

TİCARİ KREDİLERDE TEMERRÜT FAİZİ ORANININ SÖZLEŞME ELİYLE BANKALARIN İNİSİYATİFİNE BIRAKILMASI SORUNU

THE PROBLEM OF LEAVING THE DETERMINATION OF THE
DEFAULT INTEREST RATE TO THE BANKS VIA CONTRACTS IN
COMMERCIAL LOANS

Barış BAHÇECİ*

Özet: Genel kredi sözleşmelerinde, temerrüt faizi oranının belirlenmesini tek yanlı olarak bankaya bırakan hükümlere rastlanmaktadır. Bu durum 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. ve 25. maddelerine aykırıdır ve bu yöndeki düzenlemeler kesin hükümsüzdür. Yargıtay ve öğretinin bir bölümü ise aksi kanıdadır. Çalışmada bu düzenlemelerin hükümsüzlüğü hakkında lehe ve aleyhe görüşlerin dayandıkları kavramlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılmaktadır. Tek taraflı yükümlülük tesis etme yetkisi sadece kamu gücünü kullanan tarafa aittir. Kamu alacaklarında temerrüde düşülmesi halinde dahi borçlunun ödeyeceği faiz 6183 sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Bu oranın değişmesi halinde uygulanacak yeni oran ulaşılabılır ve öngörülebilir olarak ilan edilmektedir. Mevzu uygulamada ise borçlunun sorumlu olacağı faiz oranı tamamen bankanın inisiyatifine bırakmakta, kamu düzeni ihlal edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Genel Kredi Sözleşmesi, Kamu Düzeni, Ahlaka Aykırılık, Hükümsüzlük, Temerrüt Faizi

Abstract: In Bank Loan Contracts, there are provisions that unilaterally leaves the determination of default interest rates to banks. In case of public claims, when in default, the interest rate to be paid by the debtor has been determined by the Code no. 6183. In case that this rate changes, it is declared that the new rate shall be 'reachable' and 'foreseeable'. Notwithstanding, in the current practice the interest rate the debtor will be responsible for is completely left to the banks and this violates the economic freedom of the debtor. This is a violation of the 26th and 27th articles of the Turkish Code of Obligations no. 6098 and thus such regulations are null. Yet, Turkish Court of Appeals and some legal scholars hold the opposing view. This study makes an assessment within the framework of the concepts that base on the views for and against the nullity of such provisions.

Keywords: General Loan Contract, Public Order, Immorality, Nullity, Default Interest

* Yrd. Doç. Dr. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı, bahceci@kocaeli.edu.tr

Giriş

Bu çalışmanın amacı, banka ticari kredileri kapsamında uygulanacak temerrüt faizini alacaklı bankanın tek tarafı olarak belirlediği bir faiz oranına endeksleyen genel kredi sözleşmesi hükümlerinin hukuksal sıhhatini sorgulamaktır. Pek çok bankanın kullanımı ile anonimleştiği görülen bu düzenlemeler,¹ uygulanacak temerrüt faizine ilişkin ne net bir oran ne de bu oranın hesaplanmasını öngörülebilir kılan başkaca objektif bir ölçüt içermektedir. Bu düzenlemeler kabaca, kredi borçlusunun temerrüdü halinde yükümlü olacağı temerrüt faizi

¹ Örneğin: "Müşteri,(...) bankanın mevzuat gereğince TCMB'ye bildirdiği kredi faiz oranlarından temerrüt halinde yürürlükte olan en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50 (yüzde elli) ilavesi ile bulunacak oranda temerrüt faizi (...) ödeyeceğini kabul beyan ve taahhüt eder" Yapı ve Kredi Bankası'na ait bu genel kredi sözleşmesi metnine haricen ulaşılmıştır. "Müşteri, temerrüdün doğduğu tarihten itibaren fiili ödemeyi gerçekleştirdiği güne kadar geçecek günler için Banka'ca tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranının yıllık %50 (yüzde elli) fazlası olarak hesaplanacak oranda temerrüt faizini (...) ödeyecektir. http://www.garanti.com.tr/tr/yardim_ve_oneriler/sozlesmeler.page, 01.02.2016. "Müşteri, temerrüdün doğduğu tarihten itibaren borcun tamamen tasfiye edildiği tarihe kadar, Banka'nın Müşteri'ye kullandırdığı nakdi kredi türlerine kredinin kullandırıldığı tarih ile temerrüt tarihi arasındaki süre içinde Banka'ca uygulanan (...) en yüksek kredi faiz oranının 2 katı tutarında, temerrüt tarihi itibarıyla temerrüt faizi hesaplamasını (...) kabul eder. <http://www.akbank.com/Documents/Sozlesmeler/GenelKredi-Sozlesmesi.pdf>, 01.02.2016. Müşteri, işbu Sözleşmeden doğan borçlarını gününde ödemediği takdirde; bunları Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için hesabın kat edildiği/kapatıldığı gün itibarıyla Bankaca ilan edilmiş/öngörülmuş bulunan kısa, orta veya uzun vadeli en yüksek kredi faiz oranlarından en yüksek olanının iki katı olan oran üzerinden temerrüt faizi ödemeyi (...) kabul etmiştir. http://www.hsbc.com.tr/tr/kurumsal_isletme/isletme_bankaciligi/_pdf/GENEL_Sozlesme_Formu.pdf, 01.02.2016. Müşterinin temerrüdü halinde Banka, vadesinde ödenmeyen ana para (nakde dönüşen gayri nakdi krediler dâhil) ile hesaba tahakkuk ettirilmiş olan fakat zamanında ödenmeyen faiz, komisyon, ücret, masraf, fon kesintisi, vergi ve diğer eklentileri ister tahakkuk ettirildikleri hesapta, isterse ayrı bir hesapta takip edilsin, bunlardan oluşan meblağa, Bankaca kredilere uygulanan en yüksek faiz oranına bu oranın % 50'sinin (yüzde elli) ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden faiz uygulama yetkisine sahiptir. <https://www.vakifbank.com.tr/documents/duyurular/kredi-genel-sozlesme.pdf> 01.02.2016. "Kredi Alan, işbu Sözleşme ve diğer Finansman Belgelerinden doğan borçları gününde ödemediği takdirde, temerrüdün doğduğu tarihten bunları Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce veya Banka tarafından ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50'sinin ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden temerrüt faizi ve onun gider vergisini ödemeyi kabul ve taahhüt eder". http://www.denizbank.com/sozlesme-ve-formlar/_pdf/gksk2ornektir.pdf 01.02.2016.

oranını, muhtemel temerrüt tarihi itibari ile bankanın belirlediği en yüksek faiz oranına bağlayarak -dolaylı yoldan ve münhasıran- alacaklı bankanın inisiyatifine bırakmaktadır.

Bu durum geçmişte hukuk yazınında ve içtihatlarda daha çok rastlanılan -genel kredi sözleşmeleri ile bankaya tek taraflı faiz artırma hakkı tanınmasının hukuksal sıhhati- tartışmasından oldukça farklıdır. Gerçekten ekonomik kriz, yüksek enflasyon ve faiz kaynaklı sorunların yaşandığı 1990'lı yıllarda, bankaların kredi sözleşmeleriyle kendilerine, uygulanacak faiz oranını tek yanlı artırma hakkı veren hükümler tanıdığı görülmüş, ² ilerleyen yıllarda ise faiz oranlarının düşüşe geçmesine ve tüketici hukukundaki gelişmelere (tüketici kredileri³ ve kredi kartları⁴ için mevzuatta belirlenen faiz sınırlandırılmasına) paralel olarak tartışmanın harareti azalmıştır. Günümüzde

² Zira faiz paranın, kullanımı karşılığı elde edilen bir kira bedeli niteliği taşıdığından, uygulanan faiz oranı da, enflasyonun yüksek seyrettiği dönemde, para sahibi bankanın parasına yeniden kavuşma riskinden etkilenmiştir. (Rona Serozan, "Fahiş Faiz", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 12 Levha Yay., İstanbul 2010, s. 195) Bu nedenle, enflasyon oranındaki istikrarsızlığa bağlı olarak tek yanlı olarak bankalara sözleşmede belirlenen faiz oranını değiştirme hakkı tanınmıştır.

³ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, tüketici kredileri başlıklı 10. maddesi ile "Taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez" hükmünün yanı sıra "sözleşmede gecikme faiz oranının" yer alacağı düzenlenmiştir (RG 08.03.1995 tarih ve 22221 sayı). Daha sonra 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile gecikme faiz oranı için ayrıca bir sınır getirilerek, bu koşul ("a)kdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı" şeklinde değiştirilmiştir. Kanunu yürürlükten kaldıran 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG 28.11.2013 tarih ve 28835 sayı) ise 25. maddesi ile akdi faiz- temerrüt faizi ayrımı yapmaksızın "Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen bu oran tüketici aleyhine değiştirilemez" düzenlemesini getirmiştir.

⁴ 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu ise (RG 01.03.2006 tarih ve 26095 sayı) 26. maddesi ile "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar" hükmü ile temerrüt faizine bir üst sınır getirmiş, buna bağlı olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi kredi kartları için uygulanma(yacağı) düzenlemiştir. Ancak Kanununun 43. maddesi ile "Bu Kanununun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası, 9 uncu, 12 nci, 24 üncü, 25 inci, üçüncü fıkrası hariç 26 ncı ve 44 üncü maddesi hükümleri tacirlere verilen kurumsal kredi kartları hakkında uygulanmaz" hükmü gereği 26. maddenin 3. Fıkrasında yer alan "Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar" hükmü tacirlere verilen kurumsal kredi kartlarında da uygulanabilir niteliktedir.

rastlanılan ve bu çalışmada ele alınan sorun ise daha dar (ticari kredilerle sınırlı) bir alanda ancak daha nitelikli bir biçimde faiz oranının belirlenmesinin kredi veren bankaya bırakılmasıdır.

Burada ele alacağımız kredi sözleşmesi tipi ticari olduğundan ihtilafın tarafları da finans sermayesi (banka) ile irili-ufaklı diğer (ticari-sanayi) sermaye gruplarıdır. Keza geçmişteki tartışmalardan farklı olmak üzere, sorunun odak noktası sözleşme süresince uygulanacak akdi faizin değil, temerrüt faizinin belirlenmesinin bankaya bırakılmasıdır.

Genel kredi sözleşmesi, birden çok (nakdi-gayri nakdi) kredi tipini kapsayacak, birden çok kredi sözleşmesi için bir çerçeve sözleşme niteliği taşıyacak şekilde ve belirsiz bir süre için yapılmaktadır. Belirsiz süreli niteliği nedeniyle, verilmesi muhtemel krediler için belirli bir faiz oranını içermemesi de doğaldır. Bununla beraber faiz oranına ilişkin genel-geçer kurallar ve/veya faiz hesaplama ölçütleri içerebilirler. Örneğin temerrüt faizinin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB) tarafından uygulanan avans faiz oranına ya da sözleşmenin (akdi) faiz oranına belirli bir puan eklenerek belirleneceğini düzenleyen sözleşmelerin kural olarak hukuka aykırı bir yanları yoktur.

Gerçekten faiz oranını TCMB tarafından açıklanacak verilere endeksleneyeceği (avans faiz oranı + x puan) birinci ihtimal, uygulanacak temerrüt faizi sözleşmenin yapıldığı sırada net olarak bilinemesi de en azından sözleşmeye taraf olmayan TCMB verilerinin esas alınacak olması nedeniyle objektif bir sonuç doğurur. Sözleşmenin her iki tarafı için de aynı belirlilikte olan böyle bir düzenlemenin taraflardan birini diğerine üstün kıldığından da bahsedilemez. İkinci ihtimal olan temerrüt faizinin, sözleşme faizinin (akdi faiz) üzerine eklenecek belli bir orana göre hesaplanması da (akdi faiz oranı + x puan), tamamen öngörülebilir bir sonuç yaratmakta, böyle bir hesaplama yönteminin, eklenecek oranın fahiş olması ihtimali dışında, hukuka aykırı bir nitelik taşıması mümkün bulunmamaktadır.

Aynı şekilde belirsiz süreli olarak girilen kredi kartı ya da (günderlik hayatta ek hesap olarak bilinen) kredili mevduat hesabı ilişkisi de dönemsel nitelikli olduğundan, her bir dönem sonunda bankanın izleyen dönem için (geleceğe etkili olarak) tek taraflı faiz artırımında

bulunmasında, bir hukuka aykırılık yoktur.⁵ Zira her iki kredi tipi de kural olarak aylık dönemlere bölünmüş ve her bir ay sonunda hesap kesimi öngörülmüştür. Dolayısıyla kredi kullanan taraf açısından izleyen ayda bir kredi kartı ya da kredili mevduat hesabı ilişkisine girilmemesi/borçlanılmaması imkânı vardır. Kredi veren bankanın da sürekli olarak aynı oranda kredi vermeye devam etmesini gerektiren bir hukuksal dayanak yoktur. Keza verilen örneklerde bankadan peşinen alınan bir borç bulunmamakta, bir aylık dönemin başından sonuna kadar borçlanılan tutar dönem sonu hesaplanarak muaccel hale gelmektedir.

Oysa belirli bir süre için yapılan kredi sözleşmeleri için aynı durum geçerli değildir. Bu tip durumlarda müşteri peşinen büyük miktarlara ulaşabilen bir kredi kullanmakta, kredi vadesi yılları bulabilmektedir. Bu nedenle bankanın geleceğe etkili olarak faiz oranını arttırma kararı karşısında (kredili mevduat hesabını kullanmama imkânı olan kredi borçlusundan farklı olmak üzere) ticari kredi borçlusunun borcunu kapatma imkânı fiilen genellikle yoktur. Genel olarak bankanın tek taraflı faiz artırma ve (çalışmamız yönünden) özel olarak temerrüt faizini kendi uyguladığı belirsiz bir faiz oranına endekslemeye ilişkin düzenlemeler de tam bu noktada hukuk dışına çıkmaktadır. Zira borçlu taraf temerrüde düşmesi halinde, bilmediği öngörmesi mümkün olmayan ve üzerinde gerçekten mutabık kalmadığı, bilakis belirlenmesini alacaklı bankaya bıraktığı bir temerrüt faizi yükü altına girmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) temerrüt faizi ile ilgili md 120 ile getirdiği sınırlamaların ticari işlerde de geçerli olduğunun kabulü halinde çalışmamıza konu sorun da bir ölçüde çözülmüş olacak, en azından bankaların uygulayabileceği temerrüt faizinin üst sınırı öngörülebilecektir. Öğretide bu konu tartışılmakla beraber,⁶

⁵ Belirsiz süreli sözleşmelerde ekonomik ortamdaki değişim nedeniyle zaman zaman faiz uyarlaması yapılması bankaların haklı bir ihtiyacına cevap vermektedir. Yeşim Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001, s. 243

⁶ Bu konu çalışmamızın sınırlarını aştığı için konuya ilişkin tartışmaları özetleyen Kürşat Yağcı, Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M.88 ve TBK M.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M.8 VE TTK M.9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFİM, C. LXXI, S.2, Y. 2013, s.432-433'e atıf vermekle yetiniyor, temerrüt faizini sınırlayan TBK 120. maddesinin bir genel hüküm olduğunu, ticari

md 120 hükmünün ticari kredilerde uygulanamayacağı görüşünü biz de paylaşıyoruz. Yargıtay 19.⁷ ve 12.⁸ Hukuk Dairelerinin içtihadı da

- işlerde faizin serbestçe belirleneceğini düzenleyen TTK md. 8/1 hükmü ve TTK md. 9 hükmü ile temerrüt faizinin belirlenmesinde atf yapılan mevzuatın 3095 sayılı FK düzenlemeleri olduğunu düşünüyoruz.
- 7 "Dava, genel kredi sözleşmesinden kaynaklanıp ticari kredi uyumsuzluğuna dayandığından somut olayda faiz T.T.K'nun 8. maddesi uygulanır. Yani ticari işlerde faiz serbestçe kararlaştırılır. Somut olayda 6098 sayılı TBK'nun 88. ve 120. maddelerinin uygulama yeri bulunmamaktadır." Yargıtay 19. HD., E. 2015/3157, K. 2015/9709, T. 30.6.2015. "Taraflar arasında düzenlenen sözleşmeler "genel kredi sözleşmesi" başlıklı olup, kullandırılan krediler de ticari niteliktedir. 6098 sayılı T.B.K.nun 120. maddesinde temerrüt faizi yönünden bir sınırlama getirilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde ise T.B.K.nun 120. madde hükmünün görülmekte olan davalarda uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı T.T.K.nun 8/1. maddesinde, ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına dair hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. 6102 sayılı T.T.K.nun 9. maddesinde ticari işlerde; kanuni anapayla temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı Kanun hükümleri olduğunun ve 6102 sayılı T.T.K.nun 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı T.B.K.nun 88. ve 120 maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanmayacağına kabulü gerekir. Mahkemece bu yönler ve taraflar arasındaki genel kredi sözleşmesinde kararlaştırılan faiz oranları gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir." Y 19. HD., E. 2014/20225, K. 2015/7696, T. 26.5.2015. Aynı yönde: Yargıtay 19. HD., E. 2014/7312, K. 2014/10600, T. 5.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/13575, K. 2015/7002, T. 12.5.2015. Yargıtay 19. HD., E. 2014/11372, K. 2014/13738, T. 18.9.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/8565, K. 2014/10978, T. 12.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/11372, K. 2014/13738, T. 18.9.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/8565, K. 2014/10978, T. 12.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2014/7350, K. 2014/10605, T. 5.6.2014. Yargıtay 19. HD., E. 2013/10777, K. 2013/14096, T. 18.9.2013.
- 8 "Bankayla borçlu arasında imzalanan Genel Kredi Sözleşmeleri bankacılık işi olup T.T.K.nun 4. maddesi gereği ticari iş niteliğindedir. Aynı Kanunun 8. maddesine göre; ticari işlerde temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenecektir. Bu durumda T.B.K.nun 88. ve 120. maddelerinde akdi ve temerrüt faiziyle ilgili sınırlamalarının ticari işler bakımından uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Zira, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı T.T.K.nun 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükme bağlanmış, aynı maddenin 3. fıkrasında ise tüketicinin korunmasına dair hükümler saklı tutulmuş, başkaca bir istisna getirilmemiştir. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde; kanuni, anapayla temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan Yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuat olarak 3095 sayılı Kanun hükümlerinin amaçlandığının ve 6102 sayılı T.T.K.nun 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olduğundan ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı T.B.K.nun 88. ve 120. maddesi hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağına kabulü gerekir." Yargıtay 12. HD., E. 2014/23693 K. 2015/1515 T. 22.1.2015.

TBK'de öngörülen faiz haddinin ticari işlerde uygulanamaz olduğu yönündedir. Bu durumda konunun TBK md 120'den bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

Nitekim burada söz konusu olan faiz haddi tartışmasından da öte, sözleşen iki özel hukuk kişisinden birine, uygulanacak faiz oranını tek taraflı belirleme hakkı tanınmasının kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olup olmadığıdır. Bu çerçevede, bankaya tanınan bu hakkı (1) bankacılık faaliyetinin niteliği, (2) TBK md 26'da yer alan sözleşme özgürlüğü, (3) sözleşmeyle bağlılık, (4) Türk Medeni Kanunu (TMK) md 2'de yer alan dürüstlük kuralı, (5) TBK md 27'de yer alan (5.1) ahlaka aykırılık, (5.2) emredici kurallara aykırılık, (5.3) kişilik haklarına aykırılık, (5.4) kamu düzenine aykırılık kavramları ve TBK md 20-25 çerçevesinde (6) genel işlem şartı niteliği başlıkları altında değerlendirecek, çalışmamızı (7) sorunun çözümünde kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği başlıklı son bölümle biteceğiz. İlk üç başlık bankalara temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkı verilmesine dayanak gösterilen kavramların, dördüncü başlık ise dürüstlük kuralının bu hakkın yargısal denetiminde kullanımının eleştirisine yönelik olacaktır. Beş ve altıncı başlık bankaların tek taraflı olarak temerrüt faizi belirleme hakkına sahip olamayacakları iddiamızın hukuksal temellerinin belirlenmesi çabasını, son başlık ise bu çerçevede varılan kesin hükümsüzlük yaptırımına ilişkin somut bir uygulama örneğini içerecektir.

1. Bankacılık Faaliyetinin Niteliği Açısından Değerlendirme

Bankaların kredi sözleşmelerinde genel olarak tek taraflı faiz belirleme hakkının hukuken sıhhatli olduğunu savunanların dayanaklarından biri bankacılık faaliyetine ilişkin risklerdir. Nitekim öğretilerde Kuntalp'e göre, konuya ilişkin iki görüş bulunmakta, bu hakkın hukuka aykırılığını savunan görüş (aşağıda ayrıca yer verilecek Sungurbey'i kastetmektedir) bankanın müşterisini sömürme amacı güttüğü iddiasına dayanmakta, aksi görüş ise bu hakkın bankacılık faaliyetinin zorunlu bir sonucu olarak görmektedir. İkinci görüşü haklılaştırmak isteyen Kuntalp, gerekçe olarak bankaların bir genel piyasa riski altında olduklarını ileri sürmektedir. Yazara göre, kısa vadeli borçların ödeneceği sırada faiz oranlarının yükselmesi ve verilen kredideki faiz oranının buna oranla düşük kalması halinde, faiz oranı

riski gerçekleşecek ve bu durumda bankanın başvurabileceği bir kişi olmayacağından, zarar banka üzerinde kalacaktır. Yazarın ikinci gerekçesi bankaların ufak tasarrufları toplayabilmek için güven verici olmaları, bunun için de toplanan tasarrufun geri verileceğine ilişkin bir inanç yaratmaları gerektiği, aksi halde fon birikiminin sekteye uğrayarak yatırımların durmasına ve ülke ekonomisinin duraklamasına yol açacağıdır. Kuntalp bu nedenlere bağlı olarak bankaların faiz oranını değiştirme hakkının var olması gerektiği sonucuna varmaktadır.⁹ Benzeri bir başka görüş de, bankaların faiz karşılığı kredi ile kar etme amacını güttüğü dolayısıyla kredinin verildiği tarihteki faiz oranının korunmasının bankanın verdiği parayı daha düşük bir değerle geri alması sonucunu doğurabileceği şeklindedir.¹⁰

Hukuksal bir gerekçe içermeyen bu görüşler aslında kendi içinde de çelişkilidir. Bankalar topladıkları tasarruf, yani mevduat için değişken oranlı bir faiz uygulamamaktadır. Dolayısıyla sabit faiz ile para toplayan finans sermayesinin kredi verirken neden sabit olmayan oranlarla borç verme ayrıcalığına sahip olması gerektiği anlaşılamamaktadır. Ayrıca risk kavramından söz edilirken, riskin kapsam ve etkilerinin de ortaya konulması gerekir. Sözü edilen risk, bankanın beklediği ölçüde kar edemeyecek olması ise bunun sağlanması için kredi borçlusunun menfaatlerinin ihlal edilmesi hukuki bir gereklilik değil siyasal/sosyal bir tercihten ibarettir. Kaldı ki sözü edilen risk faktörünün niteliği de iddia edilenden farklıdır.¹¹

Bu başlık altında kredi borçlusu tacirin mülga TTK md 20 (ya da yeni TTK md 18/2) gereği basiretli olmakla yükümlü olduğu, dolay-

⁹ Erden Kuntalp, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 100

¹⁰ İsmail Kayar, "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması", *GÜHFD*, C.1, S.2, 1997, s. 90

¹¹ Kuntalp'in risk kapsamındaki açıklamalarında atf verdiği Başak Şit, faiz oranı riski ve genel piyasa riski ayrımını yapmış ve her iki risk türünün özelliklerini ortaya koymuştur. Şit, piyasa riskinin, bankanın türev araçlar ve edindiği ortaklık payları, yani atipik kredilerden oluştuğunu, türev araç sözleşmelerinde tarafların karşılıklı edim taahhütlerinin belirsizliğe bağlı olduğunu yani riskin taraflarca arzu edildiğini belirtmektedir. Riskin gerçekleşmesi halinde zararın banka üzerinde kalacağı risk türü de budur. Başak Şit, Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 71-72, 75 Kuntalp ise Şit'in piyasa riskine ilişkin açıklamasını, faiz riski ile karıştırmış ve yanlış aktarmıştır.

sıyla bir tacirin kredi faizinin artabileceğini öngörmesi gerektiği, bu nedenle sözleşmede bankalara tanınan tek taraflı faiz artırımı hakkının hukuka aykırı olmadığı¹² görüşüne de değinmek gerekir. Tacir kredi borçlusuna tacir olması nedeniyle basiretli olma edimi yüklenirken, bankanın tacir sıfatından söz edilmemesi ilginçtir. Bunun da ötesinde, piyasa riski karşısında bankaların faiz artırımı hakkına sahip olması gerektiği, aksi halde riskin banka üzerinde kalacağı savunulmaktadır. Oysa bankaya tek yanlı faiz artırımı hakkının verilmesi aslında, bu riskin tacir banka tarafından tacir kredi borçlusuna aktarılması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, faiz oranlarının banka tarafından tek taraflı değiştirilmesi/belirlenmesi aslında rizi-konun kimin tarafından üstlenileceği sorunundan ibarettir.¹³ Bankalara bu hakkın tanınması halinde, -riskin nihai yüklenicisinin banka yerine kredi borçlusu olması gerektiği- sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu görüşe temel oluşturan basiretli tacir kavramı esas alındığında varılması gereken sonuç tam tersi olmalıdır. Banka bir finans kapitalini yönetmekte, mali sektör içinde yer almakta, finansal risk ve analizleri bu sektörde yer almayan başkaca sermaye sahiplerine göre daha profesyonelce takip etmektedir. Dolayısıyla kredi sözleşmesinin süresinin belirli olması halinde, bu belirli süre zarfına doğacak finansal riskler konusunda asıl tedbirli olma yükümlülüğü sanayi veya ticaret sermayesine değil, finans sermayesine aittir.¹⁴

¹² Kayar, s. 91

¹³ Yeşim Atamer, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat Yay., İstanbul 2013, s. 111

¹⁴ Kredi borçlusu tacirin basiretli/tedbirli davranma yükümlülüğü ancak belirsiz süreli kredi sözleşmeleri için söz konusu olabilir. Yargıtay 19. Dairesinin bir kararına da konu olduğu üzere cari hesap şeklinde yürütülen vadesiz kredilerde artan faiz oranlarının banka tarafından kredilerdeki faiz oranına da yansıtılması hukuka aykırı olmadığı gibi, kredi borçlusu tacirin de böyle bir sonucu öngörmesi gerekir: "Kredi sözleşmesinin vadesiz süreci içinde, artan kredi faizlerinin, kredi müşterisi nezdindeki kredi borcuna, ihbar koşulu ile bankaya uygulama yetkisi tanıyan bu hükmün de kredi müşterisinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı, ahlaka aykırı ve kelepçeleme bir niteliği bulunduğu kabulü olanaksızdır. Kredi faizinin süreç içinde ekonomik koşullara göre artmasının tabii bulunduğunu müdebbir bir tacir gibi düşünmesi gereken müşteriye bankanın yapacağı ihbar tarihinden itibaren yükselen faiz oranları uygulaması ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması olarak kabul edilemez; aksi halde, vadesiz kredilerin uzun yıllar içinde düşük faizle kullanılmasına ve bankaların aceze düşmesine ve buna bağlı mevduat sahiplerinin mağduriyetine yol açılmış olur ki, bu da haklı görülmez. Para ticari yapan bankaların kredi işlemlerinde satıcı durumunda olup, sattığı paranın

2. Sözleşme Özgürlüğü Açısından Değerlendirme

Bankaların temerrüt faizini tek taraflı belirlemesine dayanak olarak gösterilen en ciddi gerekçe sözleşme özgürlüğüdür. Bu çerçevede sözleşme özgürlüğü ve özel olarak özgürlük kavramından da ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Tarihsel açıdan bakıldığında, burjuvazinin siyasal mücadelesi ile sözleşme özgürlüğünün hukuken tanınmasını sağladığı görülür. Özgürlük sorunu ideolojilerden bağımsız ele alınamayacağından, özgürlüğün sınırının/tanımının belirlenmesinin de siyasal bir perspektife sahip olması kaçınılmazdır. Liberal sözleşme modeli meşruluğunu, içeriğinden değil kurulma biçimde bulmakta, irade sakatlığının olmamasını yeterli saymaktadır.¹⁵ Liberal bakışla "irade özerkliği ilkesi, kişileri kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devlet baskısından korumayı amaçlamakta", dolayısıyla sözleşmenin tarafları arasındaki fiili güç dengesi göz ardı edilmektedir. Eşitlik kavramı da özgürlük kavramından bağımsız olmadığı için bu soyut özgürlük anlayışı şekli eşitlikle karşılığını bulmakta, dolayısıyla fiilen sözleşme özgürlüğünden faydalanan tarafın ekonomik açıdan güçlü olan taraf olması sorununu doğmaktadır.¹⁶ Sözleşme özgürlüğünün 19. yüzyıldaki pür liberal kimliğinden uzaklaşarak 20. yüzyılda sözleşmenin tarafları arasındaki güç dengesini gözeten ve sözleşmenin içeriği gözetilerek güçsüz tarafın hak ve özgürlüklerini ölçsüz biçimde sınırlayan hü-

bankaya zararsız olarak dönmesini sağlamak amacı ile sözleşmeye konulan ve satın alan müşterinin de kabulündeki bu koşulların kelepçeleme hükümleri olarak nitelenmesi olanaksızdır. Taraflar, serbest iradeleri ile oluşturulan, kendilerine yüklenen hak ve borçların duraksamaya yer vermeyecek biçimde sözleşmede saptanan koşulların uygulanmasında olduğu gibi; sona erdirilmesinde de, kural olarak aynı hak ve irade serbestisine sahiptirler. Tacirler arasında sözleşme faiziyle temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün B.K.nun 19/1. maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlaka aykırı, batıl bir hüküm niteliği taşımadığı tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür (M.K. madde 2)." Yargıtay 19. HD., E. 1994/6472 K. 1994/11467 T. 26.11.1994

¹⁵ Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s.16

¹⁶ Liberalizmin teorik (ve şekli) eşitlik örgüsüne karşın gerçekte yaşanan, güçlü olan tarafın tek taraflı hazırladığı şartların sözleşme olarak daha güçsüz olan tarafa dayatılmasıdır. Bunun aşılması için anayasada yer alan kavramlardan hareket edilerek şekli değil maddi bir sözleşme özgürlüğünün sağlanması gerekir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Baskı, Filiz, İstanbul 2010, s. 504

kümlerin hukuk yoluyla sınırlaması da bu sorunun giderilmesine yönelik bir çözüm yoludur.¹⁷ Bu çözüm yolu Türkiye’de 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) 19 ve 20. maddeleri hükümleriyle somutlaşmış, BK, medeni hukukun diğer alanlarına oranla tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kurallarını içerse de,¹⁸ bu hükümlerle sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi kavramlarının liberal içeriği kayıtlanmıştır.¹⁹

Nitekim sözleşme özgürlüğünün, tarafların kendi aralarında her türlü özel hukuk ilişkisini tesis edebileceği, devlete (hukuka/yargı erkine) bu ilişkinin içeriğine müdahale etmeme edimi yüklediği şekilde pozitifleştirilmesi kadar, sözleşmenin zayıf olan tarafının iradesini ortadan kaldıran hükümlerin (hukuk/yargı erki eliyle) etkisiz kılacak şekilde pozitifleştirilmesi de mümkündür. Bu durumda hukuksal açıdan sözleşme özgürlüğünün mevcut anlam ve içeriğinin belirlenmesinde, dikkate alınması gereken soyut ve tarihsel verilerden öte vaz edilen hukuktur.

1982 Anayasası’ndan (AY) çok daha önce kabul edilmiş BK de batı burjuvazisinin bireysel otonomi görüşünden izler taşımakla beraber, sözleşme özgürlüğüne bazı istisnalar getirmiştir.²⁰ Bu istisnaların anayasal temelini oluşturan 1982 Anayasası da kapitalist bir sistemi benimsemiştir; ancak liberal ve serbest piyasacı olarak nitelendirilmesi doğru olmaz.²¹ Zira 1982 AY, her ne kadar md 48/1 hükmüyle sözleş-

¹⁷ Lale Sirmen, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1972, s. 455. Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 15-25

¹⁸ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 1, 14. Baskı, Vedat, İstanbul 2016, s. 23

¹⁹ Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat yay., İstanbul 2007, s. 205

²⁰ Sirmen, s. 447. BK kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan 1924 Anayasasının 68. Maddesine göre, “Hürriyet, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırındır. Bu sınırı ancak kanun çizer”. Bu liberal lafzı takip eden 70. maddesi ise “Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağış, çalışma, mülk edinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma hakları ve hürriyetleri Türklerin tabii haklarından” düzenlemesiyle bir sınırlandırma nedenine yer vermemiştir. 1961 Anayasasının 10/2 hükmü ile “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar” hükmü ile devlete pozitif edim yükümlülüğü verilene kadar devletin bu alanda müdahaleci olmasını sağlayacak anayasal bir zemin kurulmamıştır.

²¹ Krş. Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO Yay.,

me ve girişim özgürlüğünü tanımışsa da, izleyen fıkra devlete, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma görevi yüklemiş, diğer hükümleri ile de ekonomik alanda devletleştirmeden (AY md 47) planlamaya (AY md 166) ve piyasanın denetimine (AY md 167) kadar bu özgürlükleri sınırlandırma sonucu doğuracak ve serbest piyasacı modelle bağdaşmayacak başkaca yetkiler tanımıştır. Aynı çerçevede AY md 5 de özgürlüğü pür liberal bir bakış açısının dışında tanımlamakta ve devlete liberalizmin verdiği müdahale etmeme görevini değil, bilakis *“kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve maneî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma”* görevi yüklemektedir. Benzeri bir yaklaşımı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında da görmek mümkündür. Mahkemeye göre de, *“sözleşme teorik ve göz boyayıcı hakları değil, uygulanabilir ve etkili”* bir koruma yükümlülüğü öngörmektedir.²² Dolayısıyla devletin özel hukuk ilişkilerinde de, hukuk/yargı eliyle sözleşme özgürlüğüne yönelik ihlalleri önlemesi meşru bir müdahaledir.

Bu teorik temeli ele aldığımız sorun özelinde somutlaştırırsak, sözleşme özgürlüğünün, kişinin dilediği kişi ile dilediği sözleşmeyi yapma (dolayısıyla istemediği sözleşmeyi yapmama ya da ortadan kaldırıma) serbestisi ve tarafların düzenleme serbestisi unsurlarını içinde taşıdığını,²³ tartışmanın odağındaki unsurun ise sözleşme içeriğinin belirlenmesi özgürlüğü olduğunu belirtmemiz gerekir. Konunun kanuni çerçevesi sözleşme özgürlüğü başlığını taşıyan TBK md 26 ile kar-

İstanbul 2001, s. 34, Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 187. Veysel Başpınar, “Keleşçeleme Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1999, S.1, s. 34

²² 1979 tarihli Airey/İrlanda kararında (parag. 24) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420> kullanılmaya başlanan bu ilke Mahkemenin ileriki yıllardaki içtihadının da temelini oluşturmuştur.

²³ Oğuzman/Öz, s. 23. Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5 baskı, İstanbul 1985, s. 483. Kocayusufpaşaoğlu, s. 503. Eren ise irade serbestisi yerine irade özerkliği kavramını tercih etmekte, sözleşme özgürlüğünün unsurları olarak herhangi bir sözleşmeyi yapı yapmama, içeriğini ve karşı tarafını seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırmayı saymaktadır: Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin yay., Ankara 2015, s. 17. Sirmen, s. 446.

şımıza çıkar: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”. Tarafların irade serbestisinin de bu hüküm temelinde yorumlanması gerekmektedir. Sözleşmenin, “herhangi bir hakimiyet unsuru olmayan bir alanda eşit bireyler arasındaki ilişkileri düzenle(yebilmesi)”²⁴ aynı zamanda sözleşmenin sıhhatinin taraflarca serbest irade ile kurulmasına bağlıdır.²⁵ Dolayısıyla temerrüt faizinin taraflarca değil, taraflardan biri tarafından belirlenmesine yönelik sözleşme hükmü, TBK md 26 ile uyumsuzdur.

Bir irade serbestisinden bahsedilebilmesi için AİHM içtihadı lafzı ile bu irade serbestisinin göstermelik değil gerçek olması gerekir. Ekonomik açıdan güçlü olan tarafın (banka) krediye ihtiyaç duyan müşterisini sözleşmeyi ya mevcut haliyle imzalamak ya da hiç imzalamamak seçenekleri arasında bırakması halinde müşterinin irade özerkliğinden bahsedilemeyeceği gibi,²⁶ temerrüt faizi oranının belirlenmesini kredi veren bankaya bırakan bir sözleşmeyi serbest iradesi ile imzalamış sayılamaz. Böyle bir düzenleme kredi borçlusunu açısından temerrüt faizini belirleme değil bu belirleme inisiyatifini münhasıran alacaklıya bırakma anlamını taşır.

Üstelik Tekinalp’in de belirttiği üzere, Türkiye’de bankaların kullandıkları genel sözleşmelerindeki kredi şartları bazen özdeşlik düzeyindedir ve müşterinin aleyhine olacak şekilde yerleşmiştir.²⁷ Dolayısıyla sektörde yaygın olarak temerrüt faiz oranının belirlenmesi bankaların inisiyatifinde iken, kredi müşterisinin kredi sözleşmesindeki bu hükmü kabul etmesi ya da kredi almaktan vazgeçmesi dışında bir seçeneği bulunmamakta dolayısıyla serbest iradede de bahsedilememektedir.²⁸ Tacirlerin tüketicilerden farklı olmak üzere iş hayatın-

²⁴ Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 9

²⁵ Tam tersine sözleşme özgürlüğünün irade özerkliğinin sonucu olduğunu, irade özerkliğinin sözleşme özgürlüğünün esasını oluşturduğu da söylenebilir. Örn: Eren, s. 16 Keza, sözleşme özgürlüğü ile irade özgürlüğünün çoğu kez eş anlamda kullanıldığı da söylenebilir: Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, s. 485

²⁶ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 198

²⁷ Bankalar Kanunu 80/i gereği Türkiye Bankalar Birliğine böyle bir görev vermesine rağmen, Birlik, örnek bir genel kredi sözleşmesi hazırlamamıştır: Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp’in Banka Hukuku Esasları, Vedat Yay., 2. Baskı, İstanbul 2009, s.375

²⁸ Başpınar, s. 30

da daha tecrübeli olmaları, daha fazla pazarlık gücüne sahip olmaları gibi avantajlarını bankalarla girdikleri kredi ilişkisinde kaybetmekte, tüm bankacılık sektörünün benzer nitelikte sözleşmeler kullanıyor olması alternatif arayışını sonuçsuz bırakmaktadır.²⁹

Yargıtay içtihadı ise bu bakış açısının oldukça uzağındadır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi genel olarak bankanın tek taraflı faiz artırım hakkını düzenleyen sözleşmeleri, tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğu gerekçesiyle BK md 19-20'ye aykırı bulmadığı gibi,³⁰ temerrüt faizi oranının alacaklı bankanın inisiyatifine bırakan düzenlemeleri hukuka aykırı bulmamış ve verilecek hükümde tamamen sözleşme hükümlerinin esas alınmasını kabul etmiştir. Bu kapsamda bazı örneklerde, sözleşmede yer verilen, temerrüt faizinin alacaklı banka tarafından TCMB'ye bildirilen en yüksek faiz oranı³¹ ya da bankanın fiilen uyguladığı oran üzerinden³² hüküm kurulması gerektiği sonu-

²⁹ Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunma Yolları, s. 11

³⁰ "Artan faiz oranlarının bankaca kredi borcuna uygulamasına olanak sağlayan bu sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan, bu durumun BK.nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Yargıtay 19. HD E. 1996/3416, K. 1997/831 T. 4.2.1997 Dava, genel kredi sözleşmesinde yazılı faiz oranının tek taraflı olarak artırılması nedeniyle, fazla ödenen bedelin faiziyle birlikte istirdadı istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca, davalı bankanın kredi faiz oranını tek taraflı olarak artırma yetkisi bulunmaktadır." Yargıtay 11. HD., E. 2002/10867, K. 2003/3372, T. 7.4.2003

³¹ "(T)araflar arasında akdedilen Genel Kredi Sözleşmesinin 71. maddesinde temerrüt faizinin; T.C. Merkez Bankasına, davacı bankaca bildirilen en yüksek faiz oranına %50'sinin ilavesi ile bulunacak oran olduğu hususu hüküm altına alınmıştır. Bu durumda mahkemece, bilirkişi marifeti ile bu oran tespit edilip buna göre davacı banka alacağının hesaplanması gerekirken, sözleşmeye aykırı olarak davacı bankanın fiilen uyguladığı en yüksek faiz oranına %50 ilave edilerek bulunan oranın temerrüt faizi olarak kabul edilip bu oran esas alınarak hazırlanan bilirkişi kurulu raporuna göre hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir." Yargıtay 19. HD., E. 2004/12567 K. 2005/9001 T. 22.9.2005

³² "Taraflar arasındaki genel kredi sözleşmesinin 36/2-a maddesinde temerrüt tarihinde bankanın kısa, orta veya uzun vadeli cari kredi faizlerinden en yüksek olanının %50 fazlası nispetinde temerrüt faizi uygulanacağı öngörülmüştür. Mahkemece anılan hüküm doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılmadan davacı bankanın T.C. Merkez Bankasına bildirdiği faiz oranları dikkate alınarak temerrüt faiz oranının belirlenmesi ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Yargıtay 19. HD., E. 2005/4143, K. 2005/12975, T. 23.12.2005. "Taraflar arasındaki imzalanan sözleşmenin 36/2-a maddesinde temerrüt faizinin, temerrüt tarihinde bankanın kısa, orta veya uzun vadeli cari kredi faizlerinden en yüksek olanının %50 fazlası nispetinde uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda mahkemece, davacı bankanın davalıların temerrüt tarihinde fiilen uyguladığı cari faiz oranlarının ve buna göre uygulanması gereken temerrüt faizi oranının

cuna varmaktadır. Yargıtay'ın ulaştığı bu sonucu temellendirmede kullandığı gerekçe ise sözleşmenin serbest irade ile oluşturulmasıdır.³³

Ancak bankanın tek taraflı olarak temerrüt faizini belirliyor olması, kredi borçlusunun sözleşme içeriğinin belirlenmesindeki rolünün kağıt üzerinde kaldığını gösterir. Kredi borçlusu sözleşme süresi içinde bankanın tek yanlı faiz artırımını halinde sözleşmeyi sona erdirmek dışında bir hakkı kullanamazken, temerrüt halinde borçlu fiilen teslim olmaktadır. Bankalara tek taraflı faiz artırım hakkı tanıyan düzenlemenin hukuka uygunluğu savunulurken ileri sürülen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bankaların bu yönde bir düzenleme yapma hakları olduğu, kredi kullanacakların bu hükümleri içeren sözleşmeleri imzalamayabilecekleri görüşü de ³⁴ bu nedenle fiili gerçeklikle uyumsuzdur.

Aynı şekilde, sadece kredi sözleşmesinde faiz artırımının ihtara gerek kalmaksızın değişiklik tarihinden itibaren uygulanacağı yönündeki hükümleri BK md 19 ve 20'ye aykırı bulmak, buna karşın bankanın tek yanlı faiz artırım kararının kredi borçlusuna tebliğ tarihinden sonra uygulanabileceğini, böylece borçluya yeni faiz oranını kabul ya

saptanıp, takip tarihi itibari ile davacı bankanın davalılardan alacaklı olduğu miktarın belirlenmesi yönünden, uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak, uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir". Yargıtay 19. HD E. 2008/7309 K. 2009/3258 T. 16.4.2009 "Taraflar arasında düzenlenen Genel Kredi Sözleşmesi'nin 38.2 maddesinde, sözleşmeden doğan borçların gününde ödenmediği takdirde borca uygulanacak temerrüt faizi oranının yetkili mercilerce veya bankaca Ödünç Para Verme Mevzuatına göre tespit edilmiş kısa, orta veya uzun vadeli en yüksek genel kredi faiz oranına 25 puan ilave edilmek suretiyle bulunacak faiz oranı üzerinden ödeneceğinin kararlaştırılmış olmasına göre, mahkemece tazmin edilen mektup bedelleri için sözleşmenin açıklanan bu maddesi uyarınca belirlenen faiz oranına sözleşmede yazılı 25 puanın eklenmesi sonucu bulunacak oran üzerinden karar verilmesi gerekirken, bu hususlara uyulmadan belirlenen orana karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu yönden davacı yararına bozulması gerekmştir." Yargıtay 11. HD., E. 2004/9609, K. 2005/6308, T. 16.6.2005

³³ "Taraflar arasında düzenlenen genel kredi sözleşmelerinin 34-2.a maddesi gereğince temerrüt faizinin temerrüt tarihinde bankanın kısa orta ve uzun vadeli cari faizlerinden en yüksek olanın %50si fazlası nispetinde alacağının saptanmış olmasının tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan bu davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı kamu düzenine ve ahlaka aykırı batıl bir hüküm niteliğinde bulunduğu kabul edilemez." Yargıtay 19 HD., E 99/7929, K. 2000/2904, T 17.04.2000. Aynı yönde: Yargıtay 19.HD., E. 2000/883, K. 2000/2791, T13.04.2000 Kostakoğlu, s. 163

³⁴ Kayar, s. 8

da krediyi kapatma imkânı verileceğini savunmak da ³⁵ belirli süreli sözleşmeler açısından sözleşme özgürlüğünün kâğıt üzerinde bırakılması sonucunu doğurur. Zira kredi, kural olarak zaten kredi ihtiyacı için çekilir. Tüm sektörde faiz artırımını yapıldığında, başka bir bankadan kredi çekip mevcut borcu kapatmak da fiilen imkansızdır. Aynı şekilde temerrüde düşen bir borçlunun banka tarafından çok yüksek oranlı bir temerrüt faizi ile karşı karşıya kaldığı anda, mütemerrit sıfatı ile başka bir bankadan kredi bulması ihtimali de sifıra yakındır. Dolayısıyla sözleşme eliyle temerrüt faizini belirleme yetkisinin alacaklı bankaya bırakılması, sözleşme özgürlüğünün kullanımı değil bilakis kısıtlanmasıdır.

3. Sözleşmeyle Bağlılık İlkesi Açısından Değerlendirme

Sözleşmeyle bağlılık ilkesi, klasik liberalizmin sözleşme özgürlüğü anlayışının bir sonucudur. Temelinde kişilerin irade özgürlüğüne sahip oldukları tezi yatmaktadır. Bu anlayış yukarıda da belirtildiği üzere 19. yüzyıldan itibaren terk edilmeye başlanmış ise de,³⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 1990'lı yıllardaki kararlarında, bankanın genel kredi sözleşmesi ile tek taraflı faiz artırım hakkına sahip kılınmasının (TBK md 26 ve 27'nin o dönem karşılığı olan³⁷) 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerine aykırı olmadığı yargısına varmıştır. Gereğe olarak ise bankaya tanınan hakkın sözleşmede yer almasını

³⁵ Kayar, s. 11. Bu tür hükümlerin artıştan müşterinin derhal haberdar edilmesi ve sözleşmeyi fesih imkânı tanınması kaydıyla geçersiz kabul edilmemesi gerekir: Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 243

³⁶ Nagehan Kırkbeşoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 20
³⁷ Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) yürürlükte olduğu dönemde, tartışmanın zemini, emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine ve kişi haklarına aykırılık içermediği sürece sözleşme içeriğinin serbestçe belirlenebileceğini düzenleyen BK md 19 (Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbeste tayin olunabilir. Kanunun kat'î surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir) ve ahlaka aykırı sözleşmelerin batıl olduğunu düzenleyen BK md 20 (Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur) hükümleriydi. BK 19 ve 20. maddelerinin TBK'daki karşılığı ise md 26 ve 27 olmuştur. TBK md 26 sadece sözleşme özgürlüğünü düzenlerken, kesin hükümsüzlük başlığını taşıyan md 27, BK md 19 ve 20'de yer alan butlan hallerini tek bir maddede vazedmiştir.

göstermiştir.³⁸ 19. Hukuk Dairesinin bu yaklaşımı çalışmamıza konu temerrüt faizinin banka tarafından temerrüt tarihinde uygulanan faiz oranına endeksli olarak belirlenmesi halinde de geçerli olup, sözleşmede böyle bir hüküm olması hukuka uygunluk açısından yeterli kabul edilmektedir.³⁹ Aynı yaklaşıma hukuk yazınında da rastlanılmakta,

³⁸ “Davacı bankaya sözleşmenin 6/a maddesinde faiz oranını artırma yetkisi verilmiş, banka da bu yetkiye dayanarak kredi faiz oranını 25.1.1994 tarihinde % 96’ya, 27.1.1994-2.2.1994 arası dönemde % 110’a, 2.2.1994 tarihinde % 140’a,10.2.1994 tarihinde % 150’ye, 1.4.1994 tarihinde % 250’ye yükseltmiş ve yaptığı bu artışları davacıya bildirmiştir. Davacının bu işlemde TTK.nun 94 ve 8. maddelerine aykırılık yoktur. (...) Davacı, kısa sürelerle faiz oranının artırılarak % 250’ye çıkarıldığını bu oranın fahiş olduğunu bu nedenle uygulanamayacağını da ileri sürmüştür. Davacı ile davalı banka arasında imzalanan kredi sözleşmesinin 6. maddesine göre, artan faiz oranlarının uygulanacağı davacının kabulünde olduğundan bu durum BK.nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmez.” Yargıtay 19. HD., E. 1996/6, K. 1996/2976, T. 26.3.1996 “Davacılar davalı banka tarafından faiz oranlarının fahiş olarak artırıldığını ileri sürmüşler, bilirkişi kurulu da faiz oranına ilişkin artışı BK’nun 19. ve 20. maddeleri ile MK’nun 2. maddesine aykırı bulmuşlardır. Taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinde artan faiz oranlarının uygulanacağı kabul edildiğinden bu durum BK’nun 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmez.” Yargıtay 19. HD., E. 1997/5007 K. 1997/9024 T. 30.10.1997

³⁹ “Mahkemece davacı bankanın dosyaya sunulan 6.11.2001 tarihli faiz uygulaması ile ilgili sirküleri dayanılarak temerrüt faiz oranı belirlenmiştir. Oysa davalının 27.9.2001 tarihinde temerrüde düştüğü anlaşılmaktadır. Temerrüt tarihi itibarıyla davacı bankanın faiz uygulamasını gösterir listeler ibraz edilmemiştir. Bu durumda mahkemece taraflar arasında düzenlenen süper hesap taahhütnamesinin 9. maddesi uyarınca temerrüt tarihindeki temerrüt faiz oranı belirlenip uygun sonuç dairesinde bir hüküm kurulması gerekirken eksik araştırmaya ve inceleme neticesinde yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.” Yargıtay 19. HD., E. 2004/13404, K. 2005/9144, T. 27.9.2005. “Taraflar arasındaki uyuşmazlık kredili Mevduat Taahhütnamesi uyarınca oluşan davacı alacağının tahsili için girişilen takibe davalının itirazının iptaline ilişkindir. Dava konusu kredi sözleşmesinin 10. maddesinde temerrüt faiz oranının, davacı bankaca en yüksek faiz uygulanan kredi türünün faiz oranının % 50 artırım suretiyle belirleneceği öngörülmüştür. Bu durumda mahkemece, davacı bankanın talep etmekte haklı olduğu temerrüt faizinin anılan sözleşme hükmü çerçevesinde tespiti hususunda araştırma yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi.” Yargıtay 19. HD., E. 2002/257, K. 2003/2147, T. 13.3.2003. “Genel kredi sözleşmesinin 39.maddesinde “...genel kredi sözleşmesinden doğan borçlarının tamamını gününde ödemediği takdirde, bunları bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce veya bankaca belirlenmiş kısa, orta veya uzun vadeli en yüksek genel kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde bunlardan en yüksek kredi faiz oranına 30 puan ilave edilmek suretiyle bulunacak faiz oranı üzerinden temerrüt faizi ödemeyi kabul eder...” hükmü yer almakta olup, sözleşmede temerrüt faiz oranı da kararlaştırılmamıştır. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda davacı bankaca ibraz edilen faiz genelgesinde belirlenen temerrüt faiz oranı dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır. Kredi sözleşmesinin anılan madde hükmü gözetilerek temerrüt faizi oranının tespiti edilmemesi doğru olmadığı gibi” Yargıtay 19. HD., E. 2010/3336

sözleşmeyle bağlılık gereği kredi borçlusunun sözleşmeyi imzalayarak bu hükümle bağlı hale geldiği savunulmaktadır.⁴⁰

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi başkanlığı yapan Kostakoğlu, (Sungurbey'in aşağıda yer verilecek) bankalara tek taraflı faiz artırımına imkân veren sözleşme hükümlerinin batıl olduğu yönündeki görüşüne karşın, "kredi sözleşmelerindeki bir tarafın iradesine terk edilen yetkiye ilişkin hükümlerin, iradeyi ifsat edici bir neden olmadıkça, kural olarak geçersizliğini (batıl olduğunu) kabul etmenin olanaksız"⁴¹ olduğunu savunarak hata, hile ve ikrah gibi nedenler dışında bir değerlendirmenin yolunu kapatmaktadır.

Kanımızca bu yaklaşım tarzı her şeyden önce ifsat edici nedenlerle ahlaka aykırılığı özdeş kabul etmektedir. Oysa ahlaka aykırılık, ifsat edici nedenlerden ibaret olmadığı gibi, aksinin iddia edilmesi BK 19 ve 20. (ve dolayısıyla TBK 27.) maddelerini yok sayılması anlamına gelmektedir.

Bunun ötesinde sözleşmede yer alan bir edimin ahlaka aykırı olup olmadığının tespitinde esas alınacak ölçüt o edimin sözleşmede yer alıp almaması değildir. Bir kişinin başka bir kişiyle yaptığı sözleşme ile köle olmayı kabul etmesi halinde, bu durumun sözleşmede yer almasından hareketle bu sözleşmenin BK 19 ve 20. maddelerine aykırı olmayacağını savunmak kategorik olarak ne kadar haklı ise bankaya kredi sözleşmesi ile tek taraflı faiz artırım hakkı tanınmanın, salt bu husus sözleşmede yer almasına dayanarak ahlaka aykırı olmadığını savunmak da o derece haklıdır.

4. Dürüstlük Kuralı Açısından Değerlendirme

Hukuk yazınında savunulan bir görüş, kredi sözleşmelerinde bankaların tek taraflı faiz artırım hakkına sahip kılan hükümlerin hukuka aykırı olmadığı, bununla beraber, TMK md 2'de belirlenen çerçevede kullanılması gerektiği yönündedir. Dolayısıyla uygulanacak faiz oranının tek taraflı artırılması, bu artırımın kredi borçlusuna ihbarı

K. 2010/5437 T. 4.5.2010

⁴⁰ Eray Karınca, "Banka Kredi Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2001, S. 3 s. 53

⁴¹ Cengiz Kostakoğlu, *Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar*, Beta, İstanbul 2006, s. 170

ve geçmişe dönük uygulanmaması kaydıyla mümkündür.⁴² Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin içtihadı da bu hakkın varlığını ve kullanımını hukuka aykırı olmadığı, ancak artırılmış oranın TMK md 2 hükmü çerçevesinde makul olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği yönündedir Bu kapsamda davalı banka ile aynı sektörde faaliyet gösteren bankaların faiz oranlarının tespiti ve onlarla mukayesesi yapılarak artırılan faiz oranlarının ayrıca objektif iyi niyet kurallarına uygun olduğunun denetlenmesi gerekmektedir.⁴³ Bu değerlendirme sonucunda fahiş kar amacıyla yapılan faiz artırımının hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.⁴⁴

⁴² Kostakoğlu, s.150. Aynı yönde: Kayar, s. 89. Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 41. Derya Ateş, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan, Ankara 2007, s. 184-185

⁴³ "Tacirler arasında sözleşme faizi ile temerrüt faizinin sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi yöntemine ilişkin hükmün BK 19/1 maddesine uygun olup, kamu düzenine yahut ahlaka aykırı batıl bir hüküm niteliği taşımadığı tabiidir. Ancak bir tarafın iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları içinde davranılması da uyulması gereken yasanın emredici bir hükmüdür (MK md 2). Bu kuralın bir sonucu olarak bankanın fahiş bir kazanç amacı ile faiz oranının tek tarafı arttırma yetkisine dayanarak haklı görülemeyecek bir oranda yükseltilmesi, hakkın suiistimalini oluşturacağından, sözleşmedeki anılan hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK 2 ve 3. maddelerinin korunmasında olduğunun kabulü gerekir." YARGITAY 19. HD., E. 1994/6472, K. 1994/11467, T. 25.11.1994. Kostakoğlu, s. 170

⁴⁴ "Artan faiz oranlarının bankaca kredi borcuna uygulamasına olanak sağlayan bu sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan, bu durumun BK.nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Ancak, sözleşmenin bu maddesi ile davacı bankanın iradesine bırakılan faiz oranını artırma ile ilgili yetkinin kullanılmasında objektif iyi niyet kuralları içinde davranılması MK.nun 2. maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür. Bu kuralın sonucu olarak bankanın fahiş kazanç amacı ile faiz oranını tek yanlı arttırma yetkisine dayanarak haklı görülmeyecek bir orana yükseltilmesi objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmayacağından, sözleşmedeki anılan bu hükmün uygulanmasında kredi müşterisinin MK.nun 2. maddesinin korunması altında bulunduğu kabulü gerekir. Bir başka deyişle bankanın kendisine duyulan güvene aykırı davranışı bulunup bulunmadığının saptanması gerekir. Bu durumda MK.nun 2. maddesini doğrudan gözetmekle yükümlü olan mahkemece yapılacak iş, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda inceleme yapıp, kredi süreci gözetilerek bu suretteki yükselen faiz oranlarına göre bankanın haksız bir davranışta bulunup bulunmadığını saptamak ve hesabın katedildiği tarihte banka alacağına ulaştığı miktar yönünden uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar vermektir." Yargıtay 19. HD E. 1996/3416, K. 1997/831 T. 4.2.1997. "Dava, genel kredi sözleşmesinde yazılı faiz oranının tek tarafı olarak artırılması nedeniyle, fazla ödenen bedelin faiziyle birlikte istirdadı istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki kredi sözleşmesinin 6. maddesi uyarınca, davalı bankanın kredi faiz oranını tek tarafı olarak artırma yetkisi bulunmaktadır. Ancak, kredi sözleşmesindeki yetkisine dayanarak bankanın, hak etme-

Kanımızca bu yöndeki içtihadın en önemli açmazlarından biri, bir yandan TMK md 2 hükmünün emredici hüküm olduğu gerekçesine dayanmak,⁴⁵ bir yandan da emredici kurallara aykırı sözleşme hükümlerinin hükümsüz sayılacağını düzenleyen BK md 20 (ve TBK md 27) hükmünü yok saymaktır. TMK md 2 hükmünün emredici olup olmadığı tartışması bir yana,⁴⁶ emredici olduğu kabul edilen bir hükme aykırılık halinde, tam olarak bu durumu düzenleyen, emredici hukuk kurallarına aykırılığı bir hükümsüzlük nedeni sayan BK md 20 (TBK md 27) hükmünün uygulanmamasının mantıklı bir açıklamasını bulmak oldukça güçtür.

Kaldı ki, sözleşmenin içerik yönünden denetimi sözleşmede belirlenen bir hakkın geçerli olarak doğup doğmadığının denetimidir. BK md.20 (TBK md 27) kapsamında batıl olan bir sözleşme hükmü kaynaklı hak hiç doğmamış sayılır. Oysa TMK md 2'ye dayanan hakkın kötüye kullanımının denetimidir. Doğmuş bir hakkın kullanımıyla ortaya çıkan sonuçların denetlenmesidir, hakkın kendisi tartışma

diği bir yararı sağlaması hukuken mümkün bulunmamaktadır. Davalı bankaca belirlenen faiz oranının makul olup olmadığının tespiti için ise, davalı banka ile aynı sektörde faaliyet gösteren bankaların faiz oranlarının tespiti ve onlarla mukayesesi yapılarak artırılan faiz oranlarının ayrıca objektif iyi niyet kurallarına uygun olduğunun denetlenmesi gerekmektedir. Mahkemece, davalı bankanın sektöründeki ve davalı konumuna yakın olan bankaların dava konusu dönemde uyguladıkları faiz oranlarının tespiti ile bu oranların iyi niyet kurallarına uygun olduğunun belirlenmesi ve sonucuna göre davacının kabulüne de dikkat edilerek bilirkişi raporu alınması gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 11. HD., E. 2002/10867, K. 2003/3372, T. 7.4.2003

- ⁴⁵ "Borçlunun temerrüdü halinde en yüksek cari kredi faizinin %50 fazlası oranında temerrüt faizi uygulanmasına olanak sağlayan sözleşme hükmü tarafların serbest iradeleri ile oluşturulduğundan bu durum BK'nun 19 ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Ancak sözleşmenin bu hükmü ile davacı bankanın iradesine bırakılan faiz oranı ile ilgili yetkinin kullanılmasında objektif iyi niyet kuralları içinde davranılması MK'nun 2. maddesinin uyulması gereken emredici bir hükmüdür. Y. 19 HD 06.03.2000 99/7999E 2000/1769 K" Kostakoğlu, s. 179. "Davalı banak bu yetkiye dayanarak akdi faizi %500, temerrüt faizini de %750ye kadar yükseltmiştir. Taraflar arasındaki kredi sözleşmesi faiz oranını bankaca akit serbestisi çerçevesi içinde belirlenmesinin, BK'nun 19 ve 20. Maddelerine aykırı olduğu, diğer bir deyişle kamu düzenine yahut ahlaka aykırı bir uygulama yaratacağı söylenemez. Ancak bir tarafın tek yanlı iradesine bırakılan yetkinin kullanılmasında doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde davranılması da, objektif iyi niyet kurallarına uyulmasını gerektiğini öngören emredici bir yasa hükmüdür (Y 19 HD 15.05.1998 T 98/1073E 98/3465K)" Kostakoğlu, s. 185
- ⁴⁶ Seyfullah Edis, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1975, s. 452-454

konusu yapılmaz.⁴⁷ Dolayısıyla kredi sözleşmelerinde bankalara tek taraflı faiz artırma yetkisi veren hükümlerin geçerli olması ile bu hükümlerin hukuka uygun kullanılması iddia edildiği gibi⁴⁸ farklı “şeyler” değildir. Bizatihi varlığı hukuka aykırı bir sözleşme hükmünün hukuka uygun kullanılması kanımızca söz konusu dahi olamaz. Dolayısıyla bankaya temerrüt faizini tek taraflı olarak belirleme hakkı veren bir sözleşme hükmünün, dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanılmasından bahsedilemez. Böyle bir hüküm TBK md 27 gereği kesin hükümsüz sayılmalıdır. Dürüstlük kuralının TBK md 25 çerçevesinde genel işlem şartlarının denetimindeki rolü aşağıda (6 numaralı başlıkta) ayrıca irdelenecektir.

5. TBK md 27 Açısından Değerlendirme

Yukarıda temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkı tanıyan görüşün dayanak kavramları ele aldıktan sonra, bu başlık altında da aksi görüşün dayanağı kavramları irdelemek istiyoruz. TBK md 27'ye göre *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”*⁴⁹ Görüldüğü üzere BK md 19 ve 20'de yer alan *“kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet”, ölçütü kanunun emredici hükümlerine ölçütüne, “ahlaka (adaba) mugayir” olma ölçütü ahlaka, “umumi intizama mugayir” olma ölçütü kamu düzenine ve “şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir” olma ölçütü de kişilik haklarına aykırı olma ölçütü şeklinde yeniden ifade edilmiştir.*

⁴⁷ Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 30. Kocayusufpaşaoğlu, s. 561

⁴⁸ Kayar, s. 10

⁴⁹ Madde 19 - Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir. II- Butlan Madde 20 - Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.

Anılan ölçütlerin yoruma açık nitelikleri, özellikle de birbirlerinden ne şekilde ayrılıp uygulanmaları gerektiği konusunda bir oydaşma yoktur. Bu durum hukuk politikası ve yorumlayıcının sosyal-siyasal duruşundan bağımsız değildir.

Öte yandan, ahlaka aykırılık kavramını cinsel yaşama/eylemlere, kamu düzeni kavramı siyasal yaşama indirgenerek⁵⁰ hukuksal içerikten koparıldığı sürece BK md 19 ve 20 (TBK md 27) hükümlerinin sağlıklı bir biçimde anlamlandırılıp uygulanması olanaksızdır. Bu hukuksal içeriğin belirlenmesi ise TBK md 27'de yer alan kavramların kamu hukukundaki karşılıklarıyla beraber dinamik bir yorum anlayışıyla değerlendirilmesini gerektirir.⁵¹ Bu çerçevede bankaya temerrüt faizini tek taralı olarak belirleme hakkı veren kredi sözleşmesi hükümlerini aşağıda TBK md 27'de yer alan ve kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmış, genel ahlaka, emredici hükümlere, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırılık halleri yönünden değerlendirmeye çalışacağız.

5.1. Ahlaka Aykırılık

Ahlaka aykırılık kavramı üzerinde genel kabul görmüş bir tanım bulunmamakta, bu kavramı tanımlayan görüşler kabaca ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan biri ahlaka aykırılığın belirlenmesinde ölçüt olarak, orta düzeyde zekaya sahip, makul ve dürüst düşünen kişilerin ahlak anlayışını esas almaktadır.⁵² Bir diğer görüş ise ahlakı sosyal ahaktan tamamen soyutlanmış bir hukuki bir kavram olarak anayasa ve kanunlarda yer alan etik değerler şeklinde tanımlamaktadır.⁵³

⁵⁰ Serozan, Fahiş Faiz, s. 198

⁵¹ Serozan'ın belirttiği gibi kamu düzenine aykırılık kavramı anayasanın belirlediği temel ilkelere, bu arda sosyal devlet ilkesine aykırılık diye, ahlaka aykırılık kavramı da anayasanın benimsediği ekonomik ve sosyal etik diye algılanabilir. Serozan, Fahiş Faiz, s. 202 Serozan bunun anayasal hakların özel hukuk ilişkilerinde uygulanmasının çağdaş şekli olacağını belirtmekte, Kocayusufpaşaoğlu ise, farklı olarak burada anayasaya uygun yorum izleneceğini ifade etmektedir (s.503)

⁵² Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İÜHF Yay, İstanbul 1976, s 83

⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 552. Yazar her iki görüşün olumsuz yanlarını eleştirerek karma bir görüşü savunmaktadır. Nitekim ahlak toplumdan topluma ve aynı toplumda zamandan zamana değiştiğine göre, belirli bir ülkede belirli bir zamanda toplumun çoğunluğu tarafından benimsenen etik değer ve kurallar bütünü olarak tanımlanabilir: Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 28. Birinci yaklaşıma örnek olarak şunlar verilebilir: "Sözleşmeler bazen hukuka de-

Kanımızca hukuk disiplini açısından, ahlak kavramının “asla farklı ideolojik, dini, siyasi ya da ayırımçı birtakım eğilimlere paralel kullanılamayacak ya da yorumlanamayacak bir kavram”⁵⁴ olduğu görüşü en baştan reddedilmelidir. Bilakis, ahlak ya da genel ahlakın içeriği ideolojik, dini ve sosyal bakış açısına göre belirlenir ki, bu görecelik hali kaçınılmaz ve doğal bir sonuçtur. Nitekim hukuk yazınında yaygın olarak rastlandığı şekliyle genel ahlakın sadece cinsel hayata ilişkin çağrışımlar yapması ve sadece cinsel hayatla ilgili örneklerle karşılanması dahi tek başına bu göreceliliğin ispatıdır. Bu nedenle kesin çizgilerle belirlenemeyen ve objektif olarak kullanılması güç içeriğe sahip ahlaka aykırılık kavramının ortalama bireyin ahlak anlayışından sapan her sözleşmenin denetlenmesi değil, asgari düzeyde etik bir standardın korunması görüşünün⁵⁵ doğru olduğu kanısındayız. Nitekim tanımda bahsi geçen ortalama insanın kim olduğu, kimin tarafından belirlendiği, orta düzeyde zekaya sahip makul insan ölçütünün objektifliği ile ilgili belirsizlik, hukuksal bir kullanımı daha da zorlaştırır. Aynı doğrultuda bu ölçütün sözleşmeye çok geniş bir sınır çizdiği, sadece tarafların anlaşmalarına izin verilmeyen uç noktaları belirlediğini kabul etmek,⁵⁶ (ölçütün görece niteliği ve hukuk güvenliğinin ihlal edilmesi riski de dikkate alındığında) daha makuldür. Dolayısıyla göreceli bir ahlak kavramını, orta zekâ, makuliyet gibi tartışmaya daha da açık kavramlarla belirsizleştirmek yerine hukukun genel ilkeleri ve anayasal değerler gibi hukuksal altyapıya sahip bir içerikle belirlemek kanımızca daha makuldür.

Ne var ki, ahlaka aykırılık kavramının kullanımı, uygulamada genel ve ortak bir zemine oturmamakta, Yargıtay uygulaması da bu

ğil, ancak ahlaka uygun olmayabilir. Ahlak kuralları, hukuk kurallarından farklı olarak yazılı olmayan kurallardır. Toplumun değer yargıları ve ahlak anlayışı bir davranışın ahlaka uygun olup olmadığını tayin eder. Bu nedenle, ahlak kuralları zamandan zamana, toplumdaki topluma hatta yöreden yöreye değişirler. Sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığı, toplumun ahlak anlayışı göz önünde tutulmak suretiyle belirlenebilir Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Baskı, Ankara, 2012. s.95” Yargıtay HMK, E. 2012/11-1601, K. 2013/752, T. 22.5.2013. Ahlaka aykırılıktan kastedilen ise topluma mal olmuş ahlak kurallarıdır. Normal zekâyâ sahip, dürüst, akli başında kişilerin ahlak anlayışının kabul edilmesi gerekir başlık parası gibi çağ dışı gelenekler ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmalıdır. Oğuzman/Öz, s 85 dn 132. Hatemi, s 311

54

Ateş, s.3

55

Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s.27

56

Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s.160

konuda belirli çıkarımlar yapmayı güçleştirmektedir. Örneğin, tacirler arası cezai şartın fahiş olması halinde bu hükmün ("*Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden istiyemez*" hükmünü havi TTK md 24'e rağmen) BK md 20'ye göre ahlaka aykırı ve batıl sayılması kabul edilmektedir.⁵⁷ Buna karşın konusu suç teşkil eden sözleşmelerin konusundan bağımsız olarak aynı zamanda ahlaka aykırı olduğu yargısı⁵⁸ gayet somuttur. Bunun yanında işçinin işten ayrılması halinde aynı sektörde çalışmasını yasaklayan ve cezai şarta bağlayan sözleşmeler, kelepçeleme sözleşmesi olarak tanımlanmakta ve ahlaka aykırılık yanında BK md 19 ve 20'de yer alan diğer nedenlerle beraber ve aynı anda kullanılmakta,⁵⁹ bu durum ahlaka aykırılıkla diğer kavramlar arasındaki ilişkiyi ve birbirlerinden farkını tanımlamayı güçleştirmektedir.

Öğretide özellikle ekonomik özgürlükleri sınırlandıran sözleşmelerin sözleşme ile taahhütte bulunan kişinin ekonomik özgürlü-

⁵⁷ Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 28. "Borçlar Kanunu'nun 161/III. maddesi hükmü gereğince hâkim "fahiş" gördüğü cezaları tenkis ile mükellef ise de, kural olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca tacir olan taraflar cezanın fahiş olduğundan bahisle tenkisini isteyemezler. Ancak istisnai olarak kararlaştırılan cezanın tacir olan borçlunun iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek olması halinde Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereğince adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptali mümkündür. Nitekim bu husus Yargıtay'ın kararlılık gösteren içtihatlarıyla da benimsenmiştir (HGK'nın 20.03.1974 gün 1970/T-1053 Esas 1974/222 Karar sayılı, 11. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1982 gün 1982-2887 E.K. sayılı, Dairemizin 24.06.1992 gün 1992/5216 Esas, 1992/3281 Karar sayılı, Dairemizin 05.10.1999 gün 1999/1865 Esas, 1999/3481 Karar sayılı, 19. Hukuk Dairesi'nin 18.05.2005 gün 2004/9148 Esas 2005/5709 Karar sayılı ilamları). Yargıtay 15. HD., E. 2009/1814, K. 2010/1643, T. 23.3.2010

⁵⁸ "Tefeciliğe konu olan sözleşmenin, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m.19/II, 20/I. maddeleri kapsamında kanuna ve bu arada ahlaka aykırı olduğu konusunda kuşku ve duraksama bulunmamaktadır." Yargıtay HGK, E. 2013/19-1362, K. 2015/826, T. 18.2.2015

⁵⁹ "Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyumsuzluğa uygulanması gereken 818 sayılı Kanun'un 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmaması bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hükümdür. Dolayısıyla buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir." Yargıtay 11. HD., E. 2014/6520, K. 2014/12577, T. 1.7.2014

ğünü yok etmesi veya ağır şekilde kısıtlaması halinde ahlaka aykırı kabul edildiği dikkat çekmektedir.⁶⁰ Konumuzla ilgisi nedeniyle Sungurbey'in genel kredi sözleşmelerinde yer verilen kurullarla, bankalara faiz oranlarını tek taraflı artırma yetkisi hakkındaki görüşlerini burada özellikle zikretmek gerekmektedir. Yazara göre bu hükümler, bankaya tek yanlı olarak, diledikleri kadar artırma yetkisi vererek, banka müşterisi sanayici ve tüccarın iktisadi varlığının yok olması tehlikesi yaratacak biçimde mutlak surette bankaların keyfine bağlı tutmakta, tüccar ve sanayicileri bankaların vesayetine sokmakta ve iktisadi faaliyet hürriyetinin kullanılmasını felce uğratan bir nitelik taşımaktadır. Bu hükümler, BK md 19 ve 20 gereğince hem kişilik haklarına hem de ahlaka aykırı olduğundan batıldır.⁶¹

Eren daha dar bir çerçevede, sözleşmenin taraflarından birinin hukuki veya fiili tekel durumunda bulunması halinde, güçlü ve üstün durumunu kullanarak edimler arasında büyük oransızlığa sebep olmasının gabin dışında bir olgu sayılarak ahlaka aykırı olarak nitelenmesi gerektiği görüşündedir.⁶² Kocayusufoğlu, ise "Türk hukukunda banka kredi sözleşmelerinde bankalara sözleşmede yer alan faiz oranlarını sonradan herhangi bir sınıra bağlı olmaksızın tek taraflı olarak istedikleri kadar artırma" yetkilerinin tanınmasının ahlaka aykırı olduğu BK md 19 ve 20 gereğince hükümsüz sayılması gerektiğini belirtmektedir.⁶³ Ancak Eren'den farklı olarak ahlaka aykırılık sonucuna varmak için taraflardan birinin tekel olması şartını aramakta, herhangi bir tarzda gerçekleştirilecek fiili üstünlükle, iş hayatının gerekleri ile bağdaşmayacak ve karşılıklı edimler arasında ağır bir

⁶⁰ İsmet Sungurbey/ Selim Kaneti, Medeni Hukuk Sorunları, 3. Cilt, İÜHF Yay. İstanbul 1976, s. 179

⁶¹ Sungurbey/Kaneti, s. 186-187 İsmet Sungurbey, Türkiye'de Bankaların İç Yüzü, Çorlu Devrim Gazetesi yay, Çorlu 1994, s. 46-50

⁶² Eren, s. 326

⁶³ Kocayusufoğlu, s. 561. Kuntalp (s.101), bankaların tek taraflı faiz belirleme yetkisinin ahlaka aykırı olmadığı iddiasını gerekçelendirmeye çalışırken, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 25. maddesi ile (faizi de içeren) sözleşme değişikliklerinin düzenlendiğin, sözleşmede değişiklik yapma yetkisi ahlaka aykırı olsaydı böyle bir yetkinin bu kanunda da düzenlenmemiş olmasının gerekeceği savunmuştur. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere kredi kartları belirli dönem sonlarında hesap kesimi yapılan, belirsiz süreli bir ilişki niteliği taşır. Belirsiz süreli sözleşmelerde, üstelik izleyen dönemde ilişkiye devam mecburiyeti de bulunmazken, bu faiz artırımının hukuka aykırı hiçbir yönü yoktur.

denge-sizlik yaratacak bir istismarı yeterli saymaktadır.⁶⁴ Oğuzman/Öz tarafından verilen örnekler ise sözleşmenin bir tarafın ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kılması, bir tarafı diğerinin keyfi davranışını tabi kılması ve aşırı bir süre bağıllık yaratmasıdır.⁶⁵

Kanımızca öğre-tideki bu bakış açısının aşgari ortak noktası, üstün konumundan faydalanan tarafın zayıf olan tarafı kendi aleyhine taraflar arasındaki dengeyi ağır bir biçimde bozan hükümleri kabul etmeye zorlamasının ahlaka aykırı olduğudur. Bu açıdan bakıldığında bankaların kredi müşterileri karşısında fiili üstünlüklerini kullandıkları ve müşteri aleyhine ağır bir edim dengesizliği yarattığı görülmektedir. Dolayısıyla sektörel bir uygulama olarak ticari kredilerde uygulanacak temerrüt faizinin bankaların inisi-yatifine bırakılmasının ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımını gerektirdiği söylenebilir.

Serozan irade özerkliğinin sözleşmenin taraflarından birinin aleyhine çö-kertilerek serbest pazarlık imkanının ortadan kaldırılması halinde güçlü olan tarafın kamu düzeni ve ahlaka aykırılık kavramları kullanılarak sınırlandırılması gerektiğini belirterek⁶⁶ ahlaka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık kavramlarını bir arada kullanmaktadır. Kanımızca her iki kavramın da kullanılması mümkün olmakla birlikte, bankaların tek taraflı faiz belirleme hakkına sahip olmaları, aşağıda ele alacağımız kamu düzenine aykırılıkla, ahlaka aykırılığa oranla daha sıkı bir ilişki içermektedir.⁶⁷

⁶⁴ Ne var ki Kocayusufpaşaoğlu da (s. 558), Kostakoğlu ile aynı yönde bir değerlendirme yaparak bankanın faiz artırımını borçluya bildirmemesi ve faiz artırımını geriye dönük uygulaması halinde söz konusu olacağını, aksi takdirde MK md. 2 kapsamında bir denetimin yeterli olduğu görüşünü savunmaktadır.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, s. 87

⁶⁶ Rona Serozan, Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Giderilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000, s.1019

⁶⁷ Aynı şekilde öğre-tide ahlaka aykırı sözleşme örneği olarak verilen bazı diğer sözleşme örneklerinin de ahlaka aykırılıktan ziyade başka ölçütlerle bağının daha sıkı olduğu kanısındayız. Daha objektif sonuçlara ulaşmak için emredici kurallara aykırılık halinde ahlaka aykırılık ölçütüne başvurulmaması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim Tekinay'ın (s. 576) da örnek verdiği para karşılığı bir kimseye kadın bulmak suçtur. Bir başka deyişle emredici kurallara aykırı olduğundan hükümsüzdür. Kocayusufpaşaoğlu tarafından da (s.555) para karşılığı cinsel ilişki sözleşmesi ise kişilik haklarına aykırı olduğu için hükümsüzdür. Bu nedenle kanımızca cinsi münasebette bulunmak ahlaka aykırılık değil, kişilik haklarının aykırılık nedeniyle hükümsüzdür.

5.2. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık Açısından Değerlendirme

TBK md 27'ye göre kesin hükümsüzlük sonucunu doğuracak bir diğer neden, emredici hukuk kurallarına aykırılıktır. Belirtmek gerekir ki, genel kredi sözleşmelerinde bankalara borçlunun temerrüdü halinde verilen tek taraflı faiz belirleme hakkı verilmesini doğrudan yasaklayan emredici bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bununla beraber kişinin hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüğünden vazgeçemeyeceğini düzenleyen TMK md 23 kapsamında bir değerlendirme yapılması mümkündür. Ancak TBK md 27'de **kişilik haklarına aykırılık**, emredici hukuk kurallarına aykırılıktan ayrı bir neden olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle konunun bağımsız olarak düzenlenen kişilik haklarına aykırılık başlığı altında incelenmesi gerekecektir. Buna göre kişilik haklarına aykırı nitelikteki bir sözleşme hükmü, dolaylı olarak aynı zamanda emredici hukuk kurallarına da aykırı olacaktır.⁶⁸

5.3. Kişilik Haklarına Aykırılık Açısından Değerlendirme

1982 AY md 12, soyut olarak herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu düzenlerken, TBK md 27 bu hükmü sözleşmeler hukuku açısından somutlaştırarak kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin hükümsüz olacağını düzenlemektedir. *"Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz"* hükmünü içeren TMK md 23/2 de AY md 12'nin norm alanı çerçevesinde bir somutlaştırma işlevi üstlenmektedir.

Öte yandan kural olarak her sözleşmenin, tarafların kullanabilecekleri haklar için bir sınırlama getirdiği ve bazı hususlarda sözleşmenin karşı tarafına tek taraflı inisiyatif kullanma hakkı tanınmasının mümkün olabileceği düşünüldüğünde, TMK md 23/2'nin hangi hallerde uygulanabileceği sorusu akla gelir. Eldeki sorun özelinde, TMK md 23/2 hükmünde geçen "ahlaka aykırılık" ölçütüne başvurulması anlamlı değildir. Zira ahlaka aykırılık TBK md 27'de zaten vardır. Aynı şekilde hukuka aykırılık da eldeki sorun açısından somut bir çerçeve çizmemekte, TBK md 27'de yer alan diğer ölçütlere aykırılık zaten

⁶⁸ Nil Karabağ Bulut, Medeni Kanun'un 23. maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 12 Levha, İstanbul 2104, s. 15

hukuka aykırılık sonucu doğuracağından, aradığımız özel ve nesnel ölçüt bu kavramdan da elde edilememektedir. Bu durumda TMK md 23 hükmü açısından yapılabilecek en kapsayıcı ve doyurucu yorum, hükmün karar verme özgürlüğünden vazgeçilmesini yasakladığıdır.⁶⁹

TMK md 23/2 hükmünde geçen, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği kuralı üzerinde de durmak gerekir. Kişinin iktisadi faaliyet özgürlüğü de kişilik haklarından biri olarak kabul edilebilir.⁷⁰ Kredi borçlusu, imzaladığı sözleşme ile kredi alacaklısına -aynı zamanda kendi ekonomik özgürlüğünü sınırlayan- birtakım haklar tanımış olmakta yeni bir statü oluşmaktadır. Dolayısıyla kişinin ekonomik özgürlüğünden vazgeçemeyeceği kuralı, salt belirli edimleri üstlenme ya da karşı tarafa bazı haklar tanıma durumunda değil, oluşan bu yeni statüde ekonomik özgürlüğün ortadan kalkacak şekilde sınırlanması halinde uygulanabilecektir.⁷¹ Borçlunun ekonomik özgürlüklerinden vazgeçmiş olup olmadığı her bir somut olay özelinde değerlendirilmeli, sözleşme ile karşı tarafa tanınan bu inisiyatif ve oluşan bağlılık ilişkisi irdelenmelidir. Yapılacak değerlendirmede, sözleşmeyle taraflardan birinin diğer sözleşen tarafın keyfi tutumuna teslim edildiği tespit edildiğinde aykırılık sınırının aşıldığı sonucuna ulaşılmalıdır.⁷²

TMK md 23'ün ve dolayısıyla TBK md 27'de yer alan kişilik haklarına aykırılık ölçütünün ekonomik boyutunun uygulamada Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce özellikle personelin işten ayrılması halinde aynı bölgede belirli bir süre çalışmasını yasaklayan ve cezai şart yaptırımına bağlayan sözleşmelerle ilgili ihtilaflarda uygulandığı görülmektedir. Nitekim bu durumda, bir kelepçeleme sözleşmesi ile vazgeçilemeyeceği anayasal çalışma hakkı ihlal edilmektedir.⁷³

⁶⁹ Kırkbeşoğlu, s. 177-178

⁷⁰ İsmet Sungurbey, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz oranlarının Geçmişe Dönük Olarak Diledikleri Oranda Arttırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd, İstanbul 1994, s.13

⁷¹ "Ferdin şahsi veya iktisadi hürriyetini kabul edilemeyecek derecede ağır bir takyide tabi tutan mukaveleler adaba muhaliftirler. Esasen her mukavele ferdin hürriyetini az çok takyit eder. Demek ki kaideten hürriyetin takyidinde bir haksızlık yoktur, fakat bu takyit borçlunun hürriyetini nezederek onu alacaklısının mutlak surette iradesine tabi bir hale getiremez" Esat Arsebük Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1950, s. 352,353

⁷² Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 26 Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 150

⁷³ "Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyuş-

Öğretide Akyol, genel kredi sözleşmelerinde temerrüt faizini belli bir oran eklenerek belirlenmesi uygulamasını aynı şekilde kelepçe hükümlere örnek göstermektedir.⁷⁴ Bunun kişiliğin korunmasına ilişkin TMK md 23 kapsamında sözleşmenin güçlü tarafının bu egemenliğini karşı tarafa dayatması ve zayıf tarafın kişiliğini, ekonomik varlığını ve toplumdaki şerefini özgürlüğünü zedelendiğini belirtmektedir.⁷⁵

Bu çerçevede, genel kredi sözleşmesi eliyle temerrüt faizinin bankanın inisiyatifine bırakılması da, kredi borçlusunun sözleşmeyle bankanın keyfi tutumuna teslim edilmesi anlamına gelmektedir. Zira burada söz konusu olan sorun, sözleşmeyle fahiş ama belirli bir faiz oranının belirlenmesi değildir. Burada söz konusu olan daha da vahim bir biçimde uygulanacak faiz oranının tamamen bankanın inisiyatifine bırakılmasıdır. Sözleşmede kararlaştırılan faiz oranının fahiş olup olmadığı tartışılabilir ve objektif bir sonuca ulaşılamayabilir. Ancak her halükarda yüksek de olsa kredi borçlusu tarafından bilinen bir oran vardır. Kredi borçlusunun ne olduğu/olacağını bilmediği ve bu konudaki kararı tamamen kredi alacaklısına bıraktığı bir sözleşme hükmü bu nedenle fahiş bir oran içeren sözleşme hükmünden farklıdır. Bu durum kredi borçlusu açısından bilinemeyecek/öngörülemeyecek bir borcun altına sokmakta, ekonomik özgürlüğü tamamen ortadan kaldırmakta, kişilik haklarına aykırı olmanın yanı

mazlığa uygulanması gereken 818 sayılı Kanun'un 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının daha önce çalıştığı ilçede sözleşmenin sona ermesinden sonra 2 yıl süre ile mesleğini icra edememesi bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bu hüküm ve dolayısıyla da buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir." Yargıtay 11. HD., E. 2012/17736, K. 2013/9814, T. 13.5.2013. "Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca herkes çalışma hürriyetine sahip olup uyumsuzluğa uygulanması gereken 818 Sayılı Kanununun 19, 20, 155, 161 ve TMK'nın 23. maddeleri karşısında davalının sözleşmenin sona ermesinden sonra 3 yıl süre ile aynı alanda faaliyet gösteren bir başka şirkette hiçbir görevde çalışmaması bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bir hükümdür. Dolayısıyla buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir." Yargıtay 11. HD., E. 2014/6520, K. 2014/12577, T. 1.7.2014

⁷⁴ Şener Akyol, Banka Sözleşmeleri (Ord. Prof. Kemalettin Birsnel'e Armağan), İstanbul 2001, s. 107

⁷⁵ Akyol'a göre, genel kredi sözleşmelerinin kredi müşterilerini sözleşme kurulduktan sonra faizi (...) yükseltmek hakkını bankaya bırakmaya, yine bankaya hiçbir yasal, haklı, önemli sebep olmadan böyle bir sebebin varlığını ileri sürmek ve ispat etmek yükümü olmadan kredi ilişkisini kesmek hakkını vermesinin, ahlaken kabul edilebilir bir durum olmadığını ve BK md.19/20 gereği batıl addedilmesi gerekir. Akyol, s. 114

sıra kamu düzenine aykırılık açısından da ayrı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

5.4. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzeni çerçevesinde bir değerlendirme yapmanın en zor yanı, bu kavram üzerinde bir oydaşmanın bulunmamasından kaynaklanır. Son olarak bir İctihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında *"Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İلمي açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen -toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü- olarak"* tanımlanmıştır.⁷⁶

Kamu düzeni kavramı ile yapılabilecek müdahalenin alanının genişliği, kavramın yoruma açıklığı ve değişkenliğinin de ⁷⁷ etkisiyle, öğretilerde kamu düzeni kavramının iki farklı şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Bir görüş kamu düzeni ve ahlaka aykırılık gibi halleri emredici hükümlere aykırılık üst başlığı altında tanımlamakta, böylelikle emredici kurallara aykırılık ile hukuka aykırılığa aynı anlamı vermektedir. Diğer bir görüş ise kamu düzenini emredici hükümlere

⁷⁶ Yargıtay İBGK E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.2.2012. Tırnak içindeki tanımlama daha önce Hatemi, (s. 43) tarafından da yapılmıştır. Öte yandan bu kararın izleyen sınırlarında kamu düzenine kavramının kapsamı o kadar geniş çizilmiştir ki, bu tanımlama kavramı somutlaştırmak yerine daha da belirsizleştirmiş, dahası adap ve ahlak anlayışı kavramı BK 19-20 ve TBK 27 maddelerinin aksine kamu düzeninin bir alt alanı gibi gösterilmiştir: *"(İ)ç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir."*

⁷⁷ Eren, s. 320. Kocayusufpaşaoğlu, s.546. Oğuzman/Öz kamu düzenini, kamu çıkarıyla özdeşleştirerek, Zamanla içeriği değişebilir Türk Parasını Koruma Mevzuatının yabancı para bulundurulmasını yasakladığı dönemde kamu düzeni sınırlayıcı bir yönde, kısıtlamalar kaldırılınca kamu düzeni serbestlik yönüne dönmüştür s. 83

aykırılık ölçütünden bağımsız olarak pozitifleşmemiş hukuksal değerleri kapsar nitelikte görmektedir.⁷⁸

Birinci görüşü savunan Hatemi, kamu düzeni kavramına belirli bir içeriğe oturtmak için pozitif hukuk kuralları dışında bir kamu düzeni kuralı olamayacağını, bunların da sadece emredici kurallar olabileceğini savunmuş, emredici olduğu lafzından anlaşılamayan hükümlerin ise anayasadan çıkan kıstaslara göre yorumlanıp emredici olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁷⁹

Kamu düzeninin emredici hukuk kurallarından ibaret sayılması nesnellik ve hukuk güvenliği açısından haklı bir gerekçelendirme olmakla beraber, (tıpkı BK md 19 ve 20'de olduğu gibi) TBK md 27'de de kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarına aykırılık kavramlarına ayrı ayrı yer verildiği görülmektedir. Bu durumda en azından mevcut pozitif hukuk açısından kamu düzeni kavramının emredici hukuk kurallarına aykırılık kavramından farklı bir içeriği olduğunun kabulü zorunludur.⁸⁰ Aksi takdirde -BK md 20 ve TBK md 27'de bir kesin hükümsüzlük (butlan) nedeni olarak emredici hükümlere aykırılık yanında ayrıca neden bir de ahlaka aykırılık terimine yer verildiği-sorusu cevapsız kalır.⁸¹ Bu durumda - kamu düzenini emredici hu-

⁷⁸ Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 184-185. Dar anlamda kamu düzeni kavramı emredici pozitif hukuk kurallarının ihlali anlamına gelmekte, kamu düzenine aykırılık hangi hükmün emredici olduğunu belirlemeye yaramaktadır. Geniş anlamda kamu düzeni ise sözleşmenin içerik denetiminde bağımsız olarak kullanılabilen sadece kamu hukuku menfaatlerini değil toplumun genel menfaatlerine de dokunan özel hukuk hükümlerini kapsamaktadır: Ateş, s. 154- 156 Eren, s. 320. Kılıçoğlu ise kamu düzenine aykırılığın aynı zamanda hukuka aykırılık oluşturacağını, ancak hukuka aykırı olmayan kamu düzenine aykırılık halleri olabileceğini, bir sözleşmenin hukuka uygun olmakla beraber kamu düzenine aykırılık taşıyabileceğini belirtmektedir. Yazara göre kanun koyucu kamu düzenine aykırı bir durumu yasaklamamış olabilir. Ancak kamu düzeni ölçütü bu tip durumlarda devreye girecek ve hukuka uygun olduğu halde kamu düzenine aykırı nitelik taşıyan sözleşme hükümsüz sayılabilecektir. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı Turhan, Ankara 2014, s. 100

⁷⁹ Yazar, Anayasaya göre temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilirdiğinden hareketle, kanunun emredici olup olmadığı da yine anayasanın sözüne ve ruhuna göre yorumlanması gerektiği sonucuna varmaktadır. Hatemi, s. 39-42

⁸⁰ Dolayısıyla Kocayusufoğlu'nun da belirttiği üzere pozitif hukuk kuralları, kamu düzeni ölçütünün sadece bir kısmını oluşturur (s. 547-548)

⁸¹ Oğuzman/Öz, s. 83

kuk kurallarıyla özdeşleştiren yaklaşımın hukuk güvenliğine ilişkin kaygılarının haklılığı göz ardı edilmeksizin- kamu düzeni ölçütünün içeriğinin mümkün olan en nesnel şekilde doldurulması ve çalışmaya konu sorun açısından uygulanabilirliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Hukuksal bir değerlendirmede kamu düzeninin, hukuk düzeni olarak anlaşılması ve bu kavramla korunan hukuksal menfaatin de bir bütün olarak hukuk düzeni şeklinde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle kamu düzeninin, zaten aynı düzenlemede yer verilmiş olan emredici hukuk kurallarından tamamen farklı bir anlam taşıması gerektiği, bu anlamın da, hukuk düzenin (doğrudan ve açıkça yazılı olması beklenemeyecek) temel değer yargıları olduğu düşünülmelidir.⁸² Keza anayasal hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanında uygulanabilirliğinin sağlayacak en önemli hukuksal araç kamu düzenine aykırılıkla ilgili düzenlemelerdir.⁸³ Özellikle anayasal düzeyde koruma gören bir menfaatin yasal düzeyde yeteri açıklıkta korunmamış olması halinde, bu menfaate ilişkin koruma kamu düzeni kavramı şemsiyesi altında sağlanacaktır.⁸⁴

Konunun bu çerçevede değerlendirilmesi halinde karşılaştığımız ilk sonuç bankaların sözleşme ile elde ettikleri tek taraflı faiz belirleme hakkının Türk hukuk düzeninde özel hukuk kişilerine tanınan statüyle bağdaşmaz nitelikte olduğudur. Zira Türk hukuku, kamu hukuku - özel hukuk ayrımını esas almakta, bu ayrımın temelinde özel hukuk işlemlerinin karşılıklı rızaya dayanması, kamu hukuku işlemlerinin ise tek yanlı olarak yapılabilmesi yatmaktadır. Bu ayrım doğrudan bir pozitif dayanağı olmamakla beraber hukuk sistemimizin ve anayasal düzenimizin temelini oluşturur. Anayasal terimlerle ifade etmek gerekirse, kamu gücünü kullanarak tek taraflı işlem yapan taraf kendisine kanunla tanınmış bir yetkiyi kullanmakta iken, karşılıklı rızaya dayalı

⁸² Atamer, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 33

⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 549. Serozan da aynı görüşü savunmakla beraber, kamu düzeni ölçütünün yanına ahlaka aykırılık ölçütünü de zikretmektedir. (Sözleşmeden Dönme, s. 204)

⁸⁴ Atamer de BK döneminde yazdığı eserinde (Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, s. 38), tüketicinin korunmasında olduğu gibi tacirlerin genel işlem şartlarına karşı korunmasında kanun koyucu bir yasal düzenleme yapana kadar içerik denetimde asli denetim ölçütünün kamu düzeni olması gerektiği görüşündedir

hukuki işlemler yapan özel hukuk kişilerinin kullandığı, bir “yetki” değil bir “hak”tır. Faiz oranının belirlenmesi ise tek taraflı olması halinde bir hak değil yetki kimliği taşımaktadır.

Nitekim özel olarak temerrüt faizin belirlenmesine ilişkin devlet işlemleri düşünüldüğünde kamu alacağına uygulanacak faizin, gecikme zammı adıyla 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51. maddesiyle belirlendiği görülmektedir. Buna göre, *(a)mme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olun(acağı) düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkili kılınmıştır. Son olarak 19/10/2010 tarihli ve 27734 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 12/10/2010 tarihli ve 2010/965 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki Kararın 1 inci maddesiyle, birinci fıkrada yer alan gecikme zammı oranı her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere %1,40 olarak belirlenmiştir.*

Görüldüğü üzere alacaklarına uygulayacağı temerrüt faizini tek taraflı olarak belirleme yetkisine sahip devletin hangi oranı uygulayacağı dahi bir kanunla önceden düzenlenmiştir. Bir kamu tüzel kişisi olarak Devlet dahi uygulayacağı faizi erişilebilir ve öngörülebilir bir biçimde belirleyip ilan ederken, bankaların tamamen kendi takdirlerinde olacak şekilde temerrüt faiz oranını kendileri belirlemesi Türk hukuk sistemine temelden aykırıdır. Temerrüt faizinin tek taraflı yükseltilmesi de yine bir kamu hukuku ayrıcalığı olarak sadece devlete aittir.

Daha da ilginç bu yöndeki kredi sözleşmelerinde ölçüt belirli bir kredi türüne uygulanan faiz oranı değil, kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek faiz oranı olarak zikredilmektedir. Bu durumda çok yaygın olarak kullanılmayan bir kredi tipinde diğer kredi tiplerine göre çok yüksek bir faiz belirlemek (örn. ihracat kredisinde %20 akdi faiz uygularken, nispeten çok daha dar bir portföye sahip kurumsal kredi kartlarında %60 akdi faiz uygulamak) ve düşük akdi faizli kredi borçlusu temerrüde düştüğünde, temerrüt faizini yüksek kredi faizine

göre (örneğin kredi sözleşmesi gereği en yüksek akdi faiz %60'a bunun yarısını ilave ederek temerrüt faizini %90 gibi) çok yüksek bir oran olarak belirleme mümkün hale gelmektedir.

Bu durum özel hukuk ilişkilerinde de esas olması gereken eşitlik ilkesinin (AY md 10) taraflardan birinin sahip olduğu finans gücünü kullanarak ihlali, bunun sektörde yaygın bir uygulama olması ve kredi müşterisinin sözleşme özgürlüğünün (AY md 48) özüne dokunacak ölçüde kısıtlanması anlamına gelmektedir. Oysa anayasal açıdan bir özel hukuk kişisi olan bankanın böyle bir yetkisi yoktur. Aynı şekilde kişilerin öngöremedikleri bir faiz yükü altına sokulması ve devletin yargı eliyle bu hukuka ve adalete aykırı uygulamaya karşı bir koruma sağlamaması, hukuk düzenine karşı da güvensizlik doğurmaktadır. Hukuk devletinin (AY md 2) bir unsuru olan öngörülebilirlik ve belirlilik sadece devletin kendi işlemleri için uyması gereken ve negatif edim yükleyen bir ilke değildir. Devletin (AY md 5 gereği) kişi önündeki (sadece devletten kaynaklanmayan tüm) ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma görevi kapsamında hukuk normları ve yargı erki eliyle müdahalesini gerektirir. Dolayısıyla tüm bu anayasal ilkelerin ihlali ile bankalara temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkı tanınmasına ilişkin sözleşme hükümleri kamu düzenine aykırı olduğu görülmektedir. Kanımızca TBK md 27'de yer alan ölçütler içinde bankalara temerrüt faizini tek taraflı olarak belirleme yetkisi veren kredi sözleşmesi hükümlerinin kesin hükümsüz (batıl) olmasının en tipik nedeni kamu düzenine aykırılıktır.

6. Genel İşlem Koşulu Yönünden Değerlendirme

TBK md 27'de yer alan ve yukarıda ele aldığımız ölçütler tüm sözleşmeler için uygulanabilir niteliktedir.⁸⁵ Bununla beraber, çalışmamıza konu temerrüt faizine ilişkin genel kredi sözleşmesi hükümlerinin TBK md 20'de yapılan "*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*" tanımı çerçevesinde aynı zamanda genel işlem koşulu niteliği taşıdığı görül-

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 40-42. Yeşim Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, s. 12

mektedir. Bu nedenle sorun TBK md 27 yanında, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeleri içeren md 20-25 çerçevesinde de değerlendirilecektir.

TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin denetimi, yürürlük ve içerik olmak üzere iki ayrı türde karşımıza çıkmaktadır.⁸⁶ Bunlardan yürürlük denetimi, TBK 21/1'de düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine girip girmediğini konu alır. İlgili hükme göre, "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır".

Temerrüt faizine ilişkin bir sözleşme hükmünün, genel kredi sözleşmesinin niteliği ve kredi sözleşmesi ile ilişkisi dikkate alındığında işin özelliğine yabancı olmadığı ve dolayısıyla ikinci fıkra hükmünün uygulanamayacağı açıktır. İlk fıkra hükmüyle ise karşı tarafça içeriğinin öğrenilmesi için gerekli imkânın sağlanması ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi gereği aranmakta, müşteriye bilgi verilmesi ve müşterinin de bu içeriği kabulü halinde herhangi bir yaptırım öngörülmemekte, sözleşme hükmü içerik yönünden irdelenmediği için herhangi bir hukuka aykırılık doğmamaktadır.⁸⁷

İkinci denetim türü olan içerik denetimi ise aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunduğu anlaşılan TBK'nin 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlardan özel hüküm olan TBK md 24'e göre,

⁸⁶ Atamer, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 4 Bazı yazarlarca ayrı bir denetim türü olarak yorum denetiminden bahsedilse de Havutçu tarafından belirtildiği üzere yorum, bir denetim türü değildir. Ayşe Havutçu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2011, S. 2, s.46. Kaldı ki genel işlem şartlarının yorumuna ilişkin TBK md 23'e göre: "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır". Yukarıda örneklerini verdiğimiz genel kredi sözleşmesi hükümleri ise temerrüt faizinin ne şekilde hesaplanacağı konusunda bir tereddüt yaratmamaktadır.

⁸⁷ Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 28

“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.” Düzenleme ilk bakışta çalışmamıza konu soruna da uygulanabilirmiş gibi gözükmektedir. Oysa hükmün yasakladığı husus tam olarak genel işlem koşulları ile sözleşmede tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkı tanınmasıdır. Dolayısıyla özellikle geçmişte daha çok rastlandığı ve tartışıldığı üzere, alacaklı bankanın kredi sözleşmesinde belirlenmiş faiz oranını tek taraflı olarak artırılabileceğine ilişkin hükümler TBK md 24’ün norm alanına girmekte ve yasaklanmaktadır. Oysa çalışmamıza konu olan sorun, bir sözleşme hükmünün değiştirilmesi ya da yeni bir hüküm koyma hakkının tek taraflı olarak bankaya tanınması değil, temerrüt faizi oranının belirlenmesi hakkının ileriki bir tarihte kullanılmak üzere tamamen alacaklı bankaya bırakılmasıdır. Bu halde baştan belirlenmiş bir oran olmadığından, bankaya tanınan temerrüt faizini belirleme hakkının sözleşmede bir değişiklik sonucunu doğurmayacağı görülmektedir. Dolayısıyla sorunun çözümünde TBK md 24 uygulanamaz. Bu sonuç temerrüt faizine ilişkin bankaya verilen tek taraflı belirleme hakkının, hukuka aykırılığı aşma yönünde ne kadar nitelikli ve incelikli bir fikri çabanın ürünü olduğunu da göstermektedir.

Soruna içerik denetimi için genel hüküm niteliğindeki TBK md 25 açısından baktığımızda karşılaştığımız düzenleme şudur: *“Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”* Bu durumda içerik denetiminde kullanılacak ölçüt dürüstlük kuralı olarak belirlemekte ve kaçınılmaz olarak TMK md 2/II hükmünün genel işlem koşulları yönünden ne şekilde yorumlanması gerektiği sorusu belirlemektedir. Her şeyden önce dürüstlük kuralına uygun kullanım ya da kötüye kullanma yasağına konu olanın, sözleşme yapma hakkı olduğu düşünülmelidir.⁸⁸ Nitekim burada söz konusu olan temerrüde düştükten sonra kullanılan bir faiz talep hakkı değil, sözleşme aşamasında henüz gerçekleşmemiş bir temerrüt halinde hesaplanacak faiz oranının bankanın inisiyatifine bırakılmasına ilişkin sözleşme yapma hakkıdır. Bu açıdan bakıldığında Altop’un da dikkat çektiği üzere TBK

⁸⁸ Muzaffer Şeker, Yazılmamış Sayılma, 12 Levha, İstanbul 2015, s.112

ile getirilen yenilik, dürüstlük kuralının genel işlem şartları özelinde bir daha düzenlenmiş olmasıdır.⁸⁹ Bu düzenlemeden beklenen fayda ise dürüstlük kuralına ilişkin denetimin, yukarıda (4 nolu başlık) dikkat çekildiği üzere, bankanın taraflı değiştirdiği faiz oranının emsal banka faizlerinden aşırı ölçüde farklı **olup olmaması değil, bankanın kredi sözleşmesine temerrüt** faizi oranını kendi inisiyatifine bırakan bir hüküm koymalarının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığıdır.

Bir diğer soru işareti, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını belirlenmesinde yarayan ölçütlere ilişkindir. Nitekim dürüstlük kuralı/kötüye kullanma yasağı zaten TMK md 2 hükmü ile tüm sözleşmelerde uygulanabilecek bir biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla salt dürüstlük kuralından bahsedilmiş olması, buna karşın dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediği belirlemeye yarar somut ölçütlere yer verilmemesi çözümü belirsizleştirmektedir. Bu durumda dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediği somut olayın niteliğine göre ve tarafların konumları özellikle bir tarafın diğer taraf üzerinde hâkim olup olmadığı, konulan hükmün emsal sözleşmelerde uygulanmasının alışlagelmiş olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurularak belirlenecektir.⁹⁰

Belirtmek gerekir ki, düzenleyici bir işlemin uygulanışının herhangi bir ölçüt öngörülmezsizin somut olayın koşullarına göre belirlenmesi hukuksallıktan uzaklaşma sonucunu doğurur. Keza salt taraflar arasındaki hakimiyet ilişkisinin de sektöre hakim olan emsal uygulamaların da sağlıklı bir içerik denetimini sağlaması olanaksızdır. Bu nedenle Atamer'in de ortaya koyduğu üzere, sözleşme niteliğine önemli ölçüde aykırı bir hak ve borç dağılımı öngörülmesini dürüstlük kuralına aykırı sayan Türk Ticaret Kanunu md 55/f hükmü dikkate alınması⁹¹ daha berrak bir bakış açısını ve daha nesnel

⁸⁹ Atilla Altop, "Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler", İzmir Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 2, s. 34 Bu açıdan BK döneminde de dürüstlük kuralına dayanılarak sözleşme içeriğinin denetlenmesi mümkün iken Yargıtay bunun yerine bankanın talep ettiği faizin oranıyla sınırlı bir denetim yapmıştır. Oysa yine aynı seminerde Haluk Burcuoğlu tarafından belirtildiği üzere (s. 34) %1375 oranında faiz tahakkuk ettiren banka aleyhine bu faiz oranının %375'e indirilmesi sözleşme hakkının kullanımı açısından bir dürüstlük kuralı denetimi değildir.

⁹⁰ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı Turhan Yay, Ankara 2016 s. 136

⁹¹ Atamer, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, s. 43-45 Atamer TBK md 25'in TTK md 55 yanında Tüketicinin

bir değerlendirmeyi olanaklı kılar. Bu açıdan bakıldığında, bir kredi sözleşmesi ilişkisinde, temerrüt faizini belirleme hakkının tek taraflı olarak alacaklıya bırakılması hak ve borç dağılımı açısından sözleşme içeriğine önemli ölçüde aykırılık oluşturmaktadır.

Bunun yanında çalışmaya konu sorun açısından bakıldığında, TBK md 27'de belirlenen hukuka aykırılık hali, TBK md 25'in gerekçesinde de belirtildiği üzere nitelik olarak genel işlem şartlarının doğurduğu hukuka aykırılığa oranla daha ağırdır.⁹² Bu nedenle TBK md 27'ye aykırılığını yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız sözleşme hükümlerinin TBK md 25'e de aykırı olduğu söylenebilecektir.

7. Sorun Kesin Hükümsüzlük Yaptırımı ile Çözümlenmelidir

Temerrüt faizinin belirlenmesi hakkını tek taraflı olarak alacaklı bankaya veren sözleşme hükümleri TBK md 27 ve md 25 hükümlerine ayrı ayrı aykırıdır. Öte yandan hukuka aykırılığın dayanağını oluşturan TBK'nin her iki hükmü de sonuç olarak kesin hükümsüzlük yaptırımına işaret etmektedir. Ancak bu kesin hükümsüzlüğün kapsamının da belirlenmesi gerekir. TBK md 27/2, "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur" düzenlemesi gereği, bu kesin hükümsüzlük halinin sözleşmenin tamamı üzerinde bir sonuç doğurmayacak, sadece temerrüt faizinin belirlenmesine ilişkin hüküm etkileyecektir. Ancak bu etkinin sınırları da tartışmaya açıktır.

Kesin hükümsüzlük temerrüt faizine ilişkin tüm düzenlemenin ve hatta sözleşmenin tamamının mı yoksa sadece bir kısmının hükümsüzlüğüne mi yol açacaktır? Somut bir örnek üzerinden gidilecek olursa, "Kredi Alan, işbu Sözleşme ve diğer Finansman Belgelerinden doğan borçları gününde ödemediği takdirde, temerrüdün doğduğu tarihten bunla-

Korunması Hakkında Kanun'un md 6 hükmü de dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.

⁹² "Maddede, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı belirtilmektedir. Maddede yapılan düzenleme ile, ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretilerde dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır."
<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>

rı Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce veya Banka tarafından ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50'sinin ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden temerrüt faizi ve onun gider vergisini ödemeyi kabul ve taahhüt eder” hükmünün tamamı mı yoksa, temerrüt faizinin sadece banka tarafından belirlenmesini sağlayan kısmı mı kesin hükümsüz sayılacaktır?

Kısmi hükümsüzlük kavramı çerçevesinde,⁹³ TBK md 27/2 hükmü hem alacaklı banka hem de kredi borçlusu açısından TMK md 2'deki dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yorumlanmalıdır. Bu çerçevede alacaklı bankanın tam hükümsüzlük iddiasıyla kredi sözleşmesinin tamamının hükümsüzlüğünü iddia etmesi kadar,⁹⁴ borçlu tarafın faize ilişkin tüm sözleşme hükmünün hükümsüz hale geldiği iddiası da dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Kısmi hükümsüzlük halinde dürüstlük kuralının uygulama alanı genel işlem koşulları çerçevesinde de TBK md 25 ile uygulama alanı bulmaktadır.⁹⁵ Gerçekten borçlu tarafından sözleşmenin faize ilişkin tüm düzenlemesinin hükümsüz olduğu iddiasının kabulü halinde 3065 sayılı Faiz Kanunu gereği TCMB tarafından açıklanan avans faizinin uygulanması gerekeceken, kısmi hükümsüzlük dikkate alınarak yapılacak yorumla, sözleşme metni bankanın temerrüt faizine ilişkin belirleme hakkına ilişkin kısmı dikkate alınmaksızın, “Kredi Alan, işbu Sözleşme ve diğer Finansman Belgelerinden doğan borçları gününde ödemediği takdirde, temerrütün doğduğu tarihten bunları Bankaya ödeyeceği tarihe kadar geçecek günler için yetkili mercilerce ödünç para verme mevzuatına göre tespit edilmiş en yüksek kredi faiz oranına veya ileride artırıldığı takdirde artmış en yüksek kredi faiz oranına, bu oranın %50'sinin ilavesi suretiyle bulunacak oran üzerinden temerrüt faizi ve onun gider vergisini ödemeyi kabul ve taahhüt eder”, şeklinde kabul edilecek ve avans faizi %50 artırılmak üzere uygulanacaktır. Böylelikle kesin hükümsüz kısmın ayıklanmasıyla sözleşmenin geri kalan kısmı geçerliliğini koruyacaktır.

⁹³ Kırkbeşoğlu, s. 60, 70-5 Kısmi hükümsüzlük sakatlığın sözleşmenin yalnız bir kısmına ilişkin olması halinde, tarafların farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, sözleşmenin ya sakat kısmının çıkarılarak ya da bu kısmın uygun içerikle değiştirilmesi veyahut doğrudan uygun/yasal sınıra indirilmesi/yükseltilmesi suretiyle geçerliliğin korunduğu bir yaptırımdır.” (s 76)

⁹⁴ Kırkbeşoğlu, s. 62

⁹⁵ Kırkbeşoğlu, s. 71

Sonuç

Bankaların genel kredi sözleşmeleri eliyle temerrüt faizini tek taraflı belirleme hakkına sahip olmaları TBK md 27 ve md 25 hükümlerine aykırıdır. Ne bankacılık faaliyetinin özellikleri ne sözleşmeyle bağlılık bu aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Keza bankaların sektörel bir uygulama olarak genel kredi sözleşmelerine aynı yönde hükümler koyduğu bir ortamda kredi alanın böyle bir sözleşme imzalamasının sözleşme özgürlüğü ile bağdaştığı söylenemez.

Bilakis temerrüt faizi oranının belirlenmesini münhasıran alacaklı bankaya bırakan sözleşme hükümleri TBK md 27'de yer alan birden çok nedenle kesin hükümsüzdür. Kanımızca bu nedenler içinde kamu düzenine aykırılık ön plana çıkmaktadır. Kamu düzeninin pozitif hukuk kurallarının doğrudan ve açık bir biçimde ortaya koyduğu emredici hükümler dışında, başta Anayasa olmak üzere yine pozitif hukukta kaynağını bulan ancak açık düzenlemelere konu olmamış hukuksal değerleri kapsamaktadır. Bankaların genel kredi sözleşmeleri eliyle, kamu gücü ayrıcalığına sahip kılınan devletin dahi sahip olmadığı bir hakka sahip olmasının kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu tip sözleşme hükümleri aynı zamanda genel işlem şartı niteliği taşımakta, TBK md 25 gereği tabi tutulmaları gereken içerik denetimi sonucunda temerrüt faizinin belirlenmesi hakkının alacaklı bankaya bırakılması, hak ve yükümlülük dağılımının dürüstlük kuralına uygun bir biçimde yapılmadığını göstermektedir. Bu durumda sorunun çözümünde ister TBK md 27 ister md 25 uygulansın, varılması gereken sonuç her iki maddede de öngörüldüğü üzere temerrüt faizi oranını münhasıran alacaklının inisiyatiline bırakan sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüz olduklarıdır.

Kaynakça

- Akyol Şener, Banka Sözleşmeleri (Ord. Prof. Kemalettin Birseli'ne Armağan), İstanbul 2001
- Altop, Atilla, "Seminer: Borçlar Kanununa Getirilen Yenilikler", *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2012, S. 2
- Arsebük Esat, Borçlar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1950
- Atamer Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2001
- Atamer Yeşim, Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları, İTO yay., İstanbul 2001

- Atamer Yeşim, "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?" Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Vedat yay., İstanbul 2013, s. 103-137
- Atamer, Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BAHİHAE Yayını, Ankara 2012
- Ateş Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan, Ankara 2007
- Başpınar Veysel, "Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.1999, S.1, s. 17-35
- Edis Seyfullah, "Doğruluk ve Güven Kurallarının Hukuki Niteliği", Prof.Dr. Mahmut Koloğlu'na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1975, s. 447-460
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2015
- Hatemi Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İÜHF Yay, İstanbul 1976
- Havutçu, Ayşe, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *İzmir Barosu Dergisi*, Y. 2011, S. 2, s. 29-46
- Karabağ Bulut, Nil, Medeni Kanun'un 23. maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 12 Levha, İstanbul 2104
- Karınca Eray, "Banka Kredi Sözleşmeleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2001, S. 3, s.47-57
- Kayar İsmail, "Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, 1997, s. 82-93
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı Turhan, Ankara 2016
- Nagehan Kırkbeşoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Baskı, Filiz, İstanbul 2010
- Kostakoğlu Cengiz, Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyumsuzluklar, Beta, İstanbul 2006
- Kuntalp Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 81-102
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C1, 14. Baskı Vedat Yay. İstanbul 2016
- Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat yay., İstanbul 2007
- Serozan, Rona, Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Giderilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000 s. 1013-1030
- Serozan Rona, "Fahiş Faiz", Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, 12 Levha yay., İstanbul 2010, s. 195-208
- Sirmen Lale, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku", Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, AÜHF Yay. Ankara 1972, s. 441-472
- İsmet Sungurbey/ Selim Kaneti, Medeni Hukuk Sorunları, 3. Cilt, İÜHF Yay. İstanbul 1976

- Sungurbey İsmet, Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz oranlarının Geçmişe Dönük Olarak Diledikleri Oranda Arttırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüt, İstanbul 1994
- Sungurbey, İsmet, Türkiye’de Bankaların İç Yüzü, Çorlu Devrim Gazetesi yay, Çorlu 1994,
- Şit Başak, Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yay., Ankara 2011
- Tekinalp Ünal, Ünal Tekinalp’in Banka Hukuku Esasları, Vedat Yay., 2. Baskı, İstanbul 2009
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5 baskı İstanbul 1985
- Yağcı Kürşat, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK M.88 ve TBK m.120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK M.8 VE TTK M.9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İÜHFİM, C. LXXI, S.2, Y. 2013, s. 421-438
- Çalışmada kullanılan Yargıtay kararlarının tamamı Kazancı Bilgi Bankası’ndan (www.kazanci.com) alınmıştır.