

**3095 SAYILI KANUNÎ FAİZ VE  
TEMERRÜT FAİZİNE İLİŞKİN KANUN  
MADDE 4/A HÜKMÜNÜN UYGULAMA ALANI**

*Prof. Dr. Mahmut T. BİRSEL\**

*Arş. Gör. Ali Murat SEVİ\*\**

*Üstadlığı sadece Usûl ve İcra-İflâs Hukuku ile sınırlı olmayan,  
İzmir'in kurtuluşu ve Ege uygarlıkları üzerine  
ciddî araştırmalarıyla da tanınan  
Prof. Dr. Bilge Umar'a en iyi dileklerimizle...*

***Inceleme Plânı : I. Giriş ve Konunun Takdîmi; II. Ticarî İşlerden Doğan Para Borçlarında Temerrüt Halinde 3095 Sayılı Kanun Madde 4/A Hükmünün Uygulama Alanı; A. Kanunî Temerrüt Faizi Müessesesi ve Bağımsız Niteliği; B. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticarî İş Ayrımı ve Önemi; 1. Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Temeli; 2. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Kanunî Dayanağı; 3. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Gereççeleri; 4. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Anayasal Zemini; C. 3095 Sayılı Kanun Madde 4/A Hükmünün Uygulamasının Âdi İşler ve Alacaklıların Kanunî Ticarî Temerrüt Faizinin Uygulanmasını Talep Etmediği Hallerle Sınırlı***

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu ve Emekli Öğretim Üyesi.

\*\* Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

*Olmadı; D. 3095 Sayılı Kanun Madde 4/A Hükümünün Ticarî İşlerdeki Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Uygulanmasının Doğuracağı Hukukî Sonuçlar ve Anayasa'ya Aykırılık; 1. Eşitlik İlkesi Bakımından Anayasa'ya Aykırılık; 2. Hukuk Devleti İlkesi ve Devletin Temel Amaç ve Görevleri Bakımından Anayasa'ya Aykırılık; 3. Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasa'ya Aykırılık; III. Devlet Bankalarında Mevduat Olarak Kabul Edilmeyen Yabancı Para Biriminden Para Borçlarında Temerrüt Halinde 3095 Sayılı Kanun Madde 4/A Hükümünün Uygulama Alanı; A. Problemin Tespiti; B. 3095 Sayılı Kanun Madde 4/A'da Kullanılan Devlet Bankası Kavramı ve Nitelikleri; C. Devlet Bankalarının Mevduat Olarak Kabul Edilen Yabancı Para Birimleri; D. Devlet Bankalarının Mevduat Olarak Kabul Edilmeyen Yabancı Para Birimleri Bakımından Kanunî Temerrüt Faizinin Tespiti; 1. Öğretide Savunulan Görüşler; 2. Değerlendirmemiz; IV. Sonuç, KAYNAKÇA.*

## I. GİRİŞ ve KONUNUN TAKDİMİ

Kanunî temerrüt faizi hukukumuzda 1926 yılında kabul edilen Borçlar Kanunu'nun m.103 hükmü ile girmiştir. Söz konusu hukukî müessese, borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının uğradığı zararı götürü bir tazminat olarak karşılama amacını gütmektedir. Kanunî temerrüt faizi oranı, Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1957 senesine kadar âdi ve ticarî işler için yüzde beş üzerinden uygulanmış, daha sonra TTK m.9 hükmü ile ticarî işler için söz konusu oran yükseltilerek yüzde on olarak belirlenmiştir. Ticarî işlerde borçlunun temerrüdünün âdi işlere nazaran daha vahim sonuçlar doğurması nedeniyle benimsenen söz konusu ayırım, 1984 senesinde 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'un kabul edilmesi ile birlikte sürdürülmüş ve m.2 f.1 hükmü ile âdi işlerde kanunî temerrüt faizinin yüzde otuz, ticarî işlerde ise, alacaklı eğer isterse T.C. Merkez Bankası'nın uyguladığı reeskont faiz oranı üzerinden talep edilebileceği öngörülmüştür<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Söz konusu oranlar günümüzde âdi işler bakımından 5335 sayılı Kanun ile değiştirilen 3095 sayılı Kanun m.1 ile 19.12.2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı

Türk Lirasının henüz konvertibl 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 alacaklılarının o zamanki menfaatlerini koruyabilmek amacı ile 3095 sayılı Kanun'a 1990 senesinde eklenen m.4/A hükmü ise, yabancı para borçlarında kapital ve âdi işlerde geçerli olacak temerrüt faizine Devlet bankalarının o yabancı para birimi ile açtıkları bir yıl vadeli mevduat hesaplarına ödedikleri en yüksek faiz oranının ödeneceğini belirterek, esasen kanunî temerrüt faizi bakımından Türk hukukunda varlığını sürdüren sisteme ve genel esaslara tamamen yabancı bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucu tarafından uygulama alanı birçok yönden sınırlı olarak öngörülen 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmü karşısında ticarî işlerdeki kanunî temerrüt faizinin hangi hükme göre tespit edilmesi gerektiği ve yine anılan hükmün 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 konusunu teşkil etmektedir.

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

3095 sayılı Kanun'un m.4/A hükmü, sözleşmede daha yüksek akdî veya temerrüt faizi kararlaştırılmadığı hâllerde, vadesinde ödenmeyen (temerrüt halindeki) yabancı para borcunun faizine Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat

---

Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca (RG T.30.12.2005 S. 26039) 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık yüzde dokuz; ticarî işler içinse 4489 sayılı Kanun ile değiştirilen m.2 f.2 uyarınca T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı üzerinden geçerlidir.

hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağını öngörmektedir. Anılan hüküm daha yakından tahlil edilecek olursa, uygulama alanının Kanun koyucu tarafından çeşitli boyutlarda sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Öncelikle, m.4/A'nın bağlı olduğu ana kuralı teşkil eden 3095 sayılı Kanun m.4 hükmünde vurgulanan "en yüksek oranda temerrüt faizi ödeme" esasına uygun olarak, eğer taraflar sözleşmede daha yüksek oranda akdî veya temerrüt faizi ödenmesini kararlaştırmış iseler, m.4/A hükmü uygulama alanı bulmayacaktır<sup>2</sup>.

3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün kapsamı dışında kalan bir diğer faiz türü de, ticarî işlerden kaynaklanan kanunî temerrüt faizidir. Aşağıda ayrıntıları ile inceleneceği üzere, m.4/A'nın düzenleniş tarzı, söz konusu hükmün ticarî iş niteliği taşıyan para borçlarında borçlunun temerrüdü neticesinde doğan kanunî temerrüt faizi bakımından uygulama alanı bulmasına engeldir. Zira herhangi bir ayırım yapılmaksızın, âdi ve ticarî işler bakımından aynı faiz oranının uygulanması, emredici hükümlere, Ticaret Hukuku'nun genel prensiplerine ve Anayasal ilkelere aykırıdır.

#### **A. KANUNÎ TEMERRÜT FAİZİ MÜESSESESİ ve BAĞIMSIZ NİTELİĞİ**

Temerrüt faizi, para borçlarında temerrüdün genel sonuçlarından birisidir. 3095 sayılı Kanun m.2 f.1 hükmü uyarınca bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, geçmiş günler için sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça birinci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Söz konusu hüküm doğrultusunda temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü, tarafların bu

<sup>2</sup> Ancak taraflar sözleşmede m.4/A hükmüne göre tespit edilenden daha düşük bir faiz oranı kararlaştırılmışsa, hükmün lafzı ve Kanun koyucunun belirttiğimiz 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**, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 164.

hususla ayrıca anlaşılmasına gerek olmaksızın doğrudan doğruya kanundan doğar. Bu şekilde doğan temerrüt faizinin hangi oranda uygulanacağını taraflar sözleşme ile kararlaştırabilecekleri gibi, bu yönde bir sözleşmenin bulunmaması halinde söz konusu oran Kanun tarafından belirlenir<sup>3</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, 3095 sayılı Kanun'da götürü zarar karşılığı olan faizin tespit edilmesi yetkisinin Kanun koyucuya ait olduğunun altını çizmektedir<sup>4</sup>.

Mütemerrit borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü temerrüt halinin oluşması ile birlikte kendiliğinden ortaya çıkar. Bu kapsamda borçlunun temerrüt faizi ödemesi için alacaklının temerrüt nedeniyle zarara uğramış olması yahut borçlunun temerrüde kusuru ile düşmüş olması da şart değildir<sup>5</sup>. Bu noktada kanundan doğan ve müstakil nitelik taşıyan temerrüt faizini, mütemerrit borçlunun haklı bir sebep olmaksızın alacaklı aleyhine elde ettiği zenginleşmeyi iade etmesi yükümlülüğü (BK m.61) ile izah etmek de mümkündür. Mütemerrit borçlu bir miktar parayı zamanında ödememesi ve temerrüt süresince alıkoyması neticesinde esasen maddî bir zarara; alacaklı ise zarara uğramaktadır. Zira borçlunun alacaklıya ait olan

<sup>3</sup> Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ: Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 826; Tunçomağ, Kenan: Borçlar Hukuku C.I, 5. Bası, İstanbul 1972, s. 546; Oğuzman, Kemal M./Öz, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 391-392; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 1055-1056; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010, s. 361; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2009, s. 524; Barlas, s. 124 vd.

<sup>4</sup> Y. HGK T.19.06.1996 E.1996/5-144, K.1996/503 (www.kazanci.com).

<sup>5</sup> Öçal, Akar: Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965, s. 21 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 826; Tunçomağ, s. 547; Oğuzman/Öz, s. 391; Eren, s. 1056; Reisoğlu, s. 362; Kılıçoğlu, s. 524; Barlas, s. 133 vd.; Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006, p.212 s. 70.

bir meblağı vadeden sonra temerrüt süresince kullanmaya devam etmesi, iktisadî anlamda hukuk dışı bir kredi niteliği taşır. Böyle bir krediden faydalanılması mütemerrit borçlu lehine her halükarda maddî bir yararın oluşmasına neden olurken, anılan meblağdan mahrum kalınması alacaklı aleyhine bir maddî bir zararın ortaya çıkması sonucunu doğurur<sup>6</sup>. İşte kanun koyucu, temerrüt halinin ortaya çıkması ile birlikte alacaklının kendiliğinden zarara uğradığı olgusundan hareketle, mütemerrit borçlunun alacaklının söz konusu zararına karşılık götürü bir miktarda tazminat ödemekle yükümlü olması esasını benimseyerek kanunî temerrüt faizi müessesesini kabul etmiştir. Sonuç olarak kanunî temerrüt faizi, hukukî olarak ana paraya bağlı ve fer'î nitelik taşıyan bir faiz alacağı değil, doğrudan doğruya kanundan doğan, alacaklının aksi iddia olunamayan zararının giderilmesine yönelik götürü bir tazminat niteliği taşır<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Bkz. von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, C.II, 3. Bası, Zürich 1974, s. 146 dn.22; Bu hususta ayrıca bkz. temerrüt faizinin amacı ile ilgili müteakip başlık altında yer alan açıklamalar.

<sup>7</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da temerrüt faizinin hukukî niteliği konusunda aynı kanıdadır: "Temerrüt faizi, borçlunun para borcunun zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibarıyla, zamanında ifa etme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içersindedir. Borçlu kusurlu olsun olmasın, sonuçta borç alacaklıya zamanında ödenmemiş demektir. İşte gerek İsviçre ve gerekse Türk Kanun Koyucusu alacaklı, zararın varlığını ve miktarını, borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın temerrüt faizini talep edebilme imkanını tanımıştır. Temerrüt faizi, alacaklının uğradığı varsayılan zararının hiç değilse (en üst düzeyde) faiz oranı ölçüsünde zahmetsizce giderilmesi amacını güder. Faiz yükümlülüğünün doğumu için borçlunun alıkoyduğu para miktarından yarar sağlaması şart olmadığı gibi diğer yönden temerrüt faizi talep edebilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması da şart değildir. Borçlu bu konuda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ileri sürerek ve bunu kanıtlayarak faiz ödeme yükümlülüğünden kurtulamaz. Temerrüt faizi alacaklının aksi iddia olunmayan farazi zararının asgari oranda giderilmesine yönelik maktu ve götürü bir tazminat niteliği taşır. Temerrüt faizi, sözleşmeden doğan para borçla-

Götürü tazminat niteliğindeki kanunî temerrüt faizinin, öğretide kapital faizi olarak anılan genel faiz kavramı ile ilişkisi, hesaplama tekniği bakımından ortaya çıkmaktadır. Kanunî temerrüt faizi miktarı, temerrüde düşülen para meblağına vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar geçen süre boyunca, kural olarak 3095 Sayılı Kanun m.2'de tespit edilen, âdi işlerde (fıkra 1) ve alacaklı ister ise ticarî işlerde (fıkra 2) farklı yüzdelerin uygulanması suretiyle hesaplanır. Hesaplama tekniğindeki söz konusu benzerlik dışında kanunî temerrüt faizi ile genel faiz kavramı arasında büyük farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıkların şüphesiz en başında kanunî temerrüt faizinin genel faiz kavramı gibi fer'î, yani asıl alacağa bağımlı olması, ondan tamamen bağımsız nitelik taşıması gelmektedir. Kanunî temerrüt faizinin söz konusu niteliği, asıl para borcunun taraflarının iradesinden bağımsız şekilde ve borçlunun bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşmesi ile birlikte, 3095 sayılı Kanun m.2 hükmü uyarınca kendiliğinden ortaya çıkmasına dayanır<sup>8</sup>.

Kanunî temerrüt faizinin asıl alacaktan bağımsız nitelikte olmasının doğal hukukî sonucu, talep ve ifa tarzı yönünden asıl alacaktan farklı esaslara tabi olmasıdır. İfa tarzı, ifayı gereği gibi, tam ve doğru şekilde, borç plan ve programına uygun biçimde gerçekleştirmeye yarayan unsurları ifade eder. Bu unsurlar ifanın konusu, ifanın tarafları, ifa zamanı ve ifa yeridir<sup>9</sup>. Kanunî temerrüt faizinin gerek asıl

---

*rının yanı sıra, sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden kaynaklanan para borçlarında da uygulama alanı bulabilir." Y. HGK. T. 12.02.1992 E.1991/11-615, K.1992/57 (www.kazanci.com); "Bilindiği üzere, 3095 sayılı Kanun hükümlerine göre geçmiş günler faizinin ödenmesi için, borçlunun kusurlu olup olmadığı, alacaklının da bu geç ödemeden dolayı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı sonucu etkili değildir. Mevcut Para Borcunun vadesinde ödenmemesi, bu faizin ödenmesi için yeterli olup, bu hali ile Gecikme Faizi, geç ödemeden kaynaklanan götürü bir tazminat olarak nitelendirilebilir." Y. HGK. T. 19.06.1996 E.1996/5-144, K.1996/503 (www.kazanci.com).*

<sup>8</sup> Kanunî ticarî temerrüt faizinin "Temerrüt" ile başladığı -yürürlükte olmaya devam eden- TTK m.10 hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

<sup>9</sup> 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 esaslara bağlanabilir. Bu doğrultuda, BK m.83'te ödeme ile ilgili öngörülen esasların da kanunî temerrüt faizi için münhasıran ve asıl alacaktan ayrı olarak tatbik edilmesi gerekir. Bu bakımdan temerrüt konusu borç yabancı para borcu olsa dahi, kanunî temerrüt faizinin, konusu para olan borcun memleket parasıyla ödeneceğini temel bir ilke olarak hükme bağlayan BK m.83 f.1 uyarınca Türk Lirası ile ödenmesi söz konusu olur. Zira borcun hangi para birimi ile ifa edileceği, doğrudan doğruya ifanın konusu ile ilgili olup, bu hususun tespitinde asıl alacak bakımından geçerli olan esasların, aslî ve bağımsız bir alacak hakkı niteliği taşıyan kanunî 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, kanunî temerrüt faizinin ödeneceği para birimini etkilemeyecek, kanunî temerrüt faizi bakımından genel hüküm niteliğindeki BK m.83 f.1 geçerli olacaktır.

## **B. KANUNÎ TEMERRÜT FAİZİ BAKIMINDAN ÂDÎ İŞ - TİCARÎ İŞ AYRIMI ve ÖNEMİ**

### **1. Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Temeli**

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

<sup>10</sup> Bkz. Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticarî İşletme, 3. Bası, Ankara 1968, s. 87-88; Birsal, Mahmut Tefvik: Ticarî İşletme Hukuku C.I, İzmir 1970, s. 5; Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Ankara 2008, s. 61.



Tacirlerin her türlü borçlarından ötürü iflâsa tâbi olmaları (TTK m.20), teselsül karinesi olarak anılan, ticarî işlerde müştereken borç altına girme ve ticarî borçlara kefil veya garantör olmaları halinde müteselsilen sorumlu olma esası (TTK m.7) ve -BK'daki genel hükümlerden ayrı olarak- ticarî işlerde faiz (TTK m.10) gibi kurallar, belirtilen nedenlerle ticarî hayatta borcunu yerine getirmemeyi daha şiddetli olarak yaptırıma bağlama zorunluluğunun örneklerini teşkil etmektedir<sup>11</sup>. Belirtilen bu nedenlerle âdi işlerle ticarî işlere uygulanacak kurallar birbirinden ayrılarak, ticaret hayatının gerektirdiği özel nitelikteki hükümler ayrı bir hukuk dalı haline getirilmiş, ticarî nitelik taşıyan işlere -bu hükümler ister tek bir kanunda, ister ayrı kanunlarda toplanmış olsunlar- ticarî hükümlerin uygulanması prensibi benimsenmiştir<sup>12</sup>.

## 2. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Kanunî Dayanağı

Konuya kanunî temerrüt faizi bakımından yaklaşılacak olursa, Kanun koyucunun yukarıda belirttiğimiz prensip doğrultusunda, kanunî ticarî temerrüt faizini âdi işlerdeki kanunî temerrüt faizinden farklı bir orana tâbi kıldığı görülür. 2000 yılında 4489 sayılı Kanunla yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanun'un m.2 f.2 hükmü uyarınca, ticarî işlerde bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizi için, alacaklı 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 uygulanır<sup>13</sup>. 3095 sayılı

<sup>11</sup> Birsnel, Ticarî İşletme, s. 5; Arkan, s. 58.

<sup>12</sup> Bkz. Hirsch, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 64-65; Karayalçın, s. 87; Edgü, Ekrem: Ticaret Hukuku I, 2. Bası, Ankara 1967, s. 52.

<sup>13</sup> 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'nin son cümlesinde ise, "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

Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de, ticarî işlerde geçerli temerrüt faizi oranı, âdi hükümlerden ayrı olarak düzenlenmekteydi. Bu doğrultuda âdi işlerde faiz BK m.103 hükmü uyarınca senelik yüzde beş olarak belirlenmiş iken, ticarî işler bakımından kanunî ticarî temerrüt faizi TTK m.9 ile senelik yüzde on olarak tespit edilmiştir<sup>14</sup>.

### 3. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Gerekçeleri

Esasen temerrüt faizi, alacaklının bir miktar parasının borçlunun elinde bulunması yüzünden söz konusu parayı kullanıp değerlendirememesi sebebiyle uğradığı zararı giderme amacını güder<sup>15</sup>. Gerçekten de, borçlu mütemerrit duruma düşmeyip parayı vadesinde ödemiş olsaydı, alacaklı bu parayı kullanmak suretiyle ya faiz gibi bir ekonomik menfaat elde edecek, ya da ihtiyaç duyduğu parayı sağlamak için borçlanmak zorunda kaldığı paranın faizini ödemeyerek, bundan tasarruf edecekti. Kanun koyucu bu şekilde alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesini yeniden kurmak, alacaklının bir miktar parayı kullanamamaktan doğan zararını en kısa yoldan karşılamak amacıyla borçlunun temerrüt faizi ödemesi esasını benimsemiştir.

---

geçerli olur" hükmü öngörülerek, daha yüksek faiz oranından alacaklının faydalandırılması amacı güdülmüştür.

<sup>14</sup> 3095 sayılı Kanun m.5 f.2 hükmü, söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, BK ve TTK'daki kanunî faiz ve temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümlerin uygulanmayacağını emretmektedir. TTK m.1461 hükmünde ise sabit bir oranda faiz yer almadığı için, 3095 sayılı Kanun m.5 f.2 kapsamında değerlendirilmez.

22.03.1303 tarihli Murabaha Nizamnamesi'nde ise âdi ve ticarî iş ayrımı yapılmaksızın en yüksek faiz oranının yüzde dokuz olduğu hükmüne bağlanmıştır.

<sup>15</sup> Bkz. Öçal, s. 16; Tunçomağ, 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 ticarî işler için âdi işlerden ayrı ve daha yüksek bir kanunî temerrüt faizi oranının esas alınmasının sebebini de, borçlunun temerrüdünün ticarî 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, âdi işler bakımından ticarî işlerle aynı boyutlarda gerçekleşmesi kural olarak beklenemez. Zira para, ticarî iş kavramının (TTK m.3) temelini oluşturan ticarî işletmenin işleteni olan tacir veya ticaret şirketi yöneticilerinin ticarî faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından esaslı unsur niteliği taşır<sup>16</sup>. Örneğin alacağının vadesinde ödenmemesi nedeniyle nakit sıkıntısına düşen tacir, başka bir ticarî sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getiremeyebilecek ve bunun neticesinde cezaî şart veya yüksek oranda temerrüt faizi yahut tazminat ödemek zorunda kalabilecektir. Benzer şekilde, tacirin aynı sebeple bir yatırım imkanından faydalanma imkanını yitirmesi ve bu nedenle ticarî bir kazançtan mahrum kalması da olasıdır<sup>17</sup>. Ayrıca, alacağını zamanında alamayan tacir veya ticarî işletmenin, sermaye

<sup>16</sup> Aynı yönde: "Ticarî temerrüt faizi olarak daha yüksek bir faiz oranı öngörülmesinin nedeni, ticarî işlerde sermayeden yoksun kalmanın bedelinin daha yüksek, tacirlerin veya ticarî işletmelerin sermaye gereksinmesinin diğer kimse veya işletmelerden daha yüksek olması ve bu gereksinmenin çoğu zaman banka kredileri yoluyla karşılanmasıdır." Türk, Hikmet Sami: Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi? (Anılış: Temerrüt Faizi), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 151.

<sup>17</sup> Tacir olmayan bir kişi, parasını başta mevduat faizi olmak üzere çeşitli yatırım araçlarına yönelteceğinden, mahrum kaldığı kazanç mevduat faizinin getirisini aşmaz. Tacir ise, kazancın daha çok olması tabi olan, bu nedenle riskini üstlendiği ticarî işlerde parasını değerlendireceğinden, mahrum kaldığı kazanç ticarî gelirdir (bkz. Alp, Mustafa: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararları Işığında Yasal Temerrüt Faizi Konusunun Değerlendirilmesi (Anılış: Yasal Temerrüt Faizi), Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001, Ankara 2001, s. 169.

gereksinimini karşılamak üzere alacağı ticarî kredinin faiz oranları da çok yüksek olacaktır<sup>18</sup>. Örnekleri daha da çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, bu konuda varılacak sonuç; ticarî işlerde borçlunun temerrüdü neticesinde alacaklının uğrayacağı zararın, âdi işlerde söz konusu olacak zarardan kural olarak daha fazla olmasına binaen, Kanun koyucunun ticarî işlerdeki kanunî temerrüt faizi oranını âdi işlerden ayrı ve daha yüksek tespit etmesinin hukuka uygun ve kesinlikle gerekli bir prensip olduğudur<sup>19</sup>.

Varılan bu sonucu destekleyen bir diğer etken de, yukarıda değindiğimiz, iş hayatının temelini oluşturan kredinin sağlam ilkelere bağlanması ihtiyacıdır. Ticarî işlerde borçlunun temerrüdünün daha ağır sonuçlara bağlanması esası, belirtilen ihtiyaç doğrultusunda getirilen diğer koruyucu nitelikteki normlar gibi<sup>20</sup>, alacaklıya hukuk düzeni tarafından âdi işlerde mevcut olandan daha fazla güvence tanınması ve borçluları ana para borçlarını vadesinde ödemeyi tercih etmeye teşvik etme gayesine de hizmet etmektedir. Bu doğrultuda, birçok yollara başvurmak suretiyle temerrütlerini uzatmaktan çekinmeyen ve bu şekilde alacaklıların zarara uğramasına

<sup>18</sup> Türk, Temerrüt Faizi, s. 151.

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz. Battal, Ahmet: Haksız Fiilden Doğan Alacağa Uygulanacak Temerrüt Faizi Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, Ankara 1993, s. 99, 100; Helvacı, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s. 138; Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 169.

Bu konuda ticarî temerrüt faizine ilişkin TTK m.9 hükmünün Adliye Encümeni Mazbatasında, BK m.103'teki temerrüt faizinin mütemerrit taraf için etkili ve haklı tarafın zararlarını kısmen olsun karşılayacak mahiyette olmadığından, TTK ile ticarî işlerde temerrüt faizi oranının artırıldığıının altı çizilmiştir.

<sup>20</sup> Söz konusu normlara örnek olarak tacirlerin her türlü borçlarından ötürü iflâsa tâbi olmaları (TTK m.20) ve ticarî işlerde müştereken borç altına girme ve ticarî borçlara kefalet halinde müteselsilen sorumlu olma esası (TTK m.7) verilebilir (Birsnel, Ticarî İşletme, s. 5; Arkan, s. 58).

sebepler olurken kendileri maddî kazanç sağlayan kötüniyetli mütemerrit borçluların, ticarî işlerde geçerli olacak daha yüksek orandaki kanunî temerrüt faizi ile borçlarını ödemeye mecbur edilmeleri amaçlanmıştır<sup>21</sup>.

Borçlunun ticarî işlerdeki temerrüdünün, âdi işlerdeki temerrütle farklı olan yönlerinden bir tanesi de, ticarî işlerde gerçekleşen temerrüdün ülke ekonomisi bakımından daha zararlı sonuçlar doğurması ve bu sonuçların âdi işlerdeki temerrüde nazaran daha çok kişiyi etkilemesidir. Örneğin, büyük bir ticarî işletme işleten bir anonim ortaklığın girdiği önemli bir yatırımda, borçlunun temerrüdü sebebiyle alacağını temin edememesi neticesinde iflas etmesi ve ticarî işletmesini kapatmasının hem ülke ekonomisi hem de söz konusu anonim ortaklığın istihdam ettiği kişiler bakımından olumsuz etkileri yadsınamaz. Bu noktadan hareket edilmesi halinde de, ticarî işlerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının hukuk düzeni

<sup>21</sup> 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 uyarınca, ticarî işlerde geçerli olacak 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 âdi işlerde geçerli olacak temerrüt faizi için esas alınacak yıllık yüzde dokuz oranından her halükarda daha yüksek olduğu görülmektedir. 3095 sayılı Kanun m.1 hükmünde 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 durumdaki değişikliklere bağlı olarak bazı dönemlerde on puana kadar çıkmıştır (bkz. **Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanacak Faiz Oranlarının Tespiti Hakkında Tebliğ**, RG. T. 30.12.1999, S. 23922; ayrıca bkz. **Alp**, Yasal Temerrüt Faizi, s. 164). Günümüzde ise âdi işlerdeki temerrüt için geçerli olan yıllık yüzde dokuz ile ticarî işlerde geçerli olan avans faiz oranı arasında yedi puanlık önemli bir fark mevcuttur.

Temerrüt faizinin borçluyu borçlarını ödemeye mecbur edici bir amacının bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. **Öçal**, s. 17.

tarafından daha fazla korunmasının haklı sebebi ortaya çıkmaktadır<sup>22</sup>.

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

#### 4. Kanunî Temerrüt Faizi Bakımından Âdi İş - Ticarî İş Ayrımının Anayasal Zemini

Kanunî temerrüt faizi oranı bakımından âdi iş - ticarî iş ayrımı ve önemi konusu, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda da incelenmiş ve kanunî temerrüt faizinin Kanun koyucu tarafından ticarî işler için âdi işlerden ayrı ve daha yüksek bir oranda tespit edilmesine ilişkin prensibin Anayasal dayanakları ortaya konulmuştur<sup>23</sup>. Gaziosmanpaşa 2. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilen olayda, 3095 sayılı Kanun m.2 f.1 hükmünde temerrüt faiz oranının âdi işlerde yüzde otuz olarak saptanmasına karşılık, m.2 f.3 hükmünde

<sup>22</sup> Bkz. Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 169-170. Bu hususta AB Konseyi'nin Ticarî İşlerde Ödeme Temerrütü ile Mücadele Direktifi (2000/35/EG) de, ticarî işlerdeki temerrütün yol açacağı iktisâdi tehlikeler nedeniyle alınması gereken önlemleri ve bu kapsamda ticarî işlemlerle sınırlı olarak temerrüt faizi oranının artırılmasını öngörmektedir (Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, Mustafa: Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Temerrüt Faizi Konusundaki Son Gelişmeler, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, S. 1 s. 417 vd).

<sup>23</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi, Karar Günü: 15.12.1998 E.1997/34 K.1998/79 (RG T. 26.11.1999 S. 23888).

ticarî işlerde temerrüt faizinin T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü reeskont faiz oranına göre hesap edilmesi yönündeki kuralın, Anayasa'nın kanun önünde eşitliğe ilişkin m.10 hükmünü ihlâl ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise, ticarî iş veya işlemlerle ticarî olmayanların aynı nitelikte olmadıkları gibi, tacirler ile tacir olmayanların da aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından hareketle, ticarî işler için farklı temerrüt faizi öngörülmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmayarak yerel mahkemenin itirazını reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında, "Yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasa'nın amaçladığı eylemler değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz." denilerek, ticarî işler için âdi işlerden ayrı ve daha yüksek bir oranda faiz tespit edilmesinin Anayasa'nın eşit işlem ilkesine aykırı olmayacağına altı çizilmiştir. Bu doğrultuda varılması gereken bir diğer sonuç da, ticarî işlere uygulanacak kanunî temerrüt faizi oranı ile âdi işlere uygulanacak kanunî temerrüt faizi oranı arasında bir ayırım yapılmasının, bilakis Anayasa'nın eşit işlem (Kanun karşısında eşitlik) ilkesine (Anayasa m.10) aykırı olacağıdır<sup>24</sup>. Bu konu üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

<sup>24</sup> Aynı yönde bkz. Helvacı, s. 139.

**C. 3095 SAYILI KANUN MADDE 4/A HÜKMÜNÜN UYGULAMASININ ÂDİ İŞLER ve ALACAKLININ KANUNİ TİCARİ TEMERRÜT FAİZİNİN UYGULANMASINI TALEP ETMEDİĞİ HALLERLE SINIRLI OLMASI**

Ticarî işlerde borçlunun temerrüdünün alacaklı bakımından daha vahim zararlara yol açması sebebiyle, kanunî ticarî temerrüt faizinin, âdi işlerdekinden bağımsız olarak ve daha yüksek bir oran üzerinden düzenlenmesi esası, 6762 sayılı TTK m.9 hükmünde 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 gözetmeksizin uygulanmaya başlanmıştır. Aynı esas halihazırda kanunî temerrüt faizi ile ilgili temel ve emredici hukuk normu olan 3095 sayılı Kanun m.2 hükmünde de, 1984 senesinden itibaren kabul edilmiş ve kanunî ticarî temerrüt faizinin, yine Türk Lirası veya yabancı para borcu farkı gözetmeksizin, eğer alacaklı 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 yürürlüğe giren 4489 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında ise, kanunî temerrüt faizinin âdi işlerde reeskont faizi, ticarî işlerde "TC Merkez Bankası avans faizi" üzerinden hesaplanacağı öngörülmüştür. Hâl böyleyken, 3095 sayılı Kanun'un m.4 hükmüne 3678 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 1990 senesinde eklenen m.4/A'da, genel prensibe aykırı şekilde ticarî iş - âdi iş ayırımına gidilmeksizin tek bir faiz oranı belirlenerek, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağı hükmü, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan yerel mahkeme itirazında yer almadığı için, 4489 sayılı Kanunla değiştirilmemiştir.

3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün bu şekilde öngörülmesi, onun ancak âdi işlerde ve alacaklının, ticarî iş olsa bile kanunî ticarî temerrüt faizinin uygulanmasını istemediği hallerde kanunî temerrüt



faizi olarak uygulanabilecek olması sonucunu doğurur. Zira aksi ihtimal, yani söz konusu hükmün hem âdi hem de ticarî işlerde fark gözetilmeksizin aynı şekilde uygulanması, ticarî işlerde temerrüt nedeniyle alacaklının uğradığı zararın, Türk Lirası alacaklılarına kıyasla eksik karşılanması anlamını taşıyacaktır. Bunun ise yabancı para borçları açısından, kanunî temerrüt faizinin alacaklının uğradığı zararın giderilmesini amaçlayan götürü tazminat niteliği ile bağdaşmayacağı açıktır<sup>25</sup>. Borç hangi yabancı para biriminden ise, o para ile

<sup>25</sup> 3095 sayılı Kanun'un TBMM Tutanaklarında Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk tarafından belirtildiği üzere "Borçlar Kanunu'nun 105. maddesi, alacaklının uğradığı zarar, geçmiş günler faizinden yani gecikme faizinden fazla olduğu takdirde, borçlu, kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bu zararı dahi tazminle yükümlüdür hükmünü içermektedir. Bu çerçevede içerisinde, geçmiş günler zararının, gecikme faizini aşan zararın tazmin edilmesi olanağı vardır; ama bu tabii Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinin koşulları içerisinde gerçekleşecektir. O bakımdan, munzam ek zararlar ilgili düzenleme, tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır; ama bu, gecikme zararının gecikme faiziyle karşılanmasının yerini tutmaz. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bunu, kamulaştırma bedelleriyle ilgili verdiği kararlarda da belirtmiştir. Sariye Akkuş ve Mevlüt Aka davalarında, Borçlar Kanununun 105. maddesine dayalı savunmanın, düşük yasal faiz oranının yol açtığı mülkiyet ihlâlini ortadan kaldırmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, bunlar, aslında ayrı; ama munzam zararlar ilgili Borçlar Kanununun 105.maddesi, gecikme faizinin yetersiz kaldığı durumlarda tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır.

...Ödünç sözleşmesinden doğan alacaklarda da, elbette bu yeni düzenleme uygulanacaktır, çünkü yasal faiz oranı, gecikme faizi oranı, öncelikle para borçlarında söz konusudur. Eğer, ödünç sözleşmesinin konusu para ise, burada da, yeni getirilen düzenlemedeki reeskont oranının ve ticari iş söz konusu ise, avans oranının uygulanması doğaldır.

...Temerrüt faizi bir maktu tazminat niteliğindedir. Borçlu eğer borcunu ödemeyi zamanında yerine getirirse, böyle bir faizin ödenmesi söz konusu değildir; ama borcun geç ödenmesi nedeniyle, alacaklı bir zarara uğramaktadır. Temerrüt faizinin amacı, bu zararı bir maktu tazminat olarak karşılamaktır. Ama, bilindiği gibi, Borçlar Kanunumuzda, temerrüt faiziyle

açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına Devlet bankalarının ödediği en yüksek faiz oranı ölçüsü, 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'de kanunî ticarî temerrüt faizi için 4489 sayılı Kanun ile öngörülen T.C. Merkez Bankası'nın belirlediği avans faiz oranından her halükarda oldukça düşük olacaktır. Yabancı para alacaklılarına, yeni m.2 f.2 hükmü ile Kanun koyucunun tespit ettiği "T.C. Merkez Bankası avans faizi" oranından daha az kanunî ticarî temerrüt faizi ödenmesini meşru kılacak herhangi bir haklı gerekçe, kanımızca ne iktisâdi ne de hukukî anlamda bulunmamaktadır. Gerçekten de, ülkemizde yüksek enflasyonist yapının hüküm sürdüğü, Türk Lirasının döviz karşısında süratle değer kaybettiği ve bunun sonucunda yabancı para alacaklısının salt ilgili para biriminin değer kazanması sonucunda maddî kazanç elde ettiği dönemde yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün, günümüz koşullarında ticarî nitelikteki yabancı para borçları bakımından uygulanması, Kanun koyucunun mütemerit borçlu karşısında alacaklının korunması temel amacına aykırı sonuçlar doğuracaktır.

---

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

...Eğer temerrüt faizi gerçekçi olarak enflasyon oranı düzeyine veya onun üzerine yükseltirse, bu, borçluyu borcunu geç ödemekten caydırıcı bir etken etkisi gösterecektir. O bakımdan, getirilen düzenleme ekonomik konjonktürle bağlantısı dolayısıyla, borçluların borçlarını zamanında ödemelerini sağlayacaktır; onlara borçlarını geç ödemekten dolayı hiçbir yarar sağlamayacak; dolayısıyla, onları bundan caydıracak bir işlev görecektir. Temerrüt faizinin niteliği, işlevi kısaca budur."

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı sonuca varmıştır:

*"Kanun koyucu tüm bu ekonomik olumsuzları değerlendirip bunların tevlid edeceği zarar dolayısıyla tazminat oranını Anayasadan aldığı kanun yapma yetkisine dayanarak belirlemiş(tir)"* Y. HGK T.19.06.1996 E.1996/15-144, K.1996/503 (www.kazanci.com).

Esasen Anayasa Mahkemesi'nin 1999 yılında Resmî Gazete'de yayınlanan iptal kararı ile yürürlükten kaldırılan 3095 sayılı Kanun m.2 f.3 yerine, 4489 sayılı Kanun ile m.2 f.2 hükmünün getirilmesi sonucunda, ticarî işlerden kaynaklanan kanunî temerrüt faizi alacakları bakımından o zamana kadar geçerli olan reeskont faizi yerine, kısa vadeli avans faizi oranının uygulanmasının kabul edilmesinin sebebi, ticarî işlerde alacaklının haklarının daha kuvvetli bir biçimde korunmasını sağlamak ve "borçlunun geç ifadan caydırılması" gereğidir<sup>26</sup>. Buna karşın 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünde böyle bir amacın varlığı söz konusu olmadığı gibi, esasen benimsenen faiz oranının ticarî işlerde alacaklının 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 temerrüdü nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı karşılamaya yetmesi, her halükarda söz konusu değildir. Bu zararın ancak, 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'de öngörülen avans faizi ile, kanunî temerrüt faizinin amacı ve götürü tazminat işlevi ile bağdaşacak şekilde karşılanabilmesi mümkün olabilir. Diğer taraftan m.4/A hükmünün borçluyu geç ifadan caydırma işlevi hiç yoktur; söz konusu hüküm aksine ana parayı vadesinde ödememeyi teşvik etmektedir.

Bu sebeplerle, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün, Kanun koyucunun genel bir ilke olarak benimsemiş olduğu kanunî temerrüt faizinde âdi iş - ticarî iş ayrımına uygun olarak, ancak âdi işlerdeki kanunî temerrüt faizi bakımından uygulanacağını kabul etmek, ticarî nitelikteki yabancı para borcunda temerrüt neticesinde ise, alacaklının talebi halinde kanunî temerrüt faizinin ana hüküm niteliğindeki 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 hükmünde öngörülen avans faiz oranı üzerinden hesaplanabileceğini kabul etmek gereklidir.

---

<sup>26</sup> Bu hususta bkz. Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 169.

**D. 3095 SAYILI KANUN MADDE 4/A HÜKMÜNÜN TİCARİ İŞLERDEKİ KANUNİ TEMERRÜT FAİZİ BAKIMINDAN UYGULANMASININ DOĞURACAĞI HUKUKİ SONUÇLAR ve ANAYASA'YA AYKIRILIK**

Yukarıda belirttiğimiz hukukî gerekçelere aykırı olarak 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün ticarî işlerdeki kanunî temerrüt faizine uygulanması, öncelikle ticarî işlerde temerrüt faizi bakımından geçerli ve emredici nitelikteki 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 hükmünün ihlâlî anlamına geleceği gibi, Anayasa m.10'da hükmünü bulan eşit işlem ilkesine, yabancı alacaklılar bakımından Anayasa m.16 hükmüne, Anayasa m.2'de düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve nihayet Anayasa m.35'deki mülkiyet hakkına da aykırı olacaktır.

**1. Eşitlik İlkesi Bakımından Anayasa'ya Aykırılık**

3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün kanunî ticarî temerrüt faizlerine uygulanmasının yol açacağı ikinci hukukî sonuç, Anayasa'nın m.10 hükmünde düzenlenen eşitlik ilkesinin ihlâlidir. Kenar başlığı "Kanun Önünde Eşitlik" olan Anayasa'nın m.10 hükmü uyarınca; herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, devlet organları ve idare makamlarının, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Madde gerekçesinde ise, hükmün demokrasinin vazgeçilmez niteliklerinden biri olduğu vurgulandıktan sonra, insanlar arasında kanunların uygulanması bakımından hiçbir fark gözetilemeyeceği belirtilmiştir<sup>27</sup>.

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

<sup>27</sup> Kocahanoğlu, Osman Selim: Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa, İstanbul 1993, s. 42.

hizmetlerde eşit davranma zorunluluğu anlamına gelmektedir<sup>28</sup>. Anayasa Mahkemesi de, kanunlardaki farklılık ve sınıflandırmaların eşitlik ilkesine uygunluğunu denetlerken “haklı neden” kriterini esas almaktadır<sup>29</sup>. Bu noktada konumuz bakımından yaklaşıldığında, ticarî işten kaynaklanan kanunî temerrüt faizi alacaklılarının, temerrüde düşülen borç hangi para birimine bağlı olursa olsun aynı hukukî durumda buldukları sonucuna ulaşılır. Zira TTK m.3 anlamında bir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem, fiil ve işlerden kaynaklanan bir para borcunun alacaklısı konumundaki kişilerin, söz konusu borç ister Türk Lirası, ister yabancı bir para birimine bağlı olsun, farklı hukukî rejimlere tâbi olmalarını ve bunlardan yabancı para alacaklılarına daha düşük faiz oranı öngören dezavantajlı hükümlerin uygulanmasını haklı kılacak hiçbir hukukî neden mevcut değildir. Yukarıda ayrıntıları ile hukukî gerekçelerini incelediğimiz üzere, Kanun koyucunun ve Anayasa Mahkemesi’nin kanunî temerrüt faizinin miktarı konusunda benimsemiş olduğu kriter, ticarî iş - âdi iş ayrımına dayanmaktadır. Bu bakımdan Türk Lirası cinsinden para borcu alacaklısına kanunî ticarî temerrüt faizi olarak T.C. Merkez Bankası’nın belirlemiş olduğu avans faiz oranı uygulanırken, yabancı para borcu alacaklısına mevduat faiz oranının uygulanmasının

<sup>28</sup> Anayasa tarafından kabul edilen söz konusu eşitlik anlayışı öğretide “maddî hukukî eşitlik” ya da “nispî eşitlik” olarak anılmaktadır (Bkz. Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 7. Bası, Ankara 2002, s. 137-138; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 114-115; Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Bursa 2006, s. 213; Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 166). Şekli anlamda hukukî eşitlik ise, kanunun kapsamına giren herkese ve her hukukî ilişkiye eşit olarak uygulanmasıdır. Bununla birlikte bir kanunun her zaman herkes için aynı şekilde uygulanabilecek hükümleri barındırması esasen mümkün değildir.

<sup>29</sup> Bkz. Özbudun, s. 138; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 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.

hukukî ve iktisâdi bir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Söz konusu farklı uygulama neticesinde yabancı para biriminden alacaklı bulunan kişilerin temerrüt nedeniyle uğramış oldukları zarar, Türk Lirası alacaklılarına göre çok daha düşük bir miktarda karşılanmış olacağından, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün ticarî işlerdeki kanunî temerrüt faizi bakımından uygulanmasının Anayasa'nın 10. maddesi hükmünde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir<sup>30</sup>.

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

3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün kanunî ticarî temerrüt faizi bakımından uygulanması neticesinde, yabancı para borçlarında mütemerrit borçlu yararına ve alacaklı zararına sonuçlar doğurmasının ekonomik ve sosyal yaşam dahilinde yaratacağı olumsuz etkiler, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen temel hukuk prensibi olan hukuk devleti ilkesini de ihlâl eder.

Anayasa'da hukuk devleti ilkesinin tanımı yer almamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda söz konusu ilke şu şekilde tanımlanmaktadır: Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir

<sup>30</sup> Yabancı para alacaklısının aynı zamanda yabancı şahıs olması durumunda ise, aşağıda ayrıca değineceğimiz üzere, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için ancak milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa m.16 hükmü de ihlâl edilmiş sayılacaktır. Bkz. aşağıda II - D - 3. başlığı altında yer alan açıklamalar.

düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez<sup>31</sup>.

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 andlaşmaların hükümlerine uygun davrandığı, âdil ve insan onuruna yakışır 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 altına almakla yükümlüdür. Bu garantiyi devlet, ancak âdil bir hukuk sistemini kurarak ve özel hukuk ilişkilerinde menfaatleri âdil bir dengeye oturtturarak gerçekleştirebilir<sup>32</sup>. Devletin hukuk devleti ile bağlantılı söz konusu vazifesi, 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 hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaştırmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin, temel hakları sosyal hukuk devleti

<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi Karar Günü: 21.05.2008 E.2004/74 K.2008/108 (RG T.03.12.2009 S. 27421); Anayasa Mahkemesi, Karar Günü : 01.07.1998 E.1996/74 K.1998/45 (RG T.11.03.2000 S. 23990); Anayasa Mahkemesi, Karar Günü : 23.07.1992 E.1991/7 K.1991/43 (RG T.23.07.1992 S. 21293). Bu hususta ayrıca bkz. Özbudun, s. 113-114; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 100; Gözübüyük, Şeref: Anayasa Hukuku, 12. Bası, Ankara 2003, s. 163-164; Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 178 vd.

<sup>32</sup> Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 179.

ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlamaları halinde Devletin müdahalesi bir ödev olarak ortaya çıkmaktadır<sup>33</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devleti tanımından da anlaşılacağı üzere, yabancı para borçları bakımından kanunî ticarî temerrüt faizinin 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmü doğrultusunda salt mevduat faizi ile sınırlandırılması, alacaklı aleyhine eşitliği bozmasının yanında, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi (m.2) ile Devletin temel hak ve yükümlülüklerinin (m.5) de ihlâlidir. Zira yukarıda incelediğimiz üzere, mevduat faizinin tacirin borçlunun temerrüdü nedeniyle mahrum kaldığı ticarî gelirlerini telâfi etmesi ve bu bağlamda uğramış olduğu zararları karşılamaya yetmesi mümkün değildir. Türk Lirası veya yabancı para üzerinden olsun, ticarî işlerde borçlunun temerrüdünün yol açtığı zararı kanunî temerrüt faizinin götürü tazminat niteliğine uygun bir miktarda karşılamaya yetebilecek tek faiz oranı, T.C. Merkez Bankası'nın reeskont oranından da yüksek olan, 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'nin öngörmüş olduğu avans faiz oranıdır. Yabancı para borçları bakımından düşük tutulan kanunî ticarî temerrüt faizi, ancak borçlunun kendi kusurlu hareketi ve kötüniyetli geç ifası neticesinde kazançlı çıkması sonucunu doğurarak, Devletin hukuka aykırı temerrüt durumunu kendi eli ile teşvik etmesi suretiyle hukuk devleti ilkesini ihlâl etmesi anlamını taşır<sup>34</sup>.

Hukuk devleti yukarıda belirtilenlerin yanında, vatandaşların hukukî güvenlik içinde yaşamalarını da öngörür. Bunun içinse, vatandaşların önceden hangi kurallara tâbi olduklarını bilmeleri ve davranışlarını ona göre ayarlamaları gerekir. Bu sebeple hukuk devleti aynı zamanda hukuk kurallarının belirliliği ilkesini de gerektirir<sup>35</sup>. 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmü bu bakımdan da hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zira, 3095 sayılı Kanun m.2 hükmü, âdi işler bakımından yıllık yüzde dokuz, ticarî işler bakımından ise T.C.

<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi, Karar Günü : 28.02.1991 E.1990/15 K.1991/5 (RG T.27.03.1992 S. 21184).

<sup>34</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 178-181.

<sup>35</sup> Gözler, s. 211.



Merkez Bankası'nın Resmî Gazete aracılığı ile yayınlanmak suretiyle kamuya duyurduğu avans faiz oranlarının kanunî temerrüt faizi olarak uygulanacağını öngörür. Kanunî faiz oranlarının, Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Kanun metninde yahut T.C. Merkez Bankası Tebliği'nde açık bir biçimde belirtilmesi, hukuk devleti ilkesi doğrultusunda hukuk kurallarının belirliliği ilkesinin bir gerekliliğidir. Bu şekilde borçlu temerrüde düşmesi halinde ne kadar kanunî temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağını önceden bilmekte, alacaklı da temerrüt neticesinde hak kazanacağı götürü tazminat miktarını hesap edebilmektedir. 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmü ise, belirlilik ilkesine aykırı ve muğlak bir biçimde, kanunî temerrüt faizine "Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı"nın uygulanacağını öngörmektedir. Yabancı para birimine bağlı söz konusu faiz oranının sürekli olarak değişken nitelik taşıması nedeniyle hem borçlu hem de alacaklı bakımından tespit edilmesinin imkansızlığı karşısında, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün bu bakımdan da hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılması gerekir.

### 3. Mülkiyet Hakkı Bakımından Anayasa'ya Aykırılık

Anayasa'nın m.35 hükmü, bireylerin temel hakları ve ödevleri dahilinde mülkiyet hakkını düzenlemektedir. Her ne kadar madde metninde alacak haklarının, bu kapsamda kanunî ticarî temerrüt faizi alacağının anayasal mülkiyet hakkına dahil olduğu açıkça belirtilmiş olmasa da, m.35 hükmünün Danışma Meclisi gerekçesinde, mülkiyet hakkının anayasal güvence altına alınan tek tek taşınır ve taşınmaz malları ve para ile değerlendirilebilen hakları içeren bir teminat olduğu öngörülmek suretiyle, Kanun koyucunun bu yöndeki olumlu iradesi ortaya konulmuştur<sup>36</sup>. Sonuç olarak, kanunî ticarî temerrüt faizi alacağının da anayasal teminat altındaki mülkiyet hakkına dahil bir unsur olduğunu kabul etmek gereklidir<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Kocahanoğlu, s. 79.

<sup>37</sup> 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 düşüncesine, sermaye sahiplerinin, tefecilik ölçüsünde faizle zenginleşmesinin önüne geçmek, ekonomik güçsüzlük içinde borçlanmak zorunda kalanların yüksek faiz oranları ile sömürülmesini önlemek gibi gerekçeler örnek olarak gösterilebilir<sup>38</sup>. 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün ticarî iş niteliği taşıyan borçlarda temerrüt neticesinde ortaya çıkacak kanunî temerrüt faizi bakımından uygulanması halinde alacaklının alacak (mülkiyet) hakkının fiilen sınırlandırılması durumunda ise yukarıda belirtilenlere benzer bir kamu yararı söz konusu değildir. Tam aksine, yukarıda ayrıntıları ile incelediğimiz üzere, ticarî işlerde alacaklının daha yüksek kanunî temerrüt faizine hak kazanmasını gerektirecek hem hukukî hem de iktisâdi haklı gerekçeler mevcuttur. Bu sebeple, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün kanunî ticarî temerrüt faizi bakımından uygulanmasının, Anayasa'nın m.35 f.2 hükmünü de ihlâl edeceği sonucuna varılır.

Yabancı para borcu alacaklısının pek çok durumda yabancı olacağı göz önünde bulundurulduğunda, kanunî ticarî temerrüt faizinin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir tasarrufun; yabancılar için temel hak ve hürriyetlerin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa'nın m.16 hükmünü de ihlâl etmesi ihtimâli söz konusudur. Zira 3095 sayılı Kanun m.4/A'nın kanunî ticarî temerrüt faizine uygulanması suretiyle Anayasa'daki mülkiyet hakkına aykırı olarak gerçekleşen sınırlamanın, uluslararası hukuka uygun olduğunu savunmak mümkün gözükmemektedir. Gerçekten de, mülkiyet hakkı kapsamında kanunî ticarî temerrüt faizine ilişkin hakkın kamu yararı bulunmaksızın

---

<sup>38</sup> Alp, Yasal Temerrüt Faizi, s. 186.

kısıtlanması, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>39</sup> (m.17) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (1 no'lu Ek Protokol m.1) aykırıdır.

### III. DEVLET BANKALARINDA MEVDUAT OLARAK KABUL EDİLMİYEN 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 hükmü, sözleşmede daha yüksek temerrüt faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanacağını belirtmektedir. Söz konusu düzenlemede referans olarak Devlet bankalarında borcun konusunu oluşturan para cinsinden açılan mevduat hesabının alınmasından, hükmün kapsamının Kanun koyucu tarafından münhasıran Devlet bankalarında mevduat olarak kabul edilen yabancı para birimleri ile sınırlandırılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda Devlet bankalarında mevduat olarak kabul edilmeyen 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 Kanunu'nda bir tanımı veya tarifi bulunmamaktadır. Madde 4/A hükmünde 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 taşımaları şarttır. Bunun dışında, Devlet bankası sayılabilmeleri için mülki-

<sup>39</sup> Bkz. RG T. 27.05.1949, S. 7217.

yet ve yönetimlerinin en az yarısından fazlasının devlet kontrolünde bulunması gereklidir. Günümüzde ülkemizde mevduat kabul etmeye yetkili ve hisselerinin çoğunluğu kamuya ait olan, uygulamada kamu mevduat bankaları olarak anılan üç banka mevcuttur. Bu bankalar; T.C. Ziraat Bankası A.Ş., Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O.'dur<sup>40</sup>.

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 aldığını söylemek mümkündür. Kanunî temerrüt faizi oranının, mütemerrit borçluyu cezalandırmak ve alacaklının menfaatlerini korumak amacına yönelik kamu yararı doğrultusunda ve kamu iradesini yansıtacak şekilde tespit edilmesi şarttır. Kanunî temerrüt faizi oranının serbest piyasa koşullarına terk edilmesi, onun spekülasyonlara açık hale gelmesiyle kamu yararı amacından uzaklaşmasının yolunu açacaktır. Bu noktada m.4/A hükmünün söz konusu ihtiyacı ne ölçüde karşılayabildiğinin üzerinde durulması gereklidir.

Ülkemizde kamu bankacılığı halihazırda eski anlamını yitirmiş olmanın yanında, iktisadî hayat dahilinden bütünüyle kaybolmaya yüz tutmaktadır<sup>41</sup>. Gerçekten de, kamu mevduat bankalarının adedi m.4/A'nın yürürlüğe girdiği 1991 senesinde altı iken, günümüzde bu sayı üçe inmiştir<sup>42</sup>. Kalan söz konusu üç bankanın da özelleştirilmesi gündemdedir. Bu bankaların özelleştirilmeleri halinde ise, 3095 sayılı

<sup>40</sup> Halihazırda, T.C. Ziraat Bankası A.Ş.'nin tamamı, Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O.'nun ise yaklaşık yüzde yetmişbeşi kamuya aittir.

<sup>41</sup> Bu yönde bkz. **Tekinalp**, Ünal: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, p.3-339 s. 28-29; ayrıca bkz. p.3-55 s. 32.

<sup>42</sup> Bkz. **Uçarkaya**, Sinem: Kamu Bankalarının Bankacılık Sistemindeki Rolü, Ankara 2006, s. 71 (<http://www.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/sinemucarkaya.pdf>). Kamu bankacılığı ile ilgili olarak ayrıca bkz. **Birsel**, Mahmut T.: Banka Kavramı ve Bankaların Sınıflandırılması (7129 Sayılı Bankalar Kanunu Yönünden), BATİDER 1964 C.II, s. 627 vd.

Kanun m.4/ A hükmü anlamında bir Devlet Bankası kalmayacaktır. Kalan üç bankanın da özelleştirilmeleri süreci tamamlandığında, m.4/ A uyarınca kanunî temerrüt faizi oranının nasıl tespit edileceği konusu ayrı bir mesele teşkil etmektedir. Bunun haricinde söz konusu Bankalar, kanımızca mevcut halleri ile de yukarıda belirttiğimiz ihtiyacı gerçekleştirebilmeye elverişli değildirlere. Zira eskiden büyük çoğunlukla iktisadî devlet teşekkülü statüsünde olan ve 233 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında K.H.K. kapsamına giren bu kamu bankaları<sup>43</sup>, 2000 senesinde yürürlüğe giren 4603 sayılı, “Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun” ile anonim ortaklık statüsüne sokulmuş ve kamu hukuku statüsünden özel hukuk statüsüne geçiş sağlanarak atanan yönetim yerine seçilen yönetim ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla mevcut kamu mevduat bankalarının, halen daha 3095 sayılı Kanun m.4/ A hükmü anlamında “Devlet bankası” niteliği taşımakta olduklarını savunmak, mevcut koşullar altında oldukça güç gözükmektedir. Kaldı ki, özel hukuk kapsamında giriştikleri hukukî ilişkiler neticesinde pekâlâ mütemerrit borçlu sıfatını taşıyabilecek söz konusu bankaların, borçlu oldukları para cinsine uygulanacak kanunî temerrüt faizi oranını bizzat kendilerinin tespit etmelerinin ne derece meşru ve ticarî esaslara uygun sayılabileceği de oldukça şüphelidir.

<sup>43</sup> T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve Türkiye Halk Bankası A.Ş. teşekkül sayılmakla birlikte, Türkiye Vakıflar Bankası T.A.Ş. 6219 sayılı Kanunla kurulmuştur. Vakıflar Bankasının sermayesinin çoğunluğunu oluşturan A grubu payların sahibi görünen Vakıflar Genel Müdürlüğü, mülhak ve mazbut vakıfları temsil ettiği, yani anılan payların gerçek sahibi olmadığı için Banka iktisadi devlet teşekkülü statüsünde değildir, yani kamu bankası niteliğine kural olarak sahip bulunmamaktadır. Ancak 6219 sayılı Kanununun 3272 sayılı Kanunla değişik 3. maddesine göre, Bankanın şubeleri yaptıkları işlemler bakımından kamu bankası olarak kabul edilir (bkz. Tekinalp, Ünal: Banka Hukukunun Esasları, 1. Bası, İstanbul 1988, s. 137-140).

### **C. DEVLET BANKALARINCA MEVDUAT OLARAK KABUL EDİLEN YABANCI PARA BİRİMLERİ**

Devlet bankaları kavramının ardından, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün uygulaması söz konusu bankaların mevduat olarak kabul ettikleri ve bir yıl vadeli hesap açtıkları yabancı paralara uygulanacak kanunî temerrüt faizi ile sınırlı olduğundan, bunların hangi yabancı para birimleri olduğunun da tespiti lazımdır. Anılan yabancı para birimleri, zaman içerisinde ve Devlet bankalarının iktisadî ve ticarî tercihleri doğrultusunda değişmekle birlikte günümüzde, Amerikan Doları, Avro, İngiliz Sterlini, İsviçre Frangı, İsveç Kronu, Danimarka Kronu ve Norveç Kronu'dur. Sayılan yabancı paralar dışındakilere 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla bunların dışında kalan, Japon Yeni, Çin Ruanı, 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 EDİLMİYEN YABANCI PARA BİRİMLERİ BAKIMINDAN KANUNÎ TEMERRÜT FAİZİNİN TESPİTİ**

#### **1. Öğretide Savunulan Görüşler**

3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünün, Devlet bankalarınca mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı para birimleri bakımından uygulanamayacağı kanaati öğretide de paylaşılmaktadır. BARLAS, Devlet bankalarının hiçbirisi tarafından mevduat olarak kabul edilmeyen bir para birimine bağlı borçlarda, kanunî temerrüt faizine ölçü olacak bir mevduat faizinden de bahsedilemeyeceğini belirterek bu konuda alternatif bir sistem önermektedir: Buna göre, Devlet bankalarınca mevduat olarak kabul edilmeyen türden para birimiyle ifade olunan borçlar bakımından öncelikle o paranın ait olduğu ülkenin kanunî temerrüt faizi oranının uygulanması, eğer ilgili ülkede temerrüt faizi oranı kanunla belirlenmiş değilse veya hukuk düzeni

faiz talebine imkan vermiyorsa, bu takdirde uluslararası piyasada o para birimiyle yapılan sözleşmelerde kabul edilen ortalama temerrüt faizi oranının uygulanması, bu oranın tespitinde ise hâkim tarafından uzman bilirkişilerden ve ilgili ticarî ve mesleki kuruluşlardan yararlanılması alternatifini 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 kullanılabilmesini savunmaktadır<sup>44</sup>.

## 2. Değerlendirmemiz

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 hükmü bulunduğu takdirde ise bir hukuk boşluğundan bahsedebilmenin imkanı yoktur<sup>45</sup>. Kanunî temerrüt faizi bakımından geçerli ve emredici nitelikteki 3095 sayılı Kanun m.2 hükmü bulunduğu müddetçe, yabancı para borçlarında kanunî 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 ihtilafı kuralı bulunmadıkça, yabancı bir hukuk kuralının uygulanması mümkün değil-

<sup>44</sup> Barlas, s. 164-165.

<sup>45</sup> Bu hususta bkz. Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, Kadir Emre: Zevkliler Medenî Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999, s. 106-107; ayrıca bkz. Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut: Türk Medenî Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1998, s. 124 vd.; Öztan, Fırat: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 20. Bası, Ankara 2005, s. 130, 143 vd.; Serozan, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 122 vd.

dir. Bu durum HUMK m.76 hükmünde, "hakim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir" denilmek suretiyle Kanun koyucu tarafından emredici olarak öngörülmüştür<sup>46</sup>. Bu sebeple, bir hukuk boşluğunun varlığı kabul edilsin yahut edilmesin, kanunî temerrüt faizi oranının yabancı bir devletin kanunlarına veya uygulamalarına yahut daha da ötesi, uluslararası piyasada o para birimiyle yapılan sözleşmelerde kabul edilen oranlara göre tespit etmesi, Türk kamu düzenine bütünüyle aykırıdır<sup>47</sup>. Böyle bir uygulama, kanunî temerrüt faizi oranının Kanun koyucu tarafından tespit edileceğini öngören Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1996 tarihinde vermiş olduğu kararıyla da bağdaşmamaktadır. Bu kararda Yargıtay "götürü zarar karşılığı olan faizin" (kanunî temerrüt faizinin) tespit edilmesinin Kanun koyucuya ait bir yetki olduğunun altını çizmiş, Kanun koyucunun tespit ettiği oranın yükseltilmesi (veya düşürülmesinin) söz konusu yetkiye tecavüz edilmesi anlamını taşıyacağını belirtmiştir<sup>48</sup>. Bu doğrultuda, kanunî temerrüt faizini oranının Kanun koyucunun iradesi yerine, yabancı bir devletin kanunlarına yahut uluslararası piyasalardaki uygulamalara göre tespitinin mutlak anlamda bir yetki tecavüzü teşkil edeceği muhakkaktır.

<sup>46</sup> Bkz. Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, C.II, İstanbul 2001, s. 1931.

<sup>47</sup> Bu uygulamalar bir ticarî örf - âdet kuralı olarak kabul edilseler dahi, emredici nitelikteki 3095 sayılı Kanun m.2 hükmü karşısında uygulanabilmeleri mümkün değildir: "Ticarî işlerde ticarî âdetler Medenî hukuk hükümlerine tercihen tatbik olunursa da Borçlar kanununun âmir hükümlerinin her yerde tatbiki lazım geldiğinden ... mahkemece Borçlar kanununun ahkâmı nazara alınarak ona göre muamele ve hüküm itası iktiza edeceğine karar verilmiştir." Y. T.D. T. 06.07.1937 K.244 (Bilgişin, Şevket Memedali: Ticaret Hukuku Prencipleri, C.I, 2. Bası, İstanbul 1948, s. 68).

<sup>48</sup> "Çünkü, 103. madde ve 3095 sayılı Kanunda "götürü zarar" karşılığı olan faizin tespit edilmesi kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, bu zararın % 30 oranında olduğunu yasama yetkisine dayanarak tespit etmiş ise, bunun, enflasyon oranının % 30'dan fazla olduğu gerekçesiyle mahkeme kararıyla daha yüksek oranlara çıkarılması yetki tecavüzü olur." Y. HGK T.19.06.1996 E.1996/5-144, K.1996/503 (www.kazanci.com).



Kanun koyucu, sahip olduğu söz konusu münhasır yetkiyi kullanarak 3095 sayılı Kanun'da kanunî temerrüt faizi oranının, gözetilen kamu yararı doğrultusunda T.C. Merkez Bankası'nın ve geçmişte dolaylı da olsa kamu iradesini temsil etme vasfı bulunan Devlet bankalarının uygulamaları çerçevesinde tespit edileceğini öngörmüştür. Kanun koyucunun, sahip 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 faizi oranının, Yabancı bir devletin kanunlarının tespit ettiği veya yurtdışı para piyasalarında oluşan muğlak, Türk kamu düzenine uygunluğu ve güvenilirliği tamamen şüpheli bir takım veriler doğrultusunda tespit edilmesi esası hukuka aykırıdır.

Bunun da ötesinde, söz konusu öneri kamu düzenine ilişkin olan kanunî temerrüt faizinin, Devlet bankalarında mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı paralar bakımından tespitini bütünüyle bilirkişilere bırakmaktadır. Bilirkişilerin ise bu konuda başvurabilecekleri yegane kaynak, güvenilirlikten yoksun ve resmî nitelik taşımayan İnternet verileridir. Söz konusu İnternet verilerinin yabancı Devletin uyguladığı veya uluslararası piyasalarda oluşan faiz oranını dahi ne derecede doğru yansıttığının kesin bir şekilde belirlenebilmesi mümkün değildir. Bu nedenlere dayalı olarak da, alacaklı ile borçlu arasındaki âdil dengenin kurulması amacını güden kanunî temerrüt faizinin miktarının bu şekilde saptanmasının, 3095 sayılı Kanun'un ve dolayısıyla Kanun koyucunun amacı ile bağdaştırılabilmesi olası gözükmemektedir.

Öte yandan yukarıda m.4/ A hükmünün hukuk devleti ilkesi ile ilişkisini irdelerken de belirttiğimiz üzere, hukuk devleti aynı zamanda hukuk kurallarının belirliliği ilkesini de gerektirir<sup>49</sup>. Bu doğrultuda bir hukukî ilişki içerisindeki alacaklı ve borçlunun, temerrüdün hukukî sonuçlarını öngörebilmeleri ve faaliyetlerini buna göre

---

<sup>49</sup> Gözler, s. 211.

ayarlayabilmeleri beklenir. 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 hükmü, T.C. Merkez Bankası'nın Resmî Gazete aracılığı ile yayınlanmak suretiyle kamuya duyurduğu avans faiz oranının kanunî temerrüt faizi olarak uygulanacağını kabul etmek suretiyle hukuk kurallarının belirliliği ilkesinin gereğini yerine getirmektedir. Ancak 3095 sayılı Kanun m.4/ A'nın, Devlet bankalarınca mevduat olarak kabul edilen yabancı para birimleri bakımından öngördüğü kuralın, söz konusu ilke ile ne derecede bağdaştığı meselesi bir yana bırakılacak olursa<sup>50</sup>; bu hükmün kapsamına girmeyen yabancı para borçları açısından değerlendirdiğimiz önerinin, hukuk kurallarının belirliliği ve alenî olmaları koşulunu yerine getirmeye elverişli olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Netice olarak, değerlendirmemize başlarken de ifade ettiğimiz üzere, 3095 sayılı Kanun m.4/ A kapsamına girmeyen, Devlet bankalarınca mevduat olarak kabul edilmeyen yabancı para biriminden borçlar için söz konusu olacak kanunî temerrüt faizi bakımından, genel hüküm niteliği taşıyan m.2 hükmüne başvurulmalı ve âdi işler için fıkra 1, ticarî işler için fıkra 2 uygulanarak borçlunun ödeyeceği götürü tazminatın miktarı tespit edilmelidir. Aksi yönde bir çözümün kabulü, 3095 sayılı Kanun m.2 f.2 ve HUMK m.76 hükümlerinin ihlâli anlamına geleceği gibi, Anayasal nitelikteki hukuk devleti ilkesinin de zedelenmesi sonucunu doğurur.

#### IV. SONUÇ

3095 sayılı Kanun'a 1990 senesinde eklenen m.4/ A, yürürlüğe girdiği dönem itibariyle geçerli olan iktisadî durum çerçevesinde, uygulama alanına giren yabancı para alacaklılarının menfaatlerini koruma amacını güden ancak Türk hukukunda kanunî temerrüt faizine ilişkin geçerli olan sistemin tamamen dışında olmasına binaen, kapsamı Kanun koyucu tarafından oldukça sınırlı tutulmuş bir düzenlemedir. Çalışmamızda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere,

<sup>50</sup> Bu hususta bkz. II - D - 3. ve IV. başlıkları altında yapılan açıklamalar.

söz konusu hükmün kapsamı dışında bulunan ticarî işlerden kaynaklanan kanunî ticarî temerrüt faizi oranının tespiti için uygulanması, başta eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve temel haklardan mülkiyet hakkı olmak üzere Anayasal düzenlemelerin ve 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'nin ihlâli sayılacaktır. Bunun yanında, m.4/A hükmünün salt Devlet bankaları tarafından mevduat olarak kabul edilen yabancı para birimleri için uygulama kabiliyetine sahip olması, yabancı para borçları bakımından para birimine bağlı olarak hukukî ve iktisadî 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 hükmü, Kanun koyucu tarafından en kısa zamanda kaldırılarak, 1990 senesinden önce olduğu gibi, hem Türk Lirası hem de yabancı para cinsinden borçlardan doğacak temerrüt faizi oranlarının, âdi işler için 3095 sayılı Kanun m.2 f.1, ticarî işler için ise m.2 f.2 uyarınca tespiti esasına geri dönmelidir. Aksi halde, madde 4/A'nın kapsamı dışında kalan yabancı para kanunî temerrüt faizi alacakları bakımından da uygulanarak, 3095 sayılı Kanun'un emredici hukuk kuralları ile Anayasal ilkelerin ihlâl edilmesi yolu açık kalmaya devam edecektir.

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 temerrüt faizlerine uygulanabilirliği sınırlı nitelikte bir kanunî düzenlemedir. 3095 sayılı Kanun m.4/A'nın uygulama alanı dışında kalan yabancı para birimlerine bağlı borçların temerrüt faizleri ile bilhassa kanunî ticarî temerrüt 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 temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümlerin (BK m.103; TTK m.9 f.2) uygulanmayacağını öngördüğünden, özel hükmün kapsamına girmeyen hallerde, genel hüküm olan ve kanunî ticarî temerrüt faizi oranları bakımından emredici nitelik taşıyan 3095 sayılı Kanun m.2 f.2'ye başvurulması gereklidir. Temerrüt faizi oranlarını belirleyen m.2 hükmü karşısında,

yabancı para borçlarına ilişkin temerrüt faizi oranlarının tespitinde esas alınacak başka herhangi bir kanunî düzenleme hukukumuzda mevcut değildir. Bu sebeple bilhassa Devlet bankalarınca 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 bakımından da, para alacaklarında temerrüt halinde Kanun koyucunun borçluyu değil, alacaklıyı himaye etmesi, kanaatimizce Anayasal bir zorunluluktur. Bu sebeple mütemerrit borçlu lehine ve alacaklının zararına sonuçlar doğurmaya müsait 3095 sayılı Kanun m.4/ A hükmü, Kanun koyucunun m.4'te ifadesini bulan "en yüksek oranda temerrüt faizi ödenmesi" yönündeki iradesi doğrultusunda; sadece âdi işlerde tarafların sözleşmede daha yüksek bir faiz oranı belirlemedikleri veya ticarî işlerde m.2 f.2 hükmünün tanıdığı seçimlik yetki doğrultusunda, alacaklının 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 halükarda 3095 sayılı Kanun m.1 hükmünde 2005 senesinde yapılan değişiklik ile âdi işler için söz konusu olacak yıllık yüzde dokuz oranının altında olmaması gerekir. Aksi takdirde yabancı para alacaklıları bakımından hakkaniyete çok aykırı ve eşitliği tamamen ortadan kaldıran sonuçlar doğacaktır. Unutulmaması gerekir ki, negatif ayrımcılıkları önlemek kişisel ve ekonomik hakları keyfiliğe karşı savunmak hukukçunun önemli bir görevidir. "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir"<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi, Karar Günü: 15.12.1998 E.1997/34 K.1998/79 (RG T.26.11.1999 S. 23888).

Öte yandan, kanunî temerrüt faizine ilişkin 3095 sayılı Kanun m.2 hükmünün aksine, m.4/A hükmünün ancak alacaklının talebi halinde uygulanacak, emredici nitelikten yoksun bir yedek hüküm vasfını taşıdığı da kabul edilmelidir. Bir kanun Resmî Gazete’de yayınlanınca yürürlüğe girer ve aleniyet kazanır. Aleniyet, kanunun nasıl bir düzenleme getirdiğinin toplum tarafından ve onu uygulayacak hâkimler ve icra memurları tarafından öğrenilmesini sağlar. Kanun koyucunun tespit ettiği kanunî temerrüt faizi ve kapital faizi oranlarının ne olduğunun bilinmesi de, özellikle para borçlarında alacaklı veya borçlu olan kişiler tarafından, kanunları yürürlüğe sokan yöntem olan Resmî Gazete’de yayınlanması ile mümkündür. Kanunla düzenlenen kanunî faiz oranının, aleniyet vasfına sahip olması, kanımızca söz konusu müessesenin aslî unsurları arasında yer almaktadır. Bu doğrultuda, 4489 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren 3095 sayılı Kanun yeni m.2 f.2 hükmünde kanunî ticarî faiz oranının tespiti bakımından gönderme yapılan “T.C. Merkez Bankasının kısa vadeli avanslarına uyguladığı faiz oranı”, yıllık dönem olarak Resmî Gazete de gerektiği şekilde yayınlanmak sureti ile aleniyet kazanmış olmaktadır. Buna karşılık, 3095 sayılı Kanun m.4/A hükmünde ise, m.2’nin aksine emredici nitelik taşıyan kanunî temerrüt faizinin sahip olması gerekli nitelikler, bu bakımdan bulunmamaktadır. Gerçekten, m.4/A’da öngörülen “yabancı para borcunun faizinde Devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı”, Resmî Gazete’de yayınlanmadığı gibi, önceden kesin bir şekilde tespit edilmesi hiçbir şekilde mümkün olmayan belirsiz ve bilirkişilerin takdirlerine göre değişen bir ölçüttür. Bu ise anılan hükmün emredici vasfını ortadan kaldırmaktadır.

3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun, ülkemizde yüksek enflasyon oranlarının hüküm sürdüğü ve kanunla getirilen düşük sabit faiz oranlarının bilhassa ticarî işlerde alacaklının temerrüt nedeni ile uğradığı zararları karşılamakta yetersiz kaldığı bir dönemde, kanunî faiz oranının iktisadî koşullardaki dalgalanmaları yansıtacak şekilde, T.C. Merkez Bankası’nın yıllık olarak yayınlayacağı oranlara bağlı olarak tespit edilmesi esasına dayanan

bir sistem öngörmüştür. Bu sistem, ülkemizin geçirdiği değişken koşullar çerçevesinde, alacaklı ile borçlu arasında Kanun koyucu tarafından tesis edilmesi gereken âdil dengenin muhafaza edilmesi bakımından benimsenmiş yerinde bir tedbir niteliği taşımakla birlikte, bilhassa son birkaç yıllık dönem dahilinde enflasyon oranlarının düşmesi ve iktisadî koşulların durağan hale gelmesi ile birlikte, artık söz konusu sistemin bu işlevini yitirmekte olduğu gözlemlenmektedir. Bu nedenle, mehz İsviçre hukuku ve iktisaden gelişmiş ülkeler hukuklarında da geçerli olduğu üzere, kanunî kapital ve temerrüt faizi oranlarının müstakil bir faiz kanunu yerine genel kanunlar içerisinde ve idare tarafından gerekli görüldüğünde güncellenmeye müsait sabit oranlar halinde düzenlenmesi, zaman içerisinde mevcut iktisadî durumun süreklilik arz etmesi koşuluyla kanımızca daha uygun olacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar halihazırdaki Borçlar Kanunu Tasarısı (m.87) ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda (m.9) sabit bir faiz oranı tespit edilmek yerine, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine atıfta bulunulmakta ise de, anılan ana kanunlarda aşağıda belirtildiği şekildeki düzenlemelerin benimsenmesi -ekonomik koşulların elverişli, özellikle enflasyon ve dış ticaret açığının devamlı olarak düşük bir düzeyde seyretmesi kaydıyla- *de lege feranda* önerilebilir:

**Türk Borçlar Kanunu'nda yer alması önerilen düzenlemeler:**

***Temerrüt Faizi:***

**Madde 103** - Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüt eden borçlu, sözleşme ile daha az bir faiz koşulu olsa bile, geçmiş günler için, alacakla birlikte veya müstakil olarak yılda yüzde on hesabı ile alacaklıya kanunî faiz ödemeye mecburdur.

Bakanlar Kurulu bu oranı yarıya kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir. Diğer Kanunların daha yüksek temerrüt faizi öngören hükümleri saklıdır.

Sözleşmelerdeki faiz miktarı yukarıdaki fıkrada öngörülen miktarın üstünde ise, kanunî 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 fıkra 2 ve 3 hükümleri yasal faizde de uygulanır.

***Türk Ticaret Kanunu'nda yer alması önerilen düzenlemeler:***

***Kanunî Ticarî Temerrüt Faizi:***

**Madde 9, Fıkra 2-** Ticari işlerde temerrüt faizi yıllık yüzde yirmidir. Kanunî ticarî temerrüt faizi, alacakla birlikte veya müstakil bir alacak olarak talep edilebilir.

Borçlar Kanununun 103. maddesi fıkra 2 ve 3 hükümleri, kanunî ticarî temerrüt faizi kapsamında da uygulanır.

### *Κ α υ ν α κ ξ α*

- **Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut:** Türk Medenî Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1998.
- **Alp, Mustafa:** Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararları Işığında Yasal Temerrüt Faizi Konusunun Değerlendirilmesi (Anılış: Yasal Temerrüt Faizi), Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar I, 11 Mayıs 2001, Ankara 2001, s.155 vd.
- **Alp, Mustafa:** Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Temerrüt Faizi Konusundaki Son Gelişmeler, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, S.1 s.417 vd.
- **Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, Ankara 2008.
- **Barlas, Nami:** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- **Battal, Ahmet:** Haksız Fiilden Doğan Alacağa Uygulanacak Temerrüt Faizi Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, Ankara 1993, s.53.
- **Bilgişin, Şevket Memedali:** Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I, 2. Bası, İstanbul 1948.
- **Birsel, Mahmut T.:** Banka Kavramı ve Bankaların Sınıflandırılması (7129 Sayılı Bankalar Kanunu Yönünden), BATİDER 1964 C.II, s.627 vd.
- **Birsel, Mahmut Tefrik:** Ticari İşletme Hukuku C.I, İzmir 1970.
- **Edgü, Ekrem:** Ticaret Hukuku I, 2. Bası, Ankara 1967.
- **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.



- **Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Bursa 2006.
- **Gözübüyük**, Şeref: Anayasa Hukuku, 12. Bası, Ankara 2003.
- **Helvacı**, Mehmet: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000.
- **Hirsch**, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.
- **Karayalçın**, Yaşar: Ticaret Hukuku, I. Giriş - Ticarî İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.
- **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2009.
- **Kocahanoğlu**, Osman Selim: Gerekçeli ve Açıklamalı Anayasa, İstanbul 1993.
- **Oğuzman**, Kemal M./**Öz**, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009.
- **Öçal**, Akar: Türk Hususi Hukukunda Gecikme Faizi, İstanbul 1965.
- **Özbudun**, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 7. Bası, Ankara 2002.
- **Öztañ**, Fırat: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 20. Bası, Ankara 2005.
- **Reisoğlu**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010.
- **Serozan**, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2008.
- **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2001.
- **Tekinalp**, Ünal: Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 1. Bası İstanbul 1988; 2. Bası, İstanbul 2009.
- **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- **Tunçomağ**, Kenan: Borçlar Hukuku C.I, 5. Bası, İstanbul 1972.

- **Türk, Hikmet Sami:** Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi? (Anılış: Temerrüt Faizi), Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s.133 vd.
- **Uçarkaya, Sinem:** Kamu Bankalarının Bankacılık Sistemindeki Rolü, Ankara 2006 (<http://www.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/sinemucarkaya.pdf>)
- **Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/ Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsun:** Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- **von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, C.II, 3. Bası, Zürih 1974.
- **Zevkliler, Aydın/ Acabey, M. Beşir/Gökyayla, Kadir Emre:** Zevkliler Medenî Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999.