

KATILIM FONUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE; FIKHİ SORUNLAR

Yusuf DİNÇ^[*]

Öz

Katılım bankalarının fon toplama aracı katılım fonları olarak bilinir. Mer'î hukukta mevduat ve katılım fonu düzenleme bakımından ayrıştırılmamıştır. Katılma hesaplarının tek dayanağı mer'î hukuk olmayıp fikhî temellere de dayanır. Katılım fonları özel cari hesaplar ve katılma hesapları olarak ikiye ayrılır. İkiye ayrılan katılma fonlarının fikhî niteliğı de ayrışır. Mevcut hukukî düzen katılım fonlarını fikhî açıdan ele almadığı gibi bir bütün olarak değerlendirmiştir. Katılım fonları ile ilgili fikhî değerlendirmeler mevcut hukukî düzen içinde barındırılmamıştır. Mevcut içtihatlar sadece mevduat üzerinden değerlendirilmiş olup hukukî boyutları ayrıştırılmamış olan katılım fonları bu çalışma kapsamında mevcut içtihatlar üzerinden değerlendirerek ortaya çıkabilecek sorunlar değerlendirilmiştir. Katılım fonları ile ilgili münhasır düzenlemeler yapılma ihtimaline karşı bu çalışmada ileri tartışmalara yönelik önerilere de yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Katılım fonu, katılma hesabı, hukukî altyapı, fikhî sorunlar

Jel Kodları: G21, K29

LEGISLATIONS FOR PARTICIPATION ACCOUNTS; SHARIA PROBLEMS

Abstract

Collected funds of participation banks are called as participation accounts. Legislative framework for deposits and participation accounts is not properly separated. Legal theory of participation accounts is provided both by modern Turkish jurisprudence on deposits and Islamic rules. Participation accounts consist special current accounts and participation funds both depend on separate Islamic rules. Participation accounts are considered as one unit in Modern Turkish jurisprudence moreover Islamic rules are not considered by legislative framework. The interpretations are focused on deposits and can be generalized for participation accounts. In this research legislative framework for participation accounts is assessed and possible

[*] Yrd Doç Dr. - Trakya Üniversitesi - yusufdinc@trakya.edu.tr

problems are considered as a result of lack of Sharia view. This research's suggestions can be arguments for further researches on participation accounts' legal and Islamic background.

Keywords: Participation Accounts, Participation Funds, Legislative Framework, Sharia Problems

Jel Codes: G21, K29

GİRİŞ

5411 sayılı Bankacılık Kanunu katılım bankalarını ilk defa tanımlamış ve katılım fonunun hukuki niteliğine ilişkin temel doküman olarak ortaya çıkmıştır. (1.11.2005 tarih ve 25983 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, katılım bankalarını kredi kuruluşlarından saymış ve “*Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar*” olarak tanımlamıştır.

Bu tanım aktif ve pasif taraftaki faaliyetlerinin bir bölümünü ortaya koyarak katılım bankalarını tarif etmek amacıyla kurulmuştur.

Katılım bankaları faizsiz finansman yöntemleri ile finansal aracılık faaliyeti yapan kuruluşlardır. Hukuki tanım katılım bankalarının finansal aracılık fonksiyonlarını ne şekilde gerçekleştireceklerine dair çerçevenin bir bölümünü çizdiğinden önemlidir.

Çerçevenin bir bölümü aslında katılım bankaları bilançosunun aktif ve pasifinde bulunan kalemlerin bir bölümünün ortaya konmuş olmasını temsil eder. Yani katılım bankaları bilançolarında başkaca faaliyetler de bulunur.

Kanunun çizdiği çerçeve sınırlayıcı değil betimleyicidir. Çünkü kanunda katılım bankaları tanımını altında sadece katılım bankalarına özgü kalemlere yer verilmiştir. Kısaca dünya üzerinde bir bilançonun aktifinde krediler kalemini görmek bu bilançonun sahibinin bir banka olduğuna delalet eder ve pasifinde özel cari ve katılma hesapları kalemleri bulunması halinde bu bilançonun ancak ve ancak bir katılım bankasına ait olduğu muhakkaktır. Bu betimleyici özelliği bakımından Kanunun tanımı işlevseldir.

Kanun daha sonra katılım fonunu tanımlar. Buna göre “*katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek ve tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan para*” katılım fonu olarak kabul edilir.

Özel cari hesaplar ise “*katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesaplar*” şeklinde tanımlanır.

Katılma hesapları “*katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullandırılmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş*

herhangi bir getiri odenmeyen ve anaparanın aynen geri odenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesaplar” şeklinde tanımlanır.

Bu temel tanımları ortaya koyan kanun daha sonra katılım fonu ile ilgili düzenlemeleri mevduat ile beraber der etmiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun katılım fonu ile ilgili düzenlemeleri çatı düzenlemelerdir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 60 ila 64. Maddeleri mevduat ve katılım fonuna ilişkin temel düzenlemeleri konsolide eder. Temel düzenlemeler gibi alt düzenlemeler de mevduat ile beraber düzenlenmiştir.

Mevduat, “tevdi” kelimesinden türemiştir. Tevdi kelimesi ise bir şeyi bir yere bırakmak, emanet etmek anlamına gelmektedir. Tevdi işleminin kapsamına her türlü eşya ile değerin kıymeti, evrak ve paranın açık veya kapalı olarak bırakılması girerken, mevduat sadece paranın tevdi edilmesini kapsamaktadır. (Turanboy, 1997; 254)

Mevduat, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda “Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karışlığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri odenmek üzere kabul edilen para,” olarak tanımlanmıştır. Buna göre mevduatın unsurları řu şekilde sıralanabilir:

- a. Konusunun “para” olması
- b. Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulması
- c. İvazlı veya ivazsız olabilmesi
- d. İstendiğinde ya da belli bir vadede geri odenmek üzere kabul edilmesi.

Bu unsurlar katılım fonunun unsurları olarak da sayılabilir. Kanunda katılım fonu ve mevduat ayırıtılmadığı gibi oluşan içtihatlar da ayırıtılmamıştır. Fikhi yönden farklı nitelikleri bulunan özel cari hesaplar ile katılma hesapları da düzenleme yolu ile ayırıtılmamıştır. Bu durum uygulamaların katılım bankalarının iş modeline uygunluğu ile ilgili sorunlar ortaya çıkarmaktadır veya çıkaracaktır.

Esasen Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu alt düzenlemeleri sağlamak üzere Türkiye Katılım Bankaları Birliği’ni yetkilendirmiştir. Ancak etkin bir danışma kurulu fonksiyonu henüz teşkil edilememiştir. Bu nedenle referans düzenlemeler retilenmemektedir. 1985 yılından bu yana faizsiz finans kuruluşlarının faaliyet gösterdiği Türkiye’de düzenlemeler ilerleyen tarihlerde geliştirilmiştir. Esasen faizsiz finansman dünyada bir iş fikri olarak tartışılmaya başlandığından beri dayanak oluşturacak kanuni düzenlemeler üzerinde durulmamıştır. Bu konudaki ilk eserlerden olan Siddiqi tarafından 1960’larda ele alınan *Banking without Interest* bunun örneklerindedir. Eserde iş fikri olarak faizsiz bankacılık tartışılmış ancak yasal altyapısının ne şekilde hazırlanması gerektiği ile ilgili değerlendirmelere yer verilmemiştir. (Nienhaus, 1984; 86)

Dünyada uygulamasında katılım fonunun hukuki niteliği ile ilgili değerlendirmelerden sonra ülkemizde katılım fonu ve mevduat düzenlemeleri bütün olduğundan beraber incelenecek ve

farklılıklar ortaya konacaktır. Ayrıca düzenleme bütünlüğünün sebep olabileceği fihhi problemler bölüm içinde paylaşılacaktır.

I. Dünyada Katılım Fonunun Hukuki Niteliği

Dünya uygulamasında katılım fonunun hukuki niteliğine ilişkin çalışmalar mevcuttur. Dünyada katılım fonu cari hesaplar, tasarruf hesapları, yatırım hesapları ve özel yatırım hesapları şeklinde geliştirilmiştir. Dünya uygulamasında cari hesapları Türkiye'deki özel cari hesaplar ile aynıdır. Dünyada faizsiz finans kuruluşlarındaki cari hesaplar vedia akdi olarak düzenlenmiştir. Obaidullah, faizsiz finans kuruluşlarındaki özel cari hesapları vedia veya karz olarak veya karma sözleşme olarak değerlendirmektedir. (Obaidullah, 2005; 50) Tasarruf hesapları da tıpkı cari hesap gibi vedia akdi olarak değerlendirilmekle beraber faizsiz finans kuruluşunun inisiyatifinde olmakla beraber prim şeklinde ve hibe niteliğinde getiriden yararlandırılabilir. (Suleiman, 2000; 6) Gene Obaidullah göre tasarruf hesapları vedia ve mudaraba veya ikisinin karması olarak değerlendirilmektedir. (Obaidullah, 2005; 51) Yatırım hesapları ise katılım fonunun muadili olup mutlak mudaraba olarak değerlendirilmektedir. Özel yatırım hesapları ise nitelikli yatırımcı benzeri bir uygulama olarak yatırım hesaplarından farklıdır. (Suleiman, 2000; 6)

Katılım fonlarına özgün düzenlemelerin yokluğu konvansiyonel standartlardan doğan bir takım problemleri ön plana çıkarır. Dudley, genel olarak faizsiz finansmanın gelişiminin önünde uygun standart düzenlemelerin yokluğunun etkili olduğunu ortaya koymaktadır. (1998; 116) Maurer, İslami bankacılık ve finansı inceleyen ve mudaraba fonları üzerine gerçekleştirdiği çalışmasında konvansiyonel düzenlemelerden kaynaklanan üç temel problem belirlemiştir. Bunlar muhasebe problemleri, asil-vekil problemi (2002; 651) ve kuruluşların değerinin ölçülmesinin yönteminin belirsizliği (Maurer, 2002;) şeklinde başlıklar altına alınabilir. Bunlardan birincisi, katılım fonu sahiplerinin yatırımcı olduğu ve yatırımcıların İslami finans kuruluşunun bilançosunda yer aldığı ve bu kuruluşların aracı olduğu halde finansmanı kullananların yani asıl yatırım kabul eden kuruluşun bilançosunda yer almamasıdır. (Maurer, 2002; 654) Uluslararası muhasebe standartları bakımından bir gereklilik olan bu durum firma teorisi veya işletmenin bağımsızlığı ilkesi olarak bilinir. (Clark, 1993; 18) İkinci olarak asil-vekil problemi ne kadar kar elde edildiği ve bu karın nasıl dağıtılacağı problemidir. Son olarak da bu kuruluşların faiz riski taşımaması, mudarabaya dayalı katılım fonlarının değerlendirilmesi gibi problemler nedeniyle konvansiyonel şirket değerlendirme yöntemlerinin etkisizliği temel bir problem olarak ele alınmaktadır.

Bu tartışmalar faizsiz finansmanı var olan konvansiyonel düzenlemelerle nasıl gerçekleştirileceği sorusunu gündeme getirir. Bu sorunun sorulması faizsiz finansman sözleşmelerinin iki kuşak düzenleme ihtiyacı olması hasebiyledir. (Sole, 2007; 12) Bunlardan birincisi yasal düzenlemeler diğeri İslam'ın finansal muamelelerinin kurallarından oluşur. Seküler bir ekonomi modeli için bu durum bir tartışma konusudur. Seküler ekonomilerin düzenleme esnekliği sunması bu bakımdan avantaj olarak da değerlendirilebilir. (DeLorenzo, McMillen, 2007; 161) Buna karşılık Zyp konu ile ilgili çalışmasında Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) sektörün gelişiminin önünde düzenleme yokluğunu ve standart kanunların esnek olmamasını eleştirmektedir. (2009;

1) Seküler modellerden ABD özelinde faizsiz fonlar ile mevduata ilişkin hukuki düzenlemeler ayındır. Birleşik Krallık özelinde de düzenlemeler konvansiyonel ve faizsiz finans kuruluşları için standarttır. Buna rağmen bu ülkelerde konvansiyonel bankalar içinde konumlandırılan faizsiz finansman pencereleri bağımsız kuruluşlar gibi hareket etmektedirler. (Sole, 2007; 14) Yani faizsizliğin sağlanabilmesi için yapının ayrıştırılması gerektiği iş modelinin uygulayıcıları tarafından benimsenmektedir. Birleşik Krallık (UK) özelinde Finansal Hizmetler İdaresi faizsiz finansman ile ilgili alt düzenlemeler geliştirmektedir. (Wilson, 2013; 7) Bu halde düzenlemeleri ayrıştırmanın gerektiği bilinci oluşmaya başlamıştır. Global ölçekte düzenlemelerin bütünlüğü nedeni ile risklerin ayrıştırılamaması probleminde belirleyici olmak üzere İşlam Kalkınma Bankası ve Uluslararası Para Fonu tarafından 2002 yılında İşlami Finansal Hizmetler Kurulu (IFSB) oluşturulmuştur.

ABD ve UK gibi seküler ekonomi modellerinde faizsiz finans kuruluşlarının katılım fonlarına ilişkin düzenlemelerin ayrıştırılmamış olmasına rağmen iki taraf arasında kabul edilen her sözleşme biçiminin referans alınabileceği ve danışma kurullarının kararlarının referans alındığı görülmektedir.

Kooperatif şeklinde faaliyet göstermeye başlayan Avusturya'daki faizsiz finans kuruluşları da konvansiyonel bankalarla aynı mevzuata tabidir. (Ahmad, Hassan, 2006;50)

Faizsiz finansmanın merkezlerinden kabul edilen Bahreyn'de ise konvansiyonel finans kuruluşları ile faizsiz finans kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler ayrıştırılmıştır. (Sole, 2007; 13) Kuveyt'te de faizsiz finans kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler de konvansiyonel bankacılık sisteminden ayrışmıştır. Kuveyt'te özgün düzenlemelerin yapılmasında faizsiz finans kuruluşlarının rekabetçi gücünün desteklenmesi amaçlanmıştır. (Wilson, 2013; 6)

Faizsiz finansman pazarında önemli bir pay tutan Malezya'da da faizsiz finans kuruluşlarına ilişkin düzenlemeler İşlami Bankacılık Kanunu ile ayrıştırılmıştır. (Wison; 2013; 7) Seküler bir idare bulunmamasına rağmen seküler ekonomi pratiği bulunan Suudi Arabistan'da ise düzenlemeler ayrıştırılmamıştır. Suudi Arabistan'da faizsiz finans ile ilgili bir tek alt düzenleme mevcuttur. (Wilson; 2013; 8)

İkinci yaygın dinin İşlam olduğu Tayland'da kurumlaşmış faizsiz finans kuruluşları ayrıştırılmış düzenleme olan Islamic Bank of Thailand Kanunu 2002'ye tabidir. (Haron, Yamirudeng, 2003; 9) Konvansiyonel bankaların faizsiz finans pencereleri ise adı geçen düzenlemeye değil Ticari Bankacılık Kanunu'na tabidir.

Özgün düzenlemelerin rekabetçi üstünlük sağlayıcı avantajı bulunması rağmen faizsiz finans ile ilgili özgün düzenlemeler geliştirilmemesinde faizsiz finansman modelinin gelişiminin de etkisi bulunabilir. Al-Gamal Islamic Finance, Law, Economics and Practice eserinde faizsiz finansmanın gelişimini üç aşamada değerlendirir. Buna göre önce konvansiyonel bir finansal ürün ele alınır, sonrasında İşlami kaynaklarda benzeri aranarak isimlendirilir ve kıyas yapılır son olarak da kıyas sonucu tespit edilen İşlam'ın finansal kurallarına aykırılıklar giderilir. (Al-Gamal, 2006; 20)

Ayrıştırılmış ve özgün düzenlemelere olan ihtiyacı Haron ve Yamirudeng 4 temel ihtiyaç üzerinden önemser. Bunlar; güvenilir bir bankacılık sisteminin oluşturulması, İslami bankalara konvansiyonel bankalarla serbestçe rekabet edecek bir yol açılması, İslami bankaları artık kaynaklarını yönlendirebilecekleri bir yol açılması ve İslami bankaları ve müşterilerini koruyacak mekanizmaların kurulmasıdır. (2003; 9) Haron ve Yamirudeng'e göre başlangıç aşamasında olan faizsiz finansman iş modelinin sayılan maddeleri sağlayacak düzenlemelere ihtiyacı elzemdir. Ahmad ve Hassan'a göre de özgün düzenlemeler efektif ve düzgün işleyiş için elzemdir. (Hassan, 2006; 51)

Özete diğer ülke uygulamaları aşağıdaki tablodan incelenebilir.

Tablo 1: Özet Ülke Uygulamaları

Ülke	Kurum	Münhasır Kanun	Alt Düzenleme
ABD	Var	Yok	Yok
UK	Var	Yok	Var
Avustralya	Var	Yok	Yok
Bahreyn	Var	Var	Var
Kuveyt	Var	Var	Var
Suudi Arabistan	Var	Yok	Sınırlı
Tayland	Var	Var	Var
Malezya	Var	Var	Var

Ernst & Young'ın Dünya İslami Finans Rekabetçilik Raporu 2016'ya göre faizsiz finansmanın en yüksek pazar payı aldığı ülke Suudi Arabistan'dır. Suudi Arabistan'da %51'in üzerinde pazar payı olan faizsiz finans kuruluşlarının Kuveyt'teki payı %45'tir. Bahreyn'in payı %29 seviyelerinde, Malezya'nın ise %21 seviyesindedir. (EY, 2016;12) Raporda faizsiz finansman bakımından yüksek pazar payı bulunan ekonomilerde münhasır düzenlemeler bulunduğu dikkat çekicidir.

2. Türkiye'de Mevduatın ve Katılım Fonunun Hukuki Niteliği

Türkiye'de faizsiz finans kuruluşlarına ve faaliyetlerine yönelik münhasır üst düzenleme bulunmamaktadır. Farklılık ve benzerlikleri bulunan ticari bankalar ile katılım bankalarının farklı düzenlemelere tabi tutulması Özulucan ve Deran tarafından da tespit edilmiştir. (2009; 102) Türkiye'deki mevcut düzenleme bütünlüğü Haron ve Yamirudeng'in münhasır düzenlemeye olan ihtiyacın bir tanesi olan bankalara ve müşterilerine güvence sunulması kalemını karşılıdağı düşümlenebilir.

Mevduat ve katılım fonu nevi şahsına münhasır sözleşmelerdir. Dünyada bir işletmeye sağlanabilecek en özel imtiyaz olan mevduat ve katılım fonu toplama yetkisi ülkemizde özel olarak düzenlenmiştir. Türk hukuk sisteminde doktrin ve yargı kararlarında mevduat üzerinden yapılan tüm değerlendirmeler katılım fonu için de genellenebilir. Bu nedenle bu bölümde mevduat ve katılım fonu beraber incelenmek durumundadır. Zinhar mevduat özelinde gerçekleştirilen tartışmalar akademik olarak yargısal neticeleri ile somutluk barındırır.

Mevduat ve katılım fonunun hukuki tanımının kendine özgünlüğü tartışmalı olup, bu konudaki görüşleri üç başlık altında toplamak gerekir:

- a. Usulsüz Tevdi Görüşü
- b. Karz Görüşü
- c. Karma Sözleşme Görüşü.

Katılım bankalarının özel cari hesaplarının fıkhi niteliğine ilişkin yeni bir akit, vedia veya karz (Bayındır, 2005; 29) veya şaz veya nakis vedia ya da icare akdi (Baysa, 2006; 45) ya da herhalde karz (Turan, 2010; 430) olduğuna ilişkin görüşlerin Türk hukuk sisteminde şimdiki kadar içtihadı bulunmamaktadır. Katılma fonlarının emek sermaye ortaklığı (Gönen, 2005; 198) anlamına gelen mudaraba sözleşmesi (Bayındır, 2007; 257) veya müşterek mudaraba sözleşmesi olması ile ilgili içtihatlar da oluşmamıştır.

2.1. Usulsüz Tevdi Görüşü

Vedia sözleşmesinin bir türü olan usulsüz tevdi saklanmak üzere verilen şeyin mülkiyeti bir süre için vedia alana geçmekte ve o da sözleşmenin sonunda bu şeyi aynen değil, misli ile geri vermekle yükümlü olmaktadır. Bankaya mevduat veya katılım fonu yatırma getiri veya muhafaza saikiyledir. Usulsüz tevdi saik saklama (muhafaza) iken karz sözleşmesinde amaç verilen paraya karşılığında getiri elde etmektir. (Akıntürk, 2001; 235)

Mevduat ve katılım fonu sahiplerinin mevduatlarını ve katılım fonlarını geri alma haklarının 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile hiçbir şekilde sınırlandırılmaması ve koruyucu diğer hükümler usulsüz tevdi görüşünün muhafaza saikini destekler mahiyettedir. Öte yandan, mevduat kelimesinin “tevdi” kelimesinden türemiş olması, bu görüşe dayanak olarak gösterilmektedir. (Önder, 2003; 92) Etimolojik olarak incelemeler önemlidir.

2.2. Ticari Karz Görüşü

Karz (ödünç) sözleşmesiyle karz veren, bir miktar para ve diğer bir misli şeyin mülkiyetini karz alana devretmeyi, karz alan da miktar ve vasıfta eşit aynı türden misli şeyi karz verene geri vermeyi taahhüt eder. (Tandoğan, 1989; 298) Karz sözleşmesinin konusunu ancak para ve diğer misli şeyler oluşturabilir. Karz sözleşmesi “adi karz” ve ticari karz olmak üzere ikiye ayrılır. Adi karz kural olarak ivazsızdır. Bir başka anlatımla taraflar kendi aralarında faiz verilmesini

kararlaştırmamış iseler, karz alanın faiz vermesi gerekmez. Ticari karzda ise taraflar arasında faiz verilmesi şart koşulmamış olsa dahi faiz verilmesi lazımdır. (Akıntürk, 2001; 233)

Mevduat hesaplarının ve katılım fonlarının “ticari karz” olduğunu savunan görüşlere göre, Türk Ticaret Kanunu Md. 3 ve 21 uyarınca taraflar arasındaki ilişki ticari nitelik taşımakta olup, bankalar kendilerine tevdi edilen bu paraları bir sözleşme çerçevesinde bankaların kuruluş amacına göre işletmektedirler. (Önder, 2003; 92) Ayrıca bu görüş mevduat karşılığında faiz verilmesini, katılım fonlarına kar tahakkuk ettirilmesini ve katılım fonları ve mevduat sözleşmelerinde bankaya takas yetkisi verilmesini de görüşlerine destek olarak göstermektedirler.

2.3. Karma Görüşler

Doktrinde mevduat ve katılım fonu sözleşmelerinin karma sözleşme niteliğinde olduğunu savunulmaktadır. (Konuralp, 1980; 19; Tekinalp, 1988; 313) Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde ön gördüğü unsurların kanunun ön görmediği tarzda bir araya getirilmesiyle meydana gelir. (Yavuz, 2002; 21) Bu görüş sahipleri, mevduat sözleşmesinin niteliğinin belirlenebilmesi için tarafların güttükleri amaca bakılması gerektiğini belirtmektedirler. Eğer parayı yatıran kişi parasının bankada güvenli bir şekilde saklanması amacını gütmekteyse, “usulsüz tevdi”, getiri elde etme amacı gütmekteyse “karz sözleşmesi” söz konusu olacaktır. (Akıntürk, 2001; 236)

Bu görüş, mevduat ve katılım fonu sözleşmelerinin; karz, usulsüz tevdi ve vekâlet sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan karma nitelikte bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. Bu açıdan bakıldığında yatırılan paranın saklama amacı olması usulsüz tevdi sözleşmesinin, bankaların takas yetkisini kullanma olanağı ve vadeli mevduat sözleşmelerindeki faiz taahhüdünün ve katılma hesaplarına getiri beklentisinin karz sözleşmesinin, bankanın mevduat ve katılım fonu işlemlerini takip etmesi bakımından ise vekâletsiz iş görme sözleşmelerinin unsurlarını oluşturmaktadır. (Konuralp, 1980; 19)

Yargıtay’ın mevduat özelinde vardığı sonuç da karma görüşe paralellik arz etmektedir. Yargıtay ilk kararında mevduat sözleşmesinin usulsüz tevdi olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay daha sonraki kararlarında, hem “usulsüz tevdi” hem de “ticari karz” yönünde kararlar vermiştir. Son yıllarda Yargıtay kararlarında, mevduat sözleşmesinin karz akdi ile usulsüz tevdi hükümlerinin karışımı kendisine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğuna hükmetmiştir. (Önder, 2003; 101) Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin son yıllarda verdiği bir kararında da aynı görüş belirtilmiştir: “Mevduat yatırma, ağırlıklı olarak esas itibarıyla belli oranda faiz elde etme amacına yöneldiği için karz akdine daha çok yaklaşan, ancak güvenilir bir kurumda parayı muhafaza etme fikri ile vedia akdini hatırlatan kendine özgü bir akit tipidir. Mevduata uygulanacak hükümler, ancak kıyas yoluyla ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde karz akti hükümleri ve istisnai hallerde vedia akti hükümleri olacaktır.” (Y. 12. HD. Tarih: 29.04.2004, E. 6537 K.10591)

Buna göre mevduat ve katılım fonunun kendisine özgü sözleşmeler olduğu anlaşılabilir. Bu tartışma aslında fıkhen ancak özel cari hesaplar özelinde doğrudur denebilir. Özel cari hesapların mevduat ile benzerliği mevcut hukuki düzen ile katılım fonlarının niteliğinin mevduat ile

eşdeğerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Lakin katılma hesaplarının fıkhî niteliği farklılık oluşturabilir. Katılma hesabının fıkhî niteliği bu noktadan sonraki tartışmaların asıl belirleyicisidir. Buna göre katılma hesapları mudaraba yöntemi ile toplanır. Mudaraba iki taraftan birisinin emek diğerinin sermayesi ile işletilen faaliyet türüdür. Bu faaliyetin neticesi olarak elde edilen kar ve zarar paylaşılarak vadesinde hesaplara tahakkuk ettirilir.

Türkiye Katılım Bankaları Birliği'nin sitesinde yer alan faizsiz finans szluğnde katılma hesapları ile ilgili olarak;

“Katılım bankalarında fon toplanırken cri ya da katılma hesabı açılır. Cri hesaba yatırılan fonlar “faizsiz borç” hkmindedir. Katılma hesapları ise mudrabe / emek sermaye ortaklığı sözleşmesine dayanır. Katılma hesabı sahibi “sermayedar”, katılım bankası “mudari” sıfatını taşır. Kr ve zarara ortaklırlar.

Buna göre katılım bankasına katılma hesabı açıldığında;

Bankaya borç değil sermaye verilmiş olur. Banka bu sermayeyi işletecektir.

Banka fonu istediği gibi kullanamaz; meşru ve faizsiz alanlarda kullanmak zorundadır.

Banka kâr zarar dağıtımı için sürekli hesap yapmak zorundadır.

Katılma hesaplarında vade sonunda fazlalık alınacağı kesin değildir. Zarar ihtimali vardır.

Dolayısıyla alınacak fazlalığın miktarı da hesap açılırken belli değildir.

Alınacak fazlalık bankanın dönem içindeki krına bağlıdır.”

(<http://www.tkbb.org.tr/faizsiz-finans-sozlugu#1349>)

ifadelerine yer verilmiştir.

Bu noktadan sonra katılım fonlarının hukukî niteliği ile ilgili yapılacak tartışmalar katılım fonlarının mevduat ile müşterek düzenlemeleri ve katılma hesaplarının mudarebe özelliğinin muhtemel neticeleri üzerinedir.

2.4. Katılım Fonunun Hukukî Niteliği ile İlgili Fıkhi Sorunlar

Katılım fonunun usulsüz tevdi veya ticarî karz olarak nitelendirilmesinin katılım bankacılığı uygulamasında çok önemli sonuçları olmaktadır. Katılım fonunun karz olarak kabul edilmesi durumunda, katılım bankası bu fonlara mutlaka getiri ödemesi yapmak durumunda kalacaktır. Bu hesapların “usulsüz tevdi” sayılması halinde ise bir getiri sunulması söz konusu olmayacaktır.

Diğer taraftan, katılım fonlarının “ticarî karz” olarak nitelendirilmesi durumunda banka hesap sahibinden olan bir alacağını katılma hesabından takas edebilecektir. Bu hesapların “usulsüz tevdi” sayılması halinde ise banka hesap sahibi ile arasında bir anlaşma bulunmadıkça alacağını takas edemeyecektir. Yine konunun katılım fonları üzerinde hapis hakkı kullanılıp kullanılmaması açısından da önemi bulunmaktadır. Medenî Kanun'da düzenlenen şekliyle hapis hakkı, bir hak olarak sahibine (alacaklıya), borçlunun rızasıyla zilyedi olduğu taşınırı veya kıymetli evrakı üzerinde, bu eşya ile irtibatlı olan muaccel alacağını elde edinceye kadar eşyayı malik olan

borçluya veya üçüncü bir şahsa iadesini reddetme ve gerektiğinde borçluyu ihbar ile eşyayı paraya çevirme hakkıdır. (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_749.htm)

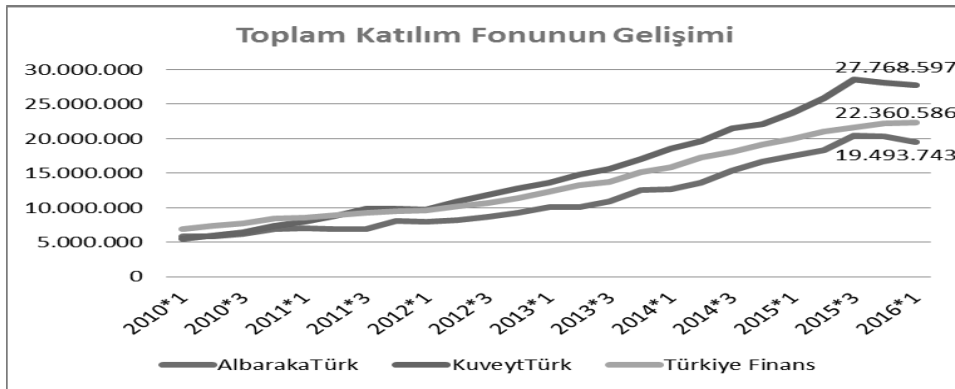
Katılım fonunun karma veya münhasır sözleşme olması fıkhen uygun mudur? Birden fazla sözleşme içinden yeni bir sözleşme türü üretmek veya yepyeni bir sözleşme türü üretmenin hükmü nedir?

Bu tartışmanın katılım bankalarını ilgilendiren kısmı aslında özel cari hesaplarla sınırlıdır. Çünkü katılım bankalarının fon toplama yöntemleri ikiye ayrılır ve işleyiş biçimleri tamamen birbirlerinden farklıdır. Lakin mevduat genelinden yapılan bu mer'î hukuk tartışma katılım fonlarını ayırıştırılmaksızın genel değerlendirmeler olarak ortaya çıkar. (Battal, 2000; 142)

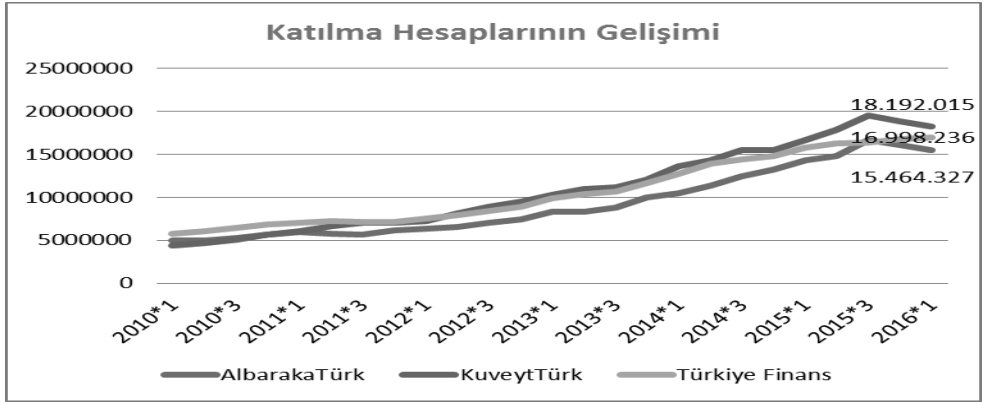
En temel sorun katılım fonunun cüzleri olan özel cari hesapların katılma hesaplarından mevcut hukuki uygulamada ayırıştırılamamasıdır. Fıkhen bu ayrımı yapmak mümkün ve mecburi olduğu halde mevcut hukuk sistemimizde fihki nitelikleri farklı olduğundan uygulamasında farklılıklar bulunan özel cari ve katılma hesaplarının fihki temelli içtihadını oluşturmak mevcut düzenleme alt yapısı ile mümkün olmadığından uygulamada önemli sorunların ortaya çıkması muhtemeldir.

Katılım bankacılığının varlığı, faizin İslam'ı inanış biçimi olarak kabul eden insanlar için yasaklanmış olmasının mecburiyetindedir. (Battal, web, s.12) Bu nedenle mevcut hukuk sistemi çıkabilecek sorunları katılım fonunu mevduattan ve özel cari hesabı katılma hesabından ayırmadan sağlıklı şekilde sonuçlandıramaz ve yorum farklılıklarının önünü açar pozisyonudadır. Özel cari hesapların işleyişinin hukuki mevzuatının vadesiz mevduata daha uyumlu olduğu tespit edilebilir. Ancak katılma hesaplarının vadeli mevduattan ayırıştırılması gerektiği genel kabul gören görüştür. (Bayındır, 2005; 36)

Türkiye'de 2010 yılından bu yana faal olan katılım bankalarının toplam katılım fonları, katılma hesapları ve özel cari hesapların gelişimi aşağıdaki grafiklerde ortaya konulmuştur.

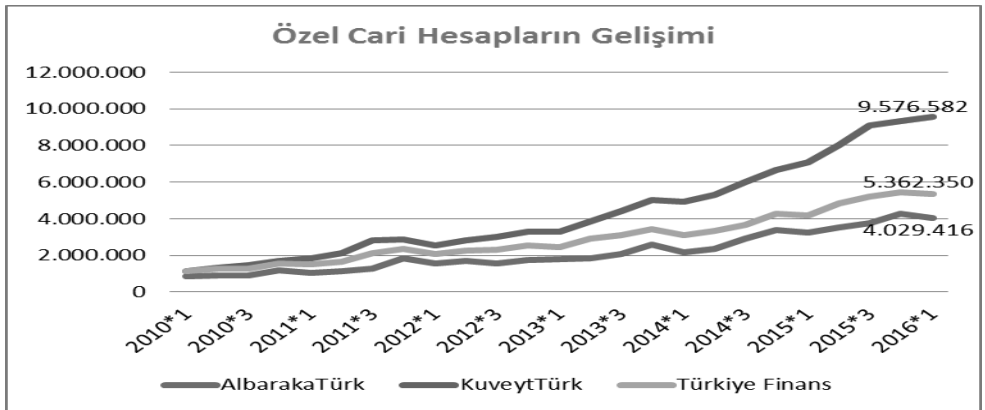


Grafik I: Toplam Katılım Fonlarının Gelişimi (TL)



Grafik 2: Katılma Hesaplarının Gelişimi (TL)

Kaynak: TKBB



Grafik 3: Özel Cari Hesapların Gelişimi (TL)

Kaynak: TKBB

2010 yılı birinci çeyreği ile 2016 birinci çeyreğine kadar olan dönemde toplam katılım fonları 18 milyon TL seviyesinden 70 milyon TL seviyesine yükselerek 3.8 katına çıkmıştır. Aynı dönemde katılım hesapları 15 milyon TL seviyesinden 50 milyon TL seviyesine yükselerek 3.4 kat yükseliş göstermiştir. Özel cari hesaplarsa aynı dönemde en yüksek artışı göstermiştir. 2010 yılı ilk çeyreğinde 3 milyon TL civarında olan özel cari hesaplar toplamı 2016 yılı ilk çeyreğinde 6 kat yükselerek 19 milyon TL seviyesine yükselmiştir. Türkiye'de katılım bankalarının pazar payı ise 2016 yılı verilerine göre %5,5 seviyesine ulaşmıştır. (EY, 2016; 12)

Katılım fonlarının artan tutarı ile birlikte pazar payı da artmaktadır. Sektöre kamu katılım bankalarının girişi ile birlikte oluşacak artan pazar payı artışı ile katılım fonlarına ilişkin düzenlemelerin önemi ve münhasır düzenlemelere olan ihtiyaç artacaktır.

3. Mevduat ve Katılım Fonu Türleri ve Dezavantajları

Mevduat ve katılım fonu, yatıran kişilere göre ve vadelerine göre tasnife tabi tutulmaktadır. Buna ilişkin düzenleme Türkiye'de Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından gerçekleştirilmiştir. Mevduat ve katılım fonu türleri 03.02.2007 tarih ve 26423 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan *Mevduat Ve Katılım Fonlarının Vadeleri Ve Türleri Hakkında Tebliğ* ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda rekabetçi avantaj kaybına neden olan vadelerine göre mevduat ve katılım fonu türleri değerlendirilecektir.

3.1. Mevduatın ve Katılım Fonlarının Vadelerine Göre Türleri:

Mevduat vadelerine göre aşağıdaki şekilde sınıflandırılmaktadır: (03 Şubat 2007 tarih ve 26423 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı: 2007/1))

- a. Vadesiz mevduat:** Bankanın izni aranmaksızın hesap sahibi tarafından istenildiği zaman kısmen veya tamamen çekilebilen, herhangi bir ihbar veya vade koşulu taşımayan ve faiz tahakkukları yılsonunda veya hesabın kapatılmasında yapılan mevduattır.
- b. İhbarlı mevduat:** Çekileceği tarihten 7 gün önce yazılı bir ihbar verilmek suretiyle çekilebilecek mevduattır.
- c. Vadeli mevduat:** 1 aya kadar vadeli (1 ay dahil), 3 aya kadar vadeli (3 ay dahil), 6 aya kadar vadeli (6 ay dahil), 1 yıla kadar vadeli ve 1 yıl ve daha uzun vadeli (1 ay, 3 ay, 6 ay ve yıllık faiz ödemeli) olarak açılacak mevduattır.
- d. Birikimli mevduat:** Asgari 3 yıl vade ile açılan, sözleşme ile belirlenen aylık veya üç aylık sürelerde hesaba para yatırmaya imkan veren mevduattır. (23.07.2015 Tarih Ve 29423 Sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Mevduat Ve Katılım Fonlarının Vadeleri Ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı: 2007/1)'De Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Sayı: 2015/4))

Özel fon havuzları şeklindeki katılma hesapları hariç olmak üzere, katılım fonlarının vadeleri aşağıdaki şekilde belirlenmiştir: (Tebliğ Sayı 2007/1)

- a. Özel cari hesap:** Katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen vadesiz fonların oluşturduğu hesaplardır.

b. Katılma hesapları: 1 ay vadeli, 3 aya kadar vadeli (3 ay dahil), 6 aya kadar vadeli (6 ay dahil), 1 yıla kadar vadeli ve 1 yıl ve daha uzun vadeli (1 ay, 3 ay, 6 ay ve yıllık kar payı ödemesi) olarak açılabilir hesaplardır.

c. Birikimli katılma hesabı: Aşgari 3 yıl vade ile açılan, sözleşme ile belirlenen aylık veya üç aylık sürelerde hesaba para yatırmaya imkan veren katılma hesabıdır. (Tebliğ Sayı 2015/4)

3.2. Vadelerine Göre Katılım Fonu ve Mevduat Sınıflandırmalarının Katılım Bankacılığı Açısından Dezavantajları

Katılım fonunun ve mevduatın vadelerine göre tasnifi mevduat bankaları açısından bir rekabetçi üstünlük sağlar. Görüldüğü üzere vadeli mevduat için “1 aya kadar vadeli” ibaresi mevcuttur. Katılma hesapları için aynı ifade “1 ay vadeli” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme günlük olarak mudaraba havuzlarına kar/zarar hesaplayan katılım bankaları için bir teknik imkânsızlıktan arı olarak düzenleme eli ile 1 ay altında vadelerde atıl bulunan ve getiri beklentisi olan katılım fonlarının mevduata dönüşmesi sonucu doğurur.

Katılım fonların bir bölümünün faiz hassas bir bölümünün ise getiri duyarlı olduğu muhakkaktır. Getiri duyarlı fonların atıl vadelerinin 1 ayın altında olması halinde mevduata dönüşmeleri kaçınılmaz olarak katılım bankalarına rekabet dezavantajına neden olur.

Mevcut yasal düzenlemeler katılım bankalarıyla mevduat bankaları arasında fon toplama açısından haksız rekabete neden olmaktadır. Mevcut yapıda katılım bankalarının özel cari hesaplar dışında fon toplayabildiği en kısa vade 1 ay (31 gün) olarak belirlenmiş durumdadır. Mevduat bankalarındaysa ‘overnight’ tabir edilen gecelik hesaplar dahi açılıp faiz tahakkuk ettirilebilmektedir.

Katılım fonları için ‘1 aya kadar’ yerine ‘1 ay’ ibarelerinin kullanılması katılım bankalarında bir ayın altında katılım fonu hesabı açmak isteyen veya bir ayın altında vadesi kalmış hesabına ilave yapmak isteyen müşterinin geri çevrilmesi, vadenin bekletilmesi veya mevduata dönüşmesi veyahut da yastık altı yatırımın beslenmesi sonucu vermektedir.

Bu durum mevduat bankaları ile katılım bankaları arasında haksız rekabete neden olarak piyasada etkinliği ve etkililiği kısıtlamaktadır. İlgili tebliğ, düzenleyici eliyle bozulması ve haksız rekabetçi avantaj sağlanması neticeleri vermiştir.

Katılım bankacılığı özel olarak açık pozisyon almayan, belli riskleri taşımayan ve bu bakımından denetleyici ve düzenleyiciler ve toplum tarafından güven duyulan ve aynı zamanda müşteri sadakati yüksek olan bir sektör, ancak yastık altı meylî yüksek olan bu müşterilerin de tatmini şart. Ayrıca piyasada etkinliğin artırılması için rekabet ortamının sağlanması gerekiyor. Zira tasarrufların artırılması kronik cari açık problemi yaşayan ekonomimiz için çok can alıcı bir ihtiyaç, ilgili tebliğin neden olduğu çevreden kaynaklanan tasarruf kayıplarının önlenmesi için tebliğde değişiklik veya yeni düzenlemeler yapmak gerekiyor.

Asıl amacı yatırımların finansmanı olan katılım bankalarının günlük bazda birim hesap değeri üzerinden kar/zarar tahakkuk ettirebilecek teknik kapasitesi bulunuyor olmasına rağmen düzenlemedeki “kadar” kelimesi kadar değişikliğin yapılması teknolojinin ve hızın arttığı dünyada elzemdir.

1 ay altında vadeli katılma hesabı kabul etmeye engel bir fıkhi özellik bulunup bulunmadığının tespiti halinde uygulamaya yönelik düzenleme dezavantajı sorgulanmalıdır.

4. Katılım Fonu Kabulü, Çekilmesi ve Fıkhi Sorunları

4.1. Katılım Fonu Kabulü ve Çekilmesi

Kredi kuruluşları ile özel kanunlarına göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişi, aslen veya fer'an meslek edinerek mevduat veya katılım fonu kabul edemez, ticaret unvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilân ve reklamlarında bu izlenimi yaratacak ifade ve deyimleri kullanamaz. Karşılığında hesap cüzdanı yerine makbuz, katılma belgesi, senet ve benzeri belgelerin verilmesi, alınan paraların mevduat veya katılım fonu kabulü sayılmasına engel değildir. (Bankacılık Kanununun Md. 60)

Bu düzenleme bir işletmeye sunulabilecek en özel imtiyazın katılım fonu ve mevduat kabulü olduğuna ilişkin delil olarak değerlendirilebilir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, 818 sayılı Borçlar Kanununun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz. Mevduat veya katılma hesabı sahipleri ile kredi kuruluşları arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır. (Bankacılık Kanununun Md. 61)

4.2. Katılım Fonunun Çekilmesinde Fıkhi Sorunlar

Uygulamada katılma hesaplarından tediye işlemlerinde vade beklenmeksizin ödemeler yapılmaktadır. Bu ödemeler yapıldığında ilgili hesaplar üzerine tahakkuk eden karlar havuza veya banka karına iade olmaktadır. Bu tutarların havuza mı bankaya mı iade olacağına dair bir standart düzenleme söz konusu değildir. Üstelik hesaba zarar tahakkuk etmişken tediye işlemlerine izin veren katılım bankalarının tediye muamelesi kar tahakkuk eden uygulamadaki gibi gerçekleştirilecekse gerçekleşen zararın havuza veya banka zararına mı iade edileceğinin mevcut uygulamada standart bir düzenlemesi de söz konusu değildir.

Kar iadelerini banka kaynaklarına aktarmayı seçen katılım bankalarının zarar iadelerine de katlanmasından başka hakkı bulunamaz. Kar iadelerini havuza iade eden bankalar için de zarar iadesi gerçekleştirilmeyi uygun bulması halinde havuza iadesi hak olandır.

Mevcutta fiiliyat bulan banka zelineindeki kar iadesi uygulamasının karşılığı vadeden önce te-diye talep edenlere zarar yansıtılmaması sonucu doğurur.

Bilakis kar ve zarar iadelerinin yapılmaması veya vadeden önce katılım fonu çekilmesine izin verilmemesi tercih edilebilir. Ancak bu şartlar zorlayıcı olabileceğinden bankalarca esnetilmek istenmesi doğaldır. Bu nedenle bir standardın geliştirilip muhtelif uygulamalara müsaade edilme-mesi gerekir.

5. Katılım Fonunun zerine Tedbirler, Haklar ve Fıkhi Sorunları

5.1. Katılım Fonunun Rehni ve Katılım Fonu zerinde Hapis Hakkı

Bankaya karşı mevduat ve katılım fonu sahibinin alacağı niteliğinde olan mevduatın ve katı-lım fonunun rehni Türk Medeni Kanununun 954'üncü maddesinde düzenlenen 'alacağın rehni' hükümlerine tabidir. (Reisoğlu, 2000; 309) Mevduat ve katılım fonu sahibinin veya rehin alacak-lısının bankaya ihbarı ile birlikte yazılı rehin sözleşmesinin getirilmesiyle, banka mevduat veya katılım fonu üzerine rehin kaydını koyar. Rehinin kapsamına mevduat ve katılım fonu hesabın-daki anaparanın yanı sıra daha sonradan tahakkuk edecek faiz, kar/zarar da girer. (TMK m.959) (eker, 2004; 161)

Rehin kaydının konulmasından itibaren bankanın rehinli mevduat ve katılım fonu hesabın-dan ödeme yapabilmesi için mevduat ve katılım fonu sahibinin yanı sıra rehin alacaklısının da onayı gerekmektedir. (Kaplan, 1996; 145)

Türk Medeni Kanununun 950'nci maddesi uyarınca alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Türk Me-deni Kanunun 954 ve devam maddelerinde bu hakka ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. (şener, 2009; 196) Mevduat ve katılım fonu taşınır mal niteliğinde olduğu için Türk Medeni Kanunun 950'nci maddesinde belirtilen hükümler çerçevesinde hapis hakkının konusuna girer. (Kaplan, 1996; 145) Bu tanım bakımından mevduat ve katılım fonu ilişkisine bakıldığında; banka hesap-taki paranın kullanım yetkisine sahip olduğu için bankanın bu parayı dilediği gibi değerlendirme özgürlüğü vardır. Bu nedenle bankanın zaten kendi zilyetliğinde olan para için hapis hakkı kul-lanmakta pratik bir faydası yoktur.

5.1.1. Katılım Fonu Rehninin ve Hapsinin Fıkhi Sorunları

Bu noktada zilyetliğin sürdürülmesi ve oluşabilecek karın veya zararın rehnedilmesi veya hapsi bir sorun olarak ortaya çıkar. Örneğin vergi borcuna istinaden belirli bir tutara kadar katı-lım fonu alacağına e-rehin konmuş olsun. Katılma hesabına zarar yansıtılması halinde kamunun alacağına ilişkin hüküm ne olacaktır?

Ayrıca katılım bankalarının kullanılabilecek fon karşılığı katılım fonunun özel cari veya katılma hesapta tutulmasının hükmü de önemlidir. Teminat bakiyesinin katılma hesabında blokesi halinde zarar oluşması durumunda teminat açığı oluşabilecektir. Kullanılan fon özelinde fon talep edenin kredibilitesinin sunduğu nakdi teminata dayanması halinde oluşacak teminat açığı bankaya sermaye yeterliliği üzerinden ek yük oluşturarak toplamda havuz üzerinde etkili olacaktır. Katılma hesaplarına rehin konularak teminat oluşturulmasının riskin ölçülmesini zorlaştırdığının tespit edilmesi gerekmektedir.

5.2. Katılım Fonunun Temliki

Mevduat ve katılım fonu alacağı, mevduat ve katılım fonu sahibinin bankadaki paradan dolayı bankaya karşı olan alacağıdır. Mevduatın ve katılım fonunun temliki, mevduat ve katılım fonu sahibi ile temlik alan arasındaki yazılı anlaşma ile olur (BK. m.163). Ayrıca mevduatın ve katılım fonunun temliki, taraflar arasında bir sözleşme olmaksızın kanun hükmünden de kaynaklanabilir. Mesela TMK m.599/I uyarınca mevduat ve katılım fonu sahibinin ölmesi durumunda mevduat ve katılım fonu alacağının mirasçılara geçmesi örnek olarak verilebilir.

Eğer temlik olunan mevduat ve katılım fonu hesabının, birden fazla kişiye ait müşterek veya iştirak halinde mevduat veya katılım fonu olması halinde temlik işleminin, ortakların tamamının imzasını taşıması gerekmektedir. (Çeker, 2004; 154) Mevduatın ve katılım fonunun temliki işleminin bir diğer özelliği de aynı mevduatın ve katılım fonunun birden fazla temlik işlemine konu olmaması ve bankanın önceki mevduat ve katılım fonu sahibine yönelik defilerinin devam etmesidir. (Kaplan, 1996;151)

5.2.1. Katılım Fonu Temlikinin Fıkhi Sorunları

Katılma hesapları için zilyetliğin devamı burada da bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Örneğin katılma hesap sahibi vefat ettiğinde ölüm günü katılma hesabından bankanın tasarrufu devam etmeli midir? Miras ölüm günü hak olacağından miras hakkı katılma hesabında bulunan varislerin kar elde edebileceği gibi zarar sonucuna katlanmaları da gerekir. Varislerin kara veya zarara katılma tasarrufları bulunup bulunmadığının ölüm halinin tespiti ile bilinmesi güçtür. Varislerin tasarruflarının özel cari hesapta miras kalan tutarların değerlendirilmesi şeklinde ise ve özellikle katılma hesabı zarara uğrarsa hükmün ne olacağı önemli bir sorundur. Bu noktada zilyetliğin devamının hak olup olmadığı sorusunun sorulması gerekir.

5.3. Katılım Fonunun Takası ve Fıkhi Sorunları

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun mevduatın ve katılım fonunun çekilmesini düzenleyen 61. Maddesi takasa dair hükümler getirmiştir. Bankacılık uygulamasında takas, mevduat hesaplarındaki paranın kredi borçlarının itfa edilmesi aracı olarak kullanılır. (Çeker, 2004; 174)

Takas hakkının kullanımı katılma hesaplarındaki bakiyelerin teminat sayılması gibi tartışma konusudur. Kanunun sunduğu bu hakkın katılma hesaplarının fıkhi dayanakları ile örtüşüp örtüşmediği sorgulanmalıdır.

5.4. Katılım Fonunun Zamanaşımı ve Fıkhi Sorunları

Bankalar nezdlerindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zama-naşımına tâbidir. Zama-naşımına uğrayan her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde, yapılacak ilânı müteakiben Tasarruf Mev-duatı Sigorta Fonuna (Fon) gelir kaydedilir. (Bankacılık Kanununun Md. 61)

Bankalar bir takvim yılı içinde zama-naşımına uğrayan ve tutarı 50 Türk Lirası ve üzerindeki her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacakların hak sahiplerini, başvuruda bulunmadıkları takdirde hesaplarının Fona devredileceği hususunda, izleyen takvim yılının Ocak ayı sonuna kadar iadeli taahhütlü mektupla uyararak zorundadır. Söz konusu mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar ile tutarı 50 Türk Lirasının altındaki her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar Şubat ayının başından itibaren bankanın kendi internet sitesinde liste halinde üç ay müddetle ilan edilir. Banka, söz konusu listelerin kendi internet sitesinde ilan edildiği hususunu, Şubat ayının onbeşinci gününe kadar ülke genelinde yayım yapan tirajı en yüksek iki gazetede iki gün süreyle ilan eder. İnternet sitelerinde ilan edilen listeler, bankalar tarafından eşzamanlı olarak ayrıca Fona gönderilir. Fon bu listeleri Nisan ayının sonuna kadar konsolide edilmiş olarak kendi internet sitesinde yayımlar. (1 Kasım 2006 tarih ve 26333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Mevduat Ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine Ve Zama-naşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet Ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik)

Katılım fonunun Fona devri fıkhi uygunluğu bulunup bulunmadığı sorusunun sorulması kaçınılmazdır. Katılım fonu sahibinin saklama veya getiri saikinin öncelikle tespit edilmesi gerekir. Bu ayırımın tespiti zordur. Ancak bu ayırımın fikhen belirleyiciliği olacağı sorunu da ihtilaf durumlarında önemli olacaktır.

5.5. Katılım Fonunun Haczi ve Fıkhi Sorunları

Bankalardaki mevduat ve katılım fonu, tasarruf sahiplerinin bankalardan olan alacakları olup menkul hükmündedir. (m. 106, II). Bu nedenle, bankadaki mevduatın ve katılım fonunun haczi taşınır haczi gibi yapılır. Borçlunun bankadaki mevduatı veya katılım fonu İcra İflas Kanununun 89'uncu maddesinde belirtilen hükümlere haczedilir.(Bknz. Kuru, 2003)

Borçlunun bankadaki mevduatı, alacaklının haciz talebi üzerine, icra dairesi tarafından haczedilir. Borçlunun bankadaki mevduatının veya katılım fonunun haczi için haciz tutanağı düzenlenmesi ile borçlunun bankadaki mevduatı veya katılım fonu haczedilmiş olur. Bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi, bankadaki mevduatın borçluya ödenmesini önleyen bir tedbirdir.

Bankaların, üzerine haciz konulmuş olan vadeli mevduatı ve katılma hesabını, icra dairesinin talebi üzerine vadesinden önce icra dairesine ödemeleri düzenlenmiştir.

Katılım fonunun haczi ve vadeden önce haczin uygulanmasının fıkhi uygunluğu ihtilaf halinin diğer bir tartışması olabilir. Banka haciz işlemlerinde yükümlülük sürelerini sehven de olsa geçirmek suretiyle haczedenden tarafı mağdur ederse oluşacak yükümlülüğün fıkhi boyutu da tartışılmalıdır. Gene zilyetliğin devamı halinde karın veya zararın haczi belirtilen tutarı etkilemesinin fıkhi boyutu ihtilaf halinde tartışılmalıdır.

5.6. İradi Tasfiye ve Fona Devir

İradi tasfiye bankalar için kanunla sunulan bir haktır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre *“İflas kararı verilmeyen hallerde bankanın iradi tasfiyesi, banka genel kurul kararı aranmaksızın ve Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlerin infisah ve tasfiyeye ilişkin hükümlerine tâbi olmaksızın tasfiye kurulu üyelerinin Fon tarafından atanması suretiyle gerçekleştirilir.”* (Madde 106)

İradi tasfiye gibi katılım bankalarının çözümlenmesi üzere fona devri de 5411 sayılı bankacılık Kanununda düzenlenmiştir. *“Bir bankanın bu Kanun hükümlerine göre faaliyet izninin kaldırılması hâlinde yönetim ve denetimi Fona intikal eder.*

İznin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren, banka hakkındaki ihtiyatî tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatı durur ve yeni icra ve iflas takibi yapılamaz. Banka hakkında Fon haricinde üçüncü kişiler tarafından açılmış tüm dava, icra ve iflas takipleri mahkeme, icra ve iflas dairesi tarafından derhal Fona bildirilir.

Fon, yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankadaki sigortalı mevduatı ve sigortalı katılım fonunu doğrudan veya ilân edeceği başka bir banka aracılığı ile ödeyerek, mevduat ve katılım fonu sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister. Bu görev ve yetki münhasıran Fona aittir. Bu şekilde yapılacak iflas isteminde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 178 inci maddesinin ikinci fıkrası ve 179 uncu maddesinin iflasın ertelenmesine ilişkin hükümleri uygulanmaz.

Fonun iflas talebi hakkında 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun seri muhakeme usûlü hükümleri uygulanır ve en geç altı ay içerisinde iflas talebi hakkında karar verilir. (Madde 106)

Fona devir ve iradi tasfiye kararı alınması halinde zilyetliğin sürdürülmesi yukarıdaki diğer tartışmalar gibi değerlendirilmeli ve standartları belirlenmelidir.

Bir diğer problem Katılım bankaları için havuzdaki dalgalanmayı önlemek üzere kullanılan rezerv tamponu mevcudiyetidir. Bu rezerv tamponu kapsamında katılım bankaları %5 oranında kardaki anormal artışlar veya zarar haline karşılık rezerv ayırarak havuzun dalgalanmasını önlemek eğilimindedir. Bunun mantığı muhasebe uygulamasında zararın reeskont edilememesidir. Havuzlarda karın gerçekleşmesi zamana yayıldığı halde zararın gerçekleşmesi tek seferde ortaya çıkar.

İradi tasfiye veya fona devir günü rezerv tamponu üzerinden veya özkaynaklarla manipülasyonuna ilişkin bir standardın gelişmemiş olması da tartışılmalıdır.

Sonuç

Katılım fonlarına ilişkin düzenlemeler mevduata ilişkin düzenlemelerden ayrıştırılamamaktadır. Bu durum katılım fonu uygulamalarının İslam fihhına uygunluğunu problemli hale getirir.

Oysa faizsiz finansman modeli İslam fihhına uygun olarak faaliyet göstermek amacı ile ortaya çıkmıştır. Bu hal kanun ve düzenlemelerde yer alan her bir madde temelinde katılım fonuna münhasır düzenlemeler yapılması gerekliliğini ortaya koyar. Çalışmada ele alınan tartışmalar, katılım fonunun hukuki niteliği, vadelerine göre katılım fonlarının rekabetçi dezavantajı, katılım fonu kabulü, çekilmesi, takası, temliki, rehni ve hapsi, iradi tasfiye ve fona devir etrafındadır.

Buna göre katılım fonlarının, özel cari hesaplar ve katılma hesapları özelinde içtihatlarının oluşturulması gerektiği, vadelerine göre katılım fonlarına ilişkin düzenlemelerin getirdiği dezavantajların ortadan kaldırılması gerektiği ortadadır. Diğer tartışmalar özelinde mudarebe özelliğindeki katılma hesaplarının zilyetliğinin ortaya çıkarabileceği sorunların fihhi değerlendirmeleri ileri tartışmalara zemin hazırlayacaktır.

Tartışmalarda katılım fonları ile ilgili ortaya çıkabilecek sorunlarla alakalı olarak oluşturulmuş içtihatlarla ulaşılamamıştır. Dünya uygulamasına paralel şekilde mevcut mer'î hukuk düzeninden katılım fonları ayrıştırılarak münhasır düzenlemeleri oluşturmaya ihtiyaç vardır.

Kaynaklar

Eserler

- AHMAD, Abu Umar Faruq; HASSAN, M. Kabir. The Adoption of the UK Finance Bill Proposals on Islamic Finance into Islamic Banking in Australia. *Review of Islamic Economics*, 10.1: 41-57, 2006,
- AKINTÜRK, Turgut, *Borçlar Hukuku*, Beta Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2001,
- AL-GAMAL, Mahmoud A. *Islamic finance: Law, economics, and practice*. Cambridge University Press, 2006,
- BAYSA, Hüseyin, *Faizsiz Finans Kurumları Çalışma Yöntemlerinin İslam Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi*, 2006,
- BATTAL, Ahmet, *Türk Mali Sisteminde Özel Finans Kurumları Deneyimi ve ÖFK'ların Türk Banka Sistemi İçindeki Yerleri Üzerine, Türkiye'de Özel Finans Kurumları - Teori ve Uygulama*, Albaraka Türk Yayınları:17, İstanbul, 2000,
- BAYINDIR, Abdülaziz. *Ticaret ve Faiz*, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007,
- BAYINDIR, Servet, *İslam Hukuku Penceresinden Faizsiz Bankacılık*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2005,
- CLARK, M. W., Entity theory, modern capital structure theory, and the distinction between debt and equity. *Accounting Horizons*, 7(3), 14., 1993,
- ÇEKER, Mustafa, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, Adana, 2004,
- DeLORENZO, Yusuf, T., McMILLEN, Michael, J., T., Law and Islamic Finance: An Interactive Analysis, *The Regulatory Challenge*, Archer, Karim (Editör), John Wiley & Sons, 2007,

- DUDLEY, N., Islamic banks aim for the mainstream Banks that lending according to Islamic principles want to branch out., *Euromoney-London*, 113-120, 1998,
- ERNST&YOUNG, World Islamic Banking Competitiveness Report 2016; New Realities, New Opportunities, 2016,
- GÖNEN, D, İslam Hukukunda Mudarebe (Emek+ Sermaye) Şirketinde Tarafların Hak Ve Borçları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 63(1-2), 192-212, 2005,
- HARON, Sudin; YAMIRUDENG, K. Islamic banking in Thailand: prospects and challenges. *International Journal of Islamic Financial Services*, 5.2: 1-11, 2003,
- KAPLAN, İbrahim, *Banka Sözleşmeleri Hukuku C 1*, Batıder, Ankara, 1996,
- KONURALP, Haluk, Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği, ABD, 5.1,1980,
- KURU, Baki, İcra ve İflas Kanunu'nun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 47, 2003,
- MAURER, B., Anthropological and accounting knowledge in Islamic banking and finance: Rethinking critical accounts, *Journal Of The Royal Anthropological Institute*, 8(4), 645 – 667, 2002,
- OBAIDULLAH, M., *Islamic Financial Services*, Scientetific Publishing Centre King Abdulaziz University, 2005,
- ÖNDER, M., Fahrettin, Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 8 S.1, 2003,
- ÖZULUCAN, Abitter; DERAN, Ali. Katılım Bankacılığı ile Geleneksel Bankaların Bankacılık Hizmetleri ve Muhasebe Uygulamaları Açısından Karşılaştırılması/The Comparison of Participation Banking and Traditional Banking on the Perspective of Banking Services and Accounting Applications.*Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 6.11, 2009,
- REİSOĞLU, Seza, *Bankalar Kanun Şerhi*, İstanbul, 2000,
- SIDDIQI, N. M., Banking Without Interest, *J. Res. Islamic Econ.*, Rew. by Nienhaus, V., Vol. 1, No. 2, pp. 85-90 (1404/1984), 1984,
- SOLE, Juan, A., Introducing Islamic Banks into Conventional Banking Systems, *IMF Working Papers*, 1-26, 2007,
- SULEIMAN, N. M. (2000). Corporate governance in Islamic banks. *Társadalom és gazdaság Közép-és Kelet-Európában/Society and Economy in Central and Eastern Europe*, 98-116.
- ŞENER, Oruç, Hami, Bankanın Rehinli Alacaklı Sıfatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehininde Rehin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 11, Sayı 2, 2009, s. 195-250 (Basım Yılı: 2011), 2009,
- TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kira Ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri*, Cilt: I/2, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul, 1989
- TEKİNALP, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, C.1, İstanbul,1988,
- TURAN, M. F., İslam Hukuku Açısından Usulsüz Vedia Akdi, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 15, 2010,
- TURANBOY, N., Kürşad, Tasarruf Mevduat Sözleşmesinin Niteliği, Gazi Üniversitesi HFD., C.1, 1997,
- WILSON, R., The development of Islamic finance in the gulf cooperation council states. *The Transformation of the Gulf: Politics, Economics and the Global Order*, 146, 2013,
- YAVUZ, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümleri*, İstanbul 2002,
- ZYP, Victoria Lynn, *Islamic finance in the United States: Product development and regulatory adoption*, PhD Thesis. Georgetown University, 2009

Kanun, Düzenleme ve İçtihatlar

- 1.11.2005 tarih ve 25983 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
03 Şubat 2007 tarih ve 26423 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı: 2007/1)
- 23.07.2015 Tarih Ve 29423 Sayılı Resmi Gazete’de Yayınlanan Mevduat Ve Katılım Fonlarının Vadeleri Ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı: 2007/1)’De Değışiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Sayı: 2015/4)
03 Şubat 2007 tarih ve 26423 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı: 2007/1)
- 23.07.2015 Tarih Ve 29423 Sayılı Resmi Gazete’de Yayınlanan Mevduat Ve Katılım Fonlarının Vadeleri Ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı: 2007/1)’De Değışiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Sayı: 2015/4)
- 1 Kasım 2006 tarih ve 26333 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Mevduat Ve Katılım Fonunun Kabulüne, ekilmesine Ve Zamaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet Ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Y. 12. HD. Tarih: 29.04.2004, E. 6537 K.10591

İnternet Kaynakları

- BATTAL, Ahmet, Katılım Bankacılığında Kırmızı izgiler Kalkıyor Mu?, s.12
http://w3.gazi.edu.tr/~battal/kitaplar/katilim_bankaciligi.pdf (erişim:26.04.2016)
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_749.htm (erişim:17.04.2016)
<http://www.tkbb.org.tr/faizsiz-finans-sozlugu#1349> (erişim:02.05.2016)