

AŞIRI YARARLANMANIN ŞARTLARI VE AŞIRI YARARLANMAYA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Dr. Gediz KOCABAŞ*

Özet: Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince edim ve karşı edim dengesi- nin taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirlenmesi gerekir. Taraflar, kendi iradeleri doğrultusunda edimler arasında bir denge oluşturabilecekleri gibi böyle bir denge olmaksızın da sözleşmeyi kurabilirler. Buna karşılık, taraflardan biri diğer tarafın zayıf durumundan yararlanarak onu sömürmek amacıyla harekete geçtiğinde sözleşme özgürlüğünün sınırlanması mümkündür. Sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamalardan biri de “aşırı yararlanma” kenar başlığı altında TBK m.28’de düzenlenmiştir. Buna göre; taraflardan biri, diğer tarafın zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanarak karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık meydana getirdiğinde, zarar gören, bütünsel iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili biçimde hükümsüz kılabilceği gibi kısmi iptal hakkını kullanarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de sağlayabilir. Ayrıca, iptal hakkının kullanılıp kullanılmadığından bağımsız olarak, aşırı yararlanma sonucunda meydana gelen zararın tazmininin culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde istenmesi de mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Aşırı yararlanma, sözleşme özgürlüğünün sınırlanması, edimler arasındaki açık oransızlık, zor durumda kalma, düşüncesizlik, deneyimsizlik, sömürme kastı, iptal hakkı, hak düşürücü süre, zararın tazmini.

Abstract: According to the principle of freedom of contract, the balance between promises are determined by the parties freely. On the other hand, limitation of the such principle is possible when a party aims to exploit the other’s weak bargaining position. One of the limits of the freedom of contract is arranged in TBK Art.28 under the heading of “unfair advantage”. Legally, where there is a clear discrepancy between performance and consideration

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

under a contract concluded as a result of one party's exploitation of the other's straitened circumstances, thoughtlessness or inexperience, the injured party may avoid the contract retroactively. Instead of total avoidance the injured party may also exercise the right of partial avoidance to correct the discrepancy. Furthermore, whether the right of avoidance is exercised or not the compensation claim is reserved in the context of culpa in contrahendo.

Key Words: Unfair advantage, limitation of freedom of contract, clear discrepancy between performance and consideration, straitened circumstances, thoughtlessness, inexperience, exploitation, right of avoidance, prescription period, compensation for damage.

I. Genel Olarak

818 sayılı BK m.21'de "Gabin" kenar başlığı altında yer verilen düzenleme, 6098 sayılı TBK'da da genel olarak korunmakla birlikte uygulama ve öğretideki görüşler doğrultusunda önemli değişikliklere uğramıştır. OR Art.21'de kullanılan "Übervorteilung" ve BGB §138'de kullanılan "Wucher" ifadelerinin karşılığı olarak TBK m.28'de kullanılan "Aşırı yararlanma" kenar başlığı altında, ifadeye ilişkin olarak dilde yapılan arılaştırma yanında esasa ilişkin getirilen değişiklikler ile Türk hukukunda yoğun bir uygulamaya sahip gabin kurumu yeniden düzenlenmiştir.

Aşırı yararlanma; taraflardan birinin, diğer tarafın içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanarak onu sömürmek amacıyla edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık meydana getirmesi durumunda, söz konusu sömürüyü engellemek için kanunda yer verilmiş bir kurumdur¹. Kural olarak, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulmasına karşılık eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile çok taraflı sözleşmeler bakımından da uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilir².

¹ **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013, s.251; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.417; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, N.451; **Hartmann**, Stephan: Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Fribourg 2001, N.222; **Kramer**, Ernst/**Probst**, Thomas: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003, s.147. Benzer yönde bkz. **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schnyder**, Anton/**Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, §7 N.48 (**Guhl/Koller**).

² **Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Nobel**, Peter/**Schwander**, Ivo/**Wolf**, Stephan: OR Kommentar-Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 2009, Art.21, N.1 (**Dasser**, Felix); **Gauch**, Peter:

II. Aşırı Yararlanma

A. Niteliği

İsviçre hukukunda baskın görüş OR Art.21'in sözleşme özgürlüğüne yönelik bir sınırlama oluşturduğu yönündedir³. Buna göre, borçlar hukuku alanını karakterize eden temel ilke olan sözleşme özgürlüğü ilkesi⁴ gereğince edim ve karşı edim dengesinin taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirlenmesi gerekir. Taraflar, kendi iradeleri doğrultusunda edimler arasında bir denge oluşturabilecekleri gibi böyle bir denge olmaksızın da sözleşmeyi kurabilirler⁵. Ancak, taraflardan biri diğer tarafın zayıf durumundan yararlanarak onu sömürmek amacıyla edimler arasındaki dengenin aşırı oranda bozulmasına sebep olursa sömürüye uğrayan tarafın korunması için sözleşme özgürlüğünün sınırlanması mümkündür⁶. Sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların bir bölümü soyut nitelik taşımakla birlikte diğer bir bölümü de somut olayın koşulları doğrultusunda gerçekleşen yaşam ilişkilerine dayanır⁷. Özellikle, müzakere gücü yüksek tarafın dayatmaları nedeniyle taraflar arasındaki eşitliğin bozulması olasılığı oldukça yüksek olduğundan dayatılmış sözleşme içeriğine karşı zayıf tarafın korunmaya muhtaç olduğu tartış-

“Die Übervorteilung-Bemerkungen zu Art. 21 OR”, recht 3/1989, s.94; **Huguenin**, OR, N.453; **Antalya**, s.251; BGer 4A_479/2010 (**Huguenin**, OR, N.453, Fn.2. Tek taraflı sözleşmeler bakımından ise aşırı yararlanmanın uygulama alanına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Karş. **Kramer**, Ernst: Berner Kommentar, Bd. IV/1/2/1a, Art.19-22 OR, Bern 1991, Art.21, N.11.

³ **Gauch**, Übervorteilung, s. 92; **Guhl/Koller**, § 7 N. 48; **Gauch**, Peter/**Rey**, Heinz/**Schluemp**, Walter R./**Schmid**, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht-Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 2003, N.623,747; **Schumacher**, Rainer: Vertragsgestaltung, Zürich 2004, N.231 vd.; **von Tuhr**, Andreas/**Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1984, s.343; BGer 4C.238/2004 (**Gauch**, Peter/**Aeppli**, Viktor/**Stöckli**, Hubert: Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 2009, Art.21, N.2 (**Aeppli**, Sebastian). Aşırı yararlanmanın, sözleşme özgürlüğü sınırlaması ve irade bozukluklarının bileşimini oluşturduğu, kanun koyucunun aşırı yararlanmayı sözleşme özgürlüğünün bir sınırlaması olarak tasarlamasına rağmen onu irade bozuklukları bakımından bir geçiş yeri olarak düzenlediği yönünde **Huguenin**, OR, N.452.

⁴ Özellikle bkz. BGE 129 III 281; BGE 129 III 42.

⁵ **Guhl/Koller**, § 7, N.48; **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1988, s. 228; BGE 115 II 232. Ayrıca bkz. **Eren**, s.417; **Tekinay**, S.Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.458; Yarg. 14.HD 13.07.2010 E.2010/5426, K.2010/8203 (Legalbank).

⁶ Sözleşme özgürlüğü ilkesinin (geniş anlamda irade özerkliği ilkesinin), İsviçre hukukunun temel yapı taşı oluşturmasına rağmen yoğun biçimde sınırlamaya tabi tutulduğu yönünde **Schumacher**, N.231; **Gauch/Rey/ Schluemp/Schmid**, N.619; OR-Komm/**Dasser**, Art.19, N.1,3. Ayrıca karşı. BGE 109 II 213.

⁷ **Merz**, Hans: Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg 1992, N.92.

masız kabul edilir. Bu doğrultuda, kanun koyucu bir taraftan sözleşme özgürlüğüne yönelik soyut sınırlamalar getirirken, diğer taraftan da somut olayın koşullarına göre biçimlenen sözleşme adaletini sağlayacak sınırlamalar öngörmüştür⁸. Aşırı yararlanma da, sözleşme adaletini sağlamak amacıyla getirilmiş sınırlamaların tipik örneğini oluşturmaktadır⁹.

Belirtmek gerekir ki, aşırı yararlanmayı sözleşme özgürlüğünün sınırlanması olarak kabul eden görüş dahi aşırı yararlanma ile irade bozuklukları arasındaki bağlantıyı gözden uzak tutmaz. Söz konusu bağlantı, özellikle aşırı yararlanma ve irade bozukluklarına bağlanan hukuki sonuçlar bakımından açıkça ortaya çıkar¹⁰. Bu çok yönlü bağlantı nedeniyle, aşırı yararlanma, sözleşme özgürlüğünün genel sınırlamasını oluşturan OR Art.19 ile irade bozuklukları (OR Art. 23 vd.) bakımından bir kesişme noktası olarak nitelendirilir¹¹.

Alman hukukunda ise aşırı yararlanma ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olarak BGB §138/2’de düzenlenmiştir. BGB §138, katlanılmaz derecede ağır yükümlülük getiren, bu nedenle genel ahlak kurallarına aykırılık oluşturan hukuki işlemlerin geçerli sonuçlar doğurmasını engellemeyi amaçlar¹². Bu doğrultuda, BGB §138/1’de ahlaka aykırı hukuki işlemleri kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlayan kanun koyucu, §138/2’de yer verdiği aşırı yararlanma kurumu bakımından da aynı yaptırımı öngörmüştür¹³. BGB §138’e yüklenen bu işlev dikkate alındığında, aşırı yararlanma da sözleşme özgürlüğüne yönelik bir sınırlama olarak nitelenir¹⁴.

⁸ Sözleşmeler hukuku alanının giderek somutlaştığı, bu doğrultuda şekli sözleşme özgürlüğü kavramı karşısında somut sözleşme adaleti kavramının ağır bastığı yönünde BGE 123 III 292. Karş. **Bucher**, 228.

⁹ **Gauch/Rey/Schluep/Schmid**, N.623; **Bucher**, s.228.

¹⁰ **Huguenin**, OR, N.452; **Gauch/Rey/Schluep/Schmid**, N.745.

¹¹ Bkz. **Kramer/Probst**, s.147; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.5; **Huguenin**, OR, N.452; **Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008, Kap.5, N.127; **Furrer**, Andreas/**Schnyder**, Anton K.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht -Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen- Art.1-183 OR, Zürich 2012, Art.21, N.1 (**Kut**, Ahmet).

¹² **Armbrüster**, Christian: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, §1-240, München 2012, §138, Rn.1.

¹³ BGH IV ZR 35/93 (NJW 1994, s.1475); LG Trier 1S 210/71 (NJW 1974, s.151).

¹⁴ MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.1; **Sack**, Rolf/**Fischinger**, Philipp S.: J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Staudinger BGB- Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 134 -163, Berlin 2011, §138, Rn.1 vd.; Rn.199 vd.; **Jauernig**, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2011, §138, Rn.1 vd. (**Jauernig**); **Schulze**, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden 2012, §138, Rn.1 (**Dörner**, Heinrich).

Türk hukukunda, 818 sayılı BK kapsamında aşırı yararlanmanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar 6098 sayılı TBK kapsamında da güncelliğini korumakla birlikte aşırı yararlanmanın sözleşme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama oluşturduğu görüşü hakimdir¹⁵. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasında da aşırı yararlanma sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olarak nitelenir¹⁶.

Aşırı yararlanma, sözleşme özgürlüğüne yönelik bir sınırlama olarak nitelenmesine rağmen irade bozuklukları ile yakın ilişki içindedir. Aynı olayda, hem aşırı yararlanmaya hem de özellikle saikte yanılma (TBK m.32) ile aldatmaya (TBK m.36) ilişkin şartların birlikte gerçekleşmesi mümkündür. Böyle durumlarda, aşırı yararlanmaya dayalı istemler ile koşulları gerçekleştiği ölçüde irade bozukluklarına dayalı istemler birbiri ile yarışır¹⁷.

B. Şartları

Aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi biri objektif unsur, diğer ikisi ise subjektif unsur başlığı altında toplanan üç unsurun bir arada bulunmasına bağlıdır¹⁸. Edimler arasındaki açık oransızlık objektif unsuru oluştururken; zarar görenin zayıf durumu ile diğer tarafın bu zayıf durumdan yararlanarak sömürme amacıyla harekete geçmesi ise subjektif unsur kapsamında değerlendirilir. Söz konusu unsurlar alternatif olmayıp kümülatiftir. Unsurlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda aşırı yararlanmadan söz edilemez.

¹⁵ **Antalya**, s.251; **Acabey**, Beşir: "Aşırı Yararlanma (TBK.m.28)", Prof. Dr. Cevdet YA-VUZ'a Armağan, 2011, s.111. Aşırı yararlanmanın, irade bozukluğu halleri arasında yer almadığı yönünde **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s.98. Eski kanun döneminde "sözleşme özgürlüğü sınırlaması" görüşü için bkz. **Esener**, Turhan: Borçlar Hukuku I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, s.161; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, İstanbul 2014, § 39, N.2 (**Kocayusufpaşaoğlu**); **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Cilt I Genel Hükümler, İstanbul 1976, s.380; **Özkaya**, Eraslan: Gabin Davaları, Ankara 1999, s.18, özellikle dn.10'da belirtilen yazarlar.

¹⁶ Yarg. HGK 23.06.2004 E.2004/19-346, K.2004/374; Yarg. 14.HD 13.07.2010 E.2010/5426, K.2010/8203; Yarg. 19.HD 20.06.2005 E.2005/2795, K.2005/6854; Yarg. 19.HD 24.01.2005 E.2004/12551, K.2005/157; Yarg. 19.HD 11.11.2004 E.2004/2025, K.2004/11261 (Legalbank).

¹⁷ **Antalya**, s.251; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N.2; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.46; **Huguenin**, OR, N.599.

¹⁸ **Gauch/Rey/Schlupe/Schmid**, N.732; **Gauch**, Übervorteilung, s.94; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.129; **Antalya**, s.253; **Eren**, s.418; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N.4; BGer 4A_21/2009 (ZBGR 91/2010, s.109); Yarg. 1.HD 23.03.2010 E. 2009/12567, K.2010/3259; Yarg. 1.HD 26.06.2006 E.2003/7026, K.2003/7698; Yarg. 1.HD 21.02.2000 E.2000/ 1314, K.2000/1739 (Legalbank). Alman hukuku bakımından aynı yönde BGH III ZR 92/79 (NJW 1981, s.1206). Karş. **von Tuhr/Peter**, s.344. Objektif ve subjektif unsurlar bakımından farklı bir nitelendirme için bkz. **Boemke**, Burkhard/**Ulrici**, Bernhard: BGB Allgemeiner Teil, Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn.56.

Alman hukukunda, aşırı yararlanmanın şartlarından birinin gerçekleşmesi durumunda BGB §138/1 gereğince ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması mümkündür¹⁹. Özellikle, edimler arasında açık oransızlığın gerçekleşmesine rağmen subjektif unsurların gerçekleşmemesi durumunda BGB §138/2 yerine, aşırı yararlanma benzeri işlem kavramı kapsamında BGB §138/1 uygulanabilir²⁰. Bu görüş, aşırı yararlanmanın, ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olarak tasarlanması ve ahlaka aykırılık ile aşırı yararlanmanın aynı yaptırıma bağlanmasının doğal sonucunu yansıtır. Aşırı yararlanma ile ahlaka aykırılığın farklı yaptırımlara bağlandığı hukuk sistemlerinde ise konu tartışmaya açık kabul edilir. Benimsediğimiz görüş doğrultusunda edimler arasındaki açık oransızlık tek başına ahlaka aykırılık yaptırımının uygulanması için yeterli olmaz. Açık oransızlığın yoğun olarak gerçekleştiği durumlarda dahi uyumsuzluğun TBK m.28 (OR Art.21) kapsamında diğer unsurlar ile birlikte değerlendirilip sonuçlandırılması gerekir²¹.

Bununla birlikte, unsurlar arasında denkleştirme yapılabileceğini savunan bir görüş, somut olay bakımından unsurlardan birinin gerçekleşip gerçekleşmediği yönündeki belirsizliğin diğer unsorda gerçekleşen yoğunluk sayesinde giderilebileceğini de kabul eder²². Buna göre, örneğin objektif unsurun gerçekleşip gerçekleşmediği yönündeki tereddütler subjektif un-

¹⁹ MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.143. Uygulamada, özellikle edimler arasındaki açık oransızlıktan hareket edilerek aşırı yararlanma benzeri işlem başlığı altında BGB §138/1'e başvurulduğu yönünde **Horn**, Norbert: "Der Wuchereinwand bei gewerblichen Darlehen und im internationalen Finanzmarkt", BKR 2006, s.2. Ayrıca bkz. BGH XI ZR 319/89 (NJW 1991, s.1810). Buna karşılık, BGB §138/2'nin şartlarının gerçekleşmesi durumunda BGB §138/1 gereğince ahlaka aykırılığın da gerçekleşeceği, böyle bir durumda söz konusu düzenlemelerden birinin diğerine karşı uygulama önceliğine sahip olmadığı yönünde **Blank**, Hubert/**Börstinghaus**, P.Ulf: *Miete-Das gesamte BGB-Mietrecht Kommentar*, München 2008, BGB § 535, Rn.585.

²⁰ MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.142; **Gassner**, Otto: "Sittenwidrigkeit eines Ratenkreditvertrages durch Verstoß gegen die ZPO?", NJW 1988, s.1131. Karş. **Boemke/Ulrici**, §11, Rn.61.

²¹ BGE 115 II 232; BGE 129 III 209; BGER 4A_18/2011 (**Reetz**, Peter/**Zimmerli**, Christoph: *Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht - Entwicklungen 2011*, Bern 2012, s.33); BGER 4A_21/2009 (**Huguenin**, OR, N.421, Fn.134); BGER 4A_504/2008 (**Huguenin**, OR, N.421, Fn.134); BGER 6P.5/2006 (CHK-OR/**Kut**, Art.19-20, N.27); BGER 6S.8/2006; BGER 4C.81/2004 (CHK-OR/**Kut**, Art.19-20, N.27); BGER 4C.214/2003 (CHK-OR/**Kut**, Art.19-20, N.27); BGER 5C.91/2000 (SJZ 2000, s.421). Aksi yönde açık oransızlığın ahlaka aykırılık kapsamında değerlendirilmesi için bkz. BGE 93 II 189; KGER ZG 02.07.2009 (GVP 2009, s.247). Tartışmalar için ayrıca bkz. **Huguenin**, OR, N.421-422; OR-Komm/**Dasser**, Art.19, N.11; **Antalya**, s.252.

²² BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.26; OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.2; **Huguenin**, OR, N.455; **Bucher**, s.234; CHK-OR/**Kut**, Art.21, N.6.

surdaki yoğunluk dikkate alınarak ortadan kaldırılabilir. Böylece, objektif ya da subjektif unsurların birinde söz konusu olan eksiklik diğerindeki yoğunluktan yararlanılarak giderilmiş olur. Objektif unsurdaki eksikliğin subjektif unsurdaki yoğunluk sayesinde giderilmesi mümkün olduğu gibi bunun tersinin gerçekleşmesi yani subjektif unsurdaki eksikliğin objektif unsurdaki yoğunluk sayesinde giderilmesi de mümkündür. Kanaatimizce, bu görüş aşırı yararlanmanın unsurlarını değerlendirme bakımından hâkime tanınan geniş takdir yetkisinin başka bir açıdan ifadesini oluşturur ve takdir yetkisinin kullanılmasında hâkime yol gösterici bir işlev üstlenir. Ancak, aşırı yararlanmanın unsurları birbirinden bağımsız olduğu için unsurların değerlendirilmesinde dikkatli olunması gerektiği açıktır. Denkleştirme, unsurların herhangi birinde söz konusu olan eksikliğin giderilmesini sağlar. Buna karşılık, gerçekleşmeyen bir unsur başka bir unsurdaki yoğunluktan yararlanılarak gerçekleşmiş kabul edilemez. Diğer bir söyleyişle, denkleştirme, aşırı yararlanmanın unsurlarından herhangi birinin dışlanması amacıyla kullanılamaz²³.

Yukarıda açıklanan görüş doğrultusunda uygulamada en çok karşılaşılabilecek olasılık, edimler arasındaki oransızlığın yoğun biçimde gerçekleşmesine karşılık zarar görenin zayıf durumunun ya da diğer tarafın sömürme kastıyla harekete geçip geçmediği hususunun belirlenememesidir. Özellikle, sömürme kastının ispatlanmasında karşılaşılan güçlük aşırı yararlanmanın varlığının kabulüne engel oluşturur²⁴. Böyle bir durumda, bizim de benimseydiğimiz görüşe göre yoğun biçimde gerçekleşen objektif unsur subjektif unsurların gerçekleştiği yönünde fiili bir karine oluşturabilir²⁵. Fiili karinenin dışında unsurların gerçekleştiğinin kesin olarak kabulü yönünde bir sonuca ulaşılamaz.

²³ **Huguenin**, OR, N.455. Bununla birlikte, kum yığını teorisi olarak adlandırılan bir görüş doğrultusunda, aşırı yararlanmanın şartlarından biri, örneğin edimler arasındaki açık oransızlık, yoğun olarak gerçekleştiğinde diğer şartların varlığını tartışmak gereksiz kabul edilir ve yoğun olarak gerçekleşen şart doğrultusunda aşırı yararlanmanın da gerçekleştiği sonucuna ulaşılır. Kum yığını teorisine yönelik eleştiriler için bkz. **Gauch**, *Übervorteilung*, s.99, Fn.86; **Bucher**, s.234, Fn.26; **MüKoBGB/Armbrüster**, §138, Rn.143; **BGH III ZR 92/79** (NJW 1981, s.1206); **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.24.

²⁴ **Gassner**, s.1131.

²⁵ **Jauernig**, §138, Rn.16; **BGH V ZR 178/08** (NJW 2010, s.363); **BGH V ZR 437/99** (NJW 2001, s.1127). Benzer yönde **Böggemann**, Stephen: “Arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zum Lohnwucher”, *NZA* 2011, s.494. Objektif unsurdaki yoğunluğa dayanan fiili karinenin subjektif unsurların değerlendirmesini önemsiz kıldığı görüşü için özellikle bkz. **Jauernig**, §138, Rn.16.

Kanunda, objektif ve subjektif unsurların değerlendirilmesi bakımından bir sıra öngörülmemiş olmakla birlikte uygulamada objektif unsurun önce değerlendirilmesi gerektiği kabul edilir²⁶. Buna göre, objektif unsur bakımından yapılan değerlendirme sonucunda bu unsurun gerçekleştiği kanaatine ulaşırsa, sonraki aşamada subjektif unsur bakımından yapılacak değerlendirmeye geçilir.

1. Objektif Unsur

Aşırı yararlanmanın objektif unsurunu karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık oluşturur²⁷. Açık oransızlık, sözleşmenin kurulduğu zaman ve sözleşmenin kurulduğu yerdeki piyasa koşulları dikkate alınarak belirlenir²⁸. Sözleşmenin kurulmasından sonra edimler arasındaki dengenin bozulması durumunda ise aşırı yararlanmadan söz edilemez. Böyle bir durumda, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması gündeme gelebilir²⁹.

Kanunda, “açık oransızlık” ifadesi kullanılmasına karşılık bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Kanun koyucu, genel eğilimine uygun olarak açık oransızlığın tanımlanmasını öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Öğreti ve uygulamada, açık oransızlık, objektif bakış açısıyla ilk anda herkesin

²⁶ Yarg. 1.HD 01.10.2012 E.2012/10938, K.2012/10436; Yarg. 1.HD 23.03.2010 E.2009/12567, K.2010/3259; Yarg. 1.HD 18.03.2009 E.2009/1815, K.2009/3343; Yarg. 1.HD 19.09.2006 E.2006/6466, K.2006/8887 (Legalbank).

²⁷ Objektif unsurdan anlaşılacağı üzere OR Art.21 (TBK m.28) tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler dikkate alınarak tasarlanmış olmasına rağmen uygun düştüğü ölçüde eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile çok taraflı sözleşmeler bakımından da kıyas yoluyla uygulama alanı bulabilir. Bkz. **Gauch/Rey/Schlupe/Schmid**, N.735; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.133; **CHK-OR/Kut**, Art.21, N.2. Ayrıca bkz. yukarıda dn.2. Bununla birlikte, açık oransızlığın sadece karşılıklı edimler arasında gerçekleşebileceği yönünde **Hk-BGB/Dörner**, §138, Rn.15; **MüKoBGB/Armbrüster**, §138, Rn.143; **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.204; **Jauernig**, §138, Rn.20. Karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.10 ve dn.12.

²⁸ **OR-Komm/Dasser**, Art. 21, N.3; **Huguenin**, OR, N.456; **BK-OR/Kramer**, Art.21, N.20; **Gauch/Rey/ Schlupe/ Schmid**, N.734; **von Tuhr/Peter**, s.344; **Guhl/Koller**, §7, N.49; **Bucher**, s. 231; **Aeppli**, Art. 21, N.3; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.131; **Jauernig**, §138, Rn. 16; **Wiegand**, Wolfgang: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, Veröffentlicht im Band 123, Obligationenrecht”, ZBJV 1998, s.684; **Boemke/Ulrici**, §11, Rn.57; **Antalya**, s.252; **Eren**, s.418; **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, İstanbul 2013, s.137; **BGE 92 II 168**; **BGE 109 II 347**; **BGE 123 III 292**; **BGer 4C.228/2000 (Aeppli**, Art.21, N.3); **BGer 4C.238/2004 (CHK-OR/Kut**, Art.21, N.9). Söz konusu edimin ya da bir benzerinin objektif piyasa değerinin bulunmaması durumunda değer takdirinin genel kabul gören ölçütlere göre yapılabileceği yönünde **Gauch**, *Übervorteilung*, s.95; **BGE 123 III 292**.

²⁹ **OR-Komm/Dasser**, Art. 21, N.3; **BK-OR/Kramer**, Art.21, N.19; **Bucher**, s.231, Fn.13. Ayrıca bkz. **BGH IX ZR 130/88 (NJW 1989, s.1276)**.

dikkatini çeken dengesizlik olarak tanımlanır³⁰. Söz konusu tanımda edimler arasında bir orandan söz edilmemesi isabetlidir. Açık oransızlığın belirlenmesi hâkimin takdir yetkisi içinde yer aldığından bu konuda soyut bir oran getirilemez³¹. Böyle bir değerlendirme faaliyeti yürüten hâkim, karşılıklı edimleri dürüst ve makul bir kişinin edimlere vereceği ekonomik değeri dikkate alarak karşılaştırmalıdır. Karşılaştırma sırasında somut olayın bilinen unsurlarının yanında tahmin edilebilir unsurların da göz önünde bulundurulması gerekir³². Karşılaştırmanın temelini oluşturan ekonomik değer ölçütü, tarafların edime yükledikleri subjektif değerden bağımsız olarak sözleşmenin kurulduğu yer ve zamanda geçerli olan piyasa koşullarına göre şekillenir³³. Karşılaştırma, asli edim yükümleri ile birlikte yan edim yükümleri ve yan yükümleri de kapsamak üzere bir bütün olarak gerçekleşir. Sözleşme ilişkisi nedeniyle yüklenilen rizikolar da edimin değerinin belirlenmesinde gözden uzak tutulmaz³⁴.

“Açık oransızlık” ifadesinden anlaşılacağı üzere edimler arasındaki her dengesizlik aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi için yeterli değildir. Bunun için ekonomik değer ölçütüne göre yapılan değerlendirme sonucunda ilk bakışta dikkat çeken bir dengesizliğin bulunduğu sonucuna ulaşılması gerekir. Karşılaştırma, tarafların fiilen ifa ettikleri değil, karşılıklı olarak taahhüt

³⁰ **Gauch/Rey/Schlupe/Schmid**, N.733,734; **OR-Komm/Dasser**, Art. 21, N.3; **Huguenin**, OR, N.456; **BK-OR/Kramer**, Art.21, N.25; **Gauch**, *Übervorteilung*, s.95; **Aeppli**, Art.21, N.3; **Bucher**, s.231; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.130; **Antalya**, s.252; **Oğuzman/Öz**, s.137; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 39, N.7; **Eren**, s.419; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.459; **Acabey**, s.113; **BGE 53 II 483**; **BGE 92 II 168**; **BGer 4C.219/2001 (Schmid, Markus**; “Anfechtung eines Vergleichs gestützt auf Art. 87 Abs. 2 SVG Urteil des Bundesgerichts vom 31.10.2001”, *HAVE 2002*, s.2909); **BGer 4C.254/2004 (Huguenin, OR, N.456, Fn.6)**; *Yarg. HGK 06.02.2008 E.2008/21-53, K.2008/107*; *Yarg. 1.HD 29.11.1990 E.1990/12947, K.1990/13852 (Legalbank)*.

³¹ Açık oransızlığın belirlenmesi **ZGB Art.4 (TMK m.4)** kapsamında yer aldığı için bu konuda matematik formülleri başta olmak üzere soyut kurallardan yararlanılması mümkün değildir. Bkz. **Stöckli**, Hubert: *Das Synallagma im Vertragsrecht*, Zürich 2008, N.312, 315; **Gauch**, *Übervorteilung*, s.94; **CHK-OR/Kut**, Art.21, N.11; **BGE 123 III 292**. Benzer yönde bkz. **Guhl/Koller**, § 7, N.49; **Hk-BGB/Dörner**, §138, Rn.15.

³² **BGE 109 II 347**.

³³ **Jauernig**, §138, Rn. 21; **OR-Komm/Dasser**, Art.21, N.3; **Huguenin**, OR, N.444; **Staudinger/Sack/ Fischinger**, §138, Rn. 206; **BGH VIII ZR 111/99 (NJW 2000, s.1254)**; **BGH XII ZR 150-97 (NJW 1999, s.3187)**; **BGH V ZR 256/88 (NJW-RR 1990, s.950)**. Değerlendirmeye tabi tutulan edimin, piyasa koşulları çerçevesinde fiyatı belirlenemiyorsa, söz konusu edimin yerini tutan ve piyasa fiyatı bulunan başka bir edim dikkate alınabilir. Bkz. **Gauch**, *Übervorteilung*, s.95. Benzer yönde **MüKoBGB/Armbrüster**, §138, Rn.144.

³⁴ **Gauch**, *Übervorteilung*, s.96; **von Tuhr/Peter**, s.344; **MüKoBGB/Armbrüster**, §138, Rn.144; **Hk-BGB/Dörner**, §138, Rn.15; **Jauernig**, §138, Rn.21; **BGH III ZR 164/75 (NJW 1977, s.2356)**; **BGH III ZR 1/81 (NJW 1982, s.2767)**.

etmiş oldukları edimler dikkate alınarak yapılır. Özellikle, ifa edilen edimin değerinin karşı edimden düşük olması bir kötü ifa sorunu olup aşırı yararlanma ile ilgili değildir³⁵. Edimlerin objektif değerini ve söz konusu değer arasındaki açık oransızlığı ispat yükü iddia eden taraf üzerindedir³⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında açık oransızlığın belirlenmesi bakımından genel kurallar yerine somut olayın koşullarına bağlı kalındığı görülmür. Bu nedenle, Federal Mahkeme kararlarında açık oransızlığın belirlenmesinde kullanılacak genel bir formüle ulaşılamaz³⁷. Federal Mahkeme; satım bedelinin, sigorta değerinden yaklaşık %100 oranında fazla olduğu bir taşınmaz satışında³⁸, faiz ve yan edim yüküleriyle birlikte anaparayla karşılaştırıldığında %38'i bulan geri ödeme miktarı içeren kredi sözleşmesinde³⁹ ve piyasa koşulları kapsamında 100 CHF saat başı çalışma ücretinin ancak yüksek oranda uzmanlık gerektiren işlerde karşılaştırılabileceği gerekçesi ile bu niteliğe sahip olmayan işlerde böyle bir ücret karşılaştırılması durumunda⁴⁰ açık oransızlığın gerçekleştiğini kabul etmiş; 5.500 CHF ekspertiz değeri olan ikinci el bir otomobilin 7.500 CHF bedel ile satışını konu alan sözleşme⁴¹ ile gerçek değeri yaklaşık 74.000 CHF olan bir kitapçının 85.000 CHF bedel ile satışını konu alan sözleşmede⁴² ise açık oransızlığın gerçekleşmediği sonucuna varmıştır.

Alman Federal Mahkemesi ise edimler arasında ilk bakışta göze çarpan açık oransızlığın belirlenmesinde edimin sözleşmedeki değeri ile piyasa değeri arasında -bire iki- oranında veya daha fazla fark bulunmasını aramaktadır. Federal Mahkeme'nin, yerleşik görüş olarak uyguladığı bu oranı, yakın tarihli kararlarında farklı bir formül ile ifade ettiği görülür. Buna göre, edim

³⁵ BK-OR/Kramer, Art.21, N.17; Bucher, s.232; Antalya, s.252; Eren, s.419; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.461. Bu gerekçeyle, karşılıklı edimler arasında açık oransızlığın gerçekleşmesine rağmen aşırı yararlanmadan söz edilemeyeceği için kötü ifa kurallarının uygulanması gerektiği yönünde BGE 92 II 170. Benzer yönde karış. Wiegand, s.684.

³⁶ Staudinger/Sack/Fischinger, §138, Rn. 206.

³⁷ BK-OR/Kramer, Art.21, N.27. Bu durum, açık oransızlığın belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi doğrultusunda biçimlenen somut olay adaletine göre karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşün doğal sonucudur. Bu görüş için bkz. Stöckli, N.312. Konuya ilişkin az sayıda yayımlanmış Federal Mahkeme kararı bulunduğu yönünde eleştiriler için ayrıca bkz. Gauch, Peter: "Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung. BGE 123 III 292 ff.", recht 2/1998, s.55. Benzer yönde Stöckli, N.322.

³⁸ BGE 61 II 31.

³⁹ BGE 84 II 107.

⁴⁰ BGE 92 II 171.

⁴¹ BGE 46 II 55.

⁴² BGE 53 II 483.

ve karşı edim arasında yaklaşık iki katı oranında bir fark bulunmaktaysa, açık oransızlığın gerçekleştiği kabul edilir⁴³. Bununla birlikte, söz konusu oranın soyut bir nitelik taşıdığı ve somut olayın koşulları doğrultusunda farklı bir sonucun kabul edilebileceğini de belirtmek gerekir. Nitekim, %100'den daha az bir farkın aşırı olarak nitelendirildiği kararlara da rastlanması mümkündür⁴⁴. Diğer bir kararda ise sözleşmede karşılaştırılan bedel ile piyasa fiyatı arasında %100 oranında fark bulunması durumunda açık oransızlığın yoğun olarak gerçekleştiği, buna karşılık %50 oranında fark bulunması durumunda ise açık oransızlığın en düşük seviyede gerçekleştiği sonucuna ulaşılmıştır⁴⁵. Taşınmazlar bakımından ise Federal Mahkeme yukarıda açıklanan görüşünü "karşılaştırmalı değer metodu"⁴⁶ adı altında biraz daha farklı bir biçimde uygulamaktadır. Buna göre, taşınmazın satış bedeli, gerçek değerinin iki katı ya da yarısı oranında karşılaştırılmışsa açık oransızlık gerçekleşmiş olur⁴⁷. Hizmet sözleşmesinde işçi ücretinin değerlendirilmesi bakımından ise tamamen farklı bir formül uygulanır. Bu doğrultuda, açık oransızlıktan söz edilebilmesi için sözleşmede karşılaştırılan ücretin, benzer işlerde belirlenen tarife ücretinin 2/3'sinden az olması aranır⁴⁸. Bununla birlikte, söz konusu oranın somut olayın koşullarına göre hâkim tarafından ayarlanması da mümkündür⁴⁹. Konut kirası sözleşmelerinde açık oransızlığın gerçekleşmesi, sözleşmede karşılaştırılan kira bedelinin, rayiç bedelin %50'sini aşmasına bağlıdır⁵⁰. İş yeri kiralarında ya da hasılat kirasında ise bu oran %100 olarak kabul edilir⁵¹. Lisans sözleşmeleri gibi her iki taraf bakı-

⁴³ BGH V ZR 237/00 (NJW 2002, s.429); BGH XII ZR 49/99 (NJW 2002, s.55); BGH V ZR 146/98 (NJW 2000, s.1487); BGH VIII ZR 111/99 (NJW 2000, s.1254); BGH IX ZR 110/96 (NJW-RR 1997, s.1460).

⁴⁴ BGH XII ZR 150-97 (NJW 1999, s.3187).

⁴⁵ BGH V ZR 171/89 (NJW-RR 1991, s.589).

⁴⁶ BGH XI ZR 324/06 (NJW-RR 2008, s.1436).

⁴⁷ BGH IX ZR 195/07 (NJW 2009, s.363); BGH V ZR 60/09 (MittBayNot 2010, s.306).

⁴⁸ BAG 5 AZR 436/08 (NZA 2009, s.837). Aynı yönde bkz. **Moll**, Wilhelm: Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht, München 2009, §17, Rn.24 (**Boudon**, Ulrich); **Schaub**, Günter: Arbeitsrechts-Handbuch, München 2011, §34, Rn.11 vd. (**Linck**, Rüdiger); **Böggemann**, s.494 vd..

⁴⁹ BAG 5 AZR 549/05 (AP BGB §138, Nr. 63).

⁵⁰ BGH VIII ZR 212/96 (NJW 1997, s.1845); BGH I StR 416/81 (NSTZ 1982, s.287). Aynı yönde bkz. **Blank/Börstinghaus**, §535, Rn.582; **Schmidt-Futterer**, Wolfgang: Mietrecht, Grosskommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, München 2011, §535 BGB, Rn.91 vd. (**Blank**, Hubert).

⁵¹ BGH XII ZR 314/00 (NJW-RR 2002, s.1521); BGH XII ZR 150-97 (NZZ 1999, s.664); BGH XII ZR 352/00 (DS 2005, s.27). Karşılaştırılan hasılat kirası bedelinin, rayiç kira

mından doğabilecek rizikoların öngörülme olasılığının düşük olduğu sözleşme tiplerinde, sözleşmenin kurulduğu anda karşılıklı edimlerin değerlendirilmesi de çoğu zaman olanaksızdır. Ancak bu durum, edimler arasında aşırı oransızlık oluşturulması için haklı sebep oluşturmaz. Genel kurala göre karşılıklı edimler sözleşmenin kurulduğu an dikkate alınarak değerlendirilmeye çalışılır. Bununla birlikte başlangıçta varolan denge sonradan aşırı derecede bozulursa böyle bir durumda aşırı yararlanma değil, sözleşmenin uyarlanması söz konusu olur⁵². Tüketici kredileri bakımından sözleşmede kararlaştırılan faiz oranının piyasa koşullarında geçerli faiz oranını %100 aşması durumunda açık oransızlığın gerçekleştiği kabul edilir⁵³. Sözleşmenin, kredi borçlusu bakımından olumsuz hükümler içermesi durumunda bu oran %90 olarak uygulanır⁵⁴. Federal Mahkeme sonraki tarihli kararlarında ise %100 nisbî faiz farkını karşılamak üzere aynı ölçüde yol gösterici olarak %12 mutlak faiz farkı ölçütünün de uygulanabileceğini belirtmiştir⁵⁵.

Yargıtay uygulamasında da karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi açık oransızlığın belirlenmesi hâkimin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilir. Bununla birlikte 1.HD'nin 27.12.1976 E.1976/10791 K.1976/12751 sayılı kararı açık oransızlığın belirlenmesinde başvurulacak ölçütler bakımından yol göstericidir. Söz konusu karara göre, somut olayın koşulları farklı bir değerlendirmeyi zorunlu kılmadıkça edimler arasındaki %50 oranında bir fark kesin olarak açık oransızlık oluştururken, %25 oranındaki fark açık oransızlık olarak kabul edilmez. Bu doğrultuda, açık oransızlıktan söz edilebilmesi için edimler arasında en az %25'den fazla bir fark olması zorunludur. Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında da aynı görüşü devam ettirdiği görülür⁵⁶.

Buraya kadar aktarmaya çalıştığımız hukuk sistemlerinin aksi yönünde açık oransızlığın doğrudan kanun koyucu tarafından belirlendiği sistemler ile karşılaştırılması da mümkündür. Söz konusu sistemlerin tipik örneğini Fransız

bedelini %145 oranında aşan bir sözleşmede açık oransızlığın gerçekleştiği yönünde OLG Stuttgart 5U 2/92 (NJW-RR 1993, s.654). Rayiç bedelin %68 oranında aşılması durumunda açık oransızlığın gerçekleşmeyeceği yönünde OLG Karlsruhe 12 U 92/96 (**Schmidt-Futterer/Blank**, §535 BGB, Rn.102).

⁵² BGH IX ZR 61/94 (DtZ 1995, 285).

⁵³ BGH III ZR 60/81 (NJW 1982, s.2433); BGH III ZR 114/82 (NJW 1983, s.2692); BGH XI ZR 319/89 (NJW 1991, s.1810).

⁵⁴ Bkz. **Horn**, s.2.

⁵⁵ BGH VIII ZR 82/94 (NJW 1995, s.1019).

⁵⁶ Yarg. 13.HD 13.04.2010 E.2009/15185, K.2010/5016; Yarg. 1.HD 19.09.2006 E.2006/6466, K.2006/8887 (Legalbank).

hukuku oluşturur. Fransız hukukunda aşırı yararlanma genel olarak değil, sadece bazı özel durum ve kişilere özgü olarak düzenlenmiştir. Bu özel durumlardan biri de taşınmaz satışidir. Fransız Medeni Kanunu'nun 1674. maddesine göre, taşınmaz bedeli ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasında 7/12'den fazla bir oransızlık bulunması durumunda satıcı sözleşmenin iptalini isteyebilir⁵⁷.

2. Subjektif Unsur

a. Zarar Görenin Zayıf Durumu

Zayıf durum kavramı, zarar gören bakımından karar verme özgürlüğünü sınırlayan ya da ortadan kaldıran istisnai durumları ifade eder⁵⁸. TBK m.28'de (OR Art.21) zayıf durum kapsamında; zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği ya da deneyimsizliği olmak üzere üç alternatif durum sayılmıştır. Kanunda sayılan durumlar sınırlı sayıda olmayıp örnek niteliğindedir⁵⁹. Somut olayın koşullarına göre karar verme özgürlüğü üzerinde olumsuz etki doğuran başka durumlar da söz konusu olabilir ve bu durumlar da TBK m.28 (OR Art.21) kapsamında yer alırlar. Nitekim BGB §138/2'de zarar görenin zayıf durumunu ifade etmek üzere zor durumda kalma, deneyimsizlik ve önemli derecede irade zayıflığı yanında ayırt etme gücündeki zayıflık da belirtilmiştir. İsviçre hukukunda, ayırt etme gücü zayıflığının OR Art.21 kapsamında değerlendirilebileceği kabul edildiğine göre aynı sonucun Türk hukuku bakımından de kabulünde bir engel bulunmaz⁶⁰. Böylece, TBK m.28'in kapsamındaki durumlar somut olayın koşullarına göre genişletilebilir⁶¹. Bununla birlikte özellikle “zor durumda kalma” kavramına yüklenen geniş anlam diğer birçok olumsuz durumu da kapsadığı için bunların ayrıca belirtilmesine gerek duyulmaz.

⁵⁷ Açıklamalar için bkz. **Stöckli**, N.312; **Simon**, Heike: “Einführung in das französische Immobilienrecht”, MittBayNot 2004, s.352.

⁵⁸ **Huguenin**, OR, N.457; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.134.

⁵⁹ BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.35; **Huguenin**, OR, N.445; **Gauch/Rey/Schluemp/Schmid**, N.738; **Bucher**, s.233; **Furrer/ Müller-Chen**, Kap.5, N.135; **CHK-OR/Kut**, Art.21, N.14; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.19; **Antalya**, s.253.

⁶⁰ Bkz. **Guhl/Koller**, §7, N.51.

⁶¹ Diğer durumlara örnek olarak; ayırt etme gücünü ortadan kaldırmama koşuluyla ilaç, alkol ve uyuşturucu madde etkisi, hastalık, aşırı yorgunluk, bitkinlik, yaşlılık, psikolojik bağımlılık, şaşkınlık içinde bulunma ya da agresif satış ve pazarlama teknikleri nedeniyle karar verme özgürlüğünün olumsuz etkilenmesi gösterilebilir. Karş. **Gauch/Rey/Schluemp/Schmid**, N.738; **Gauch**, Übervorteilung, s.97; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.45. İşsizliğe bağlı zorda kalma durumu için bkz. BGer 4C.368/ 2000 (**Aeppli**, Art.21, N.5).

TBK m.28 (OR Art.21) kapsamında yer alabilecek durumların birçoğunun aynı zamanda zarar görenin ayırt etme gücü üzerinde de etkili olması mümkündür⁶². Böyle bir durum nedeniyle zarar gören ayırt etme gücünü kaybetmiş ise TBK m.28 (OR Art.21) uygulama alanı bulmaz. Söz konusu işlem TMK m.15 (ZGB Art.18) gereğince ayırt etme gücünden yoksunluk nedeniyle kesin hükümsüzdür.

aa. Zor Durumda Kalma

Zor durumda kalma, zarar görenin yoğun çaresizlik içinde bulunduğu sıkıntılı durum anlamına gelir. Zor durum, genellikle ekonomik nedenlerden doğabileceği gibi kişisel, ailevi, politik veya buna benzer bir nedene bağlı olarak da ortaya çıkabilir⁶³. Fiilen gerçekleşme dahi zarar görenin kendisini zor durumda kalmış hissetmesi de söz konusu unsurun gerçekleşmesi bakımından yeterli kabul edilir⁶⁴. Bu noktada, sözleşmenin diğer tarafının da korunması amacıyla objektif bir ölçüte ihtiyaç duyulur. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi subjektif değer yargılarının denetlenmesi için zorda kalma düşüncesinin objektif bakış açısıyla haklı görülebilir olmasını aramaktadır⁶⁵.

Alman hukuku bakımından; büyük ekonomik olumsuzlukların oluşturduğu tehdit⁶⁶, cebri icra⁶⁷ veya iflas⁶⁸ tehlikesi, psikolojik baskı⁶⁹, geçici olmasına rağmen bozuk su borularının sebep olduğu sıkıntı⁷⁰ ile sağlık so-

⁶² Bkz. BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.45; **Bucher**, s.233; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.135.

⁶³ BGer 4A_21/2009 (**Reetz**, **Peter/Wetz**el, Thomas: Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht Entwicklungen 2009, Bern 2010, s.16); BGE 61 II 31; BGE 84 II 107; BGE 123 III 292. Aynı yönde BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.36; OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.4. Ayrıca bkz. **Guhl/Koller**, § 7, N.51; **von Tuhr/Peter**, s.344; **Gauch**, Fussballclub, s.61; **Stark**, Emil: “Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts”, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, s.383 vd.; Hk-BGB/**Dörner**, §138, Rn.16; **Jauernig**, §138, Rn.22; **Blank/Börstinghaus**, §535, Rn.587; **Antalya**, s.254; **Oğuzman/Öz**, s.138; **Eren**, s.420; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s.461.

⁶⁴ **Gauch**, s.62 vd.; **Gauch/Rey/Schlu**ep/Schmid, N.738; **von Tuhr/Peter**, s.344; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.16; **Antalya**, s. 254; OGer Luzern 11 08 37.

⁶⁵ BGE 123 III 292. Aynı yönde bkz. **Huguenin**, OR, N.459.

⁶⁶ BGH XI ZR 77/93 (NJW 1994, s.1275); OLG Celle 16 U 199/02 (NJW 2003, s.3638).

⁶⁷ BGH V ZR 60/09 (ZfIR 2010, s.587).

⁶⁸ BGH III ZR 1/81 (NJW 1982, s.2767).

⁶⁹ BGH XII ZR 142/00 (NJW 2003, s.1860).

⁷⁰ LG Nürnberg-Fürth 11 S 22/73 (**Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.234).

runları nedeniyle bakıma muhtaç durumda bulunma⁷¹ hallerinde zor durumda kalma koşulunun gerçekleştiği kabul edilmiştir. Türk hukukunda da acil nakit ihtiyacı⁷², icra takibi etkisinde kalma⁷³, yaşlılık ve yalnızlık kısıkaç altında bulunma⁷⁴ ile yangın sonucunda fabrikası yanan tacirin durumu⁷⁵ TBK m.28 (BK m.21) kapsamında zorda kalma olarak değerlendirilmiştir. Örneklerin çoğaltılması mümkün olmakla birlikte, İsviçre hukukunda savunulan bir görüş, somut olaya göre yapılacak değerlendirmede isabetli sonuçlara ulaşılmasına yardımcı olabilir. Buna göre, zarar verici olgunun gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak durum karşısında, elverişsiz koşullar içeren sözleşmenin imzalanması durumunda meydana gelecek sonuçları daha az sıkıntı verici olarak değerlendiren kişinin zor durumda kaldığı kabul edilir⁷⁶. Böyle durumlarda, içinde bulunan çaresizlik o kadar güçlüdür ki, yapılacak olan sözleşme söz konusu çaresizlikten kurtulmak amacıyla bir kaçış yolu olarak görülür.

Zarar gören, kusuru dışında gerçekleşen olaylar sonucunda zor durumda kalabileceği gibi kusurlu davranışlarıyla zor durumu kendisi de oluşturmuş olabilir. Aşırı yararlanmanın uygulama alanı bulabilmesi için böyle bir ayrımın önemi yoktur. Ayrıca, zor durumun mutlaka zarar görene ait olması aranmaz. Bir aile üyesinin ya da yakın bir arkadaşın içinde bulunduğu zor durum da zarar gören üzerinde etkili olduğu ölçüde dikkate alınır⁷⁷. Önemli olan husus, zor durumun sözleşmenin kurulması sırasında varlığını devam ettirmesi ve zarar görenin karar verme özgürlüğü üzerinde olumsuz etki göstermesidir⁷⁸. Zor durumun süreklilik taşıması gerekli olmadığından, sözleşmenin kurulması sırasında zarar görenin karar verme özgürlüğünü etkileyen geçici bir durum dahi TBK m.28 (OR Art.21) kapsamında dikkate alınabilir⁷⁹. Bu doğrultuda, sözleşmenin kurulmasına yönelik önerinin kimin tarafından yapıldığı önemli değildir. Öneri, zor durumda kalan tarafından yapılmış olsa

⁷¹ BGH V ZR 80/80 (WM 1981, s.1050).

⁷² Yarg. HGK 07.02.2007 E. 2007/19-63, K. 2007/52 (Legalbank).

⁷³ Yarg. 1.HD 23.03.2004 E. 2004/90, K. 2004/3272 (Legalbank).

⁷⁴ Yarg. 1.HD 03.05.1979 E. 1979/3824, K. 1979/5938 (Legalbank).

⁷⁵ Yarg. 11.HD 31.05.2001 E. 2001/3322, K. 2001/4871 (Legalbank).

⁷⁶ **Stark**, s.384; **Gauch**, Übervorteilung, s.96.

⁷⁷ MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.149.

⁷⁸ **Huguenin**, OR, N.459. Ayrıca bkz. **Guhl/Koller**, N.51.

⁷⁹ **BK-OR/Kramer**, Art.21, N.37. Geçici nakit sıkıntısının BGB §138/2 kapsamında zor durumda kalmaya sebep olabileceği yönünde MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.149. Ayrıca bkz. BGH III ZR 1/81 (NJW 1982, s.2767).

dahi diğer unsurların tamamlanmasıyla birlikte aşırı yararlanma gerçekleşir⁸⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, zorda kalma durumu gerçek kişiler yanında tüzel kişiler bakımından da söz konusu olabilir⁸¹. Tacir sıfatına sahip tüzel kişinin özellikle ekonomik nedenlerden kaynaklanan zorda kalma durumuyla karşılaşması mümkündür. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, düşüncesizlik ve deneyimsizliğe dayalı istemleri engellemesine karşılık zorda kalmaya dayalı istemler bakımından engelleyici bir işlev üstlenmez⁸².

bb. Düşüncesizlik

TBK m.28 kapsamında, düşüncesizlik genel bir kişilik özelliği olmayıp, somut olaydaki sözleşme bakımından gerekli özeni göstermeden, sözleşmenin sebep ve sonuçlarını yeterince değerlendirmeden, acele hareket etmeyi ifade eder. Genel davranış biçimi ya da yaşam tarzı niteliğine sahip olması aranmaz⁸³. Bu nedenle, zarar görenin düşüncesizce hareket edip etmediği her somut olayın koşullarına göre değerlendirilir. Zarar gören, gerekli inceleme ve değerlendirmeyi yapmaksızın, umursamazlık içinde hareket etmişse düşüncesizlik unsuru gerçekleşmiş kabul edilir⁸⁴.

Düşüncesizlik bir irade zayıflığıdır. Nitekim, TBK m.28 ve OR Art.21’de düşüncesizlik ifadesine yer verilirken, BGB §138/2’de önemli irade zayıflığı ifadesi tercih edilmiştir. Böyle bir durumda, zarar gören, değerlendirme yetersizliği nedeniyle sözleşmenin nasıl sonuçlar doğuracağına farkında olmadan hukuki ilişkinin içinde yer almış olur⁸⁵. İradesini gerektiği

⁸⁰ BGer 4C.226/2001 (**Aeppli**, Art.21, N.5).

⁸¹ **Gauch/Rey/Schluemp/Schmid**, N.737; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.14, 38; MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.149; **von Tuhr/Peter**, s.344; **Stark**, s.383; CHK-OR/**Kut**, Art.21, N.15; **Eren**, s.420; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.17; BGE 84 II 110, BGE 123 III 301.

⁸² Yarg. HGK 07.02.2007 E.2007/19-63, K.2007/52; Yarg. 11.HD 05.04.2007 E. 2007/1698, K. 2007/5342; Yarg. 19.HD 20.06.2005 E. 2005/2795, K. 2005/6854 (Legalbank). Ayrıca bkz. BGE 51 II 162; BK-OR/ **Kramer**, Art.21, N.14; **Antalya**, s.253; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.25.

⁸³ **Gauch/Rey/Schluemp/Schmid**, N.737; **Gauch**, Übervorteilung, s.97; **von Tuhr/Peter**, s.345; **Huguenin**, OR, N.461; CHK-OR/**Kut**, Art.21, N.17; **Antalya**, s.254; **Eren**, s.420. Düşüncesizliğin, patolojik bir durum oluşturmadığı yönünde bkz. BGer 4C.238/2004 (**Aeppli**, Art.21, N.7).

⁸⁴ OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.4; **Huguenin**, OR, N.461; **Gauch/Rey/Schluemp/Schmid**, N.737; **Gauch**, Übervorteilung, s.97; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.44; **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.246; **Antalya**, s.254; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.14; **Acabey**, s.114; BGer 4C.238/2004 (**Huguenin**, OR, N.461, Fn.17).

⁸⁵ **Jauernig**, §138, Rn.22; **Blank/Börstinghaus**, §535, Rn.587.

gibi kullanmadığı için diğer tarafın oluşturduğu dayatmaya karşı direnme gücü zayıflar ya da tamamen ortadan kalkar.

Düşüncesizliğin mutlaka bir kaynağının olması zorunlu değildir. Önemli olan somut olaydaki sözleşme bakımından zarar görenin iradesini gerektiği gibi kullanmamasıdır. Bununla birlikte; alkol, uyuşturucu veya kumar bağımlılığı düşüncesizliğin tipik kaynakları arasında sayılır⁸⁶.

cc. Deneyimsizlik

Zarar görenin deneyimsizliği, somut olaydaki sözleşme bakımından yeterli bilgi ve deneyime sahip olmama anlamına gelir. Değerlendirmede özellikle dikkate alınacak husus genel deneyimsizlik olmayıp, sözleşmenin konusuna ilişkin deneyimsizliktir⁸⁷. Buna göre, genel deneyim sahibi bir kişinin de deneyimsizlik temeline dayalı olarak aşırı yararlanma iddiasında bulunması mümkündür. Kanunda yer verilen “deneyimsizlik” ifadesi sözleşme konusuna ilişkin dar bir anlam taşımasına rağmen genel yaşam ve iş deneyimlerinden yoksunluğun da bu kapsama dahil olduğu tartışmasızdır⁸⁸.

Deneyimsizlik, somut olaydaki sözleşme hükümlerinin isabetli biçimde değerlendirilerek edimler arasındaki aşırı oransızlığın farkına varılmasını sağlayacak bilgiye sahip olmama durumunu ifade eder⁸⁹. Bilgi eksikliği; hukuki, ekonomik ya da teknik alanlara ilişkin olabilir. Bu nedenle, sözleşmeyle ilgili olsa dahi, hukuki bilgisizliği deneyimsizlik kapsamında değerlendirmeyen görüş isabetli değildir⁹⁰. Her ne kadar, yaş küçüklüğü⁹¹, deneyimsizlik durumunun tipik örneğini oluştursa da, somut olayın koşullarına göre yapılacak bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğu açıktır. Yukarıdaki

⁸⁶ MüKoBGB/Armbrüster, §138, Rn.152; Staudinger/Sack/Fischinger, §138, Rn.246.

⁸⁷ Guhl/Koller, § 7, N.52; BK-OR/Kramer, Art.21, N.41; von Tuhr/Peter, s.345; Furrer/Müller-Chen, Kap.5, N.137; Huguenin, OR, N.460; Teuscher, Kathrin: “BGer v. 24.8.2007: Fragerecht des Beschuldigten, Unerfahrenheit im Sinne von Art. 157 StGB”, forumpoenale 3/2008, s.152; Antalya, s.254; Eren, s.421; Oğuzman/Öz, s.138; BGer 6P_37/2007 (OR-Komm/Dasser, Art. 21, N.4); BGer 4P. 286/2000 (Aeppli, Art.21, N.6); BGer 4C.238/2004 (Teuscher, s.152); BGE 92 II 168.

⁸⁸ Jauernig, §138, Rn.22; Staudinger/Sack/Fischinger, §138, Rn.242; MüKoBGB/Armbrüster, §138, Rn.150; Blank/Börstinghaus, §535, Rn.587.

⁸⁹ OR-Komm/Dasser, Art.21, N.4; Gauch/Rey/Schluep/Schmid, N.737; Gauch, Übervorteilung, s.96; CHK-OR/Kut, Art.21, N.16.

⁹⁰ Bkz. LAG München 5 Sa 539/85 (Staudinger/Sack/Fischinger, §138, Rn.244).

⁹¹ Staudinger/Sack/Fischinger, §138, Rn. 242; MüKoBGB/Armbrüster, §138, Rn.150; BGH VII ZR 225/65 (NJW 1966, s.1451).

tanımdan hareket edildiğinde, genel hayat deneyimine sahip bir kişinin dahi teknik ve ekonomik alandaki gelişmelere bağlı olarak somut olayda deneyimsiz kabul edilmesi mümkündür. Böylece, zarar gören için daha güçlü bir koruma elde edilir. Buna karşılık, henüz genç olmasına rağmen sözleşmenin konusu bakımından yeterince deneyim sahibi olan bir kişi de genel hayat deneyimi eksikliğine dayanarak aşırı yararlanma iddiasında bulunamaz.

Tacir sıfatı, zorda kalma durumundan farklı olarak, düşüncesizlikte olduğu gibi deneyimsizlik sebebine dayalı aşırı yararlanma iddiasında bulunmaya da engel oluşturur⁹². Kanaatimizce, bu sonuç, tacirin işletmesiyle ilgili işler bakımından isabetli olmakla birlikte işletme faaliyeti dışında kalan işler bakımından tartışmaya açıktır. Alman Federal Mahkemesi, işletme faaliyeti dışında kalsa dahi tacir tarafından deneyimsizlik iddiasının ileri sürülemeyeceği görüşündedir⁹³. Oysa ki, tacir sıfatına sahip olmak, kısmi deneyimsizliğin gerçekleşmesine engel değildir. Söz konusu sözleşme ile ilgili olduğu ölçüde hukuki, ekonomik ya da teknik alandaki kısmi deneyimsizlik diğer şartların da gerçekleşmesiyle birlikte aşırı yararlanma sonucunu doğurabilir⁹⁴.

b. Sömürme Kastı

Aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi için diğer tarafın, zarar görenin zayıf durumunu bilmesi ve bu durumdan kendi lehine menfaat elde etmek amacıyla harekete geçmesi gerekir. Sömürme kastının varlığı, zarar görenin zayıf durumunun bilinmesi yanında bu durumdan menfaat elde etme isteğinin de bulunmasına bağlıdır⁹⁵. Bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda, diğer tarafta sömürme kastı bulunmadıkça aşırı yararlanmadan söz edilmesi mümkün olmaz. Diğer tarafın, zarar görenin içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanarak edimler arasında aşırı oransızlık oluşturma kastıyla hareket

⁹² **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.244.

⁹³ BGH VIII ZR 226/56 (NJW 1957, s.1274); BGH V ZR 107/63 (**Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.244).

⁹⁴ **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.244; **MüKoBGB/Armbrüster**, §138, Rn.150; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.25.

⁹⁵ **Gauch**, Übereverteilung, s.98; **Gauch**, Fussballclub, s.65; OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.5; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.33; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.139; **Huguenin**, OR, N.462; **MüKoBGB/Armbrüster**, §138, Rn.154; **Antalya**, s.254; **Eren**, s.421; **Oğuzman/Öz**, s.138. Karş. BGE 95 II 112; BGE 54 II 190, BGE 53 II 488. Sömürme kastının varlığı için ahlaka aykırılık bilinci ya da zarar verme amacının varlığı aranmaz. Önemli olan, fiili durumun farkında olmak ve bundan yararlanma düşüncesiyle harekete geçmektir. Karş. **Böggemann**, s.493.

etmesi zorunludur⁹⁶. Bu nedenle, ihmale dayalı davranışlar sonucunda aşırı yararlanma gerçekleşmez. Buna karşılık, sömürme kastı bakımından tasarlanmış bir davranış biçiminin varlığı zorunlu değildir. Önem taşıyan husus, sömüren tarafından zarar görenin zayıf durumda olduğunun bilinmesi ve bu durumdan yararlanmak için harekete geçilmesidir⁹⁷.

Sömürme kastı, aşırı yararlanmanın unsurları bakımından yapılacak değerlendirilmede son sırada yer alır⁹⁸. Edimler arasındaki aşırı oransızlık ve zarar görenin zayıf durumu belirlendikten sonra diğer tarafın söz konusu zayıf durumdan yararlanarak edimler arasında kendi lehine aşırı oransızlık oluşturma kastıyla harekete geçip geçmediği araştırılır. Bu araştırmada, sözleşme kurma önerisinin hangi taraftan geldiği önem taşımaz⁹⁹. Öneri, zarar gören tarafından yapılmış olsa dahi TBK m.28 (OR Art.21) uygulama alanı bulur. Ancak, diğer tarafın sömürme kastıyla harekete geçtiğini ispat yükü zarar gören üzerindedir. Bununla birlikte, edimler arasındaki oransızlık yoğun biçimde gerçekleşmişse, böyle bir durumda diğer tarafın sömürme kastıyla hareket ettiği yönünde fiili bir karinenin varlığı kabul edilebilir¹⁰⁰. Vurgulamak gerekir ki, fiili karinenin kurulması için açık oransızlığın gerçekleşmesi yeterli olmayıp, bundan daha ağır biçimde yoğun olarak ortaya çıkması zorunludur¹⁰¹.

Karşı tarafın zayıf durumunu sömürerek kendi lehine menfaat elde etmek isteyen tarafın bu davranışı zayıf durumda olan tarafın karar verme özgürlüğünü olumsuz olarak etkiler¹⁰². Taraflar, sözleşme görüşmeleri sıra-

⁹⁶ **von Tuhr/Peter**, s.345; MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.154; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.139; **Antalya**, s.254; **Eren**, s.421; **Oğuzman/Öz**, s.138; **Acabey**, s.115; BGE 92 II 177; BGER 4C. 238/2004 (**Aeppli**, Art.21, N.4); BGH V ZR 47/84 (NJW 1985, s.3006). Sömürünün ağır ihmal yoluyla gerçekleşmesi durumunda OR Art.21'in (TBK m.28) kıyas yoluyla uygulanabilirliğini tartışmaya değer bulan görüş için bkz. OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.5.

⁹⁷ BGH XI ZR 280/89 (NJW-RR 1990, s.1199); BGH XI ZR 77/93 (NJW 1994, s.1275).

⁹⁸ **Gauch**, Übervorteilung, s.98; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.33; OGer Luzern 11 08 37.

⁹⁹ BK-OR/**Kramer**, Art. 21, N.33; **von Tuhr/Peter**, s.345; MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.154; **Gauch**, Übervorteilung, s.98; **Gauch**, Fussballclub, s. 65; **Huguenin**, OR, N.463; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.23; **Oğuzman/Öz**, s.139; BGE 123 III 292; BGH V ZR 47/84 (NJW 1985, s.3006).

¹⁰⁰ MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.154; **Jauernig**, §138, Rn.23; BGE XI ZR 237/99 (NJW-RR 2000, s.1431).

¹⁰¹ “Yoğun oransızlık” kavramına verilecek anlam tartışmalı olup Alman öğretisinde yaklaşık %200 oranında gerçekleşen dengesizliğin bu kapsamda değerlendirileceği kabul edilir. Tartışmalar ve örnekler için özellikle bkz. BGH XI ZR 280/89 (NJW-RR 1990, s.1199); BGH XI ZR 77/93 (NJW 1994, s.1275).

¹⁰² **Kramer/Probst**, s.147.

sında dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğü altında buldukları için sömürme kastıyla harekete geçen taraf söz konusu yükümlülüğe aykırı davranmış olur¹⁰³. Zayıf durumda bulunan tarafın sözleşme kurup kurmama iradesi ile somut olaydaki şartlar altında o sözleşmeyi kurma iradesi üzerinde sömürme amacıyla etkili olan diğer taraf, bu nedenle vermiş olduğu zararı da tazmin yükümlülüğü altına girer.

III. Aşırı Yararlanmanın Yaptırımı

A. Geçersizlik

1. Alman Hukuku Bakımından Geçersizliğin Türü

Alman hukukunda, aşırı yararlanma ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olarak düzenlendiği için söz konusu hukuk sisteminde, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, aşırı yararlanmaya bağlanan yaptırım kesin hükümsüzlüktür. Buna göre, aşırı yararlanma etkisi altında yapılan işlem bütün olarak, başlangıçtan itibaren geçersiz kabul edilir¹⁰⁴. Bununla birlikte, geçersizliğin geçmişe etkili olarak kabul edilmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabileceği düşüncesi de göz önünde bulundurulduğu için böyle sözleşmeler bakımından geçersizlik yaptırımı ileri etkili sonuçlar doğuracak biçimde uygulanır. Söz konusu sözleşmelerin tipik örneğini hizmet sözleşmesi oluşturur. Alman hukukunda hakim görüş, ifasına başlanmış hizmet sözleşmesinin aşırı yararlanma nedeniyle geçersiz olması durumunda, geçersizliğin kural olarak ileri etkili sonuçlar doğuracağını kabul eder¹⁰⁵.

Söz konusu hukuk sisteminde geçerli olan soyutluk ilkesi karşısında borçlandırıcı işlem bakımından ortaya çıkan ahlaka aykırılık ve buna bağla-

¹⁰³ **Gauch**, Fussballclub, s.65.

¹⁰⁴ MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.158; Hk-BGB/**Dörner**, §138, Rn.17; **Jauernig**, §138, Rn.25; **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.259; **Horn**, s.2; **Boemke/Ulrici**, §11, Rn.62.

¹⁰⁵ **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.125; **Richardi**, Reinhard/**Fischinger**, Philipp: J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 2011, §611, Rn. 308 vd.; MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn. 162; BAG 5 AZR 441/57 (NJW 1960, s.1589); **Boemke/Ulrici**, §11, Rn.64. Daha çok BGB §138/1'i kapsamak üzere, somut olayın koşulları doğrultusunda özellikle iş görmenin amaç ve içerik bakımından yoğun biçimde ahlaka aykırı olduğu durumlarda ise geçmişe etkili geçersizlik yaptırımının uygulanması gerektiği kabul edilir. Bkz. **Staudinger/Richardi/ Fischinger**, §611, Rn.325; BAG 4 AZR 96/75 (NJW 1976, s.1958).

nan geçersizliğin kendisinden sonra gelen tasarruf işlemi de etkilemesi kolay benimsenebilecek bir sonuç değildir¹⁰⁶. Bununla birlikte, soyutluk ilkesinin getirdiği olumsuzlukların giderilmesi için bu ilkenin sınırlandırılması düşüncesinden hareket eden öğreti ve uygulama farklı çözümler geliştirmektedir. Bu anlamda, zarar gören tarafından yapılan tasarruf işlemi de aşırı yararlanmanın etkisi altında yapılan borçlandırıcı işlemin bir uzantısı olarak değerlendirildiğinden, geçersizlik yaptırımı borçlandırıcı işlem yanında tasarruf işlemine de yaygın kabul edilir¹⁰⁷. Aynı sonuç, zarar görenin aşırı yararlanmadan doğan borç için göstermiş olduğu güvenceler bakımından da uygulama alanı bulur. Buna karşılık, sömüren tarafından yapılan tasarruf işlemleri geçersizlikten etkilenmez¹⁰⁸. Sömüren, koşullar gerçekleştiğinde sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade isteminde bulunabilir. Ancak, böyle bir durumda dahi hukuka ve ahlaka aykırı bir amaçla verilen şeyin iadesi yönünde BGB §817 S.2'nin kıyasen uygulanmasına bağlı bir engelle karşılanabilir¹⁰⁹. Zarar gören ise aşırı yararlanmanın etkisiyle yapılan tasarruf işlemi sonucunda karşı tarafa teslim etmiş olduğu eşyayı BGB §985'e dayanan istihkak istemiyle geri alabilir¹¹⁰.

Yukarıda aktarılan görüş doğrultusunda aşırı yararlanmanın etkisiyle doğan kredi borcunu ifa etmek için yapılan alacağın devri¹¹¹ ya da ciro¹¹² ile böyle bir sözleşmeden doğan borcu güvence altına almak amacıyla kurulan ipotek¹¹³ de geçersizlikten etkilenir. Aşırı yararlanmanın etkisiyle kurulan bir taşınmaz satışı sözleşmesi sonucunda sömüren malik olarak tescil edilmiş ise tapu kütüğünün tashihi davası (BGB §894) yoluyla sicilin düzeltilmesi sağlanır¹¹⁴.

¹⁰⁶ **Jauernig**, §138, Rn.125; **Boemke/Ulrici**, §11, Rn.62; BGH III ZR 63/00 (NJW 2002, s.432).

¹⁰⁷ **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn. 263; MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.164; **Jauernig**, §138, Rn.25; BGH III ZR 1/81 (NJW 1982, s.2767); BGH XI ZR 154/88 (NJW 1990, s.384; BGH XI ZR 77/93 (NJW 1994, s.1275).

¹⁰⁸ MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.164; **Jauernig**, §138, Rn.25; **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn. 264.

¹⁰⁹ **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn. 264; Hk-BGB/**Dörner**, §138, Rn. 17.

¹¹⁰ **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.263. Ayrıca bkz. Hk-BGB/**Dörner**, §138, Rn.17.

¹¹¹ **Staudinger/Sack/Fischinger**, §138, Rn.263.

¹¹² BGH XI ZR 154/88 (NJW 1990, s.384); BGH III ZR 1/81 (NJW 1982, s.2767); BGH II ZR 32/73 (WM 1974, s.774).

¹¹³ BGH XI ZR 77/93 (NJW 1994, 1275); BGH III ZR 1/81 (NJW 1982, s.2767).

¹¹⁴ BGH IX ZR 53/83 (WM 1984, 1545).

2. Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Geçersizliğin Türü

Söz konusu hukuk sistemlerinde aşırı yararlanmaya iptal edilebilirlik yaptırımı bağlanmıştır¹¹⁵. TBK m.28/1 gereğince, zarar gören, durumun özelliğine göre sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Görüldüğü üzere TBK m.28/1 aşırı yararlanma durumunda zarar görene, bütünsel iptal hakkı ve kısmi iptal hakkı olmak üzere iki seçimlik hak tanımaktadır. Böylece, bir taraftan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda tanınan bütünsel iptal hakkı korunmuş, diğer taraftan ise zarar görenin aşırı yararlanmadan arınmış biçimiyle sözleşmeyi ayakta tutmak isteyebileceği dikkate alınarak kısmi iptal hakkı da düzenlenmiştir. Bütünsel ve kısmi iptal hakları seçimlik olarak tasarlandıkları için zarar gören durumun özelliğine göre söz konusu iki haktan birini seçebilir. Bunun yanında, zarar gören, aşırı yararlanma sebebiyle uğradığı zararın tazmini için de istemde bulunabilir¹¹⁶. TBK m.28/1’in karşılığını oluşturan OR Art.21/1’de ise oransızlığın giderilmesinden söz edilmeyp sadece bütünsel iptal hakkına yer verilmesine rağmen, öğretide ve uygulamada, zarar görenin kısmi iptal hakkına da sahip olduğu görüşü hakimdir.

a. Zarar Görenin Sahip Olduğu Seçimlik Haklar

aa. Bütünsel İptal Hakkı

İsviçre hukukunda aşırı yararlanmaya bağlanan hukuki yaptırımın “tek taraflı bağlanmazlık” olduğu kabul edilir¹¹⁷. Buna göre, sözleşmenin hukuki kaderini belirleme yetkisi zarar görene aittir. Diğer bir söyleyişle, sözleşme-

¹¹⁵ Aynı olayda aşırı yararlanma ile ahlaka aykırılığın şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda ise hangi yaptırımın uygulanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, böyle bir durumda TBK m.27 (OR Art.20) ve TBK m.28 (OR Art.21) birbiri ile yarışır. Sözleşmenin aynı anda hem iptal edilebilirlik hem de kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanması mümkün olduğuna göre zarar gören de kendisi bakımından elverişli olan düzenlemeye dayanarak talepte bulunabilir. Bkz. BK-OR, **Kramer**, Art.21, N.63; CHK-OR, **Kut**, Art.21, N.24; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.34. Diğer bir görüşe göre ise ahlaka aykırılık durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımı uygulanacağı için aşırı yararlanmaya dayanılması mümkün değildir. Bkz. **Antalya**, s.251.

¹¹⁶ **Huguenin**, OR, N.535; OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.10; **Gauch**, *Übervorteilung*, s.100; **Antalya**, s.260; **Eren**, 423.

¹¹⁷ **Gauch/Rey/Schluop/Schmid**, N.745; **Huguenin**, OR, N.510; OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.6; BK-OR/ **Kramer**, Art. 21, N.46 vd.; **Gauch**, *Übervorteilung*, s.99; **Kramer/Probst**, s.147; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.140; CHK-OR/**Kut**, Art.21, N.20. Zarar görenin tek taraflı bağlanmazlık yaptırımından önceden feragat edemeyeceği yönünde BK-OR/ **Kramer**, Art.21, N.15; CHK-OR/**Kut**, Art.21, N.4.

nin geçerli olup olmayacağı hususu zarar görenin özgür iradesine göre belirlenir. Zarar görenin, sözleşmeyi onaması yanında iptal etmesi de mümkündür. Bu husus tamamen zarar görenin tasarrufunda olup, sömürenin katılımına bağlı değildir. Genel olarak kabul edilen görüş tek taraflı bağlanmazlık olmakla birlikte sözleşmenin kurulması ile onanması ya da iptali arasında geçen belirsizlik döneminde tarafların hukuki durumlarının nitelendirilmesi noktasında iki farklı görüş ileri sürülür¹¹⁸. Bu görüşler, OR Art.23 vd. düzenlenen irade bozukluklarına ilişkin olarak ortaya atılmasına rağmen OR Art.21’ in yorumlanmasında da aynı hareket noktaları takip edilir¹¹⁹.

Geçersizlik teorisine göre sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz olduğu için hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Böyle bir sözleşmeye dayanarak hak sahibi olunamayacağı gibi borç yüklenilmesi de mümkün değildir. Ancak OR Art.20’den farklı olarak geçersizlik re’sen dikkate alınmaz. Zarar gören tarafın onaması veya kanunda belirtilen hak düşürücü sürenin geçmesiyle birlikte geçersiz sözleşme geçmişse etkili olarak kurulduğu andan itibaren geçerli hale gelir. Bu görüş doğrultusunda, sözleşmenin geçerliliği, zarar görenin sözleşmeyi onaması geciktirici şartına bağlıdır¹²⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de öğretide “Picasso kararı”¹²¹ olarak adlandırılan kararında geçersizlik teorisini benimsemiştir¹²².

Öğretide yeni bir görüş tarafından savunulan iptal teorisi ise geçersizlik teorisinin tam aksi yönünde biçimlenir. Buna göre, sözleşmenin geçersizliği zarar gören tarafın iptal beyanında bulunmasına bağlıdır. İptal beyanında bulunulmadıkça geçerli bir sözleşme söz konusu olduğu için böyle bir sözleşme kurulduğu andan itibaren tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur¹²³. İptal

¹¹⁸ Geçersizlik ve iptal teorileri yanında üçüncü bir görüş olarak öğretide pek taraftar bulamayan bölünmüş geçersizlik teorisi de sayılabilir. Buna göre, zarar gören bakımından sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz kabul edilirken, karşı taraf bakımından ise geçerlidir. Bu teoriyi kabul eden görüş için bkz. **von Tuhr/Peter**, s.338. Sözleşmenin tarafları bakımından farklı hukuki durumlar oluşturduğu için bölünmüş geçersizlik teorisinin hukuk mantığı ile bağdaşmadığı yönünde **Huguenin**, OR, N.571 vd..

¹¹⁹ **BK-OR/Kramer**, Art.21, N.47; **von Tuhr/Peter**, s.345; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.140.

¹²⁰ **Gauch**, Übervorteilung, s.99; **Gauch/Rey/Schluemp/Schmid**, N.890; **Gauch**, Peter: “Vertrag und Parteiwille”, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, s.355; **Merz**, Hans: “Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1988”, s.259; BGE 114 II 142.

¹²¹ BGE 114 II 131.

¹²² **Gauch**, Peter: “Der Picasso-Entscheid -Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff”, SAG 3/89, s.156.

¹²³ **BK-OR/Kramer**, Art.21, N.47; **Huguenin**, OR, N.574; **Bucher**, s.234; **Schmidlin**, Bruno: Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR,

teorisi, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olduğu temeli üzerine yapılandırıldığı için bu noktada geçersizlik teorisinden kesin olarak ayrılır. Bununla birlikte, her iki teori bakımından zarar gören harekete geçmedikçe hâkimin durumu re'sen dikkate alamayacağı ve diğer tarafın zarar görenin kararı ile bağlı olduğu kabul edilir.

Türk hukukunda bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda bozucu yenilik doğuran niteliğe sahip bütünsel iptal hakkı kullanılıncaya kadar sözleşme geçerlidir. Böyle bir durumda bozulabilir geçerlilik söz konusudur¹²⁴. İptal hakkının kullanılması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak geçersiz olur. TBK m.28/2'de belirtilen hak düşürücü süreler içinde söz konusu hak kullanılmazsa sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder. Buna karşılık, düzelebilir hükümsüzlüğü savunan diğer bir görüş ise aynen irade sakatlıklarında olduğu gibi hak düşürücü süre içinde iptal hakkının kullanılmaması durumunda başlangıçta geçersiz olan sözleşmenin geçerlilik kazanacağını kabul eder¹²⁵.

Bozulabilir geçerlilik görüşü doğrultusunda aşırı yararlanmanın etkisiyle yapılmış borçlandırıcı işlem iptal edilinceye kadar geçerlidir. İptal hakkının kullanılması sonucunda sözleşme geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınır. Aşırı yararlanmanın etkisi borçlandırıcı işlem yanında tasarruf işlemine de yaygın kabul edildiğinde, borçlandırıcı işleme yönelik iptal beyanı aynı zamanda tasarruf işlemi bakımından da etkili olur. Aksi durumda, tasarruf işlemi yapıldığı sırada aşırı yararlanmanın etkisi ortadan kalkmışsa, zarar görenin gerçekleştirdiği ifa, borçlandırıcı işleme icazet olarak kabul edilir ve iptal hakkını ortadan kaldırır.

İptal hakkının kullanılması üzerine henüz ifa edilmemiş edimlerin ifası istenemez. İfa edilmiş edimler ise sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davasıyla geri istenebilir¹²⁶. Aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda iade

Bern 1995, Art.23/24, N.118 vd.. İptal teorisinin İsviçre hukukunda hakim görüş olarak kabul edildiği yönünde **Gauch**, Picasso, s.156, Fn.29.

¹²⁴ **Antalya**, s.255; **Oğuzman/Öz**, s.140; **Acabey**, s.117; **Buz**, Vedat: “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, BATIDER 1998, S.4, s.63, dn.35.

¹²⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.26; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.465.

¹²⁶ TMK m.1024/2 (ZGB Art.974/2) gereğince taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlı olduğu için iade talebinin aynı karakterde sahip olduğu tartışmasıdır. Buna karşılık, taşınmazların iadesi bakımından açılacak davanın hangi temele dayanacağı ise taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olup olmadığı tartışmasında benimsenecek görüşe tabidir.

talebi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulur¹²⁷. Buna karşılık, para ödenmesi biçiminde ortaya çıkan borçlar bakımından edimini yerine getirmiş olan zarar görenin başvurabileceği iade aracı zorunlu olarak sebepsiz zenginleşmedir. Özellikle kredi sözleşmeleri bakımından bu sonuçla karşılaşılır. Zarar gören tarafından kredi sözleşmesinin iptal edilmesi durumunda ödenmiş bulunan kredi faizi için sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulur¹²⁸. Aynı şekilde, sömüren de ifa etmiş olduğu ana kredi tutarının iadesini sebepsiz zenginleşme yoluyla sağlar¹²⁹.

bb. Kısmi İptal Hakkı

TBK m.28'in getirmiş olduğu yeniliklerden biri de zarar görene tanınan kısmi iptal hakkıdır. Söz konusu düzenleme doğrultusunda zarar gören sözleşmeyi iptal edebileceği gibi sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de isteyebilir. Oransızlığın giderilmesini isteme diğer bir söyleyişle kısmi iptal hakkı değiştirici yenilik doğuran niteliğe sahiptir¹³⁰. Zarar gören, isterse bütünsel iptal hakkını kullanabileceği gibi isterse kısmi iptal yoluna da gidebilir. Seçim hakkı zarar görene tanınmış olup, sadece somut olayın özellikleri ile sınırlıdır. Somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe zarar gören bütünsel ya da kısmi iptal hakkını dilediği gibi kullanabilir¹³¹.

Kısmi iptal hakkı, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde kanunda düzenlenmemesine rağmen öğretinin tarafından kabul edilmekteydi¹³². Öğretide, zarar görenin, sözleşmeyi olduğu gibi benimsemek ya da bütünsel olarak iptal etmek arasında bir seçim yapmak zorunda bırakıldığı belirtilerek, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteme hakkının kendisine tanınmaması isabetli bulunmuyordu. Uygulamada ise BK m.21'de tanınan haklar arasında oransızlığın giderilmesinden söz edilmediği için zarar görenin böyle bir hakka sahip olmadığı görüşü geçerliydi¹³³. Yeni dü-

¹²⁷ Bkz. **Huguenin**, OR, N.574 vd.

¹²⁸ **Horn**, s.2; BGH III ZR 133/85 (NJW 1986, s.2564).

¹²⁹ BGH XI ZR 319/89 (NJW 1991, s.1810).

¹³⁰ **Antalya**, s.256.

¹³¹ Seçim hakkının zarar görene ait olduğu, seçim hakkının kullanılması bakımından sömürünün tasarrufta bulunamayacağı yönünde BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.51; BGE 92 II 168; BGE 84 II 107.

¹³² **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.28; **Eren**, s.422; **Buz**, s.64; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.466.

¹³³ Yarg. HGK 13.12.2006 E. 2006/13-784, K. 2006/796 (Legalbank).

zenleme ile birlikte öğretilerdeki görüşleri de dikkate alan kanun koyucu, bütünsel iptal hakkı yanında kısmi iptal hakkına da yer vererek zarar görenin sözleşmeyle bağlı kalmayı istemesi durumunda, kendisine edimler arasındaki açık oransızlığı giderme olanağını tanımış oldu.

İsviçre hukuku bakımından ise aşırı yararlanma durumunda kısmi iptal yoluna gidilip gidilemeyeceği yönündeki tartışmalar Federal Mahkeme'nin 26.06.1997 tarihli ilke kararıyla son bulmuştur¹³⁴. Belirtmek gerekir ki, söz konusu karar öncesinde de OR Art.21'de sadece bütünsel iptal düzenlenmiş olmasına rağmen, OR Art.20/2 yoluyla edimler arasında eksiltme ya da artış yapılarak sözleşmenin ayakta tutulabileceği düşüncesi savunulmaktaydı¹³⁵. Buna karşılık Federal Mahkeme kararlarında ise kısmi iptal hakkının varlığı kabul edilmemekteydi¹³⁶. İlke kararıyla birlikte zarar görenin bütünsel iptal hakkı yanında kısmi iptal hakkına da sahip olduğu açıklığa kavuşturuldu¹³⁷.

Türk ve İsviçre hukuklarındaki hakim görüş doğrultusunda, kısmi iptal hakkının kullanılmasıyla, edimlerin objektif piyasa değeri dikkate alınarak oransızlığın bu değere göre giderilmesi amaçlanır¹³⁸. Bizim de benimsediğimiz bu görüş zarar görenin korunması bakımından aşırı yararlanma kurumunun amacına uygundur. Sömürenin korunmaya değer bir menfaati bulunmadığı için objektif piyasa değeri yerine açık oransızlık oluşturmayacak bir değer esas alınması isabetli değildir.

Zarar görenin kısmi iptal hakkını kullanması durumunda sömürenin TBK m.27/2'ye (OR Art.20/2) dayanarak sözleşmenin tamamını kesin hükümsüz kılmasının mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek yanıt da yukarıda benimsenen görüş ile bağlantılıdır. TBK m.28'nin (OR Art.21) zarar göreni koruma amacı dikkate alındığında bu soruya verilecek yanıt olumsuz-

¹³⁴ BGE 123 III 292.

¹³⁵ OR Art.20/2 ve değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuralının kıyas yoluyla aşırı yararlanma durumunda da uygulama alanı bulacağı yönünde **Gauch**, *Übervorteilung*, s.100; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.48; **Stark**, s.393. Kısmi iptal hakkını OR Art.25'in kıyasen uygulanmasına dayandıran görüş için bkz. **Bucher**, s.235.

¹³⁶ BGE 61 I 39; BGE 84 II 107; BGE 92 II 168.

¹³⁷ Federal Mahkeme kararı sonrasında, İsviçre öğretilerinde hakim görüş, OR Art.20/2 ile değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuralının kıyas yoluyla OR Art.21'de düzenlenen tek taraflı bağlanmazlık yaptırımı bakımından uygulanabileceği yönünde gelişmiştir. Bkz. **Gauch/Rey/Schlupe/Schmid**, N.754; OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.8; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.141; **Gauch**, *Fussballclub*, s.59. Karş. **Huguenin**, OR, N.589.

¹³⁸ OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.8; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.52; CHK-OR/**Kut**, Art.21, N.21; **Acabey**, s.118; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.30; **Buz**, s.73; BGE 123 II 292.

dur¹³⁹. Aksi durumda, kısmi iptal yoluyla edimler arasındaki oransızlığı giderme hakkının sonuç doğurması sömürenin iradesine bağlanmış olur. Oysa ki, zarar görene tanınan seçimlik hakların kullanılması tamamen zarar görenin iradesine bağlıdır. Kısmi iptal hakkının kullanılmasını engellemeyi amaçlayan sömürenin TBK m.27/2'den (OR Art.20/2) yararlanmasına izin verilmez.

b. İptal Hakkının Kullanılması

Aşırı yararlanma nedeniyle zarar gören taraf TBK m.28'in kendisine tanıdığı iptal hakları arasında seçim yapma hususunda serbesttir. Söz konusu serbestlik, arzu edilen hukuki sonucun doğumu bakımından sömürenin iradesine ihtiyaç duymama anlamına gelir. Bütünsel ya da kısmi iptal hakları zarar göreni korumayı amaçladıkları için onun menfaatine hizmet ederler. Sömürenin menfaatlerinin korunması düşüncesi aşırı yararlanma kurumunun yapısına aykırı kabul edilir¹⁴⁰. Buna karşılık, zarar gören bütünsel ve kısmi iptal hakları arasında bir seçimde bulunurken durumun özelliği ile bağlıdır. Durumun özelliğinin haklı göstermediği bir yolu seçemez.

Yenilik doğurucu niteliğe sahip iptal hakkı varması gerekli irade beyanı ile kullanılır ve karşı tarafa varmakla birlikte sonuçlarını doğurur. İptal hakkının kullanılması yenilik doğuran beyan yoluyla gerçekleşeceği için bu yönde dava açılmasına gerek duyulmaz. İptal iradesi açık ya da örtülü olarak ileri sürülebilir¹⁴¹. Bununla birlikte, iptal hakkının mahkemeye başvurularak kullanılması da mümkündür. Bu olasılıkta iptal iradesi dava dilekçesinde açıklanmış kabul edilir. Ayrıca, sömüren tarafından kendisine açılan bir eda davasında, zarar gören, savunma olarak iptal beyanında da bulunabilir¹⁴². İptal hakkının dava dilekçesinde ya da açılan bir davaya karşılık savunma olarak cevap dilekçesinde kullanılması uygulamada en çok tercih edilen yolu oluşturur.

Bütünsel iptal hakkının dava yoluyla kullanılması durumunda hâkimin vereceği karar tespit niteliği taşır. Sözleşme, hâkimin kararı ile değil, zarar

¹³⁹ BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.53; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.29.

¹⁴⁰ BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.51.

¹⁴¹ Zarar görenin, ifa etmiş olduğu edimin iadesini istemesi ya da kendisine ifa edilen edimi iade etmesi, bütünsel iptal hakkının örtülü olarak kullanılması yönünde değerlendirilebilir. Bkz. BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.55.

¹⁴² **Antalya**, s.256 vd..

gören tarafından yapılan iptal beyanıyla geçmişe etkili olarak geçersiz kılınır. Kısmi iptal hakkının kullanılması durumunda da hâkimin vereceği karar bakımından aynı nitelendirme geçerlidir. Bu olasılıkta, verilecek karar ile sözleşmenin kurulduğu anda kararlaştırılan edim yükümlülüğü rejiminin yürürlükten kalktığı, bunun yerine zarar görenin beyanı doğrultusunda belirlenen yeni edim yükümlülüğü rejiminin geçerli olduğu tespit edilir¹⁴³.

Seçimlik hak olarak düzenlenen bütünsel iptal ile kısmi iptal haklarının kullanılması bakımından öngörülen sınır TBK m.28/1’de “durumun özelliği” ifadesiyle belirtilmiştir. Buna göre, zarar gören kendisine tanınan iptal hakları arasında bir seçim yaparken durumun özelliğini göz önünde bulundurmalıdır. Durumun özelliği kısmi iptal hakkının kullanılmasını gerekli kılarken, zarar gören tarafından bütünsel iptal hakkı kullanılmışsa, bütünsel iptalin doğuracağı karşılıklı yarar ve zarar dengesini değerlendiren hâkimin zarar görenin bu seçimini kısmi iptal yönünde değiştirmesi mümkündür. Böyle bir durumda verilecek karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Buna karşılık, zarar gören seçimlik hakkını kısmi iptal yönünde kullanmışsa, hâkim, durumun özelliğinin bütünsel iptali haklı gösterdiği gerekçesi ile söz konusu seçimi değiştiremez. Özel hukuk yargılamasını karakterize eden ilkelerden biri olan taleple bağıllık ilkesi aksi yönde bir sonucun kabulüne engel oluşturur¹⁴⁴.

¹⁴³ **Antalya**, s.259.

¹⁴⁴ Yargılama hukukuna egemen olan tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak görülen taleple bağıllık ilkesi gereğince; hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olup, talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Taleple bağıllık ilkesi, hâkimin talepten fazlasına karar vermesine engel oluştururken; “çoğun içinde az da vardır” kuralı doğrultusunda talepten azına karar verilmesi yönünde bir engel bulunmaz (HMK m.26-ZPO Art.58-ZPO §308). Bkz. **Saenger**, Ingo: ZPO Handkommentar, Baden-Baden 2013, §308, Rn.1-6; **Musielak**, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Band 1: §§ 1-354, München 2013, §308, Rn.1, Fn.3 ve Rn.8-9; **Musielak**, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2013, §308, Rn.4-7; **Stachelin**, Adrian/**Stachelin**, Daniel/**Grolimund**, Pascal: Zivilprozessrecht, Zürich 2013, §10, N.13; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s.281; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s.336; Yarg. HGK 01.02.2012 E.2011/14-688, K.2012/34; Yarg. HGK 07.05.2008 E.2008/4-356, K.2008/367; Yarg. 18.HD 05.03.2013 E.2013/2060, K.2013/3128; Yarg. 14.HD 02.07.2012 E.2012/8027, K.2012/9021; Yarg. 13.HD 13.12.2010 E.2010/8333, K.2010/16575 (Legalbank); BGH IX ZR 96/91 (NJW 1992, s.1172); BGH X ZR 139/03 (GRUR 2006, s.747); LG Duisburg 13 T 101/10 (**Musielak**, §308, Rn.10, Fn.39). Bununla birlikte, davacı tarafından talebin bir bütün olarak değerlendirilmesi iradesi açıkça ortaya konmuş ise hâkimin kabul ya da ret kararı vermesi gerektiği, talepten azına karar verilemeyeceği yönünde **Saenger**, §308, Rn.6; MüKoZ-PO/**Musielak**, §308, Rn.8-9. Taleple bağıllık ilkesi, yargılama sonucunda verilecek kararı nicelik ve nitelik bakımından sınırlamakta olup, bütünsel iptal talebinin kısmi iptal olarak hüküm altına alınması durumunda, hâkimin vereceği karar, talebin nicelik bakımından aşı-

c. İptal Hakkının Bağlı Olduğu Süre

İptal hakkı, zarar görenin düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl içinde kullanılmalıdır (TBK m.28/2). Söz konusu süre niteliği gereği hak düşürücüdür¹⁴⁵. TBK m.28/2’de yer verilen bir yıllık hak düşürücü süre düzenlemesi BK m.21/1 ile örtüşmekle birlikte yeni düzenleme bir yıllık sürenin başlangıcı bakımından önemli bir değişiklik içerir. TBK m.28/2 gereğince, bir yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı sözleşmenin kurulması olmayıp, düşüncesizlik veya deneyimsizliğin öğrenildiği ya da zorda kalma durumunun ortadan kalktığı tarihtir. Böylece, irade bozuklukları bakımından düzenlenen iptal hakkı ile aşırı yararlanmadan doğan iptal hakkı arasındaki uyumsuzluk da ortadan kaldırılmıştır. Bir tarafta, iptal hakkının tabi olduğu hak düşürücü süre yanılma veya aldatmanın öğrenilmesinden ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalkmasından itibaren başlarken; diğer tarafta düşüncesizlik veya deneyimsizliğin öğrenildiği ya da zorda kalma durumunun ortadan kalktığı tarih dikkate alınmayarak hak düşürücü sürenin sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren başlatılması adalete aykırı sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Nitekim, BK m.21/2’ye yöneltilen eleştirilerle¹⁴⁶ aynı doğrultuda, bir yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak sözleşmenin kurulmasını dikkate alan OR Art.21/2 de İsviçre öğretisinde yoğun olarak eleştirilir¹⁴⁷. Eleştirilerin bulunduğu ortak nokta, sözleşmenin kurulmasından itibaren işlemeye başlayan hak düşürücü süre anlayışının zarar görenin korunması düşüncesi ile bağdaşmamasıdır.

ması ya da nitelik bakımından değiştirilmesi olarak yorumlanamaz. Böyle bir durumda, talepten azına karar verilmesi söz konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi’nin taleple bağlılık ilkesi kapsamında talepten azına karar verilmesine ilişkin değerlendirmeleri için özellikle bkz. BGer 5P.383/2001 (**Büchler**, Andrea/**Stegmann**, Heike: “Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch”, FAMPRO 2004, s.235, Fn.23); BGer 4A_459/2009 (**Reetz**, Peter: Zivilprozessrecht - Entwicklungen 2010, Bern 2011, s.63); BGer 5A_507/2010 (SZZP 3/2011, s.199). Konuya ilişkin örnekler için ayrıca bkz. **Affentranger**, Markus: Stämpflis Handkommentar-Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Bern 2010, Art.58, N.5. İhtiyati tedbir yoluyla bir yasağın tamamen kaldırılması talebini değerlendiren hâkimin ZPO §308 kapsamında yasağın kısmen kaldırılmasına karar verebileceği yönünde Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH VI ZR 279/99 (NJW 2001, s.157). Buna karşılık, şirket ortaklarından birinin temsil yetkisinin kısmen kaldırılması talebiyle açılan davada temsil yetkisinin tamamen kaldırılmasına karar verilemeyeceği, böyle bir kararın ZPO §308/I’de düzenlenen taleple bağlılık ilkesine aykırılık oluşturacağı yönünde bkz. BGH II ZR 139/00 (NJW-RR 2002, s.540).

¹⁴⁵ BGE 114 II 131.

¹⁴⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.26; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.466.

¹⁴⁷ Bkz. **Huguenin**, OR, N.578; **BK-OR/Kramer**, Art.21, N.57; **Gauch**, Übervorteilung, s.99, Fn.92.

BK m.21/2 (OR Art.21/2) doğrultusunda, sözleşmenin kurulmasından başlayarak bir yıl geçtikten sonra düşüncesizlik veya deneyimsizliğinin farkına varan kişi iptal hakkını yitirdiği gibi aynı şekilde bir yıl geçtikten sonra zorda kalma durumundan kurtulan kişinin de iptal beyanında bulunması mümkün değildir¹⁴⁸. Deneyimsizliğin veya düşüncesizliğin farkına varılmasından ya da zorda kalma durumunun ortadan kalkmasından bağımsız olarak hak düşürücü sürenin sözleşmenin kurulmasıyla başlatılmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçları engellemek ve menfaatler dengesini sağlamak amacıyla kanun koyucu TBK m.28/2’de bir yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcını değiştirme gereği duymuştur. OR Art.21/2’nin aksine TBK m.28/2 gereğince bir yıllık hak düşürücü süre zarar görenin düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise zor durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar.

TBK m.28/2 ile getirilen diğer bir yenilik ise iptal hakkının kullanılması bakımından öngörülen üst süredir. Buna göre, iptal hakkı her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak 5 yıl içinde kullanılmalıdır. Böylece, bir taraftan 1 yıllık kısa hak düşürücü sürenin başlaması için düşüncesizliğin veya deneyimsizliğin öğrenilmesi ya da zor durumun ortadan kalkması aranmış, diğer taraftan ise 5 yıllık uzun sürenin başlangıcı olarak sözleşmenin kurulduğu tarih esas alınmıştır.

Kısa hak düşürücü süre dışında iptal hakkının kullanılması için bir üst süre sınırlamasının kabul edilip edilemeyeceği tartışması BK m.21’i (OR Art.21) konu alan tartışmalar arasında en önemlilerinden birini oluşturur. Öğretide bir görüş iptal hakkının süre bakımından sınırlandırılması için dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından yararlanılabileceğini savunurken, diğer bir görüş ise kanunda düzenlenmemesine karşılık 5 veya 10 yıllık üst süre sınırlamasını kabul etmektedir¹⁴⁹. Üst süre tartışmaları İsviçre hukukunda devam ederken, TBK m.28/2 beş yıllık uzun hak düşürücü süreyi kabul ederek Türk hukuku bakımından tartışmalara son vermiştir.

¹⁴⁸ Eski kanun bakımından, hak düşürücü sürenin sözleşmenin kurulmasından itibaren başlatılması nedeniyle BK m.21’in uygulama alanının daraldığı; aynı olayda hata, hile veya ikrah koşulları gerçekleşmişse, BK m.21’deki bir yıllık süreyi kaçıran sömürülenin BK m.31’den yararlanabileceği yönünde **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.26. OR Art.21/2’de düzenlenen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesi durumunda koşullar gerçekleştiği ölçüde OR Art.20’ye başvurulabileceği görüşü için bkz. **Guhl/Koller**, §7, N.56; BGE 51 II 162; BGE 56 II 194; BGE 80 II 327; BGE 93 II 189.

¹⁴⁹ Görüşler için bkz. **Huguenin**, OR, N.580; BK-OR/**Schmidlin**, Art. 23/24, N.147; **Bucher**, s.213.

B. Zararın Tazmini

Alman hukuku bakımından aşırı yararlanma nedeniyle uğranılan zararın tazmini amacıyla BGB 823/2'ye dayalı haksız fiil sorumluluğuna başvurulabileceği gibi ahlaka aykırı fiil ile kasten verilen zararın tazminini düzenleyen BGB §826'ya veya sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa (culpa in contrahendo) başvurulması mümkündür¹⁵⁰.

Türk ve İsviçre hukuklarında aşırı yararlanmadan doğan zararın tazmini isteminin kaynağı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) esasına dayanır¹⁵¹. Sömürenin aşırı yararlanmaya neden olan davranışı, taraflar arasındaki güven ilişkisine aykırılık oluşturduğu için sömüren, güven ilişkisine aykırı olan bu davranışının neden olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğü altında bulunur. Tazmini istenecek zarar olumsuz zarardır¹⁵². Diğer bir söyleyişle sözleşmeye yönelik güvenin boşa çıkmasından doğan zararın tazmini istenebilir.

Zarar görenin sözleşmeyi onaması ya da onamış sayılması durumunda aşırı yararlanma nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine olanak tanınıp tanınmayacağı ise tartışmaya açıktır¹⁵³. Tartışmanın temelinde, aldatma ve korkutma durumunda, sözleşmenin onanmış olmasının tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağına ilişkin düzenlemenin (TBK m.39/2-OR Art.31/3) kıyas yoluyla aşırı yararlanma durumunda da uygulanabilir olup olmadığı sorusu yer alır. Bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda, aşırı yararlanma; zayıf durumu nedeniyle sözleşme yapmaya sürüklenmiş kişilerin, güçlü olan taraf karşısında korunması için sosyal amaçlar ile kanunda yer verilmiş bir kurumdur. Borçlar hukukunu karakterize eden sözleşme özgürlüğü ilkesi de bu doğrultuda sınırlandırılmıştır. Aşırı yararlanma bakımından

¹⁵⁰ Bkz. MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.167. Sadece culpa in contrahendo sorumluluk bakımından Hk-BGB/**Dörner**, §138, Rn.17; **Jauernig**, §138, Rn.27.

¹⁵¹ **Gauch/Rey/Schluop/Schmid**, N.748; OR-Komm/**Dasser**, Art.21, N.10; **Huguenin**, OR, N.535; **Gauch**, *Übervorteilung*, s.100; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.61; **Furrer/Müller-Chen**, Kap.5, N.142; CHK-OR/**Kut**, Art.21, N.23; **Antalya**, s.260; **Kocayusufpaşaoğlu**, §39, N.31; **Eren**, s.423.

¹⁵² BGH VIII ZR 280/85 (NJW 1987, s.639); BGH IX ZR 109/04 (NJW-RR, s.2005, s.1290). Müspet zararın karşılanması istemine olanak tanınmayacağı yönünde **Jauernig**, §138, Rn.27; MüKoBGB/**Armbrüster**, §138, Rn.167; BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.61; BGH V ZR 289/94 (NJW 1996, s.1204). Buna karşılık, culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, istisnai olarak olumsuz zarardan daha fazlasına hükmedilebileceği yönünde **Huguenin**, OR, N.1555.

¹⁵³ **Huguenin**, OR, N.597.

uygulanacak düzenlemelerin yorumlanmasında söz konusu amacın gerçekleşmesini engelleyecek kısıtlayıcı yorumdan kaçınarak, amaca en iyi hizmet edecek yorumun benimsenmesi gerekir. Buna göre, zarar görenin sözleşmeyi onaması ya da onanmış sayılması durumunda TBK m.39/2'nin (OR Art.31/3) kıyasen uygulanması mümkündür. Böylece, aşırı yararlanmanın etkisiyle kurulan sözleşme ayakta tutulmasına rağmen aşırı yararlanma nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemi ileri sürülebilir¹⁵⁴.

Sonuç

Aşırı yararlanma, içinde bulunduğu zayıf durum nedeniyle müzakere gücünü kaybetmiş ya da önemli oranda yitirmiş tarafı, diğer tarafın sömürüsüne karşı korumayı amaçlayan bir kurum olarak TBK m.28'de düzenlenmiştir. TBK m.28 ile BK m.21 karşılaştırıldığında dilde gerçekleştirilen arılaştırma yanında aşırı yararlanmanın sonuçları ve zarar görenin sahip olduğu haklar bakımından öngörülen hak düşürücü süre düzenlemesi yeni kanunun getirdiği önemli değişiklikler olarak dikkat çeker. Buna karşılık, aşırı yararlanmanın şartlarında herhangi bir değişiklik gerçekleşmemiştir. Eskiden olduğu gibi aşırı yararlanmadan söz edilebilmesi için biri objektif diğer ikisi subjektif nitelikli üç unsurun varlığı aranır. Buna göre TBK m.28'in uygulama alanı bulması için taraflardan birinin, diğer tarafın zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanarak karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık meydana getirmesi gereklidir. Kanun koyucu, isabetli olarak açık oransızlık kavramını kanunda tanımlamamış, söz konusu kavramın içinin doldurulmasını öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Bu doğrultuda, açık oransızlık, sözleşmenin kurulduğu yer ve zamanda geçerli olan piyasa koşullarına göre ilk bakışta herkesin dikkatini çeken dengesizlik olarak tanımlanır. Edimler arasında açık oransızlığın gerçekleştiği belirlendikten sonra ikinci aşamada subjektif unsurların değerlendirilmesine geçilir. Zarar görenin zayıf durumunu ifade etmek üzere kanunda yer verilen; zor durumda kalma, düşüncesizlik ve deneyimsizlik kavramları örnek olarak gösterilmiştir. Diğer tarafın dayatmala-

¹⁵⁴ **Gauch**, Überteilung, s.100; **Gauch/Rey/Schluop/Schmid**, N.748; **Stöckli**, Hubert: Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung: Ein Beitrag zum schweizerischen Kartellzivilrecht, Freiburg 1999, N.998; **Kocayusufopaşaoğlu**, §39, N.31. Bağımsız bir düzenleme niteliği taşımayan OR Art.31/3'ün, culpa in contrahendo veya OR Art.41 vd. dayanan tazminat istemleri bakımından uygulama alanına sahip olduğunu belirterek, örtülü olarak aşırı yararlanma durumunda OR Art.31/3'ün kıyasen uygulanabileceği yönünde **Huguenin**, OR, N.597. Aksi yönde, sözleşmenin onanması veya onanmış sayılması durumunda tazminat isteminin ortadan kalkacağı görüşü için bkz. BK-OR/**Kramer**, Art.21, N.61.

rına karşı sahip olunan direnme gücü üzerinde olumsuz etki oluşturan her durum bu kapsamda değerlendirilir. Ancak, zor durumda kalma kavramına yüklenen geniş anlam birçok farklı durumu da kapsadığı için uygulamada çoğu zaman kanunda belirtilen üç durum dışında başka bir durumla karşılaşılmaz. Son aşamada sömürme kastının varlığı değerlendirilir. Sömürme kastının varlığı ise karşı tarafın zayıf durumunu bilme ve bu durumdan kendi lehine menfaat elde etme amacıyla edimler arasında açık oransızlık oluşturmak için harekete geçme amacının varlığına bağlıdır. Bu doğrultuda, objektif unsurun ispatında herhangi bir güçlük yaşanmamakla birlikte subjektif unsurun özellikle de sömürme kastının ispatlanması bazı durumlarda neredeyse olanaksızdır. Böyle bir durumda, yoğun biçimde gerçekleşen objektif unsur, subjektif unsurun özellikle de sömürme kastının varlığına karine oluşturabilir.

Aşırı yararlanmanın şartlarının gerçekleşmesi üzerine zarar gören seçimlik haklara sahip olur. Buna göre, zarar gören bütünsel iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili biçimde geçersiz kılabilir ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki açık oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Bu son durumda kısmi iptal hakkının kullanılması söz konusudur. BK m.21'e göre, edimler arasındaki açık oransızlığa rağmen sözleşmeyle bağlı kalmak ya da iptal hakkını kullanarak sözleşme ilişkisini bütün olarak geçersiz kılmak arasında bir seçim yapması gereken zarar gören, TBK m.28 ile kısmi iptal hakkına da sahip kılınmıştır. Böylece, öğretinin tarafından kabul edilmesine karşılık Yargıtay tarafından kanunda yer almadığı için reddedilen kısmi iptal hakkı pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur.

İptal hakkının kullanılmasına ilişkin hak düşürücü süreler ise TBK m.28/2'de yeniden düzenlenmiştir. Eski kanunda öngörülen bir yıllık süre TBK m.28/2'de de korunmuş fakat sürenin başlangıcı olarak sözleşmenin kurulması değil, zarar görenin düşüncesizlik ya da deneyimsizliğini öğrendiği veya zorda kalma durumunun ortadan kalktığı tarih kabul edilmiştir. Ayrıca, iptal hakkının kullanılması bakımından bir yıllık kısa hak düşürücü süre yanında sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren başlayan beş yıllık uzun hak düşürücü süre öngörülmüştür.

TBK m.28'de belirtilmemiş olmasına rağmen zarar görenin, aşırı yararlanma nedeniyle uğradığı zararın tazminini de istemesi mümkündür. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk esasına (culpa in contrahendo) dayanan tazminat isteminin, TBK m.39/2'nin kıyasen uygulanması sonucunda, sözleşmenin onanması ya da onanmış sayılması durumunda dahi ileri sürülmesi mümkündür.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BKR	: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Bkz.	: Bakınız
BGB	: Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
dn.	: dipnot
DNotZ	: Deutsche Notar-Zeitschrift
DS	: Der Sachverständige
DtZ	: Deutsch-Deutsche Rechts- Zeitschrift
E.	: Esas
Fn.	: Fussnote
GVP	: Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
Kap.	: Kapitel
KGer	: Kantonsgericht
LAG	: Landesarbeitsgericht
LG	: Landgericht

- m. : madde
- MittBayNot : Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse
und der Landesnotarkammer Bayern
- N. : Note (Randnote)
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift
- NJW-RR : NJW-Rechtsprechungs-Report
- NStZ : Neue Zeitschrift für Strafrecht
- NZA : Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
- NZM : Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
- OGer : Obergericht
- OR : Schweizerisches Obligationenrecht
- Rn. : Randnummer
- S. : Satz
- s. : sayfa/Seite
- TBK : Türk Borçlar Kanunu
- TMK : Türk Medeni Kanunu
- SAG : Schweizerische Aktiengesellschaft
- SJZ : Schweizerische Juristen-Zeitung
- vd. : ve devamı
- WM : Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
- Yarg. : Yargıtay
- ZBGR : Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grund-
buchrecht
- ZfIR : Zeitschrift für Immobilienrecht
- ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch
- ZPO : Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

ACABEY, Beşir: “Aşırı Yararlanma (TBK.m.28)”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, 2011, s.111 vd..

ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013.

ARMBRÜSTER, Christian: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, §1-240, München 2012.

BLANK, Hubert/**BÖRSTINGHAUS**, P.Ulf: Miete-Das gesamte BGB-Mietrecht Kommentar, München 2008.

BOEMKE, Burkhard/**ULRICI**, Bernhard: BGB Allgemeiner Teil, Berlin Heidelberg 2009.

BÖGGEMANN, Stephen: “Arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zum Lohnwucher”, NZA 2011, s.493 vd..

BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1988.

BUZ, Vedat: “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, BATIDER 1998, S.4, s.53 vd..

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

FURRER, Andreas/**MÜLLER-CHEN**, Markus: Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich- Basel-Genf 2008.

FURRER, Andreas/**Schnyder**, Anton K.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht -Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen- Art.1-183 OR, Zürich 2012.

GASSNER, Otto: “Sittenwidrigkeit eines Ratenkreditvertrages durch Verstoß gegen die ZPO?”, NJW 1988, s.1131 vd..

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

GAUCH, Peter: “Der Picasso-Entscheid – Bemerkungen zu BGE 114 II 131 ff”, SAG 3/89, s. 152 vd. (Picasso).

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

GAUCH, Peter/**REY**, Heinz/**SCHLUEP**, Walter R./**SCHMID**, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 2003.

GAUCH, Peter/**AEPLI**, Viktor/**STÖCKLI**, Hubert: Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 2009.

GUHL, Theo/**KOLLER**, Alfred/**SCHNYDER**, Anton/**DRUEY**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.

HARTMANN, Stephan: Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Fribourg 2001.

HORN, Norbert: “Der Wuchereinwand bei gewerblichen Darlehen und im internationalen Finanzmarkt”, BKR 2006, s.1 vd..

HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012.

JAUERNIG, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2011.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/**HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, İstanbul 2014.

KRAMER, Ernst: Berner Kommentar, Bd. IV/1/2/1a, Art.19-22 OR, Bern 1991.

KRAMER, Ernst/**PROBST**, Thomas: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003.

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/**NOBEL**, Peter/**SCHWANER**, Ivo/**WOLF**, Stephan: OR Kommentar- Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich 2009.

KURU, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

MUSIELAK, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Band 1: §§ 1-354, München 2013.

MUSIELAK, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2013.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2013.

RICHARDI, Reinhard/**FISCHINGER**, Philipp: J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 2011.

SACK, Rolf/**FISCHINGER**, Philipp S.: J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Staudinger BGB-Buch 1: Allgemeiner Teil, §134-163, Berlin 2011.

SAENGER, Ingo: ZPO Handkommentar, Baden-Baden 2013.

SCHMIDLIN, Bruno: Berner Kommentar, Bd. VI/1/2/1b, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 1995.

SCHMIDT-FUTTERER, Wolfgang: Mietrecht, Grosskommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, München 2011.

SCHUMACHER, Rainer: Vertragsgestaltung, Zürich 2004.

SIMON, Heike: “Einführung in das französische Immobilienrecht”, MittBayNot 2004, s.351 vd..

STARK, Emil: “Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts”, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, s.377 vd..

STÖCKLI, Hubert: Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich 2008.

TEKİNAY, S.Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TEUSCHER, Kathrin: “BGer v. 24.8.2007: Fragerecht des Beschuldigten, Unerfahrenheit im Sinne von Art. 157 StGB”, forumpoenale 3/2008, s.148 vd..

von TUHR, Andreas/**PETER**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, Zürich 1984.

WIEGAND, Wolfgang: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, Veröffentlicht im Band 123, Obligationenrecht”, ZBJV 1998, s.683 vd..

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.