İlişkiler, s. 11-12.

veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir” şeklindeki düzenleme ile bu husus vurgulanmaktadır⁶⁰⁵.

Alacağın devri, sözleşmenin devrinden özenle ayrılmalıdır⁶⁰⁶. Alacağın devrinde, bir borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak alacaklardan bir bölümü ya da tamamı devredilmektedir. Bir kimse, bir borç ilişkisinden kaynaklanan bütün alacaklarını devretse bile, o borç ilişkisindeki hukukî yerini kaybetmemektedir. Oysa sözleşmenin devrinde, taraflardan biri sözleşmeden ayrılmakta, onun yerine dışarıdan üçüncü bir kişi taraf olarak sözleşmeye katılmaktadır. Bu şekilde sözleşme ilişkisinden ayrılan tarafın leh ve aleyhine doğan tüm hak ve borçlar, sözleşmeyi devralana geçmektedir⁶⁰⁷. Alacağın devrinde, borçlunun rızası gerekmemektedir. Sözleşmenin devrinde ise, sözleşmede kalan tarafın rızası, devrin geçerliliği için kurucu bir unsurdur⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ “...Alacağın temliki, alacaklı ile onu devir alan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen, şekle bağlı tasarruflı bir muamele veya kanun ya da kazai kararla gerçekleşen bir devirdir. Kanun veya akit ile veya işin niteliği icabı olarak menedilmiş olmadıkça, alacağın temliki borçlunun rızasına bağlı değildir...” Yarg. 11. HD., T. 01.12.2008, 2007/10686 E.-2008/13633 K. (Kişisel Arşiv).

⁶⁰⁶ İki hukukî müessesenin karşılaştırılması için bkz. BAHADIR, Zeynep; “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma”, GÜHFD., C. XVII, S. 3, Y. 2013, s. 8-10.

⁶⁰⁷ DAYINLARLI, s. 63; EREN, Genel Hükümler, s. 1255; KARAHASAN, s. 1690; ÖZTÜRK, Berna; “Sözleşmenin Devri”, TBB. Dergisi, 2016 (125), s. 284-285; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1075.

⁶⁰⁸ BAHADIR, s. 9; ÖZTÜRK, s. 285.

II. Hukukî Niteliği ve Konusu

A. Hukukî Niteliği

Alacağın devri, sözleşmeye dayalı⁶⁰⁹ kazandırıcı bir tasarruf işlemi olup⁶¹⁰, borçlandırıcı bir işlem değildir⁶¹¹. Zira devirle birlikte, belli bir alacağın hukukî durumunda doğrudan doğruya bir değişiklik meydana gelmekte, alacak bir malvarlığından başka bir malvarlığına geçmektedir⁶¹².

Alacağın devrinin geçerliliği, alacaklının, devrettiği alacak üzerinde devir işleminin yapıldığı sırada tasarruf yetkisine sahip olmasına bağlıdır⁶¹³. Bir alacak üzerinde tasarruf yetkisi, kural olarak alacağın sahibine aittir. Ancak, alacaklının tasarruf yetkisinin kaldırıldığı ya da sınırlandırıldığı hâllerde durum değişmektedir. Eğer alacaklının tasarruf yetkisi kaldırılmışsa, yapılan devir alacaklı dâhil hiç kimse için hüküm ifade etmemektedir. İflâs etmiş bir alacaklının, masaya dâhil alacaklarını iflâsın açılmasından sonra devretmesi hâlinde durum böyledir. Zira iflâsın açılmasından sonra masaya dâhil alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi, iflâs masasına geçmektedir. Böyle bir devrin geçerli hâle gelebilmesi, iflâs masasının onayına bağlıdır⁶¹⁴. Bir alacağın

⁶⁰⁹ ARAL, Temlik, s. 93; BAKLACI ÇAKIROĞLU, s. 104; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1086.

⁶¹⁰ ARAL, Temlik, s. 94; BAKLACI ÇAKIROĞLU, s. 106; EREN, Genel Hükümler, s. 1228; von TUHR, s. 827.

⁶¹¹ ERDOĞAN, s. 482.

⁶¹² ARSEBÜK, s. 563; KARAHASAN, s. 1691; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1090.

⁶¹³ ARAL, Temlik, s. 105; ARSEBÜK, s. 564; DAYINLARLI, s. 116; von TUHR, s. 827.

⁶¹⁴ DAYINLARLI, s. 116-117; ERDOĞAN, s. 482,485; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1093;

“...Alacağın temlikinin hüküm ifade edebilmesi için, temlik edenin bu alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması da lazımdır. Kural olarak, alacak hakkı sahibinin, alacağı üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Ancak bazı hallerde, mesela iflasta masaya dahil olan alacakları üzerinde alacaklının (müflisin) tasarruf yetkisi yoktur. Diğer taraftan, bir alacak üzerinde sahibinden başka kimselerin, mesela kanuni veya akdi mümessillerin de tasarruf yetkileri olabilir. İşte, alacağın temliki ancak

haczedilmesi hâlinde, haczedilen alacakla ilgili yapılan devir, İİK. m. 86/f.III uyarınca haczettirenin haklarını ihlal ettiği ölçüde geçersizdir⁶¹⁵.

Devir sözleşmesinin yapılması ile devredenın alacak üzerindeki tasarruf yetkisi sona ermekte, bu yetki devralana geçmektedir. Devredenın, devrettiği, bu nedenle tasarrufta bulunma yetkisinin kalmadığı bir alacağı, tekrar kendi adına devretmesi mümkün değildir. Böyle bir hâlde devreden, başkası adına yetkisiz tasarrufta bulunmaktadır. Yapılan bu tasarruf askıda olup, geçerli hale gelmesi, tasarruf yetkisine sahip alacaklının icazet vermesine bağlıdır. Alacaklı icazet verirse, devir baştan itibaren geçerli olmakta, vermezse baştan itibaren geçersiz olmaktadır⁶¹⁶. Mevcut veya gelecekte doğması mümkün olmayan bir alacağın devri, hiçbir hukukî sonuç doğurmamaktadır⁶¹⁷. Alacağın devrinde, iyi niyetle kazanma kuralı yürümektedir. Geçerli bir şekilde devredilen alacağın, aynı devreden tarafından ikinci kez devrinde, ikinci devralanın iyi niyetli olması, ikinci devir işleminin geçersizliği üzerinde bir etki doğurmamaktadır⁶¹⁸. Birden fazla devirde, hangi devrin önce yapıldığı tespit edilemiyorsa, yapılan her bir devir geçersiz olmaktadır⁶¹⁹.

Alacağın devrinin hukukî sebebi, bir sözleşmeden, vasiyetnâmeden ya da kanundan doğan bir borç olabilmektedir⁶²⁰. Devir genellikle böyle bir borcun ifası için,

alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kimseler tarafından yapılabilir. Temlik edenin tasarruf yetkisi bulunmadığı takdirde, yapılmış olan temlik muteber olmaz; temlikin muteber hale gelebilmesi için, alacaklının icazet vermesi; yani temliki sonradan onaylaması gerekir...” HGK., T. 22.09.2010, 2010/11- 333 E., 2010/406 K. (Kişisel Arşiv).

⁶¹⁵ ERDOĞAN, s. 486.

⁶¹⁶ Yarg. 15. HD., T. 30.05.2011, 2011/350 E., 2011/3156 K. (Kişisel Arşiv).

⁶¹⁷ Yarg. 19. HD., T. 08.07.2010, 2010/44 E., 2010/8643 K. (Kişisel Arşiv).

⁶¹⁸ AYDINCIK, s. 160; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1093-1094.

⁶¹⁹ von TUHR, s. 832, dn. 55.

⁶²⁰ ARSEBÜK, s. 565.

ifa uğruna devir⁶²¹ ya da ifa yerine devir⁶²² şeklinde yapılmaktadır. Bunların dışında, satış amacıyla⁶²³, teminat amacıyla⁶²⁴, bağışlama amacıyla⁶²⁵ ya da tahsil amacıyla⁶²⁶ alacak devredilebilmektedir. Alacağın devrinin, soyut veya sebebe bağlı bir işlem olup

⁶²¹ İfa uğruna (ifaya yönelik/ifa amacıyla) alacağın devrinde, devreden, üçüncü bir kişiden olan alacağını, borcun ifası için borçlu olduğu kişiye devretmektedir. Bu hâlde devreden devralana borcu, alacağın devrinin yapıldığı anda değil, devre konu alacağın tahsil edildiği anda ve tahsil edildiği ölçüde sona ermektedir. İfa uğruna alacağın devri, TBK. m. 192’de açıkça düzenlenmiştir (Bkz. AKSOY, s. 145; ENGİN, Baki İlkay; “İfa Uğruna Edim”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 844). İfa uğruna devir, ifa uğruna edimin özel bir uygulaması olarak ortaya çıkmaktadır (Bkz. ENGİN, Edim, s. 839).

⁶²² İfa yerine alacağın devrinde, devreden, üçüncü bir kişiden olan alacağını borcun ifası için borçlu olduğu kişiye devretmektedir. Ancak bu hâlde devreden devralana olan borcu, alacağın devri anında sona ermektedir. Bir alacağın ifa yerine devredildiğinin kabulü için, devreden ve devralan arasındaki alacağın devri sözleşmesinde, bu hususun açıkça kararlaştırılması gerekmektedir. Aksi halde, alacağın ifa uğruna devredildiği kabul edilmektedir (Bkz. AKSOY, s. 145).

⁶²³ Alacak hakkı malvarlığına dâhil bir değer olarak değerlendirildiğinden, bir ivaz karşılığında, satış sözleşmesi gereğince devredilebilmektedir (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 12).

⁶²⁴ Teminat amacıyla devirde, devreden, üçüncü bir kişiden olan alacağını, borcun teminatı için borçlu olduğu kişiye devretmektedir. Bu hâlde devralan, borç vadesinde ifa edildiğinde teminat konusu alacağı, devredene iade etmeyi kabul etmektedir. Ancak söz konusu borç ifa edilmediğinde devralan, teminat konusu alacağı tahsil etme hakkına sahip olmaktadır (Bkz. AKSOY, s. 146). İfa uğruna devir ile teminat amacıyla devir birbirine çok benzemektedir. Doktrinde teminat amacıyla yapılan devir, geciktirici koşula bağlı ifa uğruna devir olarak da nitelendirilmektedir. Alacağın devri ile teminat altına alınan borç ödenmediğinde, geciktirici koşul gerçekleşmektedir (Bkz. ÖZDEMİR, s. 693).

⁶²⁵ Bağışlama amacıyla devirde, devreden bağış maksadıyla üçüncü bir kişiden olan alacağını, ivazsız olarak devralana devretmektedir (KILIÇOĞLU, s. 792).

⁶²⁶ Tahsil amacıyla devirde, devreden, üçüncü bir kişiden olan alacağını, yalnızca tahsil işlemlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla devralana devretmektedir. Bu hâlde devreden, tahsil edilecek alacağa mahsuben devralandan bir miktar peşin para alabileceği gibi, taraflar alacağın devralanca tahsilinden sonra devredene iadesi konusunda da anlaşabilmektedirler (Bkz. AKSOY, s. 146).

olmadığı tartışmalıdır⁶²⁷. Doktrinde bir görüş⁶²⁸, alacağın devrinin soyut bir işlem olduğunu, hukukî sebebi oluşturan borçlandırııcı işlemin geçersizliğinin, alacağın devrini etkilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, alacağın devrinin hukukî sebebini oluşturan bağış, satış gibi borçlandırııcı işlemlerin geçersizliği, alacağın devrini etkilemeyecek, alacak devralanın malvarlığına geçmiş olacaktır. Bu hâlde, devredenin sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanarak, devredilen alacağın kendisine geri verilmesini istemek hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Soyutluk görüşü, esas itibarıyla devralanı korumaktadır. Öte yandan bu görüşe göre taraflar, alacağın devrinin geçerliliğini, devrin hukukî sebebinin geçerliliğine bağlayabilmektedirler⁶²⁹. Bir diğer görüş ise⁶³⁰, alacağın devrinin sebebe bağlı olduğunu, sebep geçersizse alacağın devrinin de geçersiz olacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, alacağın devrinin hukukî sebebini oluşturan bağış, satış gibi borçlandırııcı işlemlerin geçersizliği, alacağın devrinin de geçersiz olmasına sebep olacak, alacak devralanın malvarlığına geçmeyecektir⁶³¹. Sebebe bağlılık görüşünün ise esas itibarıyla devredeni koruduğu anlaşılmaktadır⁶³².

⁶²⁷ ARAL, Temlik, s. 104; KILIÇOĞLU, s. 793; Alacağın devri işleminin geçerliliğinin, buna temel teşkil eden borçlandırııcı işlemin geçerliliğine bağlı olup olmadığına cevap verebilecek bir hüküm, İsviçre ve Türk Hukuk sistemlerinde bulunmadığından (aynı taşınır mülkiyetinin devrinde olduğu gibi), konu doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmıştır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 30).

⁶²⁸ ARSEBÜK, s. 572; ŞENER, Hukuki Durum, s. 65; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 548; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1077; von TUHR, s. 829-830.

⁶²⁹ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 30; ERBEK, Özge; “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllîlik)-Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, Journal of Yaşar University, C. 8, Sayı Özel, Y. 2013, s. 944; KARAHASAN, s. 1692; von TUHR, s. 830.

⁶³⁰ ARAL, Temlik, s. 104; DAYINLARLI, s. 102-105; EREN, Genel Hükümler, s. 1231; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 241-242.

⁶³¹ ARAL, Temlik, s. 104; ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 30; “...Alacağın temliki, alacağı devredenle devralan arasındaki ilişki bakımından sebebe bağlı bir işlem olup, bu temel ilişki geçersiz

B. Konusu

Alacağın devrinin konusu, alacak hakkıdır⁶³³. Hukuken geçerli olmak şartıyla sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya vekâletsiz iş görmeden doğan tüm alacaklar devredilebilir⁶³⁴. Devrin konusu olağan bir alacak olabileceği gibi, vadesi gelmemiş, koşula bağlı, çekişmeli bir alacak da olabilmektedir⁶³⁵.

veya sonradan ortadan kalkar ise temlik gerçekleşmeyecek ya da sonradan geçerliliğini kaybedecektir...” Yarg. 19. HD., T. 06.05.2010, 2009/8451 E.-2010/5584 K. (Kişisel Arşiv).

⁶³² ERBEK, s. 944.

⁶³³ BAKLACI ÇAKIROĞLU, s. 104; BİRSEN, Kemaleddin; Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Borçların Umumî Hükümleri, 3. Bası, İstanbul 1954, s. 664; GÖKTÜRK, s. 273; Hak sahibine, borç ilişkisinin karşı tarafından bir edimin yerine getirilmesini isteme olanağı tanıyan haklara, alacak hakları denilmektedir (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 5). Alacaklı açısından hak olarak nitelendirilen bu kavram, borçlu açısından bir edimi yerine getirme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Başka bir deyişle alacak ve borç, bir madalyonun iki farklı yüzü gibi, aynı kavramın borç ilişkisinin tarafları açısından farklı adlandırılmasıdır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 5, dn. 1). Bir malvarlığı değeri olarak kabul edilen alacak hakkı, hak sahibinin hukukî işlemlerine konu olabilmektedir. Bu işlemlerden ibra ve takas, alacağın borçlusuna karşı etki doğuran tasarruf işlemlerindendir. Alacaklı, üçüncü kişiler lehine alacağı üzerinde bazı tasarruf işlemlerinde de bulunabilmektedir. Bunlar alacağın devri, alacak üzerinde intifa hakkı kurulması ve alacak hakkının rehnidir. Bu işlemler sayesinde alacak, tam anlamıyla işlem hayatının bir parçası haline gelmektedir (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 7).

⁶³⁴ ARAL, Temlik, s. 106; BİRSEN, s. 664; von TUHR, s. 840; “...Kural olarak, bütün alacaklar temlik edilebilir. Böylece halen iktisap edilmiş (kazanılmış) bir alacak kadar ileride iktisap olunacak bir alacak da; keza muaccel bir alacak kadar bir vadeye veya şarta bağlanmış olan alacaklar da temlik olunabilir. Hattâ alacağın hukukî muameleden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya doğrudan doğruya kanundan doğmuş olmasının da bir önemi yoktur...” HGK., T. 22.09.2010, 2010/11- 333 E., 2010/406 K. (Kişisel Arşiv).

⁶³⁵ BİRSEN, s. 665; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 559.

Belirlenebilir⁶³⁶ olmak şartıyla, gelecekteki bir alacağın devri de mümkündür⁶³⁷. Devir işleminin yapıldığı anda henüz mevcut olmayan alacağa, “*gelecekteki alacak*⁶³⁸” denilmektedir. Böyle bir hâlde devredilen alacağın kimin hukuk alanında doğacağı,

⁶³⁶ Federal Mahkemeye göre gelecekteki bir alacağın devrinde, devir edilen alacağın hukukî sebebinin, miktarının ve borçlusunun şahsının belirli veya en azından belirlenebilir olması gerekmektedir. Federal Mahkeme 12 Mayıs 1987 tarihinde verdiği bir kararında, gelecekteki bir alacağın devrinin geçerli olabilmesi için, alacağın doğduğu anda belirli, yani belirlenebilir olması gerektiğini içtihat etmiştir (Bkz. ARAL, Temlik, s. 109).

⁶³⁷ Ancak, bir kimsenin gelecekteki tüm alacaklarını devredip devredemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde, alacaklının borçlusu ile arasındaki hukukî ilişkiden doğacak tüm alacaklarını devredebileceği, hatta bir kimsenin işletme faaliyetinden doğacak tüm alacaklarının devrinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bir kimsenin üçüncü kişilere karşı ileride doğacak her tür alacak hakkını devretmesinin, kişilik hakkını ve ticari özgürlüğünü ahlâka aykırı olarak kısıtlayacağı, bu şekilde konu, zaman ve kişi yönünden sınırsız bir devrin, TMK. m. 23 ve TBK. m. 27 uyarınca geçersiz olacağı kabul edilmektedir (Bkz. ARAL, Temlik, s. 123; EREN, Genel Hükümler, s. 1235; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, İstanbul 2014, s. 188; ÖZDEMİR, s. 705; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1082-1083).

⁶³⁸ Gelecekteki alacaklar, doktrinde iki kısma ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan birincisi, devrin yapıldığı anda mevcut bir hukukî ilişkiye dayanan, gelecekteki alacaklardır. Devrin yapıldığı anda mevcut bir kira sözleşmesinden doğacak kira alacağının devri hâlinde, durum böyledir. İkincisi ise, devrin yapıldığı anda henüz mevcut olmayan bir hukukî ilişkiden doğacak alacaklardır. Henüz kiraya verilmemiş bir taşınmazın, kiraya verilmesinden doğacak kira alacağının devri hâlinde, durum böyledir (Bkz. ARAL, Temlik, s. 107; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 555). Devir anında mevcut bir hukukî ilişkiden doğacak alacağın, devredilebileceği hususunda bir tartışma bulunmamakta ise de, devir anında mevcut olmayan bir hukukî ilişkiden doğacak alacağın, devredilip devredilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Çatışan iki görüşten birincisine göre, ileride doğacak bir alacağın devre konu olabilmesi için, alacağın doğumuna sebep olan hukukî ilişkinin devir anında var olması gerekmektedir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 555-556). İkincisine göre ise, gelecekte doğacak bir alacak kayıtsız şartsız devre konu olabilmektedir (Bkz. BİRSEN, s. 665-666).

doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş⁶³⁹, bu alacağın doğrudan doğruya devralanın hukuk alanında doğacağını kabul etmektedir. Bu görüşe, “*doğrudan iktisap teorisi*”⁶⁴⁰ denilmektedir. Bir diğer görüş ise, böyle bir alacağın önce bir anlık bile olsa, devreden malvarlığında doğacağını, fakat daha sonra yapılan devir nedeniyle, kendiliğinden devralanın malvarlığına geçeceğini savunmaktadır. Bu ikinci görüşe ise, “*geçiş teorisi*” denilmektedir⁶⁴¹.

Bölünebilir olduğu sürece, alacağın kısmen devri mümkün olduğu gibi⁶⁴², müteselsil alacaklılık hakkının, fer’î hakların, asıl alacak hakkından bağımsız devri de mümkündür⁶⁴³. Bununla birlikte alacağın küçük bölümlere ayrılarak devri, bazı hâllerde TMK. m. 2’ye aykırılık teşkil edeceğinden, geçerli kabul edilmemektedir⁶⁴⁴.

TBK. m. 183/f.İ’de, kanun, sözleşme ya da işin niteliği engel olmadıkça alacaklının, borçlunun rızasını aramaksızın, alacağını üçüncü bir kişiye devredebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kanun koyucu bazı alacakların devrine izin

⁶³⁹ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1082.

⁶⁴⁰ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 33.

⁶⁴¹ EREN, Genel Hükümler, s. 1234-1235; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 555, özellikle dn. 43.

⁶⁴² DAYINLARLI, s. 159; ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 34; ERDOĞAN, s. 489; EREN, Genel Hükümler, s. 1235; KARAHASAN, s. 1690-1691.

⁶⁴³ EREN, Genel Hükümler, s. 1235; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1083.

⁶⁴⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 75-76.

vermiş, bazı alacakların devrini ise yasaklamıştır. Bu yasak kanundan⁶⁴⁵, sözleşmeden⁶⁴⁶ ya da hukukî ilişkinin niteliğinden⁶⁴⁷ kaynaklanabilmektedir⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Kanun, bazı alacakların devrini yasaklamış ya da sınırlandırmış olabilir. Örneğin, TBK. m. 619 uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısı hakkını, borçlunun rızası olmadan üçüncü bir kişiye devredemez. TMK. m. 25/f.IV'e göre manevî tazminat hakkı, borçlu tarafından kabul edilmedikçe devredilemez. Böyle bir hâlde yapılan devir geçersiz olup, geçersizlik hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1236-1237; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 559-560).

⁶⁴⁶ Devri mümkün alacaklar, alacaklı ile borçlu arasında yapılan bir sözleşme ile devredilemez hâle getirilebilmekte ya da devir serbestisi sınırlandırılabilir. Bu şekilde taraflar, alacağın hiç kimseye veya belli kimselere devredilemeyeceğini veyahut belli bir süre devrolunamayacağını kararlaştırabilecekleri gibi, alacağın ancak borçlunun muvafakati ile ya da borçluya yapılacak bir ihbar ile devrolunabileceğini de kararlaştırabilirler. Bu yöndeki bir sözleşme, alacağın doğumundan önce ya da sonra, herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılabilmektedir. Böyle bir devir yasağı ya da sınırlaması ileri sürülmedikçe, hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz. Ancak borçlu, TBK m. 183/f.II uyarınca, böyle bir yasak içermeyen yazılı borç tanımına güvenerek alacağı devralmış kişiye karşı, devir yasağını ileri süremez (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1237; KARAHASAN, s. 1698; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1084).

⁶⁴⁷ Alacağın devrine engel bir kanun hükmü ya da sözleşme hükmü bulunmamasına rağmen, bazen işin niteliği de devre engel olabilmektedir. Bu hâlde borç ilişkisinde, alacak hakkı ile alacaklının kişisel özellikleri arasında yadsınamaz bir bağıllık bulunmakta, alacağın devri alacağın içeriğinde değişiklik yaratmaktadır. Nafaka alacak haklarında durum böyledir. İşin niteliği gereği devir edilememe halleri, hâkimin takdirine bırakılmış olup, hâkim somut olayı inceleyerek, alacağın devredilip devredilemeyeceğine karar verecektir (Bkz. DAYINLARLI, s. 193-195; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 561). İşin niteliği gereği devir edilememe hâlinde hâkim, devir yasağını ancak borçlunun bu hususa ilişkin def'î hakkını kullanması ile dikkate alır, re'sen dikkate alamaz (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1237).

⁶⁴⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 1236.

Alacağın devri işleminin konusu alacak hakları ile sınırlandırılmış olduğundan, alacak niteliği taşımayan hakların, aynî hakların ve yenilik doğurucu hakların devri, alacağın devri hükümlerine tabi değildir⁶⁴⁹.

III. Şartları

A. Esasa İlişkin

Alacağın devri akdî nitelikte bir işlem olduğundan geçerliliği, devreden ile devralanın fiil ehliyetine sahip olmalarına, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığına bağlıdır⁶⁵⁰. İvazlı bir devirde, alacağı devreden ve devralanın sınırlı ehliyetsiz olması hâlinde, kanuni temsilcilerin izin ve onayı gerekmektedir. İvazsız bir devirde ise, devralanın sınırlı ehliyetsiz olması hâlinde, devralan borç altına girmedikten, kanuni temsilcinin izin ve onayı gerekmemektedir. Ancak sınırlı ehliyetsiz devreden, kanuni temsilcisinin izin veya onayının gerekeceği şüphesizdir⁶⁵¹.

Alacağın devri sözleşmesi, TBK. m. 27 uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmamalıdır.

⁶⁴⁹ “...Borçlar Kanunu’nun 162 ve devamı maddeleri gereğince; Kanun veya sözleşme ile veya işin mahiyeti icabı olarak menedilmiş olmadıkça, borçlunun rızasını aramaksızın alacaklı, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebilir. Borçlar Kanunu’nun 162 vd. maddeleri ile düzenlenen alacağın temlikî işleminin konusunun alacak hakları ile sınırlandırılmış olması karşısında, alacak niteliği taşımayan hakların, aynı hakların ve yenilik doğurucu hakların devri alacağın temlikî hükümlerine tabi değildir...” HGK., T. 23.05.2007, 2007/15-296 E., 2007/289 K. (Kişisel Arşiv).

⁶⁵⁰ DAYINLARLI, s. 110; EREN, Genel Hükümler, s. 1232; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1091 vd.

⁶⁵¹ AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya; Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 12. Baskı, Ankara 2014, s. 327; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2014, s. 85; EREN, Genel Hükümler, s. 1232; SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 440; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1092.

Ayrıca taraflardan birinin iradesinin sakatlanması hâlinde, devir sözleşmesinin TBK. m. 30 vd. hükümler uyarınca iptal edilmemiş bulunması gerekmektedir. Zira iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal etmesiyle, alacağın devri işlemi geçmişe etkili olarak tamamen ortadan kalkmaktadır⁶⁵².

Alacak devrinin, geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak yapılabileceği kabul edilmektedir. Bir kişinin Ankara'ya tayin edilmesi hâlinde, alacağın devredileceğinin kararlaştırılması hâlinde durum böyledir⁶⁵³.

B. Şekle İlişkin

TBK. m. 184 uyarınca, alacağın devri sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Kanunda geçerlilik şartı olarak öngörülen yazılı şekil, adi yazılı şekildir. Bu yazılı şekil şartının sağlanabilmesi için devir sözleşmesinde, alacağı devreden ve devralanın kimler olduğu, devre konu alacağın ne olduğu belirtilmeli, tarafların iradesi metinden açıkça anlaşılabilir⁶⁵⁴. Ancak doktrinde, açığa ya da beyaza devrin de

⁶⁵² EREN, Genel Hükümler, s. 1232; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 552-553.

⁶⁵³ EREN, Genel Hükümler, s. 1232; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 556, dn. 48.

⁶⁵⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 1233; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 554; “...Alacağın temlik, mahiyeti itibarıyla iki taraflı bir hukukî muamele, yani akittir; buna karşılık temlik eden ile temellük edenin iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun suretle beyan etmeleriyle meydana gelebilir. Kanunumuz alacağın temlikinin «yazılı» şekilde yapılmasını öngörmektedir. Bu itibarla ki, bir muteberlik şekli olarak yazılı şekle uyulmadıkça alacağın temlikinin hiçbir hükmü yoktur. Bununla birlikte, temlik senedinde (temliknamede) sadece temlik edenin imzasının bulunması kâfi olup, ayrıca temellük edenin imzasının bulunmasına lüzum yoktur. Temlik senedine tarih konulması da şart değildir...” HGK., T. 22.09.2010, 2010/11- 333 E., 2010/406 K. (Kişisel Arşiv).

“...Ciro, sadece kambiyo senetleri yönünden söz konusu olabilen bir işlemdir. Herhangi bir nedenle kambiyo senedi niteliğini taşımayan veya bu vasfını sonradan kaybeden, dolayısıyla adi senet niteliğinde olan bir senet, ancak, Borçlar Kanunu'nun 162. ve sonraki maddelerinde düzenlenmiş

geçerli olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir hâlde, alacağı devralacak kişinin kimliği devir anında değil, ancak daha sonra belirlenmektedir⁶⁵⁵. TBK. m. 14 uyarınca, devir sözleşmesinde sadece alacağı devreden beyanının ve imzasının bulunması gerekli ve yeterlidir. Ancak devir sebebinin belirtildiği ivazlı devirlerde, alacağı devralanın da beyanı ve imzası gerekmektedir⁶⁵⁶.

Adi yazılı şekil, alacağın devrinin geçerlilik şeklidir. Bu şekle uyulmadan yapılan bir devir sözleşmesi, hükümsüzdür. Böyle bir sözleşmeyi tahvil yolu ile TBK. m. 184/f.II’de düzenlenen devir taahhüdü, kanunda kullanılan ifade ile alacağın devri sözü verme olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira alacağın devri sözleşmesiyle devreden, alacağı devretme sözü verme iradesi taşımamakta, aksine alacağı doğrudan doğruya bir üçüncü kişiye geçirmek istemektedir. Bununla birlikte şekil koşuluna uyulmadan yapılan bir devir sözleşmesinin, tahvil yolu ile devralana verilmiş bir tahsil yetkisi olarak değerlendirilmesi mümkündür⁶⁵⁷.

Adi yazılı şekil, tasarruf işlemi olan alacağın devri sözleşmesi için geçerlidir. Bununla birlikte, alacağın devrinin hukukî sebebinin oluşturan devir taahhüdü için herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. TBK. m. 184/f.II’de bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir.*” Kanun koyucu devir taahhüdünü, alacağın devri sözü verme olarak ifade etmiştir. Ancak burada söz konusu olan, bir devir vaadi ya da devir sözü verme değil, devir taahhüdünde bulunmadır. Zira alacağın devri bir tasarruf işlemi olduğundan, böyle bir tasarruf işleminin hukukî sebebinin de bir ön sözleşme değil, sözleşme olması gerekmektedir. Bu sebeple,

olan alacağın temlikî hükümlerine tabi olarak temlik edilebilir...” HGK., T. 08.11.2006, 2006/12-683 E., 2006/687 K. (Kişisel Arşiv).

⁶⁵⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 1233; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 554.

⁶⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 553.

⁶⁵⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 1233.

kanunda kullanılan “*alacağın devri sözü verme*” ifadesi kavramsal olarak yerinde değildir⁶⁵⁸.

§11. FAKTORİNG İŞLEMİNDE ALACAKLARIN DEVRİ

I. Genel Olarak

Factoring sözleşmesi, niteliği gereği bünyesinde alacağın devri işlemini barındıran bir sözleşmedir. Factoring işleminin diğer unsurlarını içeren, ancak alacağın devrini içermeyen bir sözleşmeyi, factoring sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Hatta bu sözleşme alacağın devri yerine, tahsil için temsil yetkisini içerse bile sonuç değişmemektedir⁶⁵⁹. Zira bir çerçeve sözleşme olan factoring sözleşmesinin kurulmasıyla güdülen amaç ne olursa olsun, bu amaca göre adlandırılan factoring sözleşmesinin değişmeyen temel unsuru, müşterinin üçüncü kişilerdeki alacaklarının factoring şirketine devredilmesidir⁶⁶⁰.

II. Devrin Amacı

Factoring sözleşmelerinde devrin amacı, factoring işleminin türlerine göre farklılık göstermektedir. Gerçek factoringde, müşteri tarafından faktora yapılan devir, ifa amacı ile ifa yerine ve faktor tarafından yapılan ön ödemenin teminatı olarak yapılmaktadır. Gerçek factoringde müşteri, üçüncü kişiden olan alacaklarını karşı edim olarak faktora devretmekte, bu devir de ifa yerine geçmektedir. Zira devralınan alacağın borçlusunun ödeme gücünün bulunmaması ya da ödemeye istekli olmaması sebebiyle alacağı tahsil edemeyen faktor, müşteriye rücu edememektedir. Gerçek olmayan factoringde ise devir, ifa amacı ile ifa uğruna ve faktor tarafından yapılan ön ödemenin

⁶⁵⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 1233-1234.

⁶⁵⁹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 20.

⁶⁶⁰ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 14.

teminatı olarak yapılmaktadır. Gerçek olmayan faktoringde müşteri, üçüncü kişiden olan alacaklarını karşı edim olarak faktore devretmekte, bu devir ifa uğruna yapılmaktadır. Zira devralınan alacağın borçlusunun ödeme gücünün bulunmaması ya da ödemeye istekli olmaması sebebiyle alacağı tahsil edemeyen faktor, müşteriye rücu edebilmekte, müşteri de faktoring sözleşmesinden kaynaklanan edimini devredilen alacağın tahsili oranında yerine getirmiş olmaktadır. Devir aynı zamanda her iki tür faktoringde de, iktisadi açıdan yapılan ön ödemelerin teminatını teşkil etmektedir⁶⁶¹.

Öte yandan, devrin faktoringde gerçekleştirdiği teminat işlevi ile teminat amaçlı devirde gerçekleştirdiği teminat işlevini, birbiri ile karıştırmamak gerekmektedir. Her ne kadar faktoringde devrin teminat işlevi bulursa da, teminat amaçlı devirden farklı olarak faktor, öncelikle devredilen alacağın tahsili yoluna gitmekte, başka bir deyişle önce devredilen alacağın borçlusuna yönelmektedir⁶⁶².

III. Devrin Konusu

Faktoringde devrin konusu, müşterinin mal satışından veya hizmet arzından ortaya çıkan mevcut tüm ve gelecekteki para alacaklarının faktore devridir⁶⁶³. FKFFŞK. m. 9/f.II uyarınca, devre konu alacakların, mutlaka mal satışından ya da hizmet arzından kaynaklanması ve bu hususun fatura veya perakende satış vesikası, gider pusulası, müstahsil makbuzu gibi VUK.'na göre fatura yerine geçen belgelerle tevsik edilmesi gerekmektedir⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 20.

⁶⁶² ŞENER, Hukuki Durum, s. 20.

⁶⁶³ KAHRAMAN, s. 78; ŞENER, Hukuki Durum, s. 21.

⁶⁶⁴ SARAÇ, s. 149-150; ŞENER, Hukuki Durum, s. 21.

IV. Devrin Niteliği

Factoringde devir, önceden, topyekün devir ya da manto devir yoluyla gerçekleşebilmektedir⁶⁶⁵.

Doktrin ve uygulamada hâkim olan görüş, factoring işleminde topyekün devrin varlığından hareket etmektedir⁶⁶⁶. Bu tür devirde, mevcut tüm ve gelecekteki alacaklar önceden, topyekün faktore devredilmektedir⁶⁶⁷. Topyekün devir, birden çok farklı borçludan olan alacağın devrine ilişkin olabileceği gibi, aynı borçludan olan birden çok farklı alacağın devrine ilişkin de olabilmektedir⁶⁶⁸. Burada topyekün devir kavramı ile anlatılmak istenen, mevcut tüm ve gelecekteki alacaklara ilişkin münferit devirlerin, kavramsal olarak bir araya getirilmesidir. Önceden, topyekün devir gelecekteki alacaklara, yani henüz doğmamış ve muaccel olmamış alacaklara ilişkin olduğunda, bu devrin geçerli olması için, devredilen gelecekteki alacakların doğum anında belirlenebilir olması gerekmektedir. Alacakların doğumu ile birlikte, alacağın borçlusu ve içeriği tamamen belirli hale gelmektedir⁶⁶⁹. Topyekün devrin koruyucu etkisi güçlü olduğundan, uygulamada genellikle bu tür devir tercih edilmektedir⁶⁷⁰. Zira alacağın doğumu ile birlikte faktor, alacağı iktisap etmekte, alacaklı hale gelmektedir.

Uygulamada, topyekün devir öngören factoring sözleşmelerinde şu şekilde hükümler yer almaktadır⁶⁷¹: “1- İşbu sözleşmenin konusu, MÜŞTERİ’nin daha önce doğmuş ve/veya sözleşme süresi içinde işletmesi ile ilgili olarak yurtiçi/yurtdışı mal,

⁶⁶⁵ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 90-91; UYANIK, Factoring, s. 83.

⁶⁶⁶ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 90; UYANIK, Factoring, s. 84.

⁶⁶⁷ UYANIK, Factoring, s. 84.

⁶⁶⁸ ŞAFAK, s. 88.

⁶⁶⁹ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 91-92; UYANIK, Factoring, s. 84.

⁶⁷⁰ KOCAMAN, Factoring’in Hukuki Niteliği, s. 91.

⁶⁷¹ <http://www.akfactoring.com.tr/belgelistesi/sozlesme.pdf>, (Erişim Tarihi ve saati: 10.08.2017, 10:14)

hizmet satışlarından doğan alacaklarını peşinen ve toptan FAKTOR'a devri (temlik) suretiyle faktoring hizmetlerinden yararlandırılmasından ibarettir.

2- Sözleşmenin imzası ile birlikte FAKTOR'a devir edilen alacaklar, MÜŞTERİ'nin arz ettiği malların/hizmetlerin bir vadeye bağlanmamış ya da vadeli satışlarından doğmuş, doğacak alacaklardır. MÜŞTERİ'nin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ortağı bulunduğu gerçek, tüzel kişilere yaptığı satışlar, arz ettiği hizmetler, konsinye satışlar, FAKTOR'dan yazılı muvafakat alınmadıkça işbu sözleşmenin kapsamı dışındadır.

3- Sözleşmenin kapsamı içindeki alacaklar doğumu anında, faiz, şahsi ya da aynı teminatları ile birlikte kendiliğinden bu sözleşme hükümleri uyarınca FAKTOR'a intikal ederler."

Manto devir yolunda ise, müşterinin yalnızca gelecekteki alacakları faktore devretmesi ve faktore zaman zaman belirli alacakların listesini (borçluların listesi veya sadece fatura suretleri) vermesi kararlaştırılmaktadır. Bu tür devirde, her bir alacak doğumundan sonra, münferit olarak devredilmektedir. Tasarruf işlemi, bu şekilde gerçekleşmektedir. Böyle bir hâlde faktoring çerçeve sözleşmesi, borçlandırıcı (taahhüt) işlem niteliğinde olup, müşteriye gelecekteki alacakları devretme yükümlülüğü yüklemektedir⁶⁷². Manto devrin faktörü koruyucu etkisi zayıf olduğundan, uygulamada bu tür devir tercih edilmemektedir⁶⁷³.

V. Devrin Hükümleri

Faktoringin bünyesinde birden çok alacağın devri işlemini barındırması sebebiyle, faktoringde devrin hükümlerinin de, alacağın devri çerçevesinde

⁶⁷² KOCAMAN, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 91; UYANIK, Faktoring, s. 83-84.

⁶⁷³ KOCAMAN, Factoring'in Hukuki Niteliği, s. 91.

değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁷⁴. Alacağın devri, üç köşeli bir hukukî ilişki olduğundan çeşitli riskler ihtiva etmektedir. Öncelikle alacağı devralanın, alacağı devreden ile üçüncü kişi borçlu arasındaki ilişki konusundaki bilgisi, genel olarak alacağı devrenin beyanları ile sınırlıdır. Bu sınırlı çerçeve içinde alacağı devreden, devredilen alacağın hiç doğmadığını veya ileride doğmayacağını ya da geçmişte doğmuş olmakla birlikte devir anında sona ermiş olduğunu, devralana bildirmemiş olabilmektedir. Yine devredilen alacak istenebilir bir alacak olmasına rağmen, üçüncü kişi borçlunun ödeme gücünden yoksun bulunması nedeniyle, devralan tarafından tahsil edilememesi riski bulunabilmektedir⁶⁷⁵.

Alacağın devri işleminin içerdiği risklere karşı, kanun koyucunun önünde çeşitli seçenekler bulunmaktadır. Kanun koyucu, sevk edeceği emredici ve tamamlayıcı⁶⁷⁶ hukuk kuraları vasıtasıyla, bu riski alacağı devreden ve devralan arasında paylaştırabilmektedir. Buna göre, kanun koyucu riski paylaştırmak adına, alacağı devredene belirli hallerde garanti (tekeffül) yükümlülüğü yükleyebileceği gibi, riski tamamen devralana da yükleyebilmektedir. Yine, riskin paylaşımı konusunda herhangi bir hukuk kuralı sevk edilmeksizin, risk paylaşımı, tamamen taraf iradelerine de bırakılabilmektedir. Zira alacağın devri işleminin içerdiği risklere kimin katlanacağı, bir hukuk politikası sorunu olup, tamamen kanun koyucunun tercihiyle bağlıdır. Ancak kanun koyucu buna ilişkin hukuk kurallarını sevk ederken, işlemin özelliğini, tarafların menfaat dengelerini dikkate alarak, en uygun risk dağılımını belirlemelidir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁴ KILIÇOĞLU, s. 809.

⁶⁷⁵ AKSOY, s. 144.

⁶⁷⁶ Bir hukukî ilişkinin taraflarınca aksinin kararlaştırılması mümkün olan, ancak taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde uygulanabilen kurallara, tamamlayıcı hukuk kuralları denilmektedir (Bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 84).

⁶⁷⁷ AKSOY, s. 144.

Aşağıda faktoring işleminde alacağın devrinin taraflar açısından hükümleri ve açıklanan risk dağılımının ne şekilde belirlendiği, Türk Hukuku açısından incelenecektir.

A. Müşteri (Devreden) Bakımından

a) Garanti (Tekeffül) Sorumluluğu

Alacağı devredenin garanti sorumluluğunun temelinde, cismani varlığı olmayan bir alacağı devralan tarafın korunması ihtiyacı yatmaktadır. Temel düşünce bu olmakla birlikte, kanun koyucu ayrıca, alacağı devredeni de korumak amacıyla garanti sorumluluğunun kapsamını sınırlandırmıştır⁶⁷⁸. Garanti kavramı, satış sözleşmesi nedeniyle doğan bir müessese olmasına rağmen, uygulama alanı yalnızca bu sözleşme ile sınırlı değildir. Alacağın devrinde de, garanti sorumluluğu gündeme gelmektedir. Alacağın devrinde söz konusu olan garanti sorumluluğu, bazı borç ilişkilerinde söz konusu olan şahsî ve aynî hak niteliğinde bir teminat değildir. Bu sebeple, alacağın devrinde söz konusu olan garanti sorumluluğu, teminat hukuku bağlamında değerlendirilemez. Burada söz konusu olan, devredilen alacağın hukuken varlığını ve borçlunun ödeme gücünün bulunduğunu kapsayan bir sorumluluktur⁶⁷⁹. Alacağın devrinde, garanti sorumluluğunun kapsamının değerlendirilmesinden önce, alacağın varlığından sorumluluk ve borçlunun ödeme gücünden sorumluluk kavramlarının irdelenmesi yerinde olacaktır.

Alacağın varlığından sorumluluk⁶⁸⁰, devredilen alacağın doğmuş veya gelecekte doğması ihtimali bulunduğu ya da bu alacağın devir anında sona ermemiş olduğu

⁶⁷⁸ AKSOY, s. 149, özellikle dn. 14.

⁶⁷⁹ DAYINLARLI, s. 238.

⁶⁸⁰ Alacağın varlığından sorumlulukta devralan, hukukî sebeplerden dolayı alacağı tahsil edememektedir (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 52).

hususlarını içermektedir⁶⁸¹. Alacağın varlığı kavramı, yalnızca alacağın fiilen var olmasını değil, alacağın devreden ve devralan arasındaki devir anlaşmasında kararlaştırılan özellikleriyle var olmasını, bu anlaşmada öngörülen hukukî ve fiili özellikleri taşımasını da kapsamaktadır. Devredilen alacak, taraflar arasında yapılan devir anlaşmasında öngörülen özellikleri taşııyorsa, devreden bu eksikliklerden de sorumlu olmaktadır⁶⁸². Bu değerlendirme içinde, devredenın gerçekten devredilen alacağın alacaklısı olması, alacağın devirden önce sona ermemiş bulunması, alacak hakkının itiraz ya da def'î yoluyla etkisizleştirilemeyecek olması, alacak hakkıyla birlikte devralana geçeceği bildirilen kefalet ve rehin gibi yan hakların bulunması, alacağın dava edilebilir nitelikte olması, alacağın varlığı kavramına dâhildir⁶⁸³. Bu husus somutlaştırıldığında, devir konusu alacak devir anında devredenın malvarlığında bulunmalı, devredilen alacağa karşı borçlu zamanaşımı, ödemezlik def'î gibi, ifadan kaçınmasını sonuçlayan savunma imkânlarına sahip olmamalıdır. Yine üçüncü kişi borçlunun, alacağın doğduğu sözleşmeyi iradeyi sakatlayan sebeplerle iptal olanağına sahip olmaması, sözleşmeden dönmesini gerektiren bir hâlin bulunmaması gerekmektedir⁶⁸⁴. Öte yandan, devir sözleşmesinde alacağın kefalet ve rehin gibi şahsî ya da aynî bir teminat ile güvence altına alındığı belirtilmişse, devredilen alacağın gerçekten şahsî ya da aynî bir teminat ile güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Bu hâllerden birisinin gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi sebebiyle borçlu, bir şekilde ifadan kaçınabiliyorsa, devredenın alacağın varlığından garanti sorumluluğu gündeme gelmektedir. Ancak borçlu, devir işleminin geçersizliği sebebiyle ifadan kaçınabiliyorsa, bu hâlde devredenın garanti sorumluluğunun bulunup bulunmadığı, ikili bir ayırım içinde incelenmektedir. Devir işleminin geçersizliği, devir konusu

⁶⁸¹ AKSOY, s. 150; DAYINLARLI, s. 241.

⁶⁸² ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 106-107.

⁶⁸³ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 107.

⁶⁸⁴ AKSOY, s. 150.

alacağın var olmamasından kaynaklanıyorsa, devredenin garanti sorumluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık devir işleminin geçersizliği, alacağın varlığına ilişkin bir sebepten değil, tarafların ehliyetsizliği, şekle aykırılık gibi başka bir sebepten kaynaklanıyorsa, devredenin garanti sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁸⁵. Devir anında var olan bir alacağın, geçerli şekilde devrinden sonra sona ermesi hâlinde de, devredenin garanti sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu hâl, devredenin bir davranışından kaynaklansa bile, sonuç değişmemektedir⁶⁸⁶.

Borçlunun ödeme gücünden sorumluluk⁶⁸⁷ ise, alacağın varlığından sorumluluktan farklı bir kavramdır. Bu hâlde devredilen alacak doğmuştur veya gelecekte doğması ihtimali bulunmaktadır ya da bu alacak devir anında sona ermemiştir. Ancak devredilen bu alacağın, üçüncü kişi borçludan kaynaklanan sebeplerle tahsil edilememesi söz konusudur. Ödeme gücüne sahip olan üçüncü kişi borçlu, ya borcu ödememe konusunda direnmekte ya da ödeme gücü bulunmadığından borcu ödememektedir⁶⁸⁸. Bunlardan ilkinde, yani ödeme gücüne sahip olan üçüncü kişi borçlunun ödememe konusunda direnmesi hâlinde, ilk aşamada kural olarak devredenin garanti sorumluluğu söz konusu değildir. Zira bu hâlde devralan, kanunî yollardan üçüncü kişi borçluyu takip ederek, alacağını borçlunun malvarlığından alma imkânına sahiptir. Bu hâlde devralanın devredene başvurması, devralan için son bir şans değil, ancak ek bir imkândır. Eğer devralan bütün kanuni yolları kullanmasına rağmen alacağı

⁶⁸⁵ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 111-112.

⁶⁸⁶ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 112.

⁶⁸⁷ Borçlunun ödeme gücünden sorumlulukta devralan, alacağı fiili sebeplerden dolayı tahsil edememektedir (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 52).

⁶⁸⁸ Devralınan alacağın borçludan tahsil edilememesi, alacağın varlığına ilişkin bir eksiklikten değil, borçlunun borcunu ödeyemeyecek durumda olmasından ya da borcunu ödeyebilecek durumda olmasına rağmen, ödemeye istekli olmamasından kaynaklanmaktadır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 121).

tahsil edememişse, devredenin garanti sorumluluğu gündeme gelmektedir. İkincisinde ise, üçüncü kişi borçlu ödeme gücüne sahip olmadığından, devralan kanunî yollardan üçüncü kişi borçluyu takip ederek, alacağını borçlunun malvarlığından alma imkânına sahip değildir. Bu durumda devralanın devredene başvurması, devralan için son bir şans olup, devredenin garanti sorumluluğu söz konusu olmaktadır⁶⁸⁹.

Alacağı devredenin garanti sorumluluğu, TBK. m. 191-193, BK. m. 169-171’te düzenlenmiştir. Her iki kanun hükmü bakımından devredenin garanti sorumluluğunun temelinde yatan esaslı unsur, devir işleminin BK.’nın deyimiyle “*ivaz mukabilinde*”, TBK.’nın deyimiyle “*edim karşılığında*” yapıp yapılmadığıdır⁶⁹⁰. Kapsamı ne olursa olsun, devredene yüklenen bu sorumluluk, bir kusur sorumluluğu değildir. Devreden, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, bağımsız bir sorumluluğa sahiptir⁶⁹¹. Bu sorumluluk, tarafların irade beyanı olmaksızın, devrin hukukî sonucu olarak ortaya çıktığından, yasal bir borç olarak değerlendirilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi de, 26.10.1965 tarihinde Gazda et Bruner davasında bu yönde bir karar vermiştir⁶⁹².

Alacağın devri ivazlı ya da ivazsız olabilmektedir. Alacak bir edim karşılığında devredildiğinde, ivazlı devir, bir edim söz konusu olmaksızın devredildiğinde ise, ivazsız devir söz konusu olmaktadır⁶⁹³.

TBK. m. 191/f.I’ye göre, “*Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur.*” Bu madde hükmüne göre, alacak bir edim karşılığında devredildiğinde, devreden devralana karşı devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne

⁶⁸⁹ AKSOY, s. 150; ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 121-122.

⁶⁹⁰ AKSOY, s. 146-147.

⁶⁹¹ AKSOY, s. 150.

⁶⁹² DAYINLARLI, s. 243-244.

⁶⁹³ KILIÇOĞLU, s. 803.

sahip olduğunu garanti etmektedir⁶⁹⁴. Kanun koyucu TBK.'nda yaptığı bu düzenleme ile devredenin garanti sorumluluğu bakımından, BK.'nun kabul ettiği esastan ayrılmış, ivaz karşılığı yapılan devirlerde, devredenin garanti sorumluluğunu genişletmiştir⁶⁹⁵. BK. m. 169'a göre ise, alacak bir edim karşılığında devredildiğinde, devreden yalnızca alacağın devir anındaki varlığından sorumludur. Ayrıca taahhüt etmedikçe, borçlunun ödeme gücünün varlığından sorumlu değildir. Bu husus, BK. m. 169/f.I-II'de şu şekilde ifade edilmiştir: *“Alacağın temlik ivaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamandır. Ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun aczinden mesul değildir.”*

Bu durumun bir örnekle açıklanması konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

(S), (A)'dan olan satış bedeli alacağını, (X) A.Ş.'ne bedel karşılığında devretmiş, bu devir işleminde ayrıca, borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu taahhüt etmemiştir. Devir işleminin BK.'nun yürürlükte olduğu dönemde (01.07.2012 tarihinden önce) gerçekleşmesi hâlinde, (S) garanti sorumluluğu bağlamında, yalnızca devredilen satış bedeli alacağının devir anında varlığından sorumludur. Yani (S), satış bedelinin devirden önce kendisine ödenmiş olması gibi alacağın sona ermesi ya da satış konusu malın teslim edilmemesi ya da ayıplı olması gibi alacağın doğmamasını sonuçlayan hâllerden dolayı, devralan (X) A.Ş.'ne karşı sorumludur. Ancak, ayrıca taahhüt etmediğinden, (A)'nın ödeme gücünün bulunmaması sebebiyle, borcu ödeyememesini sonuçlayan hâllerden sorumlu değildir. Devrin TBK.'nun yürürlüğe girmesinden sonra (01.07.2012 tarihinden sonra) gerçekleşmesi hâlinde ise, (S) garanti sorumluluğu bağlamında, hem devredilen alacağın devir anında varlığından, hem de ayrıca taahhüt etmesine gerek olmaksızın, borçlunun ödeme gücünün varlığından sorumludur. Yani

⁶⁹⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 1238.

⁶⁹⁵ AKSOY, s. 144.

(S), satış bedelinin devirden önce kendisine ödenmiş olması gibi alacağın sona ermesi ya da satış konusu malın teslim edilmemesi ya da ayıplı olması gibi alacağın doğmamasını sonuçlayan hâllerden dolayı devralan (X) A.Ş.'ne karşı sorumlu olduğu gibi, (A)'nın ödeme gücünün bulunmaması sebebiyle borcu ödeyememesini sonuçlayan hâllerden de sorumludur.

TBK. m. 191/f.II'ye göre, *“Alacak, bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.”* Bu madde hükmüne göre, alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredildiğinde ya da kanun gereğince başkasına geçtiğinde alacaklı, alacağın devir anında varlığından sorumlu olmadığı gibi, borçlunun ödeme gücünün varlığından da sorumlu değildir. Aynı esas BK.'nda da benimsenmiş olup, bu husus BK. m. 169/f.III'te şu şekilde ifade edilmiştir; *“Temlik meccanen vaki olmuş ise temellük eden kimse alacağın mevcudiyetini dahi zamin olmaz.”*

İvazlı devirler bakımından TBK. ile getirilen sorumluluk genişlemesinin yerinde olup olmadığının, faktoring işlemi ile yakından ilgili olması sebebiyle, hem iktisadî bakımdan, hem de hukukî bakımdan değerlendirilmesi gerekmektedir.

İvazlı olarak devredilen bir alacağın mevcut olmaması ya da üçüncü kişi borçlunun ödeme gücü bulunmadığından tahsil edilememesi, bir risk olarak her zaman söz konusudur⁶⁹⁶. Böyle bir hâlde riskin ne şekilde dağıtılacağı, kanun koyucu tarafından hukuk politikası gereği, emredici ya da tamamlayıcı hukuk kuralları ile belirlenmektedir. Ancak kanun koyucunun, risk dağılımına ilişkin kuralları koyarken, işlemin özelliğine ve tarafların menfaat dengesine göre, en uygun risk dağılımını belirlemesi gerekmektedir. Ayrıca kanun koyucu, her işlemin belirli bir maliyetinin

⁶⁹⁶ AKSOY, s. 150-151.

olduğunu göz önünde bulundurarak, en etkin risk dağılımını sağlamalıdır⁶⁹⁷. Türk kanun koyucusu ise, ivazlı devirler bakımından risk dağılımında, TBK. m. 191/f.I ile devralan bakımından, daha lehe bir düzenleme getirmiştir. Ancak TBK. ile bu konuda getirilen düzenlemelerin, emredici nitelikte olmadığı, tamamlayıcı nitelikte bulunduğu hemen belirtilmelidir. Yani taraflar kendi aralarında, kanunda öngörülen risk dağılımından farklı bir risk dağılımı kararlaştırabilmektedirler⁶⁹⁸. Her ne kadar Kanun hükümleri tamamlayıcı nitelikte olsa da, bunun aksinin kararlaştırılmasının, taraflar açısından bir maliyeti bulunmaktadır. Yani taraflar, kanun koyucu tarafından en uygun risk dağılımı belirlenmediğinde, en uygun risk dağılımını belirlemek için birtakım maliyetlere katlanmak, zaman harcamak zorunda kalmaktadırlar. Bu da kıt ekonomik kaynakların, verimli kullanılması anlamında yerinde bir yaklaşım olmamaktadır. Bu sebeple tamamlayıcı hukuk kurallarının, işlemin özelliğine göre, taraflar arasındaki menfaat dengesini en uygun şekilde tesis etmesi gerekmektedir. Zira tamamlayıcı hukuk kurallarının bunu tesis etmesi hâlinde, tarafların ekstra bir maliyete katlanma zorunlulukları kalmamakta, öte yandan ileride uyuşmazlık çıkma ihtimali de azalmaktadır⁶⁹⁹.

Yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde, konu TBK. m. 191/f.I hükmü açısından değerlendirildiğinde, kanun koyucunun ivazlı devirlerde, alacağın devir anında var olup olmadığı riskini devredene yüklemesi, yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir. Zira devredilen bir alacağın devir anında var olup olmadığını, yeterli derecede bilecek yegâne taraf devredendir. Devralanın bu yönde bir araştırma yapması, her zaman mümkün olmadığı gibi, bunun belirli bir maliyeti de bulunmaktadır⁷⁰⁰. Ancak konu borçlunun ödeme gücünün varlığından sorumluluğa geldiğinde, durum değişmektedir.

⁶⁹⁷ AKSOY, s. 144.

⁶⁹⁸ AKSOY, s. 151; DAYINLARLI, s. 245.

⁶⁹⁹ AKSOY, s. 151-153.

⁷⁰⁰ AKSOY, s. 154.

Zira bir alacak ivaz karşılığında devredilmiş olsa bile, alacağı devredenin kontrolü dışında gelişen bir durumdan dolayı, onu sorumlu tutmak doğru bir yaklaşım değildir. Bu anlamda TBK. m. 191/f.I'de öngörülen tamamlayıcı hukuk kuralı ile, borçlunun ödeme gücüne ilişkin riskin de devredene yüklenmesi doğru değildir⁷⁰¹.

Risk dağılımına ilişkin TBK. m. 191/f.I düzenlemesi, faktoring işlemi açısından değerlendirildiğinde, çok farklı bir tablo ortaya çıkmaktadır. Daha önceki bölümlerde de açıklandığı gibi faktoring, üçüncü kişi borçlunun ödememe riskinin (delkredere riski) faktoring şirketi tarafından üstlenilip üstlenilmemesine göre, gerçek faktoring ve gerçek olmayan faktoring olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek faktoringde faktoring şirketi, devraldığı müşteri alacaklarını üçüncü kişi borçlunun ödememe riskini de üstlenmekte ve üstlendiği bu risk karşılığında devredilen alacağın %0,2-%0,4'ü arasında bir delkredere harcına hak kazanmaktadır. Gerçek olmayan faktoringde ise faktoring şirketi, devraldığı müşteri alacaklarını üçüncü kişi borçlunun ödememe riskini üstlenmemekte, bu risk müşteri üzerinde kalmaktadır⁷⁰². BK.'nın yürürlükte olduğu dönemde yapılan bir faktoring sözleşmesinde, müşterinin borçlunun ödememe riskini üstlendiği yönünde bir hüküm bulunmadığında ve sözleşmenin yorumundan da bir sonuca varılamayan hâllerde, işlem gerçek faktoring şeklinde gerçekleşmekte, faktor

⁷⁰¹ AKSOY, s. 155-156; Alacağın ifa yerine, ifa uğruna, teminat amacıyla ya da tahsil amacıyla devredilmesi sonucu değiştirmemektedir. Bir devrin ifa yerine yapıldığının kabul edilebilmesi için, bunun özellikle taraflar arasında kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Devralan, devrin ifa yerine yapıldığını kabul ederek, zaten borçlunun ödeme gücüne ilişkin riski kendisi yüklenmektedir. Böyle bir riski yüklenen devralanı, tamamlayıcı bir hukuk kuralı ile korumak işlemin niteliğine ve taraf iradelerine aykırıdır. Zira ifa yerine alacağın devrinde, borç devir ile sona ermektedir (Bkz. AKSOY, s. 156). İfa uğruna ya da teminat amacıyla alacağın devrinde de, devredene borçlunun ödeme gücüne ilişkin riski yüklemek doğru değildir. Zira ifa uğruna ya da teminat amacıyla alacağın devrinde de, alacağı üçüncü kişi borçludan tahsil edemeyen devralan, zaten temel ilişki bağlamında alacağını alabilmektedir (Bkz. AKSOY, s. 156-157).

⁷⁰² AKSOY, s. 157-158.

borçlunun ödememe riskini üstlenmekteydi. Faktorün ayrıca borçlunun ödememe riskini üstlenmemesi isteniyorsa, sözleşmeye bu yönde hüküm konulması gerekmektedir⁷⁰³. Oysa TBK. yürürlüğe girdikten sonra yapılan faktoring sözleşmelerinde, durum tamamen farklılaşmaktadır. Bu dönemde yapılan bir faktoring sözleşmesinde, müşterinin borçlunun ödememe riskini üstlendiği yönünde bir hüküm bulunmadığında ve sözleşmenin yorumundan da bir sonuca varılamayan hâllerde, tamamlayıcı bir hukuk kuralı olan TBK. m. 191/f.I uyarınca işlem, gerçek olmayan faktoring şeklinde gerçekleşmekte, faktor borçlunun ödememe riskini üstlenmemektedir. Faktorün ayrıca bu riski üstlenmesi isteniyorsa, sözleşmeye bu yönde hüküm konulması gerekmektedir. Bu sebeple tarafların TBK. yürürlüğe girdikten sonra yapacakları faktoring sözleşmelerinde, bu hususu özellikle dikkate almaları gerekmektedir. Faktoringin ülkemizde genellikle gerçek olmayan faktoring şeklinde gerçekleşmesi⁷⁰⁴ karşısında, TBK. m. 191/f.I hükmünün yerinde olup olmadığı zamanla ortaya çıkacaktır.

Devredenin garanti sorumluluğunun kapsamı ise, TBK. m. 193'te düzenlenmiştir. Buna göre, *“Devralan garanti ile yükümlü olan devredenden aşağıdaki istemlerde bulunabilir: 1.İfa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini. 2. Devrin sebep olduğu giderleri. 3.Borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri. 4.Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararlarını.”* TBK. ile yalnızca devredenin garanti sorumluluğu genişletilmemiş, garanti sorumluluğunun kapsamı da genişletilmiştir. Gerçekten de garanti sorumluluğunun kapsamı, BK. m. 171'de üç kalem halinde

⁷⁰³ Doktrinde ise görüşümüzden farklı olarak, teminat işlevinin faktoring sözleşmelerinin zorunlu bir unsuru olmadığı, ancak açıkça kararlaştırılması halinde sözleşmenin kapsamında yer alabileceği, sözleşmenin yorumundan bir sonuca varılamayan hallerde, tarafların teminat işlevini faktoring sözleşmesinin kapsamına dâhil etmediklerini kabul etmek gerektiği savunulmuştur (Bkz. ÖZAKMAN, s. 32-33).

⁷⁰⁴ OLGAÇ, Factoring, s. 93.

düzenlenmiş iken, TBK. m. 193'te, bu kalemlere bir kalem daha eklenmiştir. Garanti sorumluluğunun kapsamına ilişkin bu düzenleme, emredici nitelikte değildir. Bu sebeple taraflar, garanti sorumluluğunun kapsamını genişletebilecekleri gibi, daraltabilir ya da garantiden tamamen vazgeçebilirler⁷⁰⁵.

Tarafların garanti sorumluluğunun kapsamı konusunda bir karşılaştırma yapmadıkları hâllerde, kanun hükmü gereği devralan devredenden, alacağın devri karşılığı ödediği bedel⁷⁰⁶ ile bu bedelin faizini⁷⁰⁷, devir için yaptığı masraflar⁷⁰⁸ ile üçüncü kişi borçluya karşı devraldığı alacağı tahsil etmek için yaptığı masrafları⁷⁰⁹, devreden kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın isteyebilecektir⁷¹⁰. TBK. m. 193'e

⁷⁰⁵ DAYINLARLI, s. 298.

⁷⁰⁶ Bu bedel, devralınan alacağın bedeli değil, devir için devralan tarafından devredene ödenen bedel olup, devralınan alacağın bedelinden daha yüksek ya da daha düşük olabilmektedir (DAYINLARLI, s. 299; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 581).

⁷⁰⁷ Genel kural olarak, taraflar arasında faiz ödeneceğine ilişkin bir karşılaştırma yapılmadığı sürece, para borçları kendiliğinden faiz getirmez. Ancak burada, taraflar arasında böyle bir hâlde faiz ödeneceği ayrıca karşılaştırılmamış olsa bile, devralan devredenden faiz isteyebilecektir. Zira burada öngörülen faizin hukukî dayanağı, tarafların iradesi dışında bir kanun hükmüdür (Bkz. DAYINLARLI, s. 300).

⁷⁰⁸ Bunlar, devralanın devrin yapılması esnasında katlanmak zorunda kaldığı tüm masraf kalemleridir (Bkz. DAYINLARLI, s. 303). Devralan, alacağın devri için yaptığı tüm masrafları (danışmanlık hizmet bedelleri, avukatlık ücretleri, yol masrafları vb.) belgelendirmek şartıyla devredenden isteyebilecektir.

⁷⁰⁹ Bunlar ise, devralanın, üçüncü kişi borçlunun borcu ödemesi için yaptığı ve ancak sonuçsuz kalan girişimlere ilişkin masraf kalemleridir (Bkz. DAYINLARLI, s. 303). Protesto çekme masrafları, icra takip masrafları gibi masraflar, bu kalem içinde değerlendirilmektedir.

⁷¹⁰ Doktrinde, devreden kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın istenecek bu zararların, devralanın menfi zararları olduğu, devreden devir yapılmamış olsaydı, devralanın uğramayacağı zararları karşılamak zorunda olduğu savunulmaktadır (Bkz. DAYINLARLI, s. 303-304). Karşı görüşte ise, TBK. m. 193'te düzenlenen sınırlı tazminat sorumluluğunun, niteliği itibarıyla satış sözleşmesindeki

göre, devredenin garanti sorumluluğunun kapsamı, devredilen alacağın tamamını karşılamaya yönelik değildir. Devreden bu hüküm uyarınca, devir karşılığında aldığı anaparadan, faizinden ve devralanın devir işlemi ve borçluya karşı semeresiz kalan takip dolayısıyla yaptığı masraflardan sorumludur⁷¹¹. Devralanın bunların dışında uğradığı diğer zararlarını isteyebilmesi için, devredenin alacağın tahsil edilememesinde kusurlu olması gerekmektedir. Zira kanun hükmünde, devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe, devralanın uğradığı diğer zararları da tazminle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yalnız burada kanun koyucu, devreden aleyhine bir kusur karanesi getirmiş olup, devreden devralanın uğradığı diğer zararları ödemekten kurtulması için, kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir⁷¹².

Sorumluluğun kapsamına ilişkin TBK. m. 193 hükmünün, faktoring işlemi açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Faktoring işlemi dolayısıyla devraldığı alacakları tahsil edemeyen faktor, müşteriden yaptığı ön ödemeyi, faizini, devir masraflarını ve tahsil için yaptığı masrafları isteyebileceği gibi, müşterinin kusurlu olması hâlinde, diğer zararlarını da isteyebilecektir. Faktörün, alacağı tahsil etmek için bütün kanunî yolları tüketmesi gerekmemektedir. Alacağın vadesinden itibaren belirli bir sürenin geçmesi ile müşteriye rücu hakkı doğmaktadır. Faktoring sözleşmesinde tarafların, sorumluluğun kapsamına ilişkin farklı bir düzenleme yapmaları da mümkündür.

doğrudan zarar kavramına karşılık geldiği, menfi-müspet zarar ayrımının ötesinde kaldığı savunulmaktadır (Bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 69).

⁷¹¹ ERGÜNE, Zarar, s. 68.

⁷¹² Kanun koyucu, TBK. m. 193'te devreden kişiden talep edilebilecek tazminatın kapsamını, zapt sorumluluğu altındaki satıcının sorumluluğuna göre düzenlemiştir. TBK. m. 217'ye göre, satıcı alıcının doğrudan zararlarından kusursuz olsa bile sorumlu olmakta, doğrudan zarar niteliğinde sayılamayacak diğer zararlardan ise, ancak kusurunun bulunması halinde sorumlu olmaktadır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 152).

Alacağı devredenın garanti sorumluluğundan doğan taleplerin zamanaşımı süresi hakkında, TBK.'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığından, taleplerin TBK. m. 146 uyarınca, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi de konu ile ilgili bir kararında⁷¹³, garanti sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresini, genel zamanaşımı süresi olan on yıl olarak uygulamıştır⁷¹⁴.

b) İspat Araçlarını Teslim Yükümlülüğü

İspat araçlarını teslim yükümlülüğü § 9. Faktoring Sözleşmesinin Hükümleri ana başlığı, II. Müşterinin Yükümlülükleri, C. Alacakla İlgili Belge ve Bilgileri Verme Yükümlülüğü alt başlığı altında⁷¹⁵ ayrıntılı bir şekilde açıklandığından, tekrar olmaması açısından burada ayrıca açıklanmayacaktır.

B. Faktoring Şirketi Bakımından

a) Asıl Alacak Hakkının Geçmesi

Faktoring çerçeve sözleşmesi ile müşteri, kendi müşterileriyle (borçlularla) yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan alacaklarını, başka bir işleme gerek kalmaksızın (daha sonra tekrar devir hususunda ayrıca bir beyanda bulunmaya ihtiyaç olmaksızın), faktoring şirketine devretmeyi amaçlamaktadır⁷¹⁶. Faktoring sözleşmesi ile mevcut alacaklar ve gelecekte doğacak alacaklar, başka bir işleme gerek kalmaksızın faktoring şirketine geçmektedir.

⁷¹³ Bu kararda, devredilen alacak hakkı beş yıllık bir zamanaşımı süresine tabi olduğu halde, bu alacağın devrinden dolayı devredenın garanti sorumluluğunun, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmiştir (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 153, dn. 15).

⁷¹⁴ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 152-153.

⁷¹⁵ Bkz. s. 82 vd.

⁷¹⁶ ŞENER, Hukuki Durum, s. 21.

Faktoring işlemi gereğince alacak, müşterinin malvarlığından faktoring şirketinin malvarlığına geçtiğinden, müşteri alacak üzerinde tasarruf edemez. Bu cümleden olarak, alacağı tahsil edemeyeceği gibi, borçluyu da ibra edemez⁷¹⁷.

b) Öncelik (Rüçhan) Hakları ile Yan (Fer'î) Hakların Geçmesi

Devir ile asıl alacak müşteriden faktoring şirketine geçtiği gibi, münhasıran devredilen alacağa bağlı öncelik hakları (rüçhan hakları) ile yan (fer'î) haklar da, faktoring şirketine geçmektedir. Bu husus TBK. m. 189/f.I' de düzenlenmiş olup, hükme göre, *“Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.”*

Gerek öncelik (rüçhan) haklarının ve gerekse yan (fer'î) hakların alacakla birlikte faktoring şirketine geçmesi, alacağın devrine kanunun bağladığı bir sonuç olup, tarafların ayrıca bu konuda anlaşmalarına gerek yoktur. Hatta taraflar kural olarak, bunun aksini kararlaştıramazlar⁷¹⁸.

Devir ile birlikte faktoring şirketine geçen öncelik (rüçhan) hakları, müşterinin şahsına tanınmış olmayan öncelik (rüçhan) haklarıdır⁷¹⁹. Bunlar, bir alacağa başka bir alacak karşısında öncelik tanıyan haklardır. Devredilen alacağın, İİK. m. 206'da düzenlenen imtiyazlı sıralardan birine girmesi hâlinde, faktoring şirketi de bu sıradan faydalanacaktır⁷²⁰.

⁷¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 563.

⁷¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 563.

⁷¹⁹ TBK. m. 189/f.I' de belirtildiği gibi, müşterinin şahsından ayrılamayan öncelik haklarının, faktoring şirketine geçmesi söz konusu değildir. Zira müşterinin şahsından ayrılamayan öncelik hakları, borcun sebebinden değil, müşterinin şahsî vasıflarına ve şahsî haline ilişkin özelliklerden doğmaktadır (Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251).

⁷²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 563; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 250; Rehin hakkı, İİK. 'nda düzenlenen haciz ve iflâs gibi takip usullerine kıyasla, alacaklı için çok önemli bir öncelik

Devir ile birlikte müşterinin kişiliğine bağlı olanlar dışında, kefalet, rehin gibi teminat hakları⁷²¹ ile tazminat ve cezai şart alacağı gibi yan (fer'î) haklar da, faktoring şirketine geçmektedir.

Yine TBK. m. 189/f.II uyarınca henüz işlememiş faizler, faktoring şirketinin malvarlığında doğacağı gibi, işlemiş ve fakat henüz ödenmemiş olan faiz alacakları da, asıl alacakla birlikte faktoring şirketine geçmektedir. Ancak taraflar anlaşarak, işlemiş faiz alacaklarını devrin kapsamı dışında tutabilmektedirler⁷²².

Yan (fer'î) hakların geçişi konusunda tartışılması gereken bir husus da, rehin hakkının geçiştir. Acaba devir üzerine rehin hakkının geçişi, müşterinin elindeki rehni, faktoring şirketine fiilen teslim etmesine bağlı mıdır? TBK. m. 189/f.I'de, alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve yan hakların da, devralana geçeceği düzenlenmiştir. Buna göre müşteri, elindeki rehni faktoring şirketine teslim etmese de, faktoring şirketi rehin hakkını kazanmaktadır. Ancak bu haktan faktoring şirketinin faydalanabilmesi için, rehin konusunun teslim edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple faktoring sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece, faktoring şirketi müşteriyi teslime zorlayabilir⁷²³. Taşınmaz rehninin kuruluşu resmi senedi gerektirdiği hâlde, bağlı olduğu alacak faktoring sözleşmesi ile yazılı şekilde

ve kolaylık sağlamaktadır. Gerek hacizde ve gerekse iflâsta, diğer alacaklılar hacze ve iflâsa sonradan katılabilmektedirler. Bu takdirde haciz yoluyla ya da iflâs yoluyla takibi başlatan alacaklının, alacağını tam olarak tahsil edememe ihtimali bulunmaktadır. Ancak rehinli alacaklı, rehin konusunu paraya çevirterek, öncelikle alacağını tahsil edebilmektedir. Zira rehin konusu şeyin paraya çevrilmesi suretiyle elde edilen meblağa, kural olarak diğer alacaklılar katılma isteğinde bulunamamaktadır. Ancak rehinli alacaklının tatmin edilmesinden sonra, kalan meblağdan alacaklarını alma hakkına sahip olmaktadır (Bkz. ÜNAL/BAŞPINAR, s. 56).

⁷²¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 564.

⁷²² OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 564.

⁷²³ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 564; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251.

devir edildiğinden, taşınmaz rehni de ayrıca resmi senede gerek olmaksızın, kendiliğinden faktoring şirketine geçmektedir⁷²⁴.

Faktoring şirketi alacağı tahsil edemezse, taşınır ve taşınmaz rehnini paraya çevirebilir. Ancak bu teminatlar fiilen kurulmuş olmamakla birlikte, yalnızca müşteriye rehin verileceği taahhüt edilmişse, bu taahhütlerden doğan haklar, faktoring şirketine geçmez. Faktoring şirketi, taraf olmadığı bu taahhüde dayanarak rehin hakkının kurulmasını isteyemez⁷²⁵.

c) Yenilik Doğuran Hakların Geçmesi

Devir ile birlikte, alacağın kaynaklandığı borç ilişkisinin tümünü kapsayan yenilik doğuran haklar dışında, muacceliyet ihbarı, borçluya mehil tayini, takas beyanında bulunma gibi alacağa bağlı yenilik doğuran haklar, faktoring şirketine geçmektedir. Devredilen alacaktan ziyade, müşteri ile borçlu arasındaki borç ilişkisine bağlı bulunan haklar ise, faktoring şirketine geçmemektedir. Bu sebeple faktoring şirketinin, borcun zamanında ödenmemesi sebebiyle müşteri ile borçlu arasındaki sözleşmeden dönmesi, borçlunun hile yaptığını ileri sürerek sözleşmeyi ortadan kaldırması ya da sözleşmeyi feshetmesi söz konusu değildir⁷²⁶.

d) Diğer Talep ve Yetkilerin Geçmesi

Alacak hakkının sağladığı diğer talep ve yetkiler de, alacakla birlikte faktoring şirketine geçmekte, bu hak ve yetkiler yalnızca onun tarafından kullanılmaktadır. Bu cümleden olarak, ifayı talep etme, temerrütte gecikme faizi isteme, cezai şartı isteme,

⁷²⁴ ERMAN, s. 170; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 564; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251.

⁷²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 564.

⁷²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 565; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 251.

mahkemeye ve icraya başvurma gibi hak ve yetkiler, faktoring şirketi tarafından kullanılmaktadır⁷²⁷.

§ 12. FAKTORİNG İŞLEMİNDE BORÇLUNUN HUKUKÎ DURUMU

I. Genel Olarak

Factoring şirketi ile borçlu arasındaki ilişkilere, TBK.'nın alacağın devrine ilişkin hükümleri uygulanmaktadır⁷²⁸. Faktoring sözleşmesi ve bu sözleşmenin içinde yer alan devir işlemi, müşteri ile faktor arasında yapılmakta, borçlu bu sözleşmeye katılmamaktadır⁷²⁹. Faktoring sözleşmesine ve alacağın devrine hiçbir katılımı olmayan, devrin pasif (edilgen) süjesi olan borçlunun, müşterinin alacağını ona danışmadan ya da haber vermeden devrettiği hâllerde, bu devirden zarar görmesi söz konusu olabilmektedir. Bu hâl hakkaniyete uygun olarak, borçlunun korunması ve devir sebebiyle hukukî durumunun hiçbir şekilde kötüleşmemesi temel ilkesinin benimsenmesine sebep olmuştur⁷³⁰. Alacağın devrine hâkim olan bu temel ilke nedeniyle, borçlu lehine bir takım düzenlemeler yapılmıştır⁷³¹. TBK. m. 186'da düzenlenen iyi niyetle ifa, m. 187'de düzenlenen ifadan kaçınma ve tevdi, m. 188'de düzenlenen borçluya ait savunmalar, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Faktoring işleminin temelinde alacağın devri yer aldığından, bu düzenlemeler faktoring işlemi bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Gerçekten, alacağın faktore devredildiği kendisine bildirilmeyen borçlu, TBK. m. 186 uyarınca müşteriye iyi niyetle ödemedede bulunarak borcundan kurtulabilmektedir. TBK. m. 188 uyarınca, devri öğrendiği sırada

⁷²⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 565.

⁷²⁸ ÖZAKMAN, s. 86.

⁷²⁹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 29.

⁷³⁰ GÖKTÜRK, s. 278; ŞENER, Hukuki Durum, s. 31.

⁷³¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 31.

müşteriye karşı sahip olduğu savunmaları, faktore karşı da ileri sürebilmektedir⁷³². Yine devri öğrendiği sırada henüz muaccel olmayan bir alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla, takas edebilmektedir⁷³³.

Devre ilişkin hükümlerin yorumlanmasında, bu temel ilke daima göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir deyişle, devre ilişkin yorumlarda, borçlunun korunmasına hizmet eden yorumlara öncelik tanınmalı, devir yüzünden ortaya çıkan risklere borçlu değil, müşteri ile faktor katlanmalıdır⁷³⁴.

II. Borçlunun Korunma Yolları

A. Borçlunun Ödeme⁷³⁵ İtirazı

a) Borçlunun Faktore Ödemesi ya da Faktor ile Borcu Sona Erdiren Hukukî İşlemler Yapması

Alacağın devri üzerine borçlu, artık yeni alacaklıya ifa ile yükümlüdür. Borçlu, alacağın devredildiğini bilmesine rağmen, alacak hakkını kaybetmiş eski alacaklıya ifada bulunarak borcundan kurtulamaz, yalnızca borç olmayan bir şeyi ifa etmiş olur⁷³⁶. Bu sebeple, müşteri veya faktor tarafından alacağın devredildiği kendisine bildirilen borçlunun, borçtan kurtulabilmesi için, borcunu faktore ifa etmesi gerekmektedir. Uygulamada genellikle, müşteri tarafından gönderilen fatura veya fatura yerine geçen belgelerde, alacağın faktore devredildiği bildirilmekte, ödemenin de faktore yapılması istenmektedir. Ödeme yapılacak hesap numarası da, fatura üzerinde gösterilmektedir. Fatura üzerinde gösterilen hesaba ödeme yapan borçlu, borcundan kurtulmaktadır.

⁷³² KILIÇOĞLU, s. 801.

⁷³³ ŞENER, Hukuki Durum, s. 31-32.

⁷³⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 32.

⁷³⁵ Burada kullanılan ödeme kavramı, yalnızca borcun ifa edilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Ödeme dışında borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler de, bu kavramın içinde değerlendirilmelidir.

⁷³⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 567.

Ödeme yapan borçlunun, aynı alacağa ilişkin ikinci bir ödeme talebi ile karşılaşması mümkündür. Böyle bir hâlde borçlu, ödemeye ilişkin belgeleri ibraz ederek veya ödemenin yapıldığına dair faktorün kayıtlarının incelenmesini isteyerek, ödeme itirazında bulunabilmektedir. Ödemeye ilişkin belgelerde, ödeme sebebinin açıkça gösterilmesi, borçlunun kendisini daha kolay savunmasını sağlamaktadır.

Öte yandan borçlu, faktörle ödeme dışında borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak da, borcundan kurtulabilmektedir. Devirden sonra borçlunun faktor tarafından ibra edilmesi, faktor ile borçlu arasında yapılan sulh sözleşmesi gereğince borcun sona ermesi hâlinde durum böyledir.

b) Borçlunun Müşteriye İyi Niyetli Ödemesi ya da Müşteri ile Borcu Sona Erdiren Hukukî İşlemler Yapması

Alacağın devrine borçlunun katılmaması ve hatta onun haberi olmadan alacağın devredilebilmesi, borçlunun devirden habersiz olarak, hak sahibi olmayan eski alacaklıya ödeme yapması ihtimalini ortaya çıkarmaktadır⁷³⁷. Bu hususu göz önüne alan kanun koyucu, borçluya iyi niyetle ifada bulunarak borçtan kurtulma imkânı tanımıştır⁷³⁸. TBK. m. 186/f.I'e göre, devreden veya devralan tarafından alacağın devredildiği kendisine bildirilmeyen borçlu, önceki alacaklıya veya birden çok devir yapılmışsa, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada bulunarak, borçtan kurtulabilmektedir. TBK. m. 186 hükmü, adalet ve hukukî güvenlik düşüncesine dayanmakta, gizli devir işlemleri bakımından zorunlu bir menfaat

⁷³⁷ ŞENER, Hukuki Durum, s. 34; Böyle bir hâlde, borçlunun yanılarak ifada bulunduğu eski alacaklı, genel hükümlere göre bu kazandırmayı iade etmekle yükümlüdür. Zira onun alacağı devrettikten sonra, borçlunun yaptığı ifayı kabul etmesi, sebepsiz zenginleşmesine yol açmaktadır. Borçlu, zenginleşmenin iadesi talebiyle kazandırmayı geri isteyebilmektedir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 567).

⁷³⁸ KILIÇOĞLU, s. 799.

denkleştirmesi olarak değerlendirilmektedir⁷³⁹. Burada devredene yapılan ödemenin geçerliliği, devredenin bir yetkisine değil, iyi niyetli borçlunun korunması ilkesine dayanmaktadır. Bu halde devralan, borçluya karşı alacak hakkını yitirmektedir⁷⁴⁰. Bu hüküm, borçlunun sadece alacağın gerçek sahibine ifa ile borcundan kurtulabileceğine ilişkin temel ilkeye, bir istisna teşkil etmektedir⁷⁴¹.

Konu faktoring işlemi açısından değerlendirildiğinde, faktoring işlemi genel olarak, açık faktoring şeklinde uygulanmaktadır. Bu tür faktoringde, devir bildirim niteliğinde müşterinin borçluya gönderdiği faturalarda ve fatura yerine geçen belgelerde, özellikle alacağın devrine dikkat çekilmektedir⁷⁴². Bu sebeple, borçlunun iyi niyetle önceki alacaklıya (müşteriye) ödeme yapma ihtimali zayıflamaktadır. Ancak yine de, borçlu bir şekilde devirden haberdar olmadığından, iyi niyetle müşteriye ödeme yapabilmektedir. Ödeme dışında, müşteri ile devirden haberdar olmayan borçlu arasında borcu sona erdiren ibra⁷⁴³, sulh⁷⁴⁴ gibi başkaca hukukî işlemler de yapılabilmektedir. Böyle bir hâlde borçlunun hukukî durumunun değerlendirilmesi, başka bir deyişle

⁷³⁹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 35-36.

⁷⁴⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 37.

⁷⁴¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 36-37; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 568.

⁷⁴² AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 17.

⁷⁴³ Kaynağı ne olursa olsun, mevcut ya da gelecekteki bir alacak hakkının, alacaklının alacağından vazgeçmesi sebebiyle, ifa edilmeksizin sona ermesine yönelik olarak alacaklı ve borçlu arasında yapılan sözleşmeye, ibra sözleşmesi denilmektedir (Bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 17-18; TURANBOY, K. Nuri; İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 26). İbra sözleşmesi borçlandırıncı bir işlem olmayıp, tasarrufi bir işlemdir. Zira tarafların anlaşmasıyla alacak hakkı, başka bir işleme gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya ortadan kalkmaktadır (Bkz. GÜMÜŞ, İbra, s. 20-21; TURANBOY, s. 26).

⁷⁴⁴ Tarafların karşılıklı ödünlerde bulunarak, aralarındaki mevcut bir hukukî ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa son vermek amacıyla yaptıkları sözleşmeye, sulh sözleşmesi denilmektedir (Bkz. TURANBOY, s. 42).

ödeme ya da borcu sona erdiren diğer işlemleri bir savunma aracı olarak, faktore karşı ileri sürüp süremeyeceğinin tartışılması gerekmektedir⁷⁴⁵.

Herhangi bir alacağın devrinde olduğu gibi faktoringde de, devre rağmen iyi niyetle müşteriye ödemede bulunan borçlu, TBK. m. 186 uyarınca borcundan kurtulmaktadır. Böyle bir halde borç sona erdiği için, faktor hakkını kaybetmekte, artık borçluya başvuramamaktadır. Yalnızca aralarındaki anlaşmaya göre müşteriye başvurarak, onun ifayı kabul etmesi yüzünden uğradığı zararın tazminini isteyebilmektedir⁷⁴⁶.

Borçlunun müşteriye ifada bulunarak borcundan kurtulabilmesi için, TBK. m. 186 uyarınca iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi, borçlunun ifayı alacağın devrinin kendisine bildirilmesinden önce yapmasıdır. İkincisi ise, borçlunun borcu müşteriye ifa ederken iyi niyetli olmasıdır. Devrin bildirilmesi ve borçlu tarafından öğrenilmesi, iyi niyetle müşteriye ifada bulunarak borçtan kurtulma imkânını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Borçlu iyi niyetli olmaksızın müşteriye ifada bulunmuşsa, borçtan kurtulamamaktadır⁷⁴⁷. Burada kastedilen iyi niyet, TMK. m. 3'te düzenlenen subjektif iyi niyettir. Borçlunun borçtan kurtulması için, alacağın faktore devredildiğinden haberdar olmaması veya haberdar olmasının somut olay bakımından kendisinden beklenilmemesi gerekmektedir⁷⁴⁸. Borçlunun alacağın devredildiğini bir şekilde öğrenmiş olması, iyi niyetini ortadan kaldırmaktadır⁷⁴⁹. TMK. m. 3 uyarınca

⁷⁴⁵ ŞENER, Hukuki Durum, s. 34-35.

⁷⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 568.

⁷⁴⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 568-569.

⁷⁴⁸ KILIÇOĞLU, s. 799-800.

⁷⁴⁹ DAYINLARLI, s. 315; “...*temsil yetkisi sona eren temsilciye temliklerin bildirilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Davacının temlik bilerek iyi niyet kurallarına aykırı olarak temlik edene ödeme yaptığı da kanıtlanamamıştır. Davacı temlik edene iyi niyetle ödeme yapmakla BK. 165. maddesi gereğince*

borçlunun iyi niyetinin varlığı, karine olarak kabul edildiğinden, faktor bu karineyi çürütmek zorundadır. Bu karine, borçlunun devri bildiği veya somut olayın özelliğine göre ondan beklenebilecek dikkati gösterseydi, devirden haberdar olabileceği ya da borçluya devrin süresinde bildirildiği ispat edilerek çürütülebilmektedir⁷⁵⁰.

Ödeme dışında, müşteri ile borçlu arasında yapılan ve borçluyu borcundan kurtaran ibra, sulh gibi diğer hukukî işlemler bakımından da, TBK. m. 186 hükmü kıyasen uygulanabilir. Bu işlemlerin borcu sona erdirebilmesi, borçlunun devirden haberi olmadan önce yapılmasına ve borçlunun iyi niyetli olmasına bağlıdır⁷⁵¹.

Borçlu TBK. m. 186 çerçevesinde ödemede bulunur ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparsa, faktor alacağı borçludan talep edemez. Bu hâlde, devir işlemi anında var olan bir alacağın, geçerli bir şekilde devrinden sonra sona ermesi söz konusu olduğundan, müşterinin alacağın varlığından garanti sorumluluğu devreye girmez⁷⁵². Zira TBK. m. 191'deki düzenlemenin amacı, alacak hakkını ivazlı bir işleme dayanarak devreden kişinin, bu alacağın en geç devir anında, hukukî olarak borçludan tahsil edilebilir şekilde var olduğunu garanti etmektir. Devir anından sonra gerçekleşen gelişmelerden, garanti sorumluluğu bağlamında devredeni sorumlu tutmak mümkün

borçtan kurtulduğundan, menfi tespiti davasının kabulü gerekirken...” Yarg. 12. HD., T. 23.03.2006, 2006/704 E.,2006/4351 K. (Kişisel Arşiv).

⁷⁵⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 38.

⁷⁵¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 37-38.

⁷⁵² ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s 112; Alacağı devreden kişinin devir anından sonra, alacak hakkının varlığı üzerinde etkili olabilecek bazı tasarruflarda bulunması hâlinde, özellikle İsviçre doktrininde ve Federal Mahkeme kararlarında, devredenin garanti sorumluluğunun gündeme geleceği kabul edilmektedir. Örneğin doktrinde de kabul gören bir Federal Mahkeme kararında, devreden devirden sonra borçluya, devir konusu alacak ile takas edebileceği bir alacak hakkı kazandırmaktan dolayı, garanti sorumluluğu bağlamında sorumlu tutulmuştur. Ancak bu görüşün, yürürlükteki hukuk açısından geçerli bir temeli bulunmamaktadır (Bkz. ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 112-113).

değildir⁷⁵³. Böyle bir hâlde faktor, sorumluluk için gereken koşulların gerçekleşmesi hâlinde, aradaki borç ilişkisinin ihlâli sebebiyle, TBK. m. 112 vd. hükümler veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca müşteriye başvurulabilir⁷⁵⁴. Öte yandan, faktoring sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu düşünüldüğünde, müşterinin ihlâli dolayısıyla, sözleşmenin faktor tarafından haklı sebeple feshi de gündeme gelebilmektedir⁷⁵⁵.

Borçlu alacağın devrinden haberdar olmasına rağmen, müşteriye ödemedede bulunur ya da ödeme dışında borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparsa, faktor seçimlik bir hakka sahiptir. Ödemenin ya da borcu sona erdiren diğer hukukî işlemlerin geçersiz olduğuna dayanarak, borçluya başvurabileceği gibi, sorumluluk için gereken koşulların gerçekleşmesi hâlinde, müşteriyle arasındaki borç ilişkisinin ihlâlinden dolayı TBK. m. 112 vd. hükümleri veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca müşteriye ya da müşteriyle birlikte borçluya başvurulabilir. Faktor, ödemenin ya da borcu sona erdiren diğer hukukî işlemlerin geçersiz olduğu iddiasıyla borçluya başvurur, ödemenin veya diğer hukukî işlemlerin geçersiz olduğu anlaşılırsa, borçlu, faktore yeniden ödeme yapmak zorunda kalabilir. Bu hâlde borçlu, ikinci kez yaptığı ödemeyi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre müşteriden talep edebilir⁷⁵⁶.

Burada TBK. m. 186 hükmü uyarınca tartışılması gereken bir diğer husus, borçlunun müşteriye iyi niyetle ödemedede bulunmasından ya da başkaca hukukî işlemler yapmasından sonra, faktore ikinci kez ödemedede bulunarak, müşteriye sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başvurup başvuramayacağıdır. Borçluya böyle bir imkânın tanınması, ilk başta onun yararına gözükmemektedir. Ancak özellikle, borçlunun faktörden takas hakkını kullanabileceği bir alacağının bulunması hâlinde,

⁷⁵³ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 113.

⁷⁵⁴ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 114; ŞENER, Hukuki Durum, s. 45.

⁷⁵⁵ ŞENER, Hukuki Durum, s. 45.

⁷⁵⁶ ŞENER, Hukuki Durum, s. 44.

böyle bir imkânın tanınması, borçlunun lehine olmaktadır. Gerçekten de, borçlunun böyle bir imkâna sahip olduğu kabul edildiğinde, borçlu faktore karşı olan alacağını devredilen alacak ile takas edebilecektir. TBK. m. 186 hükmünün, devrin borçlunun durumunu kötüleştirmemesi ilkesi gereğince, onu korumak amacıyla getirilen bir düzenleme olduğu düşünüldüğünde, borçlunun böyle bir imkâna sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁷⁵⁷.

c) Birden Fazla Devirde Borçlunun İyi Niyetli Ödemesi ya da Borcu Sona Erdiren Hukukî İşlemler Yapması

TBK. m. 186 hükmünde açıkça belirtildiği gibi, arka arkaya devirlerde de borçlu, iyi niyetle ödemede bulunarak ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak, borcundan kurtulabilmektedir. Örneğin müşteri, borçludan olan alacağını faktore devretmiş, faktor de bunu (D) kişisine devretmişse, borçlu faktore yapılan devirden haberdar olup, (D) kişisine yapılan devir kendisine bildirilmeden, iyi niyetle faktore ödemede bulunur ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparsa, borcundan kurtulmaktadır. Borçlu hem faktore, hem de (D) kişisine yapılan devirler kendisine bildirilmeden, iyi niyetle müşteriye ödemede bulunur ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparsa, yine borcundan kurtulmaktadır⁷⁵⁸. Borçlunun kendisine bildirim yapılmamasına rağmen, asıl hak sahibi (D) kişisine ödemede bulunarak ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak, borcundan kurtulacağı ise şüphesizdir.

Bu hükmün, müşterinin arka arkaya birden çok devir yaptığı hâllerde, uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışma konusudur⁷⁵⁹. Gerçekten de ekonomik güçlük içerisinde

⁷⁵⁷ ŞENER, Hukuki Durum, 45-47.

⁷⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 571.

⁷⁵⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 571

bulunan müşteri, faktoring işlemi çerçevesinde topyekün faktore devrettiği alacaklarını, ikinci bir faktore ya da kredi karşılığında bir bankaya teminat olarak, yine topyekün devretmiş ve sadece ikinci yapılan devir işlemi borçluya bildirilmişse, borçlu ikinci faktore ya da bankaya iyi niyetle ödemede bulunarak ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak, borcundan kurtulabilecek midir? Bu hâlde ilk devir işlemi geçerli, daha sonra yapılan devir işlemi ise, geçersizdir⁷⁶⁰. Doktrinde savunulan bir görüşe göre⁷⁶¹, ikinci faktore veya bankaya yapılan devir geçersiz olmasına rağmen, iyi niyetle ikinci faktore veya bankaya ödemede bulunan ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yapan borçlu, borcundan kurtulmaktadır. Diğer bir görüşe göre⁷⁶² ise, ikinci faktore veya bankaya yapılan devir geçersiz olduğundan, borçlu iyi niyetle ikinci faktore veya bankaya ödemede bulunarak ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak borcundan kurtulamaz. Kanaatimizce, kanunun iyi niyetli borçluyu koruma amacına hizmet eden birinci görüş, daha isabetlidir. Zira alacağın kendisine devredildiğini borçluya bildirmeyen ilk faktor, riske katlanmalıdır⁷⁶³. Ancak böyle bir hâlde, alacağın birinci faktore mi, yoksa ikinci faktor veya bankaya mı ait olduğunun tartışmalı olduğunu bilen borçlu, TBK. m. 186 hükmünden yararlanamaz. TBK. m. 187'deki esasların uygulanması gerekmektedir⁷⁶⁴. Her iki devir de kendisine

⁷⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 571; ŞENER, Hukuki Durum, s. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258; Zira devir, bir tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemlerinde, öncelik ilkesi geçerlidir. Birinci devrin yapılması ile müşteri, alacaklı sıfatını ve tasarruf yetkisini kaybetmektedir. Tasarruf yetkisinin bulunmaması sebebiyle yapılan ikinci devir ise, TBK. m. 27 uyarınca imkânsız ve bu sebeple de geçersizdir. İkinci devralanın iyi niyeti, müşterinin tasarruf yetkisi eksikliğini ortadan kaldırmamaktadır (Bkz. ŞENER, Hukuki Durum, s. 47-49).

⁷⁶¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 49-50; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 258.

⁷⁶² OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 571; Yazarların tam olarak bu görüşte olup olmadıkları, kaynakta kullanılan ifadeden anlaşılamamaktadır.

⁷⁶³ ŞENER, Hukuki Durum, s. 50.

⁷⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 571.

bildirilmeyen ve bu sebeple devirlerden haberdar olmayan borçlu, iyi niyetle müşteriye ödemede bulunarak ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak borcundan kurtulabilmektedir⁷⁶⁵. Borçlunun kendisine bildirim yapılmamasına rağmen, asıl hak sahibi birinci faktore ödemede bulunarak ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak borcundan kurtulacağı ise şüphesizdir.

Alacak kendisine geçerli olarak devredilmesine rağmen, birden fazla devir sebebiyle alacak hakkını elde edemeyen birinci faktor, alacağını elde edebilmek için seçimlik hakka sahiptir. Faktor alacağını, koşulların gerçekleşmesi hâlinde sözleşmeyi ihlâl ederek kendisini zarara uğratan müşteriden, TBK. m. 112 vd. hükümler uyarınca talep edebileceği gibi, sahip olmadığı bir alacağı tahsil eden ikinci faktörden veya bankadan sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca da isteyebilecektir. Sebepsiz zenginleşme davasının açılması, ikinci faktorün veya bankanın iyi niyetli olup olmasına bağlı değildir. Faktor şüphesiz, haklı sebeple faktoring sözleşmesini de feshedebilecektir⁷⁶⁶.

B. Borçlunun Alacağı Tevdi Etme Hakkı

Alacağın devir edilip edilmediği ya da hangi oranda devir edildiği, bazı hâllerde tartışmalı olabilmektedir. Bu hâlde borçlu, ifayı kime ve hangi oranda yapacağı konusunda, haklı olarak tereddüt yaşayabilmektedir. Alacağın kime ait olduğu konusunda tereddüt yaşamasına rağmen ifada bulunan borçlu, sorumlu hale gelebilmektedir. Bu sebeple kanun koyucu, borçluyu böyle bir riskten korumak amacıyla TBK. m. 187 hükmünü sevk etmiştir⁷⁶⁷. Bu hükme göre, “*Kime ait olduğu*

⁷⁶⁵ ŞENER, Hukuki Durum, s. 50.

⁷⁶⁶ ŞENER, Hukuki Durum, s. 50-51.

⁷⁶⁷ KILIÇOĞLU, s. 800; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 571.

çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusu, ifadan kaçınabilir ve alacağın konusunu hâkim tarafından belirlenen yere tevdi etmekle borçtan kurtulur.

Borçlu, alacağın çekişmeli olduğunu bildiği hâlde ifada bulunursa, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.

Dava konusu olan çekişme mahkemece henüz sonuca bağlanmamış ve borç da muaccel ise, taraflardan her biri borçluyu, edimi tevdi etmeye zorlayabilir.”

Maddenin birinci fıkrası, alacaklının temerrüdü hâlinde, borçlunun borç konusunu tevdi ederek borçtan kurtulmasını öngören özel bir düzenleme içermektedir. Alacaklının temerrüdü hâlinde, borçlunun tevdi yoluyla borçtan kurtulması, TBK. m. 107 vd. hükümlerde genel olarak düzenlenmiştir. TBK. m. 187/f.I’de öngörülen düzenleme ise, bu genel düzenlemenin özel bir halidir⁷⁶⁸. Alacağın devrinde borçlunun tevdi suretiyle borçtan kurtulabilmesi için, borcun kime ve hangi oranda ifa edileceği konusunda haklı bir tereddüdünün bulunması gerekmektedir⁷⁶⁹. Böyle bir durum söz konusu değilse, borçlu tevdi suretiyle borçtan kurtulamaz.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, alacağın kime ve hangi oranda ifa edileceği tartışmalı olmasına rağmen ifada bulunan borçlu, ortaya çıkacak riske katlanacaktır. Bu risk, tartışmalı olmasına rağmen borçlunun ifada bulunduğu kişinin gerçek alacaklı olmadığı anlaşıldığında, borçlunun bu kişiye yaptığı ifanın kendisini borçtan kurtarmamasıdır. Böyle bir hâlde borçlu, ikinci kez ifada bulunmak zorunda kalabilmektedir⁷⁷⁰.

Alacağın kime ve hangi oranda ifa edileceğinin tartışmalı olduğu hâllerde, tevdi suretiyle borçtan kurtulma, borçluya tanınmış bir haktır. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında işaret edildiği gibi, alacağın kime ait olduğuna ilişkin tartışma dava konusu

⁷⁶⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 572.

⁷⁶⁹ KILIÇOĞLU, s. 800.

⁷⁷⁰ KILIÇOĞLU, s. 800.

yapılmış ve bu arada borç da muaccel olmuşsa, borç konusunu tevdi etmek, borçlu için yalnızca bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Böyle bir hâlde davanın tarafları, borçludan borç konusunun tevdi edilmesini isteyebileceklerdir. Bu hâlde de borçlu, alacak üzerinde hak iddia eden kişilere ifada bulunmayacak ve fakat alacağı tevdi ederek borcundan kurtulabilecektir. Burada kanun koyucu, alacağın kime ait olduğu konusunda bir dava açılmasını, alacağın kime ait olduğu konusunda bir tartışmanın varlığına, kesin kanıt olarak kabul etmiştir⁷⁷¹.

Tevdi hakkı ve yükümlülüğü doğan borçlu, hâkimin belirlediği yere alacağı tevdi ederek, tıpkı alacaklıya ifada bulunmuş gibi borcundan kurtulmaktadır⁷⁷².

Factoring işlemi açısından madde hükmü değerlendirildiğinde, kural olarak borçlu, müşteri veya faktor tarafından alacağın devri kendisine bildirildikten sonra, vadesinde faktore ödeme yaparak borcundan kurtulmaktadır. Ancak müşteri faktoring işlemi dolayısıyla alacağı faktore devrettikten sonra, devrin hata ile yapıldığı iddiasıyla geçersiz olduğunu ileri sürmüşse, bir yandan müşteri, bir yandan faktor alacağı borçludan talep ettiğinde, ortada kime ait olduğu çekişmeli bir alacak bulunmaktadır. Böyle bir hâlde borçlu, ne müşteriye, ne de faktore ifada bulunarak borcundan kurtulabilmektedir. Ancak alacağı hâkim tarafından belirlenen yere tevdi ederek, borcundan kurtulabilmektedir⁷⁷³. Borçlu, müşteri ya da faktore ödeme yaparsa, ilerleyen

⁷⁷¹ KILIÇOĞLU, s. 801; OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 572.

⁷⁷² OĞUZMAN/ÖZ, C.-2, s. 572.

⁷⁷³ KILIÇOĞLU, s. 800; Tevdi yeri belirlenmesi işi, HMK. 382/f.II uyarınca çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâllere, ilgililerin ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâllere ve hâkimin re'sen harekete geçtiği hâllere, hukukun mahkemece uygulanmasıdır. HMK. m. 383'e göre, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, sulh hukuk mahkemesidir. Ancak TTK. m. 5 uyarınca, ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, ticaret mahkemeleridir. HMK. m. 384'te, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin

süreçte gerçek hak sahibinin ödeme yaptığı kişi olmadığı anlaşıldığında, ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalabilmektedir⁷⁷⁴.

Factoring işlemi dolayısıyla devredilmiş bir alacak için dava açılmış, alacak muaccel hale gelmiş ve dava da henüz sonuçlanmamışsa, gerek müşteri, gerekse faktor, borçluyu edimi tevdi etmeye zorlayabilir. Böyle bir hâlde borçlu, alacağı hâkim tarafından belirlenen yere tevdi ederek, borcundan kurtulabilir.

C. Borçlunun İleri Sürebileceği Diğer Def'i ve İtirazlar

a) Borçlu ile Müşteri Arasındaki Borç İlişkisi Dolayısıyla İleri Sürebilecek Def'i ve İtirazlar

Def'i ve itiraz kavramları, bazı açılardan birbirlerine benzeyen, ancak farklı hukukî sonuçlar doğuran kavramlardır⁷⁷⁵.

Def'i, bir hakkın doğduğunun kabulü ile birlikte, bu hakkın daimi ve geçici sebeplerle ileri sürülemeyeceğinin savunulması, borçlanılan edimin ifasından özel bir sebeple kaçınılmasıdır⁷⁷⁶.

İtiraz ise, ileri sürülen hakkın hiç doğmadığı ya da sona erdiğinin savunulmasıdır⁷⁷⁷.

veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu düzenlenmiştir. HMK. m. 385'de ise, çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir.

⁷⁷⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 52.

⁷⁷⁵ SARAÇ, s. 218.

⁷⁷⁶ ÇUKADAR, Neslihan; Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014, s. 19; HELVACI, Mehmet; "Kambiyo Senetlerinde Defiler", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 653; KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 178; ÜSTÜNDAĞ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 346-347.

Def'iler ile itirazlar arasındaki bu nitelik farkının en önemli sonucu, def'ilerin ancak yargılamada ilgilisince ileri sürülmesi hâlinde⁷⁷⁸, itirazların ise dosyaya girdiği durumda, mahkemece re'sen dikkate alınabilmesidir⁷⁷⁹.

TBK. m. 188/f.I'de, borçluya ait savunma (def'î ve itiraz) hakları düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, borçlu devri öğrendiği sırada, devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilmektedir⁷⁸⁰. Borçlunun devralana karşı sahip olduğu savunma hakları içine, hem teknik anlamdaki def'iler, hem de itirazlar girmektedir. Ödemezlik def'î ile zamanaşımı def'î, borçlunun devralana karşı ileri sürebileceği def'ilere örnek olarak gösterilmektedir. Borçlunun, devirden sonra sözleşmenin geçersiz olduğu ya da devir sırasında alacağın ifa, ibra, yenileme, erteleme, kusursuz sonraki imkânsızlık gibi sebeplerle sona erdiği yönündeki savunmaları ise, itirazlara örnek olarak gösterilmektedir⁷⁸¹.

Ne var ki burada, geçersizlik hâllerinden birini teşkil eden muvazaa hususuna, özellikle dikkat edilmesi gerekmektedir. TBK. m. 19/f.II'ye göre, borçlu yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı

⁷⁷⁷ ÇUKADAR, s. 20; HELVACI, Defiler, s. 652; KURU, Medenî Usul, s. 179; ÜSTÜNDAĞ, Yargılama Hukuku, s. 343.

⁷⁷⁸ ÇUKADAR, s. 99-100; HELVACI, Defiler, s. 653; KURU, Medenî Usul, s. 178.

⁷⁷⁹ ÇUKADAR, s. 124; HELVACI, Defiler, s. 653; KURU, Medenî Usul, s. 180; YILMAZ, A. Lerzan; Kambiyo Senetlerinde Def'iler (Çek-Bono-Poliçe'de), 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 131.

⁷⁸⁰ KOYUNCUOĞLU, s. 59; Zira alacak devralan kimseye, devreden uhdesinde iken ne hâlde ise, o hâl ile geçmektedir (Bkz. von TUHR, s. 864); "...Kural olarak alacağın temlikinde borçlunun hukuki durumunda herhangi bir değişiklik olmamakta, sadece muhatap olacağı kişi (alacaklı) değişmektedir. Borçlar Kanununun 167/1. maddesinde de, borçlunun temlik edene karşı haiz olduğu def'ileri, temellük edene karşı da ileri sürebileceği belirtilmekle alacağın, temlik sırasındaki durumu ile yeni alacaklıya geçeceği ifade edilmektedir..." Yarg. 13. HD., T. 09.04.2014, 2013/30306 E., 2014/10819 K. (Kişisel Arşiv).

⁷⁸¹ EREN, Genel Hükümler, s. 1241-1242.

olduğu savunmasında bulunamamaktadır. Bu hüküm uyarınca, borçlunun eski alacaklıya verdiği muvazaalı borç senedine güvenerek, bu alacağı devralan yeni alacaklının iktisabı korunmaktadır⁷⁸². Yeni alacaklının muvazaalı borç senedine dayanarak hak kazanabilmesi, onun iyi niyetli olmasına bağlıdır⁷⁸³. Yazılı borç ikrarının muvazaalı olduğunu bilerek, bu senedi devralan yeni alacaklıya karşı, borçlu muvazaa iddiasını ileri sürebilmektedir⁷⁸⁴. Hükümde, yalnızca muvazaa hali düzenlenmiştir. Bu sebeple, borç senedi muvazaa dışında başka bir nedenle geçersiz ise borçlu, yeni

⁷⁸² Muvazaa, borç ilişkisinin taraflarının aslında istemeden yaptıkları sözleşmenin, ya hiç hüküm doğurmaması ya da başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmaları olarak tanımlanmaktadır. TBK. m. 19/f.I uyarınca, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınacağından, muvazaalı sözleşme, hem sözleşmenin tarafları, hem de üçüncü kişiler açısından hükümsüzdür. Böyle bir sözleşmeden geçerli bir alacak doğmayacağından, kural olarak bu alacağın, alacaklı tarafından üçüncü bir kişiye devri de geçerli değildir. Ancak TBK. m. 19/f.II'deki istisna sebebiyle, muvazaalı bir sözleşmeden kaynaklanan alacak doğmamış olsa bile, böyle bir alacağın üçüncü kişiye devri geçerli olabilmektedir (Bkz. KARLI, Özlem; Sebebi Gösterilmeyen Borç Tanıması (Mücerret Borç İkrarı BK. mad. 17), İstanbul 2008, s. 143). Alacaklıya verdiği borç senedinin üçüncü kişiye devredilerek kullanılacağını bilmeyen borçlu, esasen devreden alacaklı açısından hükümsüz olan alacağın, üçüncü kişiye karşı hüküm ifade etmesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini, TBK. m. 49/f.II uyarınca talep edebilmektedir (Bkz. KARLI, s. 144).

⁷⁸³ KARLI, s. 145.

⁷⁸⁴ Alacağı devralan üçüncü kişinin muvazaa iddiasına karşı korunması için, alacağı devralırken iyi niyetle, yani alacağın varlığına inanarak devralması gerekmektedir. Alacağın muvazaalı olduğunu bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişi, iyi niyetli kabul edilemez. İyi niyet, alacağın devri anında bulunmalıdır. Üçüncü kişinin alacağı devraldıktan sonra, borç tanınmasının muvazaalı olduğunu öğrenmesi, sonucu değiştirmemektedir (Bkz. KARLI, s. 145).

alacaklının iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın, geçersizliği bir savunma sebebi olarak ileri sürebilmektedir⁷⁸⁵.

Borçlu, devri öğrendiği sırada müşteriye karşı sahip olduğu tüm def'î ve itirazları, faktore karşı ileri sürebilmektedir⁷⁸⁶. Faktorün bu savunma sebeplerinden haberdar olmaması, iyi niyetli olması, def'î ve itirazların ileri sürülmesine engel olmamaktadır⁷⁸⁷.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde borçlu, müşteri ile olan borç ilişkisinden ortaya çıkan tüm def'î ve itirazları, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Alacağın zamanaşımına uğradığının, sözleşme gereği teslim edilen malın ayıplı olduğunun, müşterinin kendi edimini yerine getirmediğinin, alacağın ifa veya yenileme sebebiyle sona erdiğinin savunulması hâlinde durum böyledir. Ancak borçlunun bu tür def'î ve itirazları faktore karşı ileri sürebilmesi için, borç ilişkisi ile ilgili ayıp ihbarı vs. gibi yenilik doğurucu beyanları, zamanında faktore karşı yöneltmesi gerekmektedir. Aksi halde, bu savunma sebepleri faktore karşı ileri sürülemez⁷⁸⁸. İleri sürülen bu savunma

⁷⁸⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURUOĞLU/ALTOP, s. 252-253.

⁷⁸⁶ “...Factoring işlemi alacağın temlik hükümlerine tabi olduğundan davacı borçlu, temlik eden şirkete karşı haiz olduğu def'ileri temellük eden davalı factoring şirketine karşı dahi dermeyer edebilir (BK. 167/1). Yerel mahkemenin gerekçesinde, dava konusu çekin verilmesine neden olan davacının reklamının davalı...Ltd. Şti. tarafından 100 Temel Eser isimli kitapta yayınlanmadığı, dolayısıyla da konusu çekin karşılıksız kaldığı kabul edilmiştir. Ancak, çekin karşılıksız kaldığına ilişkin def'iyi davacının BK. 167/1. maddesi uyarınca davalı factoring şirketine karşı da ileri sürebileceği gözetilmemiştir. O halde mahkemece BK. 167/1. maddesi hükmü gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yarg. 19. HD., T. 06.04.2011, 2011/3040 E.-2011/4531 K. (Kişisel Arşiv).

⁷⁸⁷ ŞENER, Hukuki Durum, s. 54.

⁷⁸⁸ ŞENER, Hukuki Durum, s. 55-59.

sebeplerinin doğru olduğunun anlaşılması hâlinde faktor, alacağı borçludan talep edememekte, garanti yükümlülüğü bağlamında müşteriden talep edebilmektedir⁷⁸⁹.

Borçlu, esasa ilişkin savunma sebepleri dışında, müşteri ile olan borç ilişkisinden ortaya çıkan usule ilişkin savunma sebeplerini de, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Örneğin borçlu ile müşteri geçerli bir tahkim anlaşması ya da yetki anlaşması yapmışlarsa, borçlu HMK. m. 116/f.I uyarınca, tahkim veya yetki ilk itirazında bulunabilmektedir⁷⁹⁰.

TBK. m. 188/f.I'de, borçlunun devri öğrenme anı esas alınmış, bu anda borçlunun sahip olduğu tüm def'î ve itirazları, devralana karşı ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre borçlu, alacağın devrinden sonra ve fakat devri öğrenmesinden önce, devredene karşı doğmuş olan tüm def'î ve itirazları, devralana yöneltebilmektedir⁷⁹¹. Önemli olan borçlunun devri öğrenmesinden önce, bu savunma sebeplerinin doğmuş olmasıdır⁷⁹². Kanun hükmünden, devrin öğrenildiği anda ileri sürülebilecek def'î ve itirazların, tam olarak geçerli olması gerektiği gibi bir sonuca varılmamalı, hüküm geniş olarak yorumlanmalıdır. Kanun hükmü bu şekilde yorumlandığında borçlu, müşteri ile arasındaki hukukî ilişkide var olan, ancak devrin öğrenilmesinden sonra ortaya çıkan, tüm def'î ve itirazları da faktore karşı ileri sürebilmektedir. Devrin öğrenilmesinden sonra zamanaşımının⁷⁹³, sonraki imkânsızlığın

⁷⁸⁹ ENGİN, Garanti Sorumluluğu, s. 109.

⁷⁹⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 59.

⁷⁹¹ Borçlu, devirden sonra ve fakat devrin öğrenilmesinden önce müşteri tarafından ibra edilirse, ibra itirazını faktore karşı da ileri sürebilir (Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 256).

⁷⁹² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255.

⁷⁹³ Alacaklının değişmesi ve bu anlamda alacağın müşteri tarafından faktore devredilmesi, zamanaşımı süresinin işlemesini durdurmaz ya da kesmez, zamanaşımı süresi işlemeye devam eder (Bkz. ŞENER, Hukuki Durum, s. 61, dn. 131).

gerçekleştiğinin, bozucu bir şartın vuku bulduğunun, malın ayıplı çıktığının⁷⁹⁴ savunulması halinde durum böyledir⁷⁹⁵.

b) Takas

Takas, borcun sona erme sebeplerinden biri olarak, TBK. m. 139-145 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümlerde, takasa ilişkin bir tanım yapılmamış, takasın nasıl yapılacağı, şekli, şartları gibi hususlar düzenlenmiştir.

Takas, karşılıklı olarak aynı cinsten edimleri borçlanan tarafları, borçlarını fiilen birbirlerine ifa etme yükümlülüğünden kurtaran ve borçları, takasa konu edilen miktar ölçüsünde sona erdiren bir hukukî müessese olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁶. Takas borcun ifasına eş bir durum yaratmakla birlikte, ifa sayılmamakta, ifa gereğini ortadan kaldırarak ödemede kolaylık sağlamakta, alacaklının alacağını elde etmesine hizmet etmektedir⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ Müşterinin borçluya sattığı maldaki ayıbın, satış bedeli alacağının faktore devredilmesinden ve borçlu tarafından devrin öğrenilmesinden sonra ortaya çıkması halinde borçlu, ayıptan doğan haklarını müşteriye olduğu gibi, faktore karşı da ileri sürebilir (Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 256).

⁷⁹⁵ ŞENER, Hukuki Durum, s. 60-61; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 255-256; Bununla birlikte, müşterinin ticari işletmesinin, borçlunun ticari işletmesi ile birleşmesi hâlinde, faktore karşı borcun sona erdiği itirazının yapılabilmesi, birleşmenin devrin borçlu tarafından öğrenilmesinden önce gerçekleşmesine bağlıdır. Aksi halde bu itiraz faktore karşı ileri sürülemez (Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 256).

⁷⁹⁶ ARAL, Fahrettin; Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994, s. 1; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat; Takas, Kavram-Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması-Takasın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 5-6; EREN, Genel Hükümler, s. 1274; KILIÇOĞLU, s. 857; OĞUZMAN/ÖZ, C.-1, s. 584; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012.

⁷⁹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1013.

Tek taraflı inşâî yetki niteliğindeki takas, TBK. m. 143 uyarınca, borçlunun takas iradesinin alacaklıya bildirilmesiyle gerçekleşmektedir. Bu yetki kanundan doğmakta olup, sonuç doğurması karşı tarafın kabulüne ya da herhangi bir irade beyanına bağlı değildir⁷⁹⁸.

TBK. m. 139/f.I uyarınca takasın gerçekleşebilmesi için, alacakların karşılıklı ve aynı cinsten olması gerekmektedir. Her iki tarafın borcunun, para borcu olduğu hâllerde durum böyledir. Yine aynı kanun hükmüne göre, takas edilecek her iki borcun da muaccel olması gerekmektedir. Ancak takas için, her iki borcun da muaccel olması gerektiğine ilişkin kanun hükmünde kullanılan ifade yerinde değildir. Zira takas için, borçlardan yalnızca birinin muaccel olması, diğer borcun muaccel olmamasına rağmen, ifa edilebilir olması yeterlidir. Bu hâlde, alacağı muaccel olan ve ancak borcu muaccel olmayan tarafça, takas beyanında bulunulması gerekmektedir⁷⁹⁹.

Alacağın devri, TBK. m. 139/f.I’de düzenlenen takasın koşullarından, karşılıklılık koşuluna istisna oluşturmaktadır⁸⁰⁰. Zira TBK. m. 188/f.I’e göre, borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilmektedir. Borçlunun TBK. m. 188/f.I uyarınca, devralana karşı takas hakkını kullanabilmesi, devri öğrendiği anda, devredene karşı geçerli bir alacağının bulunmasına bağlıdır. Bu alacak devirden önce ya da sonra doğmuş olabilir⁸⁰¹. TBK. m. 188/f.II’ye göre ise, borçlu devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla, borcu ile takas edebilmektedir. Bu düzenleme dolayısıyla, borçlu ile devralan arasında karşılıklı

⁷⁹⁸ KURU, Feriha; Takas İşlemi, Takasın Davaya ve İflasa Etkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 12; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012.

⁷⁹⁹ KURU, Takas, s. 18.

⁸⁰⁰ ARAL, Takas, s. 25.

⁸⁰¹ ARAL, Takas, s. 26.

alacaklar bulunmamasına rağmen, borçlu devredene karşı olan bir alacağını, devralana karşı takas yolu ileri sürebilmektedir. Böyle bir düzenlemenin temelinde de, devrin borçlunun durumunu kötüleştirmemesi düşüncesi yatmaktadır. Özellikle devredenin ödeme gücünü yitirdiği hâllerde, bu düzenleme borçluya oldukça önemli bir avantaj sağlamaktadır⁸⁰².

Konu faktoring işlemi açısından değerlendirildiğinde borçlu, müşteriye karşı sahip olduğu takas hakkını, belirli koşullar altında, faktore karşı da ileri sürebilmektedir. Borçlunun müşteriye karşı sahip olduğu takas hakkını, faktore karşı ileri sürebilmesi, bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşullardan birincisi, borçlunun faktoring işlemi uyarınca alacağın devredildiğini öğrendiği anda, müşteriye karşı doğmuş bir alacak hakkının bulunmasıdır. Bu hakkın, devirden önce ya da sonra doğmuş olması önemli değildir. Önemli olan, devrin öğrenildiği anda varlığıdır. İkincisi, müşteriye karşı doğmuş olan alacağın, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olmasıdır. Müşteriye karşı doğmuş olan alacağın, devrin öğrenildiği anda muaccel olmasına gerek yoktur. Ancak devredilen alacaktan daha sonra muaccel olacak bir alacak için, takas beyanında bulunulamaz⁸⁰³. Bu koşulların gerçekleşmesi halinde, faktore karşı takas hakkını kullanan borçlunun borcu, müşteriye karşı sahip olduğu alacak oranında sona ermektedir. Böyle bir hâlde faktorün, tahsil edemediği oranda alacağı, garanti sorumluluğu bağlamında müşteriden talep etmesi gerekmektedir⁸⁰⁴. TBK. m. 188’de özel olarak düzenlenen takas hakkı, yalnızca borçluya ait olup, faktorün böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁸⁰⁵.

Takasa ve alacağın devrine ilişkin TBK. hükümleri, esas itibariyle emredici nitelikte bulunmadığından, taraflar anlaşarak, mevcut kurallardan farklı düzenlemeler

⁸⁰² ŞENER, Hukuki Durum, s. 63.

⁸⁰³ ŞENER, Hukuki Durum, s. 62-63.

⁸⁰⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 64.

⁸⁰⁵ ŞENER, Hukuki Durum, s. 63.

öngörebilirler. Buna göre, borçlu ile müşteri arasında yapılacak bir anlaşma ile takası mümkün bir alacağın, takas edilemeyeceği kararlaştırılabilir. Bu husus TBK. m. 145'te açıkça düzenlenmiştir⁸⁰⁶. Yine faktor ile yapacağı bir anlaşma ya da tek taraflı beyanı ile borçlu, takası ileri sürme hakkından vazgeçebilir⁸⁰⁷.

Devirden itibaren borçlu ile faktor arasındaki takas ilişkisi, TBK. m. 139 vd. hükümlere tabidir. Buna göre borçlu, faktörden olan bir alacağını, TBK. m. 139'da düzenlenen koşulların gerçekleşmesi hâlinde takas konusu yapabileceği gibi, faktor de borçludan olan alacağını takas konusu yapabilmektedir⁸⁰⁸.

c) Alacağın Devrinin Geçersizliği İtirazı

Alacağın devrinin soyut ya da sebebe bağlı bir işlem olup olmadığının, doktrinde tartışmalı olduğu daha önce ifade edilmişti. Alacağın devrinin soyut bir işlem olduğunu kabul eden görüşe göre, hukukî sebebi oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliği, devrin geçerliliğini etkilememektedir. Alacağın devrinin sebebe bağlı bir işlem olduğunu kabul eden görüşe göre ise, hukukî sebebi oluşturan borçlandırıcı işlemin geçersizliği, devrin geçerliliğini etkilememektedir.

Birinci görüş kabul edildiğinde borçlu, alacağın devrinin hukukî sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemdeki bir geçersizlik sebebiyle, devrin de geçersiz olduğunu faktöre karşı ileri sürememektedir. Oysa ikinci görüş kabul edildiğinde borçlu, alacağın devrinin hukukî sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemdeki bir geçersizlik sebebiyle, devrin de geçersiz olduğunu faktöre karşı ileri sürebilmektedir. Alacağın devrinin

⁸⁰⁶ ARAL, Takas, s. 66.

⁸⁰⁷ DEVELİOĞLU, Takas, s. 89.

⁸⁰⁸ DEVELİOĞLU, Takas, s. 90.

sebebe bağılı bir hukukî işlem olduğu, son yıllarda doktrinde yaygın bir şekilde kabul edilmektedir⁸⁰⁹.

Bu yaygın kabule göre borçlu, alacağın devrinin hukukî sebebini oluşturan borçlandırıcı işlemdeki bir geçersizlik sebebiyle, devrin de geçersiz olduğunu faktore karşı ileri sürebilmektedir. Öte yandan borçlu, yalnızca devir işleminin kendisinin geçersiz olduğunu da, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Her iki halde de, alacak geçerli bir şekilde devredilmediğinden, faktor doğru ifa alıcısı değildir⁸¹⁰.

Manto devrin öngörüldüğü faktoring sözleşmelerinde müşteri, gelecekteki alacakları, doğumlarından sonra münferit olarak faktore devretmeyi yükümlenmektedir. Böyle bir hâlde faktoring sözleşmesi, devrin hukukî sebebini oluşturmaktadır. Bu sebeple borçlu faktorün ödeme talebine karşı, manto devir öngören bir faktoring sözleşmesinin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olduğu veya konusunun imkânsız bulunduğu gerekçesiyle geçersiz olduğunu, dolayısıyla böyle bir sözleşmeye dayanılarak yapılan devirlerin de geçersiz olduğunu savunabilecektir. Buna karşılık soyutluk görüşü kabul edildiğinde, borçlunun böyle bir savunma imkânı bulunmamaktadır.

Borçlu, faktorün ödeme talebine karşı, devir sözleşmesini yapan müşterinin fiil ehliyetinin bulunmadığını, devri yapan kişinin temsil yetkisinin olmadığını, devrin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olduğunu veya konusunun imkânsız bulunduğunu, muvazaalı olduğunu savunabileceği gibi, müşterinin süresi içinde iptal beyanında bulunması koşuluyla, irade fesadı sebebiyle geçersiz olduğunu da savunabilecektir. Devrin geçersizliğine sebep olan bu hâllerin, borçlu tarafından ispat edilmesi gerekmektedir⁸¹¹. Borçlu tarafından savunulan

⁸⁰⁹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 65.

⁸¹⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 67.

⁸¹¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 55-56, 67.

bu hâllerin somut olayda gerçekleştiği anlaşıldığında, ortada geçerli bir devir bulunmadığından, faktor alacağı borçludan tahsil edemeyecektir⁸¹². Koşulların varlığı hâlinde, TBK. m. 112 vd. hükümler uyarınca müşteriye başvurabilecektir.

d) Borçlunun Kendisine Ait Şahsi Def'î ve İtirazlar

Borçlu, müşteri ile arasındaki borç ilişkisinden ortaya çıkan def'î ve itirazlar dışında, kendisine ait şahsi def'î ve itirazları da, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Koşulların gerçekleşmesi hâlinde, TBK. m. 139 vd. hükümler uyarınca takas hakkının kullanılması hâlinde durum böyledir. Borçlunun devirden sonra faktörle yaptığı bir yenileme, ibra veya sulhü, savunma sebebi olarak ileri sürmesi hâlinde de durum böyledir. Borçlunun kendisine ait şahsî def'î ve itirazları faktore karşı ileri sürebilmesi, TBK. m. 188/f.I hükmünden kaynaklanmamakta, borçlar hukukunun genel ilkelerinden kaynaklanmaktadır⁸¹³.

Borçlunun kendisine ait şahsî def'î ve itirazları ileri sürmesi sebebiyle, alacağı tahsil edemeyen faktor, müşteriye başvuramaz. Zira bu tür savunma sebepleri, müşteriden kaynaklanmamakta, faktörden kaynaklanmaktadır⁸¹⁴.

D. Borçlunun Def'î ve İtirazları İleri Sürmekten Vazgeçmesi

Borçlu, müşteri veya faktor ile yapacağı bir anlaşma veya tek taraflı bir irade beyanı ile TBK. m. 188 çerçevesinde ortaya çıkan def'î ve itirazları, faktore karşı ileri sürme hakkından vazgeçebilecek midir?

TBK. m. 188, borçluyu koruma amacı güden, emredici nitelikte olmayan bir hükümdür⁸¹⁵. Bu sebeple borçlu, müşteri veya faktor ile yapacağı bir anlaşma veya tek

⁸¹² ŞENER, Hukuki Durum, s. 57, özellikle dn. 121.

⁸¹³ ŞENER, Hukuki Durum, s. 64.

⁸¹⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 65.

⁸¹⁵ DAYINLARLI, s. 323.

tarafı bir irade beyanı ile TBK. m. 188 çerçevesinde ortaya çıkan def'î ve itirazları, ileri sürme hakkından vazgeçebilmektedir. Hatta böyle bir vazgeçme, kendisine ait şahsî def'î ve itirazlar bakımından da söz konusu olabilmektedir. Bu vazgeçme, müşteri veya faktör ile yapılacak ayrı ve bağımsız bir sözleşme ile olabileceği gibi, borçlu ile müşteri arasındaki temel ilişkiye esas sözleşmede yer alan bir kayıtla da olabilmektedir. Hatta borçlu, tek tarafı bir irade beyanı ile faktöre karşı def'î ve itirazları ileri sürme hakkından vazgeçtiğini açıklayabilmektedir. Açık faktoringde, borçlunun yapılan devir bildirimine ses çıkartmaması, def'î ve itirazları faktöre karşı ileri sürme hakkından vazgeçtiği anlamına gelmemektedir⁸¹⁶. Bununla birlikte faktöre karşı borcu tanınması, bu anlama gelmektedir⁸¹⁷.

Borçluya böyle bir vazgeçme hakkı tanınmasının arkasında yatan sebep, sözleşme özgürlüğü düşüncesidir. Zira herkes, kendine tanınan bir hakkı kullanıp kullanmama konusunda özgürdür. Ancak burada, TMK. m. 23/f.II hükmü gözardı edilmemelidir. Vazgeçmeye dair anlaşmanın, borçlunun kişilik haklarını ahlâka aykırı şekilde sınırladığı anlaşıldığında, TBK. m. 27 hükmü uyarınca geçersiz olduğu kabul edilmelidir⁸¹⁸. Borçlu ile müşteri arasındaki temel ilişkiye esas sözleşmede yer alan vazgeçmeye ilişkin kaydın, ayrıca genel işlem koşulları bağlamında yürürlük, yorum ve içerik denetiminin yapılması gerekmektedir.

E. Faktoring İşlemine Konu Alacağın Devrinin Sözleşmeyle Yasaklanması

TBK. m. 183/f.I'e göre, kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilmektedir. Madde hükmünde kanun koyucu, üç tane devir engeli düzenlemiştir. Bunlardan birisi

⁸¹⁶ ŞENER, Hukuki Durum, s. 68-69.

⁸¹⁷ DAYINLARLI, s. 323.

⁸¹⁸ ŞENER, Hukuki Durum, s. 69.

de, açıkça veya örtülü⁸¹⁹ olarak devrin sözleşmeyle yasaklanması ya da sınırlandırılmasıdır⁸²⁰. Bizzat tarafların alacağın devrine ilişkin getirmiş oldukları bu yasaklama veya sınırlama, kanunda öngörülen veya işin niteliğinden anlaşılan devir yasakları gibi, bir devir engeli olarak ortaya çıkmaktadır⁸²¹. Bu devir engeline, sözleşmeye dayanan devir sınırlama ve yasağı veya devir edilememe anlaşması (pactum de non cedendo) denilmektedir⁸²². Borçluya böyle bir imkânın tanınmasının sebebi, onun korunması gerektiği, alacağın devrinin onun açısından riskli bir işlem olduğu düşüncesidir. Borçlu bakımından yeni alacaklıyı izlemek, ek masraflara sebep olabileceği gibi, borçlunun alacağın devredildiğine dair bildirimini gözden kaçırarak, eski alacaklıya ödeme yapması da söz konusu olabilmektedir. Bu özellikle, büyük ölçekli işletmeler işleten borçluların karşılaşılabileceği önemli bir risktir. Zira böyle bir hâlde, borçlunun aynı borcu ikinci kez ödemesi söz konusu olabilmektedir. Yine alacağın bölünerek devredildiği hâllerde, borçlu tanımadığı birden fazla alacaklı ile de karşılaşılabilmektedir. Bu tür risklerle karşılaşmak istemeyen borçlu, alacağın devrini sözleşme ile yasaklayabilmekte veya sınırlayabilmektedir⁸²³. Bu yasaklama veya

⁸¹⁹ ŞAHİNİZ, s. 499.

⁸²⁰ DAYINLARLI, s. 188; ŞAHİNİZ, s. 495.

⁸²¹ “...Her ne kadar temlik işlemi yapılırken borçlunun rızası gerekmez ise de, BK. m. 162/1 uyarınca temlikin geçerliliği için kanun veya sözleşme ile ya da işin mahiyeti icabı temlik yapan kişinin men edilmemiş olması gerekir. Davalılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 3. maddesinde ise aynen “yüklenici firma kendisine ait parselleri isterse kooperatif şeklinde, isterse yap-sat şeklinde yapmakta serbesttir. Temlik edemez veya sözleşmeyle doğan haklarını bir başkasına veya firmaya devredemez.” hükmü bulunmaktadır. Görülüyor ki, sözleşmenin bu hükmüyle yükleniciye temlik yasağı getirilmiştir. Bından dolayı da davacı üçüncü kişi, yüklenicinin yaptığı temlike dayanarak davalı arsa sahibinden mülkiyet nakli talebinde bulunamaz...” Yarg. 14. HD., T. 02.06.2011, 2011/3185 E.-2011/7135 K. (Kişisel Arşiv).

⁸²² KARLI, s. 146; ŞAHİNİZ, s. 495; von TUHR, s. 844.

⁸²³ ŞAHİNİZ, s. 496; ŞENER, Hukuki Durum, s. 73-76.

sınırlama, belli bir süre için alacağın tamamına ilişkin olabileceği gibi, bir bölümüne ilişkin de olabilmektedir. Yine alacağın hiç kimseye veya belirli kişilere devir edilemeyeceği kararlaştırılabileceği gibi, sadece belli kişilere devir edilebileceği de kararlaştırılabilmektedir⁸²⁴. Alacağın devrinin, borçlunun muvafakatine veya ona yapılacak bir bildirimle bağlı tutulması da mümkündür⁸²⁵.

Alacağın devrinin sözleşmeyle yasaklanması⁸²⁶ hâlinde, bu yasak devralana karşı ileri sürülebilmektedir. Devralanın devir yasağından haberdar olmaması, durumu değiştirmemektedir. Zira devralanın iyi niyetli olması, devir yasağının ileri sürülmesini engellememektedir⁸²⁷.

Devir yasağı sözleşmesine aykırı olarak yapılan bir devrin geçersizliği ve bu geçersizliğin türü konusunda, gerek Alman ve gerekse Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Her iki hukuk sisteminde de, böyle bir devrin geçersiz olduğu kabul edilmekle birlikte, burada ne tür bir geçersizlik olduğu hususu tartışmalıdır⁸²⁸.

Alman Hukuku'nda bu konuda, nisbi etkisizlik ve mutlak etkisizlik olmak üzere iki görüş ileri sürülmüştür. Böyle bir ayırım yapılması, yasağa aykırı devir halinde, devrin kime veya kimlere karşı etkisiz olacağının belirlenmesi bakımından önemlidir⁸²⁹. Nisbi etkisizlik görüşünü savunanlara göre, devir yasağı sözleşmesi, yasakla yükümlü

⁸²⁴ DAYINLARLI, s. 189; ŞAHİNİZ, s. 495; ŞENER, Hukuki Durum, s. 78

⁸²⁵ ŞAHİNİZ, s. 495; ŞENER, Hukuki Durum, s. 78-79.

⁸²⁶ Burada kullanılan yasaklama kavramı, geniş anlamda kullanılmış olup, hem yasaklama, hem de sınırlama hallerini kapsamaktadır.

⁸²⁷ DAYINLARLI, s. 190; von TUHR, s. 844.

⁸²⁸ DİNAR, Refik Cem; Alacağın Temlikinde Sözleşme İle Kararlaştırılan Temlik Kısıtlama ve Yasakları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 85; ŞAHİNİZ, s. 504.

⁸²⁹ ŞAHİNİZ, s. 504.

olan kişinin (devredenin) tasarruf yetkisini sınırlandırmamaktadır. Devir yasağına rağmen alacaklı, alacağını üçüncü bir kişiye devredebilmektedir. Ancak bu devir, borçluya karşı etkili olmamaktadır. Başka bir deyişle borçlu, kendisine devredilen alacağın ödenmesi için başvuran kişilere karşı, devir yasağı def'îni ileri sürebilmektedir. Ancak bu görüş benimsendiğinde, alacağın kimin malvarlığında olduğu sorusu ortaya çıkmakta, bu soru, cebri icra ve iflâs hallerinde sorun yaratmaktadır. Zira bu görüşe göre, devir işlemi borçlu dışında herkes açısından geçerli olmakta, alacak devralanın malvarlığına geçmekte, bu sebeple devredenin alacaklıları, bu alacaktan mahrum kalmaktadırlar. Alacağın devralanın malvarlığına geçtiği kabul edildiğinden, devralanın alacaklıları bu alacağı haciz ettirebilmektedirler. Ancak, devralanın alacaklıları tarafından haczedilen bu alacağın tahsili gündeme geldiğinde, borçlu devralanın alacaklılarına karşı da devir yasağını, bir def'î olarak ileri sürebilmektedir⁸³⁰. Mutlak etkisizlik görüşünü savunanlara göre ise, devir yasağına rağmen gerçekleştirilen devir, hem borçlu, hem devir sözleşmesinin tarafları, hem de üçüncü kişiler hakkında hiçbir hüküm doğurmamaktadır. Ancak, borçlunun devre icazet vermesi ile mutlak etkisizlik ortadan kalkmakta, devir herkes için geçerli hale gelmektedir⁸³¹.

Türk-İsviçre Hukuku'nda da, Alman Hukuku'nda olduğu gibi bir kısım yazarlar, devir yasağına rağmen gerçekleşen devrin, yalnızca borçlu açısından geçersiz olduğunu savunmuşlardır. Diğer bir kısım yazarlar ise, yasağa rağmen gerçekleşen devrin, hem borçlu, hem devrin tarafları, hem de üçüncü kişiler açısından geçersiz olduğunu savunmuşlardır⁸³².

Türk Hukuku'nda, buradaki geçersizliğin türünün belirlenmesi bakımından dayanılabilecek tek hüküm, TBK. m. 183/f.II hükmüdür. Bu hükme göre borçlu, devir

⁸³⁰ ŞAHİNİZ, s. 505-507.

⁸³¹ ŞAHİNİZ, s. 507-508.

⁸³² ŞAHİNİZ, s. 508-510.

yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, devir yasağının bulunduğu savunmasını ileri sürememektedir⁸³³. Bunun mefhumu muhalifinden çıkan sonuç, yazılı borç ikrarı devir yasağı içeriyorsa, borçlunun devralan üçüncü kişiye karşı bu yasağı, bir def'î olarak ileri sürebileceğidir. Devir yasağının ileri sürülmesinin, borçluya bir def'î hakkı tanınmasına dayanarak, Türk Hukuku'nda nisbi etkisizlik görüşünün benimsendiği söylenebilir. Zira borçlu, söz konusu def'îyi ileri sürmediğinde, devre icazet vermiş sayılır ve devir onun hakkında da geçerli hale gelir. Devir yasağının ileri sürülmesi hakkı, def'î niteliğinde olduğundan, hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz⁸³⁴.

Alacağın devrinin sözleşmeyle yasaklanması ile sadece alacağın üçüncü kişilere devri engellenmekte, mirasçılara geçiş engellenmemektedir⁸³⁵.

Alacağın devrinin sözleşmeyle yasaklanması, her tür alacağın devrinde söz konusu olabileceği gibi, faktoring işleminde de söz konusu olabilmektedir. Böyle bir yasaklamanın, faktoring işlemi açısından nasıl hukukî sonuç doğuracağının tartışılması gerekmektedir.

⁸³³ KARLI, s. 146-147; Ancak böyle bir sonucun doğması için, borç tanınmasının senede bağlanması ve yeni alacaklının devir yasağını içermeyen borç senedine iyi niyetle güvenmesi, başka bir deyişle alacaklı ile borçlu arasındaki devir yasağına ilişkin anlaşmayı bilmiyor olması ya da bilmesi gerekmemesi şarttır. Eğer devir edilen alacağın kaynaklandığı borç tanınması, senede bağlanmamışsa veya senede bağlanmasına rağmen, devralan devir yasağına ilişkin anlaşmayı biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, borçlu devralana karşı devir yasağını ileri sürebilmektedir (Bkz. KARLI, s. 147); Yazılı borç tanınmasından doğan alacak hakkında devir yasağı bulunmasına rağmen, borçlu bunu TBK. m. 183/f.II'nin şartları gerçekleştiği için devralana karşı ileri sürememiş ve alacağı ifa etmişse, aralarındaki sözleşmeye aykırı davrandığı gerekçesiyle, devredenden tazminat talep edebilmektedir (Bkz. KARLI, s. 147).

⁸³⁴ DİNAR, s. 99; ŞAHİNİZ, s. 510-511.

⁸³⁵ ŞENER, Hukuki Durum, s. 76, dn. 165.

Alacağın devrinin sözleşmeyle yasaklanması için, borçlu ve müşterinin birbirine uygun irade beyanlarının uyuşması şarttır⁸³⁶. Bununla birlikte bu yasağın, bir genel işlem koşulu ile düzenlenmesi de mümkündür. Uygulamada genellikle borçlu büyük işletmeler, müşterileri ile yaptıkları sözleşmelere genel işlem koşulu niteliğinde, devir yasağı getirmektedirler. Bu koşul, temlik edilemez kaydı ile ifade edilmektedir. Bu sebeple böyle bir koşulun, TBK. uyarınca genel işlem koşulları bağlamında yürürlük, yorum ve içerik denetiminin yapılması gerekmektedir⁸³⁷.

Borçlu ile müşteri, sözleşme özgürlüğü ilkesi bağlamında, diledikleri kayıtlarla alacağın devrini sözleşmeyle yasaklayabilirler⁸³⁸. Alacağın devrini yasaklayan sözleşmenin geçerliliği, borçlar hukukunun genel ilkelerine tabidir⁸³⁹. Bu yasak sadece gelecekte yapılacak devirler için geçerli olup, hâli hazırda yapılmış devirleri etkilememektedir⁸⁴⁰.

Kanunda, alacağın devrini yasaklayan sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple taraflar, bu tür bir sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilirler⁸⁴¹. Alacağın doğumuna sebep olan sözleşmenin geçerliliği için bir şekil şartı öngörülmuş olsa bile, sonuç değişmemektedir⁸⁴². Ancak ispat kolaylığı açısından, sözleşmenin yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır.

⁸³⁶ DİNAR, s. 54; ŞAHİNİZ, s. 497; Tarafların birbirine uygun irade beyanı ile uyuştukları nokta, alacağın başka kişi ya da kişilere devredilmemesi ya da belirli sınırlamalar veya şartlar altında devredilebilmesidir (Bkz. ŞAHİNİZ, s. 497).

⁸³⁷ ŞENER, Hukuki Durum, s. 76, dn. 164.

⁸³⁸ DİNAR, s. 52-53; ŞAHİNİZ, s. 497.

⁸³⁹ ŞAHİNİZ, s. 498.

⁸⁴⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 78.

⁸⁴¹ von TUHR, s. 844.

⁸⁴² KARLI, s. 146; ŞAHİNİZ, s. 499.

Alacağın devrini yasaklayan sözleşme, alacağın doğumu anında yapılabileceği gibi, alacağın doğumundan önce veya doğumundan sonra da yapılabilmektedir⁸⁴³. Ancak topyekün devrin öngörüldüğü faktoring sözleşmelerinde, geçiş teorisi benimsendiğinde bile, alacak doğduktan sonra çok kısa bir süre müşterinin malvarlığında kalmakta, akabinde hemen faktore geçmektedir. Dolayısıyla alacağın doğumundan sonra yapılacak böyle bir sözleşme, alacağın faktore geçmesinden sonra yapılacağından, hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Ancak devir yasağı öngören böyle bir sözleşme, alacağın doğumundan önce yapıldığında hüküm ve sonuç doğurmaktadır⁸⁴⁴. Manto devrin öngörüldüğü faktoringde ise, alacağın doğumundan sonra yapılan devir yasağına ilişkin sözleşme, faktore karşı etkili olmaktadır.

Geçerli ve etkili olarak alacağın devrinin yasaklanması hâlinde, bu yasak, borçlu tarafından yalnızca müşteriye karşı değil, faktore ve üçüncü kişilere karşı da, defî olarak ileri sürülebilmektedir⁸⁴⁵. Ancak böyle bir yasağa rağmen, borçlu devre karşı çıkmaz ve/veya bu yasağı alacak kendisinden talep edildiğinde defî olarak ileri sürmezse, devir yasağı faktore karşı etkili olmamaktadır.

Bu noktada tartışılması gereken bir husus, borçlu ile müşteri arasında yapılan sözleşmede, alacağın ancak borçlunun yazılı muvafakati ile devir edilebileceğinin kararlaştırıldığı hâllerde, devre yazılı olarak muvafakat vermeyen, ancak ses de çıkarmayan borçlunun, devir yasağını defî olarak ileri sürüp süremeyeceğidir. Kanaatimizce, alacağın devrinin borçlunun yazılı muvafatine bağlı tutulmasına rağmen, yazılı muvafakati olmadan kendisine bildirilen devre ses çıkarmayan borçlu, devir yasağını defî olarak ileri süremez. Aksi hâl, TMK. m. 2 uyarınca hakkın kötüye

⁸⁴³ DİNAR, s. 82; ŞAHİNİZ, s. 496; von TUHR, s. 844.

⁸⁴⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 80-81.

⁸⁴⁵ ŞENER, Hukuki Durum, s. 82-83.

kullanılması olarak değerlendirilmelidir⁸⁴⁶. Yalnız burada devrin kendisine bildirilmiş olup olmadığı hususunun, dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bu yönde bir karar vermiştir⁸⁴⁷.

Devrin sözleşmeyle yasaklanması, sadece borçlunun bir def'î ileri sürerek ödemedi kaçınmasına sebep olmakta, müşterinin faktoring sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini etkilememektedir. Bu sebeple, borçlunun ileri sürdüğü devir yasağına ilişkin def'î nedeniyle alacağını müşteriden tahsil edemeyen faktor, TBK. m. 112 vd. hükümler uyarınca müşteriye başvurabilmektedir⁸⁴⁸.

Alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanması, ekonomik açıdan bir takım sakıncalar yaratmaktadır. Zira devir yasağı dolayısıyla küçük ve orta ölçekli işletmeler, kendileri için oldukça önemli bir finansman kaynağı olan faktoringden yararlanamadıkları gibi, alacaklarını teminat göstererek, kredi de alamamaktadırlar. Bu hâl ticaret hayatını olumsuz yönde etkilemektedir⁸⁴⁹. Ticaret hayatını olumsuz yönde etkileyen bu yasağın, müşteri ile borçlu arasında yapılacak bir anlaşma ile ortadan kaldırılması mümkündür. Bu anlaşma, tarafların açıkça bu yöndeki iradelerinin açıklanması ile yapılabileceği gibi, müşteri tarafından yapılan devrin icap kabul edilip,

⁸⁴⁶ ŞENER, Hukuki Durum, s. 79, dn. 174.

⁸⁴⁷ “...Davalı L. A.Ş. ile taşeron B. M. A.Ş. arasında imzalanan sözleşmenin 34. maddesinde taşeronun hakedişi L. A.Ş. nin yazılı onayı olmadıkça devir ve temlik edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Davacı D. Factoring A.Ş. B. M. A.Ş. 'nin L. A.Ş. 'den olan hakediş alacağını temlik almıştır. B. M. A.Ş. 19.7.2000 tarihli yazıyla temlik sözleşmesini bildirdiğine ilişkin belge sunmuştur. Davalı bu belgenin kendisine ulaşmadığını savunmuşsa da L. A.Ş. nin İstanbul 9. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2000/1332 sayılı dosyasına verdiği dilekçede temlik sözleşmesinin 19.7.2000 tarihli yazı ile gönderildiğini kabul etmiştir. Davalı temlikin yapıldığını kabul ettiğinden ve karşı çıkmadığından dolayı temlike icazet vermiş sayılır...” Yarg. 19. HD., T. 01.07.2004, 2003/11013 E., 2004/7859 K. (Bkz. ŞENER, Hukuki Durum, s. 79, dn. 174).

⁸⁴⁸ ŞAHİNİZ, s. 511; ŞENER, Hukuki Durum, s. 89.

⁸⁴⁹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 88.

borçlunun yapılan devir üzerine faktore ödemedede bulunması ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yapması şeklinde, zımni bir kabulle de gerçekleşebilmektedir⁸⁵⁰. Böyle bir anlaşma, geleceğe etkili olarak sonuç doğurmakta, borçlunun böyle bir anlaşmadan önce, yasağa rağmen devir ettiği alacaklar bakımından, def'î ileri sürmesine engel olmamaktadır⁸⁵¹.

Türk Hukuku'nda, alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanmasının yarattığı olumsuz sonuçları ortadan kaldırmayı amaçlamayan bir düzenleme yer almamaktadır⁸⁵². Bu olumsuz sonuçları ortadan kaldırmak için, kanun koyucu tarafından düzenleme yapılması gerektiğinde şüphe bulunmamaktadır⁸⁵³. Şüphesiz böyle bir düzenleme yapılırken, taraf menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir. Alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanamayacağına veya sınırlanamayacağına dair, her tür hukukî işlemi içine alan emredici bir düzenleme, borçlunun durumunu hakkaniyete aykırı şekilde ağırlaştıracığından yerinde olmayacaktır. Ancak ticari işlemlerde ve özellikle kredi temin etmek için yapılan işlemlerde, bu yasağın ve sınırlamanın uygulanmayacağına ya da sınırlı olarak uygulanacağına dair, TBK.'na eklenecek bir hüküm yerinde olacaktır⁸⁵⁴. Bu yönde bir düzenleme ile yeterli ve iyi işleyen bir hukuk sistemi⁸⁵⁵, faktoringin gelişimine katkı sağlayacaktır.

Bununla birlikte Türk Hukuku'nda, bu yasağın ve sınırlamanın olumsuz etkilerinin azaltılması ya da ortadan kaldırılması için, mevcut düzenlemeler bağlamında ne yapılabileceğinin de tartışılması gerekmektedir. Genel ahlâk ve kişilik haklarına aykırı devir yasağı veya sınırlaması öngören sözleşmeler, TBK. m. 27 hükmü uyarınca

⁸⁵⁰ ŞENER, Hukuki Durum, s. 85-86.

⁸⁵¹ ŞENER, Hukuki Durum, s. 86-87.

⁸⁵² ŞENER, Hukuki Durum, s. 98.

⁸⁵³ ŞENER, Hukuki Durum, s. 100.

⁸⁵⁴ ŞENER, Hukuki Durum, s. 101.

⁸⁵⁵ KLAPPER, Global Factoring, parag. 10.

hükümsüz olacaktır. Gerçekten de, tarafların yapmış oldukları devir yasağına ve sınırlandırmasına ilişkin anlaşma, taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünü kişilik haklarına aykırı olarak kısıtlıyorsa, bu anlaşma, hem kişilik haklarına, hem de genel ahlâka aykırı olduğundan hükümsüzdür⁸⁵⁶. Öte yandan bu yasak ve sınırlama, genellikle müşteri ile borçlu arasında yapılan sözleşmede, bir genel işlem koşulu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, yasağın ve sınırlamanın bertaraf edilebilmesi için, yasağı ve sınırlamayı öngören genel işlem koşulunun, TBK. uyarınca yürürlük, yorum ve içerik denetiminin yapılması gerekmektedir⁸⁵⁷.

§13. FAKTORİNG İŞLEMİ DOLAYISIYLA KAMBIYO SENETLERİNİN FAKTORİNG ŞİRKETİNE DEVRİ VE DEF'İLERİN İLERİ SÜRÜLMESİ

I. Genel Olarak

A. Kıymetli Evrak

Üç köşeli bir hukukî ilişki olan alacağın devrinde, borçlunun durumunu ağırlaştırmama ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin bir sonucu olarak borçlu, devredene karşı sahip olduğu def'î ve itirazları, devralana karşı da ileri sürebilmektedir. Ancak bu hâl, ticaret hayatının gereklerine uygun düşmemektedir. Zira ticaret hayatında piyasa güvenliğini ve süratini sağlamak için borçluyu değil, alacağı devralanı koruyan mekanizmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyacın, alacağın devri müessesesi ile sağlanamayacağı açıktır. Zira alacağı devralan üçüncü kişinin, önceden hangi tür def'î ve itirazlar ile karşılaşacağını öngörmesi mümkün değildir. İşte ticaret hayatındaki bu ihtiyacın bir sonucu olarak, kıymetli evrak hukuku ortaya çıkmıştır⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ DİNAR, s. 55-56; ŞAHİNİZ, s. 498.

⁸⁵⁷ ŞENER, Hukuki Durum, s. 99-100.

⁸⁵⁸ BOZKURT, Tamer; Ticaret Hukuku-Özet-C. III, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2014, s. 3-4; HELVACI, Defiler, s. 647; YILMAZ, Def'iler, s. 505.

Kıymetli evrak hukuku ile ilgili TTK.’nda yer alan kuralların temelini, 1931 tarihli Cenevre Konvansiyonu oluşturmaktadır. Türkiye, bu Konvansiyon’a taraf değildir. Ancak kıymetli evrak hukukuna ilişkin kuralların alındığı İsviçre, bu Konvansiyon’a taraftır⁸⁵⁹.

Kıymetli evrak, TTK.’nın üçüncü kitabında, m. 645-849 arasında düzenlenmiştir. Kıymetli evrakın tanımı ise, TTK. m. 645’te yapılmıştır. Buna göre, *“Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez.”* Bu tanımdan, kıymetli evrakın üç unsurunun bulunduğu anlaşılmaktadır.

Birinci unsur, kıymetli evrakın bir senet olduğudur. Buradaki senet sözcüğü, yalnızca kağıt olarak algılanmamalıdır. Zira üzerine bir metin yazılmaya ve imza atılmaya elverişli her türlü kağıt, tahta, metal, mikrofilm, disket, çip, mikro fiş ve veri tabanı da, senet olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak el yazısı ile ıslak imzanın geçerlilik şekli olduğu hâllerde, elektronik bir belge üzerine ıslak imza atılamayacağından, bu durum elektronik bir belgenin, senet olarak kullanım alanını daraltmaktadır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun *“Güvenli elektronik imzanın hukukî sonucu ve uygulama alanı”* başlıklı 5. maddesinde, *“Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.”* Denilmektedir. Kanun’un bu hükmüne göre, bazı kıymetli evrakın ve özellikle uygulamada sıklıkla kullanılan kambiyo senetlerinin elektronik imza ile düzenlenmeleri mümkün değildir. TTK. m. 671/f.I-h, 776/f.I-g ve 780/f.I-f’da, kambiyo senetlerinde imzanın, elle atılması bir geçerlilik şekli olarak öngörülmüştür⁸⁶⁰.

⁸⁵⁹ BOZKURT, s. 1.

⁸⁶⁰ ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan; Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2013, s. 16; SARAÇ, s. 201.

Kıymetli evrak, borç ikrarını içeren bir senettir; ancak adi bir borç senedi olmayıp, nitelikli bir borç senedir⁸⁶¹.

İkinci unsur, senedin bir hakkı içermesidir. Kıymetli evrakın içerdiği bu hakkın, parasal değeri olan ve devredilebilir nitelikte bir hak olması gerekmektedir. Kamu hukukundan kaynaklanan haklar ile kişiye sıkı surette bağlı olan haklar devredilemeyeceğinden, kıymetli evraka konu olamazlar⁸⁶².

Üçüncü unsur ise, kıymetli evrakın içerdiği hak ile senedin birbirine sıkı sıkıya bağlı olmasıdır. Öyle ki bu sıkı ilişki nedeniyle, senedin içerdiği hak, senetten ayrı olarak devredilemez ve ileri sürülemez. Bu sebeple, kıymetli evraka dayanarak hak talep eden kişinin, senedi ibraz etmesi gerekmektedir. Yine kıymetli evrakın borçlusu da, borcundan kurtulmak için, senedi ibraz ve teslim edene ödeme yapmakla yükümlüdür. Kıymetli evrakın herhangi bir sebeple zayı olması hâlinde, TTK. m. 651 vd. hükümler uyarınca işlem yapılması ve iptal kararı alınması gerekmektedir⁸⁶³.

⁸⁶¹ ÖZTAN, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, 18. Bası, Ankara 2013, s. 11-12; Adi borç senedi ile kıymet evrak arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. TBK. m. 103'e göre, alacaklının alacağını tahsil için, senedi borçluya iade etmesine gerek bulunmamaktadır. Tahsil karşılığında, borçluya bir makbuz verilmesi yeterlidir. Daha sonra senet borçluya ibraz edilip, ödeme talebinde bulunulsa bile, borçlu bu makbuzu göstererek, ikinci kez ödeme yapmaktan kurtulabilmektedir. Buna karşılık kıymetli evrakta borçlu, kural olarak senedi ibraz etmeyen kimseye ödemede bulunamaz. Senedin ibrazı karşılığında, ödeme yapmak zorundadır. Aksi halde, alacaklı kendisine ödemeye karşılık makbuz vermiş olsa bile, ikinci kez ödeme yapmak zorunda kalabilmektedir. Öte yandan kıymetli evrak, özel şekil şartlarına tabi iken, adi bir borç senedinde özel bir şekil şartı aranmamaktadır (Bkz. BOZER, Ali/GÖLE, Celal; Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 2016, s. 18-20; PULAŞLI, Hasan; Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 4-5).

⁸⁶² ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 17.

⁸⁶³ ERİŞ, Gönen; Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 200; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 17.

Alacağın devrinden farklı olarak, kıymetli evrakta borçlunun durumu ve özellikle borçtan kurtulması oldukça ağır koşullara bağlanmıştır. TTK. m. 646'ya göre, *“Kıymetli evrakın borçlusu, ancak senedin teslimi karşılığında ödeme ile yükümlüdür. Hile veya ağır kusuru bulunmadıkça borçlu, vade geldiğinde, senedin niteliğine göre alacaklı olduğu anlaşılan kişiye ödemede bulunmakla borcundan kurtulur.”* Bu Kanun hükmü uyarınca, kıymetli evrakın borçlusunun borcundan kurtulabilmesi için, bir takım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir.

Bu yükümlülüklerden birincisi, ödeme yapan borçlunun senedi teslim almasıdır. Kıymetli evrakın borçlusu, senedi ibraz edene ödeme yapmalı, aynı zamanda ödeme karşılığında senedi de teslim almalıdır. Bedelini ödediği hâlde senedi teslim almayan borçlunun, yeni bir ödeme talebi ile karşılaşması mümkündür. Ancak kıymetli evrakın ziyai halinde, bu kural mutlak olarak uygulanmamaktadır. Zira TTK. m. 652/f.1'e göre, ziyai sebebiyle iptal kararı alan hak sahibi, hakkını senetsiz olarak ileri sürebileceği gibi, yeni bir senet düzenlenmesini de isteyebilmektedir.

Bu yükümlülüklerden ikincisi, senedin vadesinde, senedin niteliğine göre hak sahibi olduğu anlaşılan kişiye ödeme yapılmasıdır. Kıymetli evrakın borçlusu, senet vadesinin sona ermesi ile senedin niteliğine göre, hak sahibi olduğu anlaşılan kişiye, senet bedelini ödemekle borcundan kurtulmaktadır⁸⁶⁴.

Bu yükümlülüklerden üçüncüsü, ödeme yapan borçlunun, hile veya ağır kusurunun bulunmamasıdır. Kıymetli evrakın borçlusu, ağır kusuru veya hilesi ile hak sahibi olmayan kişiye ödemede bulunursa, borcundan kurtulamaz. Madde hükmünde, ağır kusur ve hilenin tanımları yapılmamıştır. Bu sebeple değerlendirme yapılırken, genel hükümlere göre ağır kusur ve hilenin unsurları belirlenmelidir⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ ERIŞ, Kıymetli Evrak, s. 192.

⁸⁶⁵ ERIŞ, Kıymetli Evrak, s. 192.

Kıymetli evrakın ne şekilde devredileceği, kıymetli evrakın türüne göre değişebilmektedir. Burada devirden kastedilen, senedin içerdiği hakkın, üçüncü kişiye geçebilmesi için gereken usuldür. Devir şekli açısından kıymetli evrak, nama, emre veya hamiline yazılı olarak düzenlenebilmektedir. Nama yazılı kıymetli evrak, alacağın devri ve teslim ile, emre yazılı kıymetli evrak, ciro ve teslim ile, hamiline yazılı kıymetli evrak ise, yalnızca teslim ile devredilebilmektedir⁸⁶⁶.

B. Kambiyo Senetleri

Uygulamada en sık kullanılan ve kıymetli evrakın bir türü olan kambiyo senetleri⁸⁶⁷, TTK.'nın üçüncü kitabının, dördüncü kısmında düzenlenmiştir. Bunlar, poliçe, bono ve çek⁸⁶⁸. Kanun koyucu, poliçeyi ayrıntılı olarak düzenlemiş, bono ve çeki ilişkin ayrıntılı düzenlemelerde bulunmamış, poliçeye ilişkin hükümlere atıf yapmakla yetinmiştir. Kanun koyucu tarafından böyle bir tercih yapılmasına rağmen, uygulamada poliçe hemen hemen hiç kullanılmamaktadır⁸⁶⁹.

Kambiyo senetleri, düzenleyen tarafından mutlaka bir temel ilişkiye dayalı olarak verilmektedir. Bu temel ilişki, genelde satış, eser, hizmet gibi bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Kambiyo ilişkisinin tarafları arasında bu şekilde bir borç ilişkisi bulunmasa bile, hatır ilişkisi şeklinde bir temel ilişki bulunmaktadır. Bu temel ilişki sebebiyle, ifa yerine, ifa uğruna ya da hatıra binaen kambiyo senedi düzenlenmektedir. Düzenlenen senedin teslimi ile kambiyo ilişkisi doğmaktadır⁸⁷⁰. Bu şekilde, taraflar arasında bir borç nedeniyle iki ilişki meydana gelmektedir. Bunlardan birincisi temel ilişki, ikincisi ise kambiyo ilişkidir. Satış sözleşmesinde, satış bedelinin ifası için, alıcı

⁸⁶⁶ BOZKURT, s. 24.

⁸⁶⁷ BOZER/GÖLE, s. 56.

⁸⁶⁸ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 85.

⁸⁶⁹ BOZKURT, s. 51.

⁸⁷⁰ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 86-87.

tarafından bono verildiği hâllerde durum böyledir. Ancak alacağın hangi ilişki bağlamında istenebileceği, kambiyo senedinin ifa yerine ya da ifa uğruna verilmiş olduğuna bağlıdır. Eğer senet ifa yerine verilmiş ise, temel ilişkiden doğan alacak hakkı sona ereceğinden, alacaklı alacağını yalnızca kambiyo ilişkisi bağlamında talep edebilmektedir. Eğer senet ifa uğruna verilmiş ise, alacaklı senedin vadesi geldiğinde alacağını ister temel ilişki, isterse kambiyo ilişkisi bağlamında talep edebilmektedir. Senedin ifa yerine mi, yoksa ifa uğruna mı verildiğinin taraflarca kararlaştırılmadığı hâllerde, TBK. m. 133/f.II ve TTK. m. 1430/f.II uyarınca ifa uğruna verildiğinin kabulü gerekmektedir⁸⁷¹. Böylece, mevcut bir borcun ödenmesi için kambiyo senedi verildiğinde, senedin verilmesine sebep teşkil eden asıl borç münasebeti varlığını korumakta, yenileme (tecdit) olmadığından, ayrı bir borç münasebeti meydana gelmektedir⁸⁷².

Kambiyo senetleri, kanunen emre yazılı senetlerdir. Bu özellikleri sebebiyle tedavül kabiliyetleri, diğer senetlere oranla oldukça yüksektir. Bir poliçe, bono veya çek, bir kişinin adına yazılsa ve emre olduğu belirtilmese bile, kanunen emre yazılı oldukları kabul edilmektedir. Bir kambiyo senedinin nama yazılı olarak düzenlenebilmesi, bir takım şekil şartlarının gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Kambiyo senetlerinden çekler, nama, emre veya hamiline yazılı olarak, poliçe ve bono ise, yalnızca nama ya da emre yazılı olarak düzenlenebilmektedir⁸⁷³.

Kambiyo senetlerinin içerdiği hak, mutlaka bir para alacağıdır. Parasal bir değeri olsa bile, aynî bir hak kambiyo senetlerine konu olamaz⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s. 91.

⁸⁷² BOZER/GÖLE, s. 58-60; ÖZTAN, Kıymetli Evrak II, s. 73.

⁸⁷³ BOZER/GÖLE, s. 57; ÖZTAN, Fırat; Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara 1997, s. 369; PULAŞLI, s. 109.

⁸⁷⁴ ÖZTAN, Kıymetli Evrak I, s. 370; PULAŞLI, s. 108.

Kambiyo senetleri, sıkı şekil koşullarına tabidir. TTK.'nda öngörülen şekil koşullarını sağlamayan bir senet, kambiyo senedi olarak nitelendirilemez⁸⁷⁵.

Kambiyo senetlerinde senet dolayısıyla borç altına girenler, başka bir deyişle imzası bulunanlar, hamile karşı müteselsilen sorumludurlar. Kambiyo senetlerinin bu özelliği, ödenmeme riskini ortadan kaldırarak, tedavül kabiliyetini artırmaktadır⁸⁷⁶.

Kambiyo senetlerinde, biçimsel ve maddi soyutluk ilkesi geçerlidir. Biçimsel soyutluktan kasıt, senette taahhüdün sebebinin gösterilmemesidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, kambiyo senedinin düzenlenmesine sebep bir temel ilişki mutlaka bulunmaktadır. Ancak bu ilişki, senet metninden anlaşılamamaktadır. Temel ilişkinin açıkça gösterilmesi hâlinde senet, hükümsüz hale gelmektedir⁸⁷⁷.

Kambiyo senetlerinde, imzaların bağımsızlığı ilkesi geçerlidir. Kambiyo senedi, borçlanma yeteneği olmayan kimselerin imzalarını, sahte imzaları içerse bile, bu imzalar yönünden geçersizlik, diğer imzaların geçerliliğini etkilememektedir⁸⁷⁸.

II. Kambiyo Senetlerinin Faktoring Şirketine Devri

Faktoring şirketleri, faktoring sözleşmesi uyarınca devraldıkları alacaklar için, müşterinin lehtar veya ciranta sıfatını taşıdığı kambiyo senetlerini de, ciro ve teslim yolu ile devralmaktadırlar. Kambiyo senetlerinin bu şekilde faktoring işlemlerinde yaygın bir şekilde kullanılması, faktoring şirketleri tarafından senet bedelinin tahsili için, kambiyo borçluları hakkında takip yapılmasına zemin hazırlamaktadır. Bu aşamadan sonra da, soru ve sorunlar ortaya çıkmaktadır. Faktoring müşterisi ile kurduğu temel ilişki sebebiyle, bir kambiyo senedini düzenleyen ya da elinde bulunan bir kambiyo senedini ciro eden kambiyo borçlusunu, temel ilişki nedeniyle faktoring

⁸⁷⁵ BOZER/GÖLE, s. 57; PULAŞLI, s. 108.

⁸⁷⁶ ÖZTAN, Kıymetli Evrak I, s. 371; PULAŞLI, s. 109.

⁸⁷⁷ BOZER/GÖLE, s. 57; PULAŞLI, s. 109.

⁸⁷⁸ BOZER/GÖLE, s. 57; PULAŞLI, s. 109.

müşterisinin yerine getireceği edimi, yerine getirmemesi ya da ayıplı olarak yerine getirmesi hâlinde, kambiyo senedini ödeme riski ile karşılaşmaktadır⁸⁷⁹. Faktoring şirketi ise, faktoring işlemi dolayısıyla devraldığı kambiyo senetlerini, tahsil etmek istediğinde, bir kısım def'îler ile karşılaşmaktadır.

Bu soru ve sorunların nasıl çözümleneceği, kambiyo senetleri dolayısıyla ileri sürülebilecek def'îler ve bu def'îlerin faktoring şirketine ileri sürülmesi başlığı altında aşağıda incelenecektir.

III. Kambiyo Senetleri Dolayısıyla İleri Sürülebilecek Def'îler ve Bu Def'îlerin Faktoring Şirketine İleri Sürülmesi

Kıymetli evrak hukukunda yasa koyucu def'î ve itirazları bir arada, “def'îler” başlığı altında düzenlemiştir. Bu sebeple kıymetli evrak hukukunda def'îler denildiği zaman, teknik anlamda hem def'îler, hem de itirazlar anlaşılmalıdır⁸⁸⁰.

Kıymetli evrakın bir türü olan kambiyo hukukunda def'îler, senet metninden doğan def'îler, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünden doğan def'îler ve şahsî def'îler olmak üzere, üçe ayrılarak incelenmektedir⁸⁸¹. TTK.’nın kendi sistematığı içinde yapılan ayırım da, bu şekildedir. Bu def'îlerden ilk ikisi, mutlak def'îler olup, herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Şahsî def'îler ise, mutlak def'îlerden olmadığından, herkese karşı ileri sürülememektedir⁸⁸².

⁸⁷⁹ ALTAY, Sıtkı Anlam: “Emre Yazılı Kambiyo Senetlerinde Kişisel Def'îlerin Faktoring Şirketine Karşı İleri Sürülebilirliği Sorunu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), XXIV 10-11 Aralık 2010, s. 294.

⁸⁸⁰ SARAÇ, s. 219; YILMAZ, Def'îler, s. 138.

⁸⁸¹ BOZKURT, s. 34; SARAÇ, s. 219.

⁸⁸² SARAÇ, s. 220.

A. Mutlak Def'iler

a) Senet Metninden Doğan Mutlak Def'iler

Senet metnine bakılmakla anlaşılan def'ilere, senet metninden doğan mutlak def'iler denilmektedir. Kambiyo senetleri için öngörülen şekil şartlarının yerine getirilmediği, senette tahrifat olduğu, vadenin henüz gelmediği, zamanaşımının gerçekleştiği, ciro zincirinin kopuk olduğu yönündeki def'iler, senet metninden anlaşılan mutlak def'ilere örnek olarak olarak gösterilmektedir⁸⁸³.

Bu def'iler, senet metnine bakılmakla anlaşıldığından, kural olarak senet nedeniyle kendisine başvurulana herkes tarafından ileri sürülebilmektedir. Senet nedeniyle kendisine başvurulana herkes tarafından ileri sürülebildikleri için de, mutlak def'iler içinde incelenmektedirler. Ancak bu grup içinde değerlendirilen bazı def'iler, senet metninden anlaşılan mutlak def'iler olmasına rağmen, yalnızca kaydı koyan kişi tarafından ileri sürülebilmektedir. Bir cirantanın ödememeden ya da poliçede kabul etmemeden dolayı sorumsuzluk kaydı koyması hâlinde, durum böyledir⁸⁸⁴.

Factoring işlemi açısından konu değerlendirildiğinde, bir factoring işlemi dolayısıyla kambiyo senetlerini ciro ve teslim yolu ile devralan factoring şirketine karşı da, senet metninden doğan def'iler, tüm kambiyo borçluları tarafından, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın ileri sürülebilmektedir.

Senet metninden doğan mutlak def'ilerin örneklerle açıklanması, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

(S) şirketi ile (A) şirketi arasında akdedilen kumaş satış sözleşmesinde, (A) şirketi, (S) şirketine teslim edilecek kumaşların bedeline mahsup edilmek üzere, avans olarak bono olduğunu düşündüğü senedi verir. (S) şirketi de, bu senedi kumaş boyası tedarikçisi (Y) şirketine ciro ve teslim eder. (Y) şirketi, (S) şirketi ile arasındaki kumaş

⁸⁸³ SARAÇ, s. 220-223.

⁸⁸⁴ BOZKURT, s. 34-35.

boyası satışı dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, (S) şirketinden ciro ve teslim yolu ile devraldığı bu senedi, (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro ve teslim eder. (S) şirketi teslim etmesi gereken kumaşları, (A) şirketine teslim eder. Bu sebeple senet, bedelsiz kalmaz. Ancak senet düzenleme tarihini içermediğinden, bono vasfını taşımamaktadır. (X) Faktoring A.Ş. tarafından, kendilerine kambiyo yolu ile ilamsız takip yapılan (A) şirketi, (S) şirketi ve (Y) şirketi, senedin bono vasfını taşımadığı yönündeki senet metninden doğan mutlak def'îyi, (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı ileri sürebilir.

(S) şirketi ile (A) şirketi arasında akdedilen araba parçası satış sözleşmesinde, (A) şirketi, (S) şirketine teslim edilecek araba parçalarının bedeline mahsup edilmek üzere bir bono verir. (S) şirketi de bu bonoyu, mal aldığı (Y) şirketine ciro ve teslim eder. (Y) şirketi, (S) şirketi ile arasındaki mal satışı dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, (S) şirketinden ciro ve teslim yolu ile devraldığı bu bonoyu, (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro ve teslim eder. (S) şirketi teslim etmesi gereken araba parçalarını, (A) şirketine teslim eder. Bu sebeple bono, bedelsiz kalmaz. (X) Faktoring A.Ş. tarafından bu bono henüz vadesi gelmeden, (A) şirketi, (S) şirketi ve (Y) şirketi aleyhine kambiyo yolu ile ilamsız takibe konu edilir. Böyle bir hâlde (A) şirketi, (S) şirketi ve (Y) şirketi, bononun vadesinin gelmediği yönündeki senet metninden doğan mutlak def'îyi, (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı ileri sürebilir.

b) Senetteki Taahhüdün Hükümsüzlüğünden Doğan Mutlak Def'îler

Bu def'îler senet metninden anlaşılmayan, senedi hükümsüz kılmayan ve ancak senetteki taahhüdü hükümsüz kılan def'îlerdir. Burada hükümsüz olan, bu duruma maruz kalan kişinin kişisel taahhüdüdür. Bu sebeple TTK. m. 825'te, senedin hükümsüzlüğü ifadesinin kullanılması yerinde değildir. TTK. m. 677'de düzenlenen imzaların bağımsızlığı ilkesi de, bu durumun dayanağını oluşturmaktadır. Gerçekten de

bu ilkeye göre, senetteki imzalar ve taahhütler bağımsızdır. Bir imza veya taahhüdün geçersizliği, diğerlerini etkilememektedir. Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünden doğan mutlak def'iler dört tane olup, imza sahibinin ehliyetsizliği, yetkisiz temsil, imzanın sahte tanzim edilmiş olması ve imzanın korkutma altında attırılmış olması, bu def'ileri oluşturmaktadır. Bir bononun 12 yaşındaki bir kişi tarafından tanzim edilmesi, bir şirket adına temsile yetkili olmayan kişi tarafından çek keşide edilmesi, bir kişiye silah zoruyla bono imzalatılması ve senette ciro imzasını atan (A) kişisi gözükmemesine rağmen, esasen imzanın (B) kişisi tarafından atılmış olması hâlinde durum böyledir. Bu def'iler senet metninden anlaşılamadıkları için, senette borç altına giren herkes tarafından ileri sürülemezler⁸⁸⁵. Burada kanun koyucu, bu tür def'ilerin, yalnızca bu duruma maruz kalan senet borçlusu tarafından ileri sürülebileceğini düzenleyerek, kambiyo senetlerinin kamu güvenliğine sahip olması ilkesine istisna getirmiştir. Bu tür def'ilerin, yalnızca bu duruma maruz kalan senet borçlusu tarafından ileri sürülebileceği kabul edilerek, senet borçlusunun hakları ile senet alacaklısının hakları telif edilmeye

⁸⁸⁵ “...Davacılar dava konusu çekteki lehtar ve ciranta imzasının sahteliği ve çekin çalıntı olduğu, davalının da kötünietli hamil olduğu iddiasıyla işbu davayı açmıştır.

Dava konusu çekin dava tarihinde yürürlükte bulunan 6361 Sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 9/2 maddesi uyarınca temlike konu olduğu ve çekteki mündemiç alacağın mal satışından kaynaklandığının fatura ile tevsik edildiği, ciro silsilesinde dış görünüş itibariyle kopukluk bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 Sayılı TTK'nın 677. maddesinde düzenlenen imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince davacı keşideci, kendi imzasından sorumlu olup lehtar, cirantanın imzasının sahteliğini ileri süremez ise de, davacı lehtarA.Ş.'nin kendisine atfen atılan imzanın sahteliğini ileri sürmesi mümkün olduğu ve sahtecilik def'i mutlak def'ilerden olup herkese karşı ileri sürülebileceğinden mahkemece davacı lehtarA.Ş.'nin sahtecilik def'i üzerinde durulup bu konuda araştırma ve inceleme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...” Yarg.19. HD., T. 06.02.2017, 2016/5424 E., 2017/810 K. (Kişisel Arşiv).

alışılmıştır. Bu tür def'îler için öğretide, yarı nisbî def' kavramı da kullanılmaktadır. Bunun sebebi, bu tür def'îlerin senet metninden doğan mutlak def'îler ile şahsî def'îler arasında gidip gelen bir güce sahip olmasıdır⁸⁸⁶.

Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünden doğan mutlak def'îlerin örneklerle açıklanması, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

(S) şirketi ile (A) şirketi arasında akdedilen kumaş satış sözleşmesinde, (A) şirketinin yetkili temsilcisi olmayan kişi tarafından düzenlenen bono, (S) şirketine teslim edilecek kumaşların bedeline mahsup edilmek üzere, avans olarak verilir. (S) şirketi de, bu bonoyu kumaş boyası tedarikçisi (Y) şirketine ciro ve teslim eder. (Y) şirketi, (S) şirketi ile arasındaki kumaş boyası satışı dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, (S) şirketinden ciro ve teslim yolu ile devraldığı bu bonoyu, (X) Faktoring A.ř.'ye ciro ve teslim eder. (S) şirketi teslim etmesi gereken kumaşları, (A) şirketine teslim eder. Bu sebeple bono, bedelsiz kalmaz. (X) Faktoring A.ř. tarafından kendisine kambiyo yolu ile ilamsız takip yapılan (A) şirketi, bononun yetkili temsilcisi tarafından düzenlenmediğine ilişkin, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünden doğan mutlak def'yi, (X) Faktoring A.ř.'ye karşı ileri sürebilir. Ancak imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince (S) şirketi ve (Y) şirketi, bononun (A) şirketinin yetkili temsilcisi tarafından imzalanmadığı yönündeki bu def'yi, (X) Faktoring A.ř.'ye karşı ileri süremez.

(A) kişisi, (S) kişisinin korkutması altında düzenlediği bonoyu, (S) kişisine verir. (S) kişisi de, bu bonoyu kendisinin kumaş tedarikçisi olan (Y) şirketine ciro ve teslim eder. (Y) şirketi, (S) kişisi ile arasındaki kumaş satışı dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, (S) kişisinden ciro ve teslim yolu ile devraldığı bu bonoyu, (X) Faktoring A.ř.'ye ciro ve teslim eder. (X) Faktoring A.ř. tarafından kendisine kambiyo yolu ile ilamsız takip yapılan (A) kişisi, bononun korkutma altında düzenlendiğine

⁸⁸⁶ BOZKURT, s. 35-36.

ilişkin, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünden doğan mutlak def'îyi, (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı ileri sürebilir. Ancak imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince (S) kişisi ve (Y) şirketi bu def'îyi, (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı ileri süremez.

B. Şahsî (Kişisel-Nisbî) Def'îler

Borçlunun belli bir alacaklı ile olan hukukî ilişkisinden doğan def'îlere, şahsî def'îler denilmektedir. Bir kambyo senedinin hatır veya teminat için düzenlendiği, açığa düzenlenmiş senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğu, senedin ödeme ile bedelsiz kaldığı, muvazaalı olduğu ya da hata, hile ve gabin altında düzenlendiği yönündeki def'îler, şahsî def'îlere örnek olarak gösterilmektedir⁸⁸⁷.

Kambyo senetleri daha önce de ifade edildiği gibi, kanunen emre yazılı senetlerdir. Emre yazılı senetlerin içerdiği hak kural olarak⁸⁸⁸, ciro ve teslim yolu ile

⁸⁸⁷ BOZKURT, s. 37; ERİŞ, Kıymetli Evrak, s. 365.

⁸⁸⁸ Emre yazılı bir senedin miras yolu ile geçişi de mümkündür. Bu hâlde maddi hukuk anlamında senette hak sahibi olan mirasçı, alacağı mirasçılık belgesi ile şekli hak sahipliğini de ispatlayabilir. Öte yandan, emre yazılı senetlerde cironun yapılabileceği zamansal bir sınır da bulunmaktadır. Senedin vadesi geçtikten belli bir süre sonra yapılan ciro geçerli olmakla birlikte, alacağın devrinin hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. Buna, gecikmiş ciro da denilmektedir. Burada gecikmiş ciro, alacağın devri işlemine dönüşmemekte, yalnızca onun hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. Bu husus TTK. m. 690/f.I'de düzenlenmiştir. Buna göre, vadenin geçmesinden sonra yapılan ciro, vadeden önce yapılan bir cironun hükümlerini doğurmakta, ancak ödememe protestosundan ya da bu protestonun düzenlenmesi için kanunda öngörülen sürenin geçmesinden sonra yapılan ciro, alacağın temlikî hükümlerini doğurmaktadır (Bkz. BOZKURT, s. 34,91); "...ibrazdan sonra yapılan ciro alacağın temlikinin hukukî neticelerini doğurur, ancak çek niteliğini kaybetmez. İbraz süresinden sonra kıymetli evrakta doğmuş hak düşmez, sadece ciro alacağın temlikî hükümlerine tabi olur. Alacağın temlikî yoluyla çeki temellük eden kişi, lehdarın tüm haklarına sahip olur ve geçerli bir temlikin bulunması halinde yeni alacaklı süresinde ibraz edilip ödenmeyen çek için kambyo senetlerine mahsus yolla takip yapabileceği gibi ihtiyatî haciz de talep edebilir..." Yarg. 11. HD., T. 16.04.2007, 2007/3044 E., 2007/5935 K. (Kişisel Arşiv).

devredilmektedir. Emre yazılı senetlerin içerdiği hakkın, ciro ve teslim yolu ile devredilmesi nedeniyle şahsî def'iler kural olarak, senedin düzenlenmesine veya ciro edilmesine sebep olan temel ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilmekte, hamile karşı ileri sürülememektedir⁸⁸⁹. Şahsî def'ilerin hamile karşı ileri sürülememesinin nedeni, iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarının korunması ve ticaret hayatının bir gereğidir⁸⁹⁰.

Poliçeler hakkında şahsî def'iler, TTK. m. 687/f.I'de düzenlenmiştir. Buna göre, *“Poliçeden dolayı kendisine başvurulanan kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun*

⁸⁸⁹ SARAÇ, s. 228; Nama yazılı senetlerde şahsî def'iler, senedi devralan herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Zira nama yazılı senetlerdeki hak, alacağın devri ile kazanılmaktadır. Alacağın devrinde ise borçlu, alacaklısına karşı ileri sürebileceği tüm şahsî def'ilerini, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın, alacağı devralan kişilere karşı da ileri sürebilmektedir (Bkz. SARAÇ, s. 228).

⁸⁹⁰ *“...Şahsi (kişisel) def'iler, emre yazılı senetlerdeki borç taahhüdünün objektif mevcudiyetine hiçbir etkisi olmayan, borçlunun belli bir alacaklı ile arasındaki hukuki münasebetten doğan def'ilerdir. Başka bir anlatımla, kişisel def'iler, taraflar arasındaki ilişkinin sonucudurlar. Şahsi, dolayısıyla belli bir alacaklıyla olan özel ilişkiden kaynaklanan bu def'iler, ancak bu alacaklıya karşı ileri sürülebilir; daha sonraki alacaklılara karşı ileri sürülemez. Şahsi def'ilerin dermeyanı ile ilgili bu sınırlama, mülga 6762 sayılı TTK'nın 599'uncu maddesinde açıkça ifadesini bulmuştur. Bu maddeye göre, poliçe borçlusunun keşideci veya sonraki hamillerle doğrudan doğruya ilişkilerinden kaynaklanan def'ileri hamile karşı dermeyan etmesi mümkün değildir. Kişisel def'iler, emre yazılı senetlerdeki soyutluk ilkesinin ve ciro ile devredilmesinin bir sonucudur. Bu husus, senedin, alacağın temlik ile yolu ile devri ile ciro suretiyle devir arasındaki temel farkı teşkil eder. Ciro, temlik beyanı gibi temlik edenin sahip olduğu hakları değil, senetten doğan hakkı devreder. Dolayısıyla, ciro edene karşı haiz olunan kişisel def'iler, senedi devralana karşı ileri sürülemez...*

Şahsi def'ilerin dermeyanı konusundaki sınırlama, emre yazılı senetlerin iktisadi fonksiyonlarıyla yakından ilgilidir. Bu suretle iyiniyetli üçüncü şahıs müktesipler korunmaktadır. Senet iyiniyetli üçüncü şahıs tarafından iktisap edilirse, şahsi def'i dermeyan imkanı sona erer...” HGK., T. 25.03.2015, 2013/19-2238 E., 2015/1062 K. (Kişisel Arşiv).

zararına hareket etmiş olsun...” Madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, şahsî def’iler kural olarak hamile karşı ileri sürülemez. Ancak hamil poliçeyi ciro ve teslim yolu ile devralırken, bile bile borçlunun zararına hareket etmişse, şahsî def’iler hamile karşı da ileri sürülebilmektedir⁸⁹¹.

TTK. m. 687/f.I, aynı Kanun m. 818 göndermesi nedeniyle, çekler hakkında da uygulanmaktadır⁸⁹².

Kanun koyucu bu konuda, bonolar hakkında TTK. m. 687’ye gönderme yapmamış, aynı Kanun m. 825/f.II’de ayrı bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, *“...Borçlu ile önceki hamillerden biri veya senedi düzenleyen kişi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ilerin ileri sürülmesi ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması hâlinde caizdir.”* Madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, hamil bonoyu ciro ve teslim yolu ile devralırken, bilerek borçlunun zararına hareket etmişse, bonoyu düzenleyen veya cirantalar, şahsî def’ilerini hamile karşı ileri sürebilmektedirler.

Kanun hükmünde kullanılan, *“bile bile veya bilerek borçlunun zararına hareket etmek”* kavramı ile anlatılmak istenen, hamilin, devredenle borçlu arasındaki şahsî def’ileri bilmesi ve bu def’ileri bertaraf etmek amacıyla senedi devralmasıdır⁸⁹³. Hamilin kambiyo senedini devralırken, bile bile veya bilerek borçlunun zararına hareket

⁸⁹¹ ERIŞ, Kıymetli Evrak, s. 365.

⁸⁹² “...6102 sayılı TTK’nın 818’inci maddesinin göndermesi ile çekler hakkında da uygulanması gereken aynı Yasanın 687’nci maddesi gereğince borçlu, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ileri müracaatta bulunan yetkili hamile karşı ileri süremez. Ancak, aynı maddeye göre hamil, çeki iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ederse bu kural uygulanmaz. Bir başka anlatımla, borçlu şahsi def’ilerini hamile karşı ancak bu koşul ile ileri sürebilir...” Yarg. 12. HD., T. 14.04.2015, 2015/1387 E.-2015/9717 K. (Kişisel Arşiv).

⁸⁹³ YILMAZ, Def’iler, s. 496-497.

ettiği yönündeki iddianın veya savunmanın ispat külfeti, iddia edene aittir. Bu yönede bir iddia veya savunma, tanık dâhil her türlü delille ispat edilebilmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere şahsî def'îler kural olarak, hamile karşı ileri sürülememektedir. Ancak faktoring işlemi söz konusu olduğunda, durum değişmektedir. Burada faktoring işlemi açısından çözümlenmesi gereken hukukî sorun, faktoring müşterisi ile temel ilişki içine giren ve bu temel ilişki dolayısıyla kambiyo senedi düzenleyen ya da ciro eden borçlunun, faktoring müşterisine karşı ileri sürebileceği şahsî def'îleri, faktore karşı ileri sürüp süremeyeceğidir⁸⁹⁴. Böyle bir hâlde kambiyo borçlusu, kambiyo senedinin düzenleyeni, keşidecisi, muhatabı veya cirantası konumunda olabilmektedir. Faktoring müşterisi ise, lehtar veya ciranta konumunda bulunabilmektedir. Faktoring şirketi ise, senedi lehtardan ya da cirantadan devralan kambiyo alacaklısı konumundadır⁸⁹⁵.

Mülga 2006 tarihli Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik m. 22/f.II'ye göre, kambiyo senedine dayalı olsa bile, faktoring şirketleri bir mal satışından ya da hizmet arzından doğmuş ya da doğacak, fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilemeyen alacakları devralamazlar ve tahsilini üstlenemezler. Şu anda yürürlükte bulunan FKFFŞK. m. 9/f.II'de⁸⁹⁶ ve FKFFŞK.'na dayanılarak çıkarılan Yönetmelik m. 8/f.I'de⁸⁹⁷ de, aynı

⁸⁹⁴ AKIN, s. 255.

⁸⁹⁵ ALTAY, s. 295.

⁸⁹⁶ “...Faktoring şirketi Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilemeyen alacaklar ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilemeyen mal veya hizmet satışına bağlı doğacak alacakları devir alamaz veya tahsilini üstlenemez. Aynı faturaya dayalı birden çok faktoring şirketine yapılan kısmi temliklerin toplam tutarı fatura tutarını aşamaz...”

⁸⁹⁷ “...Faturalı alacağa istinaden kambiyo senedi veya diğer senetlerin alınması halinde, alınan kambiyo senedi veya diğer senetteki ciro silsilesinde kuruluşa kambiyo senedi veya diğer senedi ciro

yönde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin, uygulamada bir kısım boş ve hileli kambiyo senetlerinin, faktoring şirketlerince ciro yolu ile devralınmasının engellenmesi amacıyla sevk edildiği anlaşılmaktadır⁸⁹⁸. Kanun hükmünde belirtilen koşullara uygun bir faktoring işlemi gerçekleştirilmediğinde, faktoring şirketi kambiyo senedinin yetkili hamili olmamaktadır. FKFFŞK. m. 9/f.II, kamu düzenine ilişkin emredici bir hüküm olduğundan, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmalıdır⁸⁹⁹.

Kanun ve Yönetmelik'te açıkça, faktoring şirketlerinin kambiyo senedine dayalı olsa bile, bir mal satışından veya hizmet arzından doğmayan alacakları devralamayacakları düzenlenerek, kambiyo senedinin içerdiği hakkın soyutluğu ilkesi ortadan kaldırılmıştır⁹⁰⁰. Buna göre faktoring şirketleri, ancak bir mal satışından ya da hizmet arzından doğan alacağın ifası için verilen kambiyo senetlerini, ciro ve teslim yolu ile devralabilmektedirler⁹⁰¹. Burada kambiyo senedindeki hakkın devri için yapılan

edip veren kişinin, devralınan faturada alacaklı olarak gözüken kişi ve bu kişiden bir önceki cirantanın veya keşidecinin de faturadaki borçlu ile aynı kişi olması gerekir...”

⁸⁹⁸ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 497.

⁸⁹⁹ SARAÇ, s. 625-626.

⁹⁰⁰ SARAÇ, s. 231.

⁹⁰¹ “...Davalı dava konusu çeke ciro yoluyla hamil olmuştur. İcra dosyasında yer alan çek örneğinin incelenmesinden, ciro silsilesinde kopukluk olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin 22/2. maddesi hükmü uyarınca faktoring şirketlerinin kambiyo senetlerine dayalı olsa bile bir mal veya hizmet satışından doğmuş veya doğacak fatura veya benzeri belgelerle tevsik edilmeyen alacakları satın almaları veya tahsilini üstlenmeleri yasaklanmıştır. Bu durumda davalı faktoring şirketi çeke dayalı alacağına ilişkin belgelerini sunmak suretiyle çekin yetkili hamili olduğunu ispatlamalıdır...”
Yarg. 19. HD., T. 09.05.2012, 2012/1129 E. 2012/7776 K. (Kişisel Arşiv).

“...Somut olayda çeki faktoring şirketine ciro eden B.A. ile faktoring şirketi arasında faktoring sözleşmesi bulunmadığı gibi, ciranta B.A.'ın devralınan faturada alacaklı olarak gözüken kişi de olmadığı dosya içeriği ile sabittir. Bu durumda 6361 sayılı Yasanın 9/2 ve sözü edilen Yönetmeliğin 8/1 maddesine uygun şekilde gerçekleştirilmiş bir faktoring işleminden söz edilemeyeceğinden...

ciro ve teslim, alacağın devrinin hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. Senet borçlusu, faktoring işleminden haberdar olduğu andan itibaren, faktoring müşterisine karşı ileri sürebileceği şahsî def'îleri, faktore karşı da ileri sürebilmektedir⁹⁰².

Şahsî def'îlerin faktoring şirketine karşı ileri sürülebilmesinin örneklerle açıklanması, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

(S) şirketi ile (A) şirketi arasında akdedilen kumaş satış sözleşmesinde, (A) şirketi, (S) şirketine teslim edilecek kumaşların bedeline mahsup edilmek üzere avans olarak çek verir. Verilen bu çekte, (A) şirketi keşideci, (S) şirketi ise lehtardır. Çekin lehtarı olan (S) şirketi, teslim etmesi gereken kumaşları (A) şirketine teslim etmeden, (S) şirketi ile arasındaki başka bir kumaş satışı dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, avans olarak verilen çeki (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro ve teslim eder. Ancak teslim edilmesi gereken kumaşlar, (A) şirketine teslim edilmez. Bu şekilde avans

Faktoring A.Ş.'nin uyuşmazlık konusu çekin yetkili ve meşru hamili olduğu kabul edilemez...” Yarg. 19. HD., T. 28.12.2016, 2016/12134 E.-2016/16230 K. (Kişisel Arşiv).

⁹⁰² SARAÇ, s. 231; “...Somut olayda, davalı... Faktoring A.Ş. ile diğer davalı... A.Ş. arasında akdedilen faktoring sözleşmesi uyarınca, ticari alım satım sözleşmesinden kaynaklanan faturaya dayalı alacağa ilişkin dava konusu çek davalı faktoring şirketine temlik edilmiştir. Davacı çekin keşidecisi olup, çek hamili davalı... A.Ş.'ne ileride teslim edilmesi kararlaştırılan mallara karşılık bu çekin avans olarak verildiğini, ancak, mal teslim edilmediğinden karşılıksız kaldığını iddia etmiştir. Somut olay bakımından uyuşmazlık, davacının alım satım ilişkisine girdiği satıcı davalı... A.Ş.'ne karşı ileri sürebileceği def'îlerin faktoring sözleşmesi uyarınca alacağı temlik almış olan faktoring şirketine karşı da ileri sürüp süremeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Faktoring sözleşmesi, alacağın temlik hüükümlerini de içeren karma nitelikli atipik bir sözleşmedir. BK.nun 167. maddesi uyarınca faktoring sözleşmesine konu edilen çekin borçlusu olan davacının alacağı temlik eden durumdaki önceki alacaklısına karşı aralarındaki satış ilişkisi nedeniyle ileri sürebileceği def'îleri temlik alan faktoring şirketine karşı da ileri sürmesi mümkündür...” Yarg. 19. HD., T. 06.04.2011, 2010/9743 E., 2011/4541 K. (Kişisel Arşiv).

olarak verilen çek, bedelsiz kalır. Eğer avans olarak verilen bu çek, (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro edilmeyip, (S) şirketinin tedarikçisi (Y) şirketine ciro ve teslim edilmiş olsaydı, düzenleyen (A) şirketi, (S) şirketi ile arasındaki kumaş satış sözleşmesinden kaynaklanan ve bir tür şahsî def'i olan bedelsizlik def'ini, kural olarak (Y) şirketine karşı ileri süremeyecekti. Ancak TTK. m. 687/f.I uyarınca, (Y) şirketinin çeki iktisap ederken bile bile zararına hareket ettiğini ispat ederek, bu def'iyi (Y) şirketine karşı ileri sürebilecekti. Çeki ciro yolu ile devralan (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı ise bu def'iyi, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın ileri sürebilecektir. Zira burada, (S) şirketinden faturalarla birlikte çeki ciro ve teslim yoluyla devralan (X) Faktoring A.Ş., esasen çeki fatura alacakları dolayısıyla devralmaktadır. Buradaki ciro, (S) şirketi ile (X) Faktoring A.Ş. arasında alacağın devrinin hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. Bu sebeple avans olarak verilen çeki keşide eden (A) şirketi, TTK. m. 687/f.I uyarınca, (X) Faktoring A.Ş.'nin çeki iktisap ederken bile bile zararına hareket ettiğini ispat etmeksizin, bedelsizlik def'ini ileri sürebilmektedir.

(S) şirketi ile (A) şirketi arasında akdedilen fide satış sözleşmesinde, (A) şirketi (S) şirketine satış bedeli olarak çek verir. Verilen bu çekte, (A) şirketi keşideci, (S) şirketi ise lehtardır. Çekin lehtarı olan (S) şirketi, bu satış dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, verilen çeki (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro ve teslim eder. Ancak belirli bir süre sonra, satış sözleşmesine konu fidelerin gizli ayıplı olduğu anlaşılır. Eğer satış bedeli olarak verilen bu çek, (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro edilmeyip, (S) şirketinin tedarikçisi (Y) şirketine ciro ve teslim edilmiş olsaydı, keşideci (A) şirketi, (S) şirketi ile arasındaki fide satış sözleşmesinden kaynaklanan ve bir tür şahsî def'i olan ayıplı mal def'ini, kural olarak (Y) şirketine karşı ileri süremeyecekti. Ancak TTK. m. 687/f.I uyarınca, (Y) şirketinin çeki iktisap ederken bile bile zararına hareket ettiğini ispat ederek, bu def'iyi (Y) şirketine karşı ileri sürebilecekti. Çeki ciro yolu ile devralan (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı ise bu def'iyi, herhangi bir kısıtlamaya tabi

olmaksızın ileri sürebilecektir. Zira burada, (S) şirketinden faturalarla birlikte çeki ciro ve teslim yoluyla devralan (X) Faktoring A.Ş., esasen çeki fatura alacakları dolayısıyla devralmaktadır. Buradaki ciro, (S) şirketi ile (X) Faktoring A.Ş. arasında alacağın devrinin hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. Bu sebeple satış bedeli olarak çeki keşide eden (A) şirketi, TTK. m. 687/f.I uyarınca, (X) Faktoring A.Ş.'nin çeki iktisap ederken bile bile zararına hareket ettiğini ispat etmeksizin, ayıplı mal def'ini ileri sürebilmektedir.

Şahsî def'ilerin faktoring şirketine ileri sürülebilirliği açısından, FKFFŞK. öncesi ve sonrası dönem arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak FKFFŞK. m. 9/f.III hükmünde yer alan düzenleme sebebiyle, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra yapılan işlemlerde, şahsî def'ilerin faktoring şirketine karşı ileri sürülemeyeceği yönünde düşünceler ortaya çıkmıştır⁹⁰³. Hükümde, *"Bir kambiyo senedinin ciro yoluyla faktoring şirketine devri hâlinde, kambiyo senedinden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri faktoring şirketine karşı ileri süremez; meğerki, faktoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş*

⁹⁰³ Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda, kanun hükmünün uygulanabilirliği bakımından faktoring sözleşmesi tarihinin dikkate alınacağı yönünde yapılan yanlışlıklar değerlendirilmelerinde, bu yönde düşüncelerin ortaya çıkmasında etkili olduğu düşünülmektedir. *"...Her ne kadar 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 9/3. maddesinde "Bir kambiyo senedinin ciro yoluyla faktoring şirketine devri hâlinde, kambiyo senedinden dolayı kendisine başvurulmuş kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri faktoring şirketine karşı ileri süremez; meğerki, faktoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun." düzenlemesine yer verilmişse de, az yukarıda izah edildiği üzere bu düzenlemenin faktoring sözleşmesinin tarihi itibarıyla uyumsuzluğun çözümünde uygulanması mümkün değildir. Zira 6361 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabilmesinin ön koşulu, faktoring sözleşmesinin 13.12.2012 tarihi ve sonrasında gerçekleşmiş olmasıdır..."* Yarg. 15. HD., T. 20.06.2016, 2016/134 E., 2016/3530 K. (Kişisel Arşiv).

olsun.” Denilmektedir. Bu hüküm sebebiyle şahsî def’îlerin, faktoring şirketine karşı ileri sürülemeyeceği düşünülse de, bu yöndeki bir düşünce işlemin niteliğine aykırıdır. Zira mal satışından ya da hizmet arzından kaynaklanan alacağını/alacaklarını faktoring şirketine devreden müşteri, aynı zamanda bu alacağın/alacakların ifası için (ifa uğruna ya da ifa yerine), borçlu tarafından düzenlenen veya ciro edilen kambiyo senetlerini de faktoring şirketine devretmektedir. Bu senetlerin tahsili söz konusu olduğunda, borçlunun şahsî def’îleri faktoring şirketine karşı ileri süremeyeceğini savunmak, alacağın devrinin faktoringin olmazsa olmaz unsuru olduğu yönündeki genel kabule aykırıdır. Ancak böyle bir hâlde, ilişkinin taraflarının doğru bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Şahsî def’îlerin faktoring şirketine karşı ileri sürülebilmesi, işlemin taraflarının, kambiyo ilişkisinin sıralı tarafları olmasına bağlıdır. Buna göre, senette düzenleyen ya da keşideci, lehtar ile faktoring şirketi arasında faktoring sözleşmesinin bulunması ve senedin de ciro ve teslim yolu ile lehtardan faktoring şirketine geçmesi hâlinde, lehtar ile arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan şahsî def’îleri, faktoring şirketine karşı ileri sürebilmektedir⁹⁰⁴. Ciro ve teslim yoluyla devraldığı bir senedi, aradaki temel ilişki nedeniyle devreden borçlu, senedi kendisinden devralan ile faktoring şirketi arasında faktoring sözleşmesinin bulunması ve senedin, ciro ve teslim yolu ile kendisinden devralandan faktoring şirketine geçmesi hâlinde, temel ilişkiden kaynaklanan şahsî def’îleri, faktoring şirketine karşı ileri sürebilmektedir⁹⁰⁵. Konu ile ilgili kararların, temyiz incelemesini yapan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin yorumu ve görüşü de bu yöndedir⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Bkz. Şekil-I.

⁹⁰⁵ Bkz. Şekil-II.

⁹⁰⁶ “...Yurtiçi faktoringde, faktoring işleminin üçlü bir ilişki olduğu doktrinde ve Yargıtay uygulamasında tartışmasız kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 03.11.2010 tarih, 2010/19-488 E, 2010/557 K. sayılı kararında da faktoring işleminin müşteri (firma), faktoring şirketi (faktor) ve borçlu olmak üzere üç tarafının bulunduğu açıkça belirtilmiştir.

Sekil-I:

Düzenleyen-----lehtar-ciranta (faktoring müşterisi) ---ciro---faktoring şirketi
(Burada düzenleyen ile lehtar-ciranta arasında, satış, hizmet, eser gibi bir borçlar hukuku sözleşmesi, lehtar-ciranta ile faktoring şirketi arasında, faktoring sözleşmesi bulunmaktadır).

Sekil-II:

Düzenleyen ----- lehtar-ciranta ---ciro--- ciranta (1) ---ciro---ciranta (2) ---ciro---ciranta (3) ---ciro---faktoring şirketi

(Burada ciranta (2) ile ciranta (3) arasında satış, hizmet, eser gibi bir borçlar hukuku sözleşmesi, ciranta (3) ile faktoring şirketi arasında, faktoring sözleşmesi bulunmaktadır).

Faktoring işleminin tarafları yönünden alacağın devri hükümlerinin uygulanacağı da sözü edilen Yargıtay içtihadında ve Yargıtay'ın bu konudaki istikrarlı içtihatlarında vurgulanmıştır.

Daha açık bir anlatımla faktoring işleminin tarafları olan müşteri (firma), faktoring şirketi (faktor) ve borçlu arasındaki ilişkiler açısından 6361 sayılı Kanun'un 9/2 ve buna bağlı olarak 6098 sayılı TBK'nın 188/1. maddeleri hükmünün uygulanması gerekmektedir. 6098 sayılı TBK'nun 188/1 maddesine göre, "Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir." Somut olayda, davalı... Ltd. Şti. dava konusu çekler karşılığında davacıya mal teslim edemediğini açıkça kabul etmiş ve böylece çeklerin karşılıksız kaldığı mahkemece de kabul edilmiştir. Önceki alacaklı, aleyhindeki hükmü temyiz etmemiş ve böylece davacının önceki alacaklı... Ltd. Şti.'ne bu çeklerden dolayı borçlu olmadığı hususu kesinleşmiştir. 6098 sayılı TBK'nun 188/1. maddesi uyarınca, borçlu bu savunmasını temlik alan durumundaki faktoring şirketine karşı da ileri sürebilir. 6361 sayılı Kanun'un 9/3 maddesi hükmü, faktoring işleminin yukarıda belirtilen tarafları dışındaki kambiyo borçluları bakımından uygulanacak bir hükümdür. Somut olayda ise, taraflar faktoring işleminin içinde yer aldıklarından ve faktoring işleminin tarafları dışında kalan sırf kambiyo borçlusu durumunda herhangi bir kişi mevcut olmadığından olayda 6361 sayılı Kanun'un 9/3 maddesi hükmünün uygulanabilirliği bulunmamaktadır..." Yarg. 19. HD., T. 05.04.2016, 2015/12419 E., 2016/5915 K. (Kişisel Arşiv).

FKFŞK. m. 9/f.III hükmünün doğru bir şekilde anlaşılması için, madde gerekçesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Madde gerekçesinin son cümlesinde, “...Bu bağlamda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Def’iler” başlıklı 687 nci maddesi ile paralellik sağlanması hedeflenmiştir...” Denilmektedir. TTK. m. 687/f.II’de ise, “...Alacağın temlik yoluyla yapılan devirlere ilişkin hükümler saklıdır...” Denilmektedir. FKFFŞK. m. 9/f.II hükmü sebebiyle faktoringde alacağın devri hükümleri uygulanacağından, m. 9/f.III’te yer alan düzenleme, işlemin tarafları olan borçlu, müşteri ve faktoring şirketi hakkında uygulanmamakta, senette yer alan diğer kambiyo borçluları hakkında uygulanmaktadır⁹⁰⁷.

Bu durumun örneklerle açıklanması, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

(S) şirketi ile (A) şirketi arasında akdedilen kumaş satış sözleşmesinde, (A) şirketi, (S) şirketine teslim edilecek kumaşların bedeline mahsup edilmek üzere, avans

⁹⁰⁷ “...Somut olay bakımından uyumsuzluk 6361 sayılı yasanın 9/3 maddesi hükmünün bu olayda uygulanıp uygulanmayacağı yönünde toplanmaktadır. Belirtilen yasa hükmü faktoring işleminin tarafları olan borçlu önceki alacaklı ve temlik alan faktoring şirketi dışındaki kambiyo senedinde ciro silsilesinde yer alan diğer kambiyo borçluları bakımından getirilmiş bir hükümdür. Kanunun 9/3 maddesi hükmünün faktoring işleminin tarafları arasında yer almayan kambiyo borçlularını ilgilendirdiği madde gerekçesinden de anlaşılabilmektedir. Zira gerekçenin son cümlesinde "Bu bağlamda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun defiler başlıklı 687. maddesi ile paralellik sağlanması hedeflenmiştir." denmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 687/2 maddesinde "Alacağın temlik hükümleri saklıdır." hükmü yer almaktadır. 6361 sayılı kanunun 9/2. maddesi hükmünden hareketle faktoring sözleşmelerinde de alacağın temlik hükümleri uygulanacağından gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 687/2. maddesi, gerekse 6361 sayılı kanunun 9/2 maddesi karşısında faktoring işleminin taraflarından olan kambiyo borçluları hakkında alacağın temlik hükümlerinin uygulanacağı aynı kanunun 9/3 maddesi hükmünün ise faktoring işleminin tarafı olmayan ve ciro silsilesinde yer alan diğer kambiyo borçluları bakımından uygulanabileceği anlaşılmaktadır...” Yarg. 19. HD., T. 14.10.2015, 2015/1159 E.- 2015/12752 K. (Kişisel Arşiv).

olarak bono verir. (S) şirketi de bu bonoyu, kumaş boyası tedarikçisi (Y) şirketine ciro ve teslim eder. (Y) şirketi, (S) şirketi ile arasındaki kumaş boyası satışı dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, (S) şirketinden ciro yolu ile devraldığı bu bonoyu, (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro ve teslim eder. (S) şirketi, teslim etmesi gereken kumaşları (A) şirketine teslim etmez. Bu şekilde avans olarak verilen bono, (A) şirketi bakımından bedelsiz kalır. (X) Faktoring A.Ş., bu bonoyu (A) şirketi aleyhine takibe koyduğunda, (A) şirketi faktoring işleminin tarafı olmadığından, (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı kural olarak, bir tür şahsî def'i olan bedelsizlik def'ini ileri süremez. Zira böyle bir hâlde, FKFFŞK. m. 9/f.II hükmü değil, m. 9/f.III hükmü uygulanır. (A) şirketi bu def'iyi ancak, faktoring şirketinin bonoyu iktisap ederken bilerek zararına hareket ettiğini ispat ederek ileri sürebilir.

(S) şirketi ile A şirketi arasında akdedilen kumaş satış sözleşmesinde, (A) şirketi, (S) şirketine teslim edilen kumaşların bedeli için çek verir. (S) şirketi de bu çeki, kumaş boyası tedarikçisi (Y) şirketine ciro ve teslim eder. (Y) şirketi, (S) şirketi ile arasındaki kumaş boyası satışı dolayısıyla düzenlenmiş faturaları dayanak gösterip, (S) şirketinden ciro yolu ile devraldığı çeki, (X) Faktoring A.Ş.'ye ciro ve teslim eder. Bir süre sonra, (S) şirketinin (A) şirketine teslim ettiği kumaşların, gizli ayıplı olduğu anlaşılır. (X) Faktoring A.Ş., bu çeki (A) şirketi aleyhine takibe koyduğunda, (A) şirketi faktoring işleminin tarafı olmadığından, (X) Faktoring A.Ş.'ye karşı kural olarak, bir tür şahsî def'i olan ayıplı mal def'ini ileri süremez. Zira böyle bir halde, FKFFŞK. m. 9/f.II hükmü değil, m. 9/f.III hükmü uygulanır. (A) şirketi bu def'iyi ancak, faktoring şirketinin çeki iktisap ederken bile zararına hareket ettiğini ispat ederek ileri sürebilir.

Şahsî def'ilerin ileri sürülebilirliğiyle ilgili olmamakla birlikte, uygulamada çeklerin çalındığı ya da kaybolduğu iddiasıyla, faktoring şirketleri aleyhine çek istirdadı davalarının açıldığı da görülmektedir. Aleyhine bu iddialarla dava açılan faktoring

şirketinin, dava konusu çek ya da çekleri, FKFFŞK. m. 9/f.II'ye uygun olarak devraldığını ispat etmesi gerekmektedir. Bu hususun ispatından sonra davacı, faktoring şirketinin TTK. m. 792 uyarınca çeki ya da çekleri kötüniyetle veya ağır kusurla iktisap ettiğini ispatlamalıdır⁹⁰⁸.

⁹⁰⁸ Bkz. Yarg. 11. HD., T. 14.09.2015, 2015/3409, 2015/9211 K. (Kişisel Arşiv).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§ 14. GENEL OLARAK

Faktoring sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Bu nitelik, sürekli borç ilişkileri için kabul edilen sona erme sebeplerinin ve hükümlerinin, faktoring sözleşmesine de uygulanmasını gerektirmektedir⁹⁰⁹.

Sürekli borç ilişkileri, bazı sebeplerin gerçekleşmesi ile doğrudan (kendiliğinden) sona erebileceği gibi, bazı hâllerde sona erme, bir hukukî işlemle de gerçekleşebilmektedir. Doğrudan sona erme sebeplerinin ortaya çıkması hâlinde, ilişki kendiliğinden sona ermekte, sözleşme taraflarının herhangi bir hukukî işlemine gerek bulunmamaktadır⁹¹⁰. Dolaylı sona erme hâllerinde ise, taraflardan birinin irade beyanına ihtiyaç bulunmaktadır⁹¹¹. Bununla birlikte bütün borç ilişkisinde olduğu gibi, sürekli borç ilişkileri de, tarafların anlaşması ile sona erebilmektedir⁹¹². Sürekli bir borç ilişkisi sona erdikten sonra, kök ilişkiden yerine getirilmesi gereken yeni borçlar doğmamaktadır. Ancak, doğmuş ve yerine getirilmemiş borçların tasfiyesi bakımından, alacaklı ile borçlu arasında borç ilişkisi, nitelik değiştirerek devam edebilmektedir⁹¹³.

TBK. m. 132-161 arasında, borcu sona erdiren sebepler düzenlenmiştir. Ancak bu maddelerde, yalnızca dar anlamda borç ilişkisini⁹¹⁴ sona erdiren sebepler

⁹⁰⁹ ÖZAKMAN, s. 88.

⁹¹⁰ SELİÇİ, s. 65.

⁹¹¹ ALTINOK ORMANCI, s. 84.

⁹¹² ALTINOK ORMANCI, s. 90.

⁹¹³ SELİÇİ, s. 65.

⁹¹⁴ Doktrinde borç ilişkisi, biri dar, diğeri de geniş olmak üzere, iki farklı anlamda kullanılmaktadır.

Taraflardan birini, diğesine karşı bir edimde bulunma yükümlülüğü altına sokan ilişkiye, dar anlamda

düzenlenmiş olup, karşılıklı borç ilişkisini ve bu anlamda sözleşme ilişkisini sona erdiren sebepler düzenlenmemiştir⁹¹⁵.

Aşağıda, faktoring sözleşmesini doğrudan ve dolaylı olarak sona erdiren sebepler incelenecektir.

§15. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİ DOĞRUDAN (KENDİLİĞİNDEN) SONA ERDİREN SEBEPLER

I. Sürenin Sona Ermesi

Factoring sözleşmesi, belirli bir süre için yapılabileceği gibi, belirsiz süreli olarak da yapılabilmektedir. Ancak genellikle tarafların yarar dengesi gözetilerek, sözleşmede süre belirlenmektedir⁹¹⁶. Süre, bir yıl, iki yıl gibi bir takvim birimi kullanılarak belirlenebileceği gibi, sürenin bitiş tarihi, kesin bir tarih olarak kararlaştırılarak veya gerçekleşmesi kesin ya da muhtemel bir olaya bağlanarak da belirlenebilmektedir. Bu şekilde kararlaştırılan sürenin geçmesi ile sözleşme, kendiliğinden sona ermektedir⁹¹⁷. Sözleşmenin sona ermesi, edimlerin ifa edilip edilmemesine bağlı değildir⁹¹⁸.

borç ilişkisi denilmektedir. İki taraf arasındaki hukukî ilişkinin tamamına ise, geniş anlamda borç ilişkisi denilmektedir. Geniş anlamda borç ilişkisinden, çok sayıda edim yükümlülükleri, yan yükümlülükler, koruma yükümlülükleri, inşai haklar ve hukukî durumlar doğmaktadır (Bkz. ARAL, Fahrettin; Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 29-30).

⁹¹⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 1257.

⁹¹⁶ SARAÇ, s. 289.

⁹¹⁷ ALTINOK ORMANCI, s. 84; ÖZAKMAN, s. 88-89.

⁹¹⁸ ALTINOK ORMANCI, s. 84-85.

Factoring sözleşmesinin sona ermesi için, sözleşmenin süreli olması zorunlu değildir. Azami süre öngörölmüş belirsiz süreli bir sözleşmede, kararlaştırılan azami sürenin geçmesiyle kendiliğinden sona erer⁹¹⁹.

II. Kişiliğin Sona Ermesi ve Kısıtlılık Kararı Verilmesi

Taraflardan birinin ölümü veya tüzel kişiliğinin sona ermesi, kural olarak borç ilişkisinin sona ermesine sebep olmamaktadır. Ancak, edimin yerine getirilmesinde kişi unsurunun ön planda olduğu bazı sözleşmelerde, ölüm veya tüzel kişiliğin sona ermesi, ilişkiyi kendiliğinden sona erdirmektedir⁹²⁰.

Factoring sözleşmesinin taraflarından biri olan faktor, her zaman bir tüzel kişidir. Müşteri ise, tüzel kişi olabileceği gibi, gerçek kişi de olabilmektedir⁹²¹. Buna göre, taraflardan birinin tüzel kişiliğinin sona ermesi ya da ölmesi, factoring sözleşmesini kendiliğinden sona erdirecek midir?

Her iki tarafın da tüzel kişi olduğu sözleşmelerde, taraflardan birinin tasfiyesinin gerçekleşmesi ile tüzel kişiliğinin sona ermesi hâlinde, sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Zira bu hâlde, sözleşen taraflardan birisi, tamamen ortadan kalkmaktadır⁹²². Faktörün ya da müşterinin, bir başka şirketle tasfiyesiz birleştiği veya şirket türünün değiştiği hâllerde, sözleşme kendiliğinden sona ermemektedir. Ancak bu tasfiyesiz birleşme veya tür değiştirme hâli, karşı tarafın çıkarlarını zedeliyorsa, sözleşme, çıkarları zedelenen tarafça, haklı sebeple feshedilebilmektedir⁹²³. Faktörün ya da

⁹¹⁹ ALTINOK ORMANCI, s. 85.

⁹²⁰ ALTINOK ORMANCI, s. 85; SELİÇİ, s. 81; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 984.

⁹²¹ UZUN KAZMACI, s. 182.

⁹²² ÖZAKMAN, s. 89.

⁹²³ ŞENOL, Ayşe Nilay; Bayilik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 144; UZUN KAZMACI, s. 182-183.

müşterinin işletmesini devretmesi de, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmemektedir. Ancak bu halde de karşı taraf, sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilmektedir⁹²⁴.

TMK. m. 52 uyarınca, sona eren tüzel kişinin kişiliği, ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olarak, tasfiye sırasında da devam etmektedir. Faktörün ya da müşterinin tasfiye aşamasına girmesi, bu aşama tamamlanmadıkça, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmemektedir. Ancak karşı tarafa, haklı sebeple fesih imkânı vermektedir⁹²⁵.

Faktör ya da tüzel kişi müşterinin, zorunlu organlarından birini kaybetmesi ile ilişkinin kendiliğinden sona erip ermediği belirlenirken, bu kaybın geçici olup olmadığına bakılmalıdır. Zorunlu organların geçici kaybında, tüzel kişilik sona ermediğinden, sözleşmenin de sona ermediği kabul edilmelidir. Zorunlu organların sürekli kaybında, tüzel kişilik sona ereceğinden, tasfiye aşamasının tamamlanması ile sözleşmenin de sona erdiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte karşı taraf, tasfiye aşamсында sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilmektedir⁹²⁶.

Gerçek kişi müşterinin ölümü ile ilişkinin kendiliğinden sona erip ermediği belirlenirken, öncelikle sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılmalıdır⁹²⁷. Sözleşmede, müşterinin ölümü ile ilişkinin sona ereceği kararlaştırılmış ise, sözleşme müşterinin ölümü ile kendiliğinden sona ermektedir. Sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa ve sözleşmenin yorumundan da bir sonuca varılamıyorsa, ilişkinin kurulmasında, müşterinin kişisel özelliklerinin faktör bakımından önem taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır. Zira ölüm, kişi unsurunun önem taşıdığı hizmet, vekâlet gibi bazı sözleşmeler dışında, diğer sözleşmelerin kendiliğinden sona ermesine sebep olmamaktadır. Faktör bakımından, işletmeden çok müşterinin kişiliğinin önem taşıdığı faktoring sözleşmelerinin, aksi kararlaştırılmadıkça, müşterinin ölümü ile kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte müşteriden çok işletmenin önem taşıdığı

⁹²⁴ ŞENOL, s. 144.

⁹²⁵ ŞENOL, s. 143.

⁹²⁶ ŞENOL, s. 145.

⁹²⁷ ŞENOL, s. 142.

factoring sözleşmelerinin, aksi kararlaştırılmadıkça, müşterinin ölümü ile kendiliğinden sona ermediği, faktor ile müşterinin mirasçıları arasında ilişkinin devam ettiği kabul edilmelidir⁹²⁸.

Gerçek kişi müşteri hakkında kısıtlılık kararı verilmesi ile ilişkinin kendiliğinden sona erip ermediği belirlenirken, öncelikle sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunup bulunmadığına bakılmalıdır⁹²⁹. Sözleşmede, müşteri hakkında kısıtlılık kararı verilmesi ile ilişkinin sona ereceği kararlaştırılmış ise, sözleşme böyle bir hâlde, kendiliğinden sona ermektedir. Sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa ve sözleşmenin yorumundan da bir sonuca varılamıyorsa, ilişkinin kurulmasında, müşterinin kişisel özelliklerinin faktor bakımından önem taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır. Faktor bakımından, işletmeden çok müşterinin kişiliğinin önem taşıdığı factoring sözleşmelerinin, aksi kararlaştırılmadıkça, müşteri hakkında kısıtlama kararı verilmesi ile kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte müşteriden çok işletmenin önem taşıdığı factoring sözleşmelerinin, aksi kararlaştırılmadıkça, müşteri hakkında kısıtlama kararı verilmesi ile kendiliğinden sona ermediği kabul edilmelidir⁹³⁰.

III. Sonraki Kusursuz İmkânsızlık⁹³¹

Factoring sözleşmenin kurulmasından sonra, taraflardan birinin edimini yerine getirmesi, kendisine yüklenilemeyen sebeplerle mümkün olmazsa, sözleşme TBK. m.

⁹²⁸ ŞENOL, s. 142-143; UZUN KAZMACI, s. 183.

⁹²⁹ ŞENOL, s. 142.

⁹³⁰ ŞENOL, s. 142-143; UZUN KAZMACI, s. 183.

⁹³¹ Sonraki kusursuz imkânsızlık hâli, TBK. m. 136/f.I'de, dar anlamda borcu sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmiştir. Ancak her ne kadar bu hâl, TBK.'nda dar anlamda borcu sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmişse de, sona ermenin niteliği dikkate alındığında, sözleşme ilişkisinin de sona erdiği kabul edilmelidir. Zira böyle bir hâlde, sözleşme ilişkisine devam etmek mümkün görünmemektedir. Özakman'da, kusursuz imkânsızlığı factoring sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak kabul etmektedir (Bkz. ÖZAKMAN, s. 89).

136/f.I uyarınca kendiliğinden sona ermektedir⁹³². Sözleşmenin sonraki kusursuz imkânsızlık sebebiyle sona ermesi, maddi imkânsızlık yaratan hâllerden kaynaklanabileceği gibi, hukukî imkânsızlık yaratan hâllerden de kaynaklanabilmektedir⁹³³. Müşterinin imalatlarında kullandığı ham maddelerin üretiminin yapılmaması, maddi imkânsızlık yaratan hâle örnek olarak gösterilmektedir. Faktorün kendisine yükletilemeyen bir sebeple faaliyetinin engellenmesi ise, hukukî imkânsızlık yaratan hâle örnek olarak gösterilmektedir. Bu gibi hâllerin, süreklilik gösterir şekilde ortaya çıkması ile faktoring sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Bununla birlikte, maddi ya da hukukî imkânsızlık yaratan hâllerin geçici olarak ortaya çıkması, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmemektedir⁹³⁴.

Borçlanılan edim, borçlu dâhil hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa, objektif imkânsızlık⁹³⁵, borçlunun şahsına bağlı sebeplerden yerine getirilemiyorsa, sübjektif imkânsızlık hâli söz konusudur⁹³⁶. Doktrinde savunulan bir görüşe⁹³⁷ göre, TBK. m. 136/f.I'in kapsamına, yalnızca objektif imkânsızlık yaratan hâller girmektedir. Diğer bir görüşe⁹³⁸ göre ise, borçlu kendi sübjektif imkânsızlığını sözleşme yaparken bilmiyor ise, borcundan kurtulabilmektedir. Yeter ki söz konusu bilgisizlik, borçlunun kusurusundan ileri gelmiş olmasın.

TBK. m. 136/f.I'da düzenlenen imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlıktır. Edimin ifası, sözleşmenin kurulmasından önce imkânsız ise,

⁹³² ÖZAKMAN, s. 89.

⁹³³ OĞUZMAN/ÖZ, C.-1, s. 568.

⁹³⁴ ÖZAKMAN, s. 89.

⁹³⁵ ARAL, Kötü İfa, s. 70.

⁹³⁶ ARAL, Kötü İfa, s. 71.

⁹³⁷ DURAL, Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 89; EREN, Genel Hükümler, s. 1300.

⁹³⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 909.

sonraki imkânsızlık değil, başlangıçtaki imkânsızlık söz konusu olmaktadır. Bu halde sözleşmenin sona ermesi değil, TBK. m. 27/f.I uyarınca hükümsüz olması söz konusudur⁹³⁹.

TBK. m. 136/f.I uyarınca sözleşme ilişkisinin sona ermesi, edimin imkânsızlaşmasında, borçlunun kusurlu olmamasına bağlıdır. Borçlu edimin imkânsızlaşmasına kendi kusuru ile sebep olmuşsa, sözleşme ilişkisi sona ermemektedir⁹⁴⁰.

Factoring sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, TBK. m. 136/f.II uyarınca imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan taraf, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdür. Henüz kendisine ifa edilmemiş edimleri ise, kural olarak isteme hakkı bulunmamaktadır. Buna göre aldığı ön ödeme karşılığı, mal satışından ortaya çıkacak alacaklarını faktore devretmeyi yükümlenen müşteri, üreteceği mallarda kullanacağı ham maddelerin üretiminin sürekli olarak yapılmaması sebebiyle mal tesliminde bulunamaz ve bu sebeple devredilecek bir alacak ortaya çıkmazsa, aldığı ön ödemeyi, TBK. m. 136/f.II uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca faktore iade etmek zorundadır. Böyle bir hâlde, henüz ön ödeme almamış olan müşteri, faktörden ön ödeme talep edememektedir.

Öte yandan, ifası kusursuz olarak imkânsızlaşan tarafın TBK. m. 136/f.III uyarınca, durumu gecikmeksizin karşı tarafa bildirmesi ve zararın artmaması için gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Aksi hâlde, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.

⁹³⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 1300.

⁹⁴⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 1301.

§16. FAKTORİNG SÖZLEŞMESİNİ DOLAYLI SONA ERDİREN SEBEPLER

I. Ödemeden Acz ve İflâs

TBK. m. 98'e göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflâs etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle hakkı tehlikeye düşen taraf, karşı edimin ifası güvenceye alınana kadar, kendi ediminin ifasından kaçınabilmektedir. Ayrıca hakkı tehlikeye düşen taraf, uygun bir sürede istediği güvence verilmezse, sözleşmeden de dönebilmektedir. Hükümün, sürekli borç ilişkilerinde geçerli olmayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, faktoring sözleşmesi bakımından da uygulanma olasılığı bulunmaktadır. Ancak hükümdeki “*dönebilir*” ifadesini, sürekli borç ilişkileri bakımından, “*feshedebilir*” olarak anlamak gerekmektedir. Zira sürekli borç ilişkilerinde, ifa edilen edimlerin iadesi imkânsız ya da çok zor olduğundan, bu sözleşmeler ancak geleceğe etkili biçimde sonlandırılabilir⁹⁴¹. Buna göre faktoring sözleşmesinde, taraflardan birinin hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması hâlinde, istediği güvence uygun bir süre içinde kendisine verilmeyen taraf, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi feshedebilmektedir. Madde hükmünde iflâs da, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi hâli olarak belirtilmiştir. Ancak iflâs hâlinin, özel olarak incelenmesi gerekmektedir.

İflâsına karar verilen⁹⁴² borçluya, müflis denilmektedir. İflâs ile müflis, medenî haklardan faydalanma ve bu hakları kullanma ehliyetini kaybetmemektedir. Hem

⁹⁴¹ ALTINOK ORMANCI, s. 88; EREN, Genel Hükümler, s. 1001.

⁹⁴² İflâsa tâbi bir borçluya karşı, İİK. m. 155 vd. hükümler uyarınca iflâs yollarından herhangi biri ile takip yapılabilir. Bu takip uyarınca, borçluya iflâs ödeme emri gönderilmektedir. Borçlu kendisine gönderilen ödeme emrine karşı, süresi içinde itiraz edebileceği gibi, sessiz de kalabilmektedir. Borçlunun süresi içinde itiraz etmeyerek sessiz kalması ve borcunu ödememesi hâlinde, alacaklı ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, borçlunun işlem merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iflâs davası açabilmektedir. Bu hâlde, borçlunun

ekonomik hayatını yeniden tesis edebilmek, hem de masa dışı kalan mallarını idare edebilmek için buna ihtiyacı vardır⁹⁴³.

Factoring sözleşmesinin, taraflardan birinin iflâsı hâlinde kendiliğinden sona erip ermeyeceği, doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe⁹⁴⁴ göre, müşterinin iflâsı ile factoring sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Bu hâlde, faktore fiilen devredilen ve karşılığında ödeme alınan alacaklar, iflâs masasına girmemektedir. Zira bu alacaklar artık, faktörün alacağı olmuştur. Bununla birlikte, müşteri tarafından henüz satışı yapılmamış ve faturaları gönderilmemiş alacaklara ilişkin, önceden yapılan topyekün devir geçersiz olmaktadır. Faktörün iflâsı hâlinde ise, sözleşme kendiliğinden sona ermemektedir. Bu hâlde iflâs idaresinin, sözleşmeye devam edip etmeme konusunda bir seçim hakkı bulunmaktadır. İflâs idaresinin seçim hakkını sözleşmenin devamı yolunda kullanması hâlinde, sözleşme devam etmekte, aksi hâlde sona ermektedir. Ancak böyle bir hâlde, diğer tarafın sözleşmeyi haklı sebeple fesih hakkı bulunmaktadır. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre⁹⁴⁵ ise, factoring sözleşmesinin karışık muhtevalı bir akit niteliğinde bulunması ve iş görme ediminin akdin zorunlu bir unsuru olması sebebiyle, faktör ya da müşterinin iflâsı, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine sebep olmaktadır. Bu görüş dayanağını, TBK. m. 513'te bulmaktadır. Bu ikinci görüşe göre, alacağın devri borcunu yükleyen factoring sözleşmelerinde müşterinin iflâsı hâlinde, iflâsla birlikte müşterinin tasarruf yetkisi de ortadan kalkacağından, alacaklar faktore devredilemeyecek ve faktörün alacağı olarak

ödeme emrine itiraz etmediği bildirilerek, sadece iflâsına karar verilmesi istenilmektedir. Borçlunun ödeme emrine süresi içinde itiraz etmesi ve takibin durması hâlinde ise, alacaklı tarafından açılacak iflâs davasında, borçlunun itirazının kaldırılması ve iflâsına karar verilmesi istenilmektedir (Bkz. ÖZBEK, Mustafa S.; "İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti", AÜHFD., S. 61 (1), Y. 2012, s. 208-209).

⁹⁴³ ÜSTÜNDAĞ, Saim; İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları), 6. Bası, İstanbul 2002, s. 61.

⁹⁴⁴ AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 29-30; AKYOL, Özel Borç İlişkileri, s. 16-17.

⁹⁴⁵ ÖZAKMAN, s. 89-90.

iflâs masasına da girmeyecektir. Topyekün devrin kararlaştırıldığı faktoring sözleşmelerinde ise, müşterinin iflâsının açıldığı ana kadar doğmuş alacaklar, faktor tarafından iktisap edildiğinden bu konuda bir sorun oluşmayacaktır. İflâsın açılması anına kadar doğmamış alacaklar bakımından ise, topyekün devir hüküm doğurmayacaktır⁹⁴⁶. Kanaatimizce böyle bir uyumsuzluk ortaya çıktığında, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakmak gerekmektedir. Sözleşmede, taraflardan birinin iflâsı halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği açıkça kararlaştırılmışsa ya da sözleşmenin yorumundan böyle bir sonuca varılabiliyorsa, sözleşmenin, taraflardan birinin iflâsı ile kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek gerekmektedir. Böyle bir kararlaştırma yapılmamışsa ve sözleşmenin yorumundan da bir sonuca varılamıyorsa, TBK. m. 98 hükmü karşısında, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini söylemek mümkün değildir. Zira iflâs ile müflis, medenî haklardan faydalanma ve bu hakları kullanma ehliyetini kaybetmemektedir. Yalnızca, bazı hakları kullanma ehliyeti sınırlanmaktadır. Buna göre TBK. m. 98/f.II uyarınca, taraflardan birinin iflâsı hâlinde, istediği güvence uygun bir süre içinde kendisine verilmeyen taraf, tek taraflı irade beyanı ile faktoring sözleşmesini feshedebilecektir. Öte yandan, iflâs hâlinin karşı tarafa, haklı sebeple fesih imkânı tanıyacağından da şüphe etmemek gerekmektedir.

II. Tarafların Anlaşması

TBK.'nda düzenlenmiş olmamakla birlikte, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde aralarında mevcut olan bir sözleşme ilişkisini, ortadan kaldırmak için ikale sözleşmesi⁹⁴⁷ yapmaları mümkündür. İ kale adı verilen bu sözleşme, esasen tarafların

⁹⁴⁶ ÖZAKMAN, s. 90.

⁹⁴⁷ İ kale sözleşmesi, ibra sözleşmesinden farklıdır. Alacaklının alacak hakkından vazgeçmesine ve bu şekilde borçluyu borcundan kurtarmasına ilişkin sözleşmeye, ibra sözleşmesi denilmektedir (Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C-1, s. 554; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 985). İ bra sözleşmesinde, borç ilişkisinden ortaya çıkan alacak hakkı sona ermesine rağmen, ikale (bozma)

aralarındaki sözleşme ilişkisini ortadan kaldırma sözleşmesidir⁹⁴⁸. Doktrinde bu sözleşmeye, fesih mukavelesi⁹⁴⁹ veya bozma sözleşmesi de denilmektedir⁹⁵⁰. Taraflar bu sözleşme ile daha önce aralarında yaptıkları sözleşmeden doğan alacak ve borçlardan karşılıklı olarak vazgeçmekte, başka bir deyişle alacaklı ve borçlu sıfatlarını ortadan kaldırmaktadırlar⁹⁵¹.

Bütün borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, tarafların aralarında yapacakları bir ikale sözleşmesi ile faktoring sözleşmesini de sona erdirip, sona ermenin hükümlerini de bu sözleşmede düzenlemeleri mümkündür⁹⁵².

İkale sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemidir, borçlandırıcı bir işlem değildir. Böyle bir sözleşmenin geçerliliği, tarafların borç ilişkisi üzerinde tasarruf yetkisine ve fiil ehliyetine sahip olmalarına bağlıdır⁹⁵³. Doktrinde savunulan bir görüşe⁹⁵⁴ göre, bu sözleşmenin geçerliliği, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ortadan kaldırılacak sözleşmenin geçerliliğinin şekil şartına bağlı olması da, sonucu değiştirmemektedir. Zira burada, TBK. m. 13/f.I hükmünün uygulanması söz konusu değildir. TBK. m. 13/f.I'de, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de, yazılı şekle uyulmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu madde hükmü uyarınca sözleşme değiştirilerek ayakta tutulmasına rağmen, ikale sözleşmesinde ortadan kaldırılmaktadır. Her ne kadar ikale

sözleşmesinde borç ilişkisi sona ermektedir (Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 986).

⁹⁴⁸ Uygulamada kullanılan sulh sözleşmeleri ile konkordato sözleşmeleri, nitelikleri itibariyle ikale sözleşmesine benzer (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1259).

⁹⁴⁹ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1156

⁹⁵⁰ TURANBOY, s. 35.

⁹⁵¹ EREN, Genel Hükümler, s. 1258; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1156.

⁹⁵² ÖZAKMAN, s. 91.

⁹⁵³ EREN, Genel Hükümler, s. 1258; TURANBOY, s. 39.

⁹⁵⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 1258; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1157.

sözleşmesinin geçerliliği için bir şekil şartı aranmamakta ise de, ispat hukuku bakımından, bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır⁹⁵⁵. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe⁹⁵⁶ göre ise, ikale sözleşmenin geçerliliği, TBK. m. 13/f.I uyarınca, ortadan kaldırılacak sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şartına bağlıdır. Kanaatimizce, ikale sözleşmesinin geçerliliğini, TBK. m. 13/f.I uyarınca ortadan kaldırılacak sözleşmenin geçerlilik şartına bağlı tutan ikinci görüş daha isabetlidir. Zira borç ilişkisinin değiştirilmesinde, asıl sözleşmenin geçerlilik şartını arayan kanun koyucunun, daha ağır sonuçlar doğuran ikale sözleşmesinde de, aynı geçerlilik şartlarını arayacağı şüphesizdir⁹⁵⁷. Doktrinde savunulan başka bir görüşe⁹⁵⁸ göre ise, alacak devrini içeren bir faktoring sözleşmesinin sona erdirilmesi sözleşmesinin, yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Alacak devrini içermeyen, yalnızca alacakların devri taahhüdünü içeren bir faktoring sözleşmesinin sona erdirilmesi sözleşmesinin ise, yazılı olarak yapılmasına gerek bulunmamaktadır. FKFFŞK. m. 38/f.I'de, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, her tür faktoring sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı şekil şartına tabi tutulması karşısında, bu görüşe itibar etmek mümkün görünmemektedir.

İkale sözleşmesi, kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurmaktadır. Taraflar, bu sözleşme ile ortadan kaldırılan sözleşmenin yapılmasından önceki durumu tesis etmeyi amaçlamaktadırlar. Tarafların, ikale sözleşmenin geleceğe etkili sonuçlar doğurmasını kararlaştırmaları da mümkündür⁹⁵⁹. Ancak faktoring sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde, ikale sözleşmesinin geleceğe etkili hüküm

⁹⁵⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 1258; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1157.

⁹⁵⁶ SELİÇİ, s. 108.

⁹⁵⁷ SELİÇİ, s. 108.

⁹⁵⁸ UZUN KAZMACI, Özge; Factoring Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 190.

⁹⁵⁹ TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1157.

ve sonuç doğuracağı kabul edilmektedir⁹⁶⁰. İ kale sözleşmesi ile taraflar arasındaki faktoring ilişkisi sona erdiğinde, bu ilişkiden yeni hak ve borçlar doğmamakta⁹⁶¹, faktör ile müşteri arasındaki sürekli borç ilişkisi, geleceğe etkili olarak sona ermektedir⁹⁶². Faktörün iş görme edimi gibi ifa edilen sürekli edimler, ikale sözleşmesinden etkilenmemektedir. Bununla birlikte faktoring sözleşmesi sona erdiğinde, ifa edilmiş ani bir edim bulunuyorsa, bu ani edimin geri verilmesi gerekmektedir⁹⁶³. Ancak ifa edilen bu ani edimin ikale anlaşmasına göre mi, yoksa sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mi geri isteneceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe⁹⁶⁴ göre, taraflar arasındaki borç ilişkisini sona erdiren ikale sözleşmesi, yerine getirilmiş ani edimleri geri verme borcu da doğurmaktadır. Bu sebeple, ikale sözleşmesi ile ortadan kalkan bir faktoring sözleşmesi dolayısıyla ifa edilmiş ani edimlerin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, ikale sözleşmesi hükümlerine göre geri istenmesi gerekmektedir. Bu görüş kabul edildiğinde, geri verme borcu TBK. m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaktadır. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe⁹⁶⁵ göre ise, ikale sözleşmesi ile borç ilişkisi sona erdiğinden, ifa edilen ani edimlerin de hukukî sebebi ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple ifa edilen ani edimlerin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenilmesi gerekmektedir. Bu görüş kabul edildiğinde, geri verme borcu TBK. m. 82 uyarınca iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaktadır. Kanaatimizce, ikale sözleşmesi ile ortadan kalkan bir faktoring sözleşmesi dolayısıyla ifa edilmiş ani edimlerin, ikale sözleşmesi hükümlerine göre geri istenebileceğine dair görüş daha isabetlidir. Taraflar, yapacakları ikale sözleşmesi ile

⁹⁶⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 1259.

⁹⁶¹ ÖZAKMAN, s. 91; ŞENOL, s. 147.

⁹⁶² ŞENOL, s. 147.

⁹⁶³ UZUN KAZMACI, s. 202.

⁹⁶⁴ SELİÇİ, s. 106-107.

⁹⁶⁵ SELİÇİ, s. 106, dn. 14'te adı geçen yazarlar, bu görüşü ifade etmektedirler.

aralarındaki borç ilişkisinin nasıl sona ereceğini de kararlaştırabilmektedirler. Böyle bir kararlaştırmaya rağmen, ifa edilmiş ani edimlerin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebileceğinin kabulü doğru değildir.

Henüz ifasına başlanmamış bir faktoring sözleşmesinin ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırılması hâlinde ise, ikale sözleşmesi, yalnızca taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini sona erdirmekte, herhangi bir geri verme borcu doğurmamaktadır⁹⁶⁶.

Tarafların karşılıklı anlaşmasıyla faktoring sözleşmesinin sona ermesi, sözleşmenin süreli veya süresiz olmasına bağlı değildir. Her iki hâlde de sözleşme, ikale yolu ile sona erdirilebilir⁹⁶⁷.

III. Fesih

Geleceğe etkili olarak, sürekli bir borç ilişkisini sona erdiren bir sebep olan fesih, bozucu yenilik doğuran bir hak ya da işlemdir⁹⁶⁸. Fesih hüküm ve sonuçlarını, fesih beyanı gönderilen tarafın hâkimiyet alanına ulaşmakla doğurmaktadır. Fesih, ikale sözleşmesinden farklı olarak, hak sahibinin tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile gerçekleşmektedir. Fesih beyanı, şarta bağlı tutulamayacağı gibi, kullanıldıktan sonra da geri alınamamaktadır⁹⁶⁹.

Dönmede, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasına rağmen, fesihte, geleceğe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Başka bir ifade ile dönme, sözleşme ilişkisini çözerken, fesih sadece sona erdirmektedir. Dönme, o ana kadar yerine getirilen

⁹⁶⁶ ŞENOL, s. 147.

⁹⁶⁷ ŞENOL, s. 146-147.

⁹⁶⁸ ARAL, Kötü İfa, s. 195; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 115.

⁹⁶⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 1259; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1158.

edimlerin geri verilmesi yükümlülüğü doğurduğu halde⁹⁷⁰, fesihte böyle bir yükümlülük söz konusu değildir⁹⁷¹.

Fesih, olağan fesih ve olağanüstü fesih olarak ikiye ayrılmaktadır⁹⁷². Olağan fesihte, sözleşmeye dayalı borç ilişkisi, fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasından belirli bir süre sonra sona ermektedir. Fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasından belirli bir süre sonra borç ilişkisini sona erdirmesi sebebiyle olağan feshe, süreli fesih de denilmektedir. Olağanüstü fesihte ise, sözleşmeye dayalı borç ilişkisi, fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla hemen sona ermektedir. Bu sebeple olağanüstü feshe, süresiz fesih de denilmektedir. Olağanüstü fesihte, sözleşmeye dayalı borç ilişkisi, haklı sebepler dolayısıyla hemen sona ermektedir. Gerek olağan fesihte ve gerekse olağanüstü fesihte, borç ilişkisi geleceğe etkili olarak sona ermekte, fesihten önce doğmuş hak ve borçlar varlıklarını korumaktadır⁹⁷³.

Bütün sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, faktoring sözleşmesi de fesih beyanı ile sona erebilmektedir. Bu halde fesih, ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır⁹⁷⁴.

⁹⁷⁰ Sözleşmeden dönme hâlinde, henüz ifa edilmemiş asli ve yan edim yükümlülükleri sona ermektedir. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi konusunda ise, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Yeni dönme görüşüne göre, henüz yerine getirilmemiş edimlerin ifası istenememekte, yerine getirilmiş edimlerin iadesi ise, sona eren sözleşmeye dayalı olarak istenebilmektedir. Klasik görüşe göre ise, yerine getirilmiş edimlerin iadesi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilmektedir (Bkz. BAYSAL, Başak; Sözleşmenin Uyarlanması, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 381-382).

⁹⁷¹ BAYSAL, s. 382-383; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 118.

⁹⁷² SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 115.

⁹⁷³ EREN, Genel Hükümler, s. 1260.

⁹⁷⁴ ÖZAKMAN, s. 91.

A. Olağan (Sürelî) Fesih

TBK.'nda, sürekli borç ilişkilerinin olağan fesih yolu ile sona ermesine ilişkin, genel bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK.'nda, bu yönde genel bir düzenlemenin bulunmaması, bu tür borç ilişkilerinin, olağan fesih yolu ile sona erdirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Tarafların sözleşmede, ilişkinin olağan fesih yolu ile sona erdirilebileceğini düzenlememiş olmaları da, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmenin, olağan fesih yolu ile sona erdirilmesine engel olmamaktadır⁹⁷⁵.

Sürekli borç ilişkisi doğuran bir faktoring sözleşmesinin, olağan fesih yolu ile sona erdirilebilmesi için, kural olarak belirsiz süreli olması ya da belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşmesi gerekmektedir. Bu şekildeki bir faktoring sözleşmesi, taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile geleceğe etkili olarak sona erdirilebilmektedir⁹⁷⁶. Zira belirsiz süreli bir faktoring sözleşmesinin, sonsuza kadar devam edeceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple, tarafların belirsiz süreli bir faktoring sözleşmesine, olağan fesih hakkının kullanılmayacağına ilişkin bir hüküm koymaları, TMK. m. 23/f.II'ye aykırılık teşkil etmektedir⁹⁷⁷. Öte yandan, sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile, taraflar bu süre içinde fesih dönemleri ve/veya feshi ihbar süreleri kararlaştırarak, sözleşmenin sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesini beklemeden, fesih dönem ve sürelerine uyararak, sözleşmeyi olağan fesih yolu ile sonlandırabileceklerdir⁹⁷⁸.

Factoring sözleşmesi, herhangi bir sebebe dayanılmaksızın, faktor ya da müşteri tarafından yapılacak tek taraflı bir irade beyanı ile olağan fesih yolu ile sona erdirilebilmektedir. Ancak, herhangi bir sebebe dayanılmadan sözleşmeyi sona erdirebilme imkânının tanınması, keyfî durumların ortaya çıkmasına sebep

⁹⁷⁵ ŞENOL, s. 150.

⁹⁷⁶ ÖZAKMAN, s. 92; ŞENOL, 150-151.

⁹⁷⁷ UZUN KAZMACI, s. 205.

⁹⁷⁸ ÖZAKMAN, s. 92.

olabilmektedir. Bu sebeple, tarafların olağan fesih imkânının sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir⁹⁷⁹.

Öncelikle olağan fesih hakkının, dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Faktoring sözleşmesinde de bu hak kullanılırken, TMK. m. 2'ye uyulması gerekir. Fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Sözleşmeyi fesih ile sona erdirenin, sözleşmeyi sona erdirmekte haklı bir menfaatinin bulunmaması, karşı tarafa zarar verme kastının olması, çelişkili davranışlarda bulunması gibi hâllerde, bu hakkın kötüye kullanıldığı kabul edilmektedir⁹⁸⁰. Fesih hakkını kötüye kullanmanın hukukî sonucunun ne olacağı, doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, böyle bir hâlde fesih geçerlidir. Ancak fesih hakkını kötüye kullanan taraf, karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararları tazmin etmelidir. Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre, böyle bir hâlde gerçekleşen fesih, geçerli değildir. Sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Doktrinde savunulan başka bir görüş ise, taraflardan birine seçim hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır⁹⁸¹. Kanaatimizce böyle bir halde, birinci görüşü kabul etmek daha isabetlidir. Zira bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan fesih beyanı, karşı tarafa ulaşmakla kendiliğinden sonuç doğurmaktadır⁹⁸².

⁹⁷⁹ ŞENOL, s. 151.

⁹⁸⁰ ŞENOL, s. 151.

⁹⁸¹ ŞENOL, s. 153-154.

⁹⁸² ŞENOL, s. 154; "...Sözleşmenin feshine ilişkin bildirim bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Sözleşmenin feshinin bildirilmesine ilişkin irade beyanının muhataba ulaşması ile geleceğe etkili olarak taraflar arasındaki akdi ilişki sona erer. Bu durumda karşı taraf kural olarak sözleşmenin haksız feshinden doğan zararını talep edebilir. Mahkemece bu yön gözetilmeden davalıyı sözleşmeye devam zorlayacak şekilde fesih işleminin iptaline karar verilmesi akit serbestisi ilkesine aykırıdır..." Yarg. 19. HD., T. 21.12.2005, 2005/3865 E. ve 2005/12858 K. (Bkz. ŞENOL, s. 154, dn. 630).

Sözleşmeyi olağan feshe dayalı olarak sona erdirme hakkını, taraflardan yalnızca birine tanıyan sözleşme hükümlerinin geçerli olmadığı, sözleşmede fesih hakkı tanınmayan tarafın da, bu hakka sahip olduğu kabul edilmelidir. Zira sözleşmede yer alan bu yönde bir kayıt, TMK. m. 23/f.II'ye aykırılık teşkil etmektedir⁹⁸³.

Tarafların olağan fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilmesi için, fesih bildirim sürelerine uymaları gerekmektedir. Böyle bir süre öngörülmesinin sebebi, karşı tarafı sürprizlerden korumak ve sözleşmenin sona ermesine hazırlamaktır. TBK.'nda ve özel bir kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş faktoring sözleşmelerinde de, olağan feshin, ancak fesih bildirim sürelerine uyulmakla hüküm ve sonuç doğuracağını kabul etmek gerekir⁹⁸⁴. Bu sebeple, faktoring sözleşmelerinde, sözleşmeyi olağan fesih yolu ile sona erdirmenin, fesih bildirim sürelerine bağlı olmadığı yönündeki kayıtlar geçerli değildir. Faktoring sözleşmesinin niteliği gereği, ilişkinin taraf menfaatlerine zarar gelmeden sonlandırılması için, makul bir fesih bildirim süresine ihtiyaç bulunmaktadır⁹⁸⁵.

Taraflar fesih bildirim sürelerini, faktoring sözleşmesinde kararlaştırabilmektedirler⁹⁸⁶. Tarafların faktoring sözleşmesinde, fesih bildirim

⁹⁸³ ŞENOL, s. 155.

⁹⁸⁴ ŞENOL, s. 162.

⁹⁸⁵ ŞENOL, s. 161.

⁹⁸⁶ “...Süresiz olarak imzalanmış iş bu sözleşme, taraflardan herhangi biri tarafından bir ay önceden yazılı ihbarda bulunulması kaydıyla tek taraflı olarak sona erdirilebilir. MÜŞTERİ'nin bu hakkını kullanabilmesi ancak sözleşme gereği tüm edimlerini ifa etmesi koşuluna bağlıdır...” (Bkz. <http://www.liderfaktoring.com.tr/documents/sozlesme.pdf>), (Erişim tarihi ve saati: 15.08.2017, 12:26).

“...İşbu sözleşme, imza tarihinden itibaren geçerlidir. Taraflardan herhangi biri, 1(bir) ay önce yazılı ihbarda bulunarak sözleşmeyi her zaman serbestçe sona erdirebilir. Bu sözleşme ile FAKTOR'a sözleşmeyi derhal sona erdirme yetkisi veren haller saklıdır...” (Bkz.

sürelerini kararlaştırmamaları hâlinde, fesih bildirim sürelerinin neye göre belirleneceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Her faktoring sözleşmesi, faktor ve müşteri arasında farklı bir borç ilişkisi doğurduğundan, uyuşmazlık çıktığında sürelerin, ilişkinin niteliğine göre, her somut olayda hâkim tarafından belirlenmesinin gerektiğini kabul etmek gerekir⁹⁸⁷.

Tarafların fesih bildirim sürelerini faktoring sözleşmesinde kararlaştırmalarına rağmen, kararlaştırılan bu sürelerin, somut olayın özelliğine göre, makul olmaması da söz konusu olabilmektedir. Böyle bir hâlde, hâkimin müdahalesi talep edilebilecektir. Hâkim, somut olayın özelliğine göre, bu süreleri uzatabileceği gibi, sözleşmede belirlenen fesih ihbar sürelerinin, sözleşme için yapılan yatırımların amorti edilmesi için yeterli olmadığı anlaşıldığında, tazminata da hükmedebilecektir⁹⁸⁸.

Olağan fesih ihbarının yapılması, kural olarak herhangi bir şekil koşuluna bağlı değildir. Ancak, TTK. m. 18/f.III'de sözleşmeyi feshe ilişkin ihbarların veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı e-posta sistemi ile yapılması öngörülmüştür. TTK'nda öngörülen bu şekil koşulu, geçerlilik koşulu olduğundan, tacirler arasındaki bir faktoring sözleşmesinde olağan feshe ilişkin ihbarın bu yollardan birisi ile karşı tarafa gönderilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde fesih ihbarı geçersiz olur. Öte yandan belirsiz süreli bir faktoring sözleşmesinin olağan sebeple feshinde, ihbarda fesih sebebinin gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu tür fesihte, tarafların haklı bir sebebe dayanmaları zorunluluğu yoktur⁹⁸⁹.

<http://www.akfactoring.com.tr/belgelitesi/sozlesme.pdf>), (Erişim Tarihi ve saati: 10.08.2017, 10:14).

⁹⁸⁷ ŞENOL, s. 162-163.

⁹⁸⁸ ŞENOL, s. 167.

⁹⁸⁹ ŞENOL, s. 167-168.

B. Olağanüstü (Sürelî) Fesih

Olağanüstü fesih, belirli ve belirsiz süreli borç ilişkilerinde, taraflardan birine, bazı sebeplerin ortaya çıkması ile tek taraflı irade beyanı ile borç ilişkisini sona erdirebilme hakkı tanımaktadır⁹⁹⁰. Bu hakkın kullanılması için, sürekli borç ilişkisinin ifası sırasında, önceden öngörülemeyen bazı sebeplerin ortaya çıkması ve ortaya çıkan bu sebeplere rağmen, sözleşme ilişkisine devam etmenin mümkün olmaması gerekmektedir. Bu sebeple olağanüstü fesih, sürekli borç ilişkisinin devamını engelleyen sebeplerin ortaya çıkması hâlinde, sözleşmenin vaktinden önce geleceğe etkili olarak sona erdirilmesini sağlamaktadır⁹⁹¹.

TBK.'nda sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü fesih yolu ile sona ermesine ilişkin, genel bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK.'nda, her bir sözleşme için özel fesih nedenleri düzenlenmiş, bazı sözleşmeler için ise, genel olarak haklı sebeple fesih hakkı öngörülmüştür. Her ne kadar TBK.'nda, sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü fesih yolu ile sona erdirilmesine ilişkin genel bir düzenleme bulunmasa da, TMK. m. 2 uyarınca bu hakkı taraflara tanımak gerekmektedir⁹⁹². Sürekli borç ilişkilerinde, taraflar arasında sıkı bir güven ilişkisinin bulunması, bu güven ilişkisinin çökmesi hâlinde taraflara, böyle bir hakkı tanımayı zorunlu kılmaktadır⁹⁹³.

Sürekli borç ilişkisi doğuran bir faktoring sözleşmesinin olağanüstü fesih yolu ile sona erdirilebilmesi için, fesih beyanında bulunan tarafın, feshini geçerli bir sebebe dayandırması gerekmektedir⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ ÖZAKMAN, s. 93.

⁹⁹¹ ALTINOK ORMANCI, s. 93-94.

⁹⁹² UZUN KAZMACI, s. 209.

⁹⁹³ ŞENOL, s. 169.

⁹⁹⁴ ALTINOK ORMANCI, s. 94.

Her ne kadar olağanüstü feshe haklı nedenle fesih⁹⁹⁵ denilmekte ise de, haklı sebeple fesih, genel nitelikte bir olağanüstü fesih sebebi olup, özel olarak belirlenmiş, somut bir olguya dayanmamaktadır. Haklı sebeple fesih dışında, kanunen sözleşme ilişkisini sona erdirme hakkı tanıyan özel sebepler ile taraflarca sözleşmede fesih sebebi kabul edilen başkaca hâller de, sözleşmenin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesine imkân tanımaktadır⁹⁹⁶.

Ortaya çıkan sebeplerin hangilerinin feshi haklı kılacağı, faktoring sözleşmesinin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Bu sebeple, ortaya çıkan sebebin/sebeplerin haklı olup olmadığını, uyumsuzluk hâlinde hâkim belirlemelidir. Hâkim, TMK. m. 4'te kendisine tanınan yetkiyi kullanarak, somut olayda ortaya çıkan sebebin/sebeplerin haklı olup olmadığına karar vermelidir. Zira madde hükmü, hâkime takdir yetkisini kullanırken, hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesini emretmektedir. Hâkimin takdir yetkisini kullanarak somut olayda yapacağı değerlendirme, hukukî sonuca götürecek olgunun haklı olup olmadığını belirlemekte, hukukî sonuç üzerinde herhangi bir etki doğurmamaktadır⁹⁹⁷. Buna göre hâkim, olağanüstü feshe sebep olan olguların haklı sebep teşkil ettiğine karar verdiğinde, sözleşme ilişkisi ileriye etkili olarak sona ermektedir. Haklı sebebin varlığı, karşı tarafın kusurlu bir davranışından kaynaklanabileceği gibi, bazı hâllerde karşı tarafın kusuru olmaksızın da ortaya çıkabilmektedir. Önemli olan ortaya çıkan sebebin, fesih hakkını kullanan taraf bakımından, faktoring ilişkisine devam etmeyi çekilmez kılmasıdır. Ortaya çıkan sebep, faktoring ilişkisini çekilmez kılmıyorsa, haklı sebeple fesih söz konusu olmamaktadır⁹⁹⁸.

⁹⁹⁵ ŞENOL, s. 170.

⁹⁹⁶ ALTINOK ORMANCI, s. 94-95.

⁹⁹⁷ ŞENOL, s. 171.

⁹⁹⁸ ŞENOL, s. 171-173.

Faktor ile müşterinin, faktoring sözleşmesinde haklı feshe neden olan sebepleri açıkça kararlaştırmaları da mümkündür. Böyle bir kararlaştırma yapılması hâlinde dahi, sözleşmenin kararlaştırılan sebepler dışında, başkaca haklı sebeplerle feshedilmesi mümkündür. Alman Hukuku'nda, tarafların sözleşmede kararlaştırılan haklı sebeplerle sözleşmeyi sona erdirmek istemeleri halinde, artık sözleşmenin çekilmez hale gelip gelmediğine bakılmayacağı kabul edilmektedir⁹⁹⁹.

Uygulamada kullanılan faktoring sözleşmelerinde, olağanüstü fesih hakkının sadece faktor lehine düzenlendiği, müşteri lehine bu yönde bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Ancak böyle bir hâl, müşterinin olağanüstü fesih hakkının bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Haklı sebeplerin ortaya çıkması hâlinde müşterinin de, sözleşmeyi fesih hakkı bulunmaktadır. Sözleşmede, tarafların olağanüstü fesih haklarından vazgeçmeleri, TMK. m. 23/f.II'ye aykırılık teşkil ettiğinden, TBK. m. 27 uyarınca hükümsüzdür¹⁰⁰⁰.

Olağanüstü fesih ihbarının, sebebin ortaya çıkması ile derhal yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, fesih sebebi bilinmesine rağmen, belirli bir süre sözleşme ilişkisini sürdürüp, daha sonra bu sebebe dayanılarak sözleşmeyi feshetmek, TMK. m. 2'ye aykırılık oluşturmaktadır. Bu şekilde geçersiz olan bir olağanüstü fesih ihbarının, tahvil yoluyla olağan fesih ihbarı olarak yorumlanması mümkündür¹⁰⁰¹.

Olağanüstü fesih ihbarının yapılması, kural olarak herhangi bir şekil koşuluna bağlı değildir. Ancak TTK. m. 18/f.III'de, sözleşmeyi feshe ilişkin ihbarların veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı e-posta sistemi ile yapılması öngörülmüştür. TTK'nda öngörülen bu

⁹⁹⁹ ŞENOL, s. 173.

¹⁰⁰⁰ UZUN KAZMACI, s. 209.

¹⁰⁰¹ ŞENOL, s. 175.

şekil koşulu geçerlilik koşulu olduğundan, tacirler arasındaki bir faktoring sözleşmesinde, olağanüstü feshe ilişkin ihbarın, bu yollardan birisi ile karşı tarafa gönderilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, fesih ihbarı geçersiz olur¹⁰⁰². Haklı sebeple fesihte, kural olarak fesih sebebinin karşı tarafa bildirilmesi zorunlu değildir. Önemli olan, beyan zamanında haklı bir sebebin varlığıdır. Tarafların sözleşmede böyle bir hâlde, feshi sebebinin bildirileceğini kararlaştırmaları mümkündür. Bazı hâllerde, dürüstlük kuralı gereği fesih sebebinin bildirilmesi gerekebileceği gibi, muhatabın fesih sebebinin bildirilmesini istediği hâllerde de, sebebin bildirilmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralı gereği fesih sebebinin bildirilmesi gerekmesine rağmen, bu bildirim yapılmamışsa, yapılan fesih yine de geçerlidir. Ancak, ortaya çıkan zararlar için karşı taraf, tazminat talep edebilir¹⁰⁰³.

Olağanüstü fesih, olağan fesihten farklı olarak herhangi bir fesih süresine veya fesih dönemine bağlı değildir¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² ŞENOL, s. 167-168.

¹⁰⁰³ ŞENOL, s. 174.

¹⁰⁰⁴ UZUN KAZMACI, s. 208.

SONUÇ

Nihaî tüketiciye mal satışının ve hizmet arzının söz konusu olmadığı ticari işlemlerde ödeme, genellikle vadeli olarak yapılmaktadır. Ödemenin vadeli olarak yapılması, işletmeleri likidite sıkıntısına sürüklemektedir. Likidite sıkıntısı içinde bulunan işletmelere, her bir alacağın ayrı ayrı tahsilini beklemeden nakit akışı sağlayan faktoring, özellikle orta ve küçük ölçekli işletmeler bakımından, en uygun çözüm tarzı olarak ortaya çıkmaktadır.

Factoring genel olarak, vadeli mal satışı ve hizmet arzında bulunan işletmelerin kısa vadeli alacaklarının, faktoring şirketi (faktor) adı verilen bir finans kuruluşuna devrini konu alan, devralınan alacaklar karşılığında işletmelere fon sağlayan, modern bir finansman tekniğidir. Faktoring, işletmelere fon sağlamanın yanında, alacakların muhasebesinin tutulması, vadesinde tahsili, müşteriler hakkında bilgi toplanması, bilgilerin güncellenmesi, bazı hâllerde ödememe riskinin (delkredere riski) üstlenilmesi gibi hizmetleri de içerebilmektedir. Sıralanan bu hizmetler, aynı zamanda faktoringin işlevleri olarak değerlendirilmekte, finansman, hizmet ve teminat (delkredere) başlıkları altında incelenmektedir. Müşteri, faktoringin sunduğu bu hizmetlerin tamamından yararlanmak zorunda değildir. Bu üç hizmetten birlikte yararlanabileceği gibi, ayrı ayrı da yararlanabilmektedir.

Üç köşeli bir hukukî ilişki olan faktoring işleminin taraflarını, müşteri, faktor ve üçüncü kişi borçlu oluşturmaktadır. Yurt dışı faktoring işlemi ise, dört köşeli bir hukukî ilişki olup, bu ilişkinin taraflarını müşteri, faktor, üçüncü kişi borçlu ve başka bir yurt dışı faktoring kuruluşu oluşturmaktadır.

Factoring, doktrinde ve uygulamada değişik türlere ayrılarak incelenmektedir. Bu konuda farklı ayrımlar yapılmakla birlikte, en önemli ayırım, ödememe riskinin

(delkeredere riski) üstlenilip üstlenilmemesine göre yapılan, gerçek faktoring, gerçek olmayan faktoring ayrımıdır.

Faktoring, üç köşeli bir hukukî ilişki olmasına rağmen, bu ilişkinin temelini, müşteri ile faktor arasında imzalanan faktoring sözleşmesi oluşturmaktadır. İsimsiz, karma nitelikli, tipik bir sözleşme olan faktoring sözleşmesinin tanımı, FKFFŞK. m. 38/f.I'de yapılmıştır. Madde hükmünde yapılan tanıma göre, bir sözleşmenin faktoring sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için, sözleşmede, müşterinin mal satışından veya hizmet arzından doğmuş fatura ile tevsik edilen alacakları ile Kurulca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tevsik edilebilen mal satışından veya hizmet arzından doğacak alacaklarını, faktore devretmeyi üstlenmesi gerekmektedir. Faktörün ise bu devir karşılığında, müşteriye, mutlaka tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulması hizmetini sağlaması gerekmektedir. Kanun hükmüne göre, asgari bu iki unsuru içermeyen sözleşmeler, faktoring sözleşmesi olarak nitelendirilmemektedir. Faktor, tahsilat, borçlu ve müşteri hesaplarının tutulmasının yanı sıra, ihtiyarî olarak başkaca hizmetleri sunmayı, finansman ve faktoring garantisi sağlamayı da üstlenebilmektedir.

Faktoring sözleşmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen çerçeve bir sözleşmedir. Sözleşme, faktoring işleminin türüne göre farklı hükümler içerebilmektedir. Sözleşme içeriğinde, borçlanma (taahhüt) ve tasarruf işlemine ilişkin unsurlar bulunmaktadır. Sözleşmenin hukukî niteliği, bu iki aşamalı yapı dikkate alınarak incelenmektedir. Sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde, ödememe riskinin üstlenilip üstlenilmediği, oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Faktoringde, üçüncü kişi borçlu ile faktor arasında, herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Faktoring sözleşmesi ise, üçüncü kişi borçlu ile faktor arasındaki ilişkiye sınırlı olarak uygulanmaktadır. FKFFŞK. m. 38/f.II uyarınca, faktoring sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

FKFFŞK.'nda ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan diğ r mevzuatta, faktoring sözleşmesinin taraflarının hak ve yükümlülüklerine ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Böyle bir düzenlemenin yer almaması sebebiyle, tarafların yükümlülüklerinin, genel kurallar çerçevesinde sözleşme hükümlerine göre belirlenmesi gerekmektedir.

Faktoring sözleşmesinde, müşterinin yükümlülükleri genel olarak şu şekilde sıralanmaktadır; müşterinin alacakları devretme yükümlülüğü, alacakların devrini borçluya bildirme yükümlülüğü, alacakla ilgili bilgi ve belgeleri verme yükümlülüğü, alacak yönetimine ve delkredere riskine karşı ücret (komisyon)  deme yükümlülüğü, alınan  demeler için faiz ödeme yükümlülüğü, banka ve sigorta muameleleri vergisi ödeme yükümlülüğü, alacakların varlığını ve borçluların ödeme gücüne sahip olduğunu garanti yükümlülüğü.

Faktoring şirketinin (faktor n) yükümlülükleri ise şu şekilde sıralanmaktadır; müşterinin alacaklarını devralma, bunları deftere geçirme ve muhasebesini tutma yükümlülüğü, alacakları tahsil etme ve alacakların tahsilinde  zen gösterme yükümlülüğü,  n ödeme ve ödeme yükümlülüğü, faiz ödeme yükümlülüğü, gerçek faktoringde, müşterinin borçlularının borçlarını ödememe ya da ödeyememe riskini karşılama yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, üstlendiği diğ r edimleri yerine getirme yükümlülüğü.

Faktoring sözleşmesi olarak, uygulamada standart sözleşmeler kullanılmakta ve bu sözleşmelerde, çok sayıda genel işlem koşulu niteliğinde şart yer almaktadır. BK.'nda, genel işlem koşullarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, TBK.'nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerinin, bu Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.07.2012'den önce imzalanmış faktoring sözleşmelerine uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Ancak, bu tarihten sonra imzalanan bir faktoring sözleşmesindeki genel işlem koşulunun, TBK.'nda yer alan hükümler çerçevesinde, yürürlük, yorum ve

içerik denetiminin yapılması mümkündür. Faktoring sözleşmesi bakımından özellikle içerik denetimi, denetimin en önemli yönünü oluşturmaktadır.

Müşterilerine bir takım hizmetler sunan ve ödemelerde bulunan faktoring şirketleri, bu hizmetlerin ve ödemelerin karşılığını, devraldıkları müşteri alacaklarını tahsil ederek karşılamaktadırlar. Devralınan alacakların tahsil edilememesi hâlinde ise, müşterinin haczi kabil tüm malvarlığına yönelebilmektedirler. Ancak bu şekilde, münhasıran müşterinin şahsına yönelen bir alacak hakkı, her zaman faktoring şirketlerini tatmin etmemektedir. Bunun en önemli sebebi, müşterinin malvarlığının değişken olması ve başka alacaklıların öncelik haklarının bulunmasıdır. Bu sebeple, alacağını elde etmek için kendisine daha güvenli bir durum yaratmak isteyen faktoring şirketinin, alacağının ödenmesini sağlamaya yönelik bir teminat alması gerekmektedir. Alınacak bu teminat, kefalet, garanti sözleşmesi gibi şahsî bir teminat olabileceği gibi, taşınmaz rehni, ticari işletme rehni veya motorlu araç rehni gibi aynî bir teminat da olabilmektedir. Uygulamada bunların dışında, faktoring şirketlerinin teminat olarak kambiyo senetlerini devraldıkları ve/veya müşterilerine teminat amaçlı bir bloke hesap açtırdıkları da görülmektedir.

Faktoring sözleşmesi niteliği gereği bünyesinde, alacağın devri işlemini barındırmaktadır. Faktoringin diğer bütün unsurlarını içeren, ancak alacağın devrini içermeyen bir sözleşme, faktoring sözleşmesi olarak nitelendirilmemektedir. Müşterinin üçüncü kişilerdeki mal satışından veya hizmet arzından doğmuş, doğacak alacaklarının faktore devri, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmaktadır.

Faktoringde devrin amacı, işleminin türüne göre farklılık göstermektedir. Gerçek faktoringde müşteri tarafından faktora yapılan devir, ifa amacı ile ifa yerine ve faktor tarafından yapılan ön ödemenin teminatı olarak yapılmaktadır. Gerçek olmayan faktoringde ise devir, ifa amacı ile ifa uğruna ve faktor tarafından yapılan ön ödemenin teminatı olarak yapılmaktadır.

Faktoringde devrin konusu, müşterinin mal satışından veya hizmet arzından ortaya çıkan, mevcut tüm ve gelecekteki para alacaklarının faktore devridir. FKFFŞK. m. 9/f.II uyarınca, devre konu alacakların, mutlaka mal satışından ya da hizmet arzından kaynaklanması ve bu hususun fatura veya fatura yerine geçen belgelerle tevsik edilmesi gerekmektedir.

Faktoringde devir, önceden, topyekün devir ya da manto devir yoluyla gerçekleşebilmektedir. Doktrin ve uygulamada hâkim olan görüş, faktoringde, önceden, topyekün devrin varlığını kabul etmektedir. Bu tür devirde, mevcut tüm ve gelecekteki alacaklar önceden, topyekün faktore devredilmektedir. Topyekün devir, birden çok farklı borçludan olan alacağın devrine ilişkin olabileceği gibi, aynı borçludan olan birden çok farklı alacağın devrine ilişkin de olabilmektedir. Koruyucu etkisi güçlü olduğundan, faktoring şirketleri tarafından uygulamada genellikle bu tür devir tercih edilmektedir. Manto devir yolunda ise, müşterinin yalnızca gelecekteki alacaklarını faktore devretmesi ve faktore zaman zaman belirli alacakların listesini göndermesi kararlaştırılmaktadır. Bu tür devirde, her bir alacak doğumundan sonra, münferit olarak faktore devredilmektedir. Bu tür devrin faktörü koruyucu etkisi zayıf olduğundan, uygulamada tercih edilmemektedir.

Faktoring, bünyesinde birden çok alacağın devri işlemini barındırdığından, faktoringde devrin hükümlerinin de, alacağın devri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Üç köşeli bir hukukî işlem olan alacağın devri, bir takım riskler içermektedir. Alacağı devralanın, devreden ile üçüncü kişi borçlu arasındaki ilişki konusundaki bilgisi, genel olarak devredenin beyanları ile sınırlı olmaktadır. Bu sınırlı çerçeve içinde devreden, devredilen alacağın mevcut olmadığını ya da devir anında sona ermiş olduğunu devralana beyan etmemiş olabilmektedir. Öte yandan devredilen alacak istenebilir bir alacak olmasına rağmen, borçlunun ödeme gücünün bulunmaması ya da

ödemeye istekli olmaması sebebiyle, devralan tarafından tahsil edilememesi riski de bulunabilmektedir. Alacağın devri işleminin içerdği bu risklere kimin katlanacağı, kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Kanun koyucu sevkedeceği emredici veya tamamlayıcı hukuk kuralları ile riski, devreden ve devralan arasında paylaştırabilmekte ya da riske yalnızca bir tarafın katlanmasını da öngörebilmektedir. Bununla birlikte risk paylaşımının, tamamen taraf iradelerine bırakılması da mümkündür. Kanun koyucunun, risk dağılımına ilişkin düzenlemeyi yaparken, işlemin özelliğini ve taraf menfaatlerini gözetmesi ve buna göre en uygun risk dağılımını belirlemesi gerekmektedir. Türk Kanun Koyucusu, bu riskin nasıl paylaştırılacağını, TBK. m. 191 hükmü ile düzenlemiştir. Bu hükme göre alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmektedir. Ancak alacak, bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun hükmü gereğince başkasına geçmişse, devreden, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmamaktadır. Kanun koyucu, devredenin garanti sorumluluğu bakımından TBK.'nda yaptığı bu düzenleme ile BK.'nın kabul ettiği esastan ayrılmış, bir edim karşılığı yapılan devirlerde, devredenin garanti sorumluluğunu genişletmiştir. Zira BK. m. 169'da, kanunun deyimiyle ivazlı devirlerde, devredenin yalnızca alacağın varlığından sorumlu olduğu, ayrıca taahhüt etmedikçe borçlunun ödeme gücünden sorumlu olmadığı düzenlenmiştir. Buna göre, BK.'nın yürürlükte olduğu dönemde yapılan bir faktoring sözleşmesinde, müşterinin, borçlunun ödeme gücüne ilişkin riski üstlendiği yönünde bir taahhüdü bulunmadığında ve sözleşmenin yorumundan da bir sonuca varılamadığında, işlemin, gerçek faktoring olarak gerçekleştiği kabul edilmekteydi. Oysa TBK.'nın yürürlüğünden sonra yapılan bir faktoring sözleşmesinde, müşterinin borçlunun ödeme gücüne ilişkin riski üstlendiği yönünde bir taahhüdü bulunmadığında ve sözleşmenin yorumundan da bir sonuca varılamadığında, TBK. m. 191/f.I uyarınca işlemin, gerçek olmayan faktoring olarak gerçekleştiği kabul

edilecektir. Bu sebeple, tarafların TBK.'nın yürürlüğünden sonra yapacakları faktoring sözleşmelerinde, devredenin garanti sorumluluğunu genişleten TBK. m. 191/f.I hükmünü gözetmeleri gerekmektedir. Faktoringin, ülkemizde genellikle gerçek olmayan faktoring şeklinde gerçekleşmesi karşısında, kanun hükmündeki bu sorumluluk genişlemesinin yerinde olup olmadığı, zamanla ortaya çıkacaktır. Risk dağılımına ilişkin TBK. m. 191 hükmü, tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğundan, tarafların her zaman, hükümde öngörülen düzenlemenin aksini kararlaştırmaları mümkündür. Devredenin garanti sorumluluğunun kapsamı ise, TBK. m. 193'te düzenlenmiştir. Bu hüküm de tamamlayıcı nitelikte olduğundan, taraflarca her zaman aksi kararlaştırılabilir.

Faktoringde, alacağın devri ile birlikte, asıl alacak hakkı, bu alacağa bağlı öncelik hakları, yan haklar, yenilik doğuran haklar, diğer talep ve yetkiler de faktore geçmektedir.

Faktoringde borçlunun hukukî durumu, özel bir öneme sahiptir. Faktoring sözleşmesi ve sözleşmenin içinde yer alan devir işlemi, müşteri ile faktor arasında yapılmaktadır. Sözleşmeye ve devir işlemine hiçbir katılımı olmayan borçlunun, alacağın ona danışılmadan devredildiği hâllerde, bu devirden zarar görmesi söz konusu olabilmektedir. Bu hâl, borçlunun korunması ve devir sebebiyle hukukî durumunun hiçbir şekilde kötüleşmemesi ilkesinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Alacağın devrine hâkim olan bu temel ilkenin bir yansıması olarak, TBK.'nda borçlu lehine bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Temelinde alacağın devri işlemini barındıran faktoringde de, bu düzenlemeler uygulanmaktadır.

Faktoringde alacağın devri üzerine borçlu, faktore ifa ile yükümlüdür. Alacağın devredildiğini bilmesine rağmen, alacak hakkını kaybetmiş müşteriye ifada bulunursa, borcundan kurtulamaz. Bu sebeple, müşteri veya faktor tarafından alacağın devri kendisine bildirilen borçlunun, borçtan kurtulması için, borcunu faktore ifa etmesi gerekmektedir. Uygulamada genellikle, müşteri tarafından gönderilen fatura veya fatura

yerine geçen belgelerde, alacağın faktore devredildiği, ödemenin faktore yapılması gerektiği bildirilmektedir. Ödeme yapılacak faktörün hesap numarası da, fatura üzerinde gösterilmektedir. Fatura üzerinde gösterilen hesaba ödeme yapan borçlu, borcundan kurtulmaktadır. Öte yandan borçlunun faktörle, ödeme dışında borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yapması ve bu şekilde borcundan kurtulması da mümkündür. Devirden sonra borçlunun faktör tarafından ibra edilmesi hâlinde, durum böyledir.

Borçlu devirden sonra faktör dışında, müşteriye iyi niyetle ödemedede bulunarak veya ödeme dışında borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak da, borcundan kurtulabilmektedir. TBK. m. 186/f.I'e göre, devreden veya devralan tarafından alacağın devredildiği kendisine bildirilmeyen borçlu, önceki alacaklıya veya birden çok devir yapılmışsa, son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyi niyetle ifada bulunarak borcundan kurtulabilmektedir. Faktoring, genel olarak açık faktoring şeklinde uygulandığından, devir bildirim niteliğinde, müşterinin borçluya gönderdiği faturalarda veya fatura yerine geçen belgelerde, alacağın devredildiği bildirilmektedir. Böyle bir hâlde, borçlunun iyi niyetle müşteriye ödeme yapma ihtimali azalmaktadır. Bununla birlikte, borçlunun bir şekilde devirden haberdar olmadan, müşteriye ödeme yapması söz konusu olabilmektedir. Ödeme dışında, müşteri ile devirden haberdar olmayan borçlu arasında, borcu sona erdiren ibra, sulh gibi başkaca hukukî işlemler de yapılabilmektedir. Bu şekilde devirden habersiz, iyi niyetle müşteriye ödemedede bulunan ya da müşteri ile borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yapan borçlu, borcundan kurtulabilmektedir. Borçlu, iyi niyetli olmaksızın müşteriye ödemedede bulunursa, borcundan kurtulamamaktadır. TMK. m. 3 uyarınca, borçlunun iyi niyetinin varlığı karine olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple faktörün, bu karinenin aksini ispatlaması gerekmektedir. Böyle bir hâlde, alacağını iyi niyetli borçludan tahsil edemeyen faktör, uğradığı zararları garanti sorumluluğuna göre değil, TBK. m. 112 vd. hükümlere göre müşteriden talep edebilmektedir.

Borçlu devirden haberdar olmasına rağmen, müşteriye ödemede bulunur ya da ödeme dışında, başkaca borcu sona erdiren hukukî işlemler yaparsa, bu hâlde faktor, seçimlik bir hakka sahiptir. Ödemenin ya da borcu sona erdiren hukukî işlemlerin geçersiz olduğuna dayanarak borçluya başvurabileceği gibi, sorumluluk için gereken koşulların gerçekleşmesi hâlinde, TBK. m. 112 vd. hükümler veya sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca müşteriye ya da müşteri ile birlikte borçluya başvurabilmektedir. Faktor, ödemenin ya da borcu sona erdiren hukukî işlemlerin geçersiz olduğuna dayanarak borçluya başvurursa, borçlu faktore ödeme yapmak zorunda olup, ikinci kez yaptığı bu ödemeyi, müşteriden talep edebilmektedir.

Birden fazla devirde borçlu, bazı koşulların gerçekleşmesi hâlinde, asıl alacaklı dışında, başka bir kişiye ödemede bulunarak ya da borcu sona erdiren başkaca hukukî işlemler yaparak borcundan kurtulabilmektedir.

Alacağın devir edilip edilmediği ya da hangi oranda devir edildiğinin tartışmalı olduğu hâllerde borçlu, ifayı kime ve hangi oranda yapacağı konusunda, haklı olarak tereddüt yaşayabilmektedir. Böyle bir tereddüt yaşamasına rağmen ifada bulunan borçlu, doğacak sonuçlardan sorumludur. Sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun, TBK. m. 187 uyarınca, hâkimden tevdi yeri tayini isteyip, alacağı hâkim tarafından belirlenen yere tevdi etmesi gerekmektedir. Hâkimin belirlediği yere alacağı tevdi eden borçlu, alacaklıya ifada bulunmuş gibi borcundan kurtulmaktadır.

Faktoringde borçlu, TBK. m. 188/f.I uyarınca devri öğrendiği sırada müşteriye karşı sahip olduğu tüm def'î ve itirazları, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Faktörün bu def'î ve itirazlardan haberdar olmaması, bunların ileri sürülmesine engel teşkil etmemektedir.

Borçlu, müşteri ile arasındaki temel ilişkiden ortaya çıkan tüm def'îleri, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Sözleşme gereği teslim edilen malın ayıplı olduğu, müşterinin kendi edimini yerine getirmediği yönündeki def'îler, bu tür def'îlerdendir.

İleri sürülen bu def'îlerin doğru olduğunun anlaşılması hâlinde, alacağı borçludan tahsil edemeyen faktor, garanti sorumluluğu bağlamında müşteriye başvurabilmektedir.

Borçlu, temel ilişkiden ortaya çıkan def'îler dışında, devredilen alacağın devirden sonra ortaya çıkmasını engelleyen veya alacağı ortadan kaldıran sebepleri de, itiraz olarak ileri sürebilmektedir. Devirden sonra borcun kusursuz imkânsızlık sebebiyle sona erdiği yönündeki bir itiraz, bu tür itirazlardandır. İleri sürülen bu itirazların doğru olduğunun anlaşılması hâlinde, alacağı borçludan tahsil edemeyen faktor, garanti sorumluluğu bağlamında müşteriye başvurabilmektedir.

Borçlu, esasa ilişkin savunma sebepleri dışında, müşteri ile arasındaki temel ilişkiden ortaya çıkan, usule ilişkin savunma sebeplerini de, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Borçlu ile müşteri arasında yapılan, geçerli bir yetki sözleşmesinin HMK. m. 116/f.I uyarınca, faktore karşı ilk itiraz olarak ileri sürülmesi hâlinde durum böyledir.

Borçlu, müşteriye karşı şahsen sahip olduğu takas hakkını, TBK. m. 188 uyarınca, belirli koşullar altında faktore karşı da ileri sürebilmektedir. Borçlunun bu hakkını faktore karşı ileri sürebilmesi için, devri öğrendiği sırada müşteriden bir alacak hakkının bulunması gerekmektedir. Bu alacak hakkının, devirden önce ya da sonra doğmuş olması önemli olmadığı gibi, devrin öğrenildiği sırada muaccel olması da gerekmemektedir. Ancak, faktore devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması gerekmektedir. Bu koşulların gerçekleşmesi ile faktore karşı takas hakkını kullanan borçlunun borcu, müşteriye karşı sahip olduğu alacak oranında sona ermektedir. Bu hâlde faktor, tahsil edemediği oranda alacağı, garanti yükümlülüğü bağlamında müşteriden talep edebilmektedir.

Borçlu, devrin sebebini teşkil eden hukukî işlemdeki bir geçersizlik nedeniyle, devrin de geçersiz olduğunu faktore karşı ileri sürebileceği gibi, yalnızca devrin

kendisinin geçersiz olduğunu da, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Her iki hâlde de alacak, geçerli bir şekilde devredilmediğinden, faktor hak sahibi olamamaktadır.

Borçlu, devredilen alacakla ilgili olmayan, kendisine ait şahsi def'î ve itirazları da, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Borçlunun bu def'î ve itirazları faktore karşı ileri sürebilmesi, TBK. m. 188/f.I hükmünden değil, borçlar hukukunun genel ilkelerinden kaynaklanmaktadır.

Borçlu, müşteri veya faktor ile yapacağı bir anlaşma veya tek taraflı bir beyanı ile TBK. m. 188 çerçevesinde ortaya çıkan def'î ve itirazları, faktore karşı ileri sürme hakkından vazgeçebilmektedir. Böyle bir vazgeçme, devredilen alacakla ilgili olmayan, kendisine ait şahsî def'î ve itirazlar bakımından da söz konusu olabilmektedir. Vazgeçmeye imkân tanınmasının sebebi, TBK. m. 188 hükmünün, borçluyu koruma amacı taşıyan, emredici nitelikte olmayan bir hüküm olmasıdır. Borçlu, müşteri veya faktörle yapacağı bağımsız bir sözleşme ile hakkından vazgeçebileceği gibi, borçlu ile müşteri arasındaki temel ilişkiye esas sözleşmede yer alan bir kayıtla da, bu hakkından vazgeçebilmektedir. Borçlunun tek taraflı bir beyanı ile de, hakkından vazgeçmesi mümkündür. Vazgeçmeye ilişkin sözleşme veya sözleşmede yer alan kayıt, bazı hâllerde, TMK. m. 23/f.II'ye aykırı olduğundan, TBK. m. 27 uyarınca geçersiz olabilmektedir.

Her tür alacağın devrinde olduğu gibi, faktoringde de müşteri kural olarak, borçlunun rızasını almadan, alacağı faktore devredebilmektedir. Ancak TBK. m. 183/f.I uyarınca, müşteri ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşme ile, faktoringe konu alacakların devrinin yasaklanması mümkündür. Borçluya böyle bir imkân tanınmasının sebebi, devrin onun açısından riskli bir işlem olmasıdır. Gerçekten de, borçlu bakımından yeni alacaklıları izlemek ek masraflara sebep olabileceği gibi, borçlunun devre ilişkin bildirimi gözden kaçırarak, eski alacaklıya ödeme yapması da söz konusu olabilmektedir. İşte, bu ve benzeri riskleri bertaraf etmek isteyen borçlu için en uygun

yol, alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanmasıdır. Bu yasaklama, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir.

Devir yasağının hukukî sonuçları konusunda, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş, devri yasaklanan alacağı devralanın, borçlu karşısında hiçbir alacağının doğmadığını, devredenin, alacağın sahibi olarak kalmaya devam ettiğini savunmaktadır. Başka bir görüş, devir yasağı ile alacağın üçüncü kişilere devredilme yeteneğinin ortadan kalkmadığını, yasağa rağmen gerçekleşen devrin geçerli olduğunu, ancak devralanın alacak hakkını, borçluya karşı ileri süremeyeceğini kabul etmektedir. Biz, ikinci görüşe katılmaktayız.

Devir yasağı öngören sözleşme, alacağın doğumundan önce yapılabileceği gibi, alacağın doğumundan sonra da yapılabilmektedir. Topyekün devrin öngörüldüğü faktoring sözleşmelerinde, geçiş teorisi benimsendiğinde bile, alacak doğduktan çok kısa bir süre sonra, faktorün malvarlığına geçmektedir. Böyle bir hâlde, alacağın doğumundan sonra yapılan devir yasağına ilişkin sözleşme, alacağın faktore geçmesinden sonra yapıldığından, herhangi bir hukukî sonuç doğurmamaktadır. Ancak manto devrin öngörüldüğü faktoring sözleşmelerinde, alacak doğduktan sonra yapılan devir yasağına ilişkin sözleşme, hukukî sonuç doğurmaktadır.

Devir yasağı, müşteriye karşı ileri sürülebileceği gibi, faktore karşı da ileri sürülebilmektedir. Faktorün devir yasağından haberdar olmaması, durumu değiştirmemektedir. Zira böyle bir hâlde, iyi niyet korunmamaktadır. Ancak böyle bir yasağa rağmen, borçlu devre karşı çıkmaz ve/veya bu yasağı alacak kendisinden talep edildiğinde def'î olarak ileri sürmezse, yasak artık faktore karşı etkili olmamaktadır.

Devir yasağı, borçlunun bir def'î ileri sürerek, ödemedi kaçınmasını sağlamakta, müşterinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini etkilememektedir. Borçlunun ileri sürdüğü devir yasağına ilişkin def'î sebebiyle, alacağı borçludan tahsil edemeyen faktor, garanti yükümlülüğü bağlamında müşteriye başvurabileceği gibi,

uğradığı zararları da, TBK. m. 112 vd. hükümler uyarınca, müşteriden talep edebilmektedir.

Devir yasağı, ekonomik ve ticari açıdan bir takım olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu olumsuz sonuçlardan en önemlisi, kredi sisteminin işleyişinin bozulmasıdır. Ekonomik ve ticari açıdan olumsuz sonuçlar doğuran bu yasağın, müşteri ile borçlu arasında yapılacak bir sözleşme ile bertaraf edilmesi mümkündür. Bununla birlikte Türk Hukuku'nda, bu yasağın olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bu konuda, kanun koyucu tarafından etkili bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Böyle bir düzenleme yapılırken, taraf menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir. Alacağın devrinin sözleşme ile yasaklanamayacağına dair, her tür hukukî işlemi içine alan emredici bir düzenleme yapmak doğru değildir. Ancak, ticari işlemlerde ve özellikle kredi temin etmek için yapılan işlemlerde, devir yasağının uygulanmayacağına ya da sınırlı olarak uygulanacağına dair TBK.'na bir hüküm eklenmesinin, yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Özellikle faktoring işlemi bakımından, FKFFŞK.'na, bu konuda bir hüküm eklenmesi de mümkündür.

Devir yasağı, bazı hâllerde TMK. m. 23/f.II'ye aykırılık teşkil ettiğinden, TBK. m. 27 uyarınca hükümsüz olabilmektedir. Öte yandan bu yasak genellikle, müşteri ile borçlu arasında yapılan esas sözleşmede bir genel işlem koşulu olarak yer almaktadır. Bu sebeple, devir yasağı öngören bu koşulun, TBK. uyarınca yürürlük, yorum ve içerik denetiminin yapılması gerekmektedir.

Faktoring şirketleri, faktoring sözleşmesi uyarınca devraldıkları alacaklar için, ayrıca müşterinin lehtar veya ciranta sıfatını taşıdığı kambiyo senetlerini, ciro ve teslim yolu ile devralmaktadırlar. Devredilen alacaklar için ayrıca kambiyo senetlerinin alınması, faktoring şirketleri tarafından senet bedellerinin tahsili için, kambiyo borçluları hakkında takip yapılmasına sebep olmaktadır. Bu aşamadan sonra, kambiyo

hukukundan kaynaklanan def'îlerin, faktore karşı ileri sürölüp sürölümeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Kambiyo hukukunda def'îler, senet metninden doğan def'îler, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünden doğan def'îler ve şahsî def'îler olarak üçe ayrılarak incelenmektedir. Bu def'îlerden ilk ikisi, mutlak def'îler olup, herkese karşı ileri sürölülmektedir. Şahsî def'îler ise, mutlak def'îlerden olmadığından, herkese karşı ileri sürölmemektedir. Senet metninden doğan def'îler, faktoring işlemi dolayısıyla bir kambiyo senedini ciro ve teslim yolu ile devralan faktore karşı, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın ileri sürölülmektedir. Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğünden doğan def'îler, faktoring işlemi dolayısıyla bir kambiyo senedini ciro ve teslim yolu ile devralan faktore karşı, sadece ilgili kambiyo borçlusı tarafından herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın ileri sürölülmektedir.

Şahsî def'îler ise, kural olarak hamile karşı ileri sürölmemektedir. Ancak faktoring işlemi söz konusu olduğunda, durum değişmektedir. Mülga 2006 tarihli Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik m. 22/f.II, FKFFŞK. m. 9/f.II ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelik m. 8/f.I'de, faktoring şirketlerinin kambiyo senedine dayalı olsa bile, bir mal satışından veya hizmet arzından doğmayan alacakları devralamayacakları düzenlenmiştir. Buna göre faktoring şirketleri, ancak bir mal satışından ya da hizmet arzından kaynaklanan alacağın ifası için verilen kambiyo senetlerini, ciro ve teslim yolu ile devralabilmektedirler. Böyle bir hâlde, senetteki hakkın devri için yapılan ciro ve teslim, alacağın devrinin hukukî sonuçlarını doğurmaktadır. Bu sebeple kambiyo borçlusı, müşteriye karşı ileri sürebileceği şahsî def'îleri, faktore karşı da ileri sürebilmektedir. Şahsî def'îlerin faktore karşı ileri sürölülmesi, işlemin taraflarının, kambiyo ilişkisinin sıralı tarafları olmasına bağlıdır. Buna göre, senette düzenleyen ya da keşideci, lehtar ile faktor arasında faktoring sözleşmesinin bulunması ve senedin de

ciro ve teslim yolu ile lehtardan faktore geçmesi hâlinde, lehtar ile arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan şahsî def'îleri, faktore karşı ileri sürebilmektedir. Ciro ve teslim yoluyla devraldığı bir senedi, aradaki temel ilişki sebebiyle devreden borçlu, senedi kendisinden devralan ile faktor arasında faktoring sözleşmesinin bulunması ve senedin, ciro ve teslim yolu ile kendisinden devralandan faktore geçmesi hâlinde, temel ilişkiden kaynaklanan şahsî def'îleri, faktore karşı ileri sürebilmektedir.

FKFFŞK. m. 9/f.III'te yer alan düzenlemenin ise, faktoring işleminin tarafları arasında uygulanması söz konusu değildir. Bu düzenleme, faktoring işleminin tarafları olan borçlu, müşteri ve faktor dışında, ciro silsilesinde yer alan diğer kambiyo borçluları hakkında uygulanmaktadır

Faktoring sözleşmesi, bazı sebeplerin gerçekleşmesi ile kendiliğinden sona erdiği gibi, bazı hâllerde sona erme, bir hukukî işlemle gerçekleşmektedir. Sürenin sona ermesi, kişiliğin sona ermesi ve kısıtlılık kararı verilmesi ile sonraki kusursuz imkânsızlık, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren sebepler olarak ortaya çıkmaktadır. Ödemeden acz ve iflâs, tarafların anlaşması ile fesih ise, sözleşmeyi dolaylı olarak sona erdiren sebepler olarak ortaya çıkmaktadır. Kendiliğinden sona erme sebepleri ortaya çıktığında, ilişkinin sona ermesi için, sözleşme taraflarının herhangi bir işlemine gerek bulunmamaktadır. Dolaylı sona erme hâllerinde ise, taraflardan birinin ya da her ikisinin irade beyanına ihtiyaç bulunmaktadır.

ÖZET

Bu çalışmanın konusunu, hukukî açıdan faktoring işlemi oluşturmaktadır. Faktoring işlemi, gerek dünyada, gerekse ülkemizde geleceği olan bir konudur. Faktoring işleminin çalışma konusu olarak seçilmesinin, çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bu sebeplerden en önemlisi, küçük ve orta ölçekli işletmeler açısından oldukça önemli ve alternatif bir finansman tekniği olan faktoring işleminin, Türk Hukuku'nda yakın zamanlarda, hem teorik yönünün, hem de pratik yönünün monografik bir çalışmada derinlemesine incelenmemiş olmasıdır. Öte yandan, 13.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren FKFFŞK.'nın konuya ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi gerekliliği de, faktoring işleminin çalışma konusu olarak seçilmesinde önemli bir etken olmuştur.

Çalışma bir giriş, dört bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır. Giriş bölümünde, konunun önemi ve faktoring işleminin çalışma konusu olarak seçilmesinin sebepleri açıklanmıştır. Birinci bölümde, faktoring işlemi ile ilgili temel bilgilere yer verilerek, işlemin tarihsel gelişimi, tanımı, tarafları, işleyişi, işlevi, türleri ve benzer finansman teknikleri konusunda genel bir bilgilendirme yapılmıştır.

İkinci bölümde, faktoring sözleşmesinin hukukî niteliği, şekli ve hükümleri tartışılmıştır. Sözleşmenin genel işlem koşulları ve teminat hukuku açısından değerlendirilmesi de bu bölümde yapılmıştır. Üçüncü bölümde, faktoring işleminde alacakların devri incelenmiştir. Borçlunun hukukî durumu ve faktoring işlemi ile kambiyo hukuku arasındaki ilişki de bu bölümde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Son bölümde, faktoring sözleşmesinin sona ermesi incelenmiştir. Çalışma, inceleme konusunda genel bir değerlendirmenin yapıldığı ve varılan sonuçların özetlendiği, sonuç bölümüyle tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: faktoring işlemi, alacağın devri, delkredere riski, müşteri, üçüncü kişi borçlu.

ABSTRACT

The scope of this study is legal aspects of factoring operations. Factoring operation is a subject that will have a future both in Turkey and in the world. There are various reasons to choose factoring as a subject of this study. The most important reason is the lack of a monography including an in-depth analysis of both theoretical and practical aspects of factoring issues which is an important and alternative financing method for the small and medium sized enterprises. On the other hand, the necessity to evaluate the related provisions of the Law on Financial Leasing, Factoring and Financing Companies (FKFFŞK.) that came into force on 13.12.2012 is another significant factor to select factoring as a study subject.

The study consists of an introduction, four chapters and a conclusion. Introductory chapter explains the importance of the subject and the reasons to choose the factoring as a study subject. In the first chapter, basic knowledge about factoring including historical background, definition, parties, process, function, types and similar financing methods was given.

In the second chapter, legal characteristics, format and provisions of factoring contracts were discussed. Evaluation of the contract from the aspects of standardized terms of contract and guarantee law was also handled in this chapter. In the third chapter, the transfer of claims in factoring was analyzed. Legal status of debtor and relation between factoring and negotiable paper law were also examined in this chapter.

In the last chapter, the termination of the contract was reviewed. The study was finalized by a conclusion including a general evaluation of the issue and a summary of the obtained results.

Key Words: Factoring operation, transfer of claim, del credere risk, client, third person debtor.