# TAZMİNAT ALACAĞINA YÜRÜTÜLECEK FÂİZ

**Av. Ahmet İYİMAYA (*)**

## I — GİRİŞ :

Sorumluluk Hukukunun bilinen işlevi, çağdaş karmaşık sorunlar içinde, gün geçtikce artmaktadır. Öyleki kimi kurumların yetersizliği ve bâzı çözümlerin gözden geçirilmesi, adâlet idesi uğruna kaçınılmaz olmaktadır.

Bu yazımızda tazminat alacaklarına yürütülecek fâiz sorunu üzerinde durulacaktır. Sözleşme-dışı sorumlulukta olsun, sözleşme veya diğer sorumluluk çeşitlerinde olsun, tazminat yaptırımı için özel bir fâiz türünün pozitif hukûkumuzda varolup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır. Bu arayış içerisinde, incelemenin üst-başlığında «TAZMİNAT FÂİZİ» tamlaması bilinçli olarak kullanılmamıştır.

Ulaşılacak veya seçilecek çözümlerin değişik doğrultuda pratik sonuçları vardır. Bu nedenle sorunun yapısının ve bağlı kurumlardaki konumunun belirlenmesi gerekir. Sorun, hukûkumuz yönünden doktrin bazında incelenmemiştir. Peryodik yayınlardaki yüzeyde kalan/olayına özgü birkaç yazı (1) ile fâize özel tezler (2)'de ko-

(*) Ankara Barosu Avukatlarından.

(1) Ünal, Muharrem. Kanûni Fâizin Uygulamadaki Yeri ve Çeşitleri, Adâlet Dergisi, Yıl: 1985, Sayı: 5. Shf. 57 vd. Kayaoğlu, Ahmet Ziya. Haksız Eylemlerden Doğan Alacaklarda Fâiz Meselesi. Adâlet Dergisi, Yıl: 1949. Sayı: 9. Shf. 1285 vd. Aydıner, Hidâyet. Tazminata Fâiz Yürütülemez mi? İstanbul Barosu Dergisi. Yıl: 1939, Sayı: 5. Shf. 273 vd. Yüksel, Ali Sait. Gecikme Fâizi. İBD. Yıl: 1961. Sayı: 7. Shf. 167 vd. E. Thilo (Çevr. Av. Akman, Fahire). Adam Ölmesi ve Cismâni Zarar Halinde Mutazarrıra Verilecek Fâizlerin Ne Günden Hesap Edileceği. Adâlet Dergisi. Yıl: 1949. Sayı: 12. Shf. 1732. (Thilonun bu yazısı, 1940'larda yayınlanan içtihat notu türündedir. Bkz. «Du dies a guo des interets dus au lese en cas de mort d'homme ou de lesion corpor elles art. 45, 46 ve 47 CO. İn. JdT 1940 I 610 ss. Du calcul de l'inderet des indemnites dues en cas de mort d'homme ou de lesion corporelle, RSJ 37/1940/41, 133»).

(2) Dr. Öçal, Akar. Türk Husûsi Hukûkunda Gecikme Fâizi, İst. 1965. Shf. 26-29. Dr. Ekecik, Şükran. Türk Özel Hukûkunda Fâiz. (basılmamış doktora tezi) Shf. 45.

nu nihâî biçimde değerlendirilmemiş, kimi içtihatlarda mevcut çözümlere yollama yapılmış, nitelemede duraksamalar gösterilmiştir (3). Fâiz kurumunun genel kapsamı ile ilgili incelemelerde, tazminata yürütülecek fâiz özel sorununda gereği gibi durulamamış olması, olağandır. Ancak, nitelemede duraksama yerine, susma yeğlenebilirdi.

Ulaştığımız çözümlerin iddiâcı bir yanı yoktur. Bu yazı her hukukçunun kaçınılmaz görevi olması gereken, çözüm üretimine katkı sınırında, «küçük bir çaba» görünümündedir.

## II — TAZMİNAT ALACAĞINA YÜRÜTÜLECEK FÂİZİN NİTELİĞİ :

Tazminat alacağına yürütülen fâizin nitelendirilmesinde iki görüş gözlenmektedir. Bunlardan birisi, tazminata yürütülen fâizin, bilinen fâiz türleri içinde, bağımsız bir yapı oluşturduğu -ki tazminat fâizi adlandırılmasında bulunuluyor-, öbür görüş ise, bu fâizin gecikme fâizinden başka bir şey olmadığı yönündedir.

A — TAZMİNAT FÂİZİ GÖRÜŞÜ : Tazminat, mâmelekte oluşan eksilmeden (zarardan), borçlunun «sorumlu olduğu tutar»'dır. Bu tutar, genellikle olay tarihindeki yâhut özellikle insan zararlarında, olay tarihine döndürülmüş değeri ifâde eder. Nevarki tazminatın tasfiyesinin (ödemenin) olay tarihinde yapılmamış olması hâlinde, olay tarihi ile ödeme tarihi arasındaki zaman boyutunda alacaktan mahrûm kalınmasından dolayı bir ek-zarar oluşmaktadır. Bu ek-zarar, para alacağı niteliğinde olan tazminatın ürünüdür. Olay tarihinden yürüyen bu ek-zarar, temerrüt fâizi olmayıp tamâmen ayrı nitelikte, «tazminat fâizi»'dir. Zirâ, tazminatı doğuran olayda temerrüt için varlığı zorunlu ihtar koşulu oluşmamaktadır. Temerrüdün bulunmadığı yerde gecikme fâizinden sözedilemez. Tazminat fâizi, tazminatın kapsamı içindedir. Bu sonuca, zararın tam olarak belirlenmesi ve karşılanması yönündeki BK. 41 ve devamı kurallarından varılmaktadır (4).

---

(3) Örneğin, Dr. Ekecik, «Burada talep edilen fâiz (tazminat fâizi), gecikme fâizine ÇOK BENZERSE de» nitelemesinde bulunur. Ancak Yargıtayın, «temerrüt koşulu oluşmadığı için», gecikme fâizi nitelemesinde bulunmadığını belirtmekle yetinir. Dr. Ekecik, age. Shf. 45. Dr. (Prof.) Öçal, tazminat fâizi konusunda açık bir nitelemede bulunmaz, fakat temerrüt fâizine dönüşüm olanağını benimser ve bu sorunu araştırılmağa değer bulur. Dr. Öçal, age. Shf. 28 vd.

(4) Oser-Schonenberger. (Çevr. Recâi, Seçkin), Borçlar Hukûku, 2. Kısım. Ank. 1950. Shf. 405. Md. 43. no: 29. ayrıca, Shf. 756. no: 17. Dr. H. Bec-

Yüksek Mahkememizin 4. Hukuk Dâiresinin görüş ve uygulaması bu yöndedir. Başlangıçtaki içtihatlarda benimsenen «tazminat fâizi» kavramı ve tanımının bütün kararlarda «formüler olarak tekrarlandığı» gözlenmektedir (5).

Tazminat fâizinin temerrüt için zorunlu ihtar keşidesi ile gecikme fâizine döndürülmesi mümkündür. Sorumluluk davasının açılması ile de aynı sonuç doğar. Bu durumda ihtar (temerrüt) öncesi için tazminat fâizi, ihtar (temerrüt) sonrası için gecikme fâizi yürüyecektir (6).

B — GECİKME FÂİZİ GÖRÜŞÜ : Tazminat -başka sûretle tâyin olunmadığı sürece-, para borcunu içerir. Para borçlarında temerrüt oluşmadıkça yürüyecek tek-fâiz türü, kapitâl fâizidir. Kapitâl fâizi, ancak sözleşme ilişkisinde sözkonusudur. Tazminat yaptırımında bir ödünç veya benzeri ilişki olmadığı için, kapitâl fâizinden sözedilemez. Yasadan/sözleşmeden yâhut sözleşme dışı sebeplerden kaynaklanan her türlü tazminata olay tarihinden fâiz yürütülmesinin temel nedeni, temerrüdün olay ânında oluşmasıdır. Bu fâiz, temerrüt fâizinden başka birşey değildir. Bu çözüm, para borçları ile fâiz arasında mevcut genel bağlantının, BK. muzdaki soruna özgü kuralların konumunun (ve sistemin) ve problemle bağlantılı hukuk kurumlarının da kaçınılmaz sonucudur. Özellikle sözleşmeye dayalı tazminat ile sözleşme dışı sorumluluğa dayalı tazmi-

---

ker. (Çevr. Saim Özkök). İsviçre Medeni Kanûnu Şerhi. Borçlar Kanûnu. Ank. 1972. Cilt: V. Shf. 4. Md. 103. no: 3. Prof. Tercier/Dechenaux. (Çevr. Özdemir, Sâlim). Sorumluluk Hukûku. Ank. 1983. Shf. 182-183. Aydıner, ag. inc. Shf. 275. Kayaoğlu, ag. inc. Shf. 1288.

(5) Y4HD. 22.10.1957 t, 2230/6228-E/K. (AD. Yıl: 1959. Sayı: 4. Shf. 633. YHGK. 15.11.1961 t, 36/38-E/K. (Prof. Oğuzman, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, İstanbul, 1978. Cilt: II. Shf. 102-195.) Y4HD. 27.10.1975 t, 2230/6228-E/K. (Olgaç, Kazâi ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanûnu Şerhi. Ankara. 1976. Cilt: 2. Shf. 634) Y4HD. 7.3.1979 t, 11151/2990-E/K. (Yargıtay Kararlar Dergisi. Yıl: 1979. Sayı: 8. Shf. 1134 vd.) Y4HD. 21.5.1981 t, 6769/7103-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) İçtihatlarda tekrarlanan formüler anlatım, «...tazminat fâizi ..borçlunun temerrüdü ile ilgili olmayan ve tazminatı miktar itibârı ile tamamlamayı amaç tutan ve her geçen gün yeniden doğan bir ek-zarardır. Diğer bir ifâde ile tazminat fâizi, paranın (doğan zararın) geç ödenmesi nedeniyle meydana gelen ek-zararın bir çeşit karşılığıdır» biçimindedir. Aslında gerekçe, temerrüt/gecikme fâizi ve fâiz kavramlarının dayalı bulunduğu prensipleri tekrarlamaktadır. Aynı şekilde, İFM.nin 13.12.1955 tarihli içtihâdı metni için, bkz. Kudat, Arkun. İş ve Trafik Kazâlarında Ölüm Tazminatı, Ank. 1975. Shf. 202-205.

(6) Dr. Öçal, age. Shf. 28-29.

nat arasında fâiz noktasından yapay ayırıma gitmenin yerinde olmadığı düşünülmektedir (7).

Yüksek Mahkememizin 11. Hukuk Dâiresinin görüşü bu doğrultudadır (8). Sorunun analitik incelemesinin ivmesi de bu görüşü doğrulamaktadır.

C — GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ :

Pozitif hukukumuzda yeralan doğru çözümün bulunması için her iki görüşün normatif ve kurumsal dayanaklarının değerlendirilmesi, -söz yerinde ise- analiz işleminin yapılması gerekir.

1 — Fâiz ve para borçlarının genel karakteri yönünden: Hukûkun iç disiplinleri, edimleri bağımsız ve bağlantılı yönleriyle bir bütünlük içinde açıklığa kavuşturmuştur. Sorunumuz genel yapıda, para borçlarıyla yakından ilgilidir. Para-fâiz borcunda ulaşılacak çözümde, diğer bütün çözümlerde olduğu gibi, -kurallar mâni olmadıkça- birbirine uyum ve hattâ özdeşlik aranır. Fâiz, paranın ekono-

(7) Prof. Karayalçın, Ticâret Hukûku (Giriş-Ticâri İşletme) Ankara. 1968. Hocamız, para borcunun sözleşmeden, haksız eylemden ve sebepsiz zenginleşmeden doğabileceğini, kapitâl fâizi dışında kalan bu fâizlerin gecikme fâizi olduğunu açıkça belirtir. Aynı şekilde ve daha ayrıntılı biçimde yaklaşım için, bkz. Prof. Karayalçın, Enflasyon Karşısında Fâiz, Ankara. 1980. (Bankalar Birliği Yayını) Shf. 8. Prof. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop. Borçlar Hukûku, İstanbul. 1985. 5. Bası. Cilt: 2. Shf. 246. Müellifler aynen «...İster sözleşmeden, ister **haksız fiilden doğsun** bir para borcunun ifâsındaki TEMERRÜT sebebiyle ödenmesi gereken ve kanûndan doğan bu fâize, GECİKME FÂİZİ deniyor» demektedirler. Prof. Domaniç, Ticâret Hukûkunun Genel Esasları, İstanbul. 1988. 4. Bası. Shf. 23. dipnot: 13. Domaniç «...Yargıtay, bir de tazminat fâizinden sözetmekte, bunun temerrüt fâizinden farklı olduğunu ileri sürmekte ise de, tazminatın zamanında ödenmemesi sebebiyle hükmedilecek fâizin temerrüt fâizi olması gerekir» şeklinde görüş açıklamaktadır. Evren, M. Tevfik. Fâiz Hukûku. İstanbul. 1987. Shf. 140-141, 152-153. Yazar, yasal ve sistematik dayanağı olmadığı halde, gecikme fâizini, üst kavram olarak benimser. Temerrüt fâizini, tazminat fâizini, masraf ve iâde borcu fâizlerini gecikme fâizinin alt-türleri olarak sayar. Oysa temerrüt fâizi, gecikme fâizi aynı anlam ve çeşidi anlatır. (Her ikisi eşdeğer kavramlardır.) (Bkz. Dr. Öçal, age. Shf. 12. Ekecik, age. Shf. 28).

(8) Y11HD. 15.10.1986 t, 5275/5320-E/K sayılı içtihâdında «Haksız fiilden kaynaklanan tazminat isteminde borç ilişkisinde temerrüt, olay tarihinden itibâren başlayacağından mahkemece bu tarihten itibâren TEMERRÜT FÂİZİNE hükmedilmesi gerekir» sonucuna varılmıştır. (Eriş, Gönen. Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticâret Kanûnu, Ticâri İşletme. Ankara. 1987. Shf. 194. no: 213. Y.T.D. 18.9.1962 t, 2470/3174-E/K. (ABD. Yıl: 1962.

mik fonksiyonudur. Bu paranın tazminat olması, satım veya vekâlet sözleşmesinin ıvazı bulunması ve benzeri noktalarda fonksiyonu değiştirmez (9). Tazminat fâizi-temerrüt fâizi ayırımı, paranın hukuksal ve ekonomik fonksiyonunun aynı olmasına yabancıdır. Para-fâiz borçlarında geçerli olan genel kurallardan ayrılmayı zorunlu kılan bir hukuk kuralı bulunmadığına göre, gecikme (temerrüt) fâizi nitelemesini benimsemek gerekir. Tazminat fâizi düşüncesi, para borçları bakımından temerrüt fâizinin dışında bir olanak ve yapı sağlayabilmiş değildir. Soruna makro açıdan bakıldığında varılacak çözüm budur (10). Her iki durumda da ifâ edilmemiş edimin ürününden yoksunluğun (taban zararın) karşılanması işlevi vardır.

**2 — Temerrüt kurumu yönünden :**

a) Tazminat fâizi kavramı, temerrüt kurumuna başvurulmadığı, çözüm BK. 41 ve devamı kurallarında arandığı için üretilmiştir. Tazmin borcunda temerrüdün olabilip olamayacağı sorunu önem kazanmaktadır.

aa) Roma Hukûku kaynaklı bir kural, «haksız fiil borçlusu

---

Shf. 730) Benzeri şekilde, bkz. Y11HD. 27.2.1975 t, 5353/1362-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) YHGK.nunun 3.4.1963 t, 4-191/68-E/K sayılı içtihâdında «haksız fiil sebebiyle zarar ve ziyan davalarında tazminle mükellef olan şahıs, fiili işlediği tarihten itibâren zararın tamamının **mütemerridi** sayılır. Temerrüt fâizinin işleyebilmesi için ayrıca ihtara lüzûm yoktur» çözümü benimsenmiştir. (Kudat, Arkun. age. Shf. 142'den naklen). Aynı şekilde, YHGK. 17.12.1986 t, 11-383/1099-E/K. (ABD. Yıl: 1987. Sayı: 3. Shf. 405 vd.) Yargıtay 11. HL.sinin uygulaması, istikrar kazanmıştır. (Par. Ex. Y11HD. 25.5.1988 t, 8626/3360-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) Y11HD. 23.9.1986 t, 4094/4622-E/K. (Eriş, Gönen. age. Shf. 201. no: 235).

(9) Prof. Eren. Borçlar Hukûku, Genel Hükümler, Ankara. 1987. 2. Bası. Shf. 137 ve civ. Prof. Tekinay ve Arkd. age. Shf. II/1046 vd. Fâiz, «alacaklının alacak olarak talebe yetkili olduğu bir miktar parayı kullanmaktan belirli bir süre mahrum kalması sebebiyle kendisine ödenen bir karşılıktır», şeklinde tanımlanmaktadır. (Prof. Eren, age. Shf. II/137.) Prof. Ergin, Feridun. Para ve Fâiz Teorileri. İstanbul. 1938. (eserin tamâmı) Prof. Karayalçın, para borcu soyutlamasını benimser ve şu doğru çözüme ulaşır: «Para borcunun zamânında yerine getirilmemesi dolayısıyla alacaklının, borcun muaccel olduğu tarih ile ödeme tarihi arasında mahrûm kaldığı menfaat dolayısıyla ödenecek paraya ise, genel olarak gecikme fâizi denir. Para borcu, **kânun, haksız fiil**, sebepsiz iktisap veya sözleşmeden doğabilir». (Karayalçın, Enflasyon. Shf. 8).

(10) Fâiz problemine makro-açıdan bakış **için**, bkz. Prof. Karayalçın, Enflasyon Karşısında Fâiz. (eserin tamâmı).

ödemediği tazminat bakımından dâima mütemerrittir» (11) yönündedir. Doktrin Türk/İsviçre Hukûku bakımından, sözleşme-dışı sorumlulukta, tazminat ediminde temerrüdün oluşması için ihtarın gerekli olmadığını benimsemektedir. BK. 107'de öngörülen «ihtara gerek kalmadan temerrüt» halleri, sınırlayıcı değildir. Nitekim aynı durumlara örnek olarak, «doğruluk ve güven kurallarının ihtarı gerekli kılmaması» (MK. 2) (12), «borcun yasadan kaynaklanması» (13) halleri de sayılmaktadır. Bu kuralın hukûkumuzda yeralması, hakkaniyete uygunluk yönünden de savunulmaktadır (14).

bb) Aynı kural, sözleşme sorumluluğunda evleviyetle geçerlidir. Çünkü sorumluluğa yolaçan (tazmin borcunu doğuran) eylem, akde aykırılık yanında haksız eylem de oluşturur (15).

b) Tazmin borcunu doğuran sebepler bakımından temerrüt, olay ânında oluştuğuna göre, tazminat fâizinde başvurulan «temerrüdün sözkonusu olmadığı» biçimindeki «içtihatta yeralan formüler gerekçe», dayanağını yitirmektedir. Temerrüdün oluştuğu yerde onun tipik sonucu olan gecikme fâizi, gündeme gelir. Artık bu fâize,

---

(11) Dr. (Prof.) Paul Koschaker (Çevr. Prof. Ayıter, Kudret). Roma Husûsî Hukûkunun Anahatları. Ankara. 1975. Shf. 220. «Fur semper in mora : gasp/hırsız (haksız eylem fâili) her zaman temerrüt hâlindedir». Ayrıntı için, bkz. Prof. Türkan Rado. Gaius'a göre Klâsik Roma Hukûkunda Furtum Suçu. (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1952. Sayı: 1-2).

(12) Hukûkumuz yönünden, haksız eylemde (geniş terimle sözleşme dışı sorumlulukta), temerrüdün oluşması için ihtara gerek yoktur. Prof. Tekinay ve arkd. age. Shf. II/1231. Prof. Feyzioğlu, Necmettin. Borçlar Hukûku, Genel Hükümler. İstanbul. 1977. 2. Bası. Cilt: 2. Shf. 239. Müellif Roma Hukûkundaki kurala yollama yaptıktan sonra «Bu nedenle bir haksız fiilden dolayı tazminat ile yükümlü olan yada bir haksız iktisap dolayısıyla iâde borcu altına giren kimsenin, mütemerrit olması için ayrıca ihtara gerek yoktur» demektedir. Prof. Andreas Won-Turh (Çevr. Av. Edege, Cevat). Borçlar Hukûku. İstanbul. 1943, 2. Bas. Cilt: 1. Shf. 182. Fâizin olay tarihinden başlatılması noktasında, içtihatlarda uyum vardır. Farklılık, değinilen temerrüt hâdisesinden doğmaktadır. (Bkz. bu yazımızın «8 ve 5» no'lu dipnotundaki içtihatlar.)

(13) Yargıtay Tev. İçtihâdı. (9.5.1956 t, 11/5-E/K. Yargıtay İçtihâdı Birleştirme Kararları, Ankara. 1980. Cilt: IV. Shf. 673) Dr. Öçal. age. Shf. 50. Prof. Tandoğan, Türk Mes'ûliyet Hukûku, Ankara. 1961. Shf. 468 vd.

(14) Prof. Önen, Turgut. Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdü İle İlgili Genel Mâhiyetteki Hükümler. Ankara. 1975. Shf. 46.

(15) BK. 98/II. Prof. Tekinay ve Arkd. age. Shf. II/1135-1138. Prof. Eren. age. Shf. I/188. Y11HD. 28.11.1986 t, 5567/6343-E/K. (Eriş, Gönen. age. Shf. 1015. no: 1805) Aydıner, ag. inc. Shf. 278. Kayaoğlu. ag. inc. Shf. 1291.

gecikme (temerrüt) fâizinden başka nitelik aramağa gerek ve hukûki sebep kalmaz. (BK. 103.3095 Sayılı Yasa Md. 2) (15-a).

c) Uygulamada yapılan önemli bir hataya işaret etmek gerekir. İster tazminat fâizi, isterse temerrüt fâizi olarak nitelensin, fâizin yürütülme günü «temerrüdün oluştuğu gün değil, onu izleyen gündür» (16). Çünkü temerrüt, o günün bitiminde oluşmaktadır. Başka deyimle temerrüdün oluşma günü muacceliyet evresi ile ilgili olup o gün temerrüde uğramadan ifâ imkânı vardır. Para borcunun yüksek tutarda bulunması hâlinde, 1 günlük fazla fâizin, özellikle ticarî veya yüksek faizli yalın-akdî borçlarda yükü büyüktür. Kaldıki hukukta çözüm, kurala uygunluk duruluğunda saygındır. Belirtilen nedenle fâizin olay/temerrüt tarihini izleyen günden başlatılması, aksi yöndeki uygulamanın bırakılması gerekir.

3 — BK. nunun tazminat hükümleri ile fâize ilişkin hükümlerin hukûkî bağlantıları yönünden :

a) Sözleşme-dışı sorumluluğun düzenlendiği BK. 41-60 hükümlerinde, fâiz ile ilgili bir kural yeralmamaktadır. Tazminat fâ-

(15-a) Mânevi tazminatlarda fâizin en erken dava, en geç hüküm tarihinden itibâren yürütülmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Manevi tazminat, olay tarihindeki değerlere göre değil, hüküm tarihindeki değerlere göre takdir olunur. Tazminatın davada az istenmesi, dava üzerinden uzun zaman geçmesi sebebiyle hüküm tarihinde talebin ekonomik değer ifâde etmemesi gibi davacıdan ya da sistemden kaynaklanan çarpık durumlar ayrık, bu tazminat hüküm tarihindeki satın alım gücü ve benzeri kriterler içinde ölçüldüğüne göre, fâizin de bu tarihten yürütülmesi gerekir. Maddi tazminatta olduğunun aksine iskonto işlemine tâbi olmayan bu tazminat, sanki olay tarihine irca olunmuş peşin değermiş gibi bir ameliye ile fâiz başlangıcını olay tarihine götürmek, normatif değildir. Sözleşme ilişkilerinde, genellikle zaman aşımının on yıl olduğu hatırlanmalıdır. Dokuzuncu sene dava açan ve beş milyon TL. lehine manevi tazminat hükmolunan süje, onbeş milyon fâiz alacaktır. Anaparayı üç kez katlayan bu çarpıklığın, manevi tazminatın karakteri (hüküm tarihindeki değere göre ölçülmesi) karşısında açıklanır yanı yoktur. Manevi tazminatın, öç alma duygusunun çağdaş giysiye büründürülmüş şekli olduğu, adâletin sınır çizgisinde bir kurum olma özelliğinden hiç bir zaman kurtulamıyacağı gözardı edilmemelidir. Y.4.HD.sinin konuya ilişkin, alanında tek ve ardı gelmeyen 12.6.1985 t, 4898/5991-E/K sayılı içtihâdı üzerinde önemle durulmalı ve sorun çözüme ulaştırılmalıdır. (Yasa Hukuk Dergisi, 1986, Temmuz. Shf. 1001.) (Ticâret Hukûku ve Yargıtay Kararlar Sempozyumu. Ankara. 1987. Shf. 342-343).

(16) Prof. Tekinay ve Arkd. Shf. II/1251. BK. 101'in lafzına ve borcun muacceliyet evresine bakılarak, temerrüt gününden yürütülme yorumu da benimsenebilir. İçtihadın ayırımsız ve istikrarlı biçimlenmesi bu yoruma dayanır.

izi, para borçlarına ait fâiz kurumunun, «zararın içinde bu da vardır» yollu önerme ile BK. 42 ve civarı hükümleri kapsamına aktarılması olarak görülmektedir.

b) Fâiz, BK. 72, 103-104 hükümlerinde düzenlenmiştir. BK. 72 maddesi «verilmesi mecbûrî ve fakat oranı belirlenmemiş fâizi ve oranını», BK. 103 maddesi ise, «gecikme fâizini» düzenlemektedir. Bu hükümler, oran ve kimi özellikler bakımından 3095 sayılı yasayla tadil görmüştür. İlkeler, değişmemiştir.

aa) Tazminat fâizinin, BK. 72 ve 3095 sayılı yasanın 1 hükümlerinde düzenlenen kanûnî fâizle bir bağlantısı yoktur. Çünkü kanûnî fâiz, bir hukuk kuralının verilmesini mecbûrî kıldığı, hakkında hukuk kuralı bulunması gerekli fâizdir. Oysa tazminatları düzenleyen hukuk kurallarında «fâiz borcunu öngören kural/hüküm yoktur». (BK. 41-60, 98/II) Sözgelimi BK. 394 kuralı fâizin verilmesini düzenlemiş, oranını belirlememiştir. İşte bu oran, BK. 72 (ve 3095 sayılı yasanın 1. ci) maddesi hükümlerince belirlenebilecektir. Ancak tazminat borçlarında fâiz verme kuralı bulunmadığı için kanûnî fâiz tavsifine gidilemeyecektir.

bb) BK. 103 (muaddili 3095 sayılı yasanın 2) hükmü «Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, **sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça,** GEÇMİŞ GÜNLER İÇİN 1. ci maddede belirlenen orana göre TEMERRÜT FÂİZİ ödemeye mecburdur» yönündedir. Yasanın bu hükmünün BK. sistemi içindeki yorumu, tazminat fâizi gibi normlarda aslâ yeralmayan bir çözümü kural-içinde dışlamaktadır.

c) BK. 103 hükmünün anlamı (yorum) :

aa) BK. 103 hükmü, BK.nunun genel hükümler bölümünde yeralmaktadır. Genel hükümler, BK.nunun 1.ci kısmını oluşturmakta olup, müşterek hükümler niteliğindedir. Yasa, bu bölümün 1.ci kesiminde: borçların kaynaklarını (sözleşme/haksız eylem/sebepsiz iktisap), 2. ci kesiminde: borçların hükümlerini düzenlemektedir. BK. 103 hükmü, borçların ödenmemesinin sonuçları alt/ayırımındadır. «Borçların Ödenmemesinin Sonuçları» ayırımının yanlızca «sözleşmeden kaynaklanan borçlara ilişkin olduğu yanılgısına» düşmemek gerekir. Yasadaki borç terimi, her üç kaynaktan kaynaklanan edimleri anlatmaktadır. Gerçi bu bölümde yeralan bazı hükümlerin borç kaynaklarından birine ait olduğu, hükmün karakterinden ortaya çıkabilir. (Par. Ex. BK. 106 gibi) Nevarki üzerinde durduğumuz norm yönünden böyle bir özel durum yoktur.

bb) BK. 103 kuralının, her türlü borç ilişkisine (sözleşme, sözleşme-dışı, sebepsiz iktisap, yasa) uygulanır genelliği vardır. Bu sonuç, hükmün BK. sistemi içindeki yerinden başka, bizzat metinden de anlaşılmaktadır. Netekim yasada, «bir miktar paranın tediyesinde temerrüde düşen borçlu» ibâresi ile, amacın para borcunda temerrüt olduğu açıkça vurgulanmaktadır (17).

cc) Yeni metindeki «sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça», eski metindeki «mukâvele ile daha az bir fâiz tâyin edilmiş olsa bile» kaydının bu sonucu önleyen bir özelliği yoktur. Bu kayıt, temerrüt fâizine yolaçan ilişkinin behemahâl bir akit olması gerektiği ve işte bu akitte böyle bir kayıt bulunduğu ipotezini düzenlememektedir. Burada amaçlanan, herhangi borç kaynağından kaynaklanan fâize özgü bir anlaşmanın yapılması hâlidir. Netekim haksız eylemden kaynaklanan para borcu (tazminat) için yürütülecek fâizle ilgili anlaşma yapılabilir. (Karayolları Trafik Kanûnu. Md. 11/2) Başkaca varılacak bir çözüm, temerrüt ortak kavramının sonuçlarına, sisteme ve benzer sorunlarda eş-değer çözümlere ulaşma... kurallarına aykırı olacaktır.

dd — Netekim tazminat fâizi kavramını hukûkumuz uygulamasında sürdüren Yüksek Yargıtay 4 HD. si dâhi, BK. 103 hükmünün hemen ardındaki BK. 104-105 kurallarının, yalnızca sözleşmelere değil, sözleşme-dışı ilişkilere de tatbik edileceğini benimsemiştir (18). Yüce Dâirenin hukûkumuz bakımından çok büyük önem ifâde eden bu kararındaki yaklaşım ve gerekçe, tazminat fâizini dahi reddeder. BK. 104-105 hükmünün, sözleşme-dışı sorumluluğa da uygulanmasını benimseyen düşünce, aynı bölümde yeralan ve açık-ilgisi yasa kuralında belli hükmün bu kapsamın dışında kalmasına engeldir.

Görüldüğü gibi BK. daki açık hükümler, «tazminat fâizi» kavramını ihdâsa mânidir. Sorunu düzenleyen ve çözen açık hukuk kuralı vardır. (BK. 103. 3095. SK. Md. 2/1).

**D — «Tazminat fâizi» çözümünü zorlaştıran diğer nedenler yönünden :**

---

(17) Aynı benimseniş için bkz. Prof. Eren, age. Shf. I/138 (son parağraf). Karşı düşünce için, Becker. age. Md. 103.

(18) Y4HD.si, 4.3.1986 t, 685/2012-E/K sayılı içtihâdında «BK.nunun 104 ve 105.ci maddelerinin sözleşme dışı sorumluluk hallerinde de uygulanacağı kabûl edilmektedir», denmektedir. (YKD. Yıl: 1986, Sayı: 8. Shf. 1133 vd.) Prof. Eren. age. Shf. II/304.

1 — Fâize fâiz yürütülmesi kuralının yarattığı sorun: BK. 104/1 hükmü, temerrüt fâizinin dışında kalan akdî ve kanûni fâizlere, bunlar için icrâya başvurulduğu veya edâ davası açıldığı tarihten itibâren «temerrüt fâizi yürütülmesi» kuralını koymuştur. Tazminat fâizinin gecikme (temerrüt) fâizi sayılmaması hâlinde, icrâ ve dava öncesi birikmiş tazminat fâizine temerrüt fâizi uygulanacaktır. Tazminat fâizinin ayrı bir tür olarak benimsenişinin ve bu kabûl içinde yasanın zorunlu sonucu olan çözümün uygulandığı söylenemeyecektir (19).

Gerçi yasanın bu hükmü, 3095 sayılı yasanın 3.cü maddesi ile kaldırılmıştır (20). Nevarki 3095 sayılı yasanın yürürlüğü öncesi sorunların çözümünde hâlen geçerliğini ve öteyandan tazminat fâizinin oluşturulması dönemine rastlaması bakımından kavramın kural-içi tutarsızlığının belirlenmesinde önemini korumaktadır. Tazminat fâizine fâiz yürütülemez diyor isek, o zaman bunun temerrüt fâizi olduğunu kabûl ediyoruz, demektir (BK. 104/3). Sözgelimi, 19.12.1984 tarihi öncesinde taşıma sözleşmesinden kaynaklanan ölüme bağlı maddi tazminatın fâizinin çözümü, BK. 104/1 veya 2 hükmüne göre olacaktır. (3095 sayılı yasa, madde numarasız geçici hükmü).

2 — «Tazminat fâizinin oranı (miktarı)» sorunu : Tazminat fâizinin dayandığı yasal temel ve niteliği karşısında, teknik anlamda bir fâiz olmadığı, BK. 72 hükmü anlamında «kanûni fâiz sayılamıyacağı» belirtilmişti (21). Yasal fâiz oranından yararlanma mümkün

(19) Dr. Öçal, age. Shf. 60'ta tazminat fâizine fâiz yürütülebileceğini (BK. 104/1 hükmünün uygulanacağını) benimsemiş olmakla beraber, aynı eserin 28. ci sahifesinde, tazminat fâizinin temerrüt fâizine dönüşüm süreci bölümünde karşı görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Tazminat fâizine BK. 104/1 hükmünün uygulanamazlığı görüşü için, bkz. Evren, age. Shf. 155. Adreas Won Tuhr, age. Shf. 11/664. Y11HD. 25.12.1986 t, 6143/6801-E/K. (Karar yayınlanmamıştır.) Kezâ, Y11HD. 5.6.1986 t, 3034/3580-E/K. (Eriş, Gönen, age. Shf. 188. no: 200) Y4HD. 12.12.1966 t, 8495/10612-E/K. (Karahasan, M. Reşit. Sorumluluk ve Tazminat Hukuku. Ankara. 1981. Shf. 110-111.) Y4HD. 23.2.1988 t, 8954/1723-E/K. (Ys. HD. 1988. Ağ. Shf. 1168).

(20) 3095 Sayılı Yasanın 3.cü maddesi, BK. 104/3'te «temerrüt fâizi için bileşik fâiz yasağı» kuralını, «kanûni fâize» de teşmîl etmiştir. Yasada saklı tutulan ticâret kanûnu hükümleri dışında kalan hallerde, hiçbir fâize fâiz yürütülemiyecektir. Başka deyimle, BK. 104/1'de yeralan fâizle ilgili kural, yürürlükten kalkmıştır». (Ekecik, age. Shf. 17) Prof. Eren, belki de zühûle müstenit olarak, ünlü eserini yazarken, BK. 104/1 kuralının hâlen yürürlükte olduğu ipotezi ile hareket etmiştir. age. Shf. 141.

(21) Bkz. Bu yazımızın 11/C-3/a-b bölümü.

olamayacağına göre, bunun miktar ve oranı ne olacaktır? (22) BK. 72 ve 3095 SK. Md. 1 kuralı, MK. 1 yoluyla (kıyâsen) mı uygulanacaktır? Eğer kıyâsa gidilecek ise, neden yalnızca oranla sınırlı gidilmektedir de, çözümün tamâmı (gecikme fâizi kurumu) benimsenmemektedir. Şimdilik bu sualleri bir başka bölümde tartışarak, soruna tazminat metriği bakımından yaklaşalım :

a) Tazminat fâizi, BK. 41 ve devamında düzenlenen zarar kavramının içindedir. Hattâ öbür fâizlerde olduğu gibi zararla yarı bağımlılık ilişkisi bulunmamakta, zararın bütününü oluşturmaktadır (23). Başka deyimle tazminat fâizi bir fer'i zarar değil, zararın aslı (aslî zarar) görüntüsündedir. Nevarki bu görüş, bünyesinde tazminat muhâsebesi problemini taşımaktadır. Doğru çözüm, kuşkusuz BK. 41 ve devamında düzenlenen hükümlerden çıkan «tazminat hesâbına ait temel ilkelerde» yatmaktadır :

aa) «Tazminatın gerçeğe uygun olarak belirlenmesi» ilkesi yönünden (BK. 41-47): Tazminat, bilinen veriler aynen, bilinmeyen öğeler, gerçeğe en yakın varsayımlar temel alınarak hesaplanmaktadır. (BK. 42, 44, 42) (24). Tazminat fâizi, bu kurumu savunanların görüşlerine göre de, paranın zamanında ödenmemesinin karşılığı'dır. Sorun, paradan zaman artı boyutunda yoksun kalınmasının getirdiği zararla ilgilidir. Öbür taraftan tazminatın gerçeğe yakın hesabı yasal ilkesi ile karşı karşıyayız. Bu bağlamda, paradan yoksun kalınmanın ekonomik konjonktür içinde «taban zararı» temerrüt fâizi değildir. Bu taban zarar, Yüksek 4. HD.sinin 4.3.1986 t, 685/2012-E/K sayılı içtihâdında vurgulandığı gibi vâdeli mevduata uygulanan banka fâizi veya eşdeğer gelir dilimleri'dir. Gerçi içtihat, aşkın zararla ilgilidir (25). Nevarki hakkında oran ve miktar krite-

(22) Thilo, ag. inc. 1733. Tazminat fâizi savunucularından Thilo, tezlerinin doğal uzantısı olarak, yasal fâiz oranı ile bağlantı kurulması gerekmediği düşüncesindedir. Y4HD. 21.11.1972 t, 6224/8955-E/K. (Karahasan, age. Shf. 119).

(23) Dr. Becker. age. Dr. Oser-Schonenberger. age. (bu yazımızın 4 no'lu dipnotunda işâret olunan sahifeler ve civ.)

(24) Y9HD. 29.11.1983 t, 9855/2306-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) (İyimaya, Ahmet. Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bâzı Sorunlar, Yargıtay Dergisi. 1985. 3. Shf. 201 vd.).

(25) Y4HD. 4.3.1986 t, 685/2012-E/K. (YKD. 1986, 8, Shf. 133 vd.) Haksız ihtiyâtî tedbir kararı ile, ödenmesi gereken paranın tediyesinin önlenmesinden kaynaklanan tazminat davası sebebiyle kararda aynen «...Herkes iddiâsını kanıtlamak zorundadır. (MK. 6); nevar ki, bu kural mutlak değildir. İstisnâların başında karineler gelir. Varolan bir durumdan bilinmeyen bir durumun çıkarılması hâlinde, karineden sözedilir. Ola-

ri bulunmayan ve tam zararı karşılama fonksiyonu yüklenen «tazminat fâizi», gerçek zararı karşılama işlevi ile donatılmak zorundadır (BK. 42). Bu işlev, Thilo'nun da isâbetle belirttiği gibi kanûni fâiz oranıyla doğrudan ilgili değildir (26). Hattâ enflasyon bilineninde soruna ispat hukûku bakımından, aksinin ispatının mümkün olması yaklaşımı içinde bakmamak ve ispatlanmış saymak gerekir (27).

bb) «Tazminat fâizi» kuramcılarının kendi görüşlerinin doğal uzantısı gereği benimsemek durumunda oldukları yukardaki çözüm, temerrüt fâizinin kesin uygulandığı alanlar yönünden bir eşitsizlik yaratmaktadır. Nevarki uygulamanın biçimlenmesi, tazminat hukûkunun bilinen ilkeleri rağmına, yasal/temerrüt fâizinin oranının bu fâize de uygulanması noktasında olmuştur. Bilimsel analizle Yüce 4. HD.si uygulaması, benimsenmiş görünen tazminat fâizi kavramını, temerrüt fâizine dönüştürmüştür. Görüldüğü gibi tazminat fâizi benimseyişinin yarattığı bu çelişki dahî, kuramı hayli sarsmaktadır.

b) Çelişki ve zorlukları sayısal bazda artırmak mümkündür. Kısaca şuna da değinelim: Tazminat fâizi, asıl tazminat içinde fer'î nitelik taşımadığına göre, fâizin ayrıca talebi gerekecek midir? Bize göre, tazminatın talep edilmiş olması yeterlidir. Fâizin talep konusu kılınma zorunluğu yoktur. Çünkü o, tazminatın aslî yapısı içinde

---

yımızda yasal bir karine sözkonusu değildir; buna karşılık hayat olaylarından çıkan eylemli bir karinenin varlığı tartışmasızdır: Özellikle dar gelirli bir memûrun ortak malın satılması ile eline geçecek 1.200.000 lirayı, vâdeli banka hesabına veya benzer gelir getiren yerlere yatırarak yararlanması beklenen bir davranıştır; bu, toplumumuzun içinde bulunduğu ekonomik-sosyal yaşantısına uygun düşer. Bu nedenle davacının, yasal fâiz üzerinde bir ek-zararın bulunmadığı davalı tarafından kanıtlanmalıdır; oysa bu yolda ne açık bir iddiâ (doğrusu savunma) ileri sürülmüş ve ne de kanıt getirilmiştir. O halde, paranın fâiz olarak getirebileceği gelir (ve her türlü hizmet-maldaki bilinen fiat artışı) %30'un üzerinde olduğu gerçeği de kabûl edilerek isteğin tamâmına hükmedilmemiş olması usûl ve yasaya aykırıdır» denmektedir.

(26) E. Thilo. Bu yazımızın 22 no'lu dip-notu.

(27) Y11HD. 2.4.1981 t, 1100/1453-E/K. (Gürbüz, Hulûsi. Bankalarla Ticârî Senetler İlişkisi, Ankara. 1981. Shf. 107. dipnot-108) Y11HD. 20.1.983 t, 5774/128-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) Y11HD. 24.9.1985 t, 3533/4757-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) Y11HD.sinin sözügeçen kararlarında, munzam zararın (BK. 105) tabanının banka iskonto (şimdilerde reeskont) fâizi olduğu, bunun ispâtının gerekmediği benimsenmektedir. Bu dipnotta yeralan son karara karşı vâki direnme üzerine YHGK.nunun ulaştığı çözüm ve karşı oy için, bkz. 21.10.1987 t, 11-244/752-E/K. (Prof. Domaniç, age. Shf. 66-71).

vardır. Ne varki bu zorunlu çözüm, diğer fâizler bakımından biçimlenen form ve uygulama karşısında, savunulmayacak istisnâ oluşturur. (HMUK. 72-74)

**3 — Tazminat borcunun türleri ve kaynakları bakımından yaklaşım :**

a) Tazminat, sözleşmeden, sözleşme-dışı sorumluluk sebebinden veya yasadan doğar. «Tazminat fâizi» kavramı, sözleşme-dışı sorumluluk ve yasadan kaynaklanan sorumluluk sebepleri içindir. Sözleşme sorumluluğu için bu fâizin yasal olarak uygulanması mümkün müdür, sorusu önemlidir :

aa) BK. 103 kuralının sözleşmelere ait olduğu, tazminat fâizi kuramcılarınca savunulmaktadır. Ona ait olduğu doğru ve fakat yalnızca ona ait olduğu yanlıştır. Diyelimki bu kural, yalnızca sözleşmelere ilişkin olsun. Sözleşmeden kaynaklanan «para borçlarına» temerrüt fâizi uygulanır. (BK. 103, 3095 SK. Md. 2) Çünkü tazmin borcunu doğuran eylem, tipik akde aykırılıktır ve temerrüt kurallarına bağlıdır (28). Öyleki bu akde aykırılık, yedek hukuk kuralı olarak bâzı sözleşmeler yönünden «sözleşme tipiği formunda» özel olarak düzenlenmiştir. (Örneğin taşıma sözleşmesinde ve hizmet akdinde oluşan insan zararları ve bunların tazmini borçları normatif düzenleme görmüştür (29).

---

(28) Bkz. Bu yazımızın 15 no'lu dip-notu.

(29) TTK. 806/II hükmü, «yolcunun cismânî zarara uğraması ve ölümü sebebiyle doğacak zararların tazmini», BK. 332 hükmü, «hizmet akdine aykırılık (işçinin sağlığının korunması borcuna muhâlefet) sebebine bağlı cismânî zarar ve ölümden doğacak zararların tazmini» (İK. 73-74) borcunu, sözleşme borcu olarak düzenlemiştir. Bu tiplerde 10 yıllık zaman aşımının varlığı anımsanınca sorunun önemi kolaylıkla anlaşılır. (BK. 125) Bütün sözleşmeler bakımından BK. 98/1 kuralı, MK. 2 kuralı, akdin tarafı olan insan unsurunu koruma yükümünü ve tazmin sorumluluğunu içerir. (Prof. Edis, Başlangıç Hükümleri, Ankara. 1983. Shf. 315 ve civ. Prof. Eren, age. Shf. 1/41. Doç. Dr. Akünal, Teoman. Sorumluluk Hukûkunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması. YD. 1988, 3, Shf. 222 vd.) 2822 sayılı Toplu İş-Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanûnu, Md. 61'de, «Toplu İş-Sözleşmesinden kaynaklanan edâ davalarında işletme kredisi oranında temerrüt fâizi yürütülmesi» kuralı getirilmiştir. Ferdî hizmet akitlerinden kaynaklanan her türlü alacakların toplu iş-sözleşmesi kapsamına alınması ve bu kuraldan yararlanılması mümkündür. Bu durumda, yasadan (BK. 332) ve iki sözleşmeden (ferdî hizmet akdi, toplu iş-sözleşmesi) kaynaklanan yarışan hak sözkonusu olur. Tazmin alacaklısı, TİSK. Md. 61'deki hakkı seçebilir. (Başka bir yaklaşım tarzı için, bkz. Y9HD. 11.3.1987 t, 4954/4965-E/K. (Karar yayınlanmamıştır.) Bu halde dahî fâizin sınırlanması problemi ortaya çıkar.

bb) BK. 98/11'deki «haksız eylem sorumluluğunun kıyâsen sözleşmeye aykırılık hallerine uygulanma» ilkesi, başkaca bir sonuç doğurmaz. Çünkü bu ilke, sözleşme sorumluluğunda özel hükmün bulunmaması sınırına bağlı, «kıyas kuralını» öngörmektedir. Oysa fâizle ilgili olarak BK. 103 hükmü vardır. Özel hükmün bulunduğu yerde «kıyasa» yer yoktur. Kaldıki, sözleşme-dışı sorumlulukta, «fâize ilişkin hüküm yoktur» ki kıyâsen başvurma olsun.

Sonuç olarak, sözleşme sorumluluğunda tazminatlara behemahâl temerrüt fâizi yürütülecektir. Çünkü tazminat, akdî bir edim ve yaptırım niteliğinde olup, para borcuna konu kılınmıştır.

cc) Tazminat, kaynağı ne olursa olsun «EŞ-DEĞER KARAKTER TAŞIR». Yasanın açık hükmü bulunmamasına rağmen, tazminata yürütülecek fâizi, «temerrüt fâizi/tazminat fâizi» şeklinde bölersek, hukuksal çözümlerde aranan eşdeğer sorunlara aynı çözüm yönündeki eşitlik ilkesine aykırı davranmış oluruz. Bu eşitsizlik, temerrüt fâizi ile yasal fâiz oranlarının başka başka olması hallerinde pratikte de âdil olmayan sonuçlara yolaçar.

b) Tazminat, genellikle para borcunu içerir (30). Tazminat, insan zararlarına (destekten yoksun kalma, iş-göremezlik, manevi tazminatlar) veya bunun dışında kalan zararlara (müsbet-menfî zarar vs.) ilişkin olabilir. İnsan zararlarının, bunun dışında kalan zararlara etik ve yasal üstünlüğü vardır. Gerçi eşya zararları da son-bakışta insanla ilgilidir (31). Ne varki insan zararlarında, varlıklar dünyasının önde gelen süjesi, varlığından bir parça yitirmektedir. Evrene hükmetmenin formülünü arayan ve ihtirasına koyulan varlığın bizâtihi kendisini koruyan hukuk mekanizması ile donatılmış olması doğaldır (32). Ne varki içtihâdî uygulama, insan za-

(30) BK. 49 hükmü, paradan başka manevi tazminat tâyinini, BK. 43/1 «aynen tazmini» düzenlemektedir. Bu durumların dışında tazminat, hemen hemen para borcu şeklinde oluşmakta olup, konumuzu ilgilendiren de bu alan'dır. (İyimaya, Ahmet. İş-Hukûku Yönünden Mânevi Tazminatın İbrâsı, ABD. 1988, 1. Shf. 36). Prof. Eren, age. Shf. 1/358-361.

(31) «Mal canın yongasıdır» atasözümüz, bunu anlatır. (Prof. Aksoy, Ömer Asım. Atasözleri Sözlüğü, Ankara. 1971. Shf. 314. no: 1558).

(32) İnsan zararlarının tazminine ait alacakların haczedilemezliği kuralı için, bkz. İc. İf. K. Md. 82/11. 184, 261. Prof. Feyzioğlu. age. Shf. 1/602. İyimaya, Ahmet. Kısmî Tazminat Davasına İlişkin Bâzı Sorunlar, YD. 1985, 3. Shf. 200. Any. 17. Benzeri bir yaklaşım için bkz. Y4HD. 16.9.1988 t, 1950/6115-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) Kararda zarar görenin korunması ve hükmün infaz olanağı kriterleri, normun yorumu bakımından temel alınmıştır.

rarlarını eşya zararlarının altında bir konumda olmasa bile, onun üstünde bir konumda oturduğunu benimsemiş görünmemektedir (33). Tazminat, genellikle insan zararları ile ilgili bulunmaktadır. Çoğu eşya zararları (örneğin müsbet zararların tazmîni davaları) için rahatlıkla kabûl edilen temerrüt fâizinin (34), insan zararı sözkonusu olunca «tazminat fâizi» önermesine dönüşmesi, zarar türleri arasındaki adâlet ölçümü eşitliğini zedelemektedir. Görüldüğü gibi çözüm, hukuk bütününde de tutarlılık göstermemektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dâiresinin tazminat borcunun kaynağına ve türüne bakılmaksızın, her tazminata «tazminat fâizi» yürütülmesi gerektiği yönündeki uygulaması, belirtilen açık yasa hükümlerine (BK. 103, 98/1) aykırıdır (35). Esâsen böyle bir soyutlama ve genelleme diğer herhangi bir Dâirece paylaşılmamaktadır (36). Kaldıki sorun, yasa hükmü sorunudur.

**4 — Tazminat fâizinin normatif dayanaktan yoksunluğu sorunu :**

a) BK. 41 ve devâmı maddelerinde, tazminat borcuna fâiz yürütüleceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Tazminat fâizi önermesi, «zararın tam olarak belirlenmesi gerektiği» kabûlünün içinde varsa-

(33) Bu bağlamda, tazminat hukûkunun varsayım ağırlıklı hukuk olmasının böyle bir düşünce için dayanak olamıyacağını belirtelim. Tazminat hukûkunun çoğu yönleriyle yazılı olmaması, yazılı olmayan hukuk (özellikle içtihatlar) için bir şanstır. Hukuk biliminin ve buna bağlı bilim dallarının verilerine uygun çözüm bulma kolaylığı sağlanmış olur. Öteyandan bizâtihi yazılı hukûkun kendisi, olaylardan normlara aktarılmış fiksyonlardan ibâret değil midir? Yazılı olmayan hukuk, gerçeğe ve olması lâzım gelen hukûka aykırılığı açık ve fakat bağlayıcılığı nedeniyle uygulanması zorunlu norm engelinden kurtulmuştur. İdeâl hukûkun pozitif hukûka dönüşmesi, tazminat hukûkunda çok daha kolaydır. Hele insan zararlarının fiksyonlara dayalı olduğu, büyük meblağların bu nedenle haklılık görüntüsü içinde olamıyacağı düşüncesi, dayanak bulamaz. Bağlayıcı norm ve yazılı hukuk düşüncesinden yazılı olmayan hukûka doğru geçiş olacağı, bu yöndeki eğilimlerin yoğunluk kazandığı görülmektedir. Önemli olan, yeterlik düzeyine ulaşmış hukukçuyu yetiştiren ortamı oluşturabilmektir.

(34) Y13HD. 21.3.1983 t, 117/1985-E/K. (Yasa Hukuk Dergisi, 1983. Aralık. Shf. 1741. Y15HD. 7.10.1983 t, 1747/1931-E/K. (Karar yayınlanmamıştır.) YHGK. 17.12.1986 t, 11-383-E/K. (Yasa Hukuk Dergisi, 1987. Şubat. Shf. 250.)

(35) Y4HD. 21.5.1981 t, 6769/7103-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) Kararın metni için, bkz. bu yazımızın 53 no'lu dip-notu

(36) Bkz. Bu yazımızın 34 no'lu dipnotundaki içtihatlar.

yılmaktadır. Görüldüğü gibi bu (tazminat fâizi çözümü), yorumla istihsâl edilen sonuç olarak açığa çıkmaktadır.

Oysa tazminat, irâd şeklinde belirlenmemişse ânî edim niteliğindedir. (BK. 43/II) (37) BK. 41 vd. maddelerinde düzenlenen edimin karakteri budur. Ânî edimler, bir defâ ifâ edilmekle tükenirler. Fâiz ise, devrî (peryodik) edimdir. Zaman artı boyutunda onu sona erdiren haller oluşmadıkca, belli dilimlerde tekrarlanarak artan çizgide oluşmaktadır (38).

Âni edimi düzenleyen bir kuralın (yasa hükmünün), içeriğinde bu konuda açık metin taşımadıkça, «devri edimi» de düzenlediği söylenemez. Her iki edim, birbirinden başkadır.

b) Yasa koyucunun, bu tür suskunluğu, düzenleme boşluğunu oluşturur. BK. 41 ve devâmı bakımından, tazminat fâizi kuramında, BK. 103 hükmünün sözleşme-dışı sorumluluğa uygulanmaması ipotezinde, «hukuk boşluğunun varlığı» kabûl edilmek zorunludur.

Hukuk boşluğunun varlığı durumunda izlenecek yöntem, MK. 1 hükmünde düzenlenmiştir :

aa — Yasa kuralında, sorunla ilgili özel bir hüküm (söz ve anlam) bulunmadıkça, «yorum yoluyla» çözüm oluşturulamaz. Muhterem Hocamız Prof. Edis'in anlatımı ile, «...Gerçekten kanun koyucu, yargıcı, MK. Md. 1 ile, her ne pahasına olursa olsun, kanunda mevcut olmayan bir çözümü, yine kanunda aramak ile yükümlü kılmamıştır» (39). «Tazminat fâizi», tazminat ve fâiz edimlerinin iki ayrı tür olması ve yasadaki açık metinlerden anlaşıldığı üzere, BK. 41 ve devamında düzenlenmemesine rağmen, «ZARAR KURALININ YORUMU» yolu ile üretilmiştir. Oysa hükümde olmayanın hükmün yorumu ile varsayılması ve üstelik «kural koyma tekniği ile» uyum göstermemesi, tazminat fâizi uygulamasında ve kabûlünde gözden geçirilmesi gerekli hatadır.

bb — Eğer ortada düzenleme boşluğu var ise, yapılacak iş MK. 1 hükmü yolu ile «kural koyma» olacaktır. Yargıç, boşluk dol-

---

(37) Prof. Eren, age. Shf. 1/112-113. Prof. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukûku Dersleri, 1. ci Fasikül, İstanbul. 1978. Shf. 41 ve civ.

(38) Prof. Tekinay ve Arkd. age. Shf. 1/1046. Dr. Ekecik, age. Shf. 36. Y13HD. 15.3.1982 t, 1232/1772-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.)

(39) Prof. Edis, Medenî Hukûka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara. 1987. 3. cü Bası. Shf. 140.

durmada, öncelikle benzeri sorunların, aynı hukuk kodu içinde çözülmüş olup olmadığına bakacaktır. Bu işlem, kıyas'tan başka birşey değildir.

— Gerçekten tazminat fâizini benimser görünen içtihat ve doktrinin bâzen açık şekilde ve bâzen de üstü örtülü olarak, «TAZMİNAT FÂİZİ TEMERRÜT FÂİZİNE BENZİYOR İSE DE» ibâresini kullandığı gözlenmektedir (40).

— Tazminat fâizi, edimin muacceliyet ânından sonraki zamanda ödenmesi varyasyonunda paradan yoksun kalınmanın karşılığını oluşturmaktadır. Bu noktada, tazminat fâizinin amaç ve fonksiyonu ile temerrüt fâizinin amaç ve fonksiyonu aynıdır (41). Kural koyma izlemindeki anlatımla «benzer sorunlar» vardır.

— Tazminat fâizi açıkça düzenlenmemiş olduğuna göre, kuralın zorlama yorumu ile değişik çözüme varılması yerine, benzeri sorunda öngörülen temerrüt fâizi çözümüne ulaşmak, hukuk sistemimize daha uygundur. Üstelik bu yol, ekonomik gerçeklikle de bağdaşmaktadır (42). Üretilen kuralın soyutluğu/genelliği, karşılıklı çıkarlar dengesine ve hukuk bütününe uygunluğu...gibi kural koymada gözetlenmesi gerekli temel prensipler de gözardı edilmemiş olur (43).

Sonuç olarak, sözleşme-dışı sorumlulukta veya başka kaynaklı tazmin sorumluluğunda «TAZMİNAT FÂİZİ» çözümüne gitmek, yasada olmayanı, yorumla varsaymak yerine, sorunla tamâmen aynı olan «temerrüt problemindeki» yöntemle (o yöntemi kıyas yoluyla

(40) Örneğin Ekecik, age. Shf. 45. Kezâ bütün müellifler, tazminat fâizini açıklarken, aslında adını koymayarak gecikme fâizini anlatmış olmaktadırlar. Bkz. Bu yazımızın 4 no'lu dipnotundaki kaynaklar.

(41) Her iki fâiz de, paranın ödenmesi gerektiği tarih ile ödenmesi tarihi arasındaki ademi ifâ süresinde uğranılan zarar (yoksun kalınan taban yarar) karşılığıdır. Her iki fâiz de, zarar koşuluna bağlı olmayan «fiktif kabûle» dayalıdır. Dr. Öçal, age. Shf. 25, 26 vd.

(42) Prof. Karayalçın, Enflasyon Karşısında Fâiz adlı monografisinde, fâiz-hukuk-ekonomik gerçeklik ilişkilerini ayrıntılı ve hukûkun gelişimine ışık tutucu biçiminde ele almıştır.

(43) Prof. Edis, age. Shf. 121-124, 137. Egger, Art. 1. No: 36. Nitekim, BK. 107/1-2'deki hallerde dahi temerrüt için ihtar gerekmeyeceği sonucuna, BK. 101 alanına BK. 107/1-2'nin kıyâsen aktarılması yoluyla ulaşılmaktadır. Başka deyimle temerrüt/fâiz gibi aynı ve benzer alanda kıyasa pozitif olarak başvurulmuş olup, böyle bir yöntemin sorunumuzda önemi ve olabilirliği açıktır. (Prof. Andreas Won-Turh, age. Shf. 11/657, Prof. Tandoğan, age. Shf. 478).

benimseyerek) sonuca ulaşmak daha doğrudur. (BK. 101, 103) (43-a).

### III — TİCÂRİ TAZMİNATLARDA YÜRÜTÜLECEK FÂİZ :

Ticâri tazminat terimi, tazminatı doğuran kaynağın Ticâret Hukûku alanını ilgilendirmesi hâlinde sözkonusu olacaktır. Ticâri tazminatın ölçülmesi ve genel tazminattan ayrıldığı yönler, konumuzun dışında kalmaktadır (44). Üzerinde durulacak husus, ticâri tazminatlara uygulanabilecek fâizin tür ve oranlarının ne olduğudur.

Sorun, normatif düzeyde, duraksamasız biçimde düzenlenmiştir (45).

1 — Yalın ticârî temerrüt fâizinin yürütülmesi : Ticârî temerrüt fâizinin zorunlu ve yeterli tek koşulu, «ticârî iş»'tir. (TTK. 9/2) Ticârî iş, TK. 3.cü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre «ticâret yasasında düzenlenen işler ile ticârî işletmeyi ilgilendiren işlem, fiil ve işler», ticârî iş olmaktadır. TTK. 21 hükmü, taraflardan birisinin tâcir olmaması durumundaki ticârîlik ilişkisini nisbî olarak düzenlemiştir.

Ticârî tazminat, ticârî nitelikteki bir sorumluluk kaynağından ve ticârî işten doğduğu için ticârî temerrüt fâizi uygulanacaktır. Nevarki şu andaki yasal düzenleme, yalın ticârî temerrüt fâizi ile BK. 103'de düzenlenen temerrüt fâizi (ve binnetice yasal fâiz BK. 72) arasında oransal bir ayırım yapmamaktadır (46).

2 — Mevsuf ticârî temerrüt fâizinin yürütülmesi: TTK. 1461/2 hükmü, «ticârî işlerde iskonto oranlı ticârî fâiz», 3095 sayılı yasanın 2/3 hükmü «..reeskont oranlı fâiz» kuralını öngörmüştür. Biz bu durum için, mevsuf ticârî temerrüt fâizi terimini kullanmaktayız.

---

(44) Ticâret Hukûku ana-bilim dalında, ticârî tazminat, ticârî borçların içinde incelenmektedir. «Ticârî Tazminat» üst-kavramı oluşturularak, tazminatın bu dalı ticâret hukûkunun yan-disiplini olarak geliştirilebilir. («Ticârî Tazminat» teriminin kullanıldığına tesâdüf etmedik. Y11HD.nin kimi içtihatlarında, TK. 20 hükmü delâletiyle, doğru olarak, «ticârî kusur» terimini kullandığı olmaktadır. YTD. 20.1.1969 t, 5621/224-E/K. Batider, Cilt: V, Sayı: 3. Shf. 599).

(45) Konuyla ilgili 3095 sayılı yasa öncesi ayrıntı için, bkz. İyimaya, Ahmet. Tazminat Alacaklarına Ödeme Yeri Banka İskonto Haddi Oranında Ticârî Temerrüt Fâiz Yürütülmesi. (Yargıtay Dergisi, 1984, 3. Shf. 307-317)

(46) 3095 Sayılı Yasa. Md. 1, 2/1 (%30 oranı) Ticârî ve âdî işler fâizleri ayrılığının yarattığı sonuçlar ve değişik düşünceler için, bkz. Prof. Tekinay, II/1250. Prof. Karayalçın. Enflasyon Karşısında Fâiz.

Bu nevi fâiz, tazminat alacaklarına uygulanabilecek midir?

a) İnsan zararları dışında kalan tazminat ve alacaklar bakımından Yüksek 11 HD.si, borcun kaynağı ne olur ise olsun, mevsuf ticârî temerrüt fâizi uygulanması istikrarlı görüşünde olmuştur (47).

b) Yüce Dâire, insan zararları ile bu zararlar dışında kalan, tek-tarafı tâcir olmayan kişilere ait zararlar bakımından mevsuf ticârî temerrüt fâizinin uygulanması sorununda ilk-başta tereddüt geçirmiştir (48). Ancak içtihat hukûkunda çok sür'atli sayılabilecek bir evre içinde, eski görüşünden dönmüş, her türlü ticârî tazminatlara ve bu arada doğal olarak insan zararlarına ilişkin alacaklara bu nevi fâizin uygulamasına geçmiştir (49). Yüksek Mahkemenin diğer dâirelerinin uygulaması da ayrı doğrultudadır (50). Esâsen biçimlenen ve istikrar kazanan uygulama, yasanın özünün ve sözünün kaçınılmaz sonucudur. Ulaşılan sonuç, insan zararlarının taşıdığı etik değerlerle de uyum içindedir. Bu nokta, sosyoloji ve hukuk bilimi (ve sorumluluk hukûkundaki çağdaş eğilimler) bakımından çok önemlidir.

3 — Tazminat fâizi yürütülmesi: Genel tazminatlara yürütülecek fâiz türünün ne olduğu husûsundaki ayrıntılı analizler, burada da geçerlidir (51). Yukardaki mulâhazalara ilâveten, Ticâret Kanûnundaki temerrüt fâizi düzenlenmesinin, BK.'daki düzenlemede olduğu gibi yoruma ve kıyasa gidecek kapalılığı ve kural boşluğunu taşımadığı söylenebilir. Gerçekten Ticâret Kanûnumuz, ticârî temerrüt fâizinde, «sözleşmeyi, sözleşme-dışı ilişkiyi, sebepsiz zenginleşmeyi» kapsayacak genişlikte ve tartışmasız tek ölçü koymuştur:

---

(47) Bu yazımızda yollama yapılan Y11HD.nin kimi içtihatları. (Daha fazla örnek için, bkz. Eriş, Gönen. age. Md. 8, 9, 10'daki içtihatlar).

(48) Y11HD. 8.11.1983 t, 4307/4882-E/K. Y11HD. 20.4.1984 t, 2085/2295-E/K. (Uyar, Tâlih, İcrâ Hukûkunda Olumsuz Tesbit ve Geri Alma Davaları, Manisa. 6. Bası. Shf. 233-239. no: 24. İyimaya, Ahmet, bu yazının 45 no'lu dipnotundaki inceleme yazısı. Ayrıca, ABD. 1987, 1. Shf. 57'de yayınlanan Yargıtay Başkanlar Kurulu Kararı (özellikle bu kararda sözü edilen Yüksek 11 HD.nin başkanlığa yolladığı yazı meâli). Ticâret Hukûku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu. Ankara. 1987. Shf. IV/343.

(49) Y11HD. 16.3.1988 t, 6786/1679-E/K. Kararda, «...mahkemece yapılacak iş, 3095 sayılı kanûnun 2.ci maddesine göre reeskont fâizinin uygulanacağı dönem için oranının ne olduğu Merkez Bankasından sorulmak ve bahsedilen kanûn maddesine göre karar vermekten ibârettir» denmektedir. (Karar, yayınlanmamıştır.) Kezâ, Y11HD. 25.5.1988 t, 8626/3360-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) Her iki karar da, insan zararlarının tazminiyle ilgili bulunmaktadır.

(50) Bu yazımızın 34 no'lu dipnotunda sözügeçen içtihatlar.

«Ticârî iş.» Bunu da tanımlamıştır. Artık tazminat fâizindeki fiksiyonların burada yeri yoktur. Bütün sorun, «tazminatın para borcu içerikli bir edim mâhiyetinde olup olmadığı» nı kabûl sorunudur. Tazminatın parasal edim içerdiği, temerrüde konu olabileceği tartışmasızdır.

YHGK. bir karârında ticârî tazminat niteliğinde olan alacağa mevsûf ticârî temerrüt fâizinin uygulanacağı çözümüne ulaşmıştır (52). Y4HD.si, ticârî tazminatlara dahî tazminat fâizinin yürütülmesi gerektiği görüşündedir (53). Böyle bir soyutlamanın bu yazıda belirtilen düşünceler içinde imkânsızlığı bir yana, sözgelimi çatma ve iki ticârî aracın çarpışması hâlinde doğacak hasar tazminatı ile bir ticârî satımdaki cezâî şart yâhut ıvaz borcu arasında, para borcu bakımından hangi fark bulunmaktadır ki, çözüm başka olsun? Öteyandan ticârî işletmenin aktif veya pasifinde tazminat alacağı ile diğer alacaklar, birbirinden farklı konumda değildir. Hâsılı genel tazminat hukûkuna yabancı olan «tazminat fâizi»'nin ticârî tazminatlara uygulanması, daha çok yabancılık ve çelişki arzetmektedir. Ticârî borçlar içinde yasanın öngörmediği farklı uygulamaya gitme olanağı yoktur.

---

(51) Bu yazımızın «II» no'lu bölümünün tamâmı.

(52) Olay, «taşıma akdinin ihlâlinden kaynaklanan (eşya zararı/hasar-rucu') tazminatıyla ilgilidir». Karar metni için, bkz. YHGK. 17.12.1986 t, 11-383/1099-E/K. (Ys. HD. 1987, Şubat, Shf. 250-251. ABD. 1987. 3. Shf. 405). Kararda, her türlü tazminata «tazminat fâizi gerektiği» uygulamasını sürdüren Yüksek 4HD.sinin bir muhâlefeti olmamış, sonuç oybirliği ile elde edilmiştir.

(53) Y4HD. 21.5.1981 t, 6769/7103-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır). Karar aynen şöyledir: «Türk Ticâret Kanûnu 9.cu maddesinin 2.ci fıkrasında (ticârî işlerde temerrüt fâizinin yıllık %10 olduğu) belirtilmiştir. Ödeme zamanı, yâni vadesi gelen bir borcun zamanında ödenmemesi sûretiyle yoksun kalınan bir paranın karşılığı olarak yürütülen fâize, temerrüt fâizi denir. Türk Ticaret Kanûnunun 9.cu maddesi hükmüne göre ticârî temerrüt fâizi yürütülebilmesi için herşeyden önce fâiz ödenecek işin (ticârî iş) sayılması; yâni bir ticârî işletme ile ilgili bulunması gerekir. Aynı yasanın 21.ci maddesi hükmü gereğince de, bir taraf için ticârî sayılan sözleşmeler (aksine hüküm olmadıkça) diğer taraf için dahî ticârî iş sayılacağından dava konusu işin taraflardan) sâdece birisi için ticârî sayılması, yâni onun ticârî işletmesini ilgilendirmesi hâlinde, karşı taraf tâcir olmasa dahi bu iş onun için de ticârî iş olacağından, bu nevi bir işten dolayı %10 ticârî temerrüt fâizi yürütülür. Şu açıklamalardan anlaşılacağı veçhile; anılan madde hükmü, münhasıran temerrüt fâizi ile ilgilidir. Oysa davamızın konusunu oluşturan iş, temerrüt fâizi ile değil, tazminat fâizi ile ilgilidir. Tazminat fâizi ise borçlunun temerrüdü ile ilgili olmayan ve tazminatı miktar itibarıyla

## IV — TAZMİNATA YÜRÜTÜLECEK FÂİZİN SINIRLANMASI :

Hakkın doğumuna göre, özellikle uzun zaman aşımlı davaların geç açılmasında, olay (temerrüt) tarihini izleyen günden itibâren yürütülecek mevsûf ticârî fâizin peşin değeri, tazminat toplamını kat kat aşan bir miktara ulaşmaktadır. Üstelik bu yüksek tutardaki toplam değerin olay tarihindeki değere dönüştürülmesi gibi bir metrik, temerrüt düşüncesine yabancıdır. Nevarki tutarı önceden belirsiz (bilinmeyen) edim türlerinden olan tazminat yaptırımının kendisini çok aşan değerde fer'î zararla (fâizle) desteklenmesinin ve bağlı sorunların yeri belirlenmelidir. Bir düşünce, ister yalın temerrüt fâizi olsun, isterse mevsûf ticârî temerrüt fâizi olsun, tazminat alacaklısının temerrüdü sözkonusu olmadıkça, gecikmeye yansıyan fâiz toplam değeri, ekonomik konjonktür içinde, «taban zararın karşılığı»'dır. Hele davada, borçlunun verdiği cevap lâyihasında sorumlu olmadığını ileri sürmesi, aynı kanıyı pekiştirir. Bu nedenle fâizin sınırlanmasına gerek yoktur.

Bize göre, örneğin bir hizmet akdine veya taşıma sözleşmesine dayalı insan zararlarında, yâhut bir başka ilişkiye dayalı eşya zararlarında, davanın geç açılması yoluyla yaratılan «yüklü fâiz değeri», hukuksal revizyona tâbi kılınmalıdır. Düşüncemizi aşağıdaki dizi içinde belirtmekteyiz (54).

---

tamamlamayı amaç tutan ve her geçen gün yeniden doğan bir ek-zarardır. Diğer bir ifâde ile tazminat fâizi, paranın (doğan zararın) geç ödenmesi nedeniyle meydana gelen ek-zararın bir çeşit karşılığıdır. O halde, TTK.nun 9.cu maddesi hükmünün bu tür olaylarda uygulanması mümkün değildir. Mahkemenin buna rağmen %10 fâize hükmetmiş olması, bozmayı gerektirir». (Olay, içtihat metninin taraflar bölümünden sezinlendiğine göre, otobüs yolcusunun kazada ölümüyle ilgili olmalıdır. Davada, davacı tarafından, TTK. 806 ile eski Karayolları Trafik Kanûnu, 50.ci maddesinde düzenlenen yarışan iki haktan KTK. Md. 50'deki hakkın seçilmiş olduğu anlaşılmaktadır.) İçtihatta belirtilenin aksine, TTK. 3 hükmüne göre, («ticârî işletme») ile ilgili olmasa dahî, TTK.'da düzenlenen işler, ticâridir. «Taşıma sözleşmesinden doğan tazmin borcu», bu nevi mutlak ticârî iş ve borç vasfında olup ticârî temerrüt fâizinin uygulanması Ticâret Kanûnun ve 3095 sayılı kanûnun muhtevâsı gereğidir.

(54) Bkz. Bu yazımızın 29 no'lu dip-notu. Fâizin normların aşılması yoluyla olabildiğince sınırlanması yönünde, bkz. Berker K. (TD. kadîm reîsi). Fâizin Kısa Bir Tarihçesi ve Fâize Dâir Hükümlerin Mukâyesesi. (ADD, 1936, Sayı: 23. Shf. 1673 vd.) Yazımızın bu bölümünde kullanılan «denkleştirme» terimi, yararların mahsûbu anlamında «teknik çerçevede» değil, zarar ve tazminattan düşülmesi gerekli sebepler anlamında «zarar hesâbı» çerçevesinde kullanılmıştır. (İyimaya, Ahmet. Tazminat Alacak-

A — Sorunun çözümü, «denkleştirme» kurumunda yatmaktadır :

1 — Fâiz, özellikle gecikme fâizi, «zarar koşuluna bağlı olmayan, yasanın fiktif olarak varsaydığı taban tazminat»'tır (55). Fâizi düzenleyen kurallarda özel hüküm bulunmaması hâlinde, karşılaştığımız sorunda, tazminata ilişkin genel hükümlere başvurmak gerekir. (BK. 98/II, TTK. 1)

2 — Aynı sonuca, fâizin genel olarak ana paraya bağımlılığı temel ilkesinden de varılabilir. Ana para için gerekli zararın belirlenmesine ilişkin kurallar, değişik doğrultuda özel hüküm veya neden bulunmadıkça, fer'î borç için de geçerli olacaktır (56).

**B — Fâiz zararının sınırlanmasının yasal ölçütü :**

Bize göre yararlanılacak yasal neden, «müterâfik kusur ile özel haller» dir. (BK. 44/1, 43/1)

**1 — Müterâfik kusur ölçütünde yaklaşım :**

a) **Hakkı izlemede gecikme:** Tazminat alacaklısının hakkın doğumuna nazaran haklı nedene dayanmadan, hakkını çok geç süre sonra izlemesi, fâiz zararını artırmaya neden olan «fiil-müterâfik kusur»'dur. 1-2 yıllık gecikme, hoşgörü sınırları içindedir. Sulh görüşmelerinin uzaması, tazminat sorumlusunun geç öğrenilmesi ve benzeri durumlar, haklı gecikme oluşturup müterâfik kusura neden olmaz. Örneğin 4-10 yıllık gecikmeler, haklı nedene dayanmadıkça, müterâfik kusur sayılır. Yargıç, müterâfik kusur sayılabilecek durumları, olayın özelliğine göre belirleyecektir. (BK. 44, MK. 4)

b) **Ön/kısmî davanın açılması:** Ön-davanın açılması, izlemede gecikmeyi (müterâfik kusuru) sona erdirir. Tazminat alacaklısı, ön-davayı açmakla borçlunun sorumluluk alanına ciddî olarak yönelmiş olmaktadır. Bundan sonrası, borçlunun davranışlarıyla ilgili olup zamanın gecikmesi, alacaklı için ağırlaştırma nedeni sayılmaz (57).

---

larına Ödeme Yeri Banka İskonto Haddi Oranında Ticârî Temerrüt Fâizi Yürütülmesi. YD. 1984. 3. Shf. 316. Dr. Akunal, Teoman. Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu. İstanbul. 1977. Shf. 5 vd.)

(55) Dr. Öçal, Akar. age. Shf. 25-26. Bu yazının 5 no'lu dipnotundaki içtihatlar.

(56) BK. 113, 122/II, 131. Dr. Ekecik, age. Shf. 33 vd.

(57) Prof. Domaniç, age. Shf. 32. İyimaya, Ahmet. Bu yazının 54 no'lu dipnotundaki inceleme yazısı. Shf. 316. Prof. Feyzioğlu, age. Shf. I/537. Shf. II/352-353.

Burada üzerinde durulması gereken husus, ön-davadan sonra açılan kısmî davanın (2.ci davanın) çözüme etkisi sorunudur. Peşinen belirtelim ki, ek-davanın açılmasında gecikme, müterâfik kusur sayılmaz. Çünkü ön-davada meşkûk ve meçhûl olan tazminat borcunun ölçümü yapılmaktadır. Ek-davanın, harç, red-vekâlet ücreti ve davanın reddi gibi makûl muhataralar içinde, ön-davadaki çözümün belirlenmesi kertelerinde açılması, «basîretli davacının haklı davranışı ve dava hakkı kapsamında olan strateji» gereğidir. Ancak hata yapılmaması gereken, ek-davada istenen değer bakımından dahî, ön-dava tarihine kadarki selbî davranışın (izlemede gecikmenin) müterâfik kusur olduğudur. Ön-dava tarihine kadar olan gecikme, bütün alacak bakımından müterâfik kusura vücut verir.

c) **İndirimin miktarı :** Yasa, kusur indiriminin yüzde oranlı olacağı şeklinde bir kural koymamaktadır. Bilakis, yasanın lafız ve rûhu, olaya ve adâlete uygun her türlü (maktu veya başka çeşit) indirim tarzını uygun görmektedir. Bizim bu noktada, uygulamaya aktarılmasını önerdiğimiz ölçü, «hakkı izleme tarihine kadar yalın ticârî temerrüt fâizinin yürütülmesi»'dir. Bu ölçü, genelliği, denetim kolaylığı, adâlet ilkeleri bakımından da uygunluk göstermektedir. Öteyandan «müterâfik kusurun sona erdiği ön-davanın açılması» tarihinden sonrası için, «mevsûf ticârî temerrüt fâizi» yürütülecektir (58).

2 — **«Özel haller» ölçütünde yaklaşım :** Ciddî bir incelemeden geçmeden belirlenemeyen, miktarı baştan belli olmayan (meçhûl ve şüpheli) alacakların örneklerinden biri de genellikle tazminattır. Gerçi olayın meydana gelmesi ile zarar ve tazminat doğmaktadır. Ancak, zararın doğması kadar, tazminatın hesâbında temel olan girdilerin belirlenmesi (kusur, gelir, sakatlık derecesi, müsbet ve menfî zararların doneleri vb.) de önem taşımaktadır. Ne borçlu ve ne de alacaklı ve hattâ kesinleşinceye kadar yargı, zararın ve tazminatın kapsamını kestiremez. Daha acısı, tazminat metriğinin kurumsallaşmadığı ülkemizde, benzer olaylardaki farklı tazminat ölçümleri karşısında durum, tehlikeli hâl alır. Mevcut bu özellik, tazminat borcunun her iki tarafını haklı gösterecek «özel hâl»'dir. Olabilirki

(58) Y11HD. 16.3.1988 t, 6786/1679-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır.) Kararda, davanın çok geç açılması, müterâfik kusur sayılmış, olay tarihinden dava tarihine kadar, yalın ticârî temerrüt fâizi uygulanmıştır. Yüce Dâire, bu yöntemi benimsemiştir. Ne varki çözümde, ek-davanın ön-davadaki çözümü beklemesine tâlik edilmiş olmasının müterâfik kusur sayılamıyacağı gerçeği gözetilmemiştir.

borçlu, gecikmeyi bu meçhûllüğe bağlı olarak yargılama işlemine tâlik etmiştir. Belirtilen makûl neden; yüklü tazminat fâizi yaptırımını denkleştirmeye zorlar. Yerleşik terimle fâizde «hakkâniyet indirimi» de diyebileceğimiz bu ölçütün uyarlanması, bilinen indirim biçimleri içinde olacaktır (59). Bize göre alacağın bu niteliği, olay ânında doğan temerrüt kurumundan bağımsız olarak, alacaklının borçluya miktarı da içeren ihtar keşîde etmesi ile dahî sona ermez. «Özel hâl indirimi», tazminatın aşağı yukarı belli olduğu (tazminat girdilerinin belirlendiği) yargılama evresine kadar etkisini sürdürür (60). Öteyandan alacaklı, tazminatın ödenmemiş olması objesinde, ödense idi mevsûf ticârî fâiz oranında gelir elde edememesi ihtimâli ve çeşitli rizikolar (örneğin geliri işletirken sıfıra inme) da BK. 43 hükmü anlamında özel hâl'dir. Alacaklı, hiç emek vermeden ve riziko korkusunu yaşamadan rahatlık içinde mevsûf ticârî fâize ulaşmaktadır (60-a) (BK. 43/I). Riziko yokmuşcasına tüm mevsûf temerrüt fâizinin borçluya yükletilmesi düşünülemez. Sorun, netleştirilmesi yönünden üzerinde bağımsız araştırma yapılmasına değer kapsamdadır (61).

---

(59) Prof. Tekinay, age. Shf. I/809 vd. Dr. Becker, age. Md. 43'le ilgili bölüm.

(60) Meşkûk ve meçhûl alacak kavramına değinmesi bakımından, bkz. Aydıner, ag. inc. Shf. 274. Benzer durumlar yönünden, Alman Hukûkunda mevcut dava fâizi çeşidi için, bkz. Yüksel, Ali Sait. ag. inc. Shf. 166. (dip-not: 34'le mukâyese ederek,).

(60-a) Rizikolar için, bkz. Prof. Karayalçın, Risk-Sigorta-Risk Yöntemi. Türk Sigorta Hukûkunda Rizikonun Ağırlaştırılması Sorunu, İst. 1985. Dr. Omağ, K. Merih. Ank. 1984.

(61) Y15HD. 3.2.1981 t, 255/207-E/K. (YKD. 1981, 10. Shf. 1324 vd.) Kararda, «...Geçmiş günler fâizini düzenleyen BK. nun 103.cü maddesinde açıkça bir miktar paranın tediyesinde temerrüt eden borçludan sözedilmiştir. Demek oluyorki temerrüdün oluşması, alacağın muaccel olmasından başka, ayrıca belirli olmasına bağlıdır. Henüz miktar kesin bir durum almamış ya da ancak inceleme ile belirginliği anlaşılabilecek alacaklarda tek başına muacceliyet, temerrüt fâizi istenmesine yeterli sayılamaz...», denmektedir. Akde aykırılık ve sözleşme-dışı sorumlulukta eylem (olay), zararı ve bununla birlikte temerrüdü aynı anda oluşturmaktadır. Zararın kapsamı, fâiz borcu yönünden BK. 43 hükmündeki özel hâl olabilir. Ne yasa ve ne de doktrin temerrüt için alacağın/zararın belirli olması koşulunu öngörmemektedir. Zararın/alacağın kapsamı, kâbil-i tâyin olup hukuk sistemimizde «tâyin olunmuş edim» hükmündedir. (Prof. Kaneti, Hukûkî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul. 1972. Shf. 100. Prof. Tekinay ve Arkd. age. Shf. II/1220 vd. «temerrüdün koşulları yönünden». Yargıtay Tev. İçt. 18.11.1964 t, 2/4-E/K. Prof. Tandoğan, age. Shf. 478).

**C — Yüksek Yargıtayın soruna özgü görüşü :**

Yüksek Yargıtay, hakkı izlemede haklı nedene dayalı olmayan uzun gecikmeyi fâiz borcu yönünden müterâfik kusur saymaktadır. «Borcun bankaya yatırılmış olup olmadığını denetlememek» (62), «kıdem tazminatı davasını çok geç açarak fâizin artmasına neden olmak» (63) «müterâfik kusur» sayılmıştır. Benzeri konuda bir Yargıtay içtihâdı Birleştirme kararı ile de karşı karşıyayız. İçtihâdı birleştirme kararı, 5953 sayılı yasanın 14/2 hükmünde öngörülen «günlük yüzde beş fazlasıyla (fâiz) ödeme fer'î borcunda, izlemede gecikmeyi müterâfik kusur saymış ve çözümü BK. 44/1 hükmünün kıyâsen uygulanmasında bulmuştur» (64). Yasada, ödemenin mecbûriliği (âmir hüküm/indirim yasağı) niteliği bulunmasına rağmen, varılan çözüm ilginçtir.

Ticâret Kanûnun 24. cü maddesi cezâî şartta indirimi yasaklamış ve fakat BK. 20 yoluyla ekonomik mahvâ zorlayan cezâî şart, ahlâka ve hukûka aykırı görülerek, yaptırıma uğramıştır (65).

Bütün bunlar, mevsûf ticârî/temerrüt fâizi yönünden yüklü toplam değerlerin sınırlanması gerektiğini açığa çıkarmaktadır. Netekim Yüksek 11 HD.si, bir içtihâdında, mahalli mahkemenin fâiz

(62) Y3HD. 22.9.1970 t, 4269/3596-E/K. (İBD. 1970, 9. Shf. 772) Kararda aynen şöyle denmektedir: «...Davacı M.A.'nın M.K.'ye bankaya ödenmesi için verdiği 550 liralık makbuzu istediği ve davalı M.K.'nin de kaybettiğini söylemesi üzerine paranın bankaya ödenip ödenmediği husûsunu yıllarca araştırmayarak borcun tezâyüdüne (artmasına) kendisinin de sebebiyet verdiği ve bu sûretle olayda BK.nun 44.cü maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı (nın) kararda münâkaşa edilmemesi de doğru değildir».

(63) Y9HD. 2.10.1984 t, 6893/8509-E/K. (Karar, yayınlanmamıştır). Y9HD. 3.6.1981 t, 9263/13437-E/K. (Çenberci, Mustafa. İş-Kanûnu Şerhi, Beşinci Bas. Ank. 1984. Shf. 332. dip-not: 86-a) Olayda, davanın 5 sene 4 ay geç açılması, müterâfik kusur sayılmış ve fer'î zararda BK. 44/1 hükmü yoluyla indirim yapılması sonucuna varılmıştır.

(64) Y. Tev. İçt. 24.12.1973 t, 4/6-E/K. (Yargıtay İçtihâdı Birleştirme Kararları, Hukuk Bölümü. Ankara. 1981. Cilt: V. Shf. 625-627) Tev. İçtihâdın sonuç bölümü şöyledir: «Basın mesleğinde çalışanlar ile çalıştıranlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen 5953 Sayılı Yasanın 212 sayılı yasa ile değiştirilen 14/2.ci maddesinin kamu hükmü olmasına rağmen, bu maddede yazılı yüzde beş fazla ödeme parası sorumluluğunun belirlenmesinde ve şartların gerçekleşmesi durumunda kıyas yolu ile Borçlar Yasasının 44.cü maddesinin uygulanması gerektiğine, ilk görüşmede ve 24.12.1973 tarihinde Büyük Genel Kurula katılan üyelerin ikiyi aşan çoğunluğu ile karar verildi».

(65) YHGK. 20.3.1974 t, TD-1053/222-E/K. (YKD. 1977, 1. Shf. 11 vd.)

yönünden izlemede gecikmeyi müterâfik kusur sayan kararını benimsemiştir (66).

Belirtelimki fâizin sınırlanması, şu anda %30 olan âdî/ticârî temerrüt fâizi dışında kalan bütün mevsûf fâizler için sözkonusu olacaktır. Çünkü mevsûf fâizler, âdetâ yasal/munzam zarar değerindedir (67). Yalın-yasal temerrüt fâizi için böyle bir denkleştirmeye gidilemez.

**VI — SONUÇ :**

1 — Kimi doktrinde benimsenen ve bâzı içtihatlara yansıyan tazminat fâizi, olay ânında muaccel olan tazminatın süresinde ödenmemesinden kaynaklanan ek-zararı karşılayan, BK. 41 ve devâmı maddelerinde düzenlenen zarar kavramının içinde varolan ve özel koşulları (Par. Ex. ihtar vs.) bulunmadığı için temerrüt kurumu ve gecikme fâizi ile bağlantısı bulunmayan bir borç türü (kavram) olarak düşünülmektedir.

2 — Baskın görüş ve düşüncemiz, Türk-İsviçre Hukûkunda ayrı bir «tip» oluşturacak, «tazminat fâizi» kavram ve kurumunun bulunmadığı yönündedir. Tazminat fâizi, gördüğü işlev ve hukûkî nitelik bakımından gecikme fâizinden başka birşey değildir. Gerçekten :

a) Haksız eylemlerde temerrüt, olay ânında oluşur. Temerrüt için ihtarın gerekli olmadığı hallerden birisi de sözleşme-dışı borca veya akde aykırılığa yolaçan «eylemin varlığı»'dır.

b) Fâiz, para borcu ile ilgilidir. Para borcunun kaynağının sözleşme, haksız eylem veya sebepsiz zenginleşme olması yâhut alacağın türü (tazminat, tazminat dışındaki parasal edimler), gecikme fâizinin doğuş ve işleyişini etkilemez. Temerrüt oluşunca, her türlü alacağa gecikme fâizi yürütülür. BK. 103 kuralının doğrudan veya kıyas yoluyla haksız eylemlere uygulanmasını önleyen özel bir durum yoktur.

---

(66) Bu yazımızın 58 no'lu dipnotunda değinilen Y11HD kararı.

(67) Buna göre reeskont oranlı ticârî temerrüt fâizi (3095 Sayılı Yasa, Md. 2/2), kıdem tazminatı için düzenlenen mevduata uygulanan en yüksek banka fâizi (İK. Md. 14), toplu iş-sözleşmesi alacaklarına uygulanacak en yüksek banka işletme kredisi fâizi (GLTİSK. m. 61/1), yasal temerrüt fâizi üstünde oran içeren akdi temerrüt fâizi ve mevzuatımızda düzenlenen, yasal fâiz üzerinde bir oranı içeren diğer fâizler, bu kategoriyi oluşturmaktadır.

c) Tazminat fâizi çözümü, gecikme fâizine nazaran eşitsizlik ve hukuk bütününde savunulamayacak aykırılıklar taşımaktadır :

aa) Tazminat fâizi, bir gecikme fâizi olmadığına göre, BK. 104/1 hükmüne göre, işlemiş tazminat fâizine temerrüt fâizi uygulanabilecek midir?

bb — BK. 41 ve devamı maddelerde fâizin verilmesi hükme bağlanmadığına (ve bu bağlamda BK. 72 anlamında yasal fâiz sayılamayacağına) göre, tazminat fâizinin oran ve miktarı ne olacaktır? Thilo'nun işâret ettiği gibi burada «gerçek zararın karşılanması» yasa hükmü yoluyla aşkın zararı da kapsayan gerçek karşılık mı yoksa kıyâsen BK. 72' (3095 sayılı yasa 1)'deki oran mı seçilecektir? Eğer kıyâsa gidilecek ise neden -yalnızca oranda gidiliyor da- benzeri kurum olan temerrüt fâizine (BK. 103) başvurulmuyor?

cc — Tazminatın akdî borç olması hâlinde, BK. 103 hükmüne göre, gecikme fâizinin uygulanması zorunluğu karşısında, akdî tazminata gecikme fâizi, diğer tazminatlara «tazminat fâizi» çözümü, aynı olan tazminat bütününe değişik iki uygulama savunulamaz çelişki oluşturmaktadır.

dd — Tazminat, ânî edimdir. Fâiz ise, devrî nitelik taşır. İki değişik edim türünün bir hukuk normunda (BK. 41'de) yeraldığının kabûlü için, yasada o konuda açık hükmün varlığı zorunludur. Bu, hukuk biliminin verisidir. Eğer böyle bir hüküm yok ise, «düzenleme boşluğunun» varlığı kabûl edilir. O zaman da normun yorumu yoluyla değil, kıyas ve benzeri kural koyma ile çözüme ulaşılacaktır.

Bu ve benzeri sorular, incelememizde ayrıntılı analize tabî tutulmuş ve tazminat fâizinin bir gecikme fâizi olduğu, aslında tazminat fâizi görüşünde olanların da «gecikme fâizini bir başka adla anlatmaktan başka birşey yapmadıkları» sonucuna ulaşılmıştır.

3 — Tazminat fâizi çözüm ve düşüncesinin ticârî borçlar bakımından uygulanması özellikle mümkün değildir. Ticârî temerrüt fâizi, yalın ve mevsûf anlamda ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Üstelik bu düzenleme, tüm-sorumluluk sebeplerini (TTK. 3) ve tüm-borç türlerini kapsar ayrıntıdadır. (TTK. 21/1) Alacağın niteliği (tazminat, diğer alacaklar), tazminatın türü (insan zararı, eşya zararı-müsbet/menfî zarar), ticârî borcun yapısını değiştirmemektedir. Aslolan ortada bir ticârî işin bulunmasıdır. (TTK. 3, 1461, 3095 SK. Md. 2/3) Yüksek 11 HD.sinin bu konudaki uygulaması istikrar kazanmıştır. Yüksek 4. Hukuk Dâiresinin aksi yöndeki içtihâdının,

yalnızca hukuk normları açısından değil, ticârî zararın işletme muhâsebesindeki konumu yönünden de uygunluk taşımadığı düşünülmektedir.

4 — Yasal âdî/ticârî (yalın-gayrı mevsûf) temerrüt fâizleri (%30) dışında kalan yüksek oranlı (mevsûf) temerrüt fâizleri bakımından, davanın geç açılması (hakkı izlemede gecikme), zararın artmasına neden olur. Hakkı izlemede gecikmenin müterâfik kusur sayılması mümkün olan hallerde, mevsûf temerrüt fâizi değerinin sınırlanması gerekir. (BK. 44/1) Bâzen bu sonuca hakkâniyet kuralı da yolaçabilir. Tazminatların genellikle meşkûk ve meçhûl alacaklardan oluşu, tazminat alacaklısına ödeme yapılsa idi işletilememekten doğan rizikonun nazara alınmadan büyük fâiz değerinin borçluya, riziko hiç yokmuş gibi yükletilmesi...düşüncesi, hakkâniyet çözümünü gündeme getirir. Mevsûf temerrüt fâizlerini, bir anlamda aşkın zararı da içeren (BK. 105) yasal tavanlar (veya bir başka düşünceye göre tabanlar) oluşturması dahî aynı sonucu destekler. Reeskont oranlı ticârî fâiz, kıdem tazminatı ve toplu iş-sözleşmesi alacakları için öngörülen banka fâizleri ve benzeri mevsûf fâizler, sınırlamanın konusunu oluştururlar. Yüksek Mahkemenin uygulaması da aynı doğrultudadır. Sınırlamanın yöntemi, bu yazımızda kısaca tartışılmıştır.

5 — Fâiz borçları bakımından duraksamaları ve normatif çelişkileri gideren, ekonomik gerçekliğe dayanan bir hukuk kodunun oluşturulması gerekir. Ancak böyle bir kod, teknik ve ilmî bir araştırmayı, uzun hazırlığı gerektirmektedir.