

ANGLOAMERİKAN VE KITA AVRUPASI HUKUK SİSTEMLERİNDE AŞIRI YARARLANMA: DÜRÜSTLÜK KURALI ÜZERİNDEN BİR BAKIŞ*

LESION (UNCONSCIONABILITY) IN ANGLOAMERICAN AND CONTINENTAL EUROPEAN LEGAL SYSTEMS: A REVIEW THROUGH THE GOOD FAITH PRINCIPLE

M. Eymen KURT**

Barış Can TUNA***

Mert ÇUKADAR****

Özet: Dürüstlük kuralı, aşırı yararlanmayı da kapsayacak şekilde, sözleşme hukukunda adaleti sağlama işlevi için geliştirilmiş birçok kurumu içinde barındıran, Roma'dan günümüze kadar ulaşmış genel bir ilkedir. Ancak Kıta Avrupası ve Angloamerikan hukuklarında dürüstlük kuralını farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bu çalışmada, dürüstlük kuralının gelişimine değinildikten sonra kuralın iki hukuk sisteminde gelişimi ayrı ayrı ele alınmıştır. Ardından dürüstlük kuralı kaynaklı aşırı yararlanma kurumu aynı metotta çalışılmış ve son olarak mahkeme kararları ile karşılaştırmalı olarak aşırı yararlanma ve geniş kapsamda dürüstlük kuralı değerlendirilmiştir. Bu makale, iki sistemdeki dürüstlük kuralı ve ondan doğan aşırı yararlanmayı karşılaştırmalı olarak inceleyerek bu alanda hayli eksik olan Türkçe bilimsel kaynaklardaki açığı kapatmayı hedeflemektedir. Makalemiz ayrıca iki sistemdeki kuralların ekonomik hayata nasıl etki yaptığına da değinecektir.

Anahtar Kelimeler: Dürüstlük Kuralı, Aşırı Yararlanma, Angloamerikan Hukuku, Karşılaştırmalı Hukuk, Sözleşme Hukuku

Abstract: The rule of good faith is a general principle deriving from Roman Law, which includes many institutions developed to provide fairness in contract law, including unconscionability and lesion. However, the principle of good faith is regulated differently in Civil Law and Anglo-American Laws. In this article, after mentioning

* Bu makale, 2022 ELSA İzmir Prof. Dr. Serkan Odaman II. Makale Yarışması'nda ikinci olmuştur.

** Lisans Öğrencisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, kurt.m.eymen@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8745-7502

*** Lisans Öğrencisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bariscantuna@gmail.com, ORCID: 0009-0000-9258-2949

**** Lisans Öğrencisi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mert.cukadar@ug.bilkent.edu.tr, ORCID: 0009-0007-2954-9012, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.04.2023 Kabul Tarihi: 22.08.2023

the development of the rule of good faith, the application of the rule in the two legal systems is comparatively analyzed. Then, institutions of unconscionability and lesion originating from the rule of good faith are studied in the same method. Finally, these two similar concepts and the rule of good faith are evaluated in comparison with court decisions. This article aims to close the gap in Turkish scientific resources, which are quite lacking in this field, using a comparative approach to good faith, lesion and unconscionability on two different systems. Our article also mentions about how these rules in the two systems affect the economic life.

Keywords: Good faith, Unconscionability, Anglo-American Law, Comparative Law, Contract Law

GİRİŞ - DÜRÜSTLÜK KURALI VE ETKİLERİ

Dürüstlük kuralı, modern hukuk sistemlerinin birçoğunda karşımıza çıkan, hukuki ilişkinin taraflarına objektif bir davranış yükümlülüğü yükleyen genel bir prensiptir. Ancak, dürüstlük kuralının geniş odağı ve Angloamerikan ve Kıta Avrupası sistemlerinde farklı anlaşılması nedeniyle dürüstlük kuralı için evrensel kapsamda kesin sınırlarla bir tanım yapılmaktan kaçınılmaktadır.¹

Dürüstlük kuralı, Roma döneminde *Ius Civile*'deki boşlukları dolduran ve kanunları günün şartlarına uyarlayan *Ius Praetorium*'larla doğmuştur. Bu noktada, günümüzde dürüstlük kuralının daha adil kararların ortaya çıkmasını sağlamak açısından sürdürdüğü işlevin, kuralın Roma hukukunda ilk ortaya çıktığı dönemle paralel olduğu söylenebilir.² Kıta Avrupası hukukunda dürüstlük kuralı, genel görüşe göre bir kimseden, namuslu, dürüst ve makul bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı toplumda egemen olan ölçütlere göre belirlenir. Dürüstlük kuralının etkisi sadece Kıta Avrupası ile de sınırlı kalmamıştır. Başta İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) olmak üzere Angloamerikan sisteminde de dürüstlük kuralına başvurulur. Bu sistemlerdeki dürüstlük kuralının içeriği de genel olarak Kıta Avrupası ile paraleldir. Ancak en önemli nokta kuralın bağlayıcılığında ortaya çıkar zira, İngiltere'de dürüstlük kuralı tarafların iradesine bağlıyken, ABD'de dürüstlük kuralı emredicidir.³

¹ Daniele Bertolini, "Toward a Framework to Define the Outer Boundaries of Good Faith in Contractual Performance", *Alberta Law Review*, C. 58, S. 3, s. 573-620.

² Talya Şans Uçaryılmaz, *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*, İstanbul, Yetkin Kitapevi, 2019, s. 108-110

³ Alisyair Calvert/Jameela Bond/Madelana M. Houlihan, "Good Faith in English

Dürüstlük kuralı, doğması muhtemel pek çok ihtiyaca cevap verdiğinden modern hukukta salt kendi varlığıyla kalmayıp birçok kurumu da ortaya çıkarmıştır: Bunlardan bazıları çelişkili davranma yasağı, ifa güçsüzlüğü, culpa in contrahendo, iyiniyetin korunması ve aşırı yararlanmadır.

Aşırı yararlanma, sözleşme görüşmelerinde tarafların arasındaki güç dengesizliğinden doğabilecek olan sakıncaları gidermekte, böylece adil olmayan bir sözleşmeye karşı sömürülen tarafa birtakım imkanlar sağlamaktadır. Esasında aşırı yararlanma, güç dengesizliğine dayanarak dürüst olmayan bir şekilde sözleşmeyi düzenleyen tarafın fırsatçılığına karşı oluşturulmuş bir kurumdur ve bu sebeple varlığını dürüstlük kuralından almaktadır. Genel olarak Kıta Avrupası'nda doğmuş ve gelişmiş olmakla beraber aşırı yararlanma, tam olarak aynı olmasa da çok benzer unsurlarla Angloamerikan hukukunda da ortaya çıkmıştır. Aşırı yararlanma konusunda Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan ülkeler arasında da ortak kurallar bulunmamaktadır. Hatta aşağıda inceleneceği üzere kimi zaman ciddi farklılıklar da bulunmaktadır.

Keza Aşırı yararlanma konusunda Angloamerikan hukuk sistemiyle Kıta Avrupası hukuk sisteminin arasındaki farklılıklar, Kıta Avrupası içindeki farklılıklardan fazla değildir.

I. KITA AVRUPASI VE ANGLOAMERİKAN HUKUKUNDA DÜRÜSTLÜK KURALI UYGULAMASININ ÖRNEKLERİ

1. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Dürüstlük Kuralı

Kıta Avrupası hukuk sisteminde dürüstlük kuralı, genellikle yazılı bir şekilde çerçeve hüküm olarak düzenlenir. Kaynağını işbu ilkeden alan kurumlar ise genellikle kendilerine özel maddelerde de yer bulabilmektedir. Uygulama ise içtihatlar çerçevesinde şekillenmiştir. Her ne kadar Kıta Avrupa ülkelerindeki dürüstlük kuralları aynı gözüксе de karşılaştırmalı olarak bazı farklılıklara sahiptirler.⁴

Contract Law", *The National Law Review*, 2022, C.12, S.60. <https://www.natlaw-review.com/article/good-faith-english-contract-law> ; Daniel Markovits, Good Faith as Contract's Core Value, in Gregory Klass/George Letsas/Prince Saprai (der.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 272-294.

⁴ Saul Litvinoff, "Good Faith", *Tulane Law Review*, 1997, C. 71, S. 6, s. 1645-1674.

Alman Medeni Kanun'u, paragraf 242'ye göre de borçlu edimini, alışveriş yaşamındaki esasların gerektirdiği dürüstlük kurallarına göre ifa etmekle yükümlüdür. Ayrıca Alman hukuku doğruluk ve güven ilkelerinden de yola çıkmaktadır. Paragraf 157 sözleşmelerin yorumunun dürüstlük kuralına uygun biçimde yapılacağını öngörmüştür. Buna göre borçlu, ifasını karşı tarafın güvendiği şekilde, alışveriş yaşamındaki esaslarla uyum içinde yerine getirmek zorundadır.⁵ Görüldüğü üzere, dürüstlük kuralı, Alman Hukukunda ucu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacının, hukuku ilerideki, öngörülemez olacak olan değişik durumlara da uygulanabilir kılmak olduğu söylenebilir. Bununla bağlantılı olarak, Alman yargısının, paragraf 242 ile kendisine tanınan boşluk doldurma yetkisini toplumda gözle görülebilen değişiklikler ile sınırlaması gerektiği doktrince kabul edilmiştir. Sonuç olarak, Alman hukuku bakımından dürüstlük kuralı, kanunda düzenlenmemiş belirli durumlara yasal dayanak yaratma amacını güder ve bu amacını gerçekleştirmek için aslında hukuka bir bütün olarak sirayet eder.⁶ Ek olarak, Alman hukukunda dürüstlük kuralına aykırı sözleşme maddeleri hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıyadır. Ayrıca, dürüstlük kuralının farklı bir görünümü olan "hakkın kötüye kullanılması" yasağı ise Alman hukukunda "Bir hakkın kullanılması yalnızca bir başkasına zarar vermek amacını güdüyorsa yasaktır." şeklinde düzenlenmiştir.⁷

Fransız Medeni Kanunu, 2016 yılında dürüstlük kuralına dair önemli değişiklikler geçirmiştir. Mevcut haline göre, taraflar; müzakereler, anlaşma ve sözleşmenin icrası sırasında dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır.⁸ 1104. maddeye göre sözleşmeler dürüstlük kuralı içinde müzakere edilmeli, şekillenmeli ve ifa edilmelidirler. 1112. maddeye göre ise taraflar bir sözleşme görüşmesi başlatmakta, devam ettirmekte ve sona erdirmekte herhangi bir kontrolden bağımsız olarak serbesttir, yine de dürüstlük kuralının gerekliliklerini yerine getirmek zorunda-

⁵ Litvinoff, s. 1649-1650.

⁶ K. Bork/M. Wandt, "Utmost good faith in German contract law". *ZVersWiss*, 2020, S. 109, s. 243-254.

⁷ Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, C. 55, S. 3, 191-208.

⁸ Sadece sözleşmenin icra edilmesi sürecini kapsayan eski düzenleme, sözleşme öncesini de kapsayacak şekilde yenilenmiştir.

dırlar. Bu gerekliliklerden biri de kanuna göre “belirleyici bilgilendirmelerdir” (decisive information).⁹ Gündelik hayatta, taraflar arası bilgi eşitsizliği kaçınılmaz bir olgudur ve hile, aşırı yararlanma gibi dürüstlük kuralı kaynaklı kurumlara yol açabilmektedir. Bu tür kurumların henüz devreye girmeden ortaya çıkmasının engellemesi bakımından söz konusu madde kanımızca gayet yerinde bir düzenlemedir.

Hollanda hukukunda dürüstlük kuralına farklı bir perspektifinden bakılmaktadır. Hollanda Medeni Kanunu’nun 6. maddesine göre kişiler, Kıta Avrupası’ndaki diğer çoğu ülkenin aksine, karşı tarafın menfaatleri ve beklentilerine göre değil, ancak mantık ve eşitliğin gerekliliklerine göre davranmak zorundadırlar.¹⁰ Her ne kadar dayanak noktaları farklı olsa da mantık ve eşitliğe göre dürüstlük kuralını yorumlamak pratikte pek bir fark yaratmayacağı için buradaki tanım farklılığı bir önem arz etmez. Çünkü sözleşmenin karşı tarafı diğer tarafla eşit olduğunu haklı olarak varsayar ve menfaatlerini mantık ilkeleri çerçevesinde belirler, diğer taraf da eşitlik ve mantık ilkelerine uyduğu vakit zaten karşı tarafın menfaat ve beklentilerini karşılamış olur.

İktisap edilmiş olması nedeniyle Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarını beraber inceleme konusu yapmak yerinde bir uygulama olacaktır: Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarının 2. maddesinde dürüstlük kuralı için genel bir norm düzenlenmiştir. Bu maddenin, diğer kanun maddelerinin nasıl uygulanacağını belirleyen, maddelerin yorumlanmasında yol gösteren ve kişilere ödevler yükleyen genel bir norm olduğu kabul edilmektedir.¹¹ Buna göre, taraflar “haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır, ayrıca bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmaz” (TMK/ZGB 2).¹²

Bununla birlikte, Avrupa Kıtasını genel olarak değerlendirebilmek adına dürüstlük kuralını Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)

⁹ Madde 1112-1’e göre eğer bir bilgi sözleşmenin içeriğiyle veya tarafların statüsüyle ilgili doğrudan ve zorunlu bir ilişkisi içerisinde ise o bir belirleyici bilgidir ve bilen taraf bilmeyen tarafı bu konuda bilgilendirmek zorundadır.

¹⁰ Litvinoff, s. 1651-59.

¹¹ Uçarılmaz, s. 49-50

¹² Farklı olarak bu kanun, kişileri yükümlülüklerinin yanısıra haklarını da kullanırken dürüstlük kuralına uymalarını şart koşturmuştur. Ancak diğer ülkelerin kanunlarının da en azından zımni olarak hakların kullanımını da kapsadığı söylenebilir.

kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.¹³ PECL'in içeriğinde dürüstlük kuralı da yer almaktadır. Buna göre bu kavramın maksadı, toplumsal hoşgörü, adalet ve makullük prensiplerini ekonomik hayata entegre edebilmektir. PECL 1201. madde gereğince dürüstlük kuralı bağlayıcıdır. Yani, "dürüst iş yapma" sadece hukukun genel ilkelerini yorumlamak bakımından bir araç değil; bizzat pozitif bir varlığı olan, sözleşme hukukunun özü niteliğinde evrensel bir ilkedir. Bu bakımdan dürüstlük kuralının, diğer ilkelere nazaran bir üstünlüğünün bulunduğu ve hakkaniyete aykırı durumlarda diğer ilkelerin uygulanabilmesini engelleyebildiği kabul edilir.¹⁴

Japon Hukuku her ne kadar ne Angloamerikan ne de Kıta Avrupası hukuku temelli kabul edilse de Japon Medeni Kanunu, Kıta Avrupası'ndan iktibas edildiği için bu kanunda dürüstlük kuralının yerini inceleyip karşılaştırma yapmak yerinde olacaktır.

İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan düzenlemelerde Japon Medeni Kanunu'nun birinci maddesine ikinci fıkra olarak "hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinin dürüstlük kuralına uygun şekilde yapılacağı" eklenmiştir. Bir sonraki fıkra da hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilerek Türk-İsviçre Medeni Kanunu ile oldukça paralel düzenleme yapılmıştır. Dürüstlük kuralına bir bütün olarak, çerçeve şeklinde yer verilmiştir. Keza bu yüzden, Japon yargısı kanunda yer almayan ilkeleri yorumlarken dürüstlük kuralından hareket etmektedir.¹⁵ Özetle şu söylenebilir ki Japon Medeni Hukuku dürüstlük kuralı bakımından Kıta Avrupası ve özellikle Türk-İsviçre uygulaması ile paralel bir düzenlemeye sahiptir.¹⁶

¹³ Ole Lando İlkeleri olarak da bilinen PECL esas olarak Avrupa Birliği üyesi ülkeler arası ortak bir sözleşme hukuku yaratmayı amaçlamaktadır ve ulusal sözleşmelerde de uygulanabildiği için iç hukukları da etkilemektedir.

¹⁴ Uçaryılmaz, s. 532

¹⁵ Hatta, 1984 tarihli bir olayda bir diş hekimi, bir daireyi muayenehane amaçlı satın almak amacıyla olduğunu bildirmiş ve bunun üzerine emlak komisyoncusu müzakereler sırasında bu daireyi muayenehane şeklinde dizayn ettirmiştir. Ancak diş hekimi sonradan bu daireyi almaktan vazgeçmiştir. Japon Temyiz Mahkemesi bu olayda, diş hekiminin sözleşme müzakerelerindeki sorumluluğuna (Culpa in Contrahendo) giderek onu masraflardan sorumlu tutmuş ve bunu Japon Medeni Kanunu 1. maddesinin ilk fıkrasında kendine yer bulan dürüstlük kuralına dayandırmıştır. (Kılınç, 2019)

¹⁶ Ayşe Nur Kılınç, "Japon Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri ve Japon Medeni Kanunundaki Güncel Gelişmelere Genel Bir Bakış", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 14, S. 2, 457-492.

Son olarak, ülke bazlı incelemenin ardından, Kıta Avrupası'nda dürüstlük kuralının yerini özel hukuk ve kamu hukuku olarak incelemek verimli olacaktır. Öncelikle, bütün kıtada dürüstlük kuralı, tanım olarak kendine ülkelerin Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Kanunlarında yer bulmuştur. Bununla bağlantılı olarak, özel hukuka dair pek çok alt başlıkta kanun koyucu dürüstlük kuralının uygulanacağını özel olarak vurgulamıştır, doktrinde bu durumun dürüstlük kuralının özel hukuk ilişkisindeki önemine dikkat çekmek amaçlı olduğunu düşünenler vardır. Ancak bu demek değildir ki dürüstlük kuralı sadece özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir.¹⁷

Kamu hukuku düzenlemelerinde dürüstlük kuralına doğrudan bir atıf yapılmamakla birlikte, kamu hukukunda da kaynağını dürüstlük kuralından ve hakkın kötüye kullanılması yasağından alan kurumlar mevcuttur. Anayasalarda kendine yer bulan temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı bunun en belirgin örneklerinden biridir. Örneğin, ülkemizin 1982 tarihli Anayasası'nın 14. maddesine göre "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz".

2. Anglo-Amerikan Hukukunda Dürüstlük Kuralı

Dürüstlük kuralı, yerleşik uygulamasını Kıta Avrupası hukuk sisteminde bulsa da Angloamerikan ülkelerinde de özellikle sözleşme hukuku alanında uygulama bulmaktadır. Common Law'da genel olarak kabul görmüş bir "dürüstlük kuralı tanımı" bulunmamakla beraber, kullanılan değişik tanımlar büyük oranda Civil Law'da dürüstlük kuralın yüklenen misyonla paraleldir.

Dürüstlük kuralının uygulanmasında diğer Common Law ülkelerine göre daha "tedbirli" hareket eden İngiltere'de dürüstlük kuralı; genel olarak "adil müzakere", "karşı tarafa açık olma" ve "sözleşmenin diğer tarafını da ilgilendiren bilgileri ondan gizlememe" gibi

¹⁷ Recep Çakrak, "Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 2, S. 2, 47-76.

kavramlarla açıklanır.¹⁸ 2007 yılındaki bir davada ise hâkimin yaptığı dürüstlük kuralı tanımı oldukça önemlidir, buna göre dürüstlük kuralı “sözleşme taraflarının her türlü eylemlerinde makul ve adil ticari teamüllere uyma yükümlülüğü, sözleşmede kararlaştırılan sonucun başarıya ulaşmasına sadakat ve karşı tarafın haklı beklentileri ile tutarlı davranışlarda bulunmaktır”.¹⁹

İngiliz Hukuku, kişilere genel olarak dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü yüklememektedir.²⁰ Ancak bu durumun istisnaları üç şekilde ortaya çıkabilir: Bunlardan ilki, sözleşme maddelerinin taraflara dürüstlük kuralına uymak zorunda olduklarını açıkça ifade etmesidir. İkincisi durum ise; sözleşme maddelerinden edinilen fikre göre tarafların iradelerinin yorumu sonucu, sözleşme taraflarının örtülü olarak birbirlerine dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü yüklemeleridir. Üçüncü ve son istisna ise kurulan sözleşmenin türünden dolayı somut olayda örtülü bir dürüstlük kuralı yükümlülüğünün ortaya çıktığının kabul edilmesidir.²¹ Her ne kadar son yıllarda taraflar sözleşmelerine dürüstlük kuralı şartı koymaya başlamışlarsa da bu durum halen bir istisna olduğundan mahkemelerin örtülü dürüstlük kuralı şartını nasıl değerlendirecekleri ciddi bir önem arz etmektedir.

İçtihatlara göre mahkemenin örtülü dürüstlük kuralı şartının bulunduğu hükmedebilmesi için dört kümülatif şartın gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; dürüstlük kuralı şartının sözleşmenin geri kalanıyla çelişmemesi, sözleşmeye ticari işlerlik kazandırmanın gerekli olması, dürüstlük kuralına yönelik örtülü bir iradenin varlığı ve bu iradenin varlığından açık ve net şekilde bahsedilebilmesidir.²² İngiliz Yüksek Mahkemesi ise daha güncel bir kararında örtülü olarak kurulan dürüstlük kuralının mahkemelerce nasıl tespit edileceğini netleştirmiştir. Bu karara göre mahkemeler dürüstlük kuralını belirlerken sözleş-

¹⁸ Sana Mahmud, Is there a general principle of good faith under English law? , https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2016/principle-good-faith-english-law#footnote1_6bbb69, 6 Haziran 2022.;Helin Mentese, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde “Dürüstlük İlkesi” , <http://helinmentese.com/anglo-sakson-hukuk-sisteminde-durustluk-ilkesi/> , 6 Haziran 2022.

¹⁹ Berkeley Community Villages Ltd and another v Pullen and others 2007 EWHC 1330

²⁰ Calvert/Bond/Houlihan

²¹ Ibid.

²² BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v Shire of Hastings (1977) 52 ALJR 20

menin kurulduğu tarihte sözleşme tarafı olabilecek makul bir kişinin hareketlerini esas almalı; yalnızca daha adil olacağını düşünerek dürüstlük kuralına başvurulmamalı ve dürüstlük kuralı üstünde tarafların örtülü şekilde anlaştığı, yalnızca bu kuralın yokluğunda sözleşmenin ticari ve pratik tutarlılıktan yoksun kalacağına kanaat getirildiği durumlarda uygulanmalıdır.²³ Sonuç olarak, İngiliz Hukukunda dürüstlük kuralı büyük oranda tarafların bu kural lehine açık irade göstermelerine bağlıdır ve tarafların bu yönde örtülü iradeleri olduğunun kabul edilebilmesi ciddi şartlarla daraltılmıştır.

ABD’de ise tablo dürüstlük kuralı lehine İngiltere’den çok daha farklıdır. Zira, küçük değişikliklerle tüm eyaletlerde kabul edilen Uniform Commercial Code (UCC) Madde 2-203 kişilerin sözleşmelerin ifasında veya diğer sorumlulukların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uymalarını emretmektedir. Bu madde sonucunda ABD’de dürüstlük kuralı, istisnai bir kural olmaktan çıkmakta, bir kanun maddesi ile emredici bir kural haline gelmektedir. Buna ek olarak UCC’nin 1-201. ve 2-103. maddeleri dürüstlük kuralını “adil ticarete ilişkin ilkelere gözetilmesi olarak tanımlarken; içtihat ve doktrinel görüşlerin birleşiminden oluşan, mahkemelerin sıklıkla başvurduğu bilimsel bir çalışma olan Restatement ise toplumsal nezaket, adillik ve makullük standartlarını aşan davranışları kötü niyetli olarak niteler.²⁴ Ayrıca, doktrin ve içtihatla dürüstlük kuralının amacının tarafların “makul beklentilerini” korumak olduğu belirtilmiştir.²⁵

ABD’de dürüstlük kuralını emredici bir kural haline getiren kaygılar Kıta Avrupası’ndakiyle de benzerlik göstermektedir. Yapılan değerlendirmelere göre dürüstlük kuralının ortaya çıkmasının nedeni sözleşmelerin ve kanunların ileride çıkabilecek her uyuşmazlığa değinmesinin imkânsız olmasıdır. Böyle bir durumda sözleşmedeki ayrıntılı bir planlama verimsiz kalabileceğinden taraflar dürüstlük

²³ Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Limited [2015] UKSC 72

²⁴ Markovits, s. 273-274.

²⁵ Steven J. Burton, “Breach of Contract and Common Law Duty to Perform in Good Faith”, *Harvard Law Review*, Cambridge-Massachusetts 1980, C.94, S.2, s. 369-404.; *Sessions, Inc. v. Morton*, 491 F.2d 854, 857 (9th Cir. 1974); *Ryder Truck Rental, Inc. v. Central Packing Co.*, 341 F.2d 321, 323-24 (10th Cir. 1965); *Perkins v. Standard Oil Co.*, 235 Or. 7, 15-17, 383 P.2d 107, 111-12 (1963)

kuralına dayanmaya ihtiyaç duyar.²⁶ Dürüstlük kuralına aykırı halleri detaylandıran UCC 1-205. maddesine bakıldığında “kötü niyetli davranış” anlayışının sözleşme görüşmeleri, sözleşme hükümleri ve kişinin kendini daha avantajlı bir hale getirmesi için sözleşme hükümlerinin dolandırılması durumları üzerine yoğunlaştığı görülebilir. Bu durumlar doktrinde verilen; sözleşme için öne sürülen şartların karşı tarafça gerçekleştirilmesine rağmen sözleşmeden kaçınma, borç konusu şeyin niteliklerinin alıcı ya da satıcı tarafından karşı taraftan gizlenmesi suretiyle daha avantajlı bir fiyat elde etmeye çalışma, çalışana satış primi ödememek için sözleşmeden doğan sözleşmeyi sonlandırma hakkını kullanma, karşı taraf borcunu düzgün şekilde ifa etmesine rağmen kişinin kendi borcunun ifasından kaçınmak için sonuçtan memnun kalmamış gibi davranması gibi örneklerle somutlaştırılabilir.²⁷ Yine aynı bölüm, bir başka oldukça önemli bir değerlendirmeye adeta *Civil Law*’daki aşırı yararlanma kurumunu işaret eder. UCC 1-205’e göre dürüstlük kuralını bozan en önemli hallerden biri de karşı tarafın zayıflıklarından yararlanarak veya sözleşmeye anlamı belirsiz maddeler konarak sözleşmenin manipüle edilmesi veya karşı tarafın ifasının güçleştirilmesiyle kişinin kendi kazancını arttırmaya çalışmasıdır.²⁸ Ancak, edimler arasındaki aşırı oransızlığın her zaman dürüstlük kuralına aykırı görülemeyeceği, böyle bir durumu dürüstlük kuralına aykırı yapanın karşı tarafın zayıflığından yararlanarak veya sözleşme hükümlerini dolanarak ortaya çıkarmak olacağının doktrinde önemle altı çizilmiştir.²⁹

Genel olarak ABD hukukunda dürüstlük kuralının amacı, sözleşme görüşmesi veya sözleşmesel ilişki içindeki taraflar arasında bir güven ortamı oluşturarak tarafların borçlarını karşılıklı yardım içerisinde ifa etmelerini sağlamak, bunun sonucunda her iki taraf için de verimli bir sözleşme kurmak ve tarafların doğrudan edimleri içerisinde olmayan ama söz konusu sözleşmenin karakteri gereği birbirlerinin

²⁶ E. Allen Farnsworth, “Disputes over Omission in Contracts” , *Columbia Law Review*, New York 1968, C.68, S.5, s. 860-891. ; Burton, s. 371.

²⁷ Robert M. Summers, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, in Robert M. Summers/William G. McRoberts/Arthur L. Goodhart (der), *Essays in Legal Theory - Law and Philosophy Library* vo. 46, E-book, Springer-Dordrecht, 2000, s. 299-320.

²⁸ Markovits, s. 273-274.

²⁹ Markovits, s. 275.

den makul seviyede bekleyebilecekleri sorumlulukları garanti altına almak olduğu söylenebilir.³⁰ Sonuç olarak, ABD Hukukunda dürüstlük kuralı İngiltere'dekinin aksine istisnai değil emredici bir kuraldır, başta tarafların birbirlerine karşı fırsatçı davranışlarını engellemeye ve tarafların borçlarının ifası için birbirlerinden bekledikleri makul güveni korumaya hizmet eder. Bu açıdan bakıldığında, Amerikan kanun koyucusunu dürüstlük kuralına bu kadar kapsamlı ve aynı zamanda emredici olarak düzenlemeye iten kaygıların, Kıta Avrupası'ndaki kanun koyucularla oldukça benzediği söylenebilir. Zira, her iki tarafta da kuralın etkileri tamamıyla aynı olmasa da özellikle sözleşme hukukunda benzer şekilde ortaya çıkmaktadır.

II. AŞIRI YARARLANMA VE DÜRÜSTLÜK KURALI

1. Aşırı Yararlanma Hakkında Genel Bilgiler

Hem Kıta Avrupası hem Angloamerikan hukuk sisteminde, bugün sözleşme özgürlüğü ilkesi çok mühim bir yere sahiptir. Sözleşme özgürlüğünün içeriği ve tanımı bakımından öğretide çeşitli tartışmalar olsa da bu kavram genel olarak iki unsur içinde barındırır. Bu unsurların ilki sözleşmeler yapabilme, ikincisi ise sözleşmelerin devlet tarafından icra edilebilmesidir.³¹ İlk unsur, ayrıca sözleşmeyi yapıp yapmamayı ve sözleşmenin içeriğini özgürce belirlemeyi içinde barındırır.³² Sözleşme özgürlüğü ilkesi bağlamında şekil ve içerik serbestisi kural, sınırlamalar ise istisnadır.

Aşırı yararlanma, sözleşmede içerik özgürlüğünü sınırlayan bir kurum olarak karşımıza çıkar. Taraflardan birinin zayıf olduğu durumlarda zayıfın sömürülmesiyle beraber edimler arasında oransızlık bulunan sözleşmeler kurulabilir.³³ İşte aşırı yararlanma kurumunun fonksiyonu sömürülen kişiyi korumaktır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere aşırı yararlanma kurumunun uygulanabilmesi için en

³⁰ Markovits, s. 276; Burton, s. 371 & 373 & 378.

³¹ Mark Pettit Jr., "Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall" *Boston University Law Review*, Boston 1999, C. 76, S. 2, s. 263-354.

³² Lale Sirmen., "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku" Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1972, s. 446.

³³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yedinci Baskı, 2017, s. 480-481.

azından objektif olarak algılanabilecek bir oransızlığın bulunması gerekir. Fakat oransızlık şartı haricinde aşırı yararlanma kurumu için farklı hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelere gidilmiştir. Örneğin, Quebec Medeni Kanunu'nda aşırı yararlanma hükümlerinin ancak kanunun belirttiği hallerde uygulanacağı düzenlenmiştir. Aşırı yararlanma kurumuna sınırlı yaklaşım, Louisiana ve Fransız hukukunda da mevcuttur.³⁴ Bu yaklaşıma karşılık İsviçre, Almanya ve Türkiye hukuk sistemlerinde genel aşırı yararlanma hükümleri mevcuttur. Diğer taraftan, İngiliz Hukuku için aşırı yararlanmanın Angloamerikan versiyonu olarak görülebilecek "ölçsüzlük" için böyle bir genel yazılı düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Amerikan hukukunda da Kıta Avrupası hukuku sistemi tercih edilmiş ve aşırı yararlanmanın olduğu durumlarda UCC madde 2'deki "unconsciability" hükmüne gidilebilmektedir.

Aşırı yararlanmanın koşulları açısından da hukuk sistemleri arasında birlik bulunmamaktadır. Son İmparatorluk dönemi Roma'da, Avusturya'da ve Fransa'da aşırı yararlanmanın uygulanabilmesi için sadece edimler arasında nispetsizlik aranırken; Amerika, İsviçre, Almanya, Türkiye'deki düzenlemelerde ayrıca sömürülenin zayıf durumu ve yararlananda sömürme kastı aşırı yararlanmanın unsuru olarak karşımıza çıkar.³⁵

Aşırı yararlanma kurumunun hukuki mahiyeti hakkında da görüş ayrılıkları vardır. Bir görüş, aşırı yararlanmanın bir kamu politikası aracı olduğunu, kamu düzenine aykırı sözleşmelerin böylece engellenerek toplumun çıkarlarının korunacağını iddia etmektedir.³⁶ Ayrıca aşırı yararlanma kurumunu ahlaki kaygılara göre açıklayan görüşler de mevcuttur.³⁷ Aşırı yararlanmanın bir irade bozukluğu olup olmadığı da doktrinde tartışmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun sınıflandır-

³⁴ Kerianne Wilson, "Alive and Kicking – The Story of Lesion and the Civil Code of Québec" *Les Cahiers de droit*, Québec 2010, C. 51, S. 2, s. 446-465.

³⁵ Erkan Küçükgüngör ve Haluk Emiroğlu, "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2004, C. 53, S.1, s. 78.

³⁶ Saul Litvinoff, "Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion" *Louisiana Law Review*, Baton Rouge 1989, C. 50, S. 1, s. 1-116.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 481-484.; Örneğin, Alman Medeni Kanunu aşırı yararlanma için özel bir madde kurmamış, aşırı yararlanmayı ahlaka aykırılık maddesinin içinde düzenlemiştir. Bkz. BGB 138

ması da göz önüne alındığında aşırı yararlanma, kanun koyucunun gözünde bir irade bozukluğundan ziyade sözleşme özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama olarak anlaşılmaktadır. Fakat doktrinde sözleşme ilişkisine giren bir kişinin kendisi aleyhine bir nispetsizliği kabul etmesinin ancak bir irade bozukluğundan kaynaklanacağını iddia eden görüşler de vardır.³⁸

Farklı sistemlerin aşırı yararlanmaya bakışlarını incelerken, fahiş fiyat olarak çevirebileceğimiz Roma Hukukundan kalma “laesio enormis” ilkesine bağlılıklarını incelemede fayda vardır. Laesio Enormis, adil fiyat anlayışını amaçlayan bir kurumdur. Buna göre eğer bir mal adil market fiyatının yarısından azına satılmışsa satıcının, %150’sinden fazlasına satılmış ise alıcının sözleşmeyi iptal etme hakkı mevcuttur. Bu ilke aynı zamanda aşırı yararlanmanın da kaynağıdır. Ancak, Laesio Enormis ilkesi salt olarak malın market fiyatına ve satış bedeline bakmaktadır, kısacası sözleşmenin tamamını dikkate almak yerine sadece belli bir oran incelemesi yapmaktadır. Tarafların ekonomik durumları veya tecrübe seviyesi gibi sözleşmeler bakımından hayati hususlar, laesio enormis ilkesi uygulanırken dikkate alınmamaktadır.³⁹

Yeni çağ döneminde laesio enormis, kendine iustum pretium (adil fiyat) anlayışıyla yer bulmuştur. Dönemin tacirlerinin açgözlü kar düşünceleri, kar paylarını serbestçe belirleme haklarının iustum pretium ilkesi ile sınırlanmasını gerektirmişti. Ancak dönemin Hollanda hukuku kaynaklarına baktığımız vakit, açık arttırma sözleşmeleri ve hâkim kararıyla satış gibi konularda iustum pretium ilkesinin uygulanmayacağına dair istisnaların mevcut olduğunu görebiliriz.⁴⁰

Öncelikle şu söylenebilir ki Common Law sistemlerinin yapısı ile bağdaşmadığı için genel bir ilke olan “laesio enormis” tam olarak kendine İngiliz ve Amerikan hukukunda yer bulamamıştır.⁴¹

³⁸ Litvinoff, s. 111-112.

³⁹ Janos Jusztinger, “The Principle of Laesio Enormis in Sale and Purchase Contracts in Roman Law”, *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, Pécs 2011, S. 149, s. 107-124.

⁴⁰ Jan Hallebeek, “Some remarks on laesio enormis and proportionality inroman-dutch law and calvinistic commercial ethics”, *Fundamina*, 2015, C. 21, S. 1, s. 14-33.

⁴¹ Çiğdem M. Aslan, *Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2006, s. 6-14.

Öte yandan, kıta ülkelerinin de bu ilke ile tamamen uyum içinde kaldığı söylenemez. Çağdaş ülkeler arasında “*laesio enormis*” ilkesini en çok benimseyen Avusturya Medeni Kanunu’dur. Söz konusu düzenlemeye göre karşılıklı bir sözleşmede, taraflardan biri verdiğinin yarısından azını elde etmişse sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir (m. 879). Keza Fransa da Avusturya kadar olmasa da istisna hükümler ile kesin oranlar belirleyerek ilkeye nispeten sadık kalmıştır.⁴²

Bunlar dışındaki birçok ülke, genel ve çerçeve hükümler öngörmüş ve kuralın içinin doldurulmasını, aşırı oransızlığı ve haksızlığın tespitini her somut olay özelinde mahkemelere bırakmıştır.⁴³

Kıta Avrupası’ndan bunu yansıtan bir örnek olarak ise bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı verilebilir.⁴⁴ Karara konu olan olayda bir arazi sahibi ve bu araziye futbol sahası olarak kullanmak için kiralamış bir spor kulübü vardır. Sözleşme süresi henüz bitmeden malik, sözleşmeyi feshetmiştir. Lisansını kaybetme tehlikesinde bulunan spor kulübü daha yüksek bir bedelle tekrardan anlaşmaya varmış ve yıllık üç bin Frank kira bedeli ile yeni bir sözleşme yapmışlardır. Bu sırada kulüp aşırı yararlanma hükümlerine başvurarak dava açmıştır ve kiranın indirilip sözleşmenin yeniden uyarlanmasını talep etmiştir.⁴⁵ Davacının dayandığı aşırı yararlanma hükmü İsviçre Borçlar Kanunu m. 21 (CO 21), açıkça sözleşmenin uyarlanmasını öngörmemiştir fakat bu kısımda Mahkeme güncel İsviçre doktrinine atıf yapıp bu yolu mümkün görür. Buna göre doktrinde, her ne kadar CO 21 sözleşmenin uyarlanmasını öngörmese de CO 20/II’deki kısmi hükümsüzlüğün bu-
raya da kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. Modern hukuk bir sözleşmeyi kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya bırakmak yerine her zaman sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde ayakta tutmaya çalışmaktadır.⁴⁶ Bu yüzden de bu hüküm bakımından fiyatın indiril-

⁴² Selmani Okumuş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2015, s. 47-49.

⁴³ Özetlemek gerekirse, *laesio enormis* Anglo-Amerikan hukukuna yabancı iken, Kıta Avrupası da bu ilkenin kesin şekilde koyduğu kurallardan vazgeçmeye başlamıştır.

⁴⁴ ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586.

⁴⁵ H. Murat Develioğlu ve Doğan Kara, Borçlar hukuku genel hükümleri ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından örnekler, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 72-75.

⁴⁶ Ibid.

mesi yoluna gidilebilmesi mümkündür. Aşırı yararlanma için karşılıklı edimler arası oransızlık, taraflardan birinin zor durumda bulunması ve diğer tarafın bundan yararlanması şarttır. Olayda yüksek bir kira ödemek, lisansını kaybetmeye nazaran daha az zararlıdır ve kiralayan, kulübün içinde bulunduğu hukuki durumdan yararlanmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, sözleşmenin kısmi olarak hükümsüzlüğüne karar vermiştir.

Nitekim İsviçre'deki bu kanun maddesine paralel olarak hazırlanan yeni Türk Borçlar Kanunu'ndaki aşırı yararlanmayı düzenleyen m. 28, "sözleşmeyle bağlı kalınarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir" ifadesi ile uyarılma veya yorum yolu ile sözleşmeyi ayakta tutmayı amaçlayan çağdaş yaklaşımı aşırı yararlanma için de Türk hukukunda kanuni bir temele oturtmuştur. Bunun sonucunda, Türk hukukunda da aşırı yararlanma halinde sözleşmenin kısmi hükümsüzlüğüne karar verme gibi bir gereklilik bulunmamaktadır.

2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Aşırı Yararlanma

2.1. Türk Hukukunda Aşırı Yararlanma

Aşırı yararlanma, Türk Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde, "Sözleşmenin İçeriği" üst başlığı altında düzenlenmektedir. Bu bakımdan Türk kanun koyucusunun aşırı yararlanmayı bir irade bozukluğu hâli olarak görmediğini söylemek mümkündür.

Türk hukukunda aşırı yararlanmanın uygulanabilmesi üç şartın varlığı gerekir: Bu şartlardan ilki karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlıktır. Bu şart, objektif nitelik göstermektedir. Oransızlığın tespitinde sözleşmenin kurulma anında edimin objektif kıymeti esas alınacaktır. Oransızlığın açık olması ise oransızlığın göze çarpan bir nitelikte olmasına işaret eder, yoksa sözleşmesel ilişkide zayıf tarafın sözleşmenin kurulma anında bu oransızlığa vâkıf olması gerekmez.⁴⁷ Türk hukukunda oransızlığın tespiti adına sabit bir oran belirlenmemiştir, oransızlık somut olayın şartlarına göre tespit edilecektir.⁴⁸

⁴⁷ Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku, çev. Cevat Edege, İstanbul, Yeni Matbaa, Birinci Baskı, 1953, s. 331.

⁴⁸ Oylum Özdemir, Aşırı Yararlanma, (Danışman: Mehmet Tufan Öğüz), İstanbul

Aşırı yararlanmanın ikinci şartı ise zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği yahut deneyimsizliğidir. Bu şart sübjektif nitelik taşır. Düşüncesizlik, kişinin yaptığı hukuki işlemin sonuçlarını düşünmeden karar vermesidir. Türk Ticaret Kanunu'na göre tacirlerin ticari işleri bakımından düşüncesizlik kabul edilemez. Deneyimsizlikten anlaşılması gereken, sözleşmenin niteliği bakımından yeterli bilgi ve deneyime sahip olmamaktır. Zor durumda kalma ise kişinin maddi veya manevi olarak güç durumda olmasıdır.⁴⁹

Üçüncü şart ise sözleşmenin taraflarından birinin, karşı tarafın zayıf konumundan yararlanmasıdır. Bu şart bakımından yararlanan tarafın, zarar görenin durumunu bilmesi ve sözleşmenin kurulması esnasında yarar sağlama kastıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bu kastın miktar açısından kesin olması gerekmez, sömürüye yönelen bir olası kast da bu şartı sağlayacaktır.⁵⁰

Eğer aşırı yararlanmanın şartları oluşursa zarar gören iptal hakkını kullanarak edimlerin geri verilmesini yahut edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir. Bu istemlerin hukuki mahiyeti yenilik doğuran haktır. Fakat bu haklar, TBK m. 28/2'de düzenlenen hak düşürücü sürelerle tabiidir.⁵¹ Bağlanan bu yaptırımlara bakıldığında, Türk hukukunun son ana kadar sözleşmeyi ayakta tutma niyeti olduğu görülebilir.

2.2. Fransız Hukukunda Aşırı Yararlanma

Fransız hukukunda aşırı yararlanma kurumu Code Civil'in irade sakatlıkları bölümünde düzenlenmiştir. Bu sınıflandırma, İsviçre ve Türk hukukuna yabancı olsa da Fransa ve ondan etkilenen Louisiana hukukunda doktrin aşırı yararlanmayı daha objektif bir mahiyette görmüş ve diğer geleneksel irade sakatlıkları hallerinden ayırmıştır.⁵² Fransız hukukunda bu husustaki bir diğer ayrılık, aşırı yararlanmanın ancak kanunda düzenlenen durumlarda uygulama alanı bulacağıdır. Aşırı yararlanmanın uygulandığı haller küçükler ve hukuken kısıtla-

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 38.

⁴⁹ Okumuş, s. 103-129.

⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 492-494.

⁵¹ Okumuş, s. 186-191.

⁵² Litvinoff, s. 112.

nan kişilerin taraf olduğu sözleşmeler ve taşınmaz satım sözleşmelerini içermektedir.⁵³ Aşırı yararlanmanın uygulanmasının sınırlandırılması, Fransız hukukundan etkilenen Louisiana ve Quebec için de söz konusudur.

Fransız hukukunda taşınmaz satım sözleşmeleri hakkında aşırı yararlanma hükümlerini uygulayabilmek için Code Civil'in 1674. maddesi uyarınca taşınmazın gerçek değeri ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasında en azından 7/12 oranında bir nispetsizliğin bulunması gerekir. Bu durumda kişinin sözleşme kurulurken iptal hakkından feragat etmesi yahut bağışlama amacıyla sözleşmeyi kurduğunu belirtmesi kişinin iptal hakkı kullanmasını engellemez. Fransız Yargıtay'ı da bu hususu, *Société Économique de Rennes c. Pailleret* kararında "Kanunda düzenlenen aşırı yararlanma şartının sağlanmasıyla beraber, şartların nasıl olduğundan bağımsız şekilde, kişinin iptal hakkı doğar" diyerek açıklamıştır.⁵⁴ Bu bakımdan Fransız Yargıtay'ının aşırı yararlanmayı bir irade sakatlığı hali yerine objektif bir nispetsizlik halinde uygulama alanı bulan bir kurum olarak görmekte olduğunu söyleyebiliriz. Louisiana'da da Fransız örneğine benzer bir düzenleme söz konusudur. Şöyle ki 2009 Louisiana Medeni Kanunu'na göre taşınmaz satımlarında eğer taşınmazın sözleşmede kararlaştırılan değeri, gerçek değerine göre bir kat azsa zarar gören taraf, sözleşmeyi iptal edebilecektir.

Hem Fransız hem de Louisiana hukukunda oransızlığın belirlenmesi sözleşmenin kurulduğu zaman ve yerdeki piyasa değeri esas alınarak yapılmaktadır.

2.3. Alman Hukukunda Aşırı Yararlanma

Alman Hukukunda aşırı yararlanma "Übervorteilung" kavramı ile ifade edilir. Alman Medeni Kanunu BGB'nin 138. maddesi aşırı yararlanmayı ahlaka aykırı bir durum olarak öngörmüş ve bu durumun yaptırımını olarak kesin hükümsüzlüğü belirlemiştir. BGB'nin aşırı yararlanmaya bağladığı yaptırım bu noktada Türk-İsviçre Hukuku ile farklıdır. Ayrıca Alman Hukukundaki bu ahlaka aykırılık düzenlemesi İsviçre ve Türk Hukuku açısından kabul edilemez zira aksi takdirde

⁵³ Özdemir, s. 9-12.

⁵⁴ Arthur Taylor von Mehren, "French Doctrine of Lesion in the Sale of Immovable Property" *Tulane Law Review*, Cilt 49, 1974-1975, Sayı 2, s. 321-328.

aşırı yararlanma için ayrı bir düzenlemeye gerek duyulmaz, geçersizliği için ahlaka aykırılığı düzenleyen TBK madde 27 yeterli olurdu.⁵⁵

Alman Hukuku'na göre de aşırı yararlanmanın ortaya çıkması için objektif ve sübjektif şartların varlığı aranır. Objektif unsur, edimler arasındaki aşırı oransızlıktır ve bu durumun değerlendirilmesi BGB 138'e göre hâkimin takdirindedir.⁵⁶ Sübjektif unsur ise aşırı oransızlığın; karşı tarafın zor durumundan, temyiz kudretindeki eksiklikten veya önemli bir irade zayıflığından yararlanılarak ortaya çıkmış olmasıdır. Bunlara ek olarak, edimler arasındaki aşırı oransızlık sözleşmenin kuruluşu amacıyla mevcut olmalıdır.⁵⁷

Alman ve Avusturya hukuklarında bahsedilmeye değer başka bir husus da "kum yığını teorisi"dir. Bu teoriye göre, aşırı yararlanmanın şartlarından birinin baskın şekilde gerçekleşmesi halinde, diğerinin hiç veya tam olarak gerçekleşmemesi aşırı yararlanmanın ortaya çıkmasına engel teşkil etmez. Bu görüş Türk-İsviçre hukukunda taraftar bulmadığı gibi ortaya çıktığı Alman ve Avusturya doktrinlerinde de ciddi anlamda eleştirilmektedir.⁵⁸

Alman Hukuku'ndaki aşırı yararlanmayı Türk-İsviçre Hukuku ile ayıran en önemli özellik, aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılığın altında düzenlenmesi ve yaptırımının mutlak butlan olmasıdır. Genel olarak kümülatif şartlar ve kanun koyucuyu bu kurumu oluşturmaya iten nedenler paralel olsa da bağlanan yaptırımın farklılığı gündelik hayatta önemli farklar yaratabilecek niteliktedir. Kanımızca, Türk-İsviçre hukukunca benimsenen ve son ana kadar sözleşmeyi ayakta tutmayı amaçlayan yaklaşım gerek sözleşme özgürlüğü gerekse de ticari hayatın sekteye uğramaması için daha doğrudur.

3. Angloamerikan Hukuk Sisteminde Aşırı Yararlanma

3.1. Unconscionability ve Aşırı Yararlanma

Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanma, "undue influence" (haksız nüfuz kullanımı) ve "unconscionability" (ölçsüzlük) gibi ku-

⁵⁵ Burcu Kalkan Oğuztürk, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Birinci Baskı, 2004, s. 25-29.

⁵⁶ Kalkan Oğuztürk, s. 25-29

⁵⁷ Okumuş, s. 29-32.

⁵⁸ Kocayusufoğlu, s. 494.

rumlarla eşleştirilmiştir.⁵⁹ Türk doktrinde genel kabul edilen görüş olan “Undue Influence” yerine; kanımızca bu kurumlardan ölçüsüzlük, aşırı yararlanmayı daha iyi karşılar, zira ölçüsüzlükte haksız nüfuzdan farklı olarak sömürülen ile yararlanan arasında özel bir bağın olması aranmaz. Keza, Kıta Avrupası hukukunda da “aşırı yararlanma” için, yararlanan ve yararlanılan arasında özel bir ilişkinin olması önem arz etmez. Buna karşın, Undue influence’ta ise aşırılığın kişiler arasındaki nüfuzun haksız kullanılmasıyla ortaya çıkması gerekir. Zaten doktrinde de undue influence’ın aşırı yararlanmaya göre daha geniş kaldığı belirtilmiştir.⁶⁰ Ölçüsüzlükte ise aşırı yararlanmaya çok benzer şekilde, usulî ölçüsüzlük (procedural unconscionability) ve maddi ölçüsüzlük (substantial unconscionability) şartlarının sağlanması yeterlidir. Ayrıca, bizim görüşümüze göre, Kıta Avrupası’ndaki; karşılıklı edimler arasındaki aşırı oransızlığın, karşı tarafın zor durum, düşüncesizlik ve deneyimsizliği, yaş küçüklüğü veya kısıtlanmış olmasından kaynaklanması şartı ile Angloamerikan sistemindeki “usulî ölçüsüzlük” oldukça benzerdir çünkü bu durumda aşırı yararlanılan tarafın müzakere yeteneğinin, karşı tarafın müzakere yeteneği karşısında; kişinin eğitimsel veya zihinsel durumu ya da sözleşme dilinin karmaşıklığı gibi nedenlerden dolayı azalmış olması gerekmektedir. Ayrıca, yine benzer şekilde “maddi ölçüsüzlük” ise edimler arasındaki aşırı oransızlığı ifade etmektedir.⁶¹

“Usulî ölçüsüzlük” ve “maddi ölçüsüzlüğün” tespit edilebilmesi için önce ölçüsüzlük kavramının tanımlanması gerekir. Common

⁵⁹ Çeşitli kaynaklarda vicdansızlık olarak Türkçe’ye çevrilen “unconscionability”i kurumun niteliği de göz önünde bulundurarak “ölçüsüzlük” olarak çevirmeyi daha uygun bulduk. Bu kısımdan sonra unconscionability’i “ölçüsüzlük” olarak isimlendireceğiz.

⁶⁰ Kalkan Oğuztürk, s. 34-39.

⁶¹ Charles L. Knapp, “Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First Century Survey”, *University of California Hastings College of Law Legal Studies Research Paper Series* (71), 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2346498; Per Gustafsson, *The Unconscionability Doctrine in U.S. Contract Law*, (Danışman: Ola Svensson), Lund University Faculty of Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://www.lunduniversity.lu.se/lup/publication/1761847>; Camilo Andres Rodriguez-Yong, “The Doctrines Of Unconscionability And Abusive Clauses: a Common Point Between Civil And Common Law Legal Traditions”, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2011, S.1, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-doctrines-of-unconscionability-and-abusive-clauses-a-common-point-between-civil-and-common-law-legal-traditions/#k>

Law'da ölçüsüzlük doktrinin ortaya çıkışı 1663 tarihli James v. Morgan davasına dayandırılabilir.⁶² Davada jüri aşırı görülen edimin, makul bir meblağa indirilmesine karar vererek Common Law'da ölçüsüzlüğün temelini atmıştır. Yerleşmiş bir ölçüsüzlük tanımının ortaya çıkması için 1750 tarihli Chesterfield v. Janssen davasının sonuçlanması beklenecektir.⁶³ Bu davada hâkim, ölçüsüzlüğü "pazarlığın niteliği ve doğasına göre yapılacak değerlendirmeye göre, akli başında ayrıca karşısındakini aldatma niyeti gütmeyen bir kişinin teklif etmeyeceği ve dürüst ve adil bir kişinin kabul etmek istemeyeceği" hükümler olarak nitelendirmiştir.⁶⁴ Amerikan hukukunda da kabul edilen bu tanım daha sonradan daha da netleştirilmiştir. 1989'da sonuçlanan Adams v John Deere Co davasında ise mahkeme,⁶⁵ ölçsüz sözleşme maddelerinin bir diğer özelliğinin "içeriğinde ve uygulamasında vicdanı sarsıcı ve mahkemelerin adillik görüşünü incitici derecede çirkin ve adaletsiz olmaları" olduğunu ifade etmiştir.⁶⁶

Ölçsüzlüğün tanımının öğrenilmesinin ardından bu durumun kümülatif şartları olan usulî ve maddi ölçsüzlük daha iyi anlaşılabilir. Usulî ölçsüzlükte mahkemeler sözleşme maddelerine nasıl karar verildiğini incelerler. Bu noktada en önemli husus tarafların pazarlık kabiliyetleri arasındaki ciddi farktır.⁶⁷ Bu fark öyle bir noktaya ulaşmıştır ki, ölçsüzlüğe maruz kalan taraf durumu ilk anda tam olarak kavrayamamıştır ve ifa anı geldiğinde kendini adeta "adil olmayan bir sürpriz" ile karşılaşmış bulur.⁶⁸ Ancak tarafların pazarlık kabiliyetleri arasındaki bu fark ölçsüzlüğe maruz kalan tarafın hatasından değil, bilgiden yoksun bırakılması veya olayları kavrayışını etkileyen zayıflıktan kaynaklanır. Uygulamada en çok görülen örnekler kişinin okuma yazma kabiliyetlerinin zayıf olması, İngilizcesinin yetersizliği, hayat tecrübelerini yeterince kavrayamayacak derecede genç ya da yaşlı oluşu, zor durum veya karşı tarafça sözleşme metninin anlaşıla-

⁶² Gustafsson, s. 6 ; James v. Morgan, 1 Lev. 111 (1663).

⁶³ Earl of Chestirfield v. Janssen (1750-1) 2 Ves Sen 125 (Chestirfield)

⁶⁴ Gustaffson, s. 7 ; Rodriguez-Yong ; Richard J. Hunter Jr., "Unconscionability Revisited: A Comparative Approach" , *North Dakota Law Review*, Grand Forks 1992, C. 68, S. 1, s. 145-170.

⁶⁵ Adams v John Deere Co. 774 P 2d 355, 357 (Kan Ct App 1989).

⁶⁶ Rodriguez-Yong

⁶⁷ Gustafsson, s. 14

⁶⁸ Hunter Jr, s. 153

mayacak kadar karmaşık hazırlanmasıdır.⁶⁹ Hatta uygulamada, sözleşmenin karşı tarafını bilerek bu grup kişilerden seçenlere de rastlanmaktadır.⁷⁰ Ancak bu durumlar ölçüsüzlüğün ortaya çıkışı için yeterli değildir, zira ölçüsüz tarafın, karşı tarafın yukarıda bahsedilen özelliklerinin varlığından haberdar olmasına rağmen sözleşmeye maddi anlamda da ölçüsüz hükümler koyması gerekir.⁷¹

Sözleşme hükümlerinin sonuçlarının aşırı olmasını ifade eden “maddi ölçüsüzlük” şartı “usuli ölçüsüzlük” ile birlikte söz konusu haksız durum için kümülatif şartları oluşturur. Maddi ölçüsüzlük, Angloamerikan hukuku doktrininde “makullükten açık bir şekilde uzak olan ayrıca sözleşmede yalnızca bir tarafın lehine çalışan ve dezavantajlı tarafa çok ağır yükümlülükler getiren hükümler” olarak ifade edilmiştir.⁷² Diğer bir deyişle hâkim, sözleşme hükümlerinin hakkaniyet ve makullüğe açık şekilde aykırı olarak dezavantajlı taraftan ağır şekilde yararlanma amacı güdüp gütmeyeceğine bakacaktır.⁷³ Maddi ölçüsüz hükümler fiyat bazında olabileceği gibi teminatta, cezai şartta ve hatta tahkim şartında da olabilir.⁷⁴ Mahkemeler, tahkim şartını da ölçüsüzlüğe dahil ettikleri çoğu durumda bu şartın güçlü tarafça bilinçli şekilde zayıf taraf üstündeki avantajın maksimize edilmesi amacıyla konduğunu belirtmişlerdir.⁷⁵ Fiyat konusunda ise mahkemeler genellikle sözleşme özgürlüğünü zedelememek için sıkı değerlendirmeler yapmasalar da çoğu mahkeme açık bir orantısızlık durumunda bu durumu gidermekten çekinmemektedir.⁷⁶ Hatta nadir de olsa fiyat konusunda aşırı bir orantısızlık olması durumunda mahkemelerin ölçüsüzlüğün diğer şartlarını daha gevşek değerlendirdikleri de gözlemlenmektedir.⁷⁷ Bu açıdan bakıldığında Alman ve Avusturya doktrinlerinde kendine taraftar bulan ve aşırı yararlanmanın şartlarından biri gerçekleştiğinde diğerini daha esnek değerlendiren “kum yığını” teorisinin kimi durumlarda Angloamerikan hukukunda da taraftar bulunduğu söylenebilir.

⁶⁹ Rodriguez-Yong ; Gustafsson, s. 14-17 ; Hunter Jr,149-152 & 168 ;Knapp, s. 2-6.

⁷⁰ Kugler v. Romain 279 A.2d 640 (N.J. 1971).

⁷¹ Gustafsson, s. 17

⁷² Rodriguez-Yong

⁷³ Rodriguez-Yong ; Zimmer v Cooper Neff Advisors Inc 523 F 3d 224, 228 (3d Cir 2008).

⁷⁴ Gustafsson, s. 19

⁷⁵ Rodriguez-Yong

⁷⁶ Gustafsson, s. 17-19 & 21-29 ; Rodriguez-Yong

⁷⁷ Jones v. Star Credit Corp., 298 N.Y.S.2d 264, 266-68 (Sup. Ct. 1969).

Usulî ve maddi ölçüsüzlüğü en iyi tanımlayan kararlardan biri de Kaliforniya Temyiz Mahkemesi'nin Carboni v. Arrospide kararıdır.⁷⁸ Bu davada, davalı Arrospide babasının hastane masraflarını karşılayabilmek adına davacı Carboni'den yüzde iki yüz faizle borç para almıştır. Mahkeme bu oranın "ölçsüz" olup olmadığını tartışmaktadır.⁷⁹ Mahkeme, davacının borç altına girerken duygusal sıkıntı içinde olduğunu belirlemiştir ve bu ölçsüzlüğün usulî şartını oluşturur. Buna ek olarak, sözleşmede "borçlu alacaklının taleplerinin ağır olduğunu kabul etmektedir, ancak borçlu daha öncesinden başarısız kredi girişimlerinde bulunmuş ve alacaklıyla bu sözleşmeyi yapmanın faturalarını ödemek için kendisi adına en iyi yol olduğunu hissetmektedir." ibaresi bulunmaktadır. Bu ibare göstermektedir ki yapılan sözleşme davacı açısından son çare gibidir. Olayın maddi ölçsüzlük boyutuysa yüzde iki yüz gibi yüksek bir faiz oranıdır.

ABD'de de ölçsüzlüğün sonuçlarını düzenleyen, UCC'nin 2-302. maddesi mahkemelere bu durumda sözleşmenin tamamını kesin hükümsüz kılmayı ya da sözleşmeyi ölçsüz madde olmadan uygulamak suretiyle kısmi olarak hükümsüz kılmayı veya sözleşmenin bir kısmını geçersiz kılmadan ölçsüzlüğü engellemek amacıyla söz konusu ölçsüz maddelerin uygulamasını kısıtlama imkânı vermiştir.⁸⁰ Uygulamaya bakıldığında ise sözleşme özgürlüğünü kısıtlama kaygılarından kaynaklanmasını muhtemel olarak, mahkemelerin sözleşmenin tamamını geçersiz kılmasına pek rastlanmamaktadır. Mahkemeler genellikle, sözleşmeyi ölçsüz hüküm olmadan veya ölçsüz hükmün haksız sonuçlarını kısıtlamak suretiyle duruma çözüm getirmektedirler.⁸¹

⁷⁸ Carboni v. Arrospide - 2 Cal. App. 4th 76, 2 Cal. Rptr. 2d 845 (1991)

⁷⁹ James Gordley/Arthur Taylor von Mehren, An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, s. 203-205 & 212.

⁸⁰ Son seçeneği açıklamak için bir örnek verecek olursak, mahkeme %100'lük bir faiz şartını tamamen kaldırmaktansa bunu daha adil bir orana indirebilir. Bu durum, tam anlamıyla eşleştirilemeye de Türk hukukundaki "değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğe" benzetilebilir.

⁸¹ Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965). Jones v. Star Credit Corp., 298 N.Y.S.2d 264, 266-68 (Sup. Ct. 1969). Lloyds Bank Ltd v Bundy [1974] EWCA Civ 8.

3.2. “Undue Influence” – İçeriği ve Aşırı Yararlanmayı Karşılamiyor Oluşu

Türkçe doktrinde bugüne kadar Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanmayı doğrudan anlatan bir yayın bulunmamakla birlikte, konuya aşırı yararlanma hakkındaki tezlerde değinilmektedir. Bu tezlerin önemli çoğunluğunda ise Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanma Undue Influence ile eşleştirilmekte ancak bu kanıya varan yazarların bazıları da Undue Influence kurumunun tam olarak aşırı yararlanmayı karşılamadığına da ve ona göre oldukça geniş kaldığına değinmiştir.⁸²

Ancak bize göre, yukarıda bahsettiğimiz gibi, Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanmayı karşılayan kurum Unconscionability olup Undue Influence (Haksız Etki)⁸³ kurumu aşırı yararlanmayı tam karşılayamamanın da ötesinde ondan farklı bir kurumdur.

Angloamerikan doktrininde, haksız etki kurumunun dinamik yapısı nedeniyle kesin bir tanımının yapılmasından kaçınılmıştır. Ancak üstünde uzlaşılan hususlar zarar gören kişinin iradesinin karşısındaki kişi ile olan özel bağından dolayı etkilenmesi ve bu etkinin haksız olmasıdır. Kişinin iradesi üzerindeki haksız etki onun karar alma faaliyetlerini bozar ve bunun sonucunda ortaya zarar gören kişi için oldukça dezavantajlı bir durum çıkar. Etkinin kişi üzerindeki derecesi ve dezavantajlı durumun nitelikleri, somut olayın özelliklerine göre belirlenir.⁸⁴ Uygulamaya bakıldığında, kişinin iradesini sakatlayan ve karşıdaki kişiyle olan bağından çıkan haksız durumda, karşıdaki kişinin rolünün geniş yorumlandığı gözlemlenebilir. Öyle ki, karşıdaki kişi tam anlamıyla hakkaniyete aykırı bir davranış göstermese de zarar gören kişinin iradesinin sakatlanmasına engel olmamışsa mahkemelerin davacının haksız etki iddiasını haklı gördüğü olmuştur.⁸⁵

⁸² İrem Apaydın, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2020, s. 34-36. ; Yeşim Ezgi Öncel, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, (Danışman: Prof. Dr. Hüseyin Hatemi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017. ; Kalkan s. 35-40 ; Okumuş, s. 47-49

⁸³ İçeriğini de ve zarar gören taraf üzerindeki etkisini göz önünde bulundurarak “Undue Influence” kurumunu dilimize “Haksız Etki” olarak çevirmeyi uygun bulduk. Bundan sonra “Undue Influence” yerine “Haksız Etki” tabirini kullanacağız.

⁸⁴ Peter Birks/Chin Nyuk Yin, On the Nature of Undue Influence, in Jack Beatson/ Daniel Friedmann (der.), Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 57-97.

⁸⁵ Hugh Beale, Undue Influence and Unconscionability, in Andrew Dyson/James

Öncelikle haksız etki de ölçsüzlük gibi Angloamerikan hukuku açısından bir “savunma” aracını ifade edip, zarar gören tarafa sözleşmenin hükümsüz kılınmasını ve uğradığı zararın tazmini imkanını vermektedir.⁸⁶ Ölçsüzlükte kişinin iradesinin sakatlanma sebebi yukarıda da anlattığımız gibi pazarlık kabiliyetini olumsuz etkileyen gençlik, yaşlılık, deneyimsizlik, okuma yazma kabiliyetlerinin zayıflığı gibi unsurlardır. Ancak haksız etkide iradede bozulmaya neden olan şey zarar görenin muhakeme yeteneğini zayıflatan ve doğumu kişinin kendisinden kaynaklanan bir dezavantaj değil, bizzat zarar verenin karşısındaki kişi ile kendisi arasındaki “özel bir itimat içeren ilişkiyi”⁸⁷ istismar ederek ortaya çıkardığı durumun karşı tarafın iradesini zedelemesi ve adeta onun özgür iradesini ortadan kaldırmasıdır.⁸⁸

Doktrinde son zamanda bu konuda yeni bir sınıflandırmaya gidildiği görülmektedir. Buna göre; Barclays Bank plc v O’Brien davasında belirtildiği üzere haksız etki ikiye ayrılır. İlk grupta; ispat yükü zarar görene düşer ve zarar gören kişinin, zarar verenin aktif fiillerle kendisi üzerinde haksız bir etki ortaya çıkararak aşırı oransızlığa neden olduğunu ispatlaması gerekir. İkinci gruptaysa, zarar görenle zarar verenin edimleri arasındaki oransızlığa ve aralarındaki özel ilişkiye bakılarak zarar gören üzerinde haksız bir etkinin doğduğu karineten kabul edilir.⁸⁹

Bu durum haksız etkiyi, ölçsüzlük-aşırı yararlanmadan ayıran temel farktır. Hatta, söz konusu farka bakıldığında haksız etki Kıta Avrupası’ndaki irade bozukluklarına benzetilebilir. Oysa, aşırı yararlanmanın niteliği doktrindeki hâkim görüşe göre bir irade bozukluğundan çok sözleşme özgürlüğüne getirilen bir istisnadır.

Bu tarz “özel bir itimat ilişkisinde” mahkemelerin dikkat çektiği bir nokta da kişinin karşı tarafla arasında bulunan özel durumun, kişi üzerinde bir baskı kurmasıdır. Bu gibi durumlara örnek olarak

Goudkamp/Frederick Wilmut-Smith (der.), *Defences in Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2017, s. 87-112.

⁸⁶ Beale, s. 87; Ancak ölçsüzlüğe bağlanan tek yaptırımın sözleşmenin hükümsüz kılınması olmadığı da unutulmamalıdır. Bu durum yukarıda açıklandı. Bkz: s. 16

⁸⁷ Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2) [2001] UKHL 44; [2002] 2 AC 773 [14].

⁸⁸ Birks/Yin, s. 59 & 67-74. ; Beale, s. 90-98.

⁸⁹ Mark Pawlowski, “Undue Influence: Towards A Unifying Concept Of Unconscionability”, *The Denning Law Journal*, Buckingham 2018, C.30, s. 117-151.

yaşlanmış kişilerin bakım kaygısıyla çocuklarınca önlerine sürülen, normalde karşı taraf bir yabancı olsaydı reddedecekleri, bazı finansal anlaşmaları kabul etmeleri örnek verilebilir.⁹⁰

Bu tarz bir itimat ilişkisinin bir diğer önemli örneği de haksız etki doktrininde oldukça önemli bir yeri olan Allcard v Skinner davasıdır.⁹¹ Davada zarar gören, varlıklı bir kimse olan Miss Allcard yoksulluğu ve boyun eğmeyi yücelten bir dini tarikata katılmıştır. Burada, manevi olarak kendisinden üstün gördüğü Miss Skinner'ın tavsiyesi ve tarikatın kuralları gereğince sahip olduğu önemli varlıkları tarikatın hizmetinde harcanması üzerine Miss Skinner'a geçirmiştir. Tarikattan ayrılmasının ardındansa mahkemeye başvurarak bu varlıkları Miss Skinner'a geçiren sözleşmenin hükümsüz kılınmasını istemiştir. İlk derece mahkemesi Miss Allcard'ın iradesinin sakatlandığına katılmasa da temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesine katılmayarak Miss Skinner'ın, karşı tarafa aralarındaki ilişkiden yararlanmak suretiyle, bu tarz bir anlaşmayı akliselim bir şekilde değerlendirecek imkân tanımadığını belirtmiştir. Her ne kadar Temyiz Mahkemesi, Miss Allcard'ın talepleri için gereğinden uzun süre beklemesi nedeniyle davayı reddetse de davada belirtilen hususlar haksız etki için aranan itimat ilişkisinin özelliklerini göstermesi açısından doktrince yararlı bulunmaktadır.⁹²

Mahkemelerin de kararlarında haksız etkiden ile ölçüsüzlükten arasındaki çizgiyi özenle çizmeye çalıştıkları görülebilir. Mahkemeler aradaki farkı açıklarken somut olayda zarar gören ve zarar veren rollerini incelemişlerdir. Zira, haksız etkide haksız etkiyi yaratan zarar verendir, ölçüsüzlükte ise zarar görenin şahsından doğan nitelikler ölçüsüzlüğü yaratmaktadır.⁹³

Bunun bir örneği, Avusturalya Yüksek Mahkemesi bir kararında ölçüsüzlükte zarar görene sözleşmenin hükümsüz kılınması imkanının verilmesinin nedeninin daha çok zarar görenden kaynaklanan bir pazarlık kabiliyeti zayıflığı olduğunu; haksız etkide ise sözleşmenin

⁹⁰ Beale, s. 91 ; Cf Simpson v Simpson [1992] 1 FLR 601 (Ch D) or Langton v Langton [1995] 2 FLR 890 (Ch D).

⁹¹ Allcard v Skinner (1887) 36 Ch D 145 (CA).

⁹² Birks/Yin, s. 79-80 ; Beale, s. 93

⁹³ Birks/Yin, s. 80-84

hükümüz kılınabilmesinin nedeninin zarar verenin, zarar görenle arasındaki bir ilişkiyi istismar etmesi faaliyetiyle adeta zarar görenin özgür iradesini ortadan kaldırması olduğunu belirtmiştir.⁹⁴

Öyle ki kimi durumlarda aradaki bu bağın istismar edilmesi korkutma veya aldatma boyutuna varmaktadır, hatta her ne kadar bugün doktrinin haksız etkinin daha daraltıcı niteliklere sahip olduğunda uzlaşılması nedeniyle popülerliğini kaybetse de doktrinde bütün korkutma durumlarının haksız etki altında incelenmesi gerektiği ileri süren görüşler dahi bulunmaktadır.⁹⁵

Sonuç olarak, haksız etki ve ölçsüzlük – aşırı yararlanma arasındaki en önemli fark ölçsüzlük ve aşırı yararlanmada, zarar gören için dezavantajlı durumun ortaya çıkmasının temel nedeni eğitimsizlik, zor durum, tecrübesizlik, okuma yazmanın zayıf olması gibi durumlar; haksız etkide iradenin bozulmasına neden olan husus zarar görenle karşı taraf arasındaki özel bir itimat ilişkisi ve buna ek olarak ya karşı tarafın bunu kasıtlı ve hakkaniyete aykırı olarak kullanarak edimler arasında ciddi bir oransızlık ortaya çıkarmasıdır. Bu açıklamalar ışığında gözlemlenebilir ki, ölçsüzlük – aşırı yararlanmada zarar gören kişiye sağlanan korumanın nedeni adeta kişinin kendisi için dezavantajlı olan sözleşme maddelerini anlamaktan aciz olmasıdır, haksız etkide ise kişi bunların anlamını kavrayabilse de aslında dış bir etki nedeniyle kabul etmekte, kendini kabul etmek zorunda hissetmekte, kabul etse de karşı tarafa güvendiği için zarar görmeyeceğine dair bir inanç beslemektedir.

Bu açıklamalar ışığında gözlemlenebilir ki, ölçsüzlükte, aynı Kıta Avrupası'ndaki aşırı yararlanmada olduğu gibi, zarar gören kişiye sağlanan korumanın nedeni adeta kişinin kendisi için dezavantajlı olan sözleşme maddelerini kavrayabilmekten aciz olmasıdır, haksız etkide ise kişi bunların anlamını kavrayabilse de aslında dış bir etki nedeniyle kabul etmekte, kendini kabul etmek zorunda hissetmekte, kabul etse de karşı tarafa güvendiği için zarar görmeyeceğine dair bir inanç beslemektedir ancak sonradan bu inancı boş çıkmaktadır. Bu açıdan haksız etkinin Kıta Avrupası'ndaki aşırı yararlanma yerine aldatmaya yakın görülmesi daha isabetli olacaktır.

⁹⁴ Commercial Bank of Australia Ltd. v Amadio (1983) 151 CLR 447.

⁹⁵ Malcolm Cope, Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains, Sydney, Law Book Co., 1985, paragraf 125.

Sayılan bu nedenlerle haksız etkinin Kıta Avrupası hukukundaki aşırı yararlanmanın Angloamerikan hukukundaki karşılığı olarak görülme, ölçsüzlüğe göre daha uzak olduğu kanısındayız.

3.3. İki Sistemin Yaklaşımları Arasındaki Farklılıkların Değerlendirilmesi

İki farklı sistemin kararları karşılaştırıldığında şu sonuçlara varılabilir: Öncelikle iki taraf da açık bir oransızlık aramaktadır. Öte yandan, sübjektif şart (usulî ölçsüzlük) bakımından bir farklılık vardır. Kıta Avrupası hukuku mağdurun tarafın zayıflığına ek olarak genellikle karşı tarafın da sömürme kastını ararken Amerikan hukukunda ise sübjektif şart (usulî ölçsüzlük) hakkındaki değerlendirme zarar verenden çok mağdur tarafın penceresinden bakılarak yapılmaktadır. Yani, somut olayın şartları pazarlık gücü eşitsizliğine dayalı olarak zayıf taraf bakımından başka seçenek kalmayacak şekilde “son çare hali” ortaya çıkarması durumunda ölçsüzlük ilkesine gidilebilmektedir. Aslında bu farklılığın uygulamada pek bir değeri yoktur çünkü doğrudan sömürme kastının olmayıp böyle bir somut olayın karşımıza çıkması pek olası değildir. Kısaca şu denilebilir ki iki hukukun lafzı ve gittiği yol farklı olsa da birbirleriyle aynı sonuçları doğurmaktadırlar.

Son olarak, taraflar arası asimetrik bilgi gerçekliği bilgisiz tarafın bu özelliğinin sömürülmesine yol açabilir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü bu denli savunan serbest bir ekonominin varlığında sözleşme konusuna ilişkin bilgiye erişim alıcı bakımından oldukça maliyetlidir ve satıcı taraflar bundan yararlanabilir. Dürüstlük kuralının zayıf taraf için zorunlu kıldığı bu koruma, aşırı yararlanma kurumu ve bu kurumun tanıdığı sözleşmeyi iptal edebilme gibi haklarla yerine getirilmektedir.

4. Aşırı Yararlanma ve Dürüstlük Kuralı Arasındaki Bağlantı

4.1. Aşırı Yararlanmanın Dürüstlük Kuralının Bir Sonucu Olması

Önceki başlıklarda karşılaştırmalı olarak dürüstlük kuralına ve dürüstlük kuralının bir örneği olarak aşırı yararlanma ile onun Angloamerikan hukukundaki karşılığı olduğunu düşündüğümüz ölçsüz-

lük kurumunu incelemiştik. Bu başlıkta her iki sistemde de bu kurumların dürüstlük kuralından türediğini savunacağız.

Liberal bir hukuk sistemi olan Angloamerikan hukukunda, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan ölçsüzlük kurumunun varlığını meşru bir temele oturtmak için pek çok farklı görüş öne sürülmüştür. Bizce bu görüşlerden en tutarlısı söz konusu kurumu dürüstlük kuralına dayandırmaktır. Angloamerikan hukuk doktrininde dürüstlük kuralının amaçları sözleşmesel ilişki içindeki tarafların arasında güven ortamı oluşturmak, tarafların borçlarını karşılıklı yardım içerisinde ifa etmelerini sağlamak, verimli bir sözleşme kurmak ve tarafların doğrudan edimleri içerisinde olmayan ama sözleşmenin doğası gereği birbirlerinden makul seviyede bekleyebilecekleri sorumlulukları garanti altına almak olarak açıklanmıştır.⁹⁶ Yine aynı şekilde Kıta Avrupası hukuku doktrininde de dürüstlük kuralının objektif bir davranış yükümlülüğü yarattığı, böylece sözleşmelerin eksiklerini gidererek sözleşmesel ilişkilerde güven ortamını desteklediği söylenmiştir.⁹⁷ Fakat sözleşmesel ilişkilerde güven ortamının sağlanması, sadece sözleşme kurulduktan sonraki süreç içinde alınacak önlemlerle mümkün değildir. Bu bakımdan, sözleşme görüşmelerinde başlayan bir objektif özen yükümlülüğü, sözleşme hukukunun amacına daha iyi hizmet edecektir. İşte söz konusu durumlarda, böyle bir davranış içerisinde bulunan kişinin, sözleşmede karşısında bulunan kişiyi koruyacak bir tutum içinde bulunmadığı, yani sözleşmesel ilişkiye güveni zedelediği söylenebilir.

Yine Amerikan doktrininden örnek vermek gerekirse Restatement'in ilk versiyonunu yazan komisyonun başkanı Williston da kitabında ölçsüzlüğü, dürüstlük kuralına dayandırmaktadır. Williston'a göre sözleşmeye ölçsüzlüğe neden olan hükümlerin konması dürüst, onurlu, akli başında ve düzgün bir adalet anlayışına sahip bir kişiden beklenemez.⁹⁸ Williston'ın bu açıklaması ile Restatement'in toplumsal nezaket, adillik ve makullük standartlarını aşan hareketleri "kötü niyetli" olarak nitelendirmesi birlikte düşünüldüğünde ölçsüzlük kavramının aslında dürüstlük kuralının bir sonucu olduğu görülebilir. Aşırı yararlanmanın nezaket ve adillikle olan ilişkisine Yargıtay "alışverişlerde karşılıklı

⁹⁶ Markovits, s. 273-274; Burton, s. 371

⁹⁷ Schäfer/Aksoy, s. 74.

⁹⁸ Samuel Williston, A Treatise On The Law Of Contracts (3rd Edition), New York, Baker/Voorhis and Co., 1972, s. 51-52 ; Hunter Jr, s. 153-154.

edimler arasında ekonomik denge kurulmasını sağlayan çok yararlı ve geçerli yasal bir mekanizmadır” diyerek değinmiştir.⁹⁹

ABD doktrininde en çok atıf yapılan akademisyenlerden olan Llewellyn de ölçüsüzlüğün dürüstlük kuralından kaynaklandığını belirtir. Llewellyn’e göre dürüstlük kuralı ve ölçüsüzlük arasında doğrudan bir bağlantı vardır çünkü UCC kişileri borçların ifası ve diğer tüm sorumluluklarda dürüstlük kuralına uymakla yükümlü kılacaktır.¹⁰⁰ Ölçüsüzlüğün usulî ve maddi şartlarının sağlanabilmesi ancak yararlanan tarafın dürüstlük kuralına aykırı davranmasıyla ortaya çıkabilir. Bu durumu destekler nitelikte, 1950-1960 arasında ölçüsüzlük kavramını daha detaylı açıklayan pek çok kararda mahkemeler, karşısındaki kişiden ölçüsüzce yararlandığı iddia edilen kişinin “dürüstlük ve iyiniyetinin eksikliğine” odaklanmışlardır.¹⁰¹ Kugler v. Romain davasında mahkeme bu durumu şöyle açıklamıştır: “*Ölçüsüzlük maddesi tarafından tasarlanan örnek davranış modeli iyi niyet, dürüstlük ve adil pazarlığın gözetilmesidir*”.

4.2. Aşırı Yararlanma ve Dürüstlük Kuralının İktisadi Paralelliği

Son olarak, dürüstlük kuralı ve aşırı yararlanma kavramlarının ekonomik analizi üzerinde durduğumuz takdirde, bu iki kavramın ekonomik mantığının birbirlerine paralel olduğu gözlemlenecektir. Bu iki kavramı incelemek için, ilk olarak hukuk ve ekonomi alanının analiz türlerini, sözleşme hukuku ile bu akımın arasındaki ilişkiyi açıklayacağız.

Hukukun ekonomik analizi,¹⁰² hukukun incelenmesinde iktisadi kavramlardan ve metotlardan yararlanan bir akımdır. Öğretide, ekonomik analizin pozitif veya normatif olabileceği kabul edilir.¹⁰³ Pozitif

⁹⁹ Y. 1. HD. E. 1978/2699, K. 1978/3106 T. 22.3.1978

¹⁰⁰ Karl N. Llewellyn, The Common Law Tradition Deciding Appeals, Boston/Toronto, Little/Brown & Co., 1960, s. 369.

¹⁰¹ Hunter Jr, s. 153-155

¹⁰² Uluslararası literatürde “law and economics”, yahut “economic analysis of law” diye adlandırılan bu kavram, Türkçeye “hukuk ve ekonomi” veya “hukukun ekonomik/iktisadi analizi” olarak çevrilmiştir. İşbu yazıda bu üç Türkçe kavram birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

¹⁰³ Kerem Cem Sanlı, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, (Danışman: Cevdet Yavuz) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler

analiz kendi içerisinde ikiye ayrılabilir. Bu yöntem, hem hukuk kurallarının insan davranışları üzerindeki etkisini hem de hukuk normlarının altında yatan mantığı (ratio legis) ekonomik düşünce yardımıyla inceler. Pozitif analizin ilk türüne şöyle bir örnek verilebilir: Kürtaj yasağının olduğu ülkelerde bu yasak, kürtaj yaptırmak isteyen insanların davranışlarını nasıl etkiler? Yahut kürtaj yasağının kaldırılması bu medikal operasyonun kalitesini ve ücretini, ayrıca kürtaj oranlarını değiştirir mi? Pozitif analizin ikinci türü, hukuk kurallarının ekonomik mantığının olduğunu iddia eder. Buna göre ekonomik verimi artırmak, hukuka da yansımış sosyal bir hedeftir.¹⁰⁴ Bu bakımdan, mesela sözleşme hazırlanmasında işlem maliyetinin azaltılmasına yönelik alınan tedbirler, bu mantık üzerine kuruludur. Zira bu durumda, sözleşme daha az masrafla aynı yararı sağlayacaktır.

Normatif analiz, bir hukuk normunun arzu edilebilir olup olmadığını konu alır. Bu sorunun cevabında, iktisat biliminin getirdiği bazı normatif standartlar kullanılır. Bunlar, az önce bahsedildiği gibi ekonomik verimi artırmak, böylece kıt kaynaklardan sosyal serveti maksimize etmektir. Mesela, taşınır satış sözleşmesi günlük hayatımızda sıklıkla karşılaşılan bir sözleşme türüdür. Sosyal ve ticari hayatın oldukça önemli bir yerini tutan bu sözleşme türü için, haklı olarak bir şekil şartı getirilmemiştir. Zira taşınır satış sözleşmesi şekil şartına bağlı olsaydı bu durum, kişileri daha az sözleşme yapmaya itip ekonomik hayatı yavaşlayacaktı. Bu sebeple, taşınır satış sözleşmelerinde şekil şartı getiren bir hukuk normu, arzu edilebilir değildir.

Sözleşme hukukuna geldiğimizde, hukukun ekonomik analizi akımında sözleşme hukukunun çeşitli iktisadi amaçlarının olduğu söylenir. Bunlara fırsatçılığın önlenmesi, çıkabilecek uyuşmazlıkların maliyetinin azaltılması, taraflar arasında etkili bilgi paylaşımının sağlanması örnek verilebilir. Bu konuda tam bir liste olmadığı gibi yazarlar da sözleşme hukukunun farklı iktisadi amaçlarına değinmişlerdir.¹⁰⁵ Ancak, tüm bu amaçlar tek bir normatif standarda hizmet

Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s. 21-27; Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford, Stanford University Press, İkinci Baskı, 2009, s. 2-3; Ejan Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013, s. 6-17.

¹⁰⁴ Miceli, s. 2-3.

¹⁰⁵ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, Seki-

etmektedir. Bu da sözleşmesel ilişkilerin işlem maliyeti fazla olmadan kurulması, bu hukuki ilişkiyi sıkıntıya düşürebilecek durumların önlenmesi ve böylece ekonomik hayatın akışını sağlamaktır.

Bu amaçlardan özellikle fırsatçılığın önlenmesi, bize dürüstlük kuralı ile aşırı yararlanmanın bağlantısını göstermektedir. Fırsatçılık, kişinin sözleşmedeki açıklar yahut taraflar arasındaki bilgi asimetrisinden yararlanarak sözleşmenin ortak getirilerinin dağılımını kendi lehine değiştirmesi olarak anlaşılabılır. Fırsatçılık, zarar görenin sözleşmeden beklediği verimi alamamasına yol açar.¹⁰⁶ Örneğin, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu olmuş bir olayda kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciler, projeyi finanse etmek için kendilerine devredilecek bağımsız bölümleri üçüncü kişilere şekil şartını sağlamayan geçersiz sözleşmelerle satmaktaydı. Bu durumda üçüncü kişi tüm edimlerini yerine getirirse ve bağımsız bölüm teslim edilse bile yüklenici, sözleşmenin geçersizliğine dayanarak mülkiyetin devrinden kaçınmaktaydı. Yüklenicin bu davranışı, bağımsız bölümlerin tapuda devredileceği sırada değerlerinin genellikle artmış bulunmasındandır.¹⁰⁷ Bu durumda, taraflar arasında sözleşmenin şekli bakımından bir bilgi asimetrisi mevcuttur. Üçüncü kişi, sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmemekte ve sadece bağımsız bölümün teslimi ile karşı tarafın edimini yerine getirdiğini sanmaktadır. İşte yüklenici, bu bilgi asimetrisinden yararlanarak sözleşmenin getirilerinin dağılımını kendi lehine olacak şekilde değiştirmiş, fırsatçı bir davranışta bulunmuştur. Fırsatçı davranışla beraber, üçüncü kişi bağımsız bölümün değerinin artışından, bir diğer deyişle sözleşmeden beklediği verimi elde edemeyecektir. Yargıtay, bu olayda TBK m. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı¹⁰⁸ uyarınca mülkiyetin üçüncü kişiye devredilmesi gerektiğini hükmetmiştir. Bu karar, fırsatçılığın önlenmesi amacına uygun bir sonuçtur.¹⁰⁹

zinci Baskı, 2011, s. 124; Robert Cooter/Thomas Ulen, Law and Economics, Boston, Prentice Hall, Altıncı Baskı, 2014, s. 167-202.

¹⁰⁶ Mackaay, s. 430.

¹⁰⁷ YİBBGK., E. 1987/2 K. 1988/2 T. 30.9.1988.

¹⁰⁸ Hakkın kötüye kullanılması yasağının dürüstlük kuralının bir yansıması olduğu hakkında bkz. Hans-Bernd Schäfer ve Hüseyin Can Aksoy, "Alive and Well: the Good Faith Principle in Turkish Contract Law" *European Journal of Law and Economics*, Cilt 42, 2016, Sayı 1, s. 73-101.

¹⁰⁹ Schäfer/Aksoy, s. 96-97.

Fırsatçılık, sözleşmeden beklenen verimi azalttığından dolayı, kişiler gelecekte sözleşme yapmaktan kaçınabilir yahut sözleşme görüşmelerine daha temkinli yaklaşabilirler.¹¹⁰ Böylece sözleşme görüşmeleri daha maliyetli ve uzun olacaktır. Sözleşmelerin işlem maliyetlerinin artması ekonomik hayatı yavaşlatacak ve sosyal servet bozulacaktır.

Bu bağlamda dürüstlük kuralı fırsatçılığı engelleyen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesela, dürüstlük kuralından doğan bildirim yükümlülüğü, tarafların arasındaki bilgi asimetrisini ortadan kaldırmakta, böylece fırsatçılığı önlemektedir. Yargıtay'ın bir kararına konu olmuş olayda kamu görevlisi kişi, bir tacir ile tek satıcılık akdi kurmuştur. Ancak, kamu görevlisi, kendisinin ticaretle iştigal edemeyeceğini karşı tarafa bildirmemiştir. Sözleşme ile ilgili uyumsuzluk ilk derece mahkemesine gelmiş, kamu görevlisi olan davacı, davalı tacire verdiği teminat senedinin iptalini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi de sözleşmenin geçersiz olduğundan yola çıkarak senedin iptaline karar vermiştir. Bu durumda Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, sözleşme görüşmelerinde kamu görevlisinin dürüstlük kuralına aykırı davranışını, böylece somut olayda culpa in contrahendo kuralları çerçevesinde kamu görevlisinin güven ilişkisinin ihlalinin doğan zarardan sorumlu olduğunu hükme bağlamış, ilk derece mahkemesinin kararını, mahkeme sözleşme öncesi sorumluluk meselesini tayin etmediği için bozmuştur.¹¹¹ Bu kararda kamu görevlisi kişi, bildirim yükümlülüğüne aykırı davranarak karşı tarafı dezavantaja sürüklemiştir. Zira tacir sözleşmenin geçerli olduğu düşüncesiyle sözleşmesel ilişki için belli bir emek sarf etmiştir. Ancak bu emek ile beklenen yararlar sağlanamamıştır. Ayrıca dürüstlük kuralının uygulanmadığı bir hukuk sisteminde sözleşmenin geçersiz olacağını bildirmeyen taraf, sözleşmesel ilişkiden doğan bir uyumsuzluk olduğunda sözleşmenin geçersizliğine dayanarak sorumluluğunu hafifletebilir. İlk derece mahkemesi, kararda culpa in contrahendo sorumluluğunu tayin etmeyerek tam da böyle bir durum yaratmıştır. Zira mahkeme, sadece tarafların aldıklarını iade etmekle yükümlü olduklarını belirtmiştir. Bildirim yükümlülüğünün sonuçları bu örnekle sınırlı değildir. Bazı durumlarda, karşı tarafın menfaatine olacak bir bilgiyi bilerek saklamak hile olarak

¹¹⁰ Mackaay, s. 430.

¹¹¹ Y. 13. HD. E. 1995/9375 K.1995/9860 T. 13.11.1995.

görülmektedir¹¹² ve bu durumda hukuk sistemleri zarar gören tarafı fırsatçılığın kötü etkilerinden koruyabilecek imkanlar sağlamaktadır.

Türk Yargıtay'ının yukarıda anlattığımız saiklerle verdiği kararlarıyla paralel şekilde Angloamerikan hukukunda benzer örnekler bulmak mümkündür. Örneğin; mahkemeler sözleşme görüşmeleri sırasında karşı taraftan bilgi gizleyen ya da yanlış izlenimler bırakan kişilerin, bu yolla yarattıkları avantajlı durumdan doğan taleplerini, tüm şekli geçerlilik şartları sağlanmış olmasına rağmen haklı görmeyerek, zarar gören tarafın ifadan kaçınmak veya karşı tarafı ifaya zorlamak için "equitable estoppel" iddiasını kullanmasını haklı görmüşlerdir.¹¹³

Örneğin; Canfield v. Prod ve Long Beach v. Mansell davalarında Amerikan Yüksek Mahkemesi equitable estoppel'e dayanacak tarafın, equitable estoppel konusu yaptığı ve ileride kendisine zarar verecek sözleşme hükümlerine dayanarak hareket etmesi ve karşı tarafın gerçek niyetini bilmemesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁴

Equitable estoppel'e göre taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafta bıraktıkları izlenimle paralel hareket etmelidir ve daha sonra çelişkili davranmaktan kaçınmalıdır. Doktrindeki görüşlere göre de yukarıdaki açıklamalarımızla paralellik gösteren "equitable estoppel" uygulaması sözleşme öncesi dürüstlük kuralının bir sonucudur ve taraflar arasındaki bilgi asimetrisinden doğan fırsatçılığı gidermeyi amaçlar.¹¹⁵

Görüldüğü üzere, dürüstlük kuralı bilgi asimetrisinden doğan ve bir tarafa normalden fazla dezavantaj yükleyen durumlara karşı kullanılmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık sözleşme öncesinde olabileceği gibi sözleşmenin yorumlanmasında, edimlerin ifa edilmesinde ve sözleşmesel ilişkinin her safhasında meydana gelebilir.

Aşırı yararlanma-unconscionability durumundaysa fırsatçılık, sözleşme kurulurken ortaya çıkmaktadır. Aşırı yararlanma durumun-

¹¹² Mackaay, s. 439; Kocayusufpaşaoğlu, s. 459-460.

¹¹³ Montefiori v. Montefiori, (1762) 1 Black. W. 363.8; Pickard v. Sears, (1837) 112 E.R. 179; Pickard v. Sears, (1837) 112 E.R. 179.

¹¹⁴ Canfield v. Prod (1977) 67 Cal. App. 3d 722, Long Beach v. Mansell [(1970) 3 Cal. 3d 462]

¹¹⁵ Talya Şans Uçaryılmaz, "Equitable Estoppel and CISG", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2018, C. 3, S. 2, s. 161-178

da fırsatçı taraf, sözleşmenin eksikliğinden yahut bilgi asimetrisinden yararlanmaktan ziyade sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın kendisinden doğan asimetrik pozisyonundan istifade etmekte ve böylece en baştan sözleşmenin getirileri adil dağılmamış olmaktadır.

Eğer sömürülen taraf bu durumda aşırı yararlanma kurumunun imkanlarına sahip olmasaydı, gelecek ekonomik ilişkilerinde kendini korumak için daha uzun ve maliyetli görüşme aşamalarını tercih edecekti. Görüleceği üzere aşırı yararlanma ve dürüstlük kuralı, aynı amaca hizmet eder. Sadece dürüstlük kuralı fırsatçılığa karşı genel bir koruma mekanizmasıyken aşırı yararlanma, sözleşme öncesinde tarafların asimetrik güç dengelerinden doğan fırsatçılığa karşı düzenlenmiştir. Bu bakımdan aşırı yararlanma, dürüstlük kuralının bir alt dalı olarak ortaya çıkar.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında şunu söylemek gerekir ki; kanımızca aşırı yararlanmanın şartı olarak sadece objektif oransızlığı öngören düzenlemeler doğru değildir. Aşırı yararlanma kurumunun amacı, tarafların sözleşmesel ilişkiye güvenilebilmesi, sözleşmenin getirilerinin adil dağıtılmasıdır. Böylece aşırı yararlanma kurumu, ekonomik hayata ve toplum refahına katkı sağlayacaktır. Oysa ki subjektif şartın var olmadığı durumlarda tarafların sözleşmesel ilişkiye güveni azalmış değildir. Mesela, bağışlama amacı ile yapılan bir satış sözleşmesindeki durum böyledir. Zira, burada ürünün piyasa değeri ile sözleşmede kararlaştırılan değeri arasında açık bir nispetsizlik vardır fakat bu tarafların arasındaki asimetrik güç dengesinden kaynaklanmamaktadır. Hatta bu durumda taraflara iptal hakkı tanımak, sözleşmesel ilişkiye olan güveni azaltan bir düzenleme olacaktır.

SONUÇ

Kompleks ve sürekli değişen bir dünyada, dürüstlük kuralı adilliği sağlamada kendisine düşen görevi layıkıyla yerine getirmektedir. Öyle ki, bu kural ortaya çıktığı hukuk sistemi ile sınırlı kalmayarak Common Law'a da girmiştir. Bu kuralın doğurduğu önemli bir kurum olan aşırı yararlanma ise her iki sistemde de dürüstlük kuralının özelliklerini anlamak ve anlatabilmek için oldukça işlevseldir. Buna göre, aşırı yararlanmanın amacı her iki sistemde de dürüstlük kuralına aykırı şekilde yani makullük, iyiniyet ve adillığe aykırı olarak karşısındaki kişiden

faydalanmaya çalışanlara imkân tanımamaktır. Bu noktada hem hukuk sistemleri hem de onların altındaki ülkelerin kendi içlerindeki farklar dikkate değerdir. Örneğin; Fransa ve Avusturya'da edimler arasında aşırı oransızlık sabit oranlara bağlıyken, ABD, Türkiye, İsviçre ve Almanya bu oransızlığı somut olayda hâkimin takdirine bırakmış ve böylece dürüstlük kuralının sağladığı esnekliği daraltmayarak daha modern bir yaklaşım yakalamıştır. Aşırı yararlanmayı kuran unsurlardan öte, ona bağlanan yaptırımlara bakıldığında ise görülebilir ki farklı sistemlerde olsalar da aynı yaptırımı belirleyen ülkeler vardır. Alman hukuku aşırı yararlanma halinde sözleşmeyi kesin hükümsüzlükle tamamen ortadan kaldırırken, Fransız hukuku detaylı bazı şartlar altında sözleşmenin ayakta tutulmasına imkân tanımaktadır. Türk, İsviçre ve Amerikan hukukları ise sözleşmenin aşırı oransızlığın giderilmesi şartıyla ayakta kalmasını oldukça kolaylaştırmıştır. Son ana kadar tarafların iradesini korumaya çalışan bu modern yaklaşım aynı zamanda dürüstlük kuralını ortaya çıkaran nedenlerle de uyumludur, zira dürüstlük kuralı sert ve mutlak sonuçlar yaratmaktan çok, beklenmeyen olaylara makul ve adil bir çözüm sunarak kanunun erişemediği boşluklara da hakkaniyeti taşımayı amaçlamaktadır.

Sonuç olarak, Angloamerikan hukukunda aşırı yararlanmanın karşılığı gördüğümüz Unconscionability ile herhangi bir Kıta Avrupası ülkesindeki aşırı yararlanma birbirinden çok farklı değildir. Hatta kimi zaman Türk-İsviçre ile Amerika örneğinde olduğu gibi, Kıta Avrupası'ndaki bir ülkedeki aşırı yararlanma Amerika'dakine kendi sistemindekilerle aynı uzaklıkta olabilmektedir. En sonunda görülebilir ki farklı kültürel, sosyal ve ekonomik dinamiklere sahip olan ülkelerde bile, toplumların ortak kaygısından çıkan dürüstlük kuralı benzer şekilde gelişmiş, benzer kurumlar yaratmış ve binlerce yıldır hakkaniyeti sağlamada önemli bir araç olmuştur. Bu durum her geçen gün bilgi alışverişinin daha da kolaylaştığı dünyamızdaki globalleşmenin hukuka da sirayet ettiğini göstermektedir.

Kaynakça

Makaleler

- Aksoy Hüseyin Can/Schäfer Hans-Bernd, "Alive and Well: The Good Faith Principle in Turkish Contract Law", *European Journal of Law and Economics*, 2015, S.42, s. 73-101
- Barlas Nami, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi, 2011, S.55, s. 191-208.
- Bork Kevin/Wandt Manfred, "Utmost" Good Faith in German Contract Law, *Zvers-Wiss*, 2020, S.109, s. 243-254
- Burton Steven J., "Breach of Contract and Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, Cambridge-Massachusetts 1980, C.94, S.2, s. 369-404.
- Calvert Alisyair / Bond Jameela / Houlihan Madelana M., "Good Faith in English Contract Law", *The National Law Review*, 2022, C.12, S.60 <https://www.natlawreview.com/article/good-faith-english-contract-law>
- Çakrak Recep, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, S.2, s. 47-76.
- Farnsworth E. Allen, "Disputes over Omission in Contracts", *Columbia Law Review*, New York 1968, C.68, S.5, s. 860-891.
- Hallebeek Jan, "Some remarks on laesio enormis and proportionality in roman-dutch law and calvinistic commercial ethics", *Fundamina*, 2015, S.21, s. 14-33.
- Hunter Jr. Richard J., "Unconscionability Revisited: A Comparative Approach", *North Dakota Law Review*, Grand Forks 1992, C. 68, S. 1, s. 145-170
- Jr. Mark Pettit, "Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall" *Boston University Law Review*, Boston 1999, C. 76, S. 2, s. 263-354.
- Jusztinger Janos, "The Principle of Laesio Enormis in Sale and Purchase Contracts in Roman Law", *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata*, 2011, S.149, s 107-124.
- Kılınç Ayşe Nur, Japon Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri ve Japon Medeni Kanunundaki Güncel Gelişmelere Bir Bakış, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, S.14, s. 457-492.
- Knapp Charles L., "Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First Century Survey", *University of California Hastings College of Law Legal Studies Research Paper Series* (71), 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2346498
- Küçükgüngör Erkan/Emiroğlu Haluk, "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2004, C. 53, S.1.
- Litvinoff Saul, "Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion" *Louisiana Law Review*, Baton Rouge 1989, C. 50, S. 1, s. 1-116.
- Litvinoff Saul, Good Faith, *Tulane Law Review*, New Orleans 1997, S.71, s.1645-1673
- Mehren Arthur Taylor von, "French Doctrine of Lesion in the Sale of Immovable Property" *Tulane Law Review*, Cilt 49, 1974-1975, Sayı 2.
- Pawlowski Mark, "Undue Influence: Towards A Unifying Concept Of Unconscionability", *The Denning Law Journal*, Buckingham 2018, C.30, s. 117-151

Rodriguez-Yong Camilo Andres, "The Doctrines Of Unconscionability And Abusive Clauses: a Common Point Between Civil And Common Law Legal Traditions" , *Oxford University Comparative Law Forum*, 2011, S.1, <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-doctrines-of-unconscionability-and-abusive-clauses-a-common-point-between-civil-and-common-law-legal-traditions/#k>

Uçaryılmaz Talya Şans, "Equitable Estoppel and CISG", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2018, C. 3, S. 2, s. 161-178

Wilson Kerianne, "Alive and Kicking – The Story of Lesion and the Civil Code of Québec" *Les Cahiers de droit*, Québec 2010, C. 51, S. 2, s. 446-465.

Kitaplar

Apaydın İrem, 6098 sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Aşırı Yararlanma, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2020.

Cooter Robert ve Ulen Thomas, *Law and Economics*, Boston, Prentice Hall, Altıncı Baskı, 2014.

Cope Malcolm, *Duress, Undue Influence and Unconscientious Bargains*, Sydney, Law Book Co., 1985.

Kalkan Burcu, *Türk Hukukunda Gabin*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004.

Kara Doğan/Develioğlu H. Murat, *Borçlar hukuku genel hükümleri ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından örnekler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Llyweyn Karl N., *The Common Law Tradition Deciding Appeals*, Boston/Toronto, Little/Brown & Co., 1960.

Mackaay Ejan, *Law and Economics for Civil Law Systems*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013.

Miceli Thomas J., *The Economic Approach to Law*, Stanford, Stanford University Press, İkinci Baskı, 2009.

Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yedinci Baskı, 2017.

Okumuş Selmani, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2015.

Posner Richard, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, Sekizinci Baskı, 2011.

Tuhr Andreas von, *Borçlar Hukuku*, çev. Cevat Edege, İstanbul, Yeni Matbaa, Birinci Baskı, 1953.

Uçaryılmaz, Talya. Şans, *Bona fides: (dürüstlük kuralı)*, İstanbul, Yetkin, 2019.

Williston Samuel, *A Treatise On The Law Of Contracts (3rd Edition)*, New York, Baker/Voorhis and Co., 1972.

Derleme Kitap Bölümü

Beale Hugh, *Undue Influence and Unconscionability*, in Andrew Dyson/James Goudkamp/Frederick Wilmot-Smith (der.), *Defences in Contract*, Oxford, Hart Publishing, 2017, s. 87-112

Birks Peter/Yin Chin Nyuk, *On the Nature of Undue Influence*, in Jack Beatson/Daniel Friedmann (der.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, s. 57-97

- Markovits Daniel, Good Faith as Contract's Core Value, in Gregory Klass/George Letsas/Prince Saprai (der.), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 272-294
- Sirmen Lale, "Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku" Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi, 1972.
- Summers Robert M, The Conceptualization of Good Faith in American Contract Law, in Robert M. Summers/William G. McRoberts/Arthur L. Goodhart (der.), *Essays in Legal Theory – Law and Philosophy Library* vo. 46, E-book, Springer-Dordrecht, 2000, s. 299-320

Yayınlanmamış Yüksek Lisans ve Doktora Tezleri

- Gustafsson Per, The Unconscionability Doctrine in U.S. Contract Law, (Danışman: Ola Svensson), Lund University Faculty of Law, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://www.lunduniversity.lu.se/lup/publication/1761847>
- Sanlı Kerem Cem, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, (Danışman: Cevdet Yavuz) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- Öncel Yeşim Ezgi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı, (Danışman: Prof. Dr. Hüseyin Hatemi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Özdemir Oylum, Aşırı Yararlanma, (Danışman: Mehmet Tufan Ögüz), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

İnternet Kaynakları

- Mahmud Sana, Is there a general principle of good faith under English law? , https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2016/principle-good-faith-english-law#footnote1_6bbbj69, 06.06.2022
- Menteşe Helin, Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde "Dürüstlük İlkesi" , <http://helin-mentese.com/anglo-sakson-hukuk-sisteminde-durustluk-ilkesi/> , 06.06.2022

Mahkeme Kararları

Birleşik Krallık

- Allcard v Skinner (1887) 36 Ch D 145 (CA)
- Barclays Bank plc v O'Brien. (1993) 4 All ER 417 (HL)
- Berkeley Community Villages Ltd and another v Pullen and others (2007) EWHC 1330
- Boustany v Piggott (1995) 69 P & CR 298 (PC)
- BP Refinery (Westernport) Pty Ltd v Shire of Hastings (1977) 52 ALJR 20
- Cf Simpson v Simpson (1992) 1 FLR 601 (Ch D)
- Earl of Chestirfield v. Janssen (1750-1) 2 Ves Sen 125 (Chestirifield)
- James v. Morgan, 1 Lev. 111 (1663)
- Langton v Langton (1995) 2 FLR 890 (Ch D)
- Lloyds Bank Ltd v Bundy (1974) EWCA Civ 8
- Marks and Spencer plc v BNP Paribas Securities Services Trust Company (Jersey) Limited (2015) UKSC 72

Pickard v. Sears (1837) 112 E.R. 179

Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2) (2001) UKHL 44; (2002) 2 AC 773 [14]

Amerika Birleşik Devletleri

Adams v John Deere Co. 774 P 2d 355, 357 (Kan Ct App 1989)

Canfield v. Prod (1977) 67 Cal. App. 3d 722

Carboni v. Arrospide - 2 Cal. App. 4th 76, 2 Cal. Rptr. 2d 845 (1991)

City of Long Beach v. Mansell (1970) 3 Cal. 3d 462

Jones v. Star Credit Corp., 298 N.Y.S.2d 264, 266-68 (Sup. Ct. 1969)

Kugler v. Romain 279 A.2d 640 (N.J. 1971)

Perkins v. Standard Oil Co., 235 Or. 7, 15-17, 383 P.2d 107, 111-12 (1963)

Ryder Truck Rental, Inc. v. Central Packing Co., 341 F.2d 321, 323-24 (10th Cir. 1965)

Sessions, Inc. v. Morton, 491 F.2d 854, 857 (9th Cir. 1974)

Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965)

Zimmer v Cooper Neff Advisors Inc 523 F 3d 224, 228 (3d Cir 2008)

Avusturalya

Commercial Bank of Australia Ltd. v Amadio (1983) 151 CLR 447

Türkiye

Y. 1. HD. E. 1978/2699, K. 1978/3106 T. 22.3.1978

Y. 13. HD. E. 1995/9375 K.1995/9860 T. 13.11.1995

YİBBGK., E. 1987/2 K. 1988/2 T. 30.9.1988