



**T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ**

**DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
WORKING PAPER SERIES**

Tartışma Metinleri

WPS NO/ 181/ 2018-05

**TÜRK HUKUKU AÇISINDAN MİLLETLERARASI FİNANSAL KİRALAMA
SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK**

Neslihan ÖZ*

*ozneslihanoz@gmail.com İstanbul Ticaret Üniversitesi, Uluslararası Ticaret Hukuku ve Avrupa Birliği tezli yüksek lisans programı öğrencisi

Özet

Ticari faaliyetlerinin küreselleşmesi ile birlikte finansman sağlamak amacıyla klasik yöntemler yanında diğer yöntemler tercih edilmeye başlanmış, leasing (finansal kiralama) bu yöntemlerden en çok tercih edilenler arasında yerini almıştır. Leasing, diğer finansman yöntemlerine göre daha az bedel ödenmesi, finansal kiralamaya konu olan varlıkların yurt içinde bulunmaması veya varlığın yurt dışında daha avantajlı olması gibi etkenler nedeniyle uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Bununla birlikte finansal kiralama sözleşmelerinin yabancılık unsuru içermesi kendi yapısı itibarıyla karmaşık olan sözleşmenin daha da karmaşık hale gelmesine sebebiyet vermiştir. Ortaya çıkan sorunların çözümü de bu nedenle daha zor olmuştur. Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinden ortaya çıkan uyuşmazlıklarda öncelikle sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti gerekir. Fakat, Türk Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatında bu sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda, özel bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca Türkiye, Uluslararası Finansal Kiralama İşlemleri Hakkında UNIDROIT Konvansiyonu'na (UNIDROIT Convention on International Financial Leasing) taraf değildir. Uygulanacak hukuku tespit ederken MÖHUK. (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun, bundan sonra MÖHUK. olarak anılacaktır.) genel hükümlerine bakılması gerekir. Bu sebeplerden dolayı, finansal kiralama sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bu makalede incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Milletlerarası finansal kiralama sözleşmesi, uygulanacak hukuk, finansal kiralama*

Abstract

With the globalization of commercial activities, besides classical methods, other methods have been preferred and leasing has become one of the most preferred ones. Leasing has acquired an international character due to the fact that the lesser amount is paid in comparison with other financing methods, the assets subject to financial leasing are not located in the country or the asset is more advantageous abroad. However, the fact that financial leasing contracts contain foreign elements caused the complicated contract to become more complex. Therefore, also the solution of the problem has become more difficult. In case of disputes arising from financial leasing contracts bearing foreign elements, it is first necessary to determine the law to be applied to the contract. But no special arrangements have been made with regard to the law applicable to these contracts in the Turkish International Private Law legislation. Also, Turkey is not party to the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing. When determining the applicable law, it is necessary to look at the general provisions of MÖHUK. (International Private and Civil Procedure Law will be referred to hereinafter as MÖHUK.). Because of these reasons, the determination of the law applicable to the financial leasing contract has been examined in this Article.

Keywords: *International financial leasing contract, the law applicable, leasing*

Giriş

Finansman tekniklerinden biri olan “Finansal Kiralama” küreselleşme ile birlikte dünyada sıklıkla tercih edilen bir yatırım aracı olarak kullanılmaktadır. Ülkemizde Leasing (Finansal Kiralama) uygulamalarına, 1970’li yılların sonlarında rastlanmaya başlanmış daha sonra ticaret hayatında kullanımlarının çoğalması ile gerçek anlamda bir mevzuat düzenlemesine ihtiyaç duyulmuştur. Türk Hukuk mevzuatında Finansal Kiralama ilk kez 1985 yılında 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu¹’nda düzenlenmiştir. Finansal kiralama sektöründe yaşanan değişimler ve bu değişimler sonucundaki ihtiyaçlar doğrultusunda tüm gereksinimleri kapsayacak ve bu gereksinimleri karşılamak amacıyla yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaya başlanmış ve söz konusu düzenleme 13.12.2012 tarihinde “6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu² kabul edilerek yapılmıştır.

Finansal kiralamanın yabancılık unsuru taşıması ile birlikte, Finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun³’a göre yapılacaktır. MÖHUK.’da bulunan düzenlemelere bakıldığında finansal kiralamaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından bu konuda genel hükümlere gidilmesi zorunluluğu doğmuştur. Bununla birlikte, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit ederken vasıflandırma ve bağlama noktalarının da doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle makalede bu konular da ayrı ayrı incelenmiştir.

1. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMESİ

1.1. Leasing (Finansal Kiralama) Kavramı

“Bilindiği gibi insanlar tarihin ilk dönemlerinden beri, varlıklarını sürdürebilmek için kimi nesneler edinmek suretiyle güçlü olmak gereğini duymuşlardır. Böylece mülkiyetin zenginliğe, zenginliğin de güce yol açtığına inanmışlar, bunun sonucunda tüm çabalarını daha fazla nesneye sahip olarak daha fazla zengin olmaya yöneltmişlerdir”⁴. Oysa gelişen teknoloji, küreselleşme ve dünyadaki gelişmelerle birlikte malların mülkiyetine sahip olmak giderek zorlaşmış, yatırımcılar yatırım mallarının mülkiyetine sahip olmak yerine bu malların kullanma hakkına sahip olmayı kendileri açısından aynı faydayı sağlayacakları düşüncesiyle tercih etmeye başlamışlardır. Durum böyle olunca yatırımcılar yatırımlarını finanse etmelerini sağlayacak daha elverişli yollar aramaya başlamıştır. Böylelikle, günümüzdeki anlamıyla leasing (finansal kiralama) ortaya çıkmıştır.

¹ RG. T.28.06.1985, RG Sayı:18795 (Mülga Kanun)

² RG. T. 13.12.2012, RG. Sayı: 28496.

³ RG. T. 27.11.2007, RG. Sayı:26728.

⁴ Erden Kuntalp, **Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri**, Ankara, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları,1988,s.7.

Birçok ülke “Leasing” kelimesini ortak ifade edebilmek için aynen kullanmaktadır. Türk Hukukundaki düzenlemelerde, Leasing kavramı “Finansal Kiralama” olarak adlandırıldığından düzenlemeler doğrultusundan çalışmamızda “Finansal Kiralama” ifadesi kullanılacaktır.

1.2. Leasing (Finansal Kiralama) Tanımı

“Leasing veya diğer adıyla finansal kiralama, işletmelerce ihtiyaç duyulan yatırım mallarının kredili olarak ithal edilmesi yerine finansman sağlamak amacıyla kiralınmasıdır”⁵.

Finansal Kiralama; Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 3 uyarınca;

“ Bir finansal kiralama sözleşmesine dayalı olmak koşuluyla, bu Kanun veya ilgili mevzuatı uyarınca yetkilendirilen kiralayan tarafından finansman sağlamaya yönelik olarak bir malın mülkiyetinin kira süresi sonunda kiracıya devredilmesi; kiracıya kira süresi sonunda malın rayiç bedelinden düşük bir bedelle satın alma hakkı tanınması; kiralama süresinin malın ekonomik ömrünün yüzde sekseninden daha büyük bir bölümünü kapsaması veya finansal kiralama sözleşmesine göre yapılacak kira ödemelerinin bugünkü değerlerinin toplamının malın rayiç bedelinin yüzde doksandan daha büyük bir değeri oluşturması hâllerinden herhangi birini sağlayan kiralama işlemidir.”⁶.

Finansal kiralama sözleşmesi ise; Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 18 uyarınca; “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”⁷.

Tüm bu tanımlar ışığında, finansal kiralama sözleşmesini, kiralayanın, kiracının seçimi ve talebi üzerine, üçüncü 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 belirli bir kira bedeli karşılığında belirli bir süre için kiracıya bırakmasını öngören sözleşme olarak tanımlayabiliriz. Belirli bir “kira süresi” FFFK’da bulunan tanımda bahsedilmemiştir. Fakat finansal kiralama sözleşmesinde süre unsurunun muhakkak belirtildiği, bu belirli sürenin sonunda kiracının malın zilyetliğini kiralayana iade ettiği uygulamalarda da görülmekle birlikte kanundaki tanımın bu yönde eksik olduğu kanaatindeyiz.

1.3. Finansal Kiralama Sözleşmesinin Unsurları

⁵ Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi, **Incoterms 2010**, Ankara, 2010, s.352.

⁶ RG. T. 13.12.2012, RG. Sayı: 28496.

⁷ RG. T. 13.12.2012, RG. Sayı: 28496.

“Finansal kiralama sözleşmesinin unsurları; kiralayan olarak finansal kiralama şirketi, kalkınma ve yatırım bankası ile katılım bankasının varlığı, kiralayanın finansal kiralama konusu malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya bırakması, finansal kiralama bedeli ve son olarak tarafların anlaşması olarak belirlenebilir”⁸.

1.4. Finansal Kiralama Konusu Mal

FFFK. m.19 da Finansal Kiralama konusu mal ile ilgili düzenleme;” *Sözleşmeye taşınır ve taşınmaz mallar konu olabilir. Bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç olmak üzere patent gibi fikrî ve sınai haklar bu sözleşmeye konu olamaz. Bütünleyici parça veya eklenti niteliklerine bakılmaksızın asli niteliğini koruyan her mal tek başına finansal kiralama sözleşmesinin konusu olabilir.*” şeklindedir. Bu hüküm ile taşınır mallar, taşınmaz mal ve bunlarla birlikte bütünleyici parça ve eklentileri asli niteliklerini koruyorlarsa sözleşme konusu olabilir. Bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç olmak üzere patent gibi fikri ve sınai haklar kanun tarafından açıkça finansal kiralama yapılabilecek mal olarak konu dışı bırakılmıştır. Kanunda finansal kiralama konusu malın yeni veya eski olması ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani mal, yeni veya eski olabilir.

1.5. Finansal Kiralama Sözleşmesinin Tarafları

Leasing (Finansal Kiralama) işleminde üç taraf bulunur: Kiracı (leasing alan); kiralayan (leasing veren) ve satıcı (leasing konusu malı kiralayana satan). Bununla birlikte, finansal kiralama sözleşmesi kiracı ile kiralayan arasında yapılmaktadır. 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu’nun esas aldığı finansal kiralama ilişkisi, kural olarak üçlü taraf sistemine dayanmaktadır. Bu ilişkide, malın satıcı veya üreticisi, finansmanı sağlayan finansal kiralama şirketi (kiralayan-leasing veren) ve maldan yararlanan (kiracı-leasing alan) olmak üzere üç taraf vardır. Üçlü taraf sistemi nedeniyle, finansal kiralama şirketi ile kiracı arasında “finansal kiralama sözleşmesi” ve yine finansal kiralama şirketi ile satıcı arasında malın sağlanmasına yönelik “satım sözleşmesi” olmak üzere iki ayrı sözleşme söz konusudur”⁹. Görülüyor ki esasen, kiracı ve kiralayan olmak üzere finansal kiralama sözleşmesinde iki taraf bulunmaktadır: Satıcı ise, finansal kiralama konusu olan malı satan gerçek veya tüzel kişidir. Satıcı, kiralayan olamaz. Satıcı, kiralayan ile satım sözleşmesi yapar, kiracı ile genel olarak sözleşmesel bir ilişkileri yoktur.

⁸ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 7. Baskı’dan Tıpkı 8. Baskı, 2009, s. 408.

⁹ Köksal Kocağa, **Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1999, s.25

2.Milletlerarası Finansal Kiralama Sözleşmesi

2.1.Genel Olarak

Milletlerarası finansal kiralama ve bundan doğan işlemler 1988 yılında UNIDROIT tarafından Ottawa’da yapılan konvansiyonda tertip edilmiştir¹⁰.Konvansiyon,3 kısımdan meydana gelmektedir.Birinci kısım (md.1-6) Konvansiyon’un uygulama alanı ve genel hükümlerden oluşmakta, ikinci kısım (md.8-14) tarafların hak ve yükümlülüklerinden oluşmakta ve son olarak üçüncü kısım ise, (md.15-25) konvansiyona dair son hükümler yer almaktadır¹¹.“Milletlerarası Finansal Kiralamaya İlişkin Konvansiyon” ile finansal kiralama işlemlerinin artmasıyla tarafların hukukları ve seçtikleri hukuklarda finansal kiralamaya ilişkin kuralların farklı olması sebebiyle yeknesak kuralların uygulama alanı bulması amaçlanmıştır.“Uluslararası finansal kiralama işleminde üç taraf vardır: Kiracı (leasing alan-lessee);kiralayan (leasing veren-lessor) ve satıcı (leasing konusu malı kiralayana satan-supplier)”¹².

Milletlerarası leasingin (finansal kiralama) işleyişi şu şekildedir:“Satıcı(yapımcı) yabancı ülkelerdeki işletmelere devretmek istediği malın leasing yoluyla finansmanını yerli bir leasing şirketinden talep etmekte ve bu şirket de yabancı ülkedeki leasing alanın kredi değerliliğini,malın leasinge yatkınlığını ve dış ülkelerdeki siyasal ve ekonomik durumu etraflıca araştırdıktan sonra olumlu sonuca varırsa,yabancı leasing alan ile leasing sözleşmesini kurarak, satıcıdan alacağı malı ona devretmek borcu altına girmektedir. Böylece satıcı hem ihraç edeceği malın finansmanını sağlamak suretiyle ihraç olanaklarını genişletmekte ve hem de finansman rizikosundan tamamen kurtulmaktadır”¹³. Özellikle teknolojinin artması ve küreselleşmeden kaynaklı olarak, bazı malların belli ülkelerde olabileceği veya daha ucuz maliyetler ile satın alınabileceği de göz önüne alındığında,uluslararası finansal kiralama işlemlerine sıklıkla rastlanmaktadır.

2.2. Finansal Kiralama Sözleşmesinin Milletlerarası Nitelik Kazanması

Milletlerarası finansal kiralama ve milletlerarası finansal kiralama sözleşmesini anlayabilmemiz için maddi hukukta düzenlenen sözleşmeden farklı olarak finansal kiralama sözleşmesinin nasıl milletlerarası nitelik kazanacağını açıklamamız gerekmektedir. Finansal kiralama sözleşmesi milletlerarası olma vasfını sözleşmede yabancılık unsuru bulunması ile kazanmaktadır. Yabancılık unsuru, esasen sözleşmenin bağlama noktalarından birinin yabancı olması suretiyle elde edilebilir. Bir finansal kiralama sözleşmesinin yabancılık unsuru kazanması için önce bu finansal kiralama sözleşmesinin birden fazla hukuk sistemi ile alakalı olması yanında bu hukuk sistemi ile de bir irtibat kurmuş olması gerekmektedir. Bütün bu açıklamalardan sonra yabancılık unsurunun doktrinadaki kabul edilen bir tanımının yapılmasının

¹⁰ UNIDROIT Convention on International Financial Leasing.

¹¹ Konvansiyon metni için bkz. 27(1998) ILM,s.931-943.

¹² Vecdi Ünay, **Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi ve Usulleri**,Met/Er Matbaası,İstanbul,1989,s.157.

¹³ Atilla Altop, **Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi**, Ankara, Adalet Matbaası, 1990,s.76.

gereği doğmuştur. ”Yabancılık unsuru, sözleşmeye konu olan hukukî olay, işlem veya ilişkinin bir ya da birden fazla devletin hukukuyla ilişkili olması halinde meydana gelir ve vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken, iş yeri merkezi, hizmetin verildiği yer, olayın meydana geldiği yer, haksız fiilin veya sebepsiz zenginleşmenin olduğu yer gibi farklı şekillerde oluşabilir”¹⁴. Sözleşmeye tatbik edilen hukukun başka bir ülke hukuku seçilmesi ile yabancı unsurlu bir sözleşmenin meydana gelebileceği görüşü genel olarak Türk Hukuk doktrinde kabul edilmemektedir. Buna bir örnek verirsek eğer; finansal kiralama konusunun Türkiye’de bulunduğu, tarafların da Türk olduğu bir finansal kiralama sözleşmesinde sözleşmenin bütününe uygulanacak hukuk Fransız Hukuku olabilir, fakat bu durum o finansal kiralama sözleşmesinin milletlerarası bir sözleşme olarak nitelendirilmesini sağlamamaktadır. Bir sözleşmenin yabancılık unsuru ihtiva etmesi hususunda o sözleşmeyi meydana getiren unsurlardan en azından birinin, davanın açıldığı devlet haricinde farklı bir devlet ile irtibatla bulunması gerekmektedir. Yani, sözleşmenin en az bir unsurunun davanın açıldığı devlete göre yabancı olması gerekmektedir. Finansal kiralama sözleşmesi açısından milletlerarası nitelik kazanması yani yabancı unsurlu bir sözleşme haline gelmesi, somut olayla ilişkili olarak taraflardan birinin işyerinin yabancı bir devlette olması, sözleşmenin ifa edildiği yerin yabancı bir devlette olması gibi hallerde karşımıza çıkabilmektedir.

2.3. Türk Hukuku Açısından Yabancılık Unsuru Taşıyan Finansal Kiralama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Türkiye, UNIDROIT Konvansiyonu’na (Unidroit Convention on International Financial leasing) taraf olmamakla beraber, milletlerarası finansal kiralamaya ilişkin Türk Hukukunda herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Konvansiyonda yer alan ve tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümlerin taraflarca leasing sözleşmesine konularak sözleşmenin birer hükmü haline getirilmesine bir engel yoktur¹⁵. Burada, “incorporation” kavramını açıklama gereği doğmuştur.” Günümüzde, milletlerarası ticaret ve ekonomi camiasının geliştirdiği pek çok kod, genel şartlar, örf-adet ve teamül kuralları bulunmaktadır. Bunlar, maddi hukuk kurallarıdır ve uluslararası karakterli ticari ve ekonomik sözleşmelerde yaygın şekilde uygulanmaktadır”¹⁶. Fakat, bu bir hukuk seçimi değildir. Yani taraflar “lex mercatoria” olarak adlandırılan milletlerarası ticarete ilişkin kod ve prensipleri uygulanacak hukuk olarak seçemeyeceklerdir ancak, sözleşmenin bir parçası veya hükmü halinde kabul edileceklerdir. Finansal kiralamaya ilişkin UNIDROIT prensipleri açısından da bu durum geçerli olmaktadır.

Türkiye Konvansiyon’a taraf olmamakla birlikte, MÖHUK.’da da özel bir düzenleme bulunmadığından bahisle bu durumda, genel hüküm olan sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK. madde 24’e bakılması gerekmektedir. Bu maddenin yorumu sözleşme açısından çok önemlidir. Madde, dört kademeli sistemden oluşmaktadır. Maddede, öncelikli olarak taraf iradelerinin göz önünde

¹⁴ Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s.8-9.

¹⁵ Cemal Şanlı ve Nuray Ekşi, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta Basım, 1. b., 2000, s.153.

¹⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.12.

bulundurulmasını, tarafların müşterek bir iradelerinin söz konusu olmadığı durumlarda ise MÖHUK. m. 24/4’de yer alan objektif bağlama noktalarının en sıkı ilişkili hukuku bulmada yol göstereceğini düzenlenmektedir.” Tarafların diledikleri devletin hukukunu seçmeleri konusunda hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Milletlerarası bir sözleşmenin altına imza atan tarafların kendi haklarını en iyi şekilde koruyacak olan devletin hukukunu basiretli birer tacir olarak seçebilecekleri farz edilmiştir”¹⁷. Tarafların sözleşmeye tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamaları halinde, MÖHUK. madde 24 açısından objektif bağlama kuralları sözleşmeye tatbik edilecektir. MÖHUK. m.24/4’ de “...*karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur*”¹⁸ denilmektedir.

Karakteristik edimi saptanmasına müteakiben ise, Finansal kiralama sözleşmesi “*ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan*” bir sözleşme olmasından kaynaklı olarak karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukunun sözleşmeye tatbik edilmesi gerekmektedir. Karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyerine sahip olması durumunda ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri nerede ise o ülkenin hukuku uygulama alanı bulacaktır. Ancak, bunlara rağmen vaziyetten daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı anlaşılıyorsa o halde Finansal Kiralama Sözleşmesine ilişkin daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa o uygulanır. Burada kanun koyucu hakime bir takdir yetkisi vermektedir. Kanun koyucu burada kademeli bir sistem oluşturmuştur. Bu yüzden, kanun hükmünü detaylı incelemek gerekmektedir.

Finansal kiralama sözleşmesine konu olan malın taşınmaz olması halinde bir hukuk seçiminden bahsedilemeyeceği gibi objektif bağlama noktalarının tespitinin de yapılmasına icap olmadan taşınmazın bulunduğu yer hukuku tatbik edilecektir. (MÖHUK. m.25). “Maddenin gerekçesinde ise bunun, yani *lex rei sitae* kuralının evrensel bir ilke olmasından dolayı böyle bir hükmün konulduğu ifade edilmektedir”¹⁹. “Bir eşyanın hukuki özelliğinin yani taşınır veya taşınmaz olduğunun tespitini eşyanın bulunduğu yer hukuku yapmalıdır”²⁰. “Taşınmazlar, nitelikleri gereği yere bağlıdır ve dolayısıyla bir şeyin taşınmaz olup olmadığı *lex rei sitae*’ye göre belirleneceği için hâkim önüne gelen somut olayda öncelikle uyuşmazlık konusu, devir ya da bir sınırlı ayni hak tesisi içeren sözleşmelerin veya kullandırma sözleşmelerinin objesinin *lex rei sitae*’ye göre taşınmaz olup olmadığının incelemesini yapmalıdır”²¹. Finansal kiralama konusu malın taşınmaz olarak nitelendirildiği durumlarda MÖHUK.m.25 sözleşmeye uygulanacaktır. Taşınmaz olarak nitelendirilmediği durumda ise sözleşmelere uygulanacak olan genel kural

¹⁷ Çelikel ve Erdem, **a.g.e.**, s.339.

¹⁸ RG. T. 27.11.2007, RG. Sayı: 26728.

¹⁹ Sibel Özel ve Kazım Çınar, Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK.m.25’in Kapsamı, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.23, S.1, 2017, s.328.

²⁰ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2015, s.300.

²¹ Özel ve Çınar, **a.g.e.**, s.329.

MÖHUK.m.24, uygulama alanı bulacaktır. Aynı şekilde, finansal kiralama sözleşmesi, “*taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşme*”²² olarak kabul edildiğinden MÖHUK. m.25 kapsamında yer almaktadır. Bununla birlikte, daha önce de bahsedildiği üzere, taraflar finansal kiralama süresi sonunda, finansal kiralama konusu malın kiracı tarafından satın alınabileceğini kararlaştırabilirler, işte bu durumda “finansal kiralama sözleşmesini taşınmazın kullanımına ilişkin değil de aynına ilişkin bir sözleşme olarak değerlendirmek gerekir”²³. Burada önemle belirtilmesi gerekir ki, bu durum finansal kiralama sözleşmesinin şekli açısından önem arz etmektedir.” Taşınmazın aynına ilişkin sözleşmelerde MÖHUK.m. 24/1 gereği taşınmazın bulunduğu yer hukukunu yetkili kılmak gerekirken taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmelerde özel hüküm olmamasından dolayı genel hüküm niteliğindeki MÖHUK.m. 7’ye gitmek gerekir”²⁴. Finansal kiralama konusu malın taşınır veya taşınmaz olmasından dolayı uygulanacak kuralların farklı olmasından bahisle, aşağıda ele alınacak konular taşınır mallar ve bilgisayar programlarının çoğaltılmış nüshaları için geçerli olacaktır.

Türkiye, UNIDROIT Konvansiyonu’na taraf olmamakla birlikte bu konvansiyon hükümlerini taraflar sözleşmede seçebilecekleri için bu hükümlerden de kısaca bahsetmek gereklidir. Öncelikle, konvansiyonun uygulama alanının neleri kapsadığı Konvansiyon’un 3. maddesinde belirtilmektedir. Kiralayan ve kiracının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması halinde, Konvansiyon hükümleri geçerli olacaktır. Bununla beraber, tarafların ülkeleri ve tedarikçinin sahip olduğu işyerinin bulunduğu ülke bir akit devlet ise veya hem tedarik hem de kiralama anlaşmasının taraf ülkelerden birinin hukukuna bağlı olduğunda Konvansiyon’un tatbik edileceği belirtilmektedir. Hemen akabinde, Konvansiyon işyerine atıf yapıldığı durumun ne olduğunu da düzenlemiştir. Buna göre, Konvansiyon’da taraflardan birinin işyeri olarak kabul edilen işyeri olarak, hangi tarafın işyerine gönderme yapıldıysa o tarafın birden fazla işyerine sahip olması durumunda, sözleşmenin sonuçlandırılması veya sonuçlandırılmasından önce veya herhangi bir zamanda, tarafların kararlaştırdığı veya bildiği şartlar ve durumlar da göz önünde tutularak, söz konusu sözleşme ve onun tatbik edilmesi ile en yakın ilişkisi bulunan işyeri kastedilmektedir. Yine Konvansiyon’un uygulanması ile ilgili 4. Maddede; “Eşyanın bütünleyici parça haline gelmesi yahut araziye dahil edilmesi bu Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez, kiraya veren ya da arazi üzerinde aynı hakka sahip olan kişinin hakları üzerindeki etkisine arazinin bulunduğu yer hukuku uygulanır” denilerek taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun hangi durumlarda uygulandığı da açıklanmaktadır. Konvansiyon madde 5’de ise Konvansiyon’a taraf devletlerin hangi durumda Konvansiyon’a dahil olmayacaklarını açıklamaktadır. Eğer tedarik ve finansal kiralama sözleşmelerinin tarafları Konvansiyon hükümlerini aralarında bulunan sözleşmeye tatbik edilmeyeceğini kararlaştırırlar ise, bu durumda Konvansiyon hükümleri uygulanmayacaktır.

²² a.g.e., s.342.

²³ Kazım Çınar, *Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler*, 1.b., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.165.

²⁴ a.g.e.

Son olarak, Konvansiyon’da düzenlenmiş ve hüküm altına alınmış veya Konvansiyon’da açıkça düzenlenmemiş hususlar ile alakalı olarak, Konvansiyon’un dayanağı olan genel prensiplere, genel prensiplerin bulunmadığı hallerde ise milletlerarası özel hukuk kurallarına istinaden yürürlükte olan kanun gözönünde bulundurularak bu hususların çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Konvansiyon tarafların hak ve yükümlülükleri ve finansal kiralamanın işleyişi ile alakalı hükümleri ²⁵daha detaylı incelemekle birlikte uygulama alanı ile ilgili düzenlemeler bu konudaki uyuşmazlıkların çözümü açısından yeterince açıklayıcı ve kapsayıcı olmamaktadır.

2.3.1. Milletlerarası Finansal Kiralama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tarafların Serbest İradeleri ile Seçimi

Özellikle küreselleşme ile milletlerarası ilişkilerin artmasıyla Milletlerarası Özel Hukuk alanına giren konularda yapılan sözleşmelerde de genel olarak, taraflar riskleri ve belirsizlikleri en azından müşterek bir hukuk seçerek azaltmaya çalışmaktadırlar. ”Milletlerarası karakterli akitler bakımından hukuk seçimi, taraflar arasındaki ilişkilerin güven ve istikrarından başka, ileride ortaya çıkabilecek ihtilaflara uygulanacak hukukun tespiti konusunda yargı merciine ciddi kolaylıklar sağlar”²⁶. Hukuk seçimine, tarafların uygulanacak hukuku açık veya örtülü olarak kendi istekleri ile tercih etmeleri diyebiliriz. Taraflar kendi irade serbestileriyle bir hukuk seçtikleri zaman artık objektif bağlama noktalarının tatbik edilmesine gerek kalmayacaktır. “MÖHUK. m. 24 anlamında hukuk seçimine imkân tanınabilmesi için, sözleşmenin, seçilen hukuk dışında, objektif olarak yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir”²⁷. Bu konuda tarafların muhakkak bir “*Devletin Hukukunu*” seçmeleri önem arz etmektedir Bu hususta önemle belirtilmelidir ki; tatbik edilecek hukuk illa tanınmış bir devletin hukuku olmak zorunda değildir. Bunun dışında burada belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, uniter devlet yapısına sahip olmayan yani federal yapıda başka bir deyişle, bölgesel birimlere sahip olan ve birkaç tane hukuk sistemine sahip olan ülke ile ilgili bir hukuk seçimi yapıldığında burada hangi eyaletin hukukunun uygulanacağı sorunu doğmaktadır. Bu husustaki sorulara MÖHUK. m.2/5’ de kanun koyucu açıklık getirmektedir.”*Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu halinde ihtilafla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır*”.(MÖHUK.m.2/5). Tarafların sözleşmeye tatbik edilecek bir hukuk düzeni tercih etmeleri durumu söz konusu olduğunda bu hukuk sözleşmenin tamamına eksiksiz olarak uygulanır. Taraflar sözleşmenin tamamına veya bir kısmına seçtikleri hukukun tatbik edileceğini kararlaştırma imkanına da sahiptirler. “Tarafların uygulanacak hukuku seçebilmelerine imkan tanınan hallerde aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır”. (MÖHUK. m. 2/4.). Seçilen

²⁵ Konvansiyon metni için bkz. 27(1998) ILM,s.931-943.

²⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.249.

²⁷ Hatice Özdemir Kocasakal, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK.m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB:Y.30,S.1-2, 2010, s.33.

hukukun bir devletin hukuku olması gerektiğini belirtmekle birlikte, taraflarca seçilmiş olan hukukunda yürürlükte olması gerekmektedir. Çünkü, yürürlükte olmayan kanunlar uygulanamazlar ve böyle bir hukukun seçilmesi de milletlerarası özel hukukta tarafların irade serbestisi ile de çelişmektedir. Yine, MÖHUK. uyarınca hukuk seçiminin yapılabilmesi için kanunun buna açıkça izin vermiş olması gerekir.

Seçilen yabancı hukukun illa sözleşmeyle bağlantılı olması zorunlu değildir. Tarafların, sözleşmenin bağlama noktaları ile bağlantılı olmayan ülke hukuklarını da seçebileceği hususunda kısıtlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin; sözleşmenin ifa yeri Almanya’da taraflardan biri Türkiye’ de diğeri ise Hollanda’da fakat taraflar sözleşme ile ilgisi olmayan İngiliz hukukunu seçebilme imkanına sahiptirler.

MÖHUK.’un 24/1 maddesi uyarınca; *“Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir.Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir”*. ”Tarafların belirli bir hukuku seçme konusundaki iradelerini yorum gerektirmeyecek netlikte ve anlaşılır bir şekilde beyan etmiş olmaları, açık hukuk seçimi olarak ifade edilmektedir”²⁸. “Zımnî hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek bir iradeleri vardır ancak taraflar, çeşitli sebeplerle söz konusu iradelerini net bir şekilde ortaya koymamaktadırlar”²⁹. ”Sözleşmede kullanılan deyimlerin ve hukuki kavramların,hep belli bir hukuka ait olması,sürekli aynı hukuki örf ve adetten bahsedilmesi,belirli bir para ile ödeme,açık bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu diğeri bir sözleşmeye gönderme, taraflar arasındaki tekml uyumsuzluklarda aynı devletin mahkemelerin münhasır olarak yetkilendirilmesi, belirli bir hukukun maddi hukuk hükümlerine gönderme yapılması, belirli yerde ikamet eden hakemlerin seçilmesi, yetkili mahkemenin tespiti gibi, durumlarda, tarafların uygulanacak hukuku örtülü olarak belirlediklerini söyleme imkanı olacaktır”³⁰.

Milletlerarası finansal kiralama sözleşmesi açısından,taraflar kendi serbest iradeleri ile sözleşmeye hangi ülke hukukunun tatbik edileceğini açık veya zımnî olarak belirleyebilirler. Finansal kiralama sözleşmesi açısından, MÖHUK.’da bulunan hukuk seçimi kuralları geçerli olmakla birlikte bu kurallar finansal kiralama konusu malın taşınır veya bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshası olmaları halinde uygulanacaktır. Finansal kiralama konusu malın taşınmaz olması halinde hukuk seçimi yapılamayacaktır. Çünkü, finansal kiralama konusu malın taşınmaz olması durumunda taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanmaktadır.(MÖHUK. m.25).

²⁸ Cemal Şanlı ,Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 3. Bası,İstanbul ,Vedat Kitapçılık,2015, s. 251

²⁹ İlyas Arslan, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi, MHB, Yıl 33, Sayı 2, 2013,s.17

³⁰ Merve Acun Mekengeç,**Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri**,1.b.,İstanbul,On İki Levha Yayıncılık,2014,s.90.

2.3.2. Milletlerarası Finansal Kiralama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Noktalarına Göre Saptanması

2.3.2.1. Milletlerarası Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Karakteristik Edim

“Sözleşmeler için genel bağlama kuralı olarak kabul edilen “en sıkı ilişki”, maddenin IV. fıkrasında “karakteristik edim” kavramında somutlaşmıştır”³¹. Karakteristik edimi “Sözleşmenin asıl yapılma nedeni olan bu edim, sözleşmeye rengini veren, adını veren, türünü belirleyen, sözleşmede bariz ve üstün bir rol oynayan, sözleşmeye damgasını vuran edimdir”³² şeklinde tanımlayabiliriz. Finansal Kiralama sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu nedenle, tarafları birtakım borçlar altına sokar. Fakat aslen sözleşmenin yapılmasına neden olan ve ifa edilmesi sözleşme açısından asıl önemli olan edim bulunmaktadır. Bu durumda, finansal kiralama sözleşmesine bakıldığında kiralayanın edimi sözleşmenin karakteristik edimi olarak nitelendirilebilir. Çünkü kiracı kira bedel ödeme borcunu yerine getirirken kiralayan malı kiracının seçimi ve talebi üzerine malı temin etme ve malın zilyetliğini kiracıya sağlama borcunu yerine getirmektedir. Bu durumda, leasing verenin edimi sözleşmeyi ayırt edici esas edim durumunda olmaktadır. Bütün bunlar değerlendirildiğinde, karakteristik edim belirlenemiyorsa bu halde, yine sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuka bağlanmak çözüm olarak değerlendirilebilir³³.

2.3.2.2. Milletlerarası Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Karakteristik Edim Borçlusunun İşyeri Hukuku

MÖHUK. madde 24’de söz edilen ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde akdin kurulmuş sayılabileceğinin tespiti için öncelikle ne zaman bir sözleşmenin ticari ve mesleki faaliyetler gözönüne alınarak kurulmuş sayılacağına tespit edilmesi gereği hasıl olmaktadır. Hakim, karşılaştığı bu somut olayda vasıflandırma yaparak lex fori’ye göre belirleyecektir. Bu durumda Türk Hukukunda hangi durumlarda ticari ve mesleki faaliyetler yapılmış olduğuna bakmak gereksinimi vardır. “Türk Hukukunda ticari faaliyetin tanımı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 3. Maddesinde yapılmıştır. Buna göre, “Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller” Türk Ticaret Kanunu’nda ticari iş (ticari faaliyet) olarak kabul edilmiştir. Demek ki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlar ve ticari işletmelerde yürütülen ticari faaliyet ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkisi bulunduğu varsayabilecek her işlem ve fiil ticari iş olarak kabul edilecektir”³⁴.

“Bunun yanında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.19’da ticari iş karinesine yer verilmiştir. Buna göre,” Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır.”. Dolayısıyla kural olarak, tacirin borç doğuran sözleşmelerden

³¹ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 19.b., İstanbul, Beta Basım, 2011, s.316.

³² Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.169.

³³ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 19.b., İstanbul, Beta Basım, 2011, s.322.

³⁴ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 15.b., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011, s.65; Hamdi Yasaman ve Yasemin Poroy, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2010, s.68.

kaynaklanan işlemleri ticari faaliyet kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak maddenin devamında,”gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adi sayılır” hükmüne yer verilmiştir”³⁵.

“Dolayısıyla,gerçek kişi tacirin,yabancılık unsuru içeren bir akdin karakteristik edim borçlusu olması ve bu sözleşmenin kurulması safhasında sözleşmenin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını açıkça bildirmesi veya sözleşmenin konusunun ticari sayılmaya elverişli olmaması durumunda, bu akde uygulanacak objektif bağlama kuralı,karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku olacaktır”³⁶.

“Ticari veya mesleki faaliyetlerin ne olduğunu belirledikten sonra MÖHUK. 24/4 açısından işyerinin de belirlenmesinin kolaylığı açısından “ticari veya sınai faaliyetin yürütülmesinde kullanılan bütün birimlerin (fabrika,satış ofisi,merkez,şube gibi) işyeri olarak kabul edilmesi gerekir”³⁷.

Karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyerinin bulunması durumunda,sözleşme ile en sıkı ilişkide olduğu hukuk tarafların kendi aralarında akdettikleri sözleşme açısından diğer işyerlerine göre daha çok bağlantılı olduğu hukuk olmaktadır. Bu durumda sıklıkla uygulamada en sıkı ilişkili işyeri hukukunun belirlenmesinde hatalar ortaya çıkmakla birlikte, çoğunlukla bu hata sadece o sözleşme açısından tespitin yapılmayıp, bütünüyle karakteristik edim borçlusunun tüm faaliyetlerine bakılmasından mütevellit kaynaklanmaktadır.

Hiç şüphesiz ki finansal kiralama sözleşmesi, kiracının yatırımına finansman sağlamak amacıyla yaptığı kiralayanın da bir anonim şirket ve finansal kiralama şirketi veya kalkınma ve yatırım bankası olması ve finansal kiralama işleminde kiracıya her türlü faydayı sağlamak üzere finansal kiralama konusu malın zilyetliğini devrederken kiracıdan finansal kiralama bedelleri almakta ve bundan gelir sağladığı hususları da göz önüne alındığında bu sözleşmenin ticari faaliyetler çerçevesinde yapıldığı ve buradaki karakteristik edim borçlusunun daha önce de ifade ettiğimiz üzere kiralayan olmasından dolayı tüm bunlar değerlendirildiğinde, finansal kiralama sözleşmesine kiralayanın işyeri hukuku uygulanacaktır. Karakteristik edim borçlusunun birden fazla işyerine sahip olması durumunda ise, sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri nerede ise o ülkenin hukuku uygulama alanı bulacaktır. Ancak, bunlara rağmen vaziyetten daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı anlaşılıyorsa o halde Finansal Kiralama Sözleşmesine ilişkin daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa o uygulanır.Türkiye’de yerleşik olmayan bir finansal kiralama şirketi ile yapılan sözleşmede de işyerinin bulunmaması durumunda kiralayanın yerleşim yeri o sözleşmeye tatbik edilecektir. Burada kanun koyucu hakime bir takdir yetkisi vermektedir. Somut olayın şartlarına bağlı olarak hakim değerlendirme yapacaktır.

³⁵ Sabih Arkan,**Ticari İşletme Hukuku**,15.b.,Ankara,Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,2011,s.65.

³⁶ Cemal Şanlı,Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe,**Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık,2014,s.267-268.

³⁷ Özdemir Kocasakal,**a.g.e.** ,s.59.

2.3.2.3. Milletlerarası Finansal Kiralama Sözleşmelerinde En Sıkı İlişkili Hukuk

“5718 Sayılı MÖHUK. m.24/f.4’ e baktığımızda “...Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.” denilmektedir. “Bu hüküm, karakteristik edime dayanan objektif kriterin, kanunlar ihtilafı adaletini sağlayamadığı durumlarda, bu adaleti yerine getirmek amacıyla öngörülmüştür”³⁸.

MÖHUK. madde 24’de en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerekliliği belirtilmiştir. Bu durumda, en sıkı ilişkili hukukun tespitinin nasıl yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.Esasen bazı durumlarda, en sıkı ilişkili hukukun tespiti kolay olmamaktadır. Çünkü sözleşme birden çok ülkeyi ilgilendirebilir, öyleyse en sıkı ilişkili hukuk kavramını anlama zorunluluğu hasıl olmaktadır.”Bir sözleşmeye uygulanacak hukuk,o sözleşmeyle en sıkı ilişki içerisinde bulunan hukuktur”³⁹. "En sıkı" veya veya "daha sıkı" ilişkili hukuk, hakim tarafından somut olayın şartlarına göre ve tarafların haklı beklentilerine göre belirlenecektir”⁴⁰. ”Yani en sıkı ilişkili hukuk hakim tarafından lex fori veya lex cause’ya göre değil somut olaydaki şartlara göre değerlendirilip belirlenecektir.Bu çerçevede akdin ifa yerinin,akdin inikat yerinin,akit tarafların vatandaşlıklarının veya işyerlerinin yahut mutad meskenlerinin veyahut yerleşim merkezlerinin nazara alınması düşünülebilir”⁴¹. Hakimin, daha sıkı ilişkili hukuku tespit ederken takdir yetkisini kullanması gerekmektedir.Fakat tamamen serbest değildir. “Hakimin yasal karinelere dayanarak tespit ettiği hukuk, her zaman gerçek anlamda en sıkı ilişkili hukuk olmayabilir,somut olayın koşulları dikkate alındığında bu hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunmasını ihtimali her zaman vardır”⁴². “Karine olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku veya ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde ise, işyerinin bulunduğu ülke hukuku,işyerinin bulunmadığı takdirde ikametgahın bulunduğu ülke hukuku ancak halin tüm şartlarında daha sıkı ilişkili hukukun anlaşılması halinde bu hukuk değerlendirilmektedir”⁴³. Bu açıdan,finansal kiralama sözleşmesi değerlendirildiğinde,sözleşme ile en sıkı ilişkide bulunan hukuk,kiralayanın işyeri hukuku,bulunmadığı takdirde kiralayanın yerleşim yeri hukuku,kiralayanın birden fazla işyerine sahip olması halinde ise,sözleşme ile en sıkı ilişkide bulunan işyeri hukuku sözleşmeye tatbik edilecek hukuk durumundadır. Fakat,son olarak somut olay şartları gözönünde tutularak daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit ediliyorsa o hukuk sözleşme açısından en sıkı ilişkili hukuk olacaktır.

³⁸ Özdemir Kocasakal,a.g.e. ,s.60.

³⁹ Ergin Nomer,**Devletler Hususi Hukuku**,19.b.,İstanbul,Beta Basım,2011,s.318.

⁴⁰ Ergin Nomer,**Devletler Hususi Hukuku**,17.b.,İstanbul, Beta Yayıncılık,2009,s.319.

⁴¹ Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık Çavuşoğlu,**Milletlerarası Özel Hukuk**,11.b.,İstanbul,Seçkin Yayıncılık,2011,s.367-368.

⁴² Cemal Şanlı,Emre Esen ve İnci Ataman-Figenmeşe,**Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık,2014,s.12.

⁴³ Ergin Nomer,**Devletler Hususi Hukuku**,19.b.,İstanbul,Beta Basım,2011,s.318.

3. Milletlerarası Finansal Kiralama Sözleşmelerine Uygulanak Hukukun Uygulama Alanı

MÖHUK. madde 24, daha önce de bahsedildiği üzere ilk önce tarafların hukuk seçimi varsa bunun uygulanması gerektiği daha sonra objektif bağlama noktalarının uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle tarafların seçtikleri hukuk veya bu seçimin olmadığı durumlarda en yakın irtibatlı hukuk sözleşmeden doğan bütün uyumsuzlıklara uygulanmaktadır. Burada da belirtilmesi gerekir ki, bu durum finansal kiralama konusunun taşınmaz kullanımı veya aynına ilişkin olduğu hallerde uygulama alanı bulmayacaktır.

Sonuç

Finansal kiralama (leasing), günümüzde sıklıkla başvurulanan finansman araçlarından biri olmak suretiyle özellikle ticaret hayatında büyük bir rol oynamaktadır. Yatırımcıların son yıllarda daha az risk altına girmek nedeniyle başvurduğu bu yöntem, küreselleşme ile birlikte uluslararası olarak yapılmaya başlanmış günümüzde de farklı ülkelerin hukuk sistemleri nedeniyle uyuşmazlıkların çözümünde bu konuda problemler yaşanmaktadır.

Milletlerarası hukukun yeknesalaştırılması çabaları finansal kiralama alanında da yapılmıştır. Bu konuda özellikle Uluslararası Finansal Kiralama Sözleşmesi hakkında UNIDROIT konvansiyonu öne çıkmakla beraber Türkiye bu konvansiyona taraf değildir. Hal böyle olunca, Türk hukuk mevzuatındaki düzenlemelere bakılması gereği ortaya çıkmaktadır. Fakat Türk hukuk mevzuatında da iç hukuk açısından finansal kiralamaya ilişkin özel bir düzenleme mevcut iken, milletlerarası hukuk açısından finansal kiralama sözleşmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, genel hüküm olan MÖHUK. madde 24'ün milletlerarası finansal kiralama sözleşmelerine uygulanması zorunluluğu hasıl olmuştur. Fakat MÖHUK.'da diğer sözleşme tiplerine ilişkin özel bir düzenleme bulunurken finansal kiralamaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması uygulama açısından sorunlar yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Öncelikle MÖHUK.'da finansal kiralamaya ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunulduğu kanaatindeyiz. Kanaatimizce, finansal kiralama sözleşmesi yapısı itibariyle karmaşık, (sui generis) kendine özgü bir sözleşme ve milletlerarası ticaret en sık rastlanan sözleşmelerden biri olduğundan dolayı, iç hukukta ayrı bir kanun ile düzenlendiği gibi MÖHUK.'da da özel olarak düzenlenen sözleşmeler gibi ayrı bir kanun maddesiyle düzenlenmesi gerekmektedir. Oysa kanun koyucu tarafından, "Finansal kiralamaya ilişkin sözleşmeler, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. Tarafların hukuk seçimi yapmadığı veya bu hukuk seçiminin geçersiz olduğu hallerde, finansal kiralama sözleşmesine kiralayanın işyeri hukuku uygulanır. Kiralayanın birden fazla işyerinin bulunması halinde, sözleşme ile en sıkı ilişkisi bulunan işyeri hukuku, kiralayanın işyerinin bulunmadığı takdirde kiralayanın idare merkezi hukuku sözleşmeye uygulanır. Ancak, halin bütün şartlarından daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye o hukuk uygulanır. Finansal kiralama sözleşmesi taşınmazın aynına veya kullanımına ilişkin ise, bu madde hükümleri uygulanmaz" şeklinde bir düzenleme yapılsa idi, uygulanacak hukuk açısından karakteristik edim tespiti, ticari veya mesleki faaliyete ilişkin olup olmaması ayrımı, tüzel kişilerin mutad meskene sahip olmamasının tespiti, finansal kiralama konusu malın niteliğine göre uygulanacak hukukunda değişeceğinin belirlenmesi gibi çabalara ihtiyaç duyulmadan kanun koyucu bize sözleşmeye tatbik edilecek hukuka ulaşmamızda doğrudan rehberlik edecekti.

Ayrıca, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti hakkında çalışmaların, kaynakların ve doktrin görüşlerinin az olması da çalışmamızda sıkıntılara sebebiyet vermiş, bu alanda yaşanan uyuşmazlıklarla ilgili de belirsizliklerin önlenmesi için çalışmaların artırılması gerekmektedir.

Kaynakça

- Acun-Mekengeç,M.(2014).Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeler.İstanbul:On İki Levha Yayıncılık.
- Altop,A.(1990) Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi.Ankara:Adalet Matbaası.
- Arkan,S.(2011).Ticari İşletme Hukuku.Ankara:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Arslan,İ.(2014).Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı.İstanbul:On İki Levha Yayıncılık.
- Çelikel, A.&Erdem,B. (2014). Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Çınar,K.(2016).Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler.İstanbul:On İki Levha Yayıncılık.
- Demirkol,B.(2010). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk.Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Kocaağa,K.(1999).Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi.Ankara:Yetkin Yayınevi.
- Kuntalp,E. (1988).Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri. Ankara:Türkiye Bankalar Birliği Yayınları.
- Nomer,E.(2009).Devletler Hususi Hukuku.İstanbul:Beta Yayıncılık.
- Nomer,E.(2011).Devletler Hususi Hukuku.İstanbul:Beta Basım.
- Nomer,E.(2015).Devletler Hususi Hukuku.İstanbul:Beta Basım.
- Kocasakal-Özdemir,H.(2010).Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK.m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları.MHB.Y.30,S.1-2.
- Özel,S.&Çınar,K.(2017).Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK.m.25'in Kapsamı.Marmara Üniversitesi,Hukuk Fakültesi,Hukuk Araştırmaları Dergisi.C.23.S.1.
- Söyler,İ.(2007).Mali Teşvik Uygulamaları Açısından Finansal Kiralama.Ankara:Yaklaşım Yayıncılık.
- Şanlı,C.&Ekşi,N.(2000).Uluslararası Ticaret Hukuku.İstanbul:Beta Basım.

Şanlı,C. & Esen,E.& Ataman-Figenmeşe,İ.(2014).Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul:Vedat Kitapçılık.

Şanlı,C.&Esen,E.&Ataman-Figenmeşe,İ.(2015).Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul:Vedat Kitapçılık.

Tekinalp,G.&Uyanık-Çavuşoğlu,A.(2011).Milletlerarası Özel Hukuk.İstanbul:Seçkin Yayıncılık.

Ünay,V.(1989),Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi ve Usulleri.İstanbul: Met/Er Matbaası.

Yasaman,H.&PoroyY.(2010).Ticari İşletme Hukuku.İstanbul:Seçkin Yayıncılık.

Yavuz,C.&Acar,F.&Özen,B.(2013).Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler).İstanbul: Beta Yayıncılık.

Yavuz,C.&Acar,F.&Özen,B. (2009).Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınevi.