

AŞIRI YARARLANMA (TBK m. 28)

Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN*

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanma hükmü, eski Borçlar Kanunu m. 21'de öngörülen gabin hükmünden farklı olarak, bazı değişiklikler öngörmektedir. Buna göre, gabine maruz kalan taraf, sözleşmeyi tümüyle iptal edebilir ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir (Kısmî iptal hakkı). Bu hakların kullanılması için ise, bir ve beş yıllık süreler öngörülmektedir. Çalışmada, söz konusu yeni gelişmelere riayet edilecektir. Burada ayrıca diğer önemli bir husus ise, TBK m. 28 hükmünde sayılan gabine uğrayanın zayıflık durumlarının (zor durumda kalma, düşüncesizlik ve deneyimsizlik) sınırlayıcı nitelikte olup olmadığıdır. Burada, bu konu da işlenecektir. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu m. 28'deki aşırı yararlanma normu, yeni gelişmelere riayet edilerek, genel olarak ele alınacaktır. Çalışmada, aşırı yararlanma normunun amacı, uygulama alanı, şartları ve sonuçları incelenecektir.

ANAHTAR KELİMELER: *Türk Borçlar Kanunu m. 28, Aşırı Yararlanma, Aşırı Yararlanma Hükümünün Uygulama Alanı, Aşırı Yararlanmanın Şartları, Aşırı Yararlanmanın Sonuçları*

ZUSAMMENFASSUNG:

Die Übervorteilungsbestimmung in Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches enthaelt im Unterschied zur Übervorteilungsbestimmung des Art. 21 des alten Obligationengesetzbuches, einige Aenderungen. Danach kann der Übervorteilte den gesamten Vertrag anfechten oder diesen Vertrag unter Korrektur des Leistungsmissverhaeltnisses aufrechterhalten (Teilanfchtungsrecht). Zur Ausübung dieser Rechte sind Fristen von einem bzw. fünf Jahren vorgesehen. Ein entscheidender Punkt ist auch, ob die in Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches aufgezaehlten Schwaechezustaende (Notlage, Leichtsinnsinn und Unerfahrenheit) abschliessend sind. Deshalb wird hier darauf eingegangen. In dieser Arbeit wird also die Übervorteilungsbestimmung des Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches im Allgemeinen sowie unter Berücksichtigung der neuen Entwicklungen behandelt. Danach werden Zweck, Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Übervorteilungsregelung untersucht.

SCHLAGWÖRTER: *Art. 28 des Türkischen Obligationengesetzbuches, Übervorteilung, Anwendungsbereich der Übervorteilungsbestimmung, Voraussetzungen der Übervorteilung, Rechtsfolgen der Übervorteilung*

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. Giriş

818 Sayılı BK m. 21'de *gabin* adı altında düzenlenmiş olan *aşırı yararlanma* kurumuna, bu kez bazı değişikliklerle 6098 sayılı TBK m. 28'de yer verilmiştir. TBK m. 28 aynen şöyledir:

“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.”

İşte bu makalede, TBK m. 28 hükmü, getirdiği değişikliklerle birlikte, ana hatlarıyla ele alınıp incelenecektir. Bu bağlamda öncelikle hükmün amacı incelenecek, bunu takiben sırasıyla hükmün uygulama alanı, uygulanma şartları ile hükme aykırılığa bağlanan hüküm ve sonuçlar ele alınacaktır.

II. Normun Amacı

Aşırı yararlanma normu, ilk kez 1911 Revizyonu ile, İsviçre Borçlar Kanunu'na 21. madde olarak girmiştir¹.

Söz konusu norm, Türk Borçlar Kanunu'nda “sözleşme içeriği” üst başlığının, “sözleşme özgürlüğü” ve “kesin hükümsüzlük” (TBK m. 26 ve 27) alt başlıklarını müteakip üçüncü bir alt başlık olarak “aşırı yararlanma” (TBK m. 28) başlığı altında düzenlenmiştir. Bundan sonra ise “irade bozuklukları” üst başlığı altında yanılma, aldatma ve tehdit (TBK m. 30 vd.) düzenlenmektedir. Böylece, aşırı yararlanma hükmü, sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılması ile irade bozuklukları arasındaki bağlantı noktasını oluşturmaktadır². Bu sistematik; aşırı yararlanma kurumunun, bir taraftan tarafların sözleşme içeriğini düzenleme özgürlüğünü sınırladığını, diğer taraftan irade sakatlığında olduğu gibi subjektif bir unsurun gerekliliğini öngördüğünü ve hukukî sonuçları açısından da irade sakatlığı kurumuna benzediğini göstermektedir³.

¹ *Gauch*, recht 1989, s. 91. İsviçre Borçlar Kanunu m. 21'in oluşumunda, o zamanki Alman Medeni Kanunu § 138 f. 2 hükmü ile kantonal *gabin* kanunları model olarak esas alınmakla beraber, nihai metne ulaşılan kadar, yirmiden fazla farklı metin üzerinde tartışılmış; hattâ tartışma, metnin içeriği ve kaleme alınmış biçimiyle sınırlı kalmamış, böyle bir hükme ihtiyaç bulunup bulunmadığına da sirayet etmiştir, *Gauch*, recht 1989, s. 91.

² *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 5; *Schwenzer*, s. 213; *Huguenin*, N. 439; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 479.

³ *Schwenzer*, s. 213.

1982 Anayasası m. 48 f. 1 hükmüne göre, herkes sözleşme hürriyetine sahiptir. TBK m. 26'ya göre ise, “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” Sözleşme özgürlüğü, bugün için münferit özgürlükler olarak karşımıza çıkmaktadır ki, bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin muhtevasını belirleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir⁴. Tarafların, edim ile karşı edim arasındaki değer ilişkisini serbestçe belirleyebilmeleri de sözleşme özgürlüğünün sonucudur⁵. Bu yüzden, tarafların kararlaştırdıkları karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık olması, yalnız başına, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Bu açık oransızlık, bir tarafın diğer tarafın zor durumda kalması, düşüncesizliği ya da deneyimsizliği durumunu sömürerek yaptığı bir sözleşme sebebiyle söz konusu olursa, hukuken önem taşır. İşte, bu hâlde TBK m. 28’de hükme bağlanan aşırı yararlanma (gabin) kurumu karşımıza çıkmaktadır⁶. Aşırı yararlanmanın varlığında sömürülen, durumun özelliğine göre, ya sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek edimlerin geri verilmesini ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Öyleyse TBK m. 28 hükmü, bir tarafın diğer tarafı ekonomik olarak sömürmesiyle oluşan sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı sömürülen tarafı korumayı amaçlamaktadır⁷. Burada yasak olan ve yaptırıma bağlanan husus ise, edimler arasındaki açık oransızlığın meydana geliş biçimidir⁸. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin karşısında duran adil olma ilkesi, TBK m. 28 ile, özel hukukun ahlakî temelinin bir ifadesi olarak pozitif bir düzenlemeye kavuşmuş bulunmaktadır⁹. Aşırı yararlanma hükmü, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sosyal asgari standardın muhafaza edilmesi kaygısına dayanmaktadır¹⁰. Bu kaygı, Yargıtay HGK’nın 24.1.1973 tarih ve E. 1971/1 – 376, K. 24 sayılı kararında gayet çarpıcı biçimde ifade edilmiştir: “*Gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmağa sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir*”¹¹.

⁴ Eren, s. 300; BernerKomm/Kramer, Art. 19/20 OR N. 42.

⁵ Bucher, s. 228.

⁶ Gauch, recht 1989, s. 92; aynı yazar, recht 1998, s. 55.

⁷ Gauch, recht 1989, s. 92; aynı yazar, recht 1998, s. 55.

⁸ Gauch, recht 1989, s. 92; aynı yazar, recht 1998, s. 59; Buz, Gabin, s. 60.

⁹ Gauch, recht 1989, s. 93. Sözleşme özgürlüğünü tehdit eden gabin normunun dar yorumlanması gerektiği şeklindeki görüşe (Elbir, Gabnin Unsurları, s. 200) ve söz konusu normun marginal bir anlamı olduğunu iddia eden görüşe (Bucher, s. 229) katılmıyoruz, bu konuda haklı olarak bkz. Gauch, recht 1989, s. 93; Kocayusufoğlu, s. 489 vd.

¹⁰ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 4.

¹¹ Karar için bkz. Eren, s. 417.

III. Normun Objektif ve Sübjektif Uygulama Alanı

Aşırı yararlanmanın mevcudiyeti için aranan şartlara geçmeden önce TBK m. 28'in objektif ve sübjektif uygulama alanı üzerinde durmak gerekir.

1. Objektif Uygulama Alanı

Normun objektif uygulama alanı kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki bütün gabin hallerini kapsamaktadır¹². Aşırı yararlanma normu tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin bütün görünüm biçimlerine (kısa ve uzun vâdeli sözleşmelere, basit borç sözleşmelerine ve sürekli sözleşmelere; satış, kredi, kira ve iş sözleşmelerine vs.) uygulanır ve somut sözleşmenin isimli ya da isimsiz sözleşme olması önemli değildir¹³. TBK m. 28'in tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere doğrudan uygulanması, başka sözleşmelere kıyas yoluyla uygulanmasına engel değildir¹⁴. Örneğin TBK m. 28 şirket sözleşmelerine, sulh sözleşmelerine ve mirasın paylaşılması sözleşmesine kıyasen uygulanabilir¹⁵. Buna karşılık, bahsi geçen hükmün, bağışlama vaadi sözleşmesi gibi sadece bir tarafa borç yükleyen sözleşmelere uygulanması caiz görülmemektedir¹⁶. Zira, bu gibi işlemler nitelikleri gereği karşı tarafa ivazsız bir kazandırmaya matuf olduğundan, ivazsız olmayı kabahat gibi görüp edimler arasında nispetsizliğin söz konusu olduğu iddiası kabul edilemez¹⁷.

2. Sübjektif Uygulama Alanı

TBK m. 28'in kural olarak hem adı işlemlere hem de ticarî işlemlere uygulanması mümkündür¹⁸. Ancak, Türk Ticaret Kanunu m. 18 f. 2 uyarınca, "*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.*" Şu durumda, basiretli iş adamı gibi davranma yükümü olan tacirin, ticarî işlemler açısından, aşırı yararlanma normunun sübjektif unsurlarından düşüncesizlik ve deneyimsizlik durumlarına dayanması ve dolayısıyla TBK m. 28'den istifade etmesi mümkün değildir¹⁹. Aşırı yararlanmanın sübjek-

¹² BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 11; Gauch, recht 1989, s. 94.

¹³ Gauch, recht 1989, s. 94.

¹⁴ Gauch, recht 1989, s. 94.

¹⁵ Gauch, recht 1989, s. 94; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 735; Kocayusufpaşaoğlu, s. 484 dn. 12.

¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 485 dn. 13; Kalkan, s. 96; aksi görüş, Gauch/Schlupe/Schmid, N. 735; Koller, § 14 N. 254.

¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 485 dn. 13.

¹⁸ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 14.

¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 492.

tif unsurlarından zor durumda kalma durumu ise, bütün gerçek ve tüzel kişiler²⁰, bu arada tacirler için de söz konusu olabilir²¹.

IV. Aşırı Yararlanmanın Şartları

TBK m. 28'in uygulanabilmesi için, biri objektif, diğerlerinden ilki sömürülen tarafında ikinci ise sömüren tarafında gerçekleşmesi gereken subjektif şartlar olmak üzere üç şartın mevcudiyeti aranır. Bu üç şartın birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi kaydıyla TBK m. 28 uygulanacaktır²².

1. Objektif Şart

Aşırı yararlanmanın kabulü için aranan ilk şart, bir sözleşmede edim ile karşı edim arasında “açık bir oransızlığın” varlığıdır. Açık bir oransızlığın bulunup bulunmadığının tespitinde, sözleşmede kararlaştırılan edimler esas alınır. Borçlu sözleşmede kararlaştırılan edimi kötü ifa ediyorsa, TBK m. 28 değil, TBK m. 112 vd. uygulanır²³. Açık bir oransızlığın belirlenmesi için, tüm edimlerin ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin karşılıklı olarak tartılması gerekir²⁴.

Açık oransızlığın tespitinde edimlerin objektif değeri esas alınır²⁵. Bu yüzden aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın, sözleşmenin yapıldığı anda edimler arasındaki ilişkiyi subjektif olarak orantılı bulması ya da zor durumda kalmasından dolayı yüksek bulunan fiyatı itiraz etmeden ödemesi, TBK m. 28'e baş vurmasına engel teşkil etmez²⁶.

Edimlerin objektif değerlendirilmesinde, kural olarak kararlaştırılan edimlerin piyasa veya borsa fiyatından hareket edilir²⁷. İlgili edimin piyasa veya bor-

²⁰ BGE 123 III 292, 301; BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 14; Beck OK/Wendtland, § 138 BGB N. 51; Eren, s. 420; v. Tuhr, s. 312 dn. 9; Bucher, s. 233 dn. 22; Schwenger, s. 214; Stocker, s. 79; Özkaya, s. 32. “...Tacir olan banka (tüzel kişi) BK.nun 21. maddesinde belirtilen hiffet veya tecrübesizlik hallerine dayanamazsa da müzayaka halinden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunan hallerde akdi feshedebilir...”, Yargıtay 19 HD., 14.7.2005, E. 2005/4985, K. 2005/7980 (www.kazanci.com) (8.6.2013).

²¹ Kocayusufoğlu, s. 492; Arkan, s. 134; Aslan, s. 94. “... Ö. 'nin dersane olarak kullandığı, diğer bir deyimle ticarethane de olarak yararlandığı taşınmazını, satış vaaşinde bulunması, kendisinin ticari yönden sıkıntı içerisinde olduğunu gösterir. Olağan üstü koşullar hariç karşılığın sağlamadan hiçbir tacir, ticaret yaptığı dükkanı veya işyerini satmak istemez. Akşini kabul etmek, ticari hayatın olağan akışına ve koşullarına ters düşer...”, Yargıtay 14. HD., 6.5.1986, E. 1985/7787, K. 1986/3066 (www.kazanci.com) (17.5.2013).

²² Gauch, recht 1989, s. 98 vd.; Gauch/Schluap/Schmid, N. 743.

²³ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 17; Bucher, s. 232.

²⁴ Huguenin, N. 444.

²⁵ BGE 123 III 292, 303; Gauch/Schluap/Schmid, N. 734; Koller, § 14 N. 249.

²⁶ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 20.

²⁷ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 21.

sa fiyatı bulunmuyorsa, kuşkusuz başka kriterlerden yararlanılmalıdır. Örneğin, sözleşme konusu mal karşı tarafa icapta bulunulmadan daha önce piyasaya sunulmuş ve birden çok kimse aynı fiyatı vermiş ise, ivaz objektif ve kesin olarak tespit edilmiş olacaktır; buna mukabil, değişik fiyatlar verilmişse, bu fiyatların ortalaması ivazın objektif değerini oluşturur²⁸. Hâkim, değer belirlemesi için bilirkişiye başvurabilir²⁹.

Edim ile karşı edim arasında açık oransızlık olup olmadığı sözleşmenin yapıldığı zamana göre değerlendirilir³⁰. Sözleşmenin yapılmasından sonra çeşitli sebeplerle edimler arasında oransızlığın ortaya çıktığı durumlarda, aşırı yararlanma kurumuna değil, şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kurumuna başvurulur³¹. Hâkim, edimler arasında açık bir oransızlık olup olmadığını, TMK m. 4'e göre serbestçe takdir eder³².

TBK m. 28, her oransızlığı değil, açık oransızlığı esas almaktadır. Herkesin gözüne çarpan³³, başka bir anlatımla, kolayca fark edilip, anlaşılabilen³⁴ bir oransızlık, açık oransızlıktır. Dolayısıyla kılı kırk yarararak birçok zekâ, mantık ve emsal oyunları ile oransızlığın kabulüne gidilmemelidir³⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında, açık oransızlığın belirlenmesine yönelik yüzdeler bir orana, bir tolerans sınırına yer verilmediği ifade edilmektedir³⁶. Yargıtay ise, oranın %25 veya daha aşağı olması durumunda açık bir oransızlığın mevcudiyetini kabul etmemiş, buna karşın oranın %50 ve

²⁸ Saymen, s. 151; Aslan, s. 78.

²⁹ Eren, s. 419; Elbir, Gabnin Unsurları, s. 196; Özkaya, s. 28. "... İvazların maddi ve ekonomik değerini bilirkişi "tesbit" eder...", Yargıtay 1. HD, 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (www.kazanci.com) (4.6.2013).

³⁰ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 19; Gauch, recht 1989, s. 95; Koller, § 14 N. 249; Schwenzler, s. 214; Huguenin, N. 444; Stocker, s. 110; Eren, s. 418 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 484; Acabey, s. 109; Ozanemre-Yayla, s. 207; Özkaya, s. 25.

³¹ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 19; Bucher, s. 231 dn. 13; Kocayusufpaşaoğlu, s. 484.

³² Eren, s. 419; Ozanemre-Yayla, s. 206.

³³ Eren, s. 419; Kocayusufpaşaoğlu, s. 483; BGE 53 II 483, 488 (Koller, § 14 N. 249). "...Karşılıklı ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik göze çarpan ve batan açık bir dengesizlik varsa gabinin "objektif unsuru" gerçekleşmiş olur...", Yargıtay 1. HD., 24.11.1976, E. 1976/10536, K. 1976/11572 (www.kazanci.com) (8.6.2013).

³⁴ Koller, § 14 N. 249; Huguenin, N. 444.

³⁵ Saymen, s. 157.

³⁶ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 27. İsviçre Federal Mahkemesi, takriben 33.000 Frank değerindeki bir taşınmazın 65.000 Frank'a satılmasında açık oransızlığın varlığını kabul ederken (BGE 61 II 31, 34 vd); eksperlerin yaklaşık 5.500 Frank değer biçtiği kullanılmış bir arabanın 7.500 Frank'a satılmasında açık bir oransızlık görmemiştir (BGE 46 II 55, 60 vd.). Bu kararlar için bkz. BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 28, 30.

daha fazla olması durumunda ise açık bir oransızlığın varlığını kabul etmiştir³⁷. Söz konusu oranın %25 ile %50 arasında olması durumunda ise hâkimin takdir yetkisini kullanması gerekecektir³⁸. *Kocayusufpaşaoğlu*'nun da haklı olarak belirttiği üzere³⁹, Yargıtay herhalde uygulamada birlik ve kolaylık sağlamak üzere yüzdelik oranların tespiti yöntemini benimsemiştir; bu oranların kanunda yeri ve dayanağı bulunmamaktadır. Gerçekten de, İsviçre hukukunda olduğu gibi⁴⁰, Türk hukukunda da, kanunda önceden tam olarak öngörülen katı bir oran söz konusu olmadığı, bunun yerine TMK m. 4 anlamında münferit sözleşmenin ekonomisine dayanan esnek bir takdir yetkisinin öngörüldüğü kabul edilmelidir.

Nihayet, aşırı yararlanma hükmünün uygulanabilmesi için, çok yüksek malvarlığı menfaatlerinin varlığı da aranmaz. Çünkü, aşırı yararlanma hükmüyle yaptırıma bağlanan, edimler arasındaki oransızlık değil, bir sözleşme ilişkisinde gaddar ve acımasız bir şekilde karşı tarafın zararına orantısız bir sözleşme yapılmış olmasıdır⁴¹.

2. Sübjektif Şart

Aşırı yararlanmanın kabulü için yukarıda açıklanan objektif şarta ilave olarak bir de sübjektif şartın somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Sübjektif şart ile kastedilen, edimler arasında açık oransızlık bulunan sözleşmenin akdedilmesine, zarar görenin zor durumda kalmasının, düşüncesizliğinin veya deneyimsizliğinin sebebiyet vermesidir (TBK m. 28). Görüldüğü üzere aşırı yararlanmada sömürülen tarafın içinde bulunduğu olağanüstü durum, onun sözleşme şartlarını serbestçe müzakere etmesine engel teşkil etmekte⁴²; onun karar verme özgürlüğüne halel getirmektedir⁴³. Aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın, söz konusu olağanüstü durumun ortaya çıkmasına kendisinin sebebiyet verip vermemesinin bir önemi yoktur⁴⁴.

³⁷ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 484. “Dairenin sürekli uygulamasına göre ivazlar arasındaki 50/100 oranındaki bir fark açık nisbetsizliktir, bu kesindir. 10.000 lira değer taşıyan bir mal veya hizmetin 5000 lira karşılığında değiş-tokuş edilmesi normal bir kişinin kabul edebileceği makul bir alış veriş tarzı değildir. Dairenin uygulamalarında ivazlar arasında yüzde yirmibeş oranındaki bir farkın açık nisbetsizlik sayılmadığı dahi kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, olağan koşullar altında açık nisbetsizlikten söz edilebilmesi için ivazlar arasında en az yüzde yirmibeşten fazla bir fark olması zorunluğu vardır.”, Yargıtay 1. HD., 27.12.1976, E. 1976/10791, K. 1976/12751 (www.kazanci.com) (8.6.2013).

³⁸ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 484

³⁹ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 483 vd..

⁴⁰ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 16.

⁴¹ *Gauch*, recht 1989, s. 95.

⁴² *Huguenin*, N. 445.

⁴³ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 34.

⁴⁴ *Huguenin*, N. 445.

a) Zor Durumda Kalma

Sübjektif ve alternatif nitelik taşıyan şartlardan ilki, sözleşmenin yapıldığı sırada aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın zor ya da sıkıntılı bir durumda bulunmasıdır (TBK m. 28 f. 1). Daha önce belirttiğimiz üzere, tacir zor durumda kalabileceği gibi, tüzel kişiler de zor durumda kalabilir⁴⁵. Burada önem arz eden husus, aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın, kendisi için elverişli olmayan bir sözleşme yapmasının, sözleşme yapmaması durumunda uğrayacağı sonuçlardan daha az kötü olacağı düşüncesidir⁴⁶. Zor durumda kalma; ekonomik⁴⁷, kişisel, ailesel veya siyasi sebeplerden dolayı ileri gelebilir⁴⁸. Yine söz konusu durum, hukuki açıdan önem arz eden başka bir sebepten de kaynaklanabilir⁴⁹. Zor durumda kalmanın sürekli olması aranmaz; anlık, geçici nitelik de taşıyabilir⁵⁰. Herkesin maruz kaldığı genel elverişsizlik durumu (meselâ kötü piyasa durumu) zor durumda kalma için yetmez; zor durumda kalmanın bireysel olması, yani gabine uğrayanın şahsında gerçekleşmesi gerekir⁵¹. Bu arada kişinin kendisinin zor durumda kalmadan doğrudan doğruya etkilenmesi aranmaz; üçüncü bir kişi (akraba veya arkadaş) zor durumda kaldığı için, kişinin kendisini zor durumda görmesi de yeterlidir⁵².

Nihayet belirtmek gerekir ki, aşırı yararlanma bakımından önem taşıyan, kişinin yaptığı elverişsiz sözleşme sebebiyle zor duruma düşüp düşmediği değil, kişinin, zor durumdan kurtulmak için, bu içerikte yapılmak istenmeyen bir sözleşme yapmak zorunda kalıp kalmadığıdır⁵³.

b) Düşüncesizlik

Öncelikle vurgulayalım ki, “düşüncesizlik” ile bundan sonraki başlıkta inceleyeceğimiz “deneyimsizlik” kavramları arasındaki en ayırt edici unsur; deneyimsizlikte gerçeği görememenin, düşüncesizlikte ise gerçeği görmek istememenin söz konusu olmasıdır⁵⁴. Düşüncesizlik durumunda, gabine maruz ka-

⁴⁵ Bkz. III 2.

⁴⁶ BGE 123 III, 292, 301; *Oser/Schönenberger*, İBK m. 21 (Art. 21 OR) N. 10; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 737; *Huguenin*, N. 446; *Gauch*, recht 1989, s. 96; *Schwenzer*, s. 214.

⁴⁷ Meselâ, ekonomik sıkıntı içinde olan bir kişiyi çok az ücretle çalıştırmak veya finansal sıkıntı sebebiyle taşınmazı çok düşük bir fiyata satmak gibi, *Esener*, s. 162 vd.

⁴⁸ BGE 123 III, 292, 301; *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 36; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 737.

⁴⁹ BGE 123 III, 292, 301.

⁵⁰ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 37.

⁵¹ *Beck OK/Wendtland*, § 138 BGB N. 51.

⁵² *Beck OK/Wendtland*, § 138 BGB N. 51.

⁵³ BGE 123 III, 292, 302; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 737.

⁵⁴ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 44.

lan tarafta dikkat ve tasavvur eksikliği mevcuttur⁵⁵. Düşüncesizlikten söz edebilmek için, aşırı yararlanmadan zarar gören tarafın bir karakter zayıflığının bulunması aranmaz. Zarar gören tarafın, sözleşmeyi zayıf bir anında, her ne sebepten olursa olsun sorumsuz, ölçüp biçmeden akdetmesi, düşüncesizliğin oluşumu için yeterlidir⁵⁶. Bu anlamda zarar gören tarafın genel kayıtsızlığı, genç ya da çok yaşlı olması, bir anlık ruh hali (tutkulu evlenme psikolojisi⁵⁷) vs., düşüncesizliğe sebebiyet verebilir⁵⁸.

Nihayet, daha önce belirttiğimiz üzere tacir, düşüncesiz olduğu iddiasıyla aşırı yararlanmaya başvuramaz⁵⁹.

c) Deneyimsizlik

Düşüncesizlik bir irade zayıflığı iken, deneyimsizlik bir bilgi zayıflığıdır⁶⁰. Diğer bir ifadeyle deneyimsizlikte, aşırı yararlanma sebebiyle zarar gören tarafta bilgi eksikliği mevcuttur⁶¹. Bilgi eksikliği ile kastedilen ise, ilgili sözleşmeyi akdetmek için gerekli olan bilginin somut olarak eksik olmasıdır⁶².

Önemle vurgulamak gerekir ki, deneyimsizlik için bilgi eksikliği yeterli olup kişinin genel olarak tecrübesiz bir kişi olması aranmaz⁶³. *Offinger*'in haklı olarak belirttiği üzere, iş dünyasında çoğu satıcılar kurnazca, etkileyici ve gaddarca yön-

⁵⁵ *Gauch*, recht 1989, s. 97; *Huguenin*, N. 448; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

⁵⁶ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 44; *Gauch*, recht 1989, s. 97; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

⁵⁷ 63 yaşındaki dul bir erkek, 43 yaşındaki dul bir kadının ağına düşer. Erkek, kadınla evlenmeyi kafasına koyar. Kadın da, erkeğin satış sözleşmesi yapması için, erkekteki tutkuyu daha fazla ateşlendirir. Neticede erkek, kadından, takriben 33.000 Frank değerindeki bir taşınmazı, 65.000 Frank'a satın alır, BGE 61 II 31, 35, 36.

⁵⁸ *Gauch*, recht 1989, s. 97 dn. 65.

⁵⁹ Bkz. III 2.

⁶⁰ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 625.

⁶¹ *Gauch*, recht 1989, s. 96; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

⁶² BGE 92 II 168, 175 vd.; *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 40; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737; İsviçre Federal Mahkemesi daha önceki kararlarında, meselâ BGE 41 II 571, 579'da, deneyimsizliği yapılan sözleşmeye ilişkin somut durumların ekonomik değerlendirilmesindeki bilgi eksikliği olarak değil, genel olarak böyle durumları değerlendirme yeteneksizliği olarak anlamakta idi. Yargıtay'ın bir kararına göre ise, 'Tecrübesizlik genel olarak, delikanlılık çağında olup hayata yeni atılmış bulunan ve henüz yeteri kadar görgü ve bilgi edinmek fırsatını elde edememiş olan kişilerin yararlanabilecekleri bir durumdur. Bunun dışında, yetişme tarzı, sosyal ve mesleki durumu itibarıyla yaptığı muamelenin mahiyet ve ehemmiyeti bakımından acemi sayılabilecek kimseler için pek istisnai şekilde tecrübesizlikten bahsedilmesi mümkün olabilir', YHGK, 30.9.1972, E. 229, K. 765 (*Kocayusufpaşaoğlu*, s. 487 dn. 24). Kararda yer alan, "pek istisnai şekilde" ibaresi, *Kocayusufpaşaoğlu*'nun (s. 487 dn. 24) haklı olarak belirttiği üzere, aşırı ölçüde bir sınırlama öngörmektedir.

⁶³ *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 737.

temler kullanmaktadır. Ayrıca piyasaya sürülen mal ve bir kısım hizmetler aşırı çeşitliliğe sahiptir. Bu nedenle dışarıdan birisi için söz konusu bu mal ve hizmetlerin değerinin tahminî çok zordur ya da hiç mümkün değildir. Bu bakımdan, bizler de bu sayısız mal ve hizmet piyasalarında birer acemi, yani TBK m. 28 anlamında deneyimsiz sayılırız⁶⁴. Modern ilim ve teknik alanındaki sürekli gelişmeler kişileri deneyimsiz kılmaktadır⁶⁵. Bu arada bir sözleşmeyi ilk defa yapıyor olmanın, deneyimsizliğin mevcudiyeti için yeterli bulunmadığını belirtmek gerekir⁶⁶.

Nihayet, tacir, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan (TTK m.18 f. 2), işletmesiyle ilgili hususlarda deneyimsiz olduğu iddiasıyla gabin kurumundan yararlanamaz⁶⁷.

d) TBK m. 28 f. 1'deki Üç Durumun Sınırlayıcı Nitelikte Olmaması

Bu çalışma kapsamında cevaplandırılması gereken kilit sorulardan biri de gabine uğrayanın içinde bulunduğu olağanüstü durumların TBK m. 28 f. 1'de sınırlayıcı olarak ele alınıp alınmadığıdır. TBK m. 28 f. 1'de subjektif şartın gerçekleşmesi için öngörülen üç durum (zor durumda kalma, düşüncesizlik ve deneyimsizlik) sınırlayıcı olarak gösterilmemiştir⁶⁸. Çünkü, TBK m. 28'in temel amacı, sözleşmede karar verme özgürlüğü zedelenen tarafı mümkün olduğunca iyi korumaktır. Başka zayıflık durumlarında da kişinin karar verme özgürlüğünün çiğneneceği her türlü şüpheden uzaktır. O hâlde gabin normunun bu koruma amacından hareketle TBK m. 28 f. 1'de sayılan üç durumun sınırlayıcı nitelikte olmadığı kabul edilmelidir. Bu yüzden TBK m. 28, hükümde sıralanan zayıflık durumlarına benzer hâller için de uygulanabilmelidir⁶⁹. “Alkol ve uyuşturucu bağımlılığı”⁷⁰, “psikolojik olarak satın almak zorunda kalma hissi”, “has-talık ve bitkinlik durumları”, “bir kimseye karşı minnet duygusu içinde olmak”

⁶⁴ *Oftinger*, s. 163; aynı görüşte *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 41.

⁶⁵ *Eren*, s. 421.

⁶⁶ *Gauch*, recht 1989, s. 97.

⁶⁷ Bkz. III 2.

⁶⁸ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 35; *Gauch*, recht 1989, s. 97; *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 738; *Huguenin*, N. 445; *Stocker*, s. 72 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 489 vd.; *Antalya*, s. 253; aksi görüş, *Oser/Schönenberger*, İBK m. 21 (Art. 21 OR) N. 13; *Kılıçoğlu*, s. 209; *Elbir*, Gabnin Unsurları, s. 197, 200; *Kalkan*, 133 vd.

⁶⁹ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 35.

⁷⁰ Alman Medeni Kanunu § 138 f. 2'de “önemli irade zayıflığı” durumundan söz edilmektedir. Birisinin bir hukuki işlemin zararlı sonuçlarını görmesine rağmen, psikolojik mukavemet yeteneğinin zayıflığından dolayı, söz konusu işlemi yapmaktan vazgeçmemesi, önemli irade zayıflığıdır ki, meselâ karar verme gücünü haleldar eden uyuşturucu, alkol ya da oyun bağımlılığı, önemli irade zayıflığı durumlarıdır, *MünchKomm/Armbriuster*, § 138 BGB N. 152. TBK m. 28'in yorumlanmasında, Alman Medeni Kanunu'nun bu formülünden de faydalanılabilir, *Bucher*, s. 232, dn. 19.

vs., diğer subjektif hâllere örnek olarak gösterilebilir⁷¹. TBK m. 28'in hükümde sayılanlar dışında kalan zayıflık hâllerini kapsayıcı biçimde kaleme alınmaması⁷², hükmün lâfzına bağlı kalmamız sonucunu doğurmamalıdır⁷³. Zira sadece lâfzî yorum metodundan hareket etmek, çoğu zaman haksız ve tarafların adalet duygularını zedeleyen sonuçlara neden olmaktadır. *Kocayusuflpaşaoğlu*'nun haklı olarak belirttiği üzere, bütün düzenleyici kurallar kaldırılarak, her şeyin insafsız rekabet kurallarına bırakıldığı çağımızda, istismar tehlikesinin çok yüksek düzeyde olması karşısında, hukuk düzenindeki mevcut koruyucu hükümlerin çağın gereklerine uygun biçimde yorumlanması gerekir⁷⁴. Buna karşılık ilgili taraf, bu bahsettiğimiz başka irade zayıflık durumlarından dolayı temyiz gücünden yoksun kalmışsa, gabin normuna başvurmaya gereksinim yoktur⁷⁵.

3. Sömürme Şartı

TBK m. 28 anlamında aşırı yararlanmadan söz edebilmek için gerekli üçüncü şart (sömüren açısından subjektif şart), sömürenin, edimler arasındaki açık oransızlığı sömürülenin zayıf durumundan bilerek yararlanmak suretiyle gerçekleştirmiş bulunmasıdır⁷⁶. Sömürenin, sömürülenin zayıflık durumunu (örneğin zor durumda kalma ya da deneyimsizlik) ve edimler arasındaki açık oransızlığı bilmesi gerekir⁷⁷. Sömürenin, sözleşme yapıldığı zamanda sömürülenin müzakere pozisyonu itibarıyla güçsüz durumda olduğunu bilmesi gerekmele beraber, bu durumun sömürülenin hangi zayıflık durumundan meselâ deneyimsizlikten mi, düşüncesizlikten mi ileri geldiğini tam ya da doğru olarak tasavvur etmesi gerekmez⁷⁸. Sömürenin, edim ile karşı edim arasındaki oransız-

⁷¹ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 45; *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 489.

⁷² İsviçre Federal Meclisi'ndeki görüşmeler esnasında *Theelin* İsviçre Borçlar Kanunu m. 21 f. 1'de yer alan üç durumun, meselâ sarhoşluğu kapsamadığı için, sınırlı olduğuna dikkat çekmesi sonucu, komisyon raportörleri *Huber* ve *Rossel*, bu üç durumdan sonra "ya da başka sebeplerden" ibaresiyle metnin tamamlanıp tamamlanamayacağını, kanunun redaksiyonu esnasında gözden geçireceklerine söz vermişlerdi, *Gauch*, recht 1989, s. 97 dn. 68.

⁷³ *Gauch*, recht 1989, s. 97 dn. 68.

⁷⁴ *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 489 vd.

⁷⁵ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 45; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 739; *Huguenin*, N. 445.

⁷⁶ *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 483. "Aşırı oransızlığın karşı tarafın özel durumundan yani müzayaka veya hiffeti ya da tecrübesizliğinden bilerek yararlanması sonucu doğması gerekir ki buna da subjektif şart denmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 5.2.1969 tarih, ve 66/1-263/90 sayılı kararında da açıkça belirtildiği gibi "Gabin vardır diyebilmek için, objektif şart ile birlikte subjektif şart teşkil eden müzayaka veya hiffet veyahut tecrübesizlik hallerinden birinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması, diğer bir deyimle karşı tarafın durumunun istismar etmesi lazımdır.", Yargıtay 19. HD., 21.2.2005, E. 2004/6115, K. 2005/1568 (www.kazanci.com) (9.6.2013).

⁷⁷ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 33; *Schwenzer*, s. 215; *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 490.

⁷⁸ *Gauch*, recht 1989, s. 98 dn. 76; *Kocayusuflpaşaoğlu*, s. 490 vd.

lık için kesin bir bilgi sahibi olması gerekli değildir, kârlı bir iş yaptığının bilincinde olması yeterlidir⁷⁹. Sömürenin, karşı tarafı mahvetmek kasdının mevcut olması da aranmaz⁸⁰. Sömüren tarafta, istismara yönelik bir ihtimalî kasdın bulunması hâlinde de, TBK m. 28 uygulanır⁸¹. Nihayet, TBK m. 28'in uygulanması için, sözleşmenin sömürülenin girişimiyle yapılmış olması da şart değildir⁸².

V. Aşırı Yararlanmanın Sonuçları

6098 Sayılı TBK m. 28 f. 1'de gabinin hukuki sonuçları düzenlenmekte olup, 818 Sayılı BK m. 21 f. 1'de yer almayan önemli bir değişiklik de öngörülmektedir. TBK m. 28 f. 1'e göre, aşırı yararlanmanın şartları gerçekleşmişse, 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. O halde ilk olarak, sömürülen, sözleşmeyi tümüyle iptal etme imkânına sahiptir (iptal hakkı). İkinci olarak, TBK m. 28 f. 1'de yer alan önemli değişiklik ise, sömürülenin sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilmesi imkânı söz konusudur (kısmî iptal hakkı).

1. İptal hakkı

TBK m. 28 f. 1'de zarar görenin sözleşme ile bağlı olmadığı ifade edilmektedir. İrade bozukluklarıyla ilgili hükümlerde de (TBK m. 30, 36, 37 f. 1), irade bozukluğuyla yapılan sözleşmenin, iradesi yanılma, aldatma veya korkutma ile bozulan kimseyi bağlamayacağı öngörülmektedir. İsviçre doktrininde söz konusu hukukî durum, aşırı yararlanma için de geçerli olmak üzere, 'tek taraflı bağlamazlık' olarak belirtilmektedir⁸³. Dolayısıyla tek taraflı bağlamazlık kurumu, aşırı yararlanma hükmü açısından da, aynı irade bozukluğu hükümlerinde olduğu gibi yorumlanmalıdır⁸⁴. Tek taraflı bağlamazlıktan ne anlaşılması gerektiği hususu ise tartışmalıdır⁸⁵. Üstün tutulması gereken görüş *iptal teorisidir*⁸⁶. O halde, sözleşme

⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Aslan, s. 98; Acabey, s. 111.

⁸⁰ Gauch, recht 1989, s. 98; Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Acabey, s. 111.

⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Acabey, s. 111.

⁸² BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 33; Gauch, recht 1989, s. 98; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 742; Kocayusufpaşaoğlu, s. 491; Ozanemre-Yayla, s. 204.

⁸³ Gauch/Schlupe/Schmid, Nr. 888 vd.

⁸⁴ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 47.

⁸⁵ Ayrıntılı olarak bkz. Gauch/Schlupe/Schmid, Nr. 888 vd.; Koller, § 14 N. 271 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 427 vd.; Eren, s. 409 vd.; Stocker, s. 129 vd.

⁸⁶ İptal teorisine göre, her iki taraf için geçerli olan sözleşme, iptal hakkı kullanılmadığı sürece geçerliliğini korur. Ancak, iradesi sakatlanan taraf, geçerli olarak kurulan sözleşmeyi iptal hakkını kullanarak geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracaktır, Eren, 410; Bucher, s. 210;

ile bağlı olmamak, aslında yaptırım olarak sözleşmeyi iptal etmek anlamına gelmektedir⁸⁷. Bu yüzden hâkim, iptali re'sen göz önünde tutamaz⁸⁸. Neticede, TBK m. 28 f. 1'e göre, sömürülen, isterse sözleşmeyi tümüyle iptal edebilir. Sömürülen taraf, gabine maruz kaldığını ileri sürmediği müddetçe, askıda geçerli bir sözleşme söz konusudur; ancak, sömürülen süresinde sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini açıklarsa, sözleşme başından itibaren (ex tunc) geçersiz hale gelir⁸⁹.

Aşırı yararlanmaya uğrayan tarafın iptal hakkı, hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır⁹⁰. İptal hakkını sadece gabine maruz kalan taraf kullanabilir⁹¹. İptal beyanı geçerliliği yönünden herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁹². Sömürülenin iptale yönelik tek taraflı irade beyanının, sömürülenin hâkimiyet alanına ulaşması gereklidir⁹³. Bu durum gerçekleşince, iptal beyanı istenilen sonucu kendiliğinden meydana getirmeye yeterlidir⁹⁴. Dolayısıyla, sömürülenin bu beyanı kabul etmesine hacet yoktur⁹⁵. Bu yüzden, iptal için dava açmaya ihtiyaç yoktur⁹⁶. Diğer yandan iptal hakkının kullanılması şarta bağlı tutula-

Koller, § 14 N. 274 vd.; *Schwenzer*, s. 242; *Huguenin*, N. 518; *Buz*, s. 86 dn. 100; *Stocker*, s. 132. Geçersizlik teorisine göre ise, başından itibaren her iki taraf için de geçersiz olan sözleşme, iradesi sakatlanan tarafın, sözleşmeyi onaması ile geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir, BGE 114 II 131, 143; *Gauch*, recht 1989, s. 99; *Gauch/Schluemp/Schmid*, N. 890; *Kocayusuşpaşaoğlu*, s. 432 vd. Bölünmüş geçersizlik teorisine göre ise, sözleşme başından itibaren iradesi sakatlanan taraf için geçersiz iken, diğer taraf için geçerlidir; iradesi sakatlanan taraf, sözleşmeyle bağlı olmadığını açıklarsa, diğer taraf da sözleşmeyi ifa yükümlülüğünden kurtulur ya da onama söz konusu olursa, iradesi sakatlanan da kendi edimini yerine getirmekle yükümlü olur, v. *Tuhr*, 302 vd., 307; *Oğuzman/Öz*, s. 125.

⁸⁷ *Eren*, s. 422.

⁸⁸ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 46, 47; *Bucher*, s. 234 dn. 27; *Eren*, s. 422; *Stocker*, s. 115; *Antalya*, s. 257. Geçersizlik teorisine göre de geçersizlik re'sen göz önünde tutulmaz, *Gauch*, recht 1989, s. 99 vd. Bu durum, bölünmüş geçersizlik teorisi için de geçerlidir, v. *Tuhr*, s. 313.

⁸⁹ *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 47; *Eren*, s. 410, 422; *Stocker*, s. 129 vd., 132. Geçersizlik görüşüne göre ise, sözleşme başından itibaren her iki taraf için de geçersizdir; gabine maruz kalan tarafın süresi içinde hiçbir şey yapmaması veya sözleşmeyi onaması, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak (ex tunc) geçerli duruma getirir, *Gauch*, recht 1989, s. 99 vd.; *aym yazar*, recht 1998, s. 57; *Kocayusuşpaşaoğlu*, s. 493. Bölünmüş geçersizlik teorisine göre ise, sözleşme, gabine uğrayan için geçersiz, ancak onama ya da sürenin geçirilmesiyle geçerli hale gelir, v. *Tuhr*, 313.

⁹⁰ *Eren*, s. 412, 422; *Huguenin*, N. 519; *Stocker*, s. 102; *Elbir*, s. 199; *Kılıçoğlu*, s. 213; *Antalya*, s. 257; *Aslan*, s. 114.

⁹¹ *Huguenin*, N. 519; *Stocker*, s. 116; *Antalya*, s. 257.

⁹² *Elbir*, s. 200; *Kılıçoğlu*, s. 213; *Aslan*, s. 113 vd.

⁹³ *Eren*, s. 412, 422.

⁹⁴ *Eren*, s. 414; *Stocker*, s. 103.

⁹⁵ *Stocker*, s. 103 dn. 379; *Buz*, s. 73; *Aslan*, s. 114.

⁹⁶ *Bucher*, s. 211; *Eren*, s. 414; *Kocayusuşpaşaoğlu*, s. 436; *Oğuzman/Öz*, s. 145; *Antalya*, s. 257.

maz⁹⁷. Bu hak kullanıldıktan sonra da geri dönülemez⁹⁸. Ayrıca, iptal hakkı kötüye kullanılmaz⁹⁹.

TBK m. 28 f. 2'ye göre, gabine maruz kalan, iptal 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 kullanabilir¹⁰⁰. *Eren*'in haklı olarak belirttiği üzere, irade bozukluğunda azami süre koymayan kanun koyucunun, hukuki nitelikleri aynı olmasına rağmen, gabinde beş yıllık bir azami süre öngörmek suretiyle içine düştüğü çelişkinin sebebi anlaşılammamaktadır¹⁰¹. Söz konusu bir yıllık ve beş yıllık süreler nitelikleri itibariyle hak düşürücü sürelerdir¹⁰². Bu sürelerin hak düşürücü süre olduğu TBK m. 28'in gerekçesinde de belirtilmektedir. Söz konusu sürelerin kullanılmaksızın geçirilmesiyle gabini ileri sürme hakkı kendiliğinden düşer¹⁰³. Bu yüzden, gabine maruz kalan taraf, TBK m. 28'de öngörülen süreler içinde, iptal hakkını ya da kısmî iptal hakkını kullanmadığı takdirde, bu durum tam ve kısmî iptal hakkından feragat anlamına gelir¹⁰⁴. Ancak bu süreler geçirilmeden de, sömürülen iptal hakkından feragat edebilir¹⁰⁵. Sömürülen iptal hakkından feragati, açık ya da örtülü olarak gerçekleştirilebilir¹⁰⁶. Sömürülen, gabini bilmesine rağmen, meselâ sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini yerine getirdiği veya karşı tarafın edimlerini kabul ettiği takdirde örtülü feragat söz konusu olur¹⁰⁷. İptal hakkından feragat, daha sonra sözleşmenin iptalini ileri sürmeye engel teşkil eder¹⁰⁸.

İptal hakkını kullanan sömürülen, borçlanmış olduğu edimi yerine getirmeyi reddedebilir¹⁰⁹. Sömürülen, borçlanmış olduğu edimini yerine getirmiş ise, bunu sömürenden geri isteyebilir (TBK m. 28 f. 1). Sömürülen, kabul etmezse,

⁹⁷ *Eren*, s. 412, 422.

⁹⁸ *Bucher*, s. 212; *Eren*, 412, 422.

⁹⁹ *Koller*, § 14 N. 291; *Eren*, 412, 422.

¹⁰⁰ 818 Sayılı BK m. 21'de öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, irade sakatlığı durumlarından farklı olarak sözleşmenin yapıldığı andan itibaren başlatılmakta idi, *Antalya*, s. 257. Sürenin sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren işletilmesi ise tenkit edilmekteydi, bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 146 dn. 358.

¹⁰¹ *Eren*, s. 423 dn. 26.

¹⁰² *Eren*, s. 423; *Kılıçoğlu*, s. 215; *Antalya*, s. 258; *Nomer*, s. 76; *Acabey*, s. 115; *Özkaya*, s. 36.

¹⁰³ *Eren*, s. 423; *Oğuzman/Öz*, s. 146.

¹⁰⁴ *Eren*, s. 423; *Nomer*, s. 76 vd.

¹⁰⁵ *Stocker*, s. 100 vd.; *Elbir*, s. 198.

¹⁰⁶ *Stocker*, s. 102.

¹⁰⁷ *Bucher*, s. 214; *Eren*, s. 416; *Stocker*, s. 102; *Schwenzer*, s. 246.

¹⁰⁸ *Eren*, s. 415.

¹⁰⁹ v. *Tuhr*, s. 313.

sömürülen aynen irade bozukluğunda olduğu gibi ya mülkiyet (istihkak) davası ya da sebepsiz zenginleşme davası ile ifa ettiği edimi talep edebilir¹¹⁰. Gabin, şüphesiz *culpa in contrahendo*nun bir görünüm biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹¹. Gabine maruz kalanın, isteyebileceği tazminat menfi zarardır¹¹².

2. Kısmî İptal Hakkı

İsviçre öğretisinde, gabinin söz konusu olduğu yüksek ya da düşük edimlerin, hâkim tarafından indirilebileceği ya da yükseltilebileceği tartışmasız kabul edilmektedir¹¹³. İsviçre Federal Mahkemesi de yüksek bir edimi, ortalama piyasa değerine indirgeyerek, aynı yönde bir karar vermiş bulunmaktadır¹¹⁴. Bir ilmî çalışma titizliği ve yöntemi ile kaleme alınan bu karar, bir yüksek mahkeme kararının nasıl dizayn edilmesi gerektiğine ilişkin de derslerle doludur¹¹⁵. Türk öğretisinde de, hâkim görüş, haklı olarak ivazlar arasındaki dengesizliğin düzeltilerek sözleşmenin ayakta kalmasının sağlanmasının mümkün olduğunu kabul etmekteydi¹¹⁶. Kanun koyucu da, TBK m. 28 f. 1’de, hâkim görüşüne uygun ola-

¹¹⁰ Eren, s. 423; Antalya, s. 257; Acabey, s. 113.

¹¹¹ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 61; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 748.

¹¹² BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 61; Eren, s. 423.

¹¹³ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 49; Gauch, recht 1989, s. 100; aynı yazar, recht 1998, s. 56 vd. ve s. 56 dn. 2’de zikredilen yazarlar; Gauch/Schluemp/Schmid, N. 754 vd.; Schwenger, s. 215. Ancak, aşırı oransızlığın giderilmesini talep hakkı tanıyan yazarların dayandıkları hukukî temeller farklılık göstermektedir, bunun için bkz. Gauch, recht 1998, s. 56 dn. 2; Buz, Gabin, s. 64 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 494 vd.

¹¹⁴ BGE 123 III 292 vd. Bu karara konu olan olaya göre, bir anonim ortaklık sahibi olduğu çim sahayı, 17.10.1974’de bir futbol kulübüne, futbol sahası olarak kullanması için, senelik 300 Frank karşılığında kiraya vermiştir. 1.6.1990 tarihinde, anonim ortaklık, 31.12.1992’den itibaren geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshetmiştir. Bunun üzerine futbol kulübünün tesis kurma amacının da rol oynadığı sözleşme görüşmeleri başlamıştır. Futbol kulübü, çim sahayı kullanmaya devam etmek için, yıllık 2000 Frank bedel ödemeyi teklif etmiştir. Buna karşılık, anonim ortaklığın 3000 Frank bedel talep etmesini, futbol kulübü 24.7.1991 tarihinde kabul etmiştir. Bunun üzerine, iki taraf, 17/22.1.1992 tarihinde, 1.1.1993 tarihinden itibaren başlayacak yeni bir sözleşme yapmış ve 1997 yılının sonuna kadar yıllık 3000 Frank’a anlaşmışlardır. 14.8.1992 tarihinde futbol kulübü, kanton mahkemesinde İBK m. 21’e dayanarak, kira bedelinin yıllık 800 Frank’a indirilmesi için dava açmıştır. Kanton mahkemesi, 25.1.1994 tarihli kararı ile futbol kulübünün talebini kabul etmiş ve kira bedelini senelik 800 Frank’a indirmiştir. Yüksek kanton mahkemesi de 28.6.1996 tarihli kararıyla, bu kararı onaylamıştır. Federal Mahkeme de kararı kısmen onamıştır. Bu karar hakkında bkz. Gauch, recht 1998, s. 55 vd.; Buz, Gabin, s. 60 vd.

¹¹⁵ Buz, Gabin, s. 53.

¹¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 496; Eren, s. 422; Kılıçoğlu, s. 214; Buz, Gabin, s. 65. Buna karşılık, YHGK, 13.12.2006, E. 2006/13-784, K. 2006/796, (www.kazanci.com) (4.6.2013) kararı şöyledir: “Somut olayda, davacı kiracı, davasını müzayaka iddiasına (gabin hukuksal nedenine) dayandırdığına göre, sadece ve ancak davalı ile arasındaki kira sözleşmesini feshetmek ve sözleşme nedeniyle davalıya verdiği geri istemek hakkına sahiptir. Oysa, davadaki istek, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin feshine değil, tam tersine, sözleşmenin ayakta tutulmasına, ancak kira bedelinin belirli bir miktara indirilmesine yöneliktir. Yukarıda açıklanan hukuki durum karşısında, böylesi bir davanın dinlenmesine olanak yoktur.”

rak, kısmî iptal hakkını sömürülene tanımış ve kanunî bir hüküm olarak eklemiştir¹¹⁷. Madde gerekçesinde de kanun koyucu bunu ifade etmiştir: “... Öğretide ileri sürülen görüşlere uygun olarak, aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu bir sözleşmede zarar görenin, her zaman sadece sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulması yerine, oransızlığın giderilmesini istemek suretiyle sözleşmeyle bağlılığını sürdürmesi olanağı da tanınmıştır.”

TBK m. 28 f. 1 uyarınca, zarar görenin, durumun özelliğine göre, sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilmesi mümkündür. Burada kısmi bir iptal hakkı söz konusu olmaktadır¹¹⁸. Kısmî iptal hakkı, yenilik doğuran bir dava hakkı değil, yenilik doğuran bir haktır¹¹⁹. Dolayısıyla, aşırı oransızlığın giderilmesi hâkimin kararı üzerine değil, sömürülenin bu yöndeki talebi üzerine gerçekleşir¹²⁰. Burada, yenilik doğuran hak sömürülene, doğrudan tek taraflı irade beyanıyla, araya hâkimin girmesine gerek kalmaksızın, sözleşme durumunu değiştirme gücü verir¹²¹. Ancak, sömüren, sömürülenin talep ettiği edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini kabul etmeyecek olursa, sömürülen mahkemeye başvurmalıdır¹²².

Sömürülenin, kısmî iptal beyanını inceleyen hâkim, gabinin şartları mevcutsa, sömürülenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi beyanının değerlendirilmesine geçecektir¹²³. Edim ile karşı edimin, sözleşmenin yapıldığı zamandaki objektif kıymetleri, aynı ya da karşılaştırılabilir edimlerin piyasa fiyatına göre değerlendirilir¹²⁴. Sömürülenin kısmî iptal hakkı, yenilik doğuran bir hak olduğu için, mahkemenin vereceği karar da, bir tespit kararı niteliğinde olacaktır¹²⁵. Kısmi iptal hakkı inkâmı sadece sömürülene tanınmaktadır¹²⁶. Bu yüzden, sözleşmenin tümünün iptalini isteyen sömürülenin, edimler arasındaki oransızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta kalmasını kabule zorlanmaması gerekir¹²⁷. Zira sömüren, böyle bir korumayı hak etmemektedir¹²⁸. Sömürenin

¹¹⁷ Eren, s. 422.

¹¹⁸ Eren, s. 422; Antalya, s. 258.

¹¹⁹ Gauch, recht 1998, s. 58; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 755; Stocker, s. 182; Buz, Gabin, s. 68.

¹²⁰ Buz, Gabin, s. 68.

¹²¹ Gauch, recht 1998, s. 58; Stocker, s. 182.

¹²² Antalya, s. 259.

¹²³ Antalya, s. 259.

¹²⁴ BGE 123 III 292, 303; ayrıntılı olarak bkz. IV 1.

¹²⁵ Gauch/Schlupe/Schmid, 755.

¹²⁶ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 51; Antalya, s. 258.

¹²⁷ Gauch, recht 1998, s. 60; Gauch/Schlupe/Schmid, N. 755; Schwenzer, s. 215.

¹²⁸ BernerKomm/Kramer, Art. 21 OR N. 51.

korunması, TBK m. 28 hükmünün koruma amacına aykırıdır¹²⁹. Bunun aksinin kabul edilmesi, sömürme ile mücadeleden ziyade, sömürünün teşvik edilmesi anlamına gelirdi; zira, sömüren, gerekli olursa her zaman için oransızlığın giderilmesine dayanabileceğini umarak gabinli bir sözleşme yapardı¹³⁰. Sömürülenin, kısmî iptal hakkını kullanması durumunda, sömürenin TBK m. 27 f. 2 c. 2'ye dayanarak, bu durumu bilseydi sözleşmeyi hiç yapmayacağını ileri sürerek, kısmî iptali tam iptale dönüştürmek imkânı söz konusu değildir, çünkü böyle bir durum TBK m. 28'in sömürüleni koruma amacına ters düşer¹³¹.

TBK m. 28 f. 2'ye göre, zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneysizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Söz konusu hak düşürücü süreler, sözleşmenin tümüyle iptalinde olduğu gibi, kısmî iptal hakkı için de geçerlidir¹³².

VI. Sonuç

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sonucu olarak, taraflar karşılıklı edimler arasındaki değer ilişkisini serbestçe belirleyebilmektedirler. Bu yüzden sadece karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Ancak, açık oransızlık bir tarafın diğer tarafın zayıf durumunu sömürmesine istinaden oluşuyorsa, gabin karşımıza çıkar. Dolayısıyla TBK m. 28, sömürülenin diğer tarafı ekonomik sömürmesiyle oluşan sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı sömürüleni korumayı amaçlamaktadır. Aşırı yararlanma normu sayesinde, sömürülene prensip olarak tüm karşılıklı sözleşmelerde korunma imkânı sağlanmaktadır. Hatta bu korumadan zor durumda kalan tacirler ve tüzel kişiler de yararlanabilir. Gabin normunun korumasından yararlanmak için, sözleşmede edim ile karşı edim arasında açık bir oransızlık, sömürülenin zayıf bir durum içinde olması ve sömürme şartlarının mevcut olması gerekir. Somut olayda her üç şartın birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi gerekir. Hâkim, açık bir oransızlık, yani herkesin gözüne çarpan bir oransızlık olup olmadığını serbestçe takdir eder. Sömürülenin içinde bulunduğu zayıflık durumları kanunda zor durumda kalma, deneysizlik ve düşüncesizlik olarak belirtilmiş olmakla beraber, benzer başka zayıflık durumları için de aşırı yararlanma hükmünün uygulanması mümkündür. Ayrıca, deneysizlik durumunun varlığı için, sömürülenin şahsında yapılacak sözleşme için gerekli bilgi eksikliği yeterli sayılma-

¹²⁹ *Schwenzer*, s. 215.

¹³⁰ *Gauch*, recht 1998, s. 60.

¹³¹ BGE 123 III 292, 300; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 496; *BernerKomm/Kramer*, Art. 21 OR N. 53; *Stocker*, s. 176.

¹³² *Nomer*, s. 76 vd.; *Acabey*, s. 115.

lıdır. Sömürülen, TBK m. 28'in şartları oluştuğu zaman, ister sözleşmeyi tümüyle iptal edebilir, isterse kısmî iptal hakkından faydalanabilir. Sözleşmenin tümüyle iptal edilmesi durumunda, askıda her iki taraf için geçerli olan sözleşme, başından itibaren (ex tunc) geçersiz hale gelir. Bu hakların kullanılması için bir ve beş yıllık hak düşürücü süreler öngörülmüştür. Bu süreler içinde iptal ya da kısmi iptal hakkı kullanılmazsa gabini ileri sürme hakkı düşer. İptal ve kısmî iptal haklarının her ikisi de sadece sömürülene tanınmaktadır. Her iki hak da yenilik doğuran haktır. Sömürülenin tek taraflı irade beyanının, sömürenin hâkimiyet alanına ulaşması gereklidir ve sonucun kendiliğinden doğması için yeterlidir. Bu yüzden, söz konusu hakların kullanılması için de dava açılmasına gerek yoktur. Sömürülenin sözleşmenin tümünü iptal etmek istemesi durumunda, sömürenin oransızlığın giderilmesini talep hakkı olmadığı gibi, sömürülenin kısmi iptal hakkını kullanması durumunda da, sömürenin kısmi iptali tam iptale dönüştürmek imkânı yoktur.

KAYNAKÇA

Acabey, M. Beşir: Aşırı Yararlanma (TBK m. 28), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Baskı, 2012, 107

Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul 2012

Arkan, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2005

Aslan, Çiğdem Mine: Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları (BK. m. 21), Ankara 2006

Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2013 (Beck-Online die Datenbank) (13.6.2013), (Beck OK/İşleyen)

Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998

Buz, Vedat: Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, Cilt XIX, Sayı 4 (1998), 51 (Buz, Gabin)

Elbir, Halid Kemal: Gabinin Müddeti ve Hükümleri, İÜHFİM, Cilt 17, Sayı 1-2 (1951), 196

Elbir, Halid Kemal: Gabinin Unsurları, İBD, Cilt XXV Sayı 4 (1951), 193 (Elbir, Gabin Unsurları)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012

Esener, Turhan: Borçlar Hukuku I, Ankara 1969

Gauch, Peter: Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989, 91

Gauch, Peter: Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markenter Entscheid zur Übervorteilung, BGE 123 III 292 ff., recht 1998, 55

Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I und II, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008 (Gauch/Schlupe/Schmid)

Huguenin, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008

Kalkan, Burcu: Türk Hukukunda Gabin, 1. Baskı, İstanbul 2004

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölün, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul 2010

Koller, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009

- Kramer*, Ernst A.: Berner Kommentar, Band VI/1/2/1a, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (BernerKomm/Kramer)
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 6. Auflage 2012 (Beck-Online die Datenbank) (13.6.2013) (MünchKomm/İşleyen)
- Nomer*, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2012
- Oftinger*, Karl: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978
- Oğuzman* M. Kemal/Öz M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2011
- Oser*, H./Schönenberger, W.: Çeviren Recai Seçkin, İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Borçlar Hukuku Birinci Kısım, Şerhin 2. Baskısının Tercümesi, Ankara 1947
- Ozanemre-Yayla*, Hatice Tolunay: Gabinin Şartları, Çankaya University Journal of Law, 7/2 (2011), 195
- Özkaya*, Eraslan: Aşırı Yararlanma (Gabin) Davaları, 2. Baskı, Ankara 2013
- Saymen*, Ferit H.: Gabinde İvazlar Arasındaki Nisbetsizlik, İÜHFM, Cilt 11, Sayı 3-4 (1945), 145
- Schwenzer*, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000
- Stocker*, Claudio: Wucher und Laesion, Begriff und Rechtsfolgen de Aequivalenzstörung im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2010
- Tekinay*, Selâhattin Sulhi//Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1988
- von Tuhr*, Andreas: Çeviren Cevat Edege, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt 1-2, 2. Baskı, Ankara 1983