

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukuku Genel Hükümler - 9. Hafta - 2. Ders - 14.12.2023

A-) Kısmi Hükümsüzlük

27 fıkra 1'i geride bıraktım. Geldim 27 fıkra 2'ye.

Bir sözleşme var. 25 maddeden ibaret. 15 maddeden ibaret. 250 maddeden ibaret. 5 maddeden ibaret. Sözleşme birçok maddeden, birçok sayfadan oluşabiliyor, değil mi? Bu sözleşmenin sadece ve sadece bir veya birkaç hükmü ya da bazı hükümleri geçersiz. Ne yapacağız?

Sözleşme tamamen kesin hükümsüzdür mü diyeceğiz yoksa sözleşmenin sadece ve sadece o kesin hükümsüz olan hükümleri mi kesin hükümsüz diyeceğiz? Kısmi hükümsüzlük başlığı altındayız. Bir sözleşme bütünüyle kesin hükümsüz olabilir ama bazen de bir sözleşmenin sadece bazı hükümleri kesin hükümsüz olabilirler. Örneğin başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle veya kişilik haklarına aykırılık sebebiyle ya da emredici hukuk kurallarına aykırılık sebebiyle. Yani sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olabileceği gibi sözleşmenin bazı hükümleri de kesin hükümsüz olabilir.

Bu ikinci ihtimalde neden söz edeceğiz? Kısmi hükümsüzlükten söz edeceğiz ve bu çerçevede baktığımızda Borçlar Kanunu m. 27, bize bunu açıkça söylüyor. Diyor ki bir sözleşmenin sadece ve sadece bir veya birkaç hükmü kesin hükümsüz ise o zaman sözleşmenin sadece ve sadece o kısmı kesin hükümsüzdür. Kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Dolayısıyla sözleşmenin geri kalan kısmı geçerlidir diyor, sözleşmenin geri kalan kısmı geçerlidir diyor. TBK 27. maddenin 2 fıkrası:

“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

Yani bir örnek verirsek mesele somutlaşacak. Bir sözleşme yapıyoruz. A, B, C ham maddelerinin ithalatına dair bir sözleşme yapıyoruz. Bir de ne var? D ham maddesinin de ithalatı var. A maddesinin ithalatında, B maddesinin ithalatında, C maddesinin ithalatında herhangi bir sorun yok. İthal yasağı falan yok. Onlar çok rahatlıkla ithal edilebilecek. Kişi taahhüdünü yerine getirebilecek. Ama D ham maddesinin ithalatı yasaklanmış sözleşmenin kurulmasından önce. Yani başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle, objektif imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin D ham maddesinin ithaline ilişkin hükmü geçersiz.

Diyebilirsiniz ki: *“Tamam, hocam, borçlu A maddesini, B maddesini, C maddesini ithal eder sen de bedelini ödersin. Borçlu D maddesini ithal etmez hocam sen de bedelini ödemezsin, dosya kapanır.”*

Tamam, Borçlar Kanunu zaten böyle söylüyor. Ama şu olamaz mı benim açımdan örneğin meseleye bakıldığında? A maddesinin, B maddesinin, C maddesinin ithali D maddesi olmaksızın hiçbir işe yaramıyor. Benim üretmek istediğim ilaç için benim üretmek istediğim boya maddesi için benim üretmek istediğim başka herhangi bir şey için bana mutlaka ve mutlaka A, B, C'nin yanı sıra D maddesi de gerekiyor.

O zaman taraflardan birisinin farazi iradesi hangi yönde? *“Ben bu sözleşme yapılırken bu D maddesinin ithalinin yasak olduğunu bilseydim yani sözleşmenin bu hükmünün başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüz olduğunu bilseydim sözleşmenin diğer hükümlerini de kabul etmezdim.”* Ben bunu ispatlayabiliyorsam o zaman nereye varıyoruz? Sözleşmenin diğer maddelerinin de sözleşmenin geri kalan kısmının da kesin hükümsüz olduğu sonucuna varıyoruz.

Demek ki prensip, sözleşmenin bir kısmı hükümsüzse adı üzerinde sözleşmenin o kısmının kesin hükümsüz olması ve sözleşmenin geri kalan hükümlerinin geçerliliğini muhafaza etmesi, sözleşmenin geri kalan hükümleriyle ayakta kalması, geçerliliğini sürdürmesi.

Ama diyor ki kanun koyucu, taraflar şu noktalarsa o kesin hükümsüz olan kısım olmadan sözleşmenin geri kalanını yapmayacaklarını iddia ediyorlarsa ve bunu ispatlayabiliyorlarsa o zaman sözleşmenin geri kalanı da hükümsüzdür diyor. Bu varsayım taraflardan biri için de söz konusu olabilir.

B-) Zorunlu Kısmi Hükümsüzlük

Ancak şöyle de bir kuralımız var. Bazen de böyle bir varsayıma rağmen, yani *“Bu sözleşmenin o kısmı olmasaydı ben sözleşmenin geri kalanını yapmazdım.”* şeklindeki iddiaya rağmen, *“Senin farazi iraden bu yönde olsa dahi bu ihlal edilen kuralın amacı sözleşmenin mutlaka ve mutlaka geri kalanının ayakta kalmasını gerektirebilir.”* diyoruz.

Bir örnek verirsek somutlaşacak. Bir sözleşme yapılmış, klasik kürsü örneğidir. Hatırlarsanız geçen haftalarda da konuşmuştuk, sorumsuzluk anlaşması. Bir işveren işçiye diyor ki; *“Seninle evet bir iş sözleşmesi yapıyorum, biz hizmet sözleşmesi yapıyorum ama benim ağır kusurlarım çerçevesinde dahi olsa, senin yakalanacağın meslek hastalıklarından sorumlu değilim veya senin uğrayacağın iş kazalarından sorumlu değilim. Beden bütünlüğünün ihlali falan beni hiç ilgilendirmez. Ağır kusurum dahi olsa durum böyle olacak ben sorumluluk altına girmeyeceğim.”* diyor.

Sorumsuzluk anlaşması geçerli mi? Ben size bunu geçen hafta anlattım. TBK m. 115'te açık hüküm vardı. Kişinin ağır kusurundan sorumsuz olacağına dair sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüzlük yaptırımına maruzdur.

Şimdi işverenin koltuğuna oturuyoruz hep beraber. Şöyle söylüyoruz: *“Aaa! Bu sorumsuzluk anlaşması geçersiz mi? Ben bunun geçersiz olduğunu bilseydim bu sözleşmeye taraf olmazdım. Seni asla istihdam etmezdim. Bu iş sözleşmesini de yapmazdım, bu hizmet*

sözleşmesini de yapmazdım. Bu hizmet sözleşmesi geçersizdir. Geçmiş olsun, başının çaresine bak! İş kazasına uğradıysan dahi zaten aramızda hizmet sözleşmesi kurulmadı ki! Meslek hastalığına uğradıysan dahi zaten aramızda hizmet sözleşmesi kurulmadı ki!”

Buna müsaade edecek miyiz? Buna müsaade etmeyeceğiz. Bazen ihlal edilen kuralın amacı bize neyi emreder? Mutlaka ve mutlaka sözleşmenin geri kalanının o haliyle muhafaza edilmesi gerektiğini emreder.

I-) TBK Geçici Madde 2

Hatta bazen bunu kanun koyucu özellikle söyler. Örneğin beraberce baktığımızda şunu görürüz. Türk Borçlar Kanunu'na eklenen geçici madde:

“Konut kiralari bakımından 2/7/2023 ilâ 1/7/2024 (bu tarihler dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. ...”

Dikkat fazla miktar yönünden geçersizdir. Yani ne diyor kanun koyucu? Diyor ki; *“Zorunlu kısmi hükümsüzlüğe emrediyorum. %45’lik zam yaptınız. Bu zammı ancak %25’lik kısmı itibariyle kabul ediyorum. Ama en yüksek sınırı aşan 20 puan bakımından bunu kabul etmiyorum.”* diyor.

Dolayısıyla sözleşme kanundaki en yüksek zam sınırına uyan zam oranı üzerinden yapılmış sayılır. Yani kiraya verenin şunu deme hürriyeti yok değil mi? *“Ben bu %25’lik sınırın üzerindeki bu anlaşmanın kesin hükümsüz olacağını bilseydim, bu sözleşmeye taraf olmazdım. Bu sözleşme kesin hükümsüzdür.”* Onun böyle cümleler kurma hürriyeti yok.

II-) TTK m. 1530

Benzeri bir düzenlemeyi nerede görürsünüz? Gelecek sene Ticaret Hukuku derslerini verecek hocalarınız size. Türk Ticaret Kanununun 1530 maddesinin 1. fıkrasından söz edecekler. Şöyle söylüyor kanun koyucu. Diyor ki:

“Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır.”

Örneğin bir malın satış bedeline getirilen bir sınırlama var diyelim ki. Arkasından devam ediyor.

“Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan

sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.”

Yani taraflar farazi iradelerinin farklı olduğunu ne yapamazlar? Dile getiremezler. “Biz bunun geçersiz olduğunu bilseydik bu sözleşmeyi bu tutarlar üzerinden hiç yapmazdık sözleşmenin tümü geçersizdir.” diyemezler.

Taraflardan birisi de bunu ileri süremez diyoruz.

C-) Aşırı Yararlanma = Gabin

O halde nereye geldik? Aşırı yararlanma başlığına geldik.

Şöyle bir örnekle başlasam acaba ne dersiniz? Bir kişi bir arabaya sahip. Arabasının piyasa fiyatı 100.000 lira. Arabasını 100.000 liraya sattı. Sorun var mı, sorun yok.

Bir kişi, arabası 100.000 lira. Arabasını sevgili kızına 60.000 liraya sattı veya 40.000 liraya sattı. İtirazı olan var mı? Yani bir baba evladına iyilik yapmak veya onu yüreklendirmek için acaba ona böyle bir karma bağışlamada bulunabilir mi? Bulunabilir.

Satış sözleşmesine ilişkin edimlerle bağışlama sözleşmesine ilişkin edimler kanun koyucunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirilmiştir. Dolayısıyla bir karma sözleşme söz konusudur. Bir başka karma sözleşme örneği olan arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerini geçen hafta anlatmıştım. Bir karma sözleşme söz konusudur. Bir sorun yoktur.

Peki, bir kişi 100.000 lira değeri olan arabasını içinde bulunduğu ekonomik güçlük sebebiyle hacze gelen alacaklılarından bir an önce kurtulmak amacıyla değerinin çok altında bir bedelle satmak zorunda kalmıştır. 40.000 liraya satmak zorunda kalmıştır. Hocam sözleşme geçerlidir diyenler? Satmış hocam biz ne yapalım diyenler? Hocam buna bizim bir çözüm üretmemiz gerekir diyenler? Yani hocam burada gerçekten kişi sömürülmüş. Bir çözüm üretmemiz gerekiyor diyorsanız, merak etmeyin Borçlar Kanunu çözüm üretmiş bulunuyor.

TBK m. 28. Kenar başlık: “III. Aşırı yararlanma.” Eski Borçlar Kanunu, bu kavram için gabin kelimesini kullanıyordu değil mi? Gabin terimi de aklınızda bulunsun. Eski, 818 sayılı Borçlar Kanununda “gabin” kelimesi kullanılırdı. Eski kitapları karıştırırsanız, eski Yargıtay kararlarına bakarsanız bu terime rastlayabilirsiniz. Hâlen dahi bu terime rastlamanız mümkündür.

TBK m. 28 fıkra 1:

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, ...” (100.000 liralık taşınmaz 40.000 liraya satılıyorsa veya 40.000 liralık bir araba 100.000 liraya satın alınıyorsa) “... bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya

da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.”

Hükmün 2. fıkrasında da bu iptal hakkıyla, bu edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesine ilişkin hakkını hangi sürelerde kullanacağına dair düzenleme getiriyor. Ona daha sonra geleceğim.

I-) TBK m. 28 Sözleşme Özgürlüğüne İlişkin Bir Hükümdür

Şimdi şöyle bakalım beraberce. Bir defa neye ilişkin bir hüküm? Sözleşme özgürlüğüne ilişkin bir hüküm değil mi, sözleşme özgürlüğüne ilişkin bir hüküm. Evet, kişi dilediği sözleşmeyi yapabiliyor. Dilediği içerikte yapabiliyor ama işte bunun birtakım sınırlamaları var. Biraz önce teker teker hepsini söyledik. TBK m. 27 kesin hükümsüzlük yaptırımını getiriyor.

Halbuki 28. madde başka bir yaptırımını bize söylüyor. İptal edilebilirlik kavramından söz ediyoruz değil mi? Zarar görenin sözleşmeyi iptal etme hakkı var veya edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesine ilişkin bir talep hakkı var. Yani sözleşme kendiliğinden hükümsüz değil, kesin hükümsüz değil. Uyguladığımız yaptırım, iptal edilebilirlik veya edimler arasındaki bu açık oransızlığın giderilmesini talep etme.

II-) TBK m. 28 İrade Bozukluklarına (= Sakatlıklarına) İlişkin Bir Hüküm Değildir

O halde şunu da söylemekte fayda var. Biz sizlerle beraber gelecekte irade sakatlıklarını ele alacağız. İrade sakatlığı kişinin esaslı beyan hatasına, esaslı saik hatasına düşmesi, kişinin hileye maruz kalması, kişinin tehdide (ikraha) maruz kalmasıdır. Gelecek derslerde irade sakatlığı başlığı altında bunları konuşacağız.

İşte bazı yazarlar aşırı yararlanmayı da irade sakatlıkları altında ele almışlardır. Ama burada bir irade sakatlığı yok. İrade sakatlığı olmamasını gösteren meselelerden bir tanesi de şudur: Borçlar Kanununun sistematiği. Ben size hep söylüyorum. Kanun ders kitabı gibi yazılmış diyorum. Bakınız. Borçlar Kanunu'nun sistematiğinde.

F. Sözleşmenin içeriği

I. Sözleşme özgürlüğü

Madde 26 ...

II. Kesin hükümsüzlük

Madde 27...

III. Aşırı yararlanma

Madde 28...

Sonra

IV. Ön sözleşme.

Madde 29...

F maddesi bitti. Arkadan nereye geldik. G maddesine geldik, irade bozukluklarına geldik. İrade sakatlıklarına geldik. Kanun koyucu gabinle (= aşırı yararlanmayla) irade sakatlıklarının arasına bilinçli bir şekilde neyi yerleştirdi? Ön sözleşme kavramını yerleştirdi. Bunların birbirlerinden farklı kavramlar olduğunu dile getirmek maksadıyla.

III-) Genel Olarak Aşırı Yararlanmanın Şartları

Öncelikle diyoruz ki; evet bu kavram da ahlaka aykırılık temeline dayalı ama buradaki ahlaka aykırılık sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmıyor.

Diyoruz ki şartları şunlar:

1. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmalı.

Satım gibi hizmet sözleşmesi gibi eser sözleşmesi gibi kira sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmalı.

2. Taraflardan biri zayıf durumda olmalı.

3. Karşı taraf zayıf durumda olanın içinde bulunduğu koşulları bilmeli, bilerek onun bu durumundan yararlanmak amacıyla hareket etmeli, bilerek onun bu durumundan yararlanmak niyetiyle hareket etmeli.

4. Edimler arasında açık bir oransızlık meydana gelmeli.

Yani 100.000 liralık bir malı, içinde bulunduğu durum nedeniyle 40.000 liraya satmak zorunda kalmış veya içinde bulunduğu durum nedeniyle örneğin tecrübesizliği veya düşüncesizliği sebebiyle 40.000 liralık bir malı, ne yapmış? 100.000 liraya satın almak durumunda olmuş. Edimler arasında açık bir oransızlık söz konusu olmuş.

IV-) Aşırı Yararlanmanın Şartlarının Yakından Ele Alınması

1-) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Akit Mevcut Olmalı

Birinci şartımız tam iki tarafa borç yükleyen bir akit olmalı. Bakınız ne diyor Borçlar Kanunu 28: “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında ...” Bu “Karşılıklı edimler arasında...” ifadesine özen göstereceğiz değil mi? Tam iki tarafa borç yükleyen bir akit olmalı. Yani satım sözleşmesi gibi kira sözleşmesi gibi eser sözleşmesi gibi hizmet sözleşmesi gibi.

2-) Bir Taraf Zayıf Durumda Olmalı

Bir taraf zayıf durumda olmalı. Yani sömürülen taraftan bahsediyoruz. Zarar görenin mesela ne olması, zor durumda olması. Zarar görenin düşüncesizliği, zarar görenin tecrübesizliği.

a-) Zarar Görenin Zor Durumda Olması

Şimdi zor duruma beraberce bakalım. Zor durumdan kastımız kişinin çaresizlik içerisinde olması. Yani bu sözleşmeyi yapıyor olması artık onun için son çare. Eski Borçlar Kanunu müzayaka hâlinde bahsederdi. Zor durumda olmak ekonomik sebeplerden kaynaklanıyor olabilir.

Kişinin fakir veya zengin olmasından bahsetmiyorum. Kişi fakir de olabilir zengin de olabilir. Zengin olması ihtimalinde örneğin bazı malvarlığı değerlerine sahiptir ama onları paraya çevirebilecek durumda değildir. Dolayısıyla içinde bulunduğu ekonomik koşullar bakımından zor durumdadır. Yani kişi varlıklı bir insan olmasına rağmen ekonomik açıdan zor durumda olabilir.

Yani klasik örnek şudur; alacaklılar icra takibine geçmişlerdir. Kişinin malları üzerine haciz konulacaktır. Cebri icra yoluyla açık arttırma suretiyle satılacaktır. İşte bu tehlikelerle karşı karşıya kalan kişi bazı malvarlığı değerlerini deyim yerindeyse yok pahasına elden çıkartmak zorunda kalmıştır.

Zor durum psikolojik nedenlerden de kaynaklanabilir. Örneğin kişinin kendisinin acilen ameliyata alınması gerekiyordur. Kişinin çocuğunun acilen ameliyata alınması gerekiyordur. Ameliyatı yapacak olan hekim ise çok yüksek birtakım ücretler talep etmektedir. Yani normalin kat be kat üstünde ücretler talep etmektedir. Örneğin 100 liralık bir ameliyatı 160 liraya yapacağından söz ediyordur. 200 liraya yapacağından söz ediyordur. 140 liraya yapacağından söz ediyordur. Dolayısıyla kişinin içinde bulunduğu zor durum psikolojik de olabilir. Ekonomik olması şart değildir.

Hatta şunu söylüyor birtakım Yargıtay kararları. Diyor ki; sadece ve sadece kişinin içinde bulunduğu durum değil, kişinin eşinin içinde bulunduğu durum da psikolojik olarak ne yapabilir? Kişiyi zor durumda bırakabilir diyor. Bir çift var, erkek ekonomik açıdan güç durumda iş hayatında, karısı da onun bütün bu ekonomik güçlüklerinin farkında, kadının bir ekonomik güclüğü yok ama kendi malvarlığı değerlerini kocasını bir an önce bu işten kurtarmak maksadıyla ne yapmak zorunda kalabiliyor? Elinden, gerçek değerinin çok altında bir bedelle çıkartmak zorunda kalabiliyor. Gabine maruz kaldı mı? Gabine maruz kaldı. Zor durumu var mı? Zor durumu var.

Bir başka zor durum, yani çaresizlik hali kişinin yaşlı olmasıdır. Yargıtay kararlarında da karşımıza çıkıyor. Kişinin eşi var. Onu yitirmiş. Evladı var. Onu yitirmiş. Hayatta tek başına kalmış. Dolayısıyla 3. şahıslar tarafından ne hale gelmiş? Sömürülebilir hale gelmiş. Acz içerisinde. Tek başına yalnız, sevgiye, ilgiye, şefkate muhtaç hale gelmiş. Böyle bir kişi de zayıf durumdadır diyebiliriz mi? Zayıf durumdadır diyebiliriz.

Demek ki zayıf durum ekonomik sebeplerden kaynaklanabilir, psikolojik sebeplerden kaynaklanabilir, kişinin çaresiz olması salt kendisine ilişkin bir olgu olarak değerlendirilemez. Yakınlarına ilişkin bir olgu olarak da değerlendirilebilir.

Aynı şekilde kişinin çaresizliğinin sebebi kendi kusuru olsa da fark etmez. Çaresizliği kendi kusurundan kaynaklansa, kusursuz da olsa bizim için önemli değildir. Önemli olan kişinin zor durumda olmasıdır, çaresiz durumda olmasıdır, müzayaka halinde olmasıdır diyoruz.

b-) Zarar Görenin Düşüncesizliği

İkinci sebep. Ne dedi kanun koyucu?

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ...”

Bu düşüncesizlik terimi de pek isabetli değil. Hani düşüncesiz bir adam, düşüncesiz bir kadın yani empati duygusundan (duygudaşıktan) yoksun, kaba saba, nobran falan deriz değil mi? Ne kadar düşüncesiz bir kişi deriz.

Şimdi maddedeki terimin böyle bir anlamı olamaz. Buradaki ifade eski Borçlar Kanununda ana hatlarıyla şöyle idi. Kanun mealen “Edimler arasındaki açık nispetlilik kişinin hiffetinden yararlanılmak suretiyle elde edilmişse...” derdi.

Hiffet kelimesi hafiflik anlamına geliyor. Hafiflikle hareket etmek anlamına geliyor. Yani kişinin sözleşmeye düşünmeden, taşınmadan, ölçmeden, biçmeden, tartmadan taraf olmasıdır. Bir diğer söyleyişle kişinin sözleşmeye, o sözleşmenin kendisine sağlayacağı hakları, menfaatleri, alacakları, borçları, kendisine getireceği yükleri, riskleri ölçmeden, biçmeden, tartmadan, böyle rahat hareket ederek taraf olmasıdır diyebiliriz.

Yani düşüncesizlikten kastımız hafiflikle hareket etmektir. Sözleşmenin ekonomik ve hukuki sonuçlarını düşünmeden hareket etmek demektir. İşlemi hafife almak demektir. İşleme gereken önemin verilmemesi demektir. Umursamaz şekilde hareket edilmesi demektir, diyebiliriz. Hatta bazı yazarlar diyorlar ki; ayırt etme gücünden yoksunluğa varmayan bir akıl zayıflığı da bu duruma örnek olarak gösterilebilir diyor.

Ayrıca şunu söylüyoruz, kişinin hayatında hep böylesine bir tavır sergiliyor olması da bizim için önemli değil. Yani tüm işlemlerinde hafiflikle hareket ediyor olması, tüm işlemlerinde böyle bir karakter özelliğine sahip olması da önemli değil. Önemli olan gerçekten de o somut olayda o şekilde hareket etmesidir diyoruz.

Federal mahkemenin bir kararında yaşlı bir erkek, kendisinden oldukça genç bir hanımefendinin kendisiyle evleneceği ümidiyle ona bir taşınmazını piyasa fiyatının oldukça altında bir bedelle satmış. Daha sonra bu genç hanım yaşlı adamı terk etmiş. Terk edilen yaşlı adam dava açmış. Uyuşmazlık İsviçre Federal Mahkemesinin önüne kadar gelmiş. Federal Mahkeme ne demiş olsa gerekir? Gabin var mıdır dedi yok mudur dedi? Gabin vardır dedi. Gabin vardır. Çünkü sözleşme kurulurken o yaşlı erkek de psikolojik olarak zor durumda idi. Bu kadının ağına düşmüş durumda idi.

c-) Zarar Görenin Tecrübesizliği

TBK m. 28'e göre:

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, ...”

Kişi yaşının gençliği sebebiyle ne olabilir? Tecrübesiz olabilir veya iş hayatında tecrübesiz olabilir, yaşını başını almış birisi olabilir ama iş hayatında, ticaret hayatında tecrübesiz olabilir. Örneğin hanımefendi bir kız evlat, babasından kendisine bir fabrika miras olarak kaldı ama bu hanımefendi hayatı boyunca ev hanımlığı yaptı, annelik yaptı. Kesinlikle kınamıyoruz. Kutsal görevler ama ticaret hayatına baktığımızda kendisi tamamen tecrübesiz. Bu fabrikanın satımı, arazinin satımı, fabrikanın makineleriyle beraber satımı veya işletmeye devamı noktasındaki birtakım sözleşmelerde nedir? Tecrübesizdir diyoruz.

Paşa dedesinden kendisine miras kalan pul koleksiyonunun veya çeşitli resamlara ait tabloların piyasa değerini bilmeyen genç torunun tecrübesizliği de ne olabilir? Örnek olarak gösterilebilir.

Bu noktada bir hususa daha değinmekte fayda var, o da şu: Tacirler de aşırı yararlanmaya maruz kalabilirler. Ancak, tacirlerin düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden bahsedilemez. Zira tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğü söz konusudur (TTK m. 18/f. 2). Bununla birlikte tacirlerin de müzayaka haline düşmesi yani zor duruma düşmesi mümkündür. Dolayısıyla da diğer şartları da gerçekleştiyse onlar da aşırı yararlanmaya maruz kalabilirler ve TBK m. 28'in sağladığı haklardan yararlanabilirler.

3-) Sömürenin Sömürü Kastı

Üçüncü şartımız da şu; sömüren, zarar görenin içinde bulunduğu zayıf durumu bilerek hareket etmeli ve onun içinde bulunduğu durumdan yararlanma arzusuyla hareket etmeli ve bu yolla edimler arasındaki aşırı oransızlığı elde etmiş olmalı.

Yani zayıf durumda olan bir taraf var, sömürülen bir taraf var. O zor durumda. Ya da hangi durumda? Düşüncesizce hareket eder durumda veya ne durumda? Tecrübesiz durumda. Karşı taraf da sömüren, onun içinde bulunduğu durumu bilen, buradan haksız çıkar elde etmek isteyen kişi durumunda. Demek ki sömüren edimler arasındaki oransızlığı ne yapıyor? Gerçekten de zarar görenin içinde bulunduğu zayıf durumdan yararlanarak elde ediyor.

Evet, bu bilme olgusunu ispatlamak zor. Sömüren zayıf tarafın içinde bulunduğu zor durumu biliyordu, düşüncesizliğini biliyordu, tecrübesizliğini biliyordu! İspatı pek kolay değil. Dolayısıyla yazarlar haklı olarak şunu söylüyorlar. Diyorlar ki bilmesinin gerekmesi de yeterli kabul edilmelidir. Zayıf durumun karşı tarafça bilinebilir olması da yeterlidir diyoruz.

Ayrıca, “Sözleşme yapma önerisi mutlaka sömüren taraftan gelmelidir.” diye bir kuralımız da yok. Yani, sözleşme teklifi sömüren taraftan gelebileceği gibi zarar gören (sömürülen) taraftan da gelebilir.

4-) Sömürenin Edimler Arasındaki Açık Oransızlığı Yaratması

Peki, dördüncü şartımıza geldik. Demin de söylemeye çalıştığımız üzere, sömüren, bu yollarla, bu yolla edimler arasında aşırı bir oransızlık elde etmeli. Verdiğim örneklerde 100 liralık mal 40 liraya satılmış veya 40 liralık mal 100 liraya satılmış. Böyle örnekler verdim. Hep ne yapmaya çalıştım? Böyle %50'den fazla bir oran vermeye çalıştım. Bu konuda Yargıtay'ın böyle 1969'lu ve 76'lı yıllarda rastladığımız iki tane kararı var. Biraz oradan da kaynaklanıyor.

Yargıtay şöyle karar vermiş. Satım konusu nesnenin somut olaydaki satım bedeli ile objektif piyasa fiyatı arasında %50'den fazla bir fark varsa gabin vardır demiş. Aşırı yararlanma vardır demiş.

Peki, %50 ile %25 arasındaysa fark? O zaman hâkimin takdir yetkisine bırakmış, hâkim her somut olayın özelliğini tartmalı. Burada gerçekten de açık bir oransızlık var mı yok mu karar vermeli demiş.

Fark %25'in altındaysa o zaman da aşırı yararlanmadan bahsedilemez diyerek konuya yaklaşmış. Gerçekten de bugün bir ticaret erbabının kapısını çalarsanız. O size der ki piyasada %20 oranında indirim her zaman olur. Her zaman %20'lik bir ne vardır? Pazarlık payı vardır der. Dolayısıyla Yargıtay da bu ticari hayatın içerisindeki kurallardan yararlanarak böyle kararlar vermiş. Böyle ilkeler benimsemiş.

Ama işin kolayı nedir? %50'nin üzerindeki her fark bizi gabine götürecektir diyoruz.

Gözden uzak tutulmaması gereken bir husus da şudur: Edimler arasındaki oransızlık, sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut olmalıdır. Bu oransızlık daha sonra ortaya çıkacak olursa, TBK m. 28 uygulanmaz. Böyle bir ihtimalde, şartları varsa, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138 hükmü uygulanır. Biz size bu hükmü ikinci dönem anlatacağız.

V-) Aşırı Yararlanmanın Sonuçları

1-) Zarar Görenin İptal Hakkı

Peki, şimdi zarar gören ne yapabiliyor? Sözleşmeyi iptal edebiliyor. Diyor ki; *“Ben 100 liralık malımı sana 40 liraya sattım. Bu sözleşmeyi iptal ediyorum. Geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıyorum. Bu çerçevede bana malımı ne yapmalısın? İade etmelisin. Ben de senin bana verdiğin 40 lirayı zaten sana iade edeceğim.”* diyor. İptal hakkının kullanılması ile beraber sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılıyor.

İptal hakkının kullanılması için bir dava açmaya gerek yok. İptal hakkının kullanılması herhangi bir sıhhat şekline de tabi değil. İptal hakkı herhangi bir şekilde kullanılabilir. İptal açıklaması karşı tarafa yöneltilmesi gerekli bir irade beyanıdır. Karşı tarafa vardığında hüküm ifade edecektir.

2-) Edimler Arasındaki Açık Oransızlığın Giderilmesini Talep Hakkı

Ama baktığımız zaman Borçlar Kanunumuz diyor ki; zarar görenin sadece ve sadece iptal hakkı yok. Eski Borçlar Kanunu zarar görene sadece ve sadece iptal hakkı tanırdı. Sadece ve sadece iptal etme hakkına sahipti 818 sayılı Borçlar Kanununda gabine maruz kalan taraf.

Yeni Borçlar Kanunu zarar görene iptal hakkının yanı sıra hangi hakkı da veriyor? Edimler arasındaki dengesizliğin, edimler arasındaki açık oransızlığın giderilmesini talep etme hakkını da veriyor. Diyor ki; şartları gerçekleştiyse bu da mümkündür diyor. Durumun özelliği bunu gerektirebilir diyor kanun koyucu. O zaman zarar gören ne yapabilir?

“Ben sana 100 liralık malımı 40 liraya satmak zorunda kalmıştım. Sen şimdi aradaki 60'lık farkı bana ödemek zorundasın.” Ya da *“Ben piyasa değeri 40 lira olan bir şeyi içinde bulunduğum zor durumdan faydalanman nedeniyle 100 liraya satın almışım. O zaman sen bana bu 60 liralık farkı iade etmek zorundasın.”* diyebilir değil mi?

Durum ve koşullar bunu gerektiriyorsa ne yapılabilir? Gerçekten de? Zarar gören edimler arasındaki oransızlığın giderilebilmesini de talep edilebiliyor. Bu talebe karşı taraf uyarırsa, sorun yok. Karşı taraf uymadı diyelim. O zaman ne yapacağız? Elbette bir dava ile bu hakkın kullanılması yoluna gitmek zorunda kalacağız.

VI-) Hak Düşürücü Süreler

Zarar gören bu hakları hangi sürede kullanacak? 28. maddenin 2. fıkrasında. Diyor ki:

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

Demek ki iki tane süre var. Bir tanesi 1 yıllık süre. Bir tanesi 5 yıllık süre. 1 yıllık süre nereden itibaren başlıyor? Deneyimsizliğini öğrendiği andan itibaren, düşüncesizliğini öğrendiği andan itibaren başlıyor veya zor durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren başlıyor. Ama bir de azami süremiz var. O da 5 yıl. Nereden itibaren başlar? Sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren başlar. Örneğin, zarar gören düşüncesizliğini öğrenemedi. Tecrübesizliğini öğrenemedi değil mi? Öğrenemedi, öğrenemedi, öğrenemedi, bir gün öğrendi. Sözleşmenin kurulmasından itibaren 10 sene sonra öğrendi, 7 sene sonra öğrendi.

Kanun koyucu ne diyor? Sen bunu en fazla sözleşmenin kurulmasından itibaren 5 yıllık süre içerisinde kullanabilirsin. Daha fazla bir süreye müsaade etmem diyor.

Buradaki haklar nasıl haklar? Yenilik doğuran haklar. Yenilik doğuran haklar hangi tip süreye tabidir? Hak düşürücü süreye tabidir. Dolayısıyla buradaki süreler de birer hak düşürücü süredir diyoruz.

Kısacası, demin de söylemeye çalıştığım üzere zarar gören bu haklarını her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak 5 yıl içinde kullanmak zorundadır diyoruz.

D-) Önsözleşme

I-) Gelecekte Bir Asıl Sözleşmenin Yapılacağı Taahhüdü

TBK m. 29/f. 1:

“Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.”

Önsözleşmeden bahsedilebilmesi için ne lazım bize? Gelecekte yapılacak bir asıl sözleşme lazım. Taraflar o asıl sözleşmeyi şu anda yapmak istemiyorlar. Sadece ve sadece o sözleşmeyi gelecekte yapacaklarına dair ne yapıyorlar? Bir taahhüt altına giriyorlar.

Satış vaadi, kira sözleşmesi yapma vaadi örnek olarak verilebilir.

Taraflardan biri böyle bir taahhüt altına girebileceği gibi taraflardan her ikisi de bu yönde bir taahhüt altına girebilir.

II-) Asıl Sözleşmenin Borç Doğurucu Sözleşme Olması

Gelecekte yapılacak olan o asıl sözleşmenin ne olması lazım? Mutlaka ve mutlaka bir borçlandırıcı işlem olması lazım.

Gelecekte yapılacak sözleşme bir tasarruf işlemi ise o zaman yaptığımız sözleşme önsözleşme değildir. Yaptığımız sözleşme bildiğimiz klasik anlamda borç doğuran bir sözleşmedir.

Satım sözleşmesi bir önsözleşme midir? Satım sözleşmesi bir önsözleşme değildir. Gelecekte çünkü satım konusu nesnenin mülkiyeti nakledilecektir. Tasarrufi işlem yapılacaktır değil mi? Dolayısıyla bu çerçevede baktığımızda gelecekteki sözleşmenin mutlaka ve mutlaka ne olması gerekir? Bir borçlandırıcı işlem olması gerekir.

III-) Önsözleşmenin Şekli Kural Olarak Gelecekte Yapılacak Asıl Sözleşmenin Şekline Tabidir

TBK m. 29:

“Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.

Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.”

Yani ileride kurulacak sözleşme adi yazılı şekle tabi ise önsözleşme de adi yazılı şekle tabi. İleride kurulacak sözleşme resmi yazılı şekle tabi ise önsözleşme de resmi yazılı şekle tabi. İstisnaları saklıdır.

IV-) Alacağın Devri Vaadi Bir Önsözleşme Değildir Zira Alacağın Devri Bir Tasarruf İşlemidir

Bu noktada Borçlar Kanunu'nun 184. maddesine bakmakta da fayda var. Çok öğretici olur. 184. madde, bize der ki:

“Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.

Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir.”

Burada acaba bir önsözleşme var mı ve önsözleşmenin şekline dair bir istisna mı var? Yoksa önsözleşme yok mu?

Alacağın devri nasıl bir işlem? Tasarrufi bir işlem değil mi? Alacağı devreden bakımından meseleye yaklaşırsanız tasarrufi bir işlem. Dolayısıyla ortada bir önsözleşme yok. Alacağın devri sözü verme bir ön sözleşme değil. Klasik anlamda bildiğiniz borçlandırıcı işlem den söz ediyoruz. Önsözleşmeden bahsedilebilmesi için ne lazım? Gelecekteki sözleşmenin bir borçlandırıcı işlem olması lazım.

Bir önsözleşme için gelecekte yapılacak asıl sözleşme örneği, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satım sözleşmesi veya kira sözleşmesidir. Biz eşya hukuku derslerinde size satış vaadi sözleşmelerinden bahsedeceğiz. Geçmişteki derslerde de söz ettik.

V-) Tek Tarafın veya İki Tarafın Asıl Sözleşmeyi Yapma Borcu Altına Girmesi

Diyoruz ki bir ön sözleşmede her iki taraf da asıl sözleşmenin yapılmasını taahhüt edebilir ya da taraflardan birisi örneğin satım sözleşmesini yapacağını taahhüt edebilir.

Bir taşınmazın maliki bugün itibarıyla satım sözleşmesi yapmak istemiyordur da sadece satış vaadi sözleşmesi yapmak istiyordur. Ama karşı taraf herhangi bir şekilde taahhüt altına girmemektedir. Tek tarafın asıl sözleşmeyi yapma borcu altına girdiği bir önsözleşmeden bahsederiz.

Ama karşı taraf da aynı şekilde satım sözleşmesinin yapılmasını taahhüt ediyorsa yani gelecekte satın almayı taahhüt ediyorsa o zaman neden söz ederiz? Her iki tarafın da asıl sözleşmenin yapılmasını taahhüt ettiği bir önsözleşmeden söz ederiz.

O zaman bu sözleşme ilk durumda bir satış vaadidir. İkinci durumda nedir? Bir alım satım vaadidir. Alıcı taraf da satım sözleşmesini yapma borcu altına girmektedir.

VI-) Önsözleşmenin İvazlı veya İvazsız Olması

Taraflardan biri *“Gelecekte bir satım sözleşmesi yapacağım.”* diye taahhüt altına girdi Örneğin satıcı *“Gelecekte satım sözleşmesini yapacağım.”* dedi. Şu anda bunun için bir ivaz kararlaştırılmamış durumda. İvazsız bir taahhüt altına girdi, değil mi?

Ama ivazlı da olabilir, değil mi? *“Ben gelecekte satım sözleşmesini 500.000 lira üzerinden yapacağımı taahhüt ediyorum ama şu anda da bu önsözleşmeyi imzalamak için de senden ayrıca 50.000 lira istiyorum.”*

Bu da işte önsözleşmenin ivazı. Önsözleşmenin ivazı yani gelecekte satım sözleşmesi yapacağına dair taahhüdün ivazı 50.000 lira. Gelecekte satım sözleşmesi yapıldığında nesnenin mülkiyetini naklederken alacağı bedel, o satış bedeli, onun tutarı 500.000 lira.

Bunları da birbirinden böyle ayırmak lazım diyoruz.

www.ilhanhelvacidersleri.com
