

SÖZLEŞME DÜZENLEME SINIRLAMASININ ANALİZİ VE UYARLAMA STRATEJİSİ

Memduh ASLAN, Doç. Dr.

Akın Gencer ŞENTÜRK, Avukat

F. Eda BAYSAL, Avukat

Ankara - İzmir, 17.09.2018

Hukuka aykırılığı tartışmaları ile uygulamada getireceği karmaşa ve ayrıca gelmesi muhtemel ek açıklamalar/kurallar nedeniyle şimdilik konunun gri olduğu gerçeği bir yana, “Bazı dövizli sözleşmelerin TL ye uyarlanması ve yeni sözleşmelerin TL üzerinden düzenlenmesi konusunda ne biliyoruz?” sorusu üzerinden yola çıkarak bazı konuların altını çizmek gerekmiştir.

Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında 32 sayılı Karara eklenen 4/g maddesi ile Türkiye’de yerleşik kişilerin, Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dahil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Geçici madde ile mevcut sözleşmelerin de bu hükme uygun hale getirilmesi için 30 günlük süre tanınmıştır. Düzenlemeyi analiz ettiğimizde yeni düzenlemenin sınırlarını ve çerçevesini daha iyi anlama olanağına sahip olabiliriz.

Metni incelediğimizde 3 temel kriter karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi yerleşiklik, ikincisi sözleşme türü, üçüncüsü ise tacir sıfatı. Bunları tek tek inceleyecek olursak;

A- Yerleşiklik Bakımından:

Dövizle sözleşme düzenleme yasağı tüm tarafları Türkiye’de yerleşik kişiler arasındakilerle sınırlı tutulmuştur. Bu durumda sözleşmelerin Türk Lirası ile düzenlenmesi zorunluluğu için tüm tarafların Türkiye’de yerleşik olup olmadığına bakmak gerekir. “Kimler Türkiye’de yerleşik sayılır?” sorusunun cevabı 32 sayılı Kararın 2/b maddesinde yer almaktadır. Buna göre yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dahil, Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişiler Türkiye’de yerleşik sayılırlar. 2006 yılında yapılan değişiklikle yerleşmek niyetiyle bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak 6 aydan fazla oturanlar ile dışarıda yerleşik kişilerden Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre bir sermaye tahsisi suretiyle Türkiye’de şube açmış olan veya bir şirkete katılmış veya şirket kurmuş gerçek ve tüzel kişiler Türkiye’de yerleşik kişiler tanımından çıkarılmıştır.

Buna göre;

1. Türk vatandaşları ister Türkiye’de ister yurtdışında yerleşik olsun bu kararın uygulanması bakımından Türkiye’de yerleşik kişi sayılacaklardır.
2. Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre merkezi Türkiye’de bulunan şirketler ortaklarının kim olduğuna bakılmaksızın Türkiye’de yerleşik tüzel kişidir.
3. Türk vatandaşı olmayanlar kural olarak yerleşik kişi değildir. ([istisna için](#))
4. Merkezi yurtdışında bulunan şirketlerin Türkiye’deki şubeleri (Uygulamada şube yerine şirket kuruluşu tercih edilmektedir, Türkiye’de bu şekilde kurulan şirketler 2. nolu kapsamdadır), Türkiye’de yerleşik sayılmayacaktır.
5. Türkiye’deki şirketlerin ortağı olan yabancı gerçek ve tüzel kişiler bu ortaklık nedeniyle Türkiye’de yerleşik sayılmayacaktır.

B- Sözleşme Türü Bakımından

Yapılan düzenlemede her türlü sözleşme kapsam dahiline alınmamış, sadece belirli türdeki sözleşmelere yer verilmiştir. Hukuki açıdan kapsam belirlenirken doğal olarak belirtilen sözleşmelerin ilgili kanunlardaki anlamlarının dikkate alınması gerekmektedir.

1. Menkul ve gayrimenkul alım satım sözleşmeleri : Türk Medeni Kanununun 719. maddesinde; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler, gayrimenkul (taşınmaz) sayılmıştır. TMK 762. maddede ise nitelikleri itibariyle taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler ise menkul (taşınır) sayılmıştır. Gemiler uygulamada farklı kanunlarda taşınır veya taşınmaz olarak nitelendirilmiş olsa da, hem taşınırlar hem de taşınmazlar kapsamına alındığından, gemilerin alım satımı da nasıl nitelendirilirse nitelensin aynı şekilde bu kapsam dahilinde olacaktır.
2. Taşıt ve finansal kiralama dahil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing sözleşmeleri: Finansal kiralama ile leasing aynı anlama gelmektedir. Düzenlemede yer alan kiralama türlerinin detaylarının örnekseme olduğunu kabul etmek gerekir. Burada her türlü kiralama denilerek açık kapı bırakılmamıştır.
3. İş, hizmet sözleşmeleri: İş sözleşmesi, İş Kanununda düzenlenmiş olup, belirli ve belirsiz süreli olmak üzere iki tipi bulunmaktadır. İşverenin sürekli emir ve talimatı altında bir işi görme sözleşmesi olarak da özetlenebilir. Hizmet sözleşmesi ise iş sözleşmesinin Türk Borçlar Kanununda genel norm olarak düzenlenmiş halidir. Türk Borçlar Kanununun 393. maddesinde hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

4. Eser sözleşmeleri: Türk Borçlar Kanununun 470. maddesinde düzenlenen eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

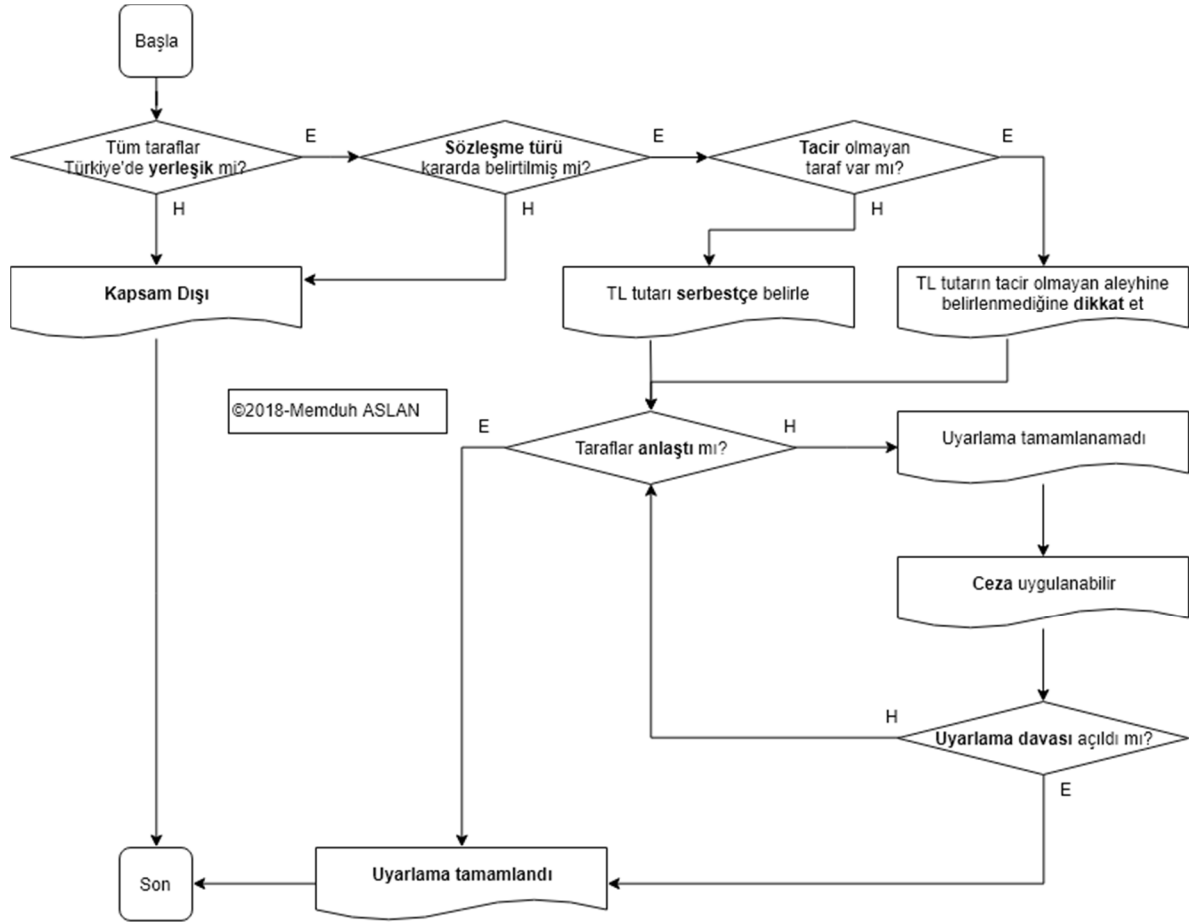
Bu sözleşmelerin dışındaki sözleşmeler ise dövizle düzenlenme yasağı kapsamı dışındadır.

C- Tacir Sıfatı Bakımından:

Ticari faaliyetin temel amacı kar elde etmektir. Tacirlerin kararlarını alırken gelecekte kendi aleyhlerine sonuç doğurmaması için her türlü tedbiri alma sorumlulukları bulunmaktadır. TTK 18/2 maddesi gereğince her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli (gelecekte ortaya çıkabilecek riskleri görebilen) bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konu ile ilgili olarak tacire ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durumu ve sonuçlarını tahmin edebilme sorumluluğunu da yüklemiştir (2003/13-372 E. 2003/340 K.). O halde ikinci ayırım olarak sözleşmenin taraflarının tacir olup olmadıklarını da dikkate almak gerekmektedir.

İster daha önceden süregelen sözleşme olsun isterse yeni yapılacak sözleşme olsun dövizle veya dövize endeksli olarak düzenlenme yasağının uygulanması bakımından şu silsile dikkate alınabilir:

1. Yapılacak veya uyarlanacak sözleşme dövizle düzenlenme yasağı kapsamında mı?
 - a. “Hayır” ise, sözleşme ile ilgili değişiklik yapmaya gerek yok.
 - b. “Evet” ise, 2. numaralı soruya geç.
2. Sözleşmenin tarafları Türkiye’de yerleşik sayılanlardan mı?
 - a. “Hayır” ise, sözleşme ile ilgili değişiklik yapmaya gerek yok.
 - b. “Evet” ise, 3. numaralı soruya geç.
3. Sözleşmenin tüm tarafları tacir mi?
 - a. “Hayır” ise, sözleşme türüne göre, uyarlamanın tacir olmayan aleyhine ağır koşullar getirmemesine dikkat et.
 - b. “Evet” ise, sözleşme koşullarını serbestçe belirle.



Uyarlama İşlem Akış Şeması

Dövizle düzenleme yasağı ile ilgili mevcut sözleşmeler için uyarlama, yeni yapılacaklar için koşul düzenleme aşamasında sabit bir strateji önerme olanağı yoktur. Her sözleşmenin türüne ve taraflarına göre stratejinin yeniden belirlenmesinde fayda bulunmaktadır.

Sözleşme stratejisi belirlenirken iki temel yöntem izlenebilir. Bunlardan birincisi, dövizle düzenleme yasağının getirebileceği zarar veya kaybın en aza indirilecek şekilde mali koşulların yeniden gözden geçirilmesidir. Tek taraflı bir belirleme menfaat dengesini bozabileceğinden, karşı taraf kabul etmediğinde, sözleşmenin TL bedeline hakim müdahalesi kaçınılmaz olacaktır. Diğer taraftan, taraflar anlaştığı sürece, düzenleme şimdilik, belirli bir kura zorlamadığından, dövizli değer yerine kurdan bağımsız olarak daha düşük veya daha yüksek TL üzerinden sözleşme bedeli belirlenmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak karşı taraf tacir değilse, yeni bedeli kabul etmiş olsa bile, sonradan sözleşme bedelinin düşürülmesini, ödenenlerin iadesi veya sözleşmenin esaslı şekilde değiştirilmiş olması sebebiyle fesih ve tazminat taleplerinde bulunabileceğini de dikkate almak gerekir.

İkinci bir yöntem olarak, bu yasak kapsamında çıkacak şekilde, sözleşme taraflarının yerleşiklik durumunun değiştirilmesi veya yerleşiklik durumu kapsam dışı olan yeni taraflarla yeni sözleşmeler yapılması da tercih edilebilir.

Her bir sözleşme koşullarının mali yönleri ile birlikte iyi irdelenmesi gerekmektedir. Acele ile sözleşmelerde üstün taraf gücü kullanılarak değişiklik yapmak, ileride daha farklı sorunlarla karşılaşılmasına sebebiyet verebilir. Gerek yeni sözleşmelerin düzenlenmesi sırasında

gerekse de mevcut sözleşmelerin uyarlanması sırasında sözleşme taraflarının her zaman olduğu gibi hukuk müşavirlerinin desteğini almalarını tavsiye ederiz.

UYARI

Makale olarak kaleme alınmış metinlerde ifade edilen görüşler, kaleme alındığı tarihte yazarın savunduğu görüşlerdir. Bu görüşler, mevzuatta meydana gelen / gelecek gelişmeler ile değişmiş olabilir. Her durumda, özellikle mevzuata yapılan yollamalar, bir başka kaynaktan daha teyit edilmeden kullanılmamalı ve ifade edilen görüşlerin, başka ortamlarda kabul görmeyebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Yazarın bu konuda bir taahhüdü de bulunmamaktadır. Mevzuatımızın özellikle vergi mevzuatımızın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz. Bu çalışmada yer alan bilgi ve açıklamalardan dolayı Av. Akın Gencer ŞENTÜRK'e sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Çalışma ve yazılardan kaynak gösterilmek şartıyla alıntılar yapılabilir. Ancak çalışma ve yazıların bir bütün halinde kullanımı tüm ortamlar ve kullanım şekilleri için telif sahibinin yazılı iznine bağlıdır.