

ANAPARA FAİZİ VE TEMERRÜT FAİZİNE ÜST SINIR GETİREN TBK M. 88 ve TBK M. 120 HÜKÜMLERİNİN TİCARİ FAİZLER (TTK M. 8 VE TTK M. 9) BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

Araş. Gör. Dr. Kürşad Yağcı*

I. Genel Olarak

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88.maddesinde anapara faizine ve 120.maddesinde ise temerrüt faizine ilişkin olarak üst sınır getirilerek, sözleşme serbestisi prensibi kanuni oran üzerinden sınırlamaya tabi tutulmuş olmaktadır¹. İncelememizde Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu genel nitelikli sınırlamaların, Türk Ticaret Ka-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Mülga Borçlar Kanunu döneminde faiz oranlarına sınırlama, Yargıtay tarafından her somut olayın özelliği göz önüne alınarak ve kişilik haklarına veya ahlaka ya da dürüstlük kurallarına aykırılık şeklinde çeşitli hukuki kriterler vasıtasıyla getirilmekte idi: Bkz. YHGK 21.9.2005, 11-459/480 (Kazancı İçtihat Programı).

TBK m.88/2 ve TBK m.120 hükmü ile faiz oranına ilişkin getirilen somut sınırlamanın isabetliliği tartışma konusu olmuştur. Aşırı yararlanma (gabin), kişilik haklarına aykırılık veya ahlaka aykırılık gibi hukuki imkânlar mevcut iken böyle bir sınırlamaya ihtiyaç olmadığı ve bu şekilde somut bir sınırlandırmanın her somut olayda adaletli sonuçlar vermeyebileceği, bu yöntemin sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun düşmediği, korunması gereken sözleşme tarafına ilişkin bu korumanın ya somut olay şartlarına göre hâkime adaletli karar verme yetkisi tanıyan genel geçersizlik nedenleri ve MK m.2 yoluyla veya bizzat o durumu düzenleyen özel hükümlerle sağlanması gerektiği görüşünde: **Haluk Nami Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, İstanbul, Beta, 2012, N.167; **Ahmet Kılıçoğlu**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2008, s.49; **Hakan Albaş**, Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, Legal Hukuk Dergisi, 2005/34, s.3650.

Faize somut sınırlama getirilmesinin, hukuk güvenliği açısından daha isabetli olduğu, genel geçersizlik kriterlerine göre daha işlevsel ve daha kesin sonuçlar doğurduğu, başka ülkelerde de faiz oranlarına kanunlarla üst sınır getirme yöntemini tercih edildiği, bunun yargı organlarını rahatlatacağı görüşünde: **Murat Aydoğdu**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz ile İlgili Düzenlemeler, DEÜHD, 2010/1, s.93-95; **Atilla Altop**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, 28 Nisan 2006, İstanbul, s. 146; somut sınırlamayı isabetli bulmakla birlikte yüksek olan söz konusu faiz sınırlarının, piyasa şartlarına ve istatikselsel yöntemlere dayanarak daha makul seviyelere indirilmesi gerektiği görüşünde: **Nagehan Kırkbeşoğlu**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Faiz Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme, BATİDER, 2012/4, s.159-160.

TBK m.88 hükmünün Madde Gereğesi'nde, emredici nitelikteki bu hükümle uygulamada sıkça görülen olağanüstü faiz oranları karşısında, borçluların korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

nununun 8. ve 9.madde hükümleri kapsamında ticari anapara faizi ve ticari temerrüt faizi için de birer sınırlama oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmektedir².

Anapara faizi (kapital faiz), en basit şekilde, belirli bir süre para alacağından yoksun kalmanın karşılığı ve medeni semeresi olarak ifade edilebilir. Anapara faizi, borcun iadesinin gerektiği ana (vadeye) kadar ödenen karşılıktır. Oysa temerrüt faizi, para borcunu ifa zamanı geçtiği halde ifa etmeyerek temerrüde düşen borçlunun, alacaklıya ödediği götürü bir tazminattır. Temerrüt faizi, temerrüt anından itibaren işler³. Anapara faizi olsa da olmasa da temerrüt faizi, koşulları varsa istenebilir. Anapara faizi çoğu kere sözleşmeden doğar; temerrüt faizi ise sözleşmede hiç kararlaştırılmamış olsa dahi temerrüdün bir sonucu olarak talep edilebilir. Anapara faizine tekrar faiz yürütülmesi (bileşik faiz), kural olarak mümkün olmayıp⁴, kanunda öngörülen istisnai hallerde mümkündür⁵. Temerrüt faizine de tekrar temerrüt faizi yürütülemez (FK m.3). Ancak kural olarak anapara faizine temerrüt faizi yürütülmesine bir engel yoktur (TBK 121/1)^{6 7}.

Bilindiği üzere faiz hukuki işlemde veya kanundan doğabilir. Ancak faizin oranı, hukuki işlem, kanun veya örf ve adet ile belirlenir. İster anapara faizi

² Anapara faizine ve temerrüt faizine sınırlama getiren özel kanun hükümleri (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, Ödünç Para Verme İşleri Hakkında KHK, TTK m.1530 vb.) incelememizin kapsamı dışındadır.

³ TBK m.117 gereğince, “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşmenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır”. TTK m.10 gereğince “ Aksine sözleşme yoksa, ticari bir borcun faizi, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlar”. Ayrıca bkz ve karş. TTK m.1530.

⁴ 3095 sayılı FK m. 3 gereğince “Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez”. Tüketim ödünçünü düzenleyen TBK 388/3 gereğince “Faizin anaparaya eklenerek birlikte yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılmaz”.

⁵ 3095 sayılı kanuna göre “Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır(f.2)”. Aslında ticari işlerde kural olarak bileşik faiz yürütülemez; ancak bu kuralın istisnası olan TTK m.8/2 hükmü gereğince “Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir. Şu şartla ki, bu fıkra, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz”. Yine bileşik faiz yürütme imkanı veren özel kanun hükümleri saklıdır.

⁶ TBK 121/1 gereğince “Faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür (f.1). Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza koşulu hükümlerine tabi olur (f.2). Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez (f.3)”.

⁷ Buna karşılık gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizi bakımından bileşik faiz yürütülmesini engelleyen ve TTK m.8/2 hükmü ile TBK m.121/1 hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olan Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu 20/3 gereğince, banka ve kredi kartı uygulamasından doğan borçlarda, temerrüt hali de dahil olmak üzere, bileşik faiz işletilemeyecektir.

niteliğinde olsun isterse temerrüt faizi niteliğinde olsun; faiz ödeme yükümlülüğü sözleşme ile kararlaştırılabilir ki buna sözleşmeden doğan faiz (akdi faiz) adı verilir. Anapara faizi veya temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü bazen de doğrudan doğruya kanundan doğar (kanundan doğan faiz)⁸. Öyleyse, “sözleşmeden doğan anapara faizi ve sözleşmeden doğan temerrüt faizinden” ya da bunların karşısında “kanundan doğan anapara faizi ve kanundan doğan temerrüt faizinden” söz edilir.

Sözleşmeden doğan anapara faizi ve ve/veya temerrüt faizi “oranları” sözleşmede gösterilmiş olabileceği söz konusu oranlar sözleşmede gösterilmemiş; yalnızca faiz ödenmesinin kararlaştırılmış olması ile yetinilmiş de olabilir. Sözleşmeden doğan anapara veya temerrüt faizi oranlarının sözleşmede gösterilmemiş olduğu hallerde “kanuni faiz oranları” uygulanır (TBK m. 88/1; 3095 sayılı FK m.1, TBK m.120/1, FK m.2). Bu ihtimallerde bir tamamlayıcı yedek hukuk kuralı olarak sözleşmeden doğan faiz oranının kanunla belirlenmesi (kanunun sözleşme boşluğunu doldurması) söz konusudur. Anapara faizi ve temerrüt faizinin doğrudan doğruya kanundan doğduğu hallerde faiz oranlarını yine kanun tarafından belirlenmesi söz konusudur (3095 sayılı FK m.1)⁹.

II. TBK m. 88 Kapsamında Anapara Faizi ve TBK m. 120 Kapsamında Temerrüt Faizi

A. TBK m. 88 Kapsamında Anapara Faizi

“Faiz” kenar başlığı altında yer alan TBK m.88 hükmü, anapara faizi için uygulanacak kanuni faiz oranını belirleyen genel nitelikte bir hükümdür¹⁰. Anapara faizi oranı sözleşmede kararlaştırılmış olabileceği kararlaştırılmamış da olabilir.

Birinci ihtimal, anapara faizi ödeme borcu söz konusu olduğu halde, anapara faiz oranının belirlenmemiş olması halidir. TBK m.88/1 gereğince

⁸ Kanundan doğan anapara faizine örnek olarak TTK m. 20, c.2 gösterilebilir: “Ayrıca, tacir, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için, ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır”. TBK 387/2 gereğince “Ticari tüketim ödünçü sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir”. Kanun gereği faiz ödenmesi gereken hallerden olarak ayrıca bkz. TBK m.510/1, 538/1, 627/2.

Temerrüt faizi, para borçlarında temerrüdün doğal bir sonucu olarak, sözleşme ile kararlaştırılmasa dahi söz konusu olmaktadır (TBK m.120; FK m.2).

⁹ 3095 sayılı FK m.1’de kullanılan “Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde” ifadesi, faizin hukuki işleminden (sözleşmeden) veya kanundan doğabileceğini ortaya koymaktadır.

¹⁰ TBK.m.88 hükmünde düzenlenen faizin türünün anapara faizi mi temerrüt faizi mi olduğu madde metninde açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, TBK m.120 hükmünün kenar başlığının “temerrüt faizi” olması ve içeriğinin temerrüt faizini düzenlemiş olması karşısında, TBK m.88 hükmünün anapara faizini düzenlediği söylenebilir başlıkta ve içerikte “anapara faizi” teriminin kullanılması daha isabetlidir: **Aydoğdu.**, s.92, s.85-136; aynı yönde bkz. **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, Vedat, 2011, s.327; ayrıca bkz. **Hüseyin Ülgen/Ömer Teoman/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Fusun Nomer Ertan**, Ticari İşletme Hukuku, 3.bası, İstanbul, Vedat, 2009, s.76.

anapara faizine uygulanacak oran faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. TBK m.88/1 gereğince, “Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir”. Hükümde yer alan “faiz ödeme borcunun” ifadesinden, faiz ödeme borcunun doğduğu anlaşılacakla birlikte, faiz borcunun kaynağı olarak; “sözleşmeden doğan anapara faizi” – “kanundan doğan anapara faizi” şeklinde bir ayırım yapılmamıştır¹¹.

TBK m.88/1 hükmünün gönderme yaptığı mevzuat, genel olarak 3095 sayılı Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanundur. 3095 sayılı FK m.1 gereğince, “Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır(f.1). Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir (f.2)”. Bakanlar Kurulu, 19.12.2005 tarih ve 2005/9831 sayılı kararı FK m.1/2 hükmünde tanıyan yetkisine dayanarak 1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere bu oranı %9 olarak belirlemiştir. Sonuç olarak, günümüzde TBK m.88/1 hükmünün yaptığı atıf nedeniyle anapara faizine uygulanacak olan oran %9’dur.

İkinci ihtimal olarak taraflar sözleşme ile faiz borcuna uygulanacak olan oranı kararlaştırmamış olabirler. Bu durumda TBK m.88/2 hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. TBK m.88/2 hükmüne göre, “Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz”. Şu halde sözleşme ile kararlaştırılacak anapara faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen %9 oranının yüzde ellisi olan %13,5 oranını aşamayacaktır. Bu hüküm gereğince sözleşmeyle kararlaştırılacak faiz oranına bir üst sınır getirilmektedir. Taraflarca sözleşme ile %13,5’ten daha az bir oran kararlaştırılmışsa sözleşme ile kararlaştırılan oran uygulanacaktır. Kanunun anapara faizi için öngördüğü bu sınırı (%13,5’i) aşan faiz oranlarının kararlaştırıldığı durumlarda, anapara faizinin üst sınırını aşan oran bakımından “kısmi hükümsüzlük” zorunludur¹². Sözleşmenin kanuni sınıra

¹¹ Bu hükmün “anapara faizi borcunun kaynağının kural olarak sözleşme olması ve sözleşmede bir oranın kararlaştırılmadığı” haller bakımından uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği görüşünde: **Aydoğdu**, s. 92. Fakat kanun faizin kaynağı bakımından hükümde bir ayırım yapmış değildir. Öte yandan anapara faizi ödeme borcunun kanundan doğduğu ve oran belirlenmediği hallerde, genel olarak, özel kanun veya ilgili mevzuat hükümleri uyarınca faiz oranları belirleneceğinden TBK m.88 hükmüne paralel bir sonuç elde edilebilmektedir. Özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kanundan doğan anapara faizi oranının belirlenmesinde de FK m.1 hükmünün uygulanacağını yukarıda açıklamıştık. Nitekim TBK m.88/1 hükmü de ilgili mevzuat hükümlerine (bu kapsamda FK m.1 hükmüne) göndermede bulunmuştur.

¹² Aynı yönde **Şirin Aydıncık**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Borçların İfası (TBK m.83 -111) Hükümlerine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul, Filiz, 2011, s.153-154. Üst sınırı aşan faiz oranının taraflarca geçersiz olacağı bilinsiydi, bu sözleşmenin diğer hükümlerinin kesin olarak hükümsüz olacağı veya aynı şartlarda sözleşme yapılmayacak olduğu ileri sürülemez. Dolayısıyla TBK m.27/2 hükmü uygulanamaz. Üst sınırı aşan faize uygulanacak yaptırımlara ilişkin açıklamalar için bkz. **Eugen Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich, 1988, s.230 vd; **Hans Giger**,

kadar olan faiz oranı ile faiz hükmü dışındaki sözleşme hükümleri geçerliliklerini korurlar.

B. TBK m. 120 Hükümü Kapsamında Temerrüt Faizi

Temerrüt faizinin¹³, temerrüde düşen borçlunun temerrüde düştüğü andan itibaren alacaklıya ödemesi gereken faiz olduğunu ifade etmiştik. Mülga Borçlar Kanunumuz döneminden farklı olarak¹⁴ TBK m.120 hükmü ile temerrüt faizi oranına da somut sınırlama getirilmiştir.

Berner Kommentar, Schweizerische Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragverhältnisse, 1. Teilband, 1. Unterteilband, Der Konsumkredit, Bern 2007, N. 627 vd. Üst sınırı aşan faiz oranları bakımından kısmi hükümsüzlük konusunda detaylı bilgi için bkz. **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, "Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük", Kavramları İle İlgili Düşünceler, Selim Kaneti'ye Armağan, Abay, İstanbul, 1996, s.26 vd; **Nagehan Kırkbeşoğlu**, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, Vedat, s.219 vd; **Kırkbeşoğlu**, s.147-48, ve dn.7 ve 8'de anılan yazarlar, s.163 vd ve orda dn.50'de anılan yazarlar. Söz konusu eserlerde faiz oranının indirilerek geçersiz kılınması münasebetiyle "düşey kısmi hükümsüzlük" ya da TTK m.1530/1 hükmünün, TBK 27/2 hükmü ile birlikte yorumlanması ile "değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük" terimleri kullanılmaktadır. Meselenin detayları konumuz dışında kalmakta olduğundan, burada işaret etmekle yetiniyoruz.

TTK m.1530/1'de ticari hükümler uyarınca üst sınır belirlenmiş olup da üst sınırın aşılması halinde sözleşmenin üst sınır üzerinden yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Tüm bu hallerde kısmi hükümsüzlük oransal bir indirim şeklinde gerçekleşmektedir. Öğretide TTK m.1530/1 düzenlemesinin ratio legis'inden yola çıkarak yalnızca ticari işler kapsamında değil; adi işler bakımından da uygulanması gerektiği savunulmuştur: Detaylı bilgi için bkz. **Kırkbeşoğlu**, s.148 ve dn.10'da anılan yazarlar. Kısmi hükümsüzlüğün faiz bakımından üst sınıra çekilme (indirim) şeklinde uygulanması, TTK m.1530/1 veya TBK m.182/3 kıyasen ya da MK m.2 gereğince söz konusu olabilir. Hangi hüküm esas alınırsa alınsın pratikte aynı sonuç varılacaktır.

Üst sınırın aşılması halinde sözleşmenin üst sınır üzerinden yapıldığının kabul edileceği yolunda: **Nomer**, N.167ve N.41; **Aydoğdu**, s.93.

¹³ eBK m. 103 hükmünde kullanılan "geçmiş günler faizi" yerine TBK m.120'de "temerrüt faizi" kavramının kullanılması isabetli olmuştur; çünkü gecikme ve temerrüt kavramları eş anlamlı değildir. Faiz borcunun doğumu salt bir gecikmeye değil; bu gecikmenin temerrüt şartlarını ihtiva etmesine bağlıdır (BK m.117 vd). Bu konuda bkz. **Nami Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, Kazancı, 1992, s. 127; ayrıca bkz. **Mehmet Helvacı**, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, Beta, 2000, s.103 vd; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 7.bası, İstanbul, Filiz, 1993, s. 911 vd.

¹⁴ eBK m.103 hükmünde bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun, tarafların temerrüt faizini kararlaştırmadığı veya daha az kararlaştırdığı durumda yüzde beş oranında temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmişti. Ancak bu hüküm 3095 sayılı FK m.5 gereği uygulanmamaktaydı. Dolayısıyla taraflar sözleşmede temerrüt faizi oranı kararlaştırdıklarında kararlaştırılan oran uygulanacak, kararlaştırılmaması halinde ise 3095 sayılı FK m.5/2 uyarınca FK m.2/1 hükmü uygulama alanı

Birinci ihtimal, temerrüt faizi oranının sözleşme ile belirlenmemiş olması halidir. TBK m.120/1 gereğince, “Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir”. Hükümde geçen ilgili mevzuat, temerrüt faizi oranını düzenleyen 3095 sayılı FK m.2/1 hükmüne gönderme yapmaktadır. FK m.2/1 gereğince, “Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur”. 3095 sayılı FK m.1 hükmünde belirlenen faiz üst sınır oranının Bakanlar Kurulu tarafından günümüzde %9 olarak tayin edildiğini ifade etmiştik. Bu durumda yapılan kanuni atf gereğince kanuni temerrüt faizi oranı da % 9 olacaktır¹⁵.

İkinci ihtimal olarak taraflar temerrüt faizi oranını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda TBK m.120/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır: “Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. TBK m.120/1 hükmü, FK m.2/1 hükmüne gönderme yaptığına göre, temerrüt faizi oranının sözleşmede kararlaştırıldığı hallerde bu oran, FK m. 2/1 uyarınca belirlenen faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır¹⁶ 17. Şayet taraflar azami sınırdan daha yüksek bir oran belirlemişlerse aşkın temerrüt faizi oranı kısmi hükümsüzlüğe uğrayacaktır. Örneğin, taraflarca %20 oranında kararlaştırıldığı ihtimalde, bu oran, %9’un yüzde yüzü olan %18’i aştığından, taraflarca kararlaştırılan temerrüt faiz oranı %18 olarak kabul edilecektir.

Üçüncü bir ihtimal olarak taraflar sözleşmede anapara faizi kararlaştırmış ve fakat temerrüt faizi oranı kararlaştırmamış olabilir. TBK m.120/3 gereğince, “Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur”. Madde gerekçesinde ise borçlunun, temerrüdünden yarar sağlamasının önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Nitekim 3095 sayılı FK m.2/3 hükmü de paralel bir düzenleme içermektedir: “Temerrüt faizi miktarının sözleşmede ka-

bulacaktır. Sözleşmeyle kararlaştırılan faiz oranı TMK m. 2, 23 ile eBK m. 19, 20, 23-30 hükümleri uyarınca sınırlandırılabilir.

¹⁵ Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, TBK m.120’de düzenlenen temerrüt faizi sınırlamasına dair hükmün ticari faizler bakımından da geçerli olduğu kabul edilirse, bu görüşün doğal sonucu olarak 3095 sayılı FK m.2/2 hükmüne göre Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasının kısa vadeli avanslar için uyguladığı oranların daha yüksek olması halinde bu oranlar uygulanacaktır. Böylece kısa vadeli avans oranı FK m.1’de düzenlenen % 9 oranının yerini alacak ve ticari kanuni temerrüt faizi üst sınırı bu oran olacaktır.

¹⁶ Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, TBK m.120 hükmünün, ticari temerrüt faizine de sınırlama getirdiği kabul edilirse, ticari temerrüt faizi için daha yüksek olan FK m.2/2 hükmünün kanuni oran olarak esas alınması ve bu oranın (TBK 120/2 gereğince) yüzde yüz fazlasının esas alınması gerekir.

¹⁷ TBK m.88 hükmü bakımından genel geçersizlik sebepleri yerine somut bir oran ile sözleşme serbestisinin bu şekilde sınırlanmasına ilişkin eleştiriler, TBK m.120 yönünden de söz konusudur: **Nomer**, N.189, N.41; ayrıca bkz. **Ahmet Kılıçoğlu**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2008, s.49; aksi yönde görüş için bkz. **Aydoğdu**, s.106-107.

rarlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz¹⁸.

II. Ticari Anapara Faizi ve Ticari Temerrüt Faizi

Ticari faiz, ticari işlerden doğar. O halde, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, adi iş kapsamındaki hukuki işlemlerde ticari faizin uygulanması söz konusu olmayacak; TBK m.88 ve 120 hükümleri uygulanacaktır. Ancak bir ticari iş niteliğindeki bir işlem bazen tüketici işlemlerinde de olabilmektedir.

A. Adi İş - Ticari İş - Tüketici İşlemleri ve İlişkileri

Adi faiz – ticari faiz ayrımı, faiz borcunun doğduğu hukuki ilişkinin ticari iş niteliğinde olup olmamasına göre belirlenir¹⁹. Zira TTK m.8 hükmü ticari işlerde faiz oranının belirlenmesine ilişkin hüküm getirirken, ticari faiz bakımından “ticari iş” kriterini esas almış olmaktadır. Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir (TTK m.3). Diğer taraftan bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır²⁰ (TTK m.19/1, c.1). Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler²¹, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır (TTK m.19/2).

Tüketici işlemi ise, mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi ifade etmektedir (TKHK m.3, h bendi). Nihai kullanım/tüketim amacıyla (ticari olmayan amaçla) bir mal veya hizmeti edinen kişi olan tüketici açısından işlem, ticari veya mesleki nitelikte değil; tüketici işlemi niteliğindedir. Oysa tüketicinin yaptığı işlemin karşı tara-

¹⁸ TBK m.88, m.120 hükümlerinin, TTK m.8, m.9 kapsamında uygulanmasını savunan görüş esas alınacak olursa, TBK m.88’deki sınırlama, günümüzdeki kanuni oranlar (%9, kısa vadeli avans için % 13,75) dikkate alındığında, TBK m.120/3 hükmünü matematiksel olarak anlamsız kılmaktadır. Zira her halükarda FK m.2/2 daha yüksek bir oran olacaktır.

¹⁹ **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 79 vd.

²⁰ TTK 19/1, c.2 gereğince “Ancak, 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 adı sayılır”.

²¹ Bu noktada haksız fiiller yönünden bir istisna olduğuna değinmek gerekir. Haksız fiilden doğan alacağa ticari temerrüt faizi işletilebilmesi için, haksız fiilin ticari iş niteliğinde olması gerekir. Bir haksız fiil her iki taraf için de ticari iş niteliğinde ise, FK m.2/2 hükmünün uygulanacağına tereddüt yoktur. Ancak haksız fiil, zarar veren (fail) için ticari iş niteliğinde değil ise (mesela bir esnaf, aşırı sürat sonucu kamyonuyla bir ticari şirketin mağazasından içeri girmiş ise), olaya TTK m.19/2 hükmünde düzenlenen ticari iş karinesinin uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesi gerekir. Bu noktada ticari iş karinesini düzenleyen TTK m.19/2’nin madde metninde kullanılan “sözleşme” ibaresi karşısında ticari iş karinesinin haksız fiiller için söz konusu olmayacağı; fail için ticari iş niteliğinde olmayan bir haksız fiil için FK m.2/2 gereğince ticari avans faizi istenemeyeceği, FK m.1 gereğince % 9 oranı üzerinden temerrüt faizi talep edilebileceği kabul edilmektedir: **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 16.bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2012, s.79-80 ve dn.80’de anılanlar.

finda yer alan satıcı-sağlayıcı ise ticari ve mesleki nitelikte hukuki işlemde bulunmaktadır ki, onun açısından bu işlem ticari iş niteliğindedir. Böylece A Ltd Şirketten evine buzdolabı alan B için bu işlem tüketici işlemi iken, aynı işlemin karşı tarafı açısından ticari bir iş söz konusudur²². Diğer taraftan TTK m.19/2 gereğince taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olan hukuki işlem diğer taraf için de ticari iş niteliğinde sayılacağına göre, B açısından hem bir tüketici işlemi hem de ticari iş söz konusu olmaktadır. Öyleyse denilebilir ki, adi iş aslında ticari işin zıddıdır. Ancak tüketici işlemi, ticari işin zıddı niteliğinde değildir.

B. TTK m. 8 ve m. 9 Kapsamında Ticari Anapara Faizi ve Ticari Temerrüt Faizi

TTK m.8/1 gereğince “*Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir*”. Kanun hükmünde “anapara faizi veya temerrüt faizi” ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla TTK m.8/1 hükmünün, ticari işlerde uygulanacak anapara faizi veya temerrüt faizi oranlarına ilişkin bir düzenleme içerdiğini ve faiz oranlarının da serbestçe kararlaştırılabileceğini düzenlediğini kabul etmek gerekir.

TTK m.9 gereğince, “*Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır*”. TBK m.88’de ve TBK m.120’de yine “mevzuat hükümleri” ifadesi ile 3095 sayılı Kanun’a gönderme yapılmaktadır; bu kere de aynı ifade TTK m.9 hükmünde tekrarlanmıştır. Bu maddeyle yapılan göndermenin kapsamı (mevzuattan ne anlaşılması gerektiği) tartışmalara yol açmıştır. Bu konuya aşağıda ayrıca değinmekteyiz.

Adi iş – ticari iş ayrımından bağımsız olarak özel hükümlerden doğan ve ticari anapara faizine²³ ve ticari temerrüt faizine²⁴ sınırlama getiren hükümler

²² TKHK m.3 gereğince tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi (e bendi); satıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri (f bendi); sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri (g bendi); imalatçı-üretici, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine kendi ayırt edici işaretini, ticari markasını veya unvanını koyarak satışa sunanları (ı bendi); ithalatçı, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal veya hizmetleri ya da bu mal veya hizmetlerin hammaddelelerini yahut ara mallarını yurt dışından getirerek satışa sunan gerçek veya tüzel kişiyi (j bendi) ifade eder.

²³ Banka ve kredi kartlarında, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, “azami akdi (anapara) faiz ile gecikme (temerrüt)” faizi oranlarını tespit etmeye yetkilidir. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanundaki sınırlama, kredi kartları için uygulanmaz (Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 26). Aynı şekilde Bankacılık Düzenleme Denetleme Kurulu, faktoring ve finansman şirketlerinin uygulayacakları faiz oranlarına sınırlama getirmeye yetkilidir (ÖPVİ-KHK m. 13/2; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 168/D-a).

Söz konusu özel hükümler, TBK m.88 bakımından da öncelikle uygulanır.

²⁴ Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m.26/4; TKHK’da taksitle satış (m. 6/A), kampanyalı satışlar (m. 7), tüketici kredisi (m.10) ve kredi kartı (m. 10/A) hükümleri; TTK m.1530/7, 6 vb.

varsa, bunlar saklı kalacak ve öncelikle uygulanarak TTK m.8 hükmüne sınırlama getirecektir. Bu konuda “Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır” hükmünü içeren TTK m.8/3’e ayrıca değinmek gerekir. Aslında ticari faiz hükümlerine göre öncelikle uygulanacak olan özel kanun hükümleri var ise, bu konuda TTK m.8’deki kuralın uygulanmayacağı şüphesizdir. Kanun koyucu bu hükmü düzenlemese idi dahi aynı sonuca varılmak gerekirdi. Zira tüketici işleminin bir tarafı çoğu kere ticari faaliyetle uğraşan ve satıcılığı meslek edinen bir tacir olacaktır. Bu durumda, TTK m.8/3 hükmünün, bu hususu -en çok- bir kanun metni olarak açıklığa kavuşturmuş olduğundan söz edilebilir.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine bakıldığında, anapara faizine ilişkin değil; temerrüt faizine ilişkin olarak ve bütün tüketici işlemleri yönünden değil; bazı tüketici işlemleri yönünden düzenlemeler ve sınırlamalar bulunduğu görülmektedir. O halde TTK m.8/3 hükmü, anapara faizi ve temerrüt faizi oranına ilişkin düzenleme getiren TTK m.8/1 hükmünün yalnızca bir kısmına (ticari temerrüt faizine) istisna getirmektedir. Diğer taraftan, TTK m.8/1 hükmüne gerek anapara faizi gerekse temerrüt faizi yönünden sınırlama getiren hükümler, yalnızca TKHK ile sınırlı da değildir. Üstelik TTK m.9 hükmünde “anapara faizi”, “temerrüt faizi” ve “kanuni faiz”e ilişkin mevzuatı saklı tutulmaktadır. Bu haliyle TTK m.8/3 ve TTK 9 hükümlerinin kanun yapma tekniği açısından başarısız olduğu söylenebilir²⁵. Ya TTK m.8/3 hükmü, TTK m.9 kapsamında ve daha başarılı ve açık bir biçimde düzenlenmeli idi ya da TTK m.9 hükmü TTK m.8 bünyesinde ve tüketici mevzuatını da içerecek ve özel kanunlara yapılan yollama tereddüde yer vermeyecek bir şekilde, anapara ve temerrüt faizi ayrımlarını belirgin hale getirerek kaleme alınmalı idi²⁶.

²⁵ Buradan yola çıkılarak kanımızca TTK m.8/3 hükmünün aslında tüketici işlemleri yönünden anapara faizine sınırlama getirmek istediği sonucuna da varılamaz. Zira zaten TKHK’da yer alan sınırlamalar anapara faizine ilişkin değildir. Yine TKHK’da anapara faizi düzenlenmemiş olsa bile bu kere tüketici işlemleri yönünden TBK m.88 hükmünün uygulanması gerektiği sonucuna da varılamaz. Zira ticari iş niteliği de bulunan tüketici işlemlerinde tüketicinin korunması için anapara faiz oranı yönünden bir sınırlama getirilmek istense idi, herhalde temerrüt faizinde yapıldığı gibi bu düzenlemenin yerinin TKHK olması gerekirdi. Aksi yönde olmak üzere, bir tarafın tüketici olduğu TTK m.19/2 gereğince ticari iş sayılan sözleşmelerde TTK m.8/1 hükmüne göre anapara faiz oranının serbestçe belirlenememesi gerektiği ve bu durumda anapara faiz oranının TBK m.88/2’de yer alan sınırlamaya tabi tutulması gerektiği görüşünde: **Arkan**, s.78. De lege ferenda olarak desteklenebilecek olan bu görüşün de lege lata yeterli dayanağı bulunmadığı, ticari faize ve 3095 sayılı Kanundaki ticari faiz düzenlemelerine ilişkin ratio legis karşısında yorum yoluyla da bu sonuca varılamayacağı düşüncesindeyiz.

²⁶ TTK m.8/1 ve TTK 9 ile TTK m.8/3 hükümlerinin uygulanışını şu örneklerle somutlaştırabiliriz: Tüketici ticari faaliyette bulunan satıcıdan bir mal satın alıp da para sonradan ödeneceği için anapara faizi kararlaştırıldığında, bu konuda TKHK’da bir sınırlama olmadığı için TTK m.8/1 uygulanacak ve faiz oranı serbestçe kararlaştırılabilecektir. Faiz oranın yüksekliği ancak genel geçersizlik sebepleri (butlan, gabin) ve dürüstlük kuralı gereğince tenkis edilip kısmen hükümsüz kılınabilecektir²⁶. Eğer aynı sözleşmede tüketici para borcunu vadesi geçtiği halde ödemeyerek temerrüde düşmüş ise bu kere temerrüt faizi söz konusu olacaktır. Peşin satış bakımından TKHK’da temerrüt faizini sınırlayan bir hüküm bulunmamaktadır. İş diğer yönüyle de ticari nite-

Tartışmalara aşağıda ayrıca değinileceği üzere, TTK m.8/1'in sözleşmede anapara faizinin ve/veya temerrüt faizinin kararlaştırıldığı halleri, TTK m.9'un ise "ana para" ve "temerrüt faizi" ve kanuni faiz" ifadeleri ile hem sözleşmede kararlaştırılan hallerde hem de kararlaştırılmayan hallerde anapara faiz oranı ile temerrüt faizi oranı bakımından özel kanunlardan doğan faiz hükümlerini saklı tutmak istediği anlaşılmaktadır.

TTK m.8/4 hükmüne göre, "Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olarak işletilen faiz yok hükmündedir". Bu maddede geçen "yok hükmündedir" ifadesi, hukuk tekniği açısından isabetsiz olmuştur. Anılan ifade, kesin hükümsüzlük olarak anlaşılmalıdır²⁷.

C. 3095 Sayılı Faiz Kanunundaki Ticari Faize Uygulanacak Düzenleme

3095 sayılı FK m.1 hükmü, anapara faizi ödenmesi gerekip de oranı sözleşme ile kararlaştırılmamış olan hallerde de uygulanacaktır. Buna göre kanuni ticari anapara faizi oranı %9'dur.

Ticari temerrüt faizi oranı kararlaştırılmayan hallerde, ticari temerrüt faizi için FK m.2/1 hükmü, FK m.1 hükmüne gönderme yaptığından, ticari temerrüt faizi oranı % 9 olacaktır. Ancak ticari işlerde ticari temerrüt faizinin, FK m.2 gereğince belirlenecek daha yüksek olan ticari avans faiz oranı (%13,75) üzerinden ödenmesi de talep edilebilecektir²⁸. FK m.2/2 gereğince "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur".

likte olduğundan bu kere ticari temerrüt faizi uygulanacaktır. Şayet satış sözleşmesi taksitle satış şeklinde olsa idi bu kere TKHK m.6 gereğince özel hüküm bulunduğundan temerrüt faizi miktarı, faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçemeyecek idi.

²⁷ **Abuzer Kendigelen**, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011, s.42-43; **Oğuzman/Öz**, s.523.

²⁸ Merkez Bankası'nın açıkladığı, 20.12.2012 tarihinden itibaren uygulanacak olan avans faiz oranı %13,75'dir.

Temerrüt faizinin kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden hesaplanabilmesi için alacaklının açık bir talebinin varlığı gerekir: Barlas, s.155; **Arkan**, s. 78; **Oğuzman/Öz**, s.523; aksi halde FK m.2/1 hükmü uygulanacak ve faiz %9 oranı üzerinden hesaplanacaktır. Talebi yapacak olan tarafın tacir olması zorunluluğu olmayıp taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olan bir sözleşmenin varlığı yeterlidir. Bu talep için bir şekil şartı olmadığı gibi, ticari faiz talep edildiğinin bildirilmesi yeterlidir. Hiçbir özel talep olmadan sadece temerrüt faizinin talep edildiği bildirilmişse hâkim re'sen ticari temerrüt faizine hükmedemez.

III. TBK m. 88 ve 120 hükümlerinin Ticari Anapara Faizine ve Ticari Temerrüt Faizine Sınırlama Getirip Getirmediği

A. Görüşler

1. TBK m. 88 ve 120'deki Sınırlamaların TTK m. 8, 9 Kapsamında Ticari Faizlere de Uygulanması Gerektiği Görüşü:

Bu görüşe²⁹ göre, TBK m.88 hükmü ve temerrüt faizine ilişkin TBK.m.120 hükmü emredici niteliktedir ve söz konusu maddelerin gerekçe-lerinde borçlunun niteliği bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Ticari iş karanesi gereğince ticari iş sayılan sözleşmelerden doğan borçların tarafı çoğunlukla tüketicilerdir ve yüksek anapara faizi ve temerrüt faizi oranları karşısında korunmaları gerekir.

Borçlu tacirlerin de bu sınırlamadan yararlandırılması gerekir. Tacirin borçlu olduğu kriz dönemlerinde, özellikle yüksek faiz uygulamaları tacirlerin iflasına ve krizin daha da büyümesine neden olmuştur. Dolayısıyla tacirlerin de yüksek faiz oranlarından korunması ihtiyacı kendisini göstermektedir.

Eğer ticari faizlere TBK m.88 ve 120 hükümlerinin uygulanamayacağı kabul edilirse, Türk Borçlar Kanununda getirilen bu düzenleme büyük ölçüde amacını yitirmiş ve sadece adi işlere indirgenmiş olur ki, uygulamada yaşanan sorunların çoğu ticari işlerden doğmakta ve ticari faiz uygulamanın çok büyük bir kısmını kapsamaktadır.

Ayrıca TTK m.9 hükmünde kanuni temerrüt ve kanuni anapara faizine ilişkin ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu da, ilgili mevzuat içerisinde yer almaktadır.

Adi işler bakımından üst sınır getirilmesinin kabul edilmesi, buna karşılık ticari işler yönünden bir sınırlandırmanın söz konusu olmamasının haklı ve objektif gerekçesinin açıklanması gerekir³⁰.

2. TBK m. 88 ve 120'deki Sınırlamaların TTK m. 8, 9 Kapsamında Ticari Faizlere Uygulanamayacağı Görüşü:

Bu görüşe³¹ göre, TBK m.88 ve TBK m.120'de yer alan sınırlamalar ticari işlerde uygulanamaz. TTK m.8 hükmü sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerini saklı tutmuştur.

²⁹ **Aydoğdu**, s.95-97. Ayrıca bkz.ve karş. **Kırkbeşoğlu**, s.161-162 (Yazar, ya TBK m.88 ve 120 hükümlerinin ya da TTK m.8 hükmünün ilga edilmesi gerektiğini, böylece bir tutarlılık sağlanması gerektiğini;aksi halde tacir ile tacir olmayan arasında yaratılan bu ayırımın haklı olmayacağını savunmaktadır).

³⁰ **Kırkbeşoğlu**, s.160-161. Yazar, Alman Hukukunda tartışmalara yol açan ve eşitliğe aykırı olduğu iddialarının ortaya atılmasına yol açan bir duruma işaret etmektedir: Roma Hukukun ünlü "Pecunia mercatoris plus valet quam pecunia non mercatoris" (tacirin parası, tacir olmayanın parasından değerlidir) anlayışının, günümüzde eşitlik ilkesi dikkate alındığında tacir ile tacir olmayan arasında böyle bir ayırımı haklı kılması noktasında düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir.

³¹ **Oğuzman/Öz**, s.328, 523; **Nomer**, N.189; **Serap Helvacı**, Türk Borçlar Kanunu'nun Değerlendirilmesi Sempozyumu, 2. Oturum, İfa ve İfa Engelleri, Legal Hukuk Dergisi, 2005/34, s. 3641; **Erdoğan Moroğlu**, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu

Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ile aynı anda yürürlüğe giren özel hüküm niteliğindedir. Daha özel olarak ticari faizi düzenleyen hükümleri, daha genel hüküm olan faiz hükümleriyle sınırlama getirildiği kabul edilemez.

TTK m.9 hükmünde yer alan “ilgili mevzuat hükümleri” ifadesi, bu hususu değiştirebilecek nitelikte değildir. “İlgili mevzuat” ifadesi ile faizin hesaplanması, şartları, hükümleri vb. konulara ilişkin düzenlemeler kastedilmiş olup; bu ifade, Türk Borçlar Kanunu’nun faize ilişkin hükümlerde yer alan üst sınırlara atıfta bulunulduğu şeklinde yorumlanamaz. Aksinin kabulü halinde, TTK m.9 hükmünün bu surette yorumlanması, ticari faizin serbestçe belirleneceği hükmünü içeren TTK.m.8 hükmü ile çelişen bir yorum niteliğinde olur.

Dolayısıyla serbestçe kararlaştırılan ticari faiz oranları, özel kanun hükmü bulunmadıkça ahlaka aykırılık, kişili haklarına aykırılık gibi butlan halleri, aşırı yararlanma (gabin) gibi genel geçersizlik sebepleriyle ve dürüstlük kuralı ile sınırlandırılabilir.

B. Görüşümüz

Kanımızca TBK m.88, 120 hükümleri ile ticari faize sınırlama getirilmiş olduğu kabul edilemez. Zira Türk Ticaret Kanununun 8 ve 9.maddelerinde düzenlenen ticari faize ilişkin hükümleri, Türk Borçlar Kanununun 88 ve 120.maddeleri karşısında özel hüküm niteliğindedir. Türk Borçlar Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu aynı tarihte yürürlüğe girdiğinden sonraki genel hükmün önceki özel hükmün yürürlüğüne veya yorumlanmasına etki edip etmediği şeklinde bir durum veya tartışma da söz konusu değildir.

TTK m.8 hükmü, gerek anapara faizinin gerekse temerrüt faizinin serbestçe kararlaştırılabileceği şeklinde anlaşılmalıdır³². Bu serbestliğin sınırlarını TMK m. 2, 23-30 ve TBK m. 26-28 hükümleri çizmektedir. Dolayısıyla genel geçersizlik sebepleri ve dürüstlük kuralı dışında TBK m.88 ve TBK m.120 hükümlerinde getirilen üst sınırın tacirler bakımından uygulanması *de lege lata* imkân dâhilinde değildir.

TBK m.88 ve 120 hükümlerinin, ticari işlere uygulanmaması halinde kanun koyucunun amacının hâsıl olmayacağı düşüncesi de yeterli somut hukuki dayanaktan yoksundur. Genel ticari faiz hükümlerini sınırlandırmak isteyen kanun koyucudan beklenen en makul çözüm, lafzi veya amaca göre yoruma hizmet edebilecek hiçbir açık done içermeyen TBK m.88 ve 120 hükümleri bakımından niyet okumamızın beklenmesi yerine, ticari faizin düzenlendiği TTK m.8 hükmüne açıkça bir sınırlandırma getirmesi ya da TTK m.9 hükmünde TBK 88 ve 120 hükümlerine açık bir gönderme yapması olabilirdi.

TTK m.9 hükmünde geçen “ilgili mevzuat” ifadesinin, TBK m.88 ve 120 hükümlerine de gönderme yapılmak istendiği şeklinde yorumlanması ise çeliş-

Tasarıları, İ.B.D., 2006/1, s.4-6; **Albaş**, s.3652; **Ahmet Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b.14, Ankara, Turhan, 2011, s.605; **Kılıçoğlu**, Tasarı, s.49, 56; **Arkan**, s.77 vd; **Aydıncık**, s.151.

³² Genel Gerekeççe’ye göre, faizin taraflarca serbestçe belirlenebilmesi ve özel kanundaki kurallara genel geçerlilik kazandırılması, Türk Ticaret Kanunu’na ise ticaret kanunu yönünden özel sayılabilecek hükümler konulması tercih edilmiştir.

kili bir yorum tarzı olur. Zira TTK m.9'da "anapara ve temerrüt faizi" ibareleri ile ilgili mevzuata yapılan atıfla özel kanun hükümleri (yoksa genel nitelikli TBK m.88 ve 120 değil)³³; "kanuni faiz" ibaresi ile ilgili mevzuata yapılan atıfla da 3095 sayılı FK düzenlemesi kast olunmaktadır³⁴. Aynı ifade TBK m.88 ve 120 hükümlerinde de bulunmaktadır ve öğretilde TBK 88 ve 120 bakımından göndermenin 3095 sayılı FK hükümlerine yapıldığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Peki aynı ifadeyi kullanan TTK m.9'da neden bu kere tereddüt hasıl olmuştur? Eğer "ilgili mevzuat" ile faize ilişkin genel-özel her türlü düzenleme anlaşılacak ise, o halde TBK m.88 ve 120 hükümlerinde de aynı ifade kullanıldığına göre, TBK m.88 ve 120 hükümlerinde faize dair bir "mevzuat" hükmü olan TTK m.8 hükmünün de saklı tutulacağını kabul etmek gerekmez mi³⁵? Yoksa gerek TBK'da gerek TTK'da yer alan bu "mevzuat" göndermeleri karşılıklı olarak geri dönen birer bumerang mıdır? Görüleceği üzere mevzuat ifadesine dayanarak bir hukuki yorum yapmak, kanımızca çelişki arz etmekte ve serbest yorum niteliği taşımaktadır.

Kanımızca, TTK m.9'da anapara faizi, temerrüt faizi ve kanuni faiz terimlerinin bir arada kullanılmış olması kanun yapma tekniği açısından da zafiyet içermektedir. Zira aslında iki faiz türü vardır: Anapara faizi ve temerrüt faizi. Bu faiz türleri sözleşmeden doğabileceği gibi kanundan da doğabilir. Diğer taraftan ister sözleşmeden doğsun ister kanundan doğsun fark etmezsiniz, faiz oranları kanunla belirlenmiş de olabilir ki, bu durum faizin hukuki kaynağının sözleşme ya da kanun olmasından bağımsızdır. Maddedeki lafzi hataya rağmen hükmün amacı, faiz konusunda anapara faizi ve temerrüt faizi bakımından sınırlandırma getiren özel kanun hükümlerinin (TKHK m.1530/7; TKHK m.6 gibi) ve kanuni faiz oranlarını belirleyen 3095 sayılı Kanunun saklı olduğudur. Madde bu şekilde anlaşılmalıdır. Yoksa adi işlere uygulanan ve genel nite-

³³ Bu özel kanun hükümleri, TTK m.8'de anapara ve temerrüt faizinin serbestçe kararlaştırılacağı düzenlemesi karşısında, sözleşme ile faiz oranı kararlaştırılan haller bakımından sınırlayıcı nitelikteki hükümler olabilir (Örneğin TTK m.1530/6; Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m.26; ayrıca bkz. ÖPVİ-KHK m. 13/2; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 168/D-a).

³⁴ Farklı görüşte olmak üzere Kanun hükmü genel bir atıf şeklinde anlaşılmaya uygun olmakla birlikte, atıf maddenin gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde atfın sadece faiz oranlarına ilişkin olduğu yönünde bkz. **Sami Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, İstanbul, Mimosza, 2012, s.61 dn.1.

TTK m.9'un gerekçesine göre, "Kanunda veya sözleşmede belirtilmediği durumlarda uygulanacak faiz ve temerrüt faiz oranlarını gösteren 3095 sayılı Kanun ve benzeri kanunlar sık değiştirilmektedir. Türk Ticaret Kanunu söz konusu kanunlara ad ve sayı anarak gönderme yaparsa, değişiklikler dolayısıyla bu gönderme, anlam ifade etmez duruma gelir". Kanun gerekçesinde 3095 sayılı Kanun "ve benzeri mevzuat" ifadesi kullanıldığından yalnızca 3095 sayılı Kanuna atıf yapıldığını kabul etmek güçleşmektedir.

Ayrıca eklemeyelim ki, madde gerekçesi dikkate alındığında, kanun koyucunun "3095 sayılı Kanun ve benzeri mevzuat" ifadesini kullanırken, faiz konusunda düzenleme getiren özel kanun hükümlerini kast ettiği, yoksa ve benzeri mevzuat ifadesinin kapsamına Türk Borçlar Kanununun girmeyeceği açıktır.

³⁵ İlgili mevzuat göndermesi ile kastedilen hususlardan birinin ticari faiz oranlarına dair düzenlemeler olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, s.328 ve 523.

likte Türk Borçlar Kanununun öngördüğü faiz sınırları kast edilmiş değildir. Ayrıca belirtelim ki, bu görüşümüzün doğal sonucu olarak TTK m.9'da "ilgili mevzuat" ifadesi tercih edilerek yapılan gönderme ile Türk Borçlar Kanunu'ndaki faiz üst sınırlarına değil de Türk Borçlar Kanunu'ndaki faizin hesaplanması, şartları, hükümleri vb. konulara ilişkin düzenlemelere gönderme yapılmış olduğu görüşüne³⁶ de katılamamaktayız. Esasen TTK m.1 hükmünün Türk Medeni Kanununa yaptığı gönderme gereğince ve TMK m.646 gereğince hüküm bulunmayan hallerde uyduğu ölçüde faizin hesaplanması, şartları, hükümleri gibi konulara Türk Borçlar Kanunu hükümleri zaten uygulanacaktır.

Sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmaması durumunda, kanuni temerrüt faizi oranından daha yüksek olan sözleşmeden doğan anapara faizi oranının, temerrüt faizinin oranı olarak kabul edileceği düzenlemesini içeren TBK m.120/3 hükmünün gerekçesinde; temerrüde düşen borçlu karşısında alacaklının korunması gerektiği düşüncesinden hareket edildiği ifade olunmaktadır³⁷. Yine FK m.2/2'de ticari faizler yönünden ticari işle işgal eden alacaklının korunması amacıyla daha yüksek oranlar getirilmiş; temerrüde düşen cezalandırılmıştır. O halde TBK 120 hükmünün münhasır borçluyu koruduğu söylenebilir.

Diğer taraftan tacir borçlularında korunması gerektiği, kriz dönemlerinde bu ihtiyacın belirgin hale geldiği gerekçesiyle TBK.m.88 ve m.120 hükümlerinde yer alan üst sınırlardan yararlandırılmaları gerektiği yolundaki düşünce de isabetli değildir. Zira TTK m.18/2 hükmü gereği tacirin işlerinde basiretli olması gerekir. Alacaklının emekli Ayşe Teyze, borçlunun X A.Ş. olduğu bir durumda bu düşünce bütünüyle dayanağını yitirmektedir.

Kaldı ki tacirin korunması gerektiği ihtimalde bu koruma genel geçersizlik sebepleri ve dürüstlük kuralı işletilerek sağlanabilir³⁸.

Adi işler bakımından üst sınır getirilmesine rağmen ticari işler yönünden bir sınırlandırmanın söz konusu olmamasının veya tacirin parasının tacir olmayana göre daha çok korunmasının, Anayasa'daki eşitlik ilkesi de dikkate alınarak haklı ve objektif gerekçeye sahip olamayacağı yönündeki eleştirilere gelince, bu eleştirilerin *de lege ferenda* açıdan bir anlam taşıdığına inanmaktayız. Zira tacirin avantajlı hale getirildiği bu durum, Hukukumuzda sadece faiz konusunda değil; daha başka birçok konuda karşımıza çıkmaktadır³⁹. Diğer bir deyişle bu meselede alınacak tavır, bir hukuk politikası tercihidir. Bu çerçevede ticari faize sınır getirilmesi bir tarafa, daha da öte ticari faizin, borçlu için bor-

³⁶ Oğuzman/Öz, s.328 ve 523.

³⁷ Aynı düzenleme FK m.2/3'te de yer almaktadır.

³⁸ Eğer borçlu tacirse tacirin ticari işlerinde tecrübesizliği söz konusu olamayacağından, aşırı yararlanma (gabin) hükümleri bakımından, tacirin sadece zor durumda kalması halinde söz konusu olduğu durumda yüksek faiz oranının uyarlanması imkanının mevcut olduğu söylenebilir. Ayrıca bkz. Arkan, s. 77. Ödünç sözleşmesinde söz konusu faizlere ilişkin değerlendirme için bkz. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1/2, b.6, İstanbul, Vedat, 2008, s. 324. Tacirler bakımından bu hükümlerin ticari olmayan işlere oranla daha liberal değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Barlas, s. 154.

³⁹ Kesin vade kuralı, teselsül karinesi, FK m.2/2 ile ticari borçlarda daha yüksek temerrüt faizi istenebilmesi gibi...

cun ticari iş niteliğinde olduğu haller bakımından uygulanması konusunda kanuni düzenleme yapılması dahi düşünülebilir. Ancak tüm bu düşünceler, kanımızca, olması gereken hukuk açısından ileriye sürülebilecek fikirler olmaktan öteye gidememektedir. Diğer taraftan eğer kanunun Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmekte ise bunun çözüm yolu Anayasa Mahkemesinde hükmün ya da hükümlerin iptalinin istenmesidir.

C. Görüşlere Göre Ticari Faiz Oranlarının Uygulanması

1. Ticari Anapara Faizi Bakımından:

a) TBK m.88 hükmünün ticari anapara faizini sınırladığı görüşüne göre olması gereken hesaplama:

Ticari anapara faizi oranının kararlaştırılmadığı ihtimalde, TTK m.9 atfı gereği FK m.1 ve TBK m.88/1 gereğince kanuni anapara faizi oranı (%9) uygulanacaktır.

Ticari anapara faizi oranının kararlaştırıldığı ihtimalde, TBK 88/2 gereğince TTK m.8 sınırlanacaktır. TBK m.88/2, m.88/1'e gönderme yapmakta ve 88/1 hükmü ise FK m.1'e gönderme yapmaktadır. FK m.1 gereğince oran %9 olduğundan, bunun yüzde ellisi olan % 13,5 oranının üzerinde kararlaştırılan faiz kısmı hükümsüzlüğe uğrayacaktır.

b) TBK m.88 hükmünün ticari anapara faizini sınırlamadığı görüşüne göre olması gereken hesaplama:

Ticari anapara faizi oranının kararlaştırılmadığı hallerde FK m.1 gereğince kanuni anapara faiz oranı olan % 9 uygulanacaktır. (Birinci görüştekilerle aynı sonuca ulaşılmaktadır).

Ticari anapara faizi oranının kararlaştırıldığı hallerde, TTK m.8 gereğince bu oran serbestçe kararlaştırılabilecektir. Genel geçersizlik sebepleri ve dürüstlük kuralı sınırlama teşkil edecektir. (Birinci görüşten farklı sonuca ulaşılmaktadır).

2. Ticari temerrüt faizi bakımından:

a) TBK m.120 hükmünün ticari temerrüt faizini sınırladığı görüşüne göre olması gereken hesaplama:

Ticari temerrüt faizi oranı kararlaştırılmayan ve ticari anapara faizi oranı da kararlaştırılmamış olan hallerde, FK m.2 ve TBK m.120/1 gereğince temerrüt faizi oranı belirlenir. FK m.2/1, m.1'deki kanuni orana (%9'a) gönderme yapmaktadır. Ancak FK m.2/2 gereğince ticari işler bakımından uygulanacak olan ticari avans faizi oranı daha yüksek ise bu oran uygulanır (Günümüzde % 13,75).

Ticari temerrüt faizi oranı kararlaştırılan hallerde, TBK 120/2 hükmü, ticari temerrüt faizini sınırlandırır. Zira sözleşmeye dayanan ticari temerrüt faizi oranı, TBK m.120/1 gereğince belirlenecek olan oranın yüzde yüzünden daha fazla olamaz. Bu oranın ticari avans faiz oranı günümüzde daha yüksek olduğundan ticari avans faizi oranı olarak alınması gerekir ki bu oran da %13,75'in yüzde yüzü olan %27,5'tir.

Ticari temerrüt faizi oranı kararlaştırılmamış ve fakat anapara faizi oranı kararlaştırılmış olan hallerde, TBK m.120/3 hükmü uygulanacaktır. Buna göre anapara faiz oranı TBK m.120/1 ve 2 hükümlerinden daha yüksek ise anapara faiz oranı uygulanacaktır. Ne var ki anapara faiz oranı da TBK m.88 gereğince sınırlanmış olduğundan, yukarıda açıklandığı üzere en çok $\% 9 \times \% 50 = \% 13,5$ olabilecektir. Bu durumda ticari anapara faiz oranı olan $\% 13,5$ oranı, TBK m.120/1'e göre en yüksek oran olan ticari avans faiz oranının; yani $\% 13,75$ 'in altında kalmaktadır. Bu durumda alacaklının TBK 120/3 yerine TBK m.120/1 hükmünden yararlanarak burada yapılan gönderme sonucunda FK m.2/2'deki daha yüksek olan ticari avans faizini istemesi daha lehinedir.

b) TBK m.120 hükmünün ticari temerrüt faizini sınırlamadığı görüşüne göre olması gereken hesaplama:

Ticari temerrüt faizi oranı kararlaştırılmayan ve ticari anapara faizi oranı da kararlaştırılmamış olan hallerde, FK m.2 gereğince temerrüt faizi oranı belirlenir. FK m.2/1, m.1'deki kanuni orana ($\%9^a$) gönderme yapmaktadır. Ancak FK m.2/2 gereğince ticari işler bakımından uygulanacak olan ticari avans faizi oranı daha yüksek ise bu oran uygulanır (Günümüzde $\% 13,75$). (Birinci görüştekilerle aynı sonuca ulaşılmaktadır).

Ticari temerrüt faizi oranı kararlaştırılan hallerde, TTK m.8 gereğince bu oran serbestçe belirlenebilir ve ancak genel geçersizlik sebepleri ile dürüstlük kuralı uyarınca bir sınırlama söz konusu olabilir. (Birinci görüşten farklı sonuca ulaşılmaktadır).

Ticari temerrüt faizi oranı kararlaştırılmamış ve fakat anapara faizi oranı kararlaştırılmış olan hallerde, FK m.2/3 uygulanacaktır⁴⁰. Buna göre FK m.1'e göre belirlenen $\% 9$ oranından ve FK m.2'ye göre belirlenen ticari avans faizi olan $13,75$ oranından daha yüksek olması halinde serbestçe tayin edilmiş olan anapara faizi oranı (mesela $\% 40$), temerrüt faizi oranının da yerini alacaktır. Yine genel geçersizlik sebepleri ve dürüstlük kuralı uyarınca getirilebilecek olan yargısal ve somut olaya bağlı sınırlama saklıdır. (Birinci görüşten farklı sonuca ulaşılmaktadır).

IV. SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu ile anapara faizi ve temerrüt faizine genel bir sınırlama getirilmesi; bu sınırlamada zamanın şartlarına göre esnetilebilecek 3095 sayılı FK m.1 hükmüne (Bakanlar Kurulu kararıyla değiştirilebilir oranlara) gönderme yapılmış olması ve yargının yükünün bu surette hafifletilmesi, genel geçersizlik sebeplerinin ve dürüstlük kuralının sağlayacağı korumanın yetersizliğinin bu surette aşılmış olması karşısında isabetli görülebilir.

Ne var ki Türk Borçlar Kanununda anapara faizine ve temerrüt faizine getirilen sınırlamaların, yorum yoluyla TTK m.8 ve 9 hükümlerini sınırlayacak şekilde uygulanması için yeterli hukuki dayanak yoktur. Korunmak istenen kişilerin yalnızca borçlular olmaması ve bizzat temerrüde düşen borçlu karşısında alacaklının daha iyi korunmasının amaçlanması (TBK m.120/3, paralel

⁴⁰ Fail için ticari iş niteliğinde olmayan haksız fiiller bakımından yalnızca FK m.2/1 gereğince $\% 9$ üzerinden temerrüt faizi istenebileceğinin kabul edildiğini yukarıda belirtmiş idik.

FK m.2/3), her durumda mutlak surette borçluyu koruma amacının olmadığını ortaya koymaktadır. Diğer taraftan koruma, özel olarak korunmak istenen kişiler (tüketiciler, banka kartı kullanıcıları, ödünç para alanlar) bakımından mevcut olan çok sayıda özel düzenleme ile de sağlanmaktadır.

Bu düzenlemelerin karışık ve yeterli olmadığı değerlendiriliyor, daha yeknesak ve basit bir sistem öngörülüyor ve bu surette tacir alacaklıların korunmasını amaçlayan TTK m.8 ve 9 hükümleri ile FK m.2/2, 2/3 hükümleri aleyhine düzenlemeler yapılmak isteniyor ise; TTK m.8 ve 9 hükümleri daha başarılı, açık ve oranlar yönünden zamana göre ayarlanabilir (esnek) bir sınırlandırma rejimine tabi tutulmalıdır. Ticari faize getirilecek bu genel sınırlandırmanın yeri de -özel hükümleri saklı tutmak kaydıyla- Türk Borçlar Kanunu değil; TTK m.8 ve 9'daki hükümler olmalıdır.

De lege ferenda böyle bir sınırlamanın isabetli olacağını savunmakla birlikte, yorum yoluyla *de lege lata* aynı sonuca varılamayacağını düşünmekteyiz. Zira faize ilişkin hükümler dikkate alındığında Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve diğer mevzuatta farklı farklı koruma amaçları (*ratio legis*) söz konusu iken, açık bir hüküm olmadıkça aksi yöndeki görüşü benimsemenin, yeterli hukuki dayanağa sahip olmayacağı kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

Aufl.	: Auflage
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
c.	: Cümle
DEÜHD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
eBK	: Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu
eTK	: Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
m.	: Madde
f.	: Fıkra
FK	: 3095 Sayılı Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun
HD	: Hukuk Dairesi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
N.	: Kenar (paragraf) Numarası
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
s.	: Sayfa
vb.	: Ve benzeri
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı