3095 SAYILI KANUNİ FAİZ VE TEMERRÜT FAİZINE İLİŞKİN KANUN MADDE 4/A HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI

Prof. Dr. Mahmut T. BİRSEL
Arş. Gör. Ali Murat SEVİ

Üstadlığı sadece Usul ve İcra-İflâs Hukuku ile sınırlı olmayan, İzmir'in kurtuluşu ve Ege uygurklärleri üzerine ciddi araştırmalarıyla da tanınan Prof. Dr. Bilge Umar’a en iyİ dileklerimizle...


*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu ve Emekli Öğretim Üyesi.
**Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.
I. GİRİŞ ve KONUNUN TAKDİMİ

Kanunî temerrüt faizi hukukumuza 1926 yılında kabul edilen borçlar Kanunun nın m.103 hükümleri ile girmiştir. Söz konusu hukuki müessesere, borçunun temerrüdü nedeniyle alacakının uğradığı zararı göttürtü bir tazminat olarak karşılama amacıyla güvemektedir. Kanunî temerrüt faizi oranı, Türk Ticaret Kanununun yürütülüğe girdiği 1957 senesine kadar adi ve ticari işler için yüzde beş üzerinden uygulanmış, daha sonra TTK m.9 hükümleri ile ticari işler için söz konusu oran yükseltlikerek yüzde on olarak belirlenmiştir. Ticari işlerde borçunun temerrüdü nin âdî işlere nazaran daha vahim sonuçlar doğurması nedeniyle benimsenen söz konusu ayırım, 1984 senesinde 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanunun kabul edildiği ile birlikte sürdürülmuştur ve m.2 f.1 hüküm ile âdî işlere kanunî temerrüt faizinin yüzde otuz, ticari işlerde ise, alacaklı eğer istese T.C. Merkez Bankası'nın uyguladığı reeskont faiz oranı üzerinden talep edilebileceği öngörülmüştür¹.

¹ Söz konusu oranlar günümüzde âdî işler bakımından 5335 sayılı Kanun ile değiştirilen 3095 sayılı Kanun m.1 ile 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı
Türk Lirasının henüz konvertibil nitelik kazanmadığı ve Türk işletmelerine kredi veren yabancı kredi kuruluşlarının, alacaklarının geri ödenmesi ile ilgili olarak T.C. Devletinden transfer garantisi talep ettikleri dönemde, yabancı para alacaklarının o zamanki menfaatlerini koruyabilmek amacı ile 3095 sayılı Kanun'a 1990 senesinde eklenen m.4/A hüküm ise, yabancı para borçlarında kapital ve âdî işlerde geçerli olacak temerrüt faizine Devlet bankalarının o yabancı para birimi ile açıkları bir yıl vadeli mevduat hesaplarına ödedikleri en yüksek faiz oranının ödenceğiini belirterek, esasen kanuni temerrüt faizi bakımından Türk hukukunda varlığını sürdüren sisteme ve genel esaslara tamamen yabancı bir düzenleme getirmiştir. Kanun koçuçu tarafından uygulama alanı birçok yönden sınırlı olarak öngörülen 3095 sayılı Kanun m.4/A hüküm karışımda ticari işlerdeki kanuni temerrüt faizinin hangi hüküm göre tespit edilmesi gerektiği ve yine anılan hükümün kapsamı dışındaki, Devlet bankaları tarafından mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı para birimlerine bağlı borçlarda geçerli olacak kapital ve temerrüt faizinin hangi oranlar üzerinden hesap edileceği meselesi ve yabancı para borçlarında temerrüt faizine uygulanabilirliği sorunu incelememizin ana konusuunu teşkil etmektedir.

II. TİCARİ İŞLERDEN DOĞAN PARA BORÇLARINDA TEMERRÜT HALİNDE 3095 SAYILI KANUN MADDE 4/A HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI

3095 sayılı Kanun'un m.4/A hüküm, sözleşmede daha yüksek akıllı veya temerrüt faizsi kararlaştırılmadığı hållerde, vadesinde ödenmeyen (temerrüt halindeki) yabancı para borçunun faizine Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat

Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca (RG T.30.12.2005 S. 28039) 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık yüzde dokuz ticari işler için 4489 sayılı Kanun ile değiştirilen m.2 f.2 uyarınca T.C. Merkez Bankas'ın kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı üzerinden geçerlidir.
hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağını öngörmektedir. Anılan hüküm daha yakından tahli edilecek olursa, uygulama alanının Kanun koyucu tarafından çeşitli boyutlarda sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Öncelikle, m.4/A’nın bağlı olduğu ana kurallı teşkil eden 3095 sayılı Kanun m.4 hükümünde vurgulanan “en yüksek oranda temerrüt faizi ödeme” esasına uygun olarak, eğer taraflar sözleşmede daha yüksek oranda akillé veya temerrüt faizi ödenmesini kararlaştırmış iseler, m.4/A hükümü uygulama alanı bulmayaacaktır2.

3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün kapsamı dışında kalan bir diğer faiz türü de, ticari işlerden kaynaklanan kanunî temerrüt faizi- dir. Aşağıda ayrıntıları ile incelenceği üzere, m.4/A’nın düzenlenmiş tarzi, söz konusu hüküm ticari iş niteliği taşıyan para borçlarında borçlunun temerrüdü neticesinde doğan kanunî temerrüt faizi bakımından uygulama alanı bulunmasa engeldir. Zira herhangi bir ayrırm yapılmaksızın, âdî ve ticari işler bakımından aynı faiz oranının uygulanması, emredici hükümle, Ticaret Hukuku’nun genel prensiplerine ve Anayasa ilkelere aykırıdır.

A. KANUNÎ TEMERRÜT FAİZİ MÜESSESESİ ve BAĞIMSIZ NİTELİĞI

Temerrüt faizi, para borçlarında temerrüdü genel sonuçlara- rından birisidir. 3095 sayılı Kanun m.2 f.1 hükümü uyarınca bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borç, geçmiş günler için sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça birinci maddebe belirlenen orana göre temerrüt faizi ödeme mecburdur. Söz konusu hüküm doğrultusunda temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, tarafların bu

---

2 Ancak taraflar sözleşmede m.4/A hükümine göre tespit edilenden daha düşük bir faiz oranı kararlaştırmışsa, hüküm lafizi ve Kanun koyucunun belirtilmiş en yüksek miktarda temerrüt faizi ödeme amacı doğrultusunda, m.4/A uyarınca belirlenen faiz oranı geçerli olacaktır. Bu durumun sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde eleştirisi için bkz. Barlas, Namı: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 164.


---


⁵ Öğal, Akar: Türk Hüsusi Hukukunda Geçiş Faizi, İstanbul 1985, s. 21 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 826; Tunçomag, s. 547; Özerman/Öz, s. 391; Eren, s. 1056; Reisoglu, s. 362; Kılıçoğlu, s. 524; Barlas, s. 133 vd.; Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, p.212 s. 70.
bir meblağın vadeden sonra temerrüt süresince kullanmaya devam etmesi, iktisadi anlamda hukuk dışı bir kredi niteliği taşır. Böyle bir krediden faydalanılması mütemerrit borçlu lehine her halükarda maddi bir zararın oluşmasına neden olurken, alınan meblağdan mahrum kalınması alacağın aleyhine bir maddi bir zararın ortaya çıkması sonucunu doğurur 6. İşte kanun koyucu, temerrüt hali'nin ortaya çıkması ile birlikte alacakların kendiliğinden zarara uğradığı olgusundan harekete, mütemerrit borçlu'nun alacaklarını söz konusu zarara karşılık götərə bir miktarda tazminat ödemekle yükümlü olması esasını benimseyerek kanunı temerrüt faiz müessesesini kabul etmiştir. Sonuç olarak kanunı temerrüt faizi, hukuki olarak ana paraya bağlı ve fer'i nitelik taşıyan bir faiz alacağı değil, doğrudan doğruya kanundan doğan, alacakın aksi iddia olumanayan zarara giderilmesine yönelik götərə bir tazminat niteliği taşır 7.


7 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da temerrüt faizinin hukuki niteliği konusunda aynı kandadır: "Temerrüt faizi, borçlanının para borçunu zamanında ödememesi ve temerrüde dışmesi üzerine kanun gereğini kendiliğinden işlemesiyla ve temerrüdün devam müdeditince varlığı sürdürün bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etme olgusuna doğru dan bir bağlantısı içindedir. Borçlu kuruşlu olsun olmasına, sonuca borç alacakla zamanda ödenmemiş demektir. İşte gerek需要用到 ve gerekse Türk Kanun Köyucusu alacağı, zarara varılığını ve miktarnını, borçlanının kuruşunu ışpat sorunda kalmakşizin temerrüt faizinin talep edilmeye imkanını tımamızdır. Temerrüt faizi, alacakın uğradığı orsuyu dando zararın hiç değişte (en üst düzeyde) faiz oranı ölçüsünde zahmetçisine giderilmesine amasını güder. Faiz yükümlülüğünün doğumu için borçlanının koyucu para miktarından yarar sağlanması şart olmadığı gibi diğer yönden temerrüt faizi talep edilmek için borçlanının temerrüde dışmekle kurası olmasına da şart değildir. Borçlu bu konuda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceği ileri sərərək ve bu na kanıtlayarak faiz ödemee yükümlülüğünden kurtulma. Temerrüt faizi alacakının aksi iddia olumanayan farazi zararının aşarı oranda giderilmesine yönelik makul ve götərə bir tazminat niteliği taşır. Temerrüt faizi, sözleşmeden doğan para borçla-
Göçtürü tazminat niteliğindeki kanuni temerrüt faizinin, öğretide kapital faizi olarak alınan genel faiz kavramı ile ilişkisi, hesaplama tekniği bakımından ortaya çıkmaktadır. Kanuni temerrüt faizi miktarı, temerrütde düşülen para meblağına vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar geçen süre boyunca, kural olarak 3095 sayılı Kanun m.2'de tespit edilen, âdî işlerde (fıkra 1) ve alacıklı ister ise ticari işlerde (fıkra 2) farklı yüzdelерin uygulanması suretiyle hesaplanır. Hesaplama tekniğindeki söz konusu benzerlik dışında kanuni temerrüt faizi ile genel faiz kavramı arasında büyük farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıkların şüphesiz en başında kanuni temerrüt faizinin genel faiz kavramı gibi fer'i, yanı asıl alacağı bagımı olmasa, ondan tamamen bağımsız nitelik taşıması gelmektedir. Kanuni temerrüt faizinin söz konusu niteliği, asıl para borcunun taraflarının iradesinden bağımsız şekilde ve borçlunun bir miktar paranın ödemesinde temerrütde düşmesi ile birlikte, 3095 sayılı Kanun m.2 hükümlerine kendiliğinden ortaya çıkmamasına dayanır.6

Kanuni temerrüt faizinin asıl alacaktan bağımsız nitelikte olmasına değil hukuki sonucu, talep ve ifa tarzı yönünden asıl alacaktan farklı esaslarla tabi olmasıdır. İfa tarzı, ifayı gereği gibi, tam ve doğru şekilde, borç planı ve programına uygun biçimde gerçekleştirilmeye yarayan unsurları ifade eder. Bu unsurlar ifann konusu, ifann tarafları, ifa zamanı ve ifa yeridir.7 Kanuni temerrüt faizinin gerek asıl

6 Kanuni ticari temerrüt faizinin “Temerrüt” ile başladığı -yürültöktü olmaya devam eden- TTK m.10 hükümdede açıkça ifade edilmiştir.
7 Eren, s. 875 vd.
alacaktan farklı ve müstakil bir alacak hakkı teşkil etmesi, gerekse BK m.113 f.2 doğrultusunda saklı tutulması ile birlikte kazanacağı bağımsız yapı neticesinde, belirtilen tüm ifa unsurları bakımından asıl alacaktan farklı esaslarla bağlanabilir. Bu doğrultuda, BK m.83' te ödeme ile ilgili öngörülen esasların da kanunli temerrüt faizi için münhasıran ve asıl alacaktan ayrı olarak tatbik edilmesi gerekir. Bu bakımından temerrüt konusu borç yabancı para borçu olsa dahi, kanunli temerrüt faizinin, konusu para olan borcu memleket para-sıyla ödenecğini temel bir ilke olarak hüküm bağlayan BK m.83 f.1 uyarınca Türk Lirası ile ödenmesi söz konusu olur. Zira borcu hangi para birimi ile ifa edileceği, doğrudan doğruya ifannın konusu ile ilgili olup, bu hususun tespitinde asıl alacak bakımından geçerli olan esasların, aslı ve bağımsız bir alacak hakkı niteliği taşıyan kanunli temerrüt faizi bakımından bağlayıcı olması mümkün değildir. Aynı şekilde, asıl borç için BK m.83 f.2 veya f.3 hükümleri doğrultusunda kullanılan seçimlik yetki de, kanunli temerrüt faizinin ödenecğini para birimini etkilemeyecektir, kanunli temerrüt faizi bakımından genel hüküm niteliğindeki BK m.83 f.1 geçerli olacaktır.

B. KANUNİ TEMERRÜT FAİZİ BAKIMINDAN ÂDİ İŞ - TİCARİ İŞ AYRIMI VE ÖNEMİ

1. Âdi İş - Ticari İş Ayırının Temeli

Ticaret hayatının kendisine özgü nitelikleri, ticari faaliyetleri düzenleyen hukuk kurallarının genel hükümlerden farklı olmasını gerektirir. Ticaret hukuku kurallarının medeni hukuk kurallarından (genel hükümlerden) ayrı tutulmasını hakkı gösteren başlıca iki neden vardır. Bunlar, iş hayatının temeli olan kredinin sağlam ilkelere bağlanması ile ticari işlerin ihtiyaç duyduğu süratin sağlanmasıdır.10

Tacirlerin her türlü borçlarından ötürü iflasa tâbi olmaları (TTK m.20), teselsül karimesi olarak anılan, ticari işlerde müstereken borç altına girme ve ticari borçlara kefîl veya garantör olmaları halinde mütesâsilen sorumlu olma esası (TTK m.7) ve -BK'daki genel hükümlerden ayrı olarak- ticari işlerde faiz (TTK m.10) gibi kurallar, belirtilen nedenlerle ticari hayatta borçunu yerine getirmemesi daha şiddetli olarak yaptırma bağlamı zoru bir durumunun örneklerini teşkil etmektedir11. Belirtilen bu nedenlerle âdi işlerle ticari işlerle uygulanacak kurallar birbirinden ayrılarak, ticaret hayatının gerektirdiği özel nitelikteki hükümler ayrı bir hukuk dalı haline getirilmiş, ticari nitelik taşıyan işlerle -bu hükümler ister tek bir kanunda, ister ayrı kanunlarda toplanmış olunlar- ticari hükümlerin uygulanması prensibi benimsenmiştir12.

2. Kanuni Temerrüt Faizi Bakımından Âdi Îş - Ticari Îş Ayırınınin Kanuni Dayanağı

Konuya kanuni temerrüt faizi bakımından yaklaşılmak olursa, Kanunun koyucunun yukarıda belirttiğimiz prensip doğrultusunda, kanunî ticari temerrüt faizini âdi işlerdeki kanuni temerrüt faizinden farklı bir orana tâbi kaldığı görülür. 2000 yılında 4489 sayılı Kanunla yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanun'ın m.2 f.2 hükûm uyarına, ticari işlerde bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçunun ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizi için, alacaâti talep ettiği (istediği) takdirde ve sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, T.C. Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avans kredisi işlemlerinde uyguladığı faiz oranı uygulanır13. 3095 sayılı

11 Birsel, Ticari İşletme, s. 5; Arkan, s. 58.
13 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'nin son cümlesi içinde ise, “Söz konusu avans faiz oranıyı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran..."
Kanun’un yürütülüşe girmesinden önceki dönemde de, ticari işlerde geçerli temerrüt faizi oranını, âdi hükümlerden ayrı olarak düzenlenmektedi. Bu doğrultuda âdi işlerde faiz BK m.103 hükümleri uyarınca senelik yüzde beş olarak belirlenmiş iken, ticari işler bakımından kanunî ticari temerrüt faizi TTK m.9 ile senelik yüzde 10 olarak tespit edilmiştir. 

3. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticari İş Ayırmının Gerekliliği

Esasen temerrüt faizi, alacakların bir miktar parasının borçunun elinde bulunması yüzden söz konusu parayı kullanıp değerlendirmemesi sebebiyle uğradığı zararı giderme amacını güvende. Gerçekten de, borçlu mütlemerrüt duruma düşmeyip parayı vadesinde ödenmiş olsaydı, alacakı bu parayı kullanmak suretiyle ya faiz gibi bir ekonomik menfaat elde edecekti, ya da ihtiyaç duyduğu parayı sağlayarak borçlanmak zorunda kaldığı paranın faizini ödemeyerek, bundan tasarruf edecekti. Kanun koşulları bu şekilde alakalı aleyhine bozulan menfaat dengesini yeniden kurmak, alacaklarının bir miktar parayı kullanamamaktan doğan zararını en kısa yoldan karşılamak amacıyla borçlanan temerrüt faizi ödemesi esasını benimsememiştir.

geçerli olur” hükümü öngörülenek, daha yüksek faiz oranından alacaklarının faydalandırılmasına amacı güdülmuştur.

3095 sayılı Kanun m.5 f.2 hükümü, söz konusu Kanunun yürütülüşe girmesi ile birlikte, BK ve TTK’da kanunî faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümlerin uygulanmayacağını emretmektedir. TTK m.1461 hükümünde ise sabit bir oranda faiz yer almadığı için, 3095 sayılı Kanun m.5 f.2 kapsamında değerlendirilmem.

22.03.1303 tarihli Murabaha Nizamnamesi’nde ise âdi ve ticari iş ayrımcı yapılmaksızın en yüksek faiz oranının yüzde dokuz olduğu hüküm bayanmıştır.

Bkz. Öçal, s. 16; Tunçmaz, s. 546; Eren, s. 1056; Yazar bir diğer sebep olarak, karşılıksız kredi sağlayan, sebepsiz zenginleşen borçlunun bu zenginleşmeyi iade etmesi fikrine dayanmaktadır.
İşte Kanun koyucu tarafından ticari işler için âdî işlerden ayrı ve daha yüksek bir kanuni temerrüt faizi oranının esas alınmasıın sebebini de, borçlunun temerrütünün ticari işler bakımından daha vahim sonuçlar doğuracak nitelikte olması teşkil etmektedir. Zira, temerrüt faizi müessesesine yukarıda belirttiğimiz amacı ile bağlantılı olarak yaklaşıldığında, bir miktar paranın vadesinde ödenmemesinin yol açacağı zararın, âdî işler bakımından ticari işlerle ayrı boyutlarda gerçekleşmesi kural olarak beklenemeyez. Zira para, ticari iş kavramının (TTK m.3) temelini oluşturan ticari işletmenin işleteni olan tacir veya ticaret şirketi yöneticilerinin ticari faaliyetlerini sürdürürbilmek bakımından esaslı unsur niteliği taşır. Örneğin alacağınıın vadesinde ödenmemesi nedeniyle nakit sıkıntısına düşen tacir, başka bir ticari sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getiremeye bilecek ve bunun neticesinde ceza şart veya yüksek oranda temerrüt faizi tahminatı zorunda kalabileceği vardır. Benzer şekilde, tacirin aynı sebeple bir yatırıma imkan olmadan faydalanma imkanını yitirmesi ve bu nedenle ticari bir kazançta mahrum kalması da olabilir. Ayrıca, alacağını zamanında alamayan tacir veya ticari işletmenin, sermaye


gereksinimini karşılamak üzere alacağı ticari kredinin faiz oranlarını da çok yüksek olacaktır. Örnekleri daha da çoğaltmak mümkündür; ticari işlerde borçlunun temerrüdü neticesinde alacaklarının uğrayacağı zararı, âdî işlerde söz konusu olacak zarardan kural olarak daha fazla olmasına binaen, kanun koyucunun ticari işlerdeki kanuni temerrüf faizi oranını âdî işlerden ayrı ve daha yüksek tespit etmesinin hukuka uygun ve kesinlikle gerekli bir prensip olduğunu19.

Varılan bu sonucu destekleyen bir diğer etken de, yukarıda değindiğimiz, iş hayatının temelini oluşturan kredinin sağlamak ilkelere bağlanması ihtiyacıdır. Ticari işlerde borçlunun temerrüdünün daha ağır sonuçlarla bağlanması esası, belirtilen ihtiyaç doğrultusunda getirilen diğer koruyucu nitelikteki normlar gibi, alacaklıya hukuk düzene taraflından âdî işlerde mevcut olandan daha fazla güvence tanınması ve borçluları ana para borçlarını vadesinde ödemeyi tercih etmeye teşvik etme gayessine de hizmet etmektedir. Bu doğrultuda, birçok yollara başvurmak suretiyle temerrütlерini uzatmaktan çekinmeyen ve bu şekilde alacaklarının zarara uğramasına

18 Türk, Temerrüt Faizi, s. 151.

Bu konuda ticari temerrüt faizine ilişkin TTK m.9 hükümlünün Adliye Encümeni Mazbatası'nda, BK m.103'teki temerrüt faizinin mütemerrit tarafından etkili ve haklı tarafların zararlarını kısmen olsun karışıyaca永遠 mihayyette oldugundan, TTK ile ticari işlerde temerrüt faizi oranının artırıldığına altı çizilmiştir.

20 Söz konusu normlara örnek olarak tacirin her türlü borçlarından ötürü iflasa tabi olmaları (TTK m.20) ve ticari işlerde müşterek borç altına girme ve ticari borçlara kefalet halinde müteselsilen sorumlu olma esası (TTK m.7) verilebilir (Birsel, Ticari İşletme, s. 5; Arkan, s. 58).
sebepler kendi kazancı sağlayan kötünayetli müt-temmurt borçlarını, ticari işlerde geçerli olacaktır yüksek orandaki kanun temerrüt faizi ile borçlarının ödeme mecbur edilmeleri amaçlanmıştır.21

Borçunun ticari işlerdeki temerrüdünden, adı işlerdeki temerrütle farklı olan yönlenden bir tanesi de, ticari işlerde gerçekleşen temerrüdüün ülke ekonomisi bakımdan daha zararlı sonuçlar doğurması ve bu sonuçların adı işlerdeki temerrüde nazarın daha çok kişiye etkilesmesi olduğunu. Örneğin, büyük bir ticari işletme işleten bir anonim ortaklığın girişi önemli bir yatırımda, borçunun temerrüdü sebebiyle alacağını temin edememesi neticesinde iflas etmesi ve ticari işletme temini kapatmasının hem ülke ekonomisi hem de söz konusu anonim ortaklığın istihdam ettiği kişiler bakımından olumsuz etkileri yadırmaz. Bu noktadan hareket edilmesi halinde de, ticari işlerde borçunun temerrüdü halinde alacağını huku düzeni

21 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 uyarınca, ticari işlerde geçerli olacaktır temerrüt faizi için esas alınacak T.C. Merkez Bankası tarafından kısa vadeli avanslar için uygulanacak faiz (avans faizi) oranının, 3095 sayılı Kanun m.1 ve m.2 f.1 uyarınca adı işlerde geçerli olacaktır temerrüt faizi için esas alınacak yıllık yüzde dokuz oranından her halükarda daha yüksek olduğu görülmektedir. 3095 sayılı Kanun m.1 hukumunda 2005 senesinde yapılan değişiklikten önce geçerli olan, T.C. Merkez Bankası tarafından vadesine en çok 3 ay kalan senetler karşılığında yapılacak reeskont işlemlerinde uygulanacak iskonto faiz (reeskont faizi) bakımından da aynı durum geçerlidir. Avans faizi ile reeskont faiz oranı arasındaki fark, ekonomik durumda değişikliklere bağlı olarak bazı dönemlerde on puanı kadar çıkmuştur (bkz. Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanacak Faiz Oranlarının Tespiti Hakkında Teblig, RG. T. 50.12.1999, S. 23922; ayrıca bkz. Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 164). Günümüzde ise adı işlerdeki temerrüt için geçerli olan yıllık yüzde dokuz ile ticari işlerde geçerli olan avans faiz oranına arasında yedi puanlık önemli bir fark mevcuttur.

Temerrüt faizinin borçlu borçlarını ödeme mecbur edici bir amacının bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. Öçul, s. 17.
tarafından daha fazla korunmasının haklı sebebi ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçeler doğrultusunda, kanunı temerrüt faizi bakımından ticari iş - âdî iş ayırımı, özel hukukun tek bir ana Kanunla düzenlenmesi esasını kabul eden mehaz İsviçre Borçlar Kanunu bakımından da geçerli olduğu görülmektedir. İsv.BK m.104 f.1 uyarınca kanunî temerrüt faizi yıllık yüzde beş olarak tespit edilmştir. Bununla birlikte, ödeme yerindeki carî banka iskontosu oranının yıllık yüzde beş geçtiği zamanlarda tacirler arasındaki işlemlerde kanunî ticari temerrüt faizi oranının söz konusu yüksek oran üzerinden hesaplanacağı öngörülmüştür (İsv.BK m.104 f.3).

4. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdî İş - Ticari İş Ayırının Anayasal Zemini

Kanunî temerrüt faizi oranı bakımından âdî iş - ticari iş ayırımı ve öneni konusu, Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karar da incelenmiş ve kanunî temerrüt faizinin Kanun yokluğu tarafından ticari işler için âdî işlerden ayırt ve daha yüksek bir oranda tespit edilmesine ilişkin prensibin Anayasal dayanakları ortaya konulmuştur. Gaziosmanpaşa 2. Asılye Hukuk Mahkemesi tarafından itiraz yoluya Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilen olayda, 3095 sayılı Kanun m.2 f.1 hükümünde temerrüt faiz oranının âdî işlerde yüzde otuz olarak saplanmışına karşılık, m.2 f.3 hükümünde

---


ticari işlerde temerrüt faızinin T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngörüdüğü reeskont faiz oranına göre hesap edilmesi yönündeki kuralın, Anayasa'nın kanun öndeği esitliğe ilişkin m.10 hükümünü ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, ticari iş ve işlemleri ticari olmayanların aynı niteliğe olmalarını gibi, tacirler ile tacir olmayanların da aynı hukuksal konumda bulunmalarından hareketle, ticari işler için farklı temerrüt faizi öngörülmesini esitlik ilkesine aykırı bulmayaarak yerel mahkemenin itirazını reddetmiştür.


24 Aynı yörünge bkz. Helvacı, s. 139.
C. 3095 SAYILI KANUN MADDE 4/A HÜKMÜNÜN UYGULAMASININ ÂDÎ İŞLER VE ALACAKLININ KANUNÎ TİCARİ TEMERRÜT FAİZİNIN UYGULANMASINI TALEP ETMEİĞİ HALLERLE SINIRLI OLMASI

Ticari işlerde borçlunun temerrüdüünün alcaklık bakımından daha vahim zararlara yol açması sebebiyle, kanuni ticari temerrüt faizinin, âdî işlerdekinden bağımsız olarak ve daha yüksek bir oran üzerinden düzenlenmesi esası, 6762 sayılı TTK m.9 hükümünde BK m.103’ten farklı olarak, yüzde on üzerinden tespit etmesi ile birlikte Kanun koyucu tarafından benimsenmiş ve hem Türk Lirası hem de yabancı ana para borçları bakımından herhangi bir ayırım gözmetmeizin uygulanmaya başlanmıştır. Aynı esas halihazırda kanuni temerrüt faiziile ilgili temel ve emredici hukuk normu olan 3095 sayılı Kanun m.2 hükümnde de, 1984 senesinden itibaren kabul edilmiş ve kanunî ticari temerrüt faizinin, yine Türk Lirası veya yabancı para borçu farkı gözmetmeizin, eğer alcaklık bunu talep ederse, reeskont faizi üzerinden hesaplanması kuralı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 3095 sayılı Kanun’un eski m.1 ve 2 hükümlerini iptal etmesinin üzerine 2000 yılında yürütülge giren 4489 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında ise, kanunî temerrüt faizinin âdî işlerde reeskont faizi, ticari işlerde “TC Merkez Bankası avans faizi” üzerinden hesaplanacağı öngörülmüştür. Hâl böyleyken, 3095 sayılı Kanun’un m.4 hükümne 3678 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile 1990 senesinde eklenen m.4/A’da, genel presibeye aykırı şekilde ticari iş – âdî iş ayırmına gidilmeksizin tek bir faiz oranı belirlenerek, yabancı para borçunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açıklı bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağı hüküm, Anayasa Mahkemesi’nin yapılan yeral mahkeme itirazında yer almadiği için, 4489 sayılı Kanunla değiştirilmemiştir.

3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün bu şekilde öngörülmesi, onun ancak âdî işlerde ve alacakların, ticari iş olsa bile kanunî ticari temerrüt faizinin uygulanmasını istemiği hallerde kanunî temerrüt
faizi olarak uygulanabilecek olmasi sonucunu doğurur. Zira aksi ihtimal, yani söz konusu hüküm hem âdi hem de ticari işlerde fark gözeltimeksizin ayrı şekilde uygulanması, ticari işlerde temerrüt nedeniyle alacakların uğradiği zararın, Türk Lirası alacaklarına kıyasla eksik karşılamanması anlamını taşıyacaktır. Bunun ise yabancı para borçları açısından, kanunî temerrüt faizinin alacakların uğradiği zararın giderilmesini amaçlayan götürtül tazminat niteliği ile bağdaşmayacağı açıklıdır.25 Borç hangi yabancı para biriminden ise, ö para ile

---


...Ödün sözleşmesinden doğan alacaklarda da, elbetle bu yeni düzenleme uygulanacaktır, çünkü yaşal faiz oranı, geçikme faiz oranı, öncelikle para borçlarında söz konusu durumlar. Eğer, ödün sözleşmesinin konusu para ise, bu durumda da, yeni getirilen düzenlemektedir resekot oranının ve ticari iş söz konusu ise, avans oranının uygulanması doğaldır.

...Temerrüt faizi bir mukta tazminat niteliğindedir. Borçlu eğer borçunu ödemeyi zamanında yerine getirirse, böyle bir faizin ödenmesi söz konusu değildir ama borçun geçmiş ödenmesi nedeniyle, alacakli bir zarara uğramaktadır. Temerrüt faizinin amacı, bu zarar bir mukta tazminat olarak karşılamaktır. Ama, bilindiği gibi, Borçlar Kanununuzda, temerrüt faiziyle
akışmış bir yıl vadeli mevduat hesabına Devlet bankalarının ödendiği en yüksek faiz oranı ölçüsü, 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'de kanunî ticari temerrüt faizî için 4489 sayılı Kanun ile öngörülen T.C. Merkez Bankası’nın belirlediği avans faiz oranından her halükarda oldukça düşük olacaktır. Yabancı para alışaklıklarına, yeni m.2 f.2 hükümlü ile Kanun koyucunun tespit ettiği “T.C. Merkez Bankası avans faizı” oranından daha az kanunî ticari temerrüt faizi ödenmesini meşru kılacak herhangi bir hakk gerekçe, kanunuzca ne iktisâdi ne de hukuki anlamda bulunmamaktadır. Gerçekten de,ówkiüzde yüksek enflasyonist yapının hüküm sürdüğü, Türk Lirasının döviz karşısıında süratle değer kaybettiği ve bunun sonucunda yabancı para alışaklıklarını salt ilgili para biriminin değer kazanması sonucunda maddeden kazanç elde ettiği dönemde yürütülge giren 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünin, günümüz koşullarında ticari nitelikteki yabancı para borçları bakımından uygulanması, Kanun koyucunun mümteerrüt borçlu karşısında alışakların korunması temel amaçına aykırı sonuçlar doğuracaktır.

karşlanmayan zarran dahi, ayrı bir dava konusu yapılarak, ek zarar biçiminde, munzam zarar biçiminde karşılanması söz konusudur. Eğer temerrüt faizi düşük olacak olursa, borçlu borçunu geç ödemeye özendirilmiş olur.

...Eğer temerrüt faizi gerçekçil olarak enflasyon oranı düzeyine veya onun üzerine yükseltilirse, bu, borçlu borçunu geç ödemekten caydırıcı bir etken etkisi gösterecektir. O bakımından, getirilen düzenlemeler ekonomik konjüktürle bağlantısı dolayısıyla, borçların borçlarını zamanında ödemelerini sağlayacaktır; onlara borçlarını geç ödemekten dolayı hiçbir yarar sağlamayacak; dolayışıyla, onları bundan caydıracak bir işlev görecektir. Temerrüt faizinin niteliği, işlevi kaçaça budur.”

Esasen Anayasa Mahkemesi'nin 1999 yılında Resmi Gazete'de yayınlanan iptal kararı ile yürürlükten kaldırılan 3095 sayılı Kanun m.2 f.3 yerine, 4489 sayılı Kanun ile m.2 f.2 hükümünün getirilmesi sonucunda, ticari işlerden kaynaklanan kanuni temerrüt faizi alanlarının bu hükümün geç ifadaya getirilmesi”, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümdende böyle bir amacın vanlıgı söz konusu olmadığını gibi, esasen benimsenen faiz oranının ticari işlerde alacakların temerrüt nedeni ile uğradığı zararı yeterli miktarda karşılayabilmesi de mümkün değildir. Zira ne kadar yüksek tespit edilmiş olursa olsun m.4/A ile kabul edilen mevduat faizi oranının, borçlunun temerrütü nedeniyle alacaklarının uğramış olduğu zararı karşılama yetmesi, her halükarda söz konusu değildir. Bu zarının ancak, 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'de öngörülen avans faizi ile, kanunun temerrüt faizinin amacı ve götürü tazminat işlevi ile bağdaşacak şekilde karşılanabilmesi mümkün olabilir. Diğer tarafa da m.4/A hükümünün borçluğu geç ifadada çayurma işlevi hiç yoktur; söz konusu hüküm aksine ana parayı vadesinde ödememeyi teşvik etmektedir.

Bu sebeplerle, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün, Kanun koyucunun genel bir ilke olarak benimsemiş olduğu kanuni temerrüt faizinde adı iş - ticari iş ayrımı uygun olarak, ancak adı işlerdeki kanuni temerrüt faizi bakımından uygulanacağını kabul etmek, ticari niteliğeki yabancı para borçunda temerrüt neticesinde ise, alacakların talebi halinde kanunun temerrüt faizinin ana hüküm niteliğindeki 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 hükümünde öngörülen avans faiz oranı üzerinden hesaplanabileceğini kabul etmek gereklidir.

26 Bu hususta bkz. Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 169.
D. 3095 SAYILI KANUN MADDE 4/A HÜKMÜNÜN TİCARİ İŞLERDEKİ KANUNİ TEMERRÜT FAİZİ BAKIMINDAN UYGULANMASININ DOĞURACAGI HUKUK İ SONUÇLAR VE ANAYASA'YA AYKIRILIK

Yukarıda belirttiğiniz hukuki gerekçelere aykırı olarak 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün ticari işlerdeki kanunî temerrüt faizine uygulanması, öncelikle ticari işlerde temerrüt faizi bakımından geçerli ve emredicî nitelikteki 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 hükümünihilî anlanna geleceği gibi, Anayasa m.10'da hükümünü bulan eșit işlem ilkesine, yabancı alacaklilar bakımından Anayasa m.16 hükümne, Anayasa m.2'de düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve nihayet Anayasa m.35'deki mülkvet hakkına da aykırı olacaktır.

1. EŞİTLİK İLKESİ BAKIMINDAN ANAYASA'YA AYKIRILIK

3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün ticari temerrüt faizlerine uygulanmasını yol açacağı ikinci hukuki sonuç, Anayasa'nın m.10 hükümünde düzenlenen eșitlik ilkesinin ihlalidir. Kenar başlığı "Kanun Önünde Eşitlik" olan Anayasa'nın m.10 hüküm uyarınca; herkes, dil,ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrırm gözetilmeksinin kanun önüne eştir. Aynı maddenin dördüncü fikrasi ise, devlet органları ve idare makamlarının, bütün işlerlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Madde gerekçesinde ise, hüküm demokrasinin vazgeçilmez niteliklerinden biri olduğu vurgulandığına göre, insanlar arasında kanunların uygulanması bakımından hiçbir fark gözetilemeyeceği belirtilmiştir27.

Anayasa tarafından kabul edilen eşitlik esası, aynı hukuki durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarla ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve

27 Kocahanoğlu, Osman Selim: Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa, İstanbul 1993, s. 42.
hizmetlerde eşit davranma zorunluğunu anlamakta dördüncü. Anayasa Mahkemesi de, kanunlardaki farklılık ve sınıflandırmaların eşitlik ilkesine uygunluğunu denetlerken “haktı neden” kriterini esas almaktadır. Bu noktada konumuz bakımından yukarıda, ticari işten kaynaklanan kanuni temerrüt faizi alacaklarını, temerrütde düşülen borç hangi para birimine bağlı olursa olsun aynı hukuki durumda bulundukları sonucuna ulaşılır. Zira TTK m.3 anlamında bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem, fiil ve işlerden kaynaklanan bir para borçunun alacağışı konumundaki kişilerin, söz konusu borç ister Türk Lirası, ister yabancı bir para birimine bağlı olsun, farklı hukuki rejimlere tabi olmalarını ve bunlardan yabancı para alacaklarına daha düşük faiz oranı öngören dezavantajlı hükümlerin uygulanmasını haktı kaldıracığını bir hukuki neden mevcut değildir. Yukarıda ayrıntıları ile hukukla gerekçelerini incelediğimiz üzere, Kanun koyucunun ve Anayasa Mahkemesi’nin kanun temerrüt faizinin miktarın konusunda benimsemesi olduğu kriter, ticari iş – âdli iş ayrımları dayanmaktadır. Bu bakımdan Türk Lirası cinsinden para borç alacaklarına kanun ticari temerrüt faizi olarak T.C. Merkez Bankası’nın belirlemiş olduğu avans faiz oranını uygulanırken, yabancı para borç alacaklarına mevduat faiz oranının uygulanmasını


29 Bzk. Özbudun, s. 138; Tanor/Yüzbasioglu, s. 115; Gözler, s. 213; Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 167; ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin 15.12.1998 E.1997/34 K.1998/79 (RG T.26.11.1999 S. 23888) kararı için bkz. yukarıda II - B - 4. altındaki açıklamalar.
hukuki ve iktisadi bir hakl görüyese bulunmamaktadır. Söz konusu farklı uygulama neticesinde yabancı para biriminden alacak olan var olan kișilerin temerrüt nedeniyle uğramuş oldukları zarar, Türk Lirası alacaklarının göre çok daha düşük bir miktarla karşılanmış olacaktırдан, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümün ticari işlerdeki kanun temerrüt faizi bakımından uygulanmasını Anayasa’nın 10. maddesi hükümünde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir 20.

2. Hukuk Devleti İlkesi ve Devletin Temel Amaç ve Görevleri Bakımından Anayasa’ya Aykırılık

3095 sayılı Kanun m.4/A hükümün kanun ticari temerrüt faizi bakımından uygulanması neticesinde, yabancı para borçlarında mütemerrit borçlu yararına ve alacaklı zara sonuçlar doyurmasına ekonomik ve sosyal yaşam dahilinde yarataçağı olumsuz etkiler, Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen temel hukuk prensibi olan hukuk devleti ilkesini de ihlal eder.

Anayasa’da hukuk devleti ilkesinin tanımı yer aldamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararlarla söz konusu ilke şu şekilde tanımlanmaktadır: Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan hakları dayanant, bu hak ve özgürlükleri koruyup güvendi, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirecek sürdürün, hukuk güvenliğini sağlamak, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettiir. Temel hak ve özgürlüklerin güvençe alına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir

20 Yabancy para alacaklarının aynı zamanda yabancı şahıs olmasi durumunda ise, aşağıda ayrıca değineceğiımız üzere, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için ancak miltelerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa m.16 hüküm de ihtilal edilmiş sayılabılır. Bkz. aşağıda II – D – 3. başlığı altında yer alan açıklamalar.

Bu çerçevede bir hukuk devleti, herkesin hukuka, bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti Devleti kanunlarının ve Anayasa’nın m.90 hükmü uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların hükümlerine uygun davranğı, adil ve insan onuruna yakın bir düzen kurmak ve bu düzeni korumakla yükümlüdür. Böyle bir düzeni bozabilecek her türlü engeli ortadan kaldırmak da devletin vazifesidir. Devlet her koşulda temel hak ve özgürlükleri sadece kendi müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda özel hukuk ilişkilerinde bireylerin müdahalelerine karşı da garanti altında almaktadır. Bu garantiyi devlet, ancak adil bir hukuk sisteminin kurarak ve özel hukuk ilişkilerinde menfaatleri adil bir dengeye oturtarak gerçekleşmeirebilir\footnote{\footnotetext[32]{Alp, Yasan Temerrüt Faizi, s. 179.}}. Devletin hukuk devleti ile bağlantılı söz konusu vazifesini, Anayasa Mahkemesi tarafından Devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin Anayasa’nın 5. maddesi temeline oturtulmaktadır. Anayasa m.5 hükmü uyarınca Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hüriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkelerele bağlama-yacak surette sunrayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin, temel hakları sosyal hukuk devleti...
ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlamaları halinde Devletin müdahaleesi bir ödev olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devleti tanımından da anlaşacağı üzere, yabancı para borçları bakımından kanuni ticari temerrüt faizinin 3095 sayılı Kanun m.4/A hüküm doğrultusunda salt mevduat faizi ile sınırlandırılması, açıkça aleyhine eşitliği bozmamasının yanında, Anayasa’nın hukuk devleti ilkesi (m.2) ile Devletin temel hak ve yükümlülüklerinin (m.5) de ihlalidir. Zira yukarıda inceledigimiz üzere, mevduat faizinın tacirin borçlunun temerrüdü nedeniyle mahrum kaldığı ticari gelirlerini telafi etmesi ve bu bağlamda ürün olduğu zararları karşılamaya yetmesi mümkün değildir. Türk Lirası veya yabancı para üzerinden olsun, ticari işlerde borçlunun temerrüdü’nün yol açtığı zararı kanun ticari temerrüt faizi, ancak borçlunun kendi kusursu hâreketi ve kötü niyetli geç ifası neticesinde kazançlı çıkma sonucunu doğurarak, Devletin hukuka aykırı temerrüt durumunu kendi el ile teşvik etmesi suretiyle hukuk devleti ilkesini ihlal etmesi anlamını taşıır.

Hukuk devleti yukarıda belirtilenlerin yanında, vatandaşların hukuki güvenlik içinde yaşamlarını da öngörür. Bu ncinse, vatandaşların önceden hangi kurallara tabi olduklarını bilmeleri ve davranışlarını ona göre ayarlamaları gerekir. Bu sebeple hukuk devleti aynı zamanda hukuk kurallarının belirliği ilkesini de gerektirir. 3095 sayılı Kanun m.4/A hüküm bu bakımından da hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zira, 3095 sayılı Kanun m.2 hüküm, âdi işler bakımından yıllık yüzde düşük, ticari işler bakımından ise T.C.

34 Bu hususta ayrıca bkz. Alp, Yaras Temerrüt Faizi, s. 178-181.
35 Gözler, s. 211.
Merkez Bankası’nın Resmi Gazete aracılığı ile yayınlanmak suretiyle kamuya duyurduğu avans faiz oranlarının kanuni temerrüt faizi olarak uygulanacağını öngörür. Kanuni faiz oranlarının, Resmi Gazete’de yayınlanarak yürütülece giren Kanun metninde yahut T.C. Merkez Bankası Tebliği’nde açık bir biçimde belirtilmesi, hukuk devleti ilkesi doğrultusunda hukuk kurallarının belirliliği ilkesinin bir gerekliğini reddeder. Bu şekilde borçlu temerrüde düşmesi halinde ne kadar kanuni temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağını önceden bilmekte, alicalı da temerrüt neticesinde hak kazanacağı görüntü tazminat miktarının hesap edebilmesidir. 3095 sayılı Kanun m.4/A hüküm ise, belirlilik ilkesine aykırı ve muğlak bir biçimde, kanuni temerrüt faizine “Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağı öngörüktedir. Yabancı para birimine bağlı söz konusu faiz oranının sürekli olarak değişken nitelik taşıması nedeniyle hem borçlu hem de alicalı bakımından tespit edilmesinin imkansızlığı karşısında, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün bu bakımından da hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılaması gereklidir.

3. Müثkiyet Hakki Bakımından Anayasa’ya Aykırılık

Anayasa’nın m.35 hükümü, bireylerin temel hakları ve ödevleri dahilinde müثkiyet haklarını düzenlemekteirdir. Her ne kadar madde metninde alicak haklarının, bu kapsamda kanuni ticari temerrüt faizi alacağını anayasal müثkiyet hakkına dahil olduğu açıkça belirtilmiş olmasa da, m.35 hükümünün Danışma Meclisi tarafından, müثkiyet hakkının anayasal güvençe alına alınan tek tek tasnır ve tasarım malları ve para ile değerlendiririlebilen hakları içeren bir teminat olduğu öngörülmek suretiyle, Kanun koyucunun bu yöndeki olumlu iradesi ortaya konulmuştur36. Sonuç olarak, kanuni ticari temerrüt faizi alacağını da anayasal teminat altındaki müثkiyet hakkına dahil bir unsur olduğunu kabul etmek gereklidir37.

36 Kocahanoğlu, s. 79.
37 Bkz. Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 183-185.
Anayasa m.35 f.2 uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Aksi takdirde kanun tarafından yapılan sınırlamanın Anayasa’nın m.35 hükmüne aykırı olduğu sonucuna ulaşılır. Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı düştüncesine, sermaye sahiplerinin, tefeciilik olduğu faizle zenginleşmesinin önüne geçmek, ekonomik güçsüzlük içinde borçlanmak zorunda kalanların yüksek faiz oranları ile somürlülmesini önlemek gibi gerekçeler örnek olarak gösterilebilir.39 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümün ticari iş niteliği taşıyan borçlarda temerrüt neticesinde ortaya çıkacak kanunî temerrüt faizi bakımından uygulanması halinde alacakların alacak (müllkiyet) hakkının fiilen sınırlandırılması durumunda ise yukarıda belirtilenlere benzer bir kamu yararı söz konusu değildir. Tam aksine, yukarıda ayrıntıları ile incelediğimiz üzere, ticari işlemlerde alacakların daha yüksek kanunî temerrüt faizine hak kazanmasını gerektirecek hem hukuki hem de iktisadi hakli gerekçeler mevcuttur. Bu sebeple, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümün kanunî ticari temerrüt faizi bakımından uygulanması, Anayasa’nın m.35 f.2 hükmünü de ihlal edeceği sonucuna varılır.

Yabancı para borcu alacaklarının pek çok durumda yabancı olacağı göz önünde bulundurulduğunda, kanunî ticari temerrüt faizinin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir tasarrufun; yabancılar için temel hak ve hüriyetlerin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngören Anayasa’nın m.16 hükümünden de ihlal etmesi ihtimali söz konusudur. Zira 3095 sayılı Kanun m.4/A’nın kanunî ticari temerrüt faizine uygulanması suretiyle Anayasa’da daki müllkiyet hakkına aykırı olarak gerçekleşen sınırlama, uluslararası hukuka uygun olduğunu savunanm mümkün gözükmemektedir. Gerçekten de, müllkiyet hakkı kapsamında kanunî ticari temerrüt faizine ilişkin hakkın kamu yararı bulunmaksızın

39 Alp, Yasal Temerrüt Faizî, s. 186.
kısıtlanmasına, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.17) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (1 no’lu Ek Protokol m.1) aykırıdır.

III. DEVLET BANKALARINDA MEVDUAT OLARAK KABUL EDİLMENEN YABANCI PARA BİRİMİNDEN PARA BORÇLARINDA TEMERRÜT HALİNDE 3095 SAYILI KANUN MADDE 4/A HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI

A. PROBLEMİN TESPİTİ

3095 sayılı Kanun m.4/A hüküm, sözleşmede daha yüksek temerrüt faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borçunun faizinde Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödendiği en yüksek faiz oranının uygulanacağını belirtmektedir. Söz konusu düzenlemede referans olarak Devlet bankalarında borç konusunu oluşturan para cinsinden açılan mevduat hesabının alınmasından, hükümün kapsamının Kanun koyucu tarafından münhasır Devlet bankalarında mevduat olarak kabul edilen yabancı para birimleri ile sınırlanmış olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda Devlet bankalarında mevduat olarak kabul edilen para cinslerinde kanunî temerrüt faizine hangi oranın uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir.

B. 3095 SAYILI KANUN MADDE 4/A’DA KULLANILAN DEVLET BANKASI KAVRAMI VE NİTELİKLERİ

Devlet bankası kavramının 3095 sayılı Kanun’da veya Bankalar Kanun’unda bir tanımı veya tarifi bulunmamaktadır. Madde 4/A hükümünde kanunî temerrüt faizine ilgili yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödenen en yüksek faiz oranının esas alınacağı öngörüldüğünden, anılan bankaların öncelikle mevduat kabul etmeye yetkili olmaları, yani mevduat bankası niteliği taşıma- ları şarttır. Bunun dışında, Devlet bankası sayılabilmeleri için mülki-

39 Bkz. RG T. 27.05.1949, S. 7217.

T.C. Merkez Bankası’nın mevduat kabulüne yetkili bir banka olmaması nedeniyle Kanun koyucunun m.4/A hükmünde Devlet bankalarının uyguladıkları mevduat faizi oranını esas aldığı söylemek mümkün. Kanunî temerrût faizi oranının, mütenthalî borçluyu cezalandırmak ve alacaklarının menfaatlerini korumak amacına yönelik kamu yarar doğrultusunda ve kamu iradesini yansıtanacak şekilde tespit edilmesi şarttır. Kanunî temerrût faizi oranının serbest piyasa koşullarına terk edilmesi, onun spektasyonlara açık hale gelmesiyle kamu yarar anlamından uzaklaşmasının yolunu açacaktır. Bu noktada m.4/A hükmünün söz konusu ihtiyacı ne ölçüde karşılayabildiğini üzerinde durulması gerekliyor.

Ülkemizde kamu bankacılığı halihazırda eski anlamını yitirmiş olanın yanı sıra, iktisadi hayat dahilinden bütünyle kaybolmaya yüz tutmaktadır.41 Gerçekten de, kamu mevduat bankalarının adedi m.4/A’nın yürürlüğe girdiği 1991 senesinde altı iken, günümüzde bu sayı üçe iniştir.42 Kalan söz konusu üç bankanın da özelleştirilmesi gündeme gelmiştir. Bu bankaların özelleştirilmeleri halinde ise, 3095 sayılı...


41 Bu yönde bkz. Tekinalp, Ünal: Ünal Tekinalp’ın Banka Hukukunun Esasları, 2. Bas, İstanbul 2009, p.3-339 s. 28-29; ayrıca bkz. p.3-55 s. 32.


C. DEVLET BANKALARINCA MEVDUAT OLARAK KABUL EDİLEN YABANCI PARA BİRİMLERİ

Devlet bankaları kavramının ardından, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün uygulanması söz konusu bankaların mevduat olarak kabul ettikleri ve bir yıl vadeli hesap açıkları yabancı paralara uygulanacak kanunî temerrüt faizî ile sınırlı olduğundan, bunların hangi yabancı para birimleri olduğu nun da tespiti lazımdır. Anılan yabancı para birimleri, zaman içerisinde ve Devlet bankalarının iktisadi ve ticari tercihleri doğrultusunda değişimde birlikte günümüzde, Amerikan Doları, Avro, İngiliz Sterlingi, İsviçre Frangı, İsviçre Kronu, Danimarka Kronu ve Norveç Kronu’duur. Sayılan yabancı paralar dışındaki 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla bunların dışında kalan, Japon Yeni, Çin Yuani, Rus Rublesi gibi uluslararası para piyasalarında yoğun bir biçimde işlem gören diğer tüm yabancı para birimleri m.4/A’nın kapsamı dışında kalmaktadır.

D. DEVLET BANKALARINCA MEVDUAT OLARAK KABUL EDİLMEN YABANCI PARA BİRİMLERİ BAKIMINDAN KANUNİ TEMERRÜT FAİZİNİN TESPİTİ

1. Öğretide Savunulan Görüşler

3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünün, Devlet bankalarınca mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı para birimleri bakımından uygulanamayacağı kanatı öğretide de paylaşılmaktadır. BARLAS, Devlet bankalarının hiçbirisi tarafından mevduat olarak kabul edilmen bir para birimine bağlı borçlarda, kanunî temerrüt faizine ölçü olarak bir mevduat faizinden de bahsedilemeyeceğini belirtirerek bu konuda alternatif bir sistem önermektedir: Buna göre, Devlet bankalarınca mevduat olarak kabul edilmeyen türden para birimiyile ifade olunan borçlar bakımından öncelikle o paranın ait olduğu ülkemin kanunî temerrüt faizî oranının uygulanması, eğer ilgili ülkede temerrüt faizî oranı kanunla belirlenmiş değilse veya hukuk düzeni
faiz talebine imkan vermiyorsa, bu takdirde uluslararası piyasada o para birimiyile yapılan sözleşmelerde kabul edilen ortalama temerrüt faizi oranının uygulanması, bu oranın tespitinde ise hakim tarafından uzman bilirkişilerden ve ilgili ticari ve mesleki kuruluşlardan yararlanılması alternatif önerilmektedir. Yazar ayrıca önerdiği söz konusu sistemde yer alan kriterlerin, 3095 sayılı Kanun m.4/A’nın mevcut hali karşısında doğabilecek sorunlarda, de lege lata boşluk doldurucu olarak kullanılabileceğini savunmaktadır44.

2. Degerlendirmemiz

Öğretide BARLAS tarafından önerilen alternatif sistemin değerlendirilmesine geçmeden önce hemen belirtilmesi gerekir ki, söz konusu metodun boşluk doldurucu olarak uygulanabilmesi için, her şeyden önce ortada bir hukuk boşluğu bulunması lazımdır. Olaya uygulanabilecek bir kanun hükümü bulunduğu takdirde ise bir hukuk boşluğu bulunduğundan bahsedebilmenin imkâni yoktur45. Kanun temerrüt faizi bakımından geçerli ve emredici nitelikteki 3095 sayılı Kanun m.2 hükümünün bulunmadığı, yabancı para borçlarında kanun temerrüt faizi bakımından bir kanun boşluğunun varlığından bahsedilmesi ve söz konusu alternatif sistemin boşluk giderici olarak dahi uygulanabilmesi söz konusu değildir.

Bunun dışında, önerilen sistemin de lege lata boşluk doldurucu olarak uygulanmasının çeşitli mahzurları da mevcuttur. Şöyle ki, Türk hukukunda bu yönde geçerli bir kanunlar ihtiyaçları kuralı bulunmadıkça, yabancı bir hukuk kuralının uygulanması mümkün değil-

44 Barlas, s. 164-165.
dir. Bu durum HUMK m.76 hâkmünde, “hâkim re’sen Türk kanun- 
la mucibince hâkûm verir” denilmek suretiyle Kanun koyucu 
tarafından emredici olarak öngörülmuştur46. Bu sebeple, bir hukuk 
boşluğuun varlığı kabul edilsin yahut edilmesin, kanunî temerrüt 
faizi oranının yabancı bir devletin kanunlarına veya uygulamalarına 
yahut daha da ötesi, uluslararası piyasada o para birimiyile yapılan 
sözleşmelerde kabul edilen oranlara göre tespit etmesi, Türk kamu 
düzenine bütünliyyle aykırıdır7. Böyle bir uygulama, kanunî temerrüt 
faizi oranının Kanun koyucu tarafından tespit edileceğini öngören 
Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1996 tarihinde vermiş olduğu 
akarıyla da bağdaşmamaktadır. Bu kararda Yargıtay “götrü̇ zarar 
karşılığın olan faizin” (kanunî temerrüt faizinin) tespit edilmesinin 
Kanun koyucuya ait bir yetki olduğunu altını çizmiş, Kanun koyu-
cunun tespit ettiği oranın yûksektilmesi (veya düşürülmesinin) söz 
konusu yetkiye tecavüz edilmesi anlamını taşıyacağını belirtmiştir48. 
Bu doğrultuda, kanunî temerrüt faizini oranının Kanun koyucunun 
iradesi yerine, yabantı bir devletin kanunlarına yahut uluslararası 
piyasalardaki uygulamalarına göre tespitin mutlak anlamda bir yetki 
tecavüzü teşkil edeceğii muhakkaktır.

1951.
47 Bu uygulamalar bir ticari örf - âdet kuralları olarak kabul edilse de, emre-
deci nitelikteki 3095 sayılı Kanun m.2 hâkmü kesinde uygulanabilimleri 
mümkün deildir: “Ticari işlerde ticari âdetler Medeni hukuk hükümlerine 
terciiben tahli olunursa da borçlar kanununun âmir hükmülerinin her yerde 
tahli kazan geldiğinden ... mahkeme borçlar kanununun ahkâmına nazara 
alınarak ona göre muamele ve hâkûm itası ictica edeceğine karar verilmiştir.” Y. 
T.D. T. 06.07.1937 K.244 (Bilgişin, Şevket Memedeli: Ticaret Hukuku 
Prensipleri, C.1, 2. Bası, İstanbul 1948, s. 68).

48 "Çünkü, 103. madde ve 3095 sayılı Kanununda “götrü̇ zarar” karşılıgı olan faizin 
tespit edilmesi kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, bu zararın % 30 oranında 
olduğunun yasaşma yetkisine dayananak tespit etmiş ise, bunun, enfason oranının 
% 30’dan fazla olduğu gereksiziley mahkeme kararlarıyla daha yüksek oranlara 
503 (www.kazanci.com).
Kanun koyucu, sahib olduğu söz konusu münhasır yetkisi kullanarak 3095 sayılı Kanun’da kanunî temerrüt faizî oranının, gözetilen kamu yararı doğrultusunda T.C. Merkez Bankası’nın ve geçmişte dolayı da olsa kamu iradesini temsil etme vasıflı bulunan Devlet bankalarının uygulamaları çerçevesinde tespit edileceğini öngörümuştur. Kanun koyucunun, sahib olduğu öneme binaen Türkiye’de serbest piyasada oluşan faiz oranlarına göre değil de, T.C. Merkez Bankası yahut Devlet bankalarının uygulamalarına göre bulunacağını emrettiği kanunî temerrüt faizî oranının, Yabancı bir devletin kanunlarnın tespit ettiği veya yurtdışı para piyasalarında oluşan muğlak, Türk kamu düzenine uygunluğu ve güvenilirliği tamamen şüpheli bir takım verileri doğrultusunda tespit edilmesi esası hukuka aykırıdır.

Bununla ötesinde, söz konusu öneriler kamu düzenine ilişkin olan kanunî temerrüt faizinin, Devlet bankalarında mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı paralar bakımından tespitini bütünüyle birdirilirmeleri bırakmaktadır. Bilirkişilerin ise bu konuda başvurabileceği yegane kaynak, güvenilirlikten yoksun ve resmi nitelik taşımayan İnternet verileridir. Söz konusu İnternet verilerinin yabancı Devletin uyguladığı veya uluslararası piyasalarda oluşan faiz oranını dahe ne derecede doğru yansıtacağını kesin bir şekilde belirlenebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle dayalı olarak da, alacaklı ile borçlu arasındaki âdil dengein kurulması amaçını güven kanunî temerrüt faizinin miktarının bu sekilde saptanmasını, 3095 sayılı Kanun’un ve dolayısıyla Kanun koyucunun amacı ile bağıştırılabilmesi olası gözükmemektedir.

Öte yandan yukarıda m.4/A hükmünün hukuk devleti ilkesi ile iliskisini irdelerken de belirtilmişiz üzerine, hukuk devleti aynı zamanda hukuk kurallarının belirliliği ilkesini de gerektirir49. Bu doğrultuda bir hukuki ilişki içerisindeki alacaklı ve borçlunun, temerrütün hukuki sonuçlarını öngörebilmeleri ve faaliyetlerini buna göre

49 Gözler, s. 211.
ayarlayabilmeleri beklenir. 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 hüküm, T.C. Merkez Bankası’nın Resmi Gazete aracılığı ile yayınlanmak suretiyle kamuya duyurduğu avans faiz oranının kanunı temerrüt faizi olarak uygulanacağını kabul etmek suretiyle hukuk kurallarının belirliliğini ilkesinin gereğini yerine getirmektedir. Ancak 3095 sayılı Kanun m.4/A’nın, Devlet bankalarına mevduat olarak kabul edilen yabancı para birimleri bakımından öngörüdüğü kuralın, söz konusu ilke ile ne derecede bağdaştırıldığı meselesi bir yana bırakılarak olursa⁵⁰; bu hüküm kapsama girmeyen yabancı para borçları açısından değerlendirildiğimiz önerinin, hukuk kurallarının belirliliği ve aleni olmaları koşuluunu yerine getirmeye elverişli olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Netice olarak, değerlendirilmemize başlarken de ifade ettigimiz üzere, 3095 sayılı Kanun m.4/A kapsamına girmeyen, Devlet bankalarına mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı para biriminde borçlar için söz konusu olacak kanunı temerrüt faizi bakımından, genel hüküm niteliği taşıyan m.2 hükmüne başvurulmalı ve âdi işler için fıcura 1, ticari işler için fıcura 2 uygulanarak borçunun ödeyeceği göttüri tazminatının miktarı tespit edilmelidir. Aksi yönde bir çözümün kabulü, 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 ve HUMK m.76 hükümlerinin ihlali anlamına geleceği gibi, Anayasa nitelikteki hukuk devleti ilkesinin de zedelenmesi sonucunu doğurur.

IV. SONUÇ

3095 sayılı Kanun’a 1990 senesinde eklenen m.4/A, yürütülüğe girdiği dönemde itibariyle geçerli olan iktisadi durum çerçevesinde, uygulama alanına giren yabancı para alacaklarının menfaatlerini koruma amacı güden ancak Türk hukukunda kanunı temerrüt faizine ilişkin geçerli olan sistemim tamamen dışında olasma binaen, kapsamı Kanun koyucu tarafından oldukça sınırlı tutulmuş bir düzenlemedir. Çalışmanınizada ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere,

söz konusu hükümün kapsamı dışında bulunan ticari işlerden kaynaklanan kanuni ticari temerrürt faizi oranının tespiti için uygulanması, başta eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve temel haklardan mülijk ket hakki olmak üzere Anayasal düzenlemelerin ve 3095 sayılı Kanun m.2 f.2’nin ihlâli olacaktır. Bunun yanunda, m.4/A hükümünün salt Devlet bankaları tarafından mevduat olarak kabul edilen yabancı para birimleri için uygulama kabiliyetine sahip olması, yabancı para borçları bakımından para birimine bağlı olarak hukuki ve iktisadi temelden yoksun bir ayrıma gidilmesine neden olmaktadır. Bu doğrultuda ilk aşamada, hastalıklı bir hüküm olan ve kanımızca Türk Borçlar ve Ticaret hukuku prensipleri ile ahenk içerisinde olmaktan tamamen uzak m.4/A hüküm, Kanun koyucu tarafından en kısa zamanda kaldırılarak, 1990 senesinden önce olduğu gibi, hem Türk Lirası hem de yabancı para cinsinden borçlardan doğacak temerrürt faizi oranlarının, âdi işler için 3095 sayılı Kanun m.2 f.1, ticari işler için ise m.2 f.2 uyarınca tespiti esasına geri dönümlüdür. Aksi halde, maddede 4/A’nın kapsamı dışında kalan yabancı para kanuni temerrürt faizi alacakları bakımından da uygulanarak, 3095 sayılı Kanun’un emredicisi hukuk kuralları ile Anayasal ilkelerin ihlal edilmesi yolu açık kalımayı devam edecek tir.

Çalışmamızda ortaya koyduğumuz üzere, m.4/A münhasıran Devlet bankaları tarafından mevduat olarak kabul edilen yabancı para birimlerine bağlı olan ve âdi iş niteliğindeki borçlardan doğan temerrürt faizlerine uygulanabilirliği surnul nitelikte bir kanunun düzenlemesidir. 3095 sayılı Kanun m.4/A’nın uygulama alanı dışında kalan yabancı para birimlerine bağlı borçların temerrürt faizleri ile bilhassa kanuni ticari temerrürt faizi oranlarının tespitinde uygulama kabiliyetine sahip tek hüküm m.2 f.2’dir. Zira 3095 sayılı Kanun m.5 f.2 ile BK ve TTK’daki kapital faizi (BK m.72) ve temerrürt faizi oranlarını belirleyen hükümlerin (BK m.103; TTK m.9 f.2) uygulanmayaçağını öngördüğünden, özel hükümün kapsamına girmeyen hallerde, genel hüküm olan ve kanuni ticari temerrürt faizi oranlarını bakımından emredici nitelik taşıyan 3095 sayılı Kanun m.2 f.2’ye başvurulması gereklidir. Temerrürt faizi oranlarının belirleyen m.2 hüküm karışımda,
yabancı para borçlarına ilişkin temerrüt faizi oranlarının tespitinde esas alınacak başka herhangi bir kanunun düzenlemesi hukukumuzda mevcut değildir. Bu sebeple bilhassa Devlet bankalarına mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı para borçlarının temerrüt faizi oranlarının tespitinde emredici kanun hükümleri ve Türk kamu düzeni çerçevesinde çözüm Türk hukuku dahilinde bulunarak, genel hüküm 3095 sayılı Kanun m.2 f.2’ye başvurulmalıdır.

Diğer yandan, sosyal devletin gereği olarak Kanun koyucu işçiyi nasıl himaye ediyorsa, hukuk devleti bu konudan da, para alacaklarında temerrüt halinde Kanun koyucunun borçluyu değil, alacaklı himaye etmesi, kanaatımızce Anayasal bir zorunluluktur. Bu sebeple mütemerrit borçlu lehine ve alacaklarını zarara sonuçları doğurmaya müsaad 3095 sayılı Kanun m.4/A hüküm, Kanun koyucunun m.4’te ifadesini bulan “en yüksek oranda temerrüt faizi ödemesi” yönündeki iradesi doğrultusunda; sadece âdî işlerde tarafların sözleşmesinde daha yüksek bir faiz oranı belirlemekleri veya ticari işlerde m.2 f.2 hükümünün tanıdığı seçimlik yetki doğrultusunda, alacakların T.C. Merkez Bankası avans faiz oranının tatbik edilmesini istemediği hallerle sınırlı olarak uygulanabilir.

Bununla birlikte m.4/A uygulanması suretiyle bulunan temerrüt faizi oranının, her halukarda 3095 sayılı Kanun m.1 hüküminde 2005 senesinde yapılan değişiklik ile âdî işler için söz konusu olarak yilık yüzde dokuz oranının altında olmaması gerekir. Aksi takdirde yabancı para alacaklarının bakımından hakkaniyetçe çok aykırı ve eşitliği tamamen ortadan kaldıran sonuçlar doğacaktır. Unutulması gerekir ki, negatif ayrımlıkları önemek kişisel ve ekonomik hakları keyfiğe karşı savunanın hukukunun önemli bir görevidir. "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalara ayni işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşılarında ayardın yapılması ve ayrıcalık tanınmasını önemektir"51.

Öte yandan, kanuni temmürüt faizine ilişkin 3095 sayılı Kanun m.2 hükümünün aksine, m.4/A hükümünün ancak alakalının talebi halinde uygulanacak, emredici nitelikten yoksun bir yedek hüküm vasını taşıdığı da kabul edilmelidir. Bir kanun Resmi Gazete'de yayınlananca yürütülge girer ve aleniyet kazanır. Aleniyet, kanunun nasıl bir düzenleme getirdiğinin toplum tarafından ve onu uygulayacak hakimler ve icra memurları tarafından öğrenilmesini sağlar. Kanun koyucunun tespit ettiği kanuni temmürüt faizi ve kapital faizi oranlarının ne olduğunu bilinmesi de, özellikle para borçlarında alakalı veya borçlu olan kişiler tarafından, kanunları yürütülge sokan yöntem olan Resmi Gazete'de yayınlanması ile mümkündür. Kanunla düzenlenen kanun faiz oranının, aleniyet vasını sahip olması, kanununca söz konusu müessesenin aslı unsurları arasında yer almaktadır. Bu doğrultuda, 4489 sayılı Kanun ile yürütülge giren 3095 sayılı Kanun yeni m.2 f.2 hükümde kanunun ticari faiz oranının tespiti bakımından gönderme yapılan “T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli avanslarına uyguladığı faiz oran”, yıllık dönem olarak Resmi Gazete de gerektiği şekilde yayınlanmak sureti ile aleniyet kazanmış olmaktadır. Buna karşılık, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükümünde ise, m.2’nin aksine emredici nitelik taşıyan kanun temmürüt faizinin sahip olması gerekli nitelikler, bu bakımından bulunmamaktadır. Gerçekten, m.4/A’da öngörülen “yabancı para borçunu faizinde Develet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödeme en yüksek faiz oran”, Resmi Gazete'de yayınlanmadığı gibi, önceden kesin bir şekilde tespit edilmesi hiçbir şekilde mümkün olmayan belirsiz ve bilirksilerin takdirlerine göre değişen bir ölcütür. Bu ise anılan hükümün emredici vasını ortadan kaldırmaktadır.

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temmürüt Faizine ilişkin Kanun, ülkemizde yüksek enflasyon oranlarının hüküm sürdüğü ve kanunlagettiilen düşük sabit faiz oranlarının bilhassa ticari işlerde alakalının temmürüt nedeni ile uğradığı zararları karşılamakta yetersiz kaldıgı bir dönemde, kanuni faiz oranının iktisadi koşullardaki dalgalanmaları yansıtabacak şekilde, T.C. Merkez Bankası’nın yıllık olarak yayılmasaçı oranlara bağlı olarak tespit edilmesi esasına dayanan
bir sistem öngörülmüşdür. Bu sistem, ülkemizin geçirdiği değişken koşullar çerçevesinde, alacaklı ile borçlu arasında Kanun koşucu tarafından tesis edilmiş gereken adil dengenin muhafaza edilmesi bakımından benimsenmiş yerinde bir tedbir niteliği taşımakla birlikte, bilhassa son birkaç yıllık dönemin dahilinde enfasyon oranlarının düşmesi ve iktisadi koşulların durağan hale gelmesi ile birlikte, artık söz konusu sistemünün bu işlevini yırmıkte olguna gözelemlemektedir. Bu nedenle, mehz İsviçre hukuku ve iktisaden gelişmiş ülkeler hukuklarında da geçerli olduğu üzere, kanunı kapital ve temerrüt faizi oranlarının müstakil bir faiz kanunu yine general kanunlar içerisinde ve idare tarafından gerekli gördüğünde güncellemeye müsait sabit oranlar halinde düzenlenmesi, zaman içerisinde mevcut iktisadi durumun sürekli arz etmesi koşuluyla kanımızda daha uygun olacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar halihazırda borçlar Kanunu Tasarıısı (m.87) ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda (m.9) sabit bir faiz oranı tespit edilmek yerine, faiz borçunun olduğu tarihteki yürürlüğe olan mevzuat hükümlerine atıfta bulunulmakta ise de, alınan ana kanunlarda aşağıda belirtildiği şekilde düzenlenelerin benimsenmesi -ekonomik koşulların elverişli, özellikle enfasyon ve dış ticaret açığının devamı olarak düşük bir düzeyde seyretmesi kaydıyla- de lege feranda önerilebilir:

Türk Borçlar Kanunu’nda yer alması önerilen düzenlemeler:

Temerrüt Faizi:

Maddede 103 - Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüt eden borçlu, sözleme ile daha az bir faiz koşulu olsa bile, geçmiş günler için, alacakla birlikte veya müstakil olarak yılda yüzde on hesabı ile alacakluya kanunlu faiz ödemeye mecburdur.

Sözleşmelerdeki faiz miktarı yukarıdaki fikrada öngörülen miktarın üstünde ise, kanuni temerrüt faizi, sözleşmedeki faiz miktarından az olamaz.

Yasal Faiz:

Madde 72- Bir kimse faiz vermesine mecbur olup da ne sözleşme ile ne de kanunda oranı tespit edilmemiş ise, bu faiz yıllık yüzde on hesabı ile tediye olunur.

Madde 103 fikra 2 ve 3 hükümleri yasal faizde de uygulanır.

Türk Ticaret Kanunu’nda yer almış önerilen düzenlemeler:

Kanuni Ticari Temerrüt Faizi:

Madde 9, Fikra 2- Ticari işlerde temerrüt faizi yıllık yüzde yirmidir. Kanuni ticari temerrüt faizi, alaca bağlı birlikte veya müşterik bir alacak olarak talep edilebilir.

Borçlar Kanununun 103. maddesi fikra 2 ve 3 hükümleri, kanuni ticari temerrüt faizi kapsamında da uygulanır.
K a y n a k

- Alp, Mustafa: Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Temerrüt Faizi Konusundaki Son Gelişmeler, Prof. Dr. Kemal Öğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, S.1 s.417 v.d.
- Bilgişin, Şevket Memedali: Ticaret Hukuku Prensipleri, C.1, 2. Basi, İstanbul 1948.
- Bırser, Mahmut T.: Banka Kavramı ve Bankaların Sınıflandırılması (7129 Sayılı Bankalar Kanunu Yönünden), BATİDER 1964 C.11, s.627 v.d.
- Bırser, Mahmut Tevfik: Ticari İşletme Hukuku C.1, İzmir 1970.
Öcal, Akar: Türk H ususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965.


