

YEŞİLOVA, Ecehan: CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz7-1/PDF/yesilova10.pdf>.

YEŞİLOVA, Ecehan: Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahısların ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra: Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Yapılan Taşımalar-da Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul, 2008.

YILMAZ, Oğuz: CMR Hükümlerine Göre Müteakip Taşıma, İzmir, 2008.

AŞIRI YARARLANMA (GABİN) HALİNDE SÖMÜRÜLEN, KENDİSİNE TANINAN HAKLARDAN DİLEDİĞİNİ SEÇMEKTE TAMAMEN SERBEST MİDİR?



Prof. Dr. Haluk Nami NOMER*

I. Genel Olarak

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, aşırı yararlanmaya (gabin) ilişkin 28. maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenlemeye nazaran önemli değişiklikler içermektedir. Bunlardan birisi şudur: 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sömürülene sadece iptal hakkı tanınmışken, yeni düzenleme sömürülene bunun yanı sıra sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme hakkı tanımıştır. 28. maddenin birinci fıkrası şu şekildedir: *"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 olmadığı diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir."*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu sömürülene bu hakları tanıırken, sömürülenin "durumun özelliğine göre" bu haklardan birini kullanacağını belirtmiştir. Bu ibare tereddüt uyandırmaktadır. Acaba sömürülen bu iki seçimlik haktan birini tercih etmekte tamamen serbest midir, yoksa "durumun özelliği" bu haklardan birini kullanmasına engel olabilecek midir? Madde gerekçesinde bu ibareye hiç değinilmemektedir: *"... öğretilde 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."*

"Durumun özelliği" ibaresi, sübjektif bir değerlendirme ve tercihten ziyade objektif bir değerlendirmeye işaret eder. Maddenin lafzı objektif bir

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

değerlendirme sonucunda sömürülenin bu haklardan ancak birini kullanabileceğine işaret etmektedir.

Akla özellikle şu ihtimaller gelmektedir:

- (1) Hâkimin sömürülen tarafın talebini re'sen değerlendirmesi ve talep edilenden başka bir hakka yönelik hüküm kurması mümkün müdür? Mümkünse değerlendirmede başvurulması gereken kriter nedir?
- (2) Sömüren taraf edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine razı olduğunu belirterek sömürülenin iptal hakkını kullanmasına engel olabilir mi?
- (3) Sömürülen, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istediği halde, sömüren taraf edimler arasında denge olsaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu ileri sürerek, borç ilişkisinin tümüyle iptalini sağlayabilir mi?
- (4) Sömürülenin kullandığı hakkın culpa in contrahendo tazminatı talebi üzerindeki etkisi nedir?

Bu konuda bir yargıya varabilmek için öncelikle bu hakların hukuki nitelikleri ve sonuçları üzerinde durmak gerekir.

II. Sömürülene Tanınan Haklar

A) Hakların Hukuki Niteliği

İptal hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Bu hakkın kullanılmasının sonucu konusunda -önceki düzenlemeden beri devam eden- iki ayrı görüş bulunmaktadır¹:

(1) Aşırı yararlanma halinde sözleşme baştan bağlayıcı olup iptal hakkının kullanılmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak hükümsüz hale gelir (bozulabilir geçerlilik)²;

¹ Önceki dönemdeki tartışmalar için bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, § 39, n. 26; konu İsviçre hukukunda da tartışmalıdır: bkz. Claire **Huguenin** in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 21 N. 15; Peter **Gauch**, Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung. BGE 123 III 292 ff., recht 1998, 57.

² Kemal **Oğuzman** / M. Turgut **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2011, 146; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2014, 422;

(2) Sözleşme baştan beri hüküm doğurmaz. Fakat hak düşürücü süre içerisinde iptal edilmez veya onanırsa, sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelir (düzelebilir hükümsüzlük)³.

Bu konudaki görüş ayrılıklarını bir tarafa bırakırsak, sonuç itibarıyla iptal hakkının kullanılması üzerine sözleşme baştan itibaren, kesin olarak hükümsüz hale gelir ve ifa edilen edimlerin iadesi gerekir⁴.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun aşırı yararlanmaya ilişkin 21. maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi sömürülene sadece iptal hakkı tanınmıştır. Fakat buna rağmen sömürülenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebileceği kabul edilmektedir. Bunun hukuki konstrüksiyonu şudur: Kesin hükümsüzlük (butlan) bakımından kanunda kısmi hükümsüzlüğe yer verilmiştir: OR 20 II; TBK 27 II. Kısmi geçersizlik kısmi hükümsüzlükte kabul edilebilir. Yani sadece aşırı yararlanmaya yol açan hükmün iptali ile yetinilebilir. Buna ek olarak, nasıl ki kısmi kesin hükümsüzlük halinde doğan sözleşme boşluğunun tarafların farazi iradelerine göre doldurulabileceği kabul ediliyorsa (değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük veya sözleşme içeriğini değiştiren kısmi hükümsüzlük; modifizierte Teilnichtigkeit)⁵, burada da kısmi iptal + sözleşme boşluğunun doldurulması yoluyla edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi sonucuna varılabilir. İlk aşamada kısmi iptal yoluyla aşırı yararlanmaya yol açan hüküm iptal edilir, sonraki aşamada ise doğan boşluk, edimler arasında denge sağlayacak şekilde -veya oransızlığın açık olmayacak seviyeye indirilmesi suretiyle- doldurulur⁶.

Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, 255; Suat **Sarı**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, 1033.

³ Hüseyin **Hatemi** / Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, § 12 n. 51; Haluk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2013, 78, n. 70.

⁴ Sürekli borç ilişkilerinde iptal hakkının kullanılması halinde iptale kadarki dönem yönünden edimler arasındaki orantısızlık giderilir, bu andan ileriye etkili olarak sözleşme geçersiz hale gelir (bkz. *dn. 17*).

⁵ Kavram için bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, "Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük" kavramları ile ilgili düşünceler, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul 1996, 30 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu** (*dn. 1*), § 44, n. 12; Veysel **Başpınar**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, 152 vd.; Sanem **Aksoy Dursun**, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008, 175 vd.

⁶ BGE 123 III 292 vd.; Peter **Gauch**, Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989, 100; **Gauch** (*dn. 1*), recht 1998, 56-57; BSK OR-**Huguenin** (*dn. 2*), Art. 21 N. 2, 15; Ernst A. **Kramer**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationen-

O halde bizdeki yeni düzenleme ile getirilen iki hak temelde aynı niteliktedir: iptal hakkı. Birincisinde sözleşme ilişkisi tümüyle iptal edilmektedir, ikincisinde ise kısmi iptal ve doğan boşluğun giderilmesi söz konusudur⁷.

B) Her İki Hakkın Kullanılmasının Pratik Sonuçları Arasındaki Farklar

(1) İfa edilmiş edimlerin iadesi bakımından: İptal hakkı kullanıldığında, ifa amacıyla o güne kadar yapılmış olan kazandırmaların sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadesi gerekecektir (kazanma gerçekleşmemişse iade, istihkak talebi/tapu sicilinin düzeltilmesi ve zilyetliğin iadesi hükümlerine göre gerçekleşir)⁸. Sömürülenin kazandığı edimin aynen iadesi mümkün değilse, zenginleşme tutarı, edimin piyasa değerine göre belirlenir⁹. Yani sömürülen sözleşmeyi iptal etse dahi, kendisine yapılmış olan edimin piyasa değerini sömüren tarafa ödemek zorunda kalacak¹⁰, kendi ödediğini ise sömüren taraftan isteyecektir¹¹.

Sömürülen, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istediği takdirde de, sömüren tarafın ediminin piyasa değeri esas alınacaktır. Sömürülen bu değer üstünde yaptığı ödemenin iadesini sömüren taraftan isteyecektir. Yani bu açıdan ilk planda pratikte sonuç değişmeyecek, hangi hak kullanılırsa kullanılsın sömürülen kendisine yapılmış olan edimin piyasa değerini ödemek zorunda kalacaktır¹².

recht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 21 N. 48, 49.

⁷ TBK 28 I'deki açık oransızlığın giderilmesini isteme hakkının kısmi iptal hakkı olduğu hususunda bkz. **Eren** (dn. 2), 422; aynı şekilde, içerik değiştirici kısmi geçersizliğin söz konusu olduğu hususunda bkz. **Antalya**, (dn. 2), 256, 258.

⁸ BSK OR-Huguenin (dn. 1), Art. 21 N. 17; diğer bir görüşe göre OR 21/TBK 28 hükmündeki özel kurala dayanan eski hale iade talebidir: Eugen **Bucher**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, 235.

⁹ Peter **Gauch** / Walter R. **Schlupe** / Jörg **Schmid** / Susan **Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 1517a.

¹⁰ OR 66/TBK 81 hükmünün sömürülenin iade talebine engel olmadığı hususunda bkz. Enrico **Mazzola**, Verhaeltnis und Abgrenzung von Art. 20 und 21 OR, Basel 1970, 25; **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 60; Andreas **von Tuhr** / Hans **Peter**, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, § 40 II, 347.

¹¹ Zarar görenin -özellikle zor durumda- sakatlığı bilmesinin OR 63 I/TBK 78 I uyarınca iade talebine engel olmayacağı hususunda bkz. **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 60; BSK OR-Huguenin (dn. 1), Art. 21 N. 17; **Bucher** (dn. 8), 235, dn. 31.

¹² Vedat **Buz**, Gabin Halinde Edimler Arasında Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER 1998/4, 70.

Fakat sömürülenin iptal hakkını kullanması ihtimalinde iyi niyetli olmasına göre pratik bir fark doğabilir. Sömüren taraf iyi niyetli zenginleşen olduğunu, iade yükümlülüğünün bulunduğunu bilmediğini iddia edemez, baştaki zenginleşmeyi TBK 79 II uyarınca vermek zorundadır¹³. Buna karşılık sömürülen iyi niyetli zenginleşen olduğunu ileri sürerek TBK 79 I uyarınca zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmi iade etmekten kurtulabilir¹⁴.

(2) Tazminat bakımından: Kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, aşırı yararlanmaya maruz kalan ve bu sebeple sözleşmeyi iptal eden kimse, sömüren taraftan, sözleşme görüşmelerindeki kusuru (culpa in contrahendo) sebebiyle, sözleşmeye güvenden doğan zararının (kural olarak olumsuz zarar) tazminini isteyebilir¹⁵. Sömürülen, sözleşmeyi iptal etmeyecek edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istediğinde, sömüren taraftan yine culpa in contrahendo'ya dayanarak tazminat talebinde bulunabilir mi? Edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin aslında borç ilişkisinin kısmen iptali ve doğan boşluğun doldurulması olduğunu yukarıda belirtmiştik. Borç ilişkisinin bütünüyle iptalinde olduğu gibi kısmi iptalinde (edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi talep edildiğinde) de sömürülen culpa in contrahendo'ya dayanarak tazminat isteyebilir. Fakat her iki hakkın kullanılması ile istenebilecek olumsuz zararın miktarı farklı olabilir. Örneğin bir malı aşırı bir bedel karşılığında noter senedi ile satın alan bir kimse, sözleşmeyi aşırı yararlanma sebebiyle iptal ettiğinde, noter harcının tamamını olumsuz zarar olarak sömüründen talep edebileceksen, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istediğinde, ancak bedelin indirilen kısmına denk gelen noter harcını sömüründen isteyebilir¹⁶.

(3) Sürekli borç doğuran sözleşmeler bakımından: Sürekli borç ilişkisinin aşırı yararlanma sebebiyle iptali, ileriye etkili sonuç doğurur. Yani borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erer. Buna ilave olarak iptale kadarki dönem bakımından edimler arasındaki orantısızlık giderilir¹⁷. Edimler arasındaki

¹³ Sömürülen OR 64/TBK 79 I hükmüne dayanamayacağı hususunda bkz. BSK OR-Huguenin (dn. 1), Art. 21 N. 17; **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 59; **Bucher** (dn. 8), 235, dn. 31.

¹⁴ BSK OR-Huguenin (dn. 1), Art. 21 N. 17; **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 60.

¹⁵ **Kocayusufpaşaoğlu** (dn. 1), § 39 n. 31; **Eren** (dn. 2), 423; **Antalya**, (dn. 2), 260; **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 61; **Gauch** (dn. 6), recht 1989, 100; v. **Tuhr/Peter** (dn. 10), § 40 II, 347.

¹⁶ Kısmi butlanda olumsuz zararın hesaplanması bakımından aynı yönde: Mehmet Serkan **Ergüne**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, 317.

¹⁷ **Sarı** (dn. 2), 1037; hizmet akdi bakımından, **Gauch** (dn. 6), recht 1989, 100.

oransızlığın giderilmesi talep edildiğinde ise, borç ilişkisi ayakta kalır ve baştan itibaren edimler arasındaki orantısızlık giderilir.

III) Seçim Hakkının Sınırlandırılması ve Dürüstlük Kuralının Rolü

A) Hâkimin Talebi Re'sen Değerlendirmesi

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, aşırı yararlanmada sömürülene tanınan haklar seçimlik hak niteliğindedir. Sömürülen kural olarak bunlardan dilediğini seçmekte serbesttir. Somut olayda bu haklardan hangisinin kullanılabilirliği doğrudan hâkimin takdirine kalmış olan (onun belirleyeceği) bir husus da değildir. Dolayısıyla burada -usul kanununa göre kural olarak ileriye etkili olabilecek (HMK 108 III)- inşai bir dava söz konusu olmayıp sömürülenin dava dışı da, yöneltilmesi gereken tek taraflı hukuki işlemle kullanılabileceği -geçmişe etkili- yenilik doğuran haklar söz konusudur¹⁸.

Ancak hâkimin kullanılacak hakkı doğrudan belirleme yetkisi olmasa dahi, sömürülenin tercih ettiği hakkın durumun özelliğine uygun olup olmadığını değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Zira kanun koyucu, sömürülenin kendisine tanınan iki seçimlik haktan birini tercih ederken tamamen serbest olmadığını, "durumun özelliğine göre" bunlardan birini seçebileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla hâkim tercih edilen hakkın durumun özelliğine uygun olup olmadığı yolunda bir değerlendirme yapacaktır¹⁹. Burada hâkim değerlendirmeyi neye göre yapacaktır? Kanaatimce hâkim burada dürüstlük kuralından yararlanacaktır. TMK 2 I'e göre, herkes, haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Dolayısıyla sömürülen de tercih hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uymak (orta zekâlı, makul ve dürüst kişiler nasıl davranır idiyse, o şekilde davranmak) zorundadır. Keza sömürülen TMK 2 II uyarınca tercih hakkını açıkça kötüye kullanmamalıdır. Örneğin iptal hakkının kullanılması halinde, sömürülen, edindiğinin elinden çıkmış olan (örneğin bağışladığı) kısmını TBK 79 I uyarınca sömürene geri vermek

¹⁸ Hâkimin takdir yetkisi olmadığı ve vereceği kararın kurucu değil, bildirici nitelikte olduğu hususunda bkz. **Buz** (dn. 12), 68; zarar görenin, sözleşmenin değişen içerik ile ayakta tutulmasına dair hakkının yenilik doğuran hak olduğu, inşai dava hakkı olmadığı hususunda bkz. **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger** (dn. 9), N. 755; **Gauch** (dn. 1), recht 1998, 58; **Antalya**, (dn. 2), 259; ancak hâkimin talep edilen indirim veya artırım tutarının yerindeliğini, edimin piyasa fiyatını araştırmak suretiyle kontrol edeceği hususunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu** (dn. 1), § 39 n. 28.

¹⁹ **Oğuzman/Öz** (dn. 2), 145: "...aşırı yararlanmaya maruz kalanın seçtiği hakkın durumun özelliğine uymadığı yolundaki itirazı üzerine, hâkim diğer hakkın kullanılması gerektiğine karar verebilmelidir."

yükümlülüğünde değilken, sömüren TBK 79 II uyarınca edindiğinin tamamını geri vermekle yükümlüdür²⁰. Sömürülenin, sırf sömürenin bu hükümlere göre zarara uğramasını sağlamak gayesiyle hareket edip iptal hakkını kullanması, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Ancak böyle bir durumda sömürülenin iptal hakkını kullanmasını engellemek yerine, onun TBK 79 I hükmünden yararlanmasına da engel olunabilir. Bunun dışında, hâkimin yapacağı değerlendirme kapsamında TBK 27 II hükmünden kıyasen yararlanılıp yararlanılamayacağı konusu akla gelmektedir. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir²¹.

Hâkimin sömürülenin tercih ettiği hakkın durumun özelliğine uygun olmadığını tespit etmesi durumunda davanın akıbeti ne olacaktır? Bu noktada ikili bir ayırım yapmak gerekir: Eğer sömürülenin kullandığı hak, durumun özelliğine uyan diğer hakkın kullanılmasını da içeriyorsa, hâkim bu hak kullanılmış gibi davayı sonuçlandırır. Edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin kısmi iptal anlamına geldiğini belirtmiştik. Dolayısıyla iptal beyanının içerisinde edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi talebinin de bulunduğu (çoğun içinde azı da vardır) kabul edilebilir. Buna karşılık edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi talebinin durumun özelliğine uygun olmadığı sonucuna varan hâkim, sömürülenin iradesi hilafına, sözleşmeyi iptal edilmiş sayamaz²². Bu çözüm tarzı usul hukukunda geçerli olan taleple bağlılık ilkesine de (HMK 26) uygun düşer. HMK 26'ya göre, "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir." (f. 1); "Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır" (f. 2).

Oğuzman/Öz'e göre aşırı yararlanmaya maruz kalanın, karşı edimin arttırılması suretiyle edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istemesi halinde, sömüren tarafın fazla ödeme yapacak parası yoksa hâkim bu seçeneği geçersiz saymalıdır²³. Kanaatimce sömüren tarafa ait subjektif bir sebep tek başına sömürülenin tercih hakkına engel olmamalıdır. Verilen örnekte

²⁰ Bkz. yukarıda II, B, (1).

²¹ Bkz. aşağıda III, C.

²² Aksi yönde: **Antalya**, (dn. 2), 256: "Eğer davacının kullandığı seçim hakkındaki seçimi ve edimin uyarlanması söz konusu ise, uyarlanması istenen edimi ve o edimin şeklini veya kapsamını, hakim durumun gereği haklı görmüyorsa, hakim davacının kullandığı seçimi değiştirme, edimin uyarlamasında edimi değiştirme, edimin şekil ve kapsamını değiştirme hakkına sahiptir."

²³ **Oğuzman/Öz** (dn. 2), 146.

sömürülenin edimini pazarlayabileceği başka biri bulunmamaktaysa veya bulmak çok güç ise, onu sömürenin sübjektif durumu sebebiyle sözleşmeyi iptal etmeye zorlamak uygun bir çözüm tarzı değildir. Bununla beraber somut olayda sömürülenin tercihi, hakkın kötüye kullanılmasına yol açıyorsa, tercih hakkına engel olmalıdır. Örneğin aşırı yararlanmaya maruz kalan, kendi ediminin azaltılması yerine, karşı edimin arttırılmasını sırf sömüren tarafı zarara uğratmak gayesiyle istemişse, bu hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve hukuk düzeni bunu korumaz. Çünkü, sömürülen sadece tercih hakkını kullanırken değil, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini tercih ettiğinde de bunun nasıl olacağı (özellikle hangi tarafın ediminin azaltılacağı veya artırılacağı) konusunda da dürüstlük kuralına uygun talepte bulunmalıdır.

Oransızlığın giderilmesi veya iptal hakkının kullanılmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı durumlarda hâkimin nasıl hareket etmesi gerektiği ile ilgili görüşümüze uygun olarak; sömürülenin edimler arasındaki oransızlığın ne şekilde giderileceği hususunda bir talebi varsa (örn: kendi ediminin azaltılması veya sömürenin ediminin artırılması) ve bu talep durumun özelliğine uymuyorsa, yine hâkim taleple bağlılık ilkesine göre hareket edecek; HMK 111'e uygun terditli bir talep bulunmadıkça davayı reddedecektir.

B) TBK 34 II Hükmü Kıyasen Aşırı Yararlanmada Uygulanabilir Mi?

TBK 34'e göre "Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez" (f. 1); "Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır" (f. 2). Acaba benzer şekilde, sömürenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine razı olduğu durumlarda sömürülenin sözleşmeyi iptal etmesi dürüstlük kuralına aykırı görülebilir mi? Yani karşı tarafın oransızlığın giderilmesini kabul etmesi dürüstlük kuralına aykırılık bakımından tek başına yeterli midir? Dolayısıyla sömüren taraf, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine razı olduğunu belirterek sömürülenin iptal hakkını kullanmasına engel olabilir mi?

Özellikle sömürülen, sömürenin edimine muhtaç olduğu için bu sözleşmeyi yapmış ise ve sömüren edimini ifa etmiş ve artık bunun aynen iadesi imkânsız ise, sömüren taraf, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine razı olduğunu belirterek sömürülenin iptal hakkını kullanmasına engel olabilir mi? Örneğin karda gidebilen tek araca sahip olan kimse, bir kimsenin sağlık sebebiyle zor durumda olmasından yararlanarak aşırı yüksek bir bedel karşılığında onu hastaneye götürmüştür. Veya ihtiyacı olan ve zaten alacağı

bir malı zorda kaldığı için fahiş bedelle satın alan bir kimsenin, borç ilişkisini iptal edemeyeceği, ancak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebileceği söylenebilir mi?

Bu konuda normun amacından hareket etmek gerekir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, kanun koyucu edimler arasında oransızlık bulunması olgusunu, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tek başına bir geçersizlik sebebi olarak öngörmemiştir. TBK 28 hükmü, buna ek olarak taraflardan birinin bu işlemi zor durumda kaldığı veya düşüncesizce hareket ettiği için ya da deneyimsizliği yüzünden yapmış olmasını aramaktadır. Bu durumlar kişinin karar verme özgürlüğünü sınırlayan sübjektif hallerdir²⁴. Kanun koyucu bu sübjektif hallerin bulunmasını da geçersizlik için yeterli görmemiştir. Zor durumda bulunan veya düşüncesizce hareket eden ya da tecrübesi bulunmayan bir kimse, bu sübjektif hallerden birinin etkisiyle yapmış olduğu işlemi, bu durumu gerekçe göstererek iptal edemez. Kanun koyucu bütün bunlara ilave olarak, sömürülenin karar verme özgürlüğünü sınırlayan sübjektif halinden karşı tarafın yararlanmasını şart koşturmuştur. Dolayısıyla kanun koyucunun yaptırıma bağladığı, karşı tarafın ahlaka aykırı davranışlarıdır. Aşırı yararlanmaya ilişkin hüküm, aslında ahlaka aykırılığa ilişkin özel bir hüküm niteliğindedir. Nitekim Alman Medeni Kanunu ile Avusturya Medeni Kanunu'nda aşırı yararlanma ahlaka aykırı işlemin bir türü olarak düzenlenmiştir: BGB § 138 II; ABGB § 879 II 4.

Bununla birlikte, kanun koyucu ahlaka aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlük (butlan) olarak belirlemişken (TBK 27 I), aşırı yararlanmada, sömüren tarafın ahlaka aykırı davranışına kesin hükümsüzlük yaptırımını değil, iptal edilebilirlik yaptırımını bağlamıştır. Bunun sebebi sömürüleni koruma düşüncesidir. Zira sözleşmenin baştan itibaren kesin olarak hükümsüz olması sömürülen için olumsuz sonuçlar doğurabilir. Özellikle sömürülen, karşı tarafın edimine muhtaç ise, sözleşmenin baştan itibaren kesin olarak hükümsüz olması, beraberinde, muhtaç olduğu, belki de başka yerden temin etmesi imkânsız veya güç olan edimden yoksun kalmasını, ifa edilmişse iade etmesi zorunluluğunu getirir. Burada tercih hakkı, korunan tarafa, yani aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafa aittir. Buna karşılık sömü-

²⁴ **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 5; **Buz** (dn. 12), 60; dolayısıyla burada da iradenin oluşumunda bir sakatlığın söz konusu olduğu hususunda bkz. **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 46; hem içerik hem irade sakatlığının söz konusu olduğu hususunda BSK OR-Huguenin (dn. 1), Art. 21 N. 1; İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel kısmına ilişkin 2020 tasarımda (OR 2020) da, aşırı yararlanma 41. maddede irade sakatlığının bir türü olarak düzenlenmiştir (www.or2020.ch); farklı yönde: **Kocayusufpaşaoğlu** (dn. 1), § 39 n. 2 vd.

rülen, zaten karşı tarafın edimine muhtaç ise veya muhtaç olmasa dahi sömüren, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine razı ise, buna rağmen menfaatler durumuna göre, sömürülene gene iptal hakkı tanınması uygun mudur, sorusu sorulabilir. Konu tartışmalı olmakla beraber cevap şu olmalıdır: Burada yaptırıma bağlanan, edimler arasındaki oransızlık olsaydı, esasen maddede yaptırım olarak sadece edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme hakkı yer alırdı (örn: TBK 182 III, 525; TTK 1530 I). Burada yaptırıma bağlanan, sömürenin ahlâka aykırı davranışdır. Sömürülene bu sebeple sözleşmeyi iptal hakkı tanınmıştır. Sömürenin edimler arasındaki dengenin giderilmesine razı olması veya sömürülenin, sömürenin edimine muhtaç olmasının iptal hakkı üzerinde bir etkisi olamaz. Aksi takdirde yaptırım işlevsiz kalırdı: Karşısında zorda kalmış veya tecrübesiz veya düşüncesizce hareket eden bir kimseyi gören kimse, nasıl olsa en kötü ihtimalle edimler arasındaki oransızlık giderilir diyerek, karşı tarafın durumundan yararlanmaya teşvik edilmiş olurdu²⁵.

C) TBK 27 II Hükümü Kıyasen Aşırı Yararlanmada Uygulanabilir Mi?

Kısmi kesin hükümsüzlüğe ilişkin kurala göre, sözleşme hükümlerinden biri hükümsüz olsa dahi, tarafların farazi iradesine göre sözleşmenin tamamı hükümsüz olabilir (TBK 27 II): *"Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez."* (c. 1); *"Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."* (c. 2). Aşırı yararlanmada da bu kural kıyasen uygulanacak mıdır? Yani sömürülen edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesini talep ettiğinde, sömüren taraf, aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanacağını bilselerdi, bu sözleşmeyi hiç yapmayacak olduklarını ileri sürerek sözleşme ilişkisinin ancak tümüyle iptal edilebileceği yolunda savunma yapabilir mi? Veya tam tersine sömüren, aşırı

²⁵ Kocayusufpaşaoğlu (dn. 1), § 39 n. 29; Kramer (dn. 6), Art. 21 N. 51; Gauch (dn. 1), recht 1998, 60; aynı yazar (dn. 6), recht 1989, 100, dn. 95; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger (dn. 9), N. 755; Roland Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984, 102, İsviçre Federal Mahkemesi konuyu açık bırakmıştır: BGE 123 II 300; aksi yönde: Bucher (dn. 8), 235, 237; Oğuzman/Öz (dn. 2), 145; Eren (dn. 2), 422; Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, 466; Şener Akyol, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, 200-201; özellikle zor durumu nedeniyle sözleşmeyi yapan taraf sözleşme konusu edime hala ihtiyaç duyuyorsa, gabine uğrayan tarafa, aşırı oransızlığın giderilmesini talep etme hakkının tanınmasının, eBK 21 hükmünün amacına uygun olduğu görüşünde, Buz (dn. 12), 65, 68 vd.

rı yararlanma hükümlerinin uygulanacağını bilselerdi, sözleşmeyi edimler arasında denge sağlayacak şekilde yapacak olduklarını ileri sürerek, ancak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin istenebileceği yolunda savunma yapabilir mi?

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, kimi geçersizlik hallerinde, TBK 27 II, c. 2 hükmüne rağmen, geçersizliği öngören normun gayesinden hareketle, geçersiz hüküm olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşıldığı gerekçesiyle sözleşmenin tamamının geçersiz addedilemeyeceği kabul edilmektedir²⁶. TTK 1530 I'de de, aşırı yararlanma için öngörülen edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi yaptırımına benzer bir yaptırım (kısmi iptal + sözleşme boşluğunun doldurulması) söz konusudur²⁷: *"...sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır..."* Kanun koyucu burada TBK 27 II hükmünün uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir: *"Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz."*

Aşırı yararlanma bakımından da benzer bir durum mu söz konusudur? Bu konuda öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, TBK 27 II, c. 2 anlamında farazi iradelerin tespitinde üç görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre farazi iradeler sübjektif değerlendirme sonucunda tespit edilmeliyken, ikinci görüşe göre farazi iradeler objektif değerlendirme sonucunda tespit edilmelidir; iki aşamalı inceleme görüşüne göre ise ilk planda sübjektif değerlendirme yoluyla bir sonuca varılamazsa objektif değerlendirme yoluna gidilmelidir²⁸. Aşırı yararlanmada, sömüren tarafın ahlâka aykırı davranışı yaptırıma bağlanmıştır. Sömüren tarafa, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi talebine karşı, sübjektif değerlendirmeye göre "ben aşırı yararlanmasaydım sözleşmeyi yapmazdım" şeklinde bir itiraz hakkının tanınmasının ve böylece sömürülenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi talebine engel olunmasının hükmün amacıyla bağdaşmayacağı açıktır. Burada korunan taraf, sömürülendir. Sömürülen sömüren tarafın edimine muhtaç olabilir ve bu sebeple borç ilişkisinin tümüyle hükümsüz kalması yerine edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini tercih edebilir. Bir önceki bölümde de belirtildiği üzere kesin hükümsüzlük yerine iptal edilebilirlik yaptırımını öngören hükmün gayesi tercih hakkını sömürülene bırakmaktır. Dolayısıyla

²⁶ Oğuzman/Öz (dn. 2), 192.

²⁷ Başpınar (dn. 5), 168.

²⁸ Başpınar (dn. 5), 93 vd.

sömürülenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine ilişkin talebi, sömüren tarafın sözleşmeyi kurarkenki amacına, onu sözleşme yapmaya iten saiklere bağlı kılınamaz.

TBK 27 II, c. 2 açısından subjektif değerlendirme mümkün görülsede, TBK 28 açısından TBK 27 II, c. 2 hükmü ancak kıyasen uygulama alanı bulabilir. Dolayısıyla aşırı yararlanmada farazi iradelerin hiç dikkate alınmayacağı²⁹ değil, objektif değerlendirme yoluyla dikkate alınacağı görüşü kabul edilebilir³⁰. Objektif değerlendirme görüşünde dürüstlük kuralının bir uygulama hali söz konusudur³¹: Taraflar, orta zekâlı, makul ve dürüst kimseler olarak, sözleşmenin bir kısmının geçersiz olduğunu bilselerdi nasıl bir çözümü benimserlerdi sorusunun cevabı aranmaktadır³². Buna göre aşırı yararlanmada orta zekâda, makul ve dürüst kişiler, edimler arasındaki denge sağlansa idi, değişen içeriğe sahip böyle bir sözleşmeyi akdederler miydi, sorusuna cevap aranmalıdır. Cevap olumlu ise, gene objektif değerlendirmeye göre içerik değişimi, örneğin sömürülenin ediminin azalmasından veya sömürenin ediminin artmasından veya sadece bir sorumluluk veya sorumsuzluk kaydının düşmesinden ibaret olabilir³³. Eğer somut olayda taraflar edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi gerektiğini bilselerdi, bunu sömürülenin ediminin azaltılması suretiyle yaparlardı sonucuna varılıyorsa, sömürülenin, edimler arasındaki oransızlığın sömürenin ediminin arttırılması yoluyla giderilmesi istemi mahkemece kabul görmez veya tam aksine eğer somut olayda taraflar edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi gerektiğini bilselerdi, bunu sömürenin ediminin arttırılması suretiyle yaparlardı sonu-

²⁹ Aşırı yararlanmada farazi iradelerin dikkate alınmaması gerektiği görüşünde: **Kocayusuf-paşaoglu** (dn. 1), § 39 n. 29; **Buz** (dn. 12), 66, 71; BSK OR-Huguenin (dn. 1), Art. 21 N. 2, 16; **Kramer** (dn. 6), Art. 21 N. 53; **BGE** 123 III 300; İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel kısmına ilişkin 2020 tasarısının (OR 2020) 43. maddesinde, aldatma, kortutma ve aşırı yararlanmada, bunlardan birine maruz kalan tarafın sakatlık sadece sözleşmenin bir kısmına ilişkin olsa dahi, sözleşmenin tümünün geçersizliğini ileri sürebileceği hükme bağlanmıştır. Tasarı gerekçesinde genel olarak kısmi hükümsüzlükte sözleşmenin kısmen geçerli olarak varlığını devam ettirmesi tarafların subjektif açıdan ortak farazi iradesine bağlı olduğu, aşırı yararlanmada ise bunun sadece aldatılanın, korkutulanın veya aşırı yararlanmaya maruz kalanın iradesine bağlandığı belirtilmiştir (Clair Huguenin, Art. 34 N. 14, www.or2020.ch.);

³⁰ Objektif değerlendirmeye göre tarafların farazi iradelerinin dikkate alınacağı görüşünde, **Gauch** (dn. 6), recht 1989, 100 ve dn. 96; **aynı yazar** (dn. 1), recht 1998, 58; **Alfred Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009, § 14 N. 259.

³¹ **Gauch** (dn. 1), recht 1998, 58.

³² **Başpınar** (dn. 5), 96.

³³ **Gauch** (dn. 1), recht 1998, 58.

cuna varılıyorsa, sömürülenin, edimler arasındaki oransızlığın sömürülenin ediminin azaltılması yoluyla giderilmesi istemi mahkemece kabul görmez.

SONUÇ

TBK 28'de sömürülen kimseye tanınan haklar seçimlik hak niteliğindedir. Sömürülen bunlardan dilediğini seçmekte kural olarak serbesttir. Tercih hakkı münhasıran sömürülene aittir: Sömüren taraf edimler arasındaki oransızlığın giderilmesine razı olduğunu belirterek sömürülenin iptal hakkını kullanmasına engel olamaz. Aynı şekilde sömüren taraf, sömürülen edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istediği takdirde, subjektif değerlendirmeye göre edimler arasında denge olsaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmenin ancak tümüyle iptal edilebileceği yolunda bir savunma yapamaz. Normun koruma amacı bunu gerektirir. Sömürülen seçimlik haklardan dilediğini serbestçe seçebilirse de, her hak gibi bunun sınırını dürüstlük kuralı çizer. Hâkim dürüstlük kuralından hareketle seçilen hakkın "durumun özelliğine" uygun olup olmadığını tayin edecektir. Bu noktada TBK 27 II hükmünden kıyasen yararlanılabilir. Ancak buradaki değerlendirme objektif olmalıdır: Orta zekâda, makul ve dürüst kişiler, edimler arasındaki denge sağlansa idi, değişen içeriğe sahip böyle bir sözleşmeyi akdederler miydi, sorusuna cevap aranmalıdır. Hem tercih edilen hakkın hem de edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinde değiştirilmesi istenen edimin durumun özelliğine uygun olup olmadığı bu şekilde belirlenmelidir.