

FAHİŞ FAİZ

*Prof. Dr. Rona Serozan**

Faiz nedir; niçin aşırı oranlara çıkar?

Konuya girerken, birtakım “mütearifeleri” (belitleri, aksiyomları) anımsamakta yarar vardır:

Faiz, paranın kullanma karşılığıdır; onun kira bedelidir. Oranı ülkedeki enflasyon oranından ve para sahibinin (bankanın) parasına yeniden kavuşma riskinden etkilenir. Tutarı da doğal olarak, kullandırılan anaparanın kapsamına ve kullanma süresine göre artar veya azalır.

Meşruluğu yıllarca tartışılmıştır faizin. Ne var ki toprağa bağlı feodal tarım ekonomisinin gelişen ticari ve mali sermayeye, başka bir deyişle, gayrimenkul sermayenin yükselen menkul sermayeye karşı direnişi boşuna olmuştur. Başka kılıflar, bu arada kâr ortaklığı kılıfı altında da olsa, faiz her çeşit direnişi kırmış ve toplumsal yaşamda yürürlüğünü kabul ettirmiştir.

Para ticareti yapan bankalar, kendilerine yatırılan paraya (mevduata) verdikleri görece düşük faizle borç (kredi) verdikleri paradan aldıkları görece yüksek faiz arasındaki farktan kâr ederler.

Bu arada şu noktayı da ekleyelim: Bankaların müşterileriyle kararlaştırdıkları sözleşmesel kredi faizinden sağladıkları kârdan daha önemlisi, müşterilerinin temerrüde düştüklerinde ödemeye zorlandıkları çok daha yüksek gecikme (temerrüt) faizinden sağladıkları kârdır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Bankaların kâr iştahının yüksek olduğu, yurttaşın krediye duyduğu gereksinimin büyük olduğu, serbest rekabet koşullarının doğru dürüst işlemediği, kredi kullanımına iteleyici reklamların denetlenemediği bir toplumda (unutulmasın ki günümüzde iki reklamdan ve mesajdan biri tüketici kredisine iteleyicidir) kredi faizlerinin enflasyon oranını ve paraya kavuşma riskinin bedelini birkaç kez katlayacak fahiş boyutlara çıkması yadırganmamalıdır.

Yakın geçmişte bu yüzden yaşanan aile dramları ve karşılaşılan acı intiharlar belleklerden kolay kolay silinecek gibi değildir.

Konu önemlidir; sorun ivergenidir. Konumuz tüketicinin korunması olduğuna göre, sorunun önemini ve ivergenliğini tüketici kredisine özgü rakamlarla somutlaştıralım:

2008 yılında bir milyona yakın yurttaş tüketici kredisine ve kredi kartı borçlusudur. Bu bir milyon yurttaşın tüketici kredisine ve onun uzantısı kredi kartı borçlarının tutarı da bu yıl 100 milyar YTL'yi geçmiştir. Ciddiye alınması gerekli rakamlardır bunlar.

Bu arada bankaların tüketici kredisinden ve bu arada kredi kartlarından elde ettikleri faiz geliri ticari işletme kredilerinden elde edilen faiz gelirini kat kat aşmıştır.

Bankaların özellikle kredi kartı eliyle kredi vermeyi pek sevmeleri doğaldır. Bir kere paraya yeniden kavuşma riskleri bireysel kredilerden farklı olarak yüz binlere bölünmüştür. Dahası, kredi kartının işyerinden alınan provizyon gibi faiz dışı ek getirileri çok fazladır.

Fahiş faize karşı hukuksal önlemler

Pekiye ama faizin daha baştan (kredi sözleşmesinin oluşturulması aşamasında) veya sonradan fahiş boyutlara tırmandırılmasına karşı hukukumuzda hiç önlem alınmış değil midir?

Önlemler tablosu şöyledir:

a) Tüketici kredisinde temerrüt faizi sözleşmesel faizden en çok %30 fazla olabilir. (Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanun mad. 10 II f)

b) Tüketici kredisinde baştan kararlaştırılmış olan faiz sonradan tek yanlı olarak artırılamaz. (Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanun mad. 10 I 3, mad. 6 I, MK 2 I, Yargıtay'ın kararlı içtihatları)

c) Gerçi kredi kartında faiz sonradan tek yanlı olarak artırılabilir ama bu artırım geçmişe dönük olamaz ve bu artırıma katlanmak istemeyen kart sahibine sözleşmeyi fesih hakkı verir. (Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanun mad. 10 A III)

d) Kredi kartlarında (hesap bakiyesine tahakkuk ettirilen) sözleşmesel faiz ve (ödenmesi gerekli asgari tutarın ödenmemesi halinde tahakkuk ettirilen) gecikme faizi oranlarının üst sınırını üç ayda bir Merkez Bankası saptar. (Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu mad. 26) Hemen belirtelim ki Merkez Bankasının üç aylık dönem için saptadığı faiz oranları, genelde, Avrupa Birliği ülkelerinde yaşayıp kredi alan kişileri isyan ettirecek biçimde, yıllık enflasyon oranının beş - altı katını bulur ve oldum olası tüketiciyi koruma örgütlerinin haklı tepkisiyle karşılaşır.

e) Döviz kredisinde veya dövize endeksli kredide faiz konjonktürel dalgalanmalar (özellikle devalüasyon) yüzünden sonradan fahiş boyutlara çıkacak olursa, mahkemeler, faizi "işlem temelinin çökmesi" (Wegfall der Geschäftsgrundlage) kuramı çerçevesinde uyarlayıp düşürebilir. Ne var ki bizde dövizle borçlanmış olan konut kiracısına genelde sağlanan bu olanak, manidar bir biçimde, dövizle borçlanmış olan para kiracısından esirgenir.

Bk. Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2009, s. 74 i.s.

Bu tablonun ortaya çıkardığı gerçek şudur: Kredi kartı faizi (ki Merkez Bankası belirler) dışında, tüketici kredilerinde müşteriye dayatılmış olan fahiş sözleşmesel faiz ve buna bağlı olarak gündeme gelebilecek olan fahiş gecikme faizi karşısında, hukukçunun hukuksal avadanlığı (enstrümanları) tüm özel hukuk ilişkilerinde geçerli BK 20/21 kurallarından ibarettir.

Bu iki kuralın bizi ilgilendiren tümcelerini yalınlaştırılmış bir söylemle aktaralım:

BK 20: "Ahlaka veya kamu düzenine aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür (batıldır). Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir bölümünün hükümsüzlüğü ötekilerin geçerliliğini etkilemez. Ola ki bu hükümler olmaksızın tarafların sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılın."

BK 21: "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık mağdurun zor durumda kalmasından, saflığından veya deneyimsizliğinden yararlanılarak gerçekleştirilmişse, (sömürülen) mağdur sözleşmenin kurulduğu günden işlemeye başlayan bir yıllık süre içinde sözleşmeyi iptal edip verdiğini geri alabilir."

Öte yandan, aynı doğrultuda, TKHK m. 6'ya göre, tüketiciye pazarlıksız dayatılmış olan haksız sözleşme koşulları ve bu arada fahiş götürü tazminat veya temerrüt faizi tüketici için bağlayıcı sayılmaz.

Fahiş faizle savaşım BK 20/21 kurallarının yetersizliği

Fahiş faizle savaşım için seferber edilebilecek olan bu iki kuraldan BK 20'nin yetersizliği birkaç noktada göze çarpar:

Bir kere, bağlantılı BK 19 kuralının ahlaka aykırılık (Sittenwidrigkeit) kavramı cinsel yaşama, kamu düzeni (öffentliche Ordnung) kavramı da siyasal yaşama indirgendikçe, ekonomik sömürü olgularını BK 19/20 kurallarının kısılcılığıyla tutmak pek zor gözükmektedir.

Sonra, kuralın işlemi budayabilmek için yatay düzlemde bölünmeye elverişli birden fazla işlem bölümünü (Teile, clauses) ima eden söylemi, dikey düzlemde fahiş faizi kırıp budamaya elverişsiz gözükmektedir.

Üstelik, bir an için fahiş faizin kırılıp budanabileceği kabul edilse bile, bu sefer de karşımıza fahiş faizi dayatmış olan sözleşme yanının "ya hep ya hiç" (Alles oder Nichts) argümanı (açıkçası, "ben sözleşmeyi ancak olduğu gibi, yani yüksek faizle kabullenirim" savunması) çıkmaktadır.

Dahası var: BK 20'nin ex officio dikkate alınacak olan klasik otomatik bölümsel hükümsüzlüğü, korunması amaçlanan mağdura tümel veya bölümsel hükümsüzlük arasında herhangi bir seçme şansı bırakmamak-

tadır. Oysa büyük olasılıkla onun çıkarı tümel hükümsüzlükte (Totalnichtigkeit) yatmaktadır.

Daha bitmedi: Şimdi ele alacağımız ikinci silahımız BK 21 kuralı (ki şimdiden söyleyeyim, fahiş faize karşı savaşım BK 20 kuralından bile elverişsizdir) bu genel BK 20 kuralı karşısında özel kural sayıldığı için, BK 20 kuralını "özel kural genel kuralı kovar" (lex specialis derogat legi generali) özdeyişi gereğince düpedüz uygulamadan kovup dışlamaktadır. (Derogasyon)

BK 21 kuralına gelince: Burada da karşımıza 19uncu yüzyıl liberalizminin ürünü bir dizi anlamsız ve tutarsız uygulanma gereği ile bunlardan da anlamsız ve tutarsız bir yaptırım çıkmaktadır. Gerçekten de kuralın mağdurdan yana devreye sokulabilmesi için, onun mutlaka sömürücünün kendisinin zor durumundan, saflığından veya deneyimsizliğinden yararlanma kastını kanıtlamak zorunda bırakılması doğrusu anlaşılacak gibi değildir. (Burada edimler arası aşırı oransızlık olasılığında mağdur yanlısı bir "kast karinesi"nin öngörülmemiş olması ciddi bir eksiklikler.) Hele saflığı ve deneyimsizliği varsayılan mağdurun sözleşmeyi iptal için, tüm iptal haklarında olduğu gibi, kendisinin iptal hakkının kullanılacağı andan değil de pek manidar biçimde, sözleşmenin "kurulduğu" andan itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal etme zorunda bırakılması ve bundan da kötüsü, fahiş faizi indirme seçeneğine sahip olmayıp, ancak sözleşmeyi tümüyle iptal ya da olduğu gibi kabullenme (ya hep ya hiç = Alles oder Nichts) seçenekleri karşısında bırakılması hiç mi hiç sineye çekilebilecek gibi değildir.

Bu arada şunu da eklemelidir ki BK Tasarısının BK 21'in yaptırımını konusunda getirdiği olumlu yenilik, kuralın uygulanma gerekleri olduğu gibi bırakıldığı için yarı yolda kalmıştır.

Kuralların yetersizliğinin aşılması

Bu durumda, BK 20 ve BK 21 kuralları, çağdaş hukukçuluk yönteminin başta "örnekseme" (Analogie) ve "teleolojik redüksiyon" (teleologische Reduktion) olmak üzere, tüm mantıksal araçları seferber edilerek, yepyeni bir bakış açısıyla değerlendirilmelidir.

a) En başta yapılması gerekli olan, BK 20 ile BK 21 kurallarını birbirinden yalıtın ve onları karşı karşıya getiren biçimci ve kavramcı (begriffsorientiert) dar bakış açısından kurtulmaktır. O zaman edimin aşırı oransızlığı (krasses Missverhältnis) ögesine istismarcı tarafın kınanabilirliği (Verwerflichkeit des Wucherers) ögesi eklendiğinde, BK 20'nin ahlaka aykırılık kuralı pekala BK 21'in gabin kuralıyla yan yana gelip yarışabilecektir.

Nitekim sorumsuzluk anlaşmaları alanında zapt ve ayıp sorumluluğunu giderici anlaşmalara aşırı bir hoşgörü gösteren BK 189 III/196 kurallarıyla genel olarak sorumsuzluk anlaşmalarına daha septik bir gözle bakan BK 99/BK 20 kuralları arasındaki ilişki ve fahiş sözleşme cezasının tacirler arasında indirimini olanaksız kılan Ticaret Kanunu 24 kuralıyla böyle bir çekince öngörmeyen BK 20 kuralı arasındaki ilişki de yargıda ve yazında böylesine geniş bir perspektiften değerlendirilir. Bu perspektifte BK 20 kuralı her zaman bir rezervuar kural (Auffangsnorm) olarak devrede kalır.

Alman hukukunda da yasal düzenleme gereği, "gabin benzeri işlem" (wucherähnliches Geschäft) gabinin (Wucher) olgular bütününden bağımsız olarak ayrıca ahlaka aykırı (sittenwidrig) sayılır.

Bu yaklaşım, Avusturyalı hukukçuların (özellikle Wilburg'un ve Bydlinski'nin) "mekik yöntemi"nden (bewegliches Systemdenken) de destek alır. Bu yöntem göre, değişik kuralların arasındaki karşılıklı etkileşim (mekik ilişkisi) sayesinde kurallardan birinin öğelerindeki eksiklik pekala öteki kuralın öğelerinin fazlalığı ile kapatılabilir.

İşte bu sayededir ki BK 20'nin hukuka ve ahlaka aykırılığa butlan yaptırımını bağlayan genel kuralı karşısında şeklen özel kural gibi duran BK 21'in gabin (Übervorteilung) kuralının anlamsız öğelerinin ve tutarsız yaptırımının açıklarını kapatmak üzere, edimin çarpıcı (göze batıcı) oransızlığında (krasses Missverhältnis) ve istismarcı sözleşme yanının kınanabilirliğinde (Verwerflichkeit des Wucherers), BK 19/20'nin genel hukuka ve ahlaka aykırılık kuralı bir "rezervuar kural" (Auffangstatbestand) olarak BK 21'in yanısıra pekala devreye sokulabilir.

İlginçtir, ne BK 20'nin ahlaka aykırılığını ne BK 21'in gabin olgusunu ne de BK 28'in kasıtlı hilesini tam olarak karşılayabilen fırsatçılıkların, aldatıcı ve baştan çıkarıcı reklamların (ihmali hile, undue influence, breach of confidence) "toplu hukuki kıyas" (Rechtsanalogie) yoluyla bu üç kurala ortak değer yargısı ışığında mağdura iptal hakkı verebilmesi de yine aynı yaklaşım sayesinde olur.

Ekleme ki Avusturyalı hukukçuların yaklaşımı, birbiriyle çakışan birden fazla kuraldan birinin öğelerinden birinin eksiğinin öteki kuralın öğelerinden birinin fazlasıyla kapatılmasına yaradığı kadar (burada ele alınan "büyük mekik"), aşağıda değinilecek olan tek bir kuralın öğelerinden birinin eksikliğinin aynı kuralın öteki öğelerindeki fazlalıkla kapatılmasına da yarar. (Küçük mekik; kum yığını kuramı = Sandhaufentheorem)

Bk. Serozan, Juristische Blätter 1983, 568/69

BK 21 kuralının BK 20 kuralını dışlamadığı ve BK 20'nin bir "rezervuar kural" olarak her zaman uygulanabileceği görüşü Yargıtay kararlarında da sıkça dile getirilir. (Y 1. HD'nin YKD Mart 2003, 350 i.s. de yayımlanmış olan 5. 3. 2002 tarihli kararı; ayrıca bk. Karahasan, Borçlar Hukuku Cilt 3, s. 494/498'de yayımlanmış olan Yargıtay kararı)

İsviçre Federal Mahkemesi de ciddi yankılar bulan görece yeni bir kararında BK 20 ile BK 21 kuralları arasındaki pencereyi karşılıklı etkileşime açık tutmuş ve bu kuralları birbirine eklememiştir. (BGE 123 III 292 i.s.)

Yazında bu konuda karşılaşılan görüş ayrılıkları ve tereddütler için krş. Kramer, Berner Kommentar OR 19-20 N 202i.s.; Huguenin, Basler Kommentar, OR 19/20 N 40; OR 21 N 19 i.s.; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 32.32; Gauch/Schluep, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 756/57; Alman hukuku için bk. Jauernig, Kommentar zum BGB, § 138 N 24.

b) Öte yandan, BK 20'nin fahiş faiz mağdurunu koruma amacına hiç de elverişli olmayan otomatik ve tektür katı hükümsüzlüğü, değişik hukuka ve ahlaka aykırılık türlerine değişik yaptırımlar bağlayan "esnek hükümsüzlük" (flexible Nichtigkeit) kavramının ve kuramının yardımıyla nispileştirilebilir. Böylece BK 20'nin geleneksel katı hükümsüzlüğü, uygulanması ve türü doğrudan doğruya korunması amaçlanan fahiş faiz mağdurunun seçimine bırakılan, yargıcın da salt onun yararına dikkate alabileceği bir hükümsüzlüğe indirgenebilir.

Bk. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, § 43 N 29; Huguenin, *Basler Kommentar*, OR 19/20 N 55

c) Sonra, BK 20 kuralındaki kamu düzenine aykırılık kavramı, Anayasanın benimsediği temel ilkelere, bu arada sosyal devlet ilkesine aykırılık diye, ahlaka aykırılık kavramı da Anayasanın benimsediği ekonomik ve sosyal etik diye algılanabilir. (Çağdaş “Drittwirkung der Grundrechte öğretisi”nin doğal bir gereğidir bu!)

Bk. Zufferey – Werro, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs*, N 1029; Kramer, *Berner Kommentar*, OR 19/20 N 163; Huguenin, *Basler Kommentar*, OR 19/20 N 23; Jauernig, *Kurzkommentar zum BGB*, § 138 N 6.

d) BK 20'nin yetersizliğinin aşılmasında önemli bir aşama da şudur: BK 20 II'nin öngördüğü işlemi bölme olanağı, yalnız yatay planda işlemin birden fazla kayıt ve koşulunun (lex commissoria benzeri yan klozunun) herhangi birini kesip atma olanağı olarak değil, aynı zamanda dikey planda işlemin niceliksel (quantitativ) bölümlerini, özellikle, ölçüsüz bedeli, faizi, süreyi ve sorumsuzluk anlaşması öğelerini kesip biçme olanağı olarak da yorumlanmaktadır artık. İşte o zaman fahiş faiz de BK 20 II bağlamında gönül rahatlığı içinde makul bir hadde düşürülebilir.

Bk. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, § 44 N 18 – 21 ve orada anılanlar.

BK 20 II kuralının bölümsel hükümsüzlüğünün daha sofistike bir versiyonunu oluşturan “modifiye bölümsel butlan” (modifizierte Teilnichtigkeit) kavramı ve kuramı da aynı kapıya çıkar. (Bk. Kocayusufpaşaoğlu, *Kaneti'ye Armağan*, s. 25 i.s.; Başpınar, *Kısmi Butlan*, s. 152 i.s.; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Bern, 2006, N 32.39 – 32.45)

e) Öte yandan, bölümsel hükümsüzlüğü ve bu arada fahiş faizin düşürülmesini engelleyebilecek olan “karşı sözleşenin varsayılan (farazi, hypothetisch) kontra – iradesi”, ya MK 2 I'in dürüstlük kuralı ışığında gerçekleştirilecek normatif bir değerlendirmeye ya da biraz önce (b'de) değinilen ve “normun koruma amacını gözetken esnek hükümsüzlük” (schutzzweckgebundene flexible Nichtigkeit) kuramıyla boşlanabilir. Böylece BK 20 II kuralı da ağır ipoteğinden kurtarılmış olur.

Bk. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş*, § 44 N 6/7; Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Bern, 2006, N 32.41; Gauch/Schluemp, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, N 700 ve 754.

f) BK 21'e gelince: Bu kuralın ağır uygulanma gerekleri iki yoldan törpülenebilir: Birincisi, gereklerden birinin (diyelim istismar kastının) eksikliğini ötekinin (diyelim aşırı oransızlığın = auffallendes Missverhältnis) fazlalığı ile kapatan “kum yığını ya da mekik kuramı”nın (Sandhaufentheorem'in) izlediği yoldur. İkinci yol da “fahiş faizde istismar kastının karine olarak mevcut sayılması” yoludur.

Krş. Buz, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Cilt XIX Sayı 4*, s. 53 i.s.; Kramer, *Berner Kommentar*, OR 21 N 26; Gauch/Schluemp, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, N 744.

g) BK 21 kuralının aksaklığını düzelterek bir başka yol da şu olabilir: Fahiş faizi makul hadde düşürmeye engel oluşturan BK 21 kuralı, BK 31 II kuralı örnek alınarak (örnekseme yoluyla) aşılabılır. Şöyle ki BK 31 II kuralının hile ve tehdit mağduru yararına öngördüğü “culpa in contrahendo” tazminatı, fahiş faiz (gabin) mağduru yararına da tanınabilir. O zaman faizin aşırı bölümü (diyelim yüzde on fazlası) tutarında tazminat alacağı fahiş faizden takas (Verrechnung) suretiyle indirilebilir. Böylece sömürü mağduru, tazminat dolambaçlı yolundan faizi fiilen makul düzeye çekip indirmiş olur. Üstelik bu dolambaçlı yolda gabine dayalı iptal hakkının bir yıllık kısa hak düşümü süresi (Verwirkungsfrist) de aşılmış olur.

Bk. Serozan, *İfa*, § 8 N 11

h) Nihayet, BK 21'in fahiş faizi makul hadde düşürmeye engel sayılan yaptırımı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de yaptığı gibi, doğrudan doğruya ve kestirmeden, boşluk doldurma (Lückenschliessung) operasyonu ile yasaya eklenebilir. Böylece tümel hükümsüzlük (tümel iptal) yaptırımına eksik geçerlilik (bölümsel iptal) yaptırımı da mağdurun bir seçimlik olanağı olarak eşlik etmiş olur.

İFM, BGE 123 III 292 i.s.

Vurgulanacak nokta şudur: Gabinde edimler arasındaki aşırı oran-sızlığın şu ya da bu yoldan giderilerek sözleşmenin ayakta tutulabilmesi (geltungserhaltende Reduktion), artık hemen hemen herkesçe kabul edilmektedir. Böylece, aksaklıkları düzeltilmiş olan BK 20 ve BK 21 kuralları sonuçta eksik geçerliliği kayıtsız koşulsuz öngören BK 161 III, 409, Ticaret K. 1466 ve Avukatlık K. 164 kuralları ile de uyumlu hale getirilmiş olur.

Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, 2005, s. 245

Bunu sağlayan hukuksal teknik de son tahlilde, BK 20 ile BK 21 kurallarını bütüncül bir yaklaşımla ele alıp, bu kurallardan Avusturya ekolüne özgü bir yöntemle ve "hukuksal kıyas" (Rechtsanalogie) yoluyla bir "kurallar sentezi" ya da "sentez kural" türeten yöntemdir.

Hiç kuşku yoktur ki hükümsüzlük kuralının güçsüzü koruma amacı doğrultusunda yorumlanması gereği ışığında (bk. yukarıda b.), sömürülenin, diledikten sonra, sözleşmenin tümünü iptal yetkisi her halde saklı tutulur. Aynı sosyal yorum ilkesi ışığındadır ki sömürde bulunmuş olan sözleşme yanının BK 25 II'ye kıyasen aşırı oransızlığı giderme önerisiyle (bir kontra - yenilik doğuran hak kullanarak) bu tümel iptal girişimini boşa çıkarabilmesi de söz konusu olamaz. (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans)

Gözden kaçırılmaması gerekli gerçek şudur: Sömürülen için amaca en uygun yaptırım, kendisine bölümsel veya tümel hükümsüzlük arasında seçimlik hak sağlayan ve gerektiğinde yargıca sömürülen yararına böyle bir seçimde bulunma yetkisi veren yaptırımdır. Sömürenin hükümsüzlüğe dayanması ise asla söz konusu olamaz.

Böylesine süzme (rafine) bir yaptırım pekala klasik boşluk doldurma yöntemiyle benimsenebilir; dahası, benimsenmelidir.

Bk. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, § 39 N 29; Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, N 32.55; krş. ama Buz, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1998, Sayı 4, s. 68 i.s.

Hemen belirtmek gerekir ki fahiş faiz sömürüsü mağdurunun seçimlik hakkının tümel hükümsüzlükten yana kullanılması ya da kullan-

dırılması şansı, özellikle şimdi ele alınacak olan "sıfır faiz" yaptırımının devreye girebilmesi bakımından özel bir önem taşır.

Sıfır faiz cezası

Gerçi akla ilk gelen yaptırım seçeneği, fahiş faizi makul bir hadde indirmek, teknik hukuksal terminolojiyle, "geçerliliği koruyucu indirgemeyi" (geltungserhaltende Reduktion'u) sağlamaktır.

Ama unutulmasın ki ekonomik, sosyal ve entelektüel açıdan güçsüzün etkin bir biçimde korunabilmesi ve fahiş faiz sömürüsünün teşvik edilmemesi, tersine, bu sömürünün önleyici ve caydırıcı bir etkiyle engellenebilmesi için, eksik geçerlilik (geltungserhaltende Reduktion) yaptırımına amaca pek de uygun düşen bir yaptırım sayılmaz.

Gerçekten de eksik geçerlilik rejiminde, nasıl olsa hukukun ve ahlakın tam sınırında bir faizi garanti etmiş sayılan bankanın bölümsel hükümsüzlük kısıncasına yakalandığında riske edeceği herhangi bir kayıp olmaz! Hele çoğu tüketicinin bankayla mahkemelik olmaktan çekineceği düşünülürse, banka fahiş faiz uygulamasından kolay kolay vazgeçmez. Oysa fahiş faiz dayatmasıyla kendisini hukuk ve ahlak alanının dışında konuşturarak banka hukukun kendisine böylesine kol kanat germesini hak etmez. (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans!)

Nitekim genel işlem koşulları söz konusu olduğunda ve sözgelimi, girişimcinin kayıtsız koşulsuz sorumsuzluğunu öngören anlaşmalar gündeme geldiğinde, eksik geçerlilik yaptırımı (yani girişimcinin salt ağır kusurdan sorumluluğu) benimsenmez de girişimci için en ağır yasal sorumluluk (yani aynı zamanda hafif kusurdan da sorumluluk) benimsenir. Tüketicie dayatılan ölçsüz ödünlerde de (übermäßige Bindung) böyle yapılır. Genel işlem koşulları alanında eksik geçerlilik yasağı (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion) diye bilinir ve uygulanır bu!

Bu anlayışın fahiş faiz olgusuna yansıtılması, fahiş faizin indirilmesiyle yetinilmeyip, bu faizin düpedüz sıfırlanmasını akla getirebilir.

Bk. Schwenzler, OR AT N 32. 45; Hürlimann, Teilnichtigkeit, s. 79; Kramer, Berner Kommentar, OR 19/20 N 377.

Almanya'da da yargının ve yazının görüşü bu yöndedir. (Bk. BGHZ 99, 339; BGH WM 1989, 173; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 (1994), § 68 III, s. 164)

Nitekim İsviçre'de de tüketici kredisinde tüketiciye fahiş faizi dayatmanın yaptırımını "geçerliliği koruyucu indirgeme" olmayıp, "sıfır faizdir".

Schw. Konsumkredit Gesetz (2001) Art 14: "Der Bundesrat legt den höchstens zulässigen Zinssatz fest. Der Höchstzinssatz soll in der Regel 15 % p.a. nicht übersteigen."

Art. 15: "Die Nichteinhaltung des Art. 14 bewirkt die Nichtigkeit des Konsumentenkreditvertrags. Ist der Konsumentenkreditvertrag nichtig, so hat die Konsumentin oder der Konsument die bereits empfangene oder beanspruchte Kreditsumme bis zum Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen, schuldet aber weder Zinsen noch Kosten."

İsviçre kurallarının özlü çevirisi şöyledir: "Resmen saptanan faiz oranından yüksek bir faizin öngörülmesi, tüketici kredis sözleşmesinin butlanına yol açar. Bu durumda tüketici kredi süresinin sonunda anaparıya iade eder ama herhangi bir faiz ve masraf ödemez."

Bizde de Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 24 IV kuralı, faizin yazılı sözleşmenin kapsamına alınmadığı durumda faizin hiç ödenmemesini öngörmüştür. Öyleyse, sıfır faizin öngörüldüğü şekle aykırılıktan çok daha ağır bir hukuka ve ahlaka (hatta kamu düzenine) aykırılıkta, banka için, bu "sıfır faiz" yaptırımını evleviyetle (afortiori) geçerli olabilmelidir.

Aslında bu radikal yaptırıma götürecek yol, bizde İsviçre kurallarına benzer bir kural öngörülmedikçe, BK 65 (İsviçre OR 66) kuralının istasyonunda ve o istasyondaki "condictio bariyeri"nde aranıp bulunabilir. Bindiği gibi, BK 65 istasyonundaki bariyere göre, ahlaka aykırı bir amaçla verilen geri istenemez.

Fahiş faizli kredi sözleşmesi, mağdur tarafından kendi seçimine bağlı olarak ya da yargıcın onun yararına (ex officio) harekete geçmesi üzerine, tümüyle hükümsüz kılınınca, ister istemez haksız zenginleşme (ungerechtfertigte Bereicherung) kökenli bir tasfiye (iade, Rückabwicklung) gündeme gelir. İşte bu tasfiye ilişkisinde fahiş faizle kredi verenin

kredinin kullanma karşılığına ilişkin haksız zenginleşme kökenli istemi BK 65 kuralının condictio bariyerine (Kondiktionsperre'ye) takılır.

Dikkat edilsin ki fahiş faizle kredi verenin edimindeki hukuka ve ahlaka aykırılık, anaparanın devredilmesinde yatmaz. Bu nedenle, onun anaparıyı sözleşmede baştan kararlaştırılmış veya sonradan olağan ve süreli fesih bildirimle belirlenmiş olan kredi süresinin sonunda geri isteyebileceği kuşkusuzdur.

Fahiş faizle kredi verenin asıl hukuka ve ahlaka aykırı edimi, anaparıyı fahiş faizle "kullandırma" edimidir. O nedenle, geri alınamayacak olan edim, salt parayı kullandırma ediminin karşılığıdır; yani faizdir! Eğer bu edim (faiz) peşin olarak tahsil edilmişse tüketiciye iade edilecektir.

Böylece, BK 65 kuralı cezalandırıcı ve caydırıcı işleviyle, nasıl örneğin rüşveti karşılıksız elde tutma hakkı veriyorsa, anaparadan yararlanma edimini de karşılıksız (faizsiz) elde tutma hakkı verecektir. Bu durumda, faiz de hiç kuşkusuz, ancak krediyi iade borcunun muaccel olmasından sonra ölçülü düzeyde tutulmuş gecikme faizi olarak işlemeye başlayabilir.

Görülüyor ki genelde pek sevilmeyen BK 65 kuralı burada pekala hayırlı bir işe yaramakta; sosyal bir amaca hizmet etmektedir.

Bk. Serozan, Haksız Zenginleşme, § 25 N 13

Faiz ne zaman fahiş sayılır?

Faizin aşırı olup olmadığını yargıcın takdirine bırakma konusunda istikrar ve güvenlik kaygıları ortaya atılabilir. Yalnız unutulmasın ki bizde yargıç güvenilir ölçeklerle, ölçütlerle saptanabilecek olan faizin aşırılığından çok daha önemli ve ciddi olguları takdir yetkisiyle donatılmıştır: Aşırı sözleşme cezalarının (Vertragsstrafe'nin) indirimi, koskoca şirket ve kira sözleşmelerinin feshini haklı kılacak nedenlerin takdiri ve sözleşmelerini değişik koşullara uyarlama yetkileri düşünülün.

Kredi faizinin fahiş olup olmadığı takdir edilirken, komisyon ve masraf adı altında talep ve tahsil edilen ek bedeller de hesaba katılmalıdır. Piyasada geçerli faizin bir misli (yüzde yüz) üstündeki faiz, faizin aşırılığı ve sömürü kastının endikasyonu (istismar kastının varlığı karinesi) açısından kritik çığa sayılabilir. (Krş. Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 98, 178 i.s)

Faize yasal tavan çekme önerisi

Ama faizin aşırılığının takdirini hukuksal güvenlik açısından mutlaka sınırlayıp bağlamak isteyenlere şöyle bir öneride de bulunulabilir: Hem sözleşmesel faize hem temerrüt faizine pekala yasal tavan çekilebilir. Hatta böyle bir yasal tavanın çekilmesi düpedüz öğütlenebilir de.

Yalnız bu yasal tavan delindiğinde sözleşmesel faizde “sıfır faiz” cezası ve temerrüt faizinde “eksik geçerlilik” yaptırımını, aynen İsviçre’de olduğu gibi, her halde açıkça kurala bağlanmalıdır.

Bu arada şunu da eklemeli: Kimi hukukçuların önerdikleri gibi, sözleşmesel faizi sınırlayıp, gecikme faizini serbest bırakmak tutarsız olur. Çünkü bankalar asıl kazançlarını sözleşmesel faizde değil, müşterilerini bile bile ve seve seve düşürdükleri temerrüt tuzağındaki fahiş gecikme faizinde arayıp bulurlar.

Borçlar Kanunu Tasarısı’nda (m. 87’de) sözleşmesel ana para faizine tavan çekildiği dikkati çeker. Mevzuata göre saptanmış olan yasal faiz oranının çok yüzde elli üstünde olabilir bu ana para faizi. Tasarının m.119 kuralına göre de yıllık temerrüt faizi oranı mevzuata göre saptanmış olan faiz oranının en çok yüzde yüz üstünde olabilir.

Sonsöz: Genel değerlendirme

Fahiş faizle savaşım serbest pazar (piyasa) ekonomisinin (markt-komplementär) araçlarıyla yürütülemez. Bu savaşım ancak serbest pazar ekonomisinin açıklarını kapatıcı (marktkompensatorisch) araçlarla ve müdahalecilikle yürütülebilir. (Tıpkı son finans krizinde yapıldığı gibi!)

Bu savaşıma karşı demagojik bir kavram olarak ortaya atılan “sözleşme serbestliği”, somut yaşam gerçeğinde, tavuk kümesinde serbestçe dolaşabilen tilkinin serbestliğinden başka bir şey değildir. Ekonomik, sosyal ve entelektüel açıdan ast ve üst konumda bulunan eşitsizler arasında sözleşme serbestliği bir demagojiden başka bir şey sayılamaz. Sözleşme koşullarını belirlemenin serbestliği ve düzenin liberalliği, olsa olsa, eşitsiz konumdaki tüketicilere karşı bankaların serbestlikten ve liberallikten salt kendileri için yararlanmaları anlamını taşıyabilir. “Rekabetçi liberal düzen” çığırkanlığı bu apaçık olguyu örtbas edemez.