Yıl/Year : 42
Sıra Sayı/Serial : 149

ISSN 1300-0209

YARGITAY DERGİSİ

(JOURNAL OF THE COURT OF CASSATION)

Adaletin pusulası
(Compass of justice)

Cilt/Volume : 42 Sayı/Issue : 3 Temmuz/July 2016

YARGITAY YAYINLARI

Üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.
This journal is a peer-reviewed journal published once every three months.
www.yargitaydergisi.gov.tr

İÇİNDEKİLER/*CONTENTS*

Halil Çığlı

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA CEZA YARGILAMASINDA ÇOCUKLARLA İLGİLİ 15 BAŞLIKTA DEĞERLENDİRME/*AN ASSESSMENT ON CRIMINAL PROCEEDINGS IN RELATION TO JUVENILE UNDER 15 CHAPTERS IN LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION*..... 611-652

Ayşe Demirkan
Beynun Güney

ÇOCUKLARI SUÇA İTEN ETKİLERİN PSİKOLOJİK VE SOSYOLOJİK AÇIDAN İNCELENMESİ/ *A PSYCHOLOGICAL AND SOCIOLOGICAL STUDY OF FACTORS DRIVING CHILDREN INTO CRIME*..... 653-670

Mustafa Hayri Tacın

TRAFİK KAZALARINDAN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARINDA TARAFLAR, GÖREVLİ YARGI YOLU VE MAHKEME SORUNU/ *THE PARTIES IN THE COMPENSATION LAWSUITS ARISING FROM THE TRAFFIC ACCIDENTS, JUDICIAL REVIEW WAY AND THE COURT ISSUE*..... 671-700

BORÇLAR KANUNU'NDAKİ FAİZ SERBESTİSİNİ SINIRLAYAN HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI: HUKUK, EKONOMİ VE DAVRANIŞSAL EKONOMİ PERSPEKTİFİNDEN BİR İNCELEME

THE SCOPE OF APPLICATION OF THE INTEREST RATE CAPS IN THE CODE OF OBLIGATIONS: AN ANALYSES FROM THE LAW AND ECONOMICS AND BEHAVIOURAL ECONOMICS PERSPECTIVE

Prof. Dr. Yeşim M. ATAMER (*)
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI (**)

I. Giriş ve Sorunun Ortaya Konması 398

II. Hukuk ve Ekonomi ile Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Özgürlüğüne ve Özellikle Faize Müdahale 401

A. Neo-Klasik Ekonomik Bakış Açısı..... 401

1. Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Gerekçesi: Bir Piyasa Aksaklığının Varlığı..... 401

2. Faiz Hakkandaki Hükümler Özelinde Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Gerekçeleri..... 405

a. Neo-Klasik İktisat Kuramı Çerçevesinde Faize İlişkin Sınırlamaların Temelinde Hangi Piyasa Aksaklığı Yatar? 405

b. Faize İlişkin Genel Geçer Bir Bilgi Sorununun Varlığı Gerçekten Kabul Edilebilir mi? 407

aa. Genel Olarak..... 407

bb. Tüketici ve Tacir İşlemlerinin Farklı Değerlendirilmesi Gereği 408

cc. Anapara ve Temerrüt Faizinin Farklı Değerlendirilmesi Gereği 410

3. Değerlendirme 411

(*) İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yesim.atamer@bilgi.edu.tr

(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, cem.sanli@bilgi.edu.tr

a. Asimetrik Bilgi Sorunu Neden Rekabetle Çözülememektedir? .. 411

b. Asimetrik Bilgi Sorununa Neo-Klasik İktisadın Önerdiği Çözüm: Bilgilendirme Yükümlülükleri 413

B. Davranışsal Ekonominin Bakış Açısı 415

1. Genel Olarak Davranışsal Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı 415

2. Faiz Hakkındaki Hükümler Özelinde Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Gerekçeleri 419

a. İyimserlik Önyargısı 419

b. İleriyi Görememe (Miyopluk) 421

3. Değerlendirme 423

III. Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Faize İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi ve Uygulama Alanlarının Belirlenmesi 426

A. Sınırlamalar Hakkında Ön-Değerlendirme 426

B. Sınırlamaların Uygulama Alanı 430

1. Faize İlişkin Borçlar Kanunu Hükümlerinin Tacirler Arasındaki Sözleşmelerde Uygulanma İmkanı 430

2. Faize İlişkin Borçlar Kanunu Hükümlerinin Tüketici Sözleşmelerinde Uygulanma İmkanı 436

a. Anapara Faizine İlişkin Olarak Borçlar Kanunu Hükümlerinin Uygulama Alanı 437

aa. Banka Hukukunun Özel Düzenlemeleri Uygulama Önceliğine Sahiptir 437

aaa. Kural: Banka Hukuku Anapara Faizini Serbest Bırakmıştır 437

bbb. İstisna: Kredi Kartı ve Kredili Mevduat Hesabı Sözleşmelerinde Anapara Faizi Sınırlandırılmıştır 441

bb. Anapara Faizine İlişkin Özel Düzenleme Olmayan Hallerde Borçlar Kanunu m. 88 Uygulanır 445

b. Temerrüt Faizine İlişkin Olarak Borçlar Kanunu Hükümlerinin Uygulama Alanı 446

IV. Sonuç ve Genel Değerlendirme 449

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, 2012 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinde düzenlenmiş olan anapara ve temerrüt faizi sınırlamalarının uygulama alanını saptamaktır. Yasa Koyucunun, bu düzenlemelerin Ticaret Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Bankacılık Kanunu ile ilişkisini kurmamış olması öğreti ve yargıda yoğun tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada amaçlanan, özellikle hukuk ve ekonomi ile davranışsal ekonomi öğretilerinin sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılma ihtiyacı konusundaki tespitlerini kullanarak azami bir faiz haddi belirlemenin ne zaman gerekli olduğunu ortaya çıkarmaktır. Bu şekilde faiz sınırlamalarının ekonomik refahı azaltacak şekilde uygulanmasını ve sözleşme özgürlüğüne gereksiz müdahaleleri engellemek amaçlanmıştır. Varılan sonuç, Borçlar Kanunu'nda yer alan sınırlamaların tacirler arası işlemler açısından uygulama bulmayacağı, buna karşılık tacir-tüketici işlemleri için kural olarak geçerli bir sınır oluşturduğudur. Ancak Borçlar Kanunu'ndaki sınırlamaların özel sözleşme türleri açısından bir ayırım yapmaması nedeniyle Bankacılık mevzuatına tâbi bazı tüketici sözleşmelerinde özel düzenlemelerin öncelikli uygulanması kabul edilmelidir. Yasa Koyucunun bu alandaki belirsizliği giderici bir düzenleme yapmasında büyük fayda görülmektedir. Bu düzenleme yapılırken özellikle tüketici-tacir işlemleri açısından da anapara faizinin, kredi kartı ve kredili mevduat hesabı gibi bazı özel sözleşme türleri dışında, genel bir sınırlamaya ihtiyaç doğurmadığı dikkate alınmalıdır.

Anahtar Kelime: Anapara ve Temerrüt Faizi, Sözleşme Özgürlüğü, Faiz Oranı Sınırlaması, Tüketici-Tacir Sözleşmeleri, Tacir-Tacir Sözleşmeleri, Hukukun Ekonomik Analizi, Davranışsal Ekonomi

ABSTRACT

This paper aims at defining the scope of application of the interest rate limitations introduced by Article 88 and 120 in the new Code of Obligations of 2012. Given that the legislator neglected to define the interrelation of these articles with other provisions on interest rates in the Code of Commerce, the Law on Consumer Protection and the Law on Banking diverging views are expressed in doctrine as well as case-law. By using the law and economics and behavioral economics approaches we try to define in which type of contracts (B2B vs. B2C) and for which type of interest

(capital vs. default interest) limitations by introducing caps might be needed. Our major aim is to prevent an unnecessary intervention into contractual freedom which would harm social welfare. We come to the conclusion that the limitations of the Code of Obligations do not apply to B2B but only to B2C contracts. Besides, the special provisions in consumer and banking regulations preempt Article 88 and 120 given that they are tailor-made and efficient in regards to protecting consumers. The methodological means for such an interpretation of the relevant laws is discussed in detail. However, the legislator is urged to revise Article 88 and 120 to enhance legal certainty. This revision needs to consider that even in B2C contracts there is no general need for a cap on capital interest but only for default interest rates. Regarding the capital interest rate, the credit card and overdraft account contracts are so far the only contracts where interest rates are sticky and unresponsive to competition, and therefore an intervention by the regulator is appropriate.

Key Words: Capital and default interest, freedom of contract, interest rate cap, B2C contract, B2B contract, law and economics, behavioral economics

I. Giriş ve Sorunun Ortaya Konması

6098 sayılı Borçlar Kanunu ('BK') faiz hakkında mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan iki yeni emredici hüküm içermektedir. Bunlardan ilki, anapara faizini (sözleşmesel faizi) konu alan m. 88 (2)'dir. Hükme göre, "[s]*özleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.*" Atıf yapılan birinci fıkra, tarafların sözleşmede faizi kararlaştırmamaları halinde mevzuat hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ('3095 sayılı Kanun') hükümlerine göre belirlenen faiz oranı referans alınacak ve tavan faiz buna göre belirlenecektir. Yeni eklenen diğer hüküm ise temerrüt faizini konu almaktadır. Madde 120 (2) uyarınca "[s]*özleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.*" Bu hüküm de aynı şekilde faiz tavanı konusunda mevzuat hükümlerini referans almakta, ancak yüzde elli değil, yüzde yüz

fazlasının aşılamayacağını öngörmektedir.

Yeni Borçlar Kanunu faiz belirleme serbestisini tamamen ortadan kaldırmamış olmakla birlikte, bu hükümler vasıtasıyla önemli ölçüde sınırlamıştır. Bu sınırlamaların hangi saik ile getirildiği hususunda Kanun'un gerekçesine bakıldığı zaman her iki hükümde de benzer ifadelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin 88. maddeye ilişkin olarak, "*uygulamada sıklıkla görülen olağanüstü faiz oranları karşısında borçlunun korunmasının*" amaçlandığı belirtilmiştir. BK m. 120 (2)'ye ilişkin gerekçede de buna ek olarak Anayasa'nın 2. maddesindeki "sosyal devlet" ilkesine yollama yapılmıştır. Dolayısıyla Yasa Koyucu, borçlunun korunmasının, sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu fikrini benimsemiş ve bu ilkenin, sözleşme serbestisine getirilen sınırlamanın pozitif hukuk açısından dayanağı olduğunu açıklamıştır.[1]

1 Sosyal devlet ilkesinin kabul edilmesi, sosyal adaleti sağlamak amacıyla, devletin piyasa ilişkilerine daha yaygın müdahale etmesini meşru kıldığı söylenebilir. Bu anlayışa göre, serbest piyasa ancak kişileri "şeklen" özgür kılmakta, sosyal devlet anlayışını benimseyen devlet ise, kişileri gerçek anlamıyla özgürleştirmekte, yani onların önündeki sosyal ve ekonomik engelleri kaldırmaktadır. Bu çerçevede kişilere (çalışma, adil ücret, sosyal güvenlik, konut, sağlık eğitim gibi) bazı sosyal haklar tanındığı gibi, gelir eşitsizliğini gidermeye yönelik vergi ve kamulaştırma gibi düzenlemeler ile piyasalara müdahale edilmektedir. Nitekim Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde de bu ilke benimsenmiştir (Örn. bkz. AYM, 26 Ekim 1988, E. 1988/19, K. 1988/33, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 24, s. 451-452).
Bu çerçevede düşünüldüğü zaman, faize ilişkin hükümler ile güçsüzün güçlü karşısında korunmasına ve bu anlamda sosyal devlet ilkesi içerisinde gelir adaletinin sağlanmasına hizmet eden hükümlerin benimsendiği söylenebilir. Ancak ekonomik açıdan bunun oldukça tartışmalı bir önerme olduğunu belirtelim. Sözleşmelere müdahalenin gelir dağılımına müdahale aracı olarak kullanılması, bunun verimsiz bir yöntem olması bir yana, izlenen amaç açısından elverişsiz olabilir. Basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, faize tavan getirilmesi (bilhassa anapara faizi açısından) kredi veren tarafı daha elverişsiz sözleşme şartları sunmaya ve/veya rizikosu yüksek olan kişilere hiç kredi verilmemesine güdüler. Tavan faiz, bu tavan olmasaydı, kredi veren tarafın bu tavandan daha fazla faiz uygulayacak olması halinde anlam taşır. Mesela sağlayıcı, olağan şartlar altında zaten % 13,5 olan tavan faizin altında oran uygulayacaksa, bu sınırlama etkisizdir. Buna karşılık sağlayıcı kredi veren, tavan olmasaydı % 18 uygulayacak idiyse, ancak tavan nedeniyle % 13,5 uyguluyorsa, bu durumda sınırlamanın etkili olduğunu söyleyebiliriz. Bunun ise ilk bakışta borçlu kredi alanı koruduğu düşünülebilir. Fakat % 18 oranı maliyet esaslı bir piyasa faizi ise ki anapara faizi açısından rekabetçi bir senaryoda öyle olduğunu söyleyebiliriz, bu durumda kredi veren tüm maliyetini faiz aracılığı ile karşılayamayacaktır. Dolayısıyla, maliyeti

Yasa Koyucunun, faiz veya başka bir konuda, sözleşme serbestisini sınırlaması tabi ki mümkündür. Ancak biz, faiz konusunda getirilen bu sınırlamaların kısmen isabetli olmadığını düşünüyoruz.[2] Bunun muhtelif gerekçeleri olmakla birlikte temel savımız şu şekilde özetlenebilir: Her şeyden önce faiz için tavan öngörülmesinin, borçlunun korunmasına hizmet ettiği şüphelidir. "Borçlu" olarak nitelendirebileceğimiz bir genel grubun var olduğunu kabul etsek bile, ki yoktur, pek çok senaryoda bu grup, sınırlamadan olumsuz etkilenir. Bilhassa kredi maliyetinin yüksek olması veya referans faizin çok düşük kalması ihtimallerinde, tavan faiz nedeniyle kurumlar riskli borçlulara kredi vermekten kaçınacak veya elde edemedikleri faiz getirisini başka yollardan telafi etmeye çalışacaklardır.[3] Dolayısıyla bu sınırlamanın herkesin refahını (sosyal refahı) azaltması olasılığı vardır. Bu nedenle de hukuk politikası açısından sınırlamanın yerindeliği, özellikle borçlunun korunması amacının isabeti tartışmalıdır.

İkinci bir sorun, bu hükümlerin uygulama alanının net olmamasıdır. Borçlar Kanunu tüm sözleşme ilişkilerine uygulanma kabiliyetine sahip olmakla birlikte, Ticaret Kanunu (TK) ile banka ve tüketici mevzuatında da faize dair hükümler yer alır. Bu hükümler karşısında, BK m. 88 ve 120'nin uygulama alanı net değildir. Yasa Koyucu muhtelif kanunlardaki hükümler arasında herhangi bir ilişki kurmamış, sistematik açıdan yetersiz bir düzenleme getirmiştir. Bu nedenle BK'daki hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi ciddi tartışmalar yaratmaktadır.[4] Bunun neden olduğu belirsizlik ise, hukuk güvenliğini zedelemektedir. Nitekim Yargıtay'ın yakın zamanda verdiği bazı kararlar[5], bu sınırlamaların uygulanma alanının belirlenmesinin acil bir sorun olduğuna işaret etmektedir.

Bu çalışmada kısaca belirttiğimiz bu iki sorun ele alınacaktır. Dolayısıyla faize faiz yürütülmesi yasağı gibi Borçlar Kanunu ve başka kanunlarda faize ilişkin olarak öngörülen diğer emredici hükümler

kısmak için, daha olumsuz sözleşme koşulları kaleme alacak ve/veya daha az kredi sağlayacaktır. Bu hallerde ise, daha fazla korumaya muhtaç olabilecek olan, kredibilitesi düşük olan tüketiciler, kredi alamayacaklardır.

2 Bu konuda ayrıca bkz. Atamer (2016), s. 121 vd.; Sanlı (2015), s. 367 vd.

3 Bkz. dn. 1.

4 Bu konuda örn. bkz. İnceoğlu (2014), s. 19; Aydoğdu/Ayan (2014), s. 231 vd.; Aydoğdu (2010), s. 85-136.

5 Bkz. Y6HD 11.9.2013, E. 2013/580, K. 2013/12165; Y13HD 17.04.2013, E. 2013/9, K. 2013/10102; Y13HD 20.02.2013, E. 2012/23677, K. 2013/3886; Y13HD 18.09.2013, E. 2013/8534, K. 2013/21921.

çalışmanın kapsamı dışındadır.[6] Sistematik açıdan ilk olarak anapara ve temerrüt faizini belirleme serbestisinin kısıtlanmasının hukuk politikası açısından isabetli olup olmadığı değerlendirilecek, arkasından, Borçlar Kanunu'ndaki bu hükümlerin tacirler arasındaki sözleşmelerde (business to business 'B2B[7]') ve muhtelif tüketici sözleşmelerinde (business to consumers 'B2C') uygulama alanı belirlenecektir. Hukuk politikası değerlendirmesini yaparken (davranışsal) hukuk ve ekonomi öğretisi yöntem ve kuramlarından yararlanacağımızı, bu açıdan temel ölçütümüzün ekonomik etkinlik[8] (veya sosyal refah maksimizasyonu) olduğunu belirtelim.

II. Hukuk ve Ekonomi ile Davranışsal Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Özgürlüğüne ve Özellikle Faize Müdahale

A. Neo-Klasik Ekonomik Bakış Açısı

1. Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Gerekçesi: Bir Piyasa Aksaklığının Varlığı

Hukuk ve ekonomi öğretisinin[9] temel varsayımlarından birisi, kişilerin rasyonel seçimler yaptığıdır. Buna göre kişiler, önlerindeki alternatifleri, bu tercihlerine uygun olarak tutarlı bir şekilde sıralayabilirler ve bu sıralama doğrultusunda faydalarını en üst düzeye çıkaracak (maksimize edecek) şekilde seçim yaparlar.[10] Bu seçimler aynı zamanda

6 Bu çerçevede mesela Borçlar Kanunu'nda temerrüt faizine ayrıca temerrüt faizi yürütülemeyeceğine dair 121. madde, ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde faiz miktarının yazılması gerektiğine dair 264/2 (6) ve faizin anaparaya eklenerek tekrar faiz yürütülmesini yasaklayan 388/3. maddeler bu çalışmada incelenmeyecektir. Keza Tüketici Hukukundaki temerrüt faizini sınırlayan hükümler dışındaki emredici faiz düzenlemeleri de incelemenin kapsamı dışındadır. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer (2016), s. 115 vd.

7 B2B ve B2C kısaltmaları kısa ve öz bir şekilde, en temel iki tür sözleşme grubunu birbirinden ayırmaya yaradığı için bugün çok farklı dillerde bu şekilde kullanılmaktadır. Biz de metinde bu kısaltmaları kullanmanın okuyucu için daha kolay olacağı kanaatini paylaştık.

8 Ekonomik etkinlik (*economic efficiency*) hakkında bkz. Sanlı (2007), s. 39 vd. Cooter/Ulen (2012), s. 12-14; Posner (2003), s. 10 vd.; Shavell (2004), s. 595 vd.; Zerbe (2001), s. 14 vd.; Shavell/Kaplow (2001), s. 967-1380.

9 Hukuk ve ekonomi öğretisi hakkında bkz. Sanlı (2007), s. 10-103; Cooter/Ulen (2012), s. 1-11; Posner (2003), s. 1-29; Schäfer/Ott (2004), s. 3-66.

10 Klasik ekonomi biliminin esas aldığı davranış teorileri ve özellikle rasyonel seçim teorisi hakkında bkz. Sanlı (2007), s. 29 vd.; Ulen (1994), s. 487 vd.; Posner

tam bilgili olma varsayımına dayanır. Yani kişi, seçiminin sonuçlarını ve bunun kendi menfaati açısından ne anlama geldiğini idrak etmektedir. Sözleşme senaryosunda bunu açıklamak gerekirse, kişi ne istediğini bilmekte, aldığı mal veya hizmeti, fiyat ve kalite olarak değerleyebilmekte ve olası riskleri de bu fiyata dahil etmektedir. Sözleşmede yer alan, ifa ve ifa etmemeye dair koşullar da birer kalite unsuru olarak fiyatlandırılabilir.[11] Örneğin kişi para borçlusu ise, karakteristik edim borçlusunun borca aykırı davranma riski de hep ödenen fiyat içerisinde hesaba katılır.

Bu varsayımların hukuk politikası açısından yansıması şudur: Prensip olarak sözleşme serbestisine müdahale edilmesi ekonomik açıdan isabetli değildir. Taraflar serbest iradeleri ile rıza gösterdiklerine göre, sözleşme onların ortak (beklenen) menfaatlerine hizmet ediyor olmalıdır. Taraf menfaatlerini, onlar dışında bir başkasının (mesela Yasa Koyucu veya mahkemenin) bilmesi mümkün olmayacağına göre, sözleşme serbestisine yapılacak müdahale, menfaatleri olumsuz etkiler. Bu da sosyal refahı azaltır. Bu durumda sorulması gereken soru şudur: Sözleşme hukukundaki emredici hükümlerin ekonomik açıdan meşru bir gerekçesi olabilir mi? Zira liberal olduğu kabul edilen Borçlar Kanunu dahi pek çok emredici hüküm içermektedir. Hatta 6098 sayılı Kanun'u hazırlayan iradenin, 818 sayılı Kanun'a nazaran daha müdahaleci olduğu söylenebilir.[12] Peki ekonomik açıdan bu hükümler nasıl izah edilecektir?

Neo-klasik ekonomik düşünce, ancak piyasaların iyi çalışmadığı hallerde, hukuka ve dolayısıyla emredici hükümlere ihtiyaç olduğunu kabul eder. Diğer bir anlatımla bu hükümleri piyasa aksaklığı (*market failure*) kavramı tahtında izah eder.[13] Rızaya dayalı piyasa işlemleri, yani sözleşmeler, bir piyasa aksaklığının varlığı halinde refahı azaltabilirler. Dışsallıklar (*externalities*), kamu malları (*public goods*), tekelleşme (*monopolization*) ve bilgi sorunu (*informational problems*) hukuk ve iktisat literatüründe kabul edilen piyasa aksaklıklarının en temel görünümleridir.

(1997), s. 1551-1575; Luth (2010), s.15; Cooter/Ulen (2012), s. 18 vd.

11 Fiyatlandırılan bu risklerin genel işlem şartları aracılığıyla nasıl karşı tarafa aktarıldığı konusunda bkz. Atamer (2013), s. 111 vd.

12 Genel işlem koşulları (BK m. 20-25), kira (BK m. 339 vd.) ve kefalet sözleşmesi (BK m. 581 vd.) bağlamında öngörülen yeni hükümler buna örnek olarak verilebilir.

13 Bkz. bu konuda Sanlı (2007), s. 57 vd.; Luth (2010), s. 19 vd.; Cooter/Ulen (2012), s. 37 vd.; Schäfer/Ott (2004), s. 96 vd.

Mesela piyasada az sayıda teşebbüs olduğu ihtimalde, tekelleşme ve kartelleşme fiyatın yükselmesine ve kalitenin bozulmasına neden olarak refahın azalmasına yol açar. Aynı şekilde bir sözleşme dışsallık[14] yaratıyor; örneğin üçüncü kişilerin refahını azaltıyorsa, bu durum, sözleşmenin geçersiz kılınması için meşru bir neden teşkil edebilir. Zira artık burada sözleşmenin refahı arttırdığı karinesi hükümden düşer.[15] Bu tür aksaklıkların ortaya çıktığı hallerde, hukuk kuralları ile piyasaya müdahale ederek, refahı arttırmak teorik açıdan mümkündür.[16] Dolayısıyla emredici hükümler bu çerçevede kaldıkları sürece ekonomik etkinlik açısından meşru kabul edilir.[17]

Sözleşme hukuku özelinde değerlendirdiğimizde, emredici hükümlerin genellikle bu dört piyasa aksaklığı türünden sonuncusunu, yani bilgi asimetrisi sorununu gidermeye yöneldiğini söyleyebiliriz.[18]

14 Dışsallık hakkında bkz. Sanlı (2007), s. 109 vd.

15 Mesela Borçlar Kanunu m. 27(1)'de yer alan kamu düzenine ve ahlaka aykırılığın sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurması (negatif) dışsallık temelinde açıklanabilir. Bu sözleşmelerin 3. kişiler açısından doğurduğu olumsuz sonuçların engellenmesi, sözleşme tarafları için doğurduğu olumlu sonuçlara nazaran iktisadi açıdan tercih edilmektedir.

16 Neo-klasik iktisadın piyasa aksaklığı analizine temel olan varsayımı, tam rekabetçi bir piyasanın varlığı ve tüm sosyal/ekonomik ilişkilerin sözleşmeler aracılığı ile içselleştirildiğidir. Bu varsayımlar geçerli ise, ekonomik etkinlik sağlanarak, piyasalar refahı maksimize eder. Bu varsayımlar geçerli değilse, piyasaların performansı düşer ve refah (tam rekabetin olduğu piyasaya kıyasla) azalır. Piyasanın bu şekilde aksaması refahı azalttığına göre, müdahale etmek isabetli olabilir.

17 Şunu da belirtmek gerekir: Bir piyasa aksaklığının varlığı, muhakkak emredici hükümler ile müdahaleyi gerektirmez. Hukuk ve ekonomi, devlet müdahalesinin de bünyesinde önemli aksaklıklar barındırdığını dikkate alarak, aksaklığın, devlet müdahalesinin neden olabileceği maliyetlerden daha fazla refah kaybına neden olması gerektiğini kabul eder ve bu noktada piyasaların aksaklıkları kendiliğinden düzeltme imkanı da mutlaka dikkate alınır. Aynı şekilde daha az müdahaleci olan hukuki düzenlemeler (mesela yedek hukuk kuralları), daha az maliyet yüklemeleri nedeniyle tercih nedenidir.

18 Bilgi asimetrisi veya bilgi sorunu dışında sözleşme hukukunda görülen diğer bir aksaklık işlem maliyetidir. Sözleşme hukukunun önemli bir işlevi bu maliyetlerin azaltılmasıdır. Ancak şunu belirtelim, işlem maliyeti kavramının belirsizliği ve bünyesinde aynı zamanda bilgi maliyetini de içermesi karşısında bu iki kavramı birbirinden ayırmak kolay değildir. Dolayısıyla yukarıda bilgi sorunundan ayrı olarak işlem maliyeti kavramını zikretmiyoruz. Bu kavramlar ve bunların sözleşme hukukundaki işlevleri konusunda bkz. Sanlı (2015), s. 31 vd.

Taraflardan biri, çoğu kez karakteristik edim alacaklısı, örneğin alıcı, sözleşme unsurları hakkında diğer tarafa göre daha az bilgiye sahip olmakta ve bu, onun optimal seçimler yapmasına engel olmaktadır. Bilgi eksikliği bazen karmaşık olan ürünlerin özelliklerine, bazen sözleşme konusu edimi kullanma imkanına, bazen de sözleşme koşullarının kendisine ilişkin olmakta ve eksik veya hatalı bilgi nedeniyle, kişi, rıza göstermiş olmasına rağmen sözleşmeden elde edeceği faydayı optimal düzeye çekememektedir.[19] Ayrıca bilgi eksikliği, diğer tarafın fırsatçı davranmasına (*opportunistic behavior*) da imkan verebilmektedir.[20] Mesela satıcı, alıcının basit bir gözden geçirme ile anlayamayacağı ayıpları gizleyebilir veya sözleşme koşulları hakkında yanıltıcı bilgiler verebilir. Nitekim Borçlar Kanunu bu tür senaryolarda müdahale imkanı tanımaktadır.[21]

19 Örneğin bilgi eksikliğinin ortaya çıkabileceği klasik durum, tüketime konu mal veya hizmetin, ancak kullanım ile birlikte kalitesinin anlaşılmasıdır. Yerleşik ayrıma göre mal ve hizmetler, basit (*search goods*), tecrübeye (*experience goods*) ve güvene dayalı (*credence goods*) olmak üzere üçe ayrılabilir. Basit mal ve hizmetler için bilgi eksikliği olması beklenmez, zira alım kararı öncesinde bir gözden geçirme ile malın kalitesi hakkında fikir edinmek mümkündür. Tecrübeye dayalı mallar açısından ise, kalite ancak alıp kullandıktan sonra tecrübe edilebilir. Güvene dayalı mallarda ise kaliteyi tam olarak değerlemek, alıp tüketime tâbi tuttuktan sonra bile problemlidir. Örneklemek gerekirse, yeşil elma alırken basit bir muayene ile bu malın kalitesini belirlemek mümkündür. Oysa bir lokantaya gittiğiniz zaman, ısmarlanan yemeğin kalitesi, ancak yedikten sonra anlaşılır. Nihayet üniversiteye girdiğiniz zaman, aldığınız öğretimin kalitesi, mezun olduktan sonra dahi anlaşılmayabilir. Doğal olarak tecrübeye ve güvene dayalı mallar açısından kalite değerlemek sorunlu olduğu ölçüde, tüketici ve tacir arasında ciddi bir bilgi asimetrisinin olduğu söylenebilir. Kavramların ilk geliştirildiği çalışma için bkz. Nelson (1970), s. 311 vd.

20 Fırsatçı davranış hakkında bkz. Sanlı (2015), s. 24 vd.; Schäfer/Ott (2004), s. 276 vd.; Muris (1984), s. 521-590.

21 Borçlar Kanunu fırsatçılık sorununa dair muhtelif hükümler içermektedir. Örneğin *ex ante* (sözleşme kuruluşunda) fırsatçılığa müdahale teşkil eden tipik hüküm, aldatma hakkında 36. maddede yer alır. *Ex post* (sözleşme kurulduktan sonra) fırsatçılık sorununa müdahale eden ilginç bir hüküm ise, kira hukukunda kiracının güvence vermesini düzenleyen 342. maddedir.

2. Faiz Hakkındaki Hükümler Özelinde Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Gerekçeleri

a. Neo-Klasik İktisat Kuramı Çerçevesinde Faize İlişkin Sınırlamaların Temelinde Hangi Piyasa Aksaklığı Yatar?

BK m. 88 ve 120'ye hukukun ekonomik analizi perspektifinden bakıldığında, ilk bakışta hükmün tekelleşme sorununa müdahale amacıyla vazedildiği düşünülebilir.[22] Zira hükmün gerekçesi, borçluların olağanüstü yüksek faizlerden korunmasının amaçlandığını belirtmektedir. Olağanüstü yüksek faiz, tipik olarak tekel sorununun görünümüdür. Tekel olan taraf, fiyatı rekabetçi fiyatın üzerine çıkararak kârını artırır ve yüksek fiyat tüketici refahını olumsuz etkileyerek sosyal maliyete neden olur. Bilhassa yüksek anapara faizi, bir tür tekelci fiyatlandırma olarak düşünülebilir.[23] Bu durumda emredici hüküm ile yüksek faizin yasaklanması da, sosyal maliyeti azaltarak refahı arttırma potansiyeli taşır.

Hemen belirtelim ki, çok makul gözüken bu senaryo, iktisadi açıdan muhtelif nedenlerle isabetsizdir. Tekel sorunu, duruma özgüdür. Yani piyasa tanımlanıp, somut piyasa tahtında tekelin varlığı ya da yokluğu değerlendirilir. Oysa Borçlar Kanunu, belirli bir piyasaya yollama yapmaksızın, tüm piyasalardaki sözleşme ilişkilerine uygulanabilmektedir. Genel olarak tüm para alacaklılarının borçluları karşısında tekel konumunda olduğu düşünülemeyeceğine göre, bu hükümlerin tekel sorununa müdahale

22 Tekelleşme sorunu, kısaca belirtmek gerekirse, tanımlanan piyasadaki sağlayıcı sayısının azalması ve alıcıların (talepte bulunanların) sözleşme tarafı bulamamalarıdır. Bunun sonucu olarak piyasada ekonomik güce sahip az sayıda (ve hatta bazen tek) sağlayıcı, alıcılara diledikleri sözleşme şartlarını dayatabilecek güce erişmektedirler. Teknik olarak ifade etmek gerekirse, tekel konumundaki sağlayıcılar, fiyatı gücü olan, alıcılar ve rakiplerinden bağımsız davranabilecek ekonomik güce sahip teşebbüslerdir.

23 Tekel öncelikli olarak sözleşmenin asli unsuru, fiyat konusunda sömürücü davranışlar sergiler. Zira bu ona doğrudan kârını artırma imkanı verir. Kredi faizi, kredi sağlayıcısının bu anlamda tercih edeceği temel parametre olacaktır. Buna karşılık temerrüt faizi, ancak karşı tarafın temerrüde düşeceği bir senaryoda ödeyeceği bir karşılıktır ve herhalde olayların önemli bir kısmında temerrüt olmayacağı için kârını artırma imkan vermez. Temerrüt faizi, aynen diğer sözleşme koşulları gibi bir kalite parametresi olarak düşünülebilir. Kalite üzerinden kâr maksimizasyonu, yani kalitenin düşürülmesi ise, tekelin ilk planda tercih edeceği bir strateji değildir. Ancak bu tam olarak ihtimal dışı değildir. Bkz. mesela Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 6/2(e).

amacıyla öngörüldüğünün kabulü makul olmaktan uzaktır.[24] Ayrıca bu sorunla mücadele amacıyla öngörülmüş olan, başta Rekabetin Korunması Hakkında Kanun olmak üzere, muhtelif düzenlemeler vardır.[25]

Bu itibarla Yasa Koyucunun bu gerekçesine rağmen, BK m. 88 ve 120'nin bir bilgi sorunu ile mücadele amacıyla öngörüldüğünü kabul etmek gerekecektir.[26] Yani sözleşme taraflarından biri, faize ilişkin bir bilgi sorunundan muzdariptir ve bu onun en doğru seçimleri yapmasına engel olmaktadır. Hükmü göz önünde tutarsak, faiz ödeme borcu altında olan kişi eksik bilgi altında seçimler yapmakta ve bu durum, kredi verenin veya alacaklının, yüksek faiz oranı belirlemesine (ve onu sömürmesine) neden olmaktadır. Bir anlamda Yasa Koyucu, borçluların faize ilişkin sözleşme hükmünü kavrayamadıkları veya bunu değerleyemedikleri varsayımını kabul etmiş olmalıdır. Bu problem, herhalde faiz hükmünün belirli rakam ve oranları içermesi, bir hesap gerektirmesi ve bilhassa zamansal boyutu olmasından kaynaklanıyor olabilir. Yani borçlu zamana yayılan bir maliyeti veya beklenen maliyeti fiyatlandırmakta güçlük çekmektedir. Sözleşmede kararlaştırılan ve kabul ettiği faiz rakamının, gerçekte kendi (beklenen) menfaati açısından etkisini ölçememektedir.

Peki bunun refaha etkisi nedir? Yüksek faiz belirlenirse sosyal refahta bir azalma olur mu? Teorik olarak bu mümkündür. Bilgi sorunu nedeniyle yapılacak yanlış seçimler, kaynakların yanlış tahsis edilmesine neden olacaktır. Tipik olarak, anapara faizi açısından mesela, olması gerekenden daha fazla kredi sözleşmesi akdedilecek, faiz borçlusu, ödeyebileceğinden daha fazla tutar ile borçlanacaktır. Bunun beraberinde getireceği iflas gibi riskler nedeniyle son derece maliyetli olacağı açıktır.[27] Dolayısıyla bilgi

24 Sanlı (2015), s. 376.

25 Bu konuda bkz. Sanlı (2001), s. 77 vd.; ayrıca Ünal (2010), s. 9 vd., 65 vd.; Gal (2004), s. 1-52. Doğal tekel (*natural monopoly*) gibi kalıcı aksaklıkların söz konusu olduğu piyasalar açısından, düzenleyici otoritenin *ex ante* müdahale ederek fiyatı belirlemesi veya performans denetimi öngörmesi ekonomik etkinliği temel alan hukuk politikası açısından daha isabetli görülmektedir. Nitekim bu çerçevede elektrik, su ve doğalgaz gibi piyasaların düzenlenmesi ve mevzuatın, düzenleyici otoriteye fiyat belirleme yetkisi vermesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur (bkz. mesela 18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu, m.11/2 ve 4).

26 Zira yukarıda anılan ve iktisat literatürü tarafından kabul edilen diğer piyasa aksaklıklarından hiçbirisinin (olumsuz dışsallık ve kamu malı olma olgusu) faiz sorunu açısından söz konusu olması mümkün değildir.

27 Bu konuda bkz. aşağıda dn. 82-84 ve ilgili metin.

sorunu, refahı azaltma potansiyeli taşır ve bu da hukuk politikası açısından müdahale etmek için bir gerekçe teşkil eder.[28]

b. Faize İlişkin Genel Geçer Bir Bilgi Sorununun Varlığı Gerçekten Kabul Edilebilir mi?

aa. Genel Olarak

Yukarıda aktardığımız üzere, hukukun ekonomik analizi bakış açısıyla sözleşme özgürlüğüne müdahalenin dört temel gerekçesi vardır. Yasa Koyucunun faize müdahale etmesinin yegâne gerekçesi ise bunlar arasında bilgi asimetrisi sorunu olabilir. Peki, acaba gerçekten faiz oranları konusunda bu tür bir genel geçer bilgi sorunu olabilir mi? Neden Yasa Koyucu bilgisayarların veya taşınmazların fiyatına müdahale etmemektedir de faize müdahale etmektedir? Her türlü sözleşme ilişkisinde, borçluların emredici müdahaleyi gerektirecek ölçekte bilgisiz, bilinçsiz faiz seçimleri yaptığı mı düşünülmektedir? Peki bu durumda tacirler ile tüketiciler arasında bir ayrım yapılması gerekli değil midir? Faiz türleri arasında fark yok mudur? Örneğin anapara faizi ile temerrüt faizi, hukuken farklı nitelikler taşıdıkları gibi, birbirinden çok farklı şartlarda uygulama alanı bulurlar. Borçluların bunları aynı şekilde değerlendirmeleri beklenmez. Her ikisinde de borçlular eksik bilgi altında mı sözleşme akdetmektedir? Keza anapara faizi hakkında her tür sözleşme ilişkisinde aynı seviyede, müdahaleyi gerektirecek bir bilgi sorunu olduğu söylenebilir mi? Kredi kartı kullanıcısı ile tüketici kredisi alan kişi, bilgi seviyesi açısından aynı şekilde değerlendirilebilir mi?

Hemen belirtelim ki bu soruların doğru ve kesin yanıtları, ancak ampirik bir araştırma ile verilebilir. Yani bilgi sorununun olup olmadığı ve varsa hangi hallerde bunun söz konusu olabileceği, sözleşme ilişkileri hakkında yapılacak piyasa araştırmaları sonucu ortaya çıkarılabilir. Ancak teorik açıdan, farklı sözleşme ve faiz türlerinde, bilgi sorununun daha ağır veya hafif olabileceği kolaylıkla kabul edilebilir. Yani genel olarak bir bilgi

28 Hiç şüphe yok ki yüksek faiz, adalete veya hakkaniyete aykırı ya da gelir dağılımını bozucu olarak da görülebilir. Bu faktörler de hukuki müdahale için ilave gerekçe olarak değerlendirilebilir ki Türk Hukukunda bunların etkili olduğunu belirttik. Ancak bu faktörler, iktisat kuramı açısından refah fonksiyonu içerisinde yer almadığından etkinlik değerlendirmesinde nazara alınmazlar. İktisadi etkinlik temelinde bir gerekçelendirme yapılmadığı takdirde ancak bu faktörler önem kazanabilir. Bkz. yukarıda dn. 1.

sorunu olduğu kabul edilemese de, ilişkiden ilişkiye farklı ağırlığı ve etkisi olan bir bilgi sorunu olduğu söylenebilir. Örneğin tüketici ile tacirin yaptığı işlemlerde aynı seviyede bilgiye sahip olmadığı açıktır. Aynı tespit, temerrüt ve anapara faizi açısından da yapılabilir.

Halbuki Borçlar Kanunu, faiz konusunda genel geçer bir sorun olduğunu kabul etmiş gözükmektedir. Kanun'da tüketici-tacir ayrımı yapılmadığı gibi, sözleşme ilişkilerine göre de herhangi bir farklılık gözetilmemiştir. Temerrüt ile anapara faizi arasında bir ayrım gözetilmiş olmakla birlikte, müdahale mantığı açısından bu iki faiz türü de aynı kefeye konmuştur. Dolayısıyla ilk yapılması gereken tespit, bu toptancı yaklaşımın ekonomik açıdan doğru olmadığıdır. Bilgi sorununa yapılacak müdahalenin somut olayın özelliklerini dikkate alması çok daha doğru olacaktır.

Esasen Türk pozitif hukukuna bakacak olursak, farklı Kanunlarda faize ilişkin özel düzenlemeler olduğunu söyleyebiliriz. Bu düzenlemeler ise, faiz sınırlamalarını daha rasyonel bir şekilde uygulama imkanı verebilirler. Nitekim bu farklı Kanunlardaki düzenlemelerin, Borçlar Kanunu hükümleri karşısında uygulama alanı, bu çalışmada yanıtı aranan bir sorudur ve hukuk ve ekonomi öğretisi ile daha aşağıda ele alacağımız davranışsal iktisat öğretisi bu noktada önemli katkı sağlama potansiyeline sahiptir. Aşağıda öncelikle ekonomik açıdan önem taşıyan bazı ayrımlara yer veriyoruz.

bb. Tüketici ve Tacir İşlemlerinin Farklı Değerlendirilmesi Gereği

Neo-klasik ekonomik yaklaşım, her şeyden önce tüketici ve taciri birbirinden ayırır.[29] Buna göre bilgi sorunu tacirler için kural olarak söz konusu olmaz.[30] Basit bir şekilde ifade etmek gerekirse, tacirler ticaret

29 Bkz. Sanlı (2015), s. 322 vd.

30 Burada şu çekinceyi belirtelim: Bu önerme, tacirlerin hiç eksik bilgi altında seçimler yapmadığı anlamına gelmez. Pekala tacirler de eksik bilgi altında, hatalı seçimler yaparlar ve ex post açıdan bu onlar için maliyet oluşturur. Hatta bu nedenle piyasa dışına da itilirler, hesapsız ve bilgisiz davranışları neticesinde iflas ederler. Ancak ekonomik açıdan bu önemli bir sorun olarak görülmez. Bunun nedeni, bilgisiz ve hesapsız seçimlerin başarısızlık teşkil etmesi ve piyasada başarısız teşebbüslerin 'cezalandırılmasının', rekabetçi ve sağlıklı piyasa yapıları için gerekli oluşudur. Bilgisiz seçimlerin maliyetine katlanılmadığı durumda, bilgi edinme ve öğrenme saiki olumsuz etkilenir ki bu istenen bir durum değildir. Dolayısıyla piyasadaki teşebbüslerin bilgiye yatırım yapmaları ve ciddi bilgi asimetrisi senaryolarına rastlanmaması aslında piyasanın kendisini sağaltmasının

hayatındaki işlemleri tekrarladıkları için, ilk başta eksik bilgi altında hareket etseler bile, zaman içinde öğrenme imkanına sahiptir. Ayrıca kâr maksimizasyonu güdüsü, onları daha rekabetçi ve hesaplı *(calculated)* davranmaya sevk eder ve bu onları bilgi edinmeye güdüler. Zira bilgisiz seçimler, tacirler için maliyet teşkil eder ve bilhassa rekabetçi piyasalarda, bu seçimler tacirlerin piyasa dışına itilmeleri riskini beraberinde getirir. Bu da onların göz ardı edemeyeceği bir risktir. Tacirlerin ekonomik faaliyet yürüttükleri şirket ve diğer organizasyon yapıları da, genellikle bilgiye erişimlerini (tüketicilere kıyasla) daha kolay kılar.[31] Bu nedenle de tacirler arası (B2B) işlemlerde, sık sık sözleşmeye müdahaleyi gerektirecek bir bilgi sorunu olmadığı kabul edilir.[32]

Tüketiciler için ise, yaklaşım farklıdır. Bilgi sorununu azaltan özellikler, çoğu kez tüketici-tacir (B2C) işlemleri için geçerli değildir. Zira birçok işlemi tekrar yapmayacakları için hatalarından ders alma olasılıkları düşüktür ve bilgi edinmeye imkân verecek kolaylaştırıcı yapılar (örneğin bir hukuk departmanı) onların hizmetine sunulmamıştır.[33] Ayrıca tipik olarak yaptıkları işlemlerin ekonomik değeri de yüksek değildir. Bu da yaptıkları işlem için bilgi edinme güdülerini azaltan bir faktördür, zira bilgi edinmenin (örneğin bir avukata danışmanın) bir maliyeti vardır.[34] Nihayet tüketicilerle yapılan sözleşmelerde çoğu kez genel işlem koşulları kullanılır. Bu tür sözleşmelerde ise, pazarlık yapma veya sözleşme şartlarına etkide bulunma imkânı neredeyse hiç olmaz. Hal böyle olunca da tüketicinin bilgi edinme

bir göstergesidir.

31 Ticari faaliyetin bir şirket bünyesinde yapılıyor olması halinde, bilhassa hukuki işlemler muhtelif bölüm ve/veya kişilerin görüşlerine sunulur ve sağlanan ilave bilgiler çerçevesinde karar verilir. Bu işlem maliyetini arttırmakla birlikte, doğru kararlar verilmesini temin eder. Örneğin, bir sözleşme söz konusu ise, bununla ilgili karar alma sürecinde (iş birimlerinin haricinde) hukuk ve finans departmanının da görüşünün alınması, risklerin tespit edilmesi ve sonuçlarının değerlendirilmesine hizmet eder.

32 Ancak genel işlem koşulları kullanılan B2B sözleşmelerde de bir bilgi sorunu dolayısıyla da sözleşme denetimi olabileceği hakkında bkz. Atamer (2013), s. 120 vd.

33 Fakat aksi yönde mesele bkz. Epstein (2006), s.111-132; Epstein (2008), s.803-835).

34 Kısaca belirtmek gerekirse, tarafları bilgi edinmeye güdüleyen temel faktör, işlemin arz ettiği değerdir. Kişi, bu değer yükseldikçe, daha fazla bilgi yatırımı yapar. Buna karşılık değer düşükse, bilgi edinmemesi (neden olacağı işlem maliyeti nedeniyle) rasyoneldir. Rasyonel ilgisizlik (*rational apathy*) olarak da adlandırabileceğimiz bu durum, tüketici işlemlerinde son derece yaygındır. Bkz. Sanlı (2015) s. 325, dn. 1062; Atamer (2013), s. 25-26.

güdüsü iyice azalır.[35]

Fakat bu özelliklere rağmen, tüketicilerin asla rasyonel davranmadıkları ve her koşulda bilgi edinmeden hareket ettikleri söylenemez. Tüketiciler, kendileri için önem taşıyan unsurlar hakkında bilgi edinirler ve doğru seçimler yaparlar. Tipik örnek, sözleşmenin (sübjektif ve objektif) esaslı unsurlarına ilişkindir. Mesela satın alınan bir malın fiyatının ne olduğu, bunun tüketici açısından (kabaca) arz ettiği değer ve bunun karşılığında edinilecek malın temel işlevleri ve kalitesi dikkate alınır. Dolayısıyla sözleşmenin belirgin (*salient*) özellikleri konusunda tüketicinin bilgisinin optimal olduğunu kabul etmek gerekir. Ürün karmaşık olmadığı ya da ürünün çok yönlü özellikleri bulunmadığı sürece, ortada bir piyasa aksaklığı olmadığı kabul edilir. Aynı şekilde işlemin değeri arttıkça, tüketicinin bilgili ve bilinçli seçim yapma ihtimali de yükselir. Hatta tüketiciler bu hallerde, bilgi edinmelerine imkan verecek kişi ve kurumlardan hizmet alabilirler.

Özetle, neo-klasik iktisat kuramına göre, tacirler arasındaki işlemlerde kural olarak (faiz konusu dahil) bir piyasa aksaklığı olmadığı, buna karşılık tüketici işlemlerinde bir aksaklık yaşanabileceği kabul edilir. Ancak asimetrik bilgi olarak ifade edebileceğimiz sorun tüketici işlemlerinde bile her türlü sözleşme hükmüne ilişkin olmadığı gibi, her türlü faize ilişkin de değildir. Dolayısıyla faiz türleri üzerinden bilgi sorununun ayrıca ele alınması gerekmektedir.

cc. Anapara ve Temerrüt Faizinin Farklı Değerlendirilmesi Gereği

Soruna bir bilgi sorunu olarak yaklaşıldığında acaba faiz açısından yukarıdaki açıklamaların sonucu ne olur? Anapara ile temerrüt faizi arasında bir ayrıma gitmek gerekir mi? Bu soruya da olumlu cevap verilmelidir. Anapara faizi, kredi veya finansman ilişkilerinde borçlunun taahhüt ettiği asli ve temel edimdir (objektif esaslı unsur), karşılıktır. Bir satım sözleşmesinde alıcı için semen ne ise, kredi sözleşmesinde kredi alan için faiz odur. Bu nedenle basit bir kredi ilişkisi açısından tüketicinin eksik bilgi veya asimetrik bilgi altında seçim yaptığı söylenemez. Tüketiciler anapara faizinin ölçeğini ve kendileri için arz ettiği ekonomik değeri sözleşme yaparken dikkate aldıklarına göre, rekabetin olduğu bir piyasada faizin tüketici aleyhine olması beklenmez. Hal böyle olunca da sözleşme

35 Bkz. Atamer (2013), s. 115-120.

serbestisinin anapara faizi açısından sınırlanması ekonomik açıdan meşru gözükmemektedir. Ancak bu varsayım açısından çok önemli bir nokta tabii ki fiyatların saydam olmasıdır. Yani tüketicilerin piyasada arz edilen aynı türden mal veya hizmetlerin fiyatlarını veya kredinin faizini anlaması ve mukayese edebilecek durumda olması gerekir. Bu sağlanmadıkça rekabetin de gereği gibi işlemeyeceği açıktır.

Temerrüt faizine gelince, burada durum bir nebze farklıdır.[36] Zira temerrüt faizi, tüketiciler açısından, sözleşme ilişkisine girilirken önem verilen temel unsurlardan değildir. Kredi ilişkisinde anapara faizi kredi alanı sözleşme yapmaya güdüleyen faktörlerden biri iken, temerrüt faizi neredeyse hiçbir sözleşme tipi açısından bu özelliği taşımaz. Tüketici, para borcunu yerine getirmediği zaman, temerrüt faizi ödeme borcu altına girer. Bu anlamda tali edim borcu vasfını taşır ve olumsuz bir şartın gerçekleşmesi halinde bu borç doğar. Dolayısıyla tüketici ilk planda temerrüt faizini dikkate almaz. Son tahlilde borca aykırılık bir olasılıktır ve bu olasılığın gerçekleşmesi halinde bile, ödeme kesinlik arz etmez. Olasılığa bağlı uygulanması nedeniyle, tüketicinin temerrüt faizine ilişkin olarak eksik bilgi altında hareket etmesi söz konusu olabilir. Sözleşmelerin genel işlem koşulu kullanılarak akdedilmesi halinde eksik bilgilenme ihtimali daha da yüksektir.

3. Değerlendirme

a. Asimetrik Bilgi Sorunu Neden Rekabetle Çözülememektedir?

Bilgi ekonomisi (*information economics*) kuramının[37] tespitleri sonucu bugün hukuk ve ekonomi öğretisinde büyük ölçüde egemen hale gelmiş olan yaklaşıma göre bilgi asimetrisi asıl rekabetçi piyasalarda sorun doğurur. Yani, asimetrik bilgi sorunu varsa, ki tüketici sözleşmeleri açısından olduğunu gördük, bu durumda rekabet, teşebbüsleri genellikle bu sorunu ağırlaştıracak şekilde davranmaya sevk eder. Teşebbüsler, bu

36 Temerrüt faizine dair 120. maddenin ekonomik analizi için bkz. Sanlı (2015), s. 367 vd.

37 Bilgi ekonomisi, bilgi ve bilgi sistemlerinin, karar alma ve ekonomiyi nasıl etkilediğini konu alan bir mikro iktisat alanıdır. Bir ürün olarak bilginin farklı özellikleri (zor üretilmesi, kolay yayılması, üzerinde hak tahsis edilmesinin güçlüğü, aynı anda birden fazla kişinin tüketmesine imkân vermesi), bunun karar alma ve piyasalar üzerindeki etkilerini analiz etmek açısından zengin bir konu oluşturmaktadır. Bkz. bu konuda Stiglitz (2001), s. 472-540.

bilgisizliği sömürmek suretiyle daha olumsuz sözleşme koşulları kabul ettirebilir ve böylelikle tüketicinin refahını azaltır.[38] Bilgili bir grup tüketicinin teşebbüsleri rekabete teşvik etmeye yeteceği ve bu şartların herkes için iyileştirebileceği savı teorik bir mülahaza olarak kalmış, ampirik olarak ispatlanamamıştır.[39]

Acaba rekabet neden işe yaramamıştır? Tüketicilerin bilgi sorunu yaşamaları nedeniyle dikkate almadıkları, örneğin temerrüt faizi gibi bir sözleşme koşulu varsa, bu koşul tüketiciler tarafından fiyata tam olarak yansıtılamaz. Eğer teşebbüsler bu durumu biliyorlarsa, ilke olarak bu koşulları iyileştirmek için herhangi bir çaba sarf etmeyecek, bu konuda bir rekabet içine girmeyeceklerdir. Zira bu koşulları iyileştirmeleri, mesela daha düşük temerrüt faizi uygulamaları kendileri için bir maliyet teşkil edecektir. Fakat tüketiciler daha düşük temerrüt faizi oranına olması gerekenden az değer atfedecekleri ya da hiç değer atfetmeyecekleri için, makul (veya tüketici dostu) temerrüt faizini haklı kılacak bir talep artışı olmayacaktır. Bu durum da teşebbüslerde, temerrüt faizini düşürme güdüsü yaratmayacaktır. Hatta aksine, rekabetin olduğu bir durumda aksi yönde güdü görülmesi beklenir.[40]

Somutlaştırmak gerekirse, piyasada iki grup teşebbüs olduğunu düşünelim. İlk grup teşebbüslerin daha kaliteli mallar sunduğunu ve/veya markaya daha önem verdiklerini ve stratejik olarak tüketici dostu uygulamalar yapmayı benimsediklerini varsayalım. Bu çerçevede, daha iyi kaliteli mal ve hizmetler ile birlikte, düşük temerrüt faizi gibi avantajlı sözleşme koşullarına yer versinler. Teşebbüslerin bu koşulları da müşterilerine reklam yaparak duyurduklarını ve bu şekilde farkındalık yarattıklarını varsayalım. Bu türden bir uygulamanın sürdürülebilir olması için, öncelikli olarak maliyetleri haklı kılması gerekir. Yani tüketici dostu sözleşme koşulları, tüketicilerin mal veya hizmete atfettiği değeri arttırmalıdır. Zira tüketici dostu sözleşmeler (ve bunun tanıtımı) ilave

38 Bkz. Atamer/Sanlı (2010), s.17 vd.

39 Goldberg (1974), s. 485; Meyerson (1990), s. 601. Ampirik açıdan da yapılan araştırmalar yeteri ölçekte tüketicinin sözleşmeleri okumadığına ve dolayısıyla bilgili azınlığın piyasayı disipline edecek gücü olmadığına işaret etmektedir. Bu konuda kapsamlı bir araştırmanın sonuçları için bkz. Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen (2014), s. 1 vd.

40 Bu önerme aslında Akerlof'un ünlü 'limon problemi' adlı çalışmasının, sözleşme hukukundaki görünümüdür. Bkz. Akerlof (1970), s. 488 vd.

maliyete neden olur. Fakat eğer bilgi asimetrisi varsa tüketiciler, muhtemelen kendileri için daha önemli olan fiyat ve gözlemlenebilir kalite unsurlarına önem verecek, diğer olumlu sözleşme unsurlarına gereken değeri atfetmeyecektir. Bunun sonucu ise, tüketici dostu uygulamayı yapan işletmenin kâr sağlamamasıdır.[41]

Rekabet ise sadece bu sorunu ağırlaştırır. Aynı piyasada tüketici dostu şartlar sunmayan, ikinci grup teşebbüslerin olduğunu varsayalım. Bu teşebbüsler, daha olumsuz sözleşme koşulları sundukları için diğerleri karşısında maliyet avantajı elde ederler. Tasarruf edilen bu kaynaklar ile, tüketicilerin daha fazla değer verdiği unsurlarda iyileştirme yapabilirler. Örneğin fiyatı düşürebilirler veya doğrudan gözlemlenebilir kalite unsurlarında iyileştirmeler yapabilirler. Bu strateji, tüketici dostu sözleşme koşulları sunmayan teşebbüslerin, diğerlerine göre daha fazla pazar payı kazanmasına ve rekabette ön plana çıkmasına neden olacaktır. Bu durumu öngören ilk grup teşebbüsler de, doğal olarak sözleşmelerini değiştirmeye ve tüketici zararına olan (ancak gözlemlenmeyen) koşullar uygulamaya zorlanmış olacaklardır. Yani rekabet, bütün piyasa aktörlerinin kaçınılmaz olarak asgari müşterek paydada buluşması sonucunu doğurmaktadır.[42] Temerrüt faizinin yanı sıra anapara faizi açısından da aynı sonucun doğması mümkündür. Aşağıda göreceğimiz bazı kurgularda tüketiciler anapara faizine karşı tamamen duyarsızdır, bu durumda anapara faizini azaltmak müşteri çekmek için bir işe yaramamakta, aksine, artırmak ise müşteri kaybına sebep olmamaktadır. Bu durumda piyasanın faizi topluca artırmayı tercih edeceği açıktır.

b. Asimetrik Bilgi Sorununa Neo-Klasik İktisadın Önerdiği Çözüm: Bilgilendirme Yükümlülükleri

Buraya kadar vardığımız sonuç neo-klasik iktisat kuramının, kural olarak, B2B işlemlerde faiz dahil sözleşmeye müdahaleyi gerektirecek bir sorun görmediği,[43] buna karşılık tüketici işlemlerinde bir bilgi sorunu yaşanabileceğini kabul ettiğidir. Bu sorunun çözümü açısındansa rekabet ilk

41 Atamer (2012), s. 68-70.

42 Bar-Gill (2012), s. 16-17.

43 Kural olarak dememizin sebebi, yukarıda dn. 32 ifade ettiğimiz gibi tacirler açısından GİK denetiminin devreye gireceği haller açısından bir koruma söz konusu olacağı gibi klasik gabin, ahlaka aykırılık gibi tekil müdahalelerin de her zaman söz konusu olabileceğidir.

anda bir işe yaramamaktadır zira bilgisiz tüketici doğru seçimleri yapmamaktadır. Peki bunun çözümü acaba ne olmak gerekir? Yani BK m. 88 ve 120'deki emredici düzenlemeler yerine yapılabilecek başka şeyler var mıdır bu sorunu aşmak için?[44] Neo-klasik iktisadın bu konuda önerdiği ve aslında uzun yıllardır tüketicinin korunması alanında uygulanan yöntem bilgilendirme yükümlülükleri getirmektir.[45] Mademki tüketici ve tacir arasında bir bilgi asimetrisi vardır bu durumda tacire bilgi verme yükümlülükleri yüklendiği takdirde bu dengesizlik giderilebilir ve tüketici de doğru kararları verecek bilgiye kavuşmuş olur.

Özellikle faiz ve benzeri 'fiyat'lar açısından bakıldığında bu türden yükümlülüklerin AB Hukukunu takiben Türk hukukunda da olduğu dikkati çekmektedir. TKHK m. 4, f. (1) ve (4), m. 54 ve ona dayanılarak çıkarılan Fiyat Etiketi Yönetmeliği[46] veya m. 61-62 ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği[47] hep mal ve hizmetin fiyatı ve başka özellikleri konusunda tüketicinin yanıltılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.[48] Bu şekilde rekabetin gereği gibi işlemesinin en temel unsuru, mukayese edilebilir fiyatlar temin edilmektedir. Bilgi ekonomisi yaklaşımı, sözleşmelerin tüketicilerin okuması ve öğrenmesine hazır tutulması (*availability*) ve hatta bilgi verme yükümlülüğü (*mandatory disclosure*) getirilmesi ile bu sorunların çözülebileceğini varsayar.[49] Piyasa dinamikleri bilginin sağlanmasını teşvik etmiyorsa, hukuk bunu yapmalıdır.

Fakat hayat tecrübeleri hepimize, bu düzenlemelere rağmen tüketicilerin sık sık bilinçli ve bilgili seçimler yapmadıklarını göstermektedir. Yani, neo-klasik iktisat kuramının, bilgilendirmenin

44 Yasa Koyucunun hangi müdahale şeklini seçeceğinin, özellikle her bir müdahalenin bir sosyal maliyeti olduğu düşünülecek olursa, önemli olduğuna yukarıda da dikkat çekilmişti, bkz. dn. 17.
45 Bu konuda ayrıntılı bilgi için örn. bkz. Grundmann/Kerber (2001).
46 RG 28.06.2014, sy. 29044.
47 RG 10.01.2015, sy. 29323.
48 TKHK'da öngörülen diğer bazı bilgi verme yükümlülükleri mesela m. 5(4), 5(7), 23, 25b hükümleridir. Ayrıca bu sadece Tüketici Hukuku değil, Borçlar Kanunu'nda dahi izi olan bir yaklaşımdır. Örneğin genel işlem koşullarında bilgi verme yükümlülüğü (m. 21), taksitle satış sözleşmesinin yazılı olması ve içeriğinde bulunması gereken unsurların belirtilmesi yükümlülükleri (m. 253) ve kefalet sözleşmesinde şekil zorunluluğu ve tutarın yazılması zorunluluğunun öngörülmesi (m. 583) bu kapsamda görülebilir.
49 Bkz. bu konuda Luth (2010), s.149 vd.

yapılması, saydam, açık anlaşılır sözleşmelerin kullanılması halinde piyasaların yeniden gereği gibi işlemeye başlayacağı varsayımı doğrulanmamıştır. Hiç kuşkusuz belirli bir grup tüketici açısından bilgilendirme son derece anlamlı olmuş ve rasyonel sözleşmelerin kurulmasının yolunu açmıştır. Ancak bunu genelleştirmek mümkün değildir.[50] Davranışsal hukuk ve ekonomi de tam bu noktada neo-klasik kurama ciddi eleştiriler getirmektedir. Dolayısıyla aşağıda bu yaklaşım üzerinde durulacaktır.

B. Davranışsal Ekonominin Bakış Açısı

1. Genel Olarak Davranışsal Hukuk ve Ekonomi Yaklaşımı

Ekonomik analizin temeli olan (ve hukuk ve ekonomi öğretisinde de benimsenen) rasyonel seçim teorisi, bir süredir davranış bilimciler ve özellikle psikologlar tarafından eleştiriye tâbi tutulmaktadır. Eleştiri, bu teorinin insan davranışlarını açıklamadığını, gerçekçi olmadığını ve çoğu kez insanların, teorinin öngördüğünden farklı davranış kalıpları sergilediğini ileri sürmektedir.[51] Esasen ekonomi bilimi de insanların her zaman rasyonel davrandıklarını ileri sürmez. İnsanlar pratikte, irrasyonel ve tutarsız davranışlar sergileyebilirler. Ancak piyasanın bütünü düşünüldüğü zaman, binlerce, milyonlarca seçim arasında bu davranışların önemsiz hale geldiği düşünülür. Davranış bilimcilerin getirdikleri temel eleştiri ise, rasyonel modelden sapmaların sistematik ve dolayısıyla genelleme yapmaya müsait olmasıdır.[52] Bu eleştiri ampirik araştırmalar ile de desteklenmekte ve rasyonel seçim teorisinin iktidarını en azından tüketici ile akdedilen sözleşmeler açısından ciddi şekilde zayıflatmaktadır. Rasyonel seçim teorisi, modelden sapmaların salt bilgisiz seçimlerden kaynaklandığını, bilgi

50 Bilgilendirme yükümlülüklerinin bugün salt kapsamı nedeniyle bile kimsenin işine yaramayacağı, zira kimsenin okuyamayacağı boyutlara geldiği konusunda bkz. Ben-Shahar/Schneider (2012).
51 Bkz. bu konuda Thaler (1994), s. 3 vd.; Ariely (2016), s. 1 vd.
52 Davranışsal Psikoloji ve Ekonominin temelini atan çalışma olarak genelde şu anılır: Tversky, Amos/Kahneman, Daniel: "Prospect Theory, An Analysis of Decisions Under Risk", (Econometrica, S. 1979/47 s. 313-327), daha geniş kapsamlı olarak bkz. Tversky/Kahneman (2000), s. 1 vd. Nitekim yazarlar 2002 yılında iktisat alanında Nobel ödülünü bu alandaki çalışmaları ile kazanmışlardır. Ancak yazarların geliştirdiği düşüncelerin bir kısmı yine 1978'de Nobel ödülü almış olan Simon'a dayanmaktadır: Simon (1955), s. 99 vd.; Simon (1956), s.129 vd. Bu kuramın iktisat alanındaki gelişimi ve yansımaları hakkında özet bilgi için bkz. Erdem (2013), s. 111-132.

verilmesi halinde optimal seçimler yapılacağını ileri sürmekteyken, bütün araştırmalar kişilerin bilgi sahibi olmalarına rağmen hatalı seçimler yaptıklarına işaret etmektedir.

Rasyonaliteden sapma teşkil edecek davranışların temelinde insanların çok seçenekli ve karmaşık durumlarda sezgiye dayalı hareket etmeleri, yani varsayımların tümünü gözden geçirmek için vakit harcamak yerine aslında kısa-yollar (*heuristics*) kullanmaları yatmaktadır.[53] Dolayısıyla zor bir problem ile karşılaşınca, bunu optimal olarak çözecek düşünsel çabaya girmek yerine, daha basit ve pragmatik, ancak mükemmel olmayacak şekilde çözümleyecek davranışları tercih etmektedirler. Aslında bakıldığında bu başlı başına rasyonel bir hareket olarak yorumlanabilir. Zira bir gün içinde karşılaştığımız seçimler ve verdiğimiz kararların sayıları düşünülecek olursa her biri için bütün olasılıkları gözden geçirerek hareket etmek teknik olarak bile mümkün değildir. Nitekim kısa-yollarla doğru kararlara varılması da mümkündür. Ancak sorun şudur ki bu sezgisel kararlarımız sık sık belirli bazı önyargılar (*bias*)[54] tarafından gölgelenmektedir. İşte bu önyargıların çeşitliliği ve bunlara dayalı karar verme mekanizmasının yaygınlığının anlaşılması ile birliktedir ki psikoloji, nöroloji, ekonomi, işletme ve tabi hukuk alanlarında birey davranışları modellerinin tümüyle yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı doğmuştur.[55] Zira kişiler karmaşık ve güç seçimler ile karşılaştıkları zaman en doğru tercihte bulunma becerisine sahip olmadıklarına göre kaçınılmaz olarak 'rasyonel' değil ancak 'sınırlı rasyonel' (*bounded rationality*) oldukları kabul edilebilir.[56]

Örneğin tüketici, çok yönlü, sofistike bir ürün söz konusu olduğunda bu ürünün tüm özelliklerini dikkate almayıp, sadece önemli birkaç özelliğini

53 Bu makalede sadece tüketici davranışları ve özellikle faiz sorunu ile ilgili olabilecek önemli bazı önyargı ve sezgiye dayalı davranışlar üzerinde durulacaktır. Genel olarak önyargılar ve sezgiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Beck (2014), s. 25-94; Baron (2014), s. 3-27. Ayrıca bkz. Jolls/Thaler (1998), s.1471-1550.

54 Ancak literatürde önyargı olarak çevrilen bu kavramla kast edilen tekil bireylerin sosyal ortamlarında geliştirdikleri farklı farklı önyargılar değildir. Davranış bilimlerinin üzerinde durdukları, bütün bireylerin az ya da çok ortak özelliklerini oluşturan ve bugün kısmen nörolojik gerekçelere bile bağlanabilen genel geçer önyargılardır. Literatürde 'yanlılık' olarak da tercüme edilmektedir.

55 Daha çok iktisat alanındaki çalışmalara ilişkin olsa da çok ayrıntılı bir bibliyografya için bkz. Kirchgaessner (2008) ve Heukelom (2014)

56 Örn. bkz. Kahneman (2003), s. 1449 vd.

göz önünde tutmakta, bir anlamda seçimini yaparken filtre ettiği göze batan özellikler ile yetinmektedir. Doğal olarak davranışsal araştırmaların ikinci bir boyutu da bu önyargıların beraberinde getirdiği yanılma potansiyelinin tacirler tarafından nasıl kötüye kullanıldığının veya kullanılabileceğinin anlaşılmış olmasıdır. Zira mal veya hizmet sunanlar, tüketicilerin önem verdiği belirli özellikleri öne çıkarmak suretiyle tüketicinin seçimini yanlış bir noktaya yönlendirmek yeteneğine sahiptirler.[57] Bir mal veya hizmet veya ona ilişkin sözleşme koşulları ne kadar zorlaştırılırsa o ölçüde tüketici değerlendirmesini bir dizi faktörü göz ardı ederek yapacaktır.[58]

Sonuç olarak bilişsel (*cognitive*) psikolojinin çalışmaları davranışsal ekonomi (*behavioral economics*) adı altında çok kapsamlı bir ekonomi öğretisinin gelişmesine ve hukuk ve ekonomi öğretisini de etkilemesine sebep olmuştur.[59] Bugün hukuk alanında davranışsal hukuk ve ekonomi olarak da adlandırılan bu akım,[60] insanların belirli durumlarda standart ekonomik analizin öngördüğünden daha sık (ve sistematik) şekilde hatalı seçimler yaptığını ortaya koyması sayesinde, yukarıda anılan dört piyasa aksaklığı sebeplerine tüketiciler açısından geçerli bir yenisini eklemiştir.[61] Dolayısıyla Yasa Koyucuların da bu piyasa aksaklığını gidermek için yeni yöntemler geliştirmesi gerektiği dünyada genel kabul görmeye başlamıştır.[62]

57 Öne çıkarma (*priming*) kavramı ilk defa 1957 yılında James Vicary adında bir pazarlamacı tarafından ortaya atılmıştır. Karremans/Stroebe/Claus (2006), s. 792; Genel olarak tüketici zaaflarını sömürmeyi hedefleyen fiyatlandırma yöntemleri hakkında bkz. Müller (2012).

58 Beck (2014), s. 26; Bar-Gill (2012), s. 18-21; Porras/Boom (2009), s. 21-55, Genel işlem koşulları da sözleşme ilişkisi ile ilgili tüketiciye önemli ölçüde bilgi vermekte, ancak bunların son derece komplike olması nedeniyle bilginin değerlenmesi imkanı bulunmamaktadır (Luth (2010), s. 63).

59 Bkz. dn. 55'de anılan eserler ve kaynakçaları. Ayrıca Cartwright (2011) ile Just (2014) de anılan kaynakçalar.

60 Kaynakça için örn. bkz. Mathis/Steffen (2015), s. 45-47; tüketici sözleşmelerinin davranışsal ekonomi açısından analizi konusunda kaynakça için bkz. Sibony/Helleringer (2015), s. 209 n. 1. Ayrıca bkz. Zamir/Teichman (2014) ve Atamer (2016), s. 10-14.

61 Bar-Gill (2012), s. 16.

62 Ulusal ve uluslararası düzlemde en önemli gelişmeleri şu şekilde aktarmak mümkündür: ABD'de 15 Eylül 2015'de Başkan Barack Obama Amerikan halkına daha iyi hizmet vermek için davranış bilimlerinin kullanılması için bütün kamu kurumlarına talimat vermiş ("Using Behavioral Science Insights to Better Serve the American People") ve Ulusal Bilim ve Teknoloji Konseyi altında özel bir takım oluşturulması kararı alınmıştır (https://sbst.gov/work/). İngiltere'de 2010 yılında bir davranış bilimleri takımı (Behavioural Insights Team) Başbakanlık konutunda

Zira bu veriler sadece hukuki müdahalenin hangi şartlar altında yapılması gerektiği hususunda değil, ne şekilde yapılması gerektiği konusunda da bir politika değişikliği zorunluluğuna işaret etmektedir.[63] Örneğin neo-klasik iktisadın kabul ettiği bilgi verme yükümlülüklerinin davranışsal araştırmalar çerçevesinde geliştirilmesi mümkündür, zira bilgi vermek başlı başına bir işe yaramıyorsa, hangi bilginin ne zaman verildiğinde daha fazla etki yarattığı sorusu önem kazanmaktadır.[64] İnsanları az ve öz bilgilerle doğru yöne 'dürtme' (*nudge*)[65] veya seçim yapmayı kolaylaştırmak için yedek hukuk kurallarını bireyler lehine düzenlemek ve ancak aksine açık irade göstermeleri halinde bu kuraldan sapabileceklerini kabul etmek gibi yöntemler zaafların aşılması için öncelikli kullanılmaktadır. Kuşkusuz bu yöntemlerin yeterli olmadığı hallerde emredici hukuk kuralları ile sözleşmeye müdahale edilmesi kaçınılmaz hale gelmektedir.[66]

dünyada ilk defa bir hükümet ile ortak çalışmak üzere oluşturulmuştur (http://www.behaviouralinsights.co.uk/). Yürütlen araştırmaların ilk sonuçları hakkında bkz. Halpern, David: Inside the Nudge Unit, 2015. Avrupa Birliği bünyesinde de benzer bir ünite ihdas edilmiştir: Foresight and Behavioural Insights Unit, at the Joint Research Centre of the European Commission (https://ec.europa.eu/jrc/en/research/crosscutting-activities/behavioural-insights).

Ayrıca ilk kapsamlı araştırma raporu da yayınlanmıştır: Lourenço, J Sousa/Ciriolo, E./Almeida, S.R./Troussard, X.: Behavioural insights applied to policy: European Report, 2016. Ayrıca bkz. OECD: http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-economics.htm. Dünya Bankası: Ekim 2015'de 'Global İçgörü İnisiyatifi' başlatmış (Global Insights Initiative) (http://www.worldbank.org/en/programs/gini). Bunun yanı sıra 2015 Dünya Gelişme Raporu tümüyle bu konuya vakfedilmiştir: Mind, Society, and Behavior (http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/ WDR%202015/WDR-2015-Full-Report.pdf).

63 Örn. bkz. Sunstein (2011), s. 1349-1429.

64 Bu konuda özellikle bkz. Bar-Gill (2012), s. 32-41.

65 Dünya literatürüne 'nudge' olarak giren ve dürtme, itekleme olarak tercüme edilebilecek bu yöntemin fikir babası sayılabilecek olan Cass Sunstein'dir, bkz. Sunstein, Cass R./Thaler, Richard H.: Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, New Haven, London 2008; Sunstein, Cass R.: Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism, New Haven 2014.

66 Davranışsal hukuk ve ekonomi içerisinde, müdahalenin ne şekilde olması gerektiğine dair tartışmalar sürmektedir. Genel eğilimin, "yumuşak paternalizm" (*soft paternalism*) olarak adlandırılan ve bilişsel sorun yaşayan tüketiciye, bu sorunu çözmesinde yardım eden, ancak onun seçimlerini sınırlamayan hukuk müdahale biçiminden yana olduğunu söyleyebiliriz. Bkz. mesela Sunstein/Thaler (2003), s. 1159-1202; benzer yaklaşım Bar-Gill (2012), s. 7. Öte yandan davranışsal hukuk ve ekonominin muhtelif (felsefi ve/veya siyasal) nedenlerden ötürü, bireylerin seçim özgürlüğüne esaslı müdahale teşkil eden politika önerileri konusunda çekingen

Ancak vurgulanmalıdır ki tacirler de bazı bilişsel sorunlarla karşılaşsalar bile, onların yukarıda üzerinde durulduğu gibi gerek işlem hayatında tecrübe ederek öğrenme, bilgi edinme, hukuksal danışmanlık alma, bilgi maliyetini fiyatlara yansıtma, rekabeti bozucu davranışlara karşı hukuki yaptırımlara başvurma gibi muhtelif 'koruma mekanizmaları' zaten mevcuttur. Bu açıdan davranışsal hukuk ve ekonomi B2B işlemlere genel olarak müdahale edilmemesi gerektiğini kabul eder. Dolayısıyla inceleme ve politika önerileri, tüketici sözleşmelerine ilişkindir.

2. Faiz Hakkındaki Hükümler Özelinde Sözleşme Özgürlüğüne Müdahalenin Gerekçeleri

Acaba davranış bilimlerinin bireylere ilişkin olarak tespit ettiği muhtelif önyargılardan hangileri özellikle tüketicilerin faizleri doğru algılamasını ve değerlendirmesini engellemektedir? Neden faizler bazı sözleşmelerde fonlama maliyetinin çok üzerinde seyrederken bazılarında böyle değildir. Veya temerrüt faizi neden hiç tüketiciler tarafından dikkate alınmamaktadır? Literatürde, finansal konularda tüketicilerin seçimlerini yanlış yapmalarına sebep olabilecek muhtelif bilişsel sorunlardan bahsedilmektedir.[67] Faizlere ilişkin olarak aşağıda özellikle ikisi üzerinde durulacaktır: "iyimserlik önyargısı" ve "ileriyi görememe/miyopluk".

a. İyimserlik Önyargısı

"İyimserlik önyargısı" (*optimism bias*), çeşitli görünümleri olmakla birlikte, kişinin menfaatini olumsuz etkileyebilecek risklerin gerçekleşme olasılığını küçümsemesi olarak ifade edilebilir.[68, 69] Mesela yapılan

davrandığı, bu yaklaşımın aslında kendi çıkarımları ile çelişki teşkil ettiği ve daha müdahaleci olunması gerektiği hakkında bkz. Bubb/Pildes (2014), s. 1593 vd.

67 Genel olarak tüketicilerin kredi kullanması konusundaki bilişsel zaafları için bkz. Atamer (2016), s.11 vd.

68 Bkz. Weinstein (1980), s. 806 vd.; Weinstein/Klein (1996), s.1-8; Shepperd/Waters/Weinstein/Klein (2015), s. 232-237; Bar-Gill (2009), s. 1073, 1120; Sunstein (2006), s. 249, 267.

69 Risk konusundaki bir diğer problem, düşük olasılıklı risklerin genellikle göz ardı edilmesi, olduğundan daha az dikkate alınmasıdır. Riskler göz önünde olmadığı sürece, kişiler bunları seçim ve kararlarında yeterince göz önünde tutmamaktadırlar (*low probability neglect*). Öte yandan kişi riske muhatap olmuş veya riskli durum medyada sıklıkla yer almışsa, tam aksi bir durum gerçekleşmekte ve kişiler bu riski olduğundan daha fazla değerlemektedirler. Bkz. Luth (2010), s. 50, daha kapsamlı bilgi için Camerer/Kunreuther (1989), s. 656 vd.

araştırmalar kişilerin kazaya karışma veya kanser olma gibi riskleri olduğundan daha az gördüklerini, bu tür hadiselerin kendi başlarına gelmeyeceklerini düşündüklerini göstermektedir. Kişiler, sistematik olarak diğer bireylere göre kendilerini daha şanslı görmektedirler. İyimserlik önyargısı ile yakından ilgili olan ve bir açıdan onu besleyen bir durum ise, kişinin ussal beceri ve yeteneklerini, diğer kişilerden ve hatta "olduğundan" daha üstün görmesidir (*overconfidence*).[70] Kişiler düşünce ve kararların doğru olduğuna gereğinden fazla inanmakta; bazen gerçekte bildiklerinden daha fazla bildiklerini düşünmekte ve bazen de bilgilerinin doğruluğuna gereğinden fazla güvenmektedirler. Bu iki sorunu ağırlaştırabilecek bir diğer hal ise, "onaylama önyargısıdır" (*confirmation bias*).[71] Buna göre kişiler sahip olduğu düşünce veya yargı ile çelişebilecek yeni bilgileri görmezden gelme eğilimi sergilemektedirler. Mesela bu bağlamda kişiler yoruma açık, muğlak delilleri kendi lehlerine yorumlamakta, alternatifleri dikkate almamaktadırlar. Tüm bu faktörler kişilerin risk algısının hatalı olabileceğine ve önyargılar nedeniyle, algının değiştirilmesinin kolay olmayabileceğine işaret eder.

Sözleşme hukuku bağlamında bu önyargıların sonucu ise şudur: Kişi sözleşme risklerini hafife alabilir ve sözleşmenin ifa amacına uygun olarak gerçekleşme olasılığını objektif değerinden fazla görür.[72] Bu, diğer tarafın (ortalama bir borçluya göre) ifa etme olasılığını yüksek algılaması ve/veya kendisinin ifasını önleyecek (fevkalade hal veya mücbir sebep gibi) hadiseleri küçümsemesi şeklinde gerçekleşebilir. Hatta onaylama önyargısı yaygın bir sorun ise, sözleşme görüşmelerinde olası riskler konusunda karşı tarafın veya üçüncü kişilerin verdiği bilgileri de göz ardı etmesi olasıdır. Şüphesiz bu durum, hukukun bilgi verme yükümlülüklerini boşa çıkarabilir.

70 Kişinin kendi becerilerini ortalamanın üzerinde görmesine verilen tipik örnek, kişilere nasıl araba kullandığı sorulduğu zaman, grubun (neredeyse her deneyde) önemli bir kısmının (%70-80) diğerlerine göre daha iyi araba kullandıklarını düşünmesidir. Bilhassa riskler kişilerin kontrolü altındaysa, aşırı güven sorunu (*overconfidence*) ortaya çıkabilmektedir (bkz. Swenson (1981), s. 143 vd. Buna oldukça paralel bir durum, kendi kendine hizmet eden önyargıdır (*self serving bias*). Buna göre kişi başarılı durumları kendi özelliklerine bağlamakta, başarısızlıkların ise harici faktörlerden kaynaklandığını düşünmektedir. Buna verilen örnek ise, öğrencinin aldığı iyi notu zekasına ve çalışkanlığına bağlaması, kötü notu ise, hocanın yanlış sorması veya kıt not vermesi ile izah etmesidir.

71 Nickerson (1998), s. 175 vd.; Babcock/Loewenstein/Issacharoff/Camarer (1995), s. 1337 vd.

72 Eisenberg (2014), s. 448, 449, 454; Atamer (2016), s.11-12.

Bu önyargılara sahip kişinin "başladığı" sözleşme görüşmelerinin olumlu sonuçlanma olasılığı, rasyonel bireye göre daha yüksek olacaktır.

Bu önyargının faiz konusunda etkisi ise aslında tahmin edilebilecektir. Örneğin 2008'de ABD'de patlayan 'ipotek kredileri balonu'na yol açan çok sayıda kredide tüketicilere ilk 1-2 yıl çok düşük, daha sonraki yıllarda ise çok yüksek faiz ödeyecekleri modeller sunulmuştur. Tüketiciler yüksek faiz dönemi geldiğinde zaten bir maaş artışı alacakları veya taşınmaz piyasasındaki değerlenme nedeniyle en kötü ihtimalle taşınmazı gelir getirici şekilde satacakları konusunda bir iyimserlik ile bu kredileri kullanmış, ancak beklenenlerin hiçbirisi gerçekleşmemiştir.[73] Diğer yandan kredi kartı da kullanıcılarının iyimserliği üzerine kurulu bir üründür. Kredi kartı alanlar bunun bir ödeme aracı olduğuna, yani her zaman son ödeme tarihinde tüm borcu kapatacaklarına inanırlar. Oysa aksi durumda aslında bir kredi kullanmış olacakları, dolayısıyla da anapara faizi ödeyecekleri düşüncesini ötelerler.

Temerrüt faizi açısından bakıldığı zaman yine bu önyargıların etkisi olduğu görülmektedir. Temerrüt faizi, borca aykırı davranışın bir sonucudur. Kişi, ancak borca aykırı davranırsa temerrüt faizi borcu altına girer. İyimserlik eğilimi geçerliyse, kişi borca aykırı davranma olasılığını küçümseyecek bunun kendisi açısından gerçekleşmeyeceğini düşünecektir. Bu da onun, temerrüt faizine dair sözleşme koşulunu önemsememesine, hatta bu koşulu okumamasına neden olur.

b. İleriyi Görememe (Miyopluk)

Neo-klasik yaklaşım, rasyonel bireyin bugün veya gelecekte doğacak sonuçlar arasında bir fark gözetmeyeceğini, sadece zamanı dikkate alarak geleceğe dair sonucun, örneğin faydanın belirli bir oranda ıskonto edileceğini öngörür. Oysa davranışsal ekonomiye göre, zamanın, kişinin tercih ve seçimleri üzerinde daha karmaşık etkileri vardır. Bir kere, kişilerin mevcut (veya yakın) maliyet ve faydaya, gelecekteki maliyet ve fayda ile kıyaslandığı zaman (paranın zaman içerisindeki değer kaybı dikkate alınmasına rağmen) daha fazla değer verdikleri belirtilmektedir. Bu anlamda kişi sadece yakın zamandaki sonuçlara odaklanarak seçim yapma

73 Rasyonel seçim teorilerinin, ipotek kredileri krizi bağlamında piyasada görülen soruların bir çoğunu açıklamaktan nasıl uzak olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bar-Gill (2009), s. 1107-1118.

eğilimindedir.[74] Buna paralel olarak, gelecekte elde edeceği faydayı, standart analizin öngördüğünden daha fazla ıskonto etmektedir.[75] Araştırmalarda ortaya çıkan buna paralel sonuç ise, kişilerin gelecekte katlanacakları maliyetleri de (*deffered costs*) gereğinden fazla ıskonto ettikleri, yakın dönemdeki faydaları daha fazla değerlemeleridir (*hyperbolic discounting*).[76] Hiperbolik indirgeme olarak da adlandırılan bu önerme, kişilerin kısa dönemdeki kazançlar açısından daha sabırsız davrandıklarını, oysa uzun dönemdeki seçimler bakımından farklı tercihler sergilediklerini, daha sabırlı davrandıklarını ileri sürmektedir.[77]

İleriyi görememeye dair bu bilişsel sorunların faiz açısından yansıması nedir? Öncelikle kredi sözleşmeleri açısından düşünüldüğünde borçlu hemen bir menfaat sağlamakta, yani elde ettiği parayı kullanma imkanına kavuşmaktadır. Buna karşılık anapara faizi ancak yıllar içinde ödenmesi gereken bir yük olarak gözükmektedir. O açıdan zamana yayılan faiz borcunun maliyeti gereğinden fazla ıskonto edilerek önemsenmeyecek buna karşılık derhal kavuşulan krediye gereğinden fazla değer biçilecektir. Bu ise hem kredi miktarının doğru tespit edilmemesi, yani fazla kredi alınması, hem de faiz yükünün yanlış değerlenmesi yani dikkate alınmaması sonucunu doğuracaktır.[78] Dolayısıyla başlangıçta düşük faiz oranları ile kredi sunulması tüketicilerin tam da bu zaafını kullanmak için geliştirilmiş

74 Bkz. O'Donoghue/Rabin (1999), s. 103 vd.; Frederick/Loewenstein/O'Donoghue (2002), s. 351 vd.; Luth (2010), s. 52.

75 Standart analiz, zamanlar arası seçimin karar gününe bağlı olmadığını, insanların geleceğe dair fayda ve maliyetleri her sabit bir oranda değerlediğini varsayar. Burada bütün dönemler (yakın ya da uzak) belirli bir oranda (sabit) indirgenir. Bu zamanlar arası tutarlı seçimi ifade eder. Oysa hiperbolik indirgeme, indirgeme oranının zamana göre değiştiğini kabul eder.

76 Luth (2010), s. 52; Laibson (1997), s. 443 vd.

77 Somut hale getirmek gerekirse, bir kişiye 5 ay sonra 100 TL mi yoksa 9 ay sonra 110 TL'yi mi tercih edersiniz diye sorulsa ve kişi 110 TL'yi tercih etse, aynı kişinin bu tercihini şimdi 100 TL ve 4 ay sonrası için 110 TL için de yapması beklenir. Standart analiz, aynı, yani sabit ıskonto oranının kullanıldığından yola çıkar. Sonuçta iki örnekte de 4 aylık bir zaman farkı vardır. Oysa hiperbolik indirgemenin araştırıldığı deneyler, yakın dönem tercihlerde kişinin çok daha sabırsız olacağını ve hemen verilecek 100 TL'yi, 4 ay sonra alınacak 110 TL'ye tercih edeceğini göstermektedir. Buna karşılık 5/9 ay sorusunda, zaten gelecekte olacak bir ödülün yine gelecekte olacak daha yüksek bir ödül ile mukayesesi söz konusudur. Bu durumda ikinci olasılık seçilmektedir. Başka örnekler için bkz. Erdem (2014), s. 125-126.

78 Ayrıntılı bilgi için bkz. Bar-Gill (2012), s. 83-87. Ayrıca bkz. Meier/Sprenger (2010), s. 193 vd.

bir modeldir. Her türlü başlangıçta 'bedava' olan, ancak daha sonra sözleşmeye aykırılık halinde ceza, faiz gibi ciddi bir yük olarak geri dönen sözleşme kurguları kişilerin gelecekteki maliyetleri doğru takdir edememesinin kullanılması amacına hizmet eder.

Temerrüt faizi de girilen borç ilişkisinin yakın değil, olasılığa bağlı olan uzak bir sonucudur. Hal böyle olunca da kişi kısa dönem alacağına odaklanarak borç ilişkisine rıza gösterebilir ve yüksek temerrüt faizini küçümseyebilir. Şüphesiz anapara ve temerrüt faizini mukayese ettiğimiz zaman, bu bilişsel sorunun anapara faizi açısından daha yüksek sosyal maliyeti olduğu kolaylıkla görülecektir. Zira temerrüt faizi ödenmesi ancak borca aykırılık halinde söz konusuyken, anapara faizi her durumda ödenecektir.

3. Değerlendirme

Davranışsal ekonominin bu bulguları faiz serbestisini sınırlayan hükümler açısından ne anlama gelmektedir? Bu noktada üç tespit yapabiliriz. *İlk* olarak, önyargı ve sezgilerden kaynaklanan bilişsel zaaflar, faiz konusunda hatalı ve hatta irrasyonel seçim yapılmasına sebep olabilir. Bu, hukuki müdahalenin meşru olabileceğine dair yaklaşımı desteklemektedir. Örneğin temerrüt faizi hususunda bir piyasa aksaklığı olduğu, iyimserlik önyargısı dikkate alındığı zaman daha rahat şekilde savunulabilir. Kişiler bu konuda bilgisiz olabilecekleri gibi, umarsız da davranabilirler.

İkinci olarak, bilgisizlik ve umarsızlık yaygın ve sistematik ise, sözleşmenin diğer tarafının bu durumdan yararlanarak fırsatçı davranması son derece muhtemeldir.[79] Bu sorun özellikle sözleşmenin diğer tarafının tacir olması ve çok sayıda benzer sözleşme yapması halinde ortaya çıkar. Mesela bir bankanın, tüketicinin odaklandığı unsurlarda iyileştirme yapması, göz ardı edilen, tam olarak dikkate alınmayan unsurlarda olumsuz şartlar ileri sürmesi ve kârını bu şekilde maksimize etmesi rasyonel bir stratejidir. Tipik örnek, tüketicinin yakın maliyetler konusunda hassas, uzak maliyetler konusunda ise umarsız olmasıdır. Banka yakın dönem maliyet teşkil eden ödemelerin miktarını düşük, uzak dönem ödemelerin miktarını yüksek tutan bir ödeme planı ile gelirse, bu tüketici için cazip olacaktır. Ancak bu cazibe, esasen onun faydasını maksimize eden bir seçim

79 Bubb/Pildes (2014), s. 1644; Luth (2010), s. 104 vd.

teşkil etmez zira tüketici bu hususta bilişsel bir sorunla karşı karşıyadır (miyopluk). Aynı kurgu cep telefonu ve telefon hizmetlerinin birlikte sunulduğu sözleşmelerde de karşımıza çıkmaktadır. Piyasa fiyatının çok altında yeni bir cep telefonu aslında piyasa fiyatının çok üzerinde olabilecek bir paketle (konuşma/kısa mesaj/internet) sunulmaktadır.[80] Davranışsal ekonomi, tüketici sözleşmelerinde karşılaşılan bu sorunların, klasik ekonomik teorinin öngördüğünden daha ağır olduğunu ortaya koymakla kalmayıp gerekçelerini de çok daha sağlam bir şekilde sunmaktadır.

Üçüncü olarak davranışsal ekonomi, kişilerin (sadece temerrüt değil) anapara faizi konusunda da hatalı seçimler yapabileceğine işaret etmektedir. Bu, ne bilgi ekonomisi, ne de neo-klasik yaklaşımın benimsediği bir önermedir. Zira asıl 'fiyat' olarak anapara faizinin aslında her zaman rekabete konu olacağı, tüketicilerin de ilk buna dikkat edeceği varsayılır. Ancak aksine durumların da olabileceği tespitinin, hukuk politikası açısından sonuçları tartışmaya açıktır. İleriyi görememe veya iyimserlik zaafına dayanarak genelleme yapmak ve tüm sözleşmeler için bir aksaklık olduğunu kabul etmek güçtür. Mesela, tüketicilerin daha ani kararlar verdiği kredi kartı sözleşmesinde öngörüsüzlük daha önemli olabilirken, alelade bir kredi sözleşmesinde, bu faktör daha az etkili olabilir. Dolayısıyla davranışsal ekonominin bulgularına dair politika çıkarımlarının somut sözleşme tipi bağlamında, bilimsel (ve özellikle ampirik) veriler ışığında yapılması daha isabetli gözükmektedir.[81]

Öte yandan, tüketicilerin ileriyi görmeme zaafı nedeniyle fazla kredi kullanmaları ve aşırı borçlanma sorununun doğması hiç kuşkusuz Yasa Koyucunun ilgilenmesi gereken bir sorun olsa da,[82] bunun anapara faizine

80 Bu konuda ayrıntılı mukayeseli bilgi için bkz. Atamer (2011), s. 179 vd.

81 Nitekim AB ülkeleri genelinde yapılan bir araştırmanın da gösterdiği gibi çok sayıda Üye Ülkede anapara faizi sınırlamaları olmakla birlikte bunlardan çoğu kredi sözleşmesi türüne göre değişken faiz belirleme politikaları gütmektedir. Genel geçer anapara faiz sınırlamaları ise daha çok gabin veya ahlaka aykırılığı engelleme amacına hizmet etmek üzere yüksek tavanlar olarak saptanmıştır. Bkz. Reifner/Clerc-Renaud/Knobloch (2009), s. 61-83.

82 Türkiye'de hane halkı borçlanma oranında dramatik bir artış söz konusudur. 2002'de hane halkı 100 liralık kazancının 3.4 lirası kadar borçluyken, 2013 yılında bu değer 100 liralık kazancın 55.2 lirasını bulmuştur. Bkz. TCMB, Finansal İstikrar Raporu, Kasım 2013, s. 17, s. 53 vd.; Soral (2015), s. 145. Risk Merkezinin verilerine göre Haziran 2015 itibariyle bireysel kredisini ödemediği için hakkında yasal takip başlatılmış olan kişi sayısı 1.567.170, kredi kartı borcu nedeniyle ise

bir sınırlama getirmek suretiyle elde edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Zira anapara faizi bütün kredi sözleşmelerinde % 13,5 değeriyle sınırlanmış olsa da (ki aşağıda olmadığını göreceğiz) tüketiciler kendi bütçelerini çok aşan düzeyde borçlandıkları takdirde bu sınırlı faiz bile onları korumak için yeterli olmayacaktır. Bu açıdan farklı hukuk politikaları çözümlerinin üretilmesi büyük önem taşımaktadır. Nitekim bu kaygılarla 2010 yılından itibaren bankacılık alanındaki düzenleyici kuruluşların etkisi ile tüketici borçlanmasını azaltıcı bir dizi makro ihtiyati tedbir alınmaya başlanmıştır.[83] Oysa anapara faizinin sınırlanması bu noktada sadece palyatif bir çözüm sunmaktadır.[84]

Buna bağlı olarak *dördüncü* tespitimiz, davranışsal ekonominin bulgularının, hukuki müdahalenin nasıl yapılması gerektiği hususunda da yeni bazı yaklaşımlar sunduğudur. Eğer önyargı ve sezgiler seçimleri etkiliyorsa, bilgi eksikliği sorununun, tüketicilere sözleşme kurulurken verilen klasik bilgilendirme formları ile çözülmesi ihtimali çok azdır.[85] Zira sunulan bilginin, önyargı nedeniyle hatalı değerlendirilmesi ve hatta fazla karmaşık olması nedeniyle dikkate alınmaması mümkündür. Örneğin banka yüksek temerrüt faizi olduğunu ilan etse veya bilgi verse bile, tüketici pekala bunun kendisi açısından önemsiz olduğunu, zaten temerrüde düşmeyeceğini düşünebilir. Bir diğer ihtimal, zaten bağlandığı, imzalamayı düşündüğü sözleşmelerde bu olumsuzluğu iskonto edebilir ve hatta diğer bazı bilgiler ile birlikte dikkatine sunulmasına rağmen, bunu tamamen göz ardı edebilir. Dolayısıyla bilgi ekonomisine dayalı müdahale önerilerinin etkinliği bu veriler ışığında sorgulanır hale gelmektedir. Bu anlamda davranışsal ekonomi sadece daha yaygın değil, aynı zamanda hem daha sofistike hem

1.863.169 kişidir.

83 Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer (2016), s. 85 vd.

84 Bugün aslında AB ülkelerine bakıldığında büyük bir çoğunluğunda tüketicinin aşırı borçlanması ve bunu ödeyemeyecek duruma düşmesi halinde iflas, borcun bir kısmının silinmesi ve yeniden yapılandırılması gibi imkânların verildiği görülmektedir (Bu konuda mukayeseli bilgi için bkz. Hoffmann (2012), s. 462; Niemi (2012), s. 444 vd.; Ramsay (2012), s. 422 vd.; Linna (2015), s. 358. Aynı şekilde 2013 yılında Dünya Bankası'nın tacir olmayan kişilerin iflası konusunda hazırladığı ayrıntılı raporda da aşırı borçlanmanın beraberinde getirdiği olumsuz sonuçlara parmak basılmış ve tüketici iflasının düzenlenmesinin faydaları saptanmıştır (Bkz. Kilborn/Garrido/Booth/Niemi/ Ramsay (2013), s. 1 vd.).

85 Jolls /Sunstein/Thaler (1998), s. 1533 vd.; Luth (2010), s. 68, 69.

de zaman zaman daha ciddi yasal müdahalelerin kapısını aralamaktadır.[86]

III. Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Faize İlişkin Sınırlamaların Değerlendirilmesi ve Uygulama Alanlarının Belirlenmesi

A. Sınırlamalar Hakkında Ön-Değerlendirme

Yukarıda kısaca belirttiğimiz üzere, Borçlar Kanunu herhangi bir sözleşme türü için ayırım yapmaksızın, bütün sözleşmelerde faize üst limit öngörmüştür. Bu limit, belirli ve mutlak bir rakam olarak belirtilmemiş; bunun yerine bir oran eşiği veya tavan getirilmiştir. Bu tavan ise, yasal faiz değeri referans alınarak, buna belirli yüzde oranı uygulanarak bulunmaktadır. Anapara faizinde borcun doğduğu anda yürürlükte olan faizin % 50 fazlası (m.88(2)), temerrüt faizinde ise % 100 fazlası (m.120 (2)) faiz tavanını oluşturur. Yürürlükteki faiz ise, 3095 sayılı Faiz Kanunu[87] hükümlerine göre belirlenmektedir. Örneğin bu makalenin yayıma hazırlandığı 2016 yılı başlarında kanuni faiz % 9 olduğu için, sözleşmede kararlaştırılabilecek en yüksek anapara faizi % 13,5; temerrüt faizi ise % 18 olabilecektir. Dolayısıyla taraflar bu oranları aşmamak kaydıyla serbestçe faiz kararlaştırabilirler.

Emredici mahiyetteki bu hükümler ile ilgili bazı ön tespitlerde bulunabiliriz: Yasa Koyucu faiz belirleme serbestisini sınırlarken, muhtelif yöntemler tercih edebilirdi. Örneğin, müdahalenin bilgi sorunu nedeniyle yapıldığını varsayarsak, alacaklının faiz konusunda bilgi vermesi, sözleşmede her türlü faiz oranının açık bir şekilde yazılması, bu oranın tüketici için beklenen maliyetinin değer olarak belirtilmesi gibi yöntemlerden yararlanılabilirdi.[88] Ancak Yasa Koyucu bunu yapmamış, doğrudan faizin muhtevasına müdahalede bulunmuştur. Bu şüphesiz paternalizmi çağrıştıran bir müdahaledir ve davranışsal ekonominin bulguları ile açıklanabilir. Yasa Koyucunun davranışsal ekonomiden feyz

86 Bkz. yukarıda dn. 60-66 ve ilgili metin.

87 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, RG 19.12.1984, sayı 18610.

88 Nitekim bu tür bilgilendirme yükümlülükleri hem Borçlar Kanunu, hem de Tüketici Hukukunda benimsenen bir müdahale biçimidir. Özellikle Tüketici Hukukunda faiz konusunda yaygın bir şekilde bilgi verme yükümlülükleri öngörülmüştür. Efektif faiz kavramına ilişkin yükümlülükler bunlardan biridir. Bkz. Atamer (2016), s. 60 vd.

alarak düzenleme yaptığını ileri sürmüyoruz.[89] Ancak bu müdahale tarzı, davranışsal ekonomi açısından rasyonel görülebilir.

İkinci olarak her ne kadar muhteva müdahalesi yapılmışsa da, daha katı bir hüküm öngörülmesi mümkündü. Ancak tercih bu yönde kullanılmamış, görece esnek bir sınırlama getirilmiştir.[90] Yani sınırlamaya rağmen, taraflar tavan faiz oranını aşmayacak şekilde diledikleri faiz oranına karar verebilirler. Bakanlar Kurulu, piyasada geçerli olan faiz oranlarını takip edip 3095 sayılı Kanunu uyarladığı sürece, faiz sınırlamalarının önemli bir negatif etkisi olmayabilir.[91]

Buna paralel olarak yapılması gereken *üçüncü tespit*, mevcut düzenleme tarzının Bakanlar Kurulu'nun politika kararlarını daha önemli kılmasıdır. Bakanlar Kurulu'nun yapacağı yanlış tercihler, emredici hükümlerin sosyal maliyetini arttıracaktır. Bu noktada altının çizilmesi

89 Bu hükümler hakkındaki gerekçenin borçlunun sosyal devlet ilkesi gözetilerek korunması olduğunu yukarıda belirttik, bkz. dn. 1.

90 Bu önermemizi biraz açalım: Yasa Koyucu, oran üst sınırı yerine, belirli bir rakam üst sınırı ve hatta sabit bir faiz de öngörebilirdi. Böyle yapmamış, oran üst sınırı öngörmüştür. Bu şekilde tarafların faiz belirleme konusunda görece bir serbestileri vardır. Yasal faiz oranları yüksekse, mesela piyasa faizlerinin üzerindeyse, aslında bu sınırlama fiili olarak etkili olmayacaktır. Faiz Kanunu, faiz oranının belirlenmesinde Bakanlar Kurulu'nu yetkili kıldığından, referans faiz piyasa şartlarına göre uyarlanabilir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu yürürlük faizini piyasa faizi seviyelerinde veya bunun üzerinde belirlerse veya en azından piyasadaki faiz oranlarını takip eden düzenlemeler yaparsa, sözleşme serbestisi sınırlamalarının fazlaca olumsuz etkisi olması beklenmemelidir. Fakat aksi durumda, piyasa faizi oranlarının takip edilmemesi veya bundan (para politikası gerekçeleriyle) düşük referans faiz belirlenmesi halinde, bu serbestiler fiilen etkili olur ve bu sınırlama ekonomik açıdan sosyal maliyete neden olur.

Mevcut durumda Kanun temel faiz oranını % 12 olarak saptamış ve Bakanları Kurulu'nun faizi bu oranın yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkili olduğunu m. 1(2)'de belirtmiştir. Dolayısıyla bu madde tümden değişmediği sürece Bakanlar Kurulu'nun seçim yapabileceği faiz bandı % 1,2 ilâ % 24 aralığıdır. Dolayısıyla enflasyonun yükselmesi ve % 20 seviyelerine varması durumunda, bu sınırlamaların ciddi sosyal maliyeti olacaktır. Temel faiz oranına ilişkin düzenleme makul olsa bile, en azından Bakanlar Kurulu'na yukarı doğru daha fazla esneklik sağlayan bir hükme yer verilmesi daha isabetli olurdu. Tabi daha radikal bir öneri, Kanun'un doğrudan piyasa faizini, örneğin kamu bankaları tarafından mevduat için verilen faiz oranı ya da başka bir değeri referans almasıdır. Faiz Kanunu'nun eleştirisi için bkz. Sanlı (2015), s. 370, 371.

91 Bkz. Atamer (2016), s.123; Sanlı (2015), s. 375-376.

gereken husus, Yasa Koyucunun faiz meselesini "teknik" değil, "siyasi" bir konu olarak görmesidir. Şüphesiz bu durum, politika kararlarının isabeti konusunda tereddüt uyandırmaktadır.[92]

Dördüncü tespit, anapara ve temerrüt faizine dair farklı oranların benimsenmiş olmasıdır. Temerrüt faizindeki serbesti, anapara faizine göre daha fazladır. Yasa Koyucu buna dair bir gerekçe sunmamıştır. Bu ayrımın olası bir gerekçesi, anapara faizinin yüksek kararlaştırılmasının, borçlu için daha büyük maliyetinin olmasıdır. Yukarıda açıkladığımız üzere temerrüt faizi ancak sözleşmeye aykırılık olasılığına bağlı olarak uygulama alanı bulur, bu nedenle de yüksek kararlaştırılsa bile, bunun borçlu için risk maliyeti düşüktür. Ayrıca bu borç, son tahlilde para borçlusunun temerrüde düşmesi sonucunda doğmaktadır. Borca aykırı davranan borçlunun daha fazla bir maliyete katlanması, adil gözükmektedir.

Ekonomik açıdan bu ayırıma bakıldığı takdirde ileri sürülebilecek gerekçe, bir miktar paranın geç ödenmesinin maliyetinin, anapara faizinden fazla olması gereğidir. Temerrüdün bir borca aykırılık durumu olmasından ötürü, zamanında paraya kavuşamayan alacaklının, bu beklenmedik durum karşısında ilave maliyetleri olabilir. Gerçi alacaklının para alacağını piyasadan ikame işlem yaparak elde edeceği dolayısıyla kredi faizi oranının yeterli olduğu düşünülebilir.[93] Fakat bu ilave işlem maliyetine neden olacağı gibi, ikame işlem yapmak her zaman mümkün olmayabilir. Ayrıca bu gibi bir durumda, borca aykırılığın devam etmesi, yargılama ve icra ile ilgili ilave bazı maliyetlere yol açar. Tüm bunlara rağmen alacağın elde edilmemesi riski de söz konusu olabilir. Ayrıca *ex ante* açıdan, alacaklının vade tarihinde paraya kavuşması sübjektif önem arz edebilir.[94] Bu ve diğer

92 Faiz konusunda doğru tercihlerin para piyasaları konusunda uzman kurum ve kuruluşlar tarafından yapılması beklenir. Bu çerçevede Merkez Bankası ve Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu (BDDK) ilk akla gelen kurumlardır. Faiz Kanunu, faiz konusunu para politikası açısından siyaseten önemli görmüş olmalı ki, bunun belirlenmesini bu kurumlara bırakmamıştır. Hatta referans piyasa faizinin doğrudan Kanun'a yazılmış olması (ve ancak bu değerin belirli bir oranda esnetilmesi imkanının öngörülmesi), bu konuda oldukça katı bir tavrın benimsendiğine işaret etmektedir.

93 Bir miktar paraya kavuşamayan alacaklı, bu parayı kredi piyasalarından temin edebilir. Bu durumda işlem maliyeti dışında, bir miktar finansman maliyetine yani ilave faiz borcuna katlanır. Bu anlamda referans olarak yasal faizin alınması yanlış değildir.

94 Bkz. bu konuda Sanlı (2015), s. 136 vd.

gerekçeler ile alacaklı, borçlunun ifa etmeme ihtimalini azaltmak için anapara faizinden daha yüksek faiz belirlemek isteyecektir.[95] Özetle anapara faizi ile mukayese ettiğimiz zaman, temerrüt faizinin daha yüksek kararlaştırılmasının ekonomik mantığı vardır.[96]

Üzerinde durulması gereken *beşinci* ve son husus ise, maddelerde belirtilen tavan miktarların aşılması halinde, bunun yaptırımıdır. Kanun bu konuda hüküm öngörmemiştir. Bu durumda en makul çözüm TK m. 1530(1) uyarınca "*kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış*" sayılır kuralının uygulanmasıdır.[97] Her ne kadar *Serozan* bu ihtimallerde bir medeni hukuk cezası olarak hiç faiz talep edilemeyeceği sonucuna varılabileceği görüşündeyse de[98] özellikle halihazırdaki yasalarda hangi faiz

95 Bu anlamda yasal temerrüt faizini aşan bir temerrüt faizi belirlenmişse bu bir tür ceza koşulu gibi de düşünülebilir. Bu açıdan aslında ceza koşuluna sınır getiren 182/3 hükmü ile 120/2 hükmü arasındaki ilişki üzerinde düşünmeye değer. Kanun, ancak fahiş olduğu takdirde ceza koşulunun hukuka aykırı olacağını ve indirileceğini hükme bağlamaktadır. Eğer bu hükümler arasında bir uyum varsa, 120/2. madde ile aslında Yasa Koyucu yasal faizde % 100 fazla bir oranı, para borcu açısından fahiş kabul etmiş olmalıdır. Bu anlamda fahiş kavramının içi, para borcu açısından doldurulmuş sayılabilir. Ceza koşulunun ekonomik açıdan meşruiyeti hakkında bkz. Sanlı (2015), s.131 vd.

96 Ancak ifade edilmelidir ki 3095 sayılı Kanun B2C işlemler için hem anapara hem de temerrüt faizini % 9 olarak belirlemekle bütün bu mülahazaları göz ardı etmektedir. Yani sadece sözleşmesel faiz için değil, sözleşmede hiçbir düzenleme olmasa uygulanacak yasal faizde de anapara ile temerrüt faizi ayırımı olmalı, ikincisi daha yüksek tespit edilmelidir.

97 Atamer (2016), s. 122; Sanlı (2015), s. 368, 369.

98 Serozan (2014), s. 108, 109. Serozan'ın benimsediği görüşün, ekonomik açıdan bir cazibesi olduğunu ve bu anlamda hukuk politikası bakımından rahatlıkla savunulabileceğini belirtelim. Bu görüş, yüksek faiz belirlenmesi halinde, faizden yararlanan ve muhtemelen bu koşulu belirleyen tarafı cezalandırmaktadır. Bu ise onda yüksek faiz belirlememe güdüsü yaratır. Oysa kısmi hükümsüzlük bu türden bir güdüleme yaratmaz. Zira yüksek faiz belirleyen taraf açısından, borçlunun bu hükmün geçersizliğini ileri sürmesinin maliyeti neredeyse yoktur. Eğer bazı borçlular, Kanun hükmüne rağmen rıza ile yüksek faiz ödüyorlarsa, yüksek faiz belirlemek oldukça kârlı bir strateji oluşturur. Dolayısıyla bilhassa tüketici sözleşmeleri açısından, eğer mevcut Kanun hükmü, alacaklı tacirlerin (tüketicilerin bilgisizliklerinden yararlanarak) stratejik davranmasına neden oluyorsa, hukuk politikası bakımından geçersizliğin sıfır faiz şeklinde tatbik edilmesi daha isabetlidir. Nitekim TKHK m. 25(2) de bunu benimsemiş ve sözleşme kuruluşunda efektif faiz oranı hakkında tüketiciyi bilgilendirmemenin yaptırımını faiz talep

sınırlarının uygulama bulacağı konusundaki belirsizlik karşısında bu tür bir yaptırımı savunmak doğru gözükmemektedir. Dolayısıyla mesela % 15 oranının benimsendiği bir anapara faizi tamamen geçersiz olmayacak, % 13,5 oranı üzerinden sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

B. Sınırlamaların Uygulama Alanı

Borçlar Kanunu'nda yer alan faiz sınırlamasının özel kanunlar karşısında nasıl uygulanacağı konusunda ne Borçlar Kanunu'nda ne de Uygulama Kanunu'nda bir açıklık bulunmaktadır.[99] Konu iki açıdan önem arz eder. Öncelikle sınırlamaların tacirler arası sözleşmelerde tatbik edilip edilmeyeceğini değerlendirmek gerekir. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere B2B sözleşmelerde hukuki müdahaleyi gerektirecek bir bilgi sorunu olması beklenmez.[100] Bu nedenle iktisadi açıdan faize dair sınırlamaların B2B sözleşmelere uygulanmaması isabetli olur. Aşağıda bu önermenin Türk Hukuku açısından geçerliliğini ele alacağız.

Diğer yandan, faize ilişkin BK'daki genel sınırlamaların tüketici sözleşmelerine ilişkin özel bazı düzenlemeler karşısında uygulanma imkanının belirlenmesi gerekir. Ekonomik açıdan faiz hakkında piyasa aksaklığının ancak tüketici sözleşmelerinde olabileceğini belirtmiştik. Bu çerçevede bu önermenin Türk Hukukundaki geçerliliğini ve özellikle Bankacılık mevzuatı veya TKHK gibi özel düzenlemeler açısından tatbik kabiliyetine sahip olup olmadığını ele alacağız.

1. Faize İlişkin Borçlar Kanunu Hükümlerinin Tacirler Arasındaki Sözleşmelerde Uygulanma İmkanı[101]

Ticaret Kanunu, faiz konusunda özel düzenleme içermektedir. Kanun'un "ticari işlerde faiz" başlığını taşıyan 8(1). maddesine göre, "*Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.*" Yine aynı maddenin ikinci fıkrası, Borçlar Kanunu'na paralel olarak mürekkep faiz yasağı öngörmekte ve

edilememesi olarak öngörmüştür, bkz. Atamer (2016), s. 109-110.

99 Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 7 sadece "*Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır*" demek suretiyle bu kuralların kamu düzenine ilişkin olduğunun altını çizmiştir.

100 Bkz. II/A/3/a.

101 Bu kısımda yazılanlar ağırlıklı olarak Atamer (2016), s. 123-128'de yer alan tespitlere dayanmaktadır.

üçüncü fıkrası da tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla Kanun, Tüketici Hukuku ile olan ilişkiye dair hüküm öngörmüş; fakat Borçlar Kanunu'na dair bir yollamada bulunmamıştır. Her ne kadar ilk fıkra, faize dair emredici hükümlerin ticari işlerde tatbik edilmeyeceğini öngörmekle meseleyi olumsuz bir şekilde düzenlemiş gözükse de, konu yoruma açıktır.

Yorum probleminin kaynağını biraz açalım.TK m. 19(2)'yi dikkate aldığımız zaman, "*Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır*" kuralını getirerek tacir-tüketici sözleşmelerinin de ticari iş sayılacağı ve faiz serbestisi kuralına tâbi olacağı intibaını uyandırmaktadır. Ancak yine Ticaret Kanunu'nun 8. maddesine Meclis görüşmeleri aşamasında eklenen 3. fıkra uyarınca "*Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklı [...]*" tutulmuştur. Gerçi bu fıkranın da sadece Ticaret Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan birleşik faize ilişkin düzenlemeye mi yoksa aynı zamanda fıkra 1'de yer alan genel faiz serbestisine mi bir istisna getirdiği konusu tartışmalıdır. Nitekim doktrinde konuya dair farklı görüşler ileri sürülmektedir. İki temel Kanun ve bu kadar temel bir meselede böylesi bir belirsizlik kuşkusuz yasama tarihimize gölge düşürmektedir.

Genel kanun-özel kanun çatışmasına ilişkin yorum ilkeleri[102]

102 Yasa Koyucuların yasaları yaparken, var olan başka paralel düzenlemeler ile yeni kuralların ilişkilerini düşünmeleri ve yeri geldiğinde halihazırda var olan düzenlemenin yürürlükten kalktığını veya ancak sınırlı olarak uygulanacağını yeni yasada belirtmeleri ideal olandır. Ancak böyle bir düzenlemenin ihmal edildiği hallerde yasaları uygulayanlar mecburen kural çokluğu sorununu anlamlı bir şekilde çözmek durumundadır. Bu konuda geliştirilmiş farklı ilkelerden en çok kabul görenlerden birisi kuşkusuz *legi posterior derogat legi priori*, yani sonraki kanunun zamansal olarak üstünlüğü kuralıdır. Eğer iki kanun da aynı konuyu özel olarak veya genel olarak düzenliyorsa bu durumda yeni kural tercih edilir (Bilge (2007), s.195; Edis (1997), s. 181; Işıktaç (2004), s. 139). Ancak iki kuralın niteliği aynı değilse, yani biri özel biri genel kuralsa bu durumda bir sonuca varmak zorlaşmaktadır. Yine genel kabul gören, sonraki özel kanunun önceki genel kanunun yerini alacağı yönündedir (*lex specialis derogat legi generali*; bkz. Dural/Sarı (2015), N. 762). Yasa Koyucu bu ihtimalde belli ki aynı konuda daha derinlemesine bir inceleme yapıp yeni bir yasa çıkarmış ve burada konuyu düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu durumda önceki genel kanundaki kuralın konusunu tümüyle özel kanun düzenliyorsa artık genel kural hiç uygulanmayacak, buna karşılık sadece bazı hususlarda özel düzenlemeye gidiliyorsa o zaman genel kural bu konular dışında uygulanmaya devam edecektir (Edis (1997), s. 182; Barczak (2015), s. 969; Işıktaç

çerçevesinde soruna yaklaşılacak olursa yapılacak *birinci tespit* iki genel kanun (BK-TK) ile karşı karşıya olduğumuz[103]; *ikinci tespit* ise bu kanunların aynı günde, 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girmiş olması nedeniyle bir öncelik-sonralık ilişkisi içinde olmadığıdır. Dolayısıyla çözüm üretmenin yegâne yolu akılcı ve menfaatlere uygun yorum yapmak olacaktır. Bu durumda tabloya bakıldığında üç farklı görüşün savunulması mümkün gözükmektedir:

• Birinci görüş, Ticaret Kanunu madde 8/1'in mutlak üstünlüğünü kabul etmekte, fıkra 3'ün sadece fıkra 2'de düzenlenen birleşik faiz açısından tüketici işlemlerine istisna getirdiğini savunmakta, dolayısıyla da tacir-tacir işlemleri kadar tacir-tüketici işlemleri açısından, ticari bir iş olmaları nedeniyle, faiz serbestisi olduğunu savunmaktadır. Bu nedenle Borçlar Kanunu'ndaki faiz sınırlamalarının sadece adi işlerde uygulanacağı yorumunda bulunmaktadır.[104] Aynı sonuca şu yorumla varanlar da vardır: Ticaret Kanunu madde 8(3) sadece tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır demektedir. Tüketici mevzuatı ise sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur (TKHK). Bu Kanun'da da sözleşme faizi için bir miktar sınırlaması yapılmamıştır. O açıdan Borçlar Kanunu'ndaki faiz sınırlaması Ticaret Kanunu madde 8(1) uyarınca tüketici işlemlerinde uygulanmaz. Sadece TKHK'da yer alan temerrüt faizine ilişkin istisnai bazı

(2004), s. 140). En çetrefil durum ise önceki özel kanun sonraki genel kanun ilişkisidir. Burada genel kabul gören görüş sonraki genel kanunun önceki özel kanunu yürürlükten kaldırdığı çıkarsamasının kolay kolay yapılamayacağıdır (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, Serozan (2015), s. 148; Bilge (2007), s. 195; Dural/Sarı (2015), N. 762; Edis (1997), s. 183; Işıktaç (2004), s. 139-140; Barczak (2015), s. 975; Aslan/Şenyüz/Kortunay/Deliveli (2011), s. 57-58). Bu durumda Yasa Koyucunun hangi mantıkla hareket ettiğinin tespit edilmesi büyük önem kazanacak, eğer bu tespit edilemiyorsa menfaat değerlendirme hukukçusu olarak hareketle en uygun yorum bulunmaya çalışılacaktır.

103 Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar BK-TK ilişkisi açısından "biz borçlar kanunu olarak alt yapıyız gerisi teferruattır. Ticaret Kanunu olsa da olur, olmasa da olur, bunu inşallah öğrenecekler […]" şeklinde yorumlar yapmaktaysa da gerek hukuk tarihi gerekse hukuk metodolojisi açısından bu görüşün savunulur bir yönünün olmadığı aşikârdır. Krş. Burcuoğlu (2012), s. 21.

104 Nitekim bu yönde Reisoğlu (2014), s. 112-120), s. 112 vd. Ne yazık ki gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında kısmen açık kalan nokta "ticari işlerde" faiz serbestisinin geçerli olacağı tespitinde bulunulması halinde bunun TK m. 19(2)'ye dayanılarak tacir-tüketici işlemleri için de mi ifade edildiği yoksa sadece tacir-tacir işlemlerinin mi kast edildiğidir. Örneğin bkz. Y19HD, 18.09.2013, E. 2013/10777, K. 2013/14096; Poroy/Yasaman (2012), s. 96-97.

sınırlamalar Ticaret Kanunu madde 8(3) ile saklı tutulmak istenmiştir.[105]

• İkinci görüşe göre Ticaret Kanunu madde 8(3) tacir-tüketici işlemlerini genel olarak m. 8'in kapsamı dışında tutmaktadır, dolayısıyla Borçlar Kanunu madde 88 ve 120'de yer alan sınırlamalar uygulama bulacaktır. Buna karşılık tacir-tacir işlemlerinde faiz serbestisi geçerli kabul edilecektir.[106]

• Son görüşe göre Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan ve "ticari *işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır*" kuralı gereği ve tacirlerin de faiz sömürüsüne karşı korunması ihtiyacı olması nedeniyle tacir-tacir işlemleri dahil bütün işlemlerde BK m. 88/120 sınırlamaları devreye girecektir.[107]

Öncelikle *Reisoğlu*'nun TBMM'de Ticaret Kanunu'nun 8. maddesine yapılan eklemelerin ağırlıklı olarak birleşik faiz ile ilgili tartışmalar bağlamında yapıldığı ifadesine katılmak gerekir.[108] Ancak aynı oturumda sunulan bir dizi başka önergede tüketicinin korunması kaygısı da özellikle ön plana çıkmaktadır.[109] Diğer yandan Ticaret Kanunu'nun halihazırdaki ifadesine *Reisoğlu*'nun verdiği anlam verildiğinde şöyle bir çelişki ortaya çıkmaktadır: Kanun'un 8(2). maddesinde zaten sadece iki taraf için de ticari iş sayılan işlerde birleşik faizin uygulanacağı ifade edilmiş, ikinci cümlede ayrıca iki tarafın tacir olması gereği vurgulanmış ondan sonra bir de 3. fıkrada tüketici hükümleri saklı tutulmuştur. Bu durumda tekrar tekrar Yasa Koyucunun aynı şeyi söylediği sonucuna varmak gerekecektir. Zira iki taraf için ticari olan işlerde veya iki tarafın tacir olduğu işlerde ancak birleşik faiz kuralı uygulanacaksa belli ki tüketiciler için uygulanması artık mümkün

105 Yağcı (2013), s. 429 ve dn. 25 ve 26.

106 Örn. Helvacı/Kaya/Ülgen/Kendigelen/Ertan (2015), N.153 ve 157; Arkan (2015), s. 78, 80; Serozan (2014), § 8 N. 10a-b; Ayan (2010), s. 779 vd.; Y19HD, 6.11.2013, E. 2013/1146, K. 2013/17415; Atamer/Okutan Nilsson (2013), s. 37; Çeker (2015), s. 74,75. Ancak yazar banka kredileri açısından taraflardan biri tüketici olsa da Borçlar Kanunu 88 ve 120 hükümlerinin uygulanmayacağı görüşündedir; İnceoğlu (2014), s. 19.

107 Örn. Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu (2013), N. 764; Aydoğdu (2010), s. 95 vd.; Altop (2013), s. 15-17; Y15HD, 9.10.2013, E. 2013/3943, K. 2013/5537; Y6HD, 26.09.2013, E. 2013/580, K. 2013/12615.

108 Önerge ve gerekçesi hakkında bkz. http://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf s. 103.

109 https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4= 20277 &P5=B&PAGE1=1&PAGE2=111

değildir. Kanunu anlamlı bir şekilde yorumlamak ilkesi gereği[110] fıkra 3'ün farklı bir anlamı olması gerekir. Bu yorumlama aynı zamanda Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddeleri ile yaşanan çatışma nedeniyle de bir gerekliliktir.

Diğer yandan *Yağcı*'nın Ticaret Kanunu'nun 8(3). maddesindeki "tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır" ifadesini daraltarak sadece TKHK hükümleri saklıdır şeklinde okumak isteyen yorumuna katılmak da mümkün değildir. Tüketici Kanunu'nun 83(1). maddesi uyarınca, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır demek suretiyle zaten Borçlar Kanunu hükümlerine atıf yapılmaktadır. Nasıl ki genel işlem koşullarına ilişkin Borçlar Kanunu madde 20-25 hükümleri tüketiciler için uygulanıyorsa Borçlar Kanunu madde 88 ve 120 de uygulanacaktır. Aksine bir yorum, Borçlar Kanunu hükümlerinin Kerem Cem Sanlı ile Yeşim Atamer arasında akdedilen ödünç sözleşmesinde faiz oranlarını belirlediği şeklinde bir sonuca götürür ki bu yorum Yasa Koyucunun abesle iştigal etmediği kuralını ihlal eder. Unutulmasın ki TKHK, Borçlar Kanunu'ndan sonra yürürlüğe girmiş özel kanundur. Yasa Koyucu Borçlar Kanunu'ndaki sınırlamanın son derece bilincinde olarak bu yasayı hazırlamıştır.

Yorum bilim (*hermeneutics*),kanunların yorumu açısından da geçerli ilkeleri saptamaktadır. Bu konuda özellikle *F. C. Savigny*'den beri uygulanan dört temel ilke mevcuttur.[111] Bir metin anlamlandırılmaya çalışılırken öncelikle bakılacak olan metnin lafzi yorumudur. Ticaret Kanunu'nun 8. maddesinin ilk üç fıkrası okunduğunda kabul edilmesi gereken, tacirler arasında faiz serbestisi olduğu, buna karşılık tüketici-tacir ilişkilerinde bu serbestinin başka kanunlarla kısıtlanmış olabileceğidir. Yani fıkra 3'ün hem fıkra 1 hem de fıkra 2'nin istisnası olduğudur. Bu metin başka hiçbir yoruma imkan vermemektedir.

İkinci ilke sistematik yorum ilkesidir. Sistematik yorumla kast edilen sadece ilgili maddenin yapısı ve içinde bulunduğu kanun ile ilgisi değildir. Diğer bağlantılı bütün kanunlar ve genel hukuk sistematiği içinde bu maddenin yeri önemlidir. Bu noktada Ticaret Kanunu'nun 8. maddesinin,

110 Kramer (2010), s. 105 vd.
111 Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan (2015), s. 101 vd.; Schäfers (2015), s.877 vd.; Kramer (2010), s. 56 vd.; Larenz/Canaris (1995), s. 141 vd.

aynı günde yürürlüğe giren ve yine temel bir kanun olan Borçlar Kanunu hükümleri ile birlikte okunması gerekir. Sistematik yorum bir maddenin yorumlanırken başka hükümlerle çelişmeyecek ve genel sistemi bozmayacak şekilde yorumlanmasını gerektirir.[112]

Kanunun yorumunda üçüncü olarak tarihsel yorum yöntemi uygulanır. Yani yasanın yorumunda Yasa Koyucunun bu normu neden getirdiği ve bu normun başka kanunlarla ilişkisi konusunda ne düşündüğü üzerinde durulur. Genelde yasanın gerekçesi, Meclis görüşmeleri bu konuda bilgi içerecektir. Ancak Ticaret ve Borçlar Kanunu ilişkisi açısından ne yazık ki iki kanunun gerekçesinde ve görüşmelerinde herhangi bir netlik bulmak mümkün değildir.

Son olarak teleolojik, yani anlama/amaca uygun yorum ilkesi devreye girecektir.[113] Bu çerçevede hukuk düzeninin temelinde adalet, hukuk güvenliği ve amaca uygunluk değer yargılarının yattığı varsayımından hareket edilir. Dolayısıyla yorumda hem bu varsayımların hem de temel hukuk etiği kurallarının dikkate alınması gerekir.[114] Biz bu çalışmada, konuyu hukuk ve ekonomi açısından ele aldık. Bu nedenle de ekonomik etkinliğin, yani kaynakların etkin kullanılarak toplum refahının arttırılmasının temel amaç olması gerektiğini benimsiyoruz. Hukuk politikası açısından ekonomik etkinliği temel amaç olarak benimsediğimiz zaman, aslında bu yorum sorununun cevabı açıktır. İlke olarak tacirler arasındaki sözleşmelerde bir bilgi aksaklığı olmadığına göre, sözleşme serbestisinin sınırlanmasına gerek yoktur. Hatta bu sınırlama, yasal faiz oranının düşük tutulduğu bütün hallerde sosyal maliyet teşkil eder. Bu nedenle de tacirler arasındaki sözleşmeler açısından Borçlar Kanunu'ndaki sınırlamaların uygulanmaması gerektiğini söyleyebiliriz.[115]

Özetle Ticaret Kanunu madde 8 ve Borçlar Kanunu madde 88-120 ilişkisi değerlendirildiğinde en savunulabilir yorum, tüketici işlemlerinin hem madde 8(2)'deki birleşik faiz hem de madde 8(1)'deki genel faiz

112 Kramer (2010), s. 85-87; Larenz/Canaris (1995), s. 146; Zipellius (1994), s. 48 vd.; Nitekim özel kanunun genel kanuna nazaran öncelikli uygulanması kuralının da temelinde bu yorum ilkesi yatar. Zira aksine bir çözüm özel yasa kuralını anlamsızlaştıracaktır.
113 Serozan (2015), s. 105
114 Schäfers (2015), s. 879; Larenz/Canaris (1995), s. 157.
115 Sanlı (2015), s. 374.

serbestisinden müstesna edildiğini kabul etmek yönünde olacaktır.[116] Ticaret Kanunu'nun 19(2). maddesinin öngördüğü faraziye burada uygulanmayacaktır, zira 8(3). maddenin aksine açık düzenlemesi özel kural olarak öncelik sahibi olacaktır. Dolayısıyla iki tarafın tacir olduğu işlemler açısından bir faiz serbestisi geçerli olsa da taraflardan birinin tüketici olduğu hallerde bu serbesti yerini kısıtlamaya bırakacaktır.

2. Faize İlişkin Borçlar Kanunu Hükümlerinin Tüketici Sözleşmelerinde Uygulanma İmkanı

Tacirler arasındaki sözleşmelerde uygulanmadığına göre, Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinin tüketici işlemlerindeki uygulanma imkanını tartışmak gerekir.[117] Bu tartışma, tüketici hukuku ve diğer alanlarda, özellikle banka hukuku alanında var olan faize ilişkin düzenlemeleri dikkate almak durumundadır. Ancak baştan belki şu tespiti yapmakta yarar bulunmaktadır: Pozitif hukukta faiz hakkında özel hüküm olmadığı sürece, B2C sözleşmelerde Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinin tatbik edildiğini, dolayısıyla tarafların anapara ve temerrüt faizi konusunda tam bir serbestiye sahip olmadığını kabul etmek mecburiyeti vardır. Oysa bu düzenlemeler, neo-klasik ve davranışsal ekonomik teori ile tam bir uyum içerisinde değildir. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere[118] ekonomik açıdan anapara ve temerrüt faizi farklı ele alınmalı, anapara faizi belirleme serbestisi ancak istisnai hallerde sınırlanmalıdır. Dolayısıyla faiz hakkında farklı Kanun ve Yönetmeliklerde var olan düzenlemeler ile BK hükümlerinin ilişkisi ele alınırken hep bu bakış açısını muhafaza ederek, yeri geldiğinde BK hükümlerinin uygulama alanını dar yorumlamayı tercih edeceğiz. Konuyu anapara ve temerrüt faizine ilişkin bir ayırım üzerinden açıklamaya çalışacağız.

116 Atamer (2016), s. 128.
117 Tüketici işlemi mahiyetinde olmayan, yani bir tarafın mesleki amaçlarla hareket etmeksizin mal veya hizmet sağladığı işlem ve sözleşmeler açısından da Borçlar Kanunu'nda öngörülen sınırlamalar uygulanacaktır. Ancak bunların pratikte önemli bir kapsamı ve ağırlığı olmadığını düşünerek bu ihtimal üzerinde ayrıca durmuyoruz.
118 Bkz. yukarıda II/A/2/b/cc ve II/B/3.

a. Anapara Faizine İlişkin Olarak Borçlar Kanunu Hükümlerinin Uygulama Alanı

aa. Banka Hukukunun Özel Düzenlemeleri Uygulama Önceliğine Sahiptir

aaa. Kural: Banka Hukuku Anapara Faizini Serbest Bırakmıştır

Anapara faizinin söz konusu olduğu sözleşmelerde, bir taraf çoğu kez banka olacaktır. Bu nedenle banka hukukundaki hükümleri özel olarak değerlendirmek gerekir. Yasa Koyucu bankacılık işlemlerinde faizin önemini dikkate alarak, ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Ayrıntılarına girmeksizin, banka hukukunda faiz hakkındaki hükümleri şu şekilde toparlamak mümkündür:

- Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesi uyarınca "*Bakanlar Kurulu, bankaların ödünç para verme işlemleri ve mevduat kabulünde uygulanacak azamî faiz oranlarını, katılma hesaplarında kâr ve zarara katılma oranlarını, özel cari hesaplar dâhil bu maddede belirtilen işlemlerde sağlanacak diğer menfaatlerin nitelikleri ile azamî miktar ya da oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir. Bakanlar Kurulu, bu yetkilerini Merkez Bankasına devredebilir.*"

- Nitekim Bakanlar Kurulu 2006/11188 sayılı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kâr ve Zarara Katılma Oranları ile Özel Cari Hesaplar Dahil Bu İşlemlerde Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Karar[119] ile Bankacılık Kanunu m. 144 ile kendisine verilmiş bu devir yetkisini kullanmıştır. Kararın 3. maddesi uyarınca "*Bankaların mevduata ve kredilere uygulayacakları faiz oranları ile katılma hesaplarına uygulayacakları kâr ve zarara katılma oranları ve bu oranların kısmen veya tamamen serbest bırakılması Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca yayımlanacak tebliğlerle düzenlenir.*"

- Merkez Bankası ise en son 2014'de değişiklik yaptığı Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kâr ve Zarara Katılma Oranları ile Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında 2006/1 sayılı Tebliği[120] ile Bankaların faizlerine ilişkin şu düzenlemeleri kabul etmiştir:

119 RG 22.11.2006, sy. 26354.
120 RG 09.12.2006, sy. 26371. En son değişiklik RG 15.11.2014, sy. 29176.

> o Bankalarca, reeskont kaynaklı krediler dışındaki kredilere uygulanacak faiz oranları [...] nitelikleri ve sınırları serbestçe belirlenir.
>
> o Kredili mevduat hesaplarında uygulanacak azami akdi ve gecikme faiz oranları 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun (Kredi Kartları Kanunu) 26. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenen azami oranları geçemez.

Görüldüğü üzere bu hükümler, bankaların yaptığı sözleşmelerde anapara faizi oranlarının serbestçe tespit edilebileceğini öngörmektedir.[121] Sadece kredili mevduat hesapları ve kredi kartı sözleşmelerinde faiz oranlarının yine Merkez Bankası tarafından belirlenmiş olan sınırlara tâbi olduğu belirtilmiştir.[122] Nitekim Kredi kartı sözleşmeleri açısından, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu özel bir hüküm getirmiştir. Bu Kanun'un 26. maddesi uyarınca: "*Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, azami akdi ve gecikme faiz oranlarını tespit etmeye yetkilidir ve belirlediği bu oranları 3 ayda bir açıklar.*" Merkez Bankası 2006 yılından beri bu değerleri düzenli aralıklarla kamuya açıklamaktadır. 15.11.2013'den beri belirlenen bu faiz oranı limitleri aynı zamanda kredili mevduat hesapları açısından da uygulanmaktadır. Bunun sebebi üzerinde aşağıda duracağız.

Bankacılık piyasasına özgü bu özel hükümler karşısında acaba Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi uygulanacak mıdır? Bilindiği üzere Borçlar Kanunu bu mevzuattan sonra yürürlüğe girmiştir. Acaba sonra gelen genel kanun önceki özel kanunu bu alanda yürürlükten kaldırmış sayılabilir mi? Yukarıda aktardığımız yöntembilim ilkelerine göre buna ancak yorum yoluyla bir cevap bulmak mümkündür.[123] Sonraki kanun olması itibariyle Borçlar Kanunu'nun bütün önceki özel kanunları yürürlükten kaldırdığı söylenemez. Peki anlamlı bir yorum nasıl olmalıdır?

Borçlar Kanunu'nun 88. maddesindeki sınırlama 3095 sayılı Kanuna atıf yapmaktadır, yani bu hükümler bir değer belirlememektedir. 3095 sayılı Kanun ise kural olarak Bakanlar Kurulu'na bu faiz oranını belirleme yetkisi

121 Atamer (2016), s. 129. Nitekim Merkez Bankası'nın en son 2014 değişikliğini yaparken BK m. 88/120 sınırlamalarına hiç gönderme yapmaması da bankacılık alanında bu iki hükmün devreye girmeyeceği konusundaki ön kabule dayanmaktadır.
122 Bu konuda bkz. aşağıda dn. 131 vd.'ye ilişkin metin.
123 Bkz. dn. 102.

vermiştir. Aynı zamanda m. 4'de "*diğer kanunların bu Kanun'da öngörülen orandan fazla temerrüt faizi ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır*" demek suretiyle yegâne faiz düzenlemesi olmadığını da bildirmiştir. Nitekim gerek 3095 sayılı Kanun gerekse Bankacılık Kanunu faiz oranlarında asıl yetkili olan kurumun Bakanlar Kurulu olduğuna işaret etmek suretiyle farklı bir yaklaşım sergilememektedir. Bakanlar Kurulu ise bu yetkisini bankacılık işleri için Merkez Bankası'na devretmiştir. Dolayısıyla bu sistematik içerisinde, anılan sözleşmeler için özel düzenlemelerin geçerli olduğu sonucuna varmak gerekir.

Bu nedenle, Yargıtay'ın bazı dairelerinde kredi kartı faiz oranlarının Borçlar Kanunu ve Faiz Kanunu çerçevesinde beliren tavan hadde çekilmesi gerektiği yorumuna[124] katılmak mümkün değildir.[125] Piyasadaki her para ödüncü sözleşmesi için geçerli olacak bu türden bir tek rakam düşünülemez. Zira kredi kartı veya kredili mevcudat hesabı gibi teminatsız ve kısa dönemli kredilerde doğal olarak faiz oranı sabit süreli bir tüketici kredisine nazaran daha yüksektir. Bu dünyanın her yerinde böyledir. Merkez Bankası'nın burada belirlediği yasal hadde güvensizlik göstermek doğrusu anlaşılır bir yorum değildir. Sonuçta Faiz Kanunu'ndaki oranı da Bakanlar Kurulu Merkez Bankası'na danışarak belirlemektedir. Unutulmamalıdır ki Faiz Kanunundaki faiz düzenlemesi en son 1 Ocak 2006 tarihinde gözden geçirilmiştir. Buna karşılık kredi kartı faiz oranı 3 ayda bir yenilenmekte ve piyasanın nabzını en doğru şekilde tutmaktadır.

Bu yorumun bir sonucu olarak, Merkez Bankası'nın anapara faizi açısından sınırlama yapmamayı tercih ettiği Bankacılık sözleşmeleri açısından, yani konut finansmanı ve tüketici kredilerinde anapara açısından faiz serbestisi kuralının geçerli olması gerektiği kabul edilmelidir.[126] Bankacılık Kanunu m. 144'e dayanan Bakanlar Kurulu'nun 2006/11188 sayılı kararı özel norm olarak önceliklidir ve Borçlar Kanunu'nun 88. madde sınırına tâbi olmayacaktır.[127]

Bu sonuç, ekonomik açıdan isabetlidir. Bunun sebebi basittir. Borçlar

124 Y13HD, E. 2013/9, K. 2013/10102; Y13HD, 20.02.2013, E. 2012/23677, K. 3886; Y13HD, 18.09.2013, E. 2013/8534, K. 2013/21921; Y6HD, 11.09.2013, E. 2013/580, K. 2013/12165,. Yargıtay ile aynı görüş için bkz. Ünal/İlgün (2013), s. 135.
125 Atamer (2016), s. 130, 131; aynı görüşte, Haznedar (2014), s. 6.
126 Atamer (2016), s. 131.
127 Aksi görüşte Y13HD, 25.6.2014, E. 2014/11358, K.2014/21313.

Kanunu hükümleri ayırt etmeksizin, tüm sözleşmeler bakımından genel bir sınırlama öngörmektedir. Bu doğru bir tercih değildir. Zira ilke olarak anapara faizi konusunda ciddi bir bilgi sorunu yoktur. Davranışsal ekonomi verileri bakımından da aynı sonuç geçerlidir. Faizin tüketiciler tarafından algılandığı ve piyasada elverişli faizin bulunması için çaba sarf edildiği, yani rekabetin işlediği finansman türlerinde faize müdahale edilmesi gereği yoktur.[128] Özellikle konut finansmanı sözleşmesinde işleme konu meblağın yüksek olması nedeniyle, fiyat müdahalesi yapmayı gerektirecek bir bilişsel sorun olmadığı söylenebilir.[129] Bu sözleşmeler açısından yapılması gereken faiz oranlarının saydam ve anlaşılır şekilde tüketicilere aktarılması ve bu şekilde rekabeti artırıcı önlemlerin alınmasıdır. Nitekim efektif yıllık faizin belirtilmesi gereği tam da bu açıdan büyük önem taşımaktadır.[130]

Üstelik BK'nın tavan faiz için referans aldığı oran, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmektedir ve bu oran uzun süreden bu yana değişmemiştir. Oysa Bankacılık mevzuatındaki hükümler, tavan faiz oranı referansının Merkez Bankası tarafından üçer aylık dönemlerde belirleneceğini öngörmektedir. Hiç şüphe yok ki, referans oranın para piyasaları konusunda daha üstün bilgiye sahip olan Merkez Bankası tarafından tespit edilmesi ve ayrıca bunun piyasa dalgalanmalarına göre kısa sürelerde gözden geçirilmesi, daha rasyonel bir sınırlama tarzıdır. Bu anlamda Borçlar Kanunu'nun uygulama alanını bu özel düzenlemeler lehine daraltmak, etkinliği temel alan hukuk politikası açısından isabetli olur.

128 Faize ilişkin bu tespitimiz, aşırı borçlanmayı engelleyecek yöntemlerin geliştirilmesi gereğinden bağımsızdır. Zira anapara faizine sınır getirmek borçlanma sorununa bir çözüm değildir. Bkz. yukarıda dn. 80-84'e ilişkin metin.

129 Ancak önemle vurgulanmalıdır ki, bütün kredi sözleşmeleri açısından özellikle sözleşme kurulması anında tüketicinin edimlerini en düşük düzeyde tutan ve asıl bütün maddi yükü ileri yıllara öteleyen kurgular ayrı bir denetim konusudur. Zira bu hallerde sorun doğrudan faizin düzeyi ile ilgili değildir. Bu hallerde tüketicinin ileriyi görememe, gereği gibi hesap yapamama, fazla komplike ve teknik sözleşme hükümlerini dikkate almama gibi zaaflarının sömürülmesi söz konusu olduğu için bu tür sözleşme kurma tekniklerinin Yasa Koyucu tarafından ele alınması ihtiyacı olabilir. Nitekim bu da göstermektedir ki, tüketiciyi koruyucu hükümler, duruma özgü sorunları dikkate alarak kaleme alınır. Doğru olan, BK'da yapıldığı gibi bir kalemde milyonlarca sözleşmeyi ve yüzlerce sözleşme tipini etkileyecek toptancı çözümler getirmek değildir.

130 Bkz. Atamer (2016), s. 60 vd.

Ancak kuşkusuz, kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmeleri açısından Bankacılık Mevzuatının kendisinin neden anapara faizine sınırlama öngördüğünü izah etmek gerekir. Zira şu ana kadar anapara faizi oranlarının sadece B2B işlemlerde değil, B2C işlemlerde de rekabetin işlemesi kaydıyla serbest bırakılması gerektiğini savunduk. Acaba, bu iki sözleşme tipi bakımından bilgilendirme ile giderilemeyecek bir piyasa aksaklığı mı vardır? Bu sorunun yanıtını aşağıda veriyoruz.

bbb. İstisna: Kredi Kartı ve Kredili Mevduat Hesabı Sözleşmelerinde Anapara Faizi Sınırlandırılmıştır

Kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmelerinde Banka hukukunun kendisinin anapara faizine getirdiği sınırlama, ekonomik açıdan isabetlidir. Nedenine gelince, her iki sözleşme açısından da harcama anında tüketicinin farklı önyargıların etkisinde hareket etmesi ihtimali çok yüksektir.[131] Açıklamak gerekirse, tüketici kredisi kullanmak isteyen bir tüketicinin, bunun için bankaya gitmesi, muhtelif formaliteleri yerine getirmesi ve sözleşmeyi imzalaması gerekir. Bu süreç, onun hatalı davranma ihtimalini azaltır. Katlanacağı işlem maliyeti, onu daha özenli davranmaya güdüler. Oysa kredi kartı kullanmak suretiyle kredi alan bir tüketici, düşünmeksizin, hızlı bir karar ile harcama yapabilir. Zira kredi sözleşmesini ilk çerçeve sözleşme ile başta kurmakta buna karşılık harcamayı sözleşme süresi boyunca istediği anda, anlık bir karar ile yapabilmektedir.

Tüketicilerin kredi kartı harcaması yaparken bunun faydasını doğrudan ve o anda elde etmesi, maliyetine ise sonra katlanması, ileriyi görememe (miyopluk) sorunu nedeniyle gereğinden fazla kart harcaması yapılmasına yol açabilir. İyimserlik önyargısı ise, tüketicinin bu maliyetlerin karşılanması esnasında karşılaşabileceği riskleri küçümsemesine neden olur. Yani kişi zaten faiz ödemeyeceğini zira kendisine tanınan ödeme süresi içerisinde yaptığı harcamayı karşılayacağını düşünür.[132] Bu tüketici zaafı ise anapara faizine karşı duyarsızlığı beraberinde getirir. Piyasanın rekabetçi olması işte bu yüzden sorunun çözümünde, yani faizlerin düşmesinde etki sahibi olmaz.[133] Zira tüketicilerin faiz ödemeyeceklerini düşündükleri için

131 Bkz. bu konuda ayrıntılı bilgi için örneğin bkz. Mann (2006), s. 134 vd.; Bar-Gill (2004), s. 1395 vd.

132 Atamer (2016), s. 117-118; ayrıntılı bilgi için bkz. Bar-Gill (2012), s. 78 vd.

133 Nitekim bu konuda Türkiye kredi kartı piyasalarında yapılan ampirik çalışmalar

duyarsız oldukları faiz oranlarını bankalar ne kadar yükseltirse yükseltsin yine de müşteri kaybetmeyeceklerdir. İşte Kanun ile getirilen bu sınırlama, tüketicileri yüksek faiz maliyetinden kurtararak etkinliği sağlayabilir. Bu durumda Kredi Kartları Kanunu'nun anapara faizine müdahale etmesi ekonomik açıdan makuldür.[134]

Öte yandan bu gerekçeler, kredili mevduat hesabı ('KMH') açısından da savunulabilir.[135] Zira bu tür kredi sözleşmesinde, tüketici aynen kredi kartında olduğu gibi kredi limiti dahilinde istediği zaman kredi kullanmakta, harcama yapabilmektedir. Kredi kartı kadar kolay olmasa bile, kendisine tanınan kolay kredi kullanma imkanı nedeniyle tüketicinin ani ve düşüncesiz harcama yapması ve yukarıda izah edilen bilişsel sorunlara muhatap olması muhtemeldir. Daha önemlisi, kredili mevduat hesabı sözleşmesini kurduğu tarihte zaten bu hesaptan kredi kullanacağını düşünmemektedir. Her zaman o hesapta parasının olacağından yola çıkmaktadır. Dolayısıyla o anda faiz oranına karşı tamamen duyarsızdır ve en düşük faizi sunan bankayı aramak gibi bir motivasyonu yoktur. Son olarak, bir kez kredi kullanma ihtiyacı doğduğunda ise aslında faizin yüksek olduğunu tespit edip hemen yerine daha düşük bir tüketici kredisi almasını bekleyeceğimiz ideal tüketici bu sefer de statükoyu değiştirmek konusundaki ataleti (*status quo bias*) nedeniyle hareketsiz kalacaktır.[136] Zira davranış bilimlerinin gösterdiği diğer bir sonuç bireylerin uzun süreli sözleşme ilişkilerinden çıkmakta yaşadıkları güçlüktür. Elinde olanı her zaman daha fazla değerleme ve her değişikliği bir risk olarak algılama yanlışı nedeniyle bireyler ekonomik açıdan rasyonel

için bkz. Aysan/Yıldıran/Kara/Müslim/Dur (2008), s. 34 vd. Aysan (2011), s. 1 vd. Özkan (2014), s. 1 vd.

134 Uygulamada bankalar, TC. Merkez Bankası'nın ilan ettiği tavan faiz oranlarını takip etmekte ve herhangi bir şekilde faiz rekabetine girmemeyi tercih etmektedirler. Rekabetin olmaması, bu konuda piyasa aksaklığının göstergesi olarak yorumlanabilir (Atamer (2016), s.118). Tabi bir başka yorum, bankaların faiz konusunda rekabet etmeyip, kartel yapmayı tercih etmeleridir (bkz. Rekabet Kurulu'nun 12 bankanın mevduat ve kredi kartı faiz oranları konusunda kartel anlaşması yaptığı iddiası ile açtığı soruşturma sonucunda verdiği ihlal kararı için http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGerek%C3%A7eli+Kurul+Karar%C4%B1%2f13-13-198-100.pdf).

135 Atamer (2016), s.119.

136 Statüko önyargısı ve bunun temelinde yatan, sahip olduğumuz şeylere olduğundan daha fazla değer atfetme hatası (*endowment effect*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kahneman/Knetsch/Thaler (1990), s.1325 vd.; Mathis/Steffen (2015), s. 41.

olmasa da sözleşme ilişkilerini sürdürmektedir.[137]

Nitekim Merkez Bankası'nın 2013 yılı Mayıs ayında yayınlanmış olan Finansal İstikrar Raporu'ndaki veriler bu tespitleri desteklemektedir.[138] 2012-2013 yıllarında ihtiyaç kredisinde faiz oranları % 19'lardan % 12'ye düşerken, kredili mevduat hesabında faiz oranları neredeyse istisnasız % 60 seviyelerinde seyretmiştir.[139] Bu krediler için, daha az teminat gösterilmesi ve kısa dönemli olmaları itibarıyla faiz oranının bir ölçüde yüksek olması normaldir. Fakat bu faktörler 4-5 katlık bir farkı izah etmekten uzaktırlar.[140] Bunun sonucu olarak Merkez Bankası, 2013 yılı Mayıs ayından itibaren KMH için tavan faiz oranları uygulamaya başlamıştır.[141]

137 Aslında İngiliz Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tarafından 25 Kasım 2009'da verilen çok tartışmalı bir karar da bu soruna ilişkindi. Olayda tüketiciler adına Office of Fair Trading sekiz bankaya karşı dava açarak, müşterilerin mevduat hesaplarında bulunan paradan fazlasını çekmeleri halinde bankaların faizin yanı sıra tahsil ettikleri ücretlerin çok yüksek olduğunun tespitine ve buna ilişkin olarak genel işlem koşullarında yer alan düzenlemenin butlanına hükmedilmesini istemiştir. Mahkemenin tespitine göre bu tür hesapların özelliği, bir hesap işletim ücreti ödenmemesi ("*free if in credit*"), buna karşılık paranın çekilip, eksiye geçilmesi ile birlikte göreceli yüksek bir ceza ödenmesidir. Karar metninden anlaşıldığı kadarıyla İngiltere'de o dönemde yaklaşık 12 milyon insan hesaplarında bulunan paradan fazlasını çekmiştir. Dolayısıyla da limitini aşan bu 12 milyon kişi limitini hiç aşmayan 42 milyon diğer hesap sahibinin hesaplarının ücretsiz olmasını aslında sübvanse etmektedir. Bkz. *The Office of Fair Trading (Respondents) v Abbey National plc & Others (Appellants)* [2009] UKSC 6.

138 TCMB, Finansal İstikrar Raporu, Nr.16, Mayıs 2013, s. 43,44, Grafik 1 ve 2.

139 Kredi mevduat hesabı sözleşmeleri için uygulanacak anapara faizine yasal müdahale (tavan faiz) 2013 yılında gelmiştir. Mukayese için 2013 yılının tercih edilmesinin gerekçesi budur. 2013 Mayıs ayı sonrasında tavan faizin uygulanması ile birlikte, talebin ve bu hesapların toplam krediler içerisindeki ağırlığının arttığını belirtelim (bkz. mesela TCMB, Finansal İstikrar Raporu, Nr.16, Kasım 2015, s.19).

140 Atamer (2016), s.120.

141 Merkez Bankası'nın konu ile ilgili 25.05.2013 tarihinde yaptığı basın açıklamasında (sayı 2013 – 35) yer verdiği gerekçeler aktarmaya değerdir. Buna göre: "Ülkemizde parasal aktarım mekanizmasının genel olarak sağlıklı çalıştığı, bu sayede küresel gelişmelerin ve Bankamızca uygulanmakta olan para politikasının faizlerin genel seviyesi üzerinde oldukça etkili olduğu gözlenmektedir. Ancak nitelik olarak kredi kartları ile benzerlik taşıyan ve bankacılık sistemimizdeki hacmi yakın zamanda artarak bakiyesi yaklaşık 10 milyar Türk lirası seviyesine ulaşan kredili mevduat hesaplarına (KMH) bankalarımızca uygulanan faiz oranlarının halen oldukça yüksek düzeylerde ve yatay bir seyir izlediği dikkat çekmektedir. Bu gözlem çerçevesinde finansal

Bu bağlamda kısaca şu soru üzerinde durulmalıdır: Bu iki sözleşme için anapara faizine getirilen sınırlamalar acaba B2B sözleşmelere de uygulanacak mıdır? Zira tacirler açısından bir koruma ihtiyacının kural olarak olmadığı kabul edilmek gerekir. Nitekim Banka Kartları Kanunu'nun 43. maddesi açıkça faiz sınırlamalarının tacirlere verilen kurumsal kredi kartları için geçerli olmadığını ifade etmiştir. Bu durum ekonomik teori ile uyumludur. Ancak aynı uyum, kredili mevduat hesabı için geçerli değildir. Bu sözleşmeler bakımından mevzuatta bir istisna öngörülmediğinden ötürü, tavan faiz, hem B2C hem B2B sözleşmeler için uygulama alanı bulur. Oysa demin anılan MB raporundan da görüldüğü gibi aynı 2012-2013 dönemi için tacirlere sunulan KMH faiz oranları her zaman tüketicilere sunulanlara nazaran daha düşük seyretmiştir. Bu fark, tacirlerin taraf olduğu sözleşmelerde pazarlık gücü olduğu, yani faize karşı duyarsız olmadıkları ve piyasadaki en iyi faiz oranını aradıkları önermesi ile izah edilebilir. Bu açıdan bir piyasa aksaklığının bulunmadığı B2B işlemler için Merkez Bankası'nın kararını revize etmesi salık verilir.

Özetlemek gerekirse, Bankacılık mevzuatında yer alan özel hükümleri dikkate aldığımız zaman, diğer taraf tüketici de olsa anapara faizinin kural olarak serbest olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi bu sözleşmelerde uygulama alanı bulmaz. Öte yandan Bankacılık mevzuatı, kredi kartları ve kredili mevduat sözleşmeleri açısından, Borçlar Kanunu'na paralel olarak tavan faiz öngörmüştür. Bu hükümleri ekonomik açıdan değerlendirdiğimizde, gerek bir piyasa aksaklığının varlığı, gerekse düzenleme tarzı açısından, kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmelerine ilişkin müdahalenin makul olduğunu, etkinliği arttırabileceğini söyleyebiliriz.[142]

istikrarın korunması ve parasal aktarım mekanizmasının daha da güçlendirilmesi amaçlarıyla KMH faiz oranları için bir üst sınır belirlenmesine ihtiyaç bulunduğu tespit edilmiştir. Bu doğrultuda, 2006/1 sayılı Bankamız Tebliği'nde bir değişiklik yapılarak, söz konusu hesaplarda uygulanacak akdi ve gecikme faiz oranlarının kredi kartı işlemlerinde uygulanacak aylık azami akdi ve gecikme faiz oranlarını geçemeyeceği şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenleme 27 Mayıs 2013 Pazartesi gününden itibaren yürürlüğe girecektir.". Bkz. Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kar ve Zarara Katılma Oranları ile Kredi İşlemlerinde Faiz Dışında Sağlanacak Diğer Menfaatler Hakkında Tebliğ'de (Sayı 2006/1) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, sy. 2013/8, RG 25.5.2013, sy. 28657.

142 Kredi kartlarında faiz tavanının aynı gerekçeler ile etkinliği arttırabileceği hakkında bkz. Bar-Gill (2004), s.1422-1423.

bb. Anapara Faizine İlişkin Özel Düzenleme Olmayan Hallerde Borçlar Kanunu m. 88 Uygulanır

Tüketicinin anapara faizi ödeyeceği ve taraflardan birinin banka olmadığı, yani bankacılık mevzuatının uygulanmadığı diğer finansman sözleşmeleri, Finansman Şirketleri ile akdedilen tüketici finansmanı sözleşmeleri, Finansal Kiralama Şirketleri ile akdedilen finansal kiralama sözleşmeleri ve taksitli sözleşmelerdir.[143] Acaba bunlar açısından anapara faizine ilişkin düzenlemeler hangileridir ve BK m. 88 ile ilişkileri nasıl kurulmalıdır?

Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu[144] ('FFFK') m. 51(2) uyarınca "*Bakanlar Kurulu, Türkiye'de kurulu finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ve şubelerin ödünç para verme işlemlerinde uygulayacakları azami faiz oranlarını ve diğer menfaatlerinin nitelikleri ile azami miktar ya da oranlarını tespit etmeye, bunları kısmen veya tamamen serbest bırakmaya yetkilidir. Bakanlar Kurulu, bu yetkilerini Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasına devredebilir.*" Görüldüğü üzere bu ifade, Bankacılık Kanunu'nun 144. maddesi ile neredeyse özdeştir. Banka hukukunda bu hüküm ve buna dayalı yürürlüğe giren ikincil mevzuat ışığında, Borçlar Kanunu'nun uygulanması imkanının olmadığını belirttik. Peki burada durum nedir? Burada iki görüş ileri sürmek mümkündür. İlk olarak bunun (aynen banka hukukunda olduğu gibi) özel Kanun olduğu ve sonradan yürürlüğe giren bu Kanun hükmünün, Borçlar Kanunu'nun uygulanma imkanını ortadan kaldırdığı kabul edilebilir. Bakanlar Kurulu'nun henüz yetkisini kullanmamış veya yetkisini devretmemiş olması da, piyasa müdahale edilmesine gerek olmadığı şeklinde bir politika tercihinin yansıması olarak görülebilir. Bu durumda FFFK kapsamındaki finansman sözleşmeleri için anapara faizi belirleme serbestisi olacaktır.

Diğer taraftan, Bakanlar Kurulu'nun kendisine verilen yetkiyi kullanmamış olmasının, Borçlar Kanunu'nun zaten finansal kiralama ve finansman sözleşmelerinde uygulanmasından kaynaklandığı; bu yetkiler kullanılıncaya kadar bu Kanun kapsamındaki finansman sözleşmelerinde bir tarafın tüketici olması halinde 88. maddenin uygulanacağı da iddia

143 Genel olarak tüketiciye koruma verilen kredi ve diğer finansman sözleşmelerinin tanımı ve tarafları hakkında bkz. Atamer (2016), s. 17-58.

144 RG 13.12.2012, sy. 28496.

edilebilir.[145] Bu durumda gerek taşınır gerekse taşınmaz sözleşmelerine ilişkin finansman veya finansal kiralama sözleşmelerinde en yüksek akdi faiz yıllık % 13,5 olacaktır.[146]

Taksitli sözleşmeler açısından da durum farklı değildir. Bu ihtimallerde de tüketici faiz ve benzeri bir karşılık ödediği takdirde TKHK'da herhangi bir özel düzenleme var olmadığı için BK sınırlamaları devreye girecek ve azami had üzerinde bir faiz saptanamayacaktır.

Ekonomik açıdan bakıldığı zaman bu sözleşmelerde anapara faizine müdahale edilmesi isabetsiz gözükmektedir. Zira bankadan alınacak klasik bir tüketici kredisinin bağlı işlem suretiyle kullanılması ile finansman şirketi tarafından aynı işlemin finanse edilmesi arasında bir fark yoktur. İki ihtimalde de aslında tüketicinin, açık ve anlaşılır bir faiz düzenlemesi olması ihtimalinde piyasada rekabet olacağı için ayrıca yüksek faize karşı korunmasını gerektirecek bir durum olmayacaktır. Finansal kiralama ve taksitli sözleşmeler açısından da aynı şeyi söylemek mümkündür, zira bu sözleşmelerde tüketiciye verilecek olan bilgiler arasında özellikle anapara faizi oranı da belirtilmiştir.[147] Dolayısıyla bütün bu ihtimallerde anapara faizini kısıtlayan yaklaşımın aslında yanlış olduğu söylenmek gerekir.[148]

b. Temerrüt Faizine İlişkin Olarak Borçlar Kanunu Hükümlerinin Uygulama Alanı

Faiz konusundaki piyasa aksaklığının aslen tüketici sözleşmelerinde görüleceğini yukarıda belirttik. Temerrüt faizi açısından davranışsal iktisadın verilerinin tüketici sözleşmelerinde özel bir koruma gerekliliğine işaret ettiğini de saptadık. Bu durumda tüketici hukukunda faize ilişkin emredici hükümlerin yer alması beklenir. Nitekim Tüketici Kanunu'na bakıldığı zaman, faize dair çok sayıda düzenlemenin bulunduğu tespit

145 Bu yönde Atamer (2016), s. 132.
146 Finansal kiralama işlemlerinde TKHK m. 36 uyarınca kira bedellerinin anaparayı aşan kısmı faiz olarak kabul edilir.
147 Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği, RG 28.05.2015, sy. 29369, madde 6(2) atfı nedeniyle m. 6(1)(d) ve 9(2) atfı nedeniyle f.(1); Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik, RG 14.01.2015, sy. 29236, m. 6(1) ve finansal kiralama sözleşmeleri açısından m. 6(2).
148 Yukarıda vurguladığımız gibi, anapara faizine sınırlama getirilmesi gereği olmadığı değer yargımız, aşırı borçlanma tehlikesine karşı farklı politika araçlarının kullanılması gerektiği konusundaki değer yargımızdan bağımsızdır, bkz. yukarıda dn. 80-84'e ilişkin metin.

edilebilmektedir. Mesela birleşik faiz yasağı benimsenmiş, ayrıca bir dizi sözleşme türü açısından faiz hakkında bilgilendirme, faizin uygulama alanı ve nasıl hesaplanacağına dair ayrıntılı hükümler öngörülmüştür.[149] Ancak bunlardan hiçbirisi faiz tavanı getirmemektedir. Dolayısıyla ilk anda BK m. 120'nin aynen uygulanması gerektiği düşünülebilir. Fakat yukarıda gördüğümüz üzere Bankacılık mevzuatının öncelikli uygulanacağı hallerde BK m. 88 kadar 120 de devre dışı kalacak, fakat onun yerine Bankacılık mevzuatının ve TKHK'nın sınırlamaları boşluğu doldurulacaktır. Öncelikle bu hallere bakalım:

- Tüketici kredileri açısından Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği[150] m. 4(e) ve m. 18(2) uyarınca temerrüt faizi anapara faizinin en çok % 30 fazlası oranında olabilir. Ancak banka hukukundaki özel hükümler gereği[151] bu krediler için anapara faizi oranı konusunda yasal bir sınır yoktur. Sınır olmadığına göre, temerrüt faizi için bir rakam vermek mümkün değildir. Örneğin anapara faizi sözleşmede % 20 olarak kararlaştırılsa, temerrüt faizi en fazla % 26 olacaktır. Temerrüt faizinin sözleşmede açık olarak belirtilmesi gerekir.

- Konut kredileri açısından Konut Finansmanı Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 4(e) ve 13(3) uyarınca yine temerrüt faizi anapara faizinin en çok % 30 fazlası oranında olabilir. Bu krediler için de anapara faizi oranı konusunda yasal bir sınır bulunmadığı için temerrüt faizi için de bir üst rakam vermek mümkün değildir.

- Kredi kartı ve kredili mevduat hesabı için Merkez Bankası nasıl ki anapara faizinde tavan belirlemektedir, aynı yaklaşım temerrüt faizi için de geçerlidir. Dolayısıyla bu değer de Merkez Bankası tarafından 3 ayda bir anapara faizi ile birlikte ilan edilmektedir. Bu oranlar dışında ne TKHK ne de BK bükümleri uygulama bulur.

Diğer yandan bankacılık mevzuatı dışında kalan finansal kiralama, finansman sözleşmeleri ve taksitli sözleşmelerde acaba durum ne olmak gerekir?

149 Ayrıntı için bkz. Atamer (2016), s.115 vd.
150 RG 22.05.2015, sy. 29363.
151 Bkz. yukarıda II/B/2/a.

• Taksitli sözleşmeler açısından hayli karışık bir tablo söz konusudur.[152] Zira bu sözleşmeler açısından sadece Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik değil, aynı zamanda Borçlar Kanunu'nun Özel Kısmında düzenleme vardır. Borçlar Kanunu m. 253(3), b. 10 uyarınca temerrüt faizi "yasal faiz" oranının % 30'unu aşamaz. 3095 sayılı Kanun uyarınca yasal faiz oranı % 9 olarak belirlenmiştir. Bu rakam esas alınırsa, temerrüt faizi % 11,7 oranını aşamayacaktır. Buna karşılık Taksitli Satış Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 6(1). maddesi, aynı tüketici kredilerinde olduğu gibi, temerrüt faizinin anapara faizinin % 30 fazlası oranında olabileceğini kabul etmektedir. Her ikisi de % 30 rakamını öngörmekle birlikte, Yönetmelik, anapara faizine, Borçlar Kanunu yasal faize atıf yapmaktadır. Taksitle satışlar açısından banka hukuku hükümleri uygulanmadığı için, Borçlar Kanunu'nun 88. maddesi tatbik edilir ve bu çerçevede bu sözleşmelerde taraflar anapara faizini % 13,5 tavanına kadar kararlaştırabilirler. Bu çerçevede maksimum temerrüt faizi de, % 11,7 değil, % 17,55 olabilir. Peki bu iki düzenleme nasıl bağdaştırılacaktır? Yönetmeliğin özel düzenleme teşkil ettiği ve Borçlar Kanunu'nun tüketici sözleşmeleri dışındaki taksitli satış sözleşmelerine tatbik edileceğini kabul etmek, rasyonel olmaz. Bu nedenle bu hükmü bağdaştıran bir yorum kabul etmek akılcı olur. Kanun'daki yasal faiz ifadesi, tarafların yasal sınırlar çerçevesinde kararlaştırabilecekleri oran olarak yorumlandığı takdirde, bu iki düzenleme arasında uyum sağlanacaktır.[153]

• Finansal kiralama sözleşmeleri açısından bakıldığında ise taşınırlar için akdedilen sözleşmelerin taksitli sözleşmelerin hükümlerine tâbi olması söz konusu olduğu için temerrüt faizi değerinin de aynı olması, yani yukarıdaki yoruma göre azami % 17,55 olması gerekecektir. Buna karşılık taşınmazlar açısından zaten BK m. 253 hükmü devreye hiç girmez. Bu ihtimallerde anapara faizi m. 88 sınırına tâbi olduğu için temerrüt faizi de m. 120 uyarınca en fazla % 18 olacaktır.

• Son olarak finansman sözleşmeleri de aynı çerçevede değerlendirilecek ve özel bir anapara faiz oranı belirlenmediği için kanunda, BK m. 88 uyarınca en fazla 13,5 ve temerrüt faizi de m. 120 uyarınca en fazla % 18 olacak şekilde saptanabilecektir.

152 Eleştiri için örn. bkz. Ergüne (2013), s. 526. Taksitle satış sözleşmesine ilişkin olarak, Tüketici Kanunu ile Borçlar Kanunu arasındaki ilişki için bkz. Atamer (2016), s. 37-38.

153 Bu yönde Atamer (2016), s.133.

IV. Sonuç ve Genel Değerlendirme

Borçlar Kanunu'nun m. 88(2) ve m. 120(2)'de öngörülen faiz sınırlamaları hakkında hukuk ve ekonomi ile davranışsal hukuk ve ekonomi perspektifinden yaptığımız değerlendirme ile ilgili şu tespitlerde bulunabiliriz:

• Ekonomik etkinlik ölçütü açısından baktığımız zaman, emredici bir hüküm ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi, ancak bir piyasa aksaklığı söz konusu ise meşru görülebilir. Faiz konusunda olası piyasa aksaklığı, bilgi sorunudur. Ancak bu konuda ikili bir ayrım yapmak gerekir: İlke olarak, tacirlerin bilgi sorununa muhatap olduğu kabul edilmez. Bu hem anapara hem de temerrüt faizi için geçerlidir. Bu nedenle B2B sözleşmelerde faiz serbestisi olması gerekir. Bilgi sorunu, salt B2C sözleşmelerde karşımıza çıkar. Fakat burada da ikili bir ayrım yapmak gerekir. Anapara faizi, kural olarak, sözleşmenin esaslı ve belirgin unsurudur. Kredi borçlusu, aldığı kredi karşılığında ne kadar faiz borcu altına girdiğini bilir veya bilmesi gerekir. Bu hem B2B, hem de B2C sözleşmeler için geçerlidir. Temerrüt faizi açısından ise, tüketici sözleşmelerinde bilgi sorunu yaşanması muhtemeldir. Zira temerrüt faizi ancak borca aykırılık halinde doğar ve tüketicinin bu unsuru göz ardı etmesi olasıdır. Ayrıca sözleşme hükümlerinin sık sık genel işlem koşulu tarzında sunulması, bu sorunu ağırlaştırır. Bunun sonucunda tacir olan taraf, tüketicinin ve hatta tarafların ortak menfaatine hizmet etmeyen, yüksek oranda temerrüt faizi kararlaştırabilir. Bilgi sorunu, piyasada rekabet olsa bile, bu temerrüt faizi oranlarının düşerek, rekabetçi seviyeye inmesine olanak sağlamaz.

• Davranışsal ekonomi alanındaki çalışmalar, hukuk ve ekonomi öğretisindeki değerlendirmeler üzerine inşa etmekle birlikte ileriye taşımaktadır. Ampirik araştırmalar bilgi sorununun düşünüldüğünden çok daha yaygın olduğuna ve önyargı ve benzeri bilişsel problemler nedeniyle, bunun, bilgi vermek gibi klasik yöntemler ile çözülmesinin güç olduğuna işaret etmektedir. Faize ilişkin olarak, 'ileriyi görememe' ve 'iyimserlik' önyargısı adı altında iki ana bilişsel problemden bahsedilebilir. Bu problemler nedeniyle, tüketicinin temerrüt faizi konusunda optimal seçim yapması güç gözükmektedir. Hatta bazı senaryolarda anapara faizi konusunda dahi, fayda maksimizasyonu ile örtüşmeyen seçimler yapılması olasıdır. Bu sorun, özellikle faiz ödemesinin ötelenmiş olduğu hallerde

karşımıza çıkar. Yani kredi kartı veya kredili mevduat hesabı gibi ancak ileride doğması muhtemel anapara faizi ödemeleri söz konusu olduğunda tüketici faiz oranına karşı duyarsız kalmaktadır. Bu durumda piyasada rekabetin faiz oranlarını düşürmesi mümkün değildir, zira tüketici zaten sözleşmesini faiz oranına göre seçmemektedir. Ancak bu klasik bir kredi sözleşmesi açısından böyle değildir. Dolayısıyla her somut sözleşme açısından tüketicinin bilişsel sorunlara muhatap olup olmadığını analiz etmek ve buna göre hukuk politikası açısından çıkarım yapmak isabetli olur.

• Borçlar Kanunu m. 88(2) ve 120(2)'yi bu açıklamalar ışığında değerlendirdiğimiz zaman, tüm sözleşmeler açısından, hem anapara hem de temerrüt faizine sınırlama getirilmiş olmasının isabetli olmadığını hemen tespit edebiliriz. Anapara faizine dair genel geçer bir sınırlama getirmenin ekonomik mantığını anlamak güçtür. Aynı şekilde Borçlar Kanunu'ndaki bu sınırlamaların tacirler arasında uygulanması da isabetsiz olacaktır. Temerrüt faizine dair hüküm ise, ekonomik açıdan isabetli gözükmektedir. Buradaki yegâne risk, enflasyonun yükselmesi ve 3095 sayılı Kanun uyarınca belirlenen yasal faizin ve dolayısıyla tavan faizin düşük kalması riskidir. Bu nedenle rasyonel bir müdahale yapılmak isteniyorsa, 3095 sayılı Kanun'daki faiz oranının örneğin 3 aylık dönemlerde belirlenmesi Merkez Bankası'na bırakılmalı veya yasal faiz belirlenebilecek bir piyasa faizine endekslenmelidir.

• Borçlar Kanunu'nun düzenlemesi ile ilgili bir diğer sorun, ne bu Kanun'un, ne de pozitif hukukta faize dair hüküm öngören diğer kanunların, birbirleriyle ilişki kurmamış olmalarıdır. Faiz hakkında sadece borçlar hukukunda değil, ticaret, banka ve tüketici hukuku gibi muhtelif alanlarda özel hükümler vardır. Bu hükümler, sistematik olmayacak şekilde faizi düzenlemekte ve birbirleriyle çelişkili hükümler içermektedir. BK m. 88 ve 120'ye 2012 revizyonu ile yapılan eklemeler sonucunda Türk hukukunda faiz düzenlemeleri içinden çıkılmaz bir hale gelmiştir.

• İnceleme sistematiğini dikkate alırsak, tacirlere uygulanacak hükümleri belirleyen Ticaret Kanunu'nun faiz hakkında özel hüküm öngördüğünü ve bu hükmün, tartışmalı olmakla birlikte, B2B sözleşmelerde faiz serbestisi getirdiğini söyleyebiliriz. Benimsediğimiz yoruma göre, Borçlar Kanunu'nun faize ilişkin hükümleri B2B sözleşmelerde uygulanmaz. Taraflar anapara ve temerrüt faizini serbestçe kararlaştırabilirler. Bu yorum, ekonomik etkinlik prensibi ile uyumlu olduğu

için hukuk politikası açısından da isabetlidir.

• Diğer yandan banka hukuku alandaki özel hükümleri incelediğimiz zaman, kredili mevduat hesabı ve kredi kartları sözleşmeleri haricinde, bir tarafın Banka olduğu kredi sözleşmelerinde anapara faizi açısından serbesti olduğunu kabul etmek gerekir. Kredili mevduat hesabı ve banka kartları açısından ise aksi geçerlidir. Bu konudaki özel hükümler, faize tavan getirmektedir. Anapara faizi açısından davranışsal ekonominin verileri ve bu sözleşmelerde gözlemlenen sorunlar dikkate alındığında, müdahale yerindedir. Tüketicilerin bu sözleşmelerde, iyimserlik önyargısı ve ileriyi görememe olarak adlandırabileceğimiz bilişsel sorunlardan muzdarip olması muhtemeldir. Bu nedenle de fayda maksimize eden seçimler yapılamayabilir. Bu gerekçeler de müdahaleyi meşru kılar. Üstelik burada tavan faiz oranı, Merkez Bankası tarafından, daha kısa aralıklar ile belirlendiği için, bu düzenleme hukuki kurumsal yapı açısından daha verimlidir.

• Her ne kadar bankacılık sözleşmeleri açısından BK m. 120 uygulanmayacak olsa da TKHK'da temerrüt faizine ilişkin bir dizi sınırlama vardır. Buna göre temerrüt faizi, anapara faizinin en çok % 30 fazlasına kadar belirlenebilir. Tüketici ve konut kredisi sözleşmeleri açısından bu sınırlamalar, banka hukukundaki temerrüt faizine dair eksikliği gidermektedirler. Her ne kadar anapara faizi serbestçe belirlendiği için, temerrüt faizine dair rakamsal bir üst sınır verilemese de, tüketici aldığı kredinin faizini bileceği için, temerrüt faizinin maliyeti sorun teşkil etmeyecektir.

• Taksitle satış sözleşmesi açısından özel bir düzenleme bulunmadığı için BK m. 88 ve 120 bu sözleşmelere uygulanır. Aynı şekilde FFFK'ya tâbi sözleşmelerde de faiz hakkında özel bir hüküm bulunmaktadır. Tartışmalı olmakla birlikte bir tarafın tüketici olması halinde, Borçlar Kanunu'nun 88 ve 120. maddelerinin bu Kanun kapsamındaki finansman sözleşmelerinde uygulandığı kabul edilebilir.

• Sonuç olarak bu tespit ve değerlendirmeler, pozitif hukukun faiz konusunda oldukça karmaşık hükümler içerdiğine işaret etmektedir. Hukuk güvenliği açısından çok sakıncalı olan bu durumun acilen giderilmesi ve yasal düzenleme yapılarak, 88 ve 120 maddelerin uygulama alanının netleştirilmesinin gerekliliği ortadadır.

KAYNAKÇA[154]

Akerlof, George A.: "Market for Lemons: Quality Uncertainity and the Market Mechanism", Quarterly Journal of Economics, S. 1970/84, s. 488-500.

Altop, Atilla: "Yeni Borçlar Kanunu Semineri", İzBD, S. 2012/2, s. 11-21.

Ariely, Dan: Predictably Irrational, The Hidden Forces That Shape Our Decisions, (20.04.2016 tarihinde: http://www.e-reading.club/bookreader.php/138702/Ariely_-_Predictably_Irrational__The_Hidden_Forces_That_Shape_Our_Decisions.pdf adresinden erişildi.).

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2015.

Aslan, Yılmaz/Şenyüz, Doğan/Kortunay, Ayhan/Deliveli, Ömür: Hukuka Giriş, Bursa, 2011.

Atamer, Yeşim M.: "Duty of Responsible Lending – Should the European Union Take Action?', Grundmann/Atamer (ed.), Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law - Failure and Challenges of Contracting, Kluwer Law International, 2011, s. 179-202.

- : "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATİHAE Yayını, Ankara, 2012, s. 9-73.

- : "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurabilecek Değerlendirme Kriterleri", Kırca (ed.), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler, Tebliğler, İstanbul, 2013, s. 103-137.

- : "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi", İnceoğlu (ed.), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler - Kanun - Tartışmalar), İstanbul, 2015, s. 7-41.

154 Dipnotlarında atıf yapılırken ilgili yazarın adı, eserin yayın yılı ve sayfa numarası kullanılmıştır.

- : Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2016.

Atamer, Yeşim M./Okutan Nilsson, Gül: "Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK m. 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı", BATİDER, c. XXIX, S. 2013/3, s. 31-82.

Atamer, Yeşim M./Sanlı, Kerem Cem: "Kredi Kart Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları", BATİDER, C.XXVI, S. 2010/4, s. 17-60.

Ayan, Serkan: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü", DEÜHFD, C. 12, S. 2010/1, s. 717-793.

Aydoğdu, Murat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Faizle İlgili Düzenlemeler", DEÜHFD, C. 12, S. 2010/1, s. 85-136.

Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan: Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Bası, Ankara, 2014.

Aysan, Ahmet Faruk (ed.): Türkiye'de Kredi Kartı Piyasası, Ankara, 2011.

Aysan, Ahmet Faruk/Yıldıran, Levent/Kara, G. İshak/Müslim, A. Nusret/Dur, Umut: "Türkiye'de Kredi Kartı Sektöründe Yasal Düzenlemeler ve Rekabet", İktisat, İşletme ve Finans, S.2008/23, s. 34-49.

Babcock, C. Linda/Loewenstein, F. George/Issacharoff Samuel/Camarer, F. Colin: "Biased Judgements of Fairness in Bargaining", American Economic Review, S. 1995/85, s.1337-1343.

Bakos, Yannis/Marotta-Wurgler, Florencia/Trossen, David R.: "Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts", The Journal of Legal Studies, S. 2014/43, s. 1-35.

Bar-Gill, Oren: "Seduction by Plastic", Northwestern University Law Review, S. 2004/98, s. 1373-1474.

- : "The Law, Economics and Psychology of Subprime Mortgage Contracts", Cornell Law Review 2009, S. 94 (5), s.1073-1151.

- : Seduction by Contract - Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets, Oxford, 2012.

Barczak, Tristan: "Normenkonkurrenz und Normenkollision", Juristische Schulung 2015, s. 969-976.

Baron, Jonathan: "Heuristics and Biases", Zamir/Teichman (ed.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, Oxford 2014, s. 3-27.

Beck, Hanno: Behavioral Economics, Eine Einführung, Springer 2014.

Ben-Shahar, Omri/Schneider, Carl E.: More Than You Wanted to Know: Failure of Mandated Disclosure, Princeton University Press, 2012.

Bilge, Necip: Hukuk Başlangıcı, 22. bası, Ankara, 2007.

Bubb, Ryan/Pildes, Richard H.: "How Behavioral Economics Trims its Sails and Why", Harvard Law Review, S. 2014/127, s. 1593-1678.

Burcuoğlu, Haluk: "Yeni Borçlar Kanunu Semineri", İzmir Barosu Dergisi, S. 2012/7, s. 21.

Camerer, Colin F./Kunreuther, Howard: "Decision Process for Low Probability Events", Journal of Policy Analysis and Management, S. 1989/8, s. 656 vd.

Cartwright, Edward: Behavioral Economics, Routledge, 2011.

Cooter, Robert/Ulen, Thomas: Law and Economics, Boston 2012.

Çeker Mustafa: "Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları", Tokbaş/Üçışık (ed.), Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 2014-2015, İstanbul, 2015, s. 69-81.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, c. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015.

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997.

Eisenberg, Melvin A.: "Behavioral Economics and Contract Law", Zamir/Teichman (ed.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, Oxford, 2014, s. 438-464.

Epstein, Richard A.: "Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections", University of Chicago Law Review, S. 2006/73, s. 111-132.

- : "The Neoclassical Economics of Consumer Contracts", 92 Minnesota Law Review, S. 2008/92, s. 803-835.

Erdem, O.: "Ekonomi Nereden Kırıldı – İnsan Ne Kadar Akılcı?, Dinçer (ed.), Yeni Paradigma, İstanbul, 2014, s. 111-132.

Ergüne, Mehmet Serkan: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi", Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 515-539.

Frederick, Shane/Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted: "Time Discount and Time Preference: A Critical Review", Journal of Economic Literature, S. 2002/40, s. 351-401.

Gal, Michal: "Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?", New York University Law and Economics Working Papers, Paper no: 15, 2004, s. 1-52.

Goldberg, Victor P.: "Institutional Change and Quasi-Invisible Hand", Journal of Law and Economics, S. 1974/17, s. 461-492.

Grundmann, Stefan/Kerber, Wolfgang/Weatherill, Stephen (ed.): Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, Berlin, 2001.

Halpern, David: Inside the Nudge Unit, Random House, 2015.

Hans-Bernd, Schäfer/Claus, Ott: Economic Analysis of Civil Law, Northampton, 2004.

Haznedar, İbrahim Murat: "6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler", İBD, C. 88, S. 2014/3, s. 5-34.

Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Ülgen, Hüseyin/Kendigelen, Abuzer/ Ertan, Füsun N.: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015.

Heukelom, Floris: Behavioral Economics: A History, New York, 2014.

Hoffmann, Thomas: "The Phenomenon of 'Consumer Insolvency Tourism' and its Challenges to European Legislation", Journal of Consumer Policy 2012, s. 461-475.

Holger, Fleischer: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, Münih, 2001.

Işıktaç, Yasemin: Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması, İstanbul, 2004.

İnceoğlu, M. Murat: "Faiz ve Yürürlük Kanunu'nun 7. maddesine İlişkin Yargıtay Kararları", Yeniocak (ed.), Yeni Kanunlara İlişkin İlk Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 19-31.

Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard: "A Behavioral Economics to Law and Economics", Stanford Law Review, S. 1998/50, s. 1471-1550.

Just, David R.: Introduction to Behavioral Economics: Noneconomic Factors that Shape Economic Decisions, Hoboken, 2014.

Kahneman, Daniel: "Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics", American Economic Review, S. 2003/93, pp.1449-1475.

Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack L./Thaler, Richard H.: "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", Journal of Political Economy, S. 1990/98, s. 1325–1348.

Karremans, Johan C./Stroebe, Wolgnang/Claus, Jasper: "Beyond Vicary's Fantasies, The Impact of Subliminal Priming and Brand Choice", Journal of Experimantal Social Psychology, S. 2006/42, s. 792-798.

Kilborn, J.K./Garrido, M./Booth, C.D./Niemi, J./ Ramsay, I.: Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, World Bank, 2013.

Kirchgaessner, Gebhard: Homo Oeconomicus, The Economic Model of Behaviour and Its Applications in Economics and Other Social Sciences, New York, 2008.

Kramer, Ernst A.: Methodenlehre, Staempfli, Bern, 2010.

Laibson, David: "Golden Eggs and Hyperbolic Discounting", Quarterly Journal of Economics, S.1997/112, s. 443-478.

Larenz K. / Canaris, C-W.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, 1995.

Linna, Tuula: "Consumer Insolvency: The Linkage Between the Fresh Start, Collective Proceedings, and the Access to Debt Adjustment", Journal of Consumer Policy 2015, s. 357-374.

Lourenço, J Sousa/Ciriolo, E./Almeida, S.R./Troussard, X.: Behavioural Insights Applied to Policy: European Report, 2016.

Luth, Hanneke: Behavioral Economics in Consumer Policy, The Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited, European Studies in Law and Economics, Antwerp, Portland, 2010.

Mann, Ronald J.: Charging Ahead, New York, 2006.

Mathis, Klaus/Steffen, A.D.: "From Rational Choice to Behavioural Economics: Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications", Mathis (ed.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Heidelberg, 2015, s. 31-48.

Meier, Stephan/Sprenger, Charles: "Present-Biased Preferences and Credit Card Borrowing", American Economic Journal: Applied Economics, S. 2010/2, s. 193–210.

Meyerson, Michael I.: "The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets the Real World", Georgia Law Review, S. 1990/24, s. 583-627.

Muris, Timothy J.: "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts", Minnesota Law Review, S. 1984/65, s. 521-590.

Müller, Kai-Markus: NeuroPricing: Wie Kunden über Preise denken, Haufe, 2012.

Nelson, Phillip: "Information and Consumer Behavior", Journal of Political Economy, S. 1970/78, s. 311-329.

Nickerson, Raymond: "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises", Review of General Psychology, S.1998/2, s. 175-220.

Niemi, Johanna: "Consumer Insolvency in the European Legal Context", Journal of Consumer Policy 2012, s. 443-459.

O'Donoghue, Ted/Rabin, Matthew: "Doing it Now or Later", American Economic Review, S. 1999/89, s.103-124.

Özkan, Canan: Türkiye'de Kredi Kartı Kullanıcı Profili ve Davranış Analizi, TCMB Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara, 2014.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012.

Porras, Garcia/van Boom, Wilhelm H: "Information disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations", Devenney/Kenny (ed.), Consumer Credit, Debt and Investment in Europe, Cambridge, 2009 s. 21-55.

Posner, A. Richard: Economic Analysis of Law, 6. Bası, New York, 2003.

Posner, Richard A.: "Rational Choice, Behavioral Economics and the Law", Stanford Law Review, S. 1997/50, s. 1551-1575.

Ramsay, Iain: "Between Neo-Liberalism and the Social Market: Approaches to Debt Adjustment and Consumer Insolvency in the EU", Journal of Consumer Policy, S. 2012/35, s. 421-441.

Reifner, Udo/Clerc-Renaud, Sebastien/Knobloch, Michael: "Study on Interest Rate Restrictions in the EU, Final Report for the EU", Commission DG Internal Market and Services, Project No. ETD/2009/IM/H3/87, Brussels, 2010.

Reisoğlu, Seza: "Tüketici Kredilerine ve Kredi Kartı İşlemlerine Uygulanan Akdi ve Temerrüt Faizleri Oranları", Bankacılar Dergisi, S. 2014/90, s. 112-120.

Sanlı, Kerem Cem: "Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma", Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, s. 75-165.

- : Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul, 2007.

- : Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2015.

Schäfers, Dominik: "Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung", Juristische Schulung 2015, s. 875-880.

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2014.

- : Hukukta Yöntem, İstanbul, 2015.

Shavell, Steven: Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge, 2004.

Shavell, Steven/Kaplow, Louis: "Fairness vs. Welfare", Harvard Law Review, S. 2001/114, s. 967-1380.

Shepperd, James A./Waters, Erika A./Weinstein, Neil D./Klein, William M.P.: "A Primer on Unrealistic Optimism", Current Directions in Psychological Science, S. 2015/24, s. 232-237.

Sibony, Anne-Lise/Helleringer Geneviève: "EU Consumer Protection and Behavioural Sciences: Revolution or Reform", Alemanno/Sibony (ed.), Nudge and the Law – A European Perspective, Oxford/Portland, s. 209- 233.

Simon, Herbert A.: "A Behavioral Model of Rational Choice", The Quarterly Journal of Law and Economics, S. 1955/69, s. 99-118.

- : "Rational Choice and the Structure of Enviroment", Psychological Review, S. 1956/63, s. 129-138.

Soral, Bartu: Tünelin Sonu Kriz, Yeniden Kalkınma Zamanı, İstanbul, 2015.

Stiglitz, Joseph E.: "Information and the Change in the Paradigm in Economics", (Nobel Prize Lecture 2001, s. 472-540, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2001/stiglitz-lecture.pdf).

Sunstein, Cass R.: "Boundedly Rational Borrowing", University of Chicago Law Review, S. 2006/73, s. 249-280.

- : "Empirically Informed Regulation", University of Chicago Law Review, S. 2011/78, s. 1349-1429.

- : Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism, New Haven, 2014.

Sunstein Cass R./Thaler, Richard H.: "Libertarian Paternalism is not an Oxymoron", University of Chicago Law Review, S. 2003/70, s. 1159-1202.

- : Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, New Haven, London 2008.

Swenson, Ola: "Are We All Less Risky and More Skillfull Than Our Fellow Drivers?", Acta Psychologica, S. 1981/47, s. 143-148.

Thaler, Richard H.: Quasi Rational Economics, Russel Sage Foundation, New York, 1994.

Thomas, Ulen: Rational Choice and the Economic Analysis of Law, Law and Social Inquiry, 1994/Vol.19.

Tversky, Amos/Kahneman, Daniel :"Prospect Theory, An Analysis of Decisions Under Risk", Econometrica, S. 1979/47 s. 313-327.

Tversky, Amos/Kahneman, Daniel: Choices, Values and Frames, Cambridge, 2000.

Ünal, Çiğdem: Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatın Rekabet Hukukundaki Yeri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010.

Ünal, Rahmi/İlgün, Candaş: Türk Borçlar Kanunu'nda Faize İlişkin Yenilikler ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Uygulaması, Ankara, 2013.

Weinstein, Neil D.: "Unrealistic Optimism About Future Life Events, Journal of Personality", Social Psyhcology, S. 1980/39, s. 806-820.

Weinstein, Neil D./Klein, William M.: "Unrealistic Optism: Present and Future", Journal of Social and Clinical Psyhcology, S. 1996/15, s. 1-8.

Yağcı, Kürşat: "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFM, S. 2013/2, s. 421-438.

Zerbe, O. Richard Jr.: Economic Efficiency in Law and Economics, New Horizons in Law and Economics, Cheltenham, 2001.

Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/ Cumalıoğlu, Emre: Borçlar Hukuku, İzmir, 2013.

Zipellius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, München, 1994.

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNUN İNCELENMESİ

AN ASSESSMENT OF THE OFFENCE OF SEXUAL ABUSE OF CHILDREN

Dr. Fatih ÖZKUL/
Mustafa ERNALBANT (*)

ÖZET

Bu makalede Türk Ceza Kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan "Çocukların Cinsel İstismarı" suçu incelenmiştir. Çalışmada, suçla ilgili kavramlar, suçun hukuki ve maddi konuları, manevi unsurları, faili ve mağduru, unsurları, oluşum şekli, nitelikli halleri, netice sebebiyle ağırlaşmış hali, özel görünüş biçimleri, 6545 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikler ve Anayasa Mahkemesinin madde ile ilgili kararları ayrıntılı olarak ele alınmış, tartışmalı noktalara eski kanunla kıyaslama yapmak suretiyle açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Suçun nitelikli halleri fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi, birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi, insanların toplu olarak yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi ve suçun silahla veya tehditle işlenmesi halleri olmak üzere tek tek ele alınmıştır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, özellikle çocukların korunması büyük önem taşıdığı için, Ülkemiz kanun koyucusu, yeni TCK'da, çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel istismar eylemleri yönünden, eskisine göre daha farklı bir ceza hukuku anlayışı getirmiştir. Fakat getirilen bu değişiklikler teorik ve pratik anlamda bazı sıkıntıları da beraberinde getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, 6545 sayılı Kanun, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Cinsel Suçlar, Çocuk İstismarı.

ABSTRACT

This study examines the offence of "Sexual Abuse of Children" described in Article 103 of the Turkish Criminal Code, treating in detail the concepts relating to the offence, legal and material aspects, intent element, offender and victim, elements, manner of occurrence, qualified

(*) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı/Yargıtay Cumhuriyet Savcısı