

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SORUMLULUK HUKUKUNDA ZOR DURUMDA KALMA

Yüksek Lisans Tezi

Mustafa Öksüz

Ankara - 2021

T.C.
ATILIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SORUMLULUK HUKUKUNDA ZOR DURUMDA KALMA

Yüksek Lisans Tezi

Mustafa Öksüz

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu

Ankara - 2021

KABUL VE ONAY

Mustafa ÖKSÜZ tarafından hazırlanan “Sorumluluk Hukukunda Zor Durumda Kalma” başlıklı bu çalışma, 06/07/2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk programında Yüksek Lisans Tezi olarak oy birliği ile kabul edilmiştir.

Doç. Dr. Emel BADUR (Başkan)

Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU (Danışman)

Dr. Öğr. Üyesi Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ (Üye)

Prof. Dr. Dilaver TENGİLİMOĞLU

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesi'ne uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasını;

- Akademik ve etik kurallar çerçevesinde hazırladığımı,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir,

Aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

06.07.2021

Mustafa ÖKSÜZ

ÖZ

ÖKSÜZ, Mustafa, Sorumluluk Hukukunda Zor Durumda Kalma / Yüksek Lisans Tezi Ankara, 2021.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "zor durumda kalma" anlamında olmak üzere "müzayaka" kelimesi kullanılmıştır. Müzayakanın Türk Dil Kurumu sözlüğündeki kelime anlamı "sıkıntı, darlık, parasızlık"tır. Müzayaka hali bir hukuksal kurum olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 21, 30/2 ve 44/2 maddelerinde yer almaktaydı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulüyle dil yönünden yapılan arılaştırma neticesinde müzayaka kelimesinin karşılığı olarak TBK'nın 28 ve 38'inci maddelerinde "zor durumda kalma", 52'nci maddede ise "yoksulluğa düşme" tabirleri kullanılmış ancak bu durum uygulamada bir değişiklik yaratmamıştır.

Bu tez çalışmasında, TBK m.28'de yer alan aşırı yararlanmada, karşılıklı edimler arasındaki aşırı oransızlığın bir tarafın zor durumda kalmasından yararlanılarak gerçekleştirilmesi hali, TBK m.38/2'de yer alan bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı menfaat sağlanması hali ve TBK m.52/2'de yer alan, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek tazminat yükümlüsünün zarara, hafif kusuruyla sebebiyet vermesi ve hakkaniyetin de bunu gerektirmesi halinde tazminatta bir indirim sebebi olma durumu incelenmiştir.

Bu çalışmada, sorumluluk hukukunda "müzayaka" haline bağlanan hüküm ve sonuçlar incelenmiştir. Ancak eBK'dan farklı olarak TBK'da müzayaka kavramına yer verilmediğinden "Sorumluluk Hukukunda Zor Durumda Kalma" başlığı tercih edilmiştir. "Zor Durumda Kalma" kavramı eBK'daki "Müzayaka" hali için kullanılmıştır.

Anahtar Sözcükler

Müzayaka, Zor durumda kalma, Hukuksal korkutma, Hafif kusurla yoksulluğa düşme.

ABSTRACT

ÖKSÜZ, Mustafa, Being in a Difficult Situation in Liability Law / Master's Thesis
Ankara, 2021.

In the Code of Obligations No. 818, the word "distress" was used to mean "being in a difficult situation". The linguistic meaning of the state of distress in the Turkish Language Association dictionary is "distress, hardship, poverty." The state of distress as a factor is included in Articles 21, 30/2 and 44/2 by the Code of Obligations No. 818. As a result of the language purism with the adoption of the Turkish Code of Obligations (TCO) No. 6098, the expressions of "to be in a difficult situation" in the 28th and 38th articles of the TCO, and "falling into poverty" in the 52nd article were used as a synonym for the distress, by not creating a change in practice.

In this thesis study, the undue influence (lesion) situation stated in TCO article 28, where there is a clear disparity between the parties' obligations as a result of one party's benefit of being in a difficult situation, the state of taking excessive advantage of the difficult situation of other party by intimidation of enforcing a legal right or legal power stated TCO article 38/2, and the state of reduction in the compensation stated in TCO article 52/2, for which the compensation liable with slight fault would be impoverished and require equity by paying the full compensation, were queried.

In this study, the provisions and results related to "distress" in liability law were inspected. However, unlike the old Code of Obligations (eBK), since the concept of distress is not included in the TCO, the title of "Being in a Difficult Situation in Liability Law" was preferred. The concept of "being in a difficult situation" was used for the "State of Distress" in the eBK.

Keywords

Distress, Being in difficult situation, Threat of legal enforcement, Impoverishment by slight fault.

TEŞEKKÜR

“Hukuk güçlülere uygulandığı zaman üstündür.”

Eski BK döneminde müzayaka kavramıyla açıklanan ve neredeyse bütün borç ilişkilerinde uygulama alanı bulan zor durumda kalmanın sorumluluk hukukundaki hüküm ve sonuçlarının incelendiği bu konuyu tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU bana ilk önerdiğinde çok heyecanlanmış ancak hukuki olduğu kadar sosyolojik, ekonomik, kültürel vb. pek çok boyutunun da bulunması nedeniyle hiç de kolay olmayacağını anlamıştım. Bu zor ancak çalışırken çok keyif aldığım tez konumu başarıyla tamamlayacağıma güvenerek bana öneren, süreç boyunca zamanını ve engin bilgisini hiçbir zaman esirgemeyen, sizi zorlamayan hoca dostunuz değildir diyerek kendisinden hem hukuka hem de hayata dair pek çok şey öğrendiğim Hocam Sayın Prof. Dr. Ahmet M. KILIÇOĞLU’na en içten teşekkür ve minnetlerimi sunarım.

Sayın jüri üyeleri Doç. Dr. Emel BADUR ve Dr. Öğr. Üyesi Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ’a çok değerli görüş ve eleştirileri için teşekkür etmek isterim.

Hem lisans hem de yüksek lisans öğrenimim süresince onca kahrımı çeken, yüzünden gülümsemesini, kalbinden sevgisini esirgemeyen ve umutsuzluğa düşmeme asla izin vermeyen sevgili eşim Nilüfer KIZILKAYA ÖKSÜZ’e,

Hayatım boyunca beni bir an olsun yalnız bırakmayan, neşem ile neşelenen ve acım ile acı duyan, bugünüme destekleriyle geldiğim canım annem ve babam Halise ve Mehmet Ersin ÖKSÜZ’e,

Varlıklarıyla bile hayatıma neşe katan canımdan çok sevdiğim kardeşlerim Sıla ve Kutay ÖKSÜZ’e değerlerini kelimelerle ifade etmenin mümkün olmadığını bilinciyle tüm kalbimle iyi ki varsınız ve yanımdasınız demek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	ii
TEŞEKKÜR	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	viii
GİRİŞ	1

**BİRİNCİ BÖLÜM
MÜZAYAKA**

1. Müzayaka	7
1.1. Tanım	7
1.2. Kavram	9
1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Müzayaka	10
1.3.1. Genel olarak tarihi gelişim	10
1.3.2. Fransız Hukuku'nda müzayaka	14
1.3.3. Alman Hukuku'nda müzayaka	18
1.3.4. İtalyan Hukuku'nda müzayaka	19
1.3.5. Avusturya Hukuku'nda müzayaka	20
1.3.6. İngiliz Hukuku'nda müzayaka	21
1.3.7. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları'nda müzayaka .	24
1.3.8. İsviçre Hukuku'nda müzayaka	27
1.3.9. İslam Hukuku ve Mecelle'de müzayaka	31
1.4. Türk Borçlar Kanunu'nda Müzayakanın Borç İlişkilerine Etkisi	38

1.4.1. Genel olarak.....	38
1.4.2. Hukuki işlemlere etkisi.....	38
1.4.2.1. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelere etkisi	38
1.4.2.2. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere etkisi.....	39
1.4.3. Haksız fiilden doğan borç ilişkilerine etkisi.....	40
1.4.4. Diğer hukuksal kurumlarla ilişkisi	40
1.4.4.1. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi.....	40
1.4.4.2. Teminat sözleşmeleri.....	41
1.4.4.3. En yüksek sınırı aşan işlemler	42
1.4.4.4. Fahiş faiz	43
1.4.4.5. Aşırı ceza koşulu	45

İKİNCİ BÖLÜM

ZOR DURUMDA KALMADAN AŞIRI YARARLANMA

2. Zor Durumda Kalmadan Aşırı Yararlanma (TBK m.28).....	47
2.1. Genel Olarak-Aşırı Yararlanmanın Dayandığı Esaslar	47
2.2. Aşırı Yararlanmanın Tanımı, Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlardan Farkı	50
2.2.1. Aşırı yararlanmanın tanımı.....	50
2.2.2. Aşırı yararlanmanın hukuki niteliği.....	51
2.2.3. Aşırı yararlanmanın benzer kavramlardan farkı.....	52
2.2.4. Aşırı yararlanmanın uygulama alanı	55
2.3. Aşırı Yararlanmanın Unsurları	57
2.3.1. Objektif unsur	58
2.3.2. Sübjektif unsur.....	62
2.3.2.1. Düşüncesizlik ve deneyimsizlik	64

2.3.2.2. Aşırı yararlanmada müzayaka	65
2.3.2.3. Yararlanma (istifade, istismar)	71
2.4. Aşırı Yararlanmanın Hüküm ve Sonuçları	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKSAL KORKUTMA

3. Hukuksal Korkutma (TBK m.38/2).....	79
3.1. Genel Olarak Korkutma.....	79
3.2. Korkutmanın Tanımı, Hukuki Niteliği	81
3.3. Korkutmanın Unsurları.....	84
3.3.1. Bir korkutmaya yönelik eyleminin bulunması gerekir	84
3.3.2. Tehlike ağır olmalıdır	86
3.3.3. Tehlike yakın olmalıdır	87
3.3.4. Korkutma sözleşmenin karşı tarafına veya yakınlarına yönelik olmalıdır	87
3.3.5. Korkutma ile sözleşmenin yapılması arasında sebep-sonuç (illiyet) bağı bulunmalıdır	88
3.3.6. Korkutmanın üçüncü kişi tarafından yapılması.....	89
3.3.7. Temsilci ve yardımcı şahısların yaptığı hukuki işlemde korkutma....	90
3.4. Tehdidin Hukuka Aykırılığı.....	91
3.4.1. TBK m. 38/1’de düzenlenen tehdidin hukuka aykırılığı	91
3.4.2. TBK m.38/2’de düzenlenen tehdidin hukuka aykırılığı-hukuksal korkutma.....	93
3.4.2.1. Korkutmanın bir hakkını veya kanundan doğan bir yetkisinin bulunması	94
3.4.2.2. Korkutulan kişinin zor durumda kalması	98

3.4.2.3. Korkutanın aşırı yarar sağlaması	100
3.5. Korkutmanın Diğer Hukuki Kurumlarla İlişkisi.....	102
3.6. Korkutmanın Aşırı Yararlanma ile İlişkisi	104
3.7. Hukuksal Korkutmanın Hüküm ve Sonuçları	108

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAFİF KUSURLA YOKSULLUĞA DÜŞME

4. Hafif Kusurla Yoksulluğa Düşme (TBK m.52/2)	111
4.1. Genel Olarak.....	111
4.2. Maddi Tazminat Kavramı ve Tazminatın Belirlenmesi.....	112
4.3. Kusur Kavramı.....	115
4.3.1. Kusurun unsurları	118
4.3.2. Kusurun dereceleri.....	119
4.4. Hafif Kusurla Yoksulluğa Düşme.....	123
4.4.1. Genel olarak.....	123
4.4.2. Tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuruyla sebep olması	126
4.4.3. Tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması	126
4.4.4. Hakkaniyetin, tazminatta indirim yapılmasını gerektirmesi	130
4.5. TBK m.52/2'nin Uygulanması.....	132
SONUÇ.....	135
KAYNAKÇA	137
İNTİHAL RAPORU	143
ÖZGEÇMİŞ.....	153

KISALTMALAR LİSTESİ

A.g.e.	Adı geçen eser
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
akt.	Aktaran.
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
Bknz.	Bakınız.
c.	Cümle.
CCI.	Codico Civile Italiano (İtalyan Medeni Kanunu)
E.	Esas
eBK	818 sayılı Borçlar Kanunu
eTK	6762 sayılı Ticaret Kanunu
eMK	743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
CC.	Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
K.	Karar
KTK	2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
m.	Madde
M.S.	Milattan Sonra
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)

s.	Sayfa
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı
Y.	Yargıtay
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Konunun Sunulması

Bu tez çalışmasının konusu, müzayaka haline/zor durumda kalmaya sorumluluk hukukunda hüküm ve sonuç bağlanan durumlardır. Müzayaka kelimesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (eBK) "Gabin" başlıklı 21'inci maddesinde¹, "İkrahın Şartları" başlıklı 30/2'nci maddesinde² ve "Tazminatın Tenkisi" başlıklı 44/2'nci maddesinde³ yer almaktaydı.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerin değiştirilerek günümüz şartlarına ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde tekrar düzenlenmesinin ve dil yönünden arılaştırılmasının birer gereklilik halini alması neticesinde hazırlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle eBK m.21, TBK'da 28'nci maddede "Aşırı Yararlanma" başlığıyla, eBK m.30/2, TBK'da 38'inci maddede korkutmanın "Koşulları" başlığıyla, eBK m. 44/2 ise TBK'da 52'nci maddede tazminatın "İndirilmesi" başlığıyla düzenlenmiştir. Bahse konu hükümler incelendiğinde TBK'da 28'nci maddede yer alan Gabin-Aşırı Yararlanma kurumundaki süreler ve zarar görenin talep hakkında yapılan değişiklikler haricinde

¹ eBK m.21: "Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetlilik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrın 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"

² eBK m.30/2: "Bir hakkın veya kanuni salahiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya düşer olan kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, ikrahi muteber addolunmaz. Fakat fahiş menfaatler istihali için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır."

³ eBK m.44: "Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hakim, zarar ve ziyân miktarını tenkis yahut zarar ve ziyân hükmünden sarfinazar edebilir.

Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hakim, hakkaniyete tevfiKAN zarar ve ziyânı tenkis edebilir."

diğer metinlerde, dil yönünden yapılan arılaşırma dışında 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre bir değişiklik yapılmamıştır.⁴

Kısaca darlık, sıkıntı, parasızlık olarak tanımlanan ve kavram olarak kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin sosyal durumunu (şeref, özgürlük vb.) veya maddi ya da manevi bütünlüğünü (hayat, sağlık, malvarlığı vb.) tehdit eden bir zarardan korkmak, maddi, ekonomik veya ahlaki bir tehlikeden kurtarma zorunluluğu hissetmek demek⁵ olan müzayaka hali sosyal ilişkiler içerisinde kendisini pek çok durumda gösterebilmektedir. Öyle ki bir tarafın müzayaka halinden yararlanılarak aşırı menfaat elde edilen bir sözleşme yapılabileceği gibi bir hak ya da yetki karşı tarafı korkutma aracı olarak kullanılarak yine müzayaka halinde kalmasından aşırı menfaat temin edilebilir. Ayrıca bir kimse sebep olduğu zararı ödediğinde de müzayaka haline düşebilir.

TBK m.28, etik düşüncenin saf ve doğru bir anlayışı olarak zayıfları kuvvetlilere karşı koruma eğiliminin bir neticesi olarak bir tarafın müzayaka halinden, düşüncesizlik ve deneyimsizliğinden yararlanılarak kendisinden aşırı menfaat elde edilmesini engellemek için kabul edilmiş bir hükümdür. Hemen hemen modern bütün hukuk sistemlerinde sözleşmeler için geçerli ilke kural olarak sözleşme özgürlüğü olsa da aşırı yararlanma kurumu ahlaki ve toplumsal nedenlerle sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır.

TBK m.37 ve devamında düzenlenen korkutma kişinin karar verme özgürlüğünü sınırlayan hallerden biri olarak kişi iradesinin sağlıklı biçimde oluşmasını engelleyen sebeplerden biridir. Tehdide konu davranış bir hakkın veya diğer haklı bir fiilin kullanımından ibaretse baskı ve zorlama prensip gereği haksız olmasa da TBK m.38/2 uyarınca bir hakkın ya da kanundan doğan bir yetki kullanılarak karşı tarafın müzayaka halinde kalmasından aşırı menfaat elde edilmesi haksızdır ve korkutma sayılır. Böyle bir hareket ayrıca dürüstlük kurallarına da aykırılık teşkil eder.

TBK m. 52/2 hükmü hakkaniyet düşüncesine dayanmakta olup bir felaket telafi edilirken başka bir felakete yol açılmaması amacı güdülmüştür. TBK m.

⁴ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf> (Son erişim: 28.06.2021)

⁵ Hasan Halis SUNGUR, Gabin, İstanbul Matbaası, 1953, s.28.

52/2'de bir zarara hafif kusuruyla neden olan tazminat yükümlüsü tazminatı ödemediğinde müzayaka haline düşecekse ve hakkaniyet de gerektiriyorsa hakim bu tazminatı indirebileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi TBK'da müzayaka halinin göz önünde bulundurulması gereken hükümler zayıfları korumak, dürüstlük kuralları ve hakkaniyet düşüncesi çerçevesinde kaleme alınmıştır. Gelişen ve değişen ekonomik ve sosyolojik durumlara karşı genel kuralların mutlak uygulamasının adaleti sarsacağı düşüncesiyle toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla kabul edilmiştir.

Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümünde müzayaka kelimesi tanım ve kavram olarak incelenmiş, kavram olarak tarihsel gelişimine yer verilmiş, karşılaştırmalı hukukta yeri ve önemi aktarılmaya çalışılmıştır. Birinci bölümün sonunda, zor durumda kalmanın TBK'da yer alan borç ilişkilerine etkisine genel olarak değinilmiş, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, teminat sözleşmeleri fahiş faiz, en yüksek sınırı aşan işlemler ve aşırı ceza koşulu kurumları ile ilişkilerine yer verilmiştir.

İkinci bölümde öncelikle TBK m.28'de yar alan aşırı yararlanma kurumunun dayandığı esaslar, tanımı, hukuki niteliği ve benzer kavramlardan farkına yer verilmiştir. Sonrasında aşırı yararlanmanın unsurları tartışılmış, çalışma konusu olan müzayaka hali detaylı olarak incelenmiştir. Bölümün sonunda aşırı yararlanmanın hüküm ve sonuçlarına değinilmiştir.

Üçüncü bölümde genel olarak TBK m.37 ve devamında yer alan korkutma kavramı ve unsurları incelenmiştir. Daha sonra konumuz olan TBK m.38/2'de düzenlenen hukuksal korkutma unsurları ile birlikte detaylı olarak incelenmiştir. Son olarak korkutmanın hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir.

Bu çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise TBK m.52/2'de düzenlenen hafif kusurla yoksulluğa düşme kurumu incelenmiştir. Öncelikle konunun daha iyi anlaşılması için maddi tazminat, tazminatın belirlenmesi ve kusur kavramlarına yer verilmiş, müteakiben hafif kusurla yoksulluğa düşme kurumu unsurlarıyla incelenerek hükmün uygulanma alanı belirtilmiştir.

Konunun Sınırlandırılması

Bu çalışmanın konusu müzayaka halinin/zor durumda kalmanın sorumluluk hukukunda etkileri olduğundan, TBK’da düzenlenen ve müzayaka halinin/zor durumda kalmanın hüküm ve sonuç doğurduğu 28, 32/2 ve 52/2’nci maddeleri incelenmiştir.

Bahse konu kanun maddeleri ayrı ayrı birer tez konusu olabilecek hacimde önemli maddelerdir. Müzayaka hali bu maddeler içinde bir unsur olarak yer aldığından çalışmanın anlaşılmasına katkı sağlayacağı değerlendirilen konulara detaylı olarak yer verilirken maddelerde yer alan ve müzayaka hali olmasa bile aynı hüküm ve sonuçları doğuracak konulara yer verilmemiştir.

Bu kapsamda;

Birinci bölümde yer alan müzayakanın tanımı, kavramı, tarihsel gelişimi ve karşılaştırmalı hukuktaki yeri genel olarak uygulamada en çok karşılaştığı durum olan aşırı yararlanma kurumu içerisindeki varlığıyla ele alınmıştır. Bu başlıklardan yeri geldiğinde çalışmanın hukuksal korkutma ve hafif kusurla yoksulluğa düşme bölümlerinde ayrıca bahsedilmiştir. TBK 20 ile 25’inci maddeleri arasında düzenlenen, sözleşmelerin güçlü tarafça hazırlanarak nispeten güçsüz tarafa kabul ettirilmesi şeklinde ortaya çıkan uygulamalara karşılık, genel işlem koşulları da aşırı yararlanma kurumu gibi sosyal adalet anlayışı içerisinde zayıf tarafı korumak amacını bünyesinde barındırmaktadır. Ancak standart sözleşmelerde sözleşmeyi düzenleyen bir monopol teşkil eden işletme olmadığı sürece aşırı yararlanmanın sübjektif unsurlarından zor durumda kalmanın tüketiciler için ortaya çıkması güçtür. Doktrinde de kabul edildiği üzere aşırı yararlanmanın tecrübesizlik unsuru genel işlem koşullarında zayıf tarafın yararlanabileceği bir unsurdur. Zayıf tarafın sözleşmeye yönelik bilgi ve deneyim eksikliği ile zaten sözleşmeyi okumayacağı, okusa bile anlamayacağını düşünen düzenleyenin sömürme kastı birleştiğinde ve edimler arasında aşırı oransızlık mevcutsa aşırı yararlanma hükümleri uygulanabilecektir.⁶ Bölüm sonunda zor durumda kalmanın ölünceye kadar bakma sözleşmesi, teminat sözleşmeleri fahiş faiz, en yüksek sınırı aşan sözleşmeler ve aşırı ceza koşulu kurumları ile ilişkilerine yer verilmiş olsa da özellikle aşırı

⁶ 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.

yararlanmanın tecrübesizlik subjektif unsuru ile beraber görüldüğünden zor durumda kalmanın genel işlem koşulları ile ilişkisine ayrı bir başlık olarak yer verilmemiştir.

İkinci bölümde yer alan ve TBK m.28'de düzenlenen aşırı yararlanma konusunda mağdurda aranacak diğer iki unsur olan düşüncesizlik ve deneyimsizlik halleri detaylı olarak incelenmemiş ancak kısa da olsa bu hallerden neler anlaşılması gerektiğine değinilmiştir. Ayrıca aşırı yararlanmanın hüküm ve sonuçlarından, bu kurum pek çok çalışmanın konusu olduğundan özü itibariyle bahsedilmiştir.

Üçüncü bölümde yer alan ve TBK m.38/2'de düzenlenen hukuksal korkutma m.38/1'de de yer alan korkutmanın pek çok unsurunu da (tehlikenin ağır, yakın, ciddi olması vd.) barındırması nedeniyle bu unsurlar da incelenmiştir. Ancak, her iki kurumda da ortak olduğundan korkutmanın hüküm ve sonuçlarından kısaca bahsedilmiştir.

Dördüncü bölümde tazminat hukukunun içerisinde yer alan ve TBK m.52/2'de düzenlenen hafif kusurla yoksulluğa düşme kavramı, haksız fiil sorumluluğunda maddi tazminatın belirlenmesi çerçevesinde incelenmiştir. Bu sebeple diğer sorumluluk halleri, zarar kavramı, zararın belirlenmesi ve hesaplanması ile tazminatın belirlenmesinde TBK m.52/2 haricinde göz önünde bulundurulması gereken diğer hususlar (zarar görenin kusuru, beklenmeyen hal vd.) bu çalışmada incelenmemiştir. Ancak yeri geldikçe diğer sorumluluk halleri (sözleşme, sebep) ile manevi tazminata ilişkin konulara değinilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

MÜZAYAKA

1. Müzayaka

1.1. Tanım

Müzayakanın TDK sözlüğündeki kelime anlamı “*sıkıntı, darlık, parasızlık*”tır. Yine aynı şekilde sıkıntı; *bezginlik, tekdüzelik, işsizlik vb. sebeplerden doğan ruhsal yorgunluk, eziyet, ceфа* olarak; darlık ise *geçim zorluğu, iç sıkıntı* şeklinde tanımlanmıştır.⁷

İslam ülkelerinin mevcut hukuk düzenlerine bakıldığında ihtiyaç ile müzayakanın aynı anlamı ifade etmek için kullanıldığı, örneğin ileride detaylı olarak incelenen aşırı yararlanma kurumunun sübjektif unsurlarından biri olan zor durumda kalmanın, Irak hukukunda “ihtiyaç”, Lübnan hukukunda “müzayaka” kavramlarıyla ifade edildiği görülmektedir.⁸ Ancak ihtiyaçta, elde edilemediği veya kaybedildiği zaman kişinin, can, ırz ve malında meydana gelmesi muhtemel çok büyük bir zarardan bahsedilmezken zaruret hali, elde edilemez ise kişinin helaki, can, kişilik değerleri ve malında ağır kayıpların meydana gelmesi⁹ demektedir.

Türk hukukçular da eBK döneminde çalışmalarında müzayaka kavramı yerine “zaruret¹⁰, ciddi sıkıntı hali¹¹, darda kalma¹² ve zor durumda kalma (ıztırar)¹³” tabirlerini kullanmışlardır.

⁷ <https://sozluk.gov.tr> “müzayaka” “sıkıntı” ve “darlık” araması (Son erişim: 28.06.2021)

⁸ Abdülmün'im Ferec Sa'de, Nazariyyetü'l-akd fi ş-şer âti'l-İslâmiyye ve 'l-kânûni'l-vad 'iyyi. Kahire: Matbaatü Câmi'eti'l-kâhire ve'l-kitâbi'l-câmi'i, 1993, s.305 (akt. Ali KUMAŞ, “İslam Borçlar Hukukunda Gabin” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Konya, 2011, s.168-169.)

⁹ KUMAŞ, a.g.e., s.168.

¹⁰ Andreas von TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt:1-2. Cevat Edege (Çev.). Ankara: Yargıtay Yayınları. 1983, s.312.; SUNGUR, a.g.e, s.28.

¹¹ Ferit H. SAYMEN ve Halid K. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler Birinci Cilt, İstanbul, İsmail Akgün, 1958, s.238; Lütfü DALAMANLI, Akitlerin Feshi ve İptali Davaları (Gabin, Hata, Hile, İkra, Muvazaa ve Butlan). Ankara: İş Matbaacılık ve Ticaret, 1971, s.11.; Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU ve Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6. Bası), İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988, s. 623.

¹² Kenan TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku 1. Cilt Genel Hükümler (3. Bası), İstanbul Üniversitesi, 1968, s.227.; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı), Beta, 2003, s.379.; Ali Naim İNAN, Borçlar Hukuku Notları Genel Hükümler Birinci Cüz, Ankara, 1965, s. 145.; Turgut UYGUR,

Nitekim TBK'nın kabulüyle yapılan arılaştırma neticesinde eBK'nın 21, 30/2 ve 44/2 maddelerinde yer alan müzayaka kelimesine karşılık gelmek üzere TBK'da 28¹⁴ ve 38'inci¹⁵ maddelerinde “zor durumda kalmak”, 52'nci¹⁶ maddede ise “yoksulluğa düşmek” tabirleri kullanılmıştır.

Yoksulluk, TDK sözlüğünde *sefalet, yoksul olma durumu, varyetsizlik, sefillik, yoksuzluk, fakirlik* olarak tanımlanırken; *yoksul, zengin, varıl karşıtı, parasız, varlıksız, geçinmekte çok sıkıntı çeken (kimse, toplum, ülke), fakir, yoksuz, varyetsiz, fukara*, şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷

TBK m.28'de yer alan aşırı yararlanma ve TBK m.38/2'de yer alan hukuksal korkutma kurumlarında müzayaka/zor durumda kalma hali öğreti ve yargı kararlarında görüş birliğiyle kabul edildiği üzere hem ekonomik hem de kişisel nitelikte olabilir.¹⁸ Ancak TBK m.52'de tazminatın indiriminde göz önüne alınan

Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (3. Baskı). Seçkin, 1990, s.183.; Mustafa Reşit KARAHASAN, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat Birinci Cilt, Beta, 2003, s.303.

¹³ Senai OLGAC, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler Birinci Cilt (4. Baskı), Olgaç, 1976, s.277; Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I (2. Bası). İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 254.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt (4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası). Filiz Kitabevi, 2017, s. 489.; Aytekin ATAAY, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım (4. Bası), Der Yayınları, 1986, s.270.

¹⁴ TBK md. 21: “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.”

¹⁵ TBK m.38: “Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır.

Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması hâlinde, korkutmanın varlığı kabul edilir.”

¹⁶ TBK m.52: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın dogmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

¹⁷ <https://sozluk.gov.tr> “yoksulluk” “yoksul” araması (Son erişim: 28.06.2021)

¹⁸ von TUHR, a.g.e., s.312; Esat ARSEBÜK, Borçlar Hukuku Cilt: I-II (3. Basım). Ankara, Güney, 1950, s.455.; Kemaleddin BİRSEN, Borçlar Hukuku Dersleri Birinci Cilt Borçların Kaynakları-Nevileri (2. Bası). İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1944, s.83.; Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar

tazminat yükümlüsünün müzayaka hali onun sadece maddi diğer bir değişle ekonomik durumuyla yani tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşüp düşmemesi ile ilgilidir. Bu sebeple kanaatimizce dil yönünden yapılan arılaştırma neticesinde bahse konu maddede yer alan hem maddi hem de manevi anlamda zor durumda kalma anlamına gelen müzayaka kavramı yerine maddi-ekonomik anlamda olmak üzere “yoksulluğa düşmek” kavramının kullanılması yerinde olmuştur.

1.2. Kavram

Müzayaka kavramı, bu halin hukuki işlemin meydana getirilmesinden önce mevcut olup olmadığına göre ikili bir ayrıma giderek incelenmesi gerekmektedir. Nitekim TBK m. 28 aşırı yararlanma ve 32/2 hukuksal korkutma durumlarında müzayaka hali hukuki işlem gerçekleşmeden önce bir tarafın içinde bulunduğu durum olarak ele alınırken TBK m.52/2 hafif kusurla yoksulluğa düşmek halinde ise tazminat yükümlüsü tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecekse yani mevcut hali göz önünde bulundurulsa da sonradan müzayakaya maruz kalma tehlikesi değerlendirmeye alınacaktır.

Aşırı yararlanma kurumu ile hukuka, ahlaka aykırılık ile imkansızlık gibi kişilerin serbestine bir sınır çizildiğinden sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama¹⁹ olarak kabul edilirken, hukuksal korkutma bir irade bozukluğu hali olarak irade özerkliğinin ihlaline, hafif kusurla yoksulluğa düşme ise hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır.²⁰

TBK 28 ve 32/2 maddeleri çerçevesinde kısaca darlık, sıkıntı, parasızlık olarak tanımlanan müzayaka halinde olmak tabiri kavram olarak kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin sosyal durumunu (şeref, özgürlük vb.) veya maddi ya da manevi bütünlüğünü (hayat, sağlık, malvarlığı vb.) tehdit eden bir zarardan korkmak, maddi, ekonomik veya ahlaki bir tehlikeden kurtarma zorunluluğu hissetmek

Hukuku I. Cilt Genel Hükümler (6. Bası), İstanbul, Sermet Matbaası, 1976, s.384.; SUNGUR, a.g.e., s.29; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255

¹⁹ von TUHR, a.g.e., s.311.; ARSEBÜK, a.g.e., s.453.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.380.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.230.; SUNGUR, a.g.e., s.15; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.249.; Turhan ESENER, Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1-40). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1969, s.161.

²⁰ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.542.; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU ve ALTOP, a.g.e., s.800.; Mustafa TİFTİK, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara: Yetkin, 1994, s.92.

demektir.²¹ Müzayaka diğer bir deyişle öyle bir haldir ki orantısız bir karşılık vaat etmek ya da vermek, beklenen zarara nispeten ehvenişer olarak görünür.²²

Yargıtay'ın bir kararında da müzayaka hali; “zaruret içinde bulunma ya da mevcut ya da iktisadi bir zarar veya sıkıntıyı karşılamak için ölçüsüz bir fedakarlıkta bulunma hali” şeklinde tanımlanmıştır.²³

Müzayaka kavramının sorumluluk hukukunda aşırı yararlanma ve hukuksal korkutma kurumlarının içerisinde borç ilişkilerinin kurulma anındaki bir sakatlık olması nedeniyle o kişinin hangi sebepten müzayaka halinde bulunduğu ya da bu duruma kendi kusuruyla gelip gelmediği önemli değildir. Önemli olan ve araştırılması gereken yegane husus borç ilişkisinin doğumu anında o kişinin müzayaka halinde olup olmamasıdır.²⁴

Müzayaka durumunun devamlılığı aranan bir husus olmayıp esas olan bu halin şiddetidir. Sözleşmenin kurulduğu anda bulunmasının gerekli ve yeterli olduğu kabul edilmektedir.²⁵

Müzayaka hali, TBK 28 ve 32/2 maddeleri uyarınca sadece sözleşmeyi yapmanın bulunduğu durum nedeniyle değil, yakınlarında mevcut bir olumsuz durumun giderilmesi düşüncesiyle de oluşabilir.²⁶

1.3. Karşılaştırmalı Hukukta Müzayaka

1.3.1. Genel olarak tarihi gelişim

Aşırı yararlanma kurumunun tarihte ilk ve en yaygın uygulama alanı aşırı faiz (ribâ²⁷-murâbaha²⁸) konusudur.²⁹ Eski dönemlerden bu yana borçlu azami bir faiz

²¹ SUNGUR, a.g.e., s.28.

²² SUNGUR, a.g.e., s.28.

²³ Y.1.HD. 25.6.1970 tarihli ve 3521 E., 4351 K. sayılı kararı (akt. FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 254)

²⁴ BİRSEN, a.g.e., s.82; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 255.

²⁵ Halid Kemal ELBİR, Türk Pozitif Hukukunda Gabin. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1957, s.168-169.

²⁶ FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 255

²⁷ Ribâ, sözlükte artma ve fazlalık demektir. Fıkıh kavramı olarak mübadeleye dayanan akitlerde taraflardan biri lehine ileri sürülen fazlalıktır. Faiz bazen karz akdinde ileri sürülmektedir. Buna göre faiz borç verilen paraya karşılık belli bir vade sonunda şart koşulan fazlalıktır. Ribânın Türkçe karşılığı faizdir.” Bülent AKOT (Ed.), Kavram Atlası İslam Hukuku II, Ankara, Gazi Kitabevi, 2020, s.65.

²⁸ Sözlükte kâr anlamına gelen murâbaha, fıkıh kavramı olarak alış fiyatı veya maliyeti üzerine belirli bir kârla yapılan satım akdidir.” AKOT, a.g.e., s.64.

²⁹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.233.

oranı belirlenerek murabaha yoluyla istismara karşı korunmuştur.³⁰ Dini hukuktan iktibas edilen gabin kavramı, ilk zamanlarda sadece karz (ödünç sözleşmeleri) hakkında nazara alınan ribanın³¹ genel bir tabiri olarak ortaya çıkmış, çağdaş hukukta bu kavram genişletilerek iki taraflı sözleşmelerin hepsinde dikkate alınmaya başlamıştır.³² Riba kavramı her ne kadar faiz ile ilintili olsa da faizden daha geniş bir anlamı vardır. Elmalı'lı Muhammed Hamdi Yazır, “*Riba, aslı lügatta ziyadelenmek, fazlalanmak manasına masdar olup faiz dediğimiz ziyadei mahsusanın ismi olmuştur.... Şeri' lisanda, bir muvazaalı akit zımmında ivazsız kalan herhangi bir fazla*” demektedir.”³³

Faiz, bir miktar paranın kullanılmasının karşılığı olan asıl borcun bağılısı yani fer'i (bağlı) niteliğe haiz bir borçtur.³⁴ Tarih boyunca her dönemde zenginler ve fakirler, güçlüler ve zor durumda kalanlar olduğu gibi sermaye sahibinden krediye ihtiyaç duyanlar da olmuştur. Bu suiistimale açık konuyu göz önünde bulunduran kanun koyucular zayıf ve sosyal düzeni korumak için faiz konusuna müdahale etmişlerdir. Hamurabi Kanunu'nda dahi faizden bahsedilmiş, para ve buğday ödünç vermelerinde ayrı birer faiz oranı belirlenmiştir.³⁵ Çin hukukunda da güç kullanarak kanun dışı faiz alınması ve diğer tarafın adil olmayan şartlarla alım veya satıma zorlanması cezalandırılmıştır.³⁶ Roma Hukuku'nda da her ne kadar oranı ve süresi tartışmalı olsa da XII Levha Kanunu'nu ile azami bir faiz haddi belirlenmiş³⁷ ve “ödünç verdiği paradan, yıllık olarak belirlenen orandan (unciarium fenus) daha

³⁰ SENGUR, a.g.e., s.17.

³¹ “Gabin, Kanton Hukukundan istihraç edilen murabaha telakkisinin bir tamimidir; bu mefhum modern medeni ve cezai hukukça iki tarafa borç tahmil eden bütün akitlere tahmil edilmiştir.” von TUHR, a.g.e., s.311

³² Esat ARSEBÜK, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları Cilt:I Ankara, Recep Ulusoğlu Basımevi, 1937 s.222.

³³ Elmalı'lı Muhammed Hamdi Yazır, Hak Dini, Kur'an Dili, Yeni Meali Türkçe Tefsir, İstanbul, 1935, C:1, s.952. [akt. Halid K. ELBİR, “Fahiş Faiz Meselesi (Tarihte ve Türk Hukukunda)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:18 Sayı:3-4 s.859]

³⁴ Ahmet M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. Bası). Ankara, Turhan Kitabevi 2019, s.780-781.

³⁵ ELBİR, Fahiş Faiz, s.855

³⁶ Mehmet ÜÇER, Roma Hukuku'nda Laesio Enormis ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 4, Aralık 2005, s.522.

³⁷ Murat TOPUZ, Fahiş Gabin'in (Laesio Enormis) Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabin'e Bağlanan Hukuki Sonuçlar, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2007, 475

yüksek oranda faiz alanın, borç tutarının dört katını ceza olarak ödemesi gerektiğini” hükme bağlanmıştır.³⁸

Semavi dinlerden Yahudilik, İbraniler arasında olmak kaydıyla (yabancıdan faiz alınabileceğini kabul etmekte) faizi ilk yasaklayan dindir.³⁹ İncil de faizi yasaklamış, orta çağda hakim olan Kilise Hukuku’nda ihtiyaçlardan kaynaklanan bir sömürü aracı olarak görülen faizi yasaklayan kurallar egemen olmuştur.⁴⁰ Kilise hukukçuları için faiz ile adaletin bağdaşamayacağı düşüncesi ile bütün orta çağ boyunca faiz men ve takip edilmiştir.⁴¹ Kur’anı Kerim de faizi birçok ayetlerinde yasaklamıştır.⁴²

Günümüz gabin anlayışının en yakın örnekleri Roma Hukuku döneminde görülmüştür. Roma Hukuku’nun ilk ve klasik dönemlerinde genel bir gabin kuramına yer verilmemiş⁴³, tarafların irade özerliklerine ve sözleşme özgürlüklerine büyük önem verilmiş, taraflar arasında belirlenen ivazların birbirine uyması aranmamıştır.⁴⁴ Ancak bazı özel durumlarda örneğin zarara uğrayan taraf sağır veya aşırı yararlanma hile ile elde edilmişse sözleşmeye müdahale edilmiştir.⁴⁵ Klasik sonrası Diocletianus döneminde ekonominin kötüleşmesi ve fiyat yükselmesi ile paranın değer kaybının önlenmesi amacıyla bazı mal ve hizmetler için resmi fiyat listelerinin düzenlenmesi ile sözleşme özgürlüğü ilkesine müdahale edilmiştir.⁴⁶ Ayrıca yine aynı dönemde M.S. 285 ve 293 yıllarında *laesio enormis*⁴⁷ kurumunun tek kanıtı olarak kabul

³⁸ Mehmet ÜÇER, “Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamasına İlişkin Düzenlemeler”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:10, Sayı:2, Temmuz 2011, s.218

³⁹ ELBİR, Fahiş Faiz, s.855

⁴⁰ ÜÇER, Faiz, s.219

⁴¹ ELBİR, Fahiş Faiz, s.858; Esad ARSEBÜK, Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:10 Sayı:1, 1953, s.409

⁴² DALAMANLI, Gabin, s.3.; Özellikle Bakara Suresinde “Allah bey’i helal ribayı haram kıldı” denmektedir. ELBİR, Fahiş Faiz, s.859; Esat ARSEBÜK, Borçlar Hukuku Cilt: I-II (3. Basım). Ankara, Güney, 1950, s.452.

⁴³ “Gabin ancak hile veya küçüklük sebebi ile tezahür edebilir ve akdi ittisalin ya hükümsüzlüğü veya zayıflamasını intaç ederdi” ARSEBÜK, a.g.m., s.398.

⁴⁴ ÜÇER, Gabin, s.522; ESENER, a.g.e., s.158.

⁴⁵ SUNGUR, a.g.e., s.16; ESENER, a.g.e., s.158.

⁴⁶ Selmani OKUMUŞ, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara, Yetkin, 2015, s. 41.

⁴⁷ “Laesio enormis = gabni fahiş” ARSEBÜK, a.g.e., s.452; “Dilimize aşırı ölçüde büyük zarara uğrama olarak çevrilebilir.” Vedat BUZ., “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması İsviçre Federal Mahkemesi’nin 26.06.1997 Tarihli Kararı

edilen emirnameler çıkarılmıştır. Buna göre değerinden yüzde elli eksikğine satılan bir gayri menkulü, satıcı⁴⁸ mahkemeye başvurmak suretiyle semeni iade ederek geri alabilecektir.⁴⁹ Roma Hukuku bunun yanında reşit ve mümeyyiz kimseler arasında yapılan sözleşmelerde ivazlar arasındaki nispetizliği malların taksiminde ve kâr nispetinin tayini üçüncü şahıslara bırakılmış olan şirketlerde olmak üzere iki yerde daha dikkate almıştır.⁵⁰

Roma Hukuku'nda sözleşmelerin gabin sebebiyle bozulabilmesi, Kilise Hukukçularının Aristoteles'in fikirlerine⁵¹ sıkı surette bağlanmalarına zemin hazırlamış böylece kilise hukuku karzı da gabin kavramını kapsamına alarak ne kadar az olursa olsun faizi yasaklamışlardır.⁵² Aristoteles'in "denkleştirici sözleşme adaleti" ilkesine⁵³ göre bir şey verenin mutlaka denk bir şey alması gerekmekte ve ivazlar arasında tam denkliğin bulunması sözleşme adaletinin esası olarak kabul edilmektedir.⁵⁴ Böylelikle her ne kadar Hristiyanlarca hileli davranışlar ile faiz yasağı delinmeye çalışılmış olsa da Fransız İhtilali'ne kadar faiz yasağı devam etmiştir.⁵⁵ Ayrıca zamanla gabin kurumundan alıcı tarafından da faydalanılabildiği gibi sadece taşınmaz mallarda değil, taşınır mallarda da uygulanabildiği, daha sonra da trampa, kira, sulh akitlerinde de gabin iddiasının kabul edildiği görülmektedir.⁵⁶

Aşırı faizi, aşırı yararlanma kurumunun temeli değil de ilham kaynağı olarak görmek daha uygun olacaktır.⁵⁷ Aşırı yararlanmada, karşılıklı edimler sözleşmenin kurulması anında ortadayken faizin, sadece sözleşmede yer alan bir oran olması ve

(BGE 123 III 292 vd.) Üzerinde Düşünceler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 4, Aralık 1998, s.56

⁴⁸ "Bu hak niçin bayie (satıcıya) tanınmıştı? Bunu anlayabilmek için aşağı imparatorluk devrinde halkın durumunu bilmek lazımdır. Roma'da halk iki sınıfa ayrılmıştı: Kudret sahibi olanlar ve bunların nüfuzu altında bulunanlar. Memleketin serveti gittikçe kudretlilerin ellerinde toplanıyordu, bu hal imparatorları, zayıfların himayesine matuf tedbirler almağa sevk etti ve müşterinin gabin iddiasında bulunamaması işte bundan ileri geliyordu. Roma hukukunun gabin etrafındaki hükümleri işte bundan ibaretti." ARSEBÜK, a.g.m., s.398-399; SUNGUR, a.g.e., s.16.

⁴⁹ BUZ, a.g.m., s.56.

⁵⁰ DALAMANLI, Gabin, s.3.; ARSEBÜK, a.g.e., s.452

⁵¹ Aristoteles, Nikomaschische Ethik/Ethique a Nicomaque.

⁵² ARSEBÜK, a.g.m., s.409-410

⁵³ BUZ, a.g.m., s.54. "Hakkaniyet (aequitas) ilkesinden gerçek bedel ve haklı ücret kavramları ortaya çıkmıştır." ESENER, a.g.e., s.159.

⁵⁴ ARSEBÜK, a.g.m., s.409

⁵⁵ ELBİR, Fahiş Faiz, s.858.

⁵⁶ ARSEBÜK, a.g.m., s.410-411.

⁵⁷ OKUMUŞ, a.g.e., s. 31.

aşırı yararlanmanın tespitinde sözleşmedeki asıl borçlar değerlendirilirken aşırı faizde asıl borç yanında bu borcun fer'i bir borcu olan faiz oranı değerlendirilmesi nedeniyle gabin ve aşırı faiz kavramları birbirinden ayrılmaktadır.⁵⁸ Ayrıca Türk, İsviçre ve Alman hukuk sistemleri nezdindeki aşırı yararlanma kavramının, *laesio enormis* kurumundan ve diğer bazı modern hukuk sistemlerinden de farklı olarak karşı tarafın bazı zayıf durumlarından yararlanmak gibi subjektif unsurlar getirmesine rağmen aşırı faizde bu şekilde bir subjektif unsura yer verilmeyerek faizin yüksek oranda olması yeterlidir.

1.3.2. Fransız Hukuku'nda müzayaka

Fransız Devrimi'nin getirdiği özgürlükçü ve ferdiyetçi fikirler devrimin eseri olan Fransız Medeni Kanunu'nda (Code Civil) kendini göstermiştir. CC. ile sözleşme yapma serbestine ve irade özerkliğine bağlı kalınarak aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmelerin fesih edilebilmesi genel bir fesih sebebi olarak kabul edilmeyerek iradeyi sakatlayan sebepler arasında sayılan 1118'inci maddesi⁵⁹ ile ancak bazı sözleşmeler ve bazı şahıslar bakımından olmak üzere çok sınırlı⁶⁰ bir şekilde kabul edilmiştir.⁶¹

Aşırı yararlanma hükümlerinden yararlanabilecek şahısların başında reşit olmayanlar yer alır.⁶² Öyleki reşit olmayanlar herhangi bir sözleşme sonucunda gabine uğradıkları takdirde CC. 1305'inci maddesi⁶³ gereğince sözleşmenin nevi ne olursa olsun bu sözleşmeyi feshedebilecektir.⁶⁴

⁵⁸ ELBİR, Fahiş Faiz, s.874.

⁵⁹ Art.1118 "Loss vitiates agreements only in certain contracts and with regard to certain persons, as will be explained in the same Section" (<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Code-english-version.pdf> son erişim 28.06.2021)

⁶⁰ BİRSEN, a.g.e., s.80.; Eraslan ÖZKAYA, Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları (2. Baskı), Ankara: Seçkin, 2013, s.16.

⁶¹ ARSEBÜK, a.g.e., s.453.; Halid Kemal ELBİR, "Fransız Hukukunda Gabin Hakkında Bir İnceleme", Samim GÖNENSAY'a Armağan, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1955, s. 513. (akt. Çiğdem Mine ASLAN, Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 31); Burcu KALKAN, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 23; SUNGUR, a.g.e., s.16.; "Gabin irade fesadına bir karine teşkil eder. Şöyle ki gabine maruz kalan kimse ya aldatılmış ya da ikraha maruz bırakılmıştır. Bunlar olmasa idi sözleşmeyi akdetmeyecektir. Buna subjektif tez denilmektedir." ESENER, a.g.e., s.159.

⁶² BİRSEN, a.g.e., s.80; ASLAN, a.g.e., s. 31.

⁶³ Art. 1305: "A mere loss gives rise to rescission in favour of a non-emancipated minor, with respect to all kinds of agreements."

⁶⁴ BİRSEN, a.g.e., s.80.

Reşitler için ise mesele istisnai maiyette kabul edilerek birkaç hukuki işlemde, sözleşmeyi feshedebilecek tarafı ve ivazlar arasındaki oransızlığı kanunun tayin ettiği bir yol izlenmiştir.⁶⁵

CC. 887'nci maddesi⁶⁶ ile miras paylaşımında mirasçılardan biri kendi aleyhine 1/4 oranında daha fazla bir zarara maruz kaldığını ispat ettiği takdirde paylaşımın feshini isteyebilir.⁶⁷ Bu husus CC. 1872'nci maddesinin yollaması ile ortaklar arasında şirketin tasfiyesi ve şirket mallarının taksimi halinde de uygulanmaktadır.⁶⁸

CC. 1674'üncü maddesi⁶⁹ ile oldukça önemli ve en detaylı şekilde düzenlenen başka bir husus ise gayrimenkul alım-satımında satıcı lehine, satıcının sattığı şeyden 7/12'den fazla bir oranda zarara uğraması durumunda sözleşmeyi feshedebilmesidir.⁷⁰

Görüldüğü üzere CC. aşırı yararlanma kurumunun zor durumda kalma, düşüncesizlik, deneyimsizlik gibi sübjektif unsurlarına yer verilmemiş, bazı sözleşmeler için sadece kanunla belirlenen ivazlar arasındaki nispetin aşılması halinde hakimden sözleşmenin feshedilmesinin istenebileceği kabul edilmiştir. Bu durum Fransız Medeni Kanunu'nun aşırı yararlanma konusunda Roma dönemindeki mevcut "laesio enormis" prensibine dayandığını açıkça göstermektedir.⁷¹

1804 tarihli CC. aşırı yararlanmayı sadece yukarıda bahsedilen hususlara yönelik kabul etmiş olsa da 8.7.1907 tarihli bir Kanun ile hayvanlar için ot veya yem yahut toprağın verimini artırmak için gübre veya kimyevi maddeler alırken alıcının uğradığı gabinin 1/4 nispetinden fazla olma durumunu ve 19.04.1916 tarihli bir

⁶⁵ BİRSEN, a.g.e., s.80.

⁶⁶ Art.887 "Partitions may be rescinded for reason of violence or deception.

There may also be occasion for rescission where one of the coheirs establishes, to his prejudice, loss amounting to more than one fourth. The mere omission of an article of the succession does not give rise to an action for rescission, but only to a supplement to the instrument of partition."

⁶⁷ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s. 513. (akt. ASLAN, a.g.e., s. 31); KALKAN, a.g.e., s. 26.

⁶⁸ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s. 513. (akt. ASLAN, a.g.e., s. 31)

⁶⁹ Art. 1674: "Where a seller has suffered a loss greater than seven-twelfths of the price of an immovable, he is entitled to apply for the rescission of the sale, even though he may have expressly renounced in the contract the faculty of applying for that rescission and have declared to donate the surplus."

⁷⁰ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s. 513. (akt. ASLAN, a.g.e., s. 19; KALKAN, a.g.e., s. 24); SUNGUR, a.g.e., s.17.

⁷¹ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s. 515. (akt. ASLAN, a.g.e., s. 20)

Kanun ile de denizde kurtarma ve yardım sözleşmelerinde de bir tarafından fahiş menfaat temin ettiği durumları da aşırı yararlanma olarak dikkate alınmıştır.⁷²

Müzayaka hali Fransız hukukunda aşırı yararlanma kurumu içerisinde doğrudan kabul edilmiş bir unsur değildir. CC.nin hazırlık çalışmaları esnasında dönemin ünlü hukukçusu Portalis aşırı yararlanmanın adalet fikrine, ailelerin menfaatine uygun olduğu ve fakirlerin zenginlere karşı korunması gerektiği düşüncesiyle kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Ancak bireyciler ve liberal görüşlülerin Meclis'te çoğunlukta bulunması ve Napoleon'un da isteğinin bu yönde olması aşırı yararlanmanın ancak taşınmazlarda ve satıcı lehine kabul edilmesine neden olmuştur.⁷³

Fransız Medeni Kanunu'nda aşırı yararlanma durumunda müzayaka hali doğrudan kendini göstermese de taşınmaz satışlarında ve hayvan yemi ve otu yahut toprağın verimini artıracak kimyevi maddeler hususunda müzayaka halinde kalması muhtemel zayıf tarafı korumak istemiştir. Bu sözleşmelerde aşırı yararlanmanın kabul edilmesinin nedenleri taşınmaz satışında satanın belki müzayaka halinde bulunmasından, taşınmazı taşınır bir mal gibi istediği anda bir yerden başka bir yere götürerek müşteri bulma kolaylığının bulunmamasından, hayvan yemi ve otu yahut toprağın verimini artıracak kimyevi maddeler hususunda da alıcının, satan fahiş bir fiyatla satmış olsa da sözleşmeyi yapmak zorunda olmasındandır. Bu sözleşmelerde dikkat edilirse bir tarafta alıcının, diğer tarafta satıcının durumu dikkate alınmıştır.⁷⁴

Fransız Medeni Kanunu aşırı yararlanmayı genel bir hüküm halinde değil objektif olarak ele almakta nispetsizliğin oranıyla ilgilenmekteyse de Kanunda bahsi geçen haller incelendiğinde bunlarda bazen yanılma bazen de korkutma sezilir. Denizde yardım ve kurtarmada, gayrimenkulünü satmak zorunda kalan satıcıda ve ot ve kimyevi gübre alanın durumunda daha ziyade korkutmanın varlığı hissedilir.⁷⁵

Hukuksal korkutma CC. 1141'inci⁷⁶ maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre hukuka uygun bir işlemin yapılacağına yönelik bir tehdit, hukuki işlemin

⁷² BİRSEN, a.g.e., s.81.

⁷³ ELBİR, Tez, s.72.

⁷⁴ BİRSEN, a.g.e., s.81.

⁷⁵ BİRSEN, a.g.e., s.81.

⁷⁶ Art. 1141: "A threat of legal action does not constitute duress, except where the legal process is deflected from its proper purpose or where it is invoked or exercised in order to obtain a manifestly excessive advantage."

amacından saptırılmadığı veya açıkça fahiş menfaat elde etmek için başvurulmadığı ya da uygulanmadığı sürece korkutma olarak kabul edilemez.

Hukuksal korkutmada da CC. karşı tarafın müzayaka halinde bulunmasını aramamış, hukuki tehdidin amacından saptırıldığı ya da bu tehdit ile aşırı menfaat elde edildiği sürece yaptırıma tabi tutmuştur.

Fransız Medeni Kanunu'nda bilhassa sözleşmeler hukukuna yönelik olarak 11.02.2016 tarihinde 2016-131 sayılı ve 10.02.2016 tarihli Kararname ile önemli değişiklikler yapılmıştır.⁷⁷ Bu değişikliğin konumuzu ilgilendiren yönü ise CC. 1142⁷⁸ ve devamı maddelerinde korkutma (duress) bir irade bozukluğu hali olarak yer almaya devam ederken “bağımlılık ilişkisinin kötüye kullanılması” veya “ekonomik korkutma” adı altında yeni bir korkutma tipinin kabul edilmesidir.⁷⁹

CC. 1143⁸⁰ ile sözleşmenin bir tarafının diğer tarafın kendisine bağımlılığını istismar ederek diğer tarafın içinde bulunduğu manevi zorlamanın yokluğu halinde yapmayacağı bir yükümlülük altına girmesine ve açıkça aşırı bir yarar elde etmesine yönelik davranışlarının korkutma teşkil edeceği ve bu sebeple sözleşmenin iptal edilebileceği kabul edilmiştir.

Eski Kanun'da yer almayan bu kavram zaten Fransız Yargıtay'ınca da kabul edilen sadece ekonomik bağımlılık kavramına yer verdiği bir kararına dayandırılrsa da CC. 1143'de sadece bağımlılık kavramına yer verildiği için bu kavramın ekonomik bağımlılığın yanı sıra fiziksel ve duygusal bağımlılıkları da kapsayacak şekilde daha geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.⁸¹

Öğretide, sadece Kanun'un lafzından yola çıkılırsa, iptale konu sözleşmenin kurulması aşamasında bir tehdidin aranmasına gerek olmadığı, sadece taraflardan birinin hissettiği bağımlılığın ve diğer tarafın sözleşmeden aşırı yarar elde etmiş olmasının sözleşmenin iptal edilebilmesi için yeterli olduğu sonucuna varılacağı

⁷⁷ H.Murat DEVELİOĞLU, “Fransa’da Sözleşmeler Hukuku Alanındaki Reformda Yer Alan Sözleşmenin Kurulması ile İlgili Bazı Önemli Düzenlemeler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s.601.

⁷⁸ Art. 1142: “Duress is a ground of nullity regardless of whether it has been applied by the other party or by a third party.” https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/ (son erişim 17.04.2021)

⁷⁹ DEVELİOĞLU, a.g.m., s.608.

⁸⁰ Art. 1143: “There is also duress where one contracting party exploits the other’s state of dependence and obtains an undertaking to which the latter would not have agreed in the absence of such constraint, and gains from it a manifestly excessive advantage.”

⁸¹ DEVELİOĞLU, a.g.m., s.609.

söylenmekte ve bu sonucun kabulü halinde hükmün dayanağının korkutma değil, aşırı yararlanma olduğu ileri sürülmektedir.⁸²

1.3.3. Alman Hukuku'nda müzayaka

Almanya'da 19'uncu yüzyıl ortalarından itibaren liberalizmin etkili olmaya başlamasıyla birlikte 1867 tarihli Alman Federal Kanunu ile faiz serbesti kabul edilmiştir. Ancak bu liberalizm etkisine karşı tepkiler gelmeye başlamasıyla 27 Mayıs 1880 tarihli İmparatorluk Kanunu, bir taraf diğer tarafı müzayaka (notlage), deneyimsizlik (leichtsinns) veya tecrübesizliği (unerfahrenheit) dolayısıyla istismar eder, bir tüketim ödünçü veya para borcunun ifasının vadeye bağlanması, muaccel borcun ertelenmesi dolayısıyla, kendisi veya üçüncü kişi lehine bir ekonomik yarar vaadi ya da yarar sağlar ve bahse konu yarar, karşı edim ile açık oransızlık içindeyse tefecilik "Wucher"⁸³ nedeniyle cezalandırılır hükmü getirmekteydi. Bu Kanun ile ilk defa sübjektif unsurlara yer verilmiştir.⁸⁴

19.06.1893 tarihli Kanun ile de tefecilik (murabaha) yalnız para karzlarına değil tüm tefecilik hallerini kapsar şekilde ivaz tefeciliği-genel tefecilik (Sachwucher) olarak bütün sözleşmelerde geçerli olmak üzere kabul edilmiş⁸⁵, cezai yaptırımın yanı sıra sözleşmenin kesin geçersizliği gibi hukuki yaptırım da getirilmiştir.⁸⁶ Nihayet müzayaka unsurunun da yer aldığı ahlaka ve adaba aykırı fiiller arasında yer alan aşırı yararlanma 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB.)'nin 138/2'nci maddesi ile kabul edilmiştir. Aşırı yararlanma yanılma, aldatma ve korkutmanın yanında dördüncü bir iradeyi bozan sebep olarak düşünülmemiştir.⁸⁷ Edimler arasındaki oransızlığın bir rakamla tespit etmeyip fahiş nispetliliği göz önüne alan ve belirli şartlar altında yapılması halinde yaptırıma bağlayan ilk esaslı hükümdür.⁸⁸ Bu prensip sonradan kodifiye edilen pek çok medeni

⁸² DEVELİOĞLU, a.g.m., s.609 naklen.

⁸³ "Almanya'da 'Wucher' yani 'aşırı yararlanma-gabin' teriminden daha çok yüksek faiz, bizdeki karşılığı tefecilik anlaşılıyordu." KALKAN, a.g.e., s. 29.

⁸⁴ KALKAN, a.g.e., s. 31.

⁸⁵ ELBİR, Tez, s.102.; Andreas B. SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, C.I. Bülent Davran (Çev.), İstanbul, 1948, s.349 (akt. OKUMUŞ, a.g.e., s. 53.)

⁸⁶ KALKAN, a.g.e., s. 30.

⁸⁷ ESENER, a.g.e., s.159.

⁸⁸ SUNGUR, a.g.e., s.17.; "Fransız Hukuku'nda sübjektif tez kabul edilirken Alman Hukuku'nda objektif tez kabul edilmiş, sözleşmenin feshi edimler arasındaki dengesizliğe dayandırılmıştır. Her özel olayda matematik bir hesap ile bu denge araştırılacak ve açık bir dengesizlik görüldüğü zaman

kanun tarafından (İsviçre, Türk, Avusturya, Japon, Polonya, İtalyan ve Yunan Medeni Kanunları) az veya çok benzer şekilde alınmıştır.⁸⁹

BGB. ile aşırı yararlanmanın subjektif unsurları müzayaka, deneyimsizlik ve düşüncesizlik olarak düzenlenmişken 1976 yapılan değişiklik ile uygulama alanı genişletilmiştir. 138/2'nci maddesinin uygulanabilmesi için edimler arasındaki aşırı oransızlığın, bir tarafın zor durumunda kalmasından, tecrübesizliğinden, önemli bir irade zayıflığından veya temyiz kudretindeki bir eksiklikten yararlanılarak meydana getirilmesi gerekir.⁹⁰

BGB'nin 138/2'nci maddesinin kabul edilmesini istismar şartında aramak gerekir.⁹¹ Alman Hukuku'nda bir kimsenin zayıf durumunu istismar ederek fahiş menfaat elde etmek ahlaka aykırı bir hareket olarak varsayılmaktadır.⁹² Ferdiyetçi görüşün yani irade özerkliği sisteminin aksine sosyal düzen tezinden hareketle ekonomik bakımdan daha zayıf olanı kuvvetliye karşı koruma amacına hizmet etmektedir.⁹³ Bu sebeple Alman Hukuku'nda bir kimsenin müzayaka halinden faydalanarak aşırı yarar temin edilmesi kesin geçersizlik yaptırımına tabidir.⁹⁴

1.3.4. İtalyan Hukuku'nda müzayaka

İtalyan Medeni Kanunu'nun aşırı yararlanmayı düzenleyen 1448'inci maddesine göre taraflardan birinin karşılıklı edimler arasında yarıdan fazla bir orantısızlığı karşı tarafın müzayaka halinden (bisogno) yararlanarak meydana getirmesi halinde gabine uğrayan taraf sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir.⁹⁵ Sömürülen taraf bu hakkını CCI 1449'uncu maddesi gereği bir yıl içerisinde kullanmalıdır.⁹⁶ Bu oransızlıktan yararlanan taraf sözleşmenin

taraflardan birinin haksız olarak zenginleşmesi sebebiyle diğeri sözleşmeyi feshedebilecektir." ESENER, a.g.e., s.159.

⁸⁹ SUNGUR, a.g.e., s.18.

⁹⁰ BUZ, a.g.m., s.58; OKUMUŞ, a.g.e., s. 54.; Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR ve Haluk EMİROĞLU, "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt:53 Sayı:1, 2004, s.85.

⁹¹ KALKAN, a.g.e., s. 31.

⁹² DALAMANLI, Gabin, s.4.; ELBİR, Tez, s.105-106.; ÖZKAYA, Gabin, s.16.

⁹³ ESENER, a.g.e., s.160.

⁹⁴ BUZ, a.g.m., s.59.; SUNGUR, a.g.e., s.17.

⁹⁵ ELBİR, Tez, s.115; BUZ, a.g.m., s.58; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.85.

⁹⁶ ELBİR, Tez, s.116; BUZ, a.g.m., s.58; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.85.

uyarlanmasını teklif ederek sona ermeye engel olabilir (CCI 1450).⁹⁷ Sözleşmesinin sona erdirilmesini talep hakkından önceden feragat etmek CCI 1451 gereğince mümkün değildir.⁹⁸

Görüldüğü üzere CCI aşırı yararlanmada objektif unsur olan oransızlığın nispetini yarıdan fazla olmak üzere belirlemiş, subjektif unsurlardan sadece müzayaka halinde olmayı kabul etmiştir.

1.3.5. Avusturya Hukuku'nda müzayaka

Çağdaş hukuk düzenleri içerisinde Roma Hukuku'nda kabul edilen "laesio enormis" prensibine en sadık kalan kanun Avusturya Medeni Kanunu'dur.⁹⁹ Kutsal Roma Cermen İmparatorluğu'nun temsilcisi Katolik Avusturya 1811 tarihli ABGB ile kilise hukukuna sadık kalarak aşırı yararlanmayı genel bir yaptırıma bağlasa da asıl "laesio enormis" düzenlemesi 27.04.1896 tarihli kanun ile gerçekleştirilmiştir.¹⁰⁰

ABGB m.934 ile ivazlı bir sözleşmede, bir tarafın, diğerinin verdiği yarısından azını elde etmesi halinde eksik alan tarafa sözleşmeyi iptal ederek eski hale getirilmesini talep etme hakkı verilmiştir.¹⁰¹ Ancak bahse konu sözleşmenin sona ermesi, yenilik doğurucu bir hak kullanılarak değil, hakim kararı ile mümkündür.¹⁰² Bu oransızlıktan menfaat sağlayan karşı taraf aradaki farkı ödeyerek sözleşmenin feshini önleyebilir.¹⁰³

ABGB m.934 çerçevesinde aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin sona erdirilebilmesinde, edimler arasında yarıdan fazla bir oransızlığın mevcudiyeti yeterli olup, taraflardan birinin zayıf durumundan faydalanılması şeklinde subjektif bir unsur aranmamıştır. Görüleceği üzere bir tarafın ediminin 100 diğer tarafın ediminin 50 olması halinde ABGB 934 uygulama alanı bulamayacaktır.¹⁰⁴ Ayrıca bu hüküm

⁹⁷ ELBİR, Tez, s.116; BUZ, a.g.m., s.58; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.85.

⁹⁸ BUZ, a.g.m., s.58; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.85.; ASLAN, a.g.e., s. 34.

⁹⁹ KALKAN, a.g.e., s.33; OKUMUŞ, a.g.e., s.51.; BUZ, a.g.m., s.57; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.83.; ASLAN, a.g.e., s. 36.

¹⁰⁰ KALKAN, a.g.e., s. 33.

¹⁰¹ SUNGUR, a.g.e., s.40; KALKAN, a.g.e., s. 33; OKUMUŞ, a.g.e., s.51.; BUZ, a.g.m., s.57; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.83.; ÜÇER, Gabin, s 528; SUNGUR, a.g.e., s.17.

¹⁰² KALKAN, a.g.e., s. 33; BUZ, a.g.m., s.57; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.83.; ÜÇER, Gabin, s 528.

¹⁰³ ELBİR, Tez, s.114; SUNGUR, a.g.e, s.40; KALKAN, a.g.e., s. 33; OKUMUŞ, a.g.e., s.51.; BUZ, a.g.m., s.57; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.84; ÜÇER, Gabin, s. 528.

¹⁰⁴ BUZ, a.g.m., s.57; KÜÇÜKGÜNGÖR ve EMİROĞLU, a.g.m., s.83; ÜÇER, Gabin, s. 528.

ile kabul edilen aşırı yararlanma nedeniyle fesih, ticari sözleşmelerde tacir olmayan taraflar için dahi uygulanamadığı gibi, tesadüf ve sulh sözleşmelerinde de uygulanmaz.¹⁰⁵

Yukarıda bahsi geçen ABGB madde 934'den farklı olarak hukuka ve ahlaka aykırılık ABGB 879'da düzenlenmiştir. Madde gereğince hukuka ve ahlaka aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük olup ABGB 879/II'de bu durumlardan birinin de aşırı yararlanma olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁶ Aşırı yararlanmanın yer aldığı ABGB 879/II/4'e göre bir taraf, diğer tarafın düşüncesizliği, zor durumda kalması (müzayaka hali), akıl zayıflığı, deneyimsizliği veya zihni heyecanından yararlanması sonucu, edimler arasında göze çarpan bir oransızlık meydana getirmişse, sözleşme kesin hükümsüzdür.¹⁰⁷

Avusturya Hukuku'nda ABGB 934 ile kökleri Roma'ya kadar uzanan "laesio enormis" prensibi varlığını sürdürürken, ABGB 879/II ile de Alman Hukuku'na benzer bir yaklaşımla bir tarafın müzayaka halinden faydalanılarak göze çarpan bir yarar sağlanması ahlaka aykırılık kabul ederek kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur.¹⁰⁸

1.3.6. İngiliz Hukuku'nda müzayaka

İngiliz Hukuk sisteminde, Kıta Avrupası hukuk sistemindeki aşırı yararlanma kurumuna doğrudan karşılık gelmeyen ancak daha kapsamlı bir anlamı olan "undue influence" müessesesi mevcuttur.¹⁰⁹ Türkçe'ye "haksız ve gayri meşru nüfuz suiistimali"¹¹⁰ olarak çevrilebilen bu kavram sözleşme taraflarından birinin diğeri üzerinden haksız menfaat sağlaması, aralarındaki güven ilişkisinin dürüstlüğe yakışmayan biçimde kötüye kullanılması olarak açıklanmaktadır.¹¹¹

İngiliz Hukuku'nda, undue influence özellikle "equity mahkemeleri" tarafından geliştirilen korkutma (duress), sözleşmenin tarafının yanlış beyanları

¹⁰⁵ ELBİR, Tez, s.114-115; KALKAN, a.g.e., s. 33, 34.

¹⁰⁶ Eugen BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktrecht, 2. Auf. Zürich, 1988, s.229 (akt. OKUMUŞ, a.g.e., s. 52.)

¹⁰⁷ Ingeborg SWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern, 2009, N.32.54 (akt. OKUMUŞ, a.g.e., s. 52.)

¹⁰⁸ OKUMUŞ, a.g.e., s. 52.

¹⁰⁹ ASLAN, a.g.e., s. 20.; KALKAN, a.g.e., s. 39.

¹¹⁰ ASLAN, a.g.e., s. 20.; KALKAN, a.g.e., s. 39; ÜÇER, Gabin, s.529.

¹¹¹ KALKAN, a.g.e., s. 39.

(misrepresentation), hata (mistake) ve hile (fraud) ile birlikte iradeyi bozan sebeplerden biri olarak görülmektedir.¹¹² Bunun nedeni karşı tarafın korkutması ya da haksız davranışı sebebiyle müzayaka halinde kalan tarafın bu ruh hali ile yaptığı sözleşmeyle bağlı olmaması düşüncesidir.¹¹³

Common Law tarafından yalnız maddi hareketle kısıtlanan korkutmanın “equity mahkemeleri”nin içtihatlarıyla manevi baskıyı da (spirituel tyranny) kapsar şekilde genişletilmesiyle bu kavram ortaya çıkmıştır.¹¹⁴ Nitekim İngiliz Hukuku öğretisinde bu kavram korkutma (duress) ile aynı başlık altında incelenmektedir.¹¹⁵ Ancak “undue influence” kavramı, korkutma olmaksızın ahlaken kabul edilemeyen bir zorlama altında yapılan bir tarafın sömürüldüğü ya da suiistimal edildiği sözleşmeden kurtulmayı mahkemeden talep edebilmesini ifade eder.¹¹⁶ Korkutma durumunda kişi sonuçlarının farkında olarak sözleşme yapma zorunda kalırken, “undue influence” halinde nüfuzun kötüye kullanılması nedeniyle iradede bir zayıflama meydana gelmektedir.¹¹⁷

Haksız nüfuz kullanımı; bir tarafın diğer tarafa karşı gerçek bir nüfuz kullanımından kaynaklanan “gerçek haksız nüfuz kullanımı” (actual undue influence) ve taraflar arasında bulunan mevcut inanç ve güven ilişkisinin kötüye kullanılmasından kaynaklanan nüfuz kullanımı anlamına gelen “farazi haksız nüfuz kullanımı” (presumed undue influence) olmak üzere ikiye ayrılır.¹¹⁸

Lordlar Kamarası 1993 yılında *CIBC Mortgages plc v Pitt* davasını gerçek haksız nüfuz kullanımı olarak ele almıştır. Bahse konu davada, davalı hisse senetleri karşılığında aldığı ödünç paraya karşılık teminat olarak hiç arzu etmediği halde ailesine ait evi ipotek etmeye zorlanmış, bunun temini için devamlı baskı yapılmış ve iradesine aykırı biçimde ikna edilmiştir.¹¹⁹ *Williams v Barley (1866) LR 1 HL 200* davasına konu olan olayda banka tarafından babasının imzasını taklit ederek emre muharrer senet imzalayan oğlunun tutuklanmasını önlemek amacıyla babaya oğlunun

¹¹² ASLAN, a.g.e., s. 21.; KALKAN, a.g.e., s. 41.

¹¹³ KALKAN, a.g.e., s. 40.

¹¹⁴ KALKAN, a.g.e., s. 41.

¹¹⁵ ÜÇER, Gabin, s. 529.

¹¹⁶ ÜÇER, Gabin, s. 529, 531.

¹¹⁷ KALKAN, a.g.e., s. 42.

¹¹⁸ ÜÇER, Gabin, s.529.; KALKAN, a.g.e., s. 39.

¹¹⁹ ÜÇER, Gabin, s.529.

borcuna karşılık bir güvence vermesi istenmiş, bu şekilde banka ile bir sözleşme yapmak durumunda kalan baba için bu durum mahkeme tarafından “undue influence” olarak nitelendirilmiş ve sözleşme hükümsüz kılınmıştır.¹²⁰ Bu tür davalarda davacı, karşı taraf ile olan özel bir ilişkisini ya da fahiş bir zarara uğradığını ispatlamak zorunda olmayıp özgür iradesinin baskı altına alındığını kanıtlaması yeterlidir.¹²¹

Farazi haksız nüfuz kullanımı da “daima bir karine doğuran ilişkiler” ve “fiili güven ve inanç ilişkileri” olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.¹²² Yediemin ile bundan faydalanan arasında, çocuk ile ana-baba arasında, vesayet altında bulunan ile vasi arasında, hasta ile hekim arasında, günah çıkarıcı ile rahip arasındaki ilişkiler gibi ilişkilerde güvenin öncelikli unsur olması ve bir tarafın nispeten diğerine bağımlı olması nedeniyle haksız nüfuz kullanımı konusunda daima bir karine vardır.¹²³ Fiili güven ve inanç ilişkilerinde ise kredi borcuna karşılık taşınmazını bankaya ipotek olarak göstermek zorunda kalan kişiler üzerinde bankanın giderek nüfuz sahibi olması gibi bir durumda davacı doğrudan haksız nüfuz karinesine dayanamasa da bir güven-inanç ilişkisinin mevcut olduğunu gösterebilme imkanı vardır.¹²⁴

Gerçek haksız nüfuz kullanımı ile farazi haksız nüfuz kullanımı arasındaki fark ispat külfetinin yer değiştirmesidir. Gerçek haksız nüfuz kullanımında zarara uğrayan taraf haksız nüfuz kullanımı nedeniyle yapmayacağı bir sözleşmeyi yapmaya zorlandığını ispat etmekle sözleşmeyi geçersiz hale getirebilecekken, farazi haksız nüfuz kullanımında ise haksız menfaat temin eden taraf, karşı tarafın serbest iradeye sahip olduğunu, hiçbir şekilde haksız bir nüfuz kullanmadığını, sözleşmenin dürüst (fair) bir şekilde yapıldığını ispat etmek suretiyle karineyi çürütmelidir.¹²⁵ Son dönemlerde farazi haksız nüfuz kullanımı olarak kabul edilen hallerin, gerçek haksız nüfuz kullanımının ispatı için kolaylık sağlayan hukuki birer araçtan ibaret olduğu

¹²⁰ KALKAN, a.g.e., s. 40’den naklen.

¹²¹ ÜÇER, Gabin, s.529.

¹²² ÜÇER, Gabin, s. 529.

¹²³ ÜÇER, Gabin, s. 529,530.; KALKAN, a.g.e., s. 43.

¹²⁴ ÜÇER, Gabin, s. 530.; KALKAN, a.g.e., s. 43.

¹²⁵ ASLAN, a.g.e., s. 21.; KALKAN, a.g.e., s. 41.

görüŖü nedeniyle gerçek ve farazi haksız nüfuz kullanımı ayırımının ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmalar ve mahkeme kararları bulunmaktadır.¹²⁶

Her iki durumda da geçerli olmak üzere Kıta Avrupası'nda uygulandığı üzere edimler arasında belirli bir oransızlık aranmadığı gibi fahiş bir fark olması dahi aranmamaktadır. Undue influence sebebiyle sözleşmenin feshedilebilmesi için taraflardan birinin diğerı üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanması gerekli ve yeterli olup zarar görenin zararının büyüklüğü önemli değildir.¹²⁷ Undue influence kavramı sübjektif bir kavram olduğundan bütün sözleşmelere uygulanabilir.¹²⁸

Haksız nüfuz kullanımı durumunda sözleşme iptal edilebilir durumda olup kendiliğinden geçersiz değildir. Sözleşmenin iptali mutlaka dava yoluyla mahkemeden talep edilmelidir.¹²⁹

Özetle bu kurumun temelinde, bir tarafın kendinden daha iyi ve yüksek konumda olan diğer tarafça sömürülmesinin önüne geçmek ve kamu düzeni kapsamında sözleşmelerde hakkaniyetin korunmasını sağlamak yer almaktadır.¹³⁰ TBK'nın 28'nci maddesi ile müzayaka halinde olmasından faydalanılan tarafa tanınan haklar Schwarz'a göre de İngiliz Hukuku'nda bu kurum ile sağlanmaktadır.¹³¹

1.3.7. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları'nda müzayaka

Özel hukukun birleştirilmesi amacıyla 1926 yılında kurulan UNIDROIT¹³² tarafından, uzun yıllar süren çalışmaları sonucunda, uluslararası ticaretin gelişmesiyle beraber ticari faaliyetlerin artması sonucu ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların en kısa sürede çözüme ulaştırılması maksadıyla 1994¹³³ yılının

¹²⁶ OKUMUŞ, a.g.e., s. 49.

¹²⁷ KALKAN, a.g.e., s.44; ASLAN, a.g.e., s. 21

¹²⁸ KALKAN, a.g.e., s. 44.

¹²⁹ ÜÇER, Gabin, s.530,531.; KALKAN, a.g.e., s. 44.

¹³⁰ ÜÇER, Gabin, s. 529.

¹³¹ Andreas B SCHWARZ, Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları Konferansı, Ankara, 1941, s.12 (akt. ASLAN, a.g.e., s. 21)

¹³² UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. (UNIDROIT: formally, the International Institute for the Unification of Private Law; Frech: Institut international pour l'unification du droit privé) <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (Son erişim 28.06.2021)

¹³³ 2004, 2010 ve en son 2016 yılında uzun vadeli sözleşmelerle ilgili konular da dahil edilerek genişletilmiş yayınları mevcuttur.

sonlarına doğru Roma'da Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları yayınlanmıştır.¹³⁴

Bahse konu kuralların, devletleri her hangi bir bağlayıcılığı olmadığından ve çalışma metodu olarak kuralların hukuku şekillendirmesi değil, belirlemesi amaç edinildiğinden çoğunu akademisyenlerin, bir bölümünü ise yargıç ve hukukçuların oluşturduğu bir uzmanlar kurulu tarafından hazırlanmıştır. Kuralları hazırlayanların politik kimliklere sahip olmasının aranmamasının ve hatta kuralların doğrudan hukukçular tarafından belirlenmesinin çalışmanın başarısını artırdığı da ifade edilmektedir.¹³⁵

Aşırı yararlanma ve müzayaka hali Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları'nda Art. 3.2.7'de "Aşırı Oransızlık" (Gross disparity) başlığı altında düzenlenmiştir. Art. 3.2.7(1)'e göre taraflardan biri, sözleşmenin kurulması esnasında sözleşmenin ya da sözleşmede yer alan bir koşulun diğer tarafa haksız bir şekilde aşırı yarar sağlaması durumunda sözleşmeyi ya da ilgili koşulu iptal etme hakkına sahiptir.¹³⁶ Maddenin devamında yer alan a ve b bentlerinde ise başka etkenlerle birlikte zarara uğrayan tarafta mevcut bazı özel durumlar ile sözleşmenin niteliği ve amacının da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bahse konu özel durumlar zarara uğrayan tarafın; sözleşmenin diğer tarafına bağımlılığı, mali kriz halinde olması, acil ihtiyaçları, ya da tedbirsizliği, bilgisizliği, deneyimsizliği veya pazarlık/müzakere yeteneği eksikliği olarak belirtilmiştir.

Art. 3.2.7'nin daha kolay anlaşılabilmesi için maddenin sonuna bazı kavramların nasıl yorumlanması (comment) gerektiğine yönelik bir bölüm konulmuştur. Burada aşırı yararlanmanın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerektiği, sonradan meydana gelen durumlar için Art. 6.2'de yer alan aşırı ifa güçlüğü (harship) hükümlerinin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Aşırı

¹³⁴ Sülün GÜÇER, "UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, Aralık 2005, s. 149,150.

¹³⁵ GÜÇER, a.g.m., s. 151.

¹³⁶ Art. 3.2.7(1) "A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to

(a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and

(b) the nature and purpose of the contract."

yararlanma (excessive advantage) kavramından, edimler arasında meydana gelen önemli bir eşitsizlik (considerable disparity) bile tek başına iptal ya da uyarılama hakkı vermeyecektir. Bu maddenin uygulanabilmesi için nispetsizliğin orta zekaya sahip makul bir kişinin vicdanına dokunacak kadar büyük olması gerekmektedir.¹³⁷ Ayrıca bu elde edilen faydanın aşırı olması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda haksız olması gerekmektedir. Bu gerekliliğin karşılanıp karşılanmadığı ise ilgili tüm koşulların değerlendirilmesine bağlıdır. Bu bağlamda (1)'inci paragrafın a ve b bentleri özel dikkati hak eden unsurlara değinmektedirler. Yani sübjektif unsurlar örnek kabilinden sayılmış, haksızlık yaratabilecek tüm koşullar değerlendirilmeye alınacaktır.

Art. 3.2.7(2) maddesine göre iptal hakkına sahip tarafın talebi üzerine mahkeme, sözleşmeyi ya da sözleşmede yer alan ilgili koşulu dürüstlük kuralları çerçevesinde makul ticari standartlara uygun şekilde uyarlayabilir.¹³⁸ Art. 3.2.7(3) maddesi ile de mahkeme, iptal bildirimini alan tarafın talebiyle, diğer tarafın, zarar görenin yaptığı iptal bildirimine güvenerek hareket etmesinden önce uyarılama talebini gecikmeden bildirmesi koşuluyla sözleşmeyi ya da sözleşmenin ilgili koşulunu uyarlayabilir.¹³⁹ Aşırı yarar sağlayanın talebi halinde de Art. 3.2.10(2) hükmü uygulanacaktır.¹⁴⁰

Görüldüğü üzere zarar gören tarafa Art. 3.2.7(1) ile iptal hakkının yanı sıra Art. 3.2.7(2) ile de mahkemeden sözleşmenin ya da sözleşmede yer alan ilgili koşulun makul seviye indirilmesini talep hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemede yer alan

¹³⁷ “What is required is that the disequilibrium is in the circumstances so great as to shock the conscience of a reasonable person.”

¹³⁸ Art. 3.2.7(2): “Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.”

¹³⁹ Art. 3.2.7(3): “A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. Article 3.2.10(2) applies accordingly.”

¹⁴⁰ Art. 3.2.10: “(Loss of right to avoid)

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has reasonably acted in reliance on a notice of avoidance.

(2) After such a declaration or performance, the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.”

en önemli özellik ise uyarılama talep hakkının sadece zarar görene değil Art. 3.2.7(3) ile sözleşmeden aşırı yarar elde edene de tanınmış olmasıdır.¹⁴¹ Aşırı yarar sağlayan taraf da iptal beyanı kendisine ulaştığı andan itibaren maddede belirtilen koşullara uymak şartıyla mahkemedен sözleşmenin makul şekilde uyarlanmasını talep edebilir. Bu durumda Art. 3.2.10(2) hükmü gereğince daha önce yapılan iptal bildirimini geçersiz hale gelecektir.

1.3.8. İsviçre Hukuku'nda müzayaka

İsviçre Napolyon'un 1798 yılında işgali ile Helvetya Cumhuriyeti ismini almış ve dayatılan ilk anayasa ile önce üniter yapıda örgütlenmiş, 1803 yılında uygulamaya konulan ve 1813 yılına kadar yürürlükte kalan yeni bir anayasa ile de on dokuz kantondan oluşan federal yapıya geçilmiştir. İsviçre'nin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, 1815 yılında yapılan Viyana Kongresi ile tanınarak Helvetya Cumhuriyeti tasfiye edilmiş İsviçre, 22 kantondan oluşan konfederatif yapıda örgütlenmiştir.¹⁴²

Bahse konu yönetim yapısı nedeniyle İsviçre'de özel hukuk alanında kanun yapma yetkisi 1848 tarihli Federal Anayasa'da 1874 yılında yapılan ticaret ve borçlar hukukunun yeknesaklaştırılması konusundaki değişikliğe kadar federal devlette değil kantonlara ait olmuştur.¹⁴³ Yapılan bu değişiklik ile yeni İsviçre Konfederasyonu'nun ilk kodifikasyonu¹⁴⁴ olan İsviçre Borçlar Kanunu/OR, 14.06.1881 yılında kabul edilmiş, 01.01.1883 yılında yürürlüğe girmiştir.

Bireyin özgürlüğünü temel alan düşünce akımlarının 17 ve 18'inci yüzyıllarda ortaya çıkışı siyasi ve sosyal etkisini Fransız Devrimi ile göstermiş, 18 ve 19'uncu yüzyıllarda yaşanan Endüstri Devrimi ile de endüstri toplumunun oluşturduğu serbest işletmecî modeli ortaya çıkmıştır.¹⁴⁵ Bahse konu liberal düşünce ve endüstriyel yapı etkisiyle 1881 yılında kabul edilen İBK'da aşırı yararlanma

¹⁴¹ BUZ, a.g.m., s.59.

¹⁴² Hamza GABOR, "Modern Dönemde İsviçre'de Özel Hukukun Gelişimi ve Kodifikasyonu", Kerem ÖZ (çev.). *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 219.

¹⁴³ GABOR, a.g.m., s. 220, 222.

¹⁴⁴ Ümmühan KAYA, "İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler (Prof. Dr. iur. Heinrich Honsell çevirisi)" *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı:2, s.190.

¹⁴⁵ Arzu KÜÇÜKYALÇIN, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 53, Sayı: 4, Aralık 2004, s.105.

müessesine yer verilmeyerek¹⁴⁶ aşırı menfaat elde edilmesi veya sağlanması durumunda uygulanacak yaptırımın kantonların cezai mevzuatına bırakmıştır.¹⁴⁷

Federal Devlete, 1874 tarihli anayasa revizyonu ile sadece borçlar hukuku ve ticaret hukukunun yeknesaklaştırılmasını sağlamak için verilen yetki 13.11.1898 tarihli halkoylaması ile özel hukukun bütün alanlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir.¹⁴⁸ Federal düzeyde bir medeni kanun hazırlanması için Alman Hukuku uzmanı ünlü Profesör Huber görevlendirilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) redaksiyonunu tek başına yapan Huber'in revize edilmesi gereken İBK'nın İMK'ya dahil edilmesi teklifi Federal Meclis tarafın kabul edilmeyerek İBK revizyonunun İMK'nın kabulünden önce yapılmasına karar verilmiştir. Bu çerçevede İBK'nın revizyonu için 1908 yılında görevlendirilen Büyük Uzman Komisyonu'nun çalışmaları ile ilk yirmi üç maddesi yeniden düzenlenmiştir. Bu revizyonun İBK'nın modern ilişkilerin gerekliliklerine ve İMK'ya uygun hale getirme olmak üzere iki temel nedeni vardır. Böylelikle revize edilen 1911 tarihli İBK, 1907 yılında kabul edilen İMK ile birlikte 01.01.1912 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁴⁹

Gabin/aşırı yararlanma kurumu İBK'nın 1911 revizyonu sırasında pek çok tartışmaya yol açmış ancak yaklaşık 20 metin üzerinde tartışılma sonucunda bugünkü halini alarak kabul edilmiştir.¹⁵⁰ Hata ve hile hükümlerine dayanan bir çözümün yeterli olmayacağı kanısıyla sözleşmenin feshini mümkün kılan BGB 138/2'ye benzer bir kurumun getirilmesi amacıyla öncelikle sadece ticaret hukuku alanıyla

¹⁴⁶ SUNGUR, a.g.e., s.17.

¹⁴⁷ KALKAN, a.g.e., s. 45.; "1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda gabin iptal sebeplerinden sayılmamış, ancak bu maddenin konusu kısmen iki yerde anılmıştır. 83.madde Kanton kanunlarındaki 'faiz işlerinde suiistimale karşı' hükümleri saklı tutmuş, 337. madde ise gayrimenkul rehini ile sağlanmış ödünç vermeleri ve bu işlerde alınabilecek faizin en yüksek haddini kanton kanunlarına bırakmıştır. Ayrıca Medeni Kanununun 795. maddesi gayrimenkul rehini ile sağlanmış, alacaklarda alınabilecek en yüksek faizin tayinini kantonlara bırakmıştır. Bu hususta Medeni Kanunumuz ise (EMK. Md. 767) 852. maddesinde 'Sınırlayıcı hükümler saklı kalmak kaydıyla, taraflar faiz oranını diledikleri gibi kararlaştırabilirler' demektedir." ASLAN, a.g.e., s. 25'den naklen; "Fransızca ve İtalyanca konuşulan kantonların medeni kanunlarında Fransız Medeni Kanunu'ndakine benzer düzenlemeler; Bern, Luzeern, Soloturn ve Aargau kantonları medeni kanunlarında Avusturya Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer hükümler yer almakta idi. Zürih Kantonu Medeni Kanunu'nda buna ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte çıkarılan özel bir kanunda cezai nitelik taşıyan bir hüküm yer almaktaydı" BUZ, a.g.m., s.56.

¹⁴⁸ GABOR, a.g.m., s.223.

¹⁴⁹ GABOR, a.g.m., s. 225.

¹⁵⁰ BUZ, a.g.m., s.56.

sınırlı bir hüküm düşünülse de bugünkü OR 21'e denk gelen madde kabul edilmiştir.¹⁵¹

OR 21 maddesini teşkil eden aşırı yararlanma kurumunun ilk tatbikini aşırı faizi (murabaha) yasaklayan hükümler oluşturmaktadır.¹⁵² Aşırı yararlanma kavramı İBK ve İMK'nın "sosyal boyutunun" da bir belirtisi ve kanıtı olmuştur.¹⁵³ Sosyal ihtiyaçlar nedeniyle zayıfları korumak amacıyla getirilen OR 21'in Fransızca metninden tercümesi "Taraflardan birinin müzayakasından, tecrübesizliğinden veya hiffettinden diğer tarafın istifade etmesi suretiyle yapılan bir akidde, ivaz ve karşı ivaz arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, mutaazzır bu akdi feshettiğini bir sene içinde beyan ederek, vermiş olduğu şeyleri geri isteyebilir. Bir senelik müddet, akdin yapılmasından itibaren cereyana başlar." şeklindedir.¹⁵⁴ Almanca metninde ise "akdi feshedebileceği" ibaresi "akdi tutmayacağıнын, kendini bağlı saymayacağıнын" beyan edilebileceği belirtilmektedir.¹⁵⁵

Her ne kadar İBK'da da sözleşme özgürlüğü ve irade serbestliği kabul edilmiş ise de konumuz çerçevesinde bir tarafın zor durumda/müzayaka halinde bulunmasının istismarıyla edimler arasında açıkça görülen bir farklılık meydana getirilerek diğer tarafça aşırı menfaat elde edilmiş ise hukuk düzeni bu özgürlüğe müdahale ederek mağdur tarafa sözleşmenin kurulduğu andan itibaren bir yıl süre içerisinde sözleşmeyi iptal edebilme hakkı vermiştir.

Aşırı yararlanmanın yaptırımını BGB 138/II hükmünden farklı olarak İBK'da kesin hükümsüzlük olarak değil iptal edilebilirliktir. BGB'de kesin hükümsüzlük yaptırımını genel kurala bağlayan ahlaka aykırı işlemlerin içerisinde kabul edilen aşırı yararlanma kurumu İBK'da ayrı bir madde halinde düzenlenmiştir. Ayrıca hata, aldatma ve korkutma ile beraber bulunabilirse de kendine özgü şartları bulunan ve iradeyi bozan değil sözleşmeyi bozan bir sebeptir.¹⁵⁶

¹⁵¹ ESENER, a.g.e., s.160.

¹⁵² ELBİR, Tez, s.145

¹⁵³ KALKAN, a.g.e., s. 46.

¹⁵⁴ Funk- Hıfzı Veldet- Cemal Hakkı Selek tercümesi, Borçlar Kanunu şerhi, 1938, s.255. (akt. SUNGUR, a.g.e., s.18.)

¹⁵⁵ KALKAN, a.g.e., s. 46.

¹⁵⁶ KALKAN, a.g.e., s. 48.

Ticaret Hukuku'nun İBK içerisinde düzenlenmesi¹⁵⁷ ve İMK'nın beşinci kitabı olarak eklenmesi¹⁵⁸ nedeniyle iki taraflı ve ivazlı bütün sözleşmelere uygulanabilmektedir.¹⁵⁹

İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020, büyük bir kısmı İsviçre Üniversitelerinde görevli 27 yazar tarafından hazırlanan, yeni İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısıdır.¹⁶⁰ İsviçre'de değişen sosyal, ekonomik ve teknolojik ihtiyaçlar ile mevcut kanunun uygulanmasında teori ile uygulamada yaşanan sorunlar göz önünde bulundurularak kanun koyucu tarafından bahse konu kanun tasarı tartışmaya açılmıştır.¹⁶¹ Bu değişikliğin gerekliliğini editörler Claire Huguenin ve Reto Hilty (hukuki) belirginliğin kaybolması, kanuni “boşluklar” ve “ayrıntılı, fuzuli ve çelişkili normların” varlığı olarak göstermektedirler.¹⁶²

İsviçre Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun mehzaz kanunudur. İki kanun arasındaki hükümler hemen hemen aynıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile de aşırı yararlanmaya ilişkin hükümde kısmi iptal hakkı ile hak düşürücü sürenin başlama anı ile 5 yıllık üst sınır dışında esasa yönelik bir değişiklik yapılmamıştır.

OR 2020 Tasarısı ile getirilmesi amaçlanan en önemli değişiklik 41'inci madde ile aşırı yararlanmanın unsurlarında herhangi bir değişiklik yapılmamasına rağmen¹⁶³ yanılma, hile ve korkutma ile birlikte bir irade sakatlığı hali olarak düzenlenmesidir.¹⁶⁴ Aşırı yararlanmayı, irade sakatlığı olarak kabul eden görüşler bulunmakla birlikte TBK ve mevcut İBK'da yer aldığı haliyle Türk Hukuku'nda hakim görüşe göre sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir haldir.¹⁶⁵

¹⁵⁷ GABOR, a.g.m., s. 222.; ESENER, a.g.e., s.161.

¹⁵⁸ GABOR, a.g.m., s. 225.

¹⁵⁹ ESENER, a.g.e., s.161.

¹⁶⁰ KAYA, a.g.m., s. 190.

¹⁶¹ Pelin ÇAVDAR, “İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:25 Sayı:1, Haziran 2019, s. 434.

¹⁶² KAYA, a.g.m., s. 190.

¹⁶³ ÇAVDAR, a.g.m., s. 442.

¹⁶⁴ ÇAVDAR, a.g.m., s. 439.; KAYA, a.g.m., s. 191.

¹⁶⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s. 481.; KILIÇOĞLU, a.g.e., s.291.; KALKAN, a.g.e., s.51.

OR 2020 Tasarısı'nın 42-45 arası maddeleri ile de ilk defa ortak hükümler başlığı altında irade sakatlıklarına uygulanacak ortak hükümler getirilmiştir.¹⁶⁶ 42/2 hükmü ile aşırı yararlanmanın şartlarının ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içerisinde iptalinin istenebileceği belirtilmesine rağmen herhangi bir üst süre öngörülmemiştir.¹⁶⁷ 43'üncü maddesi ile de mevcut İBK'da de yer almasa da yoğun eleştiriler nedeniyle İsviçre Federal Mahkemesinin 1997 yılında verdiği ilke karar çerçevesinde kabul edilen¹⁶⁸ zarara uğrayanın edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilebilmesi yani kısmi iptali talep edebilme hakkı kanuni düzenlemeye kavuşturulmak istenmiştir.¹⁶⁹ Ortak hükümlerin son maddesi olan ek sonuçlar başlıklı 45'inci maddesi ile de geçersizliğe ilişkin sonuçların tasfiye hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiştir.¹⁷⁰¹⁷¹

1.3.9. İslam Hukuku ve Mecelle'de müzayaka

Aşırı yararlanma kurumu eBK'nın 21'inci maddesinde "Gabin" adı altında düzenlenmiştir. Bu kavram kaynağını İslam Hukuku'ndan alsa da İslam Hukuku'ndaki gabin¹⁷² ile Türk Hukuku'ndaki gabin birbirinden farklı kavramlardır.¹⁷³

Sünnette ve ilk dönem fıkıh kaynakları ile klasik fıkıh kaynaklarında gabin için bir terim anlamına rastlanmamakla beraber ilk dönemden itibaren iki taraflı akitlerde, akit anındaki karşılıklar arasında, özelde ise satış sözleşmelerinde satılan şey ile fiyatı arasındaki değer bakımından farklılık ve denksizliği anlatmak için

¹⁶⁶ ÇAVDAR, a.g.m., s. 443.

¹⁶⁷ ÇAVDAR, a.g.m., s. 444.

¹⁶⁸ BUZ, a.g.m., s.60 ve devamı.

¹⁶⁹ ÇAVDAR, a.g.m., s. 442-443.

¹⁷⁰ ÇAVDAR, a.g.m., s. 446.

¹⁷¹ "Kuşkusuz, kesin hükümsüzlük (geçersizlik) halleri ile sözleşmenin sonradan ortadan kalkmasının, "tasfiye etmek"(liquidieren) ve "iflas etmek"(fallieren) gibi İsviçre Borçlar Kanunu'na yabancı olan ve iflas hukukuyla sınırlı kalması gereken yabancı kelimelerin seçilmiş olduğu tek bir rejime tabi kılınmasıyla fazla ileri gidilmektedir." ve diğer haklı eleştiriler için: KAYA, a.g.m., s. 190.

¹⁷² "Sözlükte eksiklik, zayıflık ve aldanma demektir. Fıkıh kavramı olarak muâvezeli (ivazlı) sözleşmelerde akit konusu ile semen arasındaki dengesizliktir." AKOT, a.g.e., s.30.; "Gabin, Arapça ğ-b-n (عَبْن) kökünden türeyen bir mastar (انْعَبْت) olup sözlükte 'bir şeyi unutmak, ihmal etmek, gizlemek, bilmemek, yanlış yapmak, satım akdinde aldanmak; bir şeyin miktarını eksiltmek ve azaltmak veya ziyade etmek; görüşte ve düşüncede zayıf olmak; uğradığı kişiyi görememek; elbiseyi katlamak' anlamlarına gelmektedir." KUMAŞ, a.g.e., s.63

¹⁷³ KUMAŞ, a.g.e., s.3.

kullanılmıştır.¹⁷⁴ Nitekim gabin kurumu Mecelle'nin 165'nci maddesinde satış sözleşmesi (bey akdi) içerisinde düzenlenmiştir.¹⁷⁵

Çağdaş dönemde ise gabinin kapsamına sübjektif unsurların da dahil edilmesiyle farklı tanımlar yapılmaya başlanmış, bedeller arasındaki oransızlık için gabin, bedeller arasındaki fahiş oransızlık için “gabn-i fâhiş”, sübjektif unsurların da dahil olduğu oransızlık için tağrîrli gabin (gabin me'a't-tağrîr) ve istiğlâl gibi kavramlar kullanılmıştır.¹⁷⁶ Özetle Türk Hukuku'nda kullanılan sübjektif unsurların da dahil olduğu gabin kavramı, İslam hukukunda tağrîrli gabin (gabin me'a't-tağrîr) ve istiğlâl gibi kavramlarla karşılanmaktadır.

Terim anlamı “akdin taraflarından birinin karşı tarafın hafifliğinden, ihtiyaç içinde bulunmasından veya tecrübesizliğinden istifade etmesi suretiyle fahiş oransızlık içeren bir tasarrufta bulunması” demek olan ve sömürme anlamına gelen istiğlâl kavramını çağdaş Arap hukukçuları batı hukukundaki gabin kavramı anlamına gelecek şekilde kullanmaktadırlar.¹⁷⁷

İvazlar arasındaki oransızlık anlamına gelen gabin ile Çağdaş Arap Hukuku'nda kullanılan istiğlâl kurumları arasında farklar mevcuttur. Fahiş oransızlığın tek başına sözleşmeyi kusurlu hale getiren düşünceden ayrılarak sübjektif unsur da arandığından istiğlâl, hata, hile, ikrah ile birlikte iradeyi bozan sebeplerden kabul edilmektedir. Ayrıca bedeller arasındaki oransızlık sadece ivazlı sözleşmelerde geçerli iken, istiğlâl bağışlama sözleşmeleri dahil bütün tasarruflarda gerçekleşebilmektedir.¹⁷⁸ Nitekim Lübnan Hukuku dışındaki diğer İslam devletlerinin mevcut hukuk düzenlerine göre gabin bütün tasarruflarda gerçekleşebilir.¹⁷⁹

Sözleşmeye etkisinin belirlenmesine büyük önemi olan, aşırı ve belirgin gabin anlamında kullanılan gabn-i fâhiş için “kaçınılması mümkün, hatta gerekli olan ve olağan dışı sayılan, bu yüzden de maruz kalan tarafın rızası dışında gerçekleştiği

¹⁷⁴ KUMAŞ, a.g.e, s.64.

¹⁷⁵ KUMAŞ, a.g.e, s.105. “Gabin kelimesinin lûgat manası aldatmaktır. Bir muamelede aldanmış olana mağbûn derler; Mecelle 356.” ARSEBÜK, a.g.e., s.451.

¹⁷⁶ KUMAŞ, a.g.e., s.64.

¹⁷⁷ KUMAŞ, a.g.e., s.67.

¹⁷⁸ KUMAŞ, a.g.e., s.67, 68.

¹⁷⁹ KUMAŞ, a.g.e., s.109.

var sayılan aldatma” şeklinde bir tanım yapılırken¹⁸⁰ basit ve önemsiz aldatma anlamına gelen gabn-i yesîr¹⁸¹ “gabn-i fâhiş dışında kalan bedel” ve “normal şartlarda insanların kendisinden kaçınmayacağı bedel” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁸²

İslam hukukçularının büyük çoğunluğuna ve özellikle Hanefî mezhebindeki kuvvetli görüşe göre bir sözleşmede edimler arasındaki nispetliliğin fahiş olup olmadığı o sözleşmeye ile bölgeye ait örf ve âdete göre belirlenmelidir.¹⁸³ Ancak Hanefî mezhebinde ağırlıklı görüş olmamasına rağmen Nusayr b. Yahya’nın görüşü olan gabn-i yesîr sınırının taşınır eşyada 1/20, hayvanda 1/10, taşınmazlarda 1/5 olduğu görüşü uygulama kolaylığı nedeniyle Mecelle¹⁸⁴ tarafından da kabul edilmiştir.¹⁸⁵ Parada ise bu oran 1/40’dır.¹⁸⁶ Bireyler arasında yapılan muamelelerin azlığına ve çokluğuna göre tasarruf olunan mal göz önünde bulundurularak az veya çok oran belirlenmiştir.¹⁸⁷

Hanefî mezhebinin tercih edilen görüşe göre, gabn sebebiyle akdin feshedilebilmesi için fahiş oransızlıkla beraber, aldatan açısından sübjektif unsurun (tağrîr)¹⁸⁸ da meydana gelmesi gerekir. Nitekim Hanefî mezhebinin tercih edilen

¹⁸⁰ Ali BARDAKOĞLU, “Gabn”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, Cilt:13, İstanbul, 1996, s.269

¹⁸¹ “Yesîr az manasına gelir ki bu bakımdan fahişin zıttıdır.” ARSEBÜK, a.g.e., s.452.

¹⁸² KUMAŞ, a.g.e., s.186.; BARDAKOĞLU, Gabn, s.270.

¹⁸³ “Bilirkişilerin tespit ettiği değişik değerlerin sınırları içerisinde kalan bedeli gabn-i yesîr, bunun altında veya üstündeki de gabn-i fâhiş sayılmıştır. Gabine maruz kalan şahsın değil üçüncü şahısların objektif olarak bu yargıya varması ölçü alınmıştır.” BARDAKOĞLU, Gabn, s.269

¹⁸⁴ Mecelle m.165: “Gabn-i fâhiş: ‘Urûzda nısf-ı ‘uşur ve hayvanâtda ‘uşur ve ‘akarda humus miktarı veya daha ziyâde aldanmaktır.’ ŞERH: “Urûz kelimesi ‘akar ve hayvanât ve mekîlât ve mevzûnata mukâbil olarak isti’ mâl olunur ise de bazen dahî yalnız hayvan ve ‘akara mukâbil olarak isti’ mâl olunur. Mecellenin yüz altmış beşinci maddesinde mekîlât ve mevzûnata mezkûr olmadığından uruz burada mekîlât ve mevzûnata şâmil olur Mecelle Cem’iyyeti’nde bu veçhile mütâla’a olunmuştur. (Cevdet).” Günümüz Türkçesi Mecelle m.165: “Aşırı aldanma: taşınır eşyalarda onda birin yarısı ve hayvanlarda onda bir ve taşınmazda beşte bir veya daha fazla aldanmaktır.” AÇIKLAMA: “Urûz kelimesi taşınmaz ve hayvanlar ve ölçülebilen ve tartılabilenlerle karşılık olarak kullanılır ise de bazen de yalnız hayvan ve taşınmazlara karşılık olarak kullanılır. Mecellenin yüz altmış beşinci maddesinde ölçülebilen ve tartılabilen şeyler anılmadığından urûz burada ölçülebilen ve tartılabilen şeyleri kapsar. Mecelle Cemiyetinde bu şekilde mütâlaa olunmuştur (Cevdet)” Yaşar GÜÇLÜ, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* (2. Bası), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.75.

¹⁸⁵ BARDAKOĞLU, Gabn, s.270.

¹⁸⁶ “Çünkü Mecelle’ye göre parayı para ile satmak yani akçe bozdurmak bey’in bir nevidir. Buna sarf derler: Mecelle, madde:121.” ARSEBÜK, a.g.e., s.452.; SUNGUR, a.g.e., 1953, s.17.

¹⁸⁷ ARSEBÜK, a.g.e., s.452.

¹⁸⁸ “Sözlükte aldatmak, yanıltmak demektir. Fıkıh kavramı olarak muâvezeli akitlerde taraflardan birinin diğerini aldatmasıdır.” AKOT, a.g.e., s.31.; “Bir kimseyi kasıtlı olarak yanıltıcı söz ve davranışlarla etkileyip onu akdi yapmaya razı etme. Fiili aldatmalar için tedlîs, sözlü aldatmalar için

görüşlerine göre tedvin edilen Mecelle’de¹⁸⁹ de satım akdinde tağrîr (aldatma) olmaksızın sadece ivazlar arasındaki fahiş oransızlık sebebiyle satıcı veya müşterinin akdi feshedemeyeceğine yer verilmiştir.¹⁹⁰ Hatta Ali Haydar (ö. 1355/1935) gibi bazı Hanefî fakihlerine göre aldatma fiili olmaksızın satım akdinde meydana gelen oransızlık, ne kadar fahiş olursa olsun akdin sıhhati üzerinde olumsuz bir etkide bulunmaz.¹⁹¹ Fakat bundan yetim, akıl hastası ve bunakların akitleri ile vakıf ve devlet hazinesi mallarının konu olduğu akitler müstesnadır.¹⁹²

Gabin, sözleşmenin kuruluşu bakımından rıza ve irade beyanı kurumlarıyla, kaynağı bakımından aldatma (hile, tağrîr), galat ve hata ile, sonuçları bakımından da muhayyerlik ve fesih ile yakın ilişkisi bulunduğundan, klasik fıkıh kaynaklarında ayrı bir şekilde değil bu konularla birlikte işlenmiştir.¹⁹³ Mecelle’de de gabin belirli kişiler ve belirli sözleşmeler hakkında uygulanabilir.¹⁹⁴

İslam hukukunda gabinin hüküm ifade etmesi için aldatılanın zayıf durumunun şart olduğu konusunda ittifak bulunmaktadır. Bunlar tecrübesizlik, üreticinin yolda karşılanması, şehirlinin köylü adına mal satması, ihtiyaç (müzayaka), savurganlık halleridir.¹⁹⁵

Aldatılan açısından zayıflık arz eden hallerden “üreticinin yolda karşılanması”, “şehirlinin köylü adına mal satması” farklı kavramları ve durumları ifade etseler de temellerinde “tecrübesizlik” unsurunu barındırmaktadır. Dolayısıyla bu üç hali Türk hukukundaki ifadesiyle “tecrübesizlik” kavramı ile de kategorize etmek mümkündür. İhtiyaç hali de Türk hukukundaki “müzayaka”, savurganlık da “hiffet” kavramını çağrıştırmaktadır. Dolayısıyla aldatılan açısından subjektif

tağrîr kelimesinin daha çok kullanıldığı söylenebilir ise de fakihler tağrîre oldukça geniş bir anlam yüklemişler, karşı tarafı yanıltarak akid yapmaya sevk eden her türlü söz ve davranışı bu kapsamda düşünmüşlerdir.” BARDAKOĞLU, Gabn, s.271.

¹⁸⁹ Mecelle m. 356: “Bey’de bilâ tağrîr gabn-i fâhiş bulunsa mağbûn olan kimse bey’i feshedemez. Fakat mâl-ı yetimi bilâ- tağrîr olsa dahî gabn-i fâhiş ile bey’ sahih olmaz. Mâl-ı vakıf ve beytü’l-mal dahî mâl-ı yetim hükmündedir.” Günümüz Türkçesi Mecelle m.356: “Satışta aldatma olmaksızın aşırı yararlanma bulunsa aldanmış olan kimse satışı fesh edemez. Fakat yetim malını, aldatma olmasa bil alıcıya aşırı yarar sağlayacak şekilde satmak hukuka uygun olmaz. Vakıf malı ve Devlet malı da yetim malı hükmündedir.” GÜÇLÜ, a.g.e., s.126.

¹⁹⁰ ARSEBÜK, a.g.e., s.452.; SUNGUR, a.g.e., s.17.

¹⁹¹ KUMAŞ, a.g.e., s.129,130.

¹⁹² KUMAŞ, a.g.e., s.131.

¹⁹³ BARDAKOĞLU, Gabn, s.269’dan naklen.

¹⁹⁴ SUNGUR, a.g.e., s.17.

¹⁹⁵ KUMAŞ, a.g.e., s.156-177.

unsurları tecrübesizlik, müzayaka ve hiffet üst başlıkları ile ifade etmek mümkündür. Sonuçta İslam borçlar hukukundaki gabin teorisinin aldatılan açısından subjektif unsurları, Türk borçlar hukukundaki subjektif unsurlarla benzeşmektedir.¹⁹⁶

İslam Hukuku'nda müzayaka ve ihtiyaç kavramları aynı anlamı ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁹⁷ Bir tarafın müzayaka halinin gabinin subjektif unsuru olarak kabulü için bir tarafın karşı tarafın ihtiyacını istismar etmesi ile bedeller arasında aşırı oransızlık meydana getirmesi gerekmektedir.¹⁹⁸ Hanefi mezhebine göre bir tarafın müzayaka halinden (zor durumundan) yararlanılarak ivazlar arasında aşırı oransızlık meydana getirmek sözleşmeyi etkiler.¹⁹⁹

Yukarıda da belirtildiği üzere genel İslam Hukuku uygulamasında ve Mecelle'de oransızlığın fahiş olması ve ancak tağrîr (aldatma) ile birlikte dikkate alınması gerektiği belirtilmiş olsa da subjektif unsur sadece diğer tarafın sözlü veya fiili aldatmasının mevcut olması ile de sınırlı değildir. Taraflardan birinin ihtiyaç (müzayaka), bilgisizlik, irade zaafı, akıl zayıflığı, dikkatsizlik ve yaş küçüklüğü gibi eksikliklerinden istifade edilerek ya da güveninin kötüye kullanılarak gabinli işleme maruz kalması da ya tağrîr kapsamında değerlendirilerek ya da ayrı bir etken kabul edilerek İslam Hukuku'nda kural olarak fesih nedeni sayılmıştır.²⁰⁰

İslam Hukuku'nda müzayaka halinde kalan kişinin malını satmasında hile tehlikesi bulunduğu²⁰¹ kişinin ihtiyacı, darda kalması ve müzayakasının istismar edilmesi yasaklanmıştır.²⁰² Görüldüğü gibi ihtiyacın istismar edilmesi mağdur (aldatılan) açısından subjektif unsur olarak kabul edilmiştir.

Şafii mezhebinde “şehirlinin köylü adına mal satması” ihtiyaç durumunun istismar edileceği gerekçesiyle yasaklanmıştır. Burada aldatılan durumda olan köylünün ihtiyacını istismar eden ve gerçek değeriyle malı satmasına müsaade etmeyerek aldatan şehirlinin fahiş oransızlık yaratarak nispeten aşırı menfaat elde ettiği değerlendirilmektedir. Hanefi mezhebine göre de ihtiyacın sömürülmesinin

¹⁹⁶ KUMAŞ, a.g.e., s.178.

¹⁹⁷ KUMAŞ, a.g.e., s.168.

¹⁹⁸ KUMAŞ, a.g.e., s.169.

¹⁹⁹ KUMAŞ, a.g.e., s.170.

²⁰⁰ BARDAKOĞLU, Gabn, s.271

²⁰¹ KUMAŞ, a.g.e., s.171.

²⁰² KUMAŞ, a.g.e., s.172.

potansiyel olarak hileyi de barındırdığı gerekçesiyle ivazlar arasında fahiş oransızlığın da mevcudiyeti halinde gabin hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Benzer durumlarda da aynı hükümlerin uygulanmasında herhangi bir mahsur görülmemektedir.²⁰³

Ünlü fıkıh alimlerinin görüşleri değerlendirildiğinde, İslam borçlar hukukunda üç boyutlu bir gabin teorisine ulaşılmaktadır: Birinci boyut; basit oransızlığın (gabn-i yesîrin) bazı alanlarda tek başına hukukî sonuç meydana getirmesidir. Gabn-i yesîrin tek başına hukukî sonuç meydana getirdiği yerler on maddede²⁰⁴ ifade edilmiştir. İkinci boyut ise fahiş oransızlığın (gabn-i fahişin) tek başına yani aldatma fiilini olmadan hukukî sonuç meydana getirmesidir. Bu durum beş maddede²⁰⁵ ifade edilmiştir. Gabn-i fahişin tek başına hukukî sonuç meydana getirmesi genellikle aldanan açısından sübjektif unsurun varlığıyla mümkün olmaktadır. Bu çeşit bir gabin anlayışı Türk hukukundaki gabin anlayışıyla yakınlık arz etmektedir. Üçüncü boyut ise; üç unsuru içinde barındıran ve genel kabul gören “gabin teorisi”dir. Bu da objektif unsur olan fahiş oransızlık, aldatan açısından sübjektif unsur olan aldatma fiili ve aldatılan açısından sübjektif unsur olan aldatılanın zayıf durumu unsurlarının birlikte tahakkuk etmesiyle gerçekleşmektedir.

²⁰³ KUMAŞ, a.g.e., s.173.

²⁰⁴ “1) Borca batık kişinin, iflas sebebiyle tasarruf yetkisi kısıtlanmışken malını gabn-i yesîrle satması, 2) Terekesi ancak borçlarını karşılayacak durumda olan ölüm hastasının, hastalığı (marazü'l-mevt) esnasında mirasçıları dışındaki bir yabancıya gabn-i yesîrle satışta bulunması, 3) Ebû Hanîfe'ye göre ölüm hastasının mirasçılarına gabn-i yesîrli satım akdinde bulunması gabinin hukukî sonuçlarını meydana getirir. Hatta Hanefî doktrininde bu konuda ihtilafın olmadığı da ifade edilir. 4) Malının üçte birini vasiyet eden kimsenin ölüm hastalığındaki (marazü'l-mevt) gabn-i yesîrli satışta bulunması akde tesir eder. Yaptığı bu satış vasiyetin de dâhil olduğu malının üçte birlik kısmına tahsis edilir. 5) Vasinin, usûl ve fûruu gibi lehlerinde şahitliği kabul edilmeyen kimselerle yaptığı satım akdindeki az da olsa bedelsiz satış veya bedelinden fazlaya satın alma (muhâbât) akde tesir eder. 6) Tasarruf yapmaya izinli ve borçlu olan köleye efendisinin, gabn-i yesîrle satışta bulunması, 7) Satın almaya vekil olan kişinin, ekmeğin örneğinde olduğu gibi piyasa fiyatı herkes tarafından bilinen ve sabit olan maddelerin alımında gabn-i yesîrle aldanması akde tesir eder. 8) Sermayedarın, mudarebe şirketindeki malı gabn-i yesîrle satması, 9) Mudarebe şirketinde çalışan ortağın (mudarib) usûl ve fûruu gibi lehlerinde şahitliği kabul edilmeyen kimselerle yaptığı satım akdindeki az da olsa bedelsiz satma veya bedelinden fazlaya satın alma (muhâbât) akde tesir eder. Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre söz konusu işlem çalışan ortak, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise şirket adına geçerli olur. 10) Bir malı gasp eden, malın kıymeti hakkında yemin eder ve yemin ettiği kıymet üzerinden tazminde bulunur. Fakat gasp edilen malın, yemin edilen kıymetten az bir miktar bile fazla olduğu anlaşılırsa mal sahibi yapılan antlaşmayı bozabilir. Dolayısıyla buradaki gabn-i yesîr akde tesir eder.” KUMAŞ, a.g.e., s.117,118'den naklen.

²⁰⁵ “1) Küçüğün ve yetimin malı, 2) Vakıf malı, 3.) Hazine malı, 4) Akıl hastasının malı, 5) Bunama hastasının malı.” KUMAŞ, a.g.e., s.139-144.

Fıkıh alimleri fahiş oransızlığın haram olduğu konusunda ittifak etmelerine rağmen, alimlerin büyük bir kısmı fahiş oransızlık neticesinde yapılan akde hükümsüzlük yaptırımını gerekli görmemişlerdir.²⁰⁶ Fıkıh alimlerinin çoğunluğuna göre gabin, muhayyerlik hakkını²⁰⁷ vermekte ve mağdur akdi feshetme veya devam ettirme hakkına sahip olmaktadır. Gabinli akdin feshindeki son süre muhayyerlik bağlamında ele alınmakta olup çoğunluğu teşkil eden fıkıh alimlerine göre üç günden müteşekkildir. Bu süre gabinin anlaşılmasından sonra başlamaktadır.²⁰⁸ Mecelle’de de aldatılan kişinin sözleşmeyi iptal edebileceği hükme bağlanmıştır.²⁰⁹ Gabin sebebiyle feshedilen akit, feshedildiği andan itibaren geçersiz olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu akit feshedildiği ana kadar geçerli hükmünü almaktadır. Fakat icâre akdi²¹⁰ bundan istisna edilmektedir.²¹¹

Hanefî mezhebinece mevkûf olarak değerlendirilen gabinli sözleşmenin icazetle veya eksikliğinin giderilmesiyle geçerli hale gelebileceği kabul edilmektedir.²¹²

Mecelle’ye göre aldatılan kişinin ölmesi²¹³, aldatılan kişinin aşırı yararlanmayı bilmesine rağmen mal üzerinde malik olmanın verdiği yetki ile tasarrufta bulunması²¹⁴ ve fahiş fiyatla satın alınan malın elden çıkması ya da geri

²⁰⁶ KUMAŞ, a.g.e., s.267.

²⁰⁷ “Taraflardan birinin veya her ikisinin satım icâre gibi feshelverişli bağlayıcı akitleri feshetme veya onay verme hakkıdır. Muhayyerlikte akit ilgili taraf için bağlayıcı olmaktan çıkar. Çünkü bu hakkı olan taraf tek irade beyanıyla akdi sonlandırabilmektedir.” AKOT, a.g.e., s.33.

²⁰⁸ KUMAŞ, a.g.e., s.268,270.

²⁰⁹ Mecelle m.357: “Mütebâyi’andan biri diğerini tâğrîr edip de bey’de gabn-i fahiş olduğu tahahhuk etdikde mağbûn olan kimse bey’i fesh edebilir.” Günümüz Türkçesi Mecelle m.357: “Müşteri ve satıcıdan biri diğerini aldatıp da satışta aşırı yararlanma olduğu ortaya çıktığında aldatılma kişi satışı fesh edebilir.” GÜÇLÜ, a.g.e., s.126.

²¹⁰ “İslam borçlar hukukunda menfaatin ücret karşılığında temlik edilmesini konu alan, günümüzde kira, iş ve kısmen de istisnâ’ akdine tekabül eden akid.” Ali BARDAKOĞLU, “İcâre”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, Cilt:21, İstanbul, 2000, s.379.

²¹¹ KUMAŞ, a.g.e., s.269.

²¹² KUMAŞ, a.g.e., s.269.

²¹³ Mecelle m.358: “Gabn-i fahiş ile mağbûn olan kimsenin vefatında tağrîr da ‘vası vârisine intikal etmez.” Günümüz Türkçesi Mecelle m.358: “Aşırı yararlanma ile aldatılan kimsenin vefatında aldanma davası mirasçısına geçmez.” GÜÇLÜ, a.g.e., s.126.

²¹⁴ Mecelle m.359: “Tağrîr olunan müşteri bey’de gabn-i fahiş olduğuna muttali’ olduktan sonra mebi’de temellükün levâzımından olan bir vecih ile tasarruf eder ise artık hakk-ı fesih kalmaz.” Günümüz Türkçesi Mecelle m.359: “Aldatılan müşteri satışta aşırı yararlanma olduğunu öğrendikten sonra satışa konu şeyde malik olmanın gereği olacak bir şekilde işlem yaparsa artık fesih hakkı kalmaz.” GÜÇLÜ, a.g.e., s.126.

vermeye engel olacak kusurun bulunması²¹⁵ durumlarında sözleşme iptal edilemez. Görüldüğü üzere aşırı yararlanma sebebiyle fesih hakkı mirasçılara intikal etmez.

İslam Hukuku'nda tazminat talebine yer verilmemiştir. Satış sözleşmesi gabin sebebiyle feshedildiğinde taraflar yalnızca verdiklerini geri almakla yetinmektedirler.²¹⁶

1.4. Türk Borçlar Kanunu'nda Müzayakamın Borç İlişkilerine Etkisi

1.4.1. Genel olarak

Müzayaka hali, TBK m.28 ve 32/2'de yer aldığı üzere hukuki işlemlere etkili sonuçlar doğururken TBK m.52/2 ile de haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

Bahse konu hükümler hem genel hem de özel borç ilişkilerinden uygulandığı gibi TMK m.5 yollaması ile uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulurlar.

1.4.2. Hukuki işlemlere etkisi

1.4.2.1. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelere etkisi

TBK m.28'de yer alan müzayaka hali, ileride detaylı olarak inceleneceği üzere aşırı yararlanmada karşılıklı edimler arasında objektif şart olan açık bir oransızlık arandığından bu hükmün uygulanabilmesi için iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme veya hukuki işlem bulunmalıdır. Edim ile karşı edim arasında bir karşılıklılığı ifade eden tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) satım, kira, hizmet, simsarlık, eser, mal değişimi gibi sözleşmelerde TBK m.28 uygulama alanı bulur. Kıyasen çok taraflı sözleşmelerde de uygulanabilmektedir.

İki tarafın da edim yükümlülüğü altına girdiği ancak bunların karşılıklı değişim ilişkisi içinde olmadığı kullanım ödöncü sözleşmesi²¹⁷ faizsiz tüketim

²¹⁵ Mecelle m.360: "Tağrîr ve gabn-i fahiş ile iştirâ olunan mebi' telef ya müstehlek olsa veyahut meb^ı'de mu'ayyeb olmak ve 'arsa olup da üzerine bina yapılmak gibi bir keyfiyyet hudûs etse mağbûn olan kimsenin bey'i feshe salâhiyeti kalmaz." Günümüz Türkçesi Mecelle m.360: "Aldatma ve aşırı yararlanma ile satın alınan mal telef olsa veya tüketilse ya da o malda bir ayıp oluşsa veya alınan şey arsa ise üzerine bina yapılmak gibi bir durum ortaya çıksa aldatılan kimsenin satışı feshetme yetkisi kalmaz." GÜÇLÜ, a.g.e., s.126.

²¹⁶ KUMAŞ, a.g.e., s.270.

ödüncü sözleşmesi²¹⁸, ücretsiz vekalet sözleşmesi²¹⁹ gibi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK m.28 uygulama alanı bulamaz.

Tüketim ödüncü sözleşmesinde faiz kararlaştırılması durumunda, kira sözleşmesi niteliği kazanacağından kullanım ödüncü sözleşmesi belirli bir ücret karşılığında yapılmışsa ve vekalet sözleşmesinde ücret belirlenmesi ya da teamül gereği yapılan vekalet ücrete hak kazandırıyorrsa bu sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği kazanacağından TBK m.28 uygulama alanı bulacaktır.

TBK m. 38/2 gereğince bir hakkı veya kanundan doğan bir yetkiyi kullanmak “tehdit edilen tarafı müzayaka halinde bırakarak kendisini aşırı menfaatler terk etmesine zorlamak için kullanılmış” ise tehdit hukuka aykırıdır. Bu durum sözleşmelerde sıkça karşılaşılan bir hal olduğundan kurulan sözleşmelerde unsurları bulunması durumunda TBK m. 38/2 hükmü uygulanabilir.

1.4.2.2. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere etkisi

Karşılıklı edimler arasında objektif şart olan açık bir oransızlık arandığından tek taraflı hukuki işlemlerle ivazsız sözleşmelerde aşırı yararlanma düşünülemeyeceğinden aşırı yararlanmada müzayaka hali ancak ivazlı akitlerde rastlanabilen bir durumdur.²²⁰

Her ne kadar aşırı yararlanma, edimler arasında açık bir oransızlık aranması nedeniyle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulsa da korkutmanın bir irade bozukluğu olması ve korkutulanın irade özerkliği fesada uğratıldığından hukuksal korkutma, bağışlama sözleşmesi gibi tek tarafa borç

²¹⁷ TBK m.379: “Kullanım ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.”

²¹⁸ TBK m.386: “Tüketim ödüncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.”

²¹⁹ TBK m.502: “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.

Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.

Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.”

²²⁰ ARSEBÜK, a.g.e., s.452.

yükleyen sözleşmelerde ve vasiyet gibi tek taraflı hukuki işlemlere de konu olabilir.²²¹

1.4.3. Haksız fiilden doğan borç ilişkilerine etkisi

TBK m. 52/2 hükmüne göre “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” Görüldüğü üzere müzayaka hali tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir durumdur.

BK m.52/2 hükmü hem kusur hem de sebep sorumluluğunda hatta aksine özel hüküm bulunmadıkça diğer özel kanunlarda düzenlenen sorumluluklarda da uygulanabilecektir. Ayrıca TBK m. 114/2 uyarınca sözleşmeye aykırılıktan doğan zararların tazmininde de bu indirim sebebi uygulanabilir.²²²

1.4.4. Diğer hukuksal kurumlarla ilişkisi

1.4.4.1. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi

TBK m. 611’e göre ölünceye kadar bakma sözleşmesi “bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”

Bakım alacaklısı, üstlendiği edimleri sağlığındaiken sağlar arası bir hukuki işlemle yerine getiriyorsa borçlar hukukuna tabi, ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getiriyorsa miras hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi söz konusu olur. TBK’ya tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, rızai, sonuçları talih ve tesadüfe bağlı, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir.²²³

TBK m.616/1’e göre “Tarafların edimleri arasında önemli ölçüde oransızlık bulunur ve fazla alan taraf kendisine bağışta bulunulma amacı güdüldüğünü ispat edemezse diğer taraf, altı ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, sözleşmeyi her zaman feshedebilir.” Görüldüğü üzere burada da her ne kadar edimler arasında

²²¹ Harun DEMİRBAŞ, Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2012, s.30.

²²² Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, Yetkin, 2015, s.770.; TİFTİK, Maddi Tazminat., s.94.; Haluk N. NOMER, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul: Beta, 1996, s.152.

²²³ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı). Ankara: Yetkin, 2016, s.812.

önemli ölçüde oransızlık aransa da aşırı yararlanmada bulunan ve bu oransızlığın zarar görende bulunan zayıflıklardan yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi şartı ölünceye kadar bakma sözleşmesinin iptalinde aranmaz. Ayrıca TBK m.28’de yer alan bir ve beş yıllık hak düşürücü süreler burada söz konusu değildir.

Burada da oransızlığın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerekir. Ancak bakım alacaklısının ne kadar süre yaşayacağı ya da ihtiyaçlarının ilerleyen dönemlerde artabilme durumu sözleşmenin kurulduğu anda bilinemeyeceğinden oransızlığın kimin zararına olduğu tespit edilemez. Bu sebeple de aşırı yararlanma için kabul edilen hak düşürücü süreler dolmuş olacağından ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde aşırı yararlanma iddiası nadiren ileri sürülmektedir.²²⁴

EREN, edimler arasında önemli ölçüde oransızlık unsurunun sözleşmeden dönen tarafa tercihine göre aşırı yararlanma hükümlerine de başvurma imkanı vereceğini²²⁵ savunsa da Yargıtay, ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde aşırı yararlanma hukuksal nedenine dayanılamayacağı görüşündedir.²²⁶

1.4.4.2. Teminat sözleşmeleri

Teminat, borçlunun borcun ifası için alacaklıya verdiği güvencedir. Teminat şahsi ve ayni olmak üzere ikiye ayrılır. TBK m. 581’de tanımlandığı üzere “kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği” kefalet sözleşmesi şahsi teminata, bir taşınmaz veya taşınır mülkiyeti üzerinde kurulan rehin hakkı ise ayni teminata örnektir.

Kefalet de rehin hakkı da asıl alacağa bağlı fer’i haktır ancak rehin hakkı aynı zamanda sınırlı ayni bir haktır. Asıl borç herhangi bir sebeple sakatlanırsa bağlı haklar da sakatlanır.

Alacaklı ile borçlu arasındaki asıl borç ilişkisinde aşırı yararlanma mevcut ise kefil, alacaklıya karşı TBK m.28’de yer alan ve aşırı yararlanmaya maruz kalana tanınan yenilik doğuran hakları kullanmaya yetkili olmasa da bu durumu bir defa olarak ileri sürebilir, ödeme yapmaktan kaçınabilir. Ancak asıl borçlu hak düşürücü

²²⁴ Turan ŞAHİN, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara: Yetkin, 2019, s.194.

²²⁵ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı). Ankara: Yetkin, 2016, s.825.

²²⁶ Y.1.HD. 04.06.1982 tarihli ve 1982/7601 E., 1982/7420 K. Sayılı kararı.

süre içerisinde bu haklarını kullanmaz ya da icazet verirse kefil bundan sonra geçerli hale gelen asıl borç ilişkisi yönünden sorumlu olacaktır.²²⁷

TMK m.873/2 ile taşınmaz rehininde, TMK m.949 ile de taşınır rehininde geçerli olmak üzere alacağın muaccel olmasından önce yapılan, borçlunun, borcunu vadesinde yerine getirmedeği takdirde rehinli alacaklının teminat konusu şeyin mülkiyetini kazanacağına dair sözleşmeler geçersizdir. Bu durum *Lex Commissoria* yasağı olarak adlandırılmaktadır. Bu yasakla çağdaş rehin hukuku sistemi korunmak istendiği gibi rehin verilen taşınır ya da taşınmazın değeri rehinli alacağın değerinden fazla olduğu durumlarda krediye muhtaç ve zor durumda kalan taşınır veya taşınmaz malikinin aşırı yararlanmaya karşı korunması amaçlanmıştır.²²⁸

Lex Commissoria anlaşmaları kanuna aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılsa da rehinli alacağın muaccel olmasından sonra taraflar rehinli taşınır veya taşınmazı ifayı hedef tutan eda ve ifa yerini tutan eda (*datio in solutum*) olarak rehinli alacaklıya devredebilirler. Bu durumda şartları mevcut ise aşırı yararlanma hükümleri uygulanabilir.²²⁹

1.4.4.3. En yüksek sınırı aşan işlemler

Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmeler TBK m. 27/1 gereğince kesin olarak hükümsüzdür. TBK m.27/2, 1'inci cümlede “sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği”; TBK m.27/2, 2'nci cümlede ise “ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı” belirtilmiştir.

TTK m.1530/1'de “Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.” hükmü yer almaktadır.

²²⁷ KALKAN, a.g.e., s. 107.

²²⁸ M. Kemal OĞUZMAN, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku (19. Baskı), İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s. 954.

²²⁹ KALKAN, a.g.e., s. 108.

TBK m.27 ve TTK m.1530/1 birlikte değerlendirildiğinde, yetkili makamlarca belirlenmiş satış fiyatını aşan bir bedelle kurulan sözleşmenin, yetkili makamlarca belirlenmiş bedel üzerinden yapılmış sayılacağı ve satıcının sözleşme ile kararlaştırılan bedelin ödenmemesi halinde bu sözleşmeyi yapmayacağı şeklindeki iddiasının da dinlenmeyeceği sonucuna varılmaktadır. TTK m.1530'in amacı, özellikle savaş, ekonomik bunalım gibi sebeplerle ithalatın veya üretimin azaldığı zamanlarda ekonomik olarak zor durumda bulunan bahse konu mal ve hizmetlere ihtiyaç duyanların çıkarlarını korumaktır.²³⁰

ARKAN tarafından TTK m.1530/1'de açık bir şekilde ticari hükümlerden söz edilmesi nedeniyle bu maddenin sadece ticari hükümlere tabi ticari işletmelere uygulanması gerektiği değerlendirilmektedir.²³¹

Ticari işlerde, TTK m.1530/1'in TBK m.28 karşısında daha özel bir düzenleme olması ve aşırı bedel alan açısından da sözleşmeyi tamamen geçersiz kılma imkanının olmaması karşısında iki hüküm arasında yarışmanın söz konusu olmayacağı, bedel yüksekliği halindeki aşırı yararlanma durumunda da TTK m.1530/1'in uygulanması daha yerindedir.²³²

1.4.4.4. Fahiş faiz

Faiz, hukuki olarak alacağın medeni semeresi, ekonomik yönden ise borç alınan sermayenin geliri olarak tanımlanmaktadır.²³³ Faize ilişkin hükümler esas itibariyle 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, TBK ve TTK'da düzenlenmiştir. Faiz, varlığı asıl alacağa bağlı fer'i bir haktır.

Aşırı yararlanmada birbirinin karşısında bulunan karşılıklı edimler bulunurken fahiş faizde sözleşmenin kurulduğu anda sadece bir oran mevcuttur. Aşırı yararlanmanın bulunup bulunmadığı sözleşmedeki asıl edimler incelenerek belirlenirken fahiş faiz halinde tüketim ödücü sözleşmesinde olduğu gibi ödünç alınanın iadesi ile fer'i borç olan faiz oranlanmaktadır. Yine de belirlenen faiz

²³⁰ Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku (22. Bası), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016, s.89.

²³¹ ARKAN, a.g.e., s.89.

²³² KALKAN, a.g.e., s. 162.

²³³ Andreas von TUHR, a.g.e., s.61.

miktarı ile ödenecek faiz miktarının tayini mümkün olduğundan faiz konusunda da aşırı yararlanmadan bahsetmek teknik olarak mümkündür.²³⁴

TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce 5'inci maddesi ile hem 22 Mart 1303 tarihli Murabaha Nizamnamesini hem de Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununda kanuni faiz temerrüt faizi oranlarını belirleyen hükümleri kaldıran 19.12.1984 tarihli 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un birinci maddesi ile "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde on iki²³⁵ oranı üzerinden yapılacağı" hükmü getirilmiş, tarafların adi ve ticari faiz oranlarını diledikleri gibi kararlaştırabilecekleri kabul edilmişti. Ancak TBK'nın yürürlüğe girmesiyle adi faizlere yönelik olarak TBK m.88/1 ile "faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranının, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği", TBK m.88/2 ile de "sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı"; temerrüt faizleri bakımından ise TBK m.120/1 ile "uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranının, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği" TBK m.120/2 ile "sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağı" hükümleri ile 3095 sayılı Kanun'a bir sınırlama getirilmiştir.

Bu çerçevede, 818 sayılı eBK döneminde, sözleşme ile faiz oranının fahiş şekilde belirlenmesi durumunda gabin (eBK m.21), ahlaka aykırılık (eBK m.20/1) ve dürüstlük kurallarına aykırılık hükümlerinin faiz borçlusu lehine olacak şekilde uygulanabileceği doktrinde savunulurken, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesi ile TBK m.88 ve 120'de belirtilen oranların aşılması, kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden aşırı yararlanma ve ahlaka aykırılık hükümlerine başvurmaya gerek kalmadan TBK m.27/2 çerçevesinde kısmi geçersizlik gündeme gelecek ve fahiş faiz kanunen belirlenen seviyeye indirilecektir.²³⁶

²³⁴ ELBİR, Fahiş Faiz, s.874.

²³⁵ Kanuni faiz oranının, 1/1/2006 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık %12'den %9'a indirilmesi 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kararlaştırılmıştır.

²³⁶ ÜÇER, Faiz, s.224,225.

TTK m.8'e göre faiz oranı ticari işlerde serbestçe belirlenebilir. Buna göre TBK m.88 ve 120'de yer alan faiz sınırlamaları, tüketici işlemleri dışında işin ticari olması durumunda uygulanmayacaktır. TTK m.18/2 gereği ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş insanı gibi hareket etmesi gereken tacirler, birbirleri arasında yapacakları sözleşmelerde faiz oranlarını belirlemede tacir olmayan kişilere göre bir sınırlamaya tutulmamışlardır. Ancak edimler arasındaki oransızlık ahlaka aykırılık düzeyindeyse ve bu oransızlık tacirin ekonomik olarak mahvına neden olacak seviyede ise ve aşırı yararlanmanın diğer koşulları da mevcut olması durumunda zarar gören tacir TBK m.28 hükmüne dayanabilir.²³⁷

1.4.4.5. Aşırı ceza koşulu

TBK'nın 179 ile 182'inci maddeleri arasında ceza koşulu hükümleri düzenlenmiştir. Ceza koşulu, borçlunun borca aykırı davranması durumunda, miktarı belirli bir ödemeyi daha sözleşmenin kurulması sırasında taahhüt etmesidir. Asıl amacı borçluyu sözleşme ile taahhüt ettiği şekilde davranmaya sevmek olan ceza koşulunun diğer amacı ise zarar gören alacaklının zararı ve miktarını ispat etmek zorunda kalamadan tazminat elde edebilmesini sağladığı için alacaklıyı daha elverişli hale getirmektir.²³⁸

Ceza koşulu asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borçtur. Bu sebeple asıl borcun kaynağı olan sözleşme çalışmanın konusu olan aşırı yararlanma ve hukuksal korkutma nedeniyle (genel olarak irade bozuklukları) iptal edilirse ceza koşulu da hükümsüz olacaktır.

Asıl sözleşme değil de ceza koşulu kararlaştırılırken irade hukuksal korkutma nedeniyle sakatlanmış ise bu durumda ceza koşuluna ilişkin işlem iptal olunabilir.

Ceza koşulu, TBK m. 182/1 çerçevesinde taraflarca serbestçe belirlenebilirken TBK m. 182/3 gereğince hakime aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme yetkisi tanınmıştır. Görüldüğü üzere aşırı yararlanmanın objektif unsurunu içinde barındırması nedeniyle bir benzerlik göze çarpsa da iki kurum arasında farklılıklar mevcuttur. Aşırı yararlanma iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulurken ceza koşulu tek tarafa borç yükleyen

²³⁷ Hayrettin ÇAĞLAR, Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 4, Aralık 2016, s.81.

²³⁸ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.980.

sözleşmelerde de mümkündür. Ceza koşulunda hakime indirim yetkisi re'sen tanınmışken, aşırı yararlanmayı iddia ve sözleşmeyi iptal yahut edimler arasındaki oransızlığı gidermeyi talep zarar gören tarafından ileri sürülmelidir. Ayrıca ceza koşulunda indirim talebi için aşırı yararlanmada bulunan sübjektif unsurların varlığına ihtiyaç yoktur.²³⁹

Ceza koşulu ödeme taahhüdü karşılık bir edim neticesinde verilen bir taahhüt olmadığından ve TBK m. 182/3 gereğince hakime açıkça aşırı olan ceza koşulunu indirme yetkisi tanındığından asıl borçta aşırı yararlanma söz konusu değilse ve sadece aşırı ceza koşulu kararlaştırılmış ise burada aşırı yararlanma hükümleri uygulanmaz sadece ceza koşulunda indirime gidilebilir.²⁴⁰

TTK m.22'ye göre "Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121'inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525'inci maddesinde yazılı hallerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez." Bahse konu maddenin uygulanabilmesi için borçlu tacir olmalı ve ceza koşulu tacirin ticari işletmesi ile ilgili bir borca dair olmalıdır. Ancak bu durumlarda dahi tacirin ticari olarak mahvına neden olabilecek yükseklikteki ücret ve ceza koşulu ahlaka aykırı sayılacağından TBK m.27 hükmü uyarınca kesin geçersiz olacağı doktrin ve Yargıtay²⁴¹ kararlarında kabul edilmiştir.²⁴²

²³⁹ KALKAN, a.g.e., s. 166.

²⁴⁰ KALKAN, a.g.e., s. 167.

²⁴¹ Y.13.HD. 2003/587 E., 2003/1034 K.

²⁴² ÇAĞLAR, a.g.m., s.79, 80.

İKİNCİ BÖLÜM

ZOR DURUMDA KALMADAN AŞIRI YARARLANMA

2. Zor Durumda Kalmadan Aşırı Yararlanma (TBK m.28)

2.1. Genel Olarak-Aşırı Yararlanmanın Dayandığı Esaslar

Türk Borçlar Kanunu ve hemen hemen modern bütün hukuk sistemlerinde sözleşmeler için geçerli ilke kural olarak sözleşme özgürlüğüdür.²⁴³ Taraflar, sözleşmenin içeriğini (TBK md.26) diğer bir deyişle koşullarını ve karşılıklı edimlerini özgürce belirleyebilirler. İrade özerkliği²⁴⁴ ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde karşılıklı edimler arasındaki denge, taraflarca diledikleri gibi kararlaştırılabilir. Ancak bu özgürlük bazı durumlarda adalet duygusunu sarsabilmektedir. Bu adaleti sarsıcı durumu gören kanun koyucuların, sözleşmelere belirli hal ve şartlarda müdahale edilmesi gerektiğini düşündükleri kurumlardan birisi de “aşırı yararlanma (gabin)”dır.

“BK m.21’de (TBK m.28) yer alan gabin, çağımız hukukuna hakim olan ilkelere ve insan tabiatına çok uygun düşen bir hukuki müessesedir. İnsan yaradılışı gereği, yaptığı alışverişlerde aldığına verdiği eşit olmasını ister. Karşılıklı edimleri kapsayan sözleşmelerde, alınan ile verilen arasında hoşgörülük sınırlarını aşmayan ve bir tarafın sömürüldüğü kanısını uyandırmayan bir dengenin bulunması zorunludur. Alışverişler rulet oyunu olmadığına göre ‘bir koy, iki al’ havası içinde yürütülemez.

İdeal alışverişlerde karşılıklı edimler birbirine eşit sayılan değerlerden oluşur. Normal alışverişlerde göze batmayan ve taraflardan birinin aldatıldığı kaygısı doğurmayan, olağan sayılabilecek bir değer farkı vardır. Anormal alışverişlerde ise herkesin gözüne çarpan bir aşırı yararlanma durumu mevcuttur. Bu gibi hallerde alışveriş terazisinin bir kefesi havada öteki yerededir. Sözleşme serbestliğine rağmen kanun ve ahlakın hoş

²⁴³ von TUHR, a.g.e., s.311; ARSEBÜK, a.g.e., s.452.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.231.; SUNGUR, a.g.e., s.15.

²⁴⁴ EREN, a.g.e., s.417.

karşılamağığı, taraflardan birinin ötekini sömürdüğü bu gibi alışverişlerdir.”²⁴⁵

TBK md.28 (eBK md.21) etik düşüncenin saf ve doğru bir anlayışı olarak zayıfları kuvvetlilere karşı koruma eğiliminin bir neticesidir. Aşırı yararlanma kurumunu/kavramını kabul ettiren sebep TMK'nın 2 ve 3'üncü maddelerinde yer alan dürüstlük ve iyi niyet esaslarına tamamen aykırı bir durum ile karşılaşan hakimin eline bir silah verme gerekliliğidir.²⁴⁶

Aşırı yararlanmanın (gabin) düzenlendiği TBK md.28'e (eBK md.21)²⁴⁷ göre “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.”

Görüldüğü üzere Kanun edimler arasında mutlak bir eşitlik aramamış, her oransızlığın sözleşmelerin geçersizliğine neden olacağına hükmetmemiştir. Nitekim ticaret ile uğraşanlar “kâr” adı verilen edimler arasındaki fark ile hayatlarını idame ettirirler. Ancak Kanun, bu kârın fahiş olmasını ve bunun da karşı tarafın şahsında bulunan kötü bir durumdan istifade suretiyle elde edilmesini ahlaka ve dürüstlük kurallarını aykırı kabul ederek buna bir sınır getirmek istemiştir.²⁴⁸ İktisaden zayıfı güçlüye ezdirmemek için sosyal amaçlarla²⁴⁹ getirilen bu müdahale ile olumsuz koşullar içerisinde bulunan ve korunmaya muhtaç olan tarafın diğer tarafça sömürülmesi engellemek istenmiştir.

Bir görüşe göre Kanun, aşırı yararlanmayı zayıfları ve tecrübesizleri korumak maksadıyla, müzayaka halinde bulunanları da maddi ve manevi baskı neticesinde sözleşmeyi yapmış saydığından bundan dolayı da iradeyi fesada uğratan sebep

²⁴⁵ Y.1.HD. 21.11.1974 tarihli ve 10284/8745 sayılı kararı. (Akt. FEYZİOĞLU, a.g.e., s.249.)

²⁴⁶ SUNGUR, a.g.e., s.19.

²⁴⁷ eBK m.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.”

²⁴⁸ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.231.

²⁴⁹ ÖZKAYA, Gabin, s.17.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.230.

olmasından ve aşırı yarar temin etmeyi, aldatmayı, istismarı ahlaka aykırı saydığından ahlaki ve toplumsal nedenlerle iptal sebebi saymıştır.²⁵⁰

Diğer bir görüşe göre ise sadece ekonomik bakımdan zayıf olanı değil, her türlü sözleşmede haksızlığa uğrayana bir çare sağlamak için öngörüldüğünden TBK m.28 sosyal bakımdan taraflar arasındaki eşitliği sağlamak amacını güder.²⁵¹

Aşırı yararlanmayı rızayı bozan sebeplerden biri olarak görenler bunu taraflar arasındaki dayanışmaya, ahlak kaidelerine ve iyi niyet kurallarına dayandırır. Sözleşme özgürlüğü asıl ise de nasıl ki reşit olmayanlar ayrı reşit olanlar ayrı tarzda korunmuşsa zayıf da kuvvetliye karşı korunmalıdır. Bir toplumun gelişimi ve ilerlemesi için bireyleri hukuki işlemlerde serbest bırakmanın yanında genel olarak toplum da düşünülmeli, yasa koyucu ferdiyetçi olmasını bildiği gibi dayanışmayı da ihmal etmemelidir. Bunun için de en uygun düzen genel bir hükümlerle ortaya atılan fikirleri mümkün olduğu kadar uzlaştırmak ve herkesi memnun etmeye çalışmaktır. Bu düşünceyle bazı ülkeler aşırı yararlanmayı birkaç hukuki işleme tabi tutarken TBK’da genel bir hüküm olarak kabul edilmiştir.²⁵²

Aşırı yararlanma iddiaları karşısında sözleşmenin taraflarından ziyade toplum bakımından işlem güvenliğini göz önünde tutmak gerekir. TBK açıkça kayıt altına alarak sübjektif unsurları bir gereklilik olarak gördüğünden bugün kabul edilen aşırı yararlanma kurumu sadece ivazlar arasındaki eşitsizliğe dayandırılmaz. Çünkü her sözleşmede bir taraf kazanırken diğeri kaybetmektedir. Sözleşmenin her bir tarafı karşı tarafın zihninde kendi ediminin, karşı edimden daha üstün olduğu düşüncesini uyandırmaya çalışırken kendi içinde bu sözleşmeden kârlı çıktığını hiç değilse karşılıklı edimlerin eşit olduğunu düşünür.²⁵³ Kazanç ve kaybın her durumda kişiye göre değişmesi ve değer (kıymet) kaygan bir kavram²⁵⁴ olması nedeniyle objektif hukukun bu alandaki müdahalelerini faydalı kılmaz. Bu sebeple aşırı yararlanma için kesin ve genel bir ölçü belirlenemez.²⁵⁵ Zira alacaklının maruz kalabileceği hasar

²⁵⁰ SUNGUR, a.g.e., s.19.

²⁵¹ ESENER, a.g.e., s.161.

²⁵² BİRSEN, a.g.e., s.80.

²⁵³ SUNGUR, a.g.e., s.26.

²⁵⁴ “Bir kimse için hiç kıymetinde olan bir tablo, diğeri için yüz lira değerinde olabilir.” BİRSEN, a.g.e., s.79.

²⁵⁵ ARSEBÜK, a.g.e., s.454

tehlikesi çok yüksek faizi bile meşru kılabilir.²⁵⁶ Toplumsal gelişime engel olan sınıf eşitsizliğine meydan vermemek için Mecelle ve Fransız Hukuku'nda olduğu gibi nispetsizliği belirli bir rakamla tespitten kaçınarak toplumsal hayatın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde genel hükümlerle düzenlemesinin ve her durum ve şarta göre hakime geniş takdir yetkisi vermesinin nedeni budur.²⁵⁷

Çalışmanın devamında incelendiği üzere sübjektif unsurları kadar maddi oransızlık hakkında da farklı yorumları içinde barındırması nedeniyle şartların çokluğu ve açıklıktan uzak oluşu basitliğe yönelen bir kanunu ağırlaştırdığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bu durum ahlak bakımından kabule şayan, fakat hukuk bakımından tehlikeli bir şefkat prensibini ifade etmektedir.²⁵⁸

2.2. Aşırı Yararlanmanın Tanımı, Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlardan Farkı

2.2.1. Aşırı yararlanmanın tanımı

eBK m.21 başlığı olan gabin kelime olarak Arapça “gabn”den gelmektedir ve anlamı “aldatmak” demektir.²⁵⁹ Ancak gabin hukuk terimi olarak daha geniş bir anlam kazanmış kendine özgü başka bir durumu ifade eder hale gelmiştir.

Doktrinde aşırı yararlanmanın pek çok tanımı yapılmıştır.

Tunçomağ'a göre, *“Edim ile karşı edim arasında bir oransızlık (nispetsizlik) bulunduğu, çok düşük olan karşı edim için çok yüksek bir edim veya bunun aksine, çok yüksek olan bir karşı edim için düşük bir edim taahhüt olunduğu takdirde -aşırı yararlanma (gabin)- den söz edilir.”*²⁶⁰

²⁵⁶ “Netekim deniz ödünçüne de verilen faizin -ki buna pirim derler- serbestçe tayin edilmesi de bundan ileri gelir.” ARSEBÜK, a.g.e., s.454. Deniz Ödünçü: eTK m.1159: “Bu kanunun tatbiki bakımından deniz ödünçü bir mukaveledir ki, onunla kaptan, bu sıfatla, kanunun kendisine verdiği yetkilere dayanarak bir prim temin ve gemiyi, navlunu ve yükü veya bunlardan birini yahut birkaçını rehnetmek suretiyle ödünç para alır; ödünç veren kimse alacağını ancak rehin gösterilen şeyler üzerinden tahsil eder ve bunu yalnız geminin, ödünç muamelesine sebep olan yolculuğun biteceği yere ulaşmasından sonra isteyebilir.” eTK m.1162: “Deniz ödünçü priminin haddini tayinde, taraflar tamamiyle serbesttirler.”; “Antik Yunan ve Roma medeniyetlerinde de bir tür nakliyat sigortası vardı. Gemi sahipleri, ticaret seferine çıkacakları zaman sermaye olarak ‘deniz ödünçü’ denilen bir borç alırlardı. Eğer gemi sağ salim geri dönerse, gemi sahibi deniz ödünçünü misliyle geri öderdi. Ancak gemi yolda batarsa, ‘deniz ödünçü’ gemi sahibinde kalırdı.” Sigortanın Tarihçesi <https://www.guvenisigortam.com/BilgiMerkezi> (son erişim 28.06.2021)

²⁵⁷ ARSEBÜK, a.g.e., s.454.; SUNGUR, a.g.e., s.19.

²⁵⁸ Paul Ossipow, De la Lesion, Lausanne: Impr. réunies, 1940. (Akt. SUNGUR, a.g.e., s.4, 20).

²⁵⁹ ARSEBÜK, a.g.e., s.451.

²⁶⁰ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.380.

Saymen ve Elbir'e göre: *"İki tarafa borç yükleyen akdin inşası anında mevcut ve bir tarafın müzayaka, hiffet yahut tecrübesizliğinin istismarından neşet eden ve akdin feshini mucip olan edimler arasındaki açık nispetsizliktir."*²⁶¹

Feyzioğlu'na göre: *"iki yana borç yükleyen akidlerde, taraflardan birinin diğer tarafın zor durumundan, işi hafife alışından veya tecrübesizliğinden yararlanarak ivazlar arasında açık bir nispetsizlik yaratması ve böylece onu sömürmüş olması hali"*dir.²⁶²

Dalamanlı ve Kazancı'ya göre: *"akitlerden bir diğerinin sıkıntısından veya zaafından veyahut tecrübesizliğinden yararlanarak bir şeyi mali değerinden çok az bir fiyatla almak veya değerinden çok fazla fiyatla satmak veyahut değerinden çok az bir ücretle iş yapmak veya yaptırmak suretiyle aşırı menfaat sağlaması keyfiyetine gabin denir."*²⁶³

Kılıçoğlu'na göre: *"taraflardan birinin içinde bulunduğu olumsuz koşulların, diğer tarafça sömürülmesini ve dolayısıyla aşırı yararlanılmasını engelleyen hukuksal koruma yoludur."*²⁶⁴

Aşırı yararlanma, objektif ve sübjektif unsurları da kapsayacak şekilde, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, bir tarafın, sözleşmenin kurulması sırasında diğer tarafın mevcut zor durumda kalmasından, deneyimsizliğinden ve düşüncesizliğinden yararlanarak karşılıklı edimler arasında herkesin gözüne çarpacak kadar açık oransızlık meydana getirmesi şeklinde tanımlanabilir.

2.2.2. Aşırı yararlanmanın hukuki niteliği

Aşırı yararlanmayı, Fransız doktrininde hakim olan görüş çerçevesinde rızayı bozan sebeplerden biri olarak gören görüşler²⁶⁵ bulunmaktaysa da doktrinde kabul edilen çoğunluk görüşüne göre hukuka, ahlaka aykırılık ile imkansızlık gibi kişilerin

²⁶¹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.231.

²⁶² FEYZİOĞLU, a.g.e., s.248.

²⁶³ Lütfü DALAMANLI ve Faruk KAZANCI, İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu Cilt: I. İstanbul: Kazancı, 1990, s.250.

²⁶⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.292.

²⁶⁵ BİRSEN, a.g.e., s.79.

serbestine bir sınır çizildiğinden aşırı yararlanma sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır.²⁶⁶

Ayrıca konuya kanunun sistematigi açısından bakıldığında, TBK aşırı yararlanmaya “F. Sözleşmenin İçeriği” kenar başlığı altında yer vermiş, rızayı sakatlayan sebepleri “G. İrade Bozuklukları” kenar başlığı altına almıştır. Böyle bir düzenlemenin kanun koyucunun aşırı yararlanmayı bir irade bozukluğu olarak değil de bilakis sözleşmenin içeriğine yönelik taraflara tanıdığı serbestiye, ahlak ve dürüstlük sınırları çizmek istediğini göstermektedir.²⁶⁷

Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlama olmasında sübjektif unsurun önemi büyüktür. Zira diğer tarafın zarar görenin içinde bulunduğu özel bir durumdan yararlanarak fahiş menfaat temin etmesi ahlak ve dürüstlük kurallarına aykırı görülmüştür.²⁶⁸

2.2.3. Aşırı yararlanmanın benzer kavramlardan farkı

Aşırı yararlanma hükümleri ile sözleşmenin kurulduğu anda ivazların mümkün olduğunca denk olmasını sağlanmaya çalışılmaktadır. Sözleşmenin kurulması sonrasında meydana gelen olaylar neticesinde edimler arasında ortaya çıkan kıymet değişimleri aşırı yararlanma hükümlerinin konusu değildir.²⁶⁹ (Mücbir sebep, fevkalade haller dolayısıyla sözleşmelerin yeniden tetkiki gündeme gelir.)²⁷⁰ Sözleşme kurulduktan sonra tarafların iradeleri dışında edimler arasındaki dengenin bozulması neticesinde zarar gören aşırı yararlanma sebebiyle sözleşmenin iptalini isteyemese de belki aşırı ifa güçlüğü (emprevizyon) hali söz konusu olabilir.²⁷¹ Bu durumda, şartları varsa TBK m.138²⁷² uygulanır.

²⁶⁶ von TUHR, a.g.e., s.311 ARSEBÜK, a.g.e., s.453.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.380.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.230.; SUNGUR, a.g.e., s.15; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.249.; ESENER, a.g.e., s.161.; ÖZKAYA, Gabin, s.17.

²⁶⁷ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.232.

²⁶⁸ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.254.

²⁶⁹ ATAAY, a.g.e., s.269.

²⁷⁰ SUNGUR, a.g.e., s.20.

²⁷¹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.234; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.251.

²⁷² TBK m.138: Aşırı ifa güçlüğü

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara

Sadece objektif unsur olan edimler arasındaki aşırı oransızlık değil aynı zamanda karşı tarafta bulunan sübjektif unsurların istismarının da gerçekleşmesi gerektiğinden murabaha (çok yüksek faiz kararlaştırılması) kurumundan ayrılır. Nitekim murabaha halinde çoğu zaman fahiş faiz oranının kararlaştırılması yeterlidir.²⁷³

Aşırı yararlanma açık oransızlık unsuruna bakarak miktarda hata olarak değerlendirilse de ivazlar arasındaki oransızlığı miktarda hata olarak görmek doğru değildir.²⁷⁴ Miktarda hata başlı başına irade bozukluğuna sebep olarak ele alınmamıştır. TBK m.31/5’de “yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa” esaslı yanılma sayılmıştır. Miktarda hatada, yanıldığını iddia eden taraf kast ettiği miktar ile beyan ettiği arasında önemli ölçüde fark varsa bu hüküm çerçevesinde sözleşmeye itiraz edebilir. Ancak aşırı yararlanmada kast edilen değer ile beyan ve taahhüt edilen değer arasında fark yoktur. Zarara uğrayan kast ettiği miktarı ya da edimi beyan etmiştir fakat bu edim karşı edimle açık bir oransızlık göstermektedir.²⁷⁵ Ayrıca yanılan sözleşmeyi yaparken hata yaptığını bilmez iken aşırı yararlanmaya maruz kalan aşırı nispetsizliğin farkında olabilir ve yanılmada karşı tarafın kötü niyetli olup olmadığı aranmazken aşırı yararlanmada istifade kastı aranmaktadır.²⁷⁶

İİK m.278-280 maddeleri arasında maddi hukuk bakımından geçerli olan ancak borçlunun malvarlığında azalmaya neden olarak alacaklıyı zarara sokan iptale tabi tasarruflar düzenlenmiştir.²⁷⁷ İİK m.278/1-2’ye göre “Mutat hediyeler müstesna olmak üzere, hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru

uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”

²⁷³ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.380, 381. SUNGUR, a.g.e., s.21.; ESENER, a.g.e., s.161.

²⁷⁴ BİRSEN, a.g.e., s.84.

²⁷⁵ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.233.

²⁷⁶ Şakir BERKİ, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler (3. Tab’ı), Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962, s.97, 98.

²⁷⁷ Hakan PEKCANITEZ, Oğuz ATALAY, Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN ve Muhammet ÖZEKES, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (4. Bası), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 533.

iki yıl içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır.” İİK m.278/1’de kanun koyucu bağışlama işlemlerini iptale tabi kılmış, İİK m. 278/3’de de gerçekte ivazlı olmasına rağmen bazı tasarruflar bağışlama gibi kabul edilmiştir. İİK m. 278/3’ün ikinci fıkrasında “Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler” bağışlama olarak kabul edilmiş, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulmuştur. Burada da edimler arasında fahiş bir oransızlık (pek aşağı bir fiyat) aransa da aşırı yararlanmada bu unsurla birlikte bulunması gereken istismar ve diğer sübjektif şartlara yer verilmemiştir. Ayrıca aşırı yararlanmada zarara uğrayan sözleşmeyi feshedebilirken, İİK m.278 hükmü uyarınca iptal davasını açma hakkı zarara uğrayanın alacaklılarındadır.²⁷⁸

Kara Yolları Trafik Kanunu’nun “Sorumluluğa İlişkin Anlaşmalar” başlıklı 110’uncu maddesine göre “Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir.” Bu hüküm ile KTK ile öngörülen sorumluluk dahilinde meydana gelen zarar ile anlaşma ve uzlaşma sonucu elde edilen tazminat arasında açıkça bir oransızlık olması durumunda iptal edilebileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm, aşırı yararlanma ile objektif unsur bakımından benzerlik gösterse de herhangi bir sübjektif unsurun aranmaması nedeniyle aşırı yararlanmadan farklıdır.

Aşırı yararlanma aldatmadan da farklıdır. Aldatmaya karşı taraf ya da üçüncü bir şahıs tarafından başvurulabilecekken aşırı yararlanmada karşı tarafın aldatmaya başvurmaya gerek olmayıp sözleşme teklifi zarar görenden dahi gelip açık oransızlığı bildiği halde buna razı olmuş da olabilir.²⁷⁹ Bu iki ihtimalin birleştiği durumlar da oluşabilir. Eğer ayrıca aldatma da varsa bu aldatmanın aşırı yararlanmaya dahil olacağı yönünde görüş mevcutsa da²⁸⁰ Yargıtay, her biri başka başka hükümlere tabi olan aşırı yararlanma, yanılma ve aldatma sebebiyle sözleşmenin feshini talep eden davalının birbirinin tamamıyla aksi olan birkaç

²⁷⁸ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.237.

²⁷⁹ BİRSEN, a.g.e., s.84.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.259.

²⁸⁰ BİRSEN, a.g.e., s.84.

hukuki nedene dayanamayacağı gerekçesiyle öncelikle davasını bunlardan hangisine dayandırdığının sorulması ve dayandığı hukuki nedene göre davaya devam edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir.²⁸¹

Müzayaka ile korkutma arasında da farklar vardır. Korkutmada bir tehdit bulunduğu halde, müzayakaya herhangi bir tehdit olmadan da düşülebilir. Korkutmanın sözleşmenin diğer tarafından ya da üçüncü bir şahıstan gelmesi gerekirken müzayaka haline, kimsenin müdahalesi olmadan da düşülebilir. Korkutmada irade fesada uğrar, müzayaka halinde irade fesada uğramayabilir. Korkutma haksız olmalıdır, müzayaka haklı bir sebepten mesela vergi yükünden doğabilir.²⁸² Korkutmanın hiçbir şartını aşırı yararlanmada görmemekteyiz. Bu sebeple aşırı yararlanmada korkutma da yoktur.²⁸³

2.2.4. Aşırı yararlanmanın uygulama alanı

Yukarıda karşılaştırmalı hukuk bölümünde de açıklandığı üzere eski hukuk düzenlerinde ve liberal, bireyci düşünceye dayanan sistemlerde aşırı yararlanma istisnai ve sınırlı bir şekilde sadece birkaç durum için sıkı şartlara tabi olarak düzenlenmişken modern kanunlarda genel bir esas olarak bütün sözleşmelere ayırt edilmeksizin uygulanmaktadır. TBK da aşırı yararlanma kurumunu genel hükümlerde zikrederek bu durumu belirtmek istemiştir.²⁸⁴

Hem genel hem de özel borç ilişkilerinden uygulandığı gibi TMK m.5 yollaması ile tüm özel hukuk ilişkilerinde²⁸⁵ iki tarafa borç yükleyen bütün sözleşmelerde uygulama alanı bulur.²⁸⁶

TBK m.28'de de belirtildiği üzere karşılıklı edimler arasında ileride detaylı olarak incelenecek objektif şart olan açık bir oransızlık arandığından bu hükmün

²⁸¹ Y. 4. HD 7.12.1943 gün ve 1679/1293 sayılı kararı; Y. 13. HD 20.04.1974 gün ve 512/971 sayılı kararı. (Akt. FEYZİOĞLU, a.g.e., s.259.)

²⁸² “Bir kimse başkaları tarafından maruz kaldığı bir tecavüzdten kendisini kurtaracak bir şahsa bir şeyi vermeyi vaat etse bu vaat, tehdit dolayısıyla yapılmış olmakla beraber tehdit ile yaptırılmak istenilen muamele olmadığından tehdit sebebiyle kabili fesih değildir. Şu kadar ki, kendisine karşı vaat yapılan şahıs, va'di yapanın müşkül vaziyetinden istifade ederek fahiş bir menfaat istihsal etmiş ise va'di yapan BK. M.21 (TBK m.28) hükmüne tevfikân gâbin sebebile vaadini feshedebilir.” SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.239.; SUNGUR, a.g.e., s.30.

²⁸³ BİRSEN, a.g.e., s.85.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.

²⁸⁴ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.231.

²⁸⁵ ESENER, a.g.e., s.161.; ÖZKAYA, Gabin, s.17.

²⁸⁶ von TUHR, a.g.e., s.311.; ARSEBÜK, a.g.e., s.453.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.380.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.251.; ÖZKAYA, Gabin, s.17.

uygulanabilmesi için her iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme veya hukuki işlem bulunmalıdır. Alım-satım, her türden kira, feragat, sulh, menkul-gayrimenkul alım-satımı, vekalet, hizmet, iş sözleşmeleri gibi her iki tarafın da karşılıklı olarak ifayı üstlendikleri bir sözleşme olduğu sürece edim bir şeyin verilmesine, bir şeyin yapılmasına ve yapılmamasına dair olabilir.²⁸⁷

Kanunun lafzında da yer alan “oransızlık” kavramı bir karşılaştırma ve karşılaştırma için ise en az iki edimin karşılıklı olarak var olması gerektiğinden, sadece bir taraf için edim söz konusu olunca da karşılaştırma imkanı bulunmayacağından bağışlama sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma iddiası dinlenemez.²⁸⁸

Tarih boyunca aşırı yararlanma kurumunun ilk ve en geniş uygulama sahası yukarıda da açıklandığı gibi faiz meselesi olduğundan murabahaya (aşırı faiz kararlaştırılması) ilişkin özel hükümler saklı kalmak üzere tüketim ödücü (karz) sözleşmesinde kararlaştırılan faizde de uygulama alanı bulur.²⁸⁹

Talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerde (muhtaralı-aléatoire)²⁹⁰ aşırı yararlanmanın uygulanamayacağı klasik doktrinde kabul edilse de ihtimallerin dahi matematiksel olarak hesaplanmasında geline aşama da göz önünde bulundurularak özellikle sigorta sözleşmeleri gibi bazı tesadüfe bağlı sözleşmelerde TBK m.28’in uygulanabileceği görüşü yaygınlaşmaktadır.²⁹¹

Yukarıda bahsedilen sigorta sözleşmeleri istisna kabul edilirse olayların gelişimi, diğer tarafın veya sözleşme ile ilgili üçüncü kişilerin durumu ve ömrü belirsizlik içinde olan, kazançlı ya da karlı çıkma ihtimallerini bir arada barındıran, bir tarafın üstlendiği borcun ve sorumluluğun derecesi sözleşme kurulurken kesin ve açık olmayan talih ve tesadüfe bağlı ölüncüye kadar bakma, hayat boyu gelir, kefalet sözleşmeleri gibi rizikolu sözleşmelerde aşırı yararlanma iddiası ileri sürülemez. Çünkü borçlu, bu tür sözleşmeler ile miktarı ve kapsamı önceden kesin olarak

²⁸⁷ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.233.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.251.

²⁸⁸ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.251.

²⁸⁹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.233.

²⁹⁰ Sigorta, kefalet, kaydı hayatta irat, ölüncüye dek bakma, kumar ve bahis sözleşmeleri gibi rizikolu sözleşmeler.

²⁹¹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.233.

öngörülme imkanı bulunmayan durumlara dayanan bir zarar tehlikesi içerisindedir ve bu durumu göz önüne alarak bahse konu sözleşmeyi kabul etmiştir.²⁹²

2.3. Aşırı Yararlanmanın Unsurları

Aşırı yararlanmanın (gabin) düzenlendiği TBK md.28'e (eBK md.21)²⁹³ göre "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." Görüldüğü üzere aşırı yararlanmada keyfi olarak sözleşmenin feshine izin verilmemiş belirli şartların varlığı aranmıştır.

TBK m.28 incelendiğinde, aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabilmesi için biri objektif (karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık) diğeri subjektif (zarar görenin zor durumda kalması veya düşüncesizliği ya da deneyimsizliği) olmak üzere iki unsurun varlığının gerekliliği doğrudan göze çarpmaktadır.²⁹⁴ Ancak bu iki unsurun birlikte bulunması da yeterli olmayıp subjektif hallerin istismarı suretiyle ikisi arasında bir sebebiyet alakası yani faydalanan tarafın subjektif unsurdan istifade kastı da bulunmalıdır.²⁹⁵ Bu kapsamda, aşırı yararlanmada biri objektif diğeri ikisi subjektif olmak üzere üç unsur bulunmaktadır.²⁹⁶

Aşırı yararlanmanın söz konusu olabilmesi için bu üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiğinden²⁹⁷ birinin gerçekleşmemesi halinde diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaya lüzum yoktur.²⁹⁸

²⁹² FEYZİOĞLU, a.g.e., s.251.

²⁹³ eBK m.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."

²⁹⁴ von TUHR, a.g.e., s.311; ARSEBÜK, a.g.e., s.453.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.380.; SUNGUR, a.g.e., s.21.; ESENER, a.g.e., s.161.

²⁹⁵ SUNGUR, a.g.e., s.21.; BERKİ, a.g.e., s.97.

²⁹⁶ BİRSEN, a.g.e., s.82, 83.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.232.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.250.

²⁹⁷ Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı). İstanbul: Beta. 2017, s. 107.

²⁹⁸ ESENER, a.g.e., s.161.

2.3.1. Objektif unsur

Kanunun lafzıyla “karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık” bulunması objektif unsurdur.

Objektif şart sözleşmenin kurulduğu sırada bulunmalıdır; yani karşılıklı edimlerin kıymeti sözleşmenin kurulduğu andaki haline göre tayin ve tespit edilir.²⁹⁹ Sözleşmenin kurulmasından sonra, ivazlarda ortaya çıkan değişim ne olursa olsun aşırı yararlanma nedeniyle feshe imkan vermeyeceği gibi hakim tarafından da dikkate alınmaz.³⁰⁰

Maddede yer alan “açık” kavramı; şüphesiz, aşıkâr, işten anlayan³⁰¹ herkesin derhal ve kolaylıkla gözüne çaracak yükseklikte anlamında kullanılmıştır.³⁰² İnkâr edilemeyecek, kuşkuya yer bırakmayacak derecede önemli objektif bir oransızlık mevcut olmalıdır.³⁰³

Oransızlık, tarafların ihtiyaçlarına ya da onların atfettikleri değerlere göre değil herkesçe takdir ve kabul edilen objektif değerlere bakılarak genelde yapılan benzer işlemlerde sözleşmenin kurulduğu andaki durumlar dikkate alınarak tespit edilir.³⁰⁴ Modasının geçmesi yahut rakip bir işletmenin faaliyete geçmesi veya daha ucuza ithal edilmesi nedeniyle fiyatlar düşebileceğinden malın maliyet fiyatı da kıymette nazara alınmaz.³⁰⁵ Objektif değer, edimin sözleşmenin kurulduğu andaki gerçek değeri değil piyasadaki bir çok alıcının o malı satın almak için takdir edecekleri malın iktisadi yani satışa arz edildiği zamanki piyasa değeridir.³⁰⁶

Objektif değerın tespiti çeşitli durumlara göre değişmektedir.

²⁹⁹ von TUHR, a.g.e., s.312; ARSEBÜK, a.g.e., s.454.; BİRSEN, a.g.e., s.82.; SUNGUR, a.g.e., s.23.; ESENER, a.g.e., s.162.

³⁰⁰ BİRSEN, a.g.e., s.82.; SUNGUR, a.g.e., s.23, 24.; ESENER, a.g.e., s.162.

³⁰¹ ATAAY, a.g.e., s.270. “Orta bilgili, orta zekalı” SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.237.

³⁰² TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.381.; SUNGUR, a.g.e., s.23.

³⁰³ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.237.; SUNGUR, a.g.e., s.23.; ESENER, a.g.e., s.162.

³⁰⁴ von TUHR, a.g.e., s.312; ARSEBÜK, a.g.e., s.454.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.381.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.234; SUNGUR, a.g.e., s.22.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.252.

³⁰⁵ ARSEBÜK, a.g.e., s.454.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.234.

³⁰⁶ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.234; SUNGUR, a.g.e., s.25.; Anonim şirketlerin hisse senedi satışlarında bunların itibari değerine bakılmayacağı, şirketin borçlarının da olabileceğinden satış zamanındaki piyasadaki tedavül değerinin esas alınacağı yönündeki Yargıtay kararı için bkz. Tem. TD. 1-10-1947, E3495/K3836.; “Nitekim bu düşünce iledir ki, Varlık vergisi sebebiyle yapılan satışlarda kabul iddiası kabul olunmamıştır. Çünkü piyasanın o günkü şartları ve durumu itibariyle satılan malların ekonomik kıymeti, gerçek kıymetinden düşük bir seyir takip etmekte bulunuyordu.” FEYZİOĞLU, a.g.e., s.252.

a. İvaz para ise durum gayet basit olup ivazın kıymeti ivazın bizzat kendisidir. Ancak ivazlardan biri ülke parası dışında bir para ya da altın kıymeti gibi şartlar içeriyorsa TBK m.99 esas alınarak ivaz, sözleşmenin kurulduğu gündeki rayiç bedel üzerinden ülke parası ile tespit edilecektir.³⁰⁷ Fakat sözleşmede ülke parası dışındaki paranın ya da altının aynen ödenmesi kaydı mevcut ise aşağıda açıklanan paradan başka şeylerin borçlanıldığı durumdaki gibi değerlendirilecektir.

b. İvazın para olmadığı durumda bu ivazın cari bir fiyatı olabilir. Böyle bir durumda sözleşmenin kurulduğu andaki değeri esas alınacaktır. Bazı maddelerin fiyatı bir yasayla veya idari bir tasarrufla belirlenmiş olabilir. Bu ivazların değeri karaborsadaki ya da rüşvet veya bahşiş verilerek elde edilmesi için yapılan harcamalar değerlendirmeye alınmadan mevzuatın belirlediği fiyattır.

c. Öyle durumlar vardır ki bir şeyin ne cari ne de tayin edilmiş bir kıymeti bulunmayabilir. Bu tür durumlarda ekonominin özellikle arz ve talep kanunu önemli rol oynayacaktır. Zarara uğrayan, diğer tarafla sözleşme yapmadan önce sözleşme konusunu üçüncü şahıslara sunmuş ve onlardan teklifler almış ise ivazın objektif kıymeti buna göre belirlenecektir. Verilen teklifler aynı ise kıymet bu değer üzerinden farklı ise tekliflerin ortalaması üzerinden hesaplanacaktır.³⁰⁸

Oransızlık çeşitli sözleşmelerde farklı şekillerde olabilir ancak satış sözleşmesinde çok yüksek veya gülünç derece düşük bir bedel, hizmet sözleşmesinde aşırı derece düşük veya çok yüksek ücret, şirket sözleşmesinde bir ortağın sermayesine oranla çok daha yüksek kâr hissesi, sulh sözleşmelerinde terk edilen hakka oranla çok düşük bir tazminat gibi³⁰⁹ kendi aralarında birbirine uygun düşen edalar olmalıdır.³¹⁰

Edimlerin kıymetini tespit ve tayin etmek tamamen maddi ve fiili bir meseledir.³¹¹ Bu sebeple hakim HMK hükümlerine göre (tanık, bilirkişi, keşif...)

³⁰⁷ DALAMANLI, Gabin, s.9.

³⁰⁸ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.235, 236.

³⁰⁹ von TUHR, a.g.e., s.312.; ARSEBÜK, a.g.e., s.453.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.381.

³¹⁰ SUNGUR, a.g.e., s.22.

³¹¹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.237.; SUNGUR, a.g.e., s.25.

ivazların kıymetlerini tespit ettirir.³¹² Yargıtay, edimlerin kıymetinin tanıkla değil bilirkişi yardımıyla tespit edilmesi gerektiği görüşündedir.

*“...İvazlar arasında açık bir dengesizlik bulunup bulunmadığının her şeyden önce araştırılması gerekir. Bu yönün tanık sözleriyle değil bilirkişi düşüncesiyle ispat edilmesi lazımdır. Mahkemece tanık sözlerine dayanılmak suretiyle dengesizliğin varlığı kabul edilerek hüküm verilmesi doğru olmadığı gibi...”*³¹³

Her ne kadar Yargıtay tarafından edimlerin değerlerinin bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerektiği aranmış ise de HMK m 203/ç gereğince senede bağlanmasında maddi imkansızlık bulunduğu aşırı yararlanma iddiaları, hukuki işlemin konusunun miktarı ve değerine bakılmaksızın tanıkla ispat edilebilir.³¹⁴ Bu durum da TMK'nın hakime tanıdığı geniş takdir yetkisinin kullanılabileceği örneklerden birinin de aşırı yararlanma hali olduğunu göstermektedir.³¹⁵

Orantısızlık, TBK'ya ait bir kavram olduğundan değerler arasındaki oransızlığı ölçmek ve aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek derecede olup olmadığı takdir etmek tamamen hukuki bir iştir³¹⁶ ve objektif kıymetler esas alınarak bunun takdiri hakimin görevidir.³¹⁷

Açık oransızlığı takdir edecek hakim, tarafların durumları ile eda ve fiillerin ya da şeylerin sadece değerlerini değil, tarafların üzerlerine aldıkları tehlikeleri ve külfetleri de hesaba katarak, gelecekteki edalarda ödemenin az veya çok sağlamlığını da göz önünde bulundurur.³¹⁸ Mesela bir satım sözleşmesi alıcı için tehlike taşıyorsa çok düşük bir bedelle yapılan satış haklı görülebilir.³¹⁹

³¹² “Bir fabrikanın satış kıymetini, bir çiftliğin kira bedelini, bir şirkete ait esham ve tahvilatın değerini, rekabet etmemek şartının neye mâl olabileceğini, bir işçinin, mühendis, müteahhit, hekim ve sair meslek erbabının hizmetlerinin baliğ olacağı ücretin neden ibaret olacağını bilirkişiler tespit ve tayin ederler.” SUNGUR, a.g.e., s.25.

³¹³ Y4HD, 8/1/1958-6715/283 (akt. TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.382.); aynı yönde FEYZİOĞLU, a.g.e., s.253.

³¹⁴ Baki KURU, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016, s. 364, 365.

³¹⁵ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.237

³¹⁶ ARSEBÜK, a.g.e., s.453.; BİRSEN, a.g.e., s.83.

³¹⁷ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.236.; SUNGUR, a.g.e., s.25.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.253.

³¹⁸ von TUHR, a.g.e., s.312.; BİRSEN, a.g.e., s.82.; “Pek aşağı bir satış bedeli veya ödünç verilen bir para için yüksek bir faiz haddi alacaklının maruz kaldığı tehlikeler dolayısıyla haklı görülebilir; yani faizin çok yüksek bulunması daimi surette nispetsizlik demek değildir.” SUNGUR, a.g.e., s.22.

³¹⁹ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.381.

TBK edimler arasındaki oransızlığı 1/2, 1/3, 1/4 gibi kesin bir rakamla belirlemekten çekinmiş yalnızca açık olmasını şart koyarak bunun duruma göre tayin ve takdirini hakime bırakmayı hayatın gerekliliklerine daha uygun bulmuştur.³²⁰ Fransız Hukuku'ndaki gibi önceden belirlenen oranların zamanla hayatın gerekliliklerine uymada geç kalacağı, sık sık kanun değişikliklerine ihtiyaç duyacağı ve bu değişikliklere kadar adaletsizliklerin ortaya çıkacağı nedeniyle oransızlığın objektif olarak her olayda hakimin takdirine bırakan TBK sistematığının daha uygun olduğu değerlendirilmektedir.³²¹ Hakim, bu oransızlığı yalnız bilirkişinin tespit ettiği rakamlara istinaden değil, her hadisenin kendine özgü şartlarını, zarar görenin malını piyasaya arz ettiği zamandaki piyasanın durumunu, özellikle siyasi ve iktisadi buhranları, piyasadaki dalgalanmaları, paranın istikrarsız durumunu, hükümetçe olağanüstü hal ilan edildiği ve birçok istisnai kanunun yürürlüğe konulduğu zamanları da göz önünde bulundurarak devamlılık arz eden uygulamalara, hak ve nesafet kurallarına uygun³²² karar vermelidir.³²³

Objektif değer takdirinde, esas borcun, fiilin kendisi değil sonucu olduğu durumlarda sarf edilen emekler de dikkate alınır. Yoksa can kurtarma durumunda aşırı yararlanmayı kabul imkanı bulunmazdı. Çünkü hayat, kurtulmanın malvarlığına ait tüm malların değerinden daha yüksektir.³²⁴

Zarar görenin sözleşmenin yapıldığı anda bu oransızlığı bilip bilmemesi önemli değildir; ancak diğer tarafın bunu bilmesi gerekmektedir.³²⁵

Bir tüketim ödöncü sözleşmesi için istenilen karşılığın çok yüksek olması halinde olduğu gibi üçüncü bir şahsa yapılacak ölçsüz derecedeki fahiş bir eda dahi aşırı yararlanmaya sebep olabilir.³²⁶

³²⁰ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.236.

³²¹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.250.

³²² FEYZİOĞLU, a.g.e., s.253.

³²³ “Mesela varlık vergisinin tediyesi sırasında birçok mükelleflerin para tedariki için mallarını satmağa kalkıştıkları zaman İstanbul piyasası işte bu manzarayı arz ediyordu. Bu sıralarda arz olunan malın iktisadi kıymeti o esnada hakiki kıymetinden çok daha dñn olabilir. Fakat gabin yoktur. Malını bu anda satıp da sonradan vaziyetini düzelten bir kimse gabin iddiası ile verdiğinin geri isteyemez. Zira kendisi piyasa vaziyetinin değişmesinden ve varlık vergisinin yarattığı buhranın geçmesinden istifade ederek malını tekrar ucuz fiyatla geri almış olur. Bu ise bir nevi spekülasyon olup hüsnüniyet kaideleriyle kabili telif değildir.” SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.236.; SUNGUR, a.g.e., s.26.

³²⁴ SUNGUR, a.g.e., s.22.

³²⁵ ARSEBÜK, a.g.e., s.453.

³²⁶ ARSEBÜK, a.g.e., s.453.

Her ne kadar unsurların incelenmesinde kural olarak belirli bir sıra bulunmasa da usul ekonomisi çerçevesinde yargılamanın makul sürede tamamlanmasına hizmet edeceği değerlendirildiğinden Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarında da görüldüğü üzere edimler arasında açık bir oransızlık bulunmuyorsa sübjektif unsurların bulunmasının tek başına aşırı yararlanmaya sebep olmayacağından öncelikle objektif unsur üzerinde durulması kolaylık ve sürat sağlamaktadır.³²⁷

“... Davacı dava dilekçesinde, 159.044,4 euro iş bedeli alması gerektiği halde yapılan iskonto sonucu kendisine 138.451,05 euro ödendiğini, bu suretle 20.593,35 euro zarara uğradığını ileri sürmektedir. Şu halde, 159.044,4 euro iş bedelinin yerine 138.451,05 Euro iş bedeli ödenmesinde aşırı ve açık bir nispetsizlik olduğundan söz edilemez. İş bedeli arasında aşırı ve açık bir nispetsizlik bulunmadığından, gabinin objektif unsuru gerçekleşmemiştir. Gabinin objektif unsurunun gerçekleşmediği hallerde, ayrıca sübjektif unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.”³²⁸

2.3.2. Sübjektif unsur

Aşırı yararlanmada sözleşme, zarar görenin şahsında bulunan bazı durumların istismar edilmesi ile meydana getirilmelidir. Zayıflık, taraflardan birinde bulunması gerektiğinden buna sübjektif şart denilmektedir.³²⁹

Sübjektif şartın gerçekleşebilmesi için sözleşme yapılırken bir tarafın iktisaden, manen, ruhen, bilgi veya irade itibariyle zayıf bulunması ve diğerinin bunu fırsat bilerek istifade etmesi suretiyle sözleşmenin yapılmış olması gerekir.³³⁰

Türk Hukuku'ndaki hakim görüşe göre TBK m.28'de açıkça söylenen zayıflıklar dışında herhangi bir zaaf aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması için yeterli olmayıp TBK bu halleri üçe indirgeyerek tahdidi şekilde saymıştır.³³¹ Ancak diğer bir görüşe göre ise zayıfları koruyucu amacı olan bu hükümde sayılan halleri

³²⁷ ÇAĞLAR, a.g.m., s.77.

³²⁸ Y.15.H.D. 28.3.2016 T. 2015/5658 E., 2016/1887 E.

³²⁹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238.

³³⁰ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238.; SUNGUR, a.g.e., s.28.

³³¹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.292,293.; “Federal Mahkeme de bir kararında BK m.21'in prensip itibariyle dar tefsir edilmesi gereken istisnai bir hüküm olduğunu beyan etmiştir.” SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.383.; SUNGUR, a.g.e., s.28.; “Her zaaf hali değil Kanunda belirlenen ve Federal Mahkeme kararlarına göre dar Türk Yargıtay'ına göre daha geniş yorumlanması gereken bu üç halden ...” FEYZİOĞLU, a.g.e., s.254.

sınırlayıcı değil örnek niteliğinde kabul etmenin daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.³³²

TBK’da sayılan bu üç halin birlikte bulunması aranmayıp, birinin dahi diğer tarafça istismar edilmesi, diğer koşulların da gerçekleşmesi durumunda aşırı yararlanmayı oluşturur.³³³ Sayılan hallerden ikisi veya üçü de bir arada bulunabilir.³³⁴

Edimler arasında aşırı bir oransızlık tespit edildiği takdirde, bu oransızlığı haklı gösteren bir nedenin bulunup bulunmadığı etraflıca incelenmelidir.³³⁵

“Davalıya satılan taşınmazın, satış tarihindeki piyasa değerinin bilirkşiye tespit ettirilmesi, bu tespit sonunda satış bedeli ile gerçek değer arasında açık nispetsizlik mevcut olduğu kanısına varıldığı takdirde böyle bir satışın hangi koşullar altında yapıldığının yani sübjektif unsurlardan birinin var olup olmadığının araştırılması zorunludur.

Hiç kimse durduğu yerde malını piyasa değerinden çok aşağı satmaz. Satış bedeli göze çarpar bir nispetsizlik sayılabilecek derecede düşük ise bunun bir nedeni olmak lazımdır. Bu neden davada ileri sürüldüğü gibi müzayaka halinden ibaret ise sübjektif unsurun varlığı da gerçekleşmiş olur.”³³⁶

“Objektif unsurun gerçekleşmediği hallerde -genellikle- sübjektif unsurun araştırılması gereksiz olabilir. Ancak ivazlar arasında açık bir fark mevcut ise bu halin nedenleri araştırılmak, sübjektif unsurla ilgili deliller - tarafların durumları ve olayın özelliği gözden uzak tutulmadan- titizlik ve dıyarlılıkla incelenmek suretiyle isabetli bir sonuca ulaşılabilir.”³³⁷

TBK’nın, istismar edilmesi halinde aşırı yararlanmanın şartı saydığı haller zarar görenin müzayaka hali yani zor durumda kalması, düşüncesizliği ve deneyimsizliğidir.

³³² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s. 491,492.

³³³ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.383.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.254.

³³⁴ SUNGUR, a.g.e., s.28.

³³⁵ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.384.

³³⁶ Y1HD, 22/11/1974, 10284-8475, YKD 1975/6, 51-52. (akt. TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.384-386.)

³³⁷ Y1HD, 28/2/1974, 1924-1255, YKD 1975/7, 42-44. (akt. TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.384, 386-389.)

2.3.2.1. Düşüncesizlik ve deneyimsizlik

Düşüncesizlik, kişinin sözleşme yapılırken düşünme, tartışma, karar verme hususlarında dikkatli ve özenli bir iradeyle hareket edememesini ifade eder. Böyle bir kimse ayırt etme gücünden yoksun olmadığı gibi sırf somut olayda büyük bir umursamazlık ve özensizlik ile hareket etmiş olması yeterli olduğundan düşüncesizliğin mutlaka karakter olarak zayıf yapıda olma biçiminde görünmesi de gerekmez.³³⁸

Zarar görenin ilgili konuda eksik yeteneğe sahip olması dolayısıyla aceleyle hareket etmesi sonucu uzağı göremeyerek yaptığı sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını gereği gibi düşünmeden istismar edilmesine yol açacak bir sözleşme kurulduktan sonra, aşırı yararlanmanın diğer şartlarının da mevcut olması durumunda sözleşmenin iptalini veya edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini zarar gören talep edebilir.³³⁹

Deneyimsizlik ise özellikle kişinin genç yaşta olması ve belirli bir konuda yeterli bilgiye sahip bulunmaması nedeniyle genel hayat tecrübesinin eksikliği ya da sözleşmeye konu olan hususlar hakkında bilgi eksikliğine dayalı tecrübesizlik olarak tanımlanmaktadır.³⁴⁰

Düşüncesizlikte gelişmiş güzel karar verme söz konusu iken tecrübesizlikte kurulan sözleşmenin önemi konusunda deneyimsizlik söz konusudur. Düşüncesizlik hafiflikle hareket etmek, düşünmeden karar vermek iken deneyimsizlik sözleşmenin kurulması sırasında gerekli özel bilgiye sahip olunmamasıdır.³⁴¹

Düşüncesizlik ve deneyimsizlik koşullarının bulunup bulunmadığı araştırılırken zarara uğrayanın kültürel gelişimi, eğitim durumu ve sosyal konumu göz önünde bulundurulmalıdır.³⁴²

Düşüncesizlik ve deneyimsizlik nedeniyle aşırı yararlanmaya maruz kalındığı iddiası TTK m. 18/2 uyarınca ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gereken tacirler tarafından ileri sürülemez. Tacirler sadece zor

³³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s. 488.

³³⁹ EREN, a.g.e., s.420.

³⁴⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s. 488,489.

³⁴¹ Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası), İstanbul: Vedat, 2018, s.136.

³⁴² KILIÇOĞLU, a.g.e., s.295.

durumda kalma sebebine dayanarak aşırı yararlanma iddiasında bulunabilirler.³⁴³ Yargıtay da aynı görüştedir.

“Daha sonra Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından 15.3.2001 tarihinde faaliyeti durdurulan bankanın taahhütlerini karşılamak için yüksek oranda faiz ödemek suretiyle para topladığı, bu nedenle müzayaka halinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Tacir olan banka BK'nun 21.maddesinde (TBK m.28) belirtilen hiffet veya tecrübesizlik hallerine dayanmazsa da müzayaka halinden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık bir nispetsizlik bulunan hallerde akdi feshedilebilir. Davalı banka kararlaştırılan faiz oranını kısmen kabul edip ödeme yaptığına göre ödenmeyen kısım yönünden sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirmiş sayılır. Edimler arasında açık nispetsizlik olduğu ve bu durumun davalı bankanın müzayaka halinden faydalanmak suretiyle oluşturulduğu toplanan delillerden anlaşıldığından, mahkemece davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulünde isabet görülmemiştir.”³⁴⁴

2.3.2.2. Aşırı yararlanmada müzayaka

Kısaca darlık, sıkıntı, parasızlık olarak tanımlanan müzayaka halinde olmak tabiri kavram olarak kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin sosyal durumunu (şeref, özgürlük vb.) veya maddi ya da manevi bütünlüğünü (hayat, sağlık, malvarlığı vb.) tehdit eden bir zarardan korkmak, maddi, ekonomik veya ahlaki bir tehlikeden kurtarma zorunluluğu hissetmek demek.³⁴⁵ Müzayaka diğer bir deyişle öyle bir haldir ki orantısız bir karşılık vaat etmek ya da vermek, beklenen zarara nispeten ehvenişer olarak görünmektedir.³⁴⁶

Taraflardan biri diğerinin müzayakada olduğunu fırsat bilerek fahiş menfaat temini için onu sözleşme yapmaya mecbur bırakmış ise aşırı yararlanma mevcuttur.³⁴⁷

³⁴³ ÇAĞLAR, a.g.m, s.73, 74, 82.; KILIÇOĞLU, a.g.e., s.295.

³⁴⁴ Y19HD. 12.06.2003 T., 2002/5289 E., 2003/6204 K.

³⁴⁵ SUNGUR, a.g.e., s.28.

³⁴⁶ SUNGUR, a.g.e., s.28.

³⁴⁷ BERKİ, a.g.e., s.98.

Müzayakanın zarar görenin kusurunda kaynaklanıp kaynaklanmadığı,³⁴⁸ gelecek zarardan korkmanın yerli veya yersiz olmasının bir önemi yoktur. Fiilen bunun var olması yeterlidir.³⁴⁹

Müzayaka halinin mutlak surette mevcut olması da gerekmez. Zarara uğrayanın, mesela tehlikesiz bir boğaz ağrısını difteri sanarak doktora fahiş bir ücret vererek muayenene olunmasında olduğu gibi kendini müzayakada zannetmesi yeterlidir.³⁵⁰

Mümkün ve muhtemel bir müzayaka hali dahi dikkate alınmalıdır.³⁵¹

Müzayaka durumunun devamlılığı aranan bir husus olmayıp esas olan bu halin şiddetidir. Sözleşmenin kurulduğu anda bulunmasının gerekli ve yeterli olduğu kabul edilmektedir.³⁵²

Zarara uğrayanın mutlaka kendisinin müzayaka halinde olması şart değildir. Bir yakının zor durumda kalması nedeniyle sözleşme yapmak zorunda kalması halinde de aynı yaptırım geçerlidir.³⁵³ Yakından maksat yalnızca akrabalar değil sevgi ve yardım bağıyla bağlı olduğu herkestir. Nitekim Yargıtay'ca eşlerden birinin icra takibine maruz kalması diğer eş için müzayaka hali sayılmıştır.

“Eşe ait olan borç, şartları varsa koca için bir müzayaka nedeni olabilir. Normal evlilik, dar zamanlarda eşlerin birbirlerine yardımcı olmalarını zorunlu kılar. Eşlerden biri alacaklının takibi dolayısıyla korkulu rüya görürken ötekinin rahat uyuduğu düşünülemez. Kısaca, evlilikte taraflardan birinin müzayaka içinde olması ötekinin de müzayaka halinde bulunduğu kabulünü gerektirir.”³⁵⁴

Müzayaka halini tehlikenin varlığıyla açıklayan yazarlar da mevcuttur. Buna göre tehlike arz etmeyen hallerde müzayakadan bahsedilemez. Örneğin hastalığı tehlikeli olmayan çocuğu için birkaç gün içerisinde başka bir yerden aynı ilacı

³⁴⁸ “Mesela bir mirasyedi elinde mevcut malları istediği gibi israf edip son kalan kıymetli bir şeyini hiç pahasına satsa; bu şeyin hiç pahasına satılması kendisini kusurundan ileri gelmiştir diyerek gabini nazarı itibara almamak doğru olmaz.” BİRSEN, a.g.e., s.82.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.

³⁴⁹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.

³⁵⁰ SUNGUR, a.g.e., s.29.

³⁵¹ von TUHR, a.g.e., s.312.

³⁵² DALAMANLI, Gabin, s.12.; ELBİR, Tez, s.168-169.; SUNGUR, a.g.e., s.29.

³⁵³ von TUHR, a.g.e., s.312.; ARSEBÜK, a.g.e., s.455.; BİRSEN, a.g.e., s.83.; SUNGUR, a.g.e., s.29.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.; BERKİ, a.g.e., s.98

³⁵⁴ Y.1.HD, 22.11.1974 T., 10284 E., 8475 K.

normal fiyata alabilecek birinin beş katı fiyat ödemesinde aşırı yararlanma yoktur. Buna karşılık köyde ağır ve gecikme halinde vahim sonuçlar doğuracak zatürre geçiren çocuğu için sadece komşusunda bulunan bir ilacı üç katı bedel ile almaya mecbur kalmada aşırı yararlanma vardır, ancak normal fiyatla satan başka biri ya da eczane varsa aşırı yararlanma yine yoktur.³⁵⁵

İktisadi müzayakadan bahsedilebilmesi için zarara uğrayanın sıkışık bir vaziyette bulunması, iktisadi varlığını tehlikeye sokacak acil bir kredi ihtiyacı bulunmalıdır.³⁵⁶ Müzayaka nedeniyle yapılan sözleşmede, alınan karşılık şey o müzayakaya sebep olan iş için kullanılmalıdır. Federal Mahkeme bu hususta sıkı davranmakta müzayaka halinden kurtulmak iddiası ile alınan para bu güç durumdan çıkmak için kullanmak yerine mesleğin icabı olarak kullanılmışsa aşırı yararlanma hükümlerini uygulamamıştır.³⁵⁷ Bir tacirin iflas arifesinde bulunması, ağır bir vergi yüküyle karşı karşıya kalması, paraya ihtiyacı olan birini ölmeyecek kadar az bir ücretle çalıştırmak, borcunu ödemek zorunda kalıp da imkanı olmayan birine ağır şartlar altında borç para vermek veya alacaklısı tarafından çok ağır şartlar altında vade verilmiş olması ahlak ve dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde müzayaka halinden istifade etmek demektir.³⁵⁸

Müzayaka hali her zaman iktisadi mahiyette olması gerekmez; şahsi ve bedensel zaruri bir ihtiyaçtan da meydana gelebilir. Geciktirilemeyecek bir müdahalenin gerekliliği halinde mevcut yegane doktora başvurmak zorunda kalınması gibi çok gerekli ve acil ihtiyaçlardan da meydana gelebilir.³⁵⁹

Müzayaka hali bazen de bir rezalet çıkmasından ya da hakkında dedikodu yapılmasından korkan bir kimseye sessiz kalmak şartıyla bir borç senedi imzalatılmasında (şantaj) olduğu gibi ahlaki (psikolojik) mahiyette de olabilir.³⁶⁰

Yaşlı ve yalnız bir kişi de Yargıtay'ca müzayaka halinde sayılmıştır.

³⁵⁵ BERKİ, a.g.e., s.98

³⁵⁶ DALAMANLI, Gabin, s.12.

³⁵⁷ SUNGUR, a.g.e., s.30.; DALAMANLI, Gabin, s.13; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238.

³⁵⁸ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238, 239.

³⁵⁹ von TUHR, a.g.e., s.312; ARSEBÜK, a.g.e., s.455.; BİRSEN, a.g.e., s.83.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.384.; SUNGUR, a.g.e., s.29; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.

³⁶⁰ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.; ESENER, a.g.e., s.163.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.239.

“Nüfus kayıtlarına göre, satış tarihinde 75 yaşında bulunan davacının yalnız bir kimse olduğu, evlat edildiği kişinin ilgi göstermemesi nedeniyle ortada kaldığı, maddi imkanlarının elverişli olmasına rağmen bakıma ve korunmaya muhtaç duruma düştüğü anlaşılmaktadır.

Yaşlılık ve yalnızlıktan ötürü hayatını tek başına sürdürmek zorunluluğunda kalan, kalabalık dünyada Robenson gibi etrafsız bir kişi durumuna düşen davacının esaslı sıkıntı -müzayaka- içinde bulunduğu şüphesizdir. Müzayaka halinin çeşitleri vardır. Maddi ve manevi olabilir. Davacı yaşı, belki özel durumu ve inceleme konusu yapılmayan psikolojik yapısı itibarıyla 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.”³⁶¹

Müzayaka hali, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Hayat, sağlık, şeref ve hürriyetin tehlikede olması sebebiyle yapılan bir sözleşmede TBK'nın 27'nci maddesi ile TMK'nın 24'üncü maddelerine dayanılabileceği gibi TBK'nın 28'nci maddesi de uygulanabilir.³⁶²

“Darda kalma maddi ve manevi olabilir. İçinde bulunduğu toplumun dışında yaşama korkusu davacıyı bir bunalıma itmiş ise bu hal manevi darda kalma sayılır.”³⁶³

Müzayakadan bahsedebilmek için zarar görenin sıkıntılı bir halde bulunması ve bu durumu bertaraf edebilecek yeterli imkanlara sahip olmaması şeklinde iki unsurun varlığı gerekir. Mesela zarar görenin mesleğini icra edemeyecek kadar yaşlı olan birisinin, geçimini sağlayacak imkanlara sahip olmayışı, oğlunun veremli, kızının ameliyata muhtaç oluşu birinci unsuru, bu durumla başa çıkabilecek yeteneklere sahip olmayışı ikinci unsuru oluşturur.³⁶⁴

Müzayaka tehdit ile meydana getirilmiş ise sözleşme korkutma nedeniyle iptal edilebilir.³⁶⁵ Bir kimse karşı tarafın müzayaka halini bizzat oluşturduysa veya müzayaka halini ortadan kaldırmak borcu ile yükümlü iken fahiş menfaat elde ettiği

³⁶¹ Y1HD, 28/2/1974, 1924-1255, YKD 1975/7, 42-44. (akt. TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.384, 386-389.)

³⁶² SUNGUR, a.g.e., s.29

³⁶³ Y.1.HD. 28.02.1974 gün ve 1924/1255 sayılı kararı. (akt. FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.)

³⁶⁴ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.241.; OKUMUŞ, a.g.e., s.114.

³⁶⁵ DALAMANLI, Gabin, s.12.

takdirde müzayaka hali diğer konumuz olan TBK'nın 32/2'nci maddesinde yer alan hukuksal korkutma ile birleşir.³⁶⁶ Nitekim Yargıtay 1'nci Hukuk Dairesi'nce verilen "müzayakayı icap ettiren hadise, istifade eden tarafından ihdas edildiği takdirde gabinin değil ikrahın söz konusu olacağı" yönündeki bozma kararına ilk derece mahkemesince direnilmesi sonucu Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca söz konusu halin de aşırı yararlanma olduğu gerekçesiyle direnme kararı onanmış, böylece müzayaka hali bu halden yararlanan tarafından meydana getirilmiş ise korkutma ile birlikte aşırı yararlanma söz konusu olabilir.³⁶⁷

Müzayaka ile korkutma arasında farklar vardır. Korkutmada bir tehdit vardır, müzayaka tehdit olmadan da olabilir. Korkutmada irade fesada uğrar, müzayaka da irade fesada uğramayabilir. Korkutma haksız olmalıdır, müzayaka haklı bir sebepten doğabilir.³⁶⁸

Müzayaka nedeniyle aşırı yararlanma durumu bazen tecrübesizlik nedeniyle aldatma yoluyla da meydana gelebilir. Mesela bir ilaca acilen ihtiyacı olan birinde diğer taraf bizzat kendi ya da üçüncü kişi vasıtasıyla o ilacın sadece kendisinde bulunduğu inancını oluştursa ve bu aldatma ile fahiş menfaat elde etse burada hem aşırı yararlanma hem de aldatma hükümleri uygulanabilir.³⁶⁹

Müzayaka ile acz hali-fakirlik birbirinden farklı kavramlar olup zengin ve varlıklı bir kimse de o anki aktifini nakde çevirememesi nedeniyle müzayaka haline düşebilir.³⁷⁰ Müzayaka halinin ölçüsü, mevcut malvarlığı değil ekonomik ve hayati varlığa tehdit oluşturan tehlikenin büyüklüğüdür.³⁷¹

Bir kimsenin müzayaka halinde olduğunu kabul etmek için aleyhteki takiplerin satış veya iflas safhasına gelmiş olması şart olmayıp, ticari itibarı ağır şekilde sarsabilecek ve geleceği hakkında manevi anlamda ciddi korkuya ve üzüntüye sebep olabilecek sayısız icra takipleri ile hacizlerin kesinleşmesi ve muaccel borçları zamanında ödeyememek endişesi de müzayaka hali sayılabilir.³⁷²

³⁶⁶ von TUHR, a.g.e., s.312.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.384.; SUNGUR, a.g.e., s.29

³⁶⁷ SUNGUR, a.g.e., s.30.

³⁶⁸ SUNGUR, a.g.e., s.30.

³⁶⁹ BERKİ, a.g.e., s.99.

³⁷⁰ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.

³⁷¹ SUNGUR, a.g.e., s.30.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.255.

³⁷² Y.1.HD 25.06.1970 tarihi ve 3521 E. 4352 K. sayılı kararı (akt. FEYZİOĞLU, a.g.e., s.257.)

Bir tarafın müzayaka halinden yararlanılsa da fahiş menfaat elde edilmemişse bu hüküm uygulanmaz.

Bir tacirin müzayaka halini özellikle sermayesinin maruz kaldığı tehlikeye göre ölçmek gerekir. Büyük bir vergi ödeme mecburiyetinde kalmak da müzayaka hali sayılabilir.³⁷³

Tüzel kişiler hakkında manevi müzayakadan bahsedilemezse de maddi-iktisadi müzayakadan bahsedilebilir.³⁷⁴ Özellikle büyük ekonomik kriz dönemlerinde tüzel kişilerin müzayaka haline düştükleri sık rastlanan bir durumdur.³⁷⁵

TTK m.18/2 uyarınca, ticari işlerinde basiretli bir iş insanı gibi davranmaları beklenen tacirlerin, müzayaka halinde buldukları iddiaları etraflı bir incelemeye tabi tutulmalıdır.³⁷⁶ Yargıtay da aynı görüştedir.

“... Oysa; kural olarak irade özerkliği ve sözleşme serbestisi içinde imzalandığı kabul edilmesi gereken ibranamelerin, müzayaka halinde imzalandığı iddiası ile geçersiz kılınmak istendiği; bu biçimde geçersizliği sağlayarak bunun sonuçlarından yararlanacak olan ve istisnai bir yol olan gabinin hukuksal sonuçlarından yararlanmak isteyen davacı taraf iddiasının doğru olup olmadığının araştırılması gerektiği açıktır.

Bu nedenle de mahkemece; davacıya zor durumda (müzayaka) kalma halinde olduğuna ilişkin delilleri sorulup, davaya konu yangın olayının meydana geldiği 2013 yılından önceye dönük yakın yıllardaki davacının mali durumunun, ticari defter ve kayıtları ile muhasebe belgeleri üzerinden yapılacak incelemeyle saptanması; bu konuda uzman mali müşavir bilirkişi heyetinden, davacının yangın hasarından önceki yakın yıllara ait işletme kar ve zararı, şirket öz kaynakları, davacının hasar tarihinde mevcut borç-alacak miktarları konularında ayrıntılı rapor alınması; davacının hasar tarihinden önceki mali durumuna göre, yangından kaynaklanan hasarı bertaraf etme konusunda yeterli öz kaynağı olup olmadığının detaylıca irdelenmesi, bu

³⁷³ “Varlık vergisi zamanında memleketimizde doğan vaziyet ve bu vergiyi ödemek için bir satış akdi yapan şahsın durumu müzayakadır ve Temyiz Mahkemesince de bu suretle kabul edilmiştir.” SUNGUR, a.g.e., s.30,31.

³⁷⁴ von TUHR, a.g.e., s.312.; ARSEBÜK, a.g.e., s.455.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238.; SUNGUR, a.g.e., s.31.; ESENER, a.g.e., s.162.

³⁷⁵ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.238.

³⁷⁶ ÇAĞLAR, a.g.m., s.84.

husustaki taraf delillerinin toplanması ile gabinin sübjektif unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenerek oluşacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik incelemeyle hüküm tesisi doğru değildir.”³⁷⁷

Her ne kadar objektif unsur olan edimler arasındaki aşırı oransızlığın araştırılması ve takdiri mahkemeye ait olsa da sübjektif unsur olan müzayaka hali ve bundan yararlanıldığının ispatı zarar görene aittir. Zarar gören müzayaka halini tanıkla dahi ispat edebilir.³⁷⁸ Zarar görenin müzayaka hali fırsat bilinerek bundan fahiş menfaat elde edilmemişse aşırı yararlanma nedeniyle sözleşme iptal edilemez.

2.3.2.3. Yararlanma (istifade, istismar)

Bir kısım yazarın sübjektif unsurun içinde bulunduğunu ya da objektif ve sübjektif unsur arasındaki nedensellik bağımlı oluşturduğunu düşündükleri üçüncü unsur karşı tarafın zayıf durumundan yararlanmadır.

Esasında aşırı yararlanma kurumunun sözleşmelerde istismarcı tarafın dürüstlük kurullarına aykırı bu davranışını yaptırıma tabi tutmak ve diğer tarafı istismardan korumak maksadıyla ortaya atıldığı düşünülmektedir.³⁷⁹

Aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabilmesi için diğer tarafın, zarara uğrayanın yukarıda bahsedilen sübjektif durumundan yararlanarak aşırı bir menfaat elde etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlığın mevcudiyeti tek başına yeterli olmayıp meşru olmayan bir kastın, diğer tarafın müzayaka halinden, düşüncesizliğinden ve deneyimsizliğinden istifade etmek yani bu durumu istismar etme³⁸⁰ arzusu da bulunmalıdır.³⁸¹ Aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılığını özellikle bu unsur göstermektedir.³⁸²

İBK’da “istifade etmesi suretiyle yapılan akidde”³⁸³ tabiri eBK’da “istifade suretiyle vukua getirilmişse” şeklinde çevrilmiş, TBK’da eBK ile aynı anlama gelecek şekilde “bu oransızlık ... yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde”

³⁷⁷ Y.17.H.D. 16.10.2019 T. 2016/11453 E., 2019/9478 K. Benzer yönde Y.17.H.D. 31.10.2019 T. 2016/12468 E., 2019/10033 K.

³⁷⁸ NOMER, Borçlar Hukuku, s. 107.; BERKİ, a.g.e., s.101.

³⁷⁹ BERKİ, a.g.e., s.97.

³⁸⁰ “Mehaz kanunda ‘istismar’ manasına gelen ‘expoiter’ kelimesi vardır ki, durumu daha iyi açıklar ve gabinin ahlaka ve hüsnüniyete aykırılığını daha iyi bir şekilde tebarüz ettirir.” SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.241.

³⁸¹ SUNGUR, a.g.e., s.33.

³⁸² SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.242.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.259.

³⁸³ Bknz. Bölüm 1.3.8.

denilmiştir. Kanunlarımız mehzaz kanundan farklı olarak yararlanan tarafın, müspet bir eylemini, aktif bir davranışını öngörmekte, diğer tarafın müzayaka halinden, düşüncesizliğinden ve deneyimsizliğinden bilerek fahiş menfaatler elde etmesini aramaktadır.³⁸⁴

Uygulamada yararlanma şartı istismar, sömürme ve hile şeklinde anlaşılabilir. İlk dönemlerde Mecelle'nin de etkisiyle³⁸⁵ zarar görenin, bulunması gereken sübjektif unsurların ispatı yanında kendisinin aldatılmak suretiyle aşırı yararlanmanın meydana getirildiğini de ispat etmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararları vardır.³⁸⁶ Ancak aşırı yararlanmanın ayırt edici unsurlarından biri de hiçbir zaman aldatma³⁸⁷ ile birlikte aranılmamasıdır.³⁸⁸ İstismardan maksat bir tarafın diğer tarafın müzayaka halinden, düşüncesizliğinden ve deneyimsizliğinden kötü niyetli bir şekilde bilerek yararlanmasıdır.³⁸⁹ Özetle, yararlanan taraf sözleşmenin yapıldığı esnada ivazlar arasındaki açık oransızlığı bilmeli ve buna ilaveten diğer tarafın sübjektif hallerini kendi menfaatine istismar etme fikriyle hareket etmiş olmalıdır.³⁹⁰

“... Bilindiği üzere; sözleşmenin gabin nedeniyle illetli olduğunun kabulü için edim ve karşı edim arasındaki nispetsizliğin, taraflardan birinin, diğerinin şahsında mevcut özel bir durumu bilerek, istismar etmesi, sömürmesi sonucu oluşması gerekir...”³⁹¹

Taraflar eğer birbirlerine eşit durumdaysalar, yaptıkları işlemlere TBK m.28 uygulanabilmesi kural olarak düşünülemez.³⁹²

Paul Ossipow'a göre istismar üç dereceye ayrılır. Yararlanan taraf sözleşmenin kurulduğu anda; 1) karşı tarafın durumunu bilmemektedir, 2) durumdan haberdardır, 3) diğer tarafın vaziyetini istismar kastı vardır. Birinci halde istifade eden iyi niyet sahibi olduğundan istismardan bahsedilemez ve aşırı yararlanma

³⁸⁴ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.242.; SUNGUR, a.g.e., s.34.

³⁸⁵ Bknz. Bölüm 2.9.

³⁸⁶ T.M.4.H.D. 14/10/935- 2349/1907 (akt. BİRSEN, a.g.e., s.83.)

³⁸⁷ “Düşüncesizliğinden istifade çoğu kez hile ile birleşir.” von TUHR, a.g.e., s.312.; Esat ARSEBÜK, Borçlar Hukuku Cilt: I-II (3. Basım). Ankara, Güney, 1950, s.455.

³⁸⁸ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.242.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.259.

³⁸⁹ von TUHR, a.g.e., s.312.; ARSEBÜK, a.g.e., s.455.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.390.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.242.; SUNGUR, a.g.e., s.34.

³⁹⁰ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.259.

³⁹¹ Y.1.H.D. 23.3.2004 T. 2004/90 E., 2004/3272 K.

³⁹² TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.390.

oluşmamıştır. İkinci halde Ossipow'a göre diğer tarafın sübjektif halini bilmek yeterli olup müspet bir hareketine gerek yoktur ve sözleşmeye aşırı yararlanma hükümleri uygulanabilir. Ancak Yargıtay, maddenin Kanunumuzda yer aldığı hali nedeniyle ayrıca yararlananın müspet bir hareketini de aramaktadır. Bu farklılık mehzaz kanunla mevcut kanunumuz arasındaki yukarıda anlatılan farktan kaynaklanmaktadır. Üçüncü hal olan yararlananın istismar kastının bulunması durumunda ise aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanacağı evleviyetle kabul edilmelidir.³⁹³

Türk Hukuku doktrinde istismar kastını arayan görüşler³⁹⁴ olduğu gibi istismar kastını aramayan görüşler de mevcuttur.³⁹⁵

Darlık içerisinde bulunan biri elinde bulunan borsada tedavül etmeyen tahvil ve hisse senetlerini bankaya rehin de veremediğinden borç para veren birine başvurduğu bir olayı düşünürsek; başvuru alan kişinin, gerçekte 100 bin TL değerinde olduğunu bildiği tahvilleri tüm haklarından vazgeçerek kendisine 20 bin TL ile temlik etmesi halinde satın alacağını söylemesi ve tahvil sahibinin de bu şartlarda satması halinde borç para verenin tahvil sahibinin müzayaka halini bilerek istismar etmesi nedeniyle aşırı yararlanma oluşmuş olur.³⁹⁶

Sözleşme öncesi görüşmelerin fahiş menfaat temin eden tarafça mı yoksa zarar gören tarafça mı başlatıldığına hiçbir önemi yoktur. Ayrıca zarara uğrayan tarafın, özellikle müzayaka halinin istismar edildiğini bilme ihtimali yüksek olsa da istismar edildiğini bilip bilmemesi de önemli değildir.³⁹⁷ Ancak, bir ilacı beş misli bedel ile alan bir baba teklifi kendisi yaptıysa ve sözleşme böyle gerçekleştiyse, satıcının babanın müzayakada olduğunu bilse bile bu durumun müzayakayı istismar edici bir hareket olmadığı gerekçesiyle aşırı yararlanmadan bahsedilemeyeceği yönünde görüşler de mevcuttur.³⁹⁸

Usulüne uygun olarak yapılan açık artırmalarda ve hazinenin yaptığı ihalelerde istismar unsuru bulunmadığından hatta açık oransızlık olarak görülen

³⁹³ SUNGUR, a.g.e., s.34, 35.

³⁹⁴ BERKİ, a.g.e., s.97.

³⁹⁵ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.242.

³⁹⁶ SUNGUR, a.g.e., s.35.

³⁹⁷ SUNGUR, a.g.e., s.34, 35.

³⁹⁸ BERKİ, a.g.e., s.99.

durum dahi malın o günkü rayiç bedelinin bir görünümü olduğundan³⁹⁹ aşırı yararlanma iddiası dinlenmez.⁴⁰⁰ Keza ortaklığın giderilmesi için açık artırma ile satılan bir taşınmazın tahmin edilen bir değerden fahiş seviyede düşük bir fiyatla alıcısına bırakılması halinde satışın iptal edilemeyeceği Yargıtay’ca da içtihat edilmiştir.⁴⁰¹

2.4. Aşırı Yararlanmanın Hüküm ve Sonuçları

Alman Medeni Kanunu, aşırı yararlanmayı ahlaka aykırı sayarak kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tuttuğu halde İMK ve TBK (eBK da) sözleşmenin geçerliliğini zarara uğrayan tarafın iradesine bırakmıştır.⁴⁰²

eBK’nın 21’inci maddesinde yaptırım “fesih” olarak ifade edilmiştir. Ancak bu tabirden doktrin ve uygulamada “iptal edilebilirlik, iptal hakkı” kavramının anlaşılması gerektiği yönünde görüş birliği mevcuttur. TBK’nın 28’inci maddesi ile aşırı yararlanma durumunda uygulanacak yaptırım “sözleşme ile bağlı olmama” şeklinde ifade edilmiştir.

Aşırı yararlanmanın, sözleşme serbestisini sınırlayan ve istismara engel olmaya çalışan bir kurum olduğundan bahisle mahiyeti ve amacı ile yaptırımı arasında bir ahenksizlik olduğu, bu sebeple BGB m.138/2’deki gibi kesin geçersizlik yaptırımına tabi olmasının mantıken daha uygun olacağı yönünde görüşler de vardır.⁴⁰³

Önemli olanın zarara uğrayanın çıkarları olduğundan, nihayetinde sözleşmeyi yapmak isteyen kendisi olduğu düşünüldüğünde, kendisi için zararlı bile olsa buna

³⁹⁹ İİK Taşınır (m.115) ve Taşınmaz (m.129) Artırımının Yapılması:

“Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Satışa çıkarılan mal (m. 115) / taşınmaz (m.129) üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını aşması gerekir.

Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır.

İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer.”

⁴⁰⁰ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.241.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.253.

⁴⁰¹ Y.İ.İ.D.-02.06.1930, Y.I.H.D.- 21.05.1931, Y.4.H.D.-06.04.1950 (akt. SUNGUR, a.g.e., s.35.)

⁴⁰² von TUHR, a.g.e., s.313.; ARSEBÜK, a.g.e., s.455, 456.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.393.

⁴⁰³ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.243.

rağmen sözleşmeyi korumak isteyen taraf için engel olmayı gerektirecek bir nedenin bulunmadığı düşüncesiyle sözleşme ile bağlı olmama yani iptal hakkının Alman Hukuku'nda kabul edilen kesin hükümsüzlük yaptırımından daha isabetli olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.⁴⁰⁴

TBK m. 28'deki hukuka aykırılık ile TBK m. 27'deki hukuka aykırılık arasında bir derece farkı olduğu yönünde Federal Mahkeme kararı vardır.

“BK m. 20 (TBK m.27) ile BK m.21 (TBK m.28)'in ayrı sonuçları doğurmaları, sözleşmeyi sakatlayan sebeplerin farklılığındandır.

BK m. 20 (TBK m.27) uygulandığı durumlarda, sözleşme serbest irade ile kurulmuştur; ancak muhtevası imkansız, hukuka ya da ahlaka aykırı olduğu için, Kanun koyucu bu sözleşmeye dayanılarak hak ileri sürülmesine izin veremez ...

BK m.21 (TBK m.28)'deki durumda ise sözleşmeyi kuran iradelerden biri bozuktur. Çünkü taraflardan biri diğerinin sözleşme yapma konusundaki iradesini, sıkıntıda oluşunu, tecrübesizliğini ya da hafifliğini istismar ederek elde etmiştir. Bu bakımdan Kanun, sözleşmenin bütünü hükümsüz sayılmasını, gabin (aşırı yararlanma) dolayısıyla zarara uğrayan tarafın iradesine bırakmıştır.”⁴⁰⁵

İsviçre Hukuku'nda ve eBK döneminde zarara uğrayanın sözleşmeyi, değişmiş bir konu ile kabule zorlanamayacağı gerekçesiyle ya hep ya hiç çözümü benimsenerek sadece sözleşmenin bütünü hükümsüz kılmak üzere iradesini açıklayabileceği kabul edilmiştir.⁴⁰⁶

Müzayaka halinde bulunan kişinin müzayaka nedeniyle aynı sözleşmeyi mutlaka yapması gerekeceğinden ve bu sözleşmeyi yapma ihtiyacı gerçeği inkar edilemeyeceğinden eBK döneminde dahi en azından müzayaka halinde fahiş ivazın indirilerek sözleşmenin korunması gerektiği⁴⁰⁷ ve eBK m.20/2'nin (TBK m. 27/2) kıyas yoluyla uygulanarak kısmi bağlamazlık fikriyle edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin doğru olacağı yönünde görüşler vardır.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.393.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.261.

⁴⁰⁵ BGE 84 II 107 = JdT 1958 I 531 (akt. FEYZİOĞLU, a.g.e., s.261, 262.)

⁴⁰⁶ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.394.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.263.

⁴⁰⁷ BERKİ, a.g.e., s.103.

⁴⁰⁸ ESENER, a.g.e., s.163.

TBK'nın kabul edilmesi ile getirilen bir yenilik olarak zarara uğrayan tarafa “sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini” de talep edebilme hakkı verilmiştir. Özünde bu hak da değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüktür.⁴⁰⁹

TBK beyan sistemini benimseyerek, zarar gören, sözleşme ile bağlı olmadığını beyan ederek edimin geri verilmesini⁴¹⁰ ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Bu hak, tek taraflı ulaşması gereken, bozucu yenilik doğuran bir haktır.⁴¹¹ TBK'nun 28'inci maddesinde beyanın şekline yönelik bir açıklık bulunmadığından, iptal beyanı hiçbir şekilde bağlı olmadan sözlü dahil her şekilde yapılabilir ve sözlü yapılan beyan şahitle ispat edilebilir.⁴¹² Ancak sözleşmenin aşırı yararlanma nedeniyle iptal edildiği açık bir şekilde bildirilmeli ya da verilen şey geri alınmalıdır.⁴¹³

TBK m.28/2'ye göre “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.”

Bu süreler zamanaşımı süre olmayıp hak düşürücü sürelerdir.⁴¹⁴ Bu süreler kesilmez, tatile uğramaz. Hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur.⁴¹⁵ Yargıtay'a göre öncelikle bu hak düşürücü süreler içerisinde talepte bulunup bulunulmadığı incelenmelidir.

“... Sözleşmenin taraflarından birinin, gabin hukuksal nedenine dayanarak sözleşmeyle bağlı olmamayı ya da sözleşmenin varlığını korumakla birlikte edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini istemesi halinde; öncelikle, gabin iddiasına dayanan talep için, kanunda öngörülen 1 ve 5 yıllık hak düşürücü süreler içinde talepte bulunulup bulunulmadığının belirlenmesi;

⁴⁰⁹ Ali Suphi KURŞUN, Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, s.209.

⁴¹⁰ “Bu beyana ‘invalidation=sakatlama’ diyoruz.” ARSEBÜK, a.g.e., s.456.; SUNGUR, a.g.e., s.36.; ESENER, a.g.e., s.165.

⁴¹¹ Turgut UYGUR, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt I (3. Baskı). Ankara: Seçkin, 2013, s.328.

⁴¹² SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.243.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s 265.; BERKİ, a.g.e., s.102.; ESENER, a.g.e., s.165.; UYGUR, a.g.e., s.328.

⁴¹³ BİRSEN, a.g.e., s.88; SUNGUR, a.g.e., s.37.

⁴¹⁴ NOMER, Borçlar Hukuku, s. 109.; UYGUR, a.g.e., s.329.

⁴¹⁵ BİRSEN, a.g.e., s.89.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.243.; SUNGUR, a.g.e., s.38.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.262.; BERKİ, a.g.e., s.103.; ESENER, a.g.e., s.164.; EREN, a.g.e., s.423.

ondan sonra gabinin objektif ve sübjektif unsurlarının somut olayda varlığının irdelenmesi gerekir. Müzayaka (zorda kalma) haline dayanan gabin iddiası için kanun koyucu, zorda kalma halinin ortadan kalktığı andan itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre öngörmüştür... ”⁴¹⁶

İptal beyanı üzerine edimler yerine getirilmemiş ise bunların ifasını herhangi bir taraf diğerinden isteyemez. İvazlar ifa edilmiş veya yalnız bir taraf kendi edimini ifa etmiş ise sözleşmenin ve edanın sebebi hükümsüz hale geldiğinden her iki taraf da verdiğini taşınmaz mülkiyetinin devri ise istihkak, alacağın temliki ya da taşınır mülkiyetin devri ise sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri isteyebilir.⁴¹⁷

Aşırı yararlanmanın şartları bulunsun ya da bulunmasın sözleşme ayrıca TBK m. 26 ve 27 çerçevesinde kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı bulunuyorsa kesin geçersizdir.⁴¹⁸

TBK'nın 28'inci maddesinde aşırı yararlanma sonucunda sözleşmenin iptal edilmesi halinde tazminat talebinde bulunulup bulunulamayacağı açıkça belirtilmemiştir. Her ne kadar sözleşmenin kurulmasında zarara uğrayanın da kusuru olduğu ve müterafik kusur nedeniyle tazminattan bahsedilemeyeceğini⁴¹⁹ ileri sürenler olsa da fahiş menfaat elde eden tarafın davranışları sözleşme öncesi görüşmelerde bulunması gereken dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla zarara uğrayan, m. 49⁴²⁰ ve devamı maddeleri çerçevesinde hukuki dayanağı “culpa in contrahendo” olan tazminat talebinde bulunabilir.⁴²¹ Ödenecek tazminat ilke olarak menfi zararlarla sınırlıdır.⁴²²

⁴¹⁶ Y.17.H.D. 19.2.2018 T. 2016/14196 E., 2018/1061 K.

⁴¹⁷ von TUHR, a.g.e., s.313.; ARSEBÜK, a.g.e., s.456.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.395.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.244.; SUNGUR, a.g.e., s.40.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.263.

⁴¹⁸ KURŞUN, a.g.m., s.210.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.244.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 264.; EREN, a.g.e., s.423.

⁴¹⁹ BİRSEN, a.g.e., s.89.

⁴²⁰ TBK m.49: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

⁴²¹ von TUHR, a.g.e., s.313.; ARSEBÜK, a.g.e., s.456; BİRSEN, a.g.e., s.88, 89.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.395, 396.; ESENER, a.g.e., s.166.; NOMER, Borçlar Hukuku, s. 109.

⁴²² NOMER, Borçlar Hukuku, s. 109.; EREN, a.g.e., s.423.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKSAL KORKUTMA

3. Hukuksal Korkutma (TBK m.38/2)

3.1. Genel Olarak Korkutma

Borçlar Kanunumuzda hakim olan temel ilke irade özerkliği ilkesidir. İrade özerkliği, hukuk düzeninin, bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanımış olduğu genel yetkidir.⁴²³ İrade özerkliğinin sözleşmeler alanındaki doğal sonucu da sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü de kişinin kendi isteği ve iradesi olmadan borç altına sokulmasının mümkün olmaması ve kişinin dilediği konuda ve koşullarda sözleşme yapabilme ve haklar elde edebilme olmak üzere iki özgürlüğü içerir.⁴²⁴ TBK m.1 gereği sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıyla kurulan bir borç kaynağı olduğundan bir tarafın iradesi ile beyanı arasındaki uyumsuzluk sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını engeller.⁴²⁵ Korkutma da kişinin karar verme özgürlüğünü sınırlayan hallerden biri olarak kişi iradesinin sağlıklı biçimde oluşmasını engelleyen sebeplerden biridir.⁴²⁶

İrade bozukluğu, hukuki işlemlerde taraflardan birinin işlem iradesinin oluşumunda ya da bu iradenin beyanında ortaya çıkan sakatlıklardır.⁴²⁷ İradenin oluşumundaki sakatlıklar, kişiyi irade açıklamasında bulunmaya yönelten ve gerçekleştirilmek istenen hukuki işleme ait “bilgi” ve “his”lerin oluşumunda meydana gelen sorunlardan kaynaklanmaktadır. Bu bozukluk, iradenin oluşumu sürecinde bir ya da birkaç kanaatin diğerlerine üstün gelmesi nedeniyledir.⁴²⁸

⁴²³ EREN, a.g.e., s.16.

⁴²⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.113.; “Sözleşme özgürlüğü kendi içinde dört alt türe ayrılır. Bunlar, herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve nihayet kurulmuş olan sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüdür.” EREN, a.g.e., s.17.

⁴²⁵ ARSEBÜK, a.g.e., s.431.; KILIÇOĞLU, a.g.e., s.250.

⁴²⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.1.

⁴²⁷ EREN, a.g.e., s.375.

⁴²⁸ Ulrich Knoepfel-Kunz, Willensbildung Beeinflussung und Vertragsschluss, Ein Beitrag zur Bedeutung von Bewusstsein, Kommunikation, Motivation und Manipulation für die Gültigkeit von

Korkutmada da iradenin oluşumuna etken olan kanaat kişide oluşturulan korku olup bu korku onun bir sözleşme kurmaya razı olmadığı takdirde bir tehlikeye maruz kalacağı tehdidinden kaynaklanır.⁴²⁹ Bir tehdide maruz kalan kişinin de bahse konu tehlike ile karşılaşmak yerine sözleşmeyi kurmayı seçmesi halinde, her hukuki işlemde ona varlık veren iradenin açıklanmasındaki serbestlik ortadan kalkmış, beyan edilen irade ile gerçek (iç) irade arasında korkutulan tarafça da bilinen fakat istenmeyen bir uygunsuzluk meydana gelmiştir.⁴³⁰ Tehdit edilen kimse nitekim tehdit edildiği fakat kendisinin istemediği sözleşmenin doğmasına rıza göstermek ile kendisine yapılacak fenalık arasında seçim yapmaya zorlanarak “ehven-i şer”i (en az zararlı yolu) yani sözleşme yapmaya razı olmayı seçtiğinde ve bunu beyan ettiğinde, bir tercih yapmış, sözleşmeyi kurmaya yönelik iradesini kullanmış olur. Ancak karar serbest, hür bir iradeyle alınmamıştır.⁴³¹ Bu sebeple, korkutmaya maruz kalana bir kurtuluş imkanı verilse de “tehdit ile istemiş olsam da yine istemiş olurum” düşüncesi ile korkutma neticesinde yapılan irade beyanı kesin geçersiz değil iptal edilebilirdir.⁴³²

Bir sözleşme veya herhangi bir hukuki işlem, esaslı bir korku (tehdit) tesiri altında rızasını açıklamış olanı bağlamaz.⁴³³ Bu iptalin sebebi, korkutmanın haksız veya ahlaka aykırı olmasından değil karar verme özgürlüğüne yapılan bir tecavüz olarak kabul edilmesi ve korkutmaya ilişkin düzenlemelerin amacının irade özgürlüğünü korumak olmasındandır. TBK m.37 ve m. 38’in amacı manevi bir baskıya maruz kalarak karar verme özgürlüğü zedelenen ve iradesini korkutma sonucu açıklayan tarafın hukuki işlemlerde özgür biçimde kendisinin belirleyici olması (selbstbestimmung) durumunu sağlamlaştırmak ve onun sözleşme kurma özgürlüğünü korumaktır.⁴³⁴ Korkutan yaptığı yanlış hareketin farkında olmayan biri

Verträgen im schweizerischen Privatrecht, Verlag Paul Haupt, Bern und Stuttgart 1989, s. 225 (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.12, 13.)

⁴²⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.12, 13.

⁴³⁰ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.165.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.14.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.362.

⁴³¹ von TUHR, a.g.e., s.298.; ARSEBÜK, a.g.e., s.435.; EREN, a.g.e., s.403.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.275.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.14.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.166.

⁴³² von TUHR, a.g.e., s.298.; ARSEBÜK, a.g.e., s.435.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.166.

⁴³³ von TUHR, a.g.e., s.298.

⁴³⁴ BernerK/Schmidlin, Berner Kommentar, Band VI/f.1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art 23-31 OR, Verlag Stämpfli+Cie AG., Bern 1995, Art. 29/30 N 22.; BaslerK OR I/Schwenzer, Basler Kommentar,

de olsa, kendisi ya da üçüncü bir şahıs için malvarlığında hiçbir menfaat temin etmemiş diğer tarafı hiçbir zarara sokmamış bile olsa hatta korkutma iyi bir amaç için bir kimsenin inatçılığı ya da düşüncesizliği nedeniyle kendisi için faydalı bir işlemi yapmaya sevk etmek için bile yapılırsa iptali mümkündür.⁴³⁵

Tehdit yoluyla her türlü irade beyanında bulunmaya sevk söz konusu olabileceğinden korkutma gerek tek taraflı ve gerekse çok taraflı bütün hukuki işlemleri oluşturan irade beyanlarında meydana gelebilecek bir irade bozukluğu halidir.⁴³⁶

TBK m. 37 ve 38. maddelerinde, korkutma, sözleşmelerin kurulması esas alınarak düzenlemiş olsa da kurulmuş bir sözleşmenin ifasını, mevcut sözleşme şartlarının değiştirilmesini ya da bu sözleşmenin sona erdirilmesini sağlamak veyahut da engellemek amacıyla da korkutmaya başvurulabilir.⁴³⁷

Korkutmaya ilişkin TBK hükümleri, genel nitelikte olmaları sebebiyle sadece sözleşmelere değil hukuksal işlemlere ve hukuksal işlem benzeri fiillere ve TMK.m.5 gereği, uygun düştüğü oranda diğer medeni hukuk ilişkilerine de uygulanır.⁴³⁸

Diğer hukuk dallarında da korkutmanın özel olarak düzenlendiği haller vardır. TMK'nın Aile Hukuku ve Miras Hukuku'na dair hükümleri arasında yer alan MK.m.151'de evliliğin nispi butlanı davası sebebi olarak ve TMK. m.504 ve m.557/2'de ölüme bağlı tasarrufun iptal sebebi ve TMK. m.578/3'de de mirastan yoksunluk sebebi olarak korkutmaya yer verilmiştir. Ancak bu TBK ve TMK hükümleri arasında nitelik ve amaçlardan kaynaklanan farklılıklar mevcuttur.⁴³⁹

3.2. Korkutmanın Tanımı, Hukuki Niteliği

Korkutma, tehdit edilen tarafta, hukuka aykırı bir tehditte bulunan kimsece arzu edilen beyanı yapmazsa kendisinin veya yakınlarının bir kötülük ve zarara uğrayacağı kanaati uyandırılarak karar (irade) üzerinde yapılan tesirdir.⁴⁴⁰

Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art. 29 N 1. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.17.)

⁴³⁵ von TUHR, a.g.e., s.293.

⁴³⁶ ARSEBÜK, a.g.e., s.434.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.1.

⁴³⁷ von TUHR, a.g.e., s.300.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.1.

⁴³⁸ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.250.

⁴³⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.250.

⁴⁴⁰ von TUHR, a.g.e., s.298.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.4.

Öğreti ve yargı kararlarında “tehdit”, “ikrah”, “cebir” ve “korkutma” kavramlarının sık kullanılması nedeniyle konunun daha iyi anlaşılması bakımından aralarındaki farklılıklar ve ilişkilerin ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Borçlar Kanunumuz korkutmayı açıkça tanımlamamış, TBK m. 37’de korkutmanın hüküm ve sonuçları, TBK m.38’de ise korkutmanın şartlarına yer vermiştir. TBK m.38/1’de bir sözleşmenin korkutma etkisiyle kurulduğunun kabulü için tehdit niteliğindeki davranışta bulunması gereken unsurlar⁴⁴¹, TBK m.38/2’de ise bir hak ya da kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağına bildirilmesinin hangi şartlar altında korkutma sayılacağı açıklanmıştır.

Tehdit “bir kimseyi yakın bir tehlikeyle korkutma, bir kimseye kendisine zarar vermek, kötülük yapmak niyetinde olduğunu belirten sözler, davranışlar” olarak tanımlanırken TBK.m.38/f.1 anlamında tehdit ise, “korkutulan kişinin kendisinin ya da yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına ağır ve yakın zamanda gerçekleşecek bir tehlikeye maruz kalacağına bildirilmesi”dir.⁴⁴² Tehdit, korkutmanın varlığı için olmazsa olmaz koşul iken korkutma, ilgili sözleşmenin kurulmasını sağlayan tehdidi ifade eder.⁴⁴³ Özetle korkutma sebebiyle irade bozukluğundan bahsedilebilmesi için öncelikle unsurları TBK.m.38/f.1’de belirtilen bir tehdidin bulunması, müteakiben tehdit edilenin, bu tehdit neticesinde yaratılan ağır bir zarara maruz kalacağı düşüncesi neticesinde sözleşme iradesinin oluşması gerekmektedir.⁴⁴⁴

Cebir, bir kişiyi iradesi dışında herhangi bir eylemi yapmaya ya da yapmamaya zorlama şeklinde tanımlanırken bu baskı maddi ve manevi olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir.⁴⁴⁵ Cebre maruz kalanın davranışlarının kendi iradesine dayanıp dayanmaması bu ikisi arasındaki ayırt edici noktayı oluşturur. Maddi cebir (vis absoluta), zorla aşırı dozda uyuşturucu verilerek, sarhoş ya da hipnotize edilerek veya kişinin bilinci yerinde iken elinin zorla tutularak bir sözleşme veya vasiyetname imzalatılması halinde olduğu gibi kişinin iradesini tamamen devre dışı bırakarak onun fiziksel davranışlarını doğrudan doğruya yönlendirerek bizzat alet olarak

⁴⁴¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.4.

⁴⁴² DEMİRBAŞ, a.g.e., s.5, 6.

⁴⁴³ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.6.

⁴⁴⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.6.

⁴⁴⁵ BİRSEN, a.g.e., s.76.

kullanılarak kişinin kendisi irade beyan eder.⁴⁴⁶ Manevi cebirde (vis compulsiva) ise, kişinin dövülmesi, başına silah dayanması veya evinin yakılacağı, geçmiş sırlarının ifşa edileceği ya da başkaca bir tehlikeye maruz kalacağına bildirilmesi gibi eylemlerle kişinin iradesi devre dışı bırakılmaz, uygulanan baskı ile esasen arzu etmese de kendisinin irade beyan etmesi sağlanır.⁴⁴⁷

Manevi cebir, tehdit edilen kimsenin iradesi üzerinde bu iradeyi tamamen bertaraf etmeksizin az veya çok tesir ettiğiinden Borçlar Kanunumuz m.37 ve 38’de irade bozukluğu olarak sadece manevi cebir yoluyla kurulan sözleşmeleri kabul etmiştir.⁴⁴⁸ Maddi cebirde, manevi cebirde olduğu gibi bozulmuş dahi olsa bir iradeden söz edilemeyeceğinden, yapılan irade beyanının hukuki sonuca yönelik bir irade beyanı değil görünürde beyan olması nedeniyle eylem iradesi⁴⁴⁹ bulunmadığından bu tür durumlarda korkutmadan da söz etmek mümkün olmayıp maddi cebir neticesinde kurulan sözleşmelere uygulanacak yaptırım yokluktur.⁴⁵⁰ TBK bu sebeple maddi cebri ayrıca düzenlemeyi gerekli görmemiştir.⁴⁵¹

Korkutma, eBK’nın 29 ve 30’uncu maddelerinde⁴⁵² “ikrah” kavramı adı altında yer almıştır. İkraha, Arapça "istememek, rıza göstermemek" anlamındaki kürah

⁴⁴⁶ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.275.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.7. “Bir şeyin tehdit neticesinde devredilmesi ile zorla bir şeyi almak arasında fark vardır. Eğer A, B’ye ait olan bir malı, onun muhalefetini tehdit ile bertaraf ederek alırsa mülkiyetin devri hiçbir hüküm tevhit etmez; bu maddi bir taziyektir.” ARSEBÜK, a.g.e., s.436.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.165.

⁴⁴⁷ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.275.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.7.

⁴⁴⁸ von TUHR, a.g.e., s.298.; ARSEBÜK, a.g.e., s.435.

⁴⁴⁹ “Genellikle kabul edildiğine göre hukuki işlem iradesi üç unsurdan oluşmaktadır: ‘İşlem iradesi’, ‘beyan iradesi’ ve ‘eylem iradesi’. ‘İşlem iradesi’, beyanda bulunan kişinin belirli bir hukuki sonuca yönelik arzusudur. Kişinin bu hukuki sonuca yönelik arzusunu dış dünyaya yansıtma iradesi ‘beyan iradesi’, arzusunu dış dünyaya yansıtmaya yönelik hareketleri gerçekleştirme iradesi de ‘eylem iradesi’ olarak ifade edilir.” DEMİRBAŞ, a.g.e., s.8.

⁴⁵⁰ ARSEBÜK, a.g.e., s.435.; BİRSEN, a.g.e., s.76.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.275.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.9.

⁴⁵¹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.165.

⁴⁵² eBK m.29: “Eğer iki taraftan biri diğer tarafın yahut üçüncü bir şahsın ikrahiyle bir akit yapmış olursa, kendi hakkında lüzum ifade etmez.

İkraha, üçüncü bir şahsın fiili olup ta diğer taraf ona vakıf olmamış yahut vakıf olması lazım bulunmamış olduğu takdirde bu ikraha dışarı olan taraf, akdi fesh ederse, hakkaniyet iktiza ettiği halde diğer tarafa tazminat vermeğe mecburdur.”

eBK m.30: “İkraha olunan taraf, hal ve mevkiine nazaran kendisinin yahut yakın akrabasından birinin hayat veya şahıs veya namus yahut malları ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeye maruz olduğuna kanaat getirdiği takdirde ikraha, muteber addolunur.

Bir hakkın veya kanuni salahiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya dışarı olan kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, ikrahi muteber

(kerh) kökünden türemiştir. Ayrıca kelimenin bu kök halinde bir ayırım yapılarak kürhün sonradan dini bir terim haline gelen "mekruh"un da bu anlamda kullanıldığı insanın kendi tab'ından veya aklından kaynaklanan bir hoşlanmama; ikrah ile daha sıkı bağı olan kerhin ise hariçten gelen bir zorlamanın yol açtığı meşakkat anlamı taşıdığı belirtilmektedir.⁴⁵³ eBK'da yer alan ikrah kavramı ile de manevi anlamdaki cebir kastedilmiştir.⁴⁵⁴

Kısaca tanım olarak tehdit ve korkutma daha geniş bir anlam ifade ederken kavramsal olarak TBK m. 38/1'de unsurları sayılan tehdit, irade bozukluğuna yol açan korkutmaya neden olur. TBK. m.38/1 hükmünde, "... ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise ..." ve TBK. m.37/1 hükmünde de "taflardan biri ... korkutması sonucu sözleşme yapmışsa ..." ifadeleri birlikte değerlendirildiğinde hükümde belirtilen unsurları taşıyan bir tehdidin oluşturduğu psikolojik baskıdan bir sözleşmenin kurulmasında araç olarak yararlanılması, bu baskı ve zorlamanın maddi değil, manevi olduğunu gösterir.⁴⁵⁵

3.3. Korkutmanın Unsurları

Herhangi bir tehdit ya da korku TBK anlamında korkutma değildir. Bir sözleşmenin korkutma nedeniyle kurulduğunun kabul edilebilmesi için korkutma yaratan bir davranışın bulunması ve karşı tarafın sözleşme kurmaya yönelik iradesini açıklaması gerekmektedir. Karşı tarafın ya da üçüncü kişinin davranışlarının korkutma teşkil edebilmesi için hangi unsurları içermesi gerektiği ise TBK m.38/1'de belirtilmiştir.

3.3.1. Bir korkutmaya yönelik eyleminin bulunması gerekir

Bir sözleşmenin korkutma nedeniyle kurulduğunun kabul edilebilmesinin ilk şartı tehdit niteliğinde bir eylemin gerçekleştirilmiş olmasıdır. Tehditte belirtilen tehlike gelecekte gerçekleşmesi beklenen bir olaydır. Bu tehlike de ya henüz mevcut

addolunmaz. Fakat fahiş menfaatler istihsalı için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır."

⁴⁵³ Ali BARDAKOĞLU, "İkrah". *TDV İslam Ansiklopedisi*. Cilt:22. İstanbul. 2000, s.30.

⁴⁵⁴ von TUHR, a.g.e., s.298.; ARSEBÜK, a.g.e., s.435.; KILIÇOĞLU, a.g.e., s.280.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.166.

⁴⁵⁵ UYGUR, a.g.e., s.356.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.10.

olamayıp yeni bir olay olarak meydana gelir ya da halihazırdaki bir tehlikenin devam etmesini sağlamakla gerçekleşir.⁴⁵⁶

Bir insan eseri ve ürünü olmayan tehlikeler korkutma olarak kabul edilemezler.⁴⁵⁷ Korkutmanın temyiz kudreti yerinde olsun olmasın mutlaka bir şahıs tarafından yapılması gerektiğinden doğal olayların yol açtığı korkular yerinde korku olarak kabul edilseler bile TBK m. 37'deki sonuçları doğurmaz. Doğal olayların yol açtığı korku neticesinde yapılan sözleşmelerden şartları mevcutsa TBK m. 28 aşırı yararlanma hükümleri uygulanabilir.⁴⁵⁸

Tehdit kastı olmadan sırf birinin tipinden, dış görünüşünden korkarak yapılan sözleşmeler korkutma nedeniyle iptal edilemez. Diğer tarafta tehdit kastı olmalıdır.⁴⁵⁹

Menfi bir hareket de korkutmanın konusu olabilir. Bir doktorun hastasını terk etmekle, dağ rehberinin gruptakilerle artık yardım etmemekle tehdidinde olduğu gibi fazla bir menfaat temin etmek için korkutan tarafından kanun veya sözleşme gereğince yapmak zorunda olduğu bir eylemi yerine getirmeyeceğine yönelik tehdit, korkutulan taraf için yapılmaması halinde muhtemel zararlı bir sonuç meydana getirmesi halinde haksızdır ve korkutma sayılır.⁴⁶⁰

Yönelecek tehdidin eBK m. 30/1'de "hayat veya şahıs veya namus yahut malları"na olması gerektiği belirtilmiş, ancak bunun tahdidi olmadığı, hürriyete ve diğer şahsi menfaatlere⁴⁶¹ de olabileceği gibi intihar tehdidi ile elde edilecek bir bağış gibi ruhi dengeyi bozabilecek durumlarda da geçerli olduğu değerlendirilmiştir.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.36. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.42.)

⁴⁵⁷ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.166.

⁴⁵⁸ ARSEBÜK, a.g.e., s.439.; "Mesela bir kimse yolda giderken çukura düşüyor. Yoldan geçen diğer bir kimseye kendisini kurtardığı halde şu kadar bir para vereceğini veya filan akdi yapacağını vadederse meşgul olduğumuz manada ikrah mevcut değildir." BİRSEN, a.g.e., s.78.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.166.

⁴⁵⁹ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.166.

⁴⁶⁰ von TUHR, a.g.e., s.299.; "Fakat buna mukabil kararlaştırılan şartlar dairesinde akdin hükümlerini yerine getirmek imkanı bulunmadığını söyleyerek ivazın tezyidini (artırmak, çoğaltmak) temin ikrah sayılmaz. Çünkü harekette haksızlık yoktur." ARSEBÜK, a.g.e., s.437.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.170, 171.

⁴⁶¹ Haysiyet ve şerefe dokunmamakla birlikte bir kimsenin gizli tutmak hakkını haiz olduğu vakıaları ilan suretiyle iase etmek tehdidi." von TUHR, a.g.e., s.299.; ARSEBÜK, a.g.e., s.437.

⁴⁶² von TUHR, a.g.e., s.299.; ARSEBÜK, a.g.e., s.437.

TBK m. 38/1’de ise tek tek saymak yerine “kişilik haklarına ya da malvarlığına” yönelik bir tehdidin olması gerektiği belirtilmiştir. Kişilik haklarına her şeyden önce yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü girer. Fiilen bu haklara zarar verilmesi gibi zarar tehdidi de hukuka aykırıdır. Onur ve saygınlığa yönelik iftira, sırların ifşa edileceği, dedikodu tehdidiyle bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak da korkutmaya neden olabilir. Kişi özgürlüğü de kişilik haklarına girer.⁴⁶³ Kaçırılarak bir yere hapsedileceği ya da sözleşmeyi kabul etmediği sürece serbest bırakılmayacağı gibi tehditler manevi baskı aracı olarak kullanılabilir. Özel hayatın gizliliğine, cinsel yaşamının, aile hayatının ifşa edileceğine yönelik tehditler de sözleşme kurmaya zorlamak için kullanılabilir.⁴⁶⁴

3.3.2. Tehlike ağır olmalıdır

Tehdit edilen kimsenin hal ve mevkiine göre ağır, ciddi ve derhal meydana gelebilecek bir tehlikeye maruz kaldığına kanaat getirmesi lazımdır.⁴⁶⁵

Korku sübjektif bakımından esaslı olmalıdır. Tehdidin ciddi olmasından maksat karşı taraf üzerinde gerçek bir tehlikenin varlığı endişesi doğurmasıdır.⁴⁶⁶ Mevaz kanun İBK’da korkutma kavramı “yerinde korku” anlamına gelecek şekilde ifade edilmiştir. “Korkutma” tehdit ve zorlamada bulunan kişinin hareketini anlatırken “yerinde korku” korkutmaya maruz kalan tarafın şahsında meydana gelen bir durumdur. Bu sebeple de tehdidin, iradesi fesada uğrayan tarafta bir yerinde korkuya neden olup olmadığına bakılmalıdır. Bu sebeple tehdidin yerinde bir korku meydana getirip getirmediği, yani ağırlığı ve ciddiyeti iradesi sakatlanan kimse bakımından araştırılmalıdır.⁴⁶⁷ İcrasına imkan vermeyen bir vasıta, örneğin bir boş tabanca ile yapılan ya da şaka tarzında yapılmış tehdit dahi karşı tarafta bir tehlikenin varlığına kanaat getirmesine imkan sağlıyorsa ağırdır. İntihar tehdidi dahi esaslı bir korkunun doğumuna yol açabilir.⁴⁶⁸

⁴⁶³ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.277.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.363.

⁴⁶⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.57.

⁴⁶⁵ von TUHR, a.g.e., s.299.; ARSEBÜK, a.g.e., s.436.; BİRSEN, a.g.e.944, s.76, 77.

⁴⁶⁶ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.167.

⁴⁶⁷ ARSEBÜK, a.g.e., s.435.

⁴⁶⁸ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.363.

Korkutan kişinin söylediğini yapacak durumda olması gerekir. Kötürüm bir kimsenin dövme tehdidinde olduğu gibi söylediğini yapamayacağı anlaşılıyorsa korkutma esaslı sayılmaz.⁴⁶⁹

Tehdit gerçekten var olmalıdır. Bir kimsenin aslı olmayan haberler neticesinde tehdide uğradığını hatalı olarak zannetmesi yeterli değildir. Ancak şaka olsa da tehdide uğrayan kişinin ciddi zannettiği tehditler iptal sebebidir.⁴⁷⁰

3.3.3. Tehlike yakın olmalıdır

Derhal meydana gelecek bir tehlike olmalıdır. Bundan anlaşılması gereken husus tehdidin yapıldığı anda değil her an meydana gelebilmesi ve korkutulanda korkunun derhal oluşmasıdır.⁴⁷¹ Ancak kızını evlenme yaşına geldiğinde benimle evlendirmezsen evini yakarım şeklindeki uzak bir geleceğe yönelik tehdit korkutma değildir.⁴⁷²

Gerekli tedbirleri almaya, yetkili makamlara başvurmaya durumun ve vaktin yeterli olması durumunda ileride doğabilecek tehlike endişesi nedeniyle yapılan sözleşme korkutma nedeniyle iptal edilemez.⁴⁷³

3.3.4. Korkutma sözleşmenin karşı tarafına veya yakınlarına yönelik olmalıdır

Tehdit bizzat korkutulan kişinin veya yakinen bağlı olduğu bir şahsın maddi manevi varlığına yönelik olabilir. Aranılacak durum sadece akrabalık değil ancak fiili bir yakınlık ve sıkı bir bağlılıktır.⁴⁷⁴ Diğer bir deyişle o kişinin neşesiyle neşelenen acısıyla acı duyanlara yapılan tehditler bu kapsamda değerlendirilmelidir.⁴⁷⁵ Yakınlar kavramına kimlerin gireceğini hakim belirleyecektir.⁴⁷⁶

Tüzel kişiler de korkutmaya maruz kalabilirler. Tüzel kişiliğin başkanı ile olan ilişkisi gerçek kişinin yakınları ile olan ilişkisine benzetilebilir.⁴⁷⁷

⁴⁶⁹ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.363.

⁴⁷⁰ von TUHR, a.g.e., s.298.; ARSEBÜK, a.g.e., s.436.

⁴⁷¹ BİRSEN, a.g.e., s.77.

⁴⁷² SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.276.

⁴⁷³ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.168.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.363.

⁴⁷⁴ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.276.

⁴⁷⁵ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.169.

⁴⁷⁶ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.363.

⁴⁷⁷ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.169.

TBK m.38/1’de belirtilen kişi ya da değerlere yönelen bir tehdidin korkutma olarak kabul edilebilmesi için korkutulan kişi ile o değerler ya da kişiler arasında duygusal bağlantı bulunmalıdır.⁴⁷⁸ Her ne kadar karşı tarafın, unc bir kişiye ya da kendisine zarar vereceği tehdidi tek başına korkutmaya neden olmasa da başkalarına yönelen bu tehditler dolaylı yoldan kişilik haklarını ihlal ederek korkutulanı kendisinin de zarara uğrayacağını düşünmesine sebep olduğu ve ruhi dengeyi bozduğu sürece korkutma sayılmalıdır.⁴⁷⁹ Mesela bir kimseye hiç tanımadığı bir kişiye gözleri önünde işkence yapılacağı söylenmesi durumunda ani acıma duygusu yakınlık şartını gerçekleştirmeye yeteceğinden diğer şartların varlığı halinde korkutma kabul edilmelidir.⁴⁸⁰ Hatta hayvanlara acı ektirme⁴⁸¹ ya da ülkenin veya şehrin önemli kültürel eserlerinin tahrip etme⁴⁸² tehditleri de duyarlı kişilerin ruhi dengesini bozabilir. Tehdit edenin kendi malvarlığına zarar vereceği yönündeki tehditler korkutma teşkil etmez.⁴⁸³

3.3.5. Korkutma ile sözleşmenin yapılması arasında sebep-sonuç (illiyet) bağı bulunmalıdır

Korkutan kimse, diğer tarafı kendisi ile hukuki işlemde bulunmaya sevk etmelidir. Korkutma hiçbir hukuki işleme neden olmuyorsa korkutmadan bahsedilemez.⁴⁸⁴ İşlem, korkutma neticesinde yapılmalıdır.⁴⁸⁵ Ancak korkutma sonucu yapılan hukuki işlemin, karşı yana aşırı çıkar sağlaması gerekmez. Bu koşul sadece TBK m. 38/2’nin uygulanacağı hallerde aranır.⁴⁸⁶

⁴⁷⁸ Ulrich Knoepfel-Kunz, Willensbildung Beeinflussung und Vertragsschluss, Ein Beitrag zur Bedeutung von Bewusstsein, Kommunikation, Motivation und Manipulation für die Gültigkeit von Verträgen im schweizerischen Privatrecht, Verlag Paul Haupt, Bern und Stuttgart 1989, s.340. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.58.)

⁴⁷⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.59.

⁴⁸⁰ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOğLU ve ALTOP, a.g.e., s. 606.

⁴⁸¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.59.

⁴⁸² TEKİNAY, AKMAN, BURCUOğLU ve ALTOP, a.g.e., s. 623.

⁴⁸³ Eva Maria Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 2000, s. 336. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.59).

⁴⁸⁴ ARSEBÜK, a.g.e., s.436.

⁴⁸⁵ BİRSEN, a.g.e., s.78, 79.; TUNçOMAğ, a.g.e., s.367.

⁴⁸⁶ TUNçOMAğ, a.g.e., s.367.

Eğer sözleşme tehdit olmasaydı da yapılacaksa yani tehdit ile sözleşme arasında illiyet bağı yoksa o zaman bu işlem geçerlidir ve tesadüfen korkutmaya maruz kalan kişi sözleşmeyi iptal edemez.⁴⁸⁷

3.3.6. Korkutmanın üçüncü kişi tarafından yapılması

Hileden farklı olarak korkutmada, korkutmanın ayırt etme gücüne sahip olsun olmasın veya yasal erginlik yaşına gelsin gelmesin kim tarafından yapıldığının, diğer tarafın davranışının korkutma olduğunu bilip bilmemesinin önemi yoktur. Çünkü korkutulan, imzasız mektuplarda olduğu gibi bazı durumlarda kim tarafından tehdit edildiğini bilemeyeceği gibi failin kim olduğunu dahi ispat edemez. Böyle durumlarda dahi korku etkisi altında hareket ettiğini ispat ederek beyanıyla bağlı kalmaktan kurtulur.⁴⁸⁸

Öğretide, sözleşme öncesi görüşmelerin başlamasından sözleşmenin kurulmasına kadarki sürece katılmayan kişiler⁴⁸⁹ ile kimliği belirsiz kişiler⁴⁹⁰ üçüncü kişi olarak kabul edilmektedir.

Korkutmaya hiçbir şekilde katılmamış karşı taraf, TBK m. 37/2 gereği hakkaniyet gerektiriyorsa iradesini tehdit nedeniyle açıkladığını iddia eden ve sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen korkutulandan tazminat isteyebilir. Burada TBK m. 35'den⁴⁹¹ farklı olarak kusur aranmamaktadır. Çünkü tehdit ile yapılan sözleşmede irade fesada uğradığından her ne kadar korkutulanın bu durumdan kurtulma imkanı olsa da bu kurtuluş sözleşmenin geçerliliğine güvenen tarafın zararına kullanılamaz.⁴⁹² Buradaki tazminat düşüncesi fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanmaktadır.⁴⁹³

⁴⁸⁷ BİRSEN, a.g.e., s.79.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.277.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.11.

⁴⁸⁸ ARSEBÜK, a.g.e., s.439.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.366.

⁴⁸⁹ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.273.; ARSEBÜK, a.g.e., s.428.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.41.

⁴⁹⁰ Eraslan ÖZKAYA, Yanılma-Aldatma-Korkutma Davaları (Hata-Hile-İkrah Davaları), 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 427.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s. 478.

⁴⁹¹ TBK m.35: Yanılmada kusur

“Yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak, diğer taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tazminat istenemez.

Hakim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.”

⁴⁹² ARSEBÜK, a.g.e., s.439.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.366.

⁴⁹³ NÖMER, Borçlar Hukuku, s. 99.

Bu tazminat kural olarak sözleşmeye güvenen tarafın bütün zararlarını değil hakkaniyete göre takdir edilecek menfi zararlarını karşılamaya yöneliktir. Ancak korkutulan taraf, diğer tarafa ödemek zorunda olduğu bedeli tamamen tehdit eden taraftan tazmin ederse diğer tarafın müspet zararını (sözleşmenin ifası halinde elde edeceği çıkarı) da karşılamak zorundadır.⁴⁹⁴

Üçüncü kişinin korkutulana yaptığı tehdit bir haksız fiil teşkil ediyorsa korkutulan zararını TBK m.49 ve devamı maddelerine göre üçüncü kişiden talep edebilir.⁴⁹⁵

3.3.7. Temsilci ve yardımcı şahısların yaptığı hukuki işlemde korkutma

Sözleşme kurulmadan önceki görüşmelerde, taraflar temsilci kullanabilecekleri gibi kendi ad ve hesabına sözleşme kurma yetkisine sahip olmasa da kendi menfaatleri için görüşmelerde ve birtakım işlemlerde yer alan yardımcı kişilerden de (acente, tellal, galericiler, bankerler, bankalar vs.) yararlanabilirler.⁴⁹⁶

Bir sözleşmenin korkutma sonucu kurulması temsilcinin eylemi ile gerçekleşebileceği gibi bahse konu yardımcıların eylemleriyle gerçekleşebilir. Sözleşmenin kurulması temsilci kullanılarak gerçekleştirildiğinde bu sözleşmeden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olduğundan⁴⁹⁷, yardımcı şahsa sözleşme görüşmelerini yürütme yetkisi verilmesiyle korkutulan tarafta görüşmeleri diğer tarafla yürütmekten farkı olmadığına ilişkin güven tesis edildiğinden⁴⁹⁸ her iki şahıs da üçüncü kişi sayılmazlar. Yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeyi temsil olunanın onaylaması durumunda yetkisiz temsilci de üçüncü kişi sayılmaz.⁴⁹⁹ Özetle sözleşme görüşmelerine katılan kişiler üçüncü kişi sayılmazlar.⁵⁰⁰

Yukarıda bahsedilen ve üçüncü kişi sayılmayan kişilerin korkutmaları nedeniyle sözleşme kurulmasının en önemli sonucu sözleşmenin iptal edilmesi

⁴⁹⁴ ARSEBÜK, a.g.e., s.440.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.366, 367.

⁴⁹⁵ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.278.

⁴⁹⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.39.

⁴⁹⁷ Şener AKYOL, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.3. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.39.)

⁴⁹⁸ Werner Schubert, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluss, AcP 68 (1968), s.473. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.39.)

⁴⁹⁹ Şener AKYOL, a.g.e., s.500. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.39.)

⁵⁰⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.41.

halinde karşı taraf iyi niyetli olsa da TBK m.37/2 belirtilen tazminata hak kazanamamasıdır.

3.4. Tehdidin Hukuka Aykırılığı

Korkutmanın varlığı için aranan şartlardan biri de tehdidin hukuka aykırı olmasıdır. Bir kişiyi bir irade açıklamasında bulunmaya sevk etmiş olmak her durumda bu irade açıklamasının tehdit sonucunda yapıldığı anlamına gelmemektedir. Tehdidin hukuka aykırılığından maksat karar verme özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmasıdır.⁵⁰¹

Korkutmanın koşullarının düzenlendiği TBK m.38 incelendiğinde iki farklı hukuka aykırılığın düzenlendiğini görmekteyiz. Hukuka aykırılık birinci fıkrada kendisine veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin gerçekleştirileceğinin bildirilmesi şeklinde ikinci fıkrada ise bir hak ya da kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağına bildirilmesi neticesinde aşırı bir menfaat sağlanmasıyla ortaya çıkar.

Öğretide korkutmaya ilişkin TBK m.37/1 ve m. 38/1 ile ana kural, TBK m.38/2 ile de yan kural konulduğu ifade edilmektedir.⁵⁰²

3.4.1. TBK m. 38/1’de düzenlenen tehdidin hukuka aykırılığı

Tehdit eylemi, hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunmadıkça haksız fiilin ve TCK’da öngörülen tehdit, şantaj ve cebir suç tiplerinin unsurlarını içerdiği sürece hukuka aykırıdır. Zor durumda kalan ya da fiziki kuvvete başvurma hakkı olan kişi TBK m.63, 64’ün⁵⁰³ izin verdiği fiillere başvuracağından bahisle tehditte bulunabilir.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.66.

⁵⁰² ⁵⁰² BernerK/Schmidlin, Berner Kommentar, Band VI/f.1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art 23-31 OR, Verlag Stämpfli+Cie AG., Bern 1995, Art. 29/30 N 37. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.67.)

⁵⁰³ Hukuka aykırılığı kaldıran haller

1. Genel olarak

TBK m. 63: “Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

2. Sorumluluk

Hayat ve bedensel bütünlüğe yönelik tehditler, bir suç işlenmesine veya sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmeyeceği⁵⁰⁵ gibi başka türlü bir haksız bir fiil ile yapılan tehditlerde, tehdide konu davranış haksız olduğu için korkutma hükümleri uygulanabilir.⁵⁰⁶

Sözleşme görüşmeleri sırasında karşı taraf ya da yardımcısı tarafından yapılan tehditler buna maruz kalanın serbest iradesini baskı altına aldığından karşı müzakerecinin menfaatlerini koruma yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Bu ihlal karşı tarafın culpa in contrahendo sorumluluğuna neden olur. Dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafınca gerçekleştirilen her türlü korkutmada tehdit eylemi bu bakımdan özünde hukuka aykırılık unsurunu barındırır.⁵⁰⁷

Sözleşmenin kurulmasından sonra ise haklı bir gerekçe olmadan alacaklısını zor duruma sokmakla tehdit ederek yeni bir sözleşme yapılmasını ya da mevcut şartların değiştirilmesinin temin edilmesi halinde borçlu alacaklının serbest karar verememesine neden olduğundan bu tehdit haksızdır.⁵⁰⁸ Tam tersi olarak alacaklı da borçluyu tehdit edebilir. Tehdidi yapan bu hukuki işlemi talep hakkına sahip olsa bile mesela kendisine verilmesi gereken şeyi cebren teslim aldığı veya hakkı olan bir alacağın temlikini baskı ve zorlama ile elde ettiği takdirde dahi hukuki işlem haksız şekilde elde edildiğinden iptal edilebilir.⁵⁰⁹ Alacaklı korkutma ile borcun ifasını sağlamış ise borçlu bu ifayı iptal ederek verdiği şeyi geri alma hakkına sahiptir.⁵¹⁰

TBK m.64: “Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”

⁵⁰⁴ von TUHR, a.g.e., s.299, 300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.

⁵⁰⁵ “Borçlu sözleşmeyi bozacağı tehdidiyle karşı edimde bir fazlalık elde etmesi durumunda. Ancak borçlu mevcut şartlar altında borcunu yerine getiremeyeceğini iddia ederek karşı edimde bir fazlalık talep etmesi başka bir durumdur.” von TUHR, a.g.e., s.299.; ARSEBÜK, a.g.e., s.436.

⁵⁰⁶ von TUHR, a.g.e., s.299.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.363.

⁵⁰⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.68.

⁵⁰⁸ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.69.

⁵⁰⁹ von TUHR, a.g.e., s. 300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.

⁵¹⁰ von TUHR, a.g.e., s.293.

3.4.2. TBK m.38/2’de düzenlenen tehdidin hukuka aykırılığı-hukuksal korkutma

Tehdide konu davranış bir hakkın veya diğer haklı bir fiilin kullanımından ibaretse baskı ve zorlama prensip gereği haksız değildir.⁵¹¹ Mesela alacaklı davanın neticesi şüpheli bile olsa mahkemeye müracaat edeceğini, icra takibi başlatacağını fesih ihbarında bulunacağını, iflasını isteyeceğini veya mallarını haczettireceğini söyleyerek borçluyu borcunu ödemeye, sözleşmeyi değiştirmeye veya yeni bir sözleşme yapmaya zorlamak için tehditte bulunabilir. Alacaklının rehin verilmesi (kefil olunması) durumunda mahkemeye başvurmayacağı tehdidiyle tehlikeden kurtulmak maksadıyla borca karşılık rehin verilmesi halinde de hukuka aykırı bir durum yoktur.⁵¹² Karşı tarafın yükümlü olmadığı bir edayı yerine getirmekten imtina etmesi durumunda iş ilişkisinin kesileceği tehdidi dahi korkutma sayılmaz.⁵¹³ Bunlar tarafların menfaatlerini korumak için başvurabilecekleri müsamaha gösterilmesi gereken meşru cebir vasıtalarıdır.⁵¹⁴

Ancak öyle haller vardır ki haklı olan bir fiil ile tehdit haksız sayılmaktadır. TBK m. 38/2 gereğince bir hakkı kullanmak tehdidi “tehdit edilen tarafı müzayaka halinde bırakarak kendisini aşırı menfaatler terk etmesine zorlamak için kullanılmış” ise tehdit hukuka aykırıdır.⁵¹⁵ Bu tehdidi ile korkutan öyle bir sonuç istemektedir ki, bu sonuç, kullanacağını söylediği hakkının veya yetkisinin normal sonucu değildir. Yani yapılan tehdit ile sağlanan işlem arasında bir uygunluk bulunmamaktadır. Hak ile ilgisi olmayan birtakım işlemlere, karşı tarafın muvafakati istenmektedir.⁵¹⁶ Bu sebeple TBK m. 38/2 ile tehdidin hukuka aykırılığının özel bir görünümünün düzenlendiği söylenebilir.⁵¹⁷

⁵¹¹ “Kullanılacağı, tehdit suretiyle bildirilen hakkın mevcut olmadığı anlaşıldığı takdirde, tehditte bulunan bu hakkının mevcut olmadığına vakıf ise bu tehdit haksızdır.” von TUHR, a.g.e., s.300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.; BİRSEN, a.g.e., s.78.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.169.

⁵¹² BİRSEN, a.g.e., s.78.; SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.277.

⁵¹³ von TUHR, a.g.e., s.300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.

⁵¹⁴ ARSEBÜK, a.g.e., s.438.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.169.

⁵¹⁵ von TUHR, a.g.e., s.300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.

⁵¹⁶ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.169, 170.

⁵¹⁷ Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.36. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.71.)

Böyle bir hareket dürüstlük kurallarına aykırı olduğundan aynı zamanda TMK m.2/2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasıdır.⁵¹⁸

3.4.2.1. Korkutanın bir hakkını veya kanundan doğan bir yetkisinin bulunması

TBK m.38/2'nin uygulama alanı bulabilmesi için her şeyden önce tehdit olarak kullanılabilir bir hakkın ya da kanundan doğan bir yetkinin bulunması gerekmektedir. Bu hak ve yetkinin, kullanılacağı bildirildiği anda mevcut olması şart değildir. Nasıl ki TBK m.38/1'de ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin mevcudiyeti bir unsur olarak belirtilmişse burada da yakın zamanda doğacak bir hak ve yetkinin kullanılacağı tehdidi ile de korkutma sağlanabilir.⁵¹⁹

Bir hak ve yetkinin kullanılacağı tehdidinde maruz kalan kişinin böyle bir hakkın mevcut olmadığını bilmesi ya da somut olayın özelliklerine göre bilebilecek durumda olması halinde korkutmadan bahsedilemez.⁵²⁰ Tehditte kullanılan hak ve yetki gerçekte mevcut olmasa da var olduğunu zanneden kişi yine de korkutmaya maruz kalmış sayılır ancak tehdidin hukuka aykırılığı TBK m.38/2'e değil şartları varsa TBK m.38/1'e dayanır.⁵²¹

TBK m. 38/2 hükmünün uygulanabilmesi için korkutmaya maruz kalan kişinin kendisine yönelik bir hak ya da yetkinin kullanılacağı bildirilmelidir. Başka bir kişiye yapılan bir hak ya da yetkinin kullanılacağı tehdidi ile bir işlem yapılması halinde, şartları varsa TBK m.38/1'de belirtilen yakınlarına yönelik bir tehlikenin yarattığı korkudan söz edilebilir.⁵²² Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermiştir.

“Davacı dava dilekçesinde damadı Ersin'in borcundan dolayı davalı alacaklının icra memuru ile birlikte, borçlu Ersin'le birlikte oturduğu eve hacze geldiklerini, kızına çeyiz olarak verdiği eşyaların haczedileceği sırada Ersin'in borcunu kabul ederek 100.000 lira para ile dava konusu iki çeki

⁵¹⁸ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.277.

⁵¹⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e.12, s.71.

⁵²⁰ Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979, § 38 III 6.; Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.77. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.71.).

⁵²¹ Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.78, 79.; BernerK/Schmidlin, Berner Kommentar, Band VI/f.1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Kommentar zu Art 23-31 OR, Verlag Stämpfli+Cie AG., Bern 1995, Art. 29/30 N 53. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.72.)

⁵²² DEMİRBAŞ, a.g.e., s.71.

davaliya bu müzayaka durumundan dolayı verdiğini ileri sürmüştür. Böylece, BK'nın 30/2. (TBK m.38/2) maddesine dayanmaktadır. Burada, borçlu davacı olmadığı gibi, haczedilen mallar da kendisine ait bulunmamaktadır. Bu itibarla bir hakkın veya kanuni salahiyetin kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya duçar olduğu kabul edilemez. Bu nedenle olaya uygun düşmeyen gerekçe ile hüküm tesisi bozmayı gerektirir.”⁵²³

Her türlü hak ve yetkinin kullanılması TBK m.38/2 kapsamında değerlendirilebilir. Tehdidin haksız olması için onun meydana getirdiği zararın da haksız olması gerekir. İşçinin işverenden çaldığı parayı borç olarak tanınması için işçiye yapılan tehdit, tanınan miktar tazminat olarak alınacak bedelden fazla olmadıkça korkutma olarak kabul edilmemektedir.⁵²⁴ Hak ve yetki kullanılacağı tehdidinin, hukuka aykırılığının kabulü için diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlanmış olması gerekir.

Alacaklının alacağını tahsil etmeye yönelik ifa talebi, dava açılması ya da icra takibine başvurusu veya icra takibinde haciz ya da satış talebi tehdit konusu olabileceği gibi başka ikincil nitelikte haklar olan def'i ve yenilik doğuran hakların kullanılacağı da bildirilebilir. Bu hakların kullanılacağına bildirilmesi tek başına korkutmanın varlığı için yeterli değildir.⁵²⁵

Bir kişiyi bir sözleşme kurmaya zorlamak üzere, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar çerçevesinde hareket etmek suretiyle esasen kendi serbest tasarrufunda olan karar yetkisini tehdit edilen kişinin aleyhine kullanılacağı da bildirilebilir.⁵²⁶ Tutuklu bulunduğu sırada avukatı tarafından ceza davasının takibine devam etmeyeceği tehdidiyle önemli miktarda bir paranın ödünç alınması⁵²⁷ arabayı kendisine vermediği takdirde boşanma ile tehdit edilmesi⁵²⁸ örneklerinde olduğu gibi bu gibi tehditlerde de aşırı menfaat sağlandığı takdirde yapılan işlem korkutma nedeniyle iptal edilebilir.⁵²⁹

⁵²³ Y.13. HD. 24.11.1988 T. 1988/4352 E., 1988/5649 K.

⁵²⁴ ARSEBÜK, a.g.e., s.436.

⁵²⁵ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.72.

⁵²⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.73.

⁵²⁷ Y.4. HD. 04.11.1969 T. 1969/148 E. 1969/1698 K.

⁵²⁸ Y.2. HD. 09.07.1997 T. 1997/7595 E. 1997/8078 K.

⁵²⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.73.

Kendi malına zarar verileceği, üyesi bulunduğu mal ya da kişi topluluğundan çıkacağı, daha evvelden sağlamış olduğu menfaatten bundan böyle mahrum bırakacağı, mevcut ticari ilişkileri sonlandıracağı gibi tehdit eden kişinin serbest tasarrufunda olan hususlar tehdit konusu yapılarak muhatabın zor durumda kalmasına ve bu suretle aleyhine aşırı bir menfaat sağlanmasına yol açabilir.⁵³⁰ Örneğin fiyatlandırma konusundaki yeni tarifeye uymadığı takdirde ya da başka bir sebeple müşterisine bundan sonra mal göndermeyeceğini bildiren üretici ya da tedarikçi firmanın söz konusu davranışı tehdit değil aksine uyarı mahiyetindedir. Ancak, söz konusu firma piyasada hâkim konumda bulunuyorsa, mal teslimine ilişkin bir nevi ambargo uygulayacağına dair beyanı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hakim durumun kötüye kullanılması başlıklı 6'ncı maddesinin c fıkrasının ihlali dolayısıyla söz konusu tehdit de hukuka aykırı hale gelir.⁵³¹

Ayrıca bir sözleşme akdetmeye sevk etmek üzere istediği bedeli ödemediği takdirde boşanmaya razı olmayacağını bildiren eşin diğer eşi, belirli bir kişiyle evlenmediği takdirde mirastan mahrum edeceğini bildiren miras bırakanın mirasçısını zor durumda bırakmasında olduğu gibi aile ve miras hukukundan doğan hakların kullanılacağı da tehdit konusu olabilir.⁵³²

Konusu suç teşkil eden bir fiili işleyen kişiye, ihbar edileceğinin bildirilmesi ve hatta bu suçun ihbar edilmesi hukuka uygun olduğu gibi suç işleyen kişiyi belirli bir sözleşme kurmaya zorlamak ya da bir borç tanınmasında bulunmasını sağlamak üzere, suç ihbarında bulunma tehdidinde de başvurulabilir.⁵³³

Bir sözleşme kurulması amacıyla yapılan her türlü suç ihbarında bulunulacağı bildirimini tehdit olarak değerlendirip hukuka aykırı kabul eden görüşler⁵³⁴ mevcutsa da öğretideki çoğunluk görüşüne göre, kendisine ya da yakınlarına karşı işlenen suç dolayısıyla uğradığı zarar tazmin edilmediği takdirde suç ihbarında bulunulacağı

⁵³⁰ Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.80, 81. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.73.)

⁵³¹ Hein Kötz, Vertragsrecht, Mohr Siebeck, 2009, Tübingen, (Vertragsrecht) § 7 N 367. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.73.)

⁵³² Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.80. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.73.)

⁵³³ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.74.

⁵³⁴ Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979, § 38 III 6, s.328.; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1988, s. 226. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.74.)

bildirimleri tehdit değil, bir uyarı niteliği taşır.⁵³⁵ Cezai ihbar, tehdit eden kimsenin ya da yakınlarının başına gelen zararlı bir eylemle ilgiliyse, tehdit ancak TBK m.49 ve devamı maddelerince talep hakkına sahip olduğundan fazla bir şeyi elde etmek için kullanması halinde uyarı niteliğinde olmaktan çıkıp tehdit niteliğine bürünerek hukuka aykırı hale gelir.⁵³⁶

İşlenen suç neticesinde zarara uğrayan tarafın bu zararın tazmini amacı ile sözleşme kurulması ya da borç tanınması arasında bağlantının bulunması ve failin zaten tazmin etmekle sorumlu olduğu miktar kadar borç altına girmesi durumunda maruz kalınan tehdit hukuka uygundur.⁵³⁷ Mesela kendisinden çalınan parayı iade etmezse polise şikayet edileceğinin bildirilmesi hukuka aykırı değildir. İsviçre Federal Mahkemesi de eski yöneticinin firmaya vermiş olduğu zarara yönelik aleyhinde suç duyurusunda bulunulmamasına karşılık yapılan borç tanınmasının, bağlantının bulunmasından ve uğranılan zarardan daha fazlası talep edilmediğinden korkutma olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁵³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da “ *davacının kardeşi tarafından davalıya ait tellerin çalınması iddiasıyla onun hakkında yapılan şikâyet sonucu, onu cezalandırılmaktan kurtarmak ve davalının zararını tazmin etmek maksadıyla dava konusu çekin verilmiş olduğu anlaşıldığından ve olayda ikrah bulunmadığından...*” diyerek benzer bir karar vermiştir.⁵³⁹

Fakat suç duyurusunda bulunan kişiye karşı borçlu olunmayan şey sözleşmeyle yükleniyorsa ya da tazmin yükümlülüğünü aşan bir miktar borçlanılmışsa, her ne kadar suç ile bu bildirim arasında bağlantı bulunsa da suç ihbarı faile karşı baskı ve şantaj aracı olarak kullanılarak aşırı bir menfaat sağlandığından bu sözleşmenin ya da borç tanınmasının TBK m. 38/2 gereği korkutma nedeniyle iptali mümkündür.⁵⁴⁰

⁵³⁵ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.74.

⁵³⁶ ARSEBÜK, a.g.e., s.438.

⁵³⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.74, 75

⁵³⁸ BGE 125 III 353 (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.75)

⁵³⁹ YHGK 09.03.1988 T. 1987/11-665 E., 1988/240 K.

⁵⁴⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.75.

Suç ihbarıyla ulaşılmak istenen amaç ile tehdit konusu suç arasında bir bağlantının olmadığı durumlarda ihbar tehdidi hukuka aykırıdır.⁵⁴¹ Örneğin daha önce belirli bir arsanın kendisine satılması konusunda ikna edemediği kişiyi, önceden işlemiş olduğu vergi kaçırma suçunu ihbar etmek suretiyle tehdit eden kişinin hareketi hukuka aykırıdır. Herkesin üzerine düşen bir görev olan ve adalet hissini tatmin etmesi gereken ihbar hakkı, ihbarda bulunanın haksız surette zenginleşmesine hizmet ettiği sürece tehdit haksızdır.⁵⁴² Mesela A, B'ye para koparmak için tesadüfen bilgi sahibi olduğu bir suçu ihbar edeceğini söyleyerek bir tehditte bulunması halinde korkutma vardır.

Yapılması istenen sözleşme ile işlenen suç arasında objektif bir bağlantının bulunmaması halinde TBK m.38/2'deki aşırı bir menfaat sağlama şartı aranmaksızın hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği kabul edilir.⁵⁴³ Böyle bir sözleşme ayrıca ahlaka aykırı olduğundan genellikle kesin geçersiz olacaktır.⁵⁴⁴

3.4.2.2. Korkutulan kişinin zor durumda kalması

TBK m. 38/2'in uygulanabilmesi için bir hak ya da yetkinin kullanılacağı tehdidi karşı tarafın zor durumda kalmasına neden olmalıdır. Aslında TBK m. 38/2'de diğer tarafın müzayaka halinden (zor durumda kalmasından) yararlanma ayrı bir unsur olarak belirtilmiş ise de bu ifade korkutulanın içine düştüğü duruma işaret ettiğinden zaten alelade korkutmanın koşullarındandır.⁵⁴⁵ Çünkü burada da tehdide maruz kalan kişi ya hak ya da yetkinin kullanılmasının olumsuz sonuçlarına katlanacak ya da aşırı menfaat kaybına uğrayacağı bir sözleşme kuracaktır. Sözleşmeyi kuran tarafa göre tehdide konu hak ve yetkinin kullanılması ile kişilik ve malvarlığının uğrayacağı zarar aşırı menfaat kaybına uğrayacağı sözleşmeden daha tehlikelidir.⁵⁴⁶

TBK m.28'de düzenlenen aşırı yararlanmada da yer alan, taraflardan birinin zor durumda kalması ve karşı tarafın bu durumdan yararlanması şartlarının TBK m.38/2'de de aynı şekilde aranması ve aşırı bir menfaat sağlama unsurunun da

⁵⁴¹ von TUHR, a.g.e., s.300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.; BİRSEN, a.g.e., s.78.

⁵⁴² von TUHR, a.g.e., s.300, 301.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.171.

⁵⁴³ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.76.

⁵⁴⁴ von TUHR, a.g.e., s.300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.

⁵⁴⁵ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.366.

⁵⁴⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.77, 78.

edimler arasındaki açık oransızlığa paralellik göstermesi nedeniyle TBK m.38/2 hükmünün kimi yazarlarca aşırı yararlanmanın özel bir gönümü olduğu⁵⁴⁷ kimi yazarlarca da bu hüküm ile irade bozukluğu teorisinin çerçevesi aşılarak aşırı yararlanma hükümlerine yaklaştığı⁵⁴⁸ ifade edilmektedir.

Ancak TBK. m.38/2 ile TBK. m.28 arasındaki en önemli farklardan biri m.38/2'deki zor durumda kalma halinden yararlanma unsurunun sözleşmenin karşı tarafının yanı sıra üçüncü kişilerin tehdidiyle de gerçekleştirilebileceğinin hüküm altına alınmasıdır.⁵⁴⁹ Diğer bir fark ise aşırı yararlanma halinde zarara uğrayan kişi hâlihazırda bulunduğu müzayaka halinden kurtulmak için sözleşme yaparken TBK m.38/2'deki korkutulan kişinin müzayaka hali, diğer tarafın bir hak ya da kanundan doğan yetki kullanılacağı tehdidinden sonra meydana gelmektedir. Özetle kişiyi bu türlü bir tehdit müzayaka halinde bırakmaktadır diğer bir deyişle kişinin müzayaka haline düşmesine tehdit eden neden olmaktadır.⁵⁵⁰

Bu kapsamda, bir hak ya da kanundan doğan yetki kullanılacağı tehdidinin gerçekleşmesi halinde kişilik hakları⁵⁵¹ ya da malvarlığı⁵⁵² değerleri zarara uğrayacağını değerlendiren korkutulan, tehdit edenin yarattığı manevi baskı sonucu sözleşme kurma iradesini açıklamıştır.⁵⁵³ Bu şartlar altında kurulan sözleşmede aşırı menfaat sağlama unsurunun da gerçekleşmesi halinde sözleşme korkutulan tarafından iptal edilebilir.

⁵⁴⁷ BernerK/Kramer, Berner Kommentar, Band VI/f.1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 21 OR, Verlag Stämpfli+Cie AG., Bern 1991, N 66. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.77)

⁵⁴⁸ Eva Maria Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 2000, s. 341. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.77).

⁵⁴⁹ Eva Maria Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 2000, s. 341. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.77).

⁵⁵⁰ Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.79, 80. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.77.)

⁵⁵¹ “Becker tehdidin kişinin toplumsal ya da aile içindeki konumunu tehlikeye düşürmesi olarak değerlendirilmektedir.” (Hermann BernerK/Becker, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationen Recht, Band IV, I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern 1941, OR Art. 30 N 6.) DEMİRBAŞ, a.g.e., s.77.

⁵⁵² “Örneğin vadesi gelen fakat ödeme imkânının olmadığı bir borç için icra takibine girişmekle tehdit edilen kişinin, maliki olduğu araziye değerinin çok altına satmaya razı olması halinde kişi ekonomik olarak daha fazla zarara uğrayacağını düşündüğü takibi -belki bir süre- savuşturmak için tehdide boyun eğmektedir.” DEMİRBAŞ, a.g.e., s.78.

⁵⁵³ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.78.

3.4.2.3. Korkutanın aşırı yarar sağlaması

TBK m.38/2'de düzenlenen istisnai durumun ortaya çıkabilmesi için aranan en önemli unsur, hak ve yetki kullanılacağı tehdidi ile aşırı bir menfaat sağlanmış olmasıdır.⁵⁵⁴

Bir hak ya da kanundan doğan yetki öngörülenden farklı amaçlar için kullandığı takdirde hukuk düzeni tarafından korunmaz ve bu durumda TMK m.2/2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. TBK m.38/2 kapsamında da bir hak ya da kanundan doğan yetki kullanımını hakkın kötüye kullanılması suretiyle hukuka aykırı hale getiren unsur da hak veya yetkinin kullanımından aşırı menfaat sağlanmasıdır.⁵⁵⁵ Dolayısıyla hak ve yetkinin kullanılacağıyla tehdit edilen kişi zor durumda kalsa da kendisinden aşırı menfaat sağlanmamışsa ortada bir hukuka aykırılık yani bir korkutma yoktur.⁵⁵⁶

Aşırı menfaat tabirinden “tehdit eden kimsenin hakkını veya kanundan doğan yetkisini kullanmak suretiyle elde edebileceği menfaatten çok daha fazla olan bir menfaat” anlaşılmalıdır.⁵⁵⁷ Bahse konu aşırı menfaat terimi her şeyden önce parasaldır ancak hakkın kullanılması ile elde edilecek normal çıkarın da mutlaka parasal (malî) olması gerekmektedir.⁵⁵⁸ Tehditle sağlanan menfaatin aşırılığı hakim tarafından takdir edilecektir.⁵⁵⁹

Özetle TBK m.38 kapsamında değerlendirmeye alınacak husus, hak veya yetkinin kullanılacağını bildiren tarafın söz konusu hakkını kullansaydı elde edebileceği menfaatin önemli ölçüde fazlasını, tehdit yoluyla elde edip etmediğidir. Örneğin iş yerinde işçinin kusuruyla meydana gelen bir zarara karşılık işverence bir borç senedi imzalanmadığı takdirde iş sözleşmesine son verileceği yönündeki tehdidin TBK. m.38/2 kapsamında korkutma olarak değerlendirilebilmesi için zarar ve tanınması istenen borç miktarlarının karşılaştırılması gerekmektedir. Meydana gelen zarar senet ile borç altına girilmesi istenen miktardan az ise işinden olma baskısıyla zor durumda kalan işçinin bu durumundan yararlanılarak aşırı bir menfaat

⁵⁵⁴ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.366.

⁵⁵⁵ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.277.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.78.

⁵⁵⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.78.

⁵⁵⁷ von TUHR, a.g.e., s.300.; ARSEBÜK, a.g.e., s.438.

⁵⁵⁸ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.366.

⁵⁵⁹ Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.83. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.78.)

elde edildiğinden bu tehdit korkutma sayılır. Ancak zarar, borç altına girilen miktar kadar ise tehdit hukuka aykırı değildir.⁵⁶⁰

Federal Mahkeme bir kararında dava açılacağı tehdidinin, sadece mevcut alacağın teminat altına alınmasını sağladığı bir hal için korkutmanın bulunmadığına hükmetmiştir.⁵⁶¹ Yargıtay da borç senedi, çalınan eşyaya ilişkin ise belge tehdit ile elde edilse bile iptalinin gerekmeceğine karar vermiştir.⁵⁶²

Tek tarafa borç yükleyen bir hukuki işlemin, hak ya da kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı tehdidiyle kurulması halinde sağlanan menfaatin kural olarak her zaman aşırı nitelikte olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶³ Sus payı olarak verilen paranın elden bağışlanması, ivazsız bir vekâletin kabulü, kefil olma gibi işlemlerin yanı sıra vakıf kurma ya da mirasın reddini tehdit yoluyla sağlayan kişinin sonuç itibariyle elde ettiği menfaatin aşırı nitelikte olup olmadığını ayrıca değerlendirmeye gerek yoktur.⁵⁶⁴

Aşırı menfaat elde etmek maksadıyla bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidi hem sözleşmenin karşı tarafından hem de üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Her iki durumda da korkutmanın varlığı kabul edilir. Mesela Ü, A'yı mevcut bir hakkını ya da yetkisini kullanmakla tehdit ederek B ile sözleşme kurulmasını sağlamışsa A, B ile kurulan sözleşmeyi korkutma nedeniyle iptal edebilir. Bir hak veya yetkinin kullanılacağı tehdidinin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde dikkat edilmesi gereken husus, iptal sebebinin üçüncü kişinin aşırı menfaat elde edip etmediğine göre değişecek olmasıdır. Üçüncü kişinin hak veya yetkisini kullanacağı tehdidiyle kurulan sözleşmeden, üçüncü kişi aşırı menfaat elde ediyorsa tehdit TBK m.38/2 kapsamında, aşırı menfaat elde etmiyorsa TBK m.38/1 kapsamında hukuka aykırıdır.⁵⁶⁵

⁵⁶⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.79.

⁵⁶¹ BGE 50 III 141, 144 (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.79.)

⁵⁶² Y.4. HD. 02.12.1965 T. 1964/9295 E., 1994/6717 K.

⁵⁶³ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.80

⁵⁶⁴ Josef Etter, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Kanisiusdruckerei, Freiburg/Schweiz, 1954, s.84. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.80.)

⁵⁶⁵ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.80.

3.5. Korkutmanın Diğer Hukuki Kurumlarla İlişkisi

Genel ahlak kurallarının hukuki işlemlerin geçerliliğine yönelik bir koşul olduğu TBK m. 27/1’de; “zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin de bu zararı gidermekle yükümlü olduğu” TBK m. 49/2’de düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 39/2’de “aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz” denilerek örtülü olarak ahlak kuralına yer verilmiştir.⁵⁶⁶ TBK m. 27/1 anlamında ahlaka aykırılık bir sözleşmenin konusunun, karşılıklı edimlerinin ya da amacının ahlaka aykırılığı ile ilgiliyken TBK m. 49/2’deki ahlaka aykırılık failin zarar doğuran eyleminin ahlaka aykırı olmasıdır.⁵⁶⁷

Her ne kadar bir kişiyi sözleşmeyi yapmadığı takdirde kendisine veya yakınlarına zarar verileceği yönünde tehdit etmek ahlaka aykırı bir davranış ise de bu tehdit ile kurulan sözleşmenin her zaman ahlaka aykırı olduğu anlamına gelmez.⁵⁶⁸ Özetle bir geçerlilik koşulu olan ahlaka aykırılık sözleşmenin konusunda ortaya çıkarken korkutma ise sözleşmeyi kuran iradede oluşan özel bir durumdur.⁵⁶⁹ Bu sebeple tanık olduğu bir suçu ihbar etmemek karşılığında “sus payı” olarak bir bedelin talep edilmesi ve bunun karşılanması halinde olduğu gibi hem korkutma hem de konusu ahlaka aykırı bir sözleşme mevcut ise bu durum hakim tarafından re’sen dikkate alınarak kesin geçersizlik yaptırımına öncelik verilecektir. Sözleşmenin konusunda herhangi bir ahlaka aykırılık mevcut olmadığı takdirde ileri sürülmesi şartıyla irade bozukluğu olan korkutma incelenecektir.⁵⁷⁰

TBK. m.30 vd. maddelerinde düzenlenen yanılmadan, bir sözleşmeye ilişkin meselede kişiyi sözleşme yapmaya yöneltten etkenler hakkında kişinin kendisinden kaynaklı olarak, ya gerçek duruma aykırı bilgi sahibi olması (saikte yanılma) ya da bilgisinin gerçeğe uymasına rağmen işlem beyanını iradesine aykırı biçimde, fakat

⁵⁶⁶ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.20.

⁵⁶⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.19.

⁵⁶⁸ Thomas Schindler, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, Die Englische duress-Lehre in rechtsvergleichender Perspektive, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, s.28. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.20.)

⁵⁶⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.20.

⁵⁷⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.20.

istemersiz olarak açıklaması (açıklamada yanılma) anlaşılır.⁵⁷¹ TBK m. 32’de belirtilen şartların varlığı halinde dikkate alınacak olan saikte yanılma halinde korkutmada olduğu gibi uyumsuzluk kişinin iradesi ile beyanı arasında değil daha önceki bir aşama olan iradenin oluşumu safhasındadır. Kişinin iradesi ile beyanı arasındaki uyumsuzluk TBK m.31’de belirtilen açıklamada yanılma halinde görülür. Korkutma, iradenin oluşumu safhasında başka bir kişinin etkisi (tehdidi) sonucu meydana gelirken her iki yanılma halinde de başka bir kimsenin müdahalesi bulunmamaktadır. Bu sebeple her iki yanılma hali ile korkutmanın bir arada bulunması söz konusu olamaz.⁵⁷²

TBK m.36’da düzenlenen aldatma halinde de korkutmada olduğu gibi kişinin iradesi oluşum aşamasında başka kimselerin kasıtlı eylemleri ile ya gerçeğe aykırı bilgilere sahipken bu durumun devam etmesi sağlanarak ya da gerçek duruma aykırı bilgi sahibi olması temin edilerek sakatlanmıştır. Ancak korkutma halinde korkutulan kendisine karşı yapılan manevi baskının farkında olarak bir seçim iradesi ortaya koyarken aldatmada gerçeğe aykırı durumu yaratanların etkisiyle iradesini açıkladığının bilincinde değildir. İradenin oluşumuna etki eden olumsuz ve dışsal müdahale aldatmada gizli, korkutmada açık bir biçimde gerçekleştiğinden aldatma ile korkutma bir arada bulunamaz.⁵⁷³

Taraflar arasında sözleşmenin kurulmasından önce hukuki işleme ilişkin gerçek bilgileri verme, muhtemel zararları önleme, karşı tarafı aydınlatma gibi davranışlarla birbirlerine zarar vermemeleri hususunda özen gösterme borcu doğuran ve edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi kurulur.⁵⁷⁴ Sözleşme kurulmadan önce taraflara bir takım davranış yükümlülükleri yükleyen bu ilişki TMK m.2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve güven ilkesinden doğar.⁵⁷⁵ Asli bir edim yükümlülüğü mevcut olmadığından aynen ifa talep ve dava edilemese de bir yükümlülük borç ilişkisi kurulmuş olur ve taraflardan birinin özen gösterme

⁵⁷¹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968, s. 45,46. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.21.)

⁵⁷² DEMİRBAŞ, a.g.e., s.20-23.

⁵⁷³ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.24-26.

⁵⁷⁴ Rona Serozan, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, Y. 2, S. 3, 1968, s.117 vd. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.33.)

⁵⁷⁵ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.126.

yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle bir zarar meydana gelmesi halinde de bu yükümlülük borç ilişkisi “culpa in contrahendo” sorumluluk borç ilişkisine dönüşür.⁵⁷⁶

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında sözleşme öncesi sorumluluk konusunda genel bir düzenleme mevcut olmayıp bazı özel hükümlerle sözleşme öncesi sorumluluğa yer verilmiştir. Bu özel düzenlemelerden biri de TBK m.39/2’de yer alan “aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılmasının tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağına” yönelik hükümdür. Zira sözleşmenin onanmış sayılmasına rağmen zararın tazmininin sebebi sözleşme olamayacağı gibi onaylanmadığı takdirde sözleşme irade bozukluğu nedeniyle geçersiz olacağından doğan zararın tazmininin sebebi de sözleşme olamayacaktır.⁵⁷⁷

Burada korkutma ile karşı tarafın sözleşme kurma iradesini beyan etmesi sağlandığından sözleşme görüşmeleri esnasında dürüstlük kuralına aykırı biçimde karşı tarafın menfaatlerini gözetme ve koruma yükümlülüğü ihlal edilmiştir.⁵⁷⁸

Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmelerinde yer almaya bağlı bir sorumluluk olduğundan korkutmayı gerçekleştiren, sözleşmenin karşı tarafı olması halinde uygulama alanı bulabilir. Bu sebeple korkutmanın üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise bahse konu üçüncü kişi kural olarak haksız fiilden sorumludur.⁵⁷⁹

3.6. Korkutmanın Aşırı Yararlanma ile İlişkisi

Yukarıda detaylı olarak açıklanan taraflardan birinin müzayaka haline dayanan aşırı yararlanma ile korkutma kişilerin iradelerinde oluşan psikolojik koşullar bakımından benzerlik oluşturmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün esasını oluşturan ve taraflar arasında bulunduğu varsayılan denge, aşırı yararlanmada mevcut sıkıntılı durumdan kurtulmak, korkutmada ise bir fenalıkla karşılaşmamak için irade beyanında bulunanın içinde bulunduğu psikolojik durum ve hissettiği

⁵⁷⁶ Rona Serozan, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, Y. 2, S. 3, 1968, s.119. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.33, 34.)

⁵⁷⁷ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.126.

⁵⁷⁸ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.36.

⁵⁷⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.36.

manevi baskı nedeni ile aleyhine olacak şekilde bozulmaktadır.⁵⁸⁰ Bu durum da korkutma veya aşırı yararlanmaya maruz kalanın sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır.⁵⁸¹

Her iki kurumunun ortak özelliği iradenin oluşumu aşamasında meydana gelen bozukluk olsa da aralarında pek çok farklılık bulunmaktadır. Bunlardan birisi de müzayaka halinin meydana geliş anıdır. TBK. m.37/1’de “tarafardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucunda bir sözleşme yapmışsa...” denilmek suretiyle, ilke olarak korkutulan kişinin içinde bulunduğu zorluk, sözleşmenin karşı tarafınca ya da üçüncü bir kişi tarafından “sonradan” meydana getirilen bir durumken aşırı yararlanmaya maruz kalan kişi karşı tarafın sorumlu olmadığı ve sözleşmenin kurulmasından önce de mevcut bulunan bir zorluk içerisindedir.⁵⁸²

Koller’in savunduğu bir düşünceye göre ıssız bir yolda yaralı bir şekilde yerde yatan birine “aşırı miktarda para vermesi halinde kendisini hastaneye götüreceğinin” söylenmesi halinde ortada tehdit olmadığından ancak karşı tarafın müzayaka halinden yararlandığı için aşırı yararlanma; “para ödenmediği sürece hastaneye götürülmeyeceğinin” söylenmesi halinde ise işe tehdit unsuru karıştığından korkutma mevcuttur.⁵⁸³ Ancak bazı yazarlarca haklı olarak “para vermesi halinde hastaneye götürüleceğinin” söylenmesinin arkasında örtülü de olsa “bu para ödenmedikçe hastaneye götürülmeyeceği” tehdidinin yattığı gerekçesi ile iki söylem arasında ifade tarzı dışında bir fark olmadığı ifade edilmiş her iki halde de korkutmanın mevcut olduğu savunulmuştur.⁵⁸⁴ Yukarıda da açıklandığı üzere tehdit olumlu bir davranışa yönelik olabileceği gibi olumsuz bir davranışla da yani mevcut kötülüğün devam etmesinin sağlanacağı bildirilerek de gerçekleştirilebilir. Somut olayda yardım edilmediği takdirde karşı tarafın içinde bulunduğu zor durum daha da ağırlaşacak ve tehlikeli bir hal alacaksa artık kendi katkısı olmaksızın meydana

⁵⁸⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.27.

⁵⁸¹ Peter Gauch, Walter R Schlupe, Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Schulthess, Zürich 2008, N 736. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e., s.27.)

⁵⁸² DEMİRBAŞ, a.g.e., s.28.

⁵⁸³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s. 474, 475.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.28.

⁵⁸⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s. 474, 475.; DEMİRBAŞ, a.g.e., s.28.

gelmiş mevcut durum değil, önleyebileceği ve yardım etmemesine bağlı olarak gerçekleşecek bu gelişmeyi tehdit aracı olarak kullanmaktadır.⁵⁸⁵ Hatta öğretide batma tehlikesi bulunan bir gemide bulunanları aşırı bir bedel karşılığında kendi gemisine almasının teklif edilmesi halinde diğer koşulların varlığı halinde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuş⁵⁸⁶ ise de karşı tarafta teklif kabul edilmediği takdirde tehlikeden kurtulamayacağı kanaati oluşmuş ise korkutmanın da gerçekleştiği kabul edilmelidir.⁵⁸⁷

Müzayaka hali korkutmada, kişinin kendisinin ya da yakınlarının bir tehlikeye maruz kalması sonucunda ortaya çıkarken; aşırı yararlanmada kişisel, ailevi, ekonomik, psikolojik ve hatta siyasi sebepler sözleşme kurmaya neden olabilir.⁵⁸⁸

Sözleşmeden menfaat elde eden tarafın kastı da iki kurumu birbirinden ayırmaktadır. Aşırı yararlanmada karşı tarafın müzayaka halinden yararlanma kastı mevcutken korkutmada korkutan kişinin kastı korkutulanın sözleşmenin kurulmasına rıza gösterilmesini sağlamaktır.⁵⁸⁹

Aşırı yararlanmada edimler arasında açık bir oransızlığın bulunması gerekirken korkutmada edimler arasında bir oransızlık aranmadığı gibi tehdit korkutulanın yararına olsa bile irade fesada uğratıldığından sözleşme yine de iptal edilebilir.⁵⁹⁰

Aşırı yararlanma, edimler arasında bir oransızlık arandığından iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanabilirken, korkutma, bağışlama sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere ve vasiyet gibi tek taraflı hukuki işlemlere de konu olabilir.⁵⁹¹

Aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın iradesi oluşum aşamasında serbest olup sözleşme yapma iradesi mevcuttur. Yalnızca sözleşmenin edimlerinin

⁵⁸⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN ve ARPACI, a.g.e., s.475.

⁵⁸⁶ Hugo Oser/Wilhelm Schönerberger, Zürcher Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art: 1-183, Zweite umgearbeitete Auflage, Schulthess & Co, Zürich 1929, Art. 29 N 6. (akt. DEMİRBAŞ, a.g.e. s.29)

⁵⁸⁷ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.29.

⁵⁸⁸ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.29.

⁵⁸⁹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.29.

⁵⁹⁰ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.30.

⁵⁹¹ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.30.

belirlenmesi hususunda serbest bir iradeden bahsedilememektedir. Korkutmada ise irade, oluşum aşamasında müdahale sonucunda sakatlanmaktadır. Bu sebeple irade sakatlığı yalnızca korkutma halinde mevcuttur.⁵⁹²

Mağdur durumda olan tarafın talep edebileceği yaptırımlar bakımından da kısmen benzerlik bulunmaktadır. Her iki durumda da zarara uğrayan sözleşmenin iptal edilmesini talep edebilirken TBK m.28/1 ile getirilen yeni bir düzenleme ile aşırı yararlanma halinde zarara uğrayan, sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de isteyebilir. Bu talepler, aşırı yararlanmada TBK m.28/2 gereğince müzayakanın ortadan kalktığı tarihten, korkutmada ise TBK m.38/2 gereğince korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayan bir yıl içerisinde kullanılmalıdır. Ayrıca aşırı yararlanma için objektif bir süre daha belirlenerek herhalde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle sahip olunan hakların kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yeni TBK'nın sistematüğinde irade bozukluklarına maruz kalan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığına ilişkin ifade aşırı yararlanma için de kullanılmıştır. Bu sebeple öğretilerdeki hakim görüşe göre aşırı yararlanma bulunan sözleşme baştan itibaren geçersiz kabul edilirken belirtilen süreler içerisinde geçersizliğin ileri sürülmemesi ya da icazet verilmesi halinde geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağından burada düzelebilir hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹³

Aşırı yararlanmanın diğer iki durumu bilgisizlik ve tecrübesizlikte zarara uğrayan tarafın somut hukuki ilişkideki gerçek duruma vakıf olmamalarından yararlanılması söz konusu iken, korkutmada mağdur hukuki işleme ilişkin bütün olguların bilincinde ancak tehdit etkisi ile taraf olmaktadır. Bu sebeple bir tarafın bilgisizliği ve tecrübesizliğinden yararlanılarak aşırı menfaat elde edilmesi ile korkutma bir olay birlikte bulunamaz. Ancak halihazırda zor durumda kalmış bir kişinin bu durumundan yararlanmak maksadıyla karşı tarafın müdahalesiyle meydana gelecek bir olay ya da korkutulan kişinin içinde bulunduğu bir tehlikenin devam etmesini sağlamak tehdidiyle aşırı menfaat elde edilmesi halinde aşırı yararlanma ve korkutma bir olayda birleşebilir. Burada aşırı menfaat temin eden

⁵⁹² DEMİRBAŞ, a.g.e., s.30.

⁵⁹³ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.31.

kişinin yararlanma kastının yanı sıra korkutma kastının da mevcut olması gerekir. Aşırı yararlanma ve korkutmanın birleşebileceği diğer bir durum da TBK m.38/2’de yer alan bir hakkın ya da yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla yapılan sözleşmeden korkutanın aşırı menfaat elde etmesi durumudur. Vergi kaçırdığının ihbar edilmemesi karşılığında mallarını çok ucuza vermeye razı olan tacir örneğinde olduğu gibi, bir hakkın veya yetkinin kullanılacağı tehdidiyle aşırı yarar sağlandığından korkutma, tacirin zor durumda kalmasından yararlanılarak edimler arasında açık bir oransızlık bulunması nedeniyle de aşırı yararlanma vardır. Böyle bir durumda aşırı yararlanma kastının ispatındaki zorluk nedeniyle korkutma hükümlerine başvurmak mağdurun yararına olacaktır.⁵⁹⁴

3.7. Hukuksal Korkutmanın Hüküm ve Sonuçları

Korkutmanın sonuçları esas itibariyle TBK m. 37’de düzenlenmiştir. TBK m. 37/1’de “tarafardan birinin, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapması durumunda, onun sözleşmeyle bağlı olmayacağı” belirtilmiştir.

TBK m. 37/2’de ise, “korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulanın, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu” ifade edilmiştir.

TBK m.39’da ise, tüm irade bozuklukları hallerinde uygulama alanı bulan genel nitelikte bir düzenleme yer almaktadır.

TBK m.39/1’e göre, “korkutma sonucunda sözleşme yapan korkutulan, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.” Bu bakımdan kanun koyucu TBK m. 39/1 ile korkutulana iki seçenek tanımıştır. Korkutulan ya bir yıllık süre içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirir ya da sözleşmeye onay verir. Ancak korkutulan bu imkânları kullanmak istemeyebilir. Kanun koyucu bu tür durumların da ortaya çıkabileceğini öngörerek, korkutulanın, bir yıllık süre içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmemesi durumunda, onun artık söz konusu sözleşmeyi onaylamış olarak kabul edileceğini düzenlemiştir.

⁵⁹⁴ DEMİRBAŞ, a.g.e., s.32, 33.

TBK m. 39/2’de ise korkutulanın sözleşmeyi onamış sayılmasının, onun tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda korkutulan TBK m.39/1’de öngörülen bir yıllık süre içerisinde ister sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmiş olsun, isterse bildirimde bulunarak veya bulunmayarak sözleşmeye onay vermiş olsun, onun korkutma sebebiyle sahip olduğu tazminat hakkı devam etmektedir.

Yukarıda bahsedilen bütün hüküm ve sonuçlar TBK m.38/2’de düzenlenen hukuksal korkutma halinde de geçerlidir.

Korkutmaya ilişkin hükümler, yalnız haklarında özel hüküm bulunmayan sözleşmeler hakkında değil kıyas yoluyla bütün hukuki işlemler hakkında uygulanabilirler.⁵⁹⁵

⁵⁹⁵ ATAAY, a.g.e., s.219



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAFİF KUSURLA YOKSULLUĞA DÜŞME

4. Hafif Kusurla Yoksulluğa Düşme (TBK m.52/2)

4.1. Genel Olarak

Hukuk düzeninin uygun görmediği davranışlarda bulunanlar, bu sebeple meydana gelen zararları tazmin etmekle yükümlü tutulmuşlardır. Bir kimsenin başkasının zararını tazminle yükümlü tutulmasına da hukuki sorumluk adı verilmektedir. Kısaca hukuki sorumluluğun konusunu zarar görenin uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi oluşturur. Bu sebeple sorumluluk hukukuna tazminat hukuku da denilmektedir.⁵⁹⁶

Hukuk düzeninin uygun görmediği davranışlar yani hukuka aykırı davranışlar önceden bir hukuki ilişki olmaksızın hukuk düzeninin öngördüğü genel ödevlere aykırılık veya mevcut bir hukuki ilişkinin özellikle bir sözleşmenin yüklediği borca aykırılık şeklinde ortaya çıkabilir.⁵⁹⁷

Bünyesinde birbirine bağlı pek çok konuyu barındıran sorumluluk hukukunda zararın tazmininde çeşitli aşamalar yer almaktadır. Kanun koyucu çeşitli sorumluluk sebepleri ihdas ederek hangi şartlar altında bir kimsenin bir başkasının uğramış olduğu zarardan sorumlu olacağını belirlediğinden öncelikle sorumlu veya sorumluların tespit edilmesi gerekmektedir. Sorumlunun tespitinden sonraki aşama zararın belirlenmesidir. Son aşama ise tazminatın belirlenmesi yani sorumlunun zararı ne şekilde ve ne miktarda telafi edeceğinin belirlendiği aşamadır.⁵⁹⁸

Zararın ve tazminatın belirlenmesi TBK m. 49 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerle genel haksız fiil sorumluluğu ele alınmış olsa da

⁵⁹⁶ Mustafa TİFTİK, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminat, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi: Ankara, 1988, s.5.

⁵⁹⁷ von TUHR, a.g.e., s.80, 81.; TİFTİK, Tez, s.5.

⁵⁹⁸ NOMER, Maddi Tazminat, s.1.

bünyelerine uygun düştüğü oranda bütün sorumluluk hallerine de uygulanabilecekleridir.⁵⁹⁹

Bu bölümde, yalnızca haksız fiil sorumluluğunda maddi tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınacak pek çok unsurdan “zarara hafif kusuruyla sebep olan ve tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olan (eBK m.44/2 -tazmini müzayakaya maruz bıraktığı takdirde-) tazminat yükümlüsünün hakkaniyetin de gerektirmesi halinde hakimin tazminatı indirebileceğini” hüküm altına alan TBK m.52/2’nci maddesi incelenecektir. Yeri geldikçe diğer sorumluluk halleri (sözleşme, sebep) ile manevi tazminata ilişkin konulara da değinilecektir.

Asıl konuya geçmeden önce konunun anlaşılabilmesi bakımından tazminat ve tazminatın belirlenmesi ile kusur kavramları hakkında gerekli bilgilere yer verilmiştir.

4.2. Maddi Tazminat Kavramı ve Tazminatın Belirlenmesi

Tazminat, kelime anlamıyla tazmin kelimesinin çoğuludur. Tazmin, uğranılmış olan zararın bir başkası tarafından giderilmesini ifade etmektedir. Tazminat kelimesi de aynı anlama gelmektedir. Bununla birlikte, tazminat kelimesi, başkasının zararını karşılamak için gerekli olan edimi ifade etmek için de kullanılmaktadır.⁶⁰⁰

Bir kişinin malvarlığında kendi arzusu hilafında oluşan azalmaya maddi zarar denilmektedir. Bu azalma, malvarlığının aktifinin azalması ya da pasiflerinin artması şekline gerçekleşen fiili zarar ve aktiflerin artmasına veya pasiflerin azalmasına engel olunması nedeniyle meydana gelen kâr mahrumiyetinin toplamından oluşur.⁶⁰¹

Maddi tazminat, zarar sorumlusunun, zarar görenin malvarlığında ortaya çıkan eksilmenin genellikle para ile giderilebilmesi için gerçekleştirilmesi gereken edimdir.⁶⁰²

⁵⁹⁹ NOMER, Maddi Tazminat, s.3.; TMK m.5: “Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.” TBK m.114/2: “Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır.”

⁶⁰⁰ NOMER, Maddi Tazminat, s.33.

⁶⁰¹ Murat TOPUZ, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010, s.1.

⁶⁰² O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II. İstanbul: Legal, 2017, s. 453.

Görüldüğü üzere zarar teknik olarak malvarlığındaki azalmayı, tazminat ise ortaya çıkan zararın, ne ölçüde zarar sorumlusuna yüklenebileceğini ifade eder. Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde zararın tayini ve tazminatın belirlenmesi aşamaları birbirinden ayırt edilmiştir. Buna göre TBK'nın 50'nci maddesi (İBK m. 42) zararın tayinini, TBK 51 ve 52'inci (İBK m.43 ve m.44.) maddeleri ise, tazminatın tayinini ve tazminattan indirimini düzenlemektedir. Bu çerçevede tazminata karar verebilmek için öncelikle zarar belirlenmelidir.⁶⁰³ Bunun yanında bu ayırıma dikkat edilmekle beraber sırasına dikkat edilmemesi de yanlış sonuçlara sebep olacaktır. Önce zararın belirlenmesi, arkasından da tazminatın takdir edilmesi gerekmektedir.⁶⁰⁴

Belirtmek gerekir ki, hemen her zararın tazmini yükümlülüğünden bahsedebilmek için üç temel koşul aranır. Bu koşullardan birincisi, hukuk düzeninin bir kimseyi, tazminle yükümlü tutacağı bir zararın tazmini sebebi (haksız fiil, borca aykırılık vb.) bulunmalı, ikincisi, tazmini gereken bir zarar gerçekleşmeli, üçüncüsü ise hukuk düzeninin kendisine zararın tazmini yükümlülüğü altına soktuğu olay ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı olmalıdır.⁶⁰⁵

Tespit edilen zarar, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde tazminatın üst sınırını oluşturur. Tazminatın, tespit edilen zarar ile mutlaka eşit olması gerekmemektedir. Hakim TBK m. 51 ve 52'de yer alan sebeplere dayanarak tazminattan indirim yapabilir.⁶⁰⁶

Farklı hukukî nedenler dolayısıyla borçlunun davranışları sonucu alacaklının maruz kaldığı zararların giderilmesi zararın tazmini iken,⁶⁰⁷ mevcut zararın giderilmesine yönelik edimin yapısının ve kapsamının tespit edilmesi tazminatın belirlenmesidir.⁶⁰⁸ Tazminatın indirilmesi sebepleri ya da daha geniş ifadeyle tazminat miktarını etkileyen sebepler tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

⁶⁰³ TİFTİK, Tez, s.1.

⁶⁰⁴ TOPUZ, a.g.e., s.219.

⁶⁰⁵ von TUHR, a.g.e., s.81.; A. B. SCHWARZ, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul, 1948, s. 121. (akt. TOPUZ, Tez, s.212.)

⁶⁰⁶ TİFTİK, Tez, s.1.

⁶⁰⁷ E. WEISS, Institutionen des Römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel 1949, s. 291. (akt. TOPUZ, Tez, s.209.)

⁶⁰⁸ NOMER, Maddi Tazminat, s.33.

Tazminatın belirlenmesinden maksat, mevcut zararın ne kadarının sorumlu olanlar tarafından giderileceği, ne kadarının zarara uğrayanın üzerinde kalacağını belirlenmesidir. Tazminat miktarı belirlenirken, kimi zaman, meydana gelen zararın tamamının ya da büyük bir kısmının, bazı şartların varlığı halinde ise zararın çok az bir kısmının karşılanması gerekirken bazen de zararın karşılanmasına hiç gerek olmayacaktır.⁶⁰⁹

Tazminat belirlenirken iki temel prensip daima göz önünde bulundurulmalıdır. Bunlardan birincisi tazminatın amacının uğranılan zararın telafisi olduğundan zarar miktarının, tazminatın üst sınırını teşkil etmesidir. Diğer ise sorumlu kişinin kural olarak zararın tamamından sorumlu olduğudur. Ancak pek çok durumda meydana gelen olayın özellikleri zararın bir kısmının zarar görenin üzerinde kalmasını, hatta bazen sorumlunun tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmasını tamamen haklı kılabılır. Böyle durumlarda hakim, tazminat yükümlülüğünden indirimine gidebilir. Tazminatın belirlenmesi, diğer anlamıyla tazminat yükümlülüğünde ne oranda indirimine gidileceğinin belirlenmesi demektir.⁶¹⁰

Zarar verenin kusurunun derecesi, zarar verenin yoksulluğa düşecek olması, zarar görenin rızası, zarar görenin birlikte kusuru, tarafların ekonomik durumu, hatır için yardımda bulunma, beklenmeyen haller, zarar görenin bedensel yatkınlığı, üçüncü kişinin kusuru genel olarak tazminatın belirlenmesine etki eden faktörler olarak belirtilebilir.⁶¹¹

Yukarıda da belirtildiği üzere bu çalışmada tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınacak az önce sayılan unsurlardan yalnızca hafif kusuruyla zarara sebebiyet veren ve tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olan tazminat yükümlüsünün hakkaniyetin de gerektirmesi durumunda hakimin tazminatta indirimine gidebileceği TBK m.52/2 hükmü incelenecektir.

⁶⁰⁹ NOMER, Maddi Tazminat, s.63.

⁶¹⁰ NOMER, Maddi Tazminat, s.63, 64.

⁶¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Halûk TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet) 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 315-329.; TİFTİK, Tez, s.68-173.; NOMER, Maddi Tazminat, s.63-168; ANTALYA, a.g.e., s.457-482.; Mustafa Reşit KARAHASAN, Tazminat Hukuku Maddi Tazminat (6. Baskı), İstanbul: Beta, 2001, s.552-557.; Mustafa KILIÇOĞLU, Tazminat Hukuku, İstanbul: Legal, 2005, s. 211-228.; Mustafa KILIÇOĞLU, Sorumluluk Hukuku Cilt I Sözleşme Dışı Sorumluluk. Ankara: Turhan, 2002, s.120-140.; KILIÇOĞLU, a.g.e., s.534-546.; EREN, a.g.e., s.762-774.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.532 vd.; TOPUZ, Tez, s.221.

4.3. Kusur Kavramı

Kusur, TBK m.49'da yer alan haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından biri olarak düzenlenmişse de TBK'nda bir tanımlama yapılmayarak bu ödev doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır.⁶¹² Ancak tanımlama görevi doktrin ve uygulamaya bırakılsa da kusur kavramının değer yargısı barındırması, ahlaki kökene sahip olmasıyla birlikte hukuken de belirlenmesinin gerekliliği, belirsizliği içinde barındıran bir kavram olması, tamamen farklı durumlarda dahi tespit edilmesinin gerekliliğine rağmen her duruma uyan, kapsayıcı ve istikrarlı bir tanım ortaya koymanın zorluğu ve güçlüğü nedenleriyle üzerinde hemfikir olunan bir tanım yoktur.⁶¹³

Kusur, en geniş ve kabul gören haliyle hukuk düzenince uygun görülmeyle kınanabilir bulunan davranış şeklinde tanımlanmaktadır.⁶¹⁴ Her ne kadar kınanabilirlik, davranışın tasvip edilmediği anlamına gelmesi nedeniyle kusur ahlaki kökene sahip bir kavram olsa da sorumluluk hukukundaki kusur ile ceza ve ahlaki sorumluluklardaki kusur kavramlarından farklı bir anlama sahiptir.⁶¹⁵ Hukuki kınanabilirlik hukuk düzeninin ölçütlerine aykırı davranışta bulunmak olup kişi, kendisinden kaçınması beklenen davranıştan kaçınmadığı, başka bir söyleyişle örnek davranıştan sapması nedeniyle toplum tarafından sitem edilen kişi hukuk vasıtasıyla kınanmaktadır.⁶¹⁶

Doktrinde failin davranışın kusurlu olup olmadığının tespitine yönelik subjektif, objektifleştirilmiş ve objektif olmak üzere üç teori öne sürülmüştür. Failin kasıt halinde, bilerek ve isteyerek hareket etmesi nedeniyle her durumda subjektif bir değerlendirmede bulunulabileceğinden bu teoriler esasen kusurun derecelerinden ihmale ilişkindir.⁶¹⁷

⁶¹² Günhan KOŞAR, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 2019, s.4.

⁶¹³ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990, s. 3 (akt. KOŞAR, a.g.e., s.4.)

⁶¹⁴ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.439.; KOŞAR, a.g.e., s.5.

⁶¹⁵ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.439.; KOŞAR, a.g.e., s.6.

⁶¹⁶ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem Kusuru, Basılmamış Doçentlik Tezi, Ankara 1990, s. 379 (akt. KOŞAR, a.g.e., s.6.)

⁶¹⁷ KOŞAR, a.g.e., s.64.

Sübjektif kusur teorisini savunanlara göre kusur az ya da çok ahlak temelli bir kavramdır ve her iki sorumluluğun özündeki düşünceye göre de insan özgür bir varlıktır. Kişinin özgür olduğunun kabulüyle davranışlarından sorumlu tutulabilmesi için de hareketlerini yönlendirebilme kabiliyetinin yani ayırt etme gücünün mevcut olması gerekir. Bu teoriye göre kusur, failin kişisel becerileri, bireysel özellikleri ve mesleki yeteneklerine göre gerekli özeni gösterip davranışlarının zararlı sonuçlarını öngörerek somut olayda bundan kaçınabilecek iken bunu yapmamasıdır. Burada kusur, bir irade zaafı, irade eksikliğidir. Örnek davranıştan ayrılma, yalnızca bunun bilincinde olan kişiler için kusur addedilebileceğinden bu görüşe göre, zarar verenin kişisel becerileri yerine soyut olarak, ortalama yetenek ve bilgisine sahip bir kişiye göre objektif şekilde belirlenmiş bir özen ölçüsünün kabul edilmesi durumunda, kusur sorumluluğunun özü terk edilmiş olur.⁶¹⁸

Objektifleştirilmiş kusur teorisince de kabul edildiği üzere kusur ahlaki temelleri olan bir kavramdır ancak hukuk kavramları hukuki ilkeler ışığında ve hukuki bir yöntemle incelenmelidir. Kusurlu davranış ancak özgür iradenin varlığı halinde mevcut olabileceğini ifade eden bu görüş ayırt etme gücü bulunmayanların kusur ehliyeti bulunmadığını kabul eder. Sübjektif kusur teorisinden farklı olarak, failin mizacı, görev duygusu, ciddiyeti, yetenekleri ya da stres, kişinin somut olayda özel bir zorlukla karşılaşması gibi başlı başına sübjektif olan hususlar dikkate alınmayarak, mensubu olduğu mesleki ve sosyal gruba ait, benzer koşullar altındaki, dürüst, makul ve orta zekaya sahip (standart) ortalama tipin örnek (model) davranışı göz önüne alınır. Ortalama tipin davranışlarından sapan eylemler, kusurlu olarak kabul edilir. Sübjektif bir unsur olarak failin ayırt etme yeteneği mutlak olarak, bireysel özellikleri ise belli bir oranda dikkate alınır.⁶¹⁹

Objektif kusur teorisine göre ise diğer teorilerden farklı olarak kusur kavramı, etik değil bütünüyle toplumsal niteliktedir. Bireylerin davranışları, toplumsal kıstaslara göre değerlendirmeye alınmalı ve kusur, toplumsal ve objektif bir çerçevede anlamlandırılmalıdır. Kusurun belirlenmesinde, objektifleştirilmiş kusur teorisinde failin içinde bulunduğu kişi çevresi ve bu kişilerin uzmanlık ve bilgi seviyesi dikkate alınırken objektif kusur teorisinde başta yer ve zaman olarak aynı

⁶¹⁸ KOŞAR, a.g.e., s.64-70.

⁶¹⁹ KOŞAR, a.g.e., s.70-75.

dışsal şartlarda bulunan, somut olaydaki davranışı gerçekleştiren, tamamen objektif ve makul kişinin gerçekleştirmesi beklenen davranış belirlenecektir. Ancak bahse konu soyut ve örnek davranış tespit edilirken yaş ve cinsiyet gibi failin kişisel özellikleri dikkate alınmadığından ayırt etme gücü de gerekli değildir. Kusurlu davranışı belirlemede başvuru bu ölçü, toplum içerisinde yer alan bireylerin büyük çoğunluğu için muteber olmalı, bahse konu tedbir ve özen kuralları belirlenirken bütün insanlarda bulunan ortak yetersizlikler göz önünde bulundurulmalıdır.⁶²⁰

Failde mevcut bulunan birtakım sübjektif özelliklerin belirli bir oranda objektifleştirilerek değerlendirmeye alındığı objektifleştirilmiş kusur teorisi, haksız fiillere yönelik Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüştür.⁶²¹ TMK'nın, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin eylemlerinin, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere hukukî sonuç doğurmayacağına yönelik 15'inci maddesi uyarınca objektif teorinin kabul edilmesi mümkün değildir.

Sübjektif ve objektifleştirilmiş kusur teorilerinin her ikisine göre de fail, eylemlerinin zararlı sonucunu öngörmesine rağmen bundan kaçınmadığı, yani farklı şekilde davranma imkânı varken gerekli davranışı gerçekleştirmediği için kusurludur. Ancak sübjektif teori, failin somut olayda içinde bulunduğu psikolojik ve fiziki şartlar ile kişisel özellikleri ve becerilerini değerlendirmeye alırken; objektifleştirilmiş teori, failin içinde bulunduğu benzer koşullar içerisinde ve aynı sosyal çevrede yer alan ortalama bir insan tipinin, yeteneğini ve mesleğe dair uzmanlığını değerlendirmeye alır.

Bu teoriler içerisinde, kusurun, objektif(leştirilmiş) biçimde belirlenmesi zarar görenin menfaatine iken; sübjektif biçimde belirlenmesi zarar verenin menfaatinedir. Hem toplumun menfaatleri hem de zarar görenin olduğu kadar zarar verenin menfaatleri gözetilerek bir denge yaratılmalıdır. Hem faili haksız fiil hukukunun asli amacı olan zararı tazmin etme yükümlülüğü altına sokabilmenin meşru şekilde belirlenmesi hem de ikincil amacı olan haksız fiil hukukunun önleyicilik işlevinin hayata geçirilebilmesi için kişilerden beklenen örnek davranışların objektif bir şekilde tespit edilmesi ve örnek davranıştan ayrılmanın

⁶²⁰ KOŞAR, a.g.e., s.75-79.

⁶²¹ KOŞAR, a.g.e., s.70.

önlenebilir ve öngörülebilir niteliğe sahip olması gerekmektedir. Bu kapsamda, kusurlu davranışın tespitinde failin içinde yer aldığı sosyal çevrede bulunan ve aynı koşullar içerisinde orta zekâlı, makul ve dürüst davranışlar sergileyen ortalama tipin esas alınması nedeniyle hakkaniyete ve bütün ilgililerin menfaatine en hakkaniyetli ve makul sonucu verecek görüşün objektifleştirilmiş teori olduğu değerlendirilmektedir.⁶²²

4.3.1. Kusurun unsurları

Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş olan objektifleştirilmiş kusur teorisine göre kusurlu davranışın belirlenmesinde, ayırt etme gücü bulunan, fail ile aynı meslek grubunda yer alan, aynı yer ve zamanda, benzer şartlar altındaki ortalama tipin göstereceği farazi davranış dikkate alınmalıdır. Bu görüş uyarınca da kusurun, kusur ehliyeti için gerekli olan ayırt etme gücü ve soyut ve ortalama tipin örnek davranışından sapma olmak üzere ilki sübjektif diğeri objektif iki unsuru vardır.⁶²³

Failin sorumlu tutulabilmesi için zararın meydana gelme ihtimalinin idrakini ve zarara sebep olan veya tehlikeli olabilecek davranışlardan kaçınabilmeyi sağlayan iradenin mevcudiyetini ifade eden kusur ehliyetinin bulunması gerekir.⁶²⁴ Kusur ehliyeti de failin ayırt etme gücünün bulunup bulunmamasıyla ilgilidir.⁶²⁵ TMK m. 15’de yer alan “Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz” hükmü ile bu husus açıkça düzenlenmiştir. TBK m. 65’te düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu, ayırt etme gücüne sahip olmayanların haksız fiillerinden sorumlu tutulamayacağına yönelik genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. TMK m. 14 ile ayırt etme gücüne sahip olmayanlar tam ehliyetsiz olarak kabul edildiğinden tam ehliyetsizlerin hem hukuki işlem ehliyeti hem de kusur ehliyetleri bulunmamaktadır. Ancak TMK m.16/2 gereğince sınırlı ehliyetsiz olarak nitelendirilen ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerden sorumludurlar.

Kusursuz sorumlulukta, kusur, sorumluluğun kurucu şartı olmadığından ilgili kusursuz sorumluluk hali için bulunması gereken diğer koşulların gerçekleşmesi

⁶²² KOŞAR, a.g.e., s.79-84

⁶²³ EREN, a.g.e., s.572.

⁶²⁴ Roland Brehm, Berner Kommentar, 2013, Art. 41, N. 180. (akt. KOŞAR, a.g.e., s.131.)

⁶²⁵ TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.439,440.

durumunda sorumluluk meydana gelir.⁶²⁶ Kusursuz sorumlulukta kusur aranmadığından sorumlu kişinin ayırt etme gücünün mevcut olup olmadığına da bakılmaz.

Kusurun objektif unsuru ise failin mensup olduğu mesleki ve sosyal çevrede bulunan orta zekalı, makul ve dürüst bir insanın yani soyut ve ortalama tipin, aynı şartlar altında beklenen örnek davranış biçiminden sapmasıdır.⁶²⁷

Failin eylemlerinin kusurlu olup olmadığını tespit etmede kullanılacak ortalama ve soyut tipin örnek davranışlarının belirlenmesinde; “olayın gerçekleştiği yer ve zaman (zamansal ve mekânsal koşullar), faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık, faaliyetin türü, özellikle faaliyetin tehlikeliliği, zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmadığı ve bu yöntemlerin maliyeti, ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özel güven” gibi Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri-PETL’de de belirtilen başlıca dışsal ölçütlerin değerlendirmeye alınması gerekmektedir.⁶²⁸

Failin kişisel özelliklerinin yani içsel kıstasların kusurun tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı doktrinde tartışmalı ise de ortalama tipin ve dolayısıyla örnek davranışın belirlenmesinde bilgisizlik, karakter farklılığı, eksik bilgi, alışkanlıklar, dalgınlık, deneyimsizlik, özel ya da mesleki kaygılar, yorgunluk, stres, unutkanlık gibi salt sübjektif sebeplerin (mazeretlerin) dikkate alınmaması; ancak failin fiziksel engeli, yaşı, mesleki uzmanlığı, hastalığı gibi özelliklerin dikkate alınması gerektiği değerlendirilmektedir.⁶²⁹

4.3.2. Kusurun dereceleri

Medeni hukuk doktrininde kusur, kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılırken TBK’da ise kusurun çeşitlerine ilişkin olarak bu ayrıma ilaveten yanı sıra, ağır ve hafif kusur ayırımına da yer verilir. Öğretide kabul edilen genel tanım uyarınca ağır kusur, kasıt ve ağır ihmal durumları için kullanılırken, hafif kusur hafif ihmal ifade eder.⁶³⁰ Kusurun ağırlığının, sorumluluk hukukunda öncelikle sorumluluğun doğumu

⁶²⁶ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.414.

⁶²⁷ EREN, a.g.e., s.572.

⁶²⁸ KOŞAR, a.g.e., s.140.

⁶²⁹ KOŞAR, a.g.e., s.143-147.

⁶³⁰ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.411.; KOŞAR, a.g.e., s.157.

olmak üzere rücu ilişkisi ya da failin sorumlu tutulacağı miktarın belirlenmesi gibi pek çok konuda büyük önemi bulunmaktadır.⁶³¹

TBK m.49/1’de düzenlenen kusur sorumluluğunun ortaya çıkması için kural olarak kusurun derecesinin bir önemi yoktur. Failin, en hafif derecedeki kusuruyla dahi haksız fiil sorumluluğu meydana gelir. Kusurun ağırlığı, sorumluluğun doğumunda değil tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Bahse konu kuralının istisnası, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu belirten TBK m. 49/2’dir.⁶³²

Kanun koyucu sözleşme sorumluluğunda, sorumluluğun doğması için bazı durumlarda ağır kusur ararken bazı durumlarda ise kusurun ağır kusur seviyesinde olmasına özel birtakım sonuçlar bağlamıştır.⁶³³

Kast, zararlı sonucun fail tarafından bilinmesi ve istenmesidir.⁶³⁴ Kasıt, tasavvur (tasarlama) ve isteme unsurlarından oluşmaktadır. Tasavvur unsuru, bir zarar meydana gelmesine sebep olacak sonucun eylemi gerçekleştiren tarafından bilinmesini, tasarlanmasını, bilincinde olunmasını, tasavvur edilmesini; isteme unsuruysa, bahse konu zararlı sonucun eylemi gerçekleştiren tarafından göze alınmasını veya istenmesini ifade etmektedir. Bu çerçevede, kasıt durumunda fail hem eylemi hem de zararlı neticeyi ya göze almakta ya da istemektedir.⁶³⁵

İhmal ise zararlı sonucun istenmemesine rağmen, bu sonucun ortaya çıkmaması için durum ve şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesine ve

⁶³¹ KOŞAR, a.g.e., s.172.

⁶³² Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2016, N.22.11 (akt. KOŞAR, a.g.e., s.158.)

⁶³³ “Buna dair örneklerden bazıları şu şekildedir: TBK m. 294’e göre, bağışlayan, bağışlamadan doğan zarardan bu zarara ağır kusuruyla sebep olmak kaydıyla, bağışlanana karşı sorumlu olur. TBK m. 220’ye göre hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmişse veya ağır kusuru varsa ayıptan sorumludur. TBK m. 225’e göre ağır kusurlu olan satıcı, satıldaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. TBK m. 115’e göre borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Buna göre ağır kusur hali için sorumsuzluk anlaşması yapılamaz ancak aynı maddenin 3’üncü fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak üzere hafif kusur için sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. TBK m. 231, m. 244 ve m. 478’de olduğu üzere ağır kusur halinde daha uzun zamanaşımı süresi uygulanır. Gabin, aldatma ve korkutma içinse kasıt aranır.” KOŞAR, a.g.e., s.158.

⁶³⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.409; EREN, a.g.e., s.574.

⁶³⁵ KOŞAR, a.g.e., s.159.

önlemlerin alınmamasına denir.⁶³⁶ Fail ihmalde, bahse konu fiili isteyerek gerçekleşirse de eylemi gerçekleştirenin zararlı sonucu göze alması veya istemesi söz konusu değildir.⁶³⁷ İhmal de ağırlık derecesine göre ağır, orta ve hafif ihmal olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İhmal derecelerindeki bu ayırım, hukuk düzeninde meydana gelen aykırılığın ağırlığı esas alınarak değil, zararın öngörülebilir olmasına dayanan özen yükümlülüğündeki ihlalin ağırlığına göre belirlenir.⁶³⁸

Aynı koşullar içerisinde bulunan her makul insanın alması gerekli en basit önlemin alınmamış olmasına ağır ihmal denir.⁶³⁹ Bu tanımdaki en önemli ifade “herkesin” ifadesi olup ağır ihmal, herkesin gösterebileceği özeni ve dikkati göstermemeyi, ortaya konulabilecek asgari özeni göstermemeyi ifade eder.⁶⁴⁰

Ağır ihmal, TBK m. 51 uyarınca kural olarak tazminatta indirim yapılmasına⁶⁴¹ ve bu çalışmanın konusu olan hakkaniyetin gerektirmesi halinde ve tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması durumunda indirim yapılabilmesine imkan tanıyan TBK m. 52/2 hükmüne başvurulmasına engel olduğundan ağır ihmalin en önemli rolü tazminatın belirlenmesinde görülür. Ayrıca ağır ihmale ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115 gereğince kesin hükümsüz olduğu gibi, ağır ihmalin, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle nedensellik bağının kesilmesine engel olabileceği değerlendirilmektedir.⁶⁴² Manevi tazminat miktarında belirleyici olanın ihlalin ağırlığı olsa da ağır ihmal derecesinde bir kusurun bulunması da tazminat miktarının artırılmasına etkiye bulunur.⁶⁴³

Orta ihmal halinde fail tarafından, göstermesi gereken temel dikkat ilkesi ihlal edilmemiştir fakat eylemi gerçekleştiren ile benzer şartlar içerisindeki bir kişiden

⁶³⁶ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.409; EREN, a.g.e., s.576.

⁶³⁷ KOŞAR, a.g.e., s.172.

⁶³⁸ Karl Oftinger, / Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht Erster Bd.: Allgemeiner Teil, Zürich 1995, §5 N. 35. (akt. KOŞAR, a.g.e., s.175.)

⁶³⁹ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.410; EREN, a.g.e., s.580.

⁶⁴⁰ KOŞAR, a.g.e., s.176.

⁶⁴¹ Giovanni Pelloni, “Die Grobfahrlässigkeit- Bedeutung in der Schadenpraxis”, HAVE 2002, 266; Roland Brehm, Berner Kommentar, 2013, Art. 41, N. 197B. (akt. KOŞAR, a.g.e., s.177.)

⁶⁴² Alfred Keller, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd.: I, 2002, N. 127.; Roland Brehm, Berner Kommentar, 2013, Art. 41, N. 197B. (akt. KOŞAR, a.g.e., s.178.)

⁶⁴³ Alfred Keller, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd.: I, 2002, N. 128. (akt. KOŞAR, a.g.e., s.178.)

objektif olarak beklenen özen de gösterilmemiştir.⁶⁴⁴ Dolayısıyla ağır ihmal ile hafif ihmal arasındaki ihmale orta ihmal denir.⁶⁴⁵

Önceleri orta ihmali kabul etmeyen Federal Mahkeme, 11 yaşlarındaki üç çocuğun, onları kibritle oynarken gören bir köylünün evlerine dönmelerini uyarmasına rağmen evlerine gitmeyerek bir ahıra girdikleri ve kibritle oynamaya devam etmeleri neticesinde ahırda yangına sebebiyet verdikleri olayda orta ihmali, davranışta ağır ihmalin bulunmaması ancak hafif ihmali olarak da kabul edilemeyeceği bir durum olarak İBK m.44/2'yi (TBK m.52/2) somut olayda uygulayabilmek amacıyla kabul etmiştir.⁶⁴⁶

Kanun koyucu tarafından TBK'da yapılan ayırım ağır kusur-hafif kusur ayırımıdır. Hafif kusur, ağır olmayan kusuru ifade etmektedir. Bu çerçevede, orta ihmal TBK'da benimsenmiş olan ağır kusur-hafif kusur ayırımı içerisinde hafif kusura karşılık geldiğinden hafif kusur halinde uygulama alanı bulunan TBK m.52/2 hükmü orta ihmalin mevcut olduğu durumlarda da uygulanabilecektir.⁶⁴⁷

Hafif ihmal, ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemiş olmasına denir.⁶⁴⁸ Fail esasında somut olayda dikkat ve özen göstermiştir fakat kendisinden beklenen seviyedeki dikkati ve özeni gösteremeyerek basit dikkatsiz bir davranışta bulunmuştur.⁶⁴⁹

Alışıl gelmiş ve yerleşmiş kusur ayırımı doktrin ve uygulamada kasıt-ihmal ayırımı olsa da TBK'da kusurun ağırlığının esas alındığı hükümler yönünden ağır kusur-hafif kusur ayırımı yapılmıştır. Bu kapsamda, yukarıda açıklanan bilgiler ışığında ağır kusur, kast ve ağır ihmali kapsarken; hafif kusur, ağır kusur teşkil etmeyen kusur olarak hafif ve orta ihmali ifade etmektedir. Buna göre somut olayda hafif ve orta ihmalin mevcut olması durumunda, TBK m.52/2 ve TBK m.115/3 gibi hafif kusura sonuç bağlanan hükümlere başvurulabilir.⁶⁵⁰

⁶⁴⁴ Martin A. Kessler, Basler Kommentar, 2013, Art 41, N. 50. (akt. KOŞAR, a.g.e., s.179.)

⁶⁴⁵ EREN, a.g.e., s.580.

⁶⁴⁶ Claire Huguenin, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil Zürich 2014, N. 1988. (akt. KOŞAR, a.g.e., s.179.)

⁶⁴⁷ KOŞAR, a.g.e., s.181.

⁶⁴⁸ EREN, a.g.e., s.580.

⁶⁴⁹ KOŞAR, a.g.e., s.181.

⁶⁵⁰ KOŞAR, a.g.e., s.182.

4.4. Hafif Kusurla Yoksulluğa Düşme

4.4.1. Genel olarak

TBK m. 52/2 (eBK m.44/2⁶⁵¹) hükmüne göre “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” Bu hüküm hem kusur hem de sebep sorumluluğunda geçerlidir.⁶⁵²

TBK m. 52/2 hükmü hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır.⁶⁵³ Bu hüküm ile bir felaket telafi edilirken başka bir felakete yol açılmaması amacı güdülmüştür.⁶⁵⁴ Ayrıca tazminat yükümlüsünün ekonomik sıkıntıya düşerek topluma yük olma ihtimali de göz önünde bulundurulmuştur.⁶⁵⁵

Roma Hukuku’nda da mahkûmiyet neticesinde verilen cezaî nitelikteki para cezası ile tazminat miktarı zarar gören şeyin birkaç katına kadar çıkabilse de bazı durumlarda mahkûmiyetin sonuçları failin gücünü aşmaktaysa bu durum dikkate alınmıştır.⁶⁵⁶

“D. 50.17.173 pr. (Paulus libro sexto ad Plautium) In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.”

“Şahsî mahkûmiyetlerde karar, yapmaya muktedir olduğu nispetinde verilir; bu kimselerin tüm malvarlığı ellerinden alınmaz, zaruret haline düşmemeleri için lüzumlu olanı muhafaza etmelidirler.”⁶⁵⁷

Bu metinden davalının mahkûmiyet kararının onu zor duruma düşürecek nitelikte olmaması gerektiğine dikkat çekildiği, mağdurun eski haline getirilmesinin

⁶⁵¹ eBK m.44/2: “Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hakim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir.”

⁶⁵² TİFTİK, Maddi Tazminat, s.92.; TUNÇOMAĞ, a.g.e., s.491.; NOMER, Maddi Tazminat, s.152.

⁶⁵³ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.542.; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU ve ALTOP, a.g.e., s.800.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.92.

⁶⁵⁴ TANDOĞAN, a.g.e., s. 326.

⁶⁵⁵ “... ve neticede şahsî bir zararı bertaraf etmek için sosyal bir zarara yol açmış olur. Halbuki Mecelle’de vazolunan ‘Zararı âmî def için, zararı has ihtiyar olunur’ kaidesi, burada da cari olmaktadır.” SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.505. Günümüz Türkçesi ile “Genel zararı savuşturmak için özel zarar tercih edilir-Bilgisiz doktorun doktorluk yapmasını yasaklamak bu ilkedeki kaynakları” GÜÇLÜ, a.g.e., s.54.

⁶⁵⁶ TOPUZ, Tez, s.236.

⁶⁵⁷ Z. UMUR, Postklasik (Roma-Elen) Devirde Kanunlaştırma Hareketleri, İstanbul, 1962, s.70. (akt. TOPUZ, Tez, s.236.)

failin mağdur haline dönüştürmemesi gerektiği ve bu gibi durumlarda hâkim, tazminat miktarından duruma göre indirim yapabileceği görülmektedir.⁶⁵⁸

Kural olarak tarafların sosyal veya ekonomik durumları tazminatın belirlenmesinde nazara alınmamaktadır.⁶⁵⁹ Kural bu olmakla birlikte somut olayda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının nazara alınması gerekebilir.⁶⁶⁰ Esasen TBK m.52/2'deki tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşme tehlikesi TBK m.51/1'de öngörülen durumun gereği (eBK durum ve şartlar) kavramına dahildir ve bu durum TBK m.51/1 gereği bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Ancak tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşme tehlikesi TBK m.52/2'de doğrudan düzenlendiği için TBK m.51/1 çerçevesinde bir indirim sebebi olarak uygulanamaz. Bu sebeple, tazminat yükümlüsünün zayıf ekonomik durumu, yoksulluk seviyesinde olmadıkça bir indirim sebebi sayılmayacaktır.⁶⁶¹ indirim yapılabilmesi için hafif kusurdan (kusurun derecesinden) başka diğer sebepler de varsa (mağdurdan kaynaklanan sebepler, birlikte kusur, yardım ederken zarar verilmesi gibi) TBK m.51/1 uyarınca failin yoksulluğa düşmesi ve hakkaniyetin zorunlu kılması aranmadan indirim yapılabilirken, failin sadece hafif kusurlu olmasından ibaret bir indirim yapılacaksa TBK m.52/2 uyarınca failin aksi takdirde yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de bunu gerektirmesi aranacaktır.⁶⁶²

Kusur sorumluluğunda hafif kusur TBK m.51/1 çerçevesinde tazminatta bir indirim sebebi olmasına rağmen hakim zararın tamamen tazminine karar verebilir. Keza, sebep sorumluluklarında da sorumlunun kusurunun olmamasının veya hafif kusurlu bulunmasının bir indirim sebebi olarak dikkate alınması kural olarak söz konusu değildir. TBK m.52/2'de öngörülen indirim sebebi daha çok bu durumlarda önem taşır. Kusurun hafifliğinin başlı başına bir indirim sebebi sayılamayacak olan kusur sorumluluklarında ve sorumlunun munzam kusurunun bulunmadığı ya da hafif

⁶⁵⁸ TOPUZ, Tez, s.237.

⁶⁵⁹ K. OFTINGER/E. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Auflage, Zürich 1995, s. 412. (akt. Haluk N. NOMER, Maddi Tazminat, s.150; TOPUZ, Tez, s.234.); M. Kemal OĞUZMAN ve Tugut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II (14. Bası), İstanbul: Vedat, 2018, s.127.; NOMER, Maddi Tazminat, s.150.

⁶⁶⁰ A. von TUHR/H. PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, Erste Lieferung, Dritte Auflage, Zürich, 1974, s.83. (akt. TOPUZ, Tez, s.234.); NOMER, Maddi Tazminat, s.150.

⁶⁶¹ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.93.

⁶⁶² OĞUZMAN ve ÖZ, a.g.e., s.122.

olduğu kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat yükümlüsünün tazminat dolayısıyla yoksulluğa düşecek olması kaydıyla hakim tarafından tazminatta indirimle gidilebilir.⁶⁶³

TBK m.52/2 hükmünün sosyal düşünce bakımından büyük önemi vardır.⁶⁶⁴ Modern hayatın gereği olarak çok defa özellikle varlıksız kimseler örneğin ustalar, şoförler, her sınıftan çalışanlar hafif kusurlarıyla çok yüksek zararlara sebep olabilirler. Zarar görenler de çoğu zaman bunların hizmetinden yararlanan varlıklı kimselerdir. Böyle durumlarda zararı tazmin borcu tazmin yükümlüsünü ekonomik olarak büyük sıkıntıya sokabilirken zarar gören zararın tamamen tazmin edilmemesinden o kadar etkilenmez.⁶⁶⁵ Hakim böyle bir durumda TBK m.52/2 hükmü ile borcu, tazminat yükümlüsünün taşıyabileceği seviyeye indirebilecektir.⁶⁶⁶ Ancak sorumluluk sigortalarının yayılma ve gelişmesiyle eskiden çok başvurulan bu hüküm anlam ve önemini kaybetmeye başlamıştır.⁶⁶⁷

BK m.52/2 hükmü hem kusur hem de sebep sorumluluğunda hatta aksine özel hüküm bulunmadıkça diğer özel kanunlarda düzenlenen sorumluluklarda uygulanabilecektir. Ayrıca TBK m. 114/2 uyarınca sözleşmeye aykırılıktan doğan zararların tazmininde de bu indirim sebebi uygulanabilir.⁶⁶⁸

Zarar veren gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.⁶⁶⁹

“Öte yandan bu tazminatlar neticesi işyerleri ekonomik ve mali açıdan bunalıma düşmemeli veya işletmesinin tatil edilmesi sonucu ortaya çıkmamalıdır. Bu nedenlerle, mahkemenin tazminatın miktar ve boyutunu tayin ederken Borçlar Kanununun 43. ve 44/2 maddede (TBK m.51, 52/2) öngörülen ilkelerini uygulaması ve buna göre taraflar yönünden dengeli şekilde tazminat miktarını saptaması zorunludur.

Dava konusu olayda tazminatın faizi ve diğer ferileriyle birlikte ulaştığı miktarın davalı işletmenin (Türkiye Kömür İşletmeleri) ekonomik ve mali

⁶⁶³ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU ve ALTOP, a.g.e., s.799; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.93.

⁶⁶⁴ TANDOĞAN, a.g.e., s. 326.

⁶⁶⁵ TUNÇOMAÇ, a.g.e., s.491.; TANDOĞAN, a.g.e., s. 326.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.543.

⁶⁶⁶ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.94.

⁶⁶⁷ EREN, a.g.e., s.769, 770.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.94.

⁶⁶⁸ EREN, a.g.e., s.770.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.94.

⁶⁶⁹ EREN, a.g.e., s. 770.

durumunu ne derece etkileyeceği, işletmenin faaliyetini durdurup durdurmayaacağı tartışılmadan sonucu gidilmiştir. Mahkemenin belirtilen maddi ve hukuksal olguları değerlendirip sonuçta Borçlar Kanununun 43. ve 44/2, maddeleri (TBK m.51, 52/2) gereğince daha yüksek oranda indirim yaparak maddi tazminata hükmetmesi gerekirken ... ”⁶⁷⁰

4.4.2. Tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuruyla sebep olması

BK m.52/2 hükmüne dayanılarak tazminattan indirim yapılabilmesi için her şeyden önce tazminat yükümlüsünün kusurunun hafif olması gerekmektedir. Zarar kast veya ağır ihmalle yani ağır kusur ile meydana getirildiği takdirde tazminattan indirim yapılması mümkün değildir.⁶⁷¹ Ağır kusuru olanlar müsamahaya layık görülmemektedir.⁶⁷²

Kusur kavramı hakkında yukarıda detaylı olarak yapılan açıklamalar çerçevesinde yalnızca orta ve hafif ihmali ile bir zarara sebebiyet veren tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa (eBK m.44/2 -tazmini müzayakaya maruz bıraktığı takdirde-) düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim tazminatı indirebilir.

4.4.3. Tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olması

Bu hüküm çerçevesinde tazminatta indirim yapılabilmesi için gereken diğer şart tazminat yükümlüsünün tazminatın tamamını ödemediğinde yoksulluğa düşecek olmasıdır. Burada dikkate alınacak tazminat miktarı zararın tam karşılığı olmayıp TBK m.51 ve 52/1 uyarınca yapılan indirimden sonra ortaya çıkan miktardır. Zira sorumlu kişi indirim sonrası bile yoksulluğa düşecek ise indirim uygulanmadan ödemeye mecbur olduğu miktar evleviyetle kendisini yoksulluğa sevk eder.⁶⁷³

eBK m.44/2’de “yoksulluğa düşmek” ifadesi yerine “tazmini müzayakaya maruz bıraktığı takdirde” ifadesi kullanılmıştır. Müzayaka kavramı yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere zor duruma düşmek anlamına geldiğinden ekonomik, manevi, psikolojik hatta siyasi boyutları da içinde barındıran bir kavramdır. Ancak

⁶⁷⁰ YHGK 6.11.2002 T. 2020/21-806 E., 2002/877 K.

⁶⁷¹ TUNÇOMAÇ, a.g.e., s.491.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.94.

⁶⁷² TANDOĞAN, a.g.e., s. 326.

⁶⁷³ SAYMEN ve ELBİR, a.g.e., s.505.

eBK m.44/2’de yer alan müzayaka kavramı sadece ekonomik (maddi) açıdan zor durumda kalmayı, muhtaç duruma düşmeyi, işini ve düzenini kaybetmeyi ifade etmek için kullanıldığından⁶⁷⁴ dili arılaştırılan TBK m.52/2’de de müzayaka yerine doğru bir şekilde yoksulluğa düşmek kavramı kullanılmıştır.

Tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşmesinin önlenmesinin esas itibariyle maddi hukukun değil kazancın belirli bir kısmının haczedilebilirliği veya ev eşyalarının haczedilemezliği gibi kurumlarıyla şekli hukukun konusu olsa da bu hükümle, şekli hukukun yoksulluğa düşmekten kurtarmada yetersiz kalabileceği durumlarda zarar sorumlusunu daha fazla koruyacağı değerlendirilmektedir.⁶⁷⁵

Yoksulluğa düşme halinin söz konusu olabilmesi için tazminat yükümlüsünün tazminatı ödemesiyle fiilen bir ekonomik sıkıntı içine düşme tehlikesi bulunmalı, tazminatı ödemesinin onu ciddi bir müzayaka haline yani yoksulluğa düşüreceğinin kuvvetle beklenir olması gerekir. Tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olmasından tam tazminat ödemesi halinde sosyal yardıma muhtaç hale gelmesi anlaşılmalı, ancak geçici bir ekonomik sıkıntıya maruz kacak olması da yoksulluk (müzayaka) durumu için yeterli kabul edilmemelidir.⁶⁷⁶ Keza, zararın tamamını ödemesi halinde tazminat sorumlusunun zaruri ihtiyaçları dışında kazancını tasarruf edemeyecek duruma gelmesi müzayakaya maruz kalma sayılmaz.⁶⁷⁷ Ödeme zorluğu içerisinde bulunma ya da hayat kalitesinde düşme ihtimali de indirim yapılabilmesi için yeterli değildir.⁶⁷⁸ Tazminat yükümlüsünün durumunun ileride iyileşme ihtimali mevcutsa indirimden kaçınılmalıdır.⁶⁷⁹

Haczi mümkün malvarlığı olan bir tazminat yükümlüsünün, yoksulluğa düşmesi söz konusu olamaz.⁶⁸⁰ Ancak bir görüşe göre ise TBK m.52/2 hükmü geniş yorumlanmalıdır. Burada zarar görenin refah seviyesi yüksek, tazminat yükümlüsü kıt kanaat geçiniyor ve tazminatı ödediğinde yine zaruri ihtiyaçlarını karşılayabilecek

⁶⁷⁴ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.539.

⁶⁷⁵ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.95.

⁶⁷⁶ NOMER, Maddi Tazminat, s.153.

⁶⁷⁷ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.95.

⁶⁷⁸ EREN, a.g.e., s. 770.; NOMER, Maddi Tazminat, s.153, 254.

⁶⁷⁹ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU ve ALTOP, a.g.e., s.800.; TANDOĞAN, a.g.e., s. 327.

⁶⁸⁰ EREN, a.g.e., s. 770.; NOMER, Maddi Tazminat, s.154.

ama sıkıntıya düşecekse haczi mümkün malı bulunmasına rağmen müzayaka sebebiyle indirimle gidilebilmelidir.⁶⁸¹

Tazminat yükümlüsünün belediye gibi bir kamu tüzel kişisi olması durumundan onun yoksulluğa düşeceğinden bahisle tazminattan indirim yapılamaz.⁶⁸² Aynı durum, büyük özel firmalar yönünden de söz konusudur.⁶⁸³ Ancak Yargıtay toplu sözleşme hükmüne rağmen, eksik ödenen ikramiye ve ücret alacağıının, işletme kredisi faizi ile birlikte davalı Bakanlıktan tahsiline yönelik 1994 Krizi döneminde açılan davada çok ilginç bir karar vermiştir.

“Kamu iktisadi teşebbüsleri, mevzuatlarına göre Özel Hukuk Hükümlerine bağlı bağımsız tüzelkişilikler ise de bu kuruluşlar devletin desteği ve korunması ile ayakta kalabilmektedirler. Ekonomik kriz sonucu, Devletin bu kuruluşları gereği gibi destekleme imkanı kalmamış, bu nedenle de özelleştirilmeleri için büyük çabalar sarf edilmeye başlanmıştır. Bu koşullarda davalı işverenin gerçekten müzayaka halinde bulunduğu dikkate alınmaksızın, ülkede olağanüstü bir durum yokmuş gibi, ücret zamlarının zamanında ödenmesi gerektiği görüşü benimsendiği takdirde, işyerlerinin birbiri peşi sıra kapanmalarına yol açılacağı ve bundan da işsizlik sorunu ile karşı karşıya kalacak işçilerin ve giderek tüm ülkenin daha büyük zararlara uğramaları kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle Borçlar Kanunu'nun 44.maddesinin ikinci fıkrasında (TBK m.52/2) yer alan 'eğer zarar kasten veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde, hakim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir' biçimindeki kuralın olayda uygulanması olanağı mevcuttur. Davâ, kimi ücret zamlarının ödenmemesi nedeniyle bunların faiziyle birlikte tahsili isteğine ilişkin bulunduğu ve ücret zamlarının da davadan sonra ve genelgede öngörülen tarihte ödendiğinin anlaşıldığına göre; Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca müzayaka halinin kabulü ile olayların gelişme ve seyri de dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi, hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun düşer ve

⁶⁸¹ NOMER, Maddi Tazminat, s.155.

⁶⁸² TANDOĞAN, a.g.e., s. 326.; Kamu ve özel tüzel kişileri arasında ayırım yapılmaması gerektiği yönünde ANTALYA, a.g.e., s.460.

⁶⁸³ EREN, a.g.e., s. 770.

ekonomik kamu düzeni gereği de dikkate alınmış olur. Bu konuda belirtilmesi gereken bir husus da ülkede ekonomik bunalımın varlığının kabulü için, Anayasa'nın 119, 120. maddelerine göre olağanüstü halin ilanının şart olmadığıdır.”⁶⁸⁴

Yoksulluğa düşme (tazmini halinde müzayakaya maruz bırakma) durumundan ne anlaşılması gerektiği, TMK'nın 4'üncü maddesi uyarınca hakimın takdirine bırakılmıştır.⁶⁸⁵ Hakimın, zararın tamamının ödenmesiyle sorumlu kişinin yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin tespitinde eBK ve eMK döneminde eBK m.44/2'de yer alan “müzayaka” kavramı ile aynı anlama geldiğinden bahisle yardım nafakasını düzenleyen eMK m.315'deki⁶⁸⁶ “zarurete düşme” kavramı hakkında ortaya konulan ölçülere başvurulabileceği belirtilmekteydi.⁶⁸⁷ Bu hüküm anlamında, geçimi için zaruri vasıtaları başkasının yardımı olmadan elde edemeyen kimse zarurete düşmüş sayılmaktadır.⁶⁸⁸ Ancak belirtmek gerekir ki yardım nafakası veya fakirlik sebebiyle başka bir yerden sosyal yardım alabilecek durumda olmak tazminat yükümlülüğünde indirim yapılmasına engel değildir.⁶⁸⁹ Günümüzde, yoksulluğa düşmek ifadesi TMK'nın 175/1, 364/1⁶⁹⁰ (eMK m.315), 392 ve 406'ıncı maddelerinde⁶⁹¹ de yer almakta olup bu maddelerde yer alan kıstaslara başvurulabilir.

⁶⁸⁴ YHGK 3.5.1995 T. 1995-9-393 E., 1995/495 K.

⁶⁸⁵ ANTALYA, a.g.e., s.460.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.543.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.95.; NOMER, Maddi Tazminat, s.154.

⁶⁸⁶ eMK m.315: “Herkes, yardım etmediği surette zarurete düşecek olan usul ve fûruuna ve erkek ve kız kardeşlerine muavenet ile mükelleftir.”

⁶⁸⁷ TANDOĞAN, a.g.e., s. 326.; FEYZİOĞLU, a.g.e., s.543.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.95.; NOMER, Maddi Tazminat, s.154.

⁶⁸⁸ NOMER, Maddi Tazminat, s.154.; ANTALYA, a.g.e., s.460.

⁶⁸⁹ NOMER, Maddi Tazminat, s.154.; ANTALYA, a.g.e., s.460.

⁶⁹⁰ ANTALYA, a.g.e., s.460.

⁶⁹¹ TMK m.175/1: “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.” TMK m.364/1: “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.” TMK m.392: “Malikin, yoksulluğu sebebiyle aile yurduna alınmaya muhtaç bulunan ve kabullerine engel olacak durumları olmayan üstsoyunu, altsoyunu ve kardeşlerini yurda kabul etmesine mahkemece karar verilebilir.” TMK m.406: “Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca verilen yeni tarihli bir kararda da belirttiği üzere “yoksulluğa düşecek” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda yasal bir tanımlama olmaması karşısında bu husus yargısal uygulamada kurallara bağlanmıştır.⁶⁹² Aynı kararda, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun pek çok kararında⁶⁹³ ‘yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim’ gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanların ‘yoksul’ kabul edilmesi gerektiğinin benimsendiği belirtilerek yoksulluk durumunun günün ekonomik koşulları ile birlikte, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve yaşam tarzları değerlendirilerek takdir edilmesi gerektiği” ifade edilmiştir.

Bir kimse hafif kusurlu da olsa illiyet bağı içindeki bütün zararlardan sorumlu olduğundan bir şanssızlık eseri hafif kusuru ile zarara sebep olan kişiye tazminattan indirim yapılmış olsa dahi (TBK m. 51/1) bu indirim yetersiz olabilir. Tazminatı ödediğinde ekonomik olarak güç duruma düşecekse hakim tarafından zararın bu ağır yükü altında ezilmemesi için hafif kusur sebebiyle yapılan indirime ilave olarak TBK m.52/2 uyarınca da indirime gidebilir.⁶⁹⁴

4.4.4. Hakkaniyetin, tazminatta indirim yapılmasını gerektirmesi

Hafif kusuruyla meydana gelen zararın tazmini sonucu yoksulluğa düşme tehlikesinin bulunması tazminatta indirim için yeterli olmayıp aynı zamanda hakkaniyet gereği böyle bir indirim haklı bulunmalıdır. TBK m.52/2 hükmü ile hakime gerek yoksulluk tehlikesinin tespitinde gerekse de indirim miktarının tayininde TMK m.4 uyarınca takdir yetkisi verildiğinden diğer iki şart sağlansa bile hakim indirim aleyhindeki durum ve şartları göz önünde bulundurarak indirim talebini reddedebilir.⁶⁹⁵

Hakim, TBK m.52/2 hükmünü uygularken zarar görenin ekonomik durumunu da göz önünde bulundurmalı, zarar dolayısıyla zarar gören de müzayakaya maruz kalmış ya da zaten ekonomik yönden zayıf ise zarar görene öncelik tanınarak

⁶⁹² YHGK 5.11.2019 T. 2017/3-1025 E., 2019/1135 K.

⁶⁹³ YHGK 07.10.1998 T. 1998/2-656 E., 688 K.; YHGK 11.03.2009 T. 2009/2-73 E., 2009/118 K.; YHGK 04.07.2019 T. 2017/2-2417 E., 2019/871 K.

⁶⁹⁴ von TUHR, a.g.e., s.97.; NOMER, Maddi Tazminat, s.152.; OĞUZMAN ve ÖZ, a.g.e., s.128.

⁶⁹⁵ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.97.

tazminat yükümlüsü yoksulluğa düşecek olsa bile tazminattan indirimle gidilmemelidir.⁶⁹⁶

Tazminat yükümlüsü daha zararı ödemedi acze düşmüş ise bu durumda tazminattan indirimle gidilemez. Bu indirim sebebinin uygulanmasında sorumlunun ekonomik sıkıntı içinde bulunması değil, tazminatı ödemesinin onu yoksulluğa düşürmesi hususu göz önünde tutulacaktır.⁶⁹⁷ Zira iflas, konkordato halinde bulunan zarar verene yapılacak indirim sadece zarar görenin hacze veya iflas masasına iştirakteki payını azaltacağından, zarar görenin, diğer alacaklılar lehine tazminattan indirim yapılmasına katlanması istenemez.⁶⁹⁸

Zarar gören zararın tazmin edilmesi için fail dışındaki kişilere de başvurma imkanı varsa bu durumda tazminattan indirim yapılmamalıdır.⁶⁹⁹ Zarar verenin sorumluluk sigortası ya da başka bir şekilde öngörölmüş bir teminatı bulunması halinde yoksulluğa düşme durumu ancak teminat dışında kalan kısım için söz konusu olabileceğinden TBK m.52/2 hükmü zararın, bu teminatı çok büyük oranda aştığı takdirde uygulanabilir.⁷⁰⁰ Sorumluluk sigortası bulunan tazminat yükümlüsünün, başka hiçbir imkanı olmasa da zararı karşılamak için gerekli malvarlığına sahip olduğu varsayıldığından, sorumluluk sigortalarının toplumda yaygınlaşması ile TBK m.52/2 hükmü önemini kaybetmeye başlamıştır.⁷⁰¹

Tazminat yükümlüsünün diğer sorumlulara rücu ederek ödediğini telafi etme imkanı oranında yoksullaşma tehlikesi azalacağından zarar, rücu tazminatını çok büyük oranda aştığı takdirde de TBK m.52/2 hükmü uygulanabilir.⁷⁰² Bununla birlikte tazminatı tamamen ödediğinde yoksulluğa düşen tazminat yükümlüsünü için iç ilişkide tanınan rücu hakkı yeterli bir teminat oluşturmadığından tazminat yükümlüsü rücu hakkından yararlanmadan önce müzayaka durumuna veya iflasa düşebilir. Böyle bir durumda hakkaniyet, tazminatta indirim talebinin mutlaka

⁶⁹⁶ FEYZİOĞLU, a.g.e., s.533.; OĞUZMAN ve ÖZ, a.g.e., s.128.; TANDOĞAN, a.g.e., s. 326.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.96.; EREN, a.g.e., s. 770.; NOMER, Maddi Tazminat, s.152.

⁶⁹⁷ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.96.

⁶⁹⁸ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.96.; EREN, a.g.e., s. 770.; NOMER, Maddi Tazminat, s.156.

⁶⁹⁹ TANDOĞAN, a.g.e., s. 326, 327.; NOMER, Maddi Tazminat, s.153.

⁷⁰⁰ NOMER, Maddi Tazminat, s.153. TİFTİK, Maddi Tazminat, s.96.; EREN, a.g.e., s. 770.

⁷⁰¹ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.96.

⁷⁰² EREN, a.g.e., s. 770.; NOMER, Maddi Tazminat, s.153.

reddedilmesini değil tazminat yükümlüsünün müzayaka veya iflasa düşmesini önleyecek surette indirim yapılmasını gerektirebilir.⁷⁰³

Bir görüşe göre tazminat yükümlüsünün mirasçılarının mirası reddetme hakları mevcut olduğundan onlar lehine TBK m.52/2 hükmüne dayanarak tazminatta indirim yapılamaz.⁷⁰⁴ Ancak diğer bir görüşe göre ise herhangi bir sebepten mirası reddetmeyen mirasçılar da seleflerinin sahip olduğu savunma imkanlarından yararlanabilmeli ve TBK m.52/2 hükmüne dayanabilmelidirler.⁷⁰⁵

4.5. TBK m.52/2'nin Uygulanması

TBK m.52/2 uyarınca tazminat yükümlüsünün hafif kusuru ile yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin gerektirmesi durumunda TBK m.52/1'den farklı olarak tazminatın tamamen kaldırılamayacağını tazminattan yalnızca indirim yapılabileceğini savunanlar⁷⁰⁶ olduğu gibi tazminatı tamamen kaldırılılabileceğini (sıfıra indirilmesini) savunanlar⁷⁰⁷ da mevcuttur. Ancak hakimin hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda tazminatı çok cüzi bir miktara indirerek aynı amacı sağlaması mümkündür.⁷⁰⁸

Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların tazmininde miktar esas alınarak hesaplanan tazminatın hakkaniyet düşüncesi ile artırıp azaltılamayacağı TBK m.55/1 ile hüküm altına alınmıştır. Ancak TBK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'nda⁷⁰⁹ (TBK Gerekçesi) da belirtildiği üzere TBK m.52/2 hükmünün destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların tazmininde de uygulanacağı

⁷⁰³ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.97.

⁷⁰⁴ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.97.

⁷⁰⁵ NOMER, Maddi Tazminat, s.154.

⁷⁰⁶ KILIÇOĞLU, a.g.e., s.539.

⁷⁰⁷ NOMER, Maddi Tazminat, s.152.

⁷⁰⁸ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.97.

⁷⁰⁹ “Tasarının tazminatın indirilmesine ilişkin 52’nci maddesi gereğince, hafif kusurlu borçlusunu ekonomik darlığa düşürebileceği durumlarda, hakkaniyet onu gerektiriyorsa hâkim, tazminattan bir miktar indirebilecektir. Bir felaket telafi edilirken başka bir felakete yol açılmamalıdır. Zarar görenin zarureti ile zarar verenin zarureti (darlığı) birleştiğinde hakkaniyet koşulu, indirimi önler. Ekonomik sıkıntıya (yoksullaşmaya) dayalı indirim hakkı, müteselsil borçlular yönünde, kişisel defi (savunma) oluşturabilir (Tasarı m.163). 52’nci maddenin ikinci fıkrası dışında, çokluğu (miktarın yüksekliğini) esas alan bir başka indirim hali özellikle bu bağlamda hakkaniyet sebebi ile indirim yoktur. Bu hükmün (m.52/II), insan zararlarında da (m.55/I) uygulanacağı tabiidir.” <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf> (Son erişim: 28.06.2021)

ve şartların mevcut olması halinde bahse konu tazminatlarda indirimde gidileceği kabul edilmektedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.

“Tasarının 49-52 hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan insan zararı kökenli tazminata, hâkim, genel takdir hakkı (TMK m. 4) yahut hakkaniyet (mülga 818 Sayılı BK m. 43) kurallarına dayanarak müdahale edemeyecektir. Tazminat, azlığından bahisle takdiren artırılamayacak, çokluğundan bahisle takdiren indirilemeyecektir. Zarar görenin hafif kusuru ile müzayakaya düşme (yoksullaşma) nin bir arada gerçekleşmiş olması (Tasarının 52/II, mülga 818 Sayılı BK m. 44) hali ve Tasarının m. 52/I hükmündeki özel haller ile denkleştirme dışında, uygulamada adlandırıldığı şekliyle ‘çokluk indirimi / hakkaniyet indirimi yahut azlık artırımı / hakkaniyet artırımı’ yolu kapatılmıştır.”⁷¹⁰

TBK m.52/2 hükmüne dayanarak tazminattan indirim yapıldıktan sonra tazminat yükümlüsünün ekonomik durumunun düzelmesi (piyango çıkması, yüklü bir miras kalması gibi) mümkündür. Böyle bir durumda zarar görene yeni bir talep hakkı tanınıp tanınmayacağı konusunda bazı yazarlar hakkaniyet gereği yeni bir dava açılarak indirilmemiş tazminat ile indirilmiş hali arasındaki farkın hakkaniyet gereği talep edilebileceğinin savunurken⁷¹¹ çoğunluk yazarlara göre ise böyle bir durumda yeni bir dava açılarak aradaki farkın istenebileceğinin hukuki dayanağı yoktur.⁷¹²

Yalnız TBK m.75’de yer alan “Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.” hükmü çerçevesinde tazminat yükümlüsünün durumu iyileşirse zarara uğrayanın talebi üzerine zarara uğrayan lehine yeniden tazminata hükmedebilir.⁷¹³

TBK m.75 hükmü sadece bedensel zararlara ilişkin kararların saklı tutulmaları halinde yeniden gözden geçirilmelerine imkan tanıdığından istisnai nitelikteki bu hükmün kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.⁷¹⁴

⁷¹⁰ Y.21.HD 26.2.2019 T. 2018/6577 E., 2019/1378 K.

⁷¹¹ von TUHR, a.g.e., s.97.

⁷¹² NOMER, Maddi Tazminat, s.155.; TİFTİK, Maddi Tazminat, s.98.

⁷¹³ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.98.

⁷¹⁴ TİFTİK, Maddi Tazminat, s.98.

Tazminat yükümlüsünün hem yaşaması hem de ileride borçlarını ödeyebilmesi için gerekli olan vasıtalar onun elinden alınmaması gerekir ki bu koruma esas olarak borçlu ağır kusurlu olsa dahi bazı eşyaların haczedilemeyeceği kuralı (İİK 82, 83) ile İcra Hukuku'nun konusudur. Zira sorumlunun malvarlığında meydana gelecek olan artışlardan alacaklı yararlanabilmelidir.⁷¹⁵ Bu sebeple yoksulluğa düşme tehlikesi nedeniyle indirim gitmekten mümkün olduğunca kaçınılmalı ancak sonradan malvarlığında artış ihtimali hemen hemen hiç bulunmayan tazminat yükümlüleri hakkında TBK m.52/2 uygulanmalıdır.⁷¹⁶

Dosyadaki mevcut bilgilerden tarafların ekonomik durumunu tespit edebilen hakim, kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında, TBK m.52/2 hükmü uyarınca re'sen indirim gidebilmelidir.⁷¹⁷

⁷¹⁵ Alacaklı, kalan alacağı için İİK m.143/1 uyarınca aciz vesikası almış ise İİK m.143/6 uyarınca bu borç borçluya karşı aciz vesikasının düzenlenmesinden itibaren yirmi yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrar.

⁷¹⁶ NOMER, Maddi Tazminat, s.154, 155.

⁷¹⁷ NOMER, Maddi Tazminat, s.155.

SONUÇ

TBK’da müzayaka halinin göz önünde bulundurulması gereken hükümler, zayıfları korumak, dürüstlük kuralları ve hakkaniyet düşüncesi çerçevesinde gelişen ve değişen ekonomik ve sosyolojik durumlara karşı, genel kuralların mutlak uygulamasının adaleti sarsacağı düşüncesiyle toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla kabul edilmiştir.

İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri çerçevesinde karşılıklı edimler arasındaki denge, taraflarca diledikleri gibi kararlaştırılabilir. Ancak bu özgürlük bazı durumlarda adalet duygusunu sarsabilmektedir. Bu adaleti sarsıcı durumu gören kanun koyucuların, sözleşmelere belirli hal ve şartlarda müdahale edilmesi gerektiğini düşündükleri kurumlardan birisi de TBK m.28’de düzenlenen aşırı yararlanma kurumudur.

Kanun, zayıfları ve tecrübesizleri korumak amacıyla ve müzayaka halinde bulunanları da maddi ve manevi baskı neticesinde sözleşmeyi yapmış saydığından bu durumdan aşırı yarar temin etmeyi, aldatmayı, istismarı ahlaka aykırı sayması neticesinde ahlaki ve toplumsal nedenlerle aşırı yararlanmayı iptal sebebi saymıştır.

Aşırı yararlanma bizim de katıldığımız çoğunluk görüşüne göre hukuka, ahlaka aykırılık ile imkansızlık gibi kişilerin serbestine bir sınır çizildiğinden sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır.

Aşırı yararlanma hem genel hem de özel borç ilişkilerinden uygulandığı gibi TMK m.5 yollaması ile tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulur. Bütün iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulur.

Aşırı yararlanmanın biri objektif diğer ikisi sübjektif olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. Kanunun lafzıyla “karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık” bulunması objektif unsurdur. Maddede yer alan “açık” kavramı; şüphesiz, aşık, işten anlayan herkesin derhal ve kolaylıkla gözüne çarpacak yükseklikte anlamında kullanılmıştır. Türk Hukuku’nda hakim olan görüşe göre sübjektif unsurların sayıldığı TBK m.28’de açıkça söylenen zayıflıklar dışında herhangi bir zaaf aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması için yeterli olmayıp TBK bu halleri üçe indirgeyerek tahdidi şekilde saymıştır. Ancak diğer bir görüşe göre ise zayıfları

koruyucu amacı olan bu hükümde sayılan halleri sınırlayıcı değil örnek niteliğinde kabul etmenin daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.

TBK m. 38/2 gereğince bir hakkı kullanmak tehdidi “tehdit edilen tarafı müzayaka halinde bırakarak kendisini aşırı menfaatler terk etmesine zorlamak için kullanılmış” ise tehdit hukuka aykırıdır. TBK m. 38/2 ile tehdidin hukuka aykırılığının özel bir görünümünün düzenlendiği söylenebilir.

TBK m. 38/2 hükmünün uygulanabilmesi için korkutanın bir hakkını veya kanundan doğan bir yetkisinin bulunması, korkutulan kişinin zor durumda kalması ve korkutanın aşırı yarar sağlaması unsurları birlikte gerçekleşmelidir.

Korkutmanın sonuçları esas itibariyle TBK m. 37’de düzenlenmiştir. TBK m. 37/1’de taraflardan birinin, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapması durumunda, onun sözleşmeyle bağlı olmayacağı belirtilmiştir. Hukuksal korkutma halinde de korkutulan sözleşme ile bağlı değildir.

TBK m. 52/2 hükmüne göre “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” Bu hüküm hem kusur hem de sebep sorumluluğunda geçerlidir.

TBK m. 52/2 hükmü hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Bu hüküm ile bir felaket telafi edilirken başka bir felakete yol açılmaması amacı güdülmüştür.

eBK m.44/2’de “yoksulluğa düşmek” ifadesi yerine “tazmini müzayakaya maruz bıraktığı takdirde” ifadesi kullanılmıştır. Müzayaka kavramı yukarıda da detaylı olarak açıklandığı üzere zor duruma düşmek anlamına geldiğinden ekonomik, manevi, psikolojik hatta siyasi boyutları da içinde barındıran bir kavramdır. Ancak eBK m.44/2’de yer alan müzayaka kavramı sadece ekonomik (maddi) açıdan zor durumda kalmayı, muhtaç duruma düşmeyi, işini ve düzenini kaybetmeyi ifade etmek için kullanıldığından dili arılaştırılan TBK m.52/2’de de müzayaka yerine doğru bir şekilde yoksulluğa düşmek kavramı kullanılmıştır.

KAYNAKÇA

Akot, Bülent (Ed.) (2020). Kavram Atlası İslam Hukuku II. Ankara: Gazi Kitabevi.

Antalya, O. Gökhan (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II. İstanbul: Legal.

Arkan, Sabih (2016). Ticari İşletme Hukuku (22. Bası). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Arsebük, Esad. (1953). Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:10 Sayı:1

Arsebük, Esat (1937). Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları Cilt:I. Ankara: Recep Ulusoglu Basımevi.

Arsebük, Esat (1950). Borçlar Hukuku Cilt: I-II (3. Basım). Ankara: Güney.

Aslan, Çiğdem Mine (2006). Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları. Ankara: Yetkin Yayınları.

Ataay, AYTEKİN (1986). Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım (4. Bası). İstanbul: Der Yayınları.

Bardakoğlu, Ali (1996). Gabn. TDV İslam Ansiklopedisi. Cilt:13. İstanbul. 268-273. (Gabn)

Bardakoğlu, Ali (2000). İcâre. TDV İslam Ansiklopedisi. Cilt:21. İstanbul. 379-388. (İcare)

Bardakoğlu, Ali (2000). İkra. TDV İslam Ansiklopedisi. Cilt:22. İstanbul. 30-37. (İkra)

Berki, Şakir (1962). Borçlar Hukuku Umumi Hükümler (3. Tab'ı). Ankara: Yargıçoğlu Matbaası.

Birsen, Kemaleddin (1944). Borçlar Hukuku Dersleri Birinci Cilt Borçların Kaynakları-Nevileri (2. Bası). İstanbul: Ahmet Sait Matbaası.

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.) Üzerine Düşünceler, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 4, Aralık 1998, 53-82.

Çağlar, Hayrettin, Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m. 28), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 4, Aralık 2016, 69-93.

Çavdar, Pelin (2019). İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Cilt:25, Sayı:1, Haziran 2019, 434-449.

Dalamanlı, Lütfü (1971). Akitlerin Feshi ve İptali Davaları (Gabin, Hata, Hile, İkra, Muvazaa ve Butlan). Ankara: İş Matbaacılık ve Ticaret. (Gabin)

Dalamanlı, Lütfü ve Kazancı, Faruk (1990). İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu Cilt: I. İstanbul: Kazancı. (İçtihatlar)

Demirbaş, Harun (2012). Türk Borçlar Kanunu'nda Korkutmanın (İkra) Şartları ve Sonuçları. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Elbir, Halid Kemal (1952). Fahiş Faiz Meselesi (Tarihte ve Türk Hukukunda). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cit:18 Sayı:3-4, 832-874. (Fahiş Faiz)

Elbir, Halid Kemal (1957). Türk Pozitif Hukukunda Gabin. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi, İstanbul. (Tez)

Eren, Fikret (2003). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı). İstanbul: Beta

Eren, Fikret (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı). Ankara: Yetkin.

Eren, Fikret (2016). Borçlar Hukuku Özel Hükümler (3. Baskı). Ankara: Yetkin.

Esener, Turhan (1969). Borçlar Hukuku I Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK. m. 1-40). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin (1976). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I (2. Bası). İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Gabor, Hamza (2017). Modern Dönemde İsviçre'de Özel Hukukun Gelişimi ve Kodifikasyonu. Kerem ÖZ (çev.). Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, 215-231.

Güçer, Sülün (2005). UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Genel İlkeleri, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 2, Aralık 2005, 149-174.

Güçlü, Yaşar (2021). Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye (2. Bası). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

H. Develioğlu, M., Fransa'da Sözleşmeler Hukuku Alanındaki Reformda Yer Alan Sözleşmenin Kurulması ile İlgili Bazı Önemli Düzenlemeler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, 601-613.

İnan, Ali Naim (1965). Borçlar Hukuku Notları Genel Hükümler Birinci Cüz. Ankara.

Kalkan, Burcu (2004). Türk Hukukunda Gabin. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Karahasan, Mustafa Reşit (2001). Tazminat Hukuku Maddi Tazminat (6. Baskı). İstanbul: Beta.

Karahasan, Mustafa Reşit (2003). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat Birinci Cilt. İstanbul: Beta.

Kaya, Ümmühan (2017). İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler. (Prof. Dr. iur. Heinrich Honsell çevirisi) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı:2, 189-197.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.

Kılıçoğlu, Mustafa (2002). Sorumluluk Hukuku Cilt I Sözleşme Dışı Sorumluluk. Ankara: Turhan.

Kılıçoğlu, Mustafa (2005). Tazminat Hukuku. İstanbul: Legal.

Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan ve Arpacı (2017). Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt (4. Bası'dan 7. Tıpkı Bası). İstanbul: Filiz.

Koşar, Günhan (2019). Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Hacettepe Üniversitesi: Ankara.

Kumaş, Ali (2011). İslam Borçlar Hukukunda Gabin. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Selçuk Üniversitesi, Konya.

Kurşun, Ali Suphi, Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, Temmuz 2016, 189-213

Kuru, Baki (2016). İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku. İstanbul: Legal Yayıncılık,

Küçükgüngör, Erkan ve Emiroğlu, Haluk. (2004). Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt:53 Sayı:1, 77-87.

Küçükyağın, Arzu (2004). Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 53, Sayı: 4, Aralık 2004, 101-124.

Nomer Haluk N. (1996). Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi. İstanbul: Beta. (Maddi Tazminat)

Nomer, Haluk N. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15. Baskı). İstanbul: Beta. (Borçlar Hukuku)

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 ve Öz, Tugut (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II (14. Bası). İstanbul: Vedat.

Oğuzman, M. Kemal, Seliçi, Özer, Oktay-Özdemir, Saibe (2016). Eşya Hukuku (19. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Okumuş, Selmani (2015). Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin) Ankara: Yetkin.

Olgaç, Senai (1976). Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel Hükümler Birinci Cilt (4. Baskı). Ankara: Olgaç.

Öz, Turgut (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası). İstanbul: Vedat.

Özkaya, Eraslan (2013). Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları (2. Baskı). Ankara: Seçkin. (Gabin)

Özkaya, Eraslan (2019). Yanılma-Aldatma-Korkutma Davaları (Hata-Hile-İkrah Davaları) (4. Baskı). Ankara: Seçkin. (Korkutma)

Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Sungurtekin Özkan Meral ve Özekes Muhammet (2017). İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı (4. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Saymen, Ferit H. ve Elbir, Halid K. (1958). Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler Birinci Cilt. İstanbul: İsmail Akgün.

Sungur, Hasan Halis (1953). Gabin. İstanbul: İstanbul Matbaası.

Şahin, Turan (2019). Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi. Ankara: Yetkin.

Tandoğan, Halûk (2010). Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet) 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tekinay Selahattin Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk ve Altop Atilla (1988). Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Tiftik, Mustafa (1988). Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminat. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi: Ankara. (Tez)

Tiftik, Mustafa (1994). Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı. Ankara: Yetkin. (Maddi Tazminat)

Topuz, Murat (2010). İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Marmara Üniversitesi: İstanbul. (Tez)

Topuz, Murat, Fahiş Gabin'in (Laesio Enormis) Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabin'e Bağlanan Hukuki Sonuçlar, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2007, 463-495.

Tunçomağ, Kenan (1968). Borçlar Hukuku 1. Cilt Genel Hükümler (3. Bası). İstanbul: İstanbul Üniversitesi.

Tunçomağ, Kenan (1976). Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler (6. Bası). İstanbul: Sermet Matbaası.

Uygur, Turgut (1990). Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (3. Baskı). Ankara: Seçkin.

Uygur, Turgut (2013). Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt I (3. Baskı). Ankara: Seçkin.

Üçer, Mehmet, Roma Hukuku'nda Laesio Enormis ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 54, Sayı: 4, Aralık 2005, 521-542. (Gabin)

Üçer, Mehmet. Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamasına İlişkin Düzenlemeler. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 2, Temmuz 2011, 217-228. (Faiz)

Von Tuhr, Andreas (1983). Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt:1-2. Cevat Edege (Çev.). Ankara: Yargıtay Yayınları.

İNTİHAL RAPORU

Tez-2

ORJİNALLIK RAPORU

% 12	% 11	% 6	% 8
BENZERLİK ENDEKSİ	İNTERNET KAYNAKLARI	YAYINLAR	ÖĞRENCİ ÖDEVLERİ

BİRİNCİL KAYNAKLAR

1	Submitted to Istanbul University Öğrenci Ödevi	% 4
2	Submitted to Galatasaray University Öğrenci Ödevi	% 1
3	nek.istanbul.edu.tr:4444 İnternet Kaynağı	% 1
4	www.seckin.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
5	www.scribd.com İnternet Kaynağı	<% 1
6	openaccess.hacettepe.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
7	acikerisim.ticaret.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
8	Submitted to Bahcesehir University Öğrenci Ödevi	<% 1
9	acikerisim.akdeniz.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1

10	www.yardimcihukuk.com İnternet Kaynağı	<% 1
11	www.hukukcugenc.com İnternet Kaynağı	<% 1
12	tr.yenisehir.wikia.com İnternet Kaynağı	<% 1
13	www.istanbulbarosu.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
14	www.tbmm.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
15	www.hukukmarket.com İnternet Kaynağı	<% 1
16	YAĞCI, Kürşad. "ANAPARA FAİZİ VE TEMERRÜT FAİZİNE ÜST SINIR ", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, 2013. Yayın	<% 1
17	paperzz.com İnternet Kaynağı	<% 1
18	www.germanbooks88.com İnternet Kaynağı	<% 1
19	YÜCEL, Sevtap. "Vasiyet alacaklısı açısından muris muvazaası nedeniyle tapu iptal davası açma sorunu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 tarihli 958/1035 sayılı	<% 1

kararının değerlendirilmesi)", ERZİNCAN
ÜNİVERSİTESİ, 2009.

Yayın

20	odakhukuk.com İnternet Kaynağı	<% 1
21	dspace.baskent.edu.tr:8080 İnternet Kaynağı	<% 1
22	www.lebibyalkin.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
23	ÇAĞLAR, Hayrettin. "AŞIRI YARARLANMA (GABİN) HÜKÜMLERİNİN TACİRLER BAKIMINDAN UYGULANMASI (TBK m. 28)", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enst., 2016. Yayın	<% 1
24	Submitted to Ahi Evran Aniversitesi Öğrenci Ödevi	<% 1
25	www.arnoldrusch.ch İnternet Kaynağı	<% 1
26	Submitted to Kadir Has University Öğrenci Ödevi	<% 1
27	www.ticaretkanunu.net İnternet Kaynağı	<% 1
28	Submitted to Kocaeli Üniversitesi Öğrenci Ödevi	<% 1

29	www.hukukmedeniyeti.org İnternet Kaynağı	<% 1
30	www.selcukener.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
31	Submitted to TechKnowledge Turkey Öğrenci Ödevi	<% 1
32	webftp.gazi.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
33	"Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law", Springer Science and Business Media LLC, 2021 Yayın	<% 1
34	KOCABAŞ, Gediz. "AŞIRI YARARLANMANIN ŞARTLARI VE AŞIRI YARARLANMAYA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR", Turhan Kitapevi Ofset Matbacılık Tesisleri, 2014. Yayın	<% 1
35	www.rekabet.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
36	jurix.com.tr İnternet Kaynağı	<% 1
37	Submitted to Queen Mary and Westfield College Öğrenci Ödevi	<% 1

38	acikarsiv.ankara.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
39	www.yumpu.com İnternet Kaynağı	<% 1
40	Impossibility in Modern Private Law, 2014. Yayın	<% 1
41	www.ismailyildirim.av.tr İnternet Kaynağı	<% 1
42	PEKMEZ, Cüneyt. "TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE BORCA AYKIRILIKTAN DOĞAN KUSURSUZ SORUMLULUĞA GENEL BAKIŞ", Türkiye Adalet Akademisi, 2015. Yayın	<% 1
43	www.mpipriv-hh.mpg.de İnternet Kaynağı	<% 1
44	www.medyahukuk.com İnternet Kaynağı	<% 1
45	Submitted to The Scientific & Technological Research Council of Turkey (TUBITAK) Öğrenci Ödevi	<% 1
46	studylibtr.com İnternet Kaynağı	<% 1
47	Submitted to Istanbul Medeniyet Āniversitesi Öğrenci Ödevi	<% 1

Submitted to Uludag University

48	Öğrenci Ödevi	<% 1
49	clubs.bilgi.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
50	dergipark.gov.tr İnternet Kaynağı	<% 1
51	Dudas Atila. "Abstract legal effect of juridical acts in European and Serbian law", Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2012 Yayın	<% 1
52	TOPUZ, Murat. "İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU'NUN (OR) GENEL HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN 2020 TASARISINDA HAKSIZ FİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ VE TÜRK BORÇLAR KANUNU İLE KARŞILAŞTIRILMASI", Turhan Kitapevi Ofset Matbacılık Tesisleri, 2016. Yayın	<% 1
53	auhf.wordpress.com İnternet Kaynağı	<% 1
54	www.islamhukuku.com İnternet Kaynağı	<% 1
55	Submitted to Akdeniz University Öğrenci Ödevi	<% 1
56	www.famahaber.com İnternet Kaynağı	<% 1

57	www.kafkahukuk.org İnternet Kaynağı	<% 1
58	www.sgmdr.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
59	Evipidis Rizos. "Chapter 26 The Nature of Rights Upon Cryptocurrencies", Springer Science and Business Media LLC, 2021 Yayın	<% 1
60	acikerisim.istanbul.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
61	hukukavukat.com İnternet Kaynağı	<% 1
62	www.bpv.admin.ch İnternet Kaynağı	<% 1
63	www.dersindir.net İnternet Kaynağı	<% 1
64	TAMER, Ahmet. "Tacirler bakımından cezai şart (ceza koşulu)", Türkiye Adalet Akademisi, 2013. Yayın	<% 1
65	dosya.gsu.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
66	trans-lex.org İnternet Kaynağı	<% 1

www.ankarabarusu.org.tr

67	İnternet Kaynağı	<% 1
68	www.jus.uio.no İnternet Kaynağı	<% 1
69	İlhan Helvacı. "Turkish Contract Law", Springer Science and Business Media LLC, 2017 Yayın	<% 1
70	AKARTEPE, Alpaslan. "Türk borçlar kanunu'nun haksız fiilden doğan borç ilişkileri alanında getirdiği yenilikler ve değişiklikler", ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ, 2012. Yayın	<% 1
71	KURT, L.Müjde. "ZARAR GÖRENİN ZARARI AZALTMA KÜLFETİ", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2015. Yayın	<% 1
72	TOPÇUOğLU, Metin. "GENEL İŞLEM ŞARTLARI İLE REKABET İHLALİ VE SONUÇLARI", Gazi Üniversitesi, 2015. Yayın	<% 1
73	ZİNCİRLİOğLU, Candan Albayrak. "İş sözleşmesinin geçersizliği", Türkiye Adalet Akademisi, 2014. Yayın	<% 1
74	dspace.gazi.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1

75	legalbank.net İnternet Kaynağı	<% 1
76	www.tesev.org.tr İnternet Kaynağı	<% 1
77	yarbis1.yildiz.edu.tr İnternet Kaynağı	<% 1
78	Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, 2015. Yayın	<% 1
79	AĞAR, Serkan. "TRANSFER FİYATLANDIRMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ", Türkiye Barolar Birliği, 2015. Yayın	<% 1
80	DEYNEKLİ, Adnan. "Türk borçlar kanunu'nda yer alan önemli usul hükümleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011. Yayın	<% 1
81	moam.info İnternet Kaynağı	<% 1
82	Submitted to Atatürk University Öğrenci Ödevi	<% 1
83	Submitted to Marmara University Öğrenci Ödevi	<% 1
84	Submitted to Yeditepe University Öğrenci Ödevi	<% 1

Alıntılarını çıkart üzerinde
Bibliyografyayı Çıkart üzerinde

Eşleşmeleri çıkar Kapat

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve Soyadı : Mustafa ÖKSÜZ

Doğum Yeri ve Tarihi :

Öğrenim Durumu :

Derece	Alan	Üniversite	Yıl
Lisans	-	Kara Harp Okulu	2005-2009
Lisans	Uluslararası İlişkiler	Anadolu Üniversitesi	2012-2016
Lisans	Hukuk	Kırıkkale Üniversitesi	2014-2018
Yüksek Lisans	Özel Hukuk	Atılım Üniversitesi	2019-2021

Yabancı Diller : İngilizce ve Almanca

E-posta :

Telefon :