

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
TÜRK BORÇLAR VE TİCARET HUKUKUNDA
GABİN (AŞIRI YARARLANMA)**

*Ar. Gör. Murat TOPUZ**

I. GİRİŞ

Sözleşme yapılırken, bir tarafın, sözleşmenin diğer tarafının içinde bulunduğu maddi veya manevi bir zaafından istifade ederek karşılıklı edimlerin değerleri arasında aşırı bir dengesizlik meydana getirmesi “gabin”i ifade eder. Gabin, modern hukuk sistemlerine Roma hukukundan intikal etmiş, sözleşmenin zayıf tarafını himaye etmeyi amaç edinen hukuki bir kurumdur.

Roma hukukunda son imparatorluk döneminde geçerli olan fahiş gabin (*laesio enormis*) ilkesi, 18. asırdan 19. asra geçiş sırasında yürürlüğe giren kanunlar üzerinde çeşitli şekillerde etkili olmuştur¹.

XIX. yüzyılın liberal zihniyeti içinde daha sonraki bazı kanunlar bu arada bizim borçlar kanunumuz da fahiş gabin (*laesio enormis*) ilkesini terk etmiştir. Bundan doğan anti-sosyal sonuçları önlemek için tedbir olarak Borçlar Kanunumuzun 21. maddesindeki genel hüküm uygulanmaktadır².

Sözleşme serbestisinin sınırlarının kaldırıldığı liberalizm zihniyetinde zamanla birtakım tehlikeler ortaya çıkmaya başladı. Bu tehlikelerin bertaraf edilmesi toplumsal zorunluluk haline geldi. Sözleşme serbestisinin yeniden sınırlandırılması gerektiği fikri ortaya çıktı. Bu eğilim bugünkü gabin kurumunu ortaya çıkardı³. Modern medeni kanunlarda, Roma hukukundaki fahiş gabin kavramı yerine sadece “gabin” kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla biz de aynı kavramı kullanacağız. Şimdi gabinin modern medeni kanunlarda ne şekilde düzenlendiğini inceleyelim.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 SCHWARZ, A.B., Borçlar Hukuku Dersleri, (çev. DAVRAN, B.), İstanbul 1948, s.348.

2 TAHİROĞLU, B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, s.165; UMUR, Z., Roma Hukuku Ders Notları, 3. Bası, İstanbul 1999, (Ders Notları)s.359; SCHWARZ, s.348-349.

3 SCHWARZ, s.349.

Çalışmamızda öncelikle modern hukuklarda gabin üzerinde durulacaktır. Zira bu Avrupa Birliği ile müzakere sürecinin başladığı şu günlerde bize, önde gelen Avrupa ülkelerinde gabinin nasıl düzenleme alanı bulduğu ve borçlar hukukumuzda gabinin düzenleniş biçimi ile mukayese imkânı verecektir. Daha sonra yeri geldikçe Borçlar Kanunu Tasarısı ile gabine getirilen yeni hukuki imkân ile Avrupa ülkelerindeki düzenlemeleri mukayese etmeğe çalışacağız.

Özellikle gabini Borçlar Hukuku açısından incelerken genel olarak bazı değerlendirmelerde bulunup Yargıtay'ın görüşlerine dipnotlarda ağırlık vermeye çalışacağız. Ticaret hukukumuzda gabini değerlendirirken deniz ticaret hukuku ve kıymetli evrak hukukuna değerlendirmelerde bulunulmayacaktır. Son olarak Borçlar Kanunu Tasarısı ile gabine getirilen yeni hukuki imkân ve Uluslararası Ticaret Hukukunda gabinle ilgili düzenleme üzerinde durulup bu düzenlemelerin Roma Hukuku bağlamında değerlendirmesini yaparak çalışmamızı bitireceğiz.

II. MODERN HUKUKLARDA GABİN

Fransız Medeni Kanunu (CC.) tamamen ferdiyetçi bir zihniyetten hareket ederek, gabin kurumunu kabul etmekle beraber, gabin sebebiyle fesih imkânını bazı sözleşmelerde ve bazı şahıslar lehine kabul etmiştir⁴.

Fransız Medeni Kanunu'nda, gabinin objektif unsurunu teşkil eden karşılıklı edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin tayini, hâkimin takdirine bırakılmamış, bu oran aritmetik bir şekilde tespit edilmiştir⁵. Genel olarak denilebilir ki, Fransız Medeni Kanunu gabinin, gayrimenkul alım satımlarında, şirket akdinde, mirasın taksiminde ve reşit olmayanların yaptığı sözleşmelerde uygulanacağını kabul etmiştir (Code Civil, Art. 887, 1305, 1674, 1681,)⁶. Fransız hukuku gabini, sözleşme yapma serbestisinin, ancak

⁴ ELBİR, H.K., "Fransız Hukukunda Gabin", Samim GÖNENSAY'a Armağan, İstanbul 1955, (Fransız Hukukunda Gabin), s.513; SUNGUR, H.H., Gabin, İstanbul 1953, s.16-17; FEYZİ-OĞLU, F.N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.1, 2.B., İstanbul 1976, s.250; ARSEBÜK, E., Borçlar Hukuku, 3. Bası, Ankara 1950, s.453; ELBİR, H.K., Türk Pozitif Hukukunda Gabin, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1949, (Gabin), s.68.

⁵ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.513; ELBİR, Gabin, s.68; ATAMER, Y.M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s.163 ve dn.122.

⁶ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.514; AKYOL, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1995, s.179; ÖZKENT, A.H., "Ücret Mukavelesinde Gabin İddiası, İBD., c.21, S.2, 1947, s.50-51; DALAMANLI, L., Akdin Feshi ve İptali Davaları, Ankara 1971, s.4; BİRSEN, K., Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul 1967, s.79; FEYZİOĞLU, s.250; ELBİR, Gabin, s.69,74; ÖZKAYA, E., Gabin Davaları, Ankara 2000, s.16; ARSEBÜK, s.453. Fransız Medeni Kanunu'nun gayrimenkul alım satımında uyguladığı gabinin temeli, Roma hukukunun *laesio enormis* ilkesinden gelir. Gayrimenkul alım satımında gabin sebebiyle sözleşmenin feshedilmesi, Roma hukukunda olduğu gibi Fransız Medeni Kanunu'nda da sadece satıcı lehine tanınmış ve Roma hukukundan farklı olarak edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizlik 7/12 gibi bir oranla belirlenmiştir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.515; ELBİR, Gabin, s.71.

bazı hallerde istisnası olarak kabul etmiştir. Fransız Medeni Kanunu'na göre gabin, gayrimenkul alım satımı, mirasın taksimi ve şirket akdinde uygulanır ve lehine gabin sebebi ile fesih davası açma imkânı tanınanlar gayrimenkul satıcısı, mirasçı ve reşit olmayanlardır⁷. Reşit olmayanın gabin dolayısı ile sözleşmeyi feshedebilmesi veya eski hale iade talebinde bulunabilmesi için, bu hukuki muameleden dolayı zarar gördüğünü ispat etmesi gerekir⁸. Gayrimenkul alım satımında gabin uygulanma imkânı mevcut olmasına rağmen bazı durumlarda satım gayrimenkule ilişkin olsa dahi, gabin iddiasında bulunulamaz. Buna göre; 1) Tesadüfî alım satımlar 2) Cebri satışlar 3) Her ne kadar cebri satış niteliğinde olsalar da kamu menfaati sebebi ile yapılan kamulaştırmalar gabin sebebi ile feshedilemez⁹.

Gabin sebebi ile fesih talebinde bulunabilmek için uğranılan zararın büyük olması gerekir. Zarar gerçek değerın 7/12'sini geçmelidir¹⁰. Yani satıcının semen olarak gerçek değerın 5/12'sinden az bir miktar elde etmiş olması gerekir¹¹. Alıcı eğer gayrimenkulü muhafaza etmek isterse, satıcıya se-

⁷ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.517. Fransız Medeni Kanununa göre mirasın taksiminde miras hisselerinde eşitliği temin etmek gayesi ile bazı tedbirler almıştır. Buna göre mirasçılardan biri kendi aleyhine 1/4'ten fazla bir zararın mevcudiyetini ispatlarsa taksimin gabin sebebiyle iptalini isteyebilir. ELBİR, Gabin, s.79; BİRSEN, s.80. Şirketin tasfiyesinden sonra ve şirket mallarının taksiminde de mirasın taksimine ilişkin hükümler uygulanır. ELBİR, Gabin, s.84.

⁸ Bu durum şu vecize ile ifade edilir: *Minor restitutor non tanquani minor, sed tanquam laesus*: "Fiil ehliyeti olmayan kimsenin (gabinden dolayı), fiil ehliyeti olmaması sıfatı ile değil fakat zarar gören sıfatı ile (yaptığı hukuki muamele) eski hale getirilmelidir. Fransız Medeni Kanunu'nun reşit olmayanlar için koyduğu kural, Roma hukukunun 25 yaşından küçükleri himaye eden hukuki kurumu *in integrum restitutio* (Eski hale iade) ile benzerlik arz eder. Bugün *in integrum restitutio* başlı başına bir müeyyide olmayıp, gabin sebebi ile sözleşmenin feshinin ve butlanının tabii neticesidir. Reşit olmayanların gabin sebebi ile sözleşmeyi feshetme imkânı 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımının başlangıç tarihi rüşte erişme tarihidir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.518-519. Fransız Medeni hukukunda bazı özel kanunlar, menkul alım satımında alıcı lehine gabinin uygulanacağını kabul etmektedirler. Fakat bu kanunlar gabin sebebi ile sözleşmenin feshedilebilmesi imkânını alıcıya tanımamaktadır. Sadece semenin tenzilini talep hakkını alıcıya vermektedir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.525; ELBİR, Gabin, s.87-88; AYIK, İ.H., "Gabin Mahiyeti ve Unsurları", AD., Yıl 43, S.2, 1952, s.253.

⁹ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526; ELBİR, Gabin, s.88.

¹⁰ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526; ELBİR, Gabin, s.88; BUZ, V., "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması", BATİDER., c.19, S.4, 1998, s.58; KANIK, T., "Gabin", HİD., Yıl 6, S.31, 1951, s.4; SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.348; DALAMANLI, s.4.

¹¹ TAHİROĞLU, s.165; UMUR, Ders Notları, s.359; ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526. Mesela 120.000 liralık bir mal 50.000 lira veya daha aşağı bir fiyatla satılmış ise gayrimenkul alım satımı iptal edilebilir. UMUR, Ders Notları, s.359. Gabini belirlemek için gayrimenkulün satışı sırasındaki değerini dikkate almak gerekir. Gabin sebebiyle fesih davası alım satımından itibaren iki yıl içerisinde açılmalıdır. Bu süre, hak düşürücü süredir. Fesih talebinin mahkemece kabulü halinde sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar. Bu kararlar alıcı dava tarihinden itibaren elde ettiği semereleri de satıcıya vermelidir. ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.526-528; ELBİR, Gabin, s.88,91.

menin geri kalan miktarını ödemelidir. Ayrıca, dava tarihine kadar geçen süre boyunca işleyen faizleri de öder. İptalin etkileyeceği üçüncü kişiler de satıcıya semenin geri kalan kısmını vererek sözleşmeyi ayakta tutabilirler¹². Fransız Medeni Kanunu'nda gabinin bazı düzenlemelerle uygulama alanı genişletilmiştir. Bazı menkul malların satımıyla ilgili gabinin uygulaması kabul edilmiş ve alıcıya semenin tanzili ve zarar ziyanın tazmini hakkı tanınmıştır¹³. Hizmet sözleşmesi gabinin uygulama alanı içine sokulmuştur. Ama edimlerin değerleri arasındaki ihtilaflar özellikle bireysel hizmet sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır¹⁴. Fransız Medeni Kanununun gayrimenkul alım satımında tatbik edilen kuralların esası, Roma hukukunun *laesio enormis* ilkesinden geldiği açıktır¹⁵.

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB.) gabin, genel bir düzenleme olmakla birlikte, sözleşme serbestisinin istisnasını teşkil etmektedir. Alman hukuku, Roma hukukunun *laesio enormis* ilkesinden etkilenmemiştir. Gabin özel cezai mevzuat ve vurgunculuk ile ilgili kanunların medeni hukuka etkileri sonucu doğmuştur. Hatta BGB.'nin ilk projelerinde bile gabinden bahsedilmemektedir¹⁶. BGB.'de gabin, ahlâk ve adaba ilişkin hükümde düzenlenmiştir. Bunun sebebini, gabinde yer alan, bir kimsenin özel bir durumunun istismar edilerek fahiş bir menfaat temin etmekte aramak gerekir. Zira bu durum tamamen ahlâk ve adaba aykırı bir durumdur¹⁷.

Alman hukukunda gabinden bahsedebilmek için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre¹⁸:

– Objektif unsur, edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizliktir. Burada dengesizliğin takdiri hâkime bırakılmıştır. Bu dengesizlik herhangi ivazlı bir sözleşmede kendini gösterebilir.

– Subjektif unsur, bu dengesizliğin, zarar görenin zor durumda bulunmasından, düşüncesizliğinden veya tecrübesizliğinden istifade edilerek oluşturulmasıdır. Burada aşırı yararlanan taraf, kendi lehine bir menfaat elde edebileceği gibi, üçüncü bir kişi lehine de menfaat elde edebilir. Subjektif unsurun bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir.

BGB.'de 1976 yılında yapılan bir değişiklikle 138. maddeye bazı eklemeler yapılmıştır. Buna göre; edimlerin değerleri arasındaki aşırı dengesizlik taraflardan birinin zor durumundan, tecrübesizliğinden, temyiz kudretinde-

¹² ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.527; ELBİR, Gabin, s.92.

¹³ BİRSEN, s.80; ELBİR, Gabin, s.93-97; ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.528.

¹⁴ ELBİR, Fransız Hukukunda Gabin, s.528.

¹⁵ ELBİR, Gabin, s.71.

¹⁶ ELBİR, Gabin, s.100-101, 104.

¹⁷ SUNGUR, s.17; BUZ, s.58; ELBİR, Gabin, s.105; SCHWARZ, s.349; ÖZKAYA, s.16.

¹⁸ ELBİR, Gabin, s.105,108.

ki bir eksiklikten veya önemli bir irade zayıflığından yararlanılarak meydana getirilmiş olmalıdır¹⁹. Gabinin hukuki neticesi mutlak butlandır. Gabin ahlâk ve adaba aykırı görüldüğü ve buna ilişkin BGB. Art. 138'de düzenlendiğine göre bu tür muamelelerin mutlak butlan ile neticelenmesi normaldir²⁰.

Alman Medeni Kanunu, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak gabine bağlanan hukuki müeyyideyi mutlak butlan olarak belirlemiştir²¹. Gabinde edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin, makul hadde getirilerek sözleşmenin ayakta tutulup tutulamayacağı ise tartışmalıdır²².

Bugün yürürlükte olan modern kodifikasyonlar içinde Roma hukukundaki *laesio enormis* ilkesine en fazla sadık kalan kanun Avusturya Medeni Kanunu'dur (ABGB.)²³. Bu kanunun 934. maddesine göre karşılıklı bir sözleşmede taraflardan biri, diğer tarafa verdiği yarısından azını almışsa, az alan taraf sözleşmeyi sona erdirerek eski halin iadesini talep edebilir²⁴. Sözleşmenin bu şekilde sona ermesi yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması üzerine değil, mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. ABGB.'de dikkati çeken bir nokta vardır. Şöyle ki; gabin hükümlerinin uygulanabilmesi için objektif şartın varlığı yeterli olup, ayrıca kendisinden aşırı yararlananın subjektif bir durumundan istifade edilmiş olması şartı aranmaz. Taraflardan birinin ediminin değeri, diğerinin ediminin değerinin yarısından az olması, gabinin uygulanması için yeterlidir.

Gabinin şartlarının oluşup oluşmadığının tespitinde sözleşmenin kurulduğu tarih esas alınır²⁵. ABGB.'da, Roma hukukunda olduğu gibi aşırı yararlanan taraf, edimlerin değerleri arasındaki dengesizliği gidererek sözleşmenin sona erdirilmesine engel olabilir²⁶. Gabin sebebi ile fesih tacir olmayan taraflar için dahi ticari sözleşmelerde cereyan etmez, tesadüfi sözleşme-

¹⁹ BUZ, s.58.

²⁰ ELBİR, Gabin, s.109.

²¹ AKYOL, s.179; DALAMANLI, s.4; AYIK, s.251; BUZ, s.58; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.464; ÖZKAYA, s.16; ARSEBÜK, s.455-456.

²² BUZ, s.59. Tartışmalar ile ilgili geniş bilgi için bkz. BECKER, C., Die Lehre von der *Laesio Enormis* in der Sicht Der heutigen Wucherproblematik, Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB., Köln / Berlin / Bonn / München 1993, s.188 vd.

²³ BUZ, s.57.

²⁴ ELBİR, Gabin, s.114; BUZ, s.57; SCHWARZ, Borçlar Hukuku, s.348; SUNGUR, s.17.

²⁵ BUZ, s.57.

²⁶ Fakat bu imkân Roma hukukunda sadece alıcı lehine tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TOPUZ, Murat, "Roma Hukukunda Fahiş Gabin (*Laesio Enormis*)", Prof. Dr. Aydın AYBAY'a Armağan, İstanbul 2004, s.303-304. ELBİR, Gabin, s.114; BUZ, s.57. ABGB'deki gabine ilişkin düzenleme; özellikle edimlerin değerleri arasındaki dengesizliğin giderilip ayakta tutulması ve (bir görüşe göre) *laesio enormis*'in uygulanması için subjektif şartın aranmaması, objektif şartın gerçekleşmiş olmasının kabulü için yarı oranının kabul edilmesi ve eski hale iade imkânının tanınması açısından *laesio enormis* ile benzerlik arz etmektedir.

ler ve sulh sözleşmesinde gabinin hükümleri uygulanmaz. Ayrıca sözleşmeyi fesih imkânı 3 yıl içinde kullanılması gerekir²⁷. Taraflardan birinin, diğer tarafın zor durumda bulunmasından yararlanarak edimlerin değerleri arasında yarından fazla bir dengesizlik meydana getirmesi halinde, diğer taraf bir yıl içinde sözleşmenin feshini talep edebilir²⁸.

İtalyan Medeni Kanunu m.1448'e göre; taraflardan biri diğer tarafın zor durumda bulunmasından faydalanarak edimler arasında yarından fazla bir oransızlık meydana getirirse diğer taraf sözleşmeyi iptal edebilir. İptal hakkı 1 yıl içerisinde kullanılmalıdır (Art. 1449). Ancak bu sözleşmede lehine oransızlık bulunan taraf sözleşmenin uyarlanmasını önererek sözleşmenin sona erdirilmesine engel olma hakkı vardır (Art. 1450)²⁹.

Edimler arasındaki aşırı oransızlık sorunu "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları"nda da düzenlenmiştir (Art. 3.10). Buna göre; sözleşmede bir taraf lehine diğer taraf aleyhine adil olmayan bir biçimde aşırı yarar sağlaması durumunda zarara uğrayan taraf sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir. Hâkim sözleşmeyi iptal hakkına sahip olan tarafın talebi üzerine sözleşmeyi veya sözleşmenin ihtiva ettiği bu kaydı makul hadde indirebilir (Art. 3.10.2). Aşırı yarar sağlayan taraf iptal beyanının kendisine ulaşmasını müteakip zarara uğrayan tarafı derhal haberdar etmek sureti ile aşırı oransızlığı makul hadde indirilmesini talep etme hakkına sahiptir (Art.3.10.3). Bu durumda iptal hakkını kullanan tarafın bu iptali etkisiz hâle gelecektir. İptal hakkının kullanılabilmesi için aşırı oransızlığın zarara uğrayanın özel bir durumundan yararlanarak meydana getirilmiş olması gerekmektedir. Hükmün birinci fıkrasının a bendinde bu özel durumlar şu şekilde belirtilmiştir: –taraflardan birinin bağımlı olması– ekonomik zaruret hali –acil ihtiyaçlar– öngörü ve bilgi eksikliği –tecrübesizlik– müzakere yeteneğinin tam olmaması³⁰.

III. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA GABİN

A. Genel Olarak

İsviçre-Türk Borçlar Kanunu, gabini iradeyi sakatlayan bir sebep ola-

²⁷ ELBİR, Gabin, s.115.

²⁸ BUZ, s.58; ELBİR, Gabin, s.115. Aşırı yararlanan taraf, sözleşmenin feshedilmesini önlemek için, hakkaniyete uygun gelecek şekilde sözleşmenin değiştirilmesini önerebilir. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.466; ELBİR, Gabin, s.116; BUZ, s.58. Gabin, davanın açıldığı tarihe kadar devam etmelidir. Tesadüfi sözleşmelerde gabin sebebi ile fesih imkânı yoktur. ELBİR, Gabin, s.115. Gabin nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesini talep hakkından feragat mümkün değildir. BUZ, s.58.

²⁹ BUZ, s.58.

³⁰ BUZ, s.59 ve dn. 25. Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Temel Kuralları'nda aşırı yararlanmaya ilişkin düzenlemelerin Roma hukukundaki *Laesio Enormis* (Fahiş Gabin) ilkesi ile gösterdiği benzerlik dikkat çekicidir.

rak değil, sözleşmenin zayıf tarafını korumak için³¹ sözleşme serbestisine sınır koyan bir hukuki kurum olarak kabul etmiştir³². Sözleşme serbestisi, tarafların yapacakları sözleşmenin mahiyetini ve muhtevasını diledikleri gibi kararlaştırarak, hukuki ilişkilerini, arzu ettikleri biçimde düzenlemele-ridir. Daha geniş bir ifadeyle; sözleşme serbestisi, tarafların herhangi bir sözleşmeyi yapmak zorunda bulunmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe kararlaştırabilmeleri, sözleşme yapacakları kimseyi serbestçe seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi belirleyebilmeleri, sözleşmeyi anlaşarak ortadan kaldıracabilmeleri ve sözleşmenin muhtevasını değiştirebilmeleri, hususundaki özgürlükleridir³³.

Sözleşme serbestisi prensibinin genel olarak üç anlamı vardır. Bunlardan birincisi, bir kimsenin kendisine yöneltilen sözleşme yapma teklifini kabul edip etmeme serbestisidir (inikat serbestisi). İkincisi, tarafların yapmayı kararlaştırdıkları sözleşmeye diledikleri şekli verebilme serbestisidir (tip serbestisi). Üçüncüsü, sözleşmenin muhtevasını serbestçe kararlaştırabilme serbestisidir (tanzim serbestisi)³⁴.

Hukuk düzeninin kişilere, kendi hukuki ilişkilerini yine kendi iradele-ri ile kurma, değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğünü tanıması çok doğal bir olaydır. Sözleşme serbestisi, hukuk alanında, irade serbestisinin en önemli kategorisini oluşturur³⁵. Aynı zamanda Borçlar Hukukuna, bireyle-ri irade serbestisi hakimdir. İrade serbestisi, sözleşmeler dikkate alındığında, sözleşme serbestisi olarak ifade edilir³⁶. Fakat irade serbestisi ile sözleşme serbestisi aynı anlama gelmez. Sözleşme serbestisi, kanunlar tara-ından kabul edilen bir prensip iken, irade serbestisi, bu prensibi açıklamaya yarar. Sözleşme serbestisi, irade serbestisi prensibinin, Borçlar huku-kunda bir neticesi ve uygulanma tarzıdır. İrade serbestisi prensibine göre, borcu meydana getiren, ortadan kaldıran, değiştiren, devreden, insan irade-

³¹ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.09.1972 tarih ve 1-229 E/765 K. sayılı kararında "...gabin, dar ve zor durumlarda kalmalarından dolayı sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş hukuki bir kurumdur." diyerek bu yönde karar vermiştir. Karar için bkz. OLGARÇ, S. Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Madde 1-60, c.I, Ankara 1976, s.289 vd.

³² ELBİR, Gabin, s.147; SAYMEN, F.H. / ELBİR. H.K., Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1966. s.230; FEYZİOĞLU, s.248; KARAHASAN, M.R., Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, İstanbul 1992, s.254-255; ARSEBÜK, s.453; AKYOL, s.478; AY-BAY, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 11. Bası, İstanbul 1995, s.65; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, c.I, 6. Bası, İstanbul 1976, s.380; SUNGUR, s.15; GÖKTÜRK, H.A., Borçlar Hukuku, Umumi Kısım, Ankara 1951, s.66; İNAN, A.N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s.152; EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001, s.388. Aksi görüş için bkz. BİRSEN, s.78.

³³ TEKİNAY/AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.362.

³⁴ SCHWARZ, s.326-327; FEYZİOĞLU, s.233; OĞUZMAN / ÖZ, s.19.

³⁵ TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s.363.

³⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s.19.