

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AŞIRI YARARLANMA

OYLUM ÖZDEMİR

2501151442

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. MEHMET TUFAN ÖĞÜZ

İSTANBUL, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : OYLUM ÖZDEMİR

Numarası : 2501151442

Anabilim Dalı /
Anasat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK

Danışmanı : PROF. DR. MEHMET TUFAN ÖĞÜZ

Tez Savunma Tarihi :

Saati :

Tez Başlığı : AŞIRI YARARLANMA

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. MEHMET TUFAN ÖĞÜZ		Kabul
2-PROF. DR. MEHMET SERKAN ERGÜNE		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ CÜNEYT BELLİCAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ CAHİT GÜNEL		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ SABAH ALTAY		

ÖZ
AŞIRI YARARLANMA
Oylum ÖZDEMİR

Aşırı yararlanma Türk Borçlar Kanunu madde 28’de yer bulan, sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilen bir sınırlamadır. Aşırı yararlanma, sözleşmenin zayıf tarafına çeşitli haklar tanımaktadır. Bu haklar, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı veya sözleşmeyi adil bir dengeye kavuşturma hakkı olarak sıralanabilecektir. Çalışmamız kapsamında, aşırı yararlanmanın tarihi gelişimi, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki görünüşü, benzer hukuki kavramlardan farkları ile hukuki niteliği, oluşması için aranan unsurlar, hüküm ve sonuçları ile aşırı yararlanmanın uygulamaya yansımaları ve bu kapsamda uygulamada tartışma yaratan ve yaratabilecek konular incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aşırı yararlanma, gabin, laesio enormis, edimler arası oransızlık, sözleşme özgürlüğü

ABSTRACT
UNDUE INFLUENCE
Oylum ÖZDEMİR

Undue influence regulated in Turkish Code of Obligations Article 28 and it is a limitation of the principle of freedom of contract. Undue influence provides certain rights to the weak party of the contract, such as not to be bound by the contract or balance the disadvantaged position of the contract. Within the scope of this thesis, the historical development, appearance in the European legal system, objectives, legal nature of the concept based on its differences from similar legal concepts, requirements, scope of application, effects and consequences and controversial topics of undue influence are examined.

Keywords: Lesion, undue influence, unfair exploitation, laesio enormis, freedom of contract

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tez çalışması olarak oluşturulan ve “Aşırı Yararlanma” adını alan bu çalışmada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında yer alan aşırı yararlanma kavramı aktarılmaya çalışılmış ve konu hakkında uygulamada gündeme gelen veya gelebilecek olan sorunlara değinilmiştir. Çalışmanın amacı, aşırı yararlanmanın hukuki niteliğini vurgulamak ve dinamik hukuk düzeninde aşırı yararlanma kavramının ne kadar geniş bir çerçeveye hitap ettiğini göstermeye çalışmaktadır. Tezin hazırlanması esnasında yardım ve desteklerini gösteren kişilere teşekkür etmek isterim.

Tez danışmanlığımı üstlenen, tezin yazımı aşamasında fikirleri ve desteği ile bana yol gösteren sayın hocam Prof. Dr. M. Tufan Ögüz’e çok teşekkür ederim.

Dostum, Ar. Gör. Aylin Hekim’e manevi desteği, yardımı ve bana duymuş olduğu güven için çok teşekkür ederim.

Akademik olarak ilerlemem adına her zaman beni teşvik eden, attığım her adımda önüme ışık tutan, hukukçuluğunu ve başarısını örnek aldığım, kardeşi olmaktan her zaman gurur duyduğum canım ablam Ar. Gör. Olgu Özdemir’e sonsuz teşekkürlerimi ve sevgilerimi sunarım.

Canım annem Mükerrerem Özdemir ve canım babam Hüseyin Rahmi Özdemir, idealist düşünce ile hukuk ilmini gerek hakim gerekse avukat olarak icra etmeleri sayesinde bana küçük yaşlardan itibaren hukuku sevdirmiş ve yaşadığım her olaya, okuduğum her metne farklı hukuki perspektiflerden bakmamı sağlamışlardır. Mesleğini seven bir avukat olarak bugünlere gelebilmem ve tüm başarılarım onların sevgisi ve harcadıkları emek sayesinde. Çalışmanın her aşamasında yanımda olan annem, babam ve ablama minnet, sevgi ve teşekkürlerimi sunarım.

Oylum Özdemir

İstanbul, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AŞIRI YARARLANMA (GABİN) KAVRAMININ DOĞUŞU VE GÜNÜMÜZE KADAR GEÇEN SÜREÇ

I. Genel Olarak	3
II. Roma Hukuku	4
III. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi İçerisinde Aşırı Yararlanmanın İncelenmesi:	
Avusturya, Fransa, Almanya ve İsviçre Hukuku	7
A. Avusturya Hukuku	7
B. Fransız Hukuku	9
C. Alman Hukuku	12
D. İsviçre Hukuku	16
IV. İslam Hukuku	18
V.818 Sayılı Borçlar Kanunu Dönemi ve Günümüz	21

İKİNCİ BÖLÜM

AŞIRI YARARLANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

I. Aşırı Yararlanmanın Benzer Kavramlardan Farkı ve Hukuki Niteliği	25
A. Genel Olarak	25
B. Ahlaka Aykırılık ile Farkı	25
C. İrade Bozuklukları ile Farkı	29
D. Genel İşlem Koşulları ile Farkı	33
E. Aşırı İfa Güçlüğü ile Farkı	34
F. Aşırı Yararlanmanın Hukuki Niteliği	35

II. Aşırı Yararlanmanın Oluşması İçin Aranan Unsurlar.....	37
A. Edimler Arasındaki Açık Oransızlık.....	37
B. Taraflar Özelinde Aranan Subjektif Unsurlar.....	41
1. Deneyimsizlik	42
2. Düşüncesizlik	43
3. Zor Durumda Kalma	44
4. Aşırı Yararlanma Kastı	47
III. Unsurların Dinamik Niteliği – Numerus Clausus Olarak Nitelendirmeye	
Eleştirel Bir Bakış	50
IV. Unsurların Kümülatif Niteliği	51
V. Unsurların Varlığını Tespit Edecek Kişi.....	52

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AŞIRI YARARLANMANIN HUKUKİ SONUÇLARI İLE UYGULAMADAKİ İZDÜŞÜMÜ

I. Aşırı Yararlanılanın Sahip Olduğu Haklar, Nitelikleri ve Sözleşmeye Etkileri	54
A. Genel Olarak	54
B. Aşırı Yararlanma Şartlarını Taşıyan Sözleşmelerin Geçerliliği veya Geçersizliği Hakkında Meydana Gelen Görüş Farklılıkları.....	54
C. Seçimlik Hakların Hukuki Nitelikleri.....	56
D. Sözleşme İle Bağlı Olmadığını Bildirme Hakkı	58
E. Edimler Arası Oransızlığın Giderilmesini İsteme Hakkı.....	60
II. Seçimlik Hakların Kullanılmasında Süre.....	62
A. Genel Olarak	62
B. Aşırı Yararlanmanın Dava Yoluna Başvurması.....	65
III. Seçimlik Hakların Kullanılmasında Şekil Şartı	67
IV. Seçimlik Hakların Dava Yolu ile Kullanılmasında Hakimin Rolü.....	69
V. Aşırı Yararlanmaya Konu Sözleşmeye Uygulanacak Hukuki Sonuçlarda Zaman	
Bakımından Uygulama	72
VI. Uygulamada Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesinde Öne Çıkan	
Farklılıkların Ele Alınması.....	75

A. Tacirlerin Taraf Oldukları Sözleşmelerde Aşırı Yararlanmaya Dayanılabilirler mi?.....	75
B. Temsilci Aracılığı İle Akdedilen Sözleşmelerde Aşırı Yararlanmaya Dayanılabilir mi?.....	80
C. Uzlaştırmacı Aracılığıyla Yapılan Uzlaşma İşlemleri ve Arabuluculuk İşlemlerinde Aşırı Yararlanmadan Bahsedilebilir mi?.....	82
D. Usul Hukuku Kapsamında Aşırı Yararlanma İddiasında İspat Yükünün Değerlendirilmesi	87
SONUÇ	90
KAYNAKÇA	94

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
ABGB	: Avusturya Medeni Kanunu
Art.	: Madde
B.	: Baskı, Bası
BAM.	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BGE.	: İsviçre Federal Mahkemesi Kararı
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C. / V.	: Cilt
CC	: Fransız Medeni Kanunu
Çev.	: Çeviren
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
e.t.	: Erişim tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
N. / §	: Paragraf, Bölüm
OR.	: İsviçre Borçlar Kanunu

recht	: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri/leri
vd.	: ve devamı / ve diğerleri
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Sözleşme özgürlüğünün esas alındığı Türk Hukukunda sözleşme taraflarının eşit olduğu ve güç dengesinin adil bir çizgide bulunduğu kural olarak kabul edilmektedir. Ancak sözleşme taraflarından birinin diğerine kıyasla güçsüz olduğu ve korunmaya muhtaç bir durum içerisinde bulunduğu durumlarda, sözleşmede belirlenen edimin veya edimlerin adil olmaktan uzak bir şekilde belirlendiği haller gündeme gelebilmektedir. Bu hallerde sözleşmeye müdahale edilerek edimler arası adil dengeyi kurma çabası güdülmüş ve bunu sağlamak adına kanun koyucu tarafından çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemelerin başında “aşırı yararlanma” gelmektedir.

Türk Hukukunda adalet duygusunun etkisi ile sözleşme taraflarının özelinde, kanun koyucu tarafından aranan “güçsüzlüklerin” ve dengenin önemli ölçüde sarsıldığının tespiti halinde taraflarca belirlenen sözleşmenin koşullarının değiştirilmesi veya iptalini mümkün hale getiren aşırı yararlanma, uygulamada sıklıkla yer bulmuş ve çoğu hukuki ihtilafa çözüm bulunmasına temel olan hukuki sebebi oluşturmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile arılaştırılan kavram olarak ortaya çıkan aşırı yararlanma, eski ve bilinen adıyla gabin, Türk Borçlar Hukuku sistematğinde sözleşme özgürlüğü ile sözleşme adaleti ilkesi arasında adeta bıçak sırtında kalan bir kavram olması nedeniyle bu kavramın getirileri ve götürülerinin tam anlamıyla uygulamaya dökülmesinde sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Aşırı yararlanmanın günümüzdeki yerini görebilmek adına, çalışmanın birinci bölümünde kavramın geçmişi incelenmiş, tarihsel süreç içerisinde ne gibi aşamalardan geçtiği aktarılmaya çalışılmış, bu kapsamda Roma Hukuku, Kıta Avrupası hukuk sisteminden bazı ülke hukuklarındaki görünümü ve İslam Hukukunda aşırı yararlanmaya yer verilmiştir. Birinci bölümün son kısmında ise kısaca ve genel hatları ile 818 sayılı Borçlar Kanunu ve günümüz kanun düzenlemesi kapsamında aşırı yararlanmadan bahsedilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde, aşırı yararlanma kavramının Türk borçlar hukuku çerçevesinde benzer kavramlardan farklı yönleri aktarılmaya çalışılmış ve kavramın hukuki niteliği tartışılmıştır. Ayrıca bu bölümde, aşırı yararlanmanın içeriğine inilerek unsurlarına yer verilmiş, unsurların detaylarının daha iyi anlaşılabilmesi için uygulamadan örneklere yer verilmiştir. Bu bölümde aynı zamanda, unsurların sınırlı sayıda olup olmadığı tartışılmış, zaman bakımından hangi anda hangi unsurların varlığının arandığı değerlendirilmiş ve son olarak unsurların varlığını kimin tespit etmesi gerektiği incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, aşırı yararlanma ile doğan seçimlik haklarda şekil şartı mevcut olup olmadığı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen hak düşürücü sürelerle ilgili değişiklikler ve sürelerin yeni kanun öncesi akdedilen sözleşmelere etkisi değerlendirilmiştir. Bu bölümde aynı zamanda hakların ne şekilde kullanılabileceği tartışılmış, dava yolu ile ileri sürülen haklarda hakimın tarafın seçimine müdahale imkanı olup olmadığı değerlendirilmiştir. Son olarak, uygulamada aşırı yararlanma özelinde ortaya çıkabilecek uyumsuzlıklara yer verilmiş ve bu kapsamda tacirler yönünden aşırı yararlanmanın uygulanabilirliği, temsilci aracılığı ile akdedilen sözleşmelerde aşırı yararlanma iddiası, uzlaşma ve arabuluculuk tutanaklarının aşırı yararlanma yönünden görünümüleri ve nihayetinde usul hükümleri çerçevesinde aşırı yararlanmaya ilişkin ispat düzenlemeleri değerlendirilmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışmada yapılan tartışmalara kısaca tekrar değinilerek yapılan tespitler açıklanmıştır.

Çalışmanın genelinde yapılan anlatımlarda doktrin görüşlerinin yanı sıra Türk yargı kararları ve özellikle yeni faaliyete geçen Bölge Adliye Mahkemesi kararlarından erişilebilen örneklere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM:

AŞIRI YARARLANMA (GABİN) KAVRAMININ DOĞUŞU VE GÜNÜMÜZE KADAR GEÇEN SÜREÇ

I. Genel Olarak

818 sayılı Borçlar Kanunu¹ (“BK”) döneminde “gabin” adıyla geçen kavram, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² (“TBK”) ile “aşırı yararlanma” adını almış olup bu kavramların kökeni Roma Hukukuna kadar dayanmakta, tarihsel süreç içerisinde günümüz Türk Hukukuna kadar birçok aşama kaydetmekte ve her hukuk kuralı gibi toplum ihtiyacını karşılar nitelikte gerek mevzuatta gerekse uygulamada yansımaları değişmektedir. Adı geçen kavramlar, genel olarak karşılıklı sözleşmelerde bir tarafın, diğer tarafın zor durumu, düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden yararlanma kastı ile sözleşme akdetmesi ve bu sözleşmedeki menfaat terazisinin yararlanan lehine önemli ölçüde eğilmiş olmasını ifade etmektedir³. Menfaat terazisini eşitlemek

¹ RG T. 29.04.1926, S. 359

² RG T. 04.02.2011, S. 27836

³ Halid Kemal Elbir, “**Gabin**”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1951, İstanbul, s. 14 (**Gabin**) ; Hasan Halis Sungur, **Gabin**, İstanbul, İstanbul Matbaası, 1953, s. 15(**Gabin**); Hasan Halis Sungur, **Borçlar Kanunu Ve Tatbikatı I Umumi Hükümler**, İstanbul, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, 1943, s. 63(**Borçlar Kanunu ve Tatbikatı**); Andreas von Tuhr, Çev. Cevat Edege, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Birinci Cilt**, İstanbul, 1952, s. 331; Kemaleddin Birsan, **Borçlar Hukuku Dersleri**, B. 3, İstanbul, Tahsin Onuk Matbaası, 1951, s. 102; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I**, B.2, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 248; H. Becker, Çev. Bülent Olçay, **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi (Bern Şerhi)**, C. 6, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, S.8, 1967, s. 116; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.1, B.5, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 243; Lütfü Dalamanlı/ Faruk Kazancı/ Muharrem Kazancı, **İlmi Ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, C.1, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 250; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 7, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s. 458; Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, B. 7 (4üncü Bası’dan 7inci Tıpkı Bası), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 480; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. B. Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s.297; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 16, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 134; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 23, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 436; O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, B. 2, İstanbul, Legal Yayınları, 2018, Haluk Nami Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 16, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s. 107; s. 345; Şahin Akıncı, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, B. 10, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s.105 (**Borçlar Hukuku**) ; Çiğdem Mine Aslan, **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 26; Burcu Kalkan, **Türk Hukukunda Gabin**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 51 Erarslan Özkaya, **Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları**, 3. B., Ankara,

yerine olabildiğince dengelemek adına sosyal adalet düşüncesi ile kanun koyucu aşırı yararlanma kurumunu mevzuatımıza katmıştır⁴. Türk Borçlar Kanununa göre aşırı yararlanma düzenlemesi ve uygulamaya yansımalarına geçmeden önce kavramın geçmişi, gelişimi ve günümüz hukukundaki görünümünü incelemek gerekir. Bu nedenle aşağıda Roma Hukukunda aşırı yararlanmanın doğuşu, Kıta Avrupası Hukukundaki görünümü, İslam Hukukundaki yeri ve devamında 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu süreci açıklanacaktır.

II. Roma Hukuku

Günümüz mevzuatında yer alan aşırı yararlanmaya en yakın görünümün bilinen kaynaklardaki geçmişi ve kökeni Roma Hukukuna dayanmakta olduğundan, öncelikle Roma Hukukundaki genel yapı ile aşırı yararlanma yolunda hukuki açıdan ilerlemeler incelenecektir⁵.

Roma hukukunda şimdiki hukuk sistemlerinin ve özellikle Türk Hukukunun temelinde yatan, “*pacta sunt servanda*” olarak adlandırılan sözleşmeyle bağlılık ilkesi genel olarak benimsenmiştir. Bu ilkeye göre esas olan taraflar arasındaki sözleşmedir, yalnızca zorunlu hallerde devlet bu sözleşmeye müdahale edebilmektedir⁶. *Pacta sunt servanda* ilkesi gereği taraflar sözleşme ile bağlı olacak, sözleşmenin şartları, hüküm ve sonuçlarını benimseyeceklerdir. Bu durum sözleşmedeki zayıf tarafı adil olmaktan çok uzak bir şekilde, sözleşme ile bağlı

Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 17; Seda İrem Çakırca, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015, s. 13.

⁴ Süleyman Ali, “Gabin. Şeraitin Mutlak Tahavvülü Halinde Fesih ve Para Borcunda Mücbir Sebep Üzerine Tetkikler”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Yıl:9, S. 10/11, 1935, s. 429; Murat Topuz, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar Ve Ticaret Hukukunda Gabin (Aşırı Yararlanma)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Mehmet Somer’in Anısına Armağan Özel Sayısı, 2006, s. 752.

⁵ Faiz hususunda aşırı yararlanmaya benzer nitelikteki önlemlerin alındığı yasal düzenlemeler, Roma Hukukundan çok daha önceden beri tarih içerisinde izlerini bırakmakta ise de yoğunlukla gündeme geldiğinden ve çağımıza daha yakın düzenlemeler içerdiğinden, Roma Hukukuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup faize ilişkin aşırı yararlanmaya benzer nitelikteki Hammurabi Kanunu, İbrani Hukuku, Yunan Hukuku vb. düzenlemeleri işbu çalışmada yer bulmamıştır. Roma Hukuku öncesi dönem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. : Elbir, **Gabin**, s. 15 vd.

⁶ Erkan Küçükgüngör / Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *Laesio Enormis* (Gabin)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S.1, 2004, s. 78, dn.2.

konuma getirebilecek ve zayıf taraf için sözleşme çekilmez bir hale dönüşebilecektir. Bu durumda adalet dengesinin sağlanması adına, sözleşme taraflarına sözleşmenin koşullarının değiştirilmesi, sözleşme ile bağlı olmama iradesi ileri sürülebilmesi ve benzeri imkanlar tanınması gerekmektedir⁷. *Laesio enormis* (aşırı yararlanma, gabin) düşüncesi bu imkanlardan biri olarak ortaya atılmış olup bugüne değin kullanılmıştır.

Roma hukukunun klasik dönemlerinde edimler arası dengenin sağlanması amacı güdülmesi yerine, liberal devlet politikası izlenilmesi tercih edilmiş, böylece tarafların sözleşmelerde kararlaştırdıkları edimlere devlet müdahalesi söz konusu olmamış ve aşırı yararlanma Roma Hukukunda post klasik döneme kadar doğrudan ortaya çıkmamıştır⁸.

Post klasik dönemde devlet sosyalizmi hakim iken, alıcının satın aldığı şeyleri “*pretium iustum*”la, yani adil fiyat karşılığı alması beklenmiştir⁹. Denetimi sağlamak adına uygulanan yöntemlerden biri, aşırı yararlanmanın kökeni olarak Roma Hukukunda oluşan *laesio enormis* kurumudur¹⁰. Devlet sosyalizmi ile fiyatları kontrol etme ve özellikle satım sözleşmelerinde alıcının borçlarını düzenleme amacı taşıyan bu kurum, ilk olarak Iustinianus zamanında oluşturulan *Codex*’te(Emirname) iki ayrı bölümde yazılı olarak geçmektedir¹¹. Tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk

⁷ Küçükgüngör / Emiroğlu, **a.g.m.**, s. 78, dn.2.

⁸ Turhan Esener / Fatih Gündoğdu, **Borçlar Hukuku I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 170; Şahin Akıncı, **Roma Hukuku Dersleri**, B. 12, Konya, Sayram Yayınları, 2018, s. 131 (**Roma Hukuku**); Kalkan, **a.g.e.**, s. 7.

Aşırı yararlanmanın doğrudan ortaya çıkmasından önce onun izlerinin gündeme geldiği faiz sorunlarına ve Roma Hukukunda getirilen çözümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, **Gabin**, s. 21; Aslan, **a.g.e.**, s. 28.

⁹ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, Gözden Geçirilmiş 2. B., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 18. (“**Sözleşmeden Dönme**”); Tahir Kanık, “Gabin”, **Hukuk ve İçtihatlar Dergisi**, Yıl:6, S. 31, Ocak-Şubat 1951, s.2; Aslan, **a.g.e.**, s. 28.

¹⁰ Vedat Buz, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması İsviçre Federal Mahkemesi’nin 26.06.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd.) Üzerinde Düşünceler”, **BATİDER**, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 56; Aslan, **a.g.e.**, s. 29.

¹¹ C.4.44.2 sayılı *Codex* metnindeki ilgili kısım aşağıdaki gibidir:

“*De rescindenda venditione. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo. Rem maioris pretii si {{tu vel}} pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis vel si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*”

C.4.44.8 sayılı *Codex* metnindeki ilgili kısım aşağıdaki gibidir:

“*Idem AA. et CC. Aureliae Euodiae. Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de*

görüşüne göre, ilk kez imparator Diocletianus¹² döneminde, malın değerinin yarısından aşağı bir semen belirlenmişse bu halde *laesio enormis* gündeme geleceği ve satıcının sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmiştir¹³. Roma Hukukuna göre, sahip olduğu taşınmazı gerçek fiyatının yarısından daha düşük bir rakama satan satıcının, hakim kararı ile kendisine ödenen bedeli geri vererek taşınmazı alması ya da alıcının malın gerçek değerini ödemesi ile sözleşmenin sona ermesini engelleme hakkı olduğu açıklanmıştır¹⁴.

Roma Hukukunda aşırı yararlanma, mal paylaşımı ya da kâr payı tespiti üçüncü kişiye bırakıldığı şirketlerde de gündeme gelmektedir. Buna göre, şirketlerde kar paylaşımının ortaklar arasında değişkenlik gösterebileceği, ancak bir ortağın tüm

eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda”

Raymond Westbrook, “The Origin of *Laesio Enormis*”, *Revue Internationale des droits de l’Antiquité* LV (2008), S.55, 2008, s. 39 e.t. 26.01.2019 (Çevrimiçi).

C.4.44.2 sayılı *Codex* metni Türkçe’ye aşağıdaki gibi çevrilebilecektir:

“Eğer sen veya baban gerçekte daha yüksek bir değere sahip bir malı daha ucuz bir fiyata satmış isen, alıcıya alınan parayı iade ettikten sonra hakim vasıtasıyla satılan gayrimenkulü geri alman ya da alıcının seçimine göre gerçek değerden eksik olan kısmı alman adildir. Ancak daha ucuz bir fiyat, gerçek değer yarısının dahi ödenmemiş olması halinde söz konusu olur.”

Metnin Türkçe çevirisi için bkz. Buz, **a.g.m.**, s. 57, dn. 13.

C.4.44.8 sayılı *Codex* metni Türkçe’ye aşağıdaki gibi çevrilebilecektir:

“Eğer, sen (aile babası) ya da senin oğlun (erkek aile evladı) senin talimatın sonucunda çiftliği satmışsa, satım sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabul edilebilmesi için, satın alanın aldatılmış olması, öüm korkusuyla hareket etmesi ya da vücudu üzerinde işkence yapıldığını ispat etmesi gerekir. Eğer, çiftlik, olması gerekenden daha düşük bir fiyata satılmışsa, bu durum satım sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Açıkçası, satım sözleşmesinin içeriği göz önüne alındığında, alıcı, satım konusu malı daha düşük bir bedelle almak isterken, satıcı, daha pahalıya satma isteğindedir. Yapılan pazarlıklar sırasında, satıcı, istediği fiyatı biraz düşürür, alıcı, önerdiği fiyata biraz ekler ve bu şekilde ortak bir fiyat üzerinde anlaşılır. Bu aşamadan sonra, ne satım sözleşmesini koruyan iyi niyet kuralları ne de üzerinde anlaşılan satım bedeli göz ardı edilebilir. Ancak semen, satılan malın değerinin yarısından az ise, alıcıya daha önceden verilmiş olan seçim hakkının kullanılması beklenenecektir.”

Metnin Türkçe çevirisi için bkz. Küçükgüngör / Emiroğlu, **a.g.m.**, s. 81.

¹² Hangi imparator döneminde olduğu tartışmalı ise de çoğunluk yazarlar imparator Diocletianus döneminde ortaya çıktığını kabul etmektedirler. Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 259 e.t. 26.01.2019 (Çevrimiçi). Tartışma için bkz. **a.e.**, s. 259. dn. 156; Buz, **a.g.m.**, s.56, dn. 11’deki yazarlar.

¹³ Paul Koschaker / Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 231.

¹⁴ Akıncı, **a.g.e.**, s. 131; Buz, **a.g.m.**, s. 56; Aslan, **a.g.e.**, s. 29.

karı edindiği şirket sözleşmelerinde diğer ortakların zarara katlanması geçersiz sayılmıştır¹⁵.

Laesio enormis oluşabilmesi için aranan unsurların sözleşmenin akdedildiği sırada mevcut olması beklenmektedir. Sözleşmede edimler belirlendikten sonra, öngörülemez bir biçimde edimlerden biri diğerine kıyasla önemli ölçüde değerlendirilmiş ise, bu durum *laesio enormis* hukuki sebebi ile çözümlenmeyecektir. Roma Hukukunda yer bulmamış olsa da bu durumda *clausula rebus sic stantibus* olarak adlandırılan sözleşmenin geçerliliğinin kurulduğu andaki koşullara bağlı olması prensiplerine dayanılabilecektir¹⁶.

III. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi İçerisinde Aşırı Yararlanmanın İncelenmesi: Avusturya, Fransa, Almanya ve İsviçre Hukuku

Roma Hukukunun aşırı yararlanmanın temelini oluşturduğu düşünüldüğünde, İslam Hukuku ve Türk Hukukundaki yapıyı çözümlemeden önce Kıta Avrupası hukukuna değinilmesi, günümüz mevzuatını anlamlandırma ve yorumlama konusunda önem arz etmektedir. Bu çerçevede Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde aşırı yararlanmanın yerini tespit adına önemli örneklerin incelenmesi için Avusturya Hukuku, Fransız Hukuku, Alman Hukuku ve İsviçre Hukukunun aşırı yararlanma kapsamında kısa bir incelemesi yapılacaktır.

A. Avusturya Hukuku

Roma Hukuku kapsamında oluşturulan *laesio enormis* kavramına en yakın düzenleme günümüz Avusturya Hukukunda yer bulmuştur¹⁷. Avusturya Medeni

¹⁵ Aslan, **a.g.e.**, s. 29.

¹⁶ Kemal Tahir Gürsoy, **Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara, 1950, s. 28, 29; Emile Thilo, Çev. Bülent N. Esen, ““Laesio Enormis” ve “Clausula Rebus Sic Stantibus” ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not”, **İÜHFİM**, C.1, S.3, 1935, s. 346. (**Laesio Enormis**)

¹⁷ Topuz, **a.g.m.**, s. 747.

Kanunu (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* “ABGB”) m. 934 düzenlemesinde, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, bir tarafın ediminin değeri, diğer tarafın ediminin yarı değerinden az ise, edimi değersizleştirilen taraf sözleşmenin geçersiz hale gelmesi için mahkemeye başvurabilecektir¹⁸. Mahkemeye başvurulması için üç yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür¹⁹. Karşı taraf, sözleşmeyi ayakta tutmak istiyorsa değersizleştirilen edimin gerçek piyasa değerinin tamamı ile sözleşmedeki değer arasındaki farkı vermesi gerekmektedir²⁰. Edimler arasındaki denge/dengesizlik sözleşmenin kurulduğu andaki edimlerin rayiç değerleri göz önünde bulundurularak belirlenebilecektir. Roma Hukukundan farklı olarak Avusturya Hukukunda *laesio enormis* genel hükümlerde düzenlendiği için kural olarak tüm sözleşmelere uygulanabilecektir. ABGB m. 935 uyarınca mahkeme kararına dayanarak açık artırma ile satış yapılmasında, içeriğinde bağışlamanın bulunduğu karma sözleşmelerde, yüksek değerli edime sahip olan tarafın karşı edimi özel bir sebep nedeniyle edinmek istediğini açıklaması veya karşı edimin gerçek değerini bilmesi hallerinde *laesio enormis*ten bahsedilemeyecektir²¹. Ayrıca aynı maddede, tarafların, sözleşme nedeniyle *laesio enormis* hukuki sebebine dayanamayacaklarına ilişkin önceden anlaşma yapamayacakları açıklanmaktadır. Ancak *Unternehmensgesetzbuch* m. 351 uyarınca ticari işlerde *laesio enormis* uygulanmayacağına yönelik taraflar kendi aralarında sözleşme yapılabileceklerdir²².

ABGB m. 934 hükmü haricinde, ABGB m. 879, aşırı yararlanma çerçevesinde Türk Hukukuna daha benzer bir düzenleme içermektedir. Bu düzenleme *Wucher* adını taşımaktadır. *Wucher* kavramı, bir kişinin zor durumundan, düşüncesizliğinden, anlama güçlüğünden, deneyimsizliğinden veya aceleci tavrından yararlanılmasını ve bu suretle sözleşmenin karşı tarafı ya da üçüncü bir kişi lehine, edimler arası açık oransızlık meydana getirecek şekilde sözleşme akdedilmesini ifade etmekte ve bu sözleşmenin kanun ve ahlak kurallarına aykırı olduğunu, bu tip bir

¹⁸ Ahmet Hakan Dağdelen, “Avusturya İfa Aksaklıkları Hukukunun Temel Yapısı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 4, 2017, s. 673.

¹⁹ Dağdelen, **a.g.m.**, s. 674.

²⁰ Thilo, **İçtihat Analizi**, s. 340; Buz, **a.g.m.**, s. 57, dn. 18.

²¹ ABGB m. 935 hükmü haricinde şans oyunlarına ilişkin sözleşmelerde *laesio enormis*’e dayanılamayacağı belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dağdelen, **a.g.m.**, s. 674.

²² Hayrettin Çağlar, “Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması”, **BATİDER**, C. XXXII, S. 4, 2016, s. 76.

sözleşmenin geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacağını açıklamaktadır²³. Edimler arası oransızlık sözleşmenin kurulduğu andaki rayiç değerleri kapsamında tespit edilecek ve bu tespit, göze çarpar, açık bir oransızlık bulunması halinde unsurun olduğu kanaatine varılacaktır²⁴. Maddede sayılan zayıf taraf için aranan subjektif haller, sınırlı sayıda olmayıp örnekleme yoluyla sayılmışlardır. Zayıf tarafın, içinde bulunduğu subjektif durum nedeniyle bu sözleşmeyi yapmış olduğu, normal şartlarda böyle bir sözleşme yapmayacağı kabul edilmektedir. Tüm unsurların aynı anda gerçekleşmesi halinde ABGB m. 879 uygulama alanı bulacaktır.

B. Fransız Hukuku

Fransız Hukukunda yoğun olarak sözleşme serbestisi ilkesi esas alındığı için kanun koyucu *Code Civil* (Fransız Medeni Kanunu, “CC”) kapsamında sözleşmenin feshinin mümkün olduğu halleri sınırlandırmaktadır. Bu nedenle aşırı yararlanma nedeniyle sözleşme ile bağlı olmama hakkı tüm sözleşmelerde değil, ancak kanunun özel olarak yer verdiği hususlarda mümkün kılınmıştır²⁵.

Aşırı yararlanma kavramı, Fransız Hukukunda genel olarak “*Lésion*” olarak anılmaktadır. CC düzenlemesinde genel, tek bir hüküm altında değil, değişik hükümlerde aşırı yararlanmaya değinilmiştir. CC kapsamında aşırı yararlanmanın oluşabileceği sözleşmeler şu şekilde belirtilebilecektir: Küçükler ve reşit olmasına karşın hukuken kısıtlanan kişilerin taraf olduğu tüm sözleşmeler, fikri mülkiyet hukuku kapsamında yazarların ücret sözleşmeleri, miras taksimi sözleşmeleri, şirket taksimine ilişkin sözleşmeler ve taşınmaz satış sözleşmeleri²⁶. CC kapsamında sayılan bu sözleşmeler ile özel kanunlarda öngörülen sözleşmeler dışında aşırı

²³ Çakırca, **a.g.e.**, s. 76, dn. 255; Dağdelen, **a.g.m.**, s. 673.

²⁴ Çakırca, **a.g.e.**, s. 76, dn. 256.

²⁵ Elbir, **Gabin**, s. 68; Halid Kemal Elbir, “Fransız Hukukunda Gabin Hakkında Bir İnceleme”, **A. Samin Gönensay’a Armağan**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955, s. 513 (**Fransız Hukukunda Gabin**); Topuz, **a.g.m.**, s. 744.

²⁶ Birsen, **a.g.e.**, s. 105; Kalkan, **a.g.e.**, s. 24; Çakırca, **a.g.e.**, s. 78; https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1959/13723/version/3/file/Code_35.pdf Çevrimiçi, (E.T. 18.08.2018); Düzenlemelere ilişkin maddeler sırasıyla şu şekildedir: CC Art. 1305, 887, 1872, 1674.

yararlanma iddiasında bulunulması mümkün değildir²⁷. Ayrıca aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için işlemin tek taraflı hukuki işlem olmaması gerektiği, tek taraflı hukuki işlemlerde aşırı yararlanma iddiasında bulunulamayacağı kabul edilmektedir²⁸.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılmaması nedeniyle, öncelikle taşınmaz satış sözleşmelerinde aşırı yararlanmanın nasıl gündeme geleceğinin incelenmesi gereklidir.

Taşınmaz satış sözleşmelerinin karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden olmasının doğal bir sonucu, bir tarafın diğerine nazaran daha çok menfaat elde etmesidir. Aşırı yararlanma konusunun Fransız kanun koyucusu tarafından tartışıldığı dönemde Napolyon, kişinin kendi gayrimenkulü nezdindeki tasarrufunun yalnızca kişiyi değil tüm toplumu ilgilendirdiği ve bu nedenle tasarrufun belirli bir çerçeveye ile sınırlandırılabilceğini belirtmiş, taşınmaz alım satımında aşırı yararlanma kabul edilmiştir²⁹. Birsen, Fransız Hukukunda yalnızca taşınmazlarda aşırı yararlanmanın kabul edilmesi görüşünün kaynağı olarak taşınmazların satımında taşınırlara kıyasla alıcı bulma imkanın güç olması ve taşınır satıcısının bu sebeple çekebileceği zorluklar gerekçe gösterilmiştir³⁰.

CC Art. 1674 hükmü, taşınmaz satış sözleşmelerinde taraflar arasındaki menfaat dengesinin nasıl olması gerektiğini açıklamıştır³¹. Buna göre sözleşmede kararlaştırılan bedel ile taşınmazın gerçek değeri arasında 7/12 oranında bir denge beklenmektedir. Dolayısıyla taşınmazın gerçek değerinin 5/12'sinden daha düşük bir bedel karşılığı satılan taşınmazda aşırı yararlanma nedeni ile sözleşmenin iptali talep

²⁷ CC haricinde özel kanunlarla getirilen düzenlemelerde aşırı yararlanmaya yer verilmiştir. Gübre ve Yem Satışlarına Yönelik Kanun (08.07.1907), Denizde Kurtarma ve Yardıma İlişkin Kanun (29.04.1916), Ticarethane Satışlarına Yönelik Kanun (29.06.1935). Bkz. Çakırca, **a.g.e.**, s. 76.

Yukarıda belirtilen özel düzenlemelerin yanı sıra “*sweatshop*” olarak adlandırılan sağlık kurallarına aykırı, işçilerin düşük ücretle ve kötü koşullarda çalıştırıldıkları iş ilişkilerinde aşırı yararlanmanın söz konusu olabileceğine yönelik 1915 tarihli özel kanun düzenlemesi getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. James Bradley Thayer, “*Laesio Enormis*”, **Kentucky Law Journal**, C. XXV, S. 4, 1937, s. 329.

²⁸ Esener/Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 171.

²⁹ Elbir, **Gabin**, s. 73; Elbir, **Fransız Hukukunda Gabin**, s. 516,517.

³⁰ Birsen, **a.g.e.**, s. 105.

³¹ CC Art. 1674 düzenlemesi Türkçe olarak şu şekilde açıklanabilecektir: “*Satıcı bir gayrimenkulün semeninde on ikide yediden fazla nispette zarara (gabine) uğramış olursa, sözleşmede feshi talep hakkından feragat ve kıymet fazlasını bağışladığını beyan etmiş olsa bile, satımın feshini istemek hakkını haizdir.*” Bkz. Andreas B. Schwarz, Çev. Bülent Davran, **Borçlar Hukuku Dersleri**, C. 1, İstanbul, 1948, s. 348; Buz, **a.g.m.**, s.58.

edilebilecektir³². Taşınmazın gerçek değeri tespit edilirken sözleşmenin kurulduğu andaki değeri göz önüne alınmaktadır³³.

Taşınmaz satış sözleşmesinde yalnızca satıcı aşırı yararlanma iddiasına dayanarak sözleşmenin iptalini isteyebilmektedir³⁴. Alıcı sözleşmenin iptali yönünde talep hakkına sahip değilse de CC Art. 1681'e göre, alıcı verdiği parayı iade alarak taşınmazı geri verebilir veya bedelin onda birinin indirilmesi koşuluyla gerçek fiyatı tamamlayarak malı elinde bulundurma ve sözleşmeyi ayakta tutma hakkına sahiptir³⁵. Yalnızca satıcıya sözleşmenin iptali hakkının tanınması ve alıcıya eksik bedeli tamamlamakla sözleşmeyi ayakta tutma hakkının verilmesi Roma Hukukundaki düzenleme ile benzerlik göstermektedir.

Aşırı yararlanılan -taşınmaz satıcısı- iptal hakkını ancak dava yoluyla ve sözleşme tarihinden itibaren başlayan iki yıllık hak düşürücü süre içerisinde kullanabilmektedir³⁶. Bu durumda aşırı yararlanmaya maruz kaldığını iddia eden kişi iddiasını ispat etmelidir. Dava süresince hakimın sözleşmeye müdahale imkanı bulunmamaktadır³⁷.

Taşınmaz satımına ilişkin sözleşmede taşınmazın değeri, sözleşmenin kurulduğu anda belli olmayan, ihtimale dayalı sözleşmeler ile Mahkemeler tarafından yapılan satımlar ve kamu yararı gözetilerek kamulaştırma yolu ile idareye yapılan satımlarda aşırı yararlanma iddiası ileri sürülememektedir³⁸.

Miras taksimi konusunda düzenlenen sözleşmelerde taşınmaz satımına benzer olarak edimler arasındaki "maksimum oran" kanun tarafından sınırlandırılmış ve sınırın aşıldığı ihtimallerde aşırı yararlanma sebebi ile sözleşmenin iptalinin talep edilebileceği açıklanmıştır³⁹. Buna göre, mirasçının payına düşecek hissesi, sözleşme yapılmasa idi terekenin kanunen belirlenen paylara göre paylaşımına kıyasla 1/4'ünden az bir değer taşıyor ise kendisine az pay verilen mirasçı dava ikame edebilecektir⁴⁰. Malların kıymeti taksim sözleşmesinin kurulduğu andaki değerlerine

³² Kalkan, **a.g.e.**, s. 25.

³³ Elbir, **Gabin**, s. 88.

³⁴ Küçükgüngör/Emiroğlu, **a.g.m.**, s. 84.

³⁵ Thilo, **Laesio Enormis**, 345, dn. 4.

³⁶ CC Art. 1676.

³⁷ Thilo, **Laesio Enormis**, s. 346.

³⁸ Elbir, **Gabin**, s. 84-87; Kalkan, **a.g.e.**, s. 25.

³⁹ Küçükgüngör/Emiroğlu, **a.g.m.**, s. 84.

⁴⁰ Elbir, **Fransız Hukukunda Gabin**, s. 515; Elbir, **Gabin**, s. 79-82.

göre belirlenmektedir. İptal davasının açılması, CC Art. 1304 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir⁴¹. Davalı konumunda olan diğer mirasçılar zarara uğrayan ve dava açarak sözleşmenin iptalini isteyen mirasçının zararını karşılamak sureti ile iptalin önüne geçebileceklerdir⁴². Şirket taksimi ve tasfiyesine yönelik sözleşmeler bakımından aşırı yararlanmanın gündeme gelip gelmeyeceği hususunda CC Art. 1872 hükmü gereği miras taksimini konu eden sözleşmelere atıf yapılmış olduğundan aynı esaslar geçerli olacaktır⁴³.

Fransız Hukukunda son olarak reşit olmayanların taraf oldukları sözleşmelerde aşırı yararlanmaya kısaca değinmek gerekecektir. Küçük, taraf olduğu sözleşmede aşırı yararlanma nedeniyle zarara uğradığını ispat ederse CC Art. 1305 kapsamında sözleşmenin aşırı yararlanma nedeniyle geçersizliğini ileri sürebilecektir⁴⁴. Ehliyetsizlik gibi daha ağır bir geçersizlik halinin varlığı durumunda aşırı yararlanmaya başvurulmasına gerek olmaksızın sözleşme geçersizlik ile karşı karşıya kalacağından, küçüklerin taraf olduğu sözleşmelerde küçüğün ehliyetinin öncelikli olarak incelenmesi gerekmektedir⁴⁵. Küçüğü temsilen yasal temsilcinin küçük adına ve hesabına akdettiği sözleşmelerde aşırı yararlanma iddiasına dayanılamayacaktır⁴⁶.

C. Alman Hukuku

Alman Hukuku, sözleşmelerde sosyal dengenin sağlanmasını aramaktadır. Bu kapsamda sözleşmede daha güçsüz konumda olanı koruyarak sosyal düzeni sağlama amacı taşıdığı söylenebilecektir. Sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak aşırı yararlanma, “*Wucher*” terimi ile anılmakta ve genel hükümlerde Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch* “BGB”) m. 138 içerisinde ikinci fıkrada

⁴¹ Elbir, **Gabin**, s. 84; Kalkan, **a.g.e.**, s. 28.

⁴² Kalkan, **a.g.e.**, s. 27.

⁴³ Elbir, **Gabin**, s. 84.

⁴⁴ Elbir, **Fransız Hukukunda Gabin**, s. 518.

⁴⁵ Elbir, **Fransız Hukukunda Gabin**, s. 519.

⁴⁶ Elbir, **Fransız Hukukunda Gabin**, s. 519, dn. 18.

özel olarak düzenlenmektedir⁴⁷. Fransız Hukukunun aksine bu düzenlemenin sözleşme ya da kişi özelinde değil genel hükümlerde yer bulması kanun sistematığı gözetildiğinde kural olarak tüm sözleşmelerde aşırı yararlanmanın ileri sürülebileceği sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır. Bu nedenle Avusturya Hukukundaki ABGB m. 879'a benzer olduğu söylenebilecektir. BGB m. 138, ahlaka aykırı sözleşmelerin batıl olacağını kaleme alan bir hükümdür⁴⁸. Alman Hukukunda aşırı yararlanma ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olarak değerlendirilmekle birlikte, varlığının tespiti halinde söz konusu sözleşmenin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir⁴⁹.

Alman Hukukunda aşırı yararlanmanın gündeme gelebilmesi için dört şart arandığı ifade edilmektedir. Bunların ilki ve objektif olarak nitelendirilen, bahse konu sözleşmenin karşılıklı edimler içermesidir⁵⁰. BGB m. 138 metninin lafzı gözetildiğinde, aşırı yararlanmanın ancak karşılıklı edimlerin var olduğu sözleşmelerde yer bulabileceği görüşü doktrinde mevcuttur⁵¹.

Aşırı yararlanmanın aranması için Alman Hukukunda, edimler arasında aşırı oransızlığın mevcut olması ve belli başlı subjektif şartların bulunması gerektiği açıklanmaktadır. BGB m. 138 ikinci fıkra için 1976 yılı itibariyle getirilen değişiklik sonucu aşırı yararlanılanın zor durumundan, düşüncesizliğinden, temyiz kudretinde meydana gelen eksiklikten veya önemli bir irade zayıflığından yararlanarak, edimler arasındaki açık oransızlık bulunan bir sözleşme akdedilmesinin aşırı yararlanmaya sebebiyet vereceği belirtilmektedir⁵².

⁴⁷ Necla Akdağ-Güney, "Banka Gabine Maruz Kalabilir mi? İktisat Bankası'nın Gabine Maruz Kaldığına Daire İddiasının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", **BATİDER**, C. XXIII, S. 4, 2006, s. 144.

⁴⁸ BGB m. 138 Türkçe'ye aşağıdaki gibi tercüme edilebilecektir:

"(1): Ahlaka ve adaba aykırı olan bir hukuki işlem batıldır.

(2): Özellikle, başkasının müzayaka hali, tecrübesizliği, karar verme yeteneğindeki eksiklik veya önemli derece irade zayıflığını istismar ederek kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine malvarlıksal vaadler ya da faydalar temin edilmesi suretiyle yapılan açık bir dengesizlik arzeden hukuki işlem batıldır."

Bkz. Detlev W. Belling/ Nurten İnce, "**Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universitaet Potsdam, 2014, s. 9, dn.33.

⁴⁹ Esener/Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 171; Topuz, **a.g.m.**, s. 746.

⁵⁰ Çağlar, **a.g.m.**, s. 71, dn. 5.

⁵¹ Çakırca, **a.g.e.**, s. 69. Sözleşmelerde karşılıklı edimlerin varlığı arandığı için aile hukukuna ilişkin sözleşmeler, kefalet ve bağışlama sözleşmelerinde Alman Hukuku çerçevesinde aşırı yararlanmanın vücut bulamayacağı yazar tarafından açıklanmıştır.

⁵² Buz, **a.g.m.**, s. 59; Topuz, **a.g.m.**, s. 746; Çakırca, **a.g.e.**, s. 68.

Karşılıklı edimli sözleşmeler kapsamında ise maddede aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Buna göre edimler arası oransızlık mevcut olmalı ve bu şartın gerçekleşmesi için edimlerin sözleşmenin kurulduğu andaki rayiç değerleri gözetilmelidir. BGB düzenlemesi oransızlığın ne miktarda olması gerektiği yönünde açık bir hüküm içermese de Alman Federal Mahkemesi kararlarında edimler arasında en az %100 değerinde bir oransızlık bulunması gerektiği sıklıkla belirtilmiştir⁵³.

Aşırı yararlananın zayıf durumda olması ve aşırı yararlananın bu durumdan faydalanması BGB m. 138/2’de aranan diğer şartlardır. “Zayıf durumda olma” halleri BGB m. 138 kapsamında sınırlı sayıda sayılmamış, örnekleme yöntemi ile sayılmış olup her olay özelinde zayıf tarafı sözleşme yapmaya iten sebebin ağırlığının incelenmesi gerektiği açıklanmıştır⁵⁴.

Zayıf durumda olma örnekleri olarak sayılan, tarafın içinde bulunduğu zor durum, gerek tarafın ekonomik olarak içinde bulunduğu zor durumu gerekse kişinin akdettiği sözleşmenin kişiyi zor bir duruma sürükleyeceği anlamlarını ifade edebilmektedir⁵⁵. Tarafın deneyimsiz olmasından kasıt ise kişinin hayat tecrübesinin veya ticari hayata ilişkin bilgisinin ortalamaya kıyasla az oluşu olarak açıklanmaktadır. Deneyimsizlik sebepleri için ise, kişinin farklı yaşam koşulluna sahip bir ülkede yaşamaya başlaması, yaş küçüklüğü ya da benzeri örnekler verebilmek mümkündür⁵⁶. Bir başka subjektif sebep olarak sayılan ayırt etme gücündeki eksiklik ise kişinin taraf olduğu sözleşmedeki hükümlerin kendisi yararına mı yoksa zararına mı olduğunu ayırt edememesi olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu hususta tarafın genel anlayış ya da kavrayış eksikliği değil sözleşme konusu özelindeki yetersizliğinin araştırılması gerekmektedir⁵⁷. Son olarak taraftaki önemli irade zayıflığı, kişinin içinde bulunduğu ruh hali ya da manevi durumu nedeniyle aşırı yararlanmaya konu sözleşmeyi yapma durumuna düşmüş olduğunu ifade

⁵³ Edimler arasındaki oransızlık, edimin piyasa değerine göre endekslenmiştir. Bir örnek vermek gerekirse, piyasa değeri 50 birim olan bir mal 100 birime satılırsa bu durumda %100 oransızlık mevcut olduğu ve aşırı yararlanmanın objektif şartının gerçekleştiğinden bahsedilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 486.

⁵⁴ Çakırca, **a.g.e.**, s. 68, dn. 210; **a.e.** s.71.

⁵⁵ Çakırca, **a.g.e.**, s. 70

⁵⁶ Çakırca, **a.g.e.**, s. 71.

⁵⁷ Çakırca, **a.g.e.**, s. 71.

etmektedir. İrade zayıflığının, irade bozukluğundan daha yoğun bir kavram olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir; alkol, uyuşturucu ya da kumar bağımlılığı irade zayıflığı hallerine örnek verilebilecektir⁵⁸.

Aşırı yararlanılanın zayıf durumundan faydalanılması şartında, faydalanan kişinin yaptığı sözleşmede karşı tarafın durumunu ve oransızlığı bilmesi ve bu durumdan faydalanma amacı gütmesi kısacası yararlanma halini “bilmesi” gerekmekte ise de kişide yararlanma “isteği” aranmaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁵⁹.

Alman Hukukunda aşırı yararlanmanın genel hatlarına değinilmesinin yanı sıra Alman hukuku bir kısım doktrin görüşlerinde ve uygulamada yer bulan “kum yığını teoremi” (*Sandhaufentheorem*) adı verilen kavramdan bahsedilmesi gerekmektedir. Kum yığını teoreminde aşırı yararlanmada tüm unsurların bir arada olmasına gerek olmaksızın bir unsurun çok yoğun bir şekilde var oluşu ile aşırı yararlanmanın gerçekleştiğinden bahsedebilmektedirler⁶⁰. Bir örnek vermek gerekirse edimler arası açık oransızlığın çok yoğun bir şekilde hissedildiği bir olayda kum yığını teoremine göre aşırı yararlanmada genel olarak aranan diğer şartlar aranmayacak ve yalnızca bu unsurun gerçekleşmesi ile yetinilip aşırı yararlanmanın mevcut olduğu kabul edilerek, hukuki sonuçları işbu olaya uygulanabilecektir. Alman hukukunda bu teorinin kabulü, kaynağını aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılık adı altında düzenlenmesinden aldığı düşünülebilirse de Türk Hukukunda aşırı yararlanma ayrı bir hüküm olan TBK m. 28’de gösterilmektedir. Bu nedenle kum yığını teoreminin Türk Hukukunda uygulanabilirliği doktrinde tartışmalıdır⁶¹.

⁵⁸ Çakırca, **a.g.e.**, s. 71.

⁵⁹ Akdağ-Güney, Alman doktrininde yararlanma kastının aranmayacağı, yararlanmayı bilmenin yeterli olduğu bu hususta görüş birliği bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 156, dn. 39.

⁶⁰ Buz, **a.g.m.**, s. 75, dn. 79; Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 160,161 ve bkz. dn. 60,62’de sayılan eserler; Yavuz, **a.g.e.**, s. 116. Türk Hukukunda, Kocayusufpaşaoğlu, kum yığını teoremini tam anlamıyla desteklemese de bu görüşe benzer olarak bir olayda aşırı yararlanmanın tüm unsurları olmasına karşın aranan unsurlardan birinin çok yoğun bir şekilde gerçekleşmiş olmasının diğer zayıf unsurun varlığını destekleyeceğini ve olayda aşırı yararlanmanın tam anlamıyla uygulanabileceğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 494.

⁶¹ Kum yığını teoreminin Türk Hukukunda yer bulup bulamayacağı konusunda bkz. aşağıda, İkinci Bölüm altında “Unsurların Kümülatif Niteliği” başlıklı “IV” numaralı ayırım

D. İsviçre Hukuku

Mehaz kanunumuz olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda temel prensip sözleşme serbestisi olup, bu serbestiye getirilen sınırlamalardan *Übervorteilung* olarak adlandırılan aşırı yararlanma Art. 21 OR'da düzenlenmiştir.

Aşırı yararlanma iddiasında bulunabilmek için konu edilen hukuki işlem, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme, tek tarafa borç yükleyen sözleşme, çok taraflı veya tek taraflı hukuki işlem olabilmektedir⁶².

İsviçre Hukukunda aşırı yararlanma temel olarak bir objektif iki adet subjektif toplam üç unsurun bütünleşmesi ile meydana gelmektedir⁶³. Objektif unsur edimler arasında açık oransızlık iken, subjektif unsurlar, aşırı yararlananda bulunması gereken aşırı yararlanma kastı ile aşırı yararlanılanı sözleşme yapmaya iten bir nedendir⁶⁴. Tüm bu unsurların bütünleşik halde gerçekleşmesiyle aşırı yararlanmanın yer bulabileceği açıklanmaktadır.

Aşırı yararlanmanın meydana gelebilmesi için aranan objektif unsur edimler arasında açık oransızlık bulunmasıdır⁶⁵. İsviçre Hukukunda, Fransız Hukukundaki gibi oransızlık için kanunda belirli bir oran öngörülmemiştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin süreklilik kazanan kararlarında Roma Hukukundaki oranlara paralel olarak edimin, karşılığı edimin yarısı -ya da daha azı- veya iki katına -ya da daha fazlası- eşdeğer olması durumunda aşırı yararlanmanın gündeme gelebileceği

⁶² Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR.**, B. 4, Basel, 2007, Art. 21, N.3; Çakırca, **a.g.e.**, s. 88; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 486, dn. 13'te anılan eserler.

⁶³ Peter Gauch, "Die Übervorteilung-Bemerkungen zu Art. 21 OR", **recht 1989/3**, s. 94 (**Die Übervorteilung**); Theo Gohl/ Alfred Koller/ Jean Nicolas Druey, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, B. 8, Zürich, 1991, s. 45,46; Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli, **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2012)**, B. 8, Basel-Genf, 2012, s.93; Peter Gauch/ Walter R. Schluep/ Jörg Schmid / Susan Emmenegger, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, C. 1, B. 10, Zürich, 2014, 165.

⁶⁴ Art. 21 OR kapsamında sayılan üç şartın her birinin sözleşmede var olması beklenmektedir. Dolayısıyla bir şartın yokluğu diğerinin yoğunluğu ile doldurulamayacağından Alman hukukçularından bir kısmının benimsediği kum yığını teoreminin (*Sandhaufentheorem*) İsviçre Hukukunda yer bulabileceği bir hukuki temel bulunmadığı açıklanmıştır, bkz. Çakırca, **a.g.e.**, s. 87, dn. 333'te anılan eserler.

⁶⁵ Peter Gauch, **Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung. BGE 123 III 292**", **recht 1998/2**, s. 55 (**Der Fussballclub**).

açıklanmaktadır⁶⁶. Edimler arasındaki oran ya da oransızlık %50 olmasa bile aşırı yararlanmanın oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi için edimin karşılığı edimle arasında en azından %25 oran bulunması gerektiği belirtilmiştir⁶⁷. Ancak yine de İsviçre Hukukundaki mevzuat çerçevesinde, oran açısından belirli bir sınır getirilmediği düşünüldüğünde her somut olay bazında aşırı yararlanma şartlarına ilişkin inceleme yapması beklenmektedir.

Aşırı yararlanan kişide aranan subjektif şartlar, Art. 21 OR'da zor durumda olma (*Notlage*), deneyimsizlik (*Unerfahrenheit*), ve düşüncesizlik (*Leichtsinn*) olarak sayılmıştır. Ancak kanunda sayılan bu şartların örnekleme yoluyla sayıldığı, sınırlı sayıda olmadığı belirtilmektedir⁶⁸.

Aşırı yararlanma için aranan subjektif şartlar kapsamında İsviçre Hukukunun Alman Hukuku ile benzerlik gösterdiği söylenebilecektir. Subjektif şartlardan, düşüncesizlik gerçeği görmeme; deneyimsizlik ise gerçeği görememe olarak yorumlanmaktadır⁶⁹. Ancak bu iki durumun yalnızca o sözleşme konusu özelinde gerçekleşmesi aranmaktadır. Yoksa zayıf tarafın genel hayat tecrübesi eksikliği ya da genel olarak düşüncesiz bir halde olması beklenmemektedir⁷⁰. Zor durumda kalma hali aşırı yararlanılan sözleşmeye iten zorlayıcı sebepler olarak değerlendirilmektedir.

Art. 21 OR, aşırı yararlanma ile zayıf durumda olan tarafın sözleşmenin iptalini isteyebileceğini açıklanmaktadır. Kanun oluşturulurken, Keller, aşırı yararlanmada edimler arası oransızlığın giderilmesinin istenebilmesi hakkının maddeye eklenmesi hakkında teklifte bulunmuş ise de teklif kabul edilmemiştir⁷¹.

⁶⁶ Hatice Tolunay Ozanemre -Yayla, "Gabinin Şartları", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7/2 (Şubat 2011), s. 205 ve dn. 44; Aziz Barikan, "Akdi İfsat Eden Hallerden Gabin: Nazariyat ve Tatbikatı", **Ankara Barosu Hukuk Dergisi**, C.5, S.61, Mayıs 1949, s.7.

⁶⁷ Antalya, **a.g.e.**, s. 347; Ozanemre -Yayla, **a.g.m.**, s. 205. Aynı yönde Türk Hukuku kapsamında Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin de kararı mevcuttur. Bilgi için bkz. Y. 1. HD. T. 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (Sinerji); Tekinay vd., **a.g.e.**, s. 460, dn. 2'de belirtilen Yargıtay kararları. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, rayiç değerinin 5500 Frank olduğu tespit edilen bir otomobilin, bir doktor tarafından 7500 Frank karşılığı satın alınması olayında aşırı yararlanma iddiasını reddetmiştir. Bkz. BGE 46 II 55, Guhl /Merz /Kummer, **a.g.e.**, s. 68.

⁶⁸ Ernst A. Kramer, **Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages Art. 19-22 OR**, Bern, Stämpfli, 1991, Art. 21 OR, N. 34; Gauch, **Die Übervorteilung**, s. 97; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 491 dn. 35 ve s. 492, dn. 40.

⁶⁹ Guhl/Koller/Druey, **a.g.e.**, s. 45.

⁷⁰ Guhl/Koller/Druey, **a.g.e.**, s. 45.

⁷¹ Halid Kemal Elbir, "Gabinin Müddeti ve Hükümleri", **İÜHF**, C. 17, S. 1-2, 1951, s. 203 (**Gabinin Müddeti ve Hükümleri**).

Yürürlükte olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda aşırı yararlanma 21. maddede düzenlenerek sözleşmenin sakatlığı halleri ile irade bozukluğu arasında yer almasına rağmen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 2020 yılına ilişkin tasarısı olan OR 2020'de irade sakatlıklarının yanında düzenlenmiştir⁷². Yine de hüküm içeriği itibari ile değiştirilmediğinden kanun koyucunun aşırı yararlanma özelinde bir değişiklik yapma amacı gütmeyeceği düşünülebilecektir. Güncel düzenlemeden farklı olarak, OR 2020 Art. 42'de sözleşmenin iptali için belirlenen hak düşürücü sürenin başlangıcı, sözleşmenin kurulduğu an değil, "karar verme özgürlüğüne yapılan etkinin sona ermesi anı" olarak belirlenmiştir⁷³.

IV. İslam Hukuku

İslam Hukukunda, tarafların akdettikleri sözleşmelerden kazanç elde etmeleri genel olarak hoş görülür⁷⁴. Sözleşme taraflarının birbirlerine kıyasla farklı menfaat elde etmeleri durumunda, taraflara tanınan serbesti kötüye kullanılır ve bir tarafın menfaat elde etmek için diğer taraftan kasten yararlandığı anlaşılırsa, İslam Hukukunun sözleşmeye müdahale edilmesi adına hukuki sebepler yarattığı görülecektir⁷⁵.

İlk dönem fıkıh kaynaklarında, karşılıklı sözleşmelerde, edimlerin sözleşme anındaki değerleri arasında ve satım sözleşmesi özelinde satılan şey ile ödenen değer arasındaki dengesizlikten bahsedilirken gabin terimi kullanılmıştır⁷⁶.

Arapça'da "gabn" kelimesi aldatma, aldanma, alışverişte eksiklik anlamlarına gelmektedir⁷⁷. Buna paralel olarak İslam Hukukunda "gabn" kavramının "iki taraflı

⁷² Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ Murat Develioğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s. 242; Heinrich Honsell, Çev. Ümmühan Kaya, "İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 2, S. 2017/2, s. 191.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun OR 2020 tasarısını incelemek için bkz. <http://or2020.ch/>

⁷³ Erhan Kanışlı, **İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 419 dn. 1076.

⁷⁴ Hayreddin Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, C.2, İstanbul, Nesil Yayınları, 1987, s. 133; Kalkan, **a.g.e.**, s. 35.

⁷⁵ Karaman, **a.g.e.**, s. 134.

⁷⁶ Halid Kemal Elbir, "İslam Hukukunda Gabin", **İstanbul Yüksek İslam Enstitüsü Dergisi**, S.1, 1963, s. 3 (**İslam Hukukunda Gabin**); Ali Kumaş, "İslam Borçlar Hukukunda Gabin", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2011, s. 64.

akitlerde karşılıklar arasında değer yönünden dengesizlik oluşturmak suretiyle karşı tarafı aldatma olgusu” anlamı taşıdığı ve bu kapsamda ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabileceği belirtilmektedir⁷⁸.

İslam Hukukunda temel kaynak olarak ele alınan, Kur’an-ı Kerim’den ve hadislerden yola çıkarak, İslam Hukukunda gabinin varlığı için edimler arası dengesizliğin mevcudiyetini tespit adına, sözleşme bazında bazı oranlar belirlenmiş ve gabinin zarar gören tarafın aldatılması olarak adlandırılan “tağrir” subjektif koşulunun varlığı aranmıştır⁷⁹. Böylece, yalnızca edimler arası dengesizlikten bahsedildiğinde gabin, subjektif şartlar ile birlikte bir oransızlık mevcut ise “tağirli gabin” ya da “istiğlal” kavramlarına yer verilmiştir⁸⁰. Türk Hukukunda karşımıza çıkan aşırı yararlanma, İslam Hukukunda yer alan tağirli gabin ile daha çok örtüşmektedir⁸¹.

İki ana kola ayrılan gabinde, gabn-i yesir ve gabn-i fahişten söz edilmektedir⁸². Sözleşmesel edimlerin makul sayılabilecek ölçüde birbirlerini karşıladıkları, farkın açıkça göze çarpar şekilde, olağanüstü bir hal oluşturmadığı durumlarda gabn-i yesirden bahsedilmektedir ve bu durum sözleşmenin akibetini olumsuz yönde etkilememektedir. Gabn-i fahişte ise gabn-i yesirden farklı olarak edimler arası açık dengesizlik mevcuttur ve bu durum irade bozukluklarından sayılmıştır⁸³. Gabn-i fahişin İslam Hukukunda koruma altına alınan özellikli mallar (Vakıf ve Beyt’ül mallar) ile yetimlerin taraf olduğu sözleşmelerde vücut bulması halinde sözleşme geçersiz sayılmakta ve alınanlar iade edilmektedir⁸⁴. Diğer hallerde

⁷⁷ Nuri Sezer, “**Türk Borçlar Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Gabin**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2016, s.1.

⁷⁸ <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c13/c130144.pdf> Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi, Çevrimiçi (e.t. 27.01.2018).

⁷⁹ Aldatma (tağrir) unsurunun aranıp aranmayacağı konusu İslam Hukukçuları arasında ayrıma yol açmıştır. Hanbeli ve Hanefi fihhına göre aldatma unsuru gabin için vazgeçilmez olup, gabin fahiş olmamalı ise de İbn-i Abidin, Maliki ve Zahiri fikhı gabin için aldatma olgusu gerçekleşme de fahiş bir dengesizlik mevcut ise gabinin gündeme geleceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkan, **a.g.e.**, s. 36.

⁸⁰ Kumaş, **a.g.t.**, s. 64.

⁸¹ Kumaş, **a.g.t.**, s. 66.

⁸² Aslan, **a.g.e.**, s. 30.

⁸³ Kalkan, **a.g.e.**, s. 35.

⁸⁴ Karaman, **a.g.e.**, s. 135.

ise gabn-i fahişin aldatma (hile) ile birlikte oluşması durumunda iptal edilebilirlik yoluna başvurulabilme imkanı mevcuttur⁸⁵.

Bazı İslam alimleri gabn-i yesir ve gabn-i fahişi ayırmak için edimler arasında bulunması gereken sabit bir oran olduğunu ve olası aldanma paylarının altında kalan oransızlıklarda gabn-i yesir, üstünde kalanlarda gabn-i fahişin gündeme geleceğini açıklamışlardır⁸⁶.

Hanbeli, Maliki, Hanefi ve Zahiri mezheplerinde, edimler arası oransızlık, işten anlayan kişilerin piyasa rayicine göre takdir edeceği bir mesele olarak değerlendirilmiştir⁸⁷.

Mecelle özelinde ise 165. maddede gabin düzenlenmiş ve gabin, gabn-i yesir ve gabn-i fahiş olarak ikiye ayrılmış, edimler arası oransızlığın hangi hallerde fahiş olacağı kaleme alınmış ve bu suretle sabit oranlar belirlenmiştir. Mallar türlerine göre ayrılmış ve malların rayiçlerine kıyasla, eşyalar için 1/20 ve daha fazla, hayvanlar için 1/10 ve daha fazla, taşınmazlar için 1/5 ve daha fazla zarar edilmesi halinde edimler arası gabinin meydana geleceği açıklanmıştır⁸⁸. Oransızlığın yanı sıra, Mecelle m. 356 kapsamında gabin söz konusu olabilmesi için, sözleşmede aldatma unsurunun da bulunması gerekmektedir⁸⁹. Ancak yetimler, küçükler, akıl hastaları, bunama hastalarının malları ile vakıf mallarının satılmasına ilişkin sözleşmelerde aldatma unsuruna gerek duyulmaksızın, yalnızca oransızlığın varlığının tespiti halinde gabin nedeniyle sözleşmenin iptal edilebileceği ya da verdiğini geri alabileceği Mecelle m. 356'da belirtilmiştir⁹⁰. Mecellede gabin

⁸⁵ Aslan, **a.g.e.**, s. 30.

⁸⁶ İmam Muhammed ve Nusayr bin Yahya isimli Hanefi alimleri, gabn-i fahişi tespit kolaylığı açısından oranlar tayin etmişlerdir. İmam Muhammed'e göre bir malın rayicine kıyasla %20'den fazla bir miktara satın alınması gabn-i fahişi oluşturmaktadır. Nusayr bin Yahya, malların türüne göre ayırma giderek, rayiçlerine göre, eşyalar için 1/20'den, hayvanlar için 1/10'dan, taşınmazlar için 1/5'ten fazla zarar edilmesi halinde gabn-i fahiş gündeme geldiğini açıklamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kumaş, **a.g.t.**, s. 179 vd.; Sezer, **a.g.t.**, s. 56 vd.

⁸⁷ Kalkan, **a.g.e.**, 38 vd; Sezer, **a.g.t.**, s. 58.

⁸⁸ Mecelle m. 165:

“Gabn-i fahiş, uruzda nısf-ı uşur ve hayvanat da uşur ve akarda hums mikdarı veya daha ziyade aldanmaktadır.”

Türkçe tercümesi:

“Aşırı yararlanma (Gabn-i fahiş), dayanıklı eşyada onda birinin yarısı, hayvanlarda onda bir, taşınmazda beşte bir veya daha fazla oranda aldanmaktır.”

Bkz. Cengiz İlhan, **Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 65.

⁸⁹ Sezer, **a.g.t.**, s. 119.

⁹⁰ Kumaş, **a.g.t.**, s. 264.

hükümlerinin uygulanabilmesi için kendisinden yararlanılan tarafa üç günlük süre tanınmıştır⁹¹. Üç gün içerisinde iptal edilmeyen sözleşme geçerli hale gelecektir⁹². İptal hakkını yalnızca gabine uğrayan tarafın kullanabileceği, tarafın ölümü halinde bu hakkının mirasçılara intikal etmeyeceği Mecelle m. 539’da açıklanmıştır.

V. 818 Sayılı Borçlar Kanunu Dönemi ve Günümüz

Roma Hukuku, Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisindeki örnekler ve İslam Hukukunda genel olarak aşırı yararlanma incelendikten sonra, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve devamında gelen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa geçiş sürecinin incelenmesi ve genel hatları ile değerlendirilmesi gerekmektedir.

BK m. 21 ile “gabin” adı altında mevzuatta yer bulan aşırı yararlanma, esasen mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu kaynaklı olup, genel ilkeleri ile İsviçre Hukukundaki prensipler göz önüne alınarak oluşturulmuştur⁹³.

BK m. 21 günümüz mevzuatına, TBK m. 28 ile “aşırı yararlanma” kavramı altında taşınmıştır⁹⁴. Kanundaki Türkçeleştirme-arılaştırma hareketi ile gabin kelimesi mevzuattan çıkarılmış ve madde metnindeki diğer terimler değiştirilmiş ise de gerek doktrinde gerek uygulamada gabin kelimesi ile müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik kelimelerinin kullanımına devam edilmiştir⁹⁵. BK m. 21 metninde yer alan “müzayaka” halinin karşılığının TBK m. 28’de “zor durumda kalma” olarak yer

⁹¹ Kumaş, **a.g.t.**, s. 102 vd.; Kalkan, **a.g.e.**, s. 39.

⁹² Kalkan, **a.g.e.**, s. 39.

⁹³ “III - Gabin:

Madde 21 – *Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir. Bu müddet, akdin inikadından itibaren cereyan eder.*”

⁹⁴ “III. Aşırı yararlanma

MADDE 28- *Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.*

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”

⁹⁵ Türk Borçlar Kanunu Genel Gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>

bulması doktrinde eleştiriye tabi tutulmuş olsa da genel olarak yeni kanun ile eski kanunda değinilen hususlar korunmakla birlikte içerik Türkçeleştirilmiştir⁹⁶.

TBK m. 28 ile ilgili ikinci fıkrada değişiklik yapılmış ve aşırı yararlanmada edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı madde içerisinde yer bulmuştur⁹⁷. Yavuz, aşırı yararlanılan için bir tercih hakkı olarak eklenen edimler arası oransızlığın giderilmesi istemi ile kanun koyucunun artık şekli anlamda sözleşme adaleti ilkesi çerçevesinde “ya hep ya hiç” bakış açısından sıyrıldığını ve maddi anlamda sözleşme adaleti ilkesini benimsendiğini açıklamaktadır⁹⁸.

Aşırı yararlanma TBK m. 28’de genel hüküm olarak yer aldığından, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁹⁹ m. 5 gereği uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir niteliktedir. TBK m. 28’in kişiler yönünden bir ayrıma gitmediği düşünüldüğünde hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler, kural olarak tüm sözleşmeler yönünden aşırı yararlanılan sıfatına haiz olabileceklerdir¹⁰⁰.

Aşırı yararlanmanın yer bulabileceği sözleşmeler, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerdir. Ancak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler haricinde tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile çok taraflı sözleşmelerin aşırı yararlanmaya konu olup olamayacağı hakkında doktrinde tartışma mevcuttur. Çok taraflı sözleşmeler konusunda baskın görüş, TBK m. 28’in miras paylaşım sözleşmesi ve ortaklık sözleşmeleri gibi sözleşmelere uygun düştüğü ölçüde, kıyas yolu ile uygulanabileceğini işaret etmektedir¹⁰¹. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler için doktrindeki baskın görüş, aşırı yararlanmanın bu tip sözleşmelere uygulanamayacağını ifade etmektedir¹⁰². Bu

⁹⁶ “Zor durumda kalma” kavramı yerine “umarsızlık” kelimesi getirilmesi gerektiği hakkında eleştiri için bkz. Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s.136.

⁹⁷ M. Turgut Öz, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler Ve Yenilikler*, B. 3, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 9.

⁹⁸ Nihat Yavuz, *Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, B.3, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 108.

⁹⁹ RG T. 08.12.2001, S. 24607.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s. 137; Çağlar, *a.g.m.*, s. 73.

¹⁰¹ Beşir Acabey, “Aşırı Yararlanma (TBK.m.28)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2011, s.112; Suat Sarı, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2011, s. 1030; Oğuzman/Öz, *a.g.e.*, s. 135.

¹⁰² Sungur, *a.g.e.*, s. 15; Eren, *a.g.e.*, s. 436; Ali Naim İnan/Özge Yücel, *İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B.4, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, 237; Tubanur Karakurt Akkaya, *Uygulamada Gabin*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 9.

görüşün destekçileri, kefalet ve bağışlama gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanmayacağını, zira bu tip sözleşmelerde, oransızlığın tespit edilebileceği ve karşılaştırılmaya müsait edimlerin bulunmadığını açıklamaktadır¹⁰³. Aksi görüş ise, TBK m. 28'in uygun düştüğü ölçüde tüm hukuk ilişkilerine kıyas yolu ile uygulanabilir olduğu gerekçesi ile tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de aşırı yararlanmadan bahsedilebileceğini belirtmektedir¹⁰⁴.

Bir sözleşmeden bahsedebilmek için geçerli ve özgür irade ile oluşturulan irade beyanlarının varlığı aranmaktadır. Bu nedenle konumuz kapsamında aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında bir sözleşme olması, aşırı yararlanmaya konu olan sözleşmenin, tarafların geçerli irade beyanlarına dayalı olarak kurulması gerekmektedir. İradenin mevcut olması için ise, kişinin söz konusu hukuki işlemi yapmaya ehliyetli olması ve hukuki işlemde yer aldığı durum veya konunun tamamen kendi zihinsel faaliyetinden oluşması gereklidir¹⁰⁵. Yargıtay yeni tarihli bir kararında hem ehliyetsizlik hem de aşırı yararlanma iddiasının bulunduğu bir olayda, öncelikle özgür iradenin varlığını tespit için tarafta hukuki işlem ehliyeti olup olmadığı konusunda inceleme yapılması gerektiğini, zira ehliyetsiz bir kişinin yapacağı işlemlere hukuken bir sonuç bağlanamayacağını dile getirmiştir¹⁰⁶. Aynı iddialara dayalı olarak, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi önüne istinaf incelemesi için gelen bir dosyada, ilk derece mahkemesinin ehliyetten önce aşırı yararlanmanın unsurlarını inceleyerek verdiği karar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁰⁷

¹⁰³ Sungur, *a.g.e.*, s. 15; Eren, *a.g.e.*, s. 436.

¹⁰⁴ Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, **Or Kommentar-Schweizerisches Obligationenrecht**, Zürih, 2009, Art. 21, N.1(Felix Dasser); Peter Gauch, **Die Übervorteilung-Bemerkungen zu Art. 21 OR**, recht 3/1989, s.94; Claire Huguenin, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürih, 2012 (Naklen: Gediz Kocabaş, "Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.20, S.2, 2014, s.104).

¹⁰⁵ Kılıçoğlu, *a.g.e.*, s.63.

¹⁰⁶ Y. 1. HD. T. 06.02.2017, E. 2014/19697, K. 2017/711; Y. 1. HD. T. 16.01.2017, E. 2016/8519, K. 2017/247. (Sinerji) Ehliyetsizlik ve aşırı yararlanma iddialarının olduğu bir başka kararda ise Yargıtay öncelikle ehliyet hususunun incelenmesini ve fakat kişinin ehliyetli olduğunun tespitine rağmen aşırı yararlanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmemesini bozma nedeni saymıştır. Karar için bkz. Y. 1. HD. T. 29.03.2017, E. 2014/20929, K. 2017/1616. (Sinerji). Aynı yönde bkz. Hatemi, *a.g.e.*, s. 244.

¹⁰⁷ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

(“HMK”) m. 353/1-a,6 bendi uyarınca delillerin değerlendirilmediği gerekçesi ile kaldırılmıştır¹⁰⁸.



¹⁰⁸ Gaziantep BAM, 17. HD., T. 07.03.2017, E. 2017/116, K. 2017/214 (Sinerji).

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi’nin bir kararında, davacının yalnızca aşırı yararlanma hukuksal nedenine dayanmış olması ve hak düşürücü sürelerin geçmiş olduğu açıklanarak davanın dinlenemeyeceği ve usulden reddi gerektiği belirtilmiştir. Buna rağmen “*gerek dava dilekçesinde ve gerekse yargılama esnasında davacının psikolojik rahatsızlıklarının bulunduğu ve sözleşmenin düzenlendiği esnada bu rahatsızlıklarının etkisi altında kaldığına ilişkin iddialar ileri sürülmüş, hatta buna ilişkin reçeteler sunulmuştur.*” açıklaması ile kamu düzeni gereği ehliyetsizlik iddiasının araştırılması ve bu yönde delil toplanması gerektiği gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmıştır. Bkz; İstanbul BAM 2. HD., T. 22.06.2017, E. 2017/699, K. 2017/779 (Sinerji)

Aynı yönde, dava açılışında “yanılma” hukuksal sebebine dayanılarak talep yöneltilmesine rağmen, ehliyet, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma hususlarının da incelenmesi gerektiği yönünde karar için bkz: Samsun BAM 1. HD., T. 07.11.2017, E. 2017/1215, K. 2017/1213 (Sinerji).

İKİNCİ BÖLÜM:

AŞIRI YARARLANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

I. Aşırı Yararlanmanın Benzer Kavramlardan Farkı ve Hukuki Niteliği

A. Genel Olarak

Aşırı yararlanmanın Hukuk sistemimizde hangi konumda bulunduğu sorusu, doktrinde tartışmalara yol açan cevaplara sebep olmuştur. Bu sorunun cevabını ararken, aşırı yararlanma ile benzer nitelikteki kavramlar incelenerek aşırı yararlanmanın hem Türk hem de yabancı hukuklardaki düzenleniş biçimlerine değinilmesi ve sonuç olarak Türk Hukukunda bulunduğu konumun tespit edilmesi gereklidir. Bu nedenle, aşırı yararlanmanın, ahlaka aykırılık, irade bozuklukları, genel işlem koşulları ve aşırı ifa güçlüğü ile farklarına değinilerek, aşırı yararlanmanın hukuki niteliği hakkında görüşler açıklanacaktır.

B. Ahlaka Aykırılık ile Farkı

Ahlaka aykırılık ile aşırı yararlanma arasında farklara değinilmeden önce kısaca ahlak ve ahlaka aykırılık terimlerinden bahsedilmesi gerekmektedir. Ancak bu terimlerin genel tanımlarının yapılması ve içeriklerinin açıklanması ayrı bir çalışma konusu edilebilecek kadar uzun ve zorlu bir süreci gerektirdiğinden, bu çalışmamızda doktrinde kullanılan genel tabirlere yer verilmekle yetinilecektir¹⁰⁹.

Kocayusufpaşaoğlu, ahlak kavramını sosyal ahlak ve hukuki ahlak olarak ayırmakta; sosyal ahlakı, genel olarak toplumda ortalama bir kişinin fikir ve kabulleri kapsamında değerlendirirken, hukuki ahlakı ise Anayasa ve yasa hükümlerinin

¹⁰⁹ Ahlaka aykırılık ile ilgili detaylı açıklama ve bilgiler için bkz. Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, 1976, s. 26 vd.

oluşumunda göz önünde bulundurulmuş yasanın amacını gösterir etik ilkeleri olarak kabul etmektedir¹¹⁰. Ahlaka aykırılık ise sosyal ahlak ve hukuki ahlakın harmanı ile oluşan etik ilkeleri ile bağdaşmayan işlemler olarak kabul edilmektedir¹¹¹. Bu kapsamda “sözleşme, aydın, vicdanlı ve namuslu kişilerin doğruluk ve insaf duygularını inciten edimler ihtiva ediyorsa” ahlaka aykırılıktan bahsedilebilecektir¹¹². Ancak bir toplumdaki adil ve hakkaniyetli tüm bireylerin ahlak anlayışını tespit etmenin zorluğu nedeniyle, her bir olay için, o olay ile karşılaşabilecek, o olaydan etkilenme olasılığı bulunan kişilerin ahlak anlayışı ahlaka aykırılığın temelini oluşturacaktır¹¹³.

Alman Medeni Kanunu’nun 138. maddesine göre aşırı yararlanma ahlaka aykırılık sebeplerinden biri olarak belirtilmiş ve aşırı yararlanmanın tespit edildiği sözleşmelere ilişkin butlan yaptırımı öngörülmüştür. Alman Hukukuna benzer olarak, Türk Hukuk doktrinde bir görüş ise aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılığın bir görünümü olarak kanunda düzenleme alanı bulduğunu açıklamaktadır¹¹⁴. Sözleşmenin zayıf konumunda olan kişiden yararlanarak, onu sömürerek aşırı kazanç elde edilmesi, TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı görülmüş, sonuçta bu durumun ahlaka aykırılığın somut bir görünüşü olduğu açıklanmaktadır¹¹⁵.

¹¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 552,553,554. Yazar ortalama bir kişinin zeka anlamında değil, “etik değerlere saygı” çerçevesinde orta düzeyde olması gerektiğini vurgulamaktadır.

¹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 555. Diğer görüşler ve tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **a.e.**, s.555, dn. 92,93,94.

¹¹² Serkan Odaman, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Kamu-İş Yayınları, Ankara, 2002, s. 65.

¹¹³ Pınar Çağlayan Aksoy, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 355.

¹¹⁴ Sungur, **Gabin**, s. 23; Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 166.

¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 482, dn.4a’da sayılan eserler.

Oysa, TBK m. 28 kapsamında ayrı bir düzenleme içerisinde yer alan aşırı yararlanmanın, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olarak sayılmasının yerinde olmadığı düşünülebilir. Aşırı yararlanma kanun koyucu tarafından açık ve ayrı bir hükümle düzenlendiğinden, bu hukuki sebep kapsamında yapılacak değerlendirmelerde ayrıca dürüstlük kuralının incelenmesine gerek olmayacaktır. Oğuzman’ın eserinde Ord. Prof. Dr. Andreas B. Schwarz’ın sözlerine yer verdiği gibi, “Roma hukukunun doğumundan beri geçen ikibin seneden fazla bir zamandaki tekamülün neticesi olarak bugünkü kanunlarda ifadesini bulan bütün rasyonel hususi hukukun manası, hukuki meseleleri sarıh olmayan hakkaniyet hisleriyle değil, kat’i ve açık prensiplerle halletmektir. Bizim bütün hususi hukuk tahsilimizin hedefi budur ve tahsil ve tedris metodu, hayatın sayısız tezahürlerine, mümkün olduğu kadar açık ve teferruatlı bir şekilde işlenmiş hukuk prensipleriyle hakim olmak gayesini güder ve bu esasa dayanır. Sadece hüsnüniyet ve hakkın suistimaline dayanan bir hukuk tatbikatı bu hedefi tehlikeye koyar.”

Bkz. M. Kemal Oğuzman, “Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65inci Yaş Armağanı**, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988, s. 408, 409.

Türk Hukukunda ahlaka aykırılık TBK m. 27/1 kapsamında düzenlenmiş; bir hukuki işlemin ahlaka aykırı olması kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur¹¹⁶. Aşırı yararlanma ise TBK m. 28 çerçevesinde düzenlenmiş olup sözleşmeyi kesin hükümsüzlük yaptırımından farklı bir şekilde etkilemekte bazı durumlarda da değiştirmektedir.

Aşırı yararlanma ile ahlaka aykırılığın Türk borçlar hukuku çerçevesinde ayrı yasal düzenlemelerle korunması, bu iki hukuki sebebin hukuki işlemlerde ayrı ayrı meydana gelebileceğini ve tarafların bu iki sebepten sadece birine dayalı olarak beyan ve itirazlarını ileri sürebileceğini göstermektedir. Birbirlerinden farklı düzenlenmiş olsalar da pratikte iki hukuksal sebebi ayırmak pek de kolay olmamaktadır. Bu noktada ahlaka aykırılık ile aşırı yararlanma arasındaki farkların incelenmesi gerekmektedir.

Ahlaka aykırılık ile aşırı yararlanma arasındaki farklardan biri yasal düzenlemelerin korudukları alanlardır. Aşırı yararlanma ile korunan hukuki değerlerin daha çok ekonomik değerler olması ve zayıf tarafa, içinde bulunduğu ekonomik adaletsizliği giderme imkanı tanıyarak sosyal adalet ilkesini sağlama düşüncesi, aşırı yararlanmanın genel ahlak kurallarına aykırılığa kıyasla daha spesifik bir koruma alanına hitap ettiğini göstermektedir¹¹⁷.

Usuli açıdan bakıldığında genel ahlak kurallarına aykırılık, sürelerden bağımsız olarak, hakim tarafından re'sen gözetilecek bir husustur. Oysa, aşırı yararlanmaya ilişkin hukuki sonuçların doğması adına, aşırı yararlanılan tarafından seçimlik hakların kullanılması ve bu hakların hak düşürücü süre içerisinde kullanılması gerekmektedir ki olayın Mahkemeler önüne intikal etmesi halinde hakim yine talep ve süre ile bağlı kalacaktır¹¹⁸. Bu durum ise aşırı yararlanma ve ahlaka aykırılık arasındaki bir diğer fark olarak değerlendirilebilir.

¹¹⁶ TBK m. 27:

“II. Kesin hükümsüzlük

MADDE 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

¹¹⁷ Derya Ateş, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006, s. 224.

¹¹⁸ Ateş, **a.g.t.**, s. 225. Hak düşürücü sürelere uygun talep yöneltilip yöneltilmediği yine hakim tarafından re'sen gözetilecektir.

Ahlaka aykırılık ile aşırı yararlanmanın aynı anda gerçekleştiği olaylarda, doktrinde hangi hukuki sebebe dayanılması gerektiği yönünde tartışma mevcuttur. Birinci görüş, ahlaka aykırılık ile aşırı yararlanmanın bir arada gerçekleştiği hallerde ancak ahlaka aykırılık nedeni ile kesin hükümsüzlük yaptırımına dayanılabileceğini, aşırı yararlanmaya dayanılamayacağını kabul etmektedir¹¹⁹. Bizim de katıldığımız, ikinci görüşü savunan yazarlara göre aşırı yararlanma hükümlerine dayanılması gerekmektedir; zira aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılığa kıyasla özel düzenleme niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹²⁰.

Aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılık ile bütünleştiği durumlardan, edimler arasında aşırı bir dengesizliğin (*laesio enormissima*) mevcut olması haline değinilmesi gerekmektedir. *Laesio enormissima*, Yargıtay kararlarındaki yansıması ile aşırı nispetsizlik, ekonomik olarak ahlaka aykırılık olarak nitelendirilmekte ve bu hallerde kişinin ekonomik özgürlüğünü yitirdiği açıklanmaktadır. Bu durumda kişinin ahlaka aykırılık hukuksal sebebine dayanarak, herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmadan dava açabileceği belirtilmiştir¹²¹. Bu hal için aranan aşırı oransızlık, aşırı yararlanmada aranan oransızlığa göre çok daha bariz olmalı, edimler arasındaki dengesizlik bir tarafın mahvına sebep olacak derecede o sözleşme ile bağlı kalmayı çekilmez bir duruma getirmelidir.

¹¹⁹ Antalya, *a.g.e.*, s. 346.

¹²⁰ Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016, s.22, dn. 61; Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İÜHFM*, C. 74, S.2, 2016, s. 728; Nomer, *a.g.e.*, s. 110; Kalkan, *a.g.e.*, s. 158.

¹²¹ “Emredici hukuk kuralları, uyulması zorunlu kurallardır. Yasaya aykırılık durumu, özellikle cezayı gerektiriyorsa, borçlu tarafından taahhüt edilen hareket tarzı batıl olur. Ahlak ve adaba aykırılıkta amaçlanan sosyal ve ekonomik ahlaktır. Hatta ahlak ve adaba aykırı sonuç doğuran ya da kolaylaştıran borçlandırıcı akitler de batıl sayılmalıdır. Ayrıca kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilmez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlak ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çökertici bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir. Onun için yasa birçok özel hükümle borçlunun tahammül edilemeyecek borçlarını tenzil ve refedilmesine izin vermiştir.

Somut olayda, davacı şirket hisselerinin davalı tarafından gerçek değerinin oldukça altında bir bedelle satın alındığını, taraf edimleri arasında aşırı nispetsizlik bulunduğunu ileri sürmüş olup, edimler arasında aşırı nispetsizlik bulunan sözleşmelerin ahlaka aykırı olduğu, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi bu durumda ise hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman dava açılabileceği gözetilmek suretiyle, işin esasına girilerek bir değerlendirme yapılması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken davanın reddi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.”

Y. 11. HD. T. 04.07.2017, E. 2016/2200, K. 2017/4078 (Sinerji).

Laesio enormissima mevcutsa veya sözleşme taraflarından biri sözleşme konusu edim anlamında bir tekel ise bu hallerde ayrıca ahlaka aykırılık olduğu ve buna ilişkin hukuki sonuçların uygulanabileceğine bir kısım Yargıtay kararlarında ve doktrinde değinilmiştir¹²². Bahçeçi'ye göre, *laesio enormissima* hali dışında ahlaka aykırılığın mevcut olduğu bir hal olarak, bankaların tek yanlı hazırladıkları ve kredi müşterileri ile imzaladıkları kredi sözleşmelerinde temerrüt faizini kendi inisiyatifleri ile belirlemeleri gösterilebilecektir¹²³. Yargıtay'ın 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verdiği kararlarda, bankanın tek yanlı faiz belirlediği kredi sözleşmelerinde bu durumu dürüstlük kuralı çerçevesinden incelemekte ve faizlerin ahlaka uygun olarak belirlenip belirlenmediğini değerlendirmekte idi¹²⁴. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin varlığı, bu tür örneklerde ahlaka aykırılık yoluna başvurmadan özel düzenleme kapsamında değerlendirme yapabilmeye imkan vermektedir.

C. İrade Bozuklukları ile Farkı

İrade bozuklukları TBK m. 30 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununun ilgili maddelerinde; yanıltma, aldatma ve korkutma hallerinde kişinin sözleşme yapmaya ehil, hür iradesinin sakatlandığı ve bu nedenle sözleşmenin iptal edilebilirlik yolu ile geçersiz hale gelebileceği belirtilmiştir. Geçersizliğin ileri sürülmesi için belirlenen hak düşürücü sürenin, “*yanıltma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanıltma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak*” kullanılabileceği ifade edilmiştir.

¹²² Yeşim M. Atamer / Kerem Cem Sanlı, “Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları”, **BATİDER**, C. XXVI, S.4, 2010, s. 38; Ayrıca bkz. **a.e.**, s. 38, dn. 60, 62, 63; Becker, **a.g.e.**, s. 117; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 561; Y. 11. HD. T. 04.07.2017, E. 2016/2200, K. 2017/4078 (Sinerji).

¹²³ Barış Bahçeci, “Ticari Kredilerde Temerrüt Faizi Oranının Sözleşme Eliyle Bankaların İnsiyatifine Bırakılması Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 128, 2017, s. 332.

¹²⁴ Y. 19. HD. T. 25.01.2002, E. 2002/4675, K. 2002/532; T. 26.03.1996, E. 1996/6, K. 1996/2976; T. 25.11.1994, E. 1994/6472, K. 1994/11467 (Zeki Gözütok, **İlgili Konularla Birlikte Açıklamalı-İçtihatlı Genel ve Özel Faiz Hukuku**, B.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 167 vd.).

Doktrinde bir görüş aşırı yararlanmayı bir irade bozukluğu olarak tanımlamaktadır¹²⁵. Aşırı yararlanılanın sözleşmeyi yapmada serbest iradesi olmadığı, kişinin içerisinde bulunduğu subjektif durumun onun iradesini sakatladığı ifade edilmektedir. İrade sakatlığı hallerinden yanıltma ve yanıltma özelinde saik yanıltmasının gündeme geldiğini ifade eden bu görüş, kanun düzenlemesinde TBK m. 30 vd. maddelerinde irade bozukluklarının düzenlendiği ve bu nedenle aşırı yararlanmanın irade bozukluklarından hemen önce düzenlendiğini ifade etmektedir¹²⁶. Eren ise, aşırı yararlanılanın içinde bulunduğu zor duruma aşırı yararlananın sebep olduğu ve bu durumdan yararlanarak sözleşme akdettiği halde “aldatma” söz konusu olacağı görüşündedir¹²⁷.

Aşırı yararlanma irade bozukluğu halleri ile benzerlik taşımakta ise de onlardan ayrılmaktadır. Elbir, aşırı yararlanmanın daha objektif bir nitelik taşıdığını, bu hususun ise en bariz olarak aşırı yararlanmanın hukuki sonuçlarını doğuracağı sürelerin başlangıcının esas alındığı tarihte görüldüğünü açıklamaktadır¹²⁸. Elbir’e

¹²⁵ Birsen; **a.g.e.**, s.102; Eren, **a.g.e.**, s. 436.

¹²⁶ Eren, **a.g.e.**, s. 436; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında;

“Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya süreklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçla kabul edilmiş bir müessesedir. Aslında gabin, akdın ahlaka aykırı olarak yapılması hallerinden birini oluşturur. Ayrıca gabin halinde sömürülen tarafın iradesi oluşumu anında sakatlanmaktadır. Bu sebeple burada bir saik hatası vardır.”

Açıklaması ile aşırı yararlanmanın bir saik hatası olduğundan bahsedilmiştir. Y. HGK. T. 24.01.1973, E. 1971/1-376, K. 1973/24. Karar için bkz. Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku Sözleşmeler**, B. 6, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 286,287.

Aksi yönde ise Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin sonraki tarihli bir kararında aşırı yararlanmanın irade bozukluklarından farklı olduğu açıklanmıştır.

“...Gabinde, davacı durumunda olan kişinin hukuksal işlemi oluşturan iradesinde, esas itibariyle bir bozukluk fesat yoktur. Davacı iradesini, isteğine ve amacına uygun düşecek şekilde kendiliğinden açıklamıştır. Kaynak ve kökendeki irade ile onun açıklanan şekli arasında bir aykırılık ve kopukluk mevcut değildir. BK. nun 21. maddesinde düzenlenen gabinde, davacı olan kişi yasada sayılan ve belirlenen -müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik- gibi varlığına -davalının neden olmadığı- bazı hallerden ötürü sıkı bir pazarlık yaparak kendi çıkarını yeteri kadar koruyabilmek güç ve olanağından yoksundur. Bu gibi durumlarda sözleşme tarafların arzularına uygun şekilde yapılmış, ancak davacının yukarıda sözü edilen nedenlerin doğurduğu güçsüzlüğünden ötürü davalı aşırı yarar sağlamış, çıkarlar arasında denge olmayan bir sözleşme düzenlenmiştir. Kısaca, gabinde sözleşmenin varlığını sağlayan irade de sakatlık, açıklamada iradeye aykırılık yoktur. Sözleşme karşılıklı iradelere uygun olan açıklamalarla vücut bulmuş, yalnız bu sözleşmenin taraflarından biri zarar görmüş ve öteki aşırı yarar sağlamıştır. İşte gabinde önemli olan bu sonuçtur. Gabin, rızayı fesata uğratan nedenlerin dışında kalan özel bir durumdur. Olayda davacı taşınmazdaki payını isteyerek satmadığına, davalı davacının müzayakasından veya tecrübesizliğinden yararlanmadığına göre gabinde söz etmek olanağı yoktur....”

Y. 1. HD. T. 02.05.1978, E. 1978/3138, K. 1978/6251 (Sinerji).

¹²⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 436.

¹²⁸ Elbir, **Gabnin Müddeti ve Hükümleri**, s. 197.

göre irade bozukluklarına ilişkin iptal edilebilirlik yolunun kullanılması adına, irade bozukluklarının anlaşılması veya kişi üzerindeki etkisinin geçmesi itibariyle süre başlarken, aşırı yararlanmada hak düşürücü sürelerin başlangıç anının sözleşmenin kurulduğu an olması, kanun koyucunun irade bozuklukları ile aşırı yararlanma kavramlarını ayırmasının en önemli göstergesi teşkil etmektedir¹²⁹. Bu durumun sonucu olarak sözleşmenin imzalandığı tarih itibariyle başlayan hak düşürücü süre sona erdikten sonra aşırı yararlanan içinde bulunduğu durumun ayırdına varır ve aşırı yararlanmadan doğan haklarını kullanmak istese bile bu hakları kullanamayacak ve sözleşme ile bağlı kalacaktır. Sonuç olarak kanun koyucunun öngördüğü hak düşürücü sürelerin başlangıç anı gözetildiğinde, sözleşmeyle bağlılık prensibini esas aldığı söylenebilecektir.

Doktrinde TBK m. 28’de yer alan sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı ile irade bozuklukları için öngörülen iptal hakkının niteliğinin paralellik gösterdiği ve hukuki sonuçlarının aynı olduğu belirtilmektedir¹³⁰. Gerçekten de irade bozuklukları ile aşırı yararlanmanın benzerlik gösterdiği noktalar olan, sözleşmedeki zayıf tarafın subjektif bir sebep ile bu hale düşmesi ve kesin hükümsüzlükten farklı bir hukuki sonuç olan sözleşme ile bağlı olmadığını bildirilmesi (diğer deyişle iptal hakkı), kesin hükümsüzlük ile irade bozuklukları arasındaki geçiş köprüsünün aşırı yararlanma olduğunu göstermektedir¹³¹.

Her ne kadar yukarıda aşırı yararlanma ile irade bozuklukları arasındaki fark aktarılmışsa da irade bozuklukları ile aşırı yararlanmanın aynı olayda meydana gelebileceği durumlar mevcuttur¹³². Zira uygulamada çoğu zaman aşırı yararlanma kapsamında aranan subjektif koşulların varlığında yanıltma, aldatma, korkutmanın şartları da gerçekleşmektedir. Bu iki hukuki sebebin de var olduğu durumlarda zarar gören (irade bozukluğu bulunan ve aşırı yararlanılan şahıs) dilediği hukuki sebebe

¹²⁹ Elbir, **a.e.**, s. 197.

¹³⁰ Mustafa Tiftik, “Borç Sözleşmesinin İptali”, **BATİDER**, C. XXIII, S. 4, 2006, s. 61; Hatemi, **a.g.e.**, s. 243.

İptal hakkının sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkileri, “bozulabilir geçerlilik” ve “düzelebilir hükümsüzlük” kavramları için bkz. aşağıda, Üçüncü Bölüm altında “Aşırı Yararlanma Şartlarını Taşıyan Sözleşmelerin Geçerliliği veya Geçersizliği Hakkında Meydana Gelen Görüş Farklılıkları” başlıklı “I-B” numaralı ayırım.

¹³¹ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 482.

¹³² Sarı, **a.g.m.**, s. 1028.

dayanabilecekse de ¹³³ hangi hukuki sebebe dayandığını açıkça belirtmesi gerekecektir¹³⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, tarafların dava açarken birden fazla hukuki sebebe dayanmasında sakınca olmadığını; “*Hukuki sebeplerden bir tanesinin, diğer hukuki sebebin incelenmesine imkan verir niteliği*” bulunması gerektiğini açıklanmıştır¹³⁵. Ancak güncel Yargıtay kararları göstermektedir ki uygulamada talepte bulunan taraf aşırı yararlanma, yanılma, korkutma ve aldatma hukuki sebeplerini toplu olarak sıralamakta ve dava dilekçeleri bu doğrultuda hazırlanarak Mahkemelere sunulmaktadır. Dolayısıyla davacı, dava konusu olayla ilgili hukuki sebebi seçme takdirini hakime bırakmaktadır¹³⁶. Yargıtay, bu şekilde açılan çok hukuki sebepli davalarda, hakimin tüm hukuki sebepleri incelemesi gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır. Uygulamada kişilerin dava açarken hak kaybı yaşamamak adına ilgili tüm hukuki sebepleri bir arada saymasının bu şekilde olağan görülmesi, Yargıtay’ın aşırı yararlanmayı irade bozuklukları kapsamında değerlendirme ihtimalini akıllara getirmekte ve bu tutumun tartışma yaratabilecek nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

¹³³ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin 15.11.1982 tarihli bir kararında, çalışmada belirtilen görüşten farklı olarak;

“*Taraflar arasındaki davada; davacı vekili, 674 ada, 4 parsel sayılı taşınmazın müvekkiline ait davaya konu 10/16 payına ilişkin olarak davalıya yapılan temlik tasarrufun hile, data ve gabin hukuki sebepleri ile illetli olduğunu ileri sürerek, iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur.*

...

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Hile, hata ve gabin kavramları değişik nitelik taşıyan ve birbirlerine benzemeyen hukuksal müesseselerdir. Aynı davada hem hile ve hataya, hem de gabine dayanılması mümkün değildir. O halde, davacıdan hile ve hata hukuksal nedenine mi yoksa gabin hukuksal nedenine mi dayandığının açıklattırılması ve davanın belirtilen sebeplerden birisine hasredilmesi zorunludur. Mahkemece bu yön düşünülmeden olayda gabinin varlığını içerecek biçimde hüküm kurulması isabetsizdir.”

Gerekçesi ile irade bozuklukları ile aşırı yararlanmanın hukuki neden olarak bir arada ileri sürülemeyeceği, talepte bulunanın birinden birini seçmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Y. 1. HD. T. 15.11.1982, E. 1982/13003, K. 1982/13131 (**Yargıtay Kararları Dergisi**, C.9, S.9, Ankara, 1983, s. 1292,1293).

¹³⁴ Y. 13. HD. T. 20.04.1974, E. 1974/512, K. 1974/971; Y. 4. HD. T. 20.03.1953, E. 1952/1720, K.1953/1286 (Kazancı).

¹³⁵ Y. HGK. T. 11.04.1990, E. 1990/1-152, K. 1990/236 (Sinerji)

Kocayusufoğlu, bu duruma örnek olarak, zor durumda kalma hali ile irade bozukluklarının bir arada olamayacağını zira, kişinin içinde bulunduğu zor durumu bilerek hür iradesi ile sözleşmeyi akdettiğini, bu durumda herhangi bir yanılma, aldatma ya da korkutmanın söz konusu olamayacağını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu vd., **a.g.e.**, s. 481, dn. 4.

¹³⁶ Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında, ilk derece mahkemesinin davacı tarafın aşırı yararlanmaya mı yoksa yanılma, aldatma veya korkutmaya mı dayandığını açıklattırması gerektiği konusu üzerinde durulurken yeni tarihli kararlarda bu husus hakkında gerek usuli gerekse maddi hukuk kapsamında bir eleştiri getirilmemiş ve “aşırı yararlanma, yanılma, aldatma ve korkutma” sebepleri sanki bir başlık altındaymış gibi esasa ilişkin incelemeler yapılarak kararlar verilmiştir. Y. 1. HD. T. 29.04.2015, E. 2015/5807, K. 2015/6323; Y. 1. HD. T. 04.03.2014, E. 2013/18083, K. 2014/4750 (Sinerji).

D. Genel İşlem Koşulları ile Farkı

Genel işlem koşulları TBK m. 20 ile m. 25 hükümlerinde yer almaktadır. Aşırı yararlanmanın yukarıda değinilen ahlaka aykırılık, kesin hükümsüzlük, irade bozuklukları gibi kavramlardan farkı Borçlar Hukuku tekniği ile ilgili olsa da genel işlem koşullarının sözleşmelerde sıklıkla yer bulduğu günümüz hukukunda genel işlem koşulları ile oluşturulan bir sözleşmede aşırı yararlanmanın varlığının söz konusu olup olamayacağının tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira genel işlem koşullarında TBK m. 20’de belirtildiği üzere bir taraf -güçlü konumda olan taraf-, sıklıkla kullanmak üzere sözleşme hükümleri düzenlemekte ve güçlü tarafın düzenlediği hükümler, yoğunlukla kendi lehine olup bazı hallerde güçsüz tarafın mevcut durumundan faydalanma amacını güden düzenlemeler barındırmaktadır¹³⁷.

Aşırı yararlanma gibi genel işlem koşullarının da sosyal adalet anlayışının mevzuata yansması ile oluştuğu ve zayıf tarafı koruma amacı güdüldüğü söylenebilecektir. Genel işlem koşulları ile aşırı yararlanma arasındaki farklara değinmek gerekirse öncelikle genel işlem koşullarının varlığı yönünden kanun belirli sınırlar çizmiş ve objektif bir altyapı oluşturmuş olmasına rağmen, aşırı yararlanmanın varlığında objektif unsurların yanı sıra zayıf tarafın şahsında ve yararlanılan taraf özelinde aranan subjektif unsurlar bulunmaktadır.

Aşırı yararlanmaya sebep olan tecrübesizlik unsurunun varlığı ile genel işlem koşullarında zayıf tarafın sözleşme hükümlerindeki etkisizliği ve konumunun benzerlik gösterdiği; hatta zayıf tarafın tecrübesiz olduğu bilinci ile hazırlanan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerde, hazırlayan tarafın aşırı yararlanma kastı içerisinde bulunduğu doktrinde açıklanmaktadır¹³⁸. Bu görüş, edimler arası oransızlığın varlığı halinde, tecrübesizlik ve aşırı yararlanma kastı unsurlarının

¹³⁷ Türk Borçlar Kanunu ile getirilen genel işlem koşulu düzenlemeleri ve denetim mekanizmaları, genel işlem koşullarını kullanarak yoğunlukla kendi lehine düzenlemeler getiren sözleşmenin güçlü tarafının oluşturduğu dengesizliği ortadan kaldırmakta ve sözleşme adaletini tekrar sağlamayı amaçlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Aydoğdu, **Genel İşlem Koşulları Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 13.

¹³⁸ Cemal Oğuz, “Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 1, 1998, s. 35.

sağlanacağını ve genel işlem koşullarında TBK m. 28 hükmüne dayanılabileceğini dile getirmektedir.

Hukuki sonuçları bakımından, aşırı yararlanmada iptal ya da sözleşme ile bağlı kalınarak edimler arası oransızlığın giderilmesi istenebiliyor iken, genel işlem koşullarının varlığı halinde somut duruma göre ilgili maddenin yazılmamış sayılması ya da zayıf taraf lehine yorumlanması gibi sonuçlar uygulanabilecektir.

Aşırı yararlanma ile genel işlem koşulların aynı olayda bir arada varlığı halinde Eren, iptal yaptırımı ile yazılmamış sayılma yaptırımı arasından iptal yaptırımının uygulanabileceği görüşüne eserinde yer vermektedir¹³⁹.

E. Aşırı İfa Güçlüğü ile Farkı

Aşırı ifa güçlüğü, taraflar arasında sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülemeyen ve öngörülebilmesi beklenemeyen, sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen ve borçludan kaynaklanmayan durum ve koşullar nedeniyle borçlunun ediminin ifasının olağanüstü bir şekilde güçleşmesi durumunu ifade etmektedir¹⁴⁰. Aşırı ifa güçlüğü kavramı TBK m. 138’de mevzuatımızca düzenlenmiştir. Aşırı ifa güçlüğü halinde işlem temelinin çökmesi nedeniyle edimler arası oransızlığın giderilmesi sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ile mümkündür. Sözleşme adaletinin sağlanması için, sözleşmenin kuruluş anındaki ekonomik dengenin sağlanması amacı güdülmektedir¹⁴¹.

Aşırı yararlanmada aşağıda inceleneceği üzere¹⁴² edimler arasındaki açık oransızlık sözleşmenin kuruluşu anında mevcut olması gerekmekte ise de

¹³⁹ Eren, *a.g.e.*, s. 227.

¹⁴⁰ H. Tamer İnal, *Borca Aykırılık, Dönme Ve Fesih*, B. 7, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 529; Memet Erdem Aybay, “Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2011, s. 333.

¹⁴¹ Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, B. 3, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 32; İnal, *a.g.e.*, s. 526.

¹⁴² Edimler arası aşırı oransızlığa ilişkin detaylı inceleme için bkz. İkinci Bölüm altında “Edimler Arasındaki Açık Oransızlık” başlıklı “II-A” numaralı ayırım.

uyarlamada taraf iradeleri haricinde gelişen, öngörülemeyen nedenler sözleşmenin kurulmasından sonra dengesizliğe sebep olmaktadır¹⁴³.

Türk Borçlar Kanunu ile getirilen edimler arası oransızlığın giderilmesi imkanı pratikte aşırı yararlanmayı, aşırı ifa güçlüğüünün sonucunda gündeme gelen uyarlama olgusuna yaklaştırmıştır. Ancak kanun koyucunun aşırı yararlanma ile engellemek istediği husus, edimler arası dengesizliğin varlığını oluşturan aşırı yararlanma kastının önüne geçilmesidir¹⁴⁴. Aşırı ifa güçlüğü hallerinde taraf iradeleri haricinde bir dengesizlik meydana geldiği gözetilirse aşırı yararlanma ile farkları ve amaçları arasındaki ayrım görülecektir.

Sözleşmenin kuruluşundan sonra ortaya çıkan olaylarda, bu durumu yaratan sebep sözleşmenin başında mevcut olmadığı için aşırı ifa güçlüğüne yol açan ve uyarlama ya da işlem temelinin çökmesi hukuki sonuçlarının uygulanabileceğinden bahsedebilmek mümkünse de aşırı yararlanmadan bahsedebilmek mümkün olmayacaktır¹⁴⁵. Bu iki hukuksal sebebin aynı davada bir arada ileri sürülmesi çelişkiye yol açacağından, tarafın birinden birini seçmesi ve yalnızca bir hukuki sebebe dayandırılmış bir iddia oluşturması gerekecektir¹⁴⁶.

F. Aşırı Yararlanmanın Hukuki Niteliği

Aşırı yararlanmanın hukuki niteliği yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere doktrinde tartışmalara sebep olmuş ise de Türk Hukukunda ağırlıklı görüş uyarınca aşırı yararlanma sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir kavram olarak anılmış ve bu yönde kabul görmüştür¹⁴⁷. Bu nedenle sözleşmenin kurucu unsurlarına etki eden bir hukuki nitelik taşımaktadır¹⁴⁸.

¹⁴³ Aybay, **a.g.m.**, s. 333.

¹⁴⁴ Baysal, **a.g.e.**, s. 212.

¹⁴⁵ Emile Thilo, Çev.Ferit H. Saymen, “İsviçre Federal Mahkemesinin 1934-1935 Senesi İçtihadının Nazari Bakımdan Analizi”, **İÜHFM**, C.3, S.1, 1937, s. 339 (**İçtihat Analizi**).

¹⁴⁶ Y. HGK. T. 13.12.2006, E. 2006/13-784, K. 2006/796 (Sinerji).

¹⁴⁷ Elbir, **Gabin**, s. 150; von Tuhr, **a.g.e.**, s. 331; Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 144; Akbulut, **a.g.e.**, s. 22; Fahri Erdem Kaşak, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 133.

¹⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 481; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 297.

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin “*dilediklerinde, diledikleriyle, diledikleri konuda serbestçe sözleşebilmeleri*”ni ifade etmektedir¹⁴⁹. Türk Hukukunda sözleşme özgürlüğü prensibi benimsenmiş ise de buna belli başlı sınırlamalar getirilmiştir¹⁵⁰. Sözleşme özgürlüğüne kanunla getirilen sınırlamalar kapsamında müdahale edilebilecektir¹⁵¹.

Liberal ekonomik sistem çerçevesinde sözleşme özgürlüğü, herkesin kendi kararları çerçevesinde kendisine uygun olanı seçerek kendisi için makul ve mantıklı tercihler yapacağını ve bu sistem kapsamında yapılan sözleşmelerin kişiler açısından adil sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir¹⁵².

Türk Borçlar Kanunu, “Birinci Kısım Genel Hükümler”, “Birinci Bölüm Borç İlişkisinin Kaynakları”, “Birinci Ayrım Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri” altında “F. Sözleşmenin İçeri” başlıklı bölümde “I. Sözleşme Özgürlüğü” başlıklı m. 26’da düzenlendiği gibi, sözleşme tarafları sözleşmenin konusunu, edimlerini ve içeriğini oluşturabilecek her tür unsuru kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde belirleyebileceklerdir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 48; “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” ifadelerini içermekte, aynı zamanda m. 17 maddi varlığı geliştirme hakkını ele almakta, m. 35/1 ise mülkiyet ve miras haklarını açıklamaktadır. Bahsi geçen maddeler ve çeşitli diğer maddelerde görüleceği üzere Anayasa genel olarak sözleşme özgürlüğüne yer vermiştir. Bu kapsamda gerek Anayasa gerekse Türk Borçlar Kanunu hükümleri değerlendirildiğinde, Türk Hukukunda kural olarak sözleşme özgürlüğünün hakim ve geçerli olduğu ancak bazı hallerde bu özgürlüğe sınırlamalar getirilebileceği kabul edilmiştir.

¹⁴⁹ Rona Serozan / Başak Baysal / Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, B. 4, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 7.

¹⁵⁰ Türk Hukukunda tam anlamıyla, istisnaya yer bırakmaksızın ferdiyetçi bir hukuk anlayışının kabul edildiğini dile getirmek pek mümkün değildir. Sevig, ferdiyetçi hukuku anlatırken; “*Mukavelelerin kanuna üstün tutulmasının sebebi kanun zorla kabul ettirilmiştir. Mukavele ise rıza ile kabul edilmiştir. İşte tam ferdiyetçi bir hukuk; hatta gabine bile yer vermiyen bir hukuk! Yargıcı mukaveleyi, kanun tatbik eder gibi tatbik etmeye mecbur bırakan kanun! Yargıç mukavele şartlarını nasafete aykırı da bulsa değiştiremez.*” ifadelerine yer vermekle, sözleşme özgürlüğünün sınırsız olduğu bir hukuk sisteminde aşırı yararlanmanın yer bulamayacağını dile getirmiştir. Dolayısıyla Türk kanun koyucunun iradesi nazara alınarak, aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olduğunun söylenmesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vasfi Raşid Sevig, “Borçlar Hukuku ve İktisat”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.3, 1950, s. 256.

¹⁵¹ Tekinay, **a.g.e.** s. 57; Akbulut, **a.g.e.**, s. 21.

¹⁵² Kaşak, **a.g.e.**, s. 43.

Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, ahlak, kişilik hakları ya da zayıf tarafın korunması gibi amaçlarla sözleşmenin amacından daha üstün ve korunmasını gerektirecek unsurların zarar görmesini önlemek adına, kanun koyucu tarafından getirilmiştir¹⁵³. Zira taraflar kendi tercihleri ile belirli bir sonuca yönelmiş olsalar dahi bazı hallerde bahsi geçen tercihler veya sonuçları sözleşmenin bir tarafı için o sözleşmeyi katlanılamaz ve adil olmaktan çok uzak bir noktaya sürükleyebilmektedir. Bu durumlardan biri, sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak kabul edilen aşırı yararlanma hukuksal sebebinin varlığıdır. Aşırı yararlanmanın mevzuata getiriliş amacının esasen sözleşme özgürlüğü ilkesinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi, engellenmesi olduğu doktrinde belirtilmektedir¹⁵⁴. Böylece taraflar arasındaki liberal düzende geniş olarak yorumlanan denge yeniden sağlanabilecektir.

Sistematik olarak kanun hazırlama tekniği bakımından bakıldığında ise “F. Sözleşmenin içeriği” üst başlığı altında TBK m. 26 “I. Sözleşme Özgürlüğü” alt başlığı ile sözleşmenin içeriğinde benimsenecek genel kuralı aktarmakta iken, TBK m. 27 “II. Kesin hükümsüzlük” başlığı altında ve m. 28 “III. Aşırı yararlanma” başlığı altında bu kurala uygulanacak istisnaları göstermektedir. Aynı şekilde 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de aşırı yararlanma yine sözleşme özgürlüğü ve sınırlarından hemen sonra düzenlenmiş olduğundan, aşırı yararlanmanın kanundaki yeri itibarıyla sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğu açıklanmıştır¹⁵⁵.

II. Aşırı Yararlanmanın Oluşması İçin Aranılan Unsurlar

A. Edimler Arasındaki Açık Oransızlık

Aşırı yararlanmanın varlığı için aranan objektif unsur olarak nitelendirilebilecek unsur edimler arasındaki açık oransızlığın varlığıdır¹⁵⁶.

¹⁵³ Akın Ünal, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 42; Kaşak, **a.g.e.**, s. 76.

¹⁵⁴ Çağlar, **a.g.m.**, s. 70.

¹⁵⁵ Sungur, **Gabin**, s. 15; Aslan, **a.g.e.**, s. 42-54; Çakırca, **a.g.e.**, s. 26-52.

¹⁵⁶ Ferit H. Saymen, “Gabinde İvazlar Arasındaki Nisbetsizlik”, **İÜHFİM**, C. 11, S. 3-4, 1945, s. 146; Oğuzman /Öz, **a.g.e.**, s. 135.

Bir olayda aşırı yararlanmanın meydana gelip gelmediğinin tespiti adına öncelikle edimler arası açık oransızlık olup olmadığının değerlendirilmesi, ardından subjektif koşullarının varlığının tartışılması gerektiği görüşü uygulamada ağırlıklı olarak savunulmaktadır¹⁵⁷. Eski kanun döneminde “ivazlar arasında nisbetsizlik” olarak değerlendirilen bu unsorda, aşırı yararlanılan tarafın edimi ile karşı tarafın edimi arasındaki dengenin aşırı yararlanılan aleyhine önemli ölçüde sarsılması beklenir. Bu nedenle TBK m. 28 metninde “açık” kelimesinin kullanılması ile oransızlığın göze çarpan nitelikte ve normal bir kişinin dahi bilgi ve tecrübesiyle fark edebileceği düzeyde olması gerektiği vurgulanmıştır¹⁵⁸. Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 24.01.1973 tarihli bir kararında, kanunumuzda oransızlığın tespiti adına sabit bir oran belirlenmediği belirtilerek, aşırı oransızlığın tespiti için normal zekalı (vasat) bir kişinin ilk bakışında gözüne çarpacak bir oransızlığın bulunması gerektiği açıklanmıştır¹⁵⁹. Bu nedenle Türk Hukukundaki düzenlemenin, Fransız Hukukunun aksine sabit oranlar içermediği ancak her olay kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir¹⁶⁰.

Edimlerin değeri ve dolayısıyla aralarındaki oranın belirlenmesi için ifa edilen değil sözleşme ile taahhüt edilen edimler inceleme konusu yapılmalıdır¹⁶¹. Bu kapsamda edimler arasındaki aşırı oransızlığın tespiti için öncelikle sözleşmenin

¹⁵⁷ Y. HGK. T. 30.09.1972, E. 1970/1-229, K. 1972/765; Y.1. HD. T. 09.05.2016, E. 2016/4269, K. 2016/5762; Y. 1. HD. T. 09.06.2016, E. 2016/5326, K.2016/7064. (Sinerji)

Kocayusufpaşaoğlu, mevzuatta değerlendirme sıralamasına ilişkin bir düzenleme bulunmadığını dolayısıyla uygulamada kolaylık sağlamak adına yapılan bu işlemin hukuki dayanağının mevcut olmadığını belirtmiştir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 488.

¹⁵⁸ von Tuhr, **a.g.e.**, s.331; Oğuzman /Öz, **a.g.e.**, s. 135; Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 148; Becker ise şerhinde açık oransızlığın tespiti için ortalama bir kişinin bilgi ve tecrübesi yerine “*tecrübeli iş adamının ciddi tetkiki*” kriterini esas almıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Becker, **a.g.e.**, s. 118.

Yavuz eserinde “*Deneyimli iş adamlarını, ciddi bir inceleme sonucunda, oransızlığın varlığını duraksamaksız bir şekilde kabul edebileceklerse, oransızlık açıktır*” demek suretiyle oransızlığın tespiti için ortalama bir kişinin kendi hayat tecrübesi kıstasını yeterli görmediğini açıklamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁵⁹ Y. HGK. T. 24.01.1973, E. 1971/1-376, K. 1973/24 (Sinerji); Aynı yönde BGE 53 II 488; 46 II 60; Honsell / Vogt / Wiegand, **a.g.e.**, Art. 21, N. 5.

¹⁶⁰ Feyzioğlu, Türk Hukukunda sabit oranlar belirlenmemesinin daha uygun olduğunu, zira kanunda belirlenen ölçütlerin zaman içerisinde, güncelliğini yitireceği ve gelişen topluma ayak uyduramayacağını ifade etmektedir. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 250.

¹⁶¹ Nomer, **a.g.e.**, s. 107; Kocabaş; **a.g.m.**, s. 114; Antalya, **a.g.e.**, s. 347; Eren, **a.g.e.**, s. 437; Ozanemre-Yayla, **a.g.m.**, s. 207. Taahhüt edilen edimin karşı edimle orantılı olmasına rağmen, ifa edilen edimin önemli ölçüde az olması aşırı yararlanmanın konusunu oluşturmamakla birlikte ancak sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanmasına yol açacağı söylenebilecektir; bkz. Eren, **a.e.**, s. 437 ve dn.12.

kurulduğu ana bakılarak edimin objektif değeri belirlenmelidir¹⁶². Zira sözleşmenin kurulduğu aşamada aşırı yararlanma gerçekleşmiş olmalıdır. Sözleşme kurulmadan önceki veya sözleşme kurulduktan sonraki dengesizlik taraflara aşırı yararlanmadan faydalanarak sözleşmeyi iptal hakkı ya da edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı sağlamayacaktır¹⁶³.

Edimin objektif değerinin tespiti için edimin parasal bir değer taşıyıp taşımadığı, piyasa rayıcı, edimin piyasaya sunulduğu tarihteki piyasa koşulları dikkate alınmalıdır¹⁶⁴. Bu nedenle söz konusu edimin benzerlerinin rayiç değerleri ile karşılaştırılmasının mümkün bulunması gerektiği belirtilmekle, nadir olan eşyalar, özel ilgi nedeniyle fazlaca değer biçilmiş ürünler ve piyasaya yeni mal edilmekle karşılığı edimin yaklaşık olarak dahi tespitinin mümkün bulunmadığı eşyalarda bu hususun söz konusu olamayacağı dile getirilmektedir¹⁶⁵.

Edimin objektif değerinin tespitinde sözleşme tarafının edime yüklediği manevi değer (subjektif değer) yerine ortalama bir kişinin edime yüklediği objektif değer bulunmaya çalışılmalı ve sözleşmede edime yüklenen yan borçlar edimin objektif değerinin belirlenmesinde rol oynamalıdır¹⁶⁶.

Bazı hallerde Devletler üretimi ve ticareti sınırlandırılmış ve sıkı denetim altına alınan mallar için kanuni düzenlemeler ile değer skalası oluşturmaktadır. Bu hallerde malın değeri Devletin çizdiği skala üzerinden belirlenmelidir¹⁶⁷.

Edimin değerinin objektif olarak tespit edilebilir olması ispat hususu bakımından önemlidir. Bu kapsamda bazı tip sözleşmelerde bir tarafın ediminin objektif değerinin tespiti zor olduğundan karşı tarafın edimi ile oranlanması zorluk teşkil etmektedir. Buna örnek olarak yaşam boyu gelir sözleşmesi, ölünceye kadar

¹⁶² Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 251; Acabey, **a.g.m.**, s. 113; İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları Altıncı Cild**, İstanbul, 1994, s. 604 vd.; Kalkan, **a.g.e.**, s. 112; Saymen, **a.g.m.**, s. 148.

¹⁶³ Sözleşmenin akdedilmesinden sonra bir dengesizlik meydana gelmesi halinde aşırı ifa güçlüğü dolayısıyla uyarılma isteminin şartlarının oluşmuş ise taraflar bu hukuki sebebe dayanarak talepte bulunabileceklerdir. Bkz. yukarıda İkinci Bölüm içerisinde “Aşırı İfa Güçlüğü ile Farkı” başlıklı “I-E” numaralı ayırım.

¹⁶⁴ Saymen, **a.e.**, s. 149-150; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, **a.g.e.**, s. 259.

¹⁶⁵ Edimin benzeri ile kıyası sonucu objektif değerinin ölçülmesinin zor hatta imkansız olduğu bu hallerin başka bir edimi gizlemek amacıyla kötüniyetle konu edildiği ve piyasadaki tek el durumundan yararlanma amacı güttüğü hallerde bu tür sözleşmelerin ahlaka aykırılık kapsamında değerlendirilerek kesin hükümsüzlük hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Becker, **a.g.e.**, s. 117.

¹⁶⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 135; Özkaya, **a.g.e.**, s. 30; Ozanemre-Yayla, **a.g.m.**, s. 206.

¹⁶⁷ Saymen, **a.g.m.**, s. 151.

bakma sözleşmesi gibi edimin belirsiz bir süreye yayıldığı sözleşmeler örnek verilebilir¹⁶⁸. Ancak bu sözleşmelerde de olasılıklar gözetilerek ortalama yaşam süresi hesaplanabilecek ve böylece karşılık edim ile orantılı olup olmadığı uzman kişiler tarafından tespit edilebilecektir¹⁶⁹. Sözleşmenin kurulduğu an üzerinden yapılacak hesaplamada, sözleşmenin ifa zamanında yaşam boyu gelir alacaklısı ya da bakım alacaklısının “beklenilenden fazla ya da az yaşaması” aşırı yararlanmada dikkate alınmayacaktır.

Kanunda dengesizliğin hangi hallerde söz konusu olduğu konusunda bir sınırlama getirilmemiştir, ancak güncel Yargıtay kararlarında edimler arası dengesizlik olup olmadığının dosyanın konusunda uzman bilirkişilere tevdi ile edimlerin sözleşme tarihindeki değerinin ve piyasadaki rayiç değerlerinin belirlenmesi gerektiğini, her olayın koşullarına göre oransızlığı takdir edileceği dile getirilmektedir¹⁷⁰. Doktrinde oransızlığın nasıl tespit edileceği hususunda Ayan, edimler arasındaki açık oransızlığı, bir tarafın ediminin diğer tarafın edimine kıyasla dürüstlük kuralı çerçevesinde kabul edilemeyecek kadar düşük değerli olması hali olarak değerlendirmektedir¹⁷¹. Kocayusufpaşaoğlu ise edimler arasındaki oransızlığın tespitinin, zayıf durumda olanın ne kadar zarara uğradığı kıstası ile ölçülemeyeceğini ifade etmektedir¹⁷².

Bir sözleşme edimler arası açık oransızlık unsurunu barındırıyorsa, bu durumun doğrudan aşırı yararlanma yönünde yorumlanması doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira Türk Hukukunda, bazı özel hükümler ile edimler arası oransızlık barındıran sözleşmelerde özel geçersizlik sebepleri öngörülmüştür. Uygulamada en

¹⁶⁸ Özkaya, **a.g.e.**, s. 23. Feyzioğlu ise bu tip sözleşmelerde aşırı yararlanmanın gündeme gelmeyeceğini, zira bir tarafın ediminin sözleşmenin kurulduğu anda açık ve belirli olmadığını, borçlunun üzerine aldığı borcun kapsamı ve miktarını öngöremeyeceğini bile sözleşmeye taraf olduğunu, dolayısıyla edimler arası dengesizlik olabileceğini öngörerek sözleşme yaptığını dile getirmiştir, bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 251.

¹⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 487.

¹⁷⁰ Y. 23. HD. T. 30.05.2018, E. 2015/7652, K. 2018/3431; Y. 17. HD. T. 19.02.2018, E. 2016/18503, K. 2018/1060; T. 19.02.2018, E. 2016/14196, K. 2018/1061; Y. 14. HD. T. 13.07.2010, E. 2010/5426, K. 2010/8203 (Sinerji).

¹⁷¹ Mehmet Ayan, “Aşırı Yararlanma”, **Konya Barosu Dergisi**, Yıl 40, S. 23, 2013, s. 15.

¹⁷² Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 759.

sık karşılaşılan örnek olarak, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu¹⁷³ (“KTK”) m. 111 kapsamında yapılan tazminata ilişkin sözleşmeler verilebilecektir¹⁷⁴.

KTK m. 111/2 maddesi; “*Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir.*” düzenlemesini içermektedir. Bu düzenlemeye göre trafik kazası nedeniyle, tarafların tazminat alacakları konusunda yaptıkları anlaşmalarda (ibra sözleşmelerinde), taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarı asıl zarara kıyasla çok düşük ya da çok yüksek ise, kısacası aşırı bir oransızlık mevcutsa, başkaca bir şart aranmaksızın sözleşme iptal edilebilecektir¹⁷⁵. Yargıtay, KTK m. 111’e dayanılarak açılan davalarda bu durumun gabinden farklı olduğunu vurgulamaktadır¹⁷⁶.

Edimler arasındaki açık oransızlığın tespiti adına kişi özelinden uzaklaşıp objektif bir boyuttan sözleşmeyi incelemek gerekse de aşağıda açıklayacağımız taraflar özelinde aranacak subjektif unsurların tespitinde sözleşme taraflarının niteliği, sözleşmeyi akdederken sergiledikleri davranışların incelenmesi ve tüm unsurların bir bütün olarak aşırı yararlanmanın mevcudiyetine etki etmesi gerekmektedir.

B. Taraflar Özelinde Aranan Subjektif Unsurlar

Aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için aranan subjektif unsurlar aşırı yararlanılan için TBK m. 28 kapsamında deneyimsizlik, düşüncesizlik ve zor durumda kalma olarak sayılmışlardır¹⁷⁷. Aşırı yararlanan için ise aşırı yararlanma

¹⁷³ RG T. 18.10.1983, S. 18195.

¹⁷⁴ Aşırı yararlanmadan farklı olarak KTK hükümleri haricinde, fahiş cezai şartın indirilmesi (TBK m. 182), simsarlık sözleşmesindeki fahiş ücretin indirilmesi (TBK m. 525) gibi örnekler verilebilecektir. Bu nedenle sözleşmelerdeki aşırı oransızlığın konusu itibarıyla herhangi bir özel düzenlemeye tabi olup olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir.

¹⁷⁵ Mustafa Alper Gümüş, **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 317.

¹⁷⁶ Y. 17. HD. T. 20.04.2016, E. 2014/17369, K. 2016/5027. (Sinerji)

¹⁷⁷ Deneyimsizlik, düşüncesizlik ve zor durumda kalma hallerinin aşırı yararlanılan yönünden subjektif unsurlardan olduğu kanunda açıkça sayılmış olmasına karşın subjektif unsur kapsamına alınabilecek başkaca durumların olup olmadığı ve bu konudaki doktrin görüşleri çalışmamızın ileriki aşamalarında değerlendirilmiştir. Bkz. aşağıda İkinci Bölüm altında “Unsurların Dinamik Niteliği – Numerus Clausus Olarak Nitelendirmeye Eleştirel Bir Bakış” başlıklı “III” numaralı ayırım.

kastı bir subjektif unsur olarak değerlendirilmiş ve bu husus da aşağıda inceleme alanı bulmuştur.

1. Deneyimsizlik

Deneyimsizlik, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde anıldığı üzere “tecrübesizlik” aşırı yararlanılarda bulunması beklenen subjektif unsurlardan birisidir¹⁷⁸. Bu halin gündeme gelebilmesi için aşırı yararlanılanın akdettiği sözleşme konusunda, o sözleşmeyi akdeden normal bir kişiden beklenen, yeterli ve gerekli bilgiye sahip olmaması veya olamaması aranmaktadır¹⁷⁹. Aşırı yararlanılanın genel hayat tecrübesinden yoksun olmasından ziyade, olaya konu sözleşme hakkında tecrübesizliği bu unsur için esas alınan noktadır¹⁸⁰. Ancak, sözleşme konusu edim, herkes tarafından bilinen bir konu ise veya kişinin mesleği ya da içinde bulunduğu durum gereği sözleşme konusu edim hakkında, ortalama bir kişiye kıyasla daha fazla derecede bilgi sahibi olması bekleniyorsa, bu durumda tecrübesizlikten bahsedilemeyeceği açıklanmaktadır¹⁸¹. Deneyimsizliğe örnek olarak, sözleşme akdedilen konudaki tecrübesizlik, kişinin farklı kültürde, dilde veya daha önce içinde bulunmadığı bir ortamda bilmediği bir konuda akdettiği sözleşmede içinde bulunduğu durum verilebilecektir¹⁸². Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin vermiş olduğu bir kararda, tarafın, bir taşınmazı değerinden çok düşük miktara satmış olduğu ve bu durumun kişinin tecrübesizliğinden kaynaklandığını iddia ettiği bir davada, kişinin satıştan önce bahse konu taşınmazı satış bedeline yakın bir miktarda satın aldığı ve satış esnasında yalnız olmadığı, yanında kardeşi ve yeğeninin de bulunduğunu bu

¹⁷⁸ Deneyimsizlik ifadesi yerine, “toyluk” ve “acemilik” ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz. Altan Fahri Gülerci, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, B. 2, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 216.

¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 136; Yavuz, **a.g.e.**, s. 109.

¹⁸⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s. 116.

¹⁸¹ Lütfü Dalamanlı, **Tatbikatta Hukuk Davaları**, C.1, Aydın Yayınları, Ankara, 1995, s. 504.

¹⁸² Çakırca, **a.g.e.**, s. 71, dn. 228; Gülerci, **a.g.e.**, s. 217; Y. 13. HD. T. 06.04.2010, E. 2009/14753, K. 2010/4517; T. 13.04.2010, E. 2009/15185, K. 2010/5016.

nedenle tecrübesizlik unsurunun gerçekleşmediğini ileri sürerek aşırı yararlanmanın oluşmadığına kanaat getirmiştir¹⁸³.

2. Düşüncesizlik

Aşırı yararlanılan kişinin sözleşmeyi akdederken göstermesi gereken özen ve önemi göstermemiş olması, sonuçlarını değerlendirmeden adım atması, kişinin düşüncesizliği ile ilgili sözleşmeyi akdettiği sonucuna ulaşılmasını sağlamaktadır¹⁸⁴. Düşüncesizlik terimi yerine Yargıtay kararlarında, “hafiflik”, “acemilik” ve “toyluk” terimleri de benimsenmiştir¹⁸⁵. İsviçre Federal Mahkemesi’nin düşüncesizlik subjektif unsurunu incelediği bir kararında, evlenmek uğruna değerinden çok daha yüksek bir fiyata taşınmaz satın alan, kendisi aleyhine ve edimler arası aşırı oransızlık içeren sözleşme yapmak zorunda kalan yaşlı bir adamın davranışları hafiflik, düşüncesizlik olarak değerlendirilmiş ve taşınmaz satımına ilişkin sözleşmenin aşırı yararlanma nedeni ile iptaline hükmedilmiştir¹⁸⁶.

Kişinin düşüncesizliğinin, kişiyi temyiz kudretinden yoksun bırakacak seviyeye ulaşmaması gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁷. Düşüncesizliğin kişinin karakterinde değil yalnızca aşırı yararlanma konusu işlem özelinde incelenmesi

¹⁸³ Y. 1. HD. T. 09.04.2014, E. 2013/19988, K. 2014/7420. Karar için bkz. Muktedir Lale, **Özetli-İctihath-Karşılaştırmalı Yargıtay Uygulamasında Türk Borçlar Kanunu (Genel Hükümler) ve Yürürlük Kanunu**, C.1, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014, s. 145, 146.

¹⁸⁴ Sungur, **Gabin**, s. 32.

¹⁸⁵ Y. 14. HD. T. 24.04.2002, E. 2002/1503, K. 2002/3131; Y. HGK. T. 11.12.1991, E. 1991/1-557, K. 1991/637; Y. 1. HD. T. 11.04.1989, E. 1989/725, K. 1989/4533; Y. 13. HD. T. 28.12.1981, E. 1981/6752, K. 1981/8592 (Sinerji).

¹⁸⁶ RO 61 II 31.

“... davacının hafifliğinden, davalının istifade ettiğini Yüksek Mahkeme kabul etti; davacı sevginin körlüğü ile davalıyla evlenmeyi kafaya koymuştu: Davalı da büyük bir maharetle bu sevgiyi delilik derecesine kadar tahrik etti; davacıyı böylece temyiz kudretinden mahrum bırakarak, ihtilaflı satış muamelesini yapmaya kolayca sevk etti.

Kuşkusuz akit taraflardan birinin hafifliğinden istifade edildiğinin varlığını çok kolay kabul etmek gerekir. Fakat davamızda bu durum böylece oluştu; hatta, kanunun katı bir yorumuyla bile onu kabul etmek gerekir. Davalının gayrimenkulünü satın alırken, davacının hafiflikle hareket ettiği inkar edilemez. Daha evvel ortaya çıkarıldığı gibi, mecbur tutulan fiyatın haklılığı üzerinde ciddi kuşkuları vardı; davalının sadece evlenebilmek için endişelerini ortaya koymadığı açıktı. Eğer mantıklı olarak hareket etseydi, en azından ve özellikle, noterin ikazından sonra gayrimenkulün hakiki değerini o meslekten anlayan bir kişiye sorarak öğrenmesi gerekirdi. Davalı, zayıflığını hissettiği davacının hafifliğinden istifade etti ve aşırı menfaatler kabul ettirmek için bu hissi kötüye kullandı.”

Karl Oftinger/ Raymond Jeanprete, Çev. Kemal Dayınlı, **Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İctihatları**, B.2, Ankara, Dayınlı Yayınları, 1990, s. 110,111.

¹⁸⁷ Ozanemre-Yayla, **a.g.m.**, s. 210; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 488.

gerekmektedir¹⁸⁸. Kısacası, kişinin yaptığı sözleşme üzerinde yeteri kadar düşünmemesi bu halin oluşmasına neden olmaktadır, yoksa kişinin genel davranışının hafif meşrep olması beklenmemektedir¹⁸⁹. Yargıtay bir kararında, sözleşmede taraflarca belirlenen bedelin bizzat aşırı yararlanılan tarafından itiraz edilmesi üzerine artırılması kapsamında, kişinin sözleşmeyi akdederken düşüncesiz davranmadığı, aksine tamamen iradi bir faaliyet gerçekleştirdiğine kanaat getirerek olayda aşırı yararlanmanın varlığından bahsedilemeyeceğini beyan etmiştir¹⁹⁰. Bu durumda aşırı yararlanılan sözleşmeyi akdederken üzerine düşen özeni yerine getirmiş olmasına karşın, sözleşme konusu iş veya işlem hakkında yeterli bilgi sahibi olmaması ya da işin rayici hakkında bilgi eksikliği yani deneyimsizliği nedeniyle aşırı yararlanmanın mevcudiyetini iddia edebilecektir düşüncesindeyiz.

Düşüncesizlik halinin oluşturduğu durum yeri geldiğinde kişinin TMK m. 15 kapsamında kısıtlanabilmesine sebebiyet verebilecektir¹⁹¹. Aşırı yararlanılanın kısıtlanmasına neden olabilecek boyutta bir davranışta bulunarak sözleşme akdetmesi halinde kişinin kısıtlanmasının talep edilmesi ve devamında kendisine vasi tayin edilmesi uygulamada subjektif unsur açısından ispat kolaylığı sağlayabilecektir. Ancak düşüncesizlik unsurunun varlığı için kişinin temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir, aksi halde aşırı yararlanma hukuki sebebi değil ehliyetsizlik hukuki sebebinin varlığının tartışılması gerekecektir.

3. Zor Durumda Kalma

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde “müzayaka” olarak adlandırılan Türk Borçlar Kanunu ile “zor durumda kalma” halini alan subjektif koşula göre, aşırı yararlanılan kişinin sözleşmeyi akdettiği sırada önemli ölçüde sıkıntı içerisinde ve çaresiz bir durumda olması içinde bulunduğu bu halin sözleşmeyi mevcut şartları ile

¹⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 488.

¹⁸⁹ Akıncı, **Borçlar Hukuku**, s. 107. Elbir, eserinde düşüncesizliği tanımlarken “Hiffet, hafif meşreplik halidir.” açıklamasında bulunmuş ise de eserde genel olarak, kişinin genel ruh halinin hafif meşrep olabileceği ya da aşırı yararlanmaya konu sözleşmeyi akdettiği sırada hafif meşrep davranabileceğini açıklamıştır. Bu doğrultuda “*Hiffetin bir alışkanlık, bir tabiat olup olmamasının rolü yoktur.*” İfadesine yer vermiştir. Bkz. Elbir, **Gabin**, s. 170.

¹⁹⁰ Y. 1. HD. T.09.05.2016, E. 2016/4269, K. 2016/5762. (Sinerji)

¹⁹¹ Esener/Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 177.

imzalamasına sebep olması gerekmektedir¹⁹². Sözleşme tarafı, içinde bulunduğu zor durumdan kurtulmak adına tek çarenin bahse konu sözleşmeyi yapmak olduğu bilincinde olması beklenmektedir¹⁹³. Zor durumda kalma teriminin müzayaka terimini tam olarak karşılamadığı, bunun yerine “umarsızlık” teriminin kullanılması gerektiği Öz tarafından eleştirilmektedir¹⁹⁴.

Zor durumda kalma maddi ya da manevi yönden gerçekleşebilmektedir¹⁹⁵. Manevi yönden zor durumda kalma (müzayaka) haline ilişkin Yargıtay’ın bir kararında şöyle bir açıklama geçmektedir: *“Yaşlılık ve yalnızlıktan ötürü hayatını tek başına sürdürmek zorunluğunda kalan, kalabalık olan dünyada Robenson gibi etrafsız bir kişi durumuna düşen davacının esaslı bir sıkıntı -müzayaka- içinde bulunduğu şüphesizdir. Müzayaka halinin çeşitleri vardır. Maddi ve manevi olabilir. Davacı yaşı, belki özel durumu ve inceleme konusu yapılmayan psikolojik yapısı itibariyle bakılmaya, korunmaya ve yakın ilgiye ihtiyaç gösteren halde olabilir. İçinde bulunduğu toplumun dışında yaşamak korkusu davacıyı bir bunalıma itmiş ise, bu halin manevi müzayaka olarak sayılması gerekir.”*¹⁹⁶. Kararda açıklandığı üzere yaşlılık, yalnızlık ve psikolojik yönden güçsüzlük manevi yönden zor durumda kalmaya sebep olabilmektedir ve Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu durumların irdelenmesi gerekmektedir¹⁹⁷.

Maddi yönden zor durumda kalma halinde, kişinin ekonomik olarak borç içerisinde olması anlamına gelmemekle birlikte kişinin o an içinde bulunduğu ekonomik varlığını önemli ölçüde tehdit eden bir tehlikenin varlığı veya aktif bulunmasına karşın bunun tasarrufu konusunda sıkıntı yaşıyor olması halleri de zor durumda kalma olarak sayılabilmektedir¹⁹⁸. Bu doğrultuda varlıklı bir kişinin de zor durumda kalma haline dayanarak aşırı yararlanmanın varlığından bahsedebilmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir.

Ekonomik piyasanın genel olarak kötü bir durumda olması, dengesiz bir piyasanın hakim olması ya da piyasadaki mal veya hizmetin normale kıyasla

¹⁹² Esener/Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 176.

¹⁹³ Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 152.

¹⁹⁴ Bkz. yukarıda dn.95.

¹⁹⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s.245; Acabey, **a.g.m.**, s. 114; Özkaya, **a.g.e.**, s.32.

¹⁹⁶ Y. I. HD. T. 28.02.1974, E. 1973/1924, K. 1974/1255 (Kazancı).

¹⁹⁷ Acabey, **a.g.m.**, s. 114.

¹⁹⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 256; Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 153.

dönemin koşulları gereği yüksek bir bedelle satılması vb. hallerde yapılan sözleşmenin piyasa nedeniyle bir tarafın aleyhine hüküm ve sonuç doğuracak olması, o sözleşme hakkında doğrudan aşırı yararlanmaya dayanılmasını gerektirmeyecektir¹⁹⁹. Örneğin, mevsime bağlı yetişen bir besin ögesi olan, Türkiye’de genel olarak bahar ve yaz aylarında piyasaya sunulan can erik meyvesini Aralık ya da Ocak aylarında satın alan ve mevsimine kıyasla çok yüksek bir bedel ödeyerek satış sözleşmesi gerçekleştiren bir kişi olduğunu düşünelim. Bu kişi, bedelin fahiş olduğu, can erik satış sözleşmesinde maddi olarak zor durumda kaldığı ve bu nedenle aşırı yararlanmanın gerçekleştiğini ileri süremeyecektir, zira satış sözleşmesinin gerçekleştiği piyasa koşulları değerlendirildiğinde yapılan sözleşmenin şartlarının piyasayı yansıttığı ve bedelin buna göre belirlendiği dolayısıyla zor durumda kalma halinin gerçekleşmediği söylenebilecektir. Bu nedenle genel bir değerlendirmeden ziyade olay bazında kişinin içerisinde bulunduğu ekonomik durum ve piyasa gözetilerek zor durumda kalma halinin varlığını tespit daha sağlıklı olacaktır.

Subjektif şartların vücut bulacağı kişinin sözleşmenin tarafı olması gerektiği hem kanunun lafzından hem de sözleşmesel sorumluluk hukuku kapsamından açıktır. Ancak von Tuhr, sözleşme tarafına veya yakınlarından birisinin mevcut veya olası zorunluluk hallerini de zor durumda kalma olarak saydığını ifade etmektedir²⁰⁰. Bunun haricinde Yargıtay bir kararı ile bu kuralın istisnaları olup olmadığı hususunda doktrinde tartışmaya sebebiyet vermiştir. Yargıtay, evli çiftlerden birinin yüklü miktarda borcu nedeniyle diğer eşin de zor durumda olduğunun kabulü gerektiği ve sözleşme tarafı eşin bu hali sona erdirmek amacıyla hareket ettiğinden bahsederek şu şekilde bir karar vermiştir: “Eşlerden biri alacaklının takibi dolayısıyla korkulu rüya görürken ötekinin rahat uyuduğu düşünülemez. Kısaca, evlilikte, taraflardan birinin müzayaka içinde olması, ötekinin de müzayaka halinde bulunduğunun kabulü gerekir.”²⁰¹ Kılıçoğlu bu karar ile evlilik kurumunda zor durumda kalma halinin istisnai olarak genişletildiğini ifade etmekte²⁰² ise de Kocayusufpaşaoğlu, kararı zor durumda kalma halinin alt kolları kapsamında

¹⁹⁹ Çakırca, **a.g.e.**, s. 154.

²⁰⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 332.

²⁰¹ Y. 1. HD. T. 21.11.1974, E. 1973/10284, K. 1974/8745 (Kazancı).

²⁰² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 298, dn. 373.

yorumlayarak evlilikte bir eşin maddi anlamda zor durumda kalması diğer eşin manevi yönden zor durumda kalmasına sebep olacağını belirtmiştir²⁰³. Biz de Kocayusufpaşaoğlu'nun yorumunun Yargıtay'ın kararında açıklamak istediği duruma daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

Zor durumda kalma unsuru değerlendirilirken, kişinin kendi davranış ve yaşayışı sebebiyle bu duruma düşmemesinin bir önemi bulunmadığı açıklanmaktadır²⁰⁴. Bunun yanı sıra, zor durumda kalma unsurunun varlığı için, kişinin gerçekten zor durumda olmasının gerekmediği, ancak zor durumda kaldığı bilinci ile sözleşmedeki aşırı oransızlığı görerek o sözleşmede taraf olmak istemesinin yeterli olacağı doktrinde bir kısım yazarlar tarafından kabul edilmektedir²⁰⁵.

4. Aşırı Yararlanma Kastı

Aşırı yararlanmanın varlığı için kanunda sayılı subjektif şartlar yararlanılanın şahsında aranırken şimdi inceleyeceğimiz aşırı yararlanma kastının²⁰⁶ aşırı yararlananın şahsında aranması gerekmektedir.

Aşırı yararlanma kastını bir örnek ile ifade etmek gerekirse; internet üzerinden satış yapılabilen bir internet sitesinden acil nakit ihtiyacı olan, zor durumdaki bir araç sahibi arabasını rayiç piyasa bedelinin onda biri fiyatından satışa çıkarır ve ilanı gören, araç ihtiyacı olan bir başka site kullanıcısı aracı satın almak istemesi nedeniyle bir satış sözleşmesi kurulmuştur. Araç alıcısı, piyasada -o an için göz gezdirdiği internet sitesinde- kendisi için en uygun fiyatlı ürünü tespit etmiş ve ekonomik çıkarları adına bu ürünü satın almak için sözleşme akdetmiştir. Araç alıcısının karşı tarafın zor durumunda olduğu hususunda herhangi bir bilgisi bulunmamaktadır. Olayda; objektif unsur olarak edimler arasında aşırı oransızlık, subjektif unsur olarak ise zor durumda kalma hali mevcut olmasına rağmen TBK m.

²⁰³ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 490.

²⁰⁴ Çakırca, **a.g.e.**, s. 153.

²⁰⁵ Gauch, **Der Fussballclub**, s. 62,63; Sungur, **Borçlar Kanunu ve Tatbikatı**, s. 64; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 489.

²⁰⁶ Eski tarihli Yargıtay kararlarında “manevi tazyik” olarak da anılmaktadır. Karar metni için bkz. Ali Haydar, “Gabin”, **Hukuk ve İctihatlar Dergisi**, Yıl:3, S. 18, Kasım-Aralık 1948, s. 214 vd.

28 kapsamında aşırı yararlanmanın varlığından bahsedilememesi beklenir. Zira araç alıcısında aşırı yararlanma kastı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce bir olayda aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için aşırı yararlanma kastının da bulunması gerekmektedir. TBK m. 28 aşırı yararlanmanın şartları açısından yol gösterici olsa da aşırı yararlanma kastına ilişkin unsur madde metninden açıkça anlaşılmamaktadır. Aşırı yararlanma kastının bir unsur olarak yer alması gerektiği sonucuna TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kurallarına uygun davranış sergileme yükümlülüğü kapsamında varılabilecektir. Ancak yine de çalışmamızda bu hususun ayrılaştırılması ve açıklanması ile aşırı yararlanma kastının gerekliliği ve içeriği açıklanmıştır.

Doktrinde bir kısım yazarlar subjektif ve objektif unsurlar haricinde üçüncü bir unsur olarak aşırı yararlanma kastının mevcudiyetinden bahsetmektedirler²⁰⁷. Yargıtay bu görüşe katılmakla birlikte aşırı yararlanma kastını üçüncü bir unsur olarak değil, aşırı yararlanan kişide bulunması gereken subjektif unsur olarak değerlendirmektedir²⁰⁸.

Aşırı yararlanma kastından bahsedilebilmesi için aşırı yararlanan kişinin akdettiği sözleşmeden önemli ölçüde yarar sağladığı, edimler arasında açık oransızlık olduğu ve karşı tarafın içinde bulunduğu durum olmasa sözleşmeyi mevcut haliyle yapmayacağı konusunda bilgi sahibi olması, söz konusu sözleşmeyi bu hususları bilerek akdediyor olması beklenmektedir²⁰⁹. Ancak “bilme” kavramından tüm hususların ayrıntılı olarak bilgi sahibi olunması anlamının anlaşılmaması gerektiği ve fakat aşırı yararlananın çok karlı bir iş yaptığı fikrine sahip olması ve ekonomik yönden bir kast sahibi olması gerektiği açıklanmaktadır²¹⁰. Aşırı yararlanılanın içinde bulunduğu subjektif durum konusunda karşı tarafın sözleşmeyi akdettiği sırada bilgi sahibi olması beklenmemektedir²¹¹.

²⁰⁷ Elbir, **Gabin**, s. 251; Sungur, **Gabin**, s. 33; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.301; Acabey, **a.g.m.**, s. 115, Ayan, **a.g.m.**, s. 16. Aşırı yararlanma kastını üçüncü unsur olarak kabul etmeyen görüş için bkz. Özkaya, **a.g.e.**, s. 24.

²⁰⁸ Y.1. HD. T. 09.06.2016, E. 2016/5326, K. 2016/7064, Y.15. HD. T. 03.03.2014, E. 2014/278, K. 2014/1405 (Kazancı); Aynı yönde bkz. Esener/Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 176-177.

²⁰⁹ Elbir, **Gabin**, s. 161; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 254; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 492; Çağlayan Aksoy, **a.g.e.**, s. 378.

²¹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 301; Esener/Gündoğdu, **a.g.e.**, s. 177; Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, 493.

²¹¹ Y. 15. HD. T. 19.11.2001, E. 2001/3088, K. 2001/5274 (Kazancı); Aslan, **a.g.e.**, s. 97.

Eski tarihli aksi kararlar için bkz. Sungur, **Gabin**, s. 53 dn. 21’de anılan kararlar.

Aşırı yararlanma kastının gerçekleşebilmesi için doktrinde hakim görüş, sözleşme tarafında “bilme” ve “isteme” unsurlarının meydana gelmesi gerektiğini belirtmiştir²¹². Bu görüş kapsamında aşırı yararlanan taraf ekonomik olarak karlı bir iş yaptığı, karşı tarafın içinde bulunduğu hal nedeniyle sözleşme yapma zorunluluğu olduğunu bilmeli ve bu unsurları bilmesine rağmen sözleşme yapmak istemelidir. Ancak aşırı yararlanılanın, zayıf tarafı içinde bulunduğu durumdan çok daha ağır bir duruma getirmek istemesi, kişiyi ekonomik bir çekişe sürüklemeye çabası göstermesi gerekli görülmemektedir²¹³. Bu şekilde bir niyetle hareket edilmesi, koşulları oluşması halinde TBK m. 27 kapsamında ahlaka aykırılık hukuki sebebi nedeniyle sözleşmenin geçersizliğine sebep olabilecektir.

Pratikte bilme ve isteme unsurlarının tespitinin çok zor olduğu görüşünde olan bir kısım yazarlara göre ise aşırı yararlanma kastı kapsamında ihtimali kastın varlığı da yeterli görülmektedir²¹⁴. Ancak yine de ihmal şeklinde doğan kastın aşırı yararlanmaya sebebiyet vermeyeceğini açıklayan görüş de mevcuttur²¹⁵.

Yararlananın şahsında aranan bu unsur yeri geldiğinde bir olayın aşırı yararlanma kapsamına girip girmediği konusunda belirleyici nitelik gösterecektir. Örneğin, Tunçomağ, aşırı yararlanmanın murabaha ile çoğu anlamda örtüştüğünü, ancak aşırı yararlanmayı murabahadan (fahiş faiz kararlaştırılması) ayıran özelliğin aşırı yararlanma kastı ile hareket edilmesi olduğunu ileri sürmektedir²¹⁶.

Yargıtay, kararlarında uygulamaya yol göstermek adına bazı hukuki işlemlerde aşırı yararlanmanın iddia edilemeyeceğini zira aşırı yararlanma kastının mevcut olmadığını açıklamıştır. Bu kararlara örnek olarak, aşırı yararlanma kastı bulunmaması nedeniyle cebri icra yoluyla yapılan satışlarda aşırı yararlanma iddiasında bulunulamayacağı belirtilmektedir²¹⁷. Aynı şekilde, Hazine tarafından yapılan satışlarda aşırı yararlanma iddiasında bulunulamayacağından bahsedilmektedir²¹⁸.

²¹² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 136; Eren, **a.g.e.**, s. 421; Çakırca, **a.g.e.**, s. 168.

²¹³ Çakırca, **a.g.e.**, s. 170.

²¹⁴ Kocayusufoğlu vd., **a.g.e.**, s. 493.

²¹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 440.

²¹⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 244.

²¹⁷ Özkaya, **a.g.e.**, s.23; Y. HGK. T. 20.05.1953, E. 1953/71, K. 1953/77; Y. 4. HD. T. 06.04.1950, E.1949/2144, K.1950/2120 (Kazancı); aynı yönde bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 252.

²¹⁸ Y. HGK. T. 20.05.1953, E. 1953/71, K. 1953/77 (Özkaya, **a.g.e.**, s. 74).

III. Unsurların Dinamik Niteliği – Numerus Clausus Olarak Nitelendirmeye Eleştirel Bir Bakış

Aşırı yararlanmada aranan unsurların bir arada gerçekleşmesi gerektiği belirtilirken, aşırı yararlananın şahsında subjektif koşullardan yalnızca birinin gerçekleşmesi gerektiği belirtilmesine karşın, subjektif şartların yalnızca kanunda yazıldığı şekilde sınırlayıcı olup olmadığının tartışılması gereklidir.

Aşırı yararlanılanın şahsında bulunması gereken unsurların sınırlayıcı olarak mı sayıldığı yoksa örnekleme olarak mı belirtildiği hususu Türk hukuk doktrininde tartışmalıdır. Bir kısım görüş kanunda sayılan “deneyimsizlik, düşüncesizlik, zor durumda kalma” hallerinin sınırlayıcı olarak sayıldığı, genişletilemeyeceği ve yalnızca bu hallerden birinin varlığı halinde aşırı yararlanmadan bahsedilebileceği dile getirilmektedir²¹⁹. Diğer bir görüş ise sayılan hallerin örnekleme amacı taşıdığı, sınırlayıcı nitelikte olmadığını ileri sürmektedir²²⁰.

Hukukun dinamik ve toplumsal yapısı gereği sözleşme adaleti sağlamaya çalışan aşırı yararlanma kurumunun da dinamik olması ve toplum ihtiyaçlarına ayak uydurması gereklidir. Bu kapsamda özellikle subjektif unsurların sınırlı sayıda olmadığını, kanunda belirtilen “deneyimsizlik, düşüncesizlik, zor durumda kalma” hallerinin örnek olarak sayıldığını düşünerek şartlar sağlıyorsa aşırı yararlanılanın içinde bulunduğu durumu TBK m. 28 kapsamına alarak aşırı yararlanmanın hukuki sonuçlarının yaratılabileceği kanaatindeyiz²²¹. Örnekleme olarak sayıldığı ve türetilebilecek başkaca subjektif sebeplerin bulunduğu durumda ise bu ihtimallerin

²¹⁹ Elbir, **Gabin**, s. 5,8,163; Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 254; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 298; Özkaya, **a.g.e.**, s. 32; Kalkan, **a.g.e.**, s. 133; Aslan, **a.g.e.**, s. 95; Akdağ-Güney, **a.g.e.**, s. 151.

²²⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 492; Antalya, **a.g.e.**, s. 348; Kocabaş, **a.g.m.**, s. 117; Eren, **a.g.e.**, s. 438; Sarı, **a.g.m.**, s. 1031. von Tuhr, zor durumda kalma, deneyimsizlik ve düşüncesizlik halleri dışında “akıl zayıflığına müptela olan ve fakat kendilerine temyiz kudretinden mahrum nazarile bakılamayan kimseler” hakkında da aşırı yararlanma kurumunun işletilebileceğinden bahsetmektedir. Bkz. von Tuhr, **a.g.e.**, s. 332.

²²¹ Kocabaş, bu hallere örnek olarak “ayırt etme gücünü ortadan kaldırmama koşuluyla ilaç, alkol ve uyuşturucu madde etkisi, hastalık, aşırı yorgunluk, bitkinlik, yaşlılık, psikolojik bağımlılık, şaşkınlık içinde bulunma ya da agresif satış ve pazarlama teknikleri nedeniyle karar verme özgürlüğünün olumsuz etkilemesi” ve işsizliğe bağlı zorda kalma hallerini örnek vermiştir. Bkz. Kocabaş, **a.g.m.**, s. 117, dn. 61.

aşırı yararlanmaya sebebiyet vermesi için TMK m. 2 gereği dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirme yapılması, kişinin içinde bulunduğu durum ve yaptığı sözleşmenin özellikleri gözetilerek bir sonuca ulaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun şimdiki hali ile OR2020 olarak anılan güncel tasarıda aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için aranan subjektif şartların sınırlı sayıda olmadığına açıkça belirtildiği görülmektedir. OR 2020 Art. 41’de rahatsızlık, düşüncesizlik, dikkatsizlik halleri ile özgür iradeyi sözleşme yapmaya iten diğer hallerin subjektif unsurları oluşturabileceği belirtilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun sınırlı tutmayan bakış açısının, TBK m. 28 kapsamındaki subjektif sebepleri de etkilemesi gerekliliği göz önünde tutularak, “deneyimsizlik, düşüncesizlik, zor durumda kalma” üçlünün kapsamlarının geniş tutulması ve en azından, özgür iradeyi sözleşme yapmaya iten sebeplerin uygun düştüğü ölçüde bu üçlünün içindeki bir kavram kapsamında değerlendirilmesi tartışmaların çözümünde uygulamayı bir nebze olsun rahatlatılabilecektir²²².

IV. Unsurların Kümülatif Niteliği

Bir sözleşmede aşırı yararlanmanın mevcut olabilmesi için, edimler arası açık oransızlığın bulunması, aşırı yararlanılan kişi hakkında sayılan subjektif sebeplerden en az birinin oluşması ve son olarak aşırı yararlananda aşırı yararlanma kastı bulunması gereklidir. Tüm unsurların sözleşmenin imzalandığı sırada bir arada mevcut olması gereklidir. Bu duruma çalışmamızda unsurların kümülatif niteliği olarak yer verilmiştir.

²²² “Deneyimsizlik, düşüncesizlik, zor durumda kalma”nın, güncel Yargıtay uygulamasında dar bir bakış açısı ile değerlendirilmediği, neredeyse her Yargıtay kararında kalıp olarak nitelendirilebilecek cümle olarak “*Hemen belirtmek gerekir ki gabin davasında öncelikle edimler arasındaki, aşırı oransızlık üzerinde durulmalı, objektif unsur ispatlandığı takdirde zarar gördüğünü iddia edenin kişiliği, yaşı, sağlık durumu, toplumdaki yeri, ekonomik gücü psikolojik yapısı gibi maddi, manevi yönler yani subjektif unsur derinliğine araştırılıp incelenmelidir.*” İfadesinin geçmesinden anlaşılmaktadır. Zira bu ifadede, zayıf durumda olanın kişiliği, yaşı, sağlık durumu, toplumdaki yeri, ekonomik gücü, psikolojik yapısı gibi yönleri değerlendirmeye alınacağından bahsedilmekte ve bu durumlar ya da benzeri durumların, zayıf durumda olan kişinin normalde yapmayacağı ölçüde aleyhine bir sözleşme yapmaya ittiği kanaati oluşuyor ise, bu durumların varlığı ile aşırı yararlanmada aranan subjektif unsurun sağlandığından bahsedilebilecektir.

Feyzioğlu, kanunda sayılan üç halin sınırlı sayıda olduğunu dile getirirse de bu hallerin Yargıtay uygulaması kapsamında geniş yorumlandığını belirtmektedir. Bkz. Feyzioğlu, a.g.e., s. 254.

Unsurların hepsinin bir arada gerçekleşmesi ile aşırı yararlanmanın meydana gelebileceği konusuna, Alman Hukuku kaynaklı kum yığını teoremi ters düşmektedir. Zira çalışmanın önceki kısımlarında ayrıntılı açıklandığı üzere, kum yığını teoreminde, unsurlardan birinin bile çok yoğun bir şekilde var olması, diğer unsurlar aranmaksızın, aşırı yararlanma iddiasına dayanılabileceği kabul edilmektedir²²³. TBK m. 28 lafzı gereği kum yığını teoremini aşırı yararlanma kapsamında kabul edebilmek mümkün değildir.

Kümülatif nitelikte olması gereken unsurların varlığının kim tarafından değerlendirilmesi gerektiği akıllara gelmesi nedeniyle, unsurların oluşup oluşmadığı konusunda takdir hakkının kimde bulunduğu incelenmesi gerekmektedir.

V. Unsurların Varlığını Tespit Edecek Kişi

Aşırı yararlanmanın objektif ve subjektif unsurlarının vücut bulduğunun takdiri uygulamada Mahkemelere bırakılsa da kanun lafzından açıkça anlaşılacağı üzere unsurların var olup olmadığı konusundaki tespit, öncelikle aşırı yararlanılan tarafa bırakılmıştır²²⁴. Zira TBK m. 28 unsurların varlığının gerçekleşmesi halinde seçimlik hakların kullanılması ve hukuki sonuçları talep hakkını doğrudan doğruya aşırı yararlanılan tarafa atfetmiştir²²⁵. Kaldı ki aşırı yararlanma sebebiyle doğan seçimlik hakların kullanılmasında dava yoluna başvurulması şart değildir²²⁶. Bu nedenle aşırı yararlanılan kişi aşırı yararlanmadaki tüm unsurların gerçekleştiğinden bahisle sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa tek bir beyanı ile ileri sürebilecektir. Karşı taraf bu hususu aşırı yararlanmanın gerçekleşmediğini iddia ederek yargısal sürece taşımakta serbest olsa da unsurların oluştuğunu takdir yetkisi aşırı yararlanılan tarafa öncelikli olarak bırakılmıştır. Ancak uygulamada aşırı yararlanmaya maruz kalan kişiler edimler ifa edilmedi ise tespit davası, ifa edildi ise de eda davası yolu ile TBK m. 28’de kendilerine tanınan hakkı kullanabilmekte ve

²²³ Bkz. yukarıda Birinci bölüm üçüncü ayırım altında “Alman Hukuku” başlıklı C numaralı kısım.

²²⁴ Saymen, **a.g.m.**, s. 152.

²²⁵ Aksi görüşte bkz. Sungur, **Gabin**, s. 26. Sungur, edimin kıymeti ile oransızlığın tespitinin hukuki bir iş olduğunu dolayısıyla unsurların tespitinde hakim rol oynaması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca aksi görüşte bkz. Gülerci, **a.g.e.**, s. 212.

²²⁶ Acar, **a.g.m.**, s. 382.

bu aşamada karşı tarafın aşırı yararlanmanın gerçekleşmediği yönünde bir iddiası var ise bizzat hakim unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmektedir²²⁷.

Unsurların tümünün gerçekleşmesi halinde Kanun, aşırı yararlanılan kişiye kendisini içinde bulunduğu durumdan kurtarmak için iki farklı yol ve bu yolların kullanılması adına öngörülen süreleri göstermiştir. Bu kapsamda aşağıda aşırı yararlanmada seçimlik haklar, hakların kullanılmasındaki süre ile doğabilecek hukuki sonuçlar incelemeye alınmıştır.



²²⁷ Y. 23. HD. T. 13.02.2019, E. 2016/2250, K. 2019/446; Y. 1. HD. T. 07.02.2019, E. 2016/4299, K. 2019/765; Y. 23. HD. T. 07.02.2019, E. 2016/2418, K. 2019/328; Y. 11. HD. T. 08.01.2019, E. 2017/2762, K. 2019/128; Y. 23. HD. T. 13.12.2018, E. 2016/1641, K. 2018/5824. (Sinerji)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

AŞIRI YARARLANMANIN HUKUKİ SONUÇLARI İLE UYGULAMADAKİ İZDÜŞÜMÜ

I. Aşırı Yararlanılanın Sahip Olduğu Haklar, Nitelikleri ve Sözleşmeye Etkileri

A. Genel Olarak

Sözleşmede, aşırı yararlanmaya ilişkin aranan unsurların gerçekleştiği tespit edilirse, aşırı yararlanılan, kanundan doğan seçimlik haklarını kullanarak sözleşmeye son verebilecek veya akıbetini değiştirebilecektir²²⁸. TBK m. 28 aşırı yararlanma nedeni ile kullanabilir hakları, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı ve edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı olarak belirlemiştir. Bu bölüm kapsamında öncelikle seçimlik hakların hukuki nitelikleri genel olarak tespit edilecek ve hakların içerikleri açıklanacaktır. Devamında hakların sözleşmeye etkileri değerlendirilecektir.

B. Aşırı Yararlanma Şartlarını Taşıyan Sözleşmelerin Geçerliliği veya Geçersizliği Hakkında Meydana Gelen Görüş Farklılıkları

Aşırı yararlanmanın vücut bulduğu bir sözleşmede, seçimlik hakların kullanılması ile oluşacak hukuki sonuçları değerlendirmeden önce, sözleşmenin hali

²²⁸ Çalışmamız kapsamında sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı ile edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı, genel olarak, aşırı yararlanılanın sözleşmeye hangi hukuki sonucun uygulanacağı yönünde seçimlik haklarını oluşturduğundan, bu haklar anlatılırken anlatım kolaylığı açısından “seçimlik hak” olarak anılmışlardır.

hazırda içinde bulunduğu durumu değerlendirmek gerekmektedir. Sözleşme baştan itibaren tüm hükümleri ile geçerli midir? Yoksa zaten geçersiz bir sözleşme üzerinden mi haklar kullanılmaktadır? Bu ve bunun gibi sorulara cevap veren doktrindeki görüşlere kısaca yer vermek, ileride seçimlik hakların doğuracağı etkiyi açıklamakta önemli bir yarar sağlayacaktır.

Sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği yönünde doktrinde bir kısım görüş, sözleşmenin baştan itibaren “geçersiz” olduğunu ancak hak düşürücü süre içerisinde seçimlik hakların kullanılmaması halinde sözleşmenin geçerli hale geleceğini belirtmiştir²²⁹. Düzelebilir geçersizlik olarak adlandırılan bu görüş hakkında yapılan eleştirilerde, genellikle 818 sayılı Borçlar Kanunu dönemi ile ilgili hak düşürücü süre yönünden değerlendirmeler yapılmış ve öğrenmeden itibaren işlemeye başlayacak bir yıllık sürenin öğrenme olgusunun gerçekleşmemesi halinde hiçbir zaman işlemeyeceği ama sözleşmenin sonsuza dek geçersiz olacağı açıklanmış olmasına karşı yeni kanun ile getirilen beş yıllık uzun sürenin gündeme gelmesi sonucu bu eleştirinin pratikte bir önemi kalmadığı görülecektir. Süre dışında, yeni kanun ile edimler arası oransızlığın giderilmesi yönünde getirilen seçimlik hak sebebiyle sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu yönünde yapılan görüşler yönünden tartışma konusu doğurabilecek niteliktedir²³⁰. Zira sözleşmenin ayakta tutulup yalnızca edimlerin adil bir dengeye kavuşturulması şansını getiren kanun koyucunun, bu düzenleme ile sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmadığı yönünde bir iradesinin mevcut olduğu düşünülebilecektir.

Son zamanlarda pek taraftarı olmayan bir diğer görüş, sözleşmenin “kısmi geçersizlik” ile karşı karşıya olduğunu ileri sürmektedir²³¹. Kısmi geçersizlik, esasen sözleşmenin kurulduğu anda, aşırı yararlanan yönünden geçersiz olmasına rağmen karşı taraf yönünden geçerli ve tüm hüküm ve sonuçları ile bağlayıcı olduğunu açıklamaktadır.

²²⁹ Tekinay, **a.g.e.**, s. 379; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 144; Nomer, **a.g.e.**, s. 76; Aslan, **a.g.e.**, s. 109 dn. 9’da anılan yazarlar. Elbir, hak düşürücü süre içerisinde sözleşmenin “muallakta” olduğunu, sözleşme ile bağlı kalmak isteyen tarafın bunu beyan etmesi gerektiğini ya da hak düşürücü sürelerin geçmesini beklemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Elbir, **Gabnin Müddeti ve Hükümleri**, s. 198.

²³⁰ Sarı, edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkını, “değiştirici kısmi hükümsüzlük” olarak nitelendirmekte ve bu hakkın kullanılması ile sözleşmedeki diğer hükümlerin ayakta tutulduğu ve tarafların bu hükümler ile bağlı olduğunu eserinde dile getirmektedir. Bkz. Sarı, **a.g.m.**, s. 1033.

²³¹ Aslan, **a.g.e.**, s. 110 dn. 14’da anılan yazarlar

İptal hakkı olarak adlandırılan, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkının niteliğini en yakın bir biçimde tanımlayan, Yargıtay'ın ve bizim de katıldığımız görüş, “bozulabilir geçerlilik” olarak adlandırılmakta ve sözleşmenin baştan itibaren geçerli olduğu, ancak aşırı yararlanılan iptal hakkını kullanırsa geçersiz hale geleceği açıklanmaktadır²³². İptalin sonucu olarak sözleşmenin geçmişe etkili olarak (*ex tunc*), baştan itibaren geçersiz olacağı açıklanmıştır²³³.

C. Seçimlik Hakların Hukuki Nitelikleri

Aşırı yararlanma halinde aşırı yararlanılanın sahip olduğu, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı ve edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı yenilik doğurucu haklardır²³⁴. Yenilik doğuran hakların kullanılması, kişiye, tek yanlı irade beyanı ile bir hukuksal ilişkiyi yaratabilme, değiştirebilme yahut ortadan kaldırabilme yetkisi veren hukuksal işlemler doğurmaktadır²³⁵. Yenilik doğuran haklar öyle haklardır ki sözleşme taraflarını eşit konumdan çıkararak hak sahibini, hak muhatabından daha üstün bir konuma getirmektedirler²³⁶. Yenilik doğurucu haklar yenilik doğurucu irade beyanlarının ileri sürülmesi ile kullanılmaktadırlar.

Yenilik doğurucu irade beyanlarının en önemli özelliği ise, dava açılmasına ya da başkaca yasal veya idari bir yola başvurulmasına gerek kalmaksızın sözleşmenin akıbetini etkileyen hukuki sonuçlar meydana getirmeleridir²³⁷. Serozan, yenilik doğuran beyanların etkisini şu şekilde ifade etmektedir:

“Yenilik doğuran bir hakkın muhatabı adeta bir <bizzat ihkaki hak> ayrıcalığı ile silahlanmış sayılabilecek olan yenilik doğurucu hakkın sahibi

²³² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 138; Antalya, **a.g.e.**, s. 351; Cevat Edege, “Gabin Davasında Süre”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XLII, S. 5-6, 1968, s. 326; Kocabaş, **a.g.m.**, s. 128; Aslan, **a.g.e.**, s. 110 dn. 15’de anılan yazarlar

²³³ Faruk Acar, “Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 381; Sarı, **a.g.m.**, s. 1033.

²³⁴ Buz, eserinde yenilik doğuran hakları, “*tek taraflı bir hukuki işlem ile bir hukuki ilişkiyi kurmak, içeriğini değiştirmek veya sona erdirmek suretiyle başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik meydana getirebilme yetkisi veren haklar*” olarak tanımlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.57 (**Yenilik Doğuran Haklar**)

²³⁵ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 46.

²³⁶ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 43.

²³⁷ Eren, **a.g.e.**, s.64.

karşısında, eli kolu bağlı, bağımlı bir kişi olur. O, yenilik doğurucu hakkın sahibinin tek yanlı bir irade bildirimi sonucunda bir hukuki ilişkinin kurulmasına, değişmesine ya da tasfiyesine katlanacak, boyun eğecektir. Hak sahibi tarafından istenen hukuki sonucun doğmasında, onun iradesine, kabulüne, herhangi bir davranışına hiç yer yoktur. Yenilik doğuran hak muhatabının gerçekleştirecek herhangi bir borcu mevcut olmayıp, sadece kabulleneceği (sineye çekeceği) bir yeni hukuki ilişki vardır.”²³⁸

Yenilik doğurucu hakların hukuki sonuçlarını meydana getirebilmeleri için karşı tarafın hakimiyet alanına girmeleri, karşı tarafa ulaşmaları gerekmektedir²³⁹.

Bozucu yenilik doğurucu hak, hukuki sonuç bakımından ani edimli sözleşmelerde geçmişe etkili olarak, sürekli edimli sözleşmelerde ise ileriye etkili olarak kullanılabilecektir ²⁴⁰. Serozan, ifasına başlanılmış bir sürekli edimli sözleşmede iptal hakkının geçmişe dönük kullanılamayacağını belirtmiştir²⁴¹.

Yenilik doğuran hak sahibinin, sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlarını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişi yüklenenin, sözleşmenin diğer tarafına karşı yenilik doğuran hakları kullanıp kullanamayacağı ise tartışmalıdır²⁴². Konumuz kapsamında özellik arz eden iptal hakkı ve değiştirme hakları olduğu için bu haklar kapsamında inceleme yapıldığında, söz konusu hakların tarafa bağlı değil sözleşmeye bağlı olduğunu, sözleşmenin devri halinde bu hakların yüklenene geçeceği doktrinde çoğunlukla kabul edilmiştir²⁴³.

²³⁸ Rona Serozan, “Nisbi Hakların Güçlendirilmesi”, **İÜHFM**, C.40, S.1-4, 1974, s.460, 461.

²³⁹ Tiftik, **a.g.m.**, s. 71; Özkaya, **a.g.e.**, s. 40; Edege, **a.g.m.**, s. 326; İlker Hasan Duman, “Gabinli Sözleşmenin Bozulması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 10, S.1-2, Ocak-Nisan 1984, s. 126; E. Sabâ Özmen / Müge Ürem, “Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları Ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 90, S.3, 2016, 194; s. 194; Y. 11. HD. T. 09.05.2017, E. 2016/7313, K. 2017/2727 (Sinerji).

²⁴⁰ Y. HGK. T. 13.12.2006, E. 2006/13-784, K. 2006/796 (Sinerji). HGK. kararına konu olayda aşırı yararlanılan kira sözleşmesi hakkında iptal talebinde bulunmuştur, HGK. ise “aşırı yararlanmanın (gabinin) söz konusu olduğunu ileri süren tarafa, sadece bir yıllık süre içinde sözleşmeyi feshetme ve eğer verdiği bir şey varsa, onu geri isteme hakkını tanımakta; bunun dışında başkaca herhangi bir hak öngörmemektedir.” açıklaması ile sürekli edimli sözleşme olan kira sözleşmesinde iptal hakkının kullanılması ile fesih sonucu doğacağı belirtilmiştir. Aynı yönde bkz. Sarı, **a.g.m.**, s. 1037.

²⁴¹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 145, dn. 65.

²⁴² Hasan Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 132 vd.

²⁴³ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 355, dn. 10’da belirtilen yazarlar.

Haliyle, aşırı yararlanmanın oluşmadığı durumlarda, aşırı yararlanmaya maruz kaldığını iddia eden taraf yenilik doğurucu hak kullanmış olsa bile bu hak sözleşme üzerinde herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır²⁴⁴.

D. Sözleşme İle Bağlı Olmadığını Bildirme Hakkı

Aşırı yararlanmanın varlığı halinde kanun koyucu, aşırı yararlanılan kişiye karşı tarafa sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı, bir diğer adıyla iptal hakkı tanımıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde açıkça akdi fesih hakkı olarak nitelendirilmesine rağmen yeni kanunda terim olarak değişiklik yapılma gereği duyulduğu anlaşılmaktadır.

Kural olarak iptal hakkının kullanılması ile aşırı yararlanmaya konu sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelmektedir. Çalışmanın önceki bölümlerinde açıklandığı gibi, bozucu yenilik doğurucu bir hak olan iptal hakkının kullanılması için hak sahibinin, bu durumda aşırı yararlanılanın, iptal hakkını kullandığına ilişkin açık ve anlaşılır beyanının karşı tarafa ulaşması yeterli olacaktır²⁴⁵. Ayrıca dava yoluna başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Beyanın ulaşması ile iptal hakkı tüm hüküm ve sonuçlarını, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olmak üzere (*ex tunc*) doğuracaktır²⁴⁶.

İptal hakkının kullanılması ile aşırı yararlanmanın olduğu sözleşmenin tüm hükümleri ile iptal olacağı genel kabul görmüşken, Gözütok eserinde, aşırı yararlanmaya sebep olan yalnızca faize ilişkin hüküm ise bu durumda fahiş faizin iptal edileceği sözleşmenin kalan hükümlerinin iptal edilmeyeceğini açıklamıştır²⁴⁷. Edimler arasındaki oran tespit edilirken, sözleşmede kararlaştırılan edim ve fer'ileri ile yan edimler bir bütün olarak değerlendirildiğinden²⁴⁸ bu unsurlardan birinin ya da birkaçının oransızlığa sebep olduğu anlaşıyor ise ve seçimlik hak sahibi iptal

²⁴⁴ Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 236; Özmen/Ürem, **a.g.m.**, s. 203; Aksi yönde bkz. Y. HGK. T. 22.02.2012, E. 2011/11-693, K. 2012/88 (Sinerji) Karar hakkında eleştiriler için bkz. Özmen / Ürem, **a.g.m.** s. 196 vd.

²⁴⁵ Elbir, **Gabin**, s. 191.

²⁴⁶ Y. 13. HD. T. 11.02.1986, E. 1986/5720, K. 1986/6260 (Sinerji)

²⁴⁷ Gözütok, **a.g.e.**, s. 133.

²⁴⁸ Ozanemre-Yayla, **a.g.m.**, s. 206; Acabey, **a.g.m.**, s. 113; Çağlar, **a.g.m.**, s. 78.

hakkını kullanmayı uygun bulmuş ise sözleşmenin tümünün iptal edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde seçimlik hak sahibi tarafın iradesi arka plana atılmış olacak ve iptal yerine edimler arası oransızlığın giderilmesi yolunda sözleşmeye etki eden bir sonuç doğabilecektir.

Yavuz eserinde, aşırı yararlanmanın bulunduğu bir sözleşmede ifa tarihi sözleşme tarihinden ileriki bir tarih olarak kararlaştırılmışsa ve TBK m. 28’de sayılan süreler içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını beyan edebilme imkanı varken aşırı yararlanılanın edimini ifa ettiği görülüyorsa, bunun zımnen seçimlik haklarından feragat niteliğinde olduğu ve kişinin bu aşamadan sonra aşırı yararlanma iddiası ile sözleşme ile bağlı kalmama isteminde bulunamayacağını açıklamaktadır²⁴⁹. Aynı yönde Yargıtay bir kararında sözleşme ile bağlı olmadığını ileri süren kişinin daha sonra sözleşmeden doğan alacağına kavuşmak için icra takibi başlatmasının, kişinin sözleşme ile bağlı kalarak, sözleşmeden doğan alacakları tahsil etme yönünde iradesi mevcut olduğu gerekçesi ile aşırı yararlanma iddiası dinlenme olanağı bulunmadığı belirtilmiştir²⁵⁰.

Sözleşme ile bağlı olmak istemeyen aşırı yararlanılan, edimini ifa etmemiş ise bozucu yenilik doğurucu hakkını kullandıktan sonra edimini ifa etmekten kaçınabilecektir. Edimini ifa etmiş ise somut olayın özellikleri dikkate alınarak tapu sicilinin düzeltilmesi, sebepsiz zenginleşme ya da istihkak talebi ile aşırı yararlanana karşı dava açabilecektir²⁵¹.

Sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme seçimlik hakkının kullanılması sonrası ifa edilmiş edimin iadesi isteminde, aşırı yararlanılan tarafın aynen iade imkanı olmadığı hallerde TMK m. 993 vd. kıyası ile edimden elinde kalanı iade yükümlülüğü bulunduğu açıklanmaktadır²⁵². Ancak yine de TMK m. 3 kapsamında aşırı yararlanılan şahsın kötünietli zilyet olup olmadığı her halükarda

²⁴⁹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 110.

²⁵⁰ Y. 23. HD. T. 19.02.2014, E. 2013/7588, K. 2014/1196 (Sinerji)

Çakırca eserinde Yargıtay’ın bu kararını eleştirmiş ve kişinin sözleşme ile bağlı olmama yönündeki iradesini öne sürmesi ile yenilik doğurucu hakkını kullandığını, bu aşamadan sonra icra takibi başlatmış ise de bu durumun sözleşme ile bağlı kalma iradesi olarak yorumlanamayacağını, Yargıtay’ın farazi irade okuması yönündeki kararının hatalı olduğunu dile getirmiştir. Bkz. Çakırca, **a.g.e.**, s. 189.

²⁵¹ Y. 1. HD. T. 07.11.2013, E. 2013/10236, K. 2013/15405(Sinerji); Özkaya **a.g.e.**, s. 93; Kocabaş, **a.g.m.**, s. 128.

²⁵² Sarı, **a.g.m.**, s. 1034.

değerlendirilmelidir. Kötüniyetli olduğunun tespiti durumunda TMK m. 995 kıyası ile edimi en azından teslim aldığı hali ile veya ifa edildiği andaki değeri doğrultusunda iade etmesi gerekmektedir²⁵³.

Aşırı yararlanılanın edimini iade taleplerinin yanı sıra Kılıçoğlu, aşırı yararlanma kastı ile yapılan işlemin haksız fiil çerçevesinde de değerlendirilebileceği ve bu nedenle haksız fiil hükümleri gereğince zararın talep edilebileceğini vurgulamaktadır²⁵⁴.

Acabey, sürekli edimli sözleşmelerde iptal anına kadar hüküm doğuran edimler yönünden, aşırı yararlanılanın edimler arası oransızlığın giderilmesini isteyebileceğini açıklamıştır²⁵⁵. Böylece, sözleşmedeki aşırı yararlanma geçmişe etkili olarak da giderilebilecektir.

Aşırı yararlanılan, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmek yerine kanunda sayılan bir diğer seçimlik hakkını kullanmayı tercih edip sözleşmenin akıbetini değiştirebilecektir.

E. Edimler Arası Oransızlığın Giderilmesini İsteme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu ile getirilen düzenlemede, m. 28 gerekçesinden anlaşılacağı üzere tarafların sözleşmeyi ayakta tutmasını sağlama kapsamında *pacta sunt servanda* anlayışı ile sözleşmenin sona erdirilmesinden ziyade, aşırı oransızlığa yol açan objektif şartın giderilmesi ile tarafların sözleşmeye bağlılığı sağlanmaya çalışılmıştır²⁵⁶.

Edimler arası oransızlığın giderilmesi, tarafların edimlerine göre değişiklik gösterebilecektir. Sözleşmenin niteliği ve kararlaştırılan edimlere göre cins borcu ile yüklenmiş tarafın ediminin azaltılması veya bedelin azaltılması ihtimalleri söz konusu olabilecektir. Ancak buradaki amaç edimlerin değerlerinin eşitlenmesi değil,

²⁵³ Yavuz, **a.g.e.**, s. 110

²⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 301. Feyzioğlu, aşırı yararlanmanın her ihtimalde bir haksız fiil teşkil edeceğini kabul etmemekle birlikte, haksız fiil teşkil ettiği durumlarda haksız fiil hükümleri kapsamında zararın tazmininin talep edilebileceğini açıklamaktadır. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 264.

²⁵⁵ Acabey, **a.g.m.**, s. 1037.

²⁵⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu gerekçesi için bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>

makul ve kabul edilebilir bir orana getirilmesidir²⁵⁷. Bu kapsamda yapılan işlem sözleşmede taraflarca belirlenen edim veya edimlerde değişiklik ise de bu işlem tarafların ortak iradelerini barındırmayıp tek tarafın, aşırı yararlanılanın, iradesi ile sözleşmede değişiklik yapıldığından dar anlamda sözleşmenin tadili(uyarlanması)²⁵⁸ olarak da nitelendirilmektedir. Sözleşmedeki edimin bu şekilde değiştirilmesi, Serozan tarafından “sözleşmeyi değiştirme yetkisi” olarak değerlendirilmiştir²⁵⁹.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde doktrinde edimler arası oransızlığın giderilmesini isteyebilme hakkının varlığı, sözleşme taraflarına tanınıp tanınmamasının gerekliliği tartışılmıştır²⁶⁰. Sözleşme taraflarının BK m. 20/2 kıyası ile edimi tenzil veya yükseltme imkanı olup olmadığı değerlendirilmiştir²⁶¹. Bu değerlendirmelerde Elbir, sözleşmenin bir tarafından aşırı yararlanılmasının başlı başına ahlaka aykırılık oluşturduğu, bu nedenle edimler arası oransızlığın giderilmesinin aşırı yararlanmanın hukuki sonucu olarak öngörülmemesi gerektiğini belirtmekle, edimler arası oransızlığın giderilmesini isteyebilme hakkını BK m. 20 kıyası ile değil BK m. 21 değişikliği ile oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir²⁶².

Türk Borçlar Kanunu öncesi dönemde iptal hakkının sonucu olarak aşırı yararlanılan kişiye, sözleşme ile hak sahibi olduğu ve ihtiyacı olduğu için o sözleşmeyi akdederek elde ettiği edimi geri verme zorunluluğu getirilmesi sözleşme adaleti ile bağdaşmamakta idi²⁶³. Sözleşme adaleti ve sözleşme ile bağlı kalma iradesini sağlamak adına, TBK m. 28’e bu yönde düzenleme getirilmesi aşırı yararlanılanın olanaklarını artırmış ve alışveriş güvenliği olgusunu sağlamlaştırmıştır.

²⁵⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 137; Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 145. Aksi yönde bir görüş olarak Buz, edimler arası oransızlığın giderilmesi yönünden edimlerin piyasa değerlerinin esas alınması gerektiği, oransızlığın olmayacağı değer esas alınması durumunda aşırı yararlanılanın iptal hakkını kullanmasından daha az elverişli bir sonuca ulaşılacağını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, **a.g.m.**, s. 73.

²⁵⁸ Baysal, **a.g.e.**, s. 214; Öz, eserinde sözleşmenin uyarlanmasının “*Hâkim kararı veya sözleşmenin taraflarından birinin veya üçüncü kişinin yenilik doğuran (tek taraflı) irade beyanı*” ile oluşabileceğini ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kerem Öz, **Tadil Sözleşmesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.3

²⁵⁹ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 151.

²⁶⁰ Thilo, **İçtihat Analizi**, s. 346; Elbir, **Gabnin Müddeti ve Hükümleri**, s. 201

²⁶¹ Gauch, **Der Fussballclub**, s. 56; Gauch, **Die Übervorteilung**, s. 100; Sarı, **a.g.m.**, s. 1032.

²⁶² Elbir, **Gabin**, s. 193; Elbir, **Gabnin Müddeti ve Hükümleri**, s. 203.

²⁶³ Yavuz, **a.g.e.**, s. 108

“Kısmi iptal hakkı” olarak da anılan edimler arası oransızlığın giderilmesini talep hakkı doktrinde değiştirici yenilik doğurucu irade beyanı olarak kabul edilmektedir²⁶⁴. Tıpkı iptal hakkında olduğu gibi, edimler arası oransızlığın giderilmesini talep hakkı bir yenilik doğurucu beyan olduğundan, beyanın karşı tarafın egemenlik sahasına ulaşması beklenmekte ve ulaşma ile hüküm doğuracağı kabul edilmektedir. Edimler arası oransızlığın giderilmesini talep hakkı niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğurucu beyan olduğundan açık ve anlaşılır bir beyanla, şüpheye yer bırakmayacak şekilde karşı tarafa açıklanması gerekmektedir.

TBK m. 28 kapsamında edimler arası oransızlığın giderilmesini talep hakkı aşırı yararlanılandadır. Doktrinde bir görüş edimler arası oransızlığın giderilmesini talep hakkının aşırı yararlanma kastı ile sözleşme akdeden tarafta da bulunduğunu ifade etmiştir²⁶⁵. Bu görüş böyle bir teklif halinde aşırı yararlanılanın iptal isteminde bulunamayacağını dile getirmektedir.

Kanunda öngörölen seçimlik hakların kullanılmasında en önemli unsur olan sürelerle riayetin tespiti için işbu seçimlik hakların kullanılması adına getirilen süreleri ve sürelerin niteliklerini incelemek gerekmektedir.

II. Seçimlik Hakların Kullanılmasında Süre

A. Genel Olarak

Aşırı yararlanma halinde seçimlik hakların kullanılması için TBK m. 28’de belirlenen sürelerin gözetilmesi gerekmektedir. Buna göre aşırı yararlanılan deneyimsizliği ya da düşüncesizliği öğrenmesinden itibaren, zor durumda ise zor durumun etkilerinin geçmesinden itibaren 1 yıl içerisinde TBK m. 28’de belirlenen seçimlik haklarını kullanabilecektir. Seçimlik haklar sözleşmenin akdedilmesinden itibaren en geç 5 yıl içerisinde kullanılmalıdır.

BK m. 21’de sözleşmenin iptaline ilişkin beyanın ileri sürölmesi, sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren başlayan 1 yıllık süre içerisinde söz konusu

²⁶⁴ Kocabaş, **a.g.m.**, s. 129; Acabey, **a.g.m.**, s. 116.

²⁶⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 442; Yavuz, **a.g.e.**, s. 108; Buz, **a.g.m.**, s. 69.

yapılmışken Türk Borçlar Kanunu ile bu süre değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda mevcut olmayan 5 yıllık süre Türk Borçlar Kanunu ile mevzuatımıza katılmış ve eski kanundaki 1 yıllık sürenin niteliği ile başlangıç anı değiştirilmiştir. Her ne kadar yeni kanun ile süreler değiştirilmişse de her özel hukuk ilişkisinde olduğu gibi yeni kanunun yürürlüğünden önce akdedilmiş ve hüküm ve sonuçlarını doğurmuş ya da yürürlük tarihi itibarıyla doğurmakta olan sözleşmelerde hangi kanundaki sürenin baz alınacağı değişkenlik göstermektedir. Bu durum çalışmamızın ileriki aşamalarında ayrıntılı olarak incelenmektedir²⁶⁶.

Aşırı yararlanma kapsamında öngörülen seçimlik haklar tek taraflı yenilik doğurucu haklar olduğundan karşı tarafa ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğuracağını çalışmanın önceki kısımlarında açıklamıştık. Bu husus gözetildiğinde kanunda belirlenen azami süreler içerisinde seçimlik hakların kullanılması yeterli olacak mıdır? Yoksa karşı tarafa beyanın ulaşması mı aranacaktır? Doktrinde bu hususta tartışma mevcuttur. Birinci görüş²⁶⁷ kanundaki süreler içerisinde beyanın karşı tarafa ulaşması gerektiğini ifade ederken, ikinci görüş²⁶⁸ bu sürelerde hakkın kullanılması hususunda işlem yapılmasını yeterli saymaktadır. İkinci görüşü savunanlar dayanak olarak, kanunda öngörülen sürelerin zayıf tarafın düşünmesi ve karar vermesi için belirlenen süreler olduğunu, TMK m. 2 ve TBK m. 175 gözetildiğinde karşı tarafa elde olmayan sebeplerle ulaşamayan yenilik doğurucu beyan nedeniyle zayıf tarafın sorumlu tutulamayacağını dile getirmektedirler²⁶⁹. Her iki görüş hakların kullanım anına ilişkin açıklamalar yapmakta ise de seçimlik hakların hüküm ve sonuçlarını doğurması ancak ilgili beyanın karşı tarafın egemenlik alanına ulaşması ile mümkün olabilecektir. Örneğin, noter aracılığıyla gönderilen bir ihtarname ile iptal hakkının kullanıldığı belirtilen bir sözleşmede ihtarnamenin düzenlendiği veya noterce onaylandığı tarih değil, karşı tarafın adresine teslim tarihi itibarıyla iptal hakkı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır²⁷⁰.

²⁶⁶ Yürürlük kanunu düzenlemesi ve uygulamaya yansımaları için aşağıda bkz. Üçüncü Bölüm içerisinde “Aşırı Yararlanmaya Konu Sözleşmeye Uygulanacak Hukuki Sonuçlarda Zaman Bakımından Uygulama” başlıklı altıncı ayırım.

²⁶⁷ Tiftik, **a.g.m.**, s. 71, dn. 86’da anılan yazarlar

²⁶⁸ Tahir Çağa, “Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri Veya Gabin İle Malül Sözleşmelerde Fesih Beyanı Ve Bunun Süresi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:1, S.1, 1980, s. 48; Tiftik, **a.g.m.**, s. 72, dn. 87’de anılan yazarlar

²⁶⁹ Çağa, **a.g.m.**, s. 48.

²⁷⁰ Edege, **a.g.m.**, s. 330.

Seçimlik hakların kullanılmasının doğrudan dava yolu ile gerçekleştirildiği olaylarda seçimlik hakların hüküm ve sonuçlarını doğurduğu süre açısından doktrinde bir kısım görüş, dava dilekçesinin karşı tarafa ulaşması anında hakkın hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu ifade etmektedir²⁷¹. İptal hakkının kullanılması dava yolu ile gerçekleşirse, Yargıtay, sözleşmenin karşı tarafına istem yöneltildiği an yani davanın açılış anının hak düşürücü süre içerisinde olmasını yeterli görmekte beraber, hakkın hüküm ve sonuçlarını davanın açılması anında doğurduğunu ifade etmektedir²⁷². Çağa eserinde, hakkın hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an olarak dava açılış anının esas alınması yönündeki Yargıtay uygulamasına katılmamakla birlikte hakkın kullanılması işleminin hak düşürücü süreler içerisinde kullanılmasının yeterli

²⁷¹ Sarı, **a.g.m.**, s. 1036; Çakırca, **a.g.e.**, s. 193.

“Bir yıl dolmadan bu husustaki iradesini karşı tarafa yönelterek beyan etmiş ve mesela akdi ifa etmemek hakkındaki kararını havi yazısını postaya vermiş veya notere tevdi etmiş yahut mahkemede davasını açmış olan kimsenin bir seneyi sükut ile geçirdiğinden söz edilemeyeceği gibi icazet varsayımı da mümkün değildir. Diğer yönden kanun iradesi fesat sebeplerinden biriyle malul olan veya gabne maruz kalan tarafa düşünüp karar verebilmek için bir yıllık bir süre tanımıştır. Onun bu süreden tam olarak faydalanabilmesi lazımdır. Bunun, beyanın karşı tarafa ulaşabilmesi için geçmesi gerekli müddet -ki hadisesine göre çok farklı olabilir- kadar kısaltılması için makul bir sebep yoktur. Bu sebeplerle beyanın bir yıl dolmadan muhataba tevcihi ve ona ulaşması için gerekli işlemlerin yapılması sürenin muhafazası için yeterlidir. Bu çözüm şekli, muhatabın şahsına ait sebepler yüzünden ulaşmanın gecikmesi halinde, beyanın müddetinde yapılmış olduğunu kabul için MK 2 ve BK 154 te mesnet aramağa da ihtiyaç bırakmamaktadır.” Bkz. Çağa, **a.g.m.**, s. 48.

²⁷² Y. 1. HD. T. 14.09.1954, E.1954/3316, K. 1954/6431; Y. HGK. T. 24.01.1973, E. 1971/1-376, 1973/24 (Sinerji)

Hukuk Genel Kurulu kararında, “...Borçlar K.nun 21 nci maddesi hükmüne göre, gabine maruz kalan taraf bu nedenlerle akdi bozmak hususundaki iradesini akit tarihinden itibaren 1 yıl içinde beyan etmek zorunluluğundadır. Akitle bağlı olmama hususun iki irade beyanı, bozucu yenilik doğuran bir beyan olduğu için kanunda öngörülen süre içinde karşı tarafa tevcih edilmiş olmakla, akdi bozmak isteyen bakımından gerekli sonuçları husule getirmiş olur. Gerçi yenilik doyuran diğer irade beyanları gibi bozucu yenilik doyuran irade beyanının da, dava haricinde yapılması halinde, tekemmülü muhataba vusule bağlı ise de; bu beyanın, dava hakkını kullanmak suretiyle yapılması halinde muhataba tevcih kafi olup bu takdirde tekemmülü, karşı tarafa ulaşım şartına bağlı değildir. Gerçekten bir sözleşmenin gabin ile malül olduğu ve bunu yerine getirmemek yolundaki bir beyan aynı zamanda müteakıl bir edanın yerine getirilmesi talebini de kapsadığı hallerde, dava yoluyla böyle bir beyanın karşı tarafa tevcihi zorunlu olur. Bugüne kadar yapıla gelen uygulama tarzı da bu yoldadır. Gabin iddiasıyla bağitın feshini isteyen davacı aynı zamanda davalı namına tapu sicilinde müesses bir kaydın iptalini de talep eylediğinden bunu, ancak dava açmak suretiyle temin edebilmek imkânına sahiptir. Bu takdirde bir senelik süre içinde mahkemeye başvurarak dava açmış bulunan davacının, bağitle bağlı olmadığı yolundaki bozucu iradesini karşı tarafa tevcih ve ulaştırmış demektir. Davanın sürenin bitimine rastlayan son günü açılmış olması buhurumu değiştirmez. Satış akdi 21.2.1963 tarihinde yapılmış ve davada 21.2.1964 gününde açılmamış bulunduğu nazaran süresinde olduğunun kabulü gerekir. Binaenaleyh dava arzuhalinin davalı tarafa tebliğ tarihi itibarıyla bir senelik sürenin geçmiş bulunduğu sebebine dayanan gerekçede isabet yoktur...” Demek suretiyle yalnızca akdin karşı tarafına aşırı yararlanma iddiası ile yöneltilmiş dava dilekçesinin Mahkemeye verilmesini, süresi içerisinde iptal hakkının kullanılması olarak nitelendirmiştir. Aynı yönde bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 265.

olduğu görüşünü savunmaktadır²⁷³. Gerçekten de hak düşürücü süreler, hakkın kullanılması için öngörülen sınırlayıcı etkenler olduğundan belirlenen süreler içerisinde hakkın kullanılması yeterli olmakla birlikte hakkın hüküm ve sonuçlarını doğurması için karşı tarafa ulaşması gerekmektedir.

Doktrinde bir kısım yazarlar sürenin son günü dava açılmışsa ancak dava dilekçesi karşı tarafa henüz tebliğ edilmemişse veya ihtarname gönderilmesi adına noterliğe süresi içerisinde başvurulmuş olmasına rağmen, hak düşürücü süre içerisinde ihtarname tebliğ edilmemişse süresi içerisinde hakkın kullanılmadığını dile getirmektedirler²⁷⁴.

Dava yolu ile seçimlik hakların kullanılmasında, hak düşürücü sürelerin nitelikleri gereği hakim tarafından re'sen dikkate alınmaları gerekmektedir²⁷⁵. Hakim sürelerle ilişkin incelemeyi taraflar ileri sürmese de yapmak durumundadır.

Seçimlik hakların kullanılmasından sonra dileyen taraf edimlerin iadesi yönünde dava ikame edebilecektir, bu durumda TBK m. 28'de belirlenen hak düşürücü süreler uygulanmayacaktır²⁷⁶. Ancak yine de sözleşmenin konusu kapsamında Türk Borçlar Kanunu ve varsa özel kanunlardaki sürelerin gözetilmesi gerekmektedir.

Seçimlik hakların kanunda öngörülen sürelerde kullanılması için aşırı yararlanılanın akdettiği sözleşmeye sonradan icazet vermemesi gerekmektedir. Zira icazet halinde sözleşme tüm koşulları ile geçerli olarak kabul edilecek ve bu durum yenilik doğurucu hakların kullanılmasını engelleyecektir²⁷⁷.

TBK m. 28'de belirlenen hak düşürücü süreler içerisinde hakların kullanılmaması durumunda aşırı yararlanmaya dayanılamayacaktır.

B. Aşırı Yararlananın Dava Yoluna Başvurması

²⁷³ “Yüksek Mahkemenin kabulü hilaflına, akitle bağlı olmama hususundaki irade beyanı bir yıl içinde karşı tarafa tevcih edilmiş olmakla sadece süre muhafaza edilmiş olur, yoksa beyan hukuki sonuç doğurmaz; bunun için her halde diğer tarafa vusul şarttır; beyan ister dava yolu ile isterse dava dışında yapılsın, netice aynıdır.” Bkz. Çağa, **a.g.m.**, s. 49.

²⁷⁴ Duman, **a.g.m.**, s. 129; Sungur, **Gabin**, s. 61; Edege, **a.g.m.**, s. 327.

²⁷⁵ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 262; Ayan, **a.g.m.**, s. 17.

²⁷⁶ Elbir, **Gabin Müddeti ve Hükümleri**, s. 204; Dalamanlı, **a.g.e.**, s. 504.

²⁷⁷ Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 144; Elbir, **Gabin Müddeti ve Hükümleri**, s. 198.

Yukarıda, seçimlik hakların kullanılmasında TBK m. 28 tarafından benimsenen hak düşürücü süreler genel hatları ile açıklanmıştır. Bu açıklama yapılırken yararlananın, sözleşmeye ilişkin herhangi bir talebi olmadığı yahut bu talebini dava yolu ile ileri sürmediği ihtimale değinilmiştir.

Ancak, sözleşmenin tarafı olan aşırı yararlananın, edimini ifa etmemiş karşı tarafa yönelik sözleşmeden doğan taleplerini dava yolu ile ileri sürmesi ihtimali mevcuttur²⁷⁸. Yararlanan, ifayı talep edebilmek için bir süre suskun kalıp, aşırı yararlanma kapsamındaki hak düşürücü sürelerin geçmesini beklemeyebilir; yararlanılanın sözleşmeye icazet vermesini beklemeden karşı tarafa dava yöneltebilir. Bu durumda kanundan doğan seçimlik haklarını henüz kullanmayan yararlanılan tarafa yöneltilen, edimini ifa etmesine yönelik talepleri içerir bir dava yöneltilmesi halinde davanın seyri ve davanın hak düşürücü sürelere etkisinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

TBK m. 28'deki hak düşürücü sürelerin geçmesi ya da tarafın sözleşmeye icazet vermesi halinde, karşı tarafın dava açmış olmasının aşırı yararlanılana, aşırı yararlanma iddiasında bulunmak üzere yeniden bir hak ya da süre tanımayacağı konusunun öncelikle altını çizmek gerekmektedir. Ancak, hak düşürücü süreler içerisinde bir icazet de söz konusu değil ise, kendisine karşı dava ikame edilen aşırı yararlanılanın hangi süre içerisinde aşırı yararlanma iddiasında bulunması gerektiği tartışmalıdır.

Bir görüş, yararlanılanın davadan haberdar olması ile birlikte davaya cevap süresi içerisinde aşırı yararlanmadan doğan hakkını ileri sürmesi gerektiğini açıklamaktadır²⁷⁹. Bu görüşün savunucularından von Tuhr, yararlanılanın dava açmaksızın zayıf tarafa süre vererek edimin ifasını talep etmesi halinde tarafın tanıdığı süre içerisinde iptal hakkının kullanılmaması halinde, yararlananın sözleşmeye icazet vermiş sayılmayacağını ifade etmektedir²⁸⁰.

Umar ise bu görüşe bir eleştiri getirmiş ve dava olmaksızın hak düşürücü sürenin kısaltılamayacağı görüşünün kabul edilmesine rağmen dava açılması halinde

²⁷⁸ Aşırı yararlanılanın, maruz kaldığı durum nedeniyle edimini ifadan kaçınma hakkına sahip olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları Birinci Cild**, İstanbul, 1973, s. 83 vd.; Aslan, **a.g.e.**, s. 121; Sarı, **a.g.m.**, s. 1039.

²⁷⁹ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 322.

²⁸⁰ von Tuhr, **a.g.e.**, s. 324.

sürenin kısalması olmasının bir çelişki yarattığını belirtmiştir²⁸¹. Umar'a göre, seçimlik haklar kanunda öngörülen süre içerisinde istenildiği zaman kullanılabilir, davadaki cevap süresi ile bağlı değildir²⁸². Zira dava dilekçesinin tebliğ edilmesi ile aşırı yararlanılan içinde bulunduğu durumun farkına varamamış yahut zor durumundan kurtulamamış bir durumda olabilecektir. Bu durumda usul hukuku kapsamında cevap sürelerinde aşırı yararlanma iddiasında bulunmayan taraf yönünden, süresinden sonra bu yönde bir iddiada bulunması halini iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına takılacak ise de, maddi hukuk anlamında TBK m. 28'de tanınan sürelerde hakkın kullanımı ile kullanılan hak tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Aşırı yararlanılan ayrı bir menfi tespit davası ya da istirdat davası ile aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini veya edimlerin iadesini hak düşürücü süreler içerisinde her zaman ileri sürebilecektir. Yararlanılanın açmış olduğu dava yine yararlanılan lehine sonuçlanmış ve kesinleşmiş olsa dahi kesin hükmün aşırı yararlanmaya engel olmayacağı bu görüş tarafından benimsenmektedir²⁸³.

III. Seçimlik Hakların Kullanılmasında Şekil Şartı

Aşırı yararlanma kapsamında aşırı yararlanılan, yukarıda belirtilen sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkını veya edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkını kısaca yenilik doğurucu beyanlarını kural olarak herhangi bir şekil şartı aranmaksızın kanuni süresi içerisinde karşı tarafa²⁸⁴. Yine de bu beyanın karşı

²⁸¹ Bilge Umar, "İsviçre-Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hakimin Rolü", **İÜHF**, C. 33, S.3-4, 1967, s.235. Aynı yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara konu olayda, yararlanılan olduğunu iddia eden kişi, kendisine karşı dava yöneltilince cevap süresi içerisinde aşırı yararlanma iddiasında bulunmasına rağmen, kanundaki hak düşürücü sürelerin geçtiğinden bahisle Yargıtay, aşırı yararlanma iddiasının dinlenemeyeceği görüşüne kararında yer vermiştir. Karar için bkz. Y. 11. HD. T. 09.01.2014, E. 2012/7495, K. 2014/375 (Murat Gürel/Ufuk Tekin, "Yargıtay Kararları", **BATİDER**, C. XXX, S. 1, İstanbul, 2014, s. 194,195)

²⁸² Umar, **a.g.m.**, s. 238.

²⁸³ "Birinci davadaki hüküm, mağdurun hasmının dava temelini gerçekleştirdiğini tesbit etmiştir ve yalnız bu bakımdan kesin hüküm etkisine sahiptir; fakat dava temelini hukuki sonuç doğurmasına engel olan veya o sonucu düşüren vakıaların yokluğunu dahi zimmen kesin hükme bağlamış değildir." Bkz. Umar, **a.g.m.**, s. 238.

²⁸⁴ Barıkan, **a.g.m.**, s.12.

tarafa en azından yazılı bir biçimde ileri sürülmesi, ileride doğabilecek bir uyuşmazlık halinde ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Yenilik doğurucu beyanın ileri sürülmesi kural olarak şekle bağlı olmamakla birlikte mevzuatta bir sözleşmenin kurulması için geçerlilik şekli öngörülmüşse (kanuni şekil) veya taraflar arasında düzenlenen sözleşmede iradi bir şekil öngörülmüşse yenilik doğurucu beyanın ileri sürülmesinde de bir geçerlilik şartı olup olmadığının incelenmesi gereklidir.

Hukuki işlemi yapmak için aranan şeklin mevzuat gereği o hukuki işlemin oluşturulmasında aranan unsurlar arasında sayılması, şeklin geçerlilik şartı olduğunu göstermektedir. Hukuki işlemin oluşturulması ve geçerliliği için aranan şekil şartı, o hukuki işlemin değiştirilmesinde veya sonlandırılmasında aranacak mıdır? Bu sorunun cevabı, şekil şartı öngörülen sözleşmelerde aşırı yararlanılanın seçimlik haklarından birini kullanması esnasında yenilik doğurucu irade beyanını ileri sürerken şekil zorunluluğu bulunup bulunmadığını ortaya koyacaktır.

Bu durumda öncelikle Türk Borçlar Kanununun genel nitelikteki düzenlemelerine ve devamında doktrinin genel olarak yenilik doğurucu haklar üzerindeki görüşlerine değineceğiz.

Türk Borçlar Kanununda şekle ilişkin olarak TBK m. 13 ilk fıkrasının ilk cümlesi “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur.*” düzenlemesini içermektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, “*Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır*” açıklaması yer almaktadır. TBK m. 17, tarafların, iradi olarak sözleşmenin geçerliliği için veya değişikliğin geçerliliği için bir şekil belirleyebileceklerini ve bu şekil ile bağlı olduklarını ifade etmektedir. Bu durumda, geçerlilik şekli (kanuni ya da iradi olması fark etmeksizin) sözleşmenin değiştirilmesinde de aranacaktır.

Serozan, yenilik doğuran hakların ileri sürülmesinde, hakların etkili oldukları hukuki işlemde doğurdıkları hukuki sonuçların ağırlığı ve önemini gözeterek bu tip hakların kanuni ya da iradi şekil şartına bağlanamayacağını ifade etmektedir²⁸⁵. Buz

²⁸⁵ Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 47. Elbir, *Gabnin Müddeti ve Hükümleri*, s. 200. Aynı yönde bkz. Y. Ticaret Dairesi T. 14.01.1934, E. 1932/3975, K. 1934/122 Karar için bkz. Sungur, *a.g.e.*, s. 223,224.

ise, yenilik doğuran hakların kural olarak şekil serbestisi kapsamında olduklarını ve tabi oldukları sözleşmede bir geçerlilik şekli öngörülmüş ise dahi hakların ileri sürülmesinde şekil şartının aranmayacağını dile getirmekle beraber, bu kuralın istisnalarının söz konusu olabileceğini belirtmiştir²⁸⁶.

Teoride, aşırı yararlanılanın kanunun tanıdığı iki haktan birini kullanması sonucu, bu seçim doğrudan sözleşmeye etkili olacak ve aşırı yararlananın sözleşmedeki bu değişime, yahut sona ermeye karşı dava açması gerekecektir. Aşırı yararlanan tarafın aşırı yararlanma bulunmadığı yönündeki menfi istemli bir talebi bulunması ya da bu yöndeki uyuşmazlığın yargı önüne intikalinde yukarıda açıklanan iradenin şekle bağlanması hususu önem kazanacaktır.

Ancak uygulamada çoğu zaman, aşırı yararlanılan seçimlik haklarını dava yolu ile kullanmaktadır. Bu durumda aşırı yararlanma olgusunun gerçekleştiğinden bahisle, aşırı yararlanılan, karşı tarafa dava yönelterek yenilik doğurucu hakkını kullanmaktadır²⁸⁷. Dava açılışında edaya ilişkin bir talep yok ise dava sonucu verilen karar, aşırı yararlanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik tespit niteliğinde bir karar olmaktadır²⁸⁸. Bu durumda seçimlik haklar sıklıkla dava yolu ile ileri sürülmekte olduğundan, seçimlik hakkın dava dışı ileri sürülmesinde bu işlemin şekle bağlı olup olmadığı tartışmasının güncel uygulama gözetildiğinde pratikte bir önemi bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

IV. Seçimlik Hakların Dava Yolu ile Kullanılmasında Hakimin Rolü

Aşırı yararlanılan iptal hakkını veya edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkını kural olarak yalnızca beyan ileri sürerek kullanabilecekse de

²⁸⁶ Buz, şekil şartının istisnaları kapsamında ilk olarak tarafların, sözleşmeden kaynaklı yenilik doğurucu hakların ileri sürülmesinde iradi şekil belirlenebileceğini ve bu iradi şeklin geçerlilik şekli olduğunu, ikinci olarak ise kanun tarafından yenilik doğuran hakların ileri sürülmesinde geçerlilik şekli öngörmüş ise bu şekle uyulması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 252.

²⁸⁷ Tiftik, mevzuatta yenilik doğuran hakkın kullanılması için bir dava ikame edilmesi gerektiği açıkça belirtilmiyorsa, yenilik doğuran hakkın dava yolu ile kullanılması ile yenilik doğuran dava söz konusu olmayacağını, dava sonucu verilen kararın yine yenilik doğuran bir karar olmayacağını ifade etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tiftik, **a.g.m.**, s. 71, dn. 83.

²⁸⁸ Kocabaş, **a.g.m.**, s. 131.

uygulamada bu haklar sıklıkla dava açılmak suretiyle kullanılmaktadır. Seçimlik hakların gerek dava dışı gerekse dava yolu ile kullanımında bu kullanımın, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında kalmaması beklenmektedir. Zira bu yönde aşırı yararlanılanın seçim yapması için kanun düzenlemesine “durumun özelliğine göre” bir seçim yapılması gerektiği ifadesi eklenmiştir.

Seçimlik haklardan birinin dava yolu ile kullanılmasında hakimın buna müdahale imkanı olup olmadığı doktrinde tartışma konusu edilmiştir. Tartışma, kaynağını TBK m. 28’de geçen “durumun özelliğine göre” ifadesinden almaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından “durumun özelliğine göre” ifadesi hakimın takdir yetkisi ile sözleşmeye müdahalesi olarak değerlendirilmiştir²⁸⁹. Bu görüşe göre, aşırı yararlanma dava yoluyla ileri sürüldüğü takdirde hakimın takdir yetkisinin doğduğunu, kanuna getirilen bu ibare ile hakim, aşırı yararlanılanın seçimini durumun özelliği gerekli kılıyorsa reddedip diğer seçimlik hakkın kullanılmasında karar verebilecektir. Doktrinde bu görüşte olan yazarlar örnek olarak dava açılışında iptal hakkının kullanıldığı bir olayda durumun özelliği edimler arası oransızlığın giderilmesinin kullanılması gerektiğini ifade ediyorsa hakimın müdahale ederek bu hususta karar verebileceğini, “çoğun içinde az da vardır” kuralının geçerli olduğunu savunmaktadır. Ancak aksi ihtimalde yani edimler arası oransızlığın giderilmesi istemi ile açılan davada “taleple bağlılık” gereği hakimın iptal hakkının kullanılması gerektiğine karar veremeyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmemiz gerekir²⁹⁰. Bunun sebeplerine değinecek olursak, ilk olarak aşırı

²⁸⁹ Haluk Nami Nomer, “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, C. 1, ss.637-650, 2015, s. 648; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 137; Kocabaş, **a.g.m.**, s. 132. Kocabaş bahsi geçen makalesinde “durumun özelliğine göre” ifadesinin hakimın sözleşmeye müdahale hakkı tanıdığını ifade etmiş olsa da yine aynı eserinde aşırı yararlanılanın seçimlik haklarını açıklarken; “*Seçim hakkı zarar görene tanınmış olup, sadece somut olayın özellikleri ile sınırlıdır. Somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe zarar gören bütünsel ya da kısmi iptal hakkını dilediği gibi kullanabilir*” demek suretiyle bir yandan aşırı yararlanılanın seçimlik haklarını kullanmasına bir müdahalenin söz konusu olamayacağını ifade etmiş olup bu kapsamda kendi eseri içerisinde çelişki yarattığı söylenebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocabaş, **a.g.m.**, s. 129.

²⁹⁰ Ayan, “durumun özelliğine göre” ifadesini “...zarar görenin tercihinin şekillenmesinde önem arz edecektir” açıklaması ile durumun özelliği kıstasının hakimın takdir yetkisi kapsamında olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Ayan, **a.g.m.**, s. 17. Aynı yönde bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 69; Acabey, **a.g.m.**, s. 1037.

Takdir yetkisinin hakimde değil, seçimlik hakkı kullanacak tarafta olduğunu beyan eden Kocayusufpaşaoğlu, hakimın dosya kapsamında üzerinde durması gereken konunun, yalnızca Usul Hukuku hükümleri gereği davacı tarafından talep edilen miktarın (edimler arası oransızlığın giderilmesinde oransızlığı yaratan miktar) gerçeği yansıtıp yansıtmadığı üzerinde toplandığı

yararlanmada ileri sürülen seçimlik hakların kullanımı yenilik doğurucu beyan niteliğinde olduğundan esasen dava yoluyla ileri sürülmeleri dahi gerekmemektedir²⁹¹. Bir diğer katılmama sebebimiz bizzat madde gerekçesinden kaynaklanmaktadır. Madde gerekçesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak Türk Borçlar Kanununda edimler arası oransızlığın giderilmesini talep etme yönündeki seçimlik hakkın, aşırı yararlanılan için sözleşme ile bağlı olma iradesini kullanması adına getirildiği belirtilmiştir. “Durumun özelliğine göre” ibaresi bu doğrultuda düşünüldüğünde, aşırı yararlananın içinde bulunduğu durumu gözeterek sözleşmeyle bağlı olma iradesi sergileyebilmesi adına açıklayıcı bir nitelik taşıdığı, yol gösterici olduğu söylenebilecektir. Ayrıca “durumun özelliğine göre” ifadesinin hakime bir takdir yetkisi getirdiği ve sözleşmeye müdahalesini sağladığı yönünde bir genel kural tesis edilirse, edimler arası oransızlığın giderilmesi talep edilen bir olayda hakimin iptale hükmedemeyeceği açık iken, genel kuralın tüm ihtimallere uygulanamadığı durumda tam olarak bir takdir yetkisinden bahsedebilmek de mümkün olamayacaktır²⁹². Zira Medeni Usul Hukukunun taleple bağlılık ilkesi gereğince hakim, tarafın talep konusundan farklı yönde bir karar veremeyecektir²⁹³.

TBK m. 227/4 düzenlemesinde açıkça; *"Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir."* ifadesi ile kanun koyucu, ayıplı malın satımında, alıcının seçtiği seçimlik hak yerine, hakimin takdir yetkisini kullanarak başkaca bir çözüm yoluna gidebileceği ifade edilmiştir²⁹⁴. Oysa aşırı yararlanma TBK m. 227/4 hükmüne benzer olarak açık ve yoruma yer bırakmayacak şekilde hakimin takdir yetkisi bulunduğu bahsedilmemektedir. Kanun koyucunun bu denli açık bir hükümle hakime takdir yetkisi verdiği düzenlemede, neden aynı ifadeleri aşırı yararlanma için kullanmadığı sorusu, yukarıda bahsedilen

belirtmiştir. Buna göre hakim, yapacağı incelemeye göre miktarın gerçek değerini tespit edecek ise de tarafın -aşırı yararlanılanın- seçimlik hakkı ne yönde ise bu yönde karar vermek durumunda kalmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu vd., **a.g.e.**, s. 498 ve dn. 61.

²⁹¹ Hatemi, **a.g.e.**, s. 234, dn. 134.

²⁹² Buz, **a.g.m.**, s. 149; Çakırca, **a.g.e.**, s. 224.

²⁹³ “Örneğin, davacı aynen iadesini talep etmişse, hakim, malın bedelinin ödenmesine veya tazminata karar veremez.” Bkz. Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, **Medeni Usul Hukuku**, B. 4, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 158.

²⁹⁴ Süha Tanrıver, **Medeni Usul Hukuku**, C. 1, B. 2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 420.

“durumun özelliğine göre” ifadesini hakimın takdir yetkisi olarak yorumlama amacı gütmeyeceği cevabını verebilecektir²⁹⁵.

Aşırı yararlanmanın vücut bulması için önem arz eden hak düşürücü sürelerin Türk Borçlar Kanunu kapsamında açıklamasının yapılması ile Türk Borçlar Kanunu öncesi dönemde akdedilen sözleşmelerde aranan sürelerin ne şekilde işletileceği, aynı sürelerin geçerli olup olmadığının incelenmesi, bu durumun uygulamadaki etkilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

V. Aşırı Yararlanmaya Konu Sözleşmeye Uygulanacak Hukuki Sonuçlarda Zaman Bakımından Uygulama

818 sayılı Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu döneminde aşırı yararlanma için öngörülen hukuki sonuçlar ve hak düşürücü süreler farklı olduğundan aşırı yararlanmaya konu sözleşmenin imza tarihi ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun²⁹⁶ hükümleri incelendikten sonra sözleşmeler için uygulanabilecek hukuki sonuçlar değerlendirilmelidir.

6101 sayılı Kanun m. 1, Türk Borçlar Kanununun yürürlük tarihi olan 01.07.2012 tarihinden önce meydana gelen hukuki fiil ve işlemlere Türk Borçlar Kanununun etkisini incelemektedir²⁹⁷. Buna göre 6101 sayılı Kanun m. 5/2²⁹⁸

²⁹⁵ “Ancak kanunların hakime açıkça yetki verdiği hallerde hakim, talepten başka bir şeye de hüküm verebilir.” Bkz. Arslan vd., **a.g.e.**, s. 158.

²⁹⁶ RG T. 04.02.2011, S. 27836

²⁹⁷ 6101 sayılı Kanun m. 1 aşağıdaki gibidir:

“Türk Borçlar Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.”

²⁹⁸ 6101 sayılı Kanun m. 5 aşağıdaki gibidir:

(1) Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri, eski kanun hükümlerine tabi olmaya devam eder. Ancak, bu sürelerin henüz dolmamış kısmı, Türk Borçlar Kanununda öngörülen süreden uzun ise, yürürlüğünden başlayarak Türk Borçlar Kanununda öngörülen sürenin geçmesiyle, hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olur.

(2) Türk Borçlar Kanunu ile hak düşürücü süre veya özel bir zamanaşımı süresi ilk defa öngörülmüş olup da başlangıç tarihi itibarıyla bu süre dolmuşsa, hak sahipleri Türk Borçlar Kanununun

uyarınca 818 sayılı Borçlar Kanununda olmayıp yeni kanun ile eklenmiş bir süre mevcut ise ve başlangıcı itibariyle yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bu süre dolmuş ise sürenin getirildiği kanun hükmüne ilişkin haklar yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kullanılabilecektir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle yeni getirilen süre dolmamışsa ek bir yıllık süre imkanından yararlanılamayacaktır.

Yürürlük kanununda getirilen ek bir yıllık süreye ilişkin incelemenin mevcut olduğu bir kararda Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, dava konusu olayda Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte kanunda tanınan hak düşürücü sürenin henüz dolmamış olduğu gerekçesi ile 6101 sayılı Kanun m. 5/2 kapsamında bir yıllık ek süre öngörülmesini gerektirecek bir durumun mevcut olmadığını, davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığını ve reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁹⁹. Aşırı yararlanma yönünden, 818 sayılı Borçlar Kanununda olmayıp Türk Borçlar Kanunu ile getirilen süre 5 yıllık uzun süredir. Bu kapsamda 818 sayılı Borçlar Kanununa tabi bir sözleşme için 6101 sayılı Kanun m. 5 gereği 1 yıllık ek sürenin verilebileceği hal ancak 5 yıllık uzun süre için söz konusu olabilecektir³⁰⁰.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin bir kararında, 818 sayılı Borçlar Kanunu kapsamında akdedilen bir sözleşme için aşırı yararlanma iddiası ile açılan davada, ilk derece mahkemesinin hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu gözetilerek verilen red kararı, davanın 6101 sayılı Kanun m. 5 kapsamında ek 1 yıllık süre içerisinde açıldığı gerekçesi ile bozulmuştur³⁰¹. Ancak tam tersi yönde ve yeni tarihli bir kararda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, TBK m. 28 ile yeni bir süre getirilmediği, bu nedenle 6101 sayılı Kanun'un 5. maddesinin uygulanmayacağını dile getirerek hak düşürücü sürenin geçmiş olması gerekçesi ile aşırı yararlanma iddiasının dinlenilemeyeceğine karar verilmiştir³⁰².

yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıllık ek süreden yararlanırlar. Ancak, bu ek süre, Türk Borçlar Kanununda öngörülen süreden daha uzun olamaz.

²⁹⁹ Y. 14. HD. T. 01.11.2016, E. 2016/3645, K. 2016/9060 Aynı yönde bkz; İstanbul BAM 2. HD. T. 22.06.2017, E.2017/699, K.2017/779 (Sinerji)

³⁰⁰ Çakırca, **a.g.e.**, s. 195.

³⁰¹ Y. 1. HD. T. 01.07.2014, E. 2014/5515, K. 2014/12702 (Sinerji)

³⁰² "...Yukarıda belirtilen uygulama Kanunu'ndaki zamanaşımı süresiyle ilgili hüküm birlikte değerlendirildiğinde sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Yasa'nın 21. maddesinde sözleşmenin imzalanmasından itibaren bir senelik zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Aşırı yararlanmayla ilgili TBK'daki düzenleme ise 28. maddede kararlaştırılmıştır. TBK'nın 28.

Aşırı yararlanmanın hukuki sonuçları açısından bakıldığında edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı temerrüt, sona erme veya tasfiye kavramları ile ilgili olmadığından 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde imzalanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş bir sözleşme için kanun lafzı gereği aşırı yararlanılan tarafın edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı doğmayacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin bir kararında 2006 tarihli bir sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarının 818 sayılı Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle aşırı yararlanılanın yalnızca iptal hakkı bulunduğu ve bu hakkını 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde kullanması gerekirken dava tarihinin 2008 olduğu gözetilerek davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açılması nedeniyle esasa girilmeksizin reddi gerektiği açıklanmıştır³⁰³.

Yürürlük kanunu ile getirilen ek sürenin de aşıldığı durumlarda Türk Borçlar Kanununun yürürlük tarihinden önce hüküm ve sonuçlarını doğurmuş sözleşmeler için hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle aşırı yararlanılanın seçimlik haklarını kullanamayacağı söylenebilecektir.

Yukarıda aşırı yararlanmanın genel itibariyle sözleşmelerdeki görünümü ve hukuki sonuçlarının etkisi anlatılmış olmasına karşın bazı özel hallerde farklı uygulamalar olduğundan aşağıda özellik arz eden hallerde aşırı yararlanmanın uygulanabilirliği ve hukuki sonuçlarının görünümü incelenecektir.

maddesindeki düzenleme dikkate alındığında 6101 sayılı Yasa'nın 5. maddesi gereğince öngörülen yeni bir zamanaşımı sisteminin getirilmediği ilk defa yer alan bir zamanaşımı uygulamasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Netice itibariyle 818 sayılı Yasa'nın 21. maddesindeki zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir. Sözleşmenin 30.01.2008 tarihinde imzalandığı ve karşı davanın 26.04.2010 tarihinde açıldığı dikkate alındığında bir yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşme içeriği ve not içeriğinde kottan çıkan dairelerle ilgili hüküm konulması dikkate alındığından tarafların bunu daha önce öngördükleri ve bununla ilgili aralarında anlaşmaya yarar düzenleme yaptıkları anlaşılmaktadır. Sözleşme imzalandığı tarihte öngörülmeyle sonradan ortaya çıkmış bir durum söz konusu değildir. Bu hükme rağmen davalı-karşı davacının proje tadilatı yapıldığı ve kottan daire çıkarılmasının sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan bir durum olduğuna dair bir iddiası da söz konusu değildir. ...” Y. 15. HD. T. 13.12.2018, E. 2018/3645, K. 2018/5057 (Yargıtay Emsal)

Karar, Dairenin TBK m. 28 ile yeni süre getirilmediği görüşünü bildirdiğinden önem arz etmektedir. Ancak dava konusu edilen sözleşmenin tarihi 30.01.2008 olmakla, sözleşmenin 818 sayılı Borçlar Kanununa tabi olduğu ve hak düşürücü sürenin 1 yıl ile sınırlı olduğu görülmektedir. Buna rağmen Yargıtay, hak düşürücü süre daha uzunmuş ve sözleşmenin hüküm ve sonuçları Türk Boçlar Kanununun yürürlük tarihi ile çakışıyor gibi inceleme yapmıştır. Bu nedenle Yargıtay'ın kararda gösterilen gerekçesinin yerinde olmadığı söylenebilecektir. Kararda, 6101 sayılı Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmışsa da bu tartışmanın yerinde olmadığı görüşündeyiz.

³⁰³ Y. 23. HD. T. 09.06.2016, E. 2015/5521, K. 2016/3487 (Sinerji)

VI. Uygulamada Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesinde Öne Çıkan Farklılıkların Ele Alınması

A. Tacirlerin Taraf Oldukları Sözleşmelerde Aşırı Yararlanmaya Dayanılabilirler mi?

Aşırı yararlanma, Türk Borçlar Kanunu kapsamında genel hükümler çerçevesinde bir hüküm olduğundan, TMK m. 5 gereği tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir olduğu kanunun kendi atfı sayesinde anlaşılmaktadır. Ancak tacirlerin taraf oldukları sözleşmelerde aşırı yararlanmanın gündeme gelip gelemeyeceği tartışmalı bir konudur. Bu nedenle gerek doktrinde bu yönde ele alınan görüşlerin gerekse uygulamadaki tutumun değerlendirilmesi gereklidir.

Tacirlerin aşırı yararlanma hükümlerine dayanamayacağı görüşündekiler, tacirin aşırı yararlanma kavramını kullanmadan kendisini koruyabilecek düzeyde olduğunu, aşırı yararlanma tacirlere uygulanırsa, her tacirin kötü bir iş yaptığı düşüncesi ile bu hukuki sebebe başvurabileceğini ve kötüye kullanabileceğini dile getirmişlerdir³⁰⁴.

Türk Hukukundaki mevzuat çerçevesinde aşırı yararlanmanın tacirlerin taraf olduğu sözleşmelere uygulanamayacağına işaret eden bir düzenleme olmadığı söylenebilecektir. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁰⁵ m. 18/2 hükmü tacirlerin, ticarete ait bütün faaliyetlerinde basiretli birer iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünü ele aldığından ilgili düzenleme çerçevesinde tacirler yönünden aşırı yararlanmanın incelenmesi gerekecektir. Ancak unutulmamalıdır ki tacirlere kanunla getirilen bu özen yükümlülüğü kendilerinin ticari faaliyetleri ile sınırlıdır³⁰⁶. Bu

³⁰⁴ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Halid Kemal Elbir, “Ticaret Hukukunda Gabin İddiası”, **İleri Hukuk**, S. 56, Şubat 1950, s. 891, dn. 1, 2 ve 4’teki yazarlar. (**Ticaret Hukukunda Gabin İddiası**)

³⁰⁵ RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

³⁰⁶ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 494; Çağlar, **a.g.m.**, s. 73; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, “Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 116, 2012, s.89.

nedenle gerçek kişi tacirlerin adi borçlarında genel hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁰⁷.

Tacirlerde aşırı yararlanmanın uygulanabilir olup olmadığını belirlemek için aşırı yararlanmanın unsurları kapsamında değerlendirme yapmak gereklidir. Objektif unsur olan edimler arasındaki dengesizliğin tespitine ilişkin tacirlere özel olarak TTK m. 22'nin ve TTK m. 8'in varlığı dikkat çekmektedir. TTK m. 22'ye göre, tacirlerin TBK m. 121/2, 182/3 ve 525 hükümleri kapsamında kalan aşırı ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini isteme hakkı mevcut değildir. TTK m. 8'e göre ise ticari işlerde faizin serbestçe kararlaştırılabileceğine değinilmiştir. Kanun metninin sıkı sıkıya uygulanmasının bazı istisnai hallerde ticari hayatın işleyişine zarar vereceği gözetilerek, tacirin "ticari anlamda mahvına sebep olabilecek derecede" faizin belirlenmesinde TTK m.8'in veya yüksek sözleşme cezası ve ücretin varlığında TTK m. 22'nin uygulanmayacağı, aksine TBK m. 27 gereği ahlaka aykırılığın devreye girdiği ve şartın hükümsüz olacağı doktrinde kabul edilmiştir³⁰⁸.

Aşırı yararlanmanın gündeme gelebileceği sözleşmelerde edimlerin sözleşme anındaki değerleri çoğu zaman açıkça anlaşılabilir ise de özellikle tacirlerin taraf olduğu sözleşmelerde asıl edimin yanı sıra yan edim olarak tarafların üstlendiği riskler de önem arz etmekte ve dengesizliğin tespitinde hesaba katılmaktadır³⁰⁹. Bankaların taraf oldukları kredi sözleşmeleri özelinde karşı tarafın kredi notunun çok düşük seviyelerde olması bankanın kredi verirken üstlendiği riskin de yüksek seviyelerde olduğunu göstermektedir.

Objektif unsur haricinde tacirin güçsüz durumda olduğu ve aleyhine sözleşme akdettiği durumlarda tacirin içinde bulunduğu subjektif koşul konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, tacirlerin ticari işleri sebebiyle aşırı yararlanılan konumunda olduğu durumlarda kendisinin düşüncesizlik ve deneyimsizliğinden bahsedilemeyeceği ve fakat zor durumda kalabileceği, dolayısıyla olay bazında bu halin incelenmesi gerektiğini açıklamıştır³¹⁰.

³⁰⁷ Çağlar, **a.g.m.**, s. 79. Yazar, tüzel kişi tacirlerin adi işlerinden bahsedilmesinin mümkün olmadığını dile getirdiğinden bu yönde bir ayrıma gitmiştir. Bkz. **a.e.**

³⁰⁸ Çağlar, **a.g.m.**, s. 79,80, dn. 31,32,36.

³⁰⁹ Akdağ-Güney, **a.g.m.**, s. 149.

³¹⁰ Kararın ilgili bölümünde "Tacir olan banka BK.nun 21. maddesinde belirtilen hiffet veya tecrübesizlik hallerine dayanmışsa da müzayaka halinden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık nisbetsizlik bulunan hallerde akdi feshedilebilir" denilmekle tacirler için zor durumda

Tacirin zor durumda kalma unsuruna dayanabileceği benimsenmişse de basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğüne sahip kişinin zor durumda kaldığının ispatı için alışveriş güvenliğini tehlikeye düşürecek ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilecek iddia ve taleplerin oluşmaması adına, tacirin tüm defter ve kayıtlarında incelikli bir inceleme yapılmalı ve yapılan inceleme sonucu bir karar verilmesi gerektiği açıklanmıştır³¹¹. Tacirin risk içerikli sözleşmelerde taraf olması nedeniyle aleyhine çıkan her sonuç zor durumda kalma hali olarak değerlendirilemeyecektir. Aksi bir tutum ahde vefa ilkesinin yok sayılması düşüncesini doğuracaktır³¹². Örneğin; bir simsarlık sözleşmesinde, tarafların ilk anlaşmalarında belirlenen satılacak mal miktarı ve simsara ödenecek komisyon miktarı, ikinci bir sözleşme ile değiştirilmiş, satılacak mal miktarı azaltılmış ve komisyon miktarı artırılmış olan bir olayda simsarlık sözleşmesinde komisyon miktarının tahsili istemli dava açılmış, komisyon miktarını ödemek istemeyen tarafın, aşırı yararlanma iddiası ile istinaf nedenleri İstanbul BAM 14. HD. tarafından incelenmiştir. İstinaf kararında; “...*Davalı tacir olup, basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşmedeki oran tarafların serbest iradeleri belirlenmişlerdir. Bunun aksinin davalı tarafça ispat edilemediğine göre, davacının sözleşmedeki oran üzerinden belirlenen komisyon alacağından davalı sorumludur.*” açıklaması ile olayda aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanmayacağından bahisle aşırı yararlanılan olduğunu iddia eden tacirin ticari risk üstlendiği fakat zor durumda kaldığından bahsedilemeyeceği açıklanmıştır³¹³.

Aşırı yararlanma ile ilgili olarak özellikle bankaların zor durumda kalma iddialarına dayalı açtıkları davalar ve bu davalardaki tarihsel sürecin incelenmesi gerekecektir. Zira ekonomik kriz vb. zorlu finansal süreçlerden geçen Türkiye çerçevesinde bu durumdan etkilenen, bazı hallerde ticari faaliyetleri son bulan ve kamuda yankı uyandıran en önemli tacir grupları olarak bankaların incelemesinde

kalma haricindeki diğer subjektif koşulların değerlendirmeye dahi alınmayacağı açık olarak belirtilmektedir. Tüm metin için bkz. Y. HGK., T. 07.02.2007, E. 2007/19-63, K. 2007/52(Sinerji); Aynı yönde bkz. Y. 19. HD. T. 12.06.2003, E. 2003/5289, K. 2003/6204 (Gözütok, **a.g.e.**, s. 135,136); Y. 11. HD. T. 23.05.2016, E. 2015/10800, K. 2016/5529 (Yargıtay Emsal). Aynı yönde Sungur, **Gabin**, s. 32; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, **a.g.e.**, s. 256.

³¹¹ Çağlar, **a.g.m.**, s. 84.

³¹² Başak Baysal, “Aşırı İfa Güçlüğü”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 338.

³¹³ İstanbul BAM 14. HD. T. 26.01.2018, E. 2017/1041, K. 2018/80 (Sinerji).

uygulamanın tutumunun anlaşılması, ileriki yıllarda neler yaşanabileceği ve bunun uygulamada hangi sonuçları doğuracağı kapsamında bizlere yol gösterecektir.

Öncelikle, 2001 ekonomik krizi çerçevesinde bankaların müşterilerinin paralarını çekmemesi ve paraları bankaya ait mevduat hesabında tutmaları için (likidite ihtiyacı) gecelik faiz oranlarını (Over Night “O/N” faizi) yüksek seviyelerde tuttuğu, ancak mevduat sahiplerinin bankadan almaları gereken faizin tamamını alamadıklarını ya da almışlarsa bile bankanın “fark faizi” açıklamaları ile hesaplarından belli miktarlarda para aldıkları olaylar yaşanmıştır. Bu tür davalar mahkemeler önüne geldiğinde bankalar, ekonomik kriz sebebiyle mevduat sahiplerinin bankanın zor durumundan yararlandıklarını, kararlaştırılan faizin fahiş olduğu ve aşırı yararlanma oluştuğunu iddia etmişlerdir. Yargıtay ise,

“Ülkenin ve davalı bankanın içinde bulunduğu ekonomik durum göz önünde bulundurulmak, aynı ve diğer bankalardaki hesap sahipleriyle davacının koşulları karşılaştırılarak, davalı bankanın müzayaka altında olup olmadığı, tahakkuk ettirilen faizlerle diğer bankalarınki arasında bir nispetsizlik varsa bunun oranı, repo yada mevduat hesabı tercihinin sebebi belirlenmek, davalı bankanın uyuşmazlık konusu dönemlerde uyguladığı faiz oranlarının sonradan Fon'a devredilmeyen bankaların uyguladığı faiz oranlarına göre aşırı olup olmadığının ve aşırı olması halinde bu aşırılığın davalı bankanın anılan dönemlerde bozuk olan mali tablosundan bir başka anlatımla müzayakasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının denetime elverişli, somut verilere, karşılaştırmalı tablolara ve davalı bankanın mali yapısını gösteren merkez defter kayıtlarına, bilançolarına dayalı olarak yapılacak inceleme sonucu” karar verilmesi gerektiğini belirterek bankanın ekonomik kriz nedeniyle müzayaka halinde olabileceğini açıklamıştır³¹⁴.

Oysa ekonomik kriz dönemlerinde dövizle borçlananların açtığı aşırı ifa güçlüğü temelli uyarılama davalarında Yargıtay “Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı belli ekonomik dar boğazlardan sonra meydana geldiği de bilinen bir gerçektir. Davacı TTK'nun 18/1 maddesi hükmüne göre tacir olup, aynı

³¹⁴ Y. 11. HD. T. 29.01.2007, E. 2005/14021, K. 2007/993; Y. 11. HD. T. 12.10.2006, E. 2005/9181, K. 2006/10194; Y. 11. HD. T. 09.10.2006, E. 2005/9238, K. 2006/9949; Y. 11. HD. T. 23.01.2006, E. 2005/451, K. 2006/382; Y. HGK. T. 21.09.2005, E. 2005/11-459, K. 2005/480 (Sinerji); Y. 11. HD. T. 12.05.2008, E. 2007/4270, K. 2008/6122 (Harun Keskin, “Yargıtay Kararları”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 3, İstanbul, 2008, s. 545, 546).

yasanın 20. maddesine göre ticarethaneye ait faaliyetlerinden dolayı basiretli işadamı gibi hareket etmesi gerekir. Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması da kabul edilemez. Davalının bunu tahmin etmesi gerekir.” Gerekçesi ile bu şekilde önüne gelen davalarda tacirin uyarılama istemini reddetmiştir³¹⁵. Aşırı yararlanma ile uyarılamanın farklı hukuki sebepler olduğu yukarıda açıklanmış ise de Yargıtay kararlarına konu olan her iki olayda yer alan hususlar temelde aynıdır: Tacirin ekonomik kriz dönemindeki sözleşme iradesi. Bu kapsamda dövizle borçlanmanın riskli olduğunu ve sonuçlarının ticari anlamda mahvına sebep olabileceğini öngörmesi gereken tacirin aynı şekilde, gecelik faiz oranlarını emsallerine göre çok yüksekte tutmanın, bu faizleri faiz alacaklısına ödeme zamanı geldiğinde ticari mahvına sebep olabileceğini öngörmesi gerektiği kanaatindeyiz³¹⁶. Emsallerine göre çok yüksek oranda gecelik faiz öngören bankanın mevduat sahiplerine bu ödemeyi yapmama düşüncesi ile sözleşme akdetmesinden sonra yargı sürecinde aşırı yararlanmaya maruz kaldığını öne sürmesi tarafımızca hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.

Tacirlerin aşırı yararlanma iddiasına yukarıda belirtilen kapsamda dayanabileceklerinin kabulünden sonra, tacirler özelinde aşırı yararlanmaya ilişkin herhangi bir özel halin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekecektir. Bu kapsamda aşırı yararlanma ile kullanılacak seçimlik hakların ileri sürülmesinde tacirler arası akdedilen sözleşmelerde bir şekil şartı bulunup bulunmadığı incelenecektir.

Tacirler arası akdedilen sözleşmelerde, özel hüküm niteliğinde olan Türk Ticaret Kanunu m. 18/3;

“Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

düzenlemesini içermektedir.

³¹⁵ Y. 13. HD. T. 30.09.2003, E. 2003/9056, K. 2003/10865; Y. 13. HD. T. 24.03.2004, E. 2003/12387 K. 2004/2024; Y. 13. HD. T. 30.09.2004, E. 2004/3664, K. 2004/13258 (Sinerji)

³¹⁶ Baysal, alacaklı ya da borçlunun ticari anlamda mahvına sebep olabilecek ekonomik krizlerde, 2001 krizi gibi, uyarılama istenebileceği görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, **a.g.m.**, s. 338.

Bu düzenlemenin aşırı yararlanma ile ilgisi, aşırı yararlanmaya dayalı olarak sözleşmenin iptali talep edildiği hallerde kendisini göstermektedir. Zira iptal hakkı, ani edimli sözleşmelerde dönme gibi geriye³¹⁷, sürekli edimli sözleşmelerde ise fesih gibi ileriye etkili sonuç doğurmakta ve hakkın kullanılmasının etkileri gözetildiğinde, TTK m. 18/3 hükmünün tacirler arasındaki sözleşmelerde aşırı yararlanma nedeniyle iptal hakkının kullanılmasında rol oynayacağı ifade edilmektedir³¹⁸.

Madde metnine ilk bakışta şeklin bir geçerlilik şartı olduğu kanaatine varılabilmesi mümkünse de madde gerekçesinde belirtildiği üzere öngörülen şekil şartlarının, geçerlilik şartı değil ispat şartı olduğu doktrinde kabul edilmektedir³¹⁹. Buna göre şekil şartına aykırı olarak yapılan ihbar ve ihtarlar maddi hukuk anlamında etkilerini doğuracaklardır. Bu görüşün aksine Dirikkan, aşırı yararlanma sonucu sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkını kullanmak isteyen tacirin TTK m. 18/3 kapsamında öngörülen ispat şartları ile bağlı olduğunu çalışmasında dile getirmektedir³²⁰.

B. Temsilci Aracılığı İle Akdedilen Sözleşmelerde Aşırı Yararlanmaya Dayanılabilir mi?

Günümüz piyasa koşulları ve alışveriş hayatının süjeleri gözetildiğinde akıllara şu soru gelmektedir: Sözleşmede, sözleşme tarafları dışında bir temsilci

³¹⁷ Buz, iptal hakkının kullanılması ve dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak geçersiz hale geldiği sonucuna ulaşarak, her iki ihtimalde de sözleşmenin sona ermesi ile oluşan hukuki durumun aynı olduğunu dile getirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s. 89, 120 (**Dönme**); Aksi yönde bkz. Aslan, **a.g.e.**, s. 108 vd.

³¹⁸ Hanife Dirikkan, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, 2002, s.63

³¹⁹ Buz, madde metni içerisinde değil de madde gerekçesinde şekil şartının ispat şartı olduğu hususunun dile getirilmesinin kanun yapımı anlamında hatalı olduğunu, madde metninden şekil şartının geçerlilik şartı olarak anlaşıldığını, kanunun netlik kazanması adına şekil şartının ispat şartı olduğu belirtmesinin madde metni içerisinde yapılması gerektiğini ifade ederek bu düzenlemeyi eleştirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, **Yenilik Doğuran Haklar**, s. 253, dn. 132; Aynı yönde bkz. Mustafa Arıkan, “Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 Sayılı TTK. M. 18/III Hükmünün Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, 2012 (Özel Sayı), s. 14; Dirikkan, **a.g.m.**, s. 74.

³²⁰ Dirikkan, **a.g.m.**, s.63.

bulunması halinde unsurların tümünün gerçekleşmesi, aşırı yararlanma hukuksal sebebine dayanılmasına imkan verebilecek midir?

Yargıtay'ın bu konudaki genel tutumu, temsilci ile sözleşme akdedilmesinde aşırı yararlanma iddiasından bahsedilemeyeceği yönündedir³²¹. Zira bu şekilde akdedilen sözleşmelerde aşırı yararlanılanın iradesinin değil, temsilcinin iradesinin rol oynadığı, dolayısıyla aşırı yararlanılan bakımından subjektif unsurların gerçekleşmediği açıklanmaktadır³²². Temsilci aracılığı ile yapılan sözleşmede temsilcinin tecrübesizliği veya deneyimsizliği nedeniyle zarara uğradığını iddia eden temsil olunan, ancak iç ilişkide temsilcisine karşı zararlarının giderimi yönünde tazminat talebinde bulunabilecektir³²³.

Sözleşme tarafları sözleşmenin içeriğini, şartlarını ve tüm unsurlarını kendileri belirlemiş, temsilci sadece aracı görevi görmüş ve sözleşmenin akdedilmesinde kendi benliğinden herhangi bir irade ya da işlem göstermemişse³²⁴, bu durumda aşırı yararlanmadan bahsedebilmenin mümkün olduğu belirtilmiştir³²⁵. Zira bu durumda temsilci, sözleşme yapmada, tarafların ortak noktada buluşmasında aracı gibi görev almaktadır. Bu durumun oluşması için temsil olunan, temsilciye sözleşme kapsamında talimatlar vermiş ve temsilcinin yetkisinin kapsamını kendi istek ve arzuları çerçevesinde sınırlamıştır³²⁶.

Yukarıda açıklanan hususlar, genellikle iradi temsil ilişkisinde, yani rızai bir temsil yetkisi verme beyanına dayalı olarak kurulan temsil ilişkisinin varlığı

³²¹ Y. 1. HD. T. 27.09.2010, E. 2010/7504, K. 2010/9383; T. 22.10.2002, E. 2002/8763, K. 2002/11470; Y. HGK. T. 15.12.1993, E. 1993/1-591, K. 1993/821; (Sinerji)

³²² “*Temlikli işlemin vekil aracılığıyla yapıldığı sabittir. Bu suretle yapılan temlikte gabinin subjektif unsurunun oluşmayacağı gözetilerek, bu iddiaya dayalı davanın reddedilmesinde bir isabetsizlik yoktur.*” Y. 1. HD. 22.11.2006, E. 2006/9101, K. 2006/11496 (Sinerji).

Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında vekil aracılığı ile yapılan işlemler için aşırı yararlanma iddiasını doğrudan reddetmesine rağmen, eski tarihli kararlarında vekilin aşırı yararlanmaya sebep olabilecek bir subjektif durum içerisinde bulunup bulunmadığı konusunda araştırma yapılması gerektiği vurgulanmakta idi.

Bkz. Y. HGK. T. 04.06.1952, E. 1952/1-163, K. 1952/99 Kararlar için bkz. Sungur, **a.g.e.**, s. 218 vd.

³²³ Temsilcinin, temsil yetkisini kötüye kullanması nedeniyle ya da temsilcinin kusuru sebebiyle temsil olunanın menfaatine zarar verecek şekilde bir sözleşme akdetmesi durumu aşırı yararlanmadan ayrı bir hukuki sebep olarak değerlendirilmeli ve temsil olunan uğradığı zararı ve taleplerini temsilcisine ileri sürmelidir, sözleşmenin diğer tarafına karşı değil. Temsil yetkisinin kötüye kullanılması ve temsilcinin kusuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hulki Cihan, **Temsil Yetkisinin Verilmesi Ve Kapsamının Belirlenmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 73 vd.

³²⁴ Temsil yetkisi verilirken, üçüncü kişi ile akdedilecek sözleşmenin ne yönde yapılacağı konusunda temsil olunanın talimat vermiş olması bu hale örnek gösterilebilecektir. Eren, **a.g.e.**, s.465.

³²⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., **a.g.e.**, s. 626.

³²⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 227.

durumunda kendini gösteren görüşler olmuşlardır. Ancak, temsil ilişkisinin bir diğer boyutu da yasal temsildir³²⁷. Yasal temsilciler, ancak yasanın kendilerine verdiği yetkiler kapsamında hareket edecek kişilerdir³²⁸. İradi temsilden farklı olarak yasal temsilde, temsilcinin temsil olunan adına üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerde, temsil olunanın iradesi değil temsilcinin iradesi ön plandadır³²⁹. Yasal temsilcinin temsil olunan adına üçüncü kişi ile yaptığı anlaşmalarda, temsil olunanın iradesinden bahsedilemeyeceğine göre iradi temsilde yapılan ayrıma gidilmeksizin, şartları gerçekleştiği takdirde aşırı yararlanma hükümlerine dayanılabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. Uzlaştırmacı Aracılığıyla Yapılan Uzlaşma İşlemleri ve Arabuluculuk İşlemlerinde Aşırı Yararlanmadan Bahsedilebilir mi?

İradi ve yasal temsilci haricinde, sözleşmenin kurulmasında kanundan kaynaklı olarak başkaca üçüncü kişiler rol oynayabilmektedir. Bu durumlara örnek olarak uygulamada sıklıkla karşılaşılmaları adına uzlaştırmacı aracılığı ile yapılan uzlaşma tutanakları ile olumlu yönde sonuçlanan arabuluculuk tutanaklarının aşırı yararlanma kapsamında incelemesi yapılacaktır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu³³⁰ hükümleri ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.35/A hükmü³³¹ günümüzde uzlaşma kurumunun uzlaştırmacı aracılığı ile sağlandığı kanun dayanaklarını içermektedir.

CMK kapsamındaki uzlaşma prosedüründe mağdur ile şüpheli yahut müşteki ile sanık uzlaştırmacı aracılığı ile soruşturma ve kovuşturma kapsamındaki suç

³²⁷ Yasal temsil, doğrudan kanundan veya mahkeme kararından kaynaklanabilir ya da bir hukuki işlemin yasal sonucu olarak meydana gelebilmektedir. Bkz. Cihan, **a.g.e.**, s. 7.

Yasal temsilcilerden, veli, vasi ve kayımlık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, B. 14, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 357 vd., s. 409 vd., s. 461 vd..

³²⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 301.

³²⁹ Cihan, **a.g.e.**, s. 7.

³³⁰ RG T. 17.12.2004, S.25673.

³³¹ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu: RG T. 07.04.1969, S. 13168; Madde 35/A hükmünü içeren değişiklik: RG T. 02.05.2001, S.4667.

nezdinde uzlaşabilmekte ve uzlaşma karşılığı suç konusu unsur yönünden tarafların maddi ya da manevi tatminini sağlayabilmek adına uzlaşma tutanağında bir edim kararlaştırabilmektedirler³³². Ancak CMK m. 253/19³³³ düzenlemesinde, uzlaşma görüşmelerinin olumlu sonuçlanması halinde, edim kararlaştırılmış olsun ya da olmasın, mağdur kişinin cezaya konu suçtan doğmuş ya da doğabilecek tüm tazminat taleplerinden feragat etmiş sayılacağı açıklanmıştır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin kararına konu bir olayda, ceza soruşturması esnasında yapılan uzlaşma nedeniyle iş kazası mağduru olan şahıs, failden 25.000 TL'nin kendisine verilmesi karşılığı uzlaşmıştır. Ancak mağdur, yapılan uzlaşmanın kendisi zor durumda iken yapıldığını, o esnada paraya ihtiyacı olduğunu, tazminat taleplerinin çok daha yüksek olduğunu belirterek uzlaşma işleminin iptali ile davalı iş kazasına sebep olan şahıstan tazminat talebinde bulunmak adına dava açmıştır. İlk derece Mahkemesi CMK m. 253/19 hükmünü gerekçe göstererek davayı reddetmiş ve ilk derece mahkemesi kararı, 19.04.2016 tarihinde verilen Daire kararında, çoğunluk oyu ile onanmıştır³³⁴. Ancak bu kararda kanaatimizce irdelenmesi gereken karşı görüşteki gerekçedir.

CMK m. 253/19 içerisinde yer alan “*Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.*” düzenlemesinde işaret edilen anlaşmanın, Yargıtay 9 ve 21. daireleri ile hukuk genel kurulunun yerleşik içtihatları gözetildiğinde ibra sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini açıklayan karşı oy gerekçesinde, CMK m.

³³² Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, C. 2, B. 4, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 1085.

Soruşturma esnasında uzlaşılması CMK m. 253, kovuşturma esnasında uzlaşılması CMK m. 254'de açıklanmıştır. Ancak CMK m. 254, uzlaşma usulleri açısından CMK m. 253'e atıf içerdiğinden, bu çalışmada CMK m. 253 kapsamında açıklamalar yapılmaktadır.

³³³ CMK m. 253/19:

“*Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.*”

³³⁴ Y. 21. HD., T. 19.04.2016, E. 2015/13528, K. 2016/6953 (Yargıtay Emsal).

253/19 uyarınca yapılan anlaşmaların da aşırı yararlanma nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülebileceği açıklanmıştır. Gerçekten de CMK m. 253/19’da belirtilen “tazminat davası açılmaz, açılmış olan davadan feragat edilir” açıklaması, ilk bakışta TBK m. 132’de düzenlenen borcu sona erdirme sebeplerinden ibra sözleşmesine işaret ettiği söylenebilecektir³³⁵. Zira ibra sözleşmesinde, borçlunun borcundan kurtulması adına taraflar karşılıklı olarak anlaşmaktadırlar³³⁶. Ancak, TBK m. 132’den farklı olarak CMK kapsamında yapılan uzlaşma işleminde “uzlaştırmacı” olarak taraf olmayan bir üçüncü kişi bulunmaktadır. Uzlaştırmacının uzlaşma sürecindeki konumunun, aşırı yararlananda bulunması gereken aşırı yararlanma kastını etkileyip etkilemeyeceği ve uzlaştırmacının edimler arası aşırı oransızlık bulunduğunu denetleme gibi bir görevi olup olmadığı tartışılmalıdır.

Uzlaştırmacının uzlaşma görüşmelerindeki yerinin değerlendirilmesinde, kanun koyucunun iradesinin incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu³³⁷ m. 73’ün mülga 8. fıkrası³³⁸ ve CMK m. 253’ün kanun değişikliğinden önceki düzenlemesine³³⁹ göz atıldığında, uzlaşmaya ilişkin güncel düzenlemelerde, failin maddi ve manevi zararların tümünü ya da büyük bir kısmını karşılaması halinde uzlaşılması zorunluluğu bulunmadığı görülmektedir.

Bu kapsamda, uzlaşma tutanağı ile edim belirlenmesi zorunluluğu olmadığı gibi, edim belirlenmişse bile bunun mağdur zararının tamamını ya da büyük bir kısmını karşılayıp karşılamadığının denetimi söz konusu değildir. Ne uzlaştırmacıya ne de uzlaştırmacıyı görevlendirilen Cumhuriyet savcısına veya hakime bu yetki

³³⁵ Özbek, **a.g.e.**, s. 1155.

³³⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s. 17.

³³⁷ RG T. 12.10.2004, S. 25611.

³³⁸ Türk Ceza Kanunu m. 73’ün, 5560 sayılı Kanun ile kaldırılmadan önceki 8. fıkrası aşağıdaki gibi idi:

“Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.”

³³⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253’ün, 5560 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki düzenlemesinde aşağıdaki ifadeler yer almakta idi:

“Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddi ve manevi zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanuni temsilcisine bildirilir.

Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.”

tanınmamıştır. Uzlaşmanın olumlu sonuçlandığı ihtimalde, edimin hukuka uygunluk ve ahlaka uygunluk³⁴⁰ denetimi soruşturma esnasında Cumhuriyet savcısı ve kovuşturma esnasında mahkeme hakimi tarafından yapılacaktır. Bununla birlikte, bu denetimin kapsamında TBK m. 28'in bulunup bulunmadığı maalesef bir bilinmezdir.

Uzlaşma aşamasında özellikle mağdur tarafa uzlaşmanın sonuçları, yaşanabilecek hak kayıpları hakkında yeterli bir biçimde bilgilendirilme yapılması gerekmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğünün tam anlamı ile yerine getirilmesi, mağdur tarafın uzlaşmada kendisine teklif edilen edimi yetersiz görmesi halinde uzlaşma zorunluluğunun bulunmadığının farkına varmasını ve yukarıda dile getirilen tartışmanın, uzlaşmada aşırı yararlanma iddialarının ihtimalinin önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Sonuç olarak CMK kapsamındaki uzlaşma işlemi ile oluşturulan anlaşma tutanağı, uzlaştırmacının edimi belirleme ya da denetleme yetkisi olmadığı, uzlaştırmacının tarafları yönlendirme yetkisi olmadığı, tarafların iradelerinin açıklanmasında aracı görevi gördüğü ve uzlaştırmacının bulunma amacının uzlaşma tutanağındaki iradelerin tarafların gerçek iradeleri olduğunu teyit etme amacı taşıdığı düşünüldüğünde, CMK kapsamındaki uzlaşmanın maddi hukuk çerçevesinde, taraf iradeleri taşıyan ibra sözleşmesine benzer nitelikte bir sözleşme olduğu ve aşırı yararlanmaya konu edilebileceği düşünülebilecektir.

Avukatlık Kanunu m. 35/A³⁴¹ kapsamında ele alınan uzlaşmada ise (bundan sonra “35/A uzlaşması” olarak anılacaktır) CMK m. 253’e benzer amaçlara hizmet etmesine rağmen, taraf iradeleri ile ve taraf avukatları eşliğinde düzenlenen uzlaşma görüşmelerini ifade etmektedir³⁴². 35/A uzlaşması, tarafların üzerinde serbestçe

³⁴⁰ Edimin hukuka uygunluğunun denetimi CMK kapsamında yer almasına rağmen, edimin ahlaka uygunluk denetimi, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m. 18 ve m. 25 kapsamında getirilmiş bir düzenlemedir. (RG T. 05.08.2017, S. 30145.)

³⁴¹ Avukatlık Kanunu m. 35/A:

Uzlaşma sağlama

Madde 35/A

“Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.”

³⁴² Şamil Demir, **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, B. 2, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 87.

tasarruf edebilecekleri konularda yapılabilirken, kanun kapsamında uyuşmazlığın ancak mahkeme kararı ile çözülebildiği uyuşmazlıklarda, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklarda, tapuda sicil kayıtlarının terkin, değiştirilmesi ve tapuda aynı hak edinimine ilişkin uyuşmazlıklarda yapılamamaktadır³⁴³. Doktrinde, oluşturulan uzlaşma tutanağının bir borç sözleşmesi olduğunun kabulü ile şartları gerçekleştiği takdirde tutanak hakkında aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabileceğine değinilmiştir³⁴⁴. Sarıözen, 35/A uzlaşmasında, avukatların tarafları bilgilendirme yükümlülüğü olduğunu, ancak tarafların içerisinde bulundukları subjektif durumlardan kurtaracak derece bir bilgi verme zorunlulukları bulunmadığını, bu kapsamda avukatın uzlaşmadaki rolünün sınırlı olduğunu dile getirmektedir³⁴⁵. Bu durumda, 35/A uzlaşmasına dahil olan avukatların ne zayıf durumda olanın subjektif şartlarından kurtarması ne de aşırı yararlanma kastını engellemesi gibi bir yükümlülüğü olmadığı görülecektir. Madde metninde açıklanan ifadeler kapsamında, esas olanın yine taraf iradeleri olduğu, 35/A uzlaşması sonucunda verilen karar ile düzenlenen tutanağın en az bir taraf yönünden edim belirlendiği ihtimalde içeriği elverdiği ölçüde ibra sözleşmesi hükümlerinden yararlanabileceği ve aşırı yararlanmaya konu olabileceği görüşündeyiz.

CMK kapsamında uzlaşma ve 35/A uzlaşması haricinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuk faaliyetleri ile tarafların uzlaşmasında aşırı yararlanmanın gündeme gelip gelemeyeceği tartışılmalıdır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda, taraflar arasında sağlıklı iletişim kurulması adına tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun katılımı ile gerçekleşen, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk³⁴⁶ günümüzde özellikle yeni 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na³⁴⁷ getirilen zorunluluktan sonra sıklıkla müracaat edilen bir kurum haline gelmiştir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında

³⁴³ Y. 1. HD T. 08.10.2007, 2007/7358, K. 2007/9604 (Sinerji); Demir, **a.g.e.**, s. 92.

³⁴⁴ Serdar Sarıözen, "Uzlaştırma", **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 16, Aralık 2007, s. 159; Demir, **a.g.e.**, s. 225. Demir, uzlaşma tutanağının yalnızca bir usul hukuku işlemi değil, daha ziyade bir maddi hukuk işlemi olduğunu çalışmasında belirtmiştir. Bkz. Demir, **a.e.**, s. 175.

³⁴⁵ Sarıözen, **a.g.m.**, s. 159.

³⁴⁶ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, B. 2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 407; L. Şanal Görgün/ Levent Börü/ Barış Toraman/ Mehmet Kodakoğlu, **Medeni Usul Hukuku**, B. 7, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 808; Arslan vd., **a.g.e.**, s. 773; Olgu Özdemir, "Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", **İÜHFM**, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, C. 1, 2016, s. 609; Özbek, **a.g.e.**, s. 1180.

³⁴⁷ RG T. 25.10.2017, S. 30221.

Arabuluculuk Kanunu³⁴⁸ (“HUAK”) ile esasları belirtilen arabuluculukta, taraflar uyuşmazlık konusunda anlaşmak adına ortak noktada buluşarak bir edim kararlaştırabileceklerdir. HUAK m. 2/f bendi kapsamında arabuluculuktaki temel ilkelerden birinin arabuluculuğun iradi olması ve eşitlik prensibi olduğu düşünüldüğünde, her şeyin tarafların iradesine bağlı olduğu ve tüm süreçte tek söz sahibinin taraflar olduğu açıklanmaktadır³⁴⁹.

Dava sürecinin beklenmemesi, zayıf durumda olan için hızlı ve etkili bir çözüm yolu oluşturması arabuluculuğun olumlu yönlerini ifade etse de; zayıf durumda olanın, uzlaşmak adına maddi ve manevi tatminini sağlayacak ediminden önemli ölçüde feragat edebileceği de bir gerçektir³⁵⁰.

Arabuluculuk görüşmelerinin olumlu sonuçlanması ile düzenlenen tutanağın, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme niteliğinde olduğu ve uygun düştüğü ölçüde sözleşmelerin geçerliliğine ilişkin genel hükümlere tabi olduğu açıklanmaktadır³⁵¹. Bu kapsamda doktrinde bir kısım yazarlar arabuluculuk tutanaklarına ilişkin aşırı yararlanma iddiasında bulunulabileceğini kabul etmektedir³⁵². Ancak aksi görüş, aşırı yararlanmanın arabuluculuk görüşmeleri sonucu düzenlenen tutanağa yönelik olarak ileri sürülemeyeceğini, arabulucunun hukukçu olduğunu, aşırı yararlanma koşullarının varlığını tespit ettiği anda zayıf tarafı bu konuda uyarması gerektiğini ifade etmektedir³⁵³. Kanaatimizce, olumlu arabuluculuk tutanakları ibra sözleşmesi ya da sulh sözleşmesi kapsamında değerlendirilmeleri ile içerikleri elverdiği ölçüde TBK m. 28 düzenlemesine konu olabileceklerdir.

D. Usul Hukuku Kapsamında Aşırı Yararlanma İddiasında İspat Yükünün Değerlendirilmesi

³⁴⁸ RG T. 22.06.2012, S. 28331.

³⁴⁹ Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti Ve Arabulucuların Hak Ve Yükümlülükleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 18.

³⁵⁰ Özdemir, *a.g.m.*, s. 610.

³⁵¹ Dür, *a.g.e.*, s. 364.

³⁵² Muammer Erol, *Türk Hukukunda Arabuluculuk Ve Teşkilatlanması*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 150; Dür, *a.g.e.*, s. 364.

³⁵³ Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 304,305.

Aşırı yararlanma kapsamında tartışılması gereken bir diğer husus, aşırı yararlanma iddiasının dava yolu ile ileri sürülmesi ya da yararlanan tarafından açılan edaya yönelik davalarda savunma kapsamında bir itiraz olarak aşırı yararlanmanın dile getirilmesi ihtimalinde, aşırı yararlanma iddiasında bulunan taraf üzerinde bir ispat yükü olup olmadığıdır. Bu hususta HMK m. 203/1,ç³⁵⁴ hükmü aşırı yararlanma iddialarının ispatı konusunda, senetle ispat zorunluluğu olmadığı ve tarafların aşırı yararlanma iddialarında tanık deliline dahi dayanabileceklerini kaleme almaktadır³⁵⁵. Aşırı yararlanma iddiasının ispatında, senetle ispat edilmesinin maddi imkansızlık bulunduğu için genellikle mümkün olmadığını ve aşırı yararlanmanın tanıkla dahi ispat edilebileceği belirtilmektedir³⁵⁶.

Aşırı yararlanma kapsamında HMK’da belirtilen senetle ispat zorunluluğunun istisnası, aşırı yararlanmanın koşullarının oluşup oluşmadığı konusu ile sınırlı olup³⁵⁷, aşırı yararlanmadan doğan seçimlik hakların dava dışı kullanımının ispatı konusunu kapsamadığı belirtilmektedir³⁵⁸. Bu duruma örnek olarak verilebilecek Antalya Bölge Adliye Mahkemesi’nin bir kararında, tacirler arasında TTK m. 18/3 kapsamında aranan ispat şekline aykırı bir işlem nedeniyle, iddia eden ve ispat yükü üzerinde bulunan bir tacirin ispat şartını gerçekleştirmemesi nedeniyle,

³⁵⁴ HMK m. 203/1:

Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları

MADDE 203- (1) Aşağıdaki hâllerde tanık dinlenebilir:

...

ç) *Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları.*”

³⁵⁵ Kanun hükmü doğrultusunda verilen emsal Yargıtay kararları şu şekilde gösterilebilecektir: Y. 1. HD. T. 01.10.2012, E. 2012/10938, K. 2012/10436; Y. 9. HD. T. 18.06.2012, E. 2012/18434, K. 2012/23219 Kararları incelemek için bkz. Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. 2 (71-224), B.3, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 2486, 2487,2488

³⁵⁶ Görgün vd., **a.g.e.**, s. 513; Seyithan Deliduman, “Son Değişiklikler Çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Borçlar Kanunu İlişkisi”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2012, s. 17.

³⁵⁷ Nomer, **a.g.e.**, s. 107.

³⁵⁸ Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, B. 2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 677. Yenilik doğuran hakların dava dışı kullanıldığının ispatı konusu, aşırı yararlanma iddiası ile karşı karşıya kalan aşırı yararlananın, zayıf tarafın hak düşürücü süre geçtikten sonra dava açtığı, süresinde haklarını kullanmadığı iddiasında gündeme gelecektir. Bu kapsamda aşırı yararlanan, hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi konusundaki iddiasını ispatla mükelleftir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi’nin bu konuda vermiş olduğu bir kararında aşağıdaki şekilde durum açıklanmıştır:

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 28/2. ve 39/1. maddelerinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin öğrenme tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, mağdurun öğrenme tarihi olarak ileri sürdüğü tarihin esas alınacağı belirgin olup; diğer tarafın öğrenmenin (ittılam) daha önce olduğunu iddia etmesi durumunda bu iddiasını ispat zorunluluğunda olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Nitekim, Hukuk Genel Kurulu’nun 20.04.1983 gün ve 1980/1-1846-397 sayılı kararında da aynı hususa işaret edilmiştir.” bkz. Y. 1. HD. T. 15.03.2016, E. 2016/3550, K. 2016/3113 (Sinerji).

yargılama esnasında iddiasını ispatlayamadığı ve ispatlayamaması sonucunda tacirler arasında dava konusu hukuki işlemi mevcut haliyle kabul etmiş sonucu doğduğunun kabulü ile talebinin reddedilmesi ihtimali ile yüzleşebilecektir³⁵⁹.



³⁵⁹ Antalya BAM. 11. HD. T. 10.07.2017, E. 2017/343, K. 2017/712. (Sinerji).

SONUÇ

Sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hallerden olan aşırı yararlanma Roma Hukukundan bu yana belirli bir gaye için varlığını sürdürmektedir: Ekonomik olarak zayıf duruma getirilen sözleşme tarafını korumak.

Bu amaç doğrultusunda aşırı yararlanmaya ilişkin kanun düzenlemesinin yeni kanunla değiştiği, uygulamadan örneklerle geliştiği çalışmamız kapsamında gözlemlenmiştir. Çalışmamızda yer alan, aşırı yararlanma kapsamında gözlemlenen ihtilaflı haller ve doktrin ile uygulamada aşırı yararlanma kapsamında yer bulan çeşitli görüşleri bu bölümde kısaca özetlemek ve tarafımızca varılan sonuçları derlemek gerekmektedir.

Öncelikle, Türk Borçlar Kanunu ile yapılan değişiklikte aşırı yararlanma kavramı ve unsurlarının sade bir dille ifade edildiği ancak eklenen hükümler haricinde 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan ifadelerin anlam itibarıyla korunduğu gözlemlenmiştir. Ayrıca, yeni kanunla aşırı yararlanılana seçme imkanı tanınmış, bu kapsamda kendisine sözleşmeyi iptal hakkının yanı sıra edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı getirilmesi ile aşırı yararlanılanın içinde bulunduğu durum ve koşullar kapsamında sözleşme ile bağlı olma ya da sözleşme ile bağlı olmama iradesine öncelik tanınmıştır.

Çalışmamızda, aşırı yararlanmanın hukuki niteliği açıklanırken, diğer kavramlardan farklarına değinilmiştir. Bu süreçte, doktrinde yer alan hakim görüşe uygun olarak, aşırı yararlanmanın esas itibarıyla sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacı ile kanun koyucu tarafından aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hallerden biri olduğu yolunda görüş bildirilmiştir. Ancak aşırı yararlanmanın diğer kavramlardan farkına yer verilirken, özellikle irade bozuklukları ve ahlaka aykırılık ile birlikte aşırı yararlanmanın gerçekleşebileceği, bu durumlarda hangi kavramın öncelikli olarak uygulanması gerektiği tartışılmış; Yargıtay'ın ilke kararı uyarınca var olan hukuki sebeplerin aynı olayda bir arada ileri sürülmesi için her iki hukuki sebebin birlikte varlığını koruyabilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kavramın unsurlarına ilişkin yapılan incelemede, sırasıyla; edimler arasındaki açık oransızlık, deneyimsizlik, düşüncesizlik, zor durumda kalma, aşırı yararlanma kastı üzerinde durulmuştur.

Edimler arası aşırı oransızlık unsuru anlatılırken, doktrinde tartışmalı olan, karşı edimin sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca tam olarak tespit edilemediği yaşam boyu gelir sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi vb. sözleşmelerde beklenen yaşam süresi gibi objektif kriterlerin ölçüt alınarak edimin belirlenebilir olduğunun tespiti ile bu gibi sözleşmelerde yine aşırı yararlanma iddiasına dayanılabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Doktrinde başka bir tartışmalı konu olan aşırı yararlanma kastı, tarafımızca Yargıtay'ın genel kabulüne uygun olarak subjektif unsurlar kapsamında değerlendirilmiş ve aşırı yararlanın şahsında aranması gereken bir subjektif unsur olduğu kanaatine varılmıştır. Ayrıca, uygulamadan örneklerle aşırı yararlanma kastının cebri icra satışlarında, Hazine satışlarında gerçekleşmeyeceği açıklanmıştır.

Aşırı yararlanmada aranan unsurların, kanunda sayılan hallerle sınırlı olup olmadığı tartışmasına değinilmiş, doktrinde yenilikçi görüş olarak nitelendirilen unsurların sınırlı sayıda olmadığı görüşü benimsenerek bu kapsamda İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısı göz önünde bulundurulması gerektiği, “özgür iradeyi sözleşme yapmaya iten” hallerin olay bazında değerlendirilmesi ile aşırı yararlanmanın sınırlarının genişletilebileceği önerisinde bulunulmuştur. Devamında, aşırı yararlanma kapsamında açıklanan unsurların bir bütün olarak varlığının arandığı, bu nedenle herhangi bir unsurun eksikliği halinde aşırı yararlanma iddiasında bulunulamayacağı açıklanmıştır. Dolayısıyla Alman doktrininde bir kısım yazarlar tarafından kabul gören kum yığını teoreminin hukukumuzda aşırı yararlanma kapsamında yer bulamayacağı sonucuna varılmıştır. Son olarak unsurların varlığını takdir edecek kişi tartışmasında, bu kişinin aşırı yararlanılan olduğu, bu tespitin kanun metninden kaynaklandığı açıklanmıştır.

Aşırı yararlanmanın meydana geldiği sözleşmelerin geçerliliği konusunda düzelebilir geçersizlik ile bozulabilir geçerlilik görüşleri kapsamında doktrinde tartışma olduğu açıklanarak, bozulabilir geçerlilik görüşünün yeni kanun düzenlemesi ile uyumlu olduğu ve çalışma kapsamında bu görüşün benimsendiği açıklanmıştır. Aşırı yararlanılanın kanunda açıklanan seçimlik hakları, sözleşme ile

bağlı olmadığını bildirme hakkı ve edimler arası oransızlığın giderilmesini isteme hakkı üzerinde durulmuştur. Seçimlik hakların ayrıntıları açıklanmadan önce genel anlamda “yenilik doğurucu hak” kavramından bahsedilmiştir. Sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkı genel olarak iptal hakkı adı altında anılmış, yeni kanun ile eklenen edimler arası oransızlığın giderilmesi hakkı açıklanmıştır. Seçimlik hakların kullanılması için kanunda öngörülen hak düşürücü süreler incelenmiş, bu inceleme kapsamında kanunda öngörülen süreler içerisinde kullanılan seçimlik hakka ilişkin beyanın ulaşması gerekip gerekmediği konusundaki tartışmalara yer verilmiş, hakkın kullanılmasının dava yolu ile yapılması halinde tartışma yaratan çeşitli Yargıtay kararlarına ve doktrin görüşlerine değinilmiştir. Seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin bir başka bakış açısı olan, aşırı yararlanan sözleşme tarafının sözleşmeye dayalı istemlerini içerir yönde yargı yoluna başvurusu ihtimali değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede maddi hukukun usul hükümleri ile iç içe geçtiği noktalar üzerinde durulmuş, yararlananın davaya cevap verme usuli işlemi esnasında seçimlik haklarını kullanmak zorunda olup olmadığı değerlendirilmiş ve usul hükümleri nedeniyle maddi hukukta tarafa tanınan sürelerin kısıtlanamayacağı sonucuna varılmıştır. Seçimlik hakların kullanılması konusunda bir diğer unsur olan şekil incelenmiş ve hakların nitelikleri gereği kural olarak kullanılmaları esnasında herhangi bir şekil şartına bağlanamayacakları, aksinin kabulünün hakların doğasına aykırılık teşkil edeceği açıklanmıştır.

Aşırı yararlanmaya ilişkin seçimlik hakların dava yolu ile kullanılmasında hakimin rolü, takdir yetkisi incelenirken, yeni kanun ile getirilen “durumun özelliğine göre” ifadesinin hakime takdir yetkisi verip vermediği yönündeki doktrin tartışması üzerinde durulmuş, mevzuat kapsamında hakime açıkça takdir yetkisi veren benzeri düzenlemeler ile karşılaştırma yapılarak, bahsi geçen ifadenin hakkı kullanacak sözleşme tarafına içinde bulunduğu durumu göz önüne alarak, kendisine uygun olan seçeneği seçmesi gerektiği yönünde bir anlam taşıdığı sonucuna varılmış ve bu görüş usul hukuku ilkeleri ile desteklenmiştir. Ayrıca, yeni kanun ile getirilen hak düşürücü sürelerin yürürlük kanunu çerçevesindeki nitelikleri, eski kanun döneminde yapılan sözleşmelerin yeni kanun karşısındaki durumu üzerinde durulmuş ve bu kapsamda uygulamada henüz sabit bir içtihat oluşmadığı, Yargıtay’ın farklı

hukuk dairelerinin aynı nitelikteki olaylar için bile farklı kararlar vermiş olduğu gözlemlenmiştir.

Son olarak, tacirlerin aşırı yararlanmadan yararlanıp yararlanamayacağı, temsilci aracılığı ile yapılan sözleşmelerde bu iddianın gündeme getirilmesi, uzlaşma görüşmeleri ve arabuluculuk görüşmeleri sonucu düzenlenen tutanaklarda aşırı yararlanma iddialarına ilişkin tartışmalar ve görüşler değerlendirilerek, aşırı yararlanmada ispat yükü hususuna kısaca değinilmiştir. Bu çerçevede, tacirlerin ticari işleri kapsamında taraf olduğu sözleşmelerde aşırı yararlanma meydana gelebileceği, ancak tacirlerin deneyimsizlik ve düşüncesizlik sebeplerine dayanamayacağı, ancak zor durumda kalma haline dayanabilecekleri ve her halükarda basiretli tacir ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Günümüzde uygulamada sıklıkla oluşturulan uzlaşma tutanakları ile arabuluculuk tutanakları konusunda aşırı yararlanmanın meydana gelmesine uygun bir zeminin mevcut olduğu, aşırı yararlanmanın önüne geçilmesi için avukat, uzlaştırmacı ve arabulucuların bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında titizlikle hareket etmeleri gerektiği, aksi ihtimalde bahsi geçen tutanakların uygun düştükleri ölçüde ibra sözleşmeleri veya sulh sözleşmeleri hükümlerinden yararlanarak, tutanaklar hakkında aşırı yararlanma hukuksal sebebine dayanılabileceğinden bahsedilmiştir.

KAYNAKÇA

- Acabey, Beşir: “Aşırı Yararlanma (TBK.m.28)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2011, s.111-121
- Acar, Faruk: “Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 379-404
- Akbulut, Pakize Ezgi: **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016
- Akdağ-Güney, Necla: “Banka Gabine Maruz Kalabilir mi? İktisat Bankası’nın Gabine Maruz Kaldığına Daire İddiasının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Konuya İlişkin Kararları Çerçevesinde İncelenmesi”, **BATİDER**, C. XXIII, S. 4, 2006, s. 142-179
- Akıncı, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi**, B. 10, Konya, Sayram Yayınları, 2018 (**Borçlar Hukuku**)

Akıncı, Şahin: **Roma Hukuku Dersleri**, B. 12, Konya, Sayram Yayınları, 2018 (**Roma Hukuku**)

Ali, Süleyman: “Gabin. Şeraitin Mutlak Tahavvülü Halinde Fesih ve Para Borcunda Mücbir Sebep Üzerine Tetkikler”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, Yıl:9, S. 10/11, 1935, s. 429-435

Antalya, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, B. 2, İstanbul, Legal Yayınları, 2018

Arıkan, Mustafa: “Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 Sayılı TTK. M. 18/III Hükümünün Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, 2012 (Özel Sayı), s.11-18

Arslan, Ramazan /
Yılmaz, Ejder /
Taşpınar Ayvaz, Sema /
Hanağası, Emel: **Medeni Usul Hukuku**, B. 4, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018

Aslan, Çiğdem Mine: **Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006

Atamer, Yeşim M. /
Sanlı, Kerem Cem: “Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları”, **BATİDER**, C. XXVI, S.4,

2010, s.17-60.

- Ateş, Derya: **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2006
- Ayan, Mehmet: “Aşırı Yararlanma”, **Konya Barosu Dergisi**, Yıl 40, S. 23, 2013, s. 14-17
- Aybay, Mehmet Erdem: “Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2011, s.324-348
- Aydoğdu, Murat: **Genel İşlem Koşulları Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018
- Ayrancı, Hasan: **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003
- Bahçeci, Barış: “Ticari Kredilerde Temerrüt Faizi Oranının Sözleşme Eliyle Bankaların İnsiyatifine Bırakılması Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 128, 2017, s. 307-348
- Barıkan, Aziz: “Akdi İfsat Eden Hallerden Gabin: Nazariyat ve Tatbikatı”, **Ankara Barosu Hukuk Dergisi**, C.5, S.61,

Mayıs 1949, s.1-15

Baysal, Başak:

“Aşırı İfa Güçlüğü”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları II**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 332-342

Baysal, Başak:

Sözleşmenin Uyarlanması, B. 3, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019

Becker, H.:
(Çev. Olçay, Bülent)

İsviçre Medeni Kanunu Şerhi (Bern Şerhi), C. 6, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yeni Seri, S.8, 1967

Belling, Detlev W. /
İnce, Nurten:

Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universitaet Potsdam, 2014

Birsen, Kemaleddin:

Borçlar Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul, Tahsin Onuk Matbaası, 1951

Buz, Vedat:

Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998 (**Dönme**)

Buz, Vedat:

“Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması İsviçre

Federal Mahkemesi'nin 26.06.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd.) Üzerinde Düşünceler", **BATİDER**, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 51-82

Buz, Vedat:

Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005 (**Yenilik Doğuran Haklar**)

Büyükcay, Ferhat:

Arabuluculuk Anlaşma Belgesi Ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018

Cihan, Hulki:

Temsil Yetkisinin Verilmesi Ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011

Çağa, Tahir:

"Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri Veya Gabin İle Malül Sözleşmelerde Fesih Beyanı Ve Bunun Süresi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:1, S.1, 1980, s. 39-49

Çağlar, Hayrettin:

"Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması", **BATİDER**, C. XXXII, S. 4, 2016, s. 69-93

Çağlayan Aksoy, Pınar:

Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016

- Çakırca, Seda İrem: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2015
- Dağdelen, Ahmet Hakan: “Avusturya İfa Aksaklıkları Hukukunun Temel Yapısı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 4, 2017, s. 659-676
- Dalamanlı, Lütfü: **Tatbikatta Hukuk Davaları**, C.1, Ankara, Aydın Yayınları, 1995
- Dalamanlı, Lütfü /
Kazancı, Faruk /
Kazancı, Muharrem: **İlmi Ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu**, C.1, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990
- Demir, Şamil: **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, B. 2, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014
- Deliduman, Seyithan: “Son Değişiklikler Çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Borçlar Kanunu İlişkisi”, **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.1, 2012, s.1-25
- Dirikkan, Hanife: “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, 2002, s.39-75

Duman, İlker Hasan “Gabinli Sözleşmenin Bozulması”, **Yargıtay Dergisi**, C. 10, S.1-2, Ocak-Nisan 1984, s. 125-129

Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, B. 14, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019

Dür, Orhan: **Arabuluculuk Faaliyeti Ve Arabulucuların Hak Ve Yükümlülükleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017

Edege, Cevat: “Gabin Davasında Süre”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. XLII, S. 5-6, 1968, s. 326-337

Elbir, Halid Kemal: **“Gabin”**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1951, İstanbul (**Gabin**)

Elbir, Halid Kemal: “Gabine Müteallik Umumi Hüküm Muvacehesinde Fahiş Faiz Meselesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl XXIII, S. 12, Aralık 1949, s. 723-732 (**Fahiş Faiz Meselesi**)

Elbir, Halid Kemal: “Ticaret Hukukunda Gabin İddiası”, **İleri Hukuk**, S. 56, Şubat 1950, s. 891-893. (**Ticaret Hukukunda Gabin İddiası**)

- Elbir, Halid Kemal: “Gabnin Müddeti ve Hükümleri”, **İÜHFM**, C. 17, S. 1-2, 1951, s. 196-206 (**Gabnin Müddeti ve Hükümleri**)
- Elbir, Halid Kemal: “Fransız Hukukunda Gabin Hakkında Bir İnceleme”, **A. Samin Gönensay’a Armağan**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1955, s. 513-532 (**Fransız Hukukunda Gabin**)
- Elbir, Halid Kemal: “İslam Hukukunda Gabin”, **İstanbul Yüksek İslam Enstitüsü Dergisi**, S.1, 1963, s. 3-20 (**İslam Hukukunda Gabin**)
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 23, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018
- Erol, Muammer: **Türk Hukukunda Arabuluculuk Ve Teşkilatlanması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018
- Esener, Turhan /
Gündoğdu, Fatih: **Borçlar Hukuku I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I**, B.2, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976

Gauch, Peter: “Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung. BGE 123 III 292”, **recht 1998/2**, s. 55-65. (**Der Fussballclub**)

Gauch, Peter: “Die Übervorteilung-Bemerkungen zu Art. 21 OR”, **recht 1989/3**, s. 91-100 (**Die Übervorteilung**)

Gauch, Peter /
Aepli, Viktor /
Stöckli, Hubert: **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2012)**, B. 8, Basel-Genf, 2012

Gauch, Peter/
Schluep, Walter R./
Schmid, Jörg/
Emmenegger, Susan: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, C. 1, B. 10, Zürich, 2014

Görgün, L. Şanal /
Börü, Levent /
Toraman, Barış/
Kodakoğlu, Mehmet: **Medeni Usul Hukuku**, B. 7, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018

Gözütok, Zeki: **İlgili Konularla Birlikte Açıklamalı-İçtihatlı Genel ve Özel Faiz Hukuku**, B.1, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010

Guhl, Theo /
Koller, Alfred / **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, B. 8,

- Druey, Jean Nicolas: Zürih, 1991
- Gülerci, Altan Fahri: **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, B. 2, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2018
- G m  , Mustafa Alper: **Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015
- Gürel, Murat / Tekin, Ufuk: “Yargıtay Kararları”, **BATİDER**, C. XXX, S. 1, İstanbul, 2014, s. 191-224
- Gürsoy, Kemal Tahir: **Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)**, Ankara, 1950
- Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, 1976
- Haydar, Ali: “Gabin”, **Hukuk ve İçtihatlar Dergisi**, Yıl:3, S. 18, Kasım-Aralık 1948, s. 214-228
- Honsell, Heinrich ( ev. Kaya, Ümmühan) : “İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020’ye İlişkin Eleştirel Düşünceler”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Yıl 2, S. 2017/2, s. 189-197

Honsell, Heinrich /
Vogt, Nedim Peter /
Wiegand, Wolfgang:

**Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529
OR., 4. Aufl., Basel, 2007**

İnal, H. Tamer:

**Borca Aykırılık, Dönme Ve Fesih, B. 7, Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2018**

İnan, Ali Naim /
Yücel, Özge:

**İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.4, Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2014**

İlhan Cengiz:

**Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı
Adliye), Ankara, Yetkin Yayınları, 2011**

Kalkan, Burcu:

**Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, Vedat Kitapçılık,
2004**

Kanık, Tahir:

**“Gabin”, Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, Yıl:6, S. 31,
Ocak-Şubat 1951, s. 1-8**

Kanışlı, Erhan:

**İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin
Kurulmasında Yanılma, İstanbul, Oniki Levha
Yayınları, 2018**

Karaahmetoğlu, İsmail Özgün:

**“Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve
Yargıtay Uygulamasındaki Yeri”, Legal Hukuk
Dergisi, C. 10, S. 116, 2012, s. 85-108**

- Karahasan, Mustafa Reşit: **Sorumluluk Hukuku Sözleşmeler**, B. 6, İstanbul, Beta Yayınları, 2003
- Karakurt Akkaya, Tubanur: **Uygulamada Gabin**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007
- Karaman, Hayreddin: **Mukayeseli İslam Hukuku**, C.2, İstanbul, Nesil Yayınları, 1987
- Kaşak, Fahri Erdem: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019
- Keskin, Harun: “Yargıtay Kararları”, **BATİDER**, C. XXIV, S. 3, İstanbul, 2008
- Kocabaş, Gediz: “Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.20, S.2, 2014, s.105-142
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip /
Hatemi, Hüseyin /
Serozan, Rona /
Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, B. 7 (4üncü Bası’dan 7inci Tıpkı Bası), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017

- Koschaker, Paul /
Ayıter, Kudret:
Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018
- Kramer, Ernst A.:
Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages Art. 19-22 OR, Bern, Stämpfli, 1991
- Kumaş, Ali:
“İslam Borçlar Hukukunda Gabin”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2011
- Kuru, Baki:
İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018
- Küçükgüngör, Erkan /
Emiroğlu, Haluk:
“Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde *Laesio Enormis* (Gabin)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S.1, 2004, s.77-87
- Lale, Muktedir:
Özetli-İctihatlı-Karşılaştırmalı Yargıtay Uygulamasında Türk Borçlar Kanunu (Genel

Hükümler) ve Yürürlük Kanunu, C.1, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014

Nomer, Haluk Nami:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 16, İstanbul, Beta Yayınları, 2018

Nomer, Haluk Nami:

“Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?”, **Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan**, C. 1, 2015, s.637-650

Odaman, Serkan

İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, Kamu-İş Yayınları, 2002

Oftinger, Karl /
Jeanprete, Raymond
(Çev. Dayınlarlı, Kemal):

Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, B.2, Ankara, Dayınlarlı Yayınları, 1990

Oğuz, Cemal:

“Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 1, 1998, s. 25-37

Oğuzman, M. Kemal:

“Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65inci Yaş Armağanı**, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1988, s. 407-415

Oğuzman, M. Kemal /
Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 16, C. 1,
İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018

Ozanemre -Yayla, Hatice
Tolunay:

“Gabinin Şartları”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**, 7/2 (Şubat 2011), s. 195-217

Öz, Kerem:

Tadil Sözleşmesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016

Öz, M. Turgut:

**Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca
Değişiklikler Ve Yenilikler**, B. 3, İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2012

Özbek, Mustafa Serdar:

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 2, B. 4, Ankara,
Yetkin Yayınları, 2016

Özdemir, Olgu:

“Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”,
İÜHFİM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Özel
Sayı, C. 1, 2016, s. 601-615.

Özkaya, Erarslan:

Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, 3. B., Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2015

Özmen, E. Sabâ / Ürem,
Müge:

“Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu
Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları Ve Yargıtay

Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 90, S.3, 2016, 193-218

Sarı, Suat:

“6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2011, s. 1026-1040.

Sarıözen, Serdar:

“Uzlaştırma”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 16, Aralık 2007, s. 147-159

Saymen, Ferit H.:

“Gabinde İvazlar Arasındaki Nisbetsizlik”, **İÜHFİM**, C. 11, S. 3-4, 1945, s. 145-159

Serozan, Rona:

Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. B., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (“**Sözleşmeden Dönme**”)

Serozan, Rona:

“Nisbi Hakların Güçlendirilmesi”, **İÜHFİM**, C.40, S.1-4, 1974, s. 459-479

Serozan, Rona /

Baysal, Başak /

Sanlı, Kerem Cem:

Borçlar Hukuku Özel Bölüm, B. 4, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019

- Sevig, Vasfi Raşid: “Borçlar Hukuku Ve İktisat”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7, S.3, 1950, s. 227-265
- Sezer, Nuri: “**Türk Borçlar Hukukuyla Mukayeseli Olarak İslam Hukukunda Gabin**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2016
- Sungur, Hasan Halis: **Borçlar Kanunu Ve Tatbikatı I Umumi Hükümler**, İstanbul, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, 1943 (**Borçlar Kanunu ve Tatbikatı**)
- Sungur, Hasan Halis: **Gabin**, İstanbul, İstanbul Matbaası, 1953 (**Gabin**)
- Sungurbey, İsmet: **Medeni Hukuk Sorunları Birinci Cild**, İstanbul, 1973
- Sungurbey, İsmet: **Medeni Hukuk Sorunları Altıncı Cild**, İstanbul, 1994
- Ercoşkun Şenol, Kübra: “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, **İÜHFM**, C. 74, S.2, 2016, s. 709-737
- Tanrıver, Süha: **Medeni Usul Hukuku**, C. 1, B. 2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018

Tekinay, Selahattin Sulhi /

Akman, Sermet /

Burcuoğlu, Haluk /

Altop, Atilla:

Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993

Tercier, Pierre /

Pichonnaz, Pascal /

Develioğlu, Murat:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016

Tiftik, Mustafa:

“Borç Sözleşmesinin İptali”, **BATİDER**, C. XXIII, S. 4, 2006, s. 55-102

Thayer, James Bradley:

“Laesio Enormis”, **Kentucky Law Journal**, C. XXV, S. 4, 1937, s. 321-341

Thilo, Emile:

(Çev. Esen, Bülent N.)

““Laesio Enormis” ve “Clausula Rebus Sic Stantibus” ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not”, **İÜHFİM**, C.1, S.3, 1935, s. 344-351 (**Laesio Enormis**)

Thilo, Emile:

(Çev. Saymen, Ferit H.)

“İsviçre Federal Mahkemesinin 1934-1935 Senesi İçtihadının Nazari Bakımdan Analizi”, **İÜHFİM**, C.3, S.1, 1937, s. 337-383 (**İçtihat Analizi**)

Topuz, Murat:

“Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar Ve Ticaret Hukukunda Gabin (Aşırı Yararlanma)”, **Marmara**

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Somer'in Anısına Armağan Özel Sayısı, 2006, s. 743-770

von Tuhr, Andreas:
(Çev. Edege, Cevat)

Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Birinci Cilt, İstanbul, 1952

Tunçomağ, Kenan:

Borçlar Hukuku, C.1, B.5, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977

Umar, Bilge:

“İsviçre-Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hakimin Rolü”, **İÜHFM**, C. 33, S.3-4, 1967, s. 228-247

Umar, Bilge:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, B. 2, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014

Ünal, Akın:

Kelepçeleme Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012

Westbrook, Raymond:

“The Origin of *Laesio Enormis*”, **Revue Internationale des droits de l'Antiquité LV (2008)**, S.55, 2008, s. 39-52

Yavuz, Nihat:

Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, B.3, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012

Yılmaz, Ejder:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2 (71-224),
B.3, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017

Zimmermann, Reinhard:

**The Law of Obligations: Roman Foundations of the
Civilian Tradition**, Oxford University Press, Oxford,
1996

Yargıtay Kararları Dergisi, C.9, S.9, Ankara, 1983

Elektronik Kaynaklar:

www.kazanci.com (Kazancı)

www.sinerjimevzuat.com.tr (Sinerji)

www.islamansiklopedisi.info/

www.legifrance.gouv.fr/

karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ (Yargıtay Emsal)