

## FAHİŞ FAİZ MESELESİ

(Tarihte ve Türk Hukukunda)

Doçent Dr. Halid Kemal Elbir

### § 1. Giriş.

I. Akitlerde irade muhtariyeti prensibi ile akitlere devlet elile müdahale cereyanlarının en canlı bir surette karşılaştıkları sahalardan birini faiz nisbeti ve dolayısıyla fahiş faiz meselesi teşkil etmektedir. Bu mevzu, yalnız hukuku değil, fakat sıkı bir surette iktisat, ahlâk, din ve hattâ siyaseti ilgilendiren bir mahiyet taşımakta<sup>1</sup>; tek kelime ile beşerî hayatı bir hayli eski devrelerden beri alâkadar etmiş ve el'an — belki de her zamankinden daha kuvvetli olarak — ilgilendiren bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dünya yüzünde daima sermayedarlar ve krediye muhtaç olanlar; zenginler ve fakirler bulunmuştur. Daima fakir sermayedardan kredi temin etmek ve buna mukabil bir miktar faiz tediye eylemek zaruretinde kalmıştır. Daima kuvvetsizi, kuvvetlinin istismarına karşı korumak ihtiyacı kendini göstermiştir. Bu koruma temayülü bazan — Fransız İhtilâlinde olduğu gibi — asgarî bir hadde inmiş ise de, ekseriya bütün hukuk nizamlarında, farklı veçhelerle dahi olsa, az çok kendini göstermiş ve göstermektedir. İki dünya harbinin tevlit ettiği buhranlar neticesinde bu mesele, devrimizde çok daha ehemmiyetli bir surette karşımıza çıkmaktadır.

II. Hukuk sahasında kalarak diyebiliriz ki, *kanunî faiz* bakımından, faiz nisbeti hususunda bir mesele mevzuubahis edilemezse de, *akdî faiz*'in miktarını tayinde iki cereyan mevcuttur:

1) Bir cereyana göre, akdî faiz miktarı tamamen serbest bırakılmalı;

1) Dr. F. M. Alperen, La différenciation de l'intérêt en droit turc et en droit suisse (Recueil Turco-Suisse de Législation et de jurisprudence) Lausanne 1947, s. 7.

2) Diğer bir temayüle göre ise, vazın kanun, müdahale ederek, bu mikdarın makul bir hadde kalmasını temin eden kaideler vaz'etmelidir<sup>2</sup>.

Prof. *Ebül'ülâ Mardin* durumu ve ortaya çıkan başlıca meseleleri şu surette hülâsa etmektedir: «Bu mesele önünde mevzuatın müttehit bir cephe aldığını görmüyoruz, bazıları serbesti, bazıları takyit esasını takip ediyorlar. Mukavele ile faizin miktarı tayin olunabileceği yolundaki hüküm, mahiyeti itibariyle bir derinlik arzeder. Âkitleri istedikleri miktarda faiz tayin etmek hususunda serbest bırakmak acaba doğru mudur? Vâzın müdahale etmesi terviç olunacaksa bu müdahalenin şekli ne olmalıdır? Acaba meseleyi umumî defilerin çerçevesi içinde mi idare etmeli? Yoksa miktar üzerinde bir takyit mi yapılmalıdır? Çünkü, faiz mukavelesi de hukukî bir muamele olduğuna göre umumî defilerden de istifade mümkündür. Maamafih, miktar üzerinde azamî bir had tayin etmeğe de hâdisenin bünyesi müsaittir. Bu mesele için iyi bir hal şekli ararken ticarî işlerin de hususiyetini nazara almak ıstırarındayız. Zira, medenî sahada mücerret borç, faizi istilzam etmezken, ticarî sahada eder. Devaî noktasından ikisi arasında böylece fark tecelli ettiğine göre serbesti ve takyit noktasından da bir fark isbat etmek acaba muvafık olur mu?»<sup>3</sup>.

Meselenin ruhunu teşkil eden bu sual silsilesi yanında, 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununun bazı maddelerinin 5841 sayı ve 10.8.1951 tarihli kanunla<sup>4</sup> değiştirilmiş olması, faiz haddi meselesini türk hukukunda yeniden aktüel bir mevzu haline getirmiştir.

Bu etüdümüzde, hem umumî olarak faiz nisbetinin tahdidi meselesi üzerinde durmak, hem de — iktisadî sahadaki ehemmiyeti ve fonksiyonunun tetkikini iktisatçılara terk ederek<sup>5</sup> — bu tâdil ile müsbet hukukumuzda vuku bulan değişikliği tebarüz ettirmek ve aynı zamanda, muhtelif metinlerin mevcudiyeti dolayısıyla, türk hususî hukukunun en çapraşık meselelerinden biri haline gelmiş bulunan bu konuyu sentetik bir surette izah etmek arzusundayız. Müessesenin tarihî kıymetini de nazarı itibara alarak, fahiş faiz meselesinin tarihî seyrine bir nazar atfetmeği faydadan hali bulmamaktayız.

2) Bk.: *Ebül'ülâ Mardin*, Medenî hukuk dersleri, c. 9; Borçlar hukuku, Umumi hükümler, İst. 1939, s. 238 v. d.

3) *Mardin*, a. g. e., s. 238, 239.

4) Resmî Gazete, 15 ağustos 1951, sayı 7885.

5) Ezcümle: *Dr. Mehmed Oluc*, Faiz hadlerini tesbit eden kanunun akisleri çok genis olabilir, Cumhuriyet, 22.8.1951, sayı 9719; *A. Isaac*, İşletme iktisadî görüşü ile faiz, İbrahim Fazıl Pelin Armağanı, İst. 1948, s. 69 v. d.; *A. Perren*, Le problème des petits crédits, Recueil de travaux de l'Université de Neuchâtel, Paris/Neuchâtel, 1938, s. 293 v. d.



## § 2. Tarihçe.

Faiz nisbetinin tahdidi meselesi muvacehesinde, hukuk tarihi boyunca, yukarıda mevzu bahis ettiğimiz iki cereyanın çarpıştığı müşahade olunur. Muhtelif hukuk nizamlarının tarihi seyrine bir göz atıldığı takdirde bu iki temayüle de rastlamak mümkün olur.

### I. *Hamurabi Kanunu.*

Dünyanın bilinen en eski kanunlarından biri olan Hamurabi Kanununda faizden bahsedilmektedir. Para karzları için ayrı ve buğday karzları için de ayrı birer faiz nisbeti tayin edilmiştir. Mezkûr kanunun 89 uncu maddesi mucibince, karz olarak buğday verilmişse, beher (*gur*) buğday mukabilinde 100 (*ga*) faiz alınır; karz olarak para verilmişse, beher (*sikl*) para için 1/6 ve 6 (*se*) faiz alınır<sup>6</sup>.

### II. *İbranî Hukuku.*

Faiz memnuiyetini ilk defa vaz'eden musevî dini olmuştur<sup>7</sup>. *Musa* şöyle demişti: «Kardeşin fakir olur ve elini sana uzatırsa, ona yardım edeceksin; yabancı olup, seninle birlikte yurdunda oturana da aynı surette hareket edeceksin. Ondan faiz ve herhangi bir menfaat temin etmiyeceksin». Huruç (çıkış) aynı memnuiyeti yalnız ibranîler arasında vâki muamelât hakkında teyid etmekte, fakat yabancidan faiz alınabileceğini beyan etmek suretile bu memnuiyeti bir hayli takyid eylemektedir<sup>8</sup>.

### III. *Yunan Hukuku.*

Evvel emirde şu hususu tebarüz ettirmek isteriz ki, kadim Yunan doktrin ve mevzuatı hakkında pek az ve gayri vazih malûmata sahip bulunmaktayız. Bugün *Isparta* tarihile uğraşanların cümlesi tarafından,

6) Bu maddenin tefsiri için bk.: *Pierre Cruevilher*, *Commentaire du Code de Hammourabi*, Paris 1938, s. 99-104 altındaki notlar. - Umumi olarak *Dr. Recai G. Okandan*, *Hamurabi Mecellesi*, İHFM., XVII, 1951, s. 283 v. d., bilhassa s. 305; *Umumi hukuk tarihi dersleri*, İst. 1952, s. 135 v. d. 140. - *Sümer hukuku için bk.: Okandan*, a. g. e., s. 113.

7) Dinin hukuk üzerindeki tesirleri için bk.: *Walter Simons*, *La signification des religions pour la science du droit comparé*, *Introduction à l'Etude du Droit Comparé en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris 1938, c. I, s. 82 v. d.

8) Faiz hakkındaki malûmat ve metinler için bk.: *Okandan*, a. g. e., s. 184 v. d. ve altındaki not 63.

tarihî bir şahsiyetten ziyade efsanevî bir kahraman olarak kabul edilen *Likürg*'ün kanunları zamanında<sup>9</sup>, İspartada, akitler o kadar mahdut ve ticaret o kadar az gelişmiş bir vaziyette idi ki, hukukî münasebetlerde asgarî bir adalet temin etmek zımında hususî kaideler vaz'ına lüzum görülmüyordu<sup>10</sup>.

*Atina*'da da durum bu merkezde idi. Ancak *Atina*, *İsparta*'ya nisbetle ticareti daha çok inkişaf etmiş bir şehir olduğu ve ticaret te, hukukî muamele ve münasebetlerde, her şeyden ziyade, mümkün olduğu kadar fazla serbestiyi istilzam eylediği cihetle, faiz miktarının *Atina* hukukunda serbest bırakılmasının sebebi kolaylıkla anlaşılır<sup>11</sup>. *Solon*'un faiz nisbetini tahdit ettiği ve para kıymetini değiştirdiği, hattâ bilûmum mülk sahipleri zümresinin borçlarını iskat eylediği ileri sürülüyorsa da<sup>12</sup>, bu hareketlere muvakkat bazı tedbirler olarak bakmak icab eder. Yoksa, hiç bir teşriî metin, bize Yunanda faizin kanunî bir tahdide tâbi tutulduğunu göstermemektedir<sup>13</sup>. Böyle bir metin bulunmamakla beraber, bazı müellifler, bu tedbirlerin, kendilerine tanınan geniş takdir hakkına müsteniden hâkimler tarafından alındığı fikrindedirler<sup>14</sup>.

#### IV. *Roma Hukuku.*

Roma Hukuku, ödünç alanları himaye etmiştir. *XII Levha Kanunu* sermayenin 1/12 sine varan azamî bir faiz haddi koymaktadır. Uzun zaman bu nisbetin senelik bir nisbet olduğu zannedilmiştir, fakat yeni tetkikler göstermiştir ki, hakikat halde mevzuubahis olan, ayda % 8,33 nisbetinde bir faizdir: bu vaziyet *pleb* sınıfını faaliyete geçirmiş ve Cumhuriyet devrinde bir çok kanunların (*lex*) çıkmasına sebep olmuştur.

9) Bk.: *Sadri Maksudî Arsal*, Umumi hukuk tarihi, 3. bası, İst. 1948, s. 155, 156, keza 188. «Rivayete göre *Likürg* *Atinalıların* *Solon*'u gibi, *İspartalıların* büyük kanun vazı idi. *Likürg* tarihî bir şahıs değildir, efsanevî bir şahıstır. Ne zaman yaşadığı muhakkak bir surette malûm değildir. Kanunlarını M. E. 820 senelerinde vazetmiş olduğu mervidir. *Likürg*'ün kanunlarının mektup olup olmadığı meselesi de hallo-lunmuş değildir. Fakat *Likürg*'e isnad olunan kanunların esasları malûmdur.»

10) Fazla tafsilât: *Arsal*, a. g. e., s. 154, 166.

11) *Arsal*, a. g. e., s. 141, 142; *Okandan*, a. g. e., s. 288 v. d.

12) *Henri Decugis*, Les étapes du droit, 2. bası, c. I, Paris 1946, s. 184.

13) *Alperen*, a. g. e., s. 10, 11.

14) *Atinada* hâkimlerin haiz olduğu geniş takdir selâhiyeti ve bu selâhiyetin hususî hukuka tesirleri hakkında bk.: *Arsal*, a. g. e., s. 113 v. d., 144 v. d. - Keza *Decugis*, a. g. e., c. II, s. 79 v. d.; *Beouchet*, Droit privé de la République athénienne, c. IV, s. 5 (*Demontès*, De le lésion dans les contrats entre majeurs, Paris 1924, s. 4, not 1'den naklen); *Paul Ossipow*, De la lésion, Lausanne/Paris, 1940, s. 21.



Hattâ M. E. 342 tarihli *Lex Genucia* faizi tamamen menetmiş ve *Lex Marcia* da, murabahacıardan, aldıkları faizleri tamamen iadelerini, temin maksadile, aleyhlerine bir *manus iniectio pura* kabul etmiştir<sup>15</sup>.

Cumhuriyet devrinin sonlarında, kanunî faiz nisbeti ayda % 1, yani senede % 12 dir. Bu azamî had, deniz ödücünde tatbik edilemez. *Justinianus* bu kanunî faiz nisbetini prensip itibarile senede % 6 ya indirmiş olmakla beraber, bu nisbet te bazı kimseler hakkında tatbik olunamamıştır; ezcümle tacirler % 8, yüksek şahsiyetler % 4 ve deniz ödücü (*foenus nauticum*) halinde ise % 12 nisbetinde bir faiz tayin edilmişti<sup>16</sup>.

#### V. Kilise Hukuku.

Kilisenin başlıca faaliyetlerinden birini de murabahacılığa karşı giriştiği amansız mücadele teşkil eylemiştir. Kilise erbabı tarafından, faizli para karzları menedilmiştir.

*Kilise doktrini*, bir çok noktalarda, *Aristoteles*'in fikirlerini benimsiyerek, tezini bu yunan filozofunun «mübadelede muadelet» esasına istinad ettirmiştir. Bir çok dinî metinlerde, bu fikre uygun ifade tarzları keşfedilmiş ve bu *muadelet*, esasının ilk tohumları *Saint Jean Chrisostome*, *Saint Ambroise* ve *Saint Augustin*, *Saint Thomas* tarafından atılmıştır.

Bilhassa *Saint Thomas* tarafından tekâmül ettirilen nazariyeye göre, Kilise insanlığın mukadderatı ile iştigal eder. Nihâi gaye Allaha ulaşmaktır. Bu gayeye yalnız Allaha ibadet etmekle değil, aynı zamanda O'nun mahlûklarını da sevmekle erişilir. Merhamet ferdin ilk vazifesidir: bu ise, her şeyden önce, edimler arasında müsavat bulunmasını icab ettirir.

*Saint Thomas*'ya göre de iki nevi adalet mevcuttur: fertler arasında yapılan mukavelelerde insana hattı hareketini gösteren *islâh edici* adalet ve müşterek malları muayyen bir nisbet dairesinde paylaştıran *tevzi edici* adalet. Birincisi insanlar arasındaki münasebetlere, ikincisi ise insan ile Allah arasındaki münasebetlere taallûk eder.

*Islâh edici* adalet mukavelelerde tam müsavata emreder. Bu müsavata ihlâl eden bir muamele, taraflardan birine kâr temin eder, diğerini ise

15) Galus, Inst. 4, 23.

16) Tafsilât için bk.: *Grégoire Cassinatis*, Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin, Paris 1931; *Dr. Paul Koschaker*, Roma hususi hukukunun ana hatları (tr. K. Ayiter), Ankara 1950, § 50, s. 195, 196; *R. Monier*, Manuel élémentaire de droit romain, 3. bası, c. II, Paris 1944, s. 143 v. d.

zarara sokar. «Adaletin aslı gayesi» diyor Saint Thomas, «herkese kendisine ait olanı iade etmektir». Bunun içindir ki, fazla alınan iade etmek lâzım gelir: ancak bu şekilde, haksız olarak ihlâl edilen müsavat yeniden tesis olunabilir<sup>17</sup>. *Saint Thomas*, medenî hukukun, akitlerde fazla bir menfaat teminine mâni olmadığını, fakat insanlar tarafından yapılan kanunların mükemmel olamayacaklarını ileri sürmektedir. Ancak beşerî kanun muvacehesinde ilâhî kanunlar mevcuttur ki bunlar, ahlâka aykırı her türlü anlaşmayı menetmektedirler. Mutlak muadelet ve müsavata uygun olmıyan her mukavele ahlâka aykırıdır<sup>18</sup>.

Bu esas prensip üç netice ve üç mefhum vücuda getirmektedir:

- a) Adil semen (*justum pretium, justum contrapassum*) fikri;
- b) Adil ücret fikri;
- c) Faizin men'i fikri.

Âdil semen, âdil mukabil edim (*justum contrapassum*) fikrinden hareket edildiği takdirde, Kilise hukukunun faizi men etme sebebi kolayca izah edilemez. Denilebilir ki, Kilise sırf mantık ile hareket etmiş olsa idi, *Âdil faiz* mefhumuna erişerek, faizi kabul etmekle beraber, nispetinde adalet talep etmesi icab edecekti. Halbuki Kilise hukukçuları için «faiz» ile «adalet» bağdaşamaz. Faiz, murabaha tâbirinin müradifidir. Faiz memnuiyeti *İncil*'de mevcut bir hükme istinad ettirilmektedir: «*Diligite inimicos vestros, beneficiate, mutuum date, nihil inde sperantos*»<sup>19</sup>. Bu metinden hareket edilerek, faizcilik bütün Orta Zamanlar boyunca men ve tâkip edilmiştir.

Kilise Hukukunun faiz memnuiyeti Fransız İhtilâline kadar devam etmiştir. Hıristiyanların yapamadığını yahudiler yapmış ve murabahacılık sayesinde çok büyük kazançlar elde etmişlerdir. Fransada *Ordonnance Royale*'ler (Kral emirnameleri) marifetile murabahacılığı tanzime çalışmışlardır (13 mart 1360). Hıristiyanlar, bazı hilei şer'iyelere baş vurarak, ve faizli karz fonksiyonunu icra eden hususî akit tipleri vücuda getirerek Kilise hukukunun faiz memnuiyeti kaidesini bertaraf etmiye çalışmışlardır.

17) St. Thomas'nın fikirleri için bk.: *Gonzague Truc*, *La pensée de Saint Thomas d'Aquin*, Paris 1924; *Saint Thomas*, *La Somme théologique* (tr. Driouy ; Dr. Recai G. Okandan, *Umumî İsmme hukuku*, c. I, İst. 1946, s. 281 v. d.; Dr. Charles' Crozat, *İsmme hukuku dersleri*, c. II, kısım II, İst. 1946, s. 478 v. d.; Krs. *Démontès*, a. g. e., s. 18 v. d.; *Ossipow*, a. g. e., s. 46, not 76.

18) *Ossipow*, a. g. e., s. 46, 47.

19) *Saint Luc'e* atfen 6 : 33: «... hiç bir mukabele beklemeden ödünç veriniz». - Krs. *Alperen*, a. g. e., s. 12, 13 ve 13 not 22.



Fransız İhtilâlinin iptidasında faizli karz serbestisi kabul olunmuştur (3 - 12 Ekim 1789 Kararnamesi)<sup>19 a</sup>.

## VI. İslâm Hukuku.

İslâm dini, insanlar arasında istismar ve müsavatsızlık hallerini en fazla baltalamıya gayret etmiş olan dinlerden biridir. Hattâ, bazı yabancı islâm hukuku mütehassısları, birçok ayetlere istinat etmek suretile, islâm dininin ve Hazreti Muhammedin müsavatçı zihniyetinde sosyalizan bir vasıf görmektedirler<sup>20</sup>.

Hakikaten, İslâm dininin bu muvazene temin edici, müsavatçı temayülü, mevzuumuz olan faiz meselesinde hususî bir kuvvetle kendini göstermektedir. Görüleceği veçhile, *riba* mefhumuna tanınan şümüllü mahiyet, İslâm dininin bu sahada ne derece sosyal temayüller taşıdığına bir delil teşkil edebilir. Nitekim, *riba* müessesesi, ehemmiyeti nazarı itibara alınarak, 2 ilâ 7 temmuz 1951 tarihinde Pariste toplanan «İslâm Hukuku Haftası»nda İslâm Hukukunda murabaha mevzuu üzerinde en fazla durulan konulardan birini teşkil etmiştir<sup>21</sup>.

Her ne kadar *riba* mefhumu daha ziyade faiz bahsine taallük ederse de, bu mefhumun faizden daha geniş bir mânası vardır<sup>22</sup>.

«*Riba*, aslı lûgatta ziyadelenmek, fazlalanmak mânasına masdar olup faiz dediğimiz ziyadei mahsusanın ismi olmuştur... Şerî' lisanda, bir muvazaalı akit zımında ivazsız kalan her hangi bir fazla demektir.»<sup>23</sup>

*Kur'anı Kerim* *riba'yı* birçok ayetlerinde men etmektedir. Bu mevzu-da en meşhur olanları, şüphe yok ki, *Bakara Suresinde* bulunanlardır : «*Riba yiyen kimseler, şeytan çarpan kimse nasıl kalkarsa öyle kalkarlar, bu işte onların (beyi' tıpkı riba gibidir) demeleri yüzünden, halbuki Allah bey'i helâl kıldı ribayı haram, bundan böyle her kim Rabbi tarafından*

19 a) Tafsilât için bk.: *Planiol - Ripert - Boulanger*, *Traité Élémentaire de Droit civil*, c. II, 3. bası, Paris 1949, No. 2908 v. d.; s. 885 v. d.

20) *David Santillana*, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafilita*, c. II, Roma 1938, s. 62 ve 62 not 256.

21) Tafsilât için bk.: *Lus Muracciole*, *La semaine de droit musulman*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1951, s. 631 v. d. bilhassa s. 656-661; aynı dergi s. 470 v. d.

22) *Santillana*, a. g. e., c. II, s. 61; *Esat Arsebük*, *Borçlar hukuku*, 3. bası, Ankara 1950, s. 453; *Mustafa Resit Belgesay*, *Mecellenin külli kaideleri*, IHFM., XII, 1946, s. 607, 608.

23) *Elmalı'nı Muhammed Hamdi Yazır*, *Hak dini, Kur'an dili, Yeni mealli türkee tefsir*, İst. 1935, c. I, s. 952; *Ömer Nasuhi Bilmen*, *Hukukı İslâmiyye ve İstilâhatı Fıkhiyye Kamusu*, c. V, İst. 1952, s. 114, No. 403.



kendine bir öğüt gelir de ribadan vaz geçerse artık geçmişi ona ve hakkında hüküm Allaha aittir, her kim de döner yeniden alırsa işte onlar eshabı nardırlar, hep orada kalacaklardır. Allah ribayı mahveder de sadakaları nemalandırır, hem Allah vebal yüklenici kâfirlerin hiç birini sevmez. İman edip iyi işler yapan ve namaz kılıp zekât veren kimselerin Rabları indince ecirleri şüphesiz kendilerindir ve onlara bir korku yoktur ve mahzun olacak değildir onlar. Ey o bütün iman edenler: — Allahtan korkun ve riba hesabından kalan bakayayı bırakın, eğer gerçekten müminlerseniz. Yok eğer yapmazsanız o halde Allah ve Resûlünden mutlak bir harb olunacağını bilin ve eğer tevbe ederseniz re'sûlmallarınız sizindir, ne zalim olursunuz, ne mazlûm. Ve şayet borçlu sıkıntıda ise o halde bir kolaylığa intizar, bununla beraber tasadduk etmeniz hakkınızda daha hayırlıdır. Eğer bilerseniz. Hem korunun öyle bir güne hazırlanın ki döndürülüp o gün Allaha götürüleceksiniz, sonra herkese kazandığı tamamile ödenecek ve hiç bir zulme maruz olmayacaklar.»<sup>24</sup>.

Bu metnin merkez noktalarından birini riba ile bey' arasında tesbit edilen fark teşkil etmektedir. Murabahacılar riba'yı bey'e benzetmek istiyorlardı<sup>25</sup>. İslâm dini bir kimsenin istediği fiyata satıp almakta serbest olduğu prensibini kabul etmiştir. Bu serbestî kabul edilmemiş olsa idi, ticaret yapmak imkânı ortadan kalkardı. Ticaret, Kur'anı kerime göre tamamen meşru bir şeydir<sup>26</sup>. Binaenaleyh ticarete müsaade vardır. Namuslu hareket etmek şartile mallar ve hububatın satışında meşru bir kâr elde edilebilir (yalan yere beyanlarda ve hilede bulunmamak şartile)<sup>27</sup>. Yalnız, zaman içindeki kıymet tahavvüllerinden istifade etmek ve zenginleşmek için, birinci derecede mühim eşya ve maddeleri toplamak memnudur. «Fakat 10 dirhem veya gümüş para kıymetinde bir elbise 20 dirheme satılabilir, zira burada satıcının kârına bir ilâve olmamıştır: semen mukabili, karşı tarafa mukabil edimi teşkil eden bir şey verilmiştir. Buna mukabil 10 dirhem'i 20 dirhem mukabili satmak memnudur, zira bu halde satıcı mukabil edimini ifa etmeden 10 dirhem fazla elde etmektedir»<sup>28</sup>.

Edimler arasında nisbetsizlik, akti riba ile bozan birinci sebeptir. Bu fesat kendini, edimlerden biri derhal ifa edilip diğerinin ifası müeccel

24) Sure II, Ayet 275 - 279. - Terc. Yazır, a. g. e., c. I, s. 951. - Krs. Ömer Rıza, Kur'anı kerim tercüme ve tefsiri, İst. 1934, s. 80 v. d.

25) Yazır, a. g. e., c. I, s. 958 v. d.

26) Felix Arin, Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit musulman, Paris 1909, s. 15.

27) Yazır, a. g. e., c. I, s. 962.

28) Arin, a. g. e., s. 14.



bulunuyor ve müddet zarfında kıymet tahavvülü olmuşsa gösterir. Meselâ bir dinar, yani bir altın para, derhal tediye edilmeyecek *muayyen bir mikdar* gümüş paraya tahvil edildiği takdirde, tediye ânında, kıymet tahavvülü dolayısıyla, dirhem'in muayyen mikdarının kıymeti, önceden verilen dinar kıymetini geçmiş olabilir<sup>29</sup>. Bu vaziyette gayri meşru bir kazanç, *bir nevi faiz olacaktır*: bu muamele kabul edilemez.

Metinde sarahaten riba memnuiyetinin makabline şamil olmadığı tasrih edilmektedir<sup>30</sup>. Yalnız «*Rabbi tarafından kendine bir öğüt geldiği*» andan itibaren tekerrürden sakınılmalıdır, hattâ bu andan itibaren ribadan bir alacak varsa onu da terk etmek iktiza eder. Tabii ribadan neşet etmiyen, fakat mukabil edim olarak mevcut bulunan alacak üzerinde hak baki kalır. «*Eğer tevbe ederseniz re'sülmallarınız sizindir*».

Vadede daha fazla olarak ödenecek vadeli borçlar bu memnuiyet dışında mı kalmışlardır? Borçlu ancak akit inşa edilirken yüklendiği vecibeyi ifa edecektir. Fakat bu borcunu derhal mi, yoksa vadenin hitamında mı ödemelidir? 280 inci Ayetten çıkan mânaya göre, borcun vadede ödenmesi borçlunun lehine olduğu için, borçlu, yalnız hakikî edimi, vadede tediye edebilecektir. Bu Ayete göre: «*Ve şayet borçlu sıkıntıda ise o halde bir kolaylığa intizar...*»<sup>31</sup> denilmektedir.

Acaba riba ile muallel her muamelede, muamelenin tamamının butlana gidilmeyip, sadece (riba) lı şart mı ortadan kaldırılacaktır? Göreceğiz ki, birçok hallerde muamele tamamen batıl olacaktır.

Keza «*Ali İmran*» suresinde şöyle denilmektedir: «*Ey o bütün iman edenler: öyle kat kat katlayarak riba yemeyin, Allahtan korkun ki felah bulasınız*»<sup>32</sup>.

«*Kat kat*» tâbirile bu metinde mürekkep faiz kast edilir gibi görünmektedir. Fakat müellif *Arin*'e göre, metni tamamen bu şekilde tefsir etmek doğru olmaz. Faize faiz işletebilmek için evvel emirde faiz müessesesini kabul etmiş olmak iktiza eder. Halbuki, islâm hukukunda faiz kabul edilmediğine göre faizi mürekkebin kabul edilmeyeceği evleviyetle açıktır<sup>33</sup>.

*Nisa Suresi*'nin 159 - 160 ıncı ayetleri de «*Yahudi olanların zulümlerinden, insanları Allah yolundan alıkomalarından, menolunduğu halde riba almalarından, insanların malını nahak yere yemelerinden dolayı,*

29) *Arin*, a. g. e., s. 14.

30) *Yasir*, a. g. e., c. I, s. 962.

31) *Arin*, a. g. e., s. 16.

32) *Sure III*, Ayet 129. - *Terc. Yasir*, a. g. e., c. II, s. 1173.

33) *Arin*, a. g. e., s. 18. - Bu hususun izahı için bk.: *Ebül'ülâ Mardin*, a. g. e., s. 268, 269.

onlara helâl olunan birçok iyi şeyleri haram kıldık, ve onlardan kâfir olanlara acı bir azap hazırladık» denilmektedir<sup>34</sup>.

Bu metin bilhassa yahudilerden bahsetmekle beraber, Arin'in noktai nazarına göre, kitabı olan her dine tâbi kimselere kabili tatbiktir<sup>35</sup>. Müellif burada Hazreti Muhammedin, bizzat kendi Mukaddes Kitaplarındaki memnuiyeti tekrar etmek suretile<sup>36</sup> ribayı Yahudilere men ederken büyük bir deha gösterdiğini tebarüz ettirmektedir<sup>37</sup>.

*Rum Suresinde: «Riba ile ve insanların malile nemalanmak üzere verdiğiniz mal, Allahın nezdinde nemalanmaz. Allah rızasını umarak verdiğiniz zekât ise, işte kat kat nemalanacak mal odur»*<sup>38</sup> denilmek suretile riba memnuiyeti bir defa daha tekrar edilmektedir.

İslâm hukuk doktrininde riba'nın men'i aşağıdaki sebeplere istinat ettirilmektedir:

a) Karşılıklı borç yükleyen bir akit, *muvazene halinde* iki edim icab ettirmektedir. Tıpkı muvazenede bulunan bir terazi gibi. Terazinin kefelerinden birinin ağırlaşması halinde muvazene nasıl bozuluyorsa, edimlerden biri, diğerinden fazla olduğu takdirde, mukabili bulunmayan bu fazla, aktin ortadan kalkmasını müeddi olur<sup>39</sup>.

b) Bu adalet fikrinden başka, riba memnuiyetini koyarken *ıctimaî menfaat* mülâhaza edilmektedir: Gerçekten, riba diye tavsif edilen bu fazlalık kabul edildiği takdirde, kolaylıkla kazanç temin ettiren bu vasıta, birçok kimseleri ticaret yapmaktan vaz geçirecektir<sup>40</sup>. Halbuki ticaret sadece meşru telâkki edilmekle kalmayıp, hattâ, dinî vazifelerin yapılmasına mâni olmayacak derecede, teşvik dahi edilmektedir: «*Namaz edildikten sonra, yer yüzüne yayılın, Allahın inayetini arayın, Allahı sık sık anın ki, felâh bulasınız*»<sup>41</sup> yani bazı faydalar temin edilebilecek işlerle iştigal edin<sup>42</sup>. Binaenaleyh, namuslu bir surette olmak şartile, çalışma sayesinde kâr etmek mümkündür ve, ribada olduğu gibi, mihanikî

34) Terc. Ömer Rıza, a. g. e., s. 149, 150.

35) Arin, a. g. e., s. 19, 20.

36) Bk.: bu etüd. § 2, II.

37) Arin, a. g. e., s. 21.

38) Sure XXX, Ayet 39. - Terc. Ömer Rıza, a. g. e., s. 602, 603.

39) Yazır, a. g. e., c. I, s. 963 v. d.; Arin, a. g. e., s. 23, 24; Bilmen, a. g. e., c. V, s. 119 v. d., No. 413.

40) Bilmen, a. g. e., c. V, s. 119, No. 413; Yazır, a. g. e., c. I, s. 960 v. d., 966 v. d. - Krş. Mardin, a. g. e., s. 211.

41) Sure LXII, Ayet 10. - Terc. Ömer Rıza, a. g. e., s. 808.

42) Arin, a. g. e., s. 24.



şekilde elde edilen kârı kabul etmek ticarete öldürücü bir darbe vurmaktır.

c) Faiz talep edilemeyeceğine göre, ödünç akti büsbütün bir hayır ve muavenet muamelesi vasfını iktisab etmektedir. Karz, sadece Allah tarafından mükâfatlandırılan bir yardım muamelesi olmaktadır<sup>43</sup>.

d) Ribayı kabul, fakirin istismarını kabuldür<sup>44</sup>.

e) Nihayet, riba memnuiyeti bir emri ilâhî olduğundan, insanlar, bunun doğru veya kötülüğünü münakaşa etmeden itaat etmelidirler<sup>45</sup>.

Bütün sistemin temelini teşkil eden hadisler şöyledir:

*«Altına karşı altın, gümüşe karşı gümüş, buğdaya karşı buğday, arpaya karşı arpa, hurmaya karşı hurma, siklete karşı siklet, vasfa karşı vasıf, ayna karşı ayn, eşe karşı eş ve elden ele mübadele edilmelidir. Her kim, gerek alan, gerek veren artırır veya artırma isterse riba yapmış olur... Başka neviden şeyler mevzu bahis ise, elden ele olmak üzere istediğiniz gibi satınız.» - «Dinar'a karşı dinar, dirheme karşı dirhem, arasında fazlalık olamaz, biri diğerine daha fazla vermesin... Mevcut olmayan (maden) i, mevcut olana mukabil satmayınız» - «Altına karşı altın, gümüşe karşı gümüş, buğdaya karşı buğday, arpaya karşı arpa, hurmaya karşı hurma, aralarında fark vücuda getirmeyiniz. Altına karşı altın, gümüşe karşı gümüş, buğdaya karşı buğday, arpaya karşı arpa, hurmaya karşı hurma (İşte al!) «ve işte al!» denilmediği (yani iki ifa aynı zamanda olmadığı takdirde) riba teşkil eder.» - «Gümüşe karşı altın, altına karşı gümüş (ve kıyasen hurmaya karşı arpa veya zikredilen diğer maddelerden her hangi biri diğerine karşı) şayet «işte al!» ve «işte al» denilmemişse riba teşkil eder. Elden ele verülende kötülük yoktur: onu saklayınız, riba, vadeli olandır: onu iade ediniz.»*

Peygamberin bu muhtelif sözlerinden şu neticeleri istihraç etmek mümkündür:

1) Zikredilen madenlerden birile (altın veya gümüş) zikredilen gıda maddelerinin (buğday, arpa, hurma, tuz) mübadelesi tamamen serbest

43) Yazır, a. g. e., c. I, s. 967 v. d.; Bilmen, a. g. e., c. V, s. 103 v. d., No. 370 v. d., s. 119 v. d., No. 413. - Zekât müessesesi bakımından tetkiki için bk.: Mardin, a. g. e., s. 211, 240.

44) Yazır, a. g. e., c. I, s. 968.

45) Arın, a. g. e., s. 25; Yazır, a. g. e., c. I, s. 968. - Diğer bazı sebepler için: Bilmen, a. g. e., c. V, s. 119 v. d., No. 413.

olup müsavi veya gayrimüsavi, vadeli veya vadesiz şekilde mübadele edilebilir<sup>46</sup>.

2) Madenlerin aralarında ve gıda maddelerinin aralarında mübadelesinde, madenler ve gıda maddelerinden aynı cinsten bir maden veya aynı cinsten bir gıda maddesiyle mübadelesi ile (Altına karşı altın, hurmaya karşı hurma gibi) başka cins (Altına karşı gümüş, buğdaya karşı hurma gibi) ile mübadelesini birbirinden ayırmak iktiza eder:

a) Birinci halde iki şartın tahakkuku aranır:

- aa) Karşılıklı edimlerin mutlak müsavata,
- bb) Karşılıklı edimlerin derhal ifası.

b) İkinci halde, mübadele gayri müsavi olabilir, fakat derhal ve peşin olmalıdır.

Gerçekten, bir kimse, meselâ iki dinar mukabili bir dinar verse, veya iki çuval buğdaya mukabil bir çuval buğday verse, bu muameleden kendisine bir dinar veya bir çuval kazandırdığı açıktır ve bu kâr edimler karşılıklı olarak derhal ifa edilsinler edilmesinler mevcuttur.

Şimdi, edimlerin müsavi olduklarını, fakat bir tanesinin diğerinden evvel ifa edildiğini farzedelim, bu müddet içinde, bir kıymet farkı vücud gelebilir ki, vadede mukabil edim, vaad edilenden daha çok veya daha az bir kıymet taşıyacaktır. Böylece burada tesadüfi bir muamele, bir spekülasyon, gayri meşru bir muamele cereyan etmiştir.

Bu sebeptendir ki, aynı cinse dahil şeylerin mübadelesinde, hem müsavat, hem de karşılıklı olarak derhal ifa şartlarının tahakkuku aranmaktadır<sup>47</sup>.

Cins aynı olmadığı takdirde, altın ile gümüş, hurma ile arpa mübadelesi bahis mevzuu olunca artık edimler arasında müsavattan bahsedilemez. Hakikaten, aynı miktar altın ile aynı miktar gümüş aynı kıymeti ifade etmez, keza aynı miktarda buğday, arpa, hurma veya tuz da kıymet bakımından birbirine müsavi değildirler.

Yalnız bu hususta mezhepler arasında ihtilâf vardır:

1) *Malikî* mezhebe *Medine* ve eski *Suriye* mek. ebi, *Ebumüslim*'in naklettiği *Muammer bin Abdullah*'ın bir ifadesine istinat ederek, buğday ile arpayı aynı cins telâkki etmektedirler.

46) *Arin*, a. g. e., s. 27. - Tafsilat için: *Bilmen*, a. g. e., c. V, s. 114 v. d., No. 403 v. d.

47) *Arin*, a. g. e., s. 28. - Tafsilat için: *Bilmen*, a. g. e., c. V, s. 114 v. d., No. 403 v. d.,



2) *Hanefî ve Şafîî mezhepleri bu iki gıda maddesi arasında cins farkı görmekteyler*<sup>48</sup>.

Burada arz ve talep kaideleri serbestçe rol oynamaktadır. Fiyat maddelerin bolluğuna veya ihtiyaca göre tahavvül edecektir.

Fakat, bir müddet sonra gümüş olarak iade edileceği vaad olunarak bir muayyen mikdar altın almak veya aksine, verilen buğday mukabili muayyen vadede aynı mikdar arpa vermeyi taahhüt etmek, sadece muvazaalı, gizli faiz şart edilmiş bir ödünç olarak tavsif edilebilir<sup>49</sup>.

Acaba ribadan madut olan şeyler nelerdir? Hazreti Peygamber, Hadislerin tetkikinde görüldüğü gibi, altı madde zikretmektedir: altın, gümüş, buğday, arpa, hurma, tuz. Bunlar maden ve gıda maddesidir. Acaba bu maddelerin zikri tahdidî midir? Yoksa kıyas yolile riba kaideleri diğer bazı maddelere de tatbik edilebilir mi?

Bu hususta mektepler arasında fark vardır:

1) *Zahirîlere göre*, dar tefsir edip tahdidî olduğunu kabul etmek iktiza eder.

2) *Hanefîlere göre*, altın ile gümüş *siklet bakımından* ribaya mevzu teşkil ederler, yani *tartılan şeylerin bir emsalidirler*, bu sebeple, tartılabilen fakat kıymetli olmıyan madenler de (demir, tunç v. s. gibi) riba mevzuu olabilir<sup>50</sup>.

3) *Şafîî ve Malikî'lere göre* ise, altın ve gümüşü riba mevzuu yapan sikletleri değil, fakat *kıymetleridir*. Bu madenler kıymetli maddeleri temsil etmektedirler ve diğer tartılan maddeler bunun dışında kalır.

Buğday, arpa, hurma ve tuza gelince:

1) *Hanefî mezhebi*, bunların riba mevzuu teşkil etmelerinin sebebini *ölçülür eşya* olmalarında görmekte ve bu sebeple ölçülebilen her mala (alçı, toz halinde veya mayi halinde şeyler) tatbik etmektedir. Bazı müellifler, bu dört gıda maddesinin aynı zamanda *istihlâk olunur* şeyler olduklarını nazarı itibara alarak, ribadan madut bir şey olabilmek için ayrıca istihlâk edilir ve ölçülür bir şey olmasını aramışlardır<sup>51</sup>.

Bu mütalâaya göre, ölçülebilen fakat istihlâk edilemiyen şeylerle istihlâk edilebilen fakat ölçülemiyen şeyler ribanın dışında kalmaktadır-

48) *Arın*, a. g. e., s. 74, 75.

49) *Arın*, a. g. e., s. 29.

50) *Yazır*, a. g. e., c. I, s. 954.

51) *Yazır*, a. g. e., c. I, s. 954; *Arın*, a. g. e., s. 32. - *Krs. Bilmen*, a. g. e., c. V, s. 114 v. d.

lar. Meselâ kavun, karpuz gibi meyvalar riba dışında kalmakta idi. *Sait bin Musayyel* ve *Hambelî* mezhebinin reisi *Ahmedin* fikri bu idi.

2) *Şafiîler* de iptida, yukarıdaki fikri kabul etmiş olmakla beraber, sonradan başka bir noktâ nazar kabul ettiler: onlara göre, zikredilen 4 gıda maddesi *istihlâk edilir malları* temsil etmektedirler ve bu sebeple bütün gıda maddeleri riba kaidesine tâbi olmalıdır.

Nihayet bir malikî müellife göre, zikredilen bütün bu şeyler «zekât» a tâbi şeylerdir. Bu noktâ nazarın gayesi ribaya ehli hayvanları da ithal etmek ise de, bu mütalâa kabul edilmemiştir<sup>52</sup>.

#### VII. Evvelki Hukukumuzda.

Yukarıda tetkik ettiğimiz şer'î memnuiyet, XIX. asrın ortalarına kadar devam etmiş ise de, tatbikatta faiz alıp yürümüştür. *Mecellede* faiz hakkında sarîh bir hüküm yoktur. İctimaî hayatın meydana koyduğu iktisadî zaruretlere karşısında, faiz hususunda birçok şer'î hilelere başvuruluyordu<sup>53</sup>. Meselâ ödünç para alan, evvelâ faizsiz borçlanır, sonra ödünç verenin sattığı her hangi bir metanın bedelini ödemeyi taahhüt eder. Bu muamele tamamlanınca borçlu malı mukrize bağışlardı ve böylece bu malın bedeli zimmetinde kalırdı ki, işte zimmette kalan bu para, hakikat halde faizi teşkil ediyordu<sup>54</sup>. Bir yandan, para istikraz etmek isteyen bir kimseye resûlmal ve faizden mürekkep ve muayyen bir müddet için tecil edilen bir meblâğ mukabili her hangi bir şey satımı olan *beyül'ine* mekruhtu, kabul edilmemişti<sup>55</sup>.

Bir hukukçumuzun dediği gibi: «Bu devirde devlet bile, islâhat yapı-lacağı gerekçesiyle Tanzimatta, Galata bankerlerinden % 15 - 20 derecesindeki faizle para almıştır»<sup>56</sup>.

Bilâhare, evvelâ yetim paralarında olmak üzere ve sonra diğer para ödünçlerinde de faiz alınması kabul edildi<sup>57</sup>.

Türkiyede faiz nisbetinin tahdidine ilk defa 1268 tarihli «Murabaha Fermanı» ile girişilmiştir. Bu ferman hükümleri de 16 Şevval 1680 tarihli «Murabaha Nizamnamesi» ile tadil olunmuş ve el'an kısmen mer'î bulu-

52) Krs. *Alperen*, a. g. e., s. 13, 14; *Bilmen*, a. g. e., c. V, s. 116 v. d., No. 409 v. d.

53) Bu hileli şer'iyeler ve tafsilât için bk.: *Aziz Barıkan*, Faiz müessesesi, Ank. Bar. Huk. Der. 1948, c. IV, sayı 46, s. 13. - Keza: *Sabri Şakir Ansay*, İslâm hukuku, s. 68.

54) *Barıkan*, a. g. makale, s. 13, 14.

55) *Ansay*, a. g. e., s. 30, 68.

56) *Barıkan*, a. g. makale, s. 13.

57) Tafsilât: *Barıkan*, a. g. makale, s. 13, 14.



nan 22 mart 1303 tarihli «Murabaha Nizamnamesi» nin 7. maddesi ile de 1680 tarihli nizamname ilga olunmuştur. 1680 nizamnamesiyle tesbit olan azami faiz haddi % 12 idi. 1303 nizamnamesi bu haddi % 9 a indirmiştir<sup>58</sup>.

### § 3. Türk Hukuku

#### I. Kaynaklar :

Pozitif hukukumuz bakımından faiz nisbeti ve fahiş faiz meselesini başka bir etüdümüzde tetkik etmiş ve bir senteze varmağa çalışmıştık<sup>59</sup>. Türk hukuk doktrininde, bazı yeni eserlerde, az çok aynı neticelere varıldığını görmekte<sup>60</sup> isabeti hususunda kanaatimizin kuvvet bulduğu bu sentetik neticeyi burada tekrarlamak istiyoruz.

Mevzuatımızda, akdi faiz nisbetile alâkalı hükümler sevkedilen kaynaklar şunlardır:

- 1) 22 Mart 1303 tarihli *Murabaha Nizamnamesi* (= M. N.).
- 2) 4 Ekim 1926 da mer'iyete giren *Borçlar Kanunu* (= B. K.) ile *Medenî Kanun* (= M. K.).
- 3) 4 Ekim 1926 da mer'iyete giren *Ticaret Kanunu* (= Tc. K.).
- 4) 18 Haziran 1933 ten beri mer'i olan ve en son 10 Ağustos 1951 tarih ve 5841 sayılı kanunla<sup>61</sup> muaddel *Ödünç Para Verme İşleri Kanunu* (= Ö. K.)<sup>62</sup>.

B. K. m. 72, «Bir kimse faiz vermesine mecbur olup da miktarı ne mukavele ile, ne de kanun veya örf ve âdetle muayyen değil ise bu faiz senevi yüzde beş hesabıyla tediye olunur» demek suretiyle prensip olarak faiz serbestisini kabul ettikten sonra ikinci fıkrasında bir açık kapı bırakarak «mukavele ile faiz meselesinde suiistimalin men'i hukuku âmme kanunlarına aittir» diye ilâve etmektedir.

Aynı hükmü, M. K. m. 767, gayri menkul rehninde «murabaha hakkındaki hükümler mahfuz olmak üzere, her iki taraf faiz miktarını serbestçe tayin edebilirler» demek suretiyle tekrar etmektedir.

58) Tafsilât: *Barışkan*, a. g. makale, s. 14, 15.

59) Bk.: *Dr. Halid Kemal Elbir*, *Gabine müteallik umumî hüküm muvacehesinde fahiş faiz meselesi*, *Ist. Baro Der.* 1949, sah. 723 v. d.

60) Bk.: *Dr. Ferit H. Saymen*, *Borçlar hukuku dersleri*, c. I, *Umumi hükümler*, *Ist.* 1950, s. 428 v. d.

61) *Resmî Gazete*, 15 Ağustos, 1951, sayı 7885.

62) Bu kanunların muhtelif zaviyelerden tasnifi için bk.: *E. Hürs*, *Ticaret hukuku dersleri*, 3. bası, *Ist.* 1948, s. 667.

Ticaret K. m. 654 te «*Mevaddı ticariyede faiz miktarı serbestçe tayin olunabilir*» demektedir, fakat, B. K. ve M. K. da olduğu gibi âmme hukuku kanunları hükümlerini mahfuz tutan bir ifadede bulunmamaktadır<sup>63</sup>.

Demek oluyor ki, B. K. m. 72 ye göre, akitten doğan faizlerde miktarı tayin hususunda sırayı nazara almak iktiza eder. Evvelâ mukavelede buna dair bir sarahat var mı, yok mu, ona bakılır. Sarahat bulunamazsa, örf ve âdetin mümasil vaziyetler için miktarı nasıl tayin ettiği aranır, örf ve âdet yoksa, kanun bu kabil hâdiseler için bir faiz miktarı tayin etmiş midir, o bulunup tatbik edilir<sup>64</sup>.

B. K. m. 72 ve Tc. K. m. 654 ün serbesti prensibi karşısında yukarıda zikredilen 22 Mart 1303 tarihli *Murabaha Nizamnamesi*'nin birinci maddesi, «*işbu nizamnamenin neşir tarihinden itibaren her nevi müdayenatı âdiye ve ticariye faizinin haddi âzamî senevî % 9 olarak tayin kılınmıştır*» demektedir.

Buna mukabil 8/VI/1933 tarih ve 2279 sayılı *Ödünç Para Verme İşleri Kanunu*'nun muaddel 9 uncu maddesi: «*Ödünç para verme işlerinde % 7 den fazla faiz almak yasaktır. Ancak açık kredi şeklindeki muamelelerde % 9 a kadar (dahil) faiz alınabilir*» kaidesini vazetmektedir.

## II. B.K. ve Tc.K. ile M.N. ve Ö.K. telifi mevzuunda Türk içtihadı:

B. K. ve Tc. K. da mevcut serbesti prensibinin M. N. ve Ö. K. ile karşılaşması ve telifi Türk hukuk doktrininde ve jürisprüdansında ihtilâflara yol açmıştır. Gerçekten, mevzuatta mevcut bu karışıklık karşısında ortaya aşağıdaki sualler çıkmaktadır:

- 1) M. N. ile Ö. K., B. K. m. 72 de bahis mevzuu edilen «âmme hukuku kanunu» mefhumuna dahil midirler?
- 2) M. N. nin B. K. ve Tc. K. ile Ö. K. muvacehesinde mer'iyet durumu nedir?
- 3) Ticarî faizin bu mevzuat içinde vaziyeti nedir?

1. *Yargıtay*, müteaddit kararlarında, gerek M. N., gerek Ö. K. u birer âmme hukuku kanunu olarak telâkki etmek sureti ile bu mevzuatın,

63) Ayrıca bk.: Tc. K. m. 752, 755, 787, 788

64) *Oser'e* göre, burada âdetten kast, örf ve âdet hukuku değildir, belki ilgili kimselerin kendilerini bununla bağlı saydıklarından (*opinio necessitatis*) değil, bunu gayeye uygun saydıklarından dolayı (zımnî iradelerle) kendilerini tâbi tuttıkları fiilî itiyatlarıdır Bk.: *Oser-Schönenberger*, Borçlar hukuku (tr. R. Seçkin), ikinci kısım, Ank. 1950, madde 72 serhi, No. 18, sah. 619. - Krş. *Saymen*, a. g. e., s. 427; *Mardin*, a. g. e., s. 238. - Ayrıca bk.: B. K. m. 103, f. 2 ve 3; Tc. K. m. 752.



B. K. m. 72 mucibince, faiz miktarını tahdit edebileceğini kabul etmiştir<sup>65</sup>. Buna mukabil Türk hukuk doktrininde M. N. ni bir âmme hukuku kanunu olarak kabul etmiyen tezler mevcuttur. Ezcümle Prof. *Ebû'l-ülâ Mardin*, M. N. nin hükümlerini inceledikten sonra şu neticeye varmaktadır: «Fâhiş faizin memnuiyeti, hukuku âmme hükümlerine bırakılmış olmasına göre, M. N. ni bir hukuku âmme kanunu gibi telâkki edebilecek miyiz, gibi sualler zihinlerde tebadür etti. Dedik ki, M. N. tetkik edildiği zaman, bu nizamnamede bir hukuku âmme kanunu arzına tesadüf edilemez, bilâkis nizamname, hukuku hususiye zümresinde mevki alan, fertler arasındaki münasebetleri tanzim eden mevzuat evsaf ve şeraitini arzeder<sup>66</sup>.» Buna rağmen, Sayın Profesör, % 9 azamî nisbetin akdî faizlere tatbik edilebileceği neticesine varmaktadır<sup>67</sup>.

Buna mukabil, Ö. K. nun bir âmme hukuku kanunu olduğu kabul edilmekle beraber<sup>68</sup>, yalnız m. 1 de zikredilen «ödünç para verme işleriyle meşgul olan hakikî ve hükmi şahıslara» tatbik edilebileceğinden bu kanunun tatbik sahası oldukça dardır<sup>69</sup>.

2. *Yargıtay*, bir çok kararlarında, gerek M. K. ve B. K., gerek Tc. K. nun, kendilerinden önce mevcut olan M. N. i ilga etmediklerini tekrar etmiş<sup>70</sup>, fakat M. N. nin Ö. K. muvacehesinde durumunu tesbit etmek daha güç olmuş ve mesele neticede bir *Tevhidi İçtihat Kararı* ile kapanmıştır. 3 Mart 1943 tarihli ve E. 49, K. 12 sayılı *Tevhidi İçtihat Kararı*na göre: 2279 sayılı kanunun *ödünç para verme işlerini itiyat eden hakikî*

65) *Yarg. Tev. İqt. K. 23*, tar. 29.I.1930 (Şahap Arıç, *Yargıtay İçtihatlarına göre* hasiyeli Ticaret Kanunu, İst. 1946, s. 299, No. 561). - *Yarg. Tc. D. K. 1552*, tar. 10.IX.1943, (Arıç, a. g. e., s. 300, No. 563); *Yarg. HGK. E. T/39, K. 30*, tar. 15.VII. 1931; *Yarg. Tc. D., E. 140, K. 591*, tar. 23.III.1930; *Yarg. Tc. D., E. 3647, K. 210*, tar. 26.I.1931 (*Hârg*, Notlu Ticaret Kanunu, Ank./İst. 1946, m. 654, s. 310); *Yarg. 4. HD., E. 3126, K. 3176*, tar. 30.VI.1950 (Türk İçtihatlar Külliyyatı, 1950, c. I, No. 395); *Yarg. 4. HD., E. 6048, K. 5907*, tar. 30.XI.1950 (Türk İçtihatlar Külliyyatı, 1951, c. I, No. 440).

66) *Mardin*, a. g. e., s. 242 v. d., bilhassa s. 249. - Aynı kanaat: *Esat Arsebük*, Para faizi hakkındaki mevzuatımız, Ad. Cer., 1935, s. 576, not. 3. - Aksi kanaat: *Nihat Bartu*, Kanunlarımızda faiz meselesi, İst. Baro Der., 1944, s. 478.

67) *Mardin*, a. g. e., s. 250.

68) *Mardin*, a. g. e., s. 256, *Dr. Hüseyin Aynî Göktürk*, Borçlar hukuku, kısım 1, Ank. 1947, § 11, s. 108.

69) *Ödünç Para Verme İşleri Kanunu*, m. 1: «Faizden para kazanmak için ödünç para verme işleriyle meşgul olan hakikî ve hükmi şahıslar bu kanun hükümlerine göre hükümetten izin alırlar. - Anonim, limited, kooperatif ve sermayesi eshama ayrılmış komandit şirketi şeklindeki bankalar ile hususî kanunlar mucibince yapılan teşekküller bu izin usulüne tâbi değildir.» - Ayrıca bk.: m. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

70) Bk.: Not. 65 te zikredilen kararlar.

ve hükmî şahıslar hakkında malühülttatbik olacağı ve bunların muamelelerinde faiz miktarının % 12 ye çıkarıldığı ve daha sonra da 8,5 a indirildiği bu kanunun 1 ve 9 uncu ve ona muadil 3399 sayılı kanun m. 1 de zikr ve tasrih olunmuş<sup>71</sup> ve muahhar hususî kanunun mukaddem umumî kanunu büsbütün ilga etmeyip ancak takyit ve tahsis edeceğinden, yukarıda beyan olunduğu veçhile münhasıran bir zümre hakkındaki işbu hususî kanun, umumî mahiyeti haiz Murabaha Nizamnamesinin yalnız faiz miktarına müteallik hükmünü tâdil edip diğer maddeleri, meriyetini olduğu gibi muhafaza etmekte bulunmuş ve binaenaleyh M. N. nin faiz miktarlarından maada, yani faizin ana paranın bir mislini geçmeyeceği ve bazı istisnalar hariç, ikrazata faizi mürekkep yürütülemeyeceği gibi hükümleri tâdilden masun kalmış olmasına binaen bahsi geçen 2279 ve 3399 numaralı kanunlarla M. N. nin tamamı ilga edilmemiş ve ancak faiz miktarına mütedair hükmünün tâdile uğramış olması lâzım gelmektedir<sup>72</sup>.

3. Nihayet, tesbit edilen azamî hadlerin ticarî faizlere de tatbik edilip edilemeyeceği ayrı bir meseledir. Faiz serbestisini vazeden Tc. K. m. 654 te, — B. K. m. 72 nin yaptığı gibi — âmme hukuku kaidelerinin mahfuz tutulmamış olmasından hareket edilerek, ticarî mevatta, kanunen tanınan faiz miktarlarının tatbik edilemeyecekleri ileri sürülmektedir<sup>73</sup>. Nitekim, Yargıtay, 20/I/1930 tarih ve K. 23 sayılı bir *Tevhidi İctihat Kararında*<sup>74</sup> «Aynı günde mevkii meriyete giren B. K. un 72 nci maddesinde mukavele ile faiz meselesinde suiistimalin men'i hukuku âmme kanunlarına, M. N. e tâbi olduğu tasrih edilmiş iken, buna muhalif olarak Tc. K. nun 654 üncü maddesinde faiz miktarı serbestçe tayin olunabileceği gösterilerek faizin haddi azamî tahdit kılınmamış olmasına mebni mevat ve muamelâtı ticariyede mukavele ile tayin olunacak faiz miktarı serbest olup M. N. ne tâbi değildir» demek suretiyle bu prensibi benimsemiştir<sup>75</sup>.

71) Bu nisbet, yukarıda zikredilen 5841 sayılı kanunla % 7 ye indirilmiştir. Bk.: Not 4.

72) Bk.: *Adalet Bakanlığı, İctihadi Birleştirme Kararları, Hukuk Kısmı*, (1930 - 1947), Ankara, 1948, s. 120 v. d.

73) *Hırs*, a. g. e., s. 669. - Aksi kanaat: *Mardin*, a. g. e., s. 252 v. d., *Samim Güneşay*, Borçlar hukuku dersleri (Şapografik notlar), 1946 - 1947, s. 20.

74) Bk.: *Yarg. Tcv. İç. K. 23*, tar. 29/I/1930, *Adliye Vekâleti*, Temyiz Kararları (Tevhidi İctihat), 1930 - 1934, Halk Basımevi 1935, Karar No. 16, sah. 18; *Arıc*, a. g. e., s. 299, No. 561. - Krg. *Mardin*, a. g. e., s. 252 v. d.

75) Aynı mealde kararlar: *Yarg. Tc. D. K. 850*, tar. 8/V/1933; *Yarg. Tc. D. K. 1552*, tar. 10/IX/1943, (*Arıc*, a. g. e., s. 300, No. 562, 563). - Aynı kanaat, *Berker*, a. g. makale, s. 1679.



### III. *Mevzuat ve Teyhidi İçtihat Kararından çıkan netice:*

Yukarıda tetkike çalıştığımız pozitif hukuk kaidelerini, Teyhidi İçtihat Kararlarını da nazara alarak, toplamak icap ederse, bizce aşağıdaki neticelere varmak mümkündür:

a) *Adi para karzlarında*, bu muameleler ödünç para verme işleriyle meşgul olan şahıslar tarafından yapılıyorsa<sup>76</sup> azamî faiz miktarı % 7 olup, açık kredi şeklindeki muamelelerde % 9 (dahil) kadar alınabilir. Diğer şahıslar arasında M. N. mucibince bu faiz miktarı % 9 dur.

b) *Para karzı dışında yapılan faiz anlaşmalarında*, meselâ veresiye satışlarda semen için faiz şartedilmişse, ve *ticarî mevadda* faiz nisbeti serbestçe tayin edilebilir. Yalnız *ticarî karz*, ödünç para verme işleriyle meşgul olan şahıslar tarafından yapılıyorsa, bu halde gene azamî faiz miktarı % 7 ile % 9 dur.

### IV. *Vardığımız sentetik netice:*

Acaba pozitif hukukumuz zaviyesinden hangi hallerde faiz miktarı fâhiş telâkki edilebilecektir ve bu fâhiş faize tatbik edilecek hukukî müeyyide nedir?

Kanaatimizce, bu suale, aşağıdaki muhtelif ihtimaller derpiş edilerek bir cevap verilebilir:

A — *Miktarı kanunen tayin edilmiş olan faizlerde* mesele basittir<sup>77</sup>: Kanunî had aşıldığı takdirde fâhiş faizden bahsetmek fazla verilenin iade edilmesini talep, hattâ B. K. m. 20 yi tatbik mümkündür.

B — *Miktarı mukavele ile tayin edilen faizlere gelince*, mevzuatımız karşısında hâdiseyi ikiye tefrik etmek lâzımdır:

1. Faizi vücuda getiren bir *para karzı* ise, bakılır:

a) *Ö. K. m. 1 de zikredilen şahıslarla yapılmışsa*, karz ister *adi*, ister *ticarî olsun*<sup>78</sup> % 7 faiz miktarını aşan faiz fâhiştir ve bu halde, Ö. K. a nisbetle daha umumî bir mahiyet taşıyan M. N. nin mülga olmıyan 6 ncı maddesi mucibince borçlu ile alacaklı arasında ikraz muamelesi veya istikraz devam ettikçe ister nakli hesap edilmiş olsun ve ister borç senedi

76) Bk.: *Ödünç Para Verme İşleri Kanunu* m. 1. - *Mardin*, a. g. e., s. 254 v. d.

77) Bk.: B. K. m. 103, 192, 205, 210, 392, 394, 413, 416, 422, 431, 527. - M. K. m. 385, 729, 737. - Tc. K. m. 128, 129, 162, 574, 575, 606, 630, 830.

78) *Hırs*, a. g. e., s. 667 v. d.

tecdit ve tebdil kılınmış bulunsun, fâhiş faizin haddi nizamisine, yani % 7 ye (açık kredi şeklindeki muamelelerde % 9 dahil) tenzili iddia edilecektir.

b) *Adî şahıslarla yapılmışsa*, % 9 faiz miktarını aşan faiz fâhiştir<sup>79</sup>, bu halde, *gabinin unsurları tahakkuk etmese dahi*, M. N. m. 6 mucibince, borçlu ile alacaklı arasında ikraz veya istikraz devam ettikçe ister nakli hesap edilmiş olsun ve ister borç senedi tecdit ve tebdil kılınmış bulunsun, fâhiş faizin haddi nizamisine, yani % 9 a tenzili iddiası kabul edilebilir.

Yalnız burada (a) ve (b) hallerine şâmil bir iki noktaya işaret etmek isteriz: Faiz her kaç sene mürur ederse etsin nihayet resülmal miktarını tecavüz etmiyecektir (*non ultra alterum tantum*). Resülmali hükmetmekle bütün hâkimler memnudur (M. N. m. 4). B. K. m. 308 f. 3 e göre, faizin anaya zammedilerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi, evvelden mukavele edilmiş olsa bile bâtıldır. Hesabı carilerde, ticarî faiz hesaplarının ve hususiyle tasarruf sandıklarında olduğu gibi faize faiz yürütmek âdet olan muamelelerin tâbi olduğu hükümler mahfuzdur<sup>80</sup>.

Borç tamamen ödenmiş ve borçlu muameleyi nihayete erdirmişse, M. N. m. 6 mucibince fâhiş faizin istirdadı iddiası mesmu olmaz. Prof. *Ebü'l-ülâ Mardin*, bu hükmü şu şekilde izah etmektedir: «Bu hükmün mesnedi garp hukukunda tabii borç vaziyeti için kabul olunan ana hükümdür. Tabii borçlarda edadan sonra müedda istirdat edilemez. Menlehülhak vaziyetinde mülâhaza ettiğimiz adam böyle bir alacak için dâva açamaz. Görüyorsunuz, bu hükümde de hukuku âmmeye taallük eden bir cihet yoktur. Tabii borcun ana hükmü başka suretle ifade edilmektedir. Nizamnamede bu yolda bir hüküm olmasaydı, bugün vaziyet tabii borç mahiyetinde tecelli ettiğine göre meseleyi gene bu tarzda hallecektiniz<sup>81</sup>». Bîzce Nizamnamede bu yolda bir hüküm bulunmasa idi, fâhiş miktarda alınan faiz'in gene istirdadı mümkün olacaktı. Bu imkânı ortadan kaldıran borcun bünyesi değil, nizamnamenin sarahatidir<sup>82</sup>.

79) Aksî kanaat: *F. M. Alperen*, a. g. e., s. 112.

80) Bu hususta M. N. m. 5 te biraz farklı bir hüküm mevcuttur. Bu hükme göre: «İkrazata faizi mürekkep yürütülmesi caiz değildir. Ancak evvelâ: meblâğı müstakrara mahsuben 3 sene zarfında medyun tarafından akça teslim olunmamış bulunduğu, saniyen: 3 sene işlemiş bulunan faizin resülmale zamanı için dayın ve medyun beyinde ittifak hasil olduğu halde yalnız 3 sene için faizi mürekkep yürütülebilir. Tc. K. hükmünce beynettüecar hesabı cariden neşet eden faizi mürekkep muamelâtı bundan müstesnadır.» - Biz, Prof. *Hîrî*'in kanaatine uyarak, B. K. m. 308 f. 3 ü, M. N. m. 51 i ilga etmiş ve bu sebeple yukarıda mevzuubahs edilen Tevhidi İçtihat Kararının, bu bakımdan hatalı bulunduğu fikrindeyiz. Bk.: *Hîrî*, a. g. e., s. 669, 670.

81) *Mardin*, a. g. e., s. 250, 251.

82) Aynı kanaat: *Arsebük*, a. g. makale, s. 576, not 3.



2. Faizi vücuda getiren muamele *para karzından başka bir muamele* ise, meselâ yukarıda da söylediğimiz gibi, veresiye satışlarda, semene faiz işliyeceği ve bu faizin miktarı tayin edilmişse vaziyet ne olacaktır?

Ö. K., isminde de söylenildiği gibi *ödünç para verme*, yani para karzına mütealliktir<sup>83</sup>. Buna mukabil M. N., 1 inci maddesinde «*her nevi müdayenatı* adiyeye ve ticariyedeki» faiz haddinden bahsetmek suretiyle bir genişlik, karzdan başka hallerdeki borç münasebetlerindeki faizlere de kabili tatbik bir vasıf arzeder gibi görünüyorsa da; ticarî borçlara müteallik genişlik mezkûr 1930 tarihli Tevhidi İçtihat Kararında da tebarüz ettirildiği veçhile, Tc. K. nun neşriyle ortadan kalkmış<sup>84</sup> olduğu gibi, aynı M. N. m. 4 te «*ikrazat faizi*», m. 5 te «*ikrazata faizi mürekkep*», «*meblâğı müstakraza*», m. 6 da «*muameleyi ikraz ve istikraz*» dan bahsetmek suretiyle, yalnız para karzına inhisar ettiğini belirtmektedir.

Binaenaleyh, faizi vücuda getiren muamele, para karzından başka bir muamele ise, bizce, faizin miktarı yukarıda mevzuubahis nisbetlere bağlı olmıyarak, *gabın unsurlarının tahakkuku şartıyla*<sup>85</sup> B. K. m. 21 faaliyete geçebilecektir<sup>86</sup>. Hiç şüphe yok ki, açık nisbetsizliği takdir ederken, hâkimin yukarıdaki nisbetlerden mülhem olması imkân dahilindedir<sup>87</sup>.

3. Tc. K. m. 654, *ticarî mevadda* faiz miktarının serbestçe tayin olunabileceğini beyan ettiği ve B. K. m. 72 de olduğu gibi mukavele ile faiz miktarının tayini meselesinde suiistimalin men'ini hukuku âmme kanunlarının mahfuziyetinde bırakmadığı için, M. N. ve — m. 1 de tasvir edilen şahıslar dışında — Ö. K. ile tayin edilen faiz miktarlarının, ister para karzından, ister diğer bir akitten neşet etsin, ticarî mevatta tatbik edilemeyeceği kabul edilebilir. Nitekim, *Yargıtay*, mezkûr 29/I/1930 tarih ve 23 sayılı Tevhidi İçtihat Kararında: «Aynı günde mevkii meriyete giren B. K. nun 72 nci maddesinde mukaveleye faiz meselesinde suiistimalin men'i hukuku âmme kanunlarına, M. N. e tâbi olduğu tasrih edilmişken, buna muhalif olarak Tc. K. nun 654 üncü maddesinde faiz miktarı serbestçe tayin olunabileceği gösterilerek faizin haddi azamî tahdit kılınmamış olmasına mebni *mevad ve muamelâtı ticariyede*, mukavele ile tayin olunacak faiz miktarı serbest olup M. N. ne tâbi değildir» demektedir<sup>88</sup>.

83) *Mardin*, a. g. e., s. 261.

84) Bk.: Not 74.

85) Bk.: *Dr. Halid Kemal Elbir*, *Gabın unsurları*, İst. Baro Der. 1951, sah. 193 v. d.

86) *Mardin*, a. g. e., s. 248, 250.

87) B. K. m. 21 in faize tatbiki hususunda başka bir görüş tarzı için bk.: *Alperen*, a. g. e., s. 120 v. d.

88) Bk.: Not: 74.

Yalnız, *Yargıtaya göre*: «Ticaret Kanununun 654 üncü maddesi hükmünce ticarî mevatta faiz miktarı, yani yüzdesi serbestçe tayin edilebilirse de, B. K. m. 72 de mukavele ile faiz meselesinde suiistimalin men'i hukuku âmme kanunlarına ait olduğu musarrah olup, bir hukuku âmme kanunu olan M. N. halen mer'î, hesap neticesindeki faiz yekûnu hakkında, ticaret muamelelerine de şâmil olan hükümlerine göre, faiz tutarı ana parayı geçemez»<sup>89</sup>.

İşte, bizce, B. K. m. 21, ticarî muamelelere de kabili tatbik bir mahiyet taşıdığından<sup>90</sup>, ticarî muamelelerdeki faiz miktarında mutlak serbestî prensibi karşısında hususî bir ehemmiyet iktisap etmekte ve gabinin şartları tahakkuk ettiği takdirde, fâhiş ticarî faiz anlaşmasının feshine gidilebilmektedir<sup>91, 92</sup>.

**Dr. Halid Kemal Elbir**

89) *Yarg. Tc. D. K.* 1552, tar. 10/IX/1943, (*Arıc.*, a. g. e., s. 300, No. 563) - Aynı kanaat: *Berker*, a. g. makale, s. 1679.

90) Ticarî mevatta ve tüccar arasında gabin iddiasında bulunulup bulunulmayacağı oldukça münakaşalı bir meseledir. Şu noktayı tebarüz ettirmek isteriz ki, bizce, B. K. m. 21 normu Tc. K. m. 2 deki silsilei meratibin başında bulunan «kanunen muteber mevât» mefhumuna dahildir. Tıpkı hata, hile, ikrah tesiri altında yapılan bir anlaşma nasıl hata, hile veya ikraha düçar olan şahıs tarafından, ister âdil, ister ticarî olsun, ilzam edici kudretini kaybediyorsa, gabinli bir muamele bakımından da vaziyet buna benzemektedir. Binaenaleyh, B. K. m. 21 i, Tc. K. m. 2 deki tertibin sonunda değil, fakat başında tetkik ve tasavvur etmek lâzımdır. Kaldı ki, Tc. K. un bizzat kendinde B. K. m. 21 e zımnî bir atıf mevcuttur, denilebilir. Gerçekten, Tc. K. m. 679 a binaen: «Hilâfî mukavelenamede musarrah olmadığı surette *hakkaniyetin* ve örfü ticarî ile kanunun icap ettiği ahkâm zimnen mukavelede farzolunur.» B. K. m. 21 in, hakkaniyet mefhumunun borçlar hukuku sahasında en bariz bir tecellisi olduğu kabul edildiği takdirde, görülür ki: a) Akitte hilâfî tasrih edilmediği takdirde, örfü ticarî dahi olsa, hakkaniyet kaldelerinin ve bunlar arasında mevcut olan gabin sebebiyle fesih hakkının mukavelede dahil olduğunu farzetmek lâzımdır. b) Mukavelede aksi tasrih edildiği takdirde, yukarıda da tebarüz ettirmeye çalıştığımız gibi, Tc. K. m. 2 mucibince bu şart bâtil olup B. K. m. 21 i tatbik gene mümkün olur. - Bk.: *Dr. Halid Kemal Elbir*, Ticaret hukukunda gabin iddiası, *İleri Hukuk*, sayı 56, Şubat 1950, s. 891 v. d.

91) Aynı kanaat: *Hirs*, a. g. e., s. 678; *Mardin*, a. g. e., s. 253 v. d.

92) Tebarüz ettirmeliyiz ki, modern gabin mefhumu ile fâhiş faiz meselesi aynı şey değildir. Gabin halinde, karşılıklı edimler aktin inikadında birbirinin karşısında mevcut bulunmakta iken, fâhiş faizde ortada, aktin inikat ânında mevcut olan sadece bir nisbettir. Keza gabin akitteki asıl borçlar arasında tayin edildiği halde, faiz fer'î bir borç olduğundan, fâhiş faiz meselesinde bir asıl edim, meselâ karzda ödünç alınan miktarın iadesi borcu ile, fer'î bir borç olan faiz nisbellendirilmektedir. Buna rağmen, tayin edilen faiz miktarı ile, mukabil faiz ediminin ne olacağını tayin imkân dahilinde bulunduğundan, faiz sahasında gabinden bahsetmek mümkündür.