

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

GONCA ÖNEN

TÜRK HUKUKUNDA GABİN

DANIŞMAN
Doç. Dr. Köksal KOCAĞA

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ANTALYA 2007

TÜRK HUKUKUNDA GABİN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	III
ÖZET	IV
SUMMARY	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TARİHÇE VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§ 1. GABİN KAVRAMI	3
I. GABİNİN TANIMI VE ESASI	3
II. TERİM SORUNU	5
§ 2. GABİNİN TARİHÇESİ	6
I. ROMA HUKUKU	6
II. KANONİK HUKUKU	10
III. İSLAM HUKUKU	12
§ 3. GABİNİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ	13
I. İNGİLİZ HUKUKUNDA	13
II. FRANSIZ HUKUKUNDA	17
III. ALMAN HUKUKUNDA	23
IV. İSVİÇRE/TÜRK HUKUKLARINDA	26

İKİNCİ BÖLÜM

GABİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 4. GABİNİN UNSURLARI	30
I. GENEL OLARAK	30
II. OBJEKTİF UNSUR: KARŞILIKLI EDİMLER ARASINDA AÇIK ORANSIZLIK	33
A. Genel Olarak	33
B. Karşılıklı Edimler Bulunmalıdır	34
1) Edim ve Karşılıklı Edim Kavramları	34
2) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler	35
3) Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler	36
4) Diğer Sözleşmeler	38
C. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Oransızlık Olmalıdır	41
1) Açık Oransızlık Kavramı	41
2) Açık Oransızlığın Belirlenmesi	44
a) Genel Olarak	44
b) Edimlerin Değerlendirilmesi	45
aa) Genel Olarak	45
bb) Para Edimleri	48

cc) Para Dışındaki Edimler	48
aaa) Cari Fiyatı Bulunan Edimler	49
bbb) Fiyatı Kanun veya İdare Tarafından Belirlenmiş Olan Edimler	49
ccc) Diğer Edimler	49
3) Açık Oransızlığı Belirleyecek Kişi veya Makam	50
4) Açık Oransızlığın Belirleneceği An	54
III. SUBJEKTİF UNSUR	57
A. Genel Olarak	57
B. Sömürülen Bakımından: Sömürülenin Özel Durumu	58
1) Genel Olarak	58
2) Darda Kalma (Muzayaka)	59
3) Hafiflik (Hiffet)	64
4) Tecrübesizlik	68
C. Sömüren Bakımında: Sömürme Kasdı	71
§ 5. GABİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	77
I. GENEL OLARAK	77
II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SINIRLAYAN HALLERDEN OLMASI	79
A. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı	79
B. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları	85
III. İRADE SAKATLIĞI HALLERİNDEN SAYILMASI	90
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
GABİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	
§ 7. SÖZLEŞME İLE BAĞLI OLMAMA	96
I. SÖZLEŞME İLE BAĞLI OLMAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	96
II. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI	99
A. İptal Beyanının Şekli ve İçeriği	99
B. İptal Hakkının Kullanılabileceği Süre	101
III. İPTAL HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI	102
A. Edimlerin İadesi	102
B. Tazminat	107
§ 8. İPTAL YERİNE EDİMLER ARASINDAKİ AŞIRI ORANSIZLIK GİDERİLEREK SÖZLEŞMENİN AYAKTA TUTULMASI	108
SONUÇ	113
BİBLİYOGRAFYA	115
ÖZGEÇMİŞ	120

KISALTMALAR

Art.	: Article (Madde)
BK	: (Türk) Borçlar Kanunu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung) (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
Bkz.	: Bakınız
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
CC	: Code Civile (Fransız Medeni Kanunu)
c.i.c	: Culpa in contrahendo
Çev.	: Çeviren
D.	: Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
N.	: Numara
OR.	: Bundesgesetz über das Obligationenrecht
T.	: Tarih
TMK	: Türk Medeni Kanunu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

ÖZET

Gabin, Borçlar Kanunumuzda, sözleşme serbestisi ve sınırlarını düzenleyen m. 19-20'den hemen sonra, irade bozukluklarını düzenleyen 23 vd. maddelerinden hemen önce m.21'de düzenlenmiştir.

Kanunkoyuc, BK. m. 21'de gabin kurumunu düzenlemek suretiyle, bir sözleşme ilişkisinde çeşitli sebeplerden dolayı sömürülen zayıf tarafı, sömüren güçlü tarafa karşı korumayı amaçlamış, tarafların karşılıklı edimleri arasında hoş görülmeyen oransızlık hallerini bir yaptırıma bağlamıştır. Buna göre sözleşmenin zayıf tarafı, bir yıl içinde edimler arasındaki değer ilişkisini gözden geçirerek, şartları gerçekleşmişse gabine dayanarak sözleşmenin iptali yoluna gidebilir.

Tez çalışmasında konular incelenirken doktrindeki görüşlerin yanında konuya ilişkin Yargıtay ve Federal Mahkeme Kararlarına da değinilmiştir.

Tez çalışmasının ilk bölümünde gabinin tanımı, dayandığı esas, terim sorunu, tarihi gelişimi ve düzenleniş biçimi incelenmiştir.

İkinci bölümde, gabinin unsurları ve hukuki niteliği incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, gabinin hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

LESION IN TURKISH LAW SUMMARY

Lesion is occurred after Articles 19 through 20, which is about the freedom of contracts and its restrictions, before Article 23 continues which focuses on defective intention in the Turkish Code of Obligations.

The lawmaker, while in the Turkish Code of Obligations is occurred the lesion institution in article 21, the aim of it to protect the weak party who is exploitered against the strong party who is exploiter party and and put the sanction for the between mutual contractual obligations of two parties lopsidedness which is not can take. The lawmakers have observed, while in the Turkish Code of Obligations the lesion institution has occurred in Article 21, the aim was to protect the weaker party from being exploited by the stronger party, which may stil exploit but has put a sanction for mutual contractual obligations of two party lopsidedness, which the stronger party can not take by itself. Therefore, the weaker party to the contract can make an annulment to the contract by virtue of lesion(s) in a year if the ground exists after inspecting contractual obligations values.

While working on this dissertation, evaluated both theoretical opinions and some Court of Appeal and Swiss Federal Courts decisions as well.

The first chapter of the dissertation regarding the lesion and its principle covers the historical progress and how is it structured.

The second chapter of the dissertation mentions the factual existence of the lesion and its legal relevance.

The third chapter mentions about the lesions, provisions and its consequences.

GİRİŞ

Yüksek Lisans Tez çalışmasının konusunu “Türk Hukukunda Gabin” oluşturmaktadır.

Gabin terimi, Arapça kökenli bir kavram olup, sözcük olarak “sömürme”, “aşırı yararlanma” anlamına gelmektedir. Gabin kurumunu ifade etmek üzere İsviçre Borçlar Kanununda (OR Art. 21) “sömürme”, “ orantılı olmayan yararlanma” anlamına gelen “Übervorteilung” terimi kullanılmıştır. Gabin kurumu, Borçlar Kanunumuzda aynı terimle, yani “gabin” terimiyle ifade edilmektedir. Bu kurumu ifade etmek üzere doktrinde çoğunlukla kullanılan terim de “gabin” sözcüğüdür. Biz bu çalışmamızda, kanunda yer alması, doktrin ve uygulamada yerleşmiş bir terim olması nedeniyle “gabin” terimini kullanmayı tercih ettik.

Gabin, Borçlar Kanunumuzda sözleşme serbestisi ve sınırlarını düzenleyen m. 19-20’den hemen sonra, irade bozukluklarını düzenleyen 23 vd. maddelerinden hemen önce m. 21’de düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, BK m. 21’de gabin kurumunu düzenlemek suretiyle, bir sözleşme ilişkisinde çeşitli sebeplerden dolayı sömürülen zayıf tarafı, sömüren güçlü tarafa karşı korumayı amaçlamış, tarafların karşılıklı edimleri arasında hoş görülmeyen oransızlık hallerini bir yaptırıma bağlamıştır.

Buna göre, sözleşmenin zayıf tarafı, bir yıl içinde edimler arasındaki değer ilişkisini gözden geçirerek, şartları gerçekleşmişse gabine dayanarak sözleşmenin iptali yoluna gidebilir. Bununla birlikte, zayıf durumda bulunan kişinin içinde bulunduğu sıkıntılı durumdan kurtulmak için böyle bir sözleşme yapmış olması karşısında sözleşmeyi iptal ederek ihtiyaç duyduğu edimi iade etmesi onu başlangıçta bulunduğu zor duruma geri götürür. Bu durum da BK m. 21’in koruyucu amacına ters düşmektedir. Öte yandan çoğu zaman uygulamada gabin kurumunun hukuki niteliği iyi tespit edilememektedir. Ayrıca gabinin unsurları soyut ve karmaşık olması nedeniyle tam olarak açıklığa kavuşturulamamaktadır.

Bu nedenlerle çalışmamızda gabinin hukuki niteliği, unsurları ve sonuçları derinlemesine incelenmiştir.

Bu çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde gabinin tanımı, dayandığı esas, terim sorunu, tarihi gelişimi ve düzenleniş biçimi incelenmiştir.

İkinci bölümde, BK m. 21’de düzenlenen gabin kurumunun unsurları ve hukuki niteliği incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, gabinin hüküm ve hukuki sonuçları incelenmiştir. Bu bölümde öncelikle gabinli sözleşmeye bağlanan iptal hakkı ve bu hakkın kullanılmasının sonuçlar üzerinde durulmuştur. Ayrıca, İsviçre doktrini ve Federal Mahkeme tarafından kabul gören ve

Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan iptal yerine edimler arasındaki aşırı oransızlık giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması da bu bölümde ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, TARİHÇE VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§ 1. GABİN KAVRAMI

I. GABİNİN TANIMI VE ESASI

Arapça kökenli bir kavram olan gabin, sözcük olarak “sömürme”, “aşırı yararlanma” anlamına gelmektedir¹. Hukuk dilinde ise farklı bir anlamda kullanılan gabin kavramı, Türk Hukuk Sözlüğünde “karşılıklı edaları ihtiva eden akitlerde bir tarafın edası ile diğer tarafın ivazı arasında fahiş bir kıymet farkı bulunmasıdır” şeklinde tanımlanmaktadır².

Gabinle ilgili olarak doktrinde çeşitli tanımlar verilmiştir. **Birsen**'e göre gabin, “bir kimsenin sözleşmede üzerine aldığı borç ile diğer tarafın taahhüdü olan ivazı arasında önemli fark bulunmasıdır”³. **Schwarz**'a göre ise, “eda ile karşılık eda, oransızlık gösterdiği ve bu ikisi arasında eşdeğerlilik bulunmadığı, nispetsiz derecede aşağı olan karşılık eda için yüksek bir eda taahhüt edildiği veya aksine, ahzolunacak bir eda orantısız derecede yüksek bir karşılık değer konulduğu takdirde gabin vardır”⁴. Benzer bir tanım veren **Tunçomağ**, edim ile karşı edim arasında bir oransızlık bulunduğu, çok düşük olan karşı edim için çok yüksek bir edim veya aksine çok yüksek bir karşı edim için düşük bir edim taahhüt edilmesi halinde gabinden söz edileceğini belirtmektedir⁵. Bazı yazarlar ise gabini, “zarar” kavramından hareketle tanımlamaktadırlar. Bu yazarlardan **Martin**'e göre gabin, bir kimsenin yapmış olduğu hukuki bir işlemin neticesi olarak uğradığı zarardır⁶.

Yukarıda verilen tanımlarda gabinin esas itibariyle yalnız objektif unsurundan bahsedildiği görülmektedir. Objektif unsur, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlıktır. Ancak, gabinin söz konusu olabilmesi için, objektif unsur yanında, subjektif unsurun da bulunması gerekmektedir. Subjektif unsur,

¹ Bkz. Aslan, s. 23; Çağa, s. 39, dn. 1.

² Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 3. Bası, Ankara 1991, s. 99.

³ Birsen, s. 78.

⁴ Schwarz, Borçlar, s. 346.

⁵ Tunçomağ, s. 229-230.

⁶ Martin, s. 43; benzer tanım için bkz. Ayık, s. 244.

sömürülenin özel (zayıf) durumu ile sömürde sömürme kasdının bulunmasıdır. Sübjektif unsurun bulunmaması halinde, gabinden söz edilemez. Başka bir ifadeyle, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık sözleşmenin geçerliliğini tek başına etkilemez. Ancak diğer şartların, yani sübjektif unsurun varlığı halinde gabinden dolayı sözleşmenin iptali yoluna gidilebilir.

Nitekem **Feyzioğlu**, gabini “iki yana borç yükleyen akitlerde, taraflardan birinin, diğer tarafın zor durumundan, işi hafife alışından veya tecrübesizliğinden yararlanarak ivazlar arasında açık bir nispetsizlik yaratması ve böylece onu sömürmüş olması halidir” şeklinde tanımlayarak⁷, gabinin, bir tarafın diğer tarafın özel (zayıf) durumundan faydalanarak onu sömürmesi hali olduğunu vurgulamaktadır. Benzer bir tanımda bulunan **Saymen**'e göre de gabin, “iki tarafa borç yükleyen akdın inşası anında mevcut ve bir tarafın müzayaka, hiffet yahut tecrübesizliğinden istismarından neşet eden ve akdın feshini mucip olan edimler arasındaki açık nispetsizliktir”⁸.

Tüm bu tanımlardan hareketle, objektif ve sübjektif unsurları içine alacak şekilde gabini şöylece tanımlamak mümkündür: Gabin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin diğer tarafın müzayaka halinde olmasından (darda kalmasından), hiffetinden (düşüncesizliğinden) veya tecrübesizliğinden yararlanarak ivazlar arasında açık bir oransızlık yaratarak onu sömürmesidir⁹.

Hukumumuzda sözleşme özgürlüğü genel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü, bir sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşmeyi istenilen tip ve içerikte yapma serbestisini kapsar. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini tespit serbestisini de kapsadığından, taraflar edim ve karşı edimin değerini istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Yani edimlerin birbirlerine oranla çok yüksek veya çok düşük olarak kararlaştırılması mümkündür.

Edim ve karşı edimin değerlerinin birbirleriyle oransız olması, kural olarak sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bununla birlikte, taraflardan birinin çeşitli nedenlerden dolayı zayıf durumda, yani korunmaya muhtaç durumda bulunması halinde, hukuk düzeni devreye girer. Böylece, edim ve karşı edimin değerini tayinde taraflara tanınmış olan serbesti,

⁷ Feyzioğlu, Borçlar, s. 248.

⁸ Bkz. Saymen/Elbir, s. 231.

⁹ Benzer tanımlar için bkz. Eren, s. 377-378; Oğuzman/Öz, s. 113; Reisoğlu, s. 107; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 458; Kılıçoğlu, s. 127-128; Akıntürk, s. 59-60.

güçlünün zayıfı sömürmesine dönüştüğü zaman, hukuk düzeni buna müdahale ederek, zayıf tarafa koruma sağlar¹⁰. Çünkü hukukun nihai amacı, her türlü sosyal ve bireysel ilişkide eşitliği temin etmek ve taraflar arasında bozulan dengeyi yeniden kurmaktır.

Yargıtay, bir kararında, “BK’nın 21. maddesinde düzenlenen gabin müessesesi sözleşmelerin feshine olanak sağlayan yasal nedenlerden biridir. Gabin dün olduğu gibi bugün de sözleşmelerin güçsüz veya korunmaya muhtaç olan taraflarını korumak imkanını veren sosyal amaçlı bir hukuk müessesesidir. Sözü geçen madde sözleşmelerde, taraflardan birinin ötekini sömürmesini önleyen, alış verişlerde karşılıklı edimler arasında ekonomik denge kurulmasını sağlayan çok yararlı ve geçerli yasal bir mekanizmadır”¹¹ demek suretiyle, gabinin dayandığı esas açıkça belirtmiştir. Aynı yöndeki bir Hukuk Genel Kurulu Kararında ise, “Gabin dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmaya sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için kabul edilmiş bir müessesedir”¹² denilmiştir.

Kanun koyucu, BK m. 21’de gabin kurumunu düzenlemek suretiyle, bir sözleşme ilişkisinde çeşitli sebeplerden dolayı sömürülen zayıf tarafı sömüren güçlü tarafa karşı korumayı amaçlamış, tarafların karşılıklı edimleri arasında hoş görülme oransızlık hallerini bir yaptırıma bağlamıştır. Buna göre, sözleşmenin zayıf tarafı, bir yıl içinde edimler arasındaki değer ilişkisini gözden geçirerek, şartları gerçekleşmişse gabine dayanarak sözleşmenin iptali yoluna gidebilir.

II. TERİM SORUNU

Yukarıda da belirtildiği gibi, Arapça kökenli bir kavram olan gabin, sözcük olarak “sömürme”, “aşırı yararlanma” anlamına gelmektedir. Gabin kurumu, Borçlar Kanunumuzda aynı terimle, yani “gabin” terimiyle ifa edilmektedir. Bu kurumu ifade etmek üzere doktrinde çoğunlukla kullanılan terim de “gabin” sözcüğüdür¹³. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu terim kurumu iyi ifade edememektedir. Özellikle hukukçu olmayanlar bakımından gabin terimi hiçbir anlam ifade etmemektedir. Bu sebepten olsa gerek, yeni Borçlar Kanunu Tasarısında bu

¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 458.

¹¹ Yarg. 1. HD, 22.3.1978 T., 1978/2699 E., 1978/3106 K.

¹² Yarg. HGK, 24.1.1973 T., 1971/376 E., 1976/24 K.

¹³ Örneğin bkz. Eren, s. 377 vd.; Oğuzman/Öz, s. 113 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 458 vd.;

Kılıçoğlu, s. 127 vd.

kurumu ifade etmek üzere gabin terimi yerine, “aşırı yararlanma” deyimini kullanılmıştır. Gerçi bu deyim de kurumu tam anlamıyla ifade ettiği söylenemez. Bununla birlikte, Türkçe bir deyim olması, sözcük olarak anlaşılabilmesi nedeniyle, gabin terimine nazaran üstün tutulması gerekir.

Gabin kurumunu ifade etmek üzere İsviçre Borçlar Kanununda (OR Art. 21) “sömürme”, “orantılı olmayan yararlanma” anlamına gelen “Übervorteilung” terimi kullanılmıştır.

Biz çalışmamızda, kanunda yer alması ve doktrin ve uygulamada yerleşmiş bir terim olması nedeniyle, “gabin” terimini kullanmayı tercih ettik.

§ 2. GABİNİN TARİHÇESİ

I. ROMA HUKUKU

Roma hukukunun uzun tarihi gelişimi içerisinde, gabin kurumu hukuki bir kavram olarak yer almaktadır. En eski devirlerden beri sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlama ve borçluyu yüksek bir faiz oranı belirlemek suretiyle sömürmeye karşı koruma çabası vardır¹⁴. Bu nedenle gabin kurumunun tarihçesini irdelerken, aynı zamanda faizi de tarihi bakımdan irdemiş oluyoruz. Çünkü, edimler arasındaki oransızlığın içerdiği adaletsizlik düşüncesi, kendini ilk önce faiz konusunda göstermiştir¹⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, fahiş faiz konusu ile gabin farklı kavramlardır. Gabin durumunda, karşılıklı edimler sözleşmenin kuruluş aşamasında mevcuttur ve gabin edim ve karşı edim, yani esas borçlar arasında söz konusu olur. Fahiş faiz halinde ise, sözleşmenin kuruluş anında mevcut olan sadece bir orandır ve faiz fer’i bir borç olması nedeni ile bir asıl edim ile fer’i borç olan faiz oranlandırılmaktadır. Ancak tespit edilen faiz miktarı ile, mukabil faiz ediminin ne olacağını tespit imkan dahilinde olduğundan, faiz konusunda da gabinden söz etmek mümkündür¹⁶.

¹⁴ Schwarz, Borçlar, s. 347.

¹⁵ Bkz. Elbir, Tez, s. 13; İnan, s. 202; Saymen/Elbir, s. 233.

¹⁶ Elbir, Fahiş Faiz, s. 723-724.

Roma hukuku döneminde karz, ücretsiz bir ödünç niteliği taşımakta idi. Faiz borcunun söz konusu olması için ayrıca sözleşme yapmak şarttı. Fakat imparatorluk devrinde, bazı özel durumlarda, şekilsiz bir sözleşmenin faiz borcunu meydana getireceği kabul edildi¹⁷.

XII Levha Kanunu sermayenin 1/2'sine varan azami bir faiz sınırı kabul etmiştir. Lex Genucin Kanunu ise faizi tamamen yasaklamıştır. Ancak uygulamada faizi ortadan kaldırmak mümkün olmamıştır.

Cumhuriyet dönemi sonlarında, yasal faiz yıllık olarak %12 idi. Ancak bu yıllık faiz oranının deniz ödünçlerinde uygulanması yasaktı. Justinianus, bu yasal faiz oranını yıllık %6'ya indirmiştir. Bununla birlikte, bu oran deniz ödünçü (%12), tacirler (%8) ve yüksek şahsiyetler için uygulanmamıştır. Roma hukukunda faize faiz yürütülmesi de yasaklanmıştır¹⁸.

Karşılıklı edimler arasındaki oransızlığı, yani gabin önleyecek kurallara para ödünçü dışında Roma hukukunda yer verilmemiştir.

Klasik dönemde sözleşmelerdeki oransızlık maddi hukuktaki kurallarla değil, usul hukukundaki kurallarla telafi edilmiştir. Gabin sebebiyle feshe kesinlikle benzemeyen ve usuli bir işlem olan restitutio in integrum (eski hale iade) kurumu mevcuttu. Praetor ilk olarak 25 yaşından küçük olanları yaptıkları hukuki işlemlerde korumak amacıyla, kendilerine bir def'i hakkı tanımıştır. Bunun düzenlenme nedeni, 25 yaşından küçük olanları kandırmanın haksız fiil olarak kabul edilmesidir. Def'i ileri sürme hakkına sahip olan 25 yaşından küçükler, bu hakkı kullanmak suretiyle ifadan kaçınıbiliyorlardı. Daha sonra Praetor 25 yaşından küçükler lehine restitutio in integrum'u (eski hale iade) kabul etmiştir. Bunun için de ergin (reşit) olmayanın tecrübesizlik ve hiffet sebebiyle aldanmış olması, ayrıca bir senelik zamanaşımı süresinin geçmemiş bulunması aranan şartlardandı¹⁹.

Roma hukukunda gabin kavramı ilk kez, rızai bir sözleşme olan alım-satım sözleşmesiyle ortaya çıkmıştır²⁰.

Klasik hukuk döneminde sözleşme yapma özgürlüğü benimsenmiştir. Ancak daha sonra Roma kurallarında sözleşme yapma özgürlüğüne bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin, İmparator Diocletianus günlük hayatta gerekli olan eşya ile işçilerin çalışma ücretlerini

¹⁷ Bkz. Elbir, Tez, s. 20.

¹⁸ Bkz. Elbir, Tez, s. 20-21.

¹⁹ Bkz. Elbir, Tez, s. 22; Topuz, s. 311.

²⁰ Bkz. Kalkan, s. 6; İnan, s. 202; Sungur, s.16.

düzenlemiştir. Fakat Diocletianus, özellikle alım-satım sözleşmelerinde gabin kurumunu kabul etmekle ün kazanmıştır²¹.

Codex Justinianus'un iki meşhur metninde de gabine ilişkin hükümler bulunmaktaydı. Bu metinlerde yer alan hükümlere göre, gabin sebebiyle sözleşmeyi fesih imkanı taşınmaz alım-satım sözleşmesine özgülenmiştir. Ayrıca, metinlerde sadece objektif şart, yani edimler arası dengesizlik dikkate alınmış, sübjektif şarta yer verilmemiştir. Satıcının malın gerçek değerinin yarısından az bir semen elde etmiş olması yeterli görülmemiştir²². Görüldüğü üzere, fesih hakkı sadece satıcıya tanınmış olup, alıcı için gabin kurumunun işletildiğine ilişkin metinlerde hiçbir bilgi bulunmamaktadır. Ancak, metinlerdeki genel görünüm bu olmakla birlikte, sübjektif şartın varlığı da aranmaktadır. Aksi takdirde, hiçbir ayırım yapılmaksızın, fesih hakkının gerek satıcı gerek alıcıya tanınması gerekirdi. Oysa fesih hakkı sadece satıcıya tanınmıştır. Bunun nedeni, alıcının, satıcının şahsında mevcut olan özel bir durumu bilerek istismar etmiş olmasıdır. Metinlerdeki "insanidir" ve "hüsnüniyet icabıdır" gibi kavramlardan bu sonuç çıkmaktadır²³.

Gabin halinde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak, sözleşme kurulduktan sonra gabinden dolayı zarar gören kişinin sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. Satıcının fesih hakkına karşılık, Roma hukuku alıcıya da seçim hakkı tanımıştır²⁴. Kural olarak, edimler arasındaki dengesizlik nedeniyle sözleşme feshedilebilecek ve taraflar karşılıklı olarak edimlerini iade edeceklerdir. Ancak alıcı taşınmazı kaybetmek istemezse, değer farkını ödeyerek sözleşmenin feshedilmesini engelleyebilir²⁵.

Buna göre, Roma hukukunda gabinin söz konusu olabilmesi için:

- 1) Alım-satım sözleşmesi mevcut olmalı,
- 2) Alım-satım sözleşmesinin konusu taşınmaz mal olmalı,
- 3) Semen gerçek değerinin yarısından az olmalı,

²¹ Bkz. Elbir, Tez, s. 23.

²² Bkz. Elbir, Tez, s. 25; Topuz, s. 319.

²³ Bkz. Elbir, Tez, s. 25-26; Kalkan, s. 12.

²⁴ Bkz. Kalkan, s. 13.

²⁵ Elbir, Tez, s. 26; Topuz, s. 303; Schwarz, Borçlar, s. 347-348.

4) Semen ile gerçek değer arasındaki fark sözleşmenin kuruluş aşamasında mevcut bulunmalıdır²⁶.

Roma hukukunda gabinin yeri hakkında yukarıda yapılan açıklamalar sonucunda özet olarak şunları söyleyebiliriz:

- Roma hukukunda sadece hile ve ergin olmama halinde, zarar gören taraf sözleşmeyi feshedebilir. Gabin nedeniyle sözleşmenin feshedilebileceği Klasik Roma hukukunda kabul edilmemiştir.

- Son imparatorluk döneminde birçok şartın gerçekleşmesi durumunda, gabin nedeniyle sözleşmenin feshedilebileceği kabul edilmiştir.

- Justinianus hukukunda, büyük çoğunluk gabin kurumunun taşınmaz alım-satımında söz konusu olduğu görüşündedir.

- Roma hukukunda gabin sadece satıcı için söz konusu idi. Ancak ortaçağda, Kilise hukukunun etkisiyle, adil fiyat (justum pretium) fikri ortaya çıkmış olup, bu gerek alıcı gerek satıcı için söz konusudur²⁷.

Son olarak Roma hukukunda gabin kurumuyla ilgili iki önemli konuya daha değinmek istiyoruz. Şöyle ki:

1) Codex Justinianus'a göre hisseler arasında eşitlik veya anlaşma olmayan bir miras taksimi²⁸ hakim tarafından iyiniyet davalarına uygun olarak değiştirilebilirdi. Bu durumda oran tamamen hakimin takdirine bırakılmıştır²⁹.

2) Roma hukukunda şirket sözleşmesinde de durum yukarıda belirtildiği gibiydi. Ortaklar arasında eşitlik sağlamak amacıyla, şirket sözleşmesinin bir iyiniyet sözleşmesi ve bu nedenle doğan davaların da iyiniyet davası olduğu kabul edilmekteydi³⁰.

II. KANONİK HUKUKU

Kilisenin murabahacılığa karşı geliştirdiği kurallar, en önemli faaliyetleri arasındadır.

²⁶ Elbir, Tez, s. 26; Kalkan, s. 14.

²⁷ Elbir, Tez, s. 26-27.

²⁸ Arsebük, Borçlar, s. 452; Ayık, s. 242.

²⁹ Elbir, Tez, s. 27.

³⁰ Kalkan, s. 15; Elbir, Tez, s. 27.

Kilise doktrini, birçok noktalarda, Aristoteles'in "mübadelede adalet" fikrini benimsemiş, araştırmalarını da bu doğrultuda geliştirmiştir. Araştırmalar sonucunda, birçok dini metinde "mübadelede adalet" fikrine uygun anlatımlara rastlanmıştır³¹.

Özellikle Saint Thomas'a göre, Kilise insanlığın mukadderatı ile uğraşır. Saint Thomas'a göre iki tür adalet bulunmaktadır. Bunlar "ıslah edici adalet" ve "dağıtıcı adalet"tir. Birincisi bireyler arasındaki ilişkilerde, yani yapılan sözleşmelerde taraflara sınırı gösteren adalettir; sözleşmelerde tam olarak eşitliği sağlar. Bu eşitliği ihlal eden her sözleşme, taraflardan birine kâr sağlarken, diğerini zarara uğratmaktadır. Diğeri ise birey ile Allah arasındadır ve ortak malları belirli bir oran çerçevesinde paylaşır adalettir³². Daha sonra Saint Thomas şu sorunun cevabını aramıştır: "Acaba bir malı değerinden fazlaya satmak haklı bir hareket olarak kabul edilebilir mi?". Bu soruya cevap vermeden önce, Saint Thomas insanlar tarafından yapılan kanunların kusursuz olamayacağını savunmuştur. Mutlak eşitliğe uygun olmayan her sözleşmeyi ahlaka aykırı kabul etmiştir³³. Bu kural sonucunda üç kavram meydana gelmiştir. Bunlar:

1) Adil Semen: Kilise hukukunda adil semen özellikle alım-satım sözleşmesinde söz konusuydu. Saint Thomas adil semenin, sözleşmenin kuruluş aşamasındaki genel kabule göre objektif bir değer teklif edilerek tayin edilmesini uygun görmüştür. Bir sözleşmede gabinin varlığı ileri sürülürse, sözleşmenin kuruluş aşamasındaki objektif değere bakılarak adil semen belirlenir³⁴.

Adil semen kavramı üç bölüme ayrılmıştır. Bunlar:

- a) Azami adil semen
- b) Orta adil semen
- c) Asgari adil semen.

Bunun nedeni, gabin kurumunda edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinde objektif bir ölçünün kabulünün meydana getireceği sakıncalı sonuçtur. Aksi durumda, hukuki

³¹ Elbir, Tez, s. 29; Kalkan, s. 16.

³² Bkz. Elbir, Tez, s. 29.

³³ Bkz. Elbir, Tez, s. 30.

³⁴ Elbir, Tez, s. 30; Kalkan, s. 16.

ve ticari işlemlerde varolması gereken güven ve istikrar, bu işlemlerin farklı niteliklere sahip olmaları nedeniyle sarsılabilmektedir³⁵.

Hiç kimse azami adil semenin üzerinde mal satamaz; hiç kimse de asgari adil semenin altında mal satın alamaz. Bu genel kural gabin kurumunun sadece satıcı için değil, alıcı için de işletildiğini açıkça göstermektedir³⁶.

Kilisenin adil semeni bölümlere ayırmak suretiyle mutlak adaleti inkar ettiği ve kendi iddiasını çürüttüğü ileri sürülmüştür³⁷.

Ancak Kilise hukukunun bu kuralları “laesio enormis” kuralının benimsenmesiyle, eski etkisini kaybetmiştir. “Laesio enormis” kuralı gereğince, gabin sebebiyle fesih hakkından feragat edilip edilemeyeceği belli bir orana bağlanmıştır. Buna göre gerçek değerın 2/3’ünden fazlasına bir müdahale olursa, gabin sebebiyle fesih hakkı kullanılmak zorundadır. Aksi durumda ise gabin sebebiyle fesih hakkından feragat edilebilmiştir³⁸. Ayrıca, adil semen görüşünün meydana getirdiği sakıncaları önlemek amacıyla, birçok eşyanın fiyatı Devlet tarafından tespit edilmiştir³⁹.

2) Adil Ücret: Bu kavram, Justum pratium kuralının hizmet sözleşmesine uygulanmasıdır. Ücret, hizmetin semenidir. “Adil ücret, işinin ailesiyle birlikte, hayat seviyesine uygun surette yaşamasını temin edecek olan ücrettir”⁴⁰.

3) Faizin Men’i: Kilise hukuku İncil’de varolan kural doğrultusunda Ortaçağ boyunca, faizi men etmiştir. Bunun nedeni, Kilise hukukçularına göre faiz kavramı ile adalet kavramının bağdaşmamasıdır⁴¹. Ayrıca, kilise hukukçularının faizi men etmeleri gabin kavramına da dayanmaktadır⁴². Ancak Kilise, adil semen ve adil ücret kavramlarında ileri

³⁵ Kalkan, s. 17’den naklen Dekkers, Rene: La Lesion Enorme, Paris-Sirey 1937, s. 102.

³⁶ Kalkan, s. 17.

³⁷ Bkz. Elbir, Tez, s. 32.

³⁸ Elbir, Tez, s. 32’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne- Paris 1940, s. 49.

³⁹ Elbir, Tez, s. 32; Kalkan, s. 18.

⁴⁰ Elbir, Tez, s. 31’den naklen Demontes, E.: De la lésion dans les contrats entre majeurs, Paris 1924, s. 20.

⁴¹ Bkz. Elbir, Tez, s. 31.

⁴² Kalkan, s. 17’den naklen Arminjon/Nolde/Wolf: Traite De Troit Compare, Tome I, Paris 1950, s. 58.

sürdüğü görüşünden hareket ederek, adil faiz kavramını kabul etseydi, olaya daha mantıklı yaklaşmış olurdu⁴³.

Kanonik doktrine göre gabin, gerek sözleşmenin kuruluş aşamasında gerekse ifa zamanında söz konusu olabilmektedir⁴⁴.

Kilise hukuku gabini ileri sürme hakkını hem alıcıya hem de satıcıya tanımıştır. Ayrıca gabin tüm sinallagmatik sözleşmelerde ileri sürülebilmektedir. Bunun yanında kilise hukukçuları “rebus sic stantibus” kuralını ilk defa kullanmışlardır. Bu kural uyarılama teorisinin temelini oluşturmuştur⁴⁵.

Sonuç olarak, Kilise hukukçuları çelişkili görüşlerini yumuşatmalarına rağmen, yukarıda incelediğimiz kavramlar uygulamada etkili olamamıştır⁴⁶.

III. İSLAM HUKUKU

Gabn (gaben) kelimesi sözlükte “bir şeyi unutmak, gizlemek, yanlış yapmak, alışverişte eksik ödeme ile karşı tarafı aldatmak, eksiklik ve zayıflık” anlamlarına gelir. İslam Hukukunda gabin genellikle iki taraflı sözleşmelerde söz konusudur. Ancak özel olarak satım sözleşmesinde, edimler arasındaki değer yönünden oransızlıkta gabin kurumuna rastlanır⁴⁷.

İslam dini, insanlar arasında güven ve eşitliğe dayanan dinlerden birisidir⁴⁸. Bu ilkeleri nedeniyle de gabin kurumuna geniş yer verilmiştir.

İslam terminolojisinde gabin kurumu, kavram olarak yerini daha sonraki dönemlerde elde etmiştir. Bunun yanında, ilk dönemlerde, “bir malı değerinin altında bir bedelle satma veya değerinden fazla bir bedelle satın alma ve bu şekilde aldanma” olarak önem kazanmıştır⁴⁹.

İslam hukuku, hukuk ehliyeti olan kişilerin yaptıkları ivazlı sözleşmelerde, bazı istisnai durumlar hariç, tarafların elde ettikleri menfaatlerin eşit olmamasına müdahale

⁴³ Elbir, Tez, s. 31.

⁴⁴ Bkz. Elbir, Tez, s. 32; Kalkan, s. 18.

⁴⁵ Kalkan, s. 18.

⁴⁶ Elbir, Tez, s. 32.

⁴⁷ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.13, İstanbul 1996, s. 268.

⁴⁸ Elbir, Tez, s. 38.

⁴⁹ Bkz. Karaman, s.133.

etmemiştir. Ayrıca bu nedenle sözleşmenin feshi yoluna da gitmemiştir. Ancak faiz alıp vermek, hileli ve muvazaalı alış-verişler vs. müdahaleyi gerektiren işlemler olarak kabul edilmiştir⁵⁰.

İslam Borçlar Hukukunda, taraflar arasında sözleşme kurulurken iradenin varlığı temel ilke olarak kabul edilmiştir. Bu ilkeye Kur'anı Kerim'de ve Hz. Peygamber'in hadislerinde yer verilmiştir. Bunun yanında hata, galat, hile ve ikrah gibi iradeyi sakatlayan haller, İslam Hukukunda "irade ayıpları" olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca iki taraflı sözleşmelerde taraflardan birinin iradesinin aksine, edimler arasındaki değer eşit bulunmazsa, gabin yönünden iradeyi sakatlayan nedenin araştırılması gerekli görülmüştür⁵¹.

§ 3. GABİNİN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. İNGİLİZ HUKUKUNDA

İngiliz Hukuk sisteminde gabin kavramı yerine, ondan daha geniş içeriğe sahip olan "undue influence" kavramı kabul edilmiştir. İradeyi sakatlayan sebeplerden biri olan undue influence kavramı "haksız ve meşru olmayan nüfuz kullanımı" olarak tanımlanabilir⁵². Ayrıca, bu kavramı "sözleşme taraflarından birinin diğer taraf aleyhine haksız bir yarar sağlaması" olarak tanımlayan görüşler de bulunmaktadır⁵³. İngiliz hukukunda bu kavramın benimsenmesinin ana nedeni, kişilerin kendilerinden daha iyi ve yüksek statüdeki diğer kişiler tarafından sömürülmelerinin engellenmesi düşüncesidir⁵⁴.

Eski İngiliz Hukuku Common Law, şekle bağlı ve katı özelliği nedeniyle "laesio enormis" kuramını benimsememiştir. Buna karşılık gabin kurumuyla benzerlik gösteren, yukarıda tanımladığımız "undue influence" kavramı, Equity mahkemeleri tarafından kabul edilen rızayı bozan nedenler teorisi sayesinde, bazı özel durumlarda, yeni bir kurum

⁵⁰ Karaman, s.134.

⁵¹ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1996, s. 269.

⁵² Bkz. Schwarz, Konferans, s. 12.

⁵³ Richards, Paul: Law of Contract, Second Edition, Pitman Publishing, 1995, s. 213.

⁵⁴ Burrows, Andrew: The Law of Restitution, London-Dublin-Edinburg-Butterworths, 1993, s. 193.

olarak kabul edilmiştir⁵⁵. Borçlar Kanunumuzun gabin nedeniyle zarar gören tarafa tanıdığı haklar, İngiliz Hukuk sisteminde “undue influence” kavramı sayesinde korunmaktadır⁵⁶.

Bizim hukuk sistemimizde de, taraflardan biri diğer tarafın içinde bulunduğu müzayaka halinden, hiffetinden veya tecrübesizliğinden yararlanarak aşırı bir yarar sağlarsa, haksız olarak nüfuzunu kötüye kullanmış sayılmaktadır⁵⁷. Bununla birlikte “undue influence” kurumu bizim hukuk sistemimizdeki gabin kurumundan daha geniş içeriğe sahiptir. Undue influence kurumuna göre, bir kimsenin diğer bir kimsenin nüfuzu altında yaptığı bütün işlemlerde, irade ve rızanın serbest olmadığı, spirituel tyranny, yani ruhi ve manevi baskı altında bulunduğu, iradeye haksız bir şekilde nüfuz edildiği karinesi kabul edilmiştir. Sözleşmeden yarar sağlayan tarafın, açılmış olan bir davada bu karineyi çürütmesi gerekmektedir. Karşı tarafın iradesinin serbest olduğunu, haksız bir nüfuz suistimalinin bulunmadığını, sözleşmenin dürüst bir şekilde yapılmış olduğunu ispatlayamazsa, zarar gören taraf “undue influence” kuralına dayanarak sözleşmeye itiraz hakkına sahiptir. Yargılama aşamasında bu durumları takdir yetkisi hakime bırakılmıştır⁵⁸.

Equity mahkemeleri tarafından rızayı bozan sebepler teorisi geliştirilmiştir. Bu sebepler; hata (mistake), sözleşme taraflarından birinin yanlış beyanları (misrepresentation), hile (fraud), ikrah veya şiddet (duress) ve nüfuzun haksız olarak kötüye kullanılması (undue influence) şeklinde sayılmaktadır.

“ Hata durumunda, İngiliz hukuk sistemi dar, buna karşılık hile ve ikrah durumunda daha geniş yorum yapmaktadır”⁵⁹. İkrah (duress) kavramının, Equity mahkemelerinin uygulamasıyla genişletilerek sadece maddi hareketleri değil, manevi sahayı da kapsamına alması sonucu undue influence kurumu ortaya çıkmıştır⁶⁰.

Sözleşme taraflarından birinin, diğerinin nüfuzu altında yapmış olduğu bütün işlemlerde, iradeye haksız bir biçimde nüfuz edildiği karinesi kabul edilmiş ve bu nedenle zarar gören herkese iddiasını kanıtlama şartıyla sözleşmeye itiraz hakkı tanınmıştır. Bunun

⁵⁵ Bkz. Elbir, Tez, s. 56.

⁵⁶ Schwarz, Konferans, s. 12.

⁵⁷ Kalkan, s. 40-41; Schwarz, Konferans, s. 12.

⁵⁸ Schwarz, Konferans, s. 12.

⁵⁹ Elbir, Tez, s. 57; Schwarz, Konferans, s. 11.

⁶⁰ Bkz. Elbir, Tez, s. 60.

yanında, İngiliz mahkeme içtihatlarında bazı kişiler lehine undue influence karinesi tanınmıştır. İçtihatlarda sınırlı olarak belirtilen bu kişiler, özel bir koruma altındadır ve iddialarını kanıtlamakla yükümlü değillerdir⁶¹. Şöyle ki;

1) Özel güven ilişkisinin söz konusu olduğu taraflar arasında yapılan sözleşmeler;

a) İnançlı sözleşmeler

b) Ana-baba ile çocuk arasında yapılan sözleşmeler

c) Vasi-vesayet altında bulunan arasında yapılan sözleşmeler

d) Avukat-müşterisi arasında yapılan sözleşmeler

e) Doktor-hasta, günah çıkarana-rahip arasında yapılan işlemlerde de karinenin varlığı kabul edilmiştir.

2) Cahil bir kişi ile okuma-yazma bilen bir kişi arasında yapılan sözleşmeler;

3) Üçüncü kişiler ile müstakbel mirasçılar arasında bunların miras paylarıyla ilgili olarak yapılan sözleşmeler;

4) Üçüncü kişiler ile meslekleri gereği ödünç para verenler arasında yapılan sözleşmelerde de haksız olarak nüfuzun kötüye kullanıldığı karinesi kabul edilmiştir⁶².

Özel güven ilişkisinin bulunması gereken en önemli kurumlardan biri de ailedir. Ancak İngiliz hukuk sisteminde eşler için “ undue influence” karinesi kabul edilmemiştir⁶³.

İngiliz hukuk sisteminde “undue influence” sözleşmenin oluşmasını engellemez, ancak sözleşmeyi feshedilebilir hale getirir⁶⁴. Yani sözleşme meydana geldikten sonra kendiliğinden geçersiz değildir; zarar gören tarafın isteği üzerine sözleşme feshedilebilir⁶⁵.

⁶¹ Bkz. Aslan, s. 35; Elbir, Tez, s. 60.

⁶² Elbir, Tez, s. 60-61; Kalkan, s. 42-43.

⁶³ Elbir, Tez, s. 62; Schwarz, Konferans, s.12.

⁶⁴ Anson, Sir William: Principles of the English law of Contract, Twenty Second Edition, Oxford Clarendon Press, s. 252

⁶⁵ Richards, s. 224

Gabin kurumundan farklı olarak, sözleşmenin feshedilebilmesi için “undue influence” teorisine göre, zarar görenin uğradığı zararın büyüklüğünün önemi bulunmamaktadır. Sadece sözleşme taraflarından birinin nüfuzunu kötüye kullanmış olması gerekmektedir⁶⁶.

Indue influence durumunda nüfuz ve güven nedeniyle, zarar görenin iradesinin serbest olmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle bu durumda araştırılması gereken husus rızanın geçerli bir biçimde verilip verilmediğidir⁶⁷. Ancak İngiliz içtihadı, sözleşmelerde keyfiliği önlemek adına, yani sözleşmelerin bağlayıcı fonksiyonunu kaybetmemesi için bu kurumu bazı istisnai durumlarda kabul etmiştir. Nitekim sadece “tasavvur edilemeyen ve mantıklı olmayan” sözleşmelerin söz konusu olduğu durumlarda bu kurumun varlığına karar verilmektedir⁶⁸. Bununla birlikte, sübjektif özelliği nedeniyle “undue influence” kavramı bütün sözleşmelerde söz konusu olabilmektedir. İngiliz hukuk sisteminde, bizim hukuk sistemimizden farklı olarak, Ticaret Hukuku ile Medeni Hukukun bir bütün olarak değerlendirilmesiyle bu kavram bütün özel hukuk işlemlerinde karine olarak yer alabilmektedir⁶⁹.

Özet olarak belirtmek gerekirse, İngiliz Hukukunda taraflar arasında yapılan sözleşmelerde, haksız nüfuz kullanımı nedeniyle zarara uğrayan tarafı “undue influence” kurumu korumaktadır. Ancak İngiliz Hukukunun tutucu niteliği nedeniyle bu kavramın genişlemesi mümkün görünmemektedir⁷⁰.

II. FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransız Medeni Kanunu, Fransız Devrimi'nin başlıca eserlerinden biridir. Bu kanun gereğince sözleşme yapma serbestisi ve irade özgürlüğü asıldır⁷¹. Fransız Devrimiyle birlikte sözleşme yapma serbestisi yönünde bir akım gelişmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da

⁶⁶ Bkz. Elbir, Tez, s. 63.

⁶⁷ Elbir, Tez, s. 63'den naklen Demontes E.: De la lésion dans les contrats entre majeurs, Paris 1924, s. 51.

⁶⁸ Bkz. Elbir, Tez, s. 64.

⁶⁹ Kalkan, s. 44; Elbir, Tez, s. 63.

⁷⁰ Elbir, Tez, s. 67.

⁷¹ Bkz. Elbir, Tez, s. 68.

öncelikle Fransız mevzuatında, ilerleyen zamanlarda da diğer ülke kanunlarının düzenleniş biçiminde bu akım etkisini göstermiştir⁷².

Fransız Medeni Kanunu'nda gabin kurumuna sınırlı olarak yer verilmiştir⁷³. Ferdietçi düşüncenin sonucu olarak, gabin nedeniyle fesih hakkı sadece bazı sözleşmelerde ve bazı kişiler için öngörülmüştür⁷⁴. Bu nedenle, genel olarak denilebilir ki, gabin taşınmaz alım-satımı, taksim, şirket sözleşmeleri ve ergin olmayanların düzenledikleri sözleşmelerde söz konusu olmaktadır⁷⁵. Oysa Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında sözleşmenin gabin nedeniyle feshedilebileceği ilkesi bütün sözleşmeler için geçerlidir⁷⁶.

Fransız Kanunu gabin kurumuna sınırlı olarak yer verdiği için, gabinin şartlarını da sınırlı bir şekilde düzenlemiştir⁷⁷.

Fransız Hukuku'nun gabin kurumu ile ilgili bir diğer düzenlemesi ise, gabinin objektif unsurunu teşkil eden karşılıklı edimler arasındaki oransızlık aritmetik bir adaletle belirlenmiş, hakim takdirine bırakılmamıştır⁷⁸.

Roma Hukukunun "laesio enormis" kuralı, Fransız Medeni Kanununun taşınmaz alım satımında uygulanan kurallarının temelini teşkil etmektedir. Çünkü, Roma Hukukunda olduğu gibi, Fransız Hukukunda da, taşınmaz alım satımında gabin sadece satıcı için söz konusudur. Ayrıca edimler arasındaki oransızlık 7/12 gibi bir oranla ifade edilmiştir⁷⁹. Bu kurala göre, taşınmaz alım satımında satıcı ancak sattığı şeyin 7/12'sinden fazlasına bir müdahale bulunduğu zaman, gabin sebebiyle fesih hakkını kullanabilir⁸⁰.

Fransız Hukukunda gabin kurumu oldukça ayrıntılı ve özenli bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hukuk sisteminde gabin kurumunun ayrıntılı olarak düzenlendiği yer,

⁷² Bkz. Ayık, s. 243

⁷³ Kalkan, s. 23'den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 65.

⁷⁴ Bkz. Elbir, Tez, s. 68; Arsebük, s. 453; Birsen, s. 105.

⁷⁵ Bkz. Akyol, s. 179; Arsebük, s. 453; Ayık, s. 243.

⁷⁶ Elbir, Tez, s. 68.

⁷⁷ Bkz. Birsen, s. 79.

⁷⁸ Bkz. Elbir, Tez, s. 68; Özkaya, s. 16.

⁷⁹ Bkz. Elbir, Tez, s. 71; Ayık, s. 245-246; Feyzioğlu, Borçlar, s. 250.

⁸⁰ Birsen, s. 80; Buz, Gabin, s. 58; Feyzioğlu, Borçlar, s. 250.

taşınmaz alım satımı ile ilgili bölümdür⁸¹. Buna karşılık, taşınmaz alım satımında gabin kurumunun kabul edilip edilmeyeceği ile ilgili olarak Mecliste ciddi tartışmalar yaşanmıştır⁸².

Code Civil'in birinci projesi gabin kurumuna hiçbir sözleşmede yer vermemiştir. Aynı şekilde ikinci ve üçüncü projelerde de gabin kurumuyla ilgili hiçbir bilgi bulunmamaktadır.

24 Thermidor, yıl VIII tarihli Hükümet Komisyonu projesinde ilk defa gabin kurumu istisnai bir kural olarak kabul edilmiştir. Hukukçu Portalis bu projenin hazırlanması aşamasında gabin kurumunun temelini, bazı sözleşmelerde bulunması gerekli olan adalet fikrinde, ailelerin menfaati ve fakirlerin zenginler karşısında korunması fikrinde görmüştür.

3 Kasım 1803 tarihli meclis görüşmesinde Code Civil m.1118'de düzenlenen gabin kuralları aynen kabul edilmiştir. 22 Aralık 1803 tarihli görüşmeler sırasında, taşınmaz alım-satımında gabin kurallarının uygulanabilirliğiyle ilgili ciddi tartışmalar yaşanmıştır⁸³.

Mecliste yaşanan tartışmalar sonucunda, Napoleon'un isteği doğrultusunda gabin kurumu, sadece taşınmaz alım-satımında ve satıcı için söz konusu olmuştur⁸⁴. Napoleon gabin kurumunun sadece taşınmaz alım-satımlarına özgülenmesinin haklılığını açıklamak için, "bir insanın birkaç kıymetli taşı veya birkaç tablo üzerinde serbestçe tasarruf etmesi önemli değildir, fakat arazisi üzerinde tasarrufu toplumu ilgilendirir, bu nedenle de bu tasarrufu sınırlamak topluma düşer" demiştir⁸⁵.

Fransız Hukuku, özel kanunlara getirdiği hükümlerle, bazı menkul alım-satımlarında gabin kurumunu, alıcı için de kabul etmiştir. Ancak alıcıya bu durumda gabin nedeniyle fesih hakkı değil, semenin indirilmesini talep etme hakkı tanınmıştır.

Gabin nedeniyle fesih talebi sadece taşınmaz alım-satımlarında geçerlidir. Ancak bu kural mutlak değildir. Bazı taşınmaz alım-satımlarında gabin nedeniyle fesih hakkı kullanılamaz⁸⁶. Şöyle ki;

⁸¹ Bkz. Elbir, Tez, s. 84.

⁸² Bkz. Elbir, Tez, s. 71.

⁸³ Bkz. Elbir, Tez, s. 72.

⁸⁴ Kalkan, s. 25'den naklen Dalem, Mariette Jean: L'extension de la Notion de Lesion Dans Les Contracts d'apres la Jurisprudence et la Pratique Contem Poraines, Paris 1937, s. 26-27; Arminjon/Nolde/Wolf: Traite De Troit Compare, Tome I, Paris 1950, s. 381.

⁸⁵ Bkz. Elbir, Tez, s. 73.

⁸⁶ Bkz. Elbir, Tez, s. 85.

- Semeninin miktarı sözleşmenin kurulduğu aşamada belli olmayan, tesadüfi alım-satımlarda gabin ileri sürülemez.

- Bizzat mahkeme tarafından yapılan zorunlu satışlarda gabin söz konusu olamaz.

- Cebri satışlarda, yani kamu yararı nedeniyle yapılan kamulaştırmalarda da gabin ileri sürülemez⁸⁷.

Fesih talebinde bulunabilmek için, gabin nedeniyle meydana gelen zararın büyük olması şarttır⁸⁸. Fransız Medeni Kanununun 1674. maddesine göre, “Satıcı bir taşınmazın semeninde 7/12 oranından fazla bir zarara (gabine) uğramış olursa, sözleşmede feshi talep hakkından feragat ve değer fazlasını bağışladığını beyan etmiş olsa bile, satımın feshini isteme hakkına sahiptir”⁸⁹. Gabin nedeniyle meydana gelen zararı belirleyebilmek için, taşınmazın satış anındaki durumu ve değeri dikkate alınmalıdır⁹⁰.

Gabinin, kanunda belirtilen usule göre kanıtlanması zorunludur. Fransız mevzuatına göre gabinin kanıtlanması iki aşamadan oluşur. Şöyle ki;

a) Birinci aşama, hazırlık aşamasıdır. Birinci aşama tüketilmeden, ikinci aşamaya geçme imkanı bulunmamaktadır. Bu aşamada gabin iddiasıyla mahkemeye sunulan delillerin kabul edilip edilmeyeceği bir karara bağlanır.

b) İkinci aşama ise, sunulan delillerin incelenmesi sonucunda gabin nedeniyle feshe karar verilir verilmeyeceği sorunudur⁹¹.

Code Civil m.1677’ye göre, gabinin ispat edilip edilemeyeceğini ancak mahkeme kararı ile ve ancak ileri sürülen olayların ağırlığı ve gerçeğe uygunluğu gabini meydana getirebilecek nitelikteyse kabul edilir. Örneğin, taşınmazın daha önce yapılan bir satışta belirlenen değeri karine olarak kabul edilebilir. Ancak böyle bir belirti ortaya çıktıktan sonra davacının iddiasını kanıtlaması ve delillerini mahkemeye sunması gerekmektedir⁹².

⁸⁷ Elbir, Tez, s. 85-87.

⁸⁸ Bkz. Kalkan, s. 25.

⁸⁹ Bkz. Aslan, s. 32-33.

⁹⁰ Bkz. Elbir, Tez, s. 88.

⁹¹ Bkz. Elbir, Armağan, s. 526-527; Elbir, Tez, s. 88-89.

⁹² Bkz. Aslan, s. 33-34.

Gabin nedeniyle fesih davasını sadece satıcı veya mirasçuları açabilir. Fesih davasının, alım-satımdan itibaren iki sene içerisinde açılması zorunludur. Bu süre zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir⁹³. Bu süre ehliyetsizler, evli kadınlar ve gaipler için de geçerlidir⁹⁴.Gabin nedeniyle fesih talebinin kabulü durumunda, işlem geçmişe etkili olmak üzere ortadan kalkmaktadır. Aynı özellik “nisbi butlanın” sonuçlarında da vardır. Bu durumda alıcı, davanın açıldığı tarihten itibaren elde ettiği semereleri satıcıya iade etmek zorundadır⁹⁵.

Satıcının sözleşmenin kuruluş aşamasında, gabin nedeniyle feshi talep etme hakkından açıkça veya zımnen feragat etmesinin bir hükmü olmadığı gibi, gerçek değer ile semen arasındaki farkı bağışlamış olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Ünlü hukukçu Planiol ise, sadece semen ödendikten sonra yapılan feragatların geçerli olması gerektiğini belirtmiştir⁹⁶.

Alıcı, değer farkını öderse, sözleşmenin feshedilmesini engelleyebilir. Fakat alıcı aradaki farkı ödemek istemiyorsa, satıcı sözleşmeyi gabin nedeniyle bozabilir. Alıcı ödediği semenle, gerçek değer arasındaki farktan, gerçek değerın 1/10’u düşüldükten sonra ortaya çıkan miktarı ve fesih davası tarihinden itibaren işleyen faizleri de ödediği takdirde sözleşmenin feshini engelleyebilmektedir⁹⁷.

Code Civil’in hazırlık aşamasında, miras payları arasında bulunması gereken eşitlik düşüncesi nedeniyle, mirasın paylaşılmasında gabin kurumunun uygulanabilirliğiyle ilgili bir tartışma yaşanmamıştır⁹⁸.

Fransız Miras Hukukunda gabin kurumuna iki farklı bölümde yer verilmiştir:

- Ergin olan bir kişi, gabin nedeniyle açık veya zımni kabulünden rücu edememektedir. Ancak bu kural mutlak değildir. Eğer mirası kabul anında mevcut olmayan

⁹³ Bkz. Kalkan, s. 26.

⁹⁴ Elbir, Tez, s. 90.

⁹⁵ Bkz. Elbir, Tez, s. 91.

⁹⁶ Bkz. Elbir, Tez, s. 91; Kalkan, s. 26.

⁹⁷ Bkz. Elbir, Tez, s. 91-92.

⁹⁸ Bkz. Elbir, Tez, s. 71.

bir vasiyetnamenin daha sonra ortaya çıkması sonucunda miras hissesi tamamen ortadan kalkıyor ya da pay 1/2'den az bir orana düşüyorsa, ergin kişi mirası kabulden rücu edebilir⁹⁹.

- Code Civil, mirasın taksiminde, taksim edilen miras hisselerinde eşitliği sağlamak amacıyla birçok koruyucu tedbir almıştır¹⁰⁰. Bu nedenle mirasçılardan biri, mirasın taksimi sırasında kendi hissesine 1/4'ten fazla bir zararın varlığını ispat ederse, taksimi gabin nedeniyle feshetme hakkına sahiptir. Daha açık bir ifadeyle, miras taksiminin gabin nedeniyle feshini isteyebilmek için, hissenin 3/4'ünden az bir değer elde edilmiş olması gereklidir. Miras taksiminde gabinin bulunup bulunmadığını belirlemek için, malların taksim sırasındaki değerlerini dikkate almak zorunludur¹⁰¹.

- Fransız Hukukunda, bir kişinin hayattayken, mirasını fûru arasında taksim etmesi mümkündür. Bu kuruma “ usul tarafından yapılan taksimler” denilir. Bu da vasiyetname ya da bağışlama şeklinde yapılır. Mevzuata göre usul tarafından yapılan taksimlerin gabin nedeniyle feshi mümkündür. Bu kurumun kabul edilmesindeki asıl amaç mirasbırakanın, mirasçıları arasında yaratabileceği eşitsizliği önleme düşüncesidir. Mirasbırakan tarafından yapılan taksimin feshine ancak, talepte bulunan mirasçının aleyhine 1/4'den fazla bir zararın mevcut olduğu kabul edilirse karar verilebilir. Gabinin bulunup bulunmadığını belirlemek için ise malların işlem anındaki değerleri dikkate alınır¹⁰².

- Code Civil m.891'de “gabin nedeniyle fesih davasının davalısı, davayı durdurmak ve en önemlisi yeni yapılacak taksime engel olmak amacıyla, davacıya miras hissesinin üst kısmını aynen veya nakden verebilir” hükmü yer almaktadır. Bu maddenin düzenleniş amacı, miras taksiminde gabin nedeniyle fesih hakkının kullanılması sonucu zor duruma düşenleri korumak ve yeni yapılacak bir taksimin getireceği zorluklar ve zaman kaybını önlemektir¹⁰³. Ancak, miras taksiminin feshini engellemek için farkın tamamını vermek zorunludur. Oysa taşınmaz alım-satımında gerçek değerın 9/10'u gibi bir oranı vermekle feshin engellenmesi mümkündür¹⁰⁴.

⁹⁹ Bkz. Elbir, Tez, s. 78.

¹⁰⁰ Elbir, Tez, s. 79.

¹⁰¹ Bkz. Kalkan, s. 26-27.

¹⁰² Bkz. Elbir, Tez, s. 82.

¹⁰³ Bkz. Kalkan, s. 27.

¹⁰⁴ Bkz. Elbir, Tez, s. 83.

Mirasın taksimi konusunda düzenlenen gabin kuralları, şirket sözleşmesinde, ortaklar arasında yapılan şirket mallarının taksimi hususunda da uygulanmaktadır¹⁰⁵.

Gabin nedeniyle lehlerine fesih imkanı tanınan kişilerden taşınmaz satıcısı ve mirasçının durumunu inceledik. Aşağıda ise, ergin olmayanların durumu üzerinde durulacaktır.

Fransız Hukukunda, ergin olmayanların, koşullarını bilmeyerek yaptıkları hukuki işlemler nisbi butlan yaptırımına tabidir¹⁰⁶. Ancak, ergin olmayanlar, bütün sözleşmelerde ve her durumda gabin nedeniyle sözleşmenin feshedilmesini talep etme hakkını kullanabilirler. Bu durum ergin olmayanlar için mutlaktır¹⁰⁷. Ancak gabin, kaza veya beklenmedik bir durum nedeniyle meydana geliyorsa, ergin olmayan kişi eski hale iade hakkını kullanamaz.

Ergin olmayan kişi, gabin nedeniyle sözleşmeden zarar gördüğünü kanıtlamalıdır. Ünlü hukukçu Planiol, bu kuralın ergin olmayan kişiyi korumadığını, ispat yükünü ergin olmayana yüklemenin onu sıkıntıya sokacağını belirtmiştir¹⁰⁸.

Erginler içinse gabin kurumu sadece belirli hukuki işlemler için kabul edilmiştir. Edimler arasındaki oransızlık miktarı ve bu nedenle sözleşmenin kimin tarafından feshedilebileceği kanunda sınırlı olarak belirtilmiştir¹⁰⁹.

Ayrıca, aile meclisi veya mahkemenin izniyle yapılan işlemler, kanuni temsilcinin yetkisini kullanarak yaptığı işlemler, yaptığı işlemi kavrayamayacak kadar küçük yaşta olan ergin kişi, yaptığı işlemler sonucu zarar görmesi nedeniyle sözleşmeyi feshetme hakkını kullanamaz. Bu durum mutlak fesih hakkına getirilen bir sınırlamadır¹¹⁰. Fesih davasının zamanaşımı süresi 10 yıldır¹¹¹.

8 Temmuz 1907 tarihli ve 10 Mart 1937 de tadil edilen gübre ve yem satışlarına ilişkin kanuna göre, çiftlik hayvanları için gıda ve ziraata ilişkin madde, ot, bitki, gübre ve

¹⁰⁵ Elbir, Tez, s. 84.

¹⁰⁶ Bkz. Elbir, Tez, s. 74.

¹⁰⁷ Birsen, s. 79-80; Kalkan, s. 24'den naklen Dekkers, Rene: La Lesion Enorme, Paris-Sirey 1937, s. 155.

¹⁰⁸ Bkz. Elbir, Tez, s. 75.

¹⁰⁹ Kalkan, s. 24; Birsen, s. 105.

¹¹⁰ Elbir, Tez, s. 77.

¹¹¹ Kalkan, s. 28.

tohumların alım-satımı sırasında alıcının 1/4 oranında gabine uğraması halinde, alıcı sözleşmenin feshini değil, satış bedelinin indirilmesini ve zararının tazminini talep hakkına sahiptir¹¹².

29 Nisan 1916 tarihli Denizde Kurtarma ve Yardıma ilişkin Kanun gereğince, tehlike anında veya tehlikenin etkisiyle yapılan her türlü kurtarma ve yardım sözleşmelerinde, taraflardan birinin elde ettiği menfaatin dengesiz olması durumunda yaptırım olarak sözleşme feshedilebilmektedir¹¹³.

III. ALMAN HUKUKUNDA

Alman Medeni Kanununda (BGB) gabine, ahlak ve adaba aykırı hukuki işlemlerin düzenlendiği¹³⁸. paragrafın ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Bu hükme göre, “ahlak ve adaba aykırı olan bir hukuki işlem batıldır. Özellikle, başkasının müzayaka, hiffet ve tecrübesizliğini istismar ederek, kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine, bir edim karşılığı, bir edimin değerini, durum ve şartlar dikkate alındığı takdirde, açık bir dengesizlik arzedip aşan vaatler veya malvarlıksal faydalar temin ettiren hukuki işlem batıldır”.

Kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, Alman Hukukunda gabin, ahlak ilkeleriyle temellendirilmiş, ahlak ve adaba aykırılığın yaptırımı olan mutlak butlanla batıl sayılmıştır¹¹⁴. Ayrıca, gabin Alman Hukukunda genel bir hüküm olduğu için, unsurlarının gerçekleşmesi şartıyla bütün sözleşmelerde uygulama imkanı olan bir kurumdur¹¹⁵.

Alman Medeni Kanununda gabin ahlak ilkelerine dayanmasına rağmen, İsviçre ve Türk Hukuku bu ilkeyi kabul etmemiş, gabini bu ilkeye dayandırmamıştır. Borçlar Kanunumuz sözleşmelerin batıl olduğunu 19. ve 20. maddelerde düzenlemiştir. Ayrıca Alman Hukuku, Fransız, Türk ve İsviçre Hukuklarının aksine, Roma Hukukunun “laesio enormis” görüşünün etkisi altında kalmamıştır¹¹⁶.

Alman Hukukunda gabin kurumunun tarihsel gelişimi incelendiğinde, 19.yüzyıla hakim olan Liberalizm akımının etkisiyle, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi, sözleşme

¹¹² Bkz. Elbir, Tez, s. 93-94; Birsen, s. 105.

¹¹³ Bkz. Birsen, s. 80; Elbir, Tez, s. 95.

¹¹⁴ Bkz. Akyol, s. 179; Özkaya, s. 16; Schwarz, Borçlar, s. 349.

¹¹⁵ Elbir, Tez, s. 100; Kalkan, s. 28.

¹¹⁶ Bkz. Elbir, Tez, s. 101; Kalkan, s. 29.

özgürlüğüne getirilen pek çok sınırlamanın kaldırıldığı ve bütün sözleşmelerde geçerli olmak üzere faiz serbestisinin kabul edildiği görülmektedir¹¹⁷.

24 Mayıs 1880 tarihli Reich Kanunu ise, faiz serbestisini kaldırarak, gabin kurumunun uygulanmasını sağlamıştır¹¹⁸. Bu kanunla para ödücünde faize kanuni bir sınır getirilmiş ve bazı şartların gerçekleşmesi durumunda işlem batıl kabul edilerek, cezai yaptırım uygulanması uygun görülmüştür¹¹⁹.

Alman Hukukunda sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların sonucunda “aşırı yararlanma” “Übervorteilung” kavramı mevzuata yerleşmiştir. Bu kavram BGB'nin 138. paragrafına eklenen ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmelerde tarafların edimleri arasında aşırı oransızlığın varlığı halinde, belirli bir değer farkına bakılmaksızın, sözleşme hükümsüz kabul edilmektedir.

19 Haziran 1893 tarihinde çıkarılan kanun, 1880 Reich Kanununun sadece para ödünçlerinde kabul ettiği “murabaha” kavramını, tüm sözleşmelerde uygulanmak suretiyle genişletmiştir¹²⁰. Bunun sonucunda ise yeni bir murabaha kavramı ortaya çıkmıştır. Alman Hukukunda bu kavram “Sachwucher”, Türk Hukukunda ise “ivaz murabahası ya da umumi murabaha” olarak bilinmektedir. Alman Hukukunda gabin kavramının temeli “Sachwucher” kavramından gelmektedir¹²¹. Bu iki kanun cezai ve hukuki olmak üzere çift yönlü yaptırıma sahiptir. Ancak Alman Hukukunda hukuki yaptırım olarak Türk-İsviçre Hukukundan farklı olarak fesih hakkı değil, butlan hükümleri uygulanmaktadır¹²². Gabin ahlak ve adaba aykırı bir kurum olarak kabul edildiğinden, bu tür işlemlerin yaptırımı olan butlan hükümlerinin uygulanması doğaldır¹²³.

Burada tartışmalı olan nokta, sözleşmenin gabin nedeniyle sakatlanması durumunda, karşılıklı edimler arasındaki oransızlığı gidererek, butlan hükümlerinin uygulanmasının engellenip engellenemeyeceğidir.

¹¹⁷ Schwarz, Borçlar, s. 349-350.

¹¹⁸ Bkz. Schwarz, Borçlar, s. 349-350.

¹¹⁹ Bkz. Elbir, Tez, s. 102.

¹²⁰ Bkz. Elbir, Tez, s. 102; Kalkan, s. 30.

¹²¹ Schwarz, Borçlar, s. 349-350

¹²² Elbir, Tez, s. 102; Kalkan, s. 30.

¹²³ Kalkan, s. 32'den naklen Kittelman, s. 97.

24 Mayıs 1880 tarihli kanunla ilk kez gabinin unsurlarından sübjektif unsura yer verilmiştir. Buna göre, “bir kimse, bir başka kişiyi müzayaka, hiffet veya tecrübesizliği nedeniyle istismar eder, bir karz veya para borcunun ifasının vadeye bağlanması, muaccel borcun ertelenmesi nedeniyle, kendisi veya üçüncü kişi lehine bir mali yarar taahhüdü yaptırır veya yarar sağlar ve bu elde edilen yarar, karşılığındaki edim ile açık oransızlık içinde olursa, tefecilik dolayısıyla cezalandırılır”. 1893 tarihli kanunun getirdiği düzenlemeyle, yukarıda belirtilen hukuki işlemlerin yapılması iş veya teamül icabı ise, cezalandırma yaptırımını tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulmuştur¹²⁴.

Alman Hukukunda gabin ahlaka aykırı sözleşme olarak düzenlenmiştir. Gabin kavramının bu şekilde düzenlenme nedeni “istismar” şartıyla açıklanabilir. Bir kimsenin müzayaka hali, hiffet ve tecrübesizliği gibi özel bir durumunun istismar edilmesi sonucu elde edilen aşırı menfaat doğal olarak ahlak ve adaba aykırı kabul edilmiştir¹²⁵.

Alman Hukukunda gabinin unsurları objektif ve sübjektif unsur olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif unsur, karşılıklı edimler arasındaki oransızlıktır. Hakime edimler arasındaki oransızlığın tespitinde geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak takdir yetkisi keyfilik olarak anlaşılmalıdır. Hakim, her somut olayda açık oransızlığın var olup olmadığını değerlendirmeli, bu hususta teamüllerden geniş bir biçimde faydalanmalıdır¹²⁶. Sübjektif unsur ise zarar görenin müzayaka, hiffet veya tecrübesizliği gibi özel bir durumunun istismarını kapsamaktadır. Burada, zarar gören tarafın iradesini ortadan kaldıracak şekilde etkilemek değil, onun maddi ve manevi durumundan faydalanarak, kendisi veya üçüncü kişi lehine aşırı bir menfaat sağlanması sübjektif unsurun gerçekleşmesi için yeterlidir¹²⁷.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, zarar gören tarafın özel durumunun bilerek istismar edilmesi şarttır. Ayrıca gabin nedeniyle butlan yaptırımının uygulanabilmesi için objektif ve sübjektif unsurların birlikte bulunması zorunludur.

IV. İSVİÇRE / TÜRK HUKUKLARINDA

¹²⁴ Bkz. Kalkan, s. 30-31’den naklen Kittelman, s. 96-97.

¹²⁵ Elbir, Tez, s. 105’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 315.

¹²⁶ Elbir, Tez, s. 105-106’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s.318-319.

¹²⁷ Elbir, Tez, s. 107; Kalkan, s. 31.

Liberalizm akımının etkisi altında hazırlanan 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda gabin iptal sebepleri arasında yer almamıştır. Ancak Borçlar Kanununun 83 ve 337. maddesinde kısmen bu kuruma yer verilmiştir¹²⁸.

İsviçre Borçlar Kanununun 83. maddesindeki “sözleşmeyle belirlenen faiz konusunda suistimallerin önlenmesi kantonlara aittir” hükmünden hareket eden kantonların birçoğu, tefeciliği suç saymışlar ve engellemeye çalışmışlardır¹²⁹. 337. maddede taşınmaz rehniyle sağlanan ödünç işlemleri ve bu nedenle en yüksek faiz oranının belirlenmesi işi kanton kanunlarına tanınmıştır. İsviçre Medeni Kanununun 795. maddesinde de, BK. 337. maddeye paralel olarak taşınmaz rehniyle sağlanan alacaklarda en yüksek faiz oranının belirlenmesi yine kantonlara bırakılmıştır¹³⁰.

3 Nisan 1859 tarihli Schaaffhausen Kantonu Ceza Kanunu m. 230’da “Wucher” yani BK m. 21 anlamında gabin suç olarak düzenlemiştir. Madde metninde suç “müzayaka”, “hiffet” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca kanun metninde “Übervorteilung” suçun unsuru olarak “aşırı yarar sağlama, sömürme” anlamında kullanılmıştır¹³¹. Daha sonra ise kantonların birçoğu bu maddeyi Ceza Kanunlarında düzenlemiştir¹³². Yukarıda incelediğimiz 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda gabin kavramı düzenlenmemiş, ancak bu durum kantonların Ceza Kanunlarında suç sayılması ve yaptırıma bağlanması sonucunda telafi edilmiştir¹³³. Murabahayı suç sayan ve yasaklayan bu hükümler, BK m. 21’in de temelini oluşturmaktadır¹³⁴.

¹²⁸ Oser / Schönenberger, m. 21, N. 1.

¹²⁹ Elbir, Tez, s. 141’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 209 vd.

¹³⁰ Bkz. Buz, Gabin, s. 56

¹³¹ Bkz. Kalkan, s. 45’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 207.

¹³² Bkz. 17 Haziran 1872 tarihli Bazel Stadt Kantonu Ceza Kanunu, 27 Mayıs 1893 tarihli Zürich Kantonu Ceza Kanunu, 24 Mayıs 1884 St. Gallen Kantonu Ceza Kanunu.

¹³³ Kalkan, s. 45’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 207.

¹³⁴ Elbir, Tez, s. 145.

1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda gabin kavramının yer alması, kanunlaştırma aşamasında mecliste tartışmalara neden olmuş ve en sonunda bugünkü şekliyle hükme bağlanmıştır¹³⁵.

Türk Borçlar Kanununun 21.maddesi Fransızca metinden tercüme edilmiştir. Bu maddeye göre, “ Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

Bu müddet, akdin inikadından itibaren cereyan eder”.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, tarafların edimleri arasındaki oransızlık sözleşmenin iptal edilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Edimler arasındaki aşırı oransızlık, zarar gören tarafın özel durumundan, yani “müzayaka halinde bulunmasından”, “tecrübesizliğinden” veya “hiffetinden” yararlanılarak meydana getirildiği durumlarda sözleşme iptal edilebilmektedir. Çünkü, bu şartlar altında yapılan sözleşmelerde irade özgürlüğünden bahsedilemez. Borçlar Kanunumuzun 21. maddesiyle getirilen bu düzenleme sayesinde tarafların iradeleri güvence altına alınmıştır¹³⁶.

Bu madde gabin kurumunun anlaşılması için yeterlidir. Ancak, Fransızca ve Almanca metni aslına uygun biçimde kanunumuza aktarılmamıştır. Almanca metin şu şekildedir:

Aşırı İstifade (Yararlanma):

“ Taraflardan birinin müzayakasından, tecrübesizliğinden veya hiffetinden diğer tarafın istifade etmesi suretiyle yapılan bir sözleşmede edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık bulunduğu takdirde, zarar gören bu sözleşmeyi feshettiğini bir sene içinde beyan ederek vermiş olduğu şeyleri geri isteyebilir.

Bir senelik süre sözleşmenin yapılmasından itibaren işlemeye başlar”.

İsviçre-Türk Hukuk sisteminde gabinli sözleşmeler ne hukuka ne de ahlak ve adaba aykırı sözleşmeler bölümünde düzenlenmiştir. Nitekim ahlak ve adaba aykırı sözleşmelerin

¹³⁵ Buz, Gabin, s. 56; Özkaya, s. 16; Barıkan, s. 2; Ayık, s. 243.

¹³⁶ Buz, Gabin, s. 59-60.

yaptırımı olan butlan Borçlar Kanunumuzun¹⁹ ve 20. maddelerinde, hata, hile, ikrah gibi iradeyi bozan sebepler 23-31.maddelerinde, gabin ise kendine özgü bir kurum olarak 21.maddede düzenlenmiştir.

Gabin hukukumuzda, yukarıda da belirtildiği gibi, iradeyi sakatlayan sebepler bölümünde düzenlenmemiştir. Ancak bazı durumlarda hata, hile ve ikrahla birlikte değerlendirilebilirse de, gabini aslında sözleşmeyi bozan sebep olarak kabul etmek daha isabetli olur¹³⁷.

Borçlar Kanununun 21.maddesi genel bir hüküm niteliği taşıması nedeniyle, özel bir hüküm bulunmaması durumunda tam iki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmelerde uygulanabilmektedir. Örneğin, gabin hükümleri Medeni Kanunun 5. ve Ticaret Kanununun 2. ve 3. maddeleri uyarınca Medeni Kanun sözleşmeleri ile ticari sözleşmelere de uygulanabilmektedir. Çeşitli kanunlarımızın özel hükümlerinde edimler arasındaki aşırı oransızlığı önleyen hükümler yer almış bulunmaktadır¹³⁸.

Borçlar Kanunumuzda gabin kurumunun düzenlenme nedeni, İsviçre’de olduğu gibi, dar ve zor durumda kalmaları nedeniyle sözleşme yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak, zayıfı güçlüye, safı kurnaza ezdirmemektir. Bu nedenle, gabin daha çok sosyal amaçlı bağımsız bir kurum olarak düzenlenmiştir¹³⁹.

Alman Medeni Kanununun 138/II hükmü esas itibariyle 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tarafından devralınmış ve dolayısıyla ülkemizde yürürlük kazanmıştır. Ancak Alman Medeni Kanunu 138. paragrafta, ahlaka aykırı işlemlerin butlanını gerektiren genel kural ile gabin arasındaki bağlantı, Türk-İsviçre Borçlar Kanununda kalmamıştır. Borçlar Kanunumuzda gabin kurumu bağımsız bir maddede düzenlendiği gibi, gabinin hukuki sonucu butlan değil, iptal edilebilirliktir¹⁴⁰.

¹³⁷ Elbir, Tez, s. 151; aksi görüşte Birsen, s. 62.

¹³⁸ Bkz. Özkaya, s. 16-17.

¹³⁹ Özkaya, s. 16.

¹⁴⁰ Schwarz, Borçlar, s. 350; Birsen, s. 106.

İKİNCİ BÖLÜM

GABİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

§ 4. GABİNİN UNSURLARI

I. GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu gabini sözleşmenin içeriğine ilişkin hükümler (BK m.19-20) ile iradeyi sakatlayan sebepler (BK m.23 vd.) arasında düzenlemiştir.

BK m. 21/1'e göre, "Bir sözleşmede ivazlar arasında açık bir dengesizlik bulunduğu takdirde, eğer bu nispetsizlik, zarar görenin darda bulunmasından veya düşüncesizlik ya da

tecrübesizliğinden yararlanılarak meydana getirilmiş ise, zarar gören bir yıl içinde bu sözleşmeyi iptal ettiğini bildirmek suretiyle verdiği geri isteyebilir. Bu müddet, sözleşmenin inikadından itibaren cereyan eder”.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bir sözleşmede gabinin varlığını iddia edebilmek için objektif unsur olan “edimler arasında açık bir dengesizliğin bulunması” ile subjektif unsur olan “zarar görenin darda kalması, düşüncesizlik ya da tecrübesizlik” unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir. Ayrıca, objektif ve subjektif unsur arasında nedensellik bağının varlığı da şarttır¹⁴¹. Öyle ki “Gabin kurumunu sakatlamadan bu iki unsuru birbirinden ayırmaya imkan yoktur”¹⁴².

Bununla birlikte gabin kurumunun unsurlarının sayısı ile ilgili olarak doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar objektif unsur olarak, edimler arasındaki oransızlığı, subjektif unsur olarak ise müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik gibi özel durumlardan yararlanmayı kabul etmekte ve gabin kurumunun unsurlarını ikiye ayırarak incelemektedirler¹⁴³. Diğer bazı yazarlar ise edimler arasındaki oransızlığı objektif unsur; müzayaka, hiffetsizlik ve tecrübesizlik gibi özel durumları zarar gören yönünden subjektif unsur; aşırı yaralanma ve sömürmeyi ise karşı taraf açısından subjektif unsur olarak görmekte, böylece gabin kurumunda üç unsurun varlığını kabul etmektedirler¹⁴⁴.

Federal Mahkeme ve Yargıtay’ın bazı kararları¹⁴⁵ incelediğinde “istismarın” ayrı bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir. Bu doğrultuda düşünen bazı yazarlar da gabinin unsurlarını gerekçesiyle birlikte aşağıdaki şekilde kabul etmişlerdir:

1) Sözleşmenin kurulması anında edim ile karşılık edim arasındaki oransızlık nesnel şekilde belirlenmesi gerektiği için objektif unsur,

¹⁴¹ Elbir, Unsurlar, s. 1; Binatlı, s. 99; Sungur, s. 15-16; Ayan, s. 149; Sungur, s. 21.

¹⁴² Elbir, Unsurlar, s. 1’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 231.

¹⁴³ Arsebük, s. 222; Saymen, Gabin, s. 800, dn. 2’de anılan yazarlar; Akıntürk, s. 60; Reisoğlu, s. 107; Özkaya, s. 20; Ayık, s. 245 vd.; Özkent, Gabin, s. 256; Esener, s. 161; Ayan, s. 149; Kaplan, s. 103;

Gönensay, s. 118; Schwarz, Borçlar, s. 350.
¹⁴⁴ Saymen, Gabin, s. 800; Feyzioğlu, Borçlar, s. 249 vd.; Birsen, s. 82; İnan, s. 203; Saymen/Elbir, s. 232; Saymen, Nisbetsizlik, s. 146

¹⁴⁵ Yarg. 1. HD. 23.03.2004 T., 90 E., 3272 K.; Yarg. 1. HD. 01.07.2003 T., 6311 E., 7903 K.

2) Gabin nedeniyle zarara uğrayanda bulunması gereken hiffet, müzayaka veya tecrübesizlik gibi özel durumlar sübjektif olması nedeniyle sübjektif unsur,

3) Karşı tarafın, gabin nedeniyle zarara uğrayan tarafın yukarıda belirtilen özel durumlarının birinden yararlanarak sözleşmeyi oluşturması kendisi için sübjektif unsur olarak kabul edilmiştir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, gerek gabin nedeniyle zarara uğrayanın özel durumlarını, gerekse diğer tarafın bu özel durumlardan yararlanmasını aynı sübjektif unsur başlığı altında incelemek, kanun koyucunun amacı ve bilimsellikte bağdaşmaz¹⁴⁶.

Buna karşılık bazı yazarlara göre aşırı yararlanma bilinci veya kasdının varlığı şart değildir¹⁴⁷. Müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik gibi özel durumları ayrı bir unsur ve bu durumların istismarını ayrı bir unsur olarak değerlendirmek, unsurlar arasında olması gereken bağlantıyı ve bütünlüğü ortadan kaldırmak olur. Ayrıca istismar unsurunu diğer durumlarla birlikte incelemek bu unsura bir anlam katar, aksi takdirde tek başına bir önemi yoktur¹⁴⁸.

Gabinin unsurlarından “edimler arası açık oransızlık” diye adlandırılan objektif unsur daha eski dönemlere dayanmaktadır. Bu unsurun, temelini Roma Hukukundan aldığı ileri sürülmektedir. Aksi görüşte olan yazarlar ise, İbrani Hukukuna dayandığını savunmaktadırlar. Sübjektif unsorda ise bu şekilde bir tartışma yoktur, çünkü yeni bir kavramdır. Bu unsura öncelikle Alman Hukukunda murabaha kanunlarında yer verilmiş, daha sonraki dönemlerde ise BGB. 138. paragrafta düzenlenmiştir¹⁴⁹.

İsviçre-Türk Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanununu örnek alarak gabin kurumunun sınırlarını daraltmıştır. Fransız Hukukunun düzenlemesinden farklı olarak, bir sözleşmede gabinin varlığını ileri sürebilmek için her iki unsurun yani objektif ve sübjektif unsurların birlikte bulunması gerekmektedir¹⁵⁰. Aksi takdirde gabinin varlığından söz

¹⁴⁶ Saymen, Gabin, s. 800; Birsen, s. 82-83; Feyzioğlu, Borçlar, s. 250; İnan, s. 204; Tunçomağ, s. 230.

¹⁴⁷ Birsen, s. 81; Akyol, s. 180; Ayık, s. 245; Özkaya, s. 21; Sungur, s. 21; Arsebük, s. 453; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 459; Gönensay, s. 46; Özsunay, s. 57; Tunçomağ, s. 380; Barıkan, s. 6; Zevkliler, s. 101; Önen, s. 67; Kaplan, s. 99; Esener, s. 161; Bozer, s. 66; Baştuğ, s. 88; Ayan, s. 161.

¹⁴⁸ Elbir, Tez, s. 155-156.

¹⁴⁹ Bkz. Elbir, Unsurlar, s. 3.

¹⁵⁰ Schwarz, Borçlar, s. 350.

edilemez. Kısacası, bir sözleşmede tarafların edimleri arasındaki oransızlık, taraflardan birinin, diğer tarafın özel durumundan yararlanarak onu sömürmesi sonucunda oluşmamışsa, gabinin varlığı iddia edilemez. Yargıtay da, sözleşmede her iki unsurun birlikte bulunmasının gerekliliğini, vermiş olduğu pek çok kararında belirtmiştir¹⁵¹.

BK.m.21'in düzenleme şekli de anlaşıldığı gibi, sübjektif unsur sebep, objektif unsur ise bu sebebin sonucunu oluşturmaktadır. Gabinin unsurlarından objektif unsuru oluşturan edimler arasındaki açık oransızlığın sübjektif unsurun (müzayaka, hiffet veya tecrübesizlik) nedenlerinden birinin istismarı ile meydana geldiği belirtilmektedir. Bu nedenle de öncelikle sübjektif unsurun değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler vardır¹⁵². Ancak uygulamada ve doktrinde öncelikle objektif unsurun araştırılması gerektiği savunulmaktadır¹⁵³. Bunun nedeni ise, objektif unsurun nesnel kriterlere ve somut kanıtlara göre daha basit ve hızlı şekilde incelenebilmesidir. Sübjektif unsur ise, soyut kanıtlara dayandığından ispatı her zaman mümkün olmamaktadır. Şu hususu belirtmek gerekir ki; gabinin varlığı için her iki unsurun birlikte bulunması gerektiği dikkate alındığında, unsurlardan hangisine öncelik verildiği uygulama açısından farklı sonuçlara neden olmamaktadır¹⁵⁴.

Yargıtay'ın, hakim öncelikle tarafların edimleri arasında aşırı oransızlık bulunup bulunmadığını irdelemesi, objektif unsurun varlığı sabit görüldükten sonra olayda gabinin sübjektif unsurunun olup bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği yönünde birçok kararı bulunmaktadır¹⁵⁵.

Nitekim, Borçlar Kanunumuz gabinin kanıtlanması için özel bir düzenleme getirmemiş, unsurların araştırılmasını hakim takdirine bırakmıştır. Hakim bu hakkını kullanırken, hak ve adalete göre hareket edecek, kanaatinden ve çeşitli emarelerden

¹⁵¹ Kararlar için bkz. Elbir, Unsurlar, s. 2.

¹⁵² Elbir, Unsurlar, s. 5; Feyzioğlu, Borçlar, s. 254; Belgesay, s. 33.

¹⁵³ Özkaya, s. 21; Birsen, s. 82; Arsebük, s. 451; Gönensay, s. 118; bkz. Özkent, Gabin, s. 257; Funk, s. 36.

¹⁵⁴ Bkz. Özkaya, s. 21.

¹⁵⁵ Yarg. 1. HD. 28. 02. 1974T., 1924 E., 1255 K.; Yarg. HGK., 21. 10. 1981 T., 1980/2-2156 E., 682 K.; Yarg. 1.HD., 21. 02. 2000T., 2000/1314 E., 2000/1739 K.; Yarg. HGK., 30.09.1972 T., 1970/1-229 E., 765 K.; Yarg. 14. HD., 20.09.1988 T., 4014 E., 5777K.

faydalanacaktır. Ancak bu emareler kesin kanıt niteliğinde olmayıp, hakime takdir hakkını kullanırken yardımcı olan unsurlardır¹⁵⁶.

II. OBJEKTİF UNSUR: KARŞILIKLI EDİMLER ARASINDA

AÇIK ORANSIZLIK

A. Genel Olarak

Gabinin objektif unsuru, karşılıklı edimler arasındaki aşırı oransızlıktır. Bir sözleşmede gabinden söz edebilmek için, borçlanan taraflardan birinin ediminin, diğer tarafın ediminden açık biçimde fazla olması gerekmektedir¹⁵⁷.

Nitekim Borçlar Kanunumuzun 21. maddesi, “Bir akitte ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde.....” biçimindeki düzenlemesiyle gabinin objektif unsuru olan “karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlığı” belirtmiştir. Bu edim, bir şeyin verilmesi, yapılması veya yapılmaması şeklinde kararlaştırılmış olabilir¹⁵⁸.

Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, Borçlar Kanunumuz edimler arasındaki oransızlığın sınırlarını belirlememiş, “açık” ifadesini kullanmak suretiyle “açık oransızlığın” değerlendirilmesini hakimın takdirine bırakmıştır¹⁵⁹. Doktrin ve uygulama, edimlerin değerinin kim tarafından, nasıl ve ne zaman belirleneceği gibi hususlarda madde metninde yer alan boşluğu doldurmaktadır.

Edim ve karşı edim arasındaki oransızlık miktarının kanunda açıkça gösterilmesi durumunda hakimın çekişmeyi daha rahat çözümleneceği ve sözleşme tarafları arasında eşitlik sağlanacağı belirtilmektedir. Günün koşulları gereği oranların gerçeğe uygunluğu zamanla değişmektedir. Ancak bu durumda kanunlarla her zaman düzenleme yoluna gitmek de mümkün değildir. Bu nedenle kanunlar arasında uygulama açısından çelişkilerin meydana gelmesi de kaçınılmaz olmaktadır. Ayrıca, kanunlarla oransızlık miktarının önceden belirlenmesi durumunda rakamlar arasında değer farkına göre oransızlığın tesbiti olanağı da

¹⁵⁶ Elbir, Tez, s. 156.

¹⁵⁷ Eren, s. 378; Ayık, s. 245; Barıkan, s. 6; Saymen/Elbir, s. 232-233; Akıntürk, s. 60; Dalamanlı/Kazancı, s. 251; Oğuzman/Öz, s. 113; Özkaya, s. 21; Önen, s. 63-64; Arsebük, s. 453; von Tuhr, s. 331.

¹⁵⁸ Saymen, Nisbetsizlik, s. 146.

¹⁵⁹ Elbir, Tez, s. 174; Binatlı, s. 99.

kalmayacaktır. Bu nedenle hakimin her somut olayda tarafların edimleri arasındaki oransızlığı belirlemesi adalete uygundur¹⁶⁰.

B. Karşılıklı Edimler Bulunmalıdır

1) Edim ve Karşılıklı Edim Kavramları

“Edim” sözcüğü Alman Hukuk dilinde yerleşmiş olan “Leistung” kavramı yerine kullanılmaktadır¹⁶¹.

Borç ilişkisine dayanarak alacaklının borçludan talebe yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda bulunduğu davranışa, edim denir¹⁶².

Şu halde edim, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır¹⁶³. Ancak, edim borçlunun alacaklı yararına yerine getirmek zorunda olduğu belirli ve sınırlı bir davranıştır¹⁶⁴.

Gabinin objektif unsurunu karşılıklı edimler arasında açık oransızlık oluşturmaktadır. Nitekim BK m.21’in “Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde...” şeklindeki ifadesi gabinden bahsedilmesi için karşılıklı edimlerin sözleşmede bulunması gerektiğini göstermektedir. Gabin kurumu Borçlar Hukukunun genel hükümler kısmında m.21’de düzenlenmiş olması nedeniyle, genel kural gereği, tüm özel hukuk sözleşmelerine uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak, madde metninin açık ifadesinden anlaşılacağı üzere sözleşmede “karşılıklı edim”ler bulunmalıdır. Bu sebeple aşağıda incelenecek olan bölümde çeşitli sözleşmelerde gabin hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı araştırılacaktır.

2) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da birbirine karşı asli bir edim (borç) yüklenmektedir. Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını

¹⁶⁰ Özkaya, s. 22-23; bkz. Arsebük, s. 454.

¹⁶¹ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 8.

¹⁶² Eren, s. 89; Kılıçoğlu, s. 3.

¹⁶³ Oğuzman/Öz, s. 5.

¹⁶⁴ Eren, s. 89; Kocayusufpaşaoğlu, s. 45.

oluşturur. Edimler arasında tam anlamıyla karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi vardır. Bu tip sözleşmelerde edimler birbiriyle değiştirilmektedir¹⁶⁵.

Tam iki tarafa borç yükleyen bu sözleşmelerde tarafların edimleri arasındaki karşılıklılık ve değişim ilişkisine “synallagma” adı verilmektedir¹⁶⁶.

Edimler arasında oransızlık her türlü sinallagmatik sözleşmede (tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme) söz konusu olabilir. Federal Mahkeme kararları incelendiğinde bu sözleşme türleri şu şekilde belirtilebilir¹⁶⁷: Hizmet sözleşmesi, bir haksız fiil sonucu zarar gören kişinin her türlü tazminat talebinden feragat sözleşmesi, para ödücü, menkul eşya alım satımı, bir ticarethane alım satımı, vekalet, taşınmaz alım satımı, kira sözleşmesi ve sulh¹⁶⁸.

Bununla birlikte Borçlar kanunumuzda düzenlenen sinallagmatik sözleşme türlerinin tipik örnekleri; alım satım, kira, trampa, eser, hizmet, tellallık sözleşmeleridir.

Satım sözleşmesi, borçlar kanununun özel hükümlerinde düzenlenen diğer sözleşme tiplerinde olduğu gibi tanımlanmamış, sadece tarafların asli edim yükümleri belirtilmiştir. BK m. 182/1'e göre, “satım bir akittir ki, onunla satıcı satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder”. Böylece, satım sözleşmesiyle satıcı, satılanı teslim ve mülkiyetini devretmeyi; alıcı da buna karşılık bir bedel ödemeyi taahhüt eder. Bütün sözleşmelerde olduğu gibi, satım sözleşmesinin kurulması için, tarafların objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları gereklidir¹⁶⁹.

Madde metninin açık ifadesinden anlaşılacağı üzere, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinin tipik örneği olan satım sözleşmesinde gabin uygulama alanı bulunmaktadır. Bir satım sözleşmesinde satıcı satılan malı karşı tarafın müzayaka, hafiflik ve tecrübesizlik halinden yararlanarak fahiş bir fiyata satarsa veya alıcı karşı tarafın zayıf durumundan

¹⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 53; Oğuzman /Öz, s. 43-44; Havutçu, s. 3 vd.

¹⁶⁶ Havutçu, s. 3-4; Akbıyık, s. 9.

¹⁶⁷ Bkz. Elbir, Tez, s. 179-180'den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 241.

¹⁶⁸ Elbir, Tez, s. 179-180; Saymen/Elbir, s. 233; bkz. Schwarz, Borçlar, s.350

¹⁶⁹ Aral, s. 59.

yararlanarak satılan malı alırsa, bu durumda satım sözleşmesine gabin hükümleri uygulanmalıdır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, alım satım sözleşmesinde gabin hükümlerinin uygulama alanıyla ilgili açıklanacak bir özellik bulunmamaktadır. Ancak BK m.202'ye göre, “satıcının tekeffülü altındaki satılanın ayıbı anlaşıldığı zaman alıcı muhayyerdir. Dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesini, dilerse satılanı alı koyup kıymetinin noksanı karşılığında semenin tenzil olunmasını dava eder”. Bununla birlikte, her ne kadar BK m. 202'de karşılıklı edimleri dengeleme çabası bulunmakta ise de, burada gabin düşüncesi değil, olsa olsa hakkaniyet düşüncesi esas alınmıştır¹⁷⁰

3) Eksik İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi her iki taraf da borç altına girmektedir. Bu tür sözleşmelerin diğer sözleşmeden farkı, taraflar edimlerini karşılıklı olarak taahhüt etmemekte, sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan yalnızca biri edim taahhüdü altına girmektedir. Bununla birlikte, diğer taraf sözleşmenin ilerleyen aşamalarında veya sonunda karşı tarafın edimini yerine getirmesiyle ya da tamamen bağımsız olarak borç altına girmektedir¹⁷¹ Örneğin, vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkil adına bir iş görme borcunu yüklenmiştir. Eğer vekil, bu borcunu yerine getirirken bazı masraflar yapmak zorunda kalmışsa ya da zarara uğramışsa, bu taktirde müvekkilin bu masrafları ödeme, zararı tazmin etme borcu doğmaktadır. Şu halde, müvekkil aslında borçlu olmadığı halde, sayılan bu durumlar nedeniyle borç altına girmektedir. Bu durumda öncelikle vekilin asli edim borcu, sonrasında ise müvekkilin tali edim borcu doğmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların borçları karşılıklı olmayıp, edimlerin birbiriyle değiştirilmesi durumu yoktur. Bununla birlikte vekalet sözleşmesinde ücret veya ödünç sözleşmesinde faiz kararlaştırılmışsa, ortada tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusu olur¹⁷².

¹⁷⁰ Elbir, Tez, s. 224'den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 276.

¹⁷¹ Havutçu, s. 6.

¹⁷² Eren, s. 195.

Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde amaç, tarafların yükledikleri edimlerin karşılıklı mübadele edilmesi, değiştirilmesi değildir. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu sözleşmelerde de taraflar karşılıklı borç altına girmektedir. Ancak bu tip sözleşmelerde edimler birbiriyle değiştirilmemektedir. Taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturmayıp edimler arasında bağımlılık ve karşılıklılık ilişkisi yoktur. İvazsız vekalet sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, vedia sözleşmesi, faizsiz ödünç sözleşmesi bu gibi sözleşmelerin tipik örnekleridir¹⁷³.

Kısacası, tarafların edimleri arasında bir değiş tokuş ilişkisi bulunmadığı, bu edimlerden her biri diğerinin karşılığını teşkil etmediği için, bu gibi sözleşmelere eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler denilmektedir¹⁷⁴.

BK m.21'deki "Bir akitte ivazlar arasında ..." ifadesi gabinin varlığı için karşılıklı edimlerin şart olduğunu göstermektedir. Madde metninin açık ifadesinden anlaşılacağı üzere, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinin tipik örneği olan ariyet ve karz sözleşmelerinde gabinin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Çünkü, ariyet ve karz sözleşmelerinde bir şeyin kullanma ve yararlanma hakkının bir başkasına devri söz konusudur. Yani bu tip sözleşmelerde karşılıksız bir kullandırma ve yararlandırma amacı vardır¹⁷⁵.

Ücretsiz bir vekalet sözleşmesinde, vekil müvekkil adına bir iş görme borcunu yüklenmiştir. Vekil, borcunu yerine getirirken bazı masraflar yaparsa, vekalet veren de kendisine karşı borçlanacaktır¹⁷⁶. Vekalet sözleşmesinde ücret kararlaştırılmamışsa ve teamül de ücret verilmesini gerektirmiyorsa bu sözleşmede gabin hükümlerinin uygulanması mümkün değildir¹⁷⁷. Bununla birlikte taraflar, irade özerkliği gereğince eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeyi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirebilirler. Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte de açıkladığımız üzere, vekalet sözleşmesinde ücret veya ödünç sözleşmesinde faiz kararlaştırılmışsa, artık eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme

¹⁷³ Eren, s. 194-195.

¹⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 119; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 53-54; Esener, s. 18-19.

¹⁷⁵ Kalkan, s. 94.

¹⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 119.

¹⁷⁷ Kalkan, s. 95.

değil, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olur¹⁷⁸. İşte böyle bir durumda eksik iki taraflı sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme özelliğini alır ve sözleşmede gabinden bahsetmek mümkün hale gelir.

4) Diğer Sözleşmeler

Edim ilişkisine göre borç sözleşmeleri, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de kendi arasında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yukarıdaki bölümlerde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gabin hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı incelendi. Bu bölümde ise diğer sözleşmeler başlığı altında tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile çok tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gabin hükümlerinin uygulanabilirliği sorunu tartışılacaktır.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan sadece biri borç altına girmekte, diğer tarafın yerine getireceği bir borcu bulunmamaktadır¹⁷⁹. Taraflardan sadece biri borç altına girdiği için doğal olarak edimlerin birbiriyle değiştirilmesinden ve edimler arasında karşılıklılık ilişkisinden söz edilemez¹⁸⁰.

Bu özellikleri nedeniyle, taraflardan biri, sadece borç altına giren tarafın irade beyanını kabul etmekte ve böylece alacaklı sıfatını kazanmaktadır¹⁸¹. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece bir tane edim bulunmaktadır. Örneğin bu sözleşmelerin tipik örneği olan bağışlama sözleşmesinde, bağışlayanın edimi, söz verdiği nesnenin mülkiyetini karşı tarafa geçirmesidir. İşte böyle bir durumda bağışlanan herhangi bir edim yükümü altına girmemektedir¹⁸². Ayrıca kefalet sözleşmesi, poliçe, karşılıksız (ivazsız) bir şey yapma veya yapmama taahhüdünü içeren sözleşmeler, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tipik örnekleridir¹⁸³.

¹⁷⁸ Eren, s. 195.

¹⁷⁹ Eren, s. 193; Akbıyık, s. 9.

¹⁸⁰ Havutçu, s. 5.

¹⁸¹ Eren, s. 193.

¹⁸² Akbıyık, s. 9.

¹⁸³ Eren, s. 193.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gabinin uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, “...karşılaştırma ve nispet yapılabilmesi için en az iki tarafın ve iki edimin bulunması gerekir. Çünkü nispet karşılaştırmayı gerektirir, karşılaştırma içinse en az iki edimin karşılıklı olarak varlığı lazımdır. Edim sözleşme taraflarından biri için söz konusu olursa, bu durumda karşılaştırma imkanı olmaz. Bu nedenle örneğin bağışlamada gabinden bahsetmek mümkün olmaz.”¹⁸⁴ demek suretiyle tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gabin hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir. Diğer bir görüş, sözleşmenin iki tarafı değil, taraflardan yalnız biri borç altına girmekteyse, bu durumun bile başlı başına bir oransızlık olarak görülebileceğini ifade etmiştir. Bir başka görüş ise, sözleşmenin karşı tarafına oransız bile olsa bir karşılık vermeyen, yani sömüren tarafa BK m.21 hükümlerine göre yaptırım uygulanması gerektiğini savunmuştur¹⁸⁵. İsviçre’de oluşan yeni akım taraftarları, bağışlama vaadi sözleşmesi gibi yalnızca tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, gabin hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini ileri sürmektedirler¹⁸⁶. Ancak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimler bulunmadığı için, sözleşmede edimler arasında açık oransızlık unsurunun varlığını arayan gabinin uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Nitekim doktrinde yer alan bir görüş taraftarı, isviçrede oluşan bu yeni akımı şu nedenlerle kabul etmemektedir. Buna göre, “bağışlama sebebiyle yapılan bu gibi işlemler nitelikleri gereği, karşı tarafa karşılıksız bir kazandırma yapmak amacıyla meydana gelmiştir. Sözleşmenin niteliğinde mevcut “karşılıksız olma” unsurunu bir kabahat olarak görüp oransızlık var iddiası ile ortaya çıkmak kabul edilemez”¹⁸⁷.

BK m.21’deki “bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde...” ifadesi gabinin varlığı için karşılıklı edimlerin şart olduğunu göstermektedir. Bu sebeple tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir karşılıklılık ilişkisi ve edimlerin birbiriyle değiştirilmesi söz konusu olmadığı için gabinin bu tür sözleşmelerde uygulanması mümkün değildir. Madde metninin ifadesinden anlaşılacağı üzere, gabin sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama imkanı bulabilecek bir kurumdur¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Feyzioğlu, Borçlar, s. 251.

¹⁸⁵ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 393, dn. 13’de anılan yazarlar.

¹⁸⁶ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 393; bkz. Kaplan, s. 102.

¹⁸⁷ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 393; aynı görüşte Feyzioğlu, Borçlar, s. 251.

¹⁸⁸ Elbir, Tez, s. 221; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 458; Elbir, Fahiş Faiz, s. 723; Feyzioğlu, Borçlar, s.251; Ayan, s. 149; Önen, s. 62; Baştuğ, s. 99; Olgaç, s. 101; Arsebük, s. 451-452; İnan, s. 202; Karahasan,

Çok taraflı sözleşmeler, çok taraflı borç doğuran sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde birden fazla kişi borç altına girmektedir. Fakat tarafların borcu karşılıklı edimleri ifa etmek değildir. Burada edimlerin birbiriyle değiştirilmesi yoktur. Edimler arasında karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmelerde sözleşmeye katılanlar, ortak bir amacı gerçekleştirmek için, edimleri değiştirme niyeti olmadan, birbirlerine karşı belli davranışlarda bulunma borcu altına girmektedirler. Çok taraflı sözleşmelerin en tipik örneği ortaklık (şirket) sözleşmesidir¹⁸⁹.

BK m.520/1'e göre, şirket sözleşmeleri, iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca ulaşmak için mallarını veya emeklerini birleştirmeyi taahhüt ettikleri sözleşmelerdir. Şirket sözleşmesinin en önemli unsuru "ortak bir amaca ulaşmak için ortakların belirli taahhütler altına girmeleri"dir. Bu unsur, şirket sözleşmelerini tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden ayıran en önemli özelliktir¹⁹⁰. Daha önceki bölümlerde belirttiğimiz gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasında karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi vardır. Bu tür sözleşmelerde edimler birbiriyle değiştirilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, şirket sözleşmelerinde gabin hükümlerinin uygulama alanı bulması kural olarak mümkün değildir. Çünkü BK m.21'in açık ifadesi gereği sözleşmede karşılıklı edimlerin varlığı şarttır. Eren'e göre, gabin kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur. Ancak yazar bu durumun kıyas yoluyla çok taraflı sözleşmelere uygulanmasının mümkün olduğunu savunmaktadır¹⁹¹.

Gabin, adi şirket sözleşmesinde bir ortağın katılma payı borcu ve kâra iştirak hakkı arasındaki ilişki bakımından gerçekleşebilir. Ancak bu iki terimin arasında tam anlamıyla karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi yoktur. Bunların arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Çünkü şirkete ortak olunması nedeniyle kârdan pay alınmaktadır. Bu nedenle iki terim arasında aşırı bir oransızlığın bulunduğu durumlarda, diğer unsurların da gerçekleşmesi şartıyla, gabin hükümleri uygulanabilecektir. Bununla birlikte BK m.523/1 gereğince şirket ortaklarının kâr ve zarara iştirak paylarını sözleşme serbestisi gereği

Borçlar, s. 255; Saymen/Elbir, s. 233. Sağlararası sinallagmatik sözleşmeler için konmuş olan BK m. 21 kuralının, karşılıklı ölüme bağlı kazandırma sözleşmelerine uygulanması uygun değildir. Bu hususta bkz. Hatemi, Armağan, s. 192.

¹⁸⁹ Eren, s. 195-196; Akbıyık, s. 11.

¹⁹⁰ Havutçu, s. 6.

¹⁹¹ Eren, s. 377-378; aynı görüşte Oğuzman/Öz, s. 113.

serbestçe kararlaştırabildiklerini göz ardı etmemek gerekir¹⁹². Sonuç olarak, gabin müessesesinin şirket sözleşmelerinde sınırlı olarak etkin olabileceğini söyleyebiliriz.

C. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Oransızlık Olmalıdır

1) Açık Oransızlık Kavramı

Gabinin objektif unsurunu karşılıklı edimler arasında açık oransızlık oluşturmaktadır. BK m.21 Objektif unsuru, edimler arasında açık bir oransızlık biçiminde düzenleyerek, bu oransızlığı kesin bir ölçüyle belirlememiş, sadece “açık” olması gerektiğini belirtmiştir¹⁹³. Buna göre, BK m.21 gereğince sözleşmede oransızlığın varlığı objektif unsur için yeterli görülmemekte, mutlaka oransızlığın “açık” olması da gerekmektedir¹⁹⁴.

Oransızlık açık olmalı, işten anlayan herkesin gözüne çarpmalıdır; yalnızca “çok pahalı”, “çok yüksek”, “çok ucuz” gibi kavramlar yeterli değildir. Önemli ve tereddüte yer bırakmayacak bir oransızlık mevcut olmalıdır¹⁹⁵. Kısacası açık oransızlık kavramından, herkesin gözüne çarpan, “şüphesiz, zahir, aşikar” bir oransızlığı anlamak gerekmektedir¹⁹⁶.

Nitekim İsviçre kanun koyucusu kanunun Fransızca metninde “Abus manifeste” ve Almanca Metninde “Offenbare Missbrauch” kelimelerini kullanmıştır ki bunlar açık, zahir anlamına gelmektedir. Yani oransızlığın vasat bilgili, vasat tecrübe ve düşünceli herhangi bir kimsenin bile ilk bakışta gözüne çarparak kadar açık ve net olması yeterlidir¹⁹⁷. Yoksa kırk kırk yarararak yapılacak derinlemesine bir incelemeyle oransızlığın açık olduğunu ileri sürmek hatalı olur. Oransızlık inkar edilemeyecek nitelikte bulunmalıdır¹⁹⁸.

Bu nokta üzerinde tartışılması gereken bir husus, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında açık oransızlığın varlığını bilmelerinin gerekip gerekmediğidir.

¹⁹² Doğanay, s. 90.

¹⁹³ Elbir, Tez, s. 174; Esener, s. 162; Saymen/Elbir, s. 236; Barıkan, s. 7; Ayık, s. 245.

¹⁹⁴ Saymen/Elbir, s. 236; Kılıçoğlu, s. 130; Özkaya, s. 22.

¹⁹⁵ Schwarz, Borçlar, s. 351.

¹⁹⁶ Oser/Schönenberger, m. 21, N. 7; Oğuzman/Öz, s. 114; Reisoğlu, s. 108; Tunçomağ, s. 230; İnan, s. 206; Sungur, 23.

¹⁹⁷ Özden, s. 515-516; Baştuğ, s. 101; Olgaç, s. 102; İnan, s. 206.

¹⁹⁸ Saymen, Nisbetsizlik, s. 157; İnan, s. 155; Schwarz, Borçlar, s. 351.

Von Thur'a göre, taraflar sözleşmenin yapılması anında açık oransızlığı bilmek zorunda değildir¹⁹⁹. Federal mahkeme ise bu konuya olumlu yaklaşmakta, vermiş olduğu iki kararında tarafların sözleşmenin kurulması anında edimler arasındaki açık oransızlığı bilmeleri gerektiğini belirtmektedir²⁰⁰.

Elbir'e göre, tarafların yapmış oldukları sözleşmede zarar veren tarafın, karşı tarafın özel durumunu bilerek, bu durum da yararlanmak istemesi gerekli ise de, tarafların sözleşmenin kurulması anında açık oransızlığı bilmelerine gerek yoktur. Aksi görüş kabul edildiği takdirde, sözleşme anında zarar gören tarafın zayıf durumlarından olan hiffet veya tecrübesizliğinden yararlanma unsurunu hiçbir şekilde gabinde iddia etmek mümkün olmaz²⁰¹. Bu nedenlerle oransızlığı, sadece sözleşme anında taraflarca bilinmesi durumunca açık olarak kabul etmek doğru olmaz.

Bir sözleşmede açık oransızlığın bulunup bulunmadığı belirlenirken, tarafların edimlerinin sözleşmenin kurulması anındaki değeri araştırılarak karar verilir. Bu araştırma sırasında edimlerin birinin diğerinden daha değerli olup olmadığına bakılmaz. Burada asıl önemli olan tarafların edimlerinin gerçek değeriyle sözleşme değeri arasında açık bir fark, kolaylıkla göze çarpan oransızlık bulunup bulunmadığıdır. Örneğin, 50.000 liralık bir tablonun 3.000 liraya satılmasında, son model bir otomobilin oldukça eski bir otomobille trampa edilmesinde, yazlık bir köşkün değerinin altında bir fiyata kiraya verilmesinde, önemsiz bir ameliyat için bir doktora fahiş para verilmesinde edimler arasındaki oransızlık açıkça ortadadır²⁰².

Borçlar Kanunumuz, Avusturya ve Fransız Medeni Kanunlarından farklı olarak "açık oransızlık" hususunda kesin bir ölçü vermemiş, burada açık oransızlığın tesbit ve takdirinin hakime bırakılmasının uygun olacağı görüşü kabul edilmiştir²⁰³. Buna rağmen Yargıtay 1. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, "uygulamalarımıza göre fiyat farkının, takdir edilen bedelin %50'si oranında olması gerekir" demektedir²⁰⁴. Alman doktrini ve Federal

¹⁹⁹ von Tuhr, s. 311, dn. 3; ayrıca bkz. Oser/Schönenberger, m. 21. N.7

²⁰⁰ Karar için bkz. Elbir, Tez, s. 179.

²⁰¹ Elbir, Tez, s. 179.

²⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 459.

²⁰³ Ayık, s. 246; Saymen, Nisbetsizlik, s. 154.

²⁰⁴ Yarg. 1.HD., 4. 3. 1969 T., 69/391E., 69/1133K. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 459, dn. 1c).

mahkemesi, kural olarak karşılıklı edimler arasında %100 gibi bir oransızlık aramakta ve ancak bundan sonra oransızlığın değerlendirilmesine geçmektedir. Yargıtayın görüşüne göre ise kesin ölçünün varlığı yeterlidir. Ancak, Alman doktrin ve mahkemesi tarafından kabul edilen %100 gibi oran ile Yargıtay içtihatlarında benimsenen %50 oranı farklı değil, aynı durumu ifade etmektedir. Örneğin piyasa değeri 100 olan bir malın 50'ye satıldığı durumlarda, piyasa fiyatı olan 100 rakamından hareket edilirse oransızlık %50 dir. Aynı durumda 50 rakamından hareket edilirse, piyasa değerini ifade eden 100 bunun iki misli olduğundan, oransızlık bu sefer 100 olarak tespit edilecektir²⁰⁵. Yargıtay daha sonra vermiş olduğu bir kararında, kesin ölçü vermekten çekinmiştir. Bu karara göre “hakim belli bir yüzde nisbeti üzerinden karar vermeye zorunlu değilse de, bu satış dolayısıyla bir tarafın aşırı fayda sağlarken, öteki tarafın aşırı zarara uğramış olup olmadığının da göz önünde tutulması gerekir”²⁰⁶. Bu karar Borçlar Kanunumuzun benimsediği sisteme uygun bir karardır. Ancak Yargıtay kararlarında daha sonra yine uygulamada birlik ve kolaylık sağlama düşüncesiyle kesin ölçü sistemi benimsenmiştir. Nitekim bir başka kararında Yargıtay “.....karşılıklar (ivazlar) arasındaki %50 oranındaki bir fark açık oransızlık sayılır. Olağan koşullar altında açık oransızlıktan söz edilebilmesi için karşılıklar arasında en çok %25'den fazla bir fark olması zorunluluğu vardır”²⁰⁷ demek suretiyle edimler arasında oransızlığın %25 veya daha aşağı olması halinde gabin hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmek istemiştir. Ancak edimler arasındaki oransızlık %25-%50 arasında ise hakim takdir yetkisini kullanarak somut olayı çözümlenecektir. Bu görüşte olan yazarlara göre, açık oransızlık unsurunun pratikte ve uygulamada tereddüte yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunun için de önce uyuşmazlık konusu olan olayın ve tarafların özellikleri başka türlü bir değerlendirmeyi zorunlu kılmadığı takdirde hangi orandaki bir edim farkının açık oransızlık sayılabileceğini net bir şekilde gösteren bir tavan ve taban belirlenmesi gereklidir. Kesin ölçüler vermenin sakıncaları olmasına rağmen hukuk hayatının gerçekleri bunu gerektirmektedir²⁰⁸.

²⁰⁵ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 392.

²⁰⁶ Yarg. HGK., 24. 1. 1973 T., 971/1-376 E., 24 K.

²⁰⁷ Yarg. 1.HD., 27. 12. 1976 T., 1976/10791 E., 1976/12751 K.(Özkaya, s. 136).

²⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 460.

İsviçre Federal Mahkemesine göre açık oransızlık, karşılıklı edimler arasında “göze çarpan” aşırı bir farkın mevcut olması anlamına gelmektedir²⁰⁹. Federal Mahkeme bir kararında, bir taşınmazın satım fiyatı, piyasa değerinden %100 fazla ise, açık oransızlık unsurunun gerçekleşmiş sayıldığına karar vermiştir²¹⁰. Bir başka kararında ise sözleşmede kararlaştırılan %40 faiz şartında aşırı dengesizlik görmüştür²¹¹.

Sonuç olarak şunu belirtmeliyiz ki, bir sözleşmede tarafların edimleri değerlendirildiğinde, ilk bakışta bunlardan biri “az” diğeri “çok”, biri “büyük” diğeri “küçük” olarak ayırdedilebilen kesin değer yargısına kolay ve tereddütsüz olarak ulaşmak olaya BK m. 21’in uygulanabilmesi açısından son derece önemlidir²¹².

2) Açık Oransızlığın Belirlenmesi

a) Genel Olarak

Karşılıklı edimler arasında açık oransızlık bulunup bulunmadığı, tarafların borçlandığı edim ve karşı edimin sözleşmenin kurulduğu andaki değerleri objektif olarak takdir edilerek, sözleşme şartları ve piyasa durumu gibi değişkenlerde değerlendirilerek hakimin takdir yetkisine göre belirlenecektir²¹³. Sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların edimlerinin değerlerinde meydana gelen değişiklikler dikkate alınmaz²¹⁴. Ayrıca tarafların edimleriyle ilgili sahip oldukları subjektif değer, oransızlığın belirlenmesi sırasında dikkate alınmayacaktır²¹⁵. Bununla birlikte sadece tarafların edimleri değil, yan borçlar da göz önüne alınarak değerlerin objektif olarak belirlenmesi gerekir²¹⁶. Yapılan sözleşmenin taraflardan

²⁰⁹ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 460.

²¹⁰ BGE 61 II 35.

²¹¹ BGE 61 II 35.

²¹² Özkaya, s. 138.

²¹³ Eren, s. 378-379; Arsebük, s. 454; Ayık, s. 242; Feyzioğlu, Borçlar, s. 251; Akıntürk, s. 60; Oğuzman/Öz, s. 113; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 459; Özkent, gabin, s. 256-257; Tunçomağ, s. 230; Schwarz, Borçlar, s. 350-351.

²¹⁴ Oğuzman/Öz, s. 113; Esener, s. 162; Ayan, s. 149; Birsen, s. 107; Dalamanlı/Kazancı, s. 251.

²¹⁵ Eren, s. 379; İnan, s. 205; Ayık, s. 246.

²¹⁶ Oğuzman/Öz, s.113.

biri için arz ettiği tehlikenin az veya çok oluşu da göz önüne alınması gereken bir husustur²¹⁷. Oransızlığın belirlenmesi sırasında tarafların fiilen ifa ettikleri edimler değil, taahhüt ettikleri edimlerin değerleri takdir edilerek belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim ifa edilen edimin değerinin karşı edimden önemli ölçüde az olması bir ifa, özellikle kötü ifa sorunudur²¹⁸.

Sonuç olarak denilebilir ki, tarafların edimlerinin objektif bakımdan takdir edilen değerleri arasında işten anlayan herkesin derhal, kolaylıkla gözüne çarpan bir oransızlık belirlendiği takdirde, BK m. 21’de aranan birinci unsur gerçekleşmiş olur²¹⁹.

b) Edimlerin Değerlendirilmesi

aa) Genel Olarak

Tarafların edimleri arasındaki açık oransızlığın belirlenmesi ve değerlendirilmesinde, edimlerinin değerleriyle objektif değer arasındaki farkı çıkarmak gerekmektedir²²⁰. Ayrıca edim ve karşı edimin sözleşmenin kurulması sırasındaki değerleriyle, bu objektif değer karşılaştırılması açık oransızlığın net bir şekilde değerlendirilebilmesi açısından son derece önemlidir²²¹.

Bu nedenle edimlerin değerinin, cari değerler, rizikolar, spekülasyon imkanları bunlara benzer piyasa etkenleri ile kıyaslanıp değerlendirilmesi gereklidir²²².

Objektif değer takdir edilirken, tarafların ihtiyaçları, özel durumları ya da kendi düşüncelerine göre edimlere verdikleri değer değil, sözleşmenin taraflardan biri için taşıdığı tehlikenin az veya çok oluşu dikkate alınması gereken bir husustur²²³.

Doktrinde yer alan yazarların çoğunluğu, objektif değer ile neyi ifade etmek istediklerini açıklamamışlardır. Oser, objektif değer kavramının “piyasa fiyatı” anlamına

²¹⁷ von Tuhr, s. 312; Gönensay, s. 118; İnan, s. 206; Birsen, s. 107; Schwarz, Borçlar, s. 350.

²¹⁸ Eren, s. 379.

²¹⁹ Oğuzman/Öz, s. 114; bkz. Karahasan, Borçlar, s. 258-259.

²²⁰ Gönensay, s. 118; Arsebük, s. 223; Saymen, Nisbetsizlik, s. 149; bkz. Sungur, s. 23.

²²¹ von Tuhr, s. 281; Oser/Schönenberger, m.21, N. 4; Saymen/Elbir, s. 234.

²²² Saymen, Nisbetsizlik, s. 149; Ayık, s. 246.

²²³ Gönensay, s. 118; Sungur, s. 22.

geldiğini belirtmiştir²²⁴. Ayrıca Oser'e göre, "açık oransızlığı tespit ederken, eda edilecek fiillerin ya da şeylerin sadece değerleri değil, fakat gelecekteki ödemelerin az veya çok sağlamlığı da göz önüne alınması gereken bir husustur. Ödünç vermede ödünç alanın şahsına bağlı rizikolar da dikkate alınmalıdır²²⁵. Örneğin çok düşük bir satış bedeli veya ödünç verilen bir para için yüksek faiz haddi, alacaklı tarafın karşılaştığı rizikolar nedeniyle haklı görülebilmektedir. Kısacası faiz haddinin yüksek olması her durumda açık oransızlığın varlığını gerektirmez. Bir sözleşmede açık oransızlığın bulunup bulunmadığı titizlikle incelenmelidir. Örneğin paraya çevrilmesi çok zor olan bir malın satışında, satış bedelinin objektif değerden oldukça düşük olması durumunda, alıcı tekrar satılması zor olan bir malı satın alması nedeniyle riziko altına girmektedir. Alıcı açısından bu tür bir riziko ve sözleşme şartlarına göre spekülasyon yapma şansının azlığı, karşılıklı edimler arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde önemli rol oynamaktadır²²⁶. Thilo ise, sözleşmenin taraflarından biri için taşıdığı rizikonun derecesi satılan malın satış değerini etkileyecek nitelikte ise dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir²²⁷. Nitekim bir malın hisseli ya da ihtilafli bulunması gibi sebeplerin edimin değerini etkileyen faktörler olduğu unutulmamalıdır²²⁸. Saymen ise objektif değer kavramını, para edimleri ve para dışındaki edimler olmak üzere ikili bir ayrıma giderek açıklamaktadır. Yazara göre, "edimin değerini ölçmek için, zarar görenin malını piyasaya sunduğu andaki piyasa fiyatını ve durumunu dikkate almak gereklidir. Bu sırada piyasa olağanüstü durumda bulunuyorsa, bunların hepsine oransızlığın değerlendirilmesinde göz önüne almak zorunludur. Piyasanın özel ve olağanüstü durumuna örnek olarak, nakit yokluğu ve buna karşılık mal bolluğu verilebilir²²⁹.

Nitekim varlık vergisinin ödenmesi sırasında birçok mükellefin nakit sıkıntısından dolayı mallarını satmaya kalkıştıkları zaman İstanbul piyasası böyle bir durumdaydı. Bu dönemde arz olunan malın iktisadi değeri o esnada gerçek değerinden çok daha aşağı olabilir. Ancak böyle bir durumda olaya hemen gabin hükümlerini uygulamak yanlış olur. Örneğin malını bu anda satıp da daha sonra ekonomik durumunu düzelden bir kimse gabin iddiasıyla

²²⁴ Oser/Schönenberger, m. 21, N. 4; aynı görüşte Feyzioğlu, Borçlar, s. 252.

²²⁵ Oser/Schönenberger, m. 21, N.6; von Tuhr, s. 281.

²²⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 461.

²²⁷ Elbir, Tez, s. 176'dan naklen Thilo, Emil: Note sur la lésion, JdT. 1946, s. 361.

²²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 461.

²²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Saymen, Nispetsizlik, s. 152; Saymen/Elbir, s. 236.

verdiğini geri isteyemez. Çünkü bu durumdaki bir kişi piyasanın değişmesinden ve varlık vergisinin yarattığı buhranın geçmesinden yararlanarak malını tekrar ucuz fiyatla satın almış olur. Bu bir tür spekülasyon olup, MK m.2'ye aykırılık gösterir. Olayda gabinin esaslı unsurlarından biri de mevcut değildir. Bu nedenle bu gibi durumlarda mahkeme talebi reddedecektir.

Sözleşme taraflarından her biri diğerinin zihninde kendi ediminin karşı edimden üstün olduğu fikrini kanıtlamaya çalışır²³⁰. Gerçekte ise psikolojik açıdan sözleşmenin her iki tarafı kendi edimlerinin daha üstün olduğu, hiç değilse eşit bulunduğu, aralarındaki sözleşme ilişkisi nedeniyle kârlı durumda bulunduğunu düşünmektedir. Aksi durumda, tarafların sözleşme yapmalarının bir anlamı kalmaz. Nitekim federal mahkeme de aynı düşünceyle, oransızlığın belirlenmesinde satıma konu olan mal ile bedelin objektif değerleri arasında açık oransızlığın bulunmasını gabin hükümlerinin uygulanabilmesi için zorunlu bir unsur olarak görmektedir²³¹.

Kısaca belirtmek gerekirse sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olması gereken taraf edimleri arasındaki oransızlığın belirlenebilmesi için öncelikle edimlerin kıymetlendirilmesi gerekir. Daha sonraki aşamada edim ve karşı edimi birbiriyle karşılaştırmak ve edimleri birbirlerine oranlamak zorunludur. Bu nedenle edim ve karşı edimi kıymetlendirmek son derece önemli bir husustur²³². Bu yüzden aşağıdaki bölümde kıymetlendirmenin ne şekilde yapılacağı çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak incelenecektir.

bb) Para Edimleri

Edimlerin kıymetinin takdir edilmesinde edim nakit ise herhangi bir sorun yoktur. Çünkü nakdi edimin kıymeti, edimin bizzat kendisidir. Bütün edimlerin kıymeti para ile değerlendirildiğinden, başka bir hesap yapmaya gerek yoktur; çünkü edimin değeri onun para olarak karşılığıdır.

Bu konuyla ilgili olarak asıl üzerinde durulması gereken husus, edimlerden birinin yabancı para olarak belirlenmesi veya altın kaydı gibi şartlar içermesi durumunda edimlerin değerlendirilmesinin ne şekilde yapılacağı sorunudur. BK m.83 bu duruma açıklık

²³⁰ Elbir, Tez, s. 176'dan naklen Osipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 237.

²³¹ BGE 53 II 488 (Elbir, Tez, s. 176).

²³² Kalkan, s. 114; Özkaya, s. 24; İnan, s. 204.

getirmektedir. Madde şu şekilde düzenlenmiştir: “Mevzuu para olan borç memleket parası ile ödenir.

Akit tediye mahallinde kanuni rayici olmayan bir para üzerine varit olmuş ise aktin harfiyen icrası “aynen ödemek” kelimeleri veya buna muadil sair tabirat ile şart edilmiş olmadıkça borç vadenin hululü günündeki rayici üzerinden memleket parasıyla ödenebilir.”

Madde metninin açık ifadesinden anlaşıldığı gibi, edim sözleşmenin yapıldığı gündeki rayiç üzerinden memleket parası ile belirlenmelidir. Eğer sözleşme yabancı para veya altın kaydını içeriyor ise, vade tarihinde bu yabancı para ile aynen yerine getirilebileceği gibi, vade tarihindeki rayici üzerinden memleket parasıyla da ödenebilir. Bununla birlikte sözleşme ticari bir sözleşme ve yabancı para kaydıyla bir poliçenin tediye tarzını gösteriyorsa TTK m.623’e göre çözüme kavuşturulmalıdır²³³.

cc) Para Dışındaki Edimler

Edimin değerinin belirlenmesinde, yukarıda belirttiğimiz gibi edim eğer nakit ise mesele yoktur. Ancak edim nakitten başka bir şey, örneğin, bir mal, bir iş, bir intifa hakkı vs ise bu taktirde üçlü bir ayırım yaparak konuyu incelemek daha isabetli olacaktır;

aaa) Cari Fiyatı Bulunan Edimler

Sözleşmenin konusu olan edimin cari bir fiyatı olabilir veya borsada kayıtlı bulunabilir. Borsada kayıtlı olan malların satış bedelleri tespit edilebilmektedir. Çünkü bu tür malların borsada kayıtlı karşılıkları bulunmaktadır. Örneğin yabancı paraların, hisse senedi ve tahvillerin sözleşmenin kurulduğu gündeki değerleri göz önüne alınarak objektif kıymetleri tespit edilebilir. Bununla birlikte bazı eşyaların borsada kayıtlı değerleri olmamakla beraber, cari fiyatı bulunabilir. Faiz yüzdesi, poliçelerin pirim miktarı cari fiyatı bulunan edimlere örnek olarak gösterilebilir²³⁴.

bbb) Fiyatı Kanun veya İdare Tarafından Belirlenmiş Olan Edimler

Bu tür edimlerin kıymetleri ilgili mevzuatın belirlediği fiyatlar olduğu için hakim edimlerin değerlerini kıymetlendirmede herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Şöyle ki;

²³³ Özkaya, s. 24; Saymen, Nisbetsizlik, s. 149-150; bkz. Saymen/Elbir, s. 235.

²³⁴ Saymen, Nisbetsizlik, s. 150.

Bu edimlerin fiyatı kanun veya kararnamelerle belirlenmiş olabilir. Kanunla belirlenen mallara örnek tekel maddeleri verilebilir. Kararnamelerle belirlenenler ise şeker, kömür, çimento, akaryakıt vs. dir.

Bazı edimler ise yerel idarelerce tespit edilebilmektedir. Örneğin, ekmek, et,gazino, hamam, lokanta fiyatları en bariz örneklerdir.

Telefon, elektrik, havagazı, su, nakil ücretleri vs. ise tarifelere göre belirlenmektedir²³⁵.

Fiyatı kanun veya idare tarafından belirlenmiş olan yukarıda belirttiğimiz edimlerin karaborsadaki değerleri veya elde edilmesi için verilen rüşvet ya da bahşış gibi harcamalar, edimlerin kıymetlendirilmesi sırasında dikkate alınmaz²³⁶.

ccc) Diğer Edimler

Asıl sorun, edim nakdi değilse, belirlenmiş bir değeri, tarifesi yoksa, borsada kayıtlı değilse veya cari fiyatı bulunmuyorsa, edimin değerinin ne şekilde belirleneceğidir. Böyle bir durumda edimin değerlendirilmesi iktisadi kanunlar ve kurallara, özellikle arz ve talep kanununa göre belirlenmelidir²³⁷.

Örneğin, gabin nedeniyle zarara uğradığını iddia eden taraf sözleşmenin konusu olan malını, sözleşmenin diğer tarafına icapta bulunmadan önce, piyasaya arz etmiş ve çeşitli kimseler bu edime bir bedel vermişlerse edimin objektif değeri bunların teklif ettikleri bedellere göre belirlenecektir. Bu verilen değerler arasında herhangi bir farklılık yoksa, sözleşmenin konusu olan edimin değeri kesin ve objektif olarak belirlenmiş sayılır. Bununla birlikte, verilen değerler arasında açık farklılık bulunması durumunda, bunların ortalamaları alınmak suretiyle ortalama değerleri bulunacak ve edimlerin kıymetinin belirlenmesinde esas alınacaktır²³⁸.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki; edimlerin kıymetlendirilmesi sözleşme tarihindeki piyasa değerine göre tespit edilmelidir²³⁹.

²³⁵ Özkaya, s. 25; İnan, s. 154.

²³⁶ Elbir, Tez, s. 177.

²³⁷ Elbir, Tez, s. 177; Saymen, Nisbetsizlik, s. 151; İnan, s. 205.

²³⁸ Elbir, Tez, s. 177.

²³⁹ Özkaya, s. 25; Karahasan, Borçlar, s. 257; Saymen/Elbir, s. 236; Oser-Schönenberger, m. 21, N.4.

3) Açık Oransızlığı Belirleyecek Kişi veya Makam

Borçlar Kanunumuzda, edimler arasındaki oransızlık, Fransız Medeni Kanunundan farklı olarak belirli bir ölçüye bağlanmamıştır²⁴⁰. Karşılıklı edimler arasında mevcut olan oransızlığın açıklığı olay mahkeme önüne geldiği zaman hakim tarafından tesbit ve takdir edilecektir²⁴¹. Ancak edimler arasındaki oransızlığı tesbit ve takdir etme hakkının kim veya hangi makam tarafından belirleneceği BK m. 21’de açıkça belirtilmemiştir.

BK m. 21’e göre, “Bir akitte açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir”.

Gabin kurumunun kanunda bu şekilde düzenlenme nedeni, önceden belirlenecek nisbetsizlik oranının zamanla kanuna uygunluk derecesi değişeceğinden ve kanunlarda sık sık nisbetsizlik oranıyla ilgili değişiklik yapılması da mümkün olmadığından, değişiklik yapıncaya kadar birçok adaletsizliklere ve çelişiklere sebebiyet verileceğini düşünen kanun koyucu, önceden nisbet belirlemeyi hak ve adalete uygun bulmamıştır²⁴².

Hakim, edimler arasındaki açık dengesizliği, tarafların borçlandığı edim ve karşı edimin objektif değerini sözleşmenin kurulduğu zamandaki diğer tüm somut olayları da dikkate alarak tespit eder²⁴³. Nitekim Federal Mahkeme, “gabinin objektif unsurunu teşkil eden tarafların edimleri arasındaki açık oransızlığın varlığını takdir etmek keyfiyeti hukuki mesailden mahduddur” şeklinde verdiği kararıyla açık oransızlığın belirlenmesini hakime bırakmıştır²⁴⁴. Bu içtihatla oransızlığın belirlenmesinin tamamen hukuki bir iş olduğu belirtilmek istenmiştir.

Edimlerin değerinin takdiriyle, edimler arasındaki oransızlığın takdiri, birbirinden farklı hususlar olduğu için ikili bir ayırım yaparak incelenmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴⁵. Gerçekten edimlerin değerini takdir tamamen maddi bir meseleyken, edimler arasındaki

²⁴⁰ Özkaya, s. 25; Feyzioğlu, Borçlar, s. 250; Birsen, s. 106-107.

²⁴¹ Birsen, s. 82; İnan, s. 206; Saymen, Nisbetsizlik, s. 155; Dalamanlı/Kazancı, s. 252.

²⁴² Özkaya, s. 25; Feyzioğlu, Borçlar, s. 250.

²⁴³ Eren, s. 378-379.

²⁴⁴ ATF 61 II. 31 (Elbir, Tez, s. 180-181).

²⁴⁵ Bkz. Elbir, Tez, s. 181.

oransızlığı takdir etmek ve bu durumun gabini doğuracak özellikte olup olmadığını belirlemek tamamen hukuki bir iştir²⁴⁶.

Bir sözleşmede tarafların edimleri arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi için öncelikle edimlerin değerinin takdir edilmesi gerekmektedir. Edimlerin değerini tespit tamamen fiili bir meseledir.

Hakim edimlerin değerinin tespiti hususunda gereken bütün vasıtalara ve özellikle de bilirkişiye başvuracaktır²⁴⁷. Zira bilirkişi bu noktada edimlerin değerini, piyasayı ve cari fiyatları en iyi bilen ve teknik bakımdan bunları eksiksiz değerlendirebilecek kişi durumundadır. Bu nedenle hakim somut olayda şüphesiz tüm değerlendirmeleri yapabilir, ancak edimlerin değerlendirilmesi aşamasında bilirkişi inceleme ve raporlarından yararlanması daha isabetli olur²⁴⁸. Örneğin, bir fabrikanın satış değeri, bir çiftliğin kira bedeli, bir şirkete ait hisse senetlerinin değeri, rekabet etmeme şartının neye mal olabileceği, bir işçi, avukat, mühendis, doktor gibi meslek ve sanat erbabının ücretinin belirlenmesi teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu olduğu için bilirkişiye başvurmak kaçınılmaz olmaktadır. Çünkü bütün bu hususların değerlendirilmesi hukuki değil, birer fiili meseledir²⁴⁹. Bununla birlikte hakim, gerekli görürse mahallinde keşif yapabilir²⁵⁰.

Daha önce açıkladığımız gibi, edimler arasındaki oransızlığı takdir etmek ve bunun gabini doğuracak derecede olduğunu belirlemek hukuki bir iştir. Edimler arasındaki oransızlığın tayininin hakime ait takdiri bir yetki olduğu kanunumuzca da zımnen kabul edilmiştir. Çünkü Borçlar Kanunumuz, Fransız Medeni Kanunundan farklı olarak, edimler arasındaki oransızlığı bir ölçüye bağlamaktan kaçınmıştır. Bu nedenle oransızlığın takdirinin bizzat hakim tarafından yapılması gerekmektedir. Hakim bu konuda bilirkişi inceleme ve raporlarından yararlanamaz. Hakim edimler arasındaki oransızlığın açık olup olmadığını MK m. 4'e göre serbestçe takdir eder²⁵¹.

²⁴⁶ Özkaya, s. 25; Özkent, Gabin, s. 257; İnan, s. 206, Dalamanlı/Kazancı, s. 252, bkz. Olgaç, s. 104.

²⁴⁷ Feyzioğlu, Borçlar, s. 253; İnan, s. 206; Saymen, Nisbetsizlik, s. 153; bkz. Karahasan, Kararlar, s. 514; Elbir, Tez, s. 181; ATF 61 II 31; aksi görüşte, Arsebük, Kararlar, s. 457.

²⁴⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 509 vd.; bkz. Saymen, Nisbetsizlik, s. 153.

²⁴⁹ Saymen, Nisbetsizlik, s. 153; Kanık, s. 5; Sungur, s. 25.

²⁵⁰ Eren, s. 379; Karahasan, Borçlar, s. 257.

²⁵¹ Eren, s. 379.

Hakimin açık oransızlığın mevcut olup olmadığını nasıl belirleyeceği kanunda açıkça ifade edilmemiştir. Hakimin oransızlığı tayin ve takdir ederken uzun uzadıya hesap yapmasına gerek yoktur. Kanun sadece bu oransızlığın açık olması gerektiğini ifade etmiştir. Bir başka deyişle, edimler arasında inkar olunamayacak derecede fark bulunması gerekir. Bu oransızlığın vasat bilgili, vasat düşünceli herhangi bir kimsenin ilk bakışta gözüne çarpan derecede olması gerektiği anlamı çıkmaktadır²⁵². Yani, hakim oransızlığı tayin ederken aşırı farkın objektif ölçülere göre açık, aşık, ilk bakışta göze çarpan bir oranda bulunup bulunmadığına bakmalı, bilimsel esasları bu yöndeki belirli ilkeleri, devamlılık arzeden uygulamaları hak ve nesafet kurallarını dikkate almalıdır. Ayrıca hakim açık oransızlığın bulunup bulunmadığını takdir ederken sadece rakamlar arasındaki orantıya değil, oransızlığın hesabında rakamlar arasındaki anlam ve değer farkına da önem vermelidir²⁵³. Ayrıca sözleşmenin taraflarının edimler hakkında sahip oldukları subjektif değer yargıları göz önünde tutulmamalıdır. Hakim, hukukun genel ilkeleri ve sözleşme adaleti ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapmalıdır. Oransızlık belirlenirken tarafların fiilen ifa ettikleri değil, taahhüt ettikleri edimlerin değerleri esas alınmalı ve MK m. 4'e göre serbestçe takdir edilmelidir²⁵⁴.

Edimler arası oransızlığı tayin ve takdir ederken dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli nokta, oransızlık kavramı her zaman her olayda aynen uygulanmamalıdır²⁵⁵. Hakim takdir hakkını kullanırken çeşitli emarelerden, kendi hak ve nispet düşüncesinden, adalet kavramından ve şahsi kanaatinden hareket ederek değerlendirme yapmalıdır²⁵⁶. Ayrıca edimler arasında oransızlık bulunup bulunmadığı takdir edilirken, işlemin yapıldığı zamandaki durum dikkate alınmalı ve istifade bu duruma göre takdir edilmelidir. Örneğin, bir dağın tepesine lüks otel yapmış olan bir kişi, şehir merkezinde bulunan otellere oranla daha yüksek bir bedel isteyebilir. Bununla birlikte gecenin bir yarısı dağ oteline gelen müşterinin durumu göz önüne alınarak normal fiyatın 2-3 misli fazla bedel istenirse, bu takdirde burada edimler arasında oransızlık bulunduğu açıktır²⁵⁷. Kısacası hakim adaleti dağıtan bir otomat

²⁵² Saymen, Nisbetsizlik, s. 145; Feyzioğlu, Borçlar, s. 243; Arsebük, Borçlar, s. 472; von Tuhr, s. 281.

²⁵³ Özkaya, s. 26; Feyzioğlu, Borçlar, s. 253; Yarg. HGK., 24.01.1973 T., 1973/I-956/5 E., 1973/1146 K.

²⁵⁴ Eren, s. 379.

²⁵⁵ Saymen, Nisbetsizlik, s. 157.

²⁵⁶ Kalkan, s. 119'dan naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 233.

²⁵⁷ Belgesay, s. 34.

değildir. Soyut kanun maddelerini hayatın gereklerine göre sayısız özel hallere, somut olaylara uygulamak zorundadır. Bu nedenle edimler arasındaki oransızlığı tayin ve takdir ederken her somut olayın özel şartlarını göz önünde tutmalıdır. Örneğin, ülkede siyasi ve ekonomik sıkıntılar olmadığı zaman olaya uygulanacak oransızlık başka, piyasada sürekli dalgalanmalar olduğu, paranın istikrarsız olduğu, hükümet tarafından bu yönde alınan önlemler ve bu konuyla ilgili çıkarılan istisnai mevzuatlar olduğu zaman uygulanacak oransızlık derecesi doğal olarak başka olmalıdır²⁵⁸.

Sonuç olarak denilebilir ki; kanunda edimler arasındaki oransızlık hakkında kalıplaşmış katı ve sabit bir rakam belirlemek yerine, piyasa durumu, sözleşmeye konu teşkil eden edimlerin ve işin niteliği, edimler arasındaki orana etki yapacak tüm objektif unsurlar, sözleşmenin ileride ihtimal dahilinde olan olaylara bağlı olup olmadığı(örneğin sözleşme konusu taşınmazın kamulaştırma veya imarda yeşil alana ayrılma ihtimali) gibi tüm koşullar değerlendirilerek oransızlığın bizzat hakim tarafından tayin ve takdir edilmesi somut olaya, hak ve adalete uygun düşecek, adalete inancı güçlendirecektir²⁵⁹.

4) Açık Oransızlığın Belirleneceği An

Borçlar Kanunumuzun gabini düzenleyen 21.maddesinde, edimler arasındaki oransızlığın belirlenmesinde hangi anın dikkate alınacağı açıkça belirtilmemiştir. Karşılıklı edimlerin değerlerinin sözleşmenin kurulduğu andaki objektif durumlarına göre belirlenmesi gerektiği hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur²⁶⁰. Doktrinde yer alan yazarlardan Arsebük “ Oransızlığın açık olup olmadığını, halin icaplarına göre müteakib edaların objektif kıymetlerine bakılarak anlaşılır ve umumiyetle yapılmakta olan mümasil muamelede mukavelenin akdedildiği zamandaki vaziyet nazar alınır” şeklinde konuya değinmiştir²⁶¹. Feyzioğlu da, oransızlığın sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca açık oransızlığın belirlenmesinde karşılıklı edimlerin sözleşmenin kurulduğu zamanda taşıdığı objektif değerleri göz önüne alınması gerekir, şeklindeki ifadesiyle aynı yönde görüşünü beyan etmiştir²⁶². Nitekim Von Tuhr da benzer bir ifadeyle,

²⁵⁸ Saymen, Nisbetsizlik, s. 157 vd.

²⁵⁹ Özkaya, s. 26.

²⁶⁰ Kanık, s. 281; Funk, s. 36; Arsebük, Borçlar, s. 472; Birsen, s. 82; Saymen, Nisbetsizlik, s.145 vd.; Feyzioğlu, Borçlar, s. 252; İnan, s. 204; Sungur, s. 23; Saymen/Elbir, s. 234.

²⁶¹ Arsebük, Borçlar, s. 223; aynı görüşte Birsen, s. 82.

²⁶² Feyzioğlu, Borçlar, s. 251.

“nispetsizlik mevcut olup olmadığını tayine imkan verecek husus, akdin inikadı zamanında (halin icaplarına göre) edanın herkesçe kabul ve takdir edilen objektif kıymetidir” şeklinde görüşünü belirtmiştir²⁶³. Funck ise “Her iki edimi de akdin inikadı zamanındaki değerlerine göre birbirleriyle mukayese etmek lazımdır” diyerek, karşılıklı edimlerin değerlerinin sözleşmenin kurulduğu andaki objektif durumlarına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁶⁴. Kısacası sözleşmenin kurulduğu an BK.nın 1-10. maddeleri arasında düzenlenmiştir. O halde karşılıklı edimler arasında sözleşmenin kurulduğu anda fahiş bir oransızlık bulunuyorsa, objektif unsurun varlığı kabul edilir²⁶⁵.

Karşılıklı edimler arasında açık oransızlık, sözleşmenin kurulduğu an ve yerdeki piyasa, pazar, arz ve talep şartlarına göre mevcut bulunmalıdır²⁶⁶. Sözleşmenin kurulmasından sonra edim ve karşı edimin değerinde meydana gelen artış veya eksilme oranları kesinlikle göz önünde bulundurulmamalıdır²⁶⁷. Yani sözleşme kurulduktan sonra karşılıklı edimlerin değerlerinde meydana gelen azalma veya çoğalma derecesi ne olursa olsun, gabin nedeniyle sözleşmenin iptali hükümleri uygulanamaz²⁶⁸. Örneğin, A, B’ye bir miktar malını sözleşmenin kurulduğu zamandaki piyasa fiyatından satmıştır. Ancak sözleşmenin kurulmasından aynı malın piyasa fiyatında herhangi bir nedenden dolayı fahiş derecede yükselme veya düşme olursa, bu takdirde, sözleşmeye gabin hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Çünkü sözleşmenin kurulması sırasında taraflar ahlak ve iyiniyet kurallarına uygun davranmışlar, birbirlerini istismar edici tavırlar içerisine girmemişlerdir²⁶⁹. Kısacası tarafların iradelerinin sakatlanmış olup olmadığı ya da ahlaka aykırı hareket edip etmedikleri sadece sözleşmenin kurulması sırasındaki durumlarına göre tespit edilmelidir. Bu noktada, gabin kurumunun iradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak kabul edilmesi ya da ahlaka aykırı bir hareket olarak kabul edilmesi arasında bir fark yoktur²⁷⁰. Burada asıl önemli

²⁶³ von Tuhr, s. 312.

²⁶⁴ Funk, s. 36; Ayrıca bkz. Saymen, Nisbetsizlik, s. 147

²⁶⁵ Özkaya, s. 23-24; Saymen, Nisbetsizlik, s. 147.

²⁶⁶ Eren, s. 378; Uygur, s. 183; Oser-Schönenberger, m. 21, N.4.

²⁶⁷ Ayık, s. 246; Feyzioğlu, Borçlar, s. 251; Birsen, s. 107; Esener, s. 162; Saymen/Elbir, s. 234; Schwarz, Borçlar, s. 351; Yarg. 4. HD., 18.01.1958 T., 6713 E., 283 K (Olgaç, s. 105).

²⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 392; Eren, s.389; Sungur, s. 23-24; Birsen, s. 82; Saymen, Nisbetsizlik, s. 148.

²⁶⁹ Saymen/Elbir, s. 234.

²⁷⁰ Saymen, Nisbetsizlik, s. 149.

olan sözleşmenin yapılması anında mevcut olan durumdur. Yoksa sözleşmenin yapılmasından sonra hal ve şartlarda meydana gelen değişikliği hakim değerlendirmeye tabi tutmaz. Ayrıca sözleşme taraflarından birinin edimine verdiği subjektif değer de dikkate alınmamalıdır. Objektif ölçüler esas alınmalı, subjektif değerlendirmelerden kaçınılmalıdır. Örneğin, gabin nedeniyle zarar gören kişinin o edime verdiği değer, maliyet fiyatı gibi unsurlar değerlendirmeye etkili olmaz. Ancak sözleşmenin yapıldığı sırada piyasa bir özellik taşıyor ve bu nedenle edimin değerini etkiliyorsa bu özellik dikkate alınmalıdır. Edim bir taşınmaz ise sözleşme tarihindeki değer bilirkişiler aracılığıyla tespit edilmeli varsa emsal değerlerden yararlanılmalıdır. Edim bir hizmet ise sözleşme tarihindeki o çevrede cari olan değer göz önünde tutulmalıdır²⁷¹. Ancak edimle birlikte yan borçlar değer takdirinin yapılması sırasında birlikte değerlendirilmelidir²⁷².

Sözleşmenin kurulmasından sonra içerdiği şartlarda önemli değişiklikler meydana gelebilir. Sonradan ortaya çıkan hal ve şartlardaki bu değişiklikler, sözleşmenin kurulduğu zamanda mevcut olan ve taraflarca göz önünde tutulan şartlardan esaslı surette sapmış olabilir. Böylece sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan şartlarla, sonradan ortaya çıkan şartlar artık birbirine uymamakta, birbiriyle çelişmektedir²⁷³. Örneğin sözleşmenin kurulmasından sonra edimlerin değerinde açık oransızlık oluşabilir. Bu durumda, sözleşmeye gabin hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Ancak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması (emprevizyon, clausula rebus sic stantibus) ilkesi olmak üzere başka kurumlara başvurma imkanının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır²⁷⁴. Türk/İsviçre hukuk doktrini ve yargı kararları, sözleşme şartlarının sonradan önemli ölçüde değişmesi, işlem temelinin çökmesi halinde, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak uyarlamayı kabul etmektedir. Sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasına, sözleşmenin uyarlanması denir. Modern doktrin clausula rebus sic stantibus kavramından, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını anlamaktadır²⁷⁵. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme şartlarının değişmesi durumunda, yani olağanüstü oranlardaki değer farklılıkları halinde BK m.21 hükümleri değil, Clausula Rebus Sic Standibus hükümlerinin sözleşmenin içeriğine

²⁷¹ Özkaya, s. 25.

²⁷² Oğuzman/Öz, s. 113.

²⁷³ Eren, s. 436-437.

²⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 393; Feyzioğlu, Borçlar, s. 251; İnan, s. 204; Kaplan, s. 104; Ayık, s. 242 vd.

²⁷⁵ Eren, s. 438; Serozan, Borçlar, s. 224; bkz. Feyzioğlu, Borçlar, s. 251-252 dn. 415.

uygulanması gerekmektedir. Bu açıdan, gabin hükümlerinin sonradan değişen hal ve şartlara ne doğrudan ne de kıyasen uygulanması düşünülemez²⁷⁶.

Sonuç olarak denilebilir ki; sözleşme yapıldıktan sonra edimler arasında açık oransızlık meydana gelse bile, bu objektif unsurun değerlendirilmesinde kesinlikle göz önüne alınmaz. Aksi takdirde toplumda sözleşmelere karşı güvensizlik, ekonomik ve ticari hayatta huzursuzluklar başlar²⁷⁷. Ayrıca, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların iradeleri dışında gelişen olaylar nedeniyle karşılıklı edimler arasında oransızlık oluşursa, bu nedenle tarafları sorumlu tutmak hak ve adalete uygun düşmez²⁷⁸. Bu nedenle hakim sözleşmenin yapılması anında mevcut olan durumu değerlendirerek kararını vermelidir.

III. SÜBJEKTİF UNSUR

A. Genel Olarak

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede, gabin kurumundan söz edebilmek için, edim ve karşı edim arasındaki oransızlığın taraflardan birinin, diğerinin şahsında mevcut olan özel bir durumu bilerek istismar etmesi, sömürmesi sonucu meydana gelmesi gerekir²⁷⁹.

Sübjektif unsur Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sayılan üç durumdan birinin veya birkaçının veya hepsinin birlikte istismar edilmesi sonucunda oluşmaktadır. Kanunumuzda bu haller sınırlı olarak belirlenmiştir²⁸⁰. Kanun zarar gören tarafın zayıf durumunu; müzayaka (darda kalma), tecrübesizlik ve düşüncesizlik (hafiflik) olarak sınırlı bir şekilde saymıştır²⁸¹.

²⁷⁶ İnan, s. 205; Ayık, s. 242; Feyzioğlu, Borçlar, s. 251; Karş. Serozan, Armağan, s. 1016-1030.

²⁷⁷ Feyzioğlu, Borçlar, s. 250-251; Saymen, Nisbetsizlik, s. 148; Ayık, s. 246; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 620; Dalamanlı/Kazancı, s. 251; Funk, s. 36; Oser-Schönenberger, m. 21, N.4.

²⁷⁸ Özkaya, s. 24.

²⁷⁹ Eren, s. 377; Binatlı, s. 99; Reisoğlu, s. 108; Esener, s. 162; Ayan, s. 149; Önen, s. 64; Gönensay, s. 118-119; Ayık, s. 247; Elbir, Unsurlar, s. 1 vd.; Oğuzman/Öz, s. 114; Özkaya, s. 20 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 458; bkz. Karahasan, Kararlar, s. 513; İnan, s. 210; Funk, s. 36; Schwarz, Borçlar, s. 350; von Tuhr, s. 311 vd.

²⁸⁰ Feyzioğlu, Borçlar, s. 254; Özkaya, s. 27.

²⁸¹ Eren, s. 379; Birsen, s. 107; İnan, s. 207; Akıntürk, s. 61; Tunçomağ, s. 231; Ayan, s. 149; Gönensay, s. 119; Feyzioğlu, Borçlar, s. 254; Olgaç, s. 101; Arsebük, s. 454-455; Saymen-Elbir, s. 238; Schwarz, Borçlar, s. 351.

Gabinin gerçekleşmesi için, sözleşme yapma isteğinin, zarara uğrayan veya diğer taraftan gelmiş olmasının bir önemi yoktur²⁸². Bu noktada önemli olan husus, kanunun sınırlı olarak saydığı üç durumun bulunması, karşı tarafın bu özel durumlardan yararlanması, ayrıca sözleşmenin yapılması sırasında zarar gören tarafın, zayıf durumlarından kurtulmasının da mümkün olmaması gerekli ve yeterlidir²⁸³. Bir diğer husus da, sözleşmenin yapıldığı sırada, zarar gören tarafın zayıf durumunun karşı tarafça bilinmesi zorunluluğudur²⁸⁴.

Daha önce de açıkladığımız gibi, BK m. 21'e göre gabinin unsurlarından subjektif unsur, objektif unsurun sebebinin oluşturmaktadır. Yani edimler arası açık oransızlığın, zarar gören tarafın zayıf durumlarından birinin istismar edilmesi sonucu meydana gelmesi gerekmektedir²⁸⁵. Bu nedenle de bazı hukukçular sistematik açıdan subjektif unsurun öncelikle araştırılmasını, varlığı halinde objektif unsurun belirlenmesi gerektiği görüşünü ileri sürmektedirler²⁸⁶. Bunun yanında gerek uygulamada gerekse doktrinde aksi yönde görüşler çoğunluktadır²⁸⁷.

B. Sömürülen Bakımından: Sömürülenin Özel Durumu

1) Genel Olarak

Subjektif unsuru, sözleşme taraflarından birinin, diğeri tarafından sömürülmesi şeklinde tanımlayabiliriz. Gerçekten de, edimler arasındaki açık oransızlığın, yasada sınırlı şekilde sayılan özel durumların varlığı halinde gabini oluşturacağı kabul edilmektedir²⁸⁸. Bunlar, gabin nedeniyle zarara uğrayan yani sömürülen kişiye ilişkin özel durumlardır²⁸⁹. Şöyle ki; “Eğer sözü edilen nisbetsizlik, zarar gören tarafın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmişse”.

²⁸² Elbir, Tez, s. 161; Saymen, Gabin, s. 801; Funk, s. 36.

²⁸³ Özkaya, s.

²⁸⁴ Elbir, Tez, s. 161; Gönensay, s. 119; Özkaya, s. 27.

²⁸⁵ Elbir, Tez, s. 159.

²⁸⁶ Elbir, Gabinin Unsurları, İstanbul Barosu D. (1951), S.25, s. 5; Feyzioğlu, s. 254; Belgesay, s. 33.

²⁸⁷ Bkz. Özkaya, s. 26.

²⁸⁸ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 461.

²⁸⁹ Kılıçoğlu, s. 128.

Kanunda belirtilen müzayaka, tecrübesizlik ve düşüncesizlik halleri, nitelikleri göz önüne alındığında ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebepler olarak kabul edilemez. Ancak bu haller sözleşme taraflarından birini zayıf duruma sokarak, onu sözleşmeyi yapmak zorunda bırakmaktadır. Zarar gören tarafın zayıf durumunun sözleşmenin kurulması aşamasında bulunması gerekmektedir²⁹⁰.

BK 21/I. maddesine göre, sömürülenin özel durumları aşağıda belirtilmektedir.

2) Darda Kalma (Müzayaka)

BK m. 21'in sınırlı şekilde saydığı hallerden, uygulamada en fazla rastlanana müzayaka (darda kalma) halidir²⁹¹.

Müzayaka sözlük anlamı olarak “darda kalma, güç durumda, sıkıntı içinde olmak” demektir²⁹². Müzayakayı Yargıtay bir kararında şu şekilde tanımlamıştır: “ Zaruret içinde bulunan ya da mevcut veya iktisadi bir zarar veya sıkıntıyı karşılamak için ölçüsüz bir fedakarlıkta bulunma halidir”²⁹³. Doktrinde de çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bazı yazarlara göre; “ Müzayaka öyle bir durumdur ki bu durumda mevcut tehlikeyi kabul etmektense, gabinli sözleşmeye rıza göstermek ehveni şerdir. Bu tehlike bizzat gabine uğrayan kimsenin ya da yakınlarının hayatını, sıhhatını, şerefini, hürriyetini veya mallarını tehdit edebilir”²⁹⁴.

Diğer bir yazar ise müzayakayı; “kendisinin veya yakınlarından birinin maddi veya manevi tamamıyetini yahut içtimai vaziyetini tehdit eden bir zararın mevcudiyetinden korkmak” şeklinde tanımlamıştır²⁹⁵. BK m. 21. maddede düzenlenen müzayaka hali ile BK m. 29 vd. maddelerinde düzenlenen ikrah ve özellikle de manevi ikrah arasında ciddi farklar vardır. Öncelikle ikrah durumunda karşı tarafın veya üçüncü kişinin tehdidi bulunmasına rağmen, müzayaka haline tehdit nedeniyle düşmek şart değildir. İkrahin oluşabilmesi için

²⁹⁰ Eren, s. 379; Karahasan, Borçlar, s. 261.

²⁹¹ Elbir, Tez, s. 165; Özkaya, s. 27; Tunçomağ, s. 231; Schwarz, Borçlar, s. 351.

²⁹² Eren, s. 379; Oğuzman / Öz, s. 114; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 461; Akıntürk, s. 61; Dalamanlı/Kazancı, s. 253, Esener, s. 162; Önen, s. 64; Feyzioğlu, Borçlar, s. 254; İnan, s. 207; Uygur, s. 183; Saymen/Elbir, s. 238.

²⁹³ Yarg. 1.HD., 25. 06. 1970 T., 3521 E., 4351 K.

²⁹⁴ Oser/Schönenberger, m. 21, N. 10; Bkz. Özkaya, s. 28.

²⁹⁵ Funk, s. 36

tehdidin sözleşmenin karşı tarafı ya da üçüncü kişinin bir eylemi sonucunda gerçekleşmesi gerekir. Müzayaka hali ise, diğer bir kişinin müdahalesi olmadan, hatta kişinin eylemiyle, kendiliğinden de oluşabilir. İkraha haksız olduğu halde, müzayaka hali haklı bir sebebe dayanabilir. Ayrıca ikrah iradeyi sakatlayan nedenlerden biridir. Fakat müzayaka halinde iradenin sakatlandığından söz edilemez. Burada zarar gören taraf, sözleşmeyi zayıf durumda yaptığı için, iradesi oluşma anında saik hatasıyla sakatlanmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, zarar gören kişi sözleşmeyi bilerek ve isteyerek yani özgür iradesiyle yapmaktadır. Kısacası böyle bir durumda ikrah gibi iradesini sakatlayan dış bir etken yoktur²⁹⁶.

Müzayaka hali ekonomik (maddi) sebeplerden ileri gelebileceği gibi kişisel (manevi) nitelikte de olabilir²⁹⁷. Müzayakanın sadece ekonomik sebeplerden ileri gelip gelmeyeceği doktrinde tartışmalı bir husustur. Ancak yazarların büyük çoğunluğu maddi müzayakayı kabul etmekte, bununla birlikte müzayakanın manevi de olabileceğini savunmaktadırlar²⁹⁸. Federal Mahkeme de müzayakanın, manevi nedenlerden kaynaklanabileceğini kabul etmektedir²⁹⁹. Son zamanlarda ise, müzayaka halinin sebepleri oldukça genişletilmiş, bu halin kişisel, ailevi, politik sebeplerden de ileri gelebileceği doktrin tarafından da benimsenmiştir³⁰⁰.

Gerçekten de müzayaka hali çoğu zaman ekonomik sıkıntı biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Ancak kişinin şeref, haysiyet, hayat, özgürlük, sağlık gibi manevi değerlerinin ciddi tehlike altında olduğu durumlarda, taraflar arasında yapılan sözleşmelerde de müzayaka halinin varlığını kabul etmek isabetli olacaktır³⁰¹. Nitekim Yargıtay, bir kararında, ekonomik sıkıntı ve yokluğu ifade eden maddi müzayaka halinin sınırlı sayıda olmasına karşın; yalnızlık, yaşlılık, hastalık gibi manevi müzayaka hallerinin çok geniş ve çeşitli olduğunu

²⁹⁶ Elbir, Tez, s. 167; Özkaya, s. 28; bkz. Karahasan, Kararlar, s. 524.

²⁹⁷ Eren, s. 380; Oğuzman/Öz, s. 114; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 462; Kılıçoğlu, s. 128; Özkaya, s. 27-28; Ayık, s. 247; Esener, s. 162; Ayan, s. 149; Gönensay, s. 119; Feyzioğlu, Borçlar, s. 255; Olgaç, s. 102; Karahasan, Borçlar, s. 262; Saymen/Elbir, s. 239; bkz. Dalamanlı/Kazancı, s. 253, Schwarz, Borçlar, s. 251, Oser- Schönerberger, m. 21, N. 10; aksi görüşte Becker, m. 21, N. 44.

²⁹⁸ Birsen, s. 83; Gönensay, s. 119; Schwarz, Borçlar, s. 251; Arsebük, Borçlar, s. 223; Saymen, Gabin, s. 801; Esener, s. 163.

²⁹⁹ Karar için bkz. Elbir, Tez, s. 166; Aynı görüşte bkz. Karahasan, Kararlar, s. 527; Dalamanlı/Kazancı, s. 253.

³⁰⁰ Buz, Gabin, s. 74, dn. 77.

³⁰¹ Elbir, Unsurlar, s. 10-11, Yarg. HGK., 12. 2. 1969T., 1-420 E., 101 K.(Özkaya, s. 55-57).

belirterek müzayaka halinin uygulamasında esneklik sağlamıştır³⁰². Böylece, yaşlılık, yalnızlık, hastalık gibi zor durumda bulunan kişilerin, bu özellikleri nedeniyle diğer tarafla yaptıkları sözleşmede zarara uğramaları durumunda, gabin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir³⁰³. Yargıtay, bir başka kararında “...Davacı tarafın yaşlı olduğu kadar yalnız olduğu da sezilmektedir. Yaşlılık insan hayatında, birçok kişinin en önemli sorunudur. Yaşlı ve yalnız olan bir kişi bazı hallerde çaresizlik ve acz içinde kıvrınma durumundadır. Yukarıda yazılı nedenlerle günün 24 saati çaresizlik ve acz içinde bulunan bir kimsenin sıkıntı – müzayaka içinde olmadığı söylenemez”³⁰⁴ demiştir. Gerçekten, ülkemizde yaşlı itibarıyla ölüme yaklaşmış kimselerin değerli mallarının, üçüncü kişiler hatta bizzat yakınları tarafından, gereksinim duydukları ilgi istismar edilerek, çok düşük fiyatlarla kendilerine, üçüncü kişilere devrini sağladıkları düşünülürse, Yargıtayın vermiş olduğu karar yerinde ve soruna çözüm getiren niteliktedir³⁰⁵. Bazı yazarlar, yukarıda belirttiğimiz manevi değerlerin tehlikede olması nedeniyle yapılan sözleşmede BK m. 20 ve MK m. 24’ün uygulanması gerektiğini belirtmekte, ayrıca müzayaka halinin sadece ekonomik (maddi) özellikte olacağını iddia etmektedirler³⁰⁶.

Ancak ekonomik bakımdan çok sıkışık durumda olduğu için değerli bir malını çok düşük bedelle satma halinde kişi maddi (ekonomik) anlamda; çok acil ihtiyaç duyduğu ilacı fahiş fiyatla satın alma durumunda ise kişi manevi (psikolojik) anlamda zor durumdadır³⁰⁷.

Müzayaka halinin mutlaka sözleşmeyi yapan taraflardan birinin kendisiyle ilgili bir sebepten kaynaklanması şart değildir, yakınlarından birinin müzayaka halinde bulunmasından kaynaklanması da mümkündür³⁰⁸. Nitekim Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında: “...Eşe ait olan borç, şartları varsa, koca için bir müzayaka nedeni olabilir. Normal evlilik, dar zamanlarda eşlerin birbirlerine yardımcı olmalarını zorunlu kılar. Eşlerden birinin alacaklının takibi dolayısıyla korkulu rüya görürken, ötekinin rahat uyuduğu düşünülemez. Kısaca

³⁰² Yarg.1.HD, 6.5.1980; E.4135, K.6218 (YKD 1980, S. 11, s. 1464 – 1466).

³⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 396.

³⁰⁴ Yarg 1.HD, 3.5.1979, E.3824,K.5938 (YKD 1979, S. 8, s. 1120).

³⁰⁵ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 462.

³⁰⁶ Elbir, Tez, s. 166; Oser/Schönenberger, m. 21, N. 10.

³⁰⁷ Oğuzman / Öz, s. 114.

³⁰⁸ Elbir, Tez, s. 168; Özkaya, s. 28; Birsen, s. 82; Saymen, Gabin, s. 801; Önen, s. 64; Feyzioğlu, Borçlar, s. 255; Olguç, s. 101; Arsebük, s. 455; Ayık, s. 248; Sungur, s. 28; Funk, s. 36; von Tuhr, s. 281.

evlilikte taraflardan birinin içinde olması, ötekinin de müzayaka halinde bulunduğunun kabulünü gerektirir...”³⁰⁹ demek suretiyle bir eş için gerçekleşmiş olan müzayaka halinin diğer eş için de müzayaka sayılacağı yönünde isabetli bir karar vermiştir. İstanbul 11. Asliye Hukuk Yargıçlığının 1946 yılında verdiği karar, yukarıdaki açıklamalarımızı destekleyen niteliktedir. Kararda; bir kişinin oğlunun veremli ve kızının ameliyata muhtaç bulunması, o kişi yönünden manevi müzayaka hali olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte “yakın” kavramı geniş olarak yorumlanmış ve sadece akrabalar değil, aralarında sevgi, yardım gibi bağ bulunan kimseler de bu kapsamda değerlendirilmiştir³¹⁰.

Müzayaka hali, mutlaka “fakir” olmayı gerektirmez. Zengin, servet sahibi bir kimsenin de mali sıkıntı nedeniyle müzayaka haline düşmesi mümkündür³¹¹. Varlıklı bir kişi, ekonomik bir tehlikeyi önlemek için, sözleşme tarihinde malları satacak bir müşteri bulamaması sonucunda sıkıntıya düşebilir. Dolayısıyla müzayakanın varlığı için ekonomik gücü tehdit eden tehlike yeterli olup, kişinin malvarlığı dikkate alınmamaktadır³¹². Bununla birlikte sadece mali sıkıntı durumunda değil, zengin bir kimsenin acilen karşılanması gereken hayati bir tehlike durumunun ağır baskısı müzayaka haline esas olabilmektedir. Örneğin, doktor bulunmayan bir köyde kalp krizi geçiren varlıklı bir kişinin hastaneye acilen yetişmek için bir otomobil sahibine çok fahiş bir ücret ödenmesi durumunda kişi manevi anlamda zor durumdadır³¹³.

Müzayaka haline düşmek için, zarar gören kişinin kusurlu olması şart değildir, kişi kusursuz da olabilir³¹⁴.

Hatta zarar gören kişi içinde bulunduğu durumu yanlış değerlendirip, kendisinin müzayaka halinde olduğunu düşünerek bir sözleşme yapmışsa ya da gerçekleşme olasılığı yüksek bir müzayaka hali söz konusu ise her iki durumda da yine subjektif unsurun varlığı

³⁰⁹ Yarg. 1.HD., 21. 11. 1974 T., 10284 E, 8745 K. (YKD 1975, S. 6, s. 50 – 52).

³¹⁰ Kararı için bkz. Saymen, Gabin, s. 801.

³¹¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 461; Feyzioğlu, Borçlar, s. 255; Ayık, s. 247-248; Sungur, s. 30.

³¹² Elbir,Tez, s. 168’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 249; Feyzioğlu, Borçlar, s. 256.

³¹³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 461.

³¹⁴ Eren, s. 380; Birsen, s. 82 – 83; Özkaya, s. 29; Feyzioğlu, Borçlar, s. 255; İnan, s. 207; Sungur, s. 29; Ayık, s. 248; Karahasan, Borçlar, s. 262.

kabul edilmektedir³¹⁵. Örneğin, bir kişinin ölüm tehlikesi olmadığı halde, ölümcül bir hastalığa yakalandığını sanıp, ameliyat için fahiş bir ücret ödemesi durumu, müzayakanın varlığının kabulü için yeterli olmaktadır³¹⁶.

Müzayaka halinin sözleşmenin yapıldığı zaman mevcut olması gerekli ve yeterlidir. Müzayaka halinin sözleşme yapıldıktan sonra devam etmesi şart değildir. Burada önemli olan husus müzayakanın devamlılığı değil, şiddetidir³¹⁷.

Müzayaka haline sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de düşebilir³¹⁸. Nitekim müzayaka halinde olma, şirket bakımından da organ kişi bakımından da söz konusu olabilmektedir. Hiffet ve tecrübesizlik ise, şirket adına işlemi yapan organ kişinin şahsında bulunan özelliklerdir³¹⁹. Ancak, tüzel kişilerin çoğunlukla maddi (ekonomik) müzayaka haline düştükleri görülmektedir³²⁰.

Yukarıda belirttiğimiz gibi BK m. 21 hem tüzel kişilere hem de gerçek kişilere uygulanabilmektedir. Ancak bu maddenin tacirlere uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.

Medeni Kanunumuzun 5. maddesi, “Bu kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır” hükmünü içermektedir. Madde metninin açık ifadesinden, BK m. 21’in tacirlerin tüm faaliyetlerinde uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte TTK m. 20/II, “Her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi lazımdır” demektedir.

Basiretli iş adamı gibi davranma, tacir açısından bir yükümlülüktür. Burada objektif bir özen ölçüsü söz konusudur. Tacir aynı ticaret dalında faaliyette bulunan tedbirli, öngörülü bir iş adamından beklenen bütün ihtimam ve özeni göstermek zorundadır³²¹.

Bu nedenle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan tacirin, ticari işletmesini ilgilendiren faaliyetlerinde “tecrübesizliği” ve “hiffet hali” söz konusu

³¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 395; Elbir, Tez, s.169; von Tuhr, s. 312; aksi görüşte bkz. Funk, s. 36.

³¹⁶ Birsen, s. 281.

³¹⁷ Elbir,Tez, s. 169; Elbir, Unsurlar, s. 12; bkz. Sungur, s. 29.

³¹⁸ Eren, s. 380; Oğuzman / Öz, s. 115; Kalkan, s. 125; Karahasan, Borçlar, s. 262.

³¹⁹ Oğuzman / Öz, s. 115, dn. 333.

³²⁰ von Tuhr, s. 281.

³²¹ Arkan, s. 130.

olamayacağından, BK m. 21'e dayanması mümkün değildir³²². Ancak tacirin, ticari işletmesini ilgilendirmeyen faaliyetlerinde, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunmadığından, bu faaliyetlerinde özel durumlarından “tecrübesizlik” ve “hiffet halini” ileri sürerek Borçlar Kanununun gabinle ilgili hükümlerinden yararlanması mümkündür³²³. Ayrıca tacirin, gerek ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, gerekse ticari işletmesini ilgilendirmeyen faaliyetlerinde, “müzayaka” haline başvurarak gabin hükümlerinden yararlanması hususunda herhangi bir sorun yoktur³²⁴.

3) Hafiflik (Hiffet)

Gabinin oluşması için gerekli olan subjektif unsurlardan ikincisi “hafiflik (hiffet)” halidir.

Hiffet, “hafiflikle hareket etmek, düşünmeden karar vermek” anlamına gelmektedir³²⁵. Genel olarak hafiflik, bir kişinin yaptığı işlemin muhtemel sonuçlarını gereği gibi dikkate almadan, çok rahat ve düşüncesizce hareket etmesi anlamını taşımaktadır. Hafiflik halini, “uçarı” ve “düzensiz davranma alışkanlığı” gibi kavramlar da açıklamaktadır³²⁶. Buradaki hafiflik (hiffet), bir kişinin genel karakter olarak hafif düşünce ve yapıda olmasını değil, somut olayda yapılan sözleşme yönünden özen gösterme ve düşüncesizlik halini ifade etmektedir³²⁷. Kısacası, hiffet hali kişinin aldatılmaya, yararlanılmaya, sömürülmeye uygun olmasıdır³²⁸.

Hiffetin doğrudan doğruya iradeyi ortadan kaldırdığı iddia edilemez³²⁹. Bu hal, somut bir olay karşısındaki açık mukavemetsizliği içeren irade zayıflığıdır³³⁰. Doktrinde bir görüşe

³²² Arkan, s. 132; Özkent, Gabin, s. 245.

³²³ Arkan, s. 132.

³²⁴ Arkan, s. 132; Elbir, Gabin İddiası, s. 56; bkz. Karahasan, Kararlar, s. 515-516.

³²⁵ Oğuzman / Öz, s. 114; Kaplan, s. 103.

³²⁶ Hatemi, Borçlar, s. 80.

³²⁷ Eren, s. 380; Kılıçoğlu, s. 129; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 462-463.

³²⁸ İnan, s. 209; Karahasan, s. 265; Esener, s. 163; Önen, s. 64; Feyzioğlu, Borçlar, s. 257; Olguç, s. 102.

³²⁹ Gönensay, s. 119.

göre, “hafif meşreplik çoğunlukla akıl zayıflığına tutulmuş, ancak temyiz kudretini tamamen kaybetmemiş kimselerde görülür³³¹. Aslında bu durumdaki kişiler temyiz kudretine sahip olmalarına rağmen, belirli iradi ve zihni yeteneklerden yoksun bulunmaktadır³³².

Hafif meşrepe hareket eden kişi yalnızca o an elde ettiği faydalarla ilgilenmekte, yapmış olduğu işin sonunu düşünmeden çok acele karar vermekte ve ciddi düşünmeyi somut olayda bir tarafa bırakmaktadır³³³. Hiffetin alışkanlık, karakter özelliği olup olmamasının önemi yoktur³³⁴. Hangi nedenden ileri gelirse gelsin, gabinli sözleşmede hiffetin istisması yeterlidir ve sübjektif unsur oluşturur³³⁵. Hatta hafif meşrep olmayan makul düşünceli bir kişinin somut olayda, kuvvetli bir arzu veya istek sonucu, hiffet haliyle, gabinli bir sözleşme yapması da mümkündür³³⁶. Örneğin Federal Mahkemenin hiffeti kabul ettiği bir kararında, kendisinden genç bir kadına tutulup, ağına düşen ve onunla evlenme ümidiyle tutkusunun esiri olan yaşlı bir erkek, taşınmazın değeri hakkında noterin yaptığı ikazı dahi elinin tersi ile iterek, gabinli sözleşme yapmış bulunmaktadır³³⁷. Nitekim Yargıtay, bir kararında gabinli sözleşme nedeniyle zarara uğrayan tarafın bilincinin yerinde olmasının, hekim olması nedeniyle kültürlü, bilgili bir kimse olması, orduda senelerce hizmet edip binbaşılığa kadar yükselmiş olmasını hiffet ve tecrübesizliğinin dikkate alınmasına engel olarak kabul etmemiştir³³⁸. Bu nedenle hiffet halini kişiye göre değil, olaya göre değerlendirmek şarttır.

Bununla birlikte, yapısı gereği hafif akıllı ve dikkatsiz bir kişi, mantıklı ve kendisine zarar vermeyen bir sözleşme yapabilir. Burada bu şahıs doğuştan hafif akıllıdır diye, sözleşmeyi bozmak hakkaniyete uygun düşmez. Ancak, aynı kişinin gabinli bir sözleşme

³³⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 462; İnan, s. 208.

³³¹ Gönenesay, s. 119; von Tuhr, s. 281.

³³² Eren, s. 380; Karahasan, Borçlar, s. 265.

³³³ Birsen, s. 83; Sungur, s. 32.

³³⁴ İnan, s. 209; Saymen/Elbir, s. 240; Elbir,Tez, s. 170; aksi görüşte olan Schwarz, “seciye” kavramını kullanmaktadır (Borçlar, s. 352).

³³⁵ Elbir, Tez, s. 170'den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 251.

³³⁶ Elbir, Tez, s. 170; Saymen/Elbir, s. 240; Saymen, Gabin, s. 797; aksi görüş, Gönenesay, s. 119; Schwarz, Borçlar, s. 352.

³³⁷ BGE 61 II 36 (Kocayusufpaşaoğlu, s. 395).

³³⁸ Yarg. 1.HD,28.12.1946,E6096,K.5306 (Saymen, Gabin, s. 801).

nedeniyle zarara uğradığı iddia edilirse, sözleşme sırasında hafif düşünüp düşünmediği araştırılmak zorundadır³³⁹. Bu nedenle, hakim hiffet haliyle bir sözleşme yapılıp yapılmadığını araştırırken, kişinin yaşını, mesleğini, hayat tecrübesini, işin özelliğini, daha önce yaptığı işlem ve sözleşmeleri değerlendirmelidir³⁴⁰. Örneğin, bir kişi yaşlı bir kadının bu halinden faydalanarak onun yarım milyon değerindeki taşınmazını 50.000 liraya satın almışsa³⁴¹, bu durumda hakimin yaş kriterini dikkate alması gereklidir.

BK m. 21 gereğince korunan kişiler ayırt etme gücüne sahip olmayanlardan ziyade, sözleşmenin yapıldığı sırada hafif meşrep olarak nitelendirilen hareket tarzına sahip olan normal kimselerdir. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar MK m. 13 gereğince korunurken, akıl zayıfları BK m. 21 veya MK m. 16 hükümlerine dayanabilirler³⁴². BK m. 21'in korumasından yararlanabilmek için kişinin somut olayda büyük bir umursamazlık ve düşüncesizlikle hareket etmesi gerekli ve yeterlidir³⁴³. Ancak, akıl zayıflarının MK m. 16'ya dayanmaları kendi menfaatleri açısından daha mantıklıdır; çünkü bu halleri nedeniyle istismara uğradıklarını kanıtlamak durumunda olmadıkları gibi, mutlak butlanı talep etme hakları vardır³⁴⁴.

Zarar gören tarafın, belirli bir konuda eksik yetenekli olması veya uzağı görememesi, yaptığı sözleşmenin sonuçlarını gereği gibi düşünememesi, BK m. 21/1 anlamında hafifliktir³⁴⁵. Bu nedenle, hiffet halinde bulunan kimseden değerli bir malı çok ucuza satın almak veya değersiz bir şeyi fahiş fiyata satarak aldatmak oldukça kolaydır. Bu yüzden bir kişinin hiffet halinden yararlanma genellikle iradeyi sakatlayan sebeplerden biri olan hile (aldatma) ile benzerlik göstermektedir³⁴⁶. Nitekim, bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle de sözleşme yapmaya ikna etmek için, onda kasıtlı olarak hatalı bir kanaat uyandırmaya veya aslında mevcut olan hatalı bir kanaati koruma veya sürdürme fiiline

³³⁹ Elbir, Tez, s. 170.

³⁴⁰ Özkaya, s. 30.

³⁴¹ Tekinay / Akman / Burcoğlu / Altop, s. 463.

³⁴² Elbir, Tez, s. 171.

³⁴³ Elbir, Unsurlar, s. 13.

³⁴⁴ Elbir, Tez, s. 171.

³⁴⁵ Eren, s. 380; Tunçomağ, s. 231.

³⁴⁶ Feyzioğlu, Borçlar, s. 258; Tunçomağ, s. 231; von Tuhr, s. 312.

“hile” denilmektedir. Bir sözleşmede hileden bahsedebilmek için aldatma fiili, aldatma kasdı ve illiyet bağının bulunması şarttır³⁴⁷. Ancak her somut olayda aynı zamanda hem gabinin hem de hilenin şartlarını bulmak mümkün olmayabilir. Bununla birlikte, genellikle hilede sözleşmenin karşı tarafının davranışları ahlak ilkelerine ve iyiniyet kurallarına aykırı olarak kabul edildiğinden, olay gabin kurumuna dahil edilmektedir³⁴⁸.

Tüzel kişilerde, hiffetden söz edilemez. Çünkü tüzel kişilere ruhi ve patolojik bir özellik yüklemek mümkün değildir. Tüzel kişileri, gerçek kişiler temsil etse bile, karar organları çeşitli kişilerden oluştuğundan kolektif (toplu) bir hiffet halinden bahsedilemez³⁴⁹.

Örneğin bir şirketin temsilcisi olan gerçek kişinin, somut olayda hiffetle davranması durumunda, bu davranışın diğer ilgililer tarafından denetlenme ve düzeltilme olasılığı imkan dahilindedir³⁵⁰. Ancak doktrinde yer alan bir görüşe göre, müzayaka halinde olma hem şirket açısından hem de organ kişi açısından söz konusu olabilmektedir. Hiffet ve tecrübesizlik ise, şirket adına işlemi yapan organ kişinin şahsında bulunan özelliklerdir³⁵¹. Açıklanan bu nedenlerle tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin somut olayda hafif meşrep bir şekilde hareket etmesi durumunda, hiffet nedeniyle gabini ileri sürebilmesi gerekmektedir. Çünkü tüzel kişiyi temsil etme hak ve yetkisine sahip olan temsilciye (organa) karşı iç ilişkide rücu imkanı bulunmaktadır.

Tacirler açısından ise, ticari işletmelerini ilgilendiren işlemleri nedeniyle, daha düşünceli ve titiz hareket etmeleri gerektiğinden, bir tacirde hiffet halinin daha zor kabul edileceği ileri sürülmektedir³⁵². Gerçekten de basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü altında olan tacirin, ticari işletmesiyle ilgili işlemlerinde “hiffet hali” söz konusu olamayacağı için, gabinin hükümlerine dayanması mümkün değildir. Nitekim Federal

³⁴⁷ Eren, s. 368 – 371.

³⁴⁸ von Tuhr, s. 312; Feyzioğlu, Borçlar, s. 258; Tunçomağ, s. 231.

³⁴⁹ Elbir, Tez, s. 171’den naklen, Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 253.

³⁵⁰ Elbir, Unsurlar, s. 15.

³⁵¹ Oğuzman /Öz, s.115, dn. 333.

³⁵² Elbir, Tez, s. 172.

Mahkeme de, tacirler söz konusu olduğu zaman, tecrübesizlik, hiffet ve hatta müzayaka gibi özel hallerinden daha zor bahsedilebileceğini belirtmektedir³⁵³.

Bir sözleşmede, BK m. 21'in hükümlerinin uygulanabilmesi için, hiffet durumunun sözleşme anında mevcut bulunması şarttır³⁵⁴. Bununla birlikte hafif meşrep veya makul bir kişinin iptali istenen sözleşmede hiffet haliyle hareket edip etmediği derinliğine araştırılmalıdır.

Kısacası hiffet; bir kişinin yapacağı işte acele karar vermesi ve sonuçlarını düşünmemesi, sahip olduğu malların değerine önem vermemesi, kendi menfaatlerini hesaplamada ciddi ve mantıklı düşünmeyi belirli bir olayda göz ardı etmesi gibi sebeplerden dolayı aldatılmaya, istismara uygun bulunması halidir diyebiliriz³⁵⁵.

4) Tecrübesizlik

Sömürülenin özel durumunu oluşturan son durum ise tecrübesizlik halidir.

Tecrübesizlik, zarar gören kimsenin genel hayat ve iş tecrübelerindeki eksikliğini ifade etmektedir³⁵⁶. Kişinin, iş hayatını yeteri kadar bilmemesi ve ekonomik değerler arasında karşılaştırma yapabilmek için gerekli bilgi seviyesine ulaşmamış olması anlamını taşımaktadır³⁵⁷. Kişi, yaptığı sözleşmenin sonuçlarını, bilgi ve tecrübe noksanlığı nedeniyle iyi görememekte ve tahmin edememektedir³⁵⁸. Kısacası tecrübesizlik, söz konusu sözleşmeyi yapmak için gerekli özel bilgiye sahip olmamaktır³⁵⁹.

Doktrinde “tecrübesizlik” kavramıyla ilgili çeşitli tanımlar yer almaktadır. Bir görüşe göre tecrübesizlik, “genel olarak hayatı yeterli derecede bilmemek (yaşı küçük olmakla) veya

³⁵³ BGE 61 II 31 (Elbir, Tez, s. 170).

³⁵⁴ Elbir, Tez, s. 170; Özkaya, s. 30.

³⁵⁵ Saymen /Elbir, s. 239 – 240; İnan, s. 208-209; Karahasan, Borçlar, s. 265.

³⁵⁶ Eren, s. 380; Akıntürk, s. 61; Oğuzman/Öz, s. 114; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 462-463; Arsebük, s. 455; Dalamanlı/Kazancı, s. 255.

³⁵⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 463; Kaplan, s. 103; Olgaç, s. 102; Karahasan, Borçlar, s. 265; Oser-Schönenberger, m. 21, N. 11.

³⁵⁸ Özkaya, s. 31; Kılıçoğlu, s. 129; Ayan, s. 149.

³⁵⁹ Oğuzman / Öz, s. 114; Esener, s. 163; Arsebük, s. 455; İnan, s. 209; Sungur, s. 31; Karahasan, Borçlar, s. 265; Funk, s. 36.

bazı yerlere ve mesleklere ait ilişkileri bilmemek olabilir” şeklinde tanımlanmıştır³⁶⁰. Ancak tecrübesiz sayılmak için, mutlaka çok genç olmaya gerek yoktur. İş hayatının dışında kalmış olmak ve normal ekonomik ilişkilere karşı ilgisiz bulunmak gerekli ve yeterlidir³⁶¹.

Hatta bir kimse karşısına çıkan türden bir durumu değerlendirebilmek için genellikle gerekli olan bilgiye sahip bulunmuyorsa, bu durumda da “tecrübesiz” kabul edilmektedir. Örneğin, babasından miras olarak kalan pahalı pul koleksiyonunun değeri hakkında hiçbir bilgisi olmayan bir ev hanımının bu durumundan faydalanarak, pul koleksiyonunu çok ucuza satın alan kimse, onun bu durumunu istismar etmiştir. Diğer bir örnekte ise; bir film şirketi, yeteneklerini keşfettiği genç bir kıza, hasılat rekoru kıran bir filmin başrolünü çok az bir para karşılığında oynatırsa, onun tecrübesizliğinden faydalanmış olur³⁶². Nitekim Yargıtayın bir kararında “tecrübesizlik” kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir kimsenin yaşlı olması, her konuda tecrübe sahibi olduğunu göstermez. Davacının ileri yaşa ulaşmasına rağmen, taşınmaz satışı konusunda görgü ve tecrübesi, taşınmazların değeri hakkında yeterli bilgisi olmadığı açıktır. Halk deyiimi ile “son çocukluk” döneminde bulunan davacının bir çocuk kadar saf olduğu bellidir...”³⁶³.

Bir başka görüşe göre ise, “tecrübesizlik ya işlerin oluşum aşamasında genel olarak bilgisizlik veya belirli bir işi takdir etmek için genellikle gerekli olan bilgiye sahip olmamaktır” şeklinde tanımlanmıştır³⁶⁴. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, burada iki farklı husus belirtilmektedir. Öncelikle, tecrübesizliğin yaş küçüklüğü, toplum hayatından uzak kalma, bazı konularda yeterli bilgi ve deneyime sahip olmama gibi genel bir bilgi ve deneyim noksanlığından meydana gelebileceği belirtilmektedir. İkinci olarak ise, hayat hakkında yaş, bilgi ve deneyim açısından tecrübeli olmasına rağmen, somut bir olayda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmamak gibi özel bir bilgisizlikten ileri gelebileceği vurgulanmıştır³⁶⁵.

Bu nedenle tecrübesizlik aynen hiffet de olduğu gibi kişiye göre değil, somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu durum yukarıda belirttiğimiz gibi cahil bir kimsede olabileceği

³⁶⁰ Oser/Schönenberger, m. 21, N. 11; Funk, s. 31; bkz. Karahasan, Kararlar, s. 533.

³⁶¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 463.

³⁶² Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 463.

³⁶³ Yarg. 1. HD., 3.5.1979 T., 1979/3824 E., 1979/5938 K. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 463, dn. 3).

³⁶⁴ Birsen, s. 83.

³⁶⁵ Özkaya, s. 31; Birsen, s. 83

gibi, çok kültürlü bir kimsede de ortaya çıkabilir. Pratik hayata alışmamış bir alim bazı ilişkilerinde tecrübesiz kabul edilip, BK m. 21'in hükümlerinden yaralanabilir³⁶⁶. İsviçre Federal Mahkemesi 21.06.1966 tarihli, öğretilerde de benimsenen bir ilke kararında, çağdaş gelişmenin teknik problemleri, günlük hayatta dahi, daha değişik ve karmaşık hale getirdiğini ve kişileri gittikçe daha geniş ölçüde kendilerine arz edilen hizmetlerin tam değerini anlayamadan uzmanlara güvenmek zorunda bıraktığını dikkate almış ve genel anlamda tecrübeli sayılabilecek kişilerin dahi, somut olayda, o iş bakımından tecrübesiz addedilmesinin pekala mümkün olduğunu belirtmiştir³⁶⁷. Bu kişiler ilke olarak işlem ehliyetine sahiptirler. Ancak modern ilim ve teknikteki sürekli gelişmeler kişileri tecrübesiz hale getirmektedir³⁶⁸.

Federal Mahkeme, bu konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararında, tecrübesizliği olumsuz şekilde tanımlamıştır. Bu kararında Federal Mahkeme, “sözleşme taraflarından birinin özel bilgisi bulunmamasına rağmen, açık oransızlığı anlayacak derecede bilgisi bulunduğu takdirde, bu kişinin tecrübesizliğinden bahsedilemeyeceğini” belirtmiştir³⁶⁹.

Hiffet halinde olduğu gibi, tüzel kişiler tecrübesizlik iddiasında bulunamazlar. Çünkü tüzel kişiliğin yapısı buna uygun değildir³⁷⁰. Bir tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerinde bilgisi ve tecrübesi bulunması gerektiğinden, ticari hayatta tecrübesizliğini ileri sürememesi doğaldır³⁷¹. Zira bir meslek mensubunun kendi mesleği ile ilgili bir konuda tecrübesizliğini ileri sürmesi bazı hallerin dışında inandırıcı olmamaktadır. Yargıtay da kökleşmiş kararlarında, tacirin ticari işlerinde hiffet ve tecrübesizliğinin söz konusu olamayacağı fikrini kabul etmiştir³⁷². Bununla birlikte, bu hususta doktrinde karşıt bir görüş bulunmaktadır³⁷³.

³⁶⁶ Elbir, Tez, s. 172'den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 255; Özkaya, s. 31.

³⁶⁷ BGE 92 168.

³⁶⁸ Eren, s. 391.

³⁶⁹ Bkz. Elbir, Tez, s.172'de anılan karar.

³⁷⁰ Elbir, Unsurlar, s. 15; İnan, s. 210 dn. 243'de anılan yazarlar.

³⁷¹ Belgesay, s. 33; Kılıçoğlu, s. 129.

³⁷² Yarg. TD., 01.10.1947 T., 3495 E., 2836 K. (Elbir, Tez, s. 173).

³⁷³ Bkz. Oğuzman/Öz, s. 115.

Tecrübesizliğin istismarı genellikle hile ile birleşmektedir. Çünkü, tecrübesiz kimse bilgi ve deneyim eksikliği nedeniyle aldatılmaya elverişli bir durumdur. Ancak bu durumda, BK m. 28'in uygulanması zarar gören kişi yönünden daha yararlıdır³⁷⁴.

Hiffet ile tecrübesizlik birbirinden farklı kavramlardır. Becker, hiffet ile tecrübesizliği şu şekilde ayırmaktadır: “ Hiffet ile hareket eden gerçeği görmek istemez, tecrübesiz ise göremez”³⁷⁵. Tecrübesiz kimse yaptığı işlemlerin sonucunu takdir edememekte, görememektedir. Çünkü yaptığı sözleşmedeki fesadı görme bilgisi ve deneyimi yoktur. Bu özellikler olsaydı, hafif meşrep kişinin aksine sözleşmeyi yapmayacaktı³⁷⁶. Hiffet kişinin çoğunlukla karakteriyle ilgili olmasına rağmen, tecrübesizlik bilgi ve deneyimlerine dayanmaktadır³⁷⁷. Oser de, tecrübesizlik ile hiffeti birbirinden şu şekilde ayırmıştır: “ Hiffet halinde irade bozukluğu, tecrübesizlik halinde ise aksine genel bir bilgisizlik ve deneyim eksikliği vardır”³⁷⁸. Tecrübesiz kişi de aynen hiffet halinde olduğu gibi temyiz kudretinden yoksun bulunmaktadır. Ancak bu kişiler genelde akıl zayıflığına müptela olan kimseler olarak kabul edilir³⁷⁹.

C. Sömüren Bakımından: Sömürme Kasdı

Gabinin bir diğer önemli sübjektif unsuru, sözleşme taraflarından birinin, diğer tarafın, daha açık bir ifadeyle zarar gören tarafın zayıf durumunu bilmesi ve bu durumdan yararlanmak istemesidir. Bu durum “istismar = sömürme kasdı” olarak ifade edilebilir. BK m. 21/1 “ Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik bulunduğu takdirde, eğer gabin mutazarrarın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden veya tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmişse.....” şeklinde hükme bağlanmıştır. Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere, sömüren taraf, zarar görenin özel durumunu fırsat bilerek, zayıf durumundan yararlanmak ve onu sömürmek kasdıyla hareket etmiş olmalıdır³⁸⁰.

³⁷⁴ Elbir,Tez, s. 173.

³⁷⁵ Becker, m. 21, N. 67; bkz, Elbir, Unsurlar, s. 14.

³⁷⁶ Elbir,Tez, s. 173.

³⁷⁷ Elbir, Unsurlar, s. 16.

³⁷⁸ Oser/Schönenberger, m. 21, N.12.

³⁷⁹ Bkz. von Tuhr, s. 312, dn. 10'daki Federal Mahkeme Kararı.

³⁸⁰ Eren, s. 391; Oğuzman/Öz, s. 114; Kılıçoğlu, s. 130; Kaplan, s. 102; Gönensay, s. 119; Feyzioğlu, Borçlar, s. 259; Baştuğ, s. 102; Ayık, s. 248.

Nitekim bazı yazarlara göre, kanunda tahdidi olarak belirtilen özel durumları zarar gören yani sömürülen bakımından sübjektif unsur olarak, istismarı da diğer taraf, sömüren bakımından sübjektif kabul ederek, gabinde iki sübjektif unsurun varlığını iddia etmek daha isabetli olacaktır³⁸¹.

Yargıtay'ın da sömüren bakımından sübjektif unsuru kabul ettiğini gösterir bir kararı bulunmaktadır. Bu kararında: “açık oransızlık, bütün şartların gerçekleştiğini kabul için yeterli sayılmaz. Zira bu objektif şart ile birlikte sübjektif şartı oluşturan müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik hallerinden birisinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması diğer deyimle satıcının durumunu istismar etmesi (sömürmesi) gerekmektedir. Gabinde üçüncü unsur, bilerek yararlanma keyfiyetidir. Davalı taraf sübjektif unsuru teşkil eden hal ve şartlar içinde bulunan davacı tarafın bu durumunu bilerek kendisine aşırı yarar sağlamadıkça, gabin iddiası gerçekleşmiş sayılamaz”³⁸² demek suretiyle gabinde yararlanan açısından sübjektif unsur olan “istismar=sömürme kasdı” fikri üzerinde durulmuştur. Kısacası sözleşme taraflarından birinin özel durumunu gösteren üç halden birinin veya birkaçının veya hepsinin sözleşmenin diğer tarafından istismar edilmiş olması sömüren bakımından gabinin sübjektif unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle istismarın kanunda tahdidi olarak sayılan özel durumlardan sadece bir tanesiyle birleşmesi zorunlu değildir³⁸³.

İstismar unsurunun sözleşme anında gerçekleşip gerçekleşmediğinin kabulü için, sözleşmenin yapılmasının gabin nedeniyle zarara uğrayan ya da karşı tarafça istenilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. İstismarın varlığı için asıl önemli olan iki unsurun olayda bulunmasıdır. Bu unsurlardan birincisi kanunda tahdidi olarak belirtilen üç özel durumdan birinin varlığı, ikincisi de bu durumları ortadan kaldırabilmek için zarara uğrayanın gerekli ve yeterli özelliklere sahip bulunmamasıdır³⁸⁴. Nitekim Yargıtay, bir kararında, istismarın varlığının kabulü için olayda iki unsuru araştırmıştır. Gabin nedeniyle zarar uğrayan tarafın yeterli geçim kaynaklarına sahip olmaması, yaşlı olması nedeniyle doktorluk mesleğini yapamaması, oğlunun veremli ve kızının da acil ameliyata ihtiyacı bulunmasını

³⁸¹ Saymen, Gabin, s. 800 vd.; Birsen, s. 82-84.

³⁸² Yarg. 1. HD., 5. 2. 1969 T., 66/I-263/90 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 463 dn. 4); Karahasan, Kararlar, s. 534.

³⁸³ Elbir, Tez, s. 161'den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 245.

³⁸⁴ Saymen, Gabin, s. 801; aynı görüşte Oğuzman/Öz, s. 114.

birinci unsur, bu zor durumları ortadan kaldırmak için yeterli ve gerekli özelliklere sahip bulunmamasını da ikinci unsur olarak kabul ederek olayda istismarın varlığını takdir etmiştir³⁸⁵. Bununla birlikte Yargıtay vermiş olduğu pek çok kararında usulüne uygun olarak yapılan açık artırmalarda, istismar unsurunun varlığını kabul etmemiştir³⁸⁶.

İstismar eden tarafın, gabinli sözleşme nedeniyle zarar gören tarafın zayıf durumda olduğunu bilmesi gerekmektedir. Doktrinde yer alan bazı yazarlara göre, subjektif unsurun varlığı için, sömüren bakımından bilerek istismarın gerçekleşmesi yeterlidir. Ayrıca olayda istismar (sömürme) kasdı aranmamaktadır³⁸⁷. Karşıt görüşte olan Bucher'a göre ise, sömürme kasdı, sömüren kişi bakımından hem karşı tarafın zor, zayıf durumunu bilme hem de bu durumlardan faydalanma isteğini içermektedir. Bu nedenle sömüren tarafta "bilme" ve "isteme" unsurlarının birlikte bulunması gereklidir; aksi takdirde, biri mevcut olmasa bile, sömürme kasdı gerçekleşmemektedir³⁸⁸. Ayrıca sömüren tarafın, ihmali hareketleri nedeniyle oluşan kusur da, gabinin varlığı için yeterli görülmemektedir³⁸⁹. Bununla birlikte sözleşmenin sömüren tarafının, karşı tarafın zayıf durumlarıyla ilgili yaptığı hatanın bir önemi yoktur. Örneğin, sözleşmenin karşı tarafını tecrübesiz olarak düşündüğü halde, onun hiffet haliyle sözleşme yapmak zorunda kalması gabin hükümlerinin uygulanması açısından herhangi bir engel oluşturmamaktadır³⁹⁰.

BK m. 21 istismar unsurunu "istifade" kavramıyla ifade etmiştir. Kaynak İsviçre Borçlar Kanununda "istifade" anlamına gelen "profiter" kavramı yerine "istismar" unsurunu ifade eden "exploiter" kavramı kullanılmıştır. Gabin kurumunun ahlaka ve iyiniyete aykırılığını "exploiter" kavramı gayet iyi açıklamaktadır. Bu nedenle de bu kavram gabin kurumunu daha iyi karşılamaktadır³⁹¹. Nitekim İsviçre Borçlar Kanununun tercümesi sırasında ".....zarar görenin müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden veya

³⁸⁵ Yarg. 1. HD., 28.12.1946 T., 6096 E., 5306 K. (Saymen, Gabin, s. 801).

³⁸⁶ Yarg. 1.HD., 21.05.1931 T., 1315 E., 1204 K.

³⁸⁷ Gönensay, s. 119; Elbir, Tez, s. 161; Saymen/Elbir, s. 242; İnan, s. 211; Sungur, s. 34; von Tuhr, s. 280;

Yarg. 1. HD. 26.12.1946 T., 1946/6096 E., 1946/5306K.

³⁸⁸ Eren, s. 391'den naklen Bucher, s. 233-234.

³⁸⁹ BGE 95 II 112; bkz. Karahasan, Borçlar, s. 265-266.

³⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 398.

³⁹¹ Bkz. Saymen, Gabin, s. 803.

tecrübesizliğinden istifade suretiyle.....” ifadesi yerine bu üç özel durumun istismarı şeklinde tercüme yapılsaydı, gabin kurumuna daha uygun olurdu³⁹².

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunumuzda gabinden yararlanan kimsenin fiili “istifade” olarak nitelendirilmiştir. Bu kavramın anlamı konusunda doktrinde çok çeşitli görüşler bulunmaktadır. Schwarz’a göre ise, gabin kurumunu ahlaka aykırı sözleşmelerin ayrı ve özellikle önemli bir türü olarak görmekte, bu nedenle istifadenin istismar şeklinde gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır³⁹³. Ossipow ise istismarı üç kısma ayırarak incelemiştir. Bunlar:

- Sözleşme taraflarından istifade eden kişi, sözleşmenin kurulması zamanında diğer tarafın durumunu bilmemektedir.

- Sözleşmenin kurulması anında diğer tarafın zayıf durumları bilinmektedir.

- İstifade eden tarafta, diğer tarafın zayıf durumundan yararlanarak sömürme kastı vardır³⁹⁴. Bazı yazarlar ise istifadeyi, “ vakıf olma, haberdar olma” kavramından hareketle tanımlamışlardır. Bu yazarlardan Tuhr’a göre istifade, sözleşmeden aşırı yararlanan kimsenin, diğer tarafın müzayaka halini bilerek ve isteyerek istifade etmesidir³⁹⁵. Benzer bir tanım veren Funck, “akitten istifade eden taraf mutazarrırın içinde bulunduğu vaziyetten malumatar bulunmuş olmalıdır” şeklinde kavramı açıklamaktadır³⁹⁶.

Sömürü kavramı genellikle iradeyi sakatlayan sebeplerden hile (aldatma) ile karıştırılmaktadır. Bazı yazarlar sömürü unsurunu hile olarak değerlendirmektedir³⁹⁷. Bu yazarlardan Kürşat’a göre, sözleşmenin sömüren tarafı, zarara uğrayan tarafı hile kasdıyla sömürmüş ve böylece sözleşmenin yapılmasına imkan sağlamış olabilir. Nitekim sömürülen tarafın özel durumlarından, hiffet ve tecrübesizlik halinden kasden istifade şekli, aynı zamanda iradeyi sakatlayan sebeplerden hileyi de oluşturabilir³⁹⁸. Benzer görüşte olan Eren’e

³⁹² Aslan, s. 98.

³⁹³ Schwarz, Borçlar, s. 351; bkz. aynı görüşte Saymen, Gabin, s. 802; Gönensay, s. 124.

³⁹⁴ Elbir, Tez, s. 163’den naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 244 vd.

³⁹⁵ von Tuhr, s. 312.

³⁹⁶ Funk, s. 36; aynı Görüşte Belgesay, s. 34.

³⁹⁷ Saymen, Gabin, s. 802; aksi görüşte Feyzioğlu, Borçlar, s. 259.

³⁹⁸ Kürşat, s. 151-152.

göre ise, tecrübesizlik halinden kasden yararlanma, aynı zamanda hileyi de oluşturabilmektedir. Örneğin, sözleşmenin sömüren tarafı, karşı tarafın müzayaka haline düşmesine kasden sebep olmuş ve bu zayıf durumdan yararlanmışsa, burada da gabin ve hile hükümleri birlikte değerlendirilmelidir³⁹⁹. Birsen ise, “Davacı müzayaka halinde bulunduğunu ispat etmekle beraber aynı zamanda bu sebepler yüzünden kendisinin aldatılmak suretiyle gabinin husule getirildiğini ispat mecburiyetindedir”⁴⁰⁰ görüşünü benimseyerek, gabin kurumunu hileye benzetmektedir. Bununla birlikte gabinde, hilede olduğu gibi, sözleşmenin yapılması için her türlü desisenin kullanılmasının zorunlu olmadığını savunmaktadır⁴⁰¹. Bu iki hukuki kavramın ortak paydaları olmasına rağmen sonuç olarak birbirinden oldukça farklı kurumlardır.

İradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak hile (aldatma) BK m. 28’de düzenlenmiştir. Bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda kasden hatalı bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut olan hatalı bir kanaati koruma veya sürdürme fiiline hile (aldatma) denilmektedir⁴⁰². Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz gibi olayda gabinin varlığının kabulü için, sözleşme yapma teklifinin sömürülen ya da sömüren taraftan gelmiş olmasının bir önemi yoktur. Ayrıca sömüren taraf, sözleşmenin kurulması için çeşitli desiseler kullanmak durumunda da değildir. Nitekim Yargıtay daha önceki kararlarında sözleşmede gabinle birlikte hilenin söz konusu olabileceğini savunmasına rağmen, 1943 yılında vermiş olduğu kararında hile ile gabinin birbirinden farklı hukuki kurumlar olduğunu şu şekilde açıklamıştır: “Hilenin söz konusu olabilmesi için, hile yapan kimsenin diğer tarafı aldatarak ve yanlış bir fikir telkin ederek, onu sözleşmeyi yapmaya zorlaması ve diğer tarafta bu his olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağı zahir bulunması şart olup, bir sözleşme zımında taraflardan biri canibinden sarfolunan, mesela bu işte şu kadar kazanç vardır, yahut bu davadan şu kadar tazminat alınabilir gibi atiyen tahakkuku melhuz ve muhtemel olan ümit verici sözler rızayı ifsad eden hileden madut değildir.....mukavele edilen ücretin fahiş olması da hile unsurlarından sayılamaz. Filhakika deruhte edilen işle şart olunan ücret arasında açık nispetsizlik iddia edilmiş ise de bu iddianın tetkiki hile iddiasının neticesine talik edildiği halde aynı sebebin hilenin vücuduna delil addedilmesinde isabet

³⁹⁹ Eren, s. 391.

⁴⁰⁰ Birsen, s. 82.

⁴⁰¹ Bkz. Birsen, s. 84.

⁴⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 444 vd.; Oğuzman/Öz, s. 89.

görülmemiştir”⁴⁰³. Yine Yargıtay 1982 yılında vermiş olduğu bir kararında, “...Hile, hata ve gabin kavramları değişik nitelik taşıyan ve birbirlerine benzemeyen hukuksal müesseselerdir. Aynı davada hem hile ve hataya, hem de gabine dayanılması mümkün değildir. O halde, davacıdan hile ve hata hukuksal nedenine mi yoksa gabin hukuksal nedenine mi dayandığının açıklattırılması ve davanın belirtilen sebeplerden birisine hasredilmesi zorunludur. Mahkemece, bu yön düşünülmeden olayda gabinin varlığını içerecek biçimde hüküm kurulması isabetsizdir...”⁴⁰⁴ biçimindeki açıklamasıyla aynı davada iradeyi sakatlayan sebeplerden hem hile ve hataya, hem de aynı zamanda gabine dayanılmayacağını vurgulamıştır. Yargıtay 1985 yılında da benzer bir karar vermiştir. Bu karara göre, “....Tarafların muvazaası biçiminde ileri sürülen istek yanında davacı vekili, miras bırakanın (müzayaka,hiffet ve tecrübesizliğinden) söz ederek gabin; (dimağ zayıflığından) söz ederek ehliyetsizlik, (kandırılabilirlikten) söz ederek de hata, hile hukuksal nedenlerine dayanmıştır. Hukuki yapı ve ispat koşulları değişik olan bu isteklerin aynı davada birlikte ileri sürülmesine olanak yoktur...”⁴⁰⁵ şeklinde isabetli bir karar vermiştir.

§ 5. GABİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

Hukuk terimi olarak gabin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin diğer tarafın müzayaka halinden, tecrübesizliğinden veya hiffetinden yararlanmak suretiyle aşırı bir menfaat elde etmesi, edimler arasında aşırı bir oransızlık meydana getirmesi demektir⁴⁰⁶.

Ne var ki gabinin hukuki temeli tartışmalıdır. Kanunda düzenleniş yeri dikkate alındığında gabin, sözleşme serbestisi ve sınırlarını düzenleyen BK m.19-20’den hemen sonra, irade bozukluklarını düzenleyen 23 vd. maddelerinden hemen önce m.21’de

⁴⁰³ Yarg. 4. HD., 7.12.1943 T., 1679 E., 1293 K. (Özkent,Ücret, s. 59).

⁴⁰⁴ Yarg. 1. HD., 15.11.1982 T., 1982/13003 E., 1982/13131K. (Özkaya, s. 110).

⁴⁰⁵ Yarg. 1. HD., 3.10.1985 T., 1985/10091 E., 1985/10430 K. (Özkaya, s. 99).

⁴⁰⁶ Feyzioğlu, Borçlar, s. 248; Kaplan, s. 102; Kalkan, s. 51.

düzenlenmiştir. Yani kanunda gabin kurumu, sözleşmelerin kurulabilmesi için genel olarak aranan şartlar arasında hükme bağlanmıştır.

Bununla birlikte, gabinin sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olması nedeniyle mi, yoksa hata, hile, ikrah gibi bir irade bozukluğu olmasından dolayı mı iptal sebebi olarak kabul edildiği hususu doktrinde tartışmalı olan bir konudur. Bu noktada gabinin hukuki niteliği hakkında belli başlı iki görüş bulunmaktadır. Şöyle ki;

Birinci görüşe göre, Borçlar Kanunundaki düzenleme yeri de dikkate alındığında gabin, sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadır⁴⁰⁷. Nitekim Elbir'e göre, bütün sözleşmelerde bulunması gerekli iyiniyet unsurunun sözleşmede bulunmaması edimler arasındaki eşitliği bozan bir nedendir⁴⁰⁸.

İkinci görüşe göre ise, gabin, hata, hile, ikrah gibi bir irade bozukluğu halidir⁴⁰⁹. Doktrinde yer alan yeni bir görüşe göre ise, iki sebepten dolayı gabin ile irade bozuklukları arasında yakın ve sıkı bir ilişki vardır⁴¹⁰. Gabin ve irade sakatlıkları arasındaki birinci yakınlık sebebi, gabinin gerçekleşmesi için edimler arasında aşırı oransızlık unsurunun tek başına yeterli olmaması, ayrıca bu oransızlığın karşı tarafın özel durumlarından yararlanmak suretiyle meydana gelmiş olmasının gerekliliğidir. Kısacası sözleşmede gabinle birlikte irade bozukluklarının unsurları da meydana gelmektedir. İkinci yakınlık sebebi ise, gabin için öngörülmüş olan iptal hakkının hukuki niteliğinin ve kullanılmasının, irade bozukluklarına ilişkin iptal hakkı ile aynı niteliklere sahip olmasıdır⁴¹¹.

Fransız, Alman ve İsviçre hukukları arasında ise gabinin hukuki niteliği farklı esaslara dayanmaktadır. Fransız Hukukunda gabin, Roma Hukukunda düzenlendiği gibi, bir irade fesadı hali olarak ele alınmıştır⁴¹². Çünkü, Fransız Hukuku irade özerkliği fikrine dayanması

⁴⁰⁷ İnan, s. 152 vd.; Çağa, s. 39, dn. 2; Saymen/Elbir, s. 230 vd.; Özkaya, s. 18; Akıntürk, s. 60; Kılıçoğlu, s. 128; Reisoğlu, s. 107; Karahasan, Borçlar, s. 254 vd.; Arsebük, s. 222 vd.; Uygur, s. 183 vd.; Esener, s. 149 vd.; Feyzioğlu, Borçlar, s. 248; Dalamanlı/Kazancı, s. 250 vd.; Kaplan, s. 102; Aybay, s. 65; Baştuğ, s. 99; Funk, s. 31 vd.; von Tuhr, s. 311; Schwarz, Nisbetsizlik, s. 346. Ayrıca bkz. Yarg. 1. HD., 2.5.1979 T., 1978/3138 E., 1979/6251 K. (Özkaya, s. 123-126).

⁴⁰⁸ Elbir, Tez, s. 6.

⁴⁰⁹ Birsen, s. 78 vd., Eren, s. 388; Barıkan, s. 2.

⁴¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 390, dn.3'te anılan yazarlar.

⁴¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 390.

⁴¹² Bkz. Elbir, Armağan, s. 514.

nedeniyle sözleşmenin feshini kolaylıkla kabul etmemektedir. Gabin nedeniyle zarara uğrayan kişi ya aldatılmış ya da ikrah nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda kalmıştır. Nitekim sübjektif tez adı verilen bu görüşe göre, gabin irade fesadına karine teşkil etmektedir⁴¹³. Alman Medeni Kanununun 138.paragrafına göre, “ahlak ve adaba aykırı olan hukuki işlemler batıldır. Özellikle taraflardan birisinin diğer tarafın ihtiyaç içerisinde bulunmasından, hafifliğinden veya tecrübesizliğinden dolayı edimin değerinde aşırı bir oranda faydalanma sağladığı hukuki işlemler batıldır”. Böylece Alman Hukukunda gabin, hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı hallerinden sayılmamıştır⁴¹⁴. Gabin ahlaki bir temele dayandırılmıştır. Aşırı yararlanma ahlak ve adaba aykırı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle sözleşme mutlak butlan yaptırımıyla batıl sayılmıştır⁴¹⁵. Objektif tez görüşünü benimseyen Alman Hukuku, sözleşmenin feshini edimler arasındaki açık oransızlığa dayandırmaktadır⁴¹⁶. Alman Hukuku irade özerkliği ilkesine değil sosyal düzen ilkesine dayanması nedeniyle ekonomik açıdan zayıf durumda bulunan kişiyi kuvvetliye karşı koruma düşüncesiyle hareket etmektedir⁴¹⁷. İsviçre/Türk Borçlar Kanununda ise gabin kurumu ayrı bir madde olarak düzenlenmiş ve gabinin hukuki neticesi mutlak butlan olarak değil, nisbi butlan olarak kabul edilmek suretiyle zarar gören tarafa istediği takdirde sözleşmeye devam olanağı tanınmıştır⁴¹⁸. Kısacası ahlaka aykırılıktan kaynaklanan gabinde yaptırım butlan olarak değil, iptal edilebilirlik olarak düzenlenmiştir⁴¹⁹. Gabin kurumu, hukuka, ahlaka aykırılık ile imkansızlık gibi, sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadır. Zira kanunda düzenleniş yeri ve biçimi itibariyle edim ve karşı edimin belirlenmesinde tarafların irade serbestilerine sınırlama getirmektedir⁴²⁰. Gerçekten de sözleşme özgürlüğüne uygun olarak yapılmış olan bir sözleşmeyi, taraflardan birisi feshedebilmekte, böylece hakim taraflardan birisinin sözleşmeden aşırı yararlanması nedeniyle diğer tarafın sözleşme ile bağlı olmadığına karar verebilmektedir⁴²¹. Gabin

⁴¹³ Bkz. Esener, s. 159.

⁴¹⁴ Bkz. Esener, s. 159.

⁴¹⁵ Bkz. Özkaya, s. 16.

⁴¹⁶ Bkz. Esener, s. 159.

⁴¹⁷ Bkz. Esener, s. 159-160.

⁴¹⁸ Sungur, s. 18.

⁴¹⁹ Ayan, s. 148; Eren, s. 381.

⁴²⁰ Tunçomağ, s. 230.

⁴²¹ Esener, s. 161.

hukukumuzda sosyal amaçlı bağımsız bir kurum olarak yer almaktadır. Amaç sözleşme tarafları arasında eşitliği sağlamaktır. İsviçre Borçlar Kanununda olduğu gibi dar ve zor durumda bulunmaları nedeniyle sözleşme yapmaya mecbur kalmış kişileri korumak, zayıf güçlüye ezdirmemek ana ilkedir⁴²². Bununla birlikte sadece ekonomik açıdan güç durumda bulunan kişilere değil, sözleşme ilişkisi içerisinde haksızlığa uğrayan herkesin başvurabileceği bir kurumdur⁴²³.

II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SINIRLAYAN HALLERDEN OLMASI

Yukarıda belirttiğimiz gibi gabinin hukuki niteliğiyle ilgili görüşlerden bir tanesi “sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlama” olmasıdır. Kanunda gabinin düzenlendiği yer, BK m. 19-20’den hemen sonra gelmektedir. Bununla birlikte doktrinde yer alan birçok yazar gabini sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak değerlendirmekte ve bu doğrultuda görüşlerini ileri sürmektedirler. Bu nedenle aşağıdaki bölümde “sözleşme özgürlüğü kavramı” ve “sözleşme özgürlüğünün sınırları” ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

A. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Türk Borçlar Hukukuna hakim olan temel ilke, irade özerkliği ilkesidir⁴²⁴. İrade özerkliği, hukuk düzeninin fertlere kişisel ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanımış olduğu genel yetkidir⁴²⁵. İrade özerkliği, aslında insanın kendi kendisini yönetme, kendi kaderini, kendi geleceğini bizzat belirleme ilkesinin bir parçasını oluşturmaktadır⁴²⁶. Gerçekten irade özerkliği sayesinde fertler kendi aralarında kendi hukuklarını ve hukuki ilişkilerini kurup yaratırlar⁴²⁷. Bir başka deyişle irade özerkliğine işlerlik sağlayan en önemli hukuki araç, hukuki işlem ve özellikle sözleşmelerdir. Taraflar özerk iradeleriyle yaptıkları sözleşmelerle sınırlı da olsa kendilerini hem bağlayan, yani borç altına sokan, hem de hak sahibi yapan ve böylece bizzat uymak zorunda oldukları hukuk kuralları koyarlar⁴²⁸.

⁴²² Özkaya, s. 16.

⁴²³ Esener, s. 161.

⁴²⁴ Eren, s. 18; Oğuzman/Öz, s. 19.

⁴²⁵ Eren, s. 18; Oğuzman/Öz, s. 20.

⁴²⁶ Oğuzman/Öz, s. 18-19; Kılıçoğlu, s. 149 vd.

⁴²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 408; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 363.

⁴²⁸ Eren, s. 18.

İrade özerkliği, her hukuk düzeninde kapsamı dar veya geniş de olsa kabul edilmiştir. İrade özerkliğine geniş yer ayıran hukuk düzenleri, ilke olarak özel mülkiyet ve özel girişim ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünü kabul eden liberal hukuk düzenleridir⁴²⁹.

Liberalizm ve bireyciliğin savunduğu irade özerkliği ilkesinin doğal sonucu olarak Borçlar Hukukunda hakim olan diğer bir ilke de “sözleşme özgürlüğü ilkesi”dir⁴³⁰.

Türk Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunu sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanır⁴³¹. Ancak, bu kanunlarda sözleşme özgürlüğünün tanımına yer verilmemiştir. Ayrıca, Borçlar Kanununda özel hukukun en temel ilkesi olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü, genel ve bütün yönleriyle düzenlenmemiştir. Gerçekten BK m.11’de sadece şekil özgürlüğü, BK m.19/1’de ise sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü düzenlenmiştir⁴³².

Bununla birlikte doktrinde sözleşme özgürlüğünün çeşitli tanımları yapılmıştır. Bazı yazarlara göre, sözleşme özgürlüğü, kanuni istisnai hükümlerle sınırlanmayan veya engellenmeyen hukuki imkanlar içerisinde fertlere borçlar hukuku sözleşmeleri yapma özgürlüğü verilmesidir⁴³³. Buna karşılık doktrinde genel kabul gören görüşe göre ise, sözleşme özgürlüğü, fertlerin özel hukuk ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleme yetkisidir⁴³⁴. Nitekim Yargıtay, bir kararında, “...Genel olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler.Bu imkan, Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır....”⁴³⁵ demek suretiyle kişilere özel hukuk ilişkilerini özgürce düzenleme yetkisi veren sözleşme özgürlüğü kavramı tanımlamıştır. Bu özgürlüğün bir anlamı da taraflara, bir sözleşmenin yapılması konusunda tam bir serbesti tanımaktır. Türk Borçlar Hukukunun da

⁴²⁹ Eren, s. 268.

⁴³⁰ Eren, s. 19, 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 362 vd.; Kılıçoğlu, s. 127; Ayık, s. 242.

⁴³¹ Başpınar, s. 15; Ayık, s. 242.

⁴³² İnan, s. 123 vd.

⁴³³ Başpınar, s. 16.

⁴³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 362; Oğuzman/Öz, s. 19; Uygur, s. 155; Karahasan, s.267; Eren, s. 272; İnan, s.122; Ayık, s. 242.

⁴³⁵ Yarg. 4.HD, 26.10.1978, E.1977/1313,K. 1978/1234 (YKD 1979, S.5, s. 634-635).

esas aldığı ikinci anlamında ise sözleşme özgürlüğü, dar anlamda, tarafların sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi tespit edebilme yetkisidir⁴³⁶. Schweingruber'e göre ise sözleşme özgürlüğü kavramı üç farklı anlama gelmektedir. İlk olarak sözleşme özgürlüğü irade özgürlüğü anlamına gelir. Bu özgürlük kendi içerisinde bir sözleşmeyi yapıp yapmama ve içeriğini belirleme özgürlüğü olmak üzere ikiye ayrılır. İkinci olarak ise, Borçlar Hukukunun temelindeki özgürlüğü ifade eder. Bunun bazı istisnalarının bulunması onu zedelemeyiz. Çünkü esas kriter sözleşme özgürlüğüdür. Bu niteliğiyle sözleşme özgürlüğü bir bakımdan irade özgürlüğüne yaklaşmaktadır. Son olarak sözleşme özgürlüğü, BK m.19/1'de garanti edilen şekliyle sözleşme özgürlüğüdür. Bunun anlamı ise, kısacası, sözleşmenin içeriğini belirlemedeki hareket özgürlüğüdür⁴³⁷.

Türk Anayasası, herkesin kişiliğini serbestçe geliştirmesini güvence altına almıştır. Genel hareket serbestisinin içinde sözleşme özgürlüğü de bulunmaktadır. Gerçekten, Anayasa m.48/1'e göre, "Herkes,....sözleşme hürriyetine sahiptir". Anayasa m. 48 ile garanti altına alınmış olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, aslında ferdin davranış hürriyetinin, hak ve fiil ehliyetinin ve kişiliğinin zorunlu bir sonuç ve uzantısıdır⁴³⁸.

Söz konusu hüküm, Anayasanın "Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler" bölümünde yer almıştır. Buna karşılık 1961 Anayasası'nda sözleşme özgürlüğü, temel haklar ve özgürlükler arasında yer almaktaydı(m.40). 1961 Anayasası'ndaki düzenlemenin sözleşme özgürlüğünün önemini vurgulamak açısından daha yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Sözleşme özgürlüğü kişiliği geliştirme özgürlüğünün bir alt türüdür⁴³⁹. Borçlar Kanununun çeşitli maddelerinde sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlükten doğan alt özgürlükler hükme bağlanmıştır(m.11, m.19). Sözleşme özgürlüğü ile doğrudan doğruya ilgili hükümler ise BK m.19-20'de düzenlenmiştir. BK m.19-20'de sözleşme özgürlüğünün genel sınırları hükme bağlanmıştır. BK m.19'a göre "Bir sözleşmenin içeriği, kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin olunabilir".

⁴³⁶ Başpınar, s. 16.

⁴³⁷ Başpınar, s. 15'den naklen Schweingruber, Edwin: Die Wirtschaftlich Schwächere Vertragspartei insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1930.

⁴³⁸ Eren, s. 19.

⁴³⁹ Başpınar, s. 13; Eren, s. 17-18.

“Tarafların kanundaki düzenlemelere aykırı biçimde yaptıkları sözleşmeler, ancak kanunun emredici bir kuralına veya kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidir”.

Kanun maddesinin açık ifadesinden anlaşıldığı üzere, birinci fıkrada, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne yer verilmiştir. İkinci fıkrada ise, belli sınırlamalar dışında sözleşme özgürlüğünün bütün yönleriyle kabul edildiğinden söz edilmektedir. Bu temel kural sadece Borçlar Hukuku için geçerli olup, Medeni Hukuk, Eşya Hukuku, Miras Hukukunda sözleşme özgürlüğünün sınırları çok dardır. Hatta bu hukuk dallarının bazı alanlarında söz konusu bile değildir. Bu alanda yapılan sözleşmelerde sınırlı sayı ilkesi (numerus clausus) geçerlidir. Örneğin, Medeni Kanunda evlenme şekli veya evlad edinme sözleşmesi şekli tektir ve belirlidir⁴⁴⁰. Diğer taraftan sözleşme yapma zorunluluğunun doğal bir sonucu olarak, örneğin Miras Hukukunda mirasçılar, mirasın paylaşımını amaçlayan paylaşırma sözleşmesini bir mirasçının istemesi halinde yapmak zorundadırlar⁴⁴¹. Bu nedenle, bu alanlarda gerçek anlamda bir sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir. Borçlar Hukuku alanında ise sözleşme yapma zorunluluğu istisnadır. Hatta sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflara yapmış oldukları bir sözleşmeyi dilerlerse değiştirme veya tamamen ortadan kaldırma yetkisi verilmiştir⁴⁴². Özet olarak belirtmek gerekirse Türk Borçlar Kanunu, bu maddeyle bireyci ve liberal hukuk anlayışının etkisinde kalarak sözleşme özgürlüğü ilkesini asli bir kural olarak düzenlemiştir⁴⁴³.

Sözleşme özgürlüğü ile irade özerkliği ilkesini birbirinden ayırmak güçtür. Sözleşme özgürlüğü hukuk alanında irade özerkliğinin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu nedenle “irade özgürlüğü” ve “sözleşme özgürlüğü” kavramları çoğu zaman birbirinin yerine kullanılmaktadır⁴⁴⁴. Bunun asıl nedeni ise, kişilerin özel borç ilişkilerini düzenlerken, hukuki araç olarak daha çok borç sözleşmelerini kullanmalarındır⁴⁴⁵. Zira tarafların bir sözleşme ile bağlı kalma isteklerinin sebebi, söz konusu şeyi istemiş olmalarıdır. Onlar sözleşme ile iradelerinin bu yönde olduğunu da açıklamışlardır. Taraflar, bir hukuki ilişkide, iradelerini ne

⁴⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 363; Gönensay, s. 74; Olgaç, m. 19, N. 79.

⁴⁴¹ Eren, s. 272.

⁴⁴² Eren, s. 19.

⁴⁴³ Eren, s. 267.

⁴⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 363.

⁴⁴⁵ Eren, s. 270.

kadar kullanabilirlerse o oranda irade özerkliğine sahip olurlar⁴⁴⁶. İrade özerkliği ferde özel hukuk ilişkilerinde “kendi kendine norm koyma”, “kendi kanununu bizzat yapma” yetki ve gücünü verir⁴⁴⁷. Ne var ki buradaki “kendi kendine norm koyma”dan amaç, hukuk düzeninin sınırları içinde tarafların çeşitli sözleşmelerle borç ilişkilerini düzenlemek ve bununla bağlı olmaktır. Yoksa taraflara objektif hukuk normu düzenleme yetkisi verilmemektedir⁴⁴⁸. Nitekim Fransız Medeni Kanununun 1134.maddesinde bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar”. Bu sebeple sözleşme, onu yapanların kanunu, sözleşmenin kurucu unsuru olan fert iradesi de hukukun kaynağıdır⁴⁴⁹. Fertler hukuken eşit durumda olduklarından, borç ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyebilmektedir.

Kişilere, böyle bir yetkiyi veren sözleşme özgürlüğü bir üst kavramdır. Sözleşme özgürlüğü genel ve kapsamlı bir özgürlüktür. Bu özgürlükten çeşitli alt özgürlükler doğar. Bunlar, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlükleridir⁴⁵⁰. Bu ilke uyarınca fertler (taraflar) her şeyden önce herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta, yapmak istedikleri bir sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları içerisinde diledikleri tip ve içerikte yapma hususunda özgürdürler. Sözleşme özgürlüğünün bu türüne “düzenleme ve tip serbestisi” adı verilmektedir⁴⁵¹. BK m.19/I, taraflara sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi yetkisi vermiştir⁴⁵². Düzenleme serbesti uyarınca taraflar bir yandan sözleşmenin tipini, diğer yandan da sözleşmenin içeriğini, yani edimlerin miktarını, konu ve içeriğini, süre ve tarzını serbestçe tayin edip seçerler⁴⁵³. Bununla birlikte, düzenleme, muhteva

⁴⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 363; HGK. 20.3.1974 T., 1974/1053 E., 1974/222 K. (YKD. 1977, S. 1, s. 11-23).

⁴⁴⁷ Eren, s. 19, 268.

⁴⁴⁸ Eren, s. 268.

⁴⁴⁹ Eren, s. 268.

⁴⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. Özsunay, s. 51 vd.; Eren, s. 19; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 362; von Tuhr, s. 247 vd.

⁴⁵¹ Eren, s. 19.

⁴⁵² Eren, s. 284; Kılıçoğlu, s. 152.

⁴⁵³ Eren, s. 285.

veya tip serbestisi sadece borç sözleşmelerinde geçerli olup, diğer sözleşmelerde söz konusu olmaz⁴⁵⁴.

Tarafların sözleşme özgürlüğü gereğince karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde edim ve karşı edimin değerini serbestçe belirleyebilmeleri “adalet” meselesi hususunda düşünmeye yol açmaktadır⁴⁵⁵. Tarafların yapmış oldukları sözleşmede, sadece güçlü olan tarafın sözü geçmemelidir. Böyle bir durumda güçlü olan taraf çoğunlukla sözleşmenin içeriğini yani edimlerin miktarını, konu ve içeriği gibi hususları tek taraflı olarak bizzat belirleyecektir. Bu nedenle hakim önüne gelen somut olayda durumu iyi değerlendirmeli ve sözleşmeyi içerik açısından ayrıntılı bir biçimde tetkik etmelidir⁴⁵⁶.

“Denkleştirici sözleşme adaleti” ilkesini savunan yazarlara göre, edim ve karşı edim mübadelesinin adil olarak kabul edilebilmesi için, her şeyden önce karşılıklı edimlerin aynı değerde bulunması gerekmektedir. Bunun için karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede edim yükümlülüğü altına giren taraf bunun karşılığında uygun bir bedel almalıdır. Bu bağlamda “adil fiyat”, “doğru fiyat” ve “ortak fiyat” kavramları ortaya çıkmıştır⁴⁵⁷. Bununla birlikte, serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı ülkelerde, bir edimin objektif değerini, bu değer adil olup olmadığını ve karşılıklı edimler arasında bir dengenin var olup olmadığını belirlemek oldukça güç bir iştir⁴⁵⁸. Bu nedenle tarafların sözleşme konusunu oluşturan edime verdikleri şahsi önem dikkate alınmıştır. Yani karşılıklı edimler arasında sübjektif bir dengenin bulunması yeterli sayılmıştır. Bunun sonucu olarak edimler arasında adil bir değiş-tokuş ilişkisinden söz edebilmek için taraflardan her birinin karşı tarafın edimini kendisinin uygun bir karşılığı olarak görmesi yeterli kabul edilmiştir⁴⁵⁹.

Sonuç itibarıyla denilebilir ki, bir ülkede sözleşme özgürlüğünden söz edebilmek için, kural olarak serbest piyasa ekonomisinin kabul edilmesi gerekir. Çünkü, ancak piyasa ekonomisine dayanan sistemlerde kişilere tam anlamıyla sözleşme yapma özgürlüğü

⁴⁵⁴ Eren, s. 284-285; İnan, s. 138.

⁴⁵⁵ Buz, Gabin, s. 54.

⁴⁵⁶ Buz, Gabin, s. 55.

⁴⁵⁷ Buz, Gabin, s. 54.

⁴⁵⁸ Buz, Gabin, s. 54.

⁴⁵⁹ Buz, Gabin, s. 54.

tanınmaktadır. Liberal hukuk sisteminde kanun koyucu, kişilere hareket edebilecekleri bir çok alan bırakmaktadır ki bu alana sözleşme özgürlüğü de dahildir⁴⁶⁰.

B. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Sözleşme Özgürlüğü, bir ülkede yürürlükte olan ekonomik düzen hakkında önemli bilgiler verir. Hatta bu özgürlük ülkenin ekonomik düzeninin bir ölçütünü ifade eder. Sözleşme özgürlüğüne en uygun sistem, liberal hukuk sistemidir. Liberal hukuk düzeninde sözleşme özgürlüğü temel ilke olup, bu özgürlükle ilgili sınırlamalar istisnadır. Bu husus BK m.19'da "kanunun gösterdiği sınır içinde" denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Türk Hukukunda da istisnai sınırlamalar dışında sözleşme özgürlüğü temel ilkeyi oluşturmaktadır⁴⁶¹. Nitekim Yargıtayın bir kararında: "...Türk Hukuk sisteminde sözleşme serbestliği ilkesi kabul edilmiş olduğu tartışmasızdır (BK m.19). Kural olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içerisinde kalmak, özellikle emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla düzenleyebilir ve sözleşme yapabilirler..."⁴⁶² denilmek suretiyle sözleşme özgürlüğünün fertlere hukuk düzeninin sınırları içinde tanınmış temel bir ilke olduğu belirtilmektedir. Ancak hukuk subjeleri davranışlarında tamamen özgür değildirler. Çünkü her özgürlüğün bir sınırı vardır. Bunun doğal sonucu olarak, sözleşme özgürlüğünün de bir sınırı vardır⁴⁶³.

Türk/İsviçre Hukuk Sistemi de irade özerkliğini ve onun bir sonucu olan sözleşme özgürlüğünü mutlak şekliyle değil, sınırlı olarak kabul etmiştir. Bu kabule göre irade özerkliği, fertlere hukuk düzeni tarafından devredilen bir yetkiden ibarettir. İrade özerkliği bir ilke olarak kabul edilmekle birlikte, ona bazı sınırlar da getirilmiştir. İrade özerkliği ve sınırları, hukuk düzenine ve dolayısıyla kanuna dayanmaktadır⁴⁶⁴. Ancak, buna rağmen irade özerkliği asıl, sınırlama ise istisnadır. Sınırlama istisna olarak kabul edildiği için, bunun geniş yorumlanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, devlet müdahalesi artmış ve bunun sonucunda liberal ve bireyci toplum düzeninin temel taşı olan özel hukuk, dolayısıyla da borçlar hukuku anlam ve işlevini önemli ölçüde kaybetmiş olur. Oysa irade özerkliği ilkesi,

⁴⁶⁰ Başpınar, s. 14.

⁴⁶¹ Başpınar, s. 17-18.

⁴⁶² Yarg. 14. HD., 30.5.1996 T., 1996/5075 E., 1996/5380 K. (YKD. 1996, S.8, s. 1261-1262).

⁴⁶³ Başpınar, s. 18; Özkent, Ücret, s. 51-52.

⁴⁶⁴ Eren, s. 268-269.

kişileri, kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devlet müdahalesinden korumayı amaçlamaktadır⁴⁶⁵.

İrade özerkliği ve onun ayrılmaz sınırları, her ülkenin pozitif hukuku tarafından düzenlenmiştir. Hukuk düzeni irade özerkliğini sınırlı bir şekilde tanıyabileceği gibi, ona her zaman yeni sınırlar da getirebilir⁴⁶⁶. Tekinay sözleşme özgürlüğünün ya olumlu (müsbet) ya da olumsuz (menfi) biçimde sınırlanabileceğini belirtmektedir. Olumlu sınırlama, bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu saymak, edimlerin değerini bazı sınırlamalara tabi tutmak, bazı sözleşmeleri kamu organlarının iznine bağlı kılmak gibi yollarla olur. Olumsuz sınırlama ise, sözleşmeleri hükümsüz saymak ve yasaklamak tarzında gerçekleştirilir⁴⁶⁷.

Nitekim sözleşmeler alanında sözleşme serbestisi asıl olmakla birlikte, Borçlar Kanunumuzda sözleşme serbestisinin sınırları m.19/II ve 20/I'de ifade edilmiştir. BK m.19/II'de, "Kanunun kati surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka(adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir" şeklindeki düzenlemeyle sözleşme özgürlüğünün genel sınırları hükme bağlanmıştır.

Tekinay, "kanunda yazılı hükümlere uymayan anlaşmalar ancak, kanunun değiştirilemez nitelikte bir hüküm koymamış; veya sözü edilen uymama, kamu düzenine, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı düşmemiş bulunduğu takdirde caizdir" şeklindeki bir çevirinin örnek İsviçre Borçlar Kanununa daha uygun olacağını belirtmiştir⁴⁶⁸. Bu madde ayrıntılı bir şekilde incelendiği zaman, sözleşme ile bertaraf edilebilecek ve edilemeyecek olan kanun hükümlerini birbirinden ayırmaktadır. Ayrıca sözleşme özgürlüğünü, taraflarca etkisiz bırakılamayacak olan kanun hükümleriyle sınırlamaktadır⁴⁶⁹.

Bazı yazarlara göre, sözleşme özgürlüğünün sınırları maddi ve şekli sınırlar olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁷⁰. Bu yazarlara göre maddi sınırlar, hukuka ve ahlaka aykırılıktır. Ahlaka

⁴⁶⁵ Eren, s. 18-19.

⁴⁶⁶ Eren, s. 269.

⁴⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364.

⁴⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 369-370.

⁴⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 370.

⁴⁷⁰ Başpınar, s. 19'dan naklen, Giger, Hans: Rechtsfolgen norm und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989, s. 7 vd.

aykırılık da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar dar anlamda ahlaka aykırılık ve kişilik haklarına aykırılık şeklindedir. Her iki içerik sakatlığının sonuçları BK m.20’de düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün şekli sınırları ise şekil kurallarına aykırılıktır. Bu kurallar da BK m.11 vd. hükme bağlanmıştır. Buna karşılık bazı yazarlara göre sözleşme özgürlüğünün sınırlarını, kanuni ve fiili sınırlar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmak daha isabetlidir⁴⁷¹.

BK m.20/I’de ise sözleşme özgürlüğünün sınırlarının aşılması durumunda uygulanacak hükümsüzlük yaptırımı gösterilmiştir. Bu maddeye göre, “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik, yahut ahlaka (adaba) aykırı mugayir olursa o akit batıldır”.

Sözleşme özgürlüğünün olumsuz biçimde sınırlanması, sadece belli konulara ilişkin emredici kurallarla gerçekleştirilmiş değildir. Kanun belli ve özel konularla ilgili emredici hükümler dışında, sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı bazı genel ilkeler koymaktadır. Bu ilkeler BK m.19/II ve 20/I’de ifade edilmiştir. Buna göre, konusu ahlaka, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı veya imkansız olan sözleşmeler yapılamaz. BK 19/II ve 20/I. maddelerde yer alan bu esaslar birer emredici kural niteliğindedir. Kanun gerekli gördüğü bazı hallerde bu genel esasları teyid eden, belli ve özel konulara ilişkin hükümler koymuş olabilir. Bu tür özel hükümler, ahlaka, kamu düzenine veya şahsiyet haklarına aykırılığın nerede başlayacağını bizzat kanun koyucunun belirlemesinde fayda görülen, özel haller için konmuştur. Hatta, belli konulara ilişkin emredici kuralların önemli bir kısmı, ahlak düzenini ya da şahsiyet haklarını korumak amacını taşımaktadır. Ancak bu amaçlar dışında kabul edilmiş emredici kurallar da vardır. Bunlar hukuk politikasının çeşitli gereklerine dayanmaktadır. Bununla birlikte BK 19/II ve 20/I. maddelerin asıl uygulama alanı, ahlaka, şahsiyet haklarına ve kamu düzenine aykırılık hallerinin özel hükümlerle teyid edilmediği durumlarda söz konusu olur⁴⁷².

Yukarıda açıklanan bilgiler göz önüne alındığında acaba gabini sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul edebilir miyiz?

Doktrinde yer alan yazarların büyük çoğunluğu, gabini sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul etmektedir⁴⁷³.

⁴⁷¹ İnan, s. 123.

⁴⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 371.

⁴⁷³ Von Tuhr, s. 311; Elbir, Tez, s. 150; Eren, s. 303; Kocayusufpaşaoğlu, s. 390; Tunçomağ, s. 230; İnan, s. 202; Feyzioğlu, Borçlar, s. 234; Esener, s. 159; Akıntürk, s. 60; Kılıçoğlu, s. 128; Reisoğlu, s. 107; Saymen, Gabin, s. 977; Saymen/Elbir, s. 230; Kaplan, s. 102; Aybay, s. 65; Baştuğ, s. 99; İnan, s. 202.

Kural olarak taraflar, sözleşmenin konusunu ve şartlarını serbestçe belirleyebilirler. Ancak bu koşulların belirlenmesinde bir tarafın, diğer tarafın içinde bulunduğu özel durumları bilmesi ve bu durumdan yararlanmak istemesine izin vermek ahlak ve dürüstlük kurallarına aykırı olur. Ayrıca sözleşme özgürlüğünü bu şekilde başıboş bırakmak doğru değildir. Bu nedenle gabin sözleşme özgürlüğüne getirilen genel sınırlamalardan biri olarak kanundaki yerini almıştır. Görülüyor ki Borçlar Kanunumuz gabini, iradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak değil, sözleşmenin konusunun ve şartlarının belirlenmesinde tarafların kural olarak sahip oldukları sözleşme serbestisine getirilen genel bir sınırlama olarak hükme bağlamıştır⁴⁷⁴.

Bu görüş taraflarından Tunçomağ'a göre, gabin kurumu, hukuka, ahlaka aykırılık, imkansızlık hallerinde olduğu gibi sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadır. Çünkü BK m.21'deki gabine ilişkin hükümler edim ve karşı edimin içeriği hususunda sözleşme serbestisine sınır getirmiştir⁴⁷⁵.

Elbir'e göre de gabin, gerek Borçlar Kanunundaki düzenleme yeri dikkate alındığında, gerekse iradeyi sakatlayan sebeplerden bağlı bulunduğu rejim nedeniyle, iradeyi sakatlayan bir sebep olarak değil, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul edilmiştir⁴⁷⁶. Bu bakımdan BK m. 21, bir sözleşmenin konusunun ve şartlarının, kanunun gösterdiği sınırlar çerçevesinde, serbestçe belirlenebileceği ilkesinin istisnalarından birini oluşturmaktadır. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında BK m.21'in dar yorumlanması gereken istisnai bir hüküm olduğunu belirtmiştir⁴⁷⁷. Yine Elbir'e göre, hukukumuzda, gabini, iyiniyet ilkesini düzenleyen MK m.2'nin sözleşmeler alanında, karşılıklı edimlerin tespitinde bir yarışması olarak düşünmek gerekmektedir⁴⁷⁸.

Nitekim aynı görüşü savunan Ayık da benzer bir ifadeyle, gabinin, Medeni Kanunumuzun 2. ve 3. maddelerinde söz konusu olan iyiniyet kuralı ile yakın bir bağının bulunduğunu belirtmiştir. İyiniyet kuralına açık bir şekilde aykırı olan sözleşmeler karşısında kanunumuzun sessiz kalması düşünülemezdi. Bununla birlikte Borçlar Hukukunda gabinin kabul edilmesindeki amaç, zayıfları, tecrübesizleri korumak ve müzayaka altında bulunan

⁴⁷⁴ Feyzioğlu, Borçlar, s. 248-249; aynı görüşte Kılıçoğlu, s. 128; Özkent, Ücret, s. 52.

⁴⁷⁵ Tunçomağ, s. 230; aynı görüşte Akıntürk, s. 60.

⁴⁷⁶ Elbir, Tez, s. 273.

⁴⁷⁷ Karar için bkz. Elbir, Tez, s. 150.

⁴⁷⁸ Elbir, Tez, s. 273-274.

sözleşme tarafının, manevi baskı altında sözleşmeyi yapmış saymak, düşüncesinden ileri gelmiştir⁴⁷⁹.

Gabinin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan biri olduğunu kabul eden yazarlardan Kocayusufpaşaoğlu'na göre, gabinde her zaman, sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasının önlenmesi yanında, bir de irade bozukluğu bulunduğu, zira sömürülen tarafın iradesinin oluşum anında sakatlandığını söylemek yerinde değildir. Yazara göre sömürülenin saik hatasına düşmüş sayılması, ancak “tecrübesizlik” ve “hiffet” hallerinde söz konusu olabilir. Zira, müzayaka halinde, içinde bulunduğu zor durum nedeniyle bile bile aleyhindeki sözleşmeyi yapmak zorunluluğunu hisseden sömürülen, kural olarak, herhangi bir hataya düşmüş olmadığı gibi aldatılmış da değildir. Ayrıca bu durumdaki bir kişinin, BK m.29-30 anlamında korkutulmuş olduğu da, kesinlikle ileri sürülemez. Örneğin vadesi gelen borcunu ödemek için değerli bir malını satmaya çalışan, fakat alıcı bulamadığı için, onun bu durumundan yararlanarak düşük fiyat teklif eden kimsenin tehdit edildiğinden söz edilemez. Görülüyor ki, bu örnekte, hata, hile veya ikrah şeklinde herhangi bir irade bozukluğu değil, gabin vardır⁴⁸⁰.

Bununla beraber Von Tuhr'a göre, kanun, gabini irade bozukluğu hallerinden biri olduğu için değil, ahlaka aykırı kabul etmesi nedeniyle, gabine maruz kalan kişiye fesih hakkı tanımıştır⁴⁸¹.

Aybay'a göre ise, sözleşmenin kurulması sırasında, bir kimsenin kendi çıkarlarını korumakta sahip olduğu serbestlik, aslında kişinin maddi ve fiili imkanlarıyla yakından ilgilidir. Örneğin, kalp krizi geçiren hastasına doktor arayan kişinin, kasabanın tek doktoruna başvurması halinde, doktorla yapacağı sözleşme şartlarının belirlenmesi açısından tamamen özgür durumda olduğu iddia edilemez. Görülüyor ki bu gibi haller nedeniyle ortaya çıkabilecek sömürüyü engellemek için kanun koyucu BK m.21'de gabin kurumunu düzenlemiş ve bu açıdan sözleşme özgürlüğünü sınırlamıştır⁴⁸².

⁴⁷⁹ Ayık, s. 244.

⁴⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 391.

⁴⁸¹ von Tuhr, s. 280; Ayrıca bkz. Ayık, s. 244

⁴⁸² Aybay, s. 43.

III. İRADE SAKATLIĞI HALLERİNDEN SAYILMASI

Doktrinde gabinin hukuki niteliğiyle ilgili ileri sürülen ikinci görüşe göre gabin, hata, hile ve ikrah gibi irade bozukluğu halindedir.

Eren'e göre, gabin aslında, sözleşmenin ahlaka aykırı olarak yapılması hallerinden biridir. Bununla birlikte gabin halinde sömürülen tarafın iradesi oluşum anında sakatlanmaktadır. Bu nedenle burada saik hatası vardır⁴⁸³. Kocayusufpaşaoğlu'na göre ise, gabine maruz kalan kimsenin bir saik hatasına düşmüş sayılması BK m.21'de belirtilen zayıflık hallerinden ancak "tecrübesizlik" ve "hiffet" hallerinde söz konusu olabilir. Buna karşılık "müzayaka" halinde bir irade sakatlığından söz etmek her zaman mümkün olmayacaktır. Çünkü, müzayaka halinde, kişinin içinde bulunduğu zor durum nedeniyle kendi aleyhine olan sözleşmeyi bilerek yapmak zorunda kalması nedeniyle, ilke olarak herhangi bir hataya düştüğü veya düşürüldüğü ya da BK m.29-30 anlamında ikraha maruz kaldığı iddia edilemez⁴⁸⁴. Örneğin vadesi çoktan gelmiş olan borcunu ödeyebilmek için yüksek faizle kredi alan bir kişinin, iradesinin hata, hile veya ikrahın etkisinde olduğundan söz edilemez. Ancak Kürşat'a göre, burada her şeye rağmen kişinin iradesinin sakatlanmış olduğu kabul edilmelidir. Yazara göre burada gabine uğrayan kimsenin iradesinin özgür bir şekilde ortaya çıkmadığı ve baskı altında olduğu açıkça ortadadır. Gabin halinde, gabine uğrayanın iradesi dışarıdan bir kimsenin etkisi ya da kendiliğinden oluşan bir etki altında değildir. Fakat irade bazı olguların etkisiyle baskı altındadır. Bu nedenle de kişi özgür ve sağlıklı bir iradeye sahip olmadığı için, aslında kurmayacak olduğu sözleşmeyi içinde bulunduğu durumun etkisiyle kurmaktadır⁴⁸⁵.

Bununla birlikte bazı yazarlar da gabini kıymette hata olarak kabul etmişlerdir. Gabinin hataya, özellikle kıymette hataya benzeyen yönleri bulunmaktadır. İki durumda da karşılıklı edimler arasında dengesizlik vardır. Bununla birlikte hatada sözleşmenin karşı tarafının sömürme kasdı söz konusu değildir. Ayrıca hataya düşen taraf, sözleşmeyi yaptığı sırada hataya düştüğünün farkında bile değildir. Ancak gabinin subjektif unsurlarından müzayaka halinde yapılan sözleşmede, müzayaka altında bulunan taraf edimler arasındaki açık oransızlığı bilmektedir. Buna rağmen sözleşmeyi yapmak zorunda kalmaktadır. Kıymette hatada irade ile beyan arasında uygunsuzluk bulunduğu halde, gabinde irade doğru olarak

⁴⁸³ Eren, s. 377.

⁴⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 391.

⁴⁸⁵ Kürşat, s. 151.

açıklanmıştır. Hatada bir yıllık hak düşürücü süre hataya düşüldüğünün öğrenilmesinden itibaren başladığı halde, gabinde aynı süre sözleşme tarihinden itibaren başlamaktadır. Borçlar Kanunumuzun sistematığı incelendiği zaman kıymette hata kavramının başlı başına rızada bir fesat sebebi olarak düzenlenmediği anlaşılır. Nitekim Borçlar Kanunumuzun 24/3. maddesinde, “Hata ettiğini iddia eden tarafın taahhüt ettiği ivazın kastettiği şeyden ehemmiyetli surette çok ve mukabil ivazın ehemmiyetli surette az olması” hükme bağlanmıştır. Edimler arasındaki aşırı oransızlığı, hata niteliğinde kabul etmek doğru değildir⁴⁸⁶.

İrade bozukluğu hallerinden hile ise, gabinle şartları birbirinden farklı olan iki ayrı hukuki kurumdur. Ancak hile ve gabin arasında ortak yönler bulunmaktadır. Her iki kurumda da sözleşme, taraflardan birine tanınan iptal hakkı ile sona ermektedir⁴⁸⁷. Nitekim doktrinde hakim görüşe göre, gabin için öngörülmüş olan iptal hakkının hukuki niteliği ve kullanılması, irade bozukluğu hallerine ilişkin iptal hakkı ile aynı niteliktedir⁴⁸⁸. Ayrıca gabin halinde, hilede olduğu gibi, gabine maruz kalan taraf dışında başka bir kişinin iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi iptal etmesi mümkün değildir⁴⁸⁹. Gerek gabin gerekse hileye maruz kalan kişi uğradığı zararlar nedeniyle, sözleşmenin karşı tarafından tazminat isteyebilir⁴⁹⁰. Her iki halde de, sözleşmenin karşı tarafının, sözleşme görüşmeleri sırasında kusursuz davrandığı iddia edilemez.

Yukarıda belirttiğimiz ortak yönler dışında, gabin ve hile birlikte incelendiğinde, bu iki kurum arasında farklı özellikler bulunduğu anlaşılır. Bu özellik, gabinde sömüren tarafın sözleşmenin kurulması için hileye başvurusunun şart olmamasıdır. Diğer bir özellik de, gabinde sözleşme yapmak isteyen ve ilk girişimde bulunan tarafın, karşı tarafın zayıf durumundan bilerek ve isteyerek faydalanan kimse olmasının şart olmamasıdır. Sözleşme yapma teklifi gabine maruz kalan kişiden gelebilir. Hatta bu kişi, BK m.21’de belirlenen müzayaka, hiffet, tecrübesizlik hallerinden dolayı, sözleşmenin diğer tarafının aşırı yarar sağlamakta olduğunu bile bile sözleşmeyi düzenlemiş olabilir. Ancak belirtilen bu durumlar

⁴⁸⁶ Birsen, s. 108; Elbir, Unsurlar, s. 16; bkz. Saymen/Elbir, s. 233 dn. 8.

⁴⁸⁷ Kürşat, s. 152; Birsen, s. 84.

⁴⁸⁸ Çağa, s. 40; Eren, s. 392; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 464-465; Sungur, s. 38; Özkaya, s. 32; von Tuhr, s. 313; Oser/Schönenberger, m. 21, N. 14.

⁴⁸⁹ Oser/Schönenberger, m. 21 N. 14; Tunçomağ, s. 394.

⁴⁹⁰ Eren, s. 393; Sungur, s. 41; von Tuhr, s. 313.

gabinin unsurlarının gerçekleşmesine engel değildir. Bununla birlikte aynı durumların bulunması halinde hile gerçekleşmemektedir⁴⁹¹. Bu görüş taraftarlarından Birsen'e göre, hile halinde, bir kimsenin hukuki işlem yapmasını sağlamak için onu sözleşmenin diğer tarafı ya da üçüncü bir kişi kasden yanıltılmaktadır. Buna karşılık gabinde sözleşmenin karşı tarafı hiçbir desiseye başvurmuş değildir. Hatta sözleşme yapma teklifi gabine maruz kalan kişiden gelebilir ve bu kişi içinde bulunduğu durumu bile bile sözleşme yapmaya razı olmuştur. İşte bu nedenlerle gabinde hile hali mevcut değildir. Ne var ki desiseler kullanılırsa, hilenin gabine dahil olduğu söylenebilir⁴⁹². Bununla birlikte hile halinde sözleşme yapma teklifi hileye başvuran kişi tarafından gelebilir. Hileye uğrayan taraf da sözleşmenin yapılmasını isteyebilir. Ancak bu kişinin yanlış düşünceleri ortadan kaldırılmayarak ve özellikle devam ettirilmek suretiyle sözleşme yapılmaktadır. Gabinde ise sözleşme yapma teklifi gerek gabine maruz kalan taraftan gerekse gabinden yaralanan taraftan gelebilir. Ancak gabine maruz kalan kişi hiffet ve tecrübesizlik halleri nedeniyle edimler arasındaki açık oransızlığı fark edememektedir. Gabin ve hile şartları birbirinden farklı olsa bile çoğu zaman bu iki kurum aynı olayda birleşmektedir. Böyle bir durumda zarar gören kişi bu iki kurumdan birini seçmeli ve iddiasını o yönde ispatlamalıdır⁴⁹³. Gerçekten de gabin ve hile farklı iki hukuki kurum olmasına rağmen, şartlarının aynı olayda birleştiği görülmektedir.

Sömüren taraf diğer tarafı hile kastıyla sömürmüş ve bu şekilde sözleşmenin yapılmasını sağlamış olabilir. Hile hali özellikle gabine uğrayan kişide bulunan, hiffet veya tecrübesizlik halleri ile birleşmektedir. Aynı şekilde sözleşmeden yararlanan taraf, müzayakayı kasden oluşturmuş ve sonradan da bu durumdan yararlanmışsa, yine gabinle birlikte hile söz konusu olabilecektir⁴⁹⁴. Ancak her olayda hilenin şartlarını tam olarak bulmak mümkün olmamaktadır⁴⁹⁵. Hile, bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için her türlü desiseyi yapma, onda kasden hatalı bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut olan hatalı bir kanaati koruma veya sürdürme fiiline denir. Burada sözleşme yapan taraflardan biri sözleşmeyi kurmak için kasden yanıltılmış ve

⁴⁹¹ Kürşat, s. 152.

⁴⁹² Birsen, s. 108-109.

⁴⁹³ Birsen, s. 83.

⁴⁹⁴ Kürşat, s. 152; Eren, s. 391; Gönensay, s. 119; Arsebük, s. 455; von Tuhr, s. 332.

⁴⁹⁵ Feyzioğlu, Borçlar, s. 258.

aldatılmıştır⁴⁹⁶. Aldatan taraf, hile fiiliyle aldatılan tarafta bir saik hatasına sebep olmaktadır. Bu nedenle hile sonucu aldatılan tarafın düştüğü hata, niteliği göz önüne alındığında bir saik hatasıdır⁴⁹⁷. Böyle bir hileden doğan saik hatası esaslı olmasa da geçersizlik sebebidir. Gabinde ise gabine maruz kalanın içinde bulunduğu müzayaka, hiffet, tecrübesizlik gibi zayıf halleri nedeniyle karşılıklı edimler arasında açık oransızlık söz konusu olmaktadır. Ne var ki edim ve karşı edim arasındaki bu oransızlık bizzat gabine maruz kalan kişiden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin diğer tarafı, gabine uğrayan tarafın zayıf durumlarını bildiği için, fırsatı iyi değerlendirmekte ve sözleşme konusunu, değerinin çok altında bir bedelle satın alabileceğini söylemektedir⁴⁹⁸.

Daha önce belirttiğimiz gibi, aynı olayda gabinle birlikte hile söz konusu olabilir. Gabin halinde iptal süresinin sözleşmenin kurulmasından itibaren işlemeye başlaması, BK m.21'in uygulama alanını, irade sakatlıkları ile ilgili maddelerin uygulama alanına oranla daraltmaktadır. Ancak bu gibi durumlarda gabin nedeniyle iptal hakkını, sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yılın geçmesi üzerine kaybeden kimsenin sözleşmeden kurtulma imkanı bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki bu kişi, hilenin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayan bir yıllık süre içinde kullanabileceği iptal hakkını kullanarak yine de sözleşmeden kurtulabilir⁴⁹⁹.

Gabin halinde ikrahın mevcut olduğunu ve bunun irade sakatlığı sebeplerinden biri olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır⁵⁰⁰. Örneğin, A, B'ye karşı, borcunu ifa etmediği takdirde, mahkemeye ya da icraya başvuracağını bildirerek, onunla bir sözleşme yapmışsa, bu durum, ikrah olarak değerlendirilemez. Ancak, A, B'nin içinde bulunduğu bu özel halinden yararlanarak sözleşme yapmış ve fahiş bir yarar sağlamışsa, bu durumda sözleşmeye ikrah hakkındaki hükümler uygulanır. Bu durum, BK m.30/II'de şu şekilde düzenlenmiştir: "Fakat fahiş menfaatler istihali için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa, bu korku nazara alınır". Örneğimize geri dönersek, A, B'yi korkutarak aslında 40 Milyon lira alacağı için B'nin 120 Milyon liralık malını 50 Milyon liraya satın

⁴⁹⁶ Eren, s. 358; Oğuzman/Öz, s. 89; Esener, s. 145.

⁴⁹⁷ Eren, s. 358.

⁴⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 445.

⁴⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 391.

⁵⁰⁰ Birsen, s. 109.

alırrsa, B sözleşmeyi irade sakatlığı nedeniyle iptal etme hakkına sahiptir⁵⁰¹. Nitekim, tehdit olunan taraftan aşırı yararlar sağlamak için onun müzayaka halinde bulunmasından yararlanılmışsa, bu korkunun dikkate alınması gerekir⁵⁰². Şunu hemen belirtelim ki, bir kişi manevi bir ikrah ile müzayaka haline düşürülmüş ise bu halde olaya hem gabin hükümleri hem de ikrah hükümleri uygulanabilmelidir⁵⁰³. Ancak ikrah halinde bazı unsurların gerçekleşmesi gereklidir. BK m.30'da ikrahın unsurları şu şekilde belirtilmiştir: Sözleşmeyi yapan kimseye yeya yakınlarına yönelmiş bir tehlike söz konusu olmalıdır; tehlike ağır ve derhal meydana gelecek nitelikte olmalıdır; tehdit hukuka aykırı olmalıdır; ikrah ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı bulunmalıdır⁵⁰⁴. Ancak gabin halinde, ikrahın meydana gelmesi için şart olan bu unsurların hiçbiri gerçekleşmemektedir. Bu nedenle gabin halinde ikrahın mevcut olduğu savunulamaz⁵⁰⁵. Şöyle ki, ikrah halinde aslında sözleşme yapmak istemeyen tarafın, kendisi veya yakınlarına yönelmiş ağır ve derhal meydana gelecek nitelikte bir tehlike tehdidi nedeniyle zorla sözleşme yapması sağlanmaktadır. Gabin halinde ise, gabine uğrayan taraf, özgür iradesi ile sözleşme yapmaktadır. Müzayaka halinde kendisi veya yakınlarının derhal uğrayacağı bir tehlike etkisiyle sözleşme yapmış olsa bile, bu tehlike sözleşmenin diğer tarafınca meydana getirilmemektedir. İkrah karşı tarafın ikrahi ve üçüncü şahsın ikrahi olmak üzere ikiye ayrıldığı halde gabinde böyle bir ayırım yoktur. Müzayaka hali, karşı tarafın veya üçüncü şahsın eylemi bulunmadan da gerçekleşebilir. Hatta bir kimse kendi kusurlu davranışları nedeniyle de müzayaka haline düşebilir. Ayrıca ikrah hukuka aykırı yani haksız olduğu halde; müzayaka haklı ve yasal bir sebepten dolayı meydana gelebilir. Örneğin, vergi borcu, icra takipleri vs.

Açıklanan bu nedenlerden dolayı gabin ile ikrah şartları birbirinden farklı olan iki ayrı hukuki kurumdur ve ortak yönleri bulunmamaktadır⁵⁰⁶. Yargıtay'ında bu görüşü destekler nitelikte kararları bulunmaktadır. Nitekim Yargıtayın bir kararında, ".....Bir davada birkaç hukuki sebebin bir arada incelenebilmesi için, bunlardan birinin diğerinin incelenmesine olanak tanınması koşuluna bağlıdır. Somut olayda davacı, gabin ve ikrah hukuksal nedenlerine

⁵⁰¹ Eren, s. 366-367.

⁵⁰² Olgaç, s. 163-164; Gönensay, s. 119.

⁵⁰³ Kalkan, s. 177.

⁵⁰⁴ Eren, s. 364-367.

⁵⁰⁵ Birsen, s. 109; Feyzioğlu, Borçlar, s. 255; Özkaya, s. 19.

⁵⁰⁶ Yarg. 1. HD., 2.5.1978 T., 1978/3138 E., 1979/6251 K. (YKD. 1979, sayı 1, s. 15-18).

dayandığını bildirmiş ve tüm aşamalarda bu savını değiştirmemiştir. O halde yasanın değişik hükümleriyle düzenlenen ve birbiriyle çelişen gabin ve ikrahtan hangisine dayandığı davacıdan sorularak ona göre soruşturma ve değerlendirme yapılması zorunludur”⁵⁰⁷ şeklinde ifadesiyle, aynı somut olayda gabin ve ikrahın birlikte ileri sürülmelerinin doğru olmadığı vurgulanmıştır. Gerçekten de Yargıtay’a göre bu kurumların her biri Borçlar Hukukunun farklı hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu nedenle hukuki yapısı tümüyle farklı olan sebepler aynı davada ileri sürülemez.

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

GABİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§ 7. SÖZLEŞME İLE BAĞLI OLMAMA

I. SÖZLEŞME İLE BAĞLI OLMAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Gabini ahlaka aykırılıkla aynı paragrafta düzenleyen Alman Medeni Kanunu (BGB § 138), bunu ahlaka aykırılıkla aynı yaptırıma, mutlak butlan yaptırımına tabi tutmuştur. Bu hükme göre, gabin halinde hakim sözleşmenin batıl olduğunu re’sen göz önüne alacağı gibi, herkes de butlanı ileri sürebilecektir. Görüldüğü üzere, Alman Kanunkoyucu, bir kimsenin zayıf durumundan yararlanıp onu sömürmesinin ahlak kurallarıyla bağdaşmayacağı düşüncesinden hareket etmiştir.

Buna karşılık, Türk/İsviçre Borçlar Kanunu sistemine göre, gabin halinde, sömürülene sadece iptal hakkı tanınmıştır. İsviçre/Türk Borçlar Kanununda gabinli sözleşmenin iptal yaptırımına bağlanmış olması bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Bu yazarlara göre, gabinli

⁵⁰⁷ Yarg. 1.HD, 22.3.1988, E.1988/13917, K. 1988/3505 (Özkaya, s. 85-86) Yarg. 4. HD., 25.01.1949 T., 611E., 311 K.; Yarg. HGK., 08.10.1952 T., 1/2 E., 124 K. (Olgaç, s. 108).

işlem “ahlaka” veya “kamu düzenine” aykırı olup, Alman hukukunun sistemine üstünlük tanınmalıdır⁵⁰⁸. Ancak, bu görüşe karşı çıkılarak, burada sömürülenin menfaatinin önemli olduğu, sömürülenin sözleşmeyi ayakta tutmak istemesi halinde, bunu batıl sayma yoluna gidilmemesi gerektiği belirtilerek, İsviçre/Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemenin isabetli olduğu ileri sürülmektedir⁵⁰⁹.

Gabini düzenleyen BK m. 21’e göre, “...mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir”. Görüldüğü üzere kanun,gabin halinde, sömürülen tarafın sözleşmeyi “feshe” yetkisinden söz etmektedir. Oysa burada gabinli sözleşmenin feshedebileceğinden bahsedilmesi isabetli değildir. Zira fesih, sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır⁵¹⁰. Gabin halinde ise, sömürülen tarafın, sözleşmeyi iptal hakkı da, fesihte olduğu gibi, tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşme ilişkisini sona erdirme yetkisi veren, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Ancak iptalde, fesihten farklı olarak, sözleşme ilişkisi geleceğe yönelik değil, geçmişe etkili olarak sona erdirilir⁵¹¹. Borçlar Kanunumuzun genel hükümler kısmında iptal hakkı hata, hile ve ikrah gibi irade sakatlığı halleri ile gabin hali bakımından öngörülmüştür⁵¹².

İrade sakatlığının hukuki sonucu yani irade sakatlığına bağlanan yaptırım hakkında doktrinde başlıca iki görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan biri “geçersizlik görüşü”, diğeri ise “iptal görüşü”dür. Geçersizlik görüşüne göre, sözleşme baştan itibaren geçersiz olup, belirli

⁵⁰⁸ Feyzioğlu, Borçlar, s. 249, 260; Saymen/Elbir, s. 243.

⁵⁰⁹ Bkz. Schwarz, Borçlar, s. 352. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre, “BK m. 20 ile BK m. 21’in aynı sonuçları doğurmamaları sözleşmeyi sakatlayan sebeplerin farklılığındandır. BK m. 20’nin uygulandığı durumlarda sözleşme serbest irade ile kurulmuştur, ancak muhtevası imkansız, hukuka ya da ahlaka aykırı olduğu için kanunkoyucu bu sözleşmeye dayanılarak hak ileri sürülmesine izin veremez. BK m. 21’deki durumda ise sözleşmeyi kuran iradelerden biri bozuktur. Çünkü taraflardan biri diğerrinin sözleşme yapma konusundaki iradesini, sıkıntıda oluşunu, tecrübesizliğini ya da hafifliğini istismar ederek elde etmiştir. Bu bakımdan kanun, sözleşmenin hükümsüz sayılmasını gabin dolayısıyla zarara uğrayan tarafın iradesine bırakmıştır” (BGE 84 II 107- Feyzioğlu, Borçlar, s. 261, dn. 444’ten naklen).

⁵¹⁰ Serozan, Borçlar, s. 173; Kocayusufpaşaoğlu, s. 401; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 464; Oğuzman, s. 368.

⁵¹¹ Buz, Dönme, s.86.

⁵¹² Borçlar Kanunumuzun özel hükümler kısmında arttırma yoluyla satışlar, bağışlama ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de iptal hakkı düzenlenmiş olmakla beraber, bu hallerde, genel hükümlerden farklı olarak, yenilik doğuran bir hak niteliğinde olmayıp, dava yoluyla ileri sürüldüğü için, yenilik doğuran dava hakkı niteliğindedir. Bkz. Buz, Dönme, s. 86, dn. 99; Eren, s. 381; Edege, s. 328; Esener, s. 163; Ayık, s. 251.

bir süre içinde geçersizlik yaptırımını kullanılmazsa sözleşme geçerli hale gelir⁵¹³. Başka bir ifadeyle, taraflardan birinin iradesinin sakatlandığı sözleşme, butlanda olduğu gibi, baştan itibaren geçersiz olup, her iki taraf için de alacak ve borç doğmaz. Ancak, butlandan farklı olarak, sözleşme kendiliğinden geçersiz olmayıp, sözleşmeyi geçersiz kılma hakkı yalnız iradesi sakatlanan tarafa aittir. İradesi sakatlanan taraf, bu hakkını, BK m. 31’de öngörülen bir yıllık süre içerisinde kullanmazsa, sözleşme her iki taraf için de geçerli hale gelir⁵¹⁴. İptal görüşüne göre ise, sözleşme baştan geçerlidir; ancak iptal beyanıyla bunun geçmişe etkili olarak, yani başından itibaren geçersiz kılınması mümkündür. İradesi sakatlanan kişi, iptal hakkını kullanmadıkça, sözleşme geçerliliğini korur⁵¹⁵.

Türk/İsviçre hukukunda taraflardan birinin iradesinin sakatlandığı sözleşmenin bağlandığı geçersizlik yaptırımını tartışmalıdır. BK m. 23 vd. nda “...ilzam olunamaz” (BK m. 23); “...o sözleşme ile ilzam olunmaz” (BK m. 29/1) ifadesiyle, sözleşmenin, iradesi hata, hile ve ikrahla sakatlanan kimseyi bağlamayacağı öngörülmüştür. İsviçre Borçlar Kanununun 23, 28 ve 29/1 maddelerinde ise bu husus, “hata edeni”, “aldatılanı”, “korkutulanı bağlamaz” denilmek suretiyle daha açık bir şekilde belirtilmiştir. Doktrinde genellikle “tek taraflı bağlamazlık” deyimini kullanılmaktadır. Ancak, bu deyim ne anlama geldiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tek taraflı bağlamazlık “geçersizlik” anlamına gelirken, diğer bir görüşe göre ise bundan “iptal” anlaşılmalıdır⁵¹⁶.

Gerek geçersizlik gerek iptal görüşüne göre, irade sakatlığı altında yapılan bir sözleşmenin kaderi, mutlak surette iradesi sakatlanan tarafın kararına bağlıdır. Her iki görüşe göre de, sözleşme, iradesi sakatlanan tarafın kararına kadar askı halindedir. Ancak, askı durumundaki sözleşmenin geçerli olup olmadığı yönündeki “geçersizlik görüşü” ile “iptal görüşü” arasında fark vardır. Geçersizlik görüşüne göre, askı süresi içinde sözleşmenin geçerliliği, erteleyici şarta bağlıdır. Sözleşme kurulduğu andan itibaren geçersiz olup, taraflar hakkında hiçbir alacak ve borç doğurmaz. Burada “askıda geçersizlik” durumu sözkonusudur. Erteleyici şartın gerçekleşmesiyle birlikte, sözleşme geçerli hale gelir. Burada erteleyici şart, iradesi sakatlanan tarafın açık veya zımni olarak sözleşmeye icazet vermesidir. İradesi sakatlanan tarafın icazeti, baştan geçersiz olan sözleşmeyi geçerli hale getirir. Buna karşılık

⁵¹³ Eren, s. 369; Aslan, s. 109.

⁵¹⁴ Bkz. Aybay, s. 68; Buz, Dönme, s. 86, dn. 100’de anılan yazarlar.

⁵¹⁵ Eren, s. 369; Oğuzman/Öz, s. 115; Esener, s. 164; Tunçomağ, s. 232; Aybay, s. 65.

⁵¹⁶ Bkz. Eren, s. 370.

iptal görüşü, sözleşmenin geçerliliğinin bozucu şarta bağlı olduğu yönündedir. Bunun anlamı, sözleşmenin askı durumunda geçerli olduğudur. Yani baştan geçerli olarak kurulmuş bulunan sözleşme, iradesi sakatlanan tarafça iptal edilmedikçe geçerliliğini devam ettirir. Ancak, iradesi sakatlanan taraf, geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmeyi isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle, geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracaktır⁵¹⁷. Görüldüğü üzere, bu iki görüş arasındaki en önemli fark, geçersizlik görüşüne göre sözleşme kurulduğu andan itibaren geçici olarak geçersiz olduğu halde; iptal görüşüne göre geçici olarak geçerli olmasıdır. Türk/İsviçre hukukunda hakim görüş iptal görüşüdür⁵¹⁸.

II. İPTAL HAKKININ KULLANILMASI

A. İptal Beyanının Şekli ve İçeriği

Kanunumuz, gabin halinde, sömürülen tarafın sözleşmeyi iptal edebileceğini kabul etmektedir. Bu konuda İsviçre/Türk hukuku, “beyan ilkesi”ni kabul etmiştir⁵¹⁹. Böylece, sömürülen kişi daha fazla korunmakta, sonuca ulaşmak için dava açmak zorunda kalmamaktadır. Esasen, gabine ilişkin BK m. 21’de iptal hakkının dava yoluyla kullanılması hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Sömürülenin sözleşmeyle bağlılıktan kurtulması, diğer tarafa bu sözleşmeyi iptal ettiğini bildirmesi suretiyle gerçekleşir. Bu durumda, sözleşmenin karşı tarafı, gabinin şartlarının gerçekleşmediğini iddia ediyorsa, dava açmak zorundadır. Ancak, uygulamada gabin sebebiyle iptal beyanı genellikle dava yoluyla ileri sürülmektedir⁵²⁰.

⁵¹⁷ Eren, s. 370.

⁵¹⁸ Bkz. Eren, s. 370.

⁵¹⁹ Elbir, Hükümler, s. 3; Duman, s. 125-126; Esener, s. 165; Feyzioğlu, Borçlar, s. 265. Gabindeki bir senelik beyan usul hukukuna değil, medeni hukuka ait bir beyandır. Bu hususta bkz. Edege, s. 328.

⁵²⁰ Bkz. Aslan, s. 113; Karahasan, Borçlar, s. 268. Dava dilekçesinin hak düşürücü süre içinde karşı tarafa tebliğ gerekir. Yasal süresi içinde bu beyan yazılı ya da sözlü biçimde kullanılmışsa davanın daha sonra da açılmasının mümkün olduğu hususunda bkz. Duman, s. 126.

Hakim, önüne gelen davada gabin halinin sözkonusu olduğu gerekçesiyle, sözleşmenin re'sen iptaline karar veremez⁵²¹. Hakimin gabinden dolayı sözleşmeyi iptal edebilmesi için, sömürülenin talepte bulunması gerekir. Bu durumda hakimin vereceği karar “kurucu” nitelikte olmayıp, sömürülen tarafın beyanı üzerine gerçekleşen iptali tespit etmekten⁵²² veya gabin şartlarının varlığını tespit ile iptalin yerinde olup olmadığının tespitinden ibarettir⁵²³.

Kanunumuz, gabinli sözleşmenin iptali beyanını herhangi bir şekle tabi kılmamıştır. Bu nedenle, BK m. 11 gereğince, iptal beyanının herhangi bir şekle bağlı olmadığı, yani sömürülenin sözleşmeyi sözlü beyanla iptal edebileceği söylenebilir. Ancak, işlerin güvenliği, özellikle ispat bakımından yazılı şekilde yapılmasında fayda vardır. Nitekim Yargıtay, bir kararında, “...akdin feshine ilişkin irade bildirimini karşı tarafa ulaşması gereken yenilik doğurucu tek taraflı bir muameledir. Hukuken geçerliliği hiçbir şekle tabi değilse de kanıtlanması bakımından HUMK 288/1. maddesine tabidir ve yazılı belge ile ispat edilmesi gerekir”⁵²⁴ demektedir.

İptal beyanı ile sömürülen taraf, diğer tarafa, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmektedir. Sömürülen taraf sözleşmeyle bağlı olmayacağını bildirince, diğer taraf da borçlu olmaktan kurtulur. Bu nedenle, iptal beyanı, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Tüm yenilik doğuran haklar gibi, iptal beyanı da tek taraflı, muhatabın hukuki hakimiyet alanına varması gerekli bir irade açıklamasıdır. İptal beyanının karşı tarafın hukuki hakimiyet alanına varmasıyla birlikte, istenilen hukuki sonuç kendiliğinden gerçekleşir; bunun için karşı tarafın muvafakatine gerek yoktur⁵²⁵.

⁵²¹ Aslan, s. 113; Tunçomağ, s. 232; Esener, s. 164; Ayan, s. 150; Arsebük, s. 456; Sungur, s. 36.

⁵²² Elbir, Hükümler, s. 6.

⁵²³ Aslan, s. 113; Yarg. 1. HD., 22.09.1950 T., 6269 E., 3477 K.(Edege, s. 330).

⁵²⁴ Yarg. 1. HD., 13.12.1989 T., 1989/4157 E., 1989/7060 K. (YKD 1990, S. 6, s. 884). Yargıtayın 1934 tarihli eski bir kararında ise, “Borçlar Kanunu md. 21’de bahis mevzuu olan beyanın bir şekli mahsusa tabi olduğuna dair kaydı kanuni olmamasına göre kanun muayyen müddet içinde şifahen beyan vaki olduğundan ispatı zımında ikame olunacak şahudun istimanı iktiza eylediğini” diyerek, sözlü beyanın, ispat edilmesi halinde geçerli olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca sözlü bildirim tanıklarla veya başka kanıtlarla ispatlanmasının mümkün olduğu hususunda bkz. Duman, s. 126.

⁵²⁵ Buz, Dönme, s. 75; Aslan, s. 114; Edege, s. 327-328; Duman, s. 126.

İptal beyanında bulunulması karşı tarafın muvafakatına bağlı olmadan kendiliğinden hüküm doğurduğundan, muhatap bakımından sakıncalıdır. Zira bu sayede muhatap, iptal hakkına sahip tarafın iradesine kayıtsız ve şartsız tabi durumdadır. Bu sakıncaları gidermek için, doktrinde MK m. 2'den hareketle, yenilik doğuran hakların kullanılmasının bazı esaslara tabi tutulması kabul edilmektedir⁵²⁶. Şöyle ki, yenilik doğuran haklar, yalnız bir defa kullanılabilir ve bu hakları kullandıktan sonra dönülemez⁵²⁷. Böylece, yenilik doğuran hakkın muhatabı, meydana gelen yeni hukuki durumun kesin olduğuna güvenebilir. Diğer taraftan, yenilik doğuran haklar şarta bağlanamayan haklardır. Şarta bağlı olarak kullanılan bir yenilik doğuran kullanılmamış, bu husustaki bir beyan yapılmamış sayılır⁵²⁸. Bununla birlikte, istisnaen, şartın yarattığı belirsizliğin beyana muhatap olan tarafın zararına bir durum oluşturmadığı ve şartın gerçekleşmesinin muhatabın iradesine bağlı olduğu durumlarda yenilik doğuran beyanların şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir⁵²⁹.

BK m. 21 hükmü sömürüleni koruma amacı taşıdığından, iptal hakkı yalnız bu kişi tarafından kullanılabilir. Ancak, iptal beyanının karşı tarafa vardığı andan itibaren, diğer taraf da sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulur. Alman hukukunun aksine, Türk/İsviçre hukukunda hakimin gabini re'sen göz önüne alması ve sözleşmenin mutlak butlanına karar vermesi kabul edilmemiştir.

Temsilci vasıtasıyla akdedilen bir sözleşmede, temsil olunan kimse, gabin hükümlerine dayanarak doğrudan doğruya iptal beyanında bulunabilir. Zira BK m. 32 uyarınca, yetkili temsilci tarafından bir kimse ad ve hesabına yapılan sözleşmenin alacak ve borçları, temsil olunana aittir. Temsilci sözleşmeyi kurmaya aracılık etmemekte, temsil olunan ad ve hesabına sözleşmeyi bizzat kurmaktadır. Bu nedenle, temsilci vasıtasıyla akdedilen sözleşmeyle temsil olunan bağlı olduğuna göre, bu sözleşmeden kurtulmak için iptal beyanında bulunma hakkına sahip olması da normaldir⁵³⁰.

İptal beyanının içeriğine gelince: Sömürülen taraf, iptal beyanında, sözleşmenin gabin sebebiyle iptal edildiğini bildirmesi gerekir. Zira gabin kurumu, sözleşmelerde genel ilkeyi oluşturan “pacta sunt servanda” kuralına aykırı olup, bu temel kuralı mümkün olduğunca az

⁵²⁶ Bkz. Buz, Dönme, s. 75; Aslan, s. 114.

⁵²⁷ Eren, s. 318; Oğuzman/Öz, s. 101, dn. 237.

⁵²⁸ Oğuzman/Öz, s. 101.

⁵²⁹ Bkz. Buz, Dönme, s. 76.

⁵³⁰ Bkz. Elbir, Hükümler, s. 11.

ihlal etmek ve karşı tarafı belirsiz ifadelerle ne yapacağını bilemez bir durumda bırakmamak gerekir⁵³¹.

İptal beyanı, diğer yenilik doğuran haklar gibi, karşı tarafın hukuki hakimiyet alanına vardığı andan itibaren hüküm doğurur. İptal hakkının, şahsa bağlı olmayıp, malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesini sağlamaya yönelik olduğundan, mirasçılara intikal etmesi mümkündür⁵³².

B. İptal Hakkının Kullanılabileceği Süre

Gabini düzenleyen BK m. 21’de “...mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir. Bu müddet akdin inikadından itibaren cereyan eder” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, gabinden dolayı sözleşmeyi iptal süresi bir yıldır. O halde, sömürülen taraf, gabinin objektif ve sübjektif koşullarının bulunması kaydıyla, ancak bir yıl içerisinde sözleşmeyi iptal edebilir. Bu süre geçtikten sonra, gabinin tüm unsurları bulunsa bile, sözleşmeyi iptal yoluna gidemez.

Buradaki bir yıllık süre, bir zamanaşımı süresi olmayıp, hak düşürücü bir süredir. Esasen yenilik doğuran haklar, alacak haklarından farklı olarak, bir edime ilişkin olmadıkları için, zamanaşımı süresine tabi olmayıp, hak düşürücü süreye tabidirler⁵³³.

Gabindeki bir yıllık sürenin başlangıcı, BK m. 23-31’de düzenlenen irade sakatlığı hallerinden farklıdır. İrade sakatlığı hallerinde bir yıllık iptal süresi hata veya hilenin öğrenildiği veya tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlar (BK m. 31). Oysa BK m. 21/II’de “Bu müddet akdin inikadından itibaren cereyan eder” denilmek suretiyle, gabin halinde, bir yıllık iptal süresinin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, gabine uğrayan kimsenin, gabine uğradığından (sömürüldüğünden) haberi olmasa bile, iptal süresi işlemeye başlamaktadır.

Bir görüşe göre⁵³⁴, kanun koyucu belki de bu hükümlerle, mümkün olduğunca sözleşmeyi kurtarmaya ve böylece temel kural olarak benimsediği sözleşme serbestisine

⁵³¹ Elbir, Hükümler, s. 5; Aslan, s. 115-116.

⁵³² Eren, s. 320. Mirasçıların murislerinin tabi olduğu süre içinde gabin davası açması gerekir. Bkz. Dalamanlı/Kazancı, s. 256.

⁵³³ Bkz. Buz, Dönme, s. 76, dn. 58’de anılan yazarlar; Edege, s. 328; bkz. Karahasan, Kararlar, s. 538; Yarg. 1. HD., 12.09.1989 T., 1989/5036 E., 1989 K (YKD. 1990, S. 5, s. 641); aksi görüşte Belgesay, s. 34.

⁵³⁴ Bkz. Elbir, Hükümler, s. 2-3.

dönmeye çalışmıştır. Ayrıca kanun koyucunun, bir yıllık süreyi sözleşmenin kurulduğu andan başlatması, gabine irade sakatlığı olarak bakmadığının en bariz kanıtı sayılabilir. Zira irade sakatlığı hallerinde iptal süresi, hata veya hilenin öğrenildiği veya tehdidin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlamaktadır (BK m. 31).

III. İPTAL HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

A. Edimlerin İadesi

Gabinli bir sözleşme için BK m. 21, “...mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir” demektedir. Madde metnine göre, zarar gören bir sene içerisinde iptal hakkını kullanabilir. İptal hakkının kullanılmasının doğal sonucu ise edimlerin iadesidir.

Görüldüğü üzere gabine uğrayan taraf bir sene içerisinde sözleşmeyi iptal ettiğini bildirerek verdiği şeyi geri alabilir. Acaba verdiği şeyi sadece gabine uğrayan kişi mi talep edebilecektir?

BK m.21’e göre zarara uğrayan tarafa bu hak tanınmıştır. Ancak şunu belirtmeliyiz ki, iptal hakkının kullanılmasından sonra sözleşme yapıldığı andan itibaren kesin olarak hükümsüz olur ve bunun sonucu olarak tarafların karşılıklı olarak birbirinden aldıklarını geri vermeleri gerekmektedir⁵³⁵. Bununla birlikte kanununun açık ifadesinden anlaşıldığı üzere “bir senelik süre” sadece iptal hakkının bildirilmesi için zorunlu unsurdur. Edimlerin iadesi bir senelik sürenin geçmesinden sonra da sözleşmenin her iki tarafınca talep edilebilir⁵³⁶.

Buna karşılık Yargıtay bir kararında⁵³⁷, “...BK’nın 21. maddesi gereğince kendisini mutazarrır addeden davacının bir yıl içinde, sözleşmenin bozulmasını dava etmediği anlaşılmış ise de; BK’nın 60 ve 66.maddeleri gereğince sözleşmenin zarara uğrayan davalıya bir borç tahmilinden ibaret olup zarara uğrayanın hakkı, sürenin geçmesiyle sakıt olsa bile bu borcu ifa etmeyeceğini anılan maddeler icabından bulunmasına binaen davaya bakılmak ve iddia ile savunma incelenerek sonucuna göre bir karar verilmek lazım gelir...” demek sureti ile iptal hakkının bildirilmesi için zorunlu unsur olan bir senelik hak düşürücü sürenin

⁵³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 465; Feyzioğlu, Borçlar, s. 262; Saymen/Elbir, s. 243-244.

⁵³⁶ Elbir, Hükümler, s. 9’dan naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 271.

⁵³⁷ Yarg. 4. HD., 7.11.1942 T., 3637 E., 2684 K.

geçmesi durumunda, zarara uğrayan kişinin BK m.60'a dayanarak borcunu ifa etmeyebileceğini ifade etmiştir.

Gabinli bir sözleşme nedeniyle zarar gören kişi iptal hakkını kullandığı takdirde, sözleşmenin her iki tarafı da edim ya da edimlerini daha ifa etmemişlerse, artık ifa etmekten kaçınılabirler⁵³⁸. Eğer edimler ifa ya da sözleşmenin sadece bir tarafı kendi edim borcunu yerine getirmişse, bunların iade edilmeleri zorunludur⁵³⁹. Bununla birlikte iade isteyen tarafın, kendi aldığı edimi iade etmiş ya da en azından iadeyi teklif etmiş olması yerinde bir hareket olur⁵⁴⁰.

Edimlerin aynen iadesi mümkün olduğu sürece mesele yoktur. Ancak tüketilebilen bir şeyin ödünç veya satımında, ifa edilen bir vekalet sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinde, edimin aynen iadesi mümkün değildir. Böyle bir durumda iade, yerine getirilen edimin hakim tarafından bizzat belirlenen değerine göre yapılır⁵⁴¹.

İptal hakkı sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirme yetkisi veren, yenilik doğuran bir hak⁵⁴² olması nedeniyle, edimler ifa edilmişse, sözleşme taraflarının aldıklarını iade etmeleri lazımdır. Her iki tarafın iade talebi somut olayın şartlarına göre, sebepsiz zenginleşme (BK m.61-66), istihkak (MK m.683) veya tapu sicilini düzeltme (MK m.1025) davalarından birine konu olabilir⁵⁴³. Örneğin, gabini etkisi altında mülkiyeti devredilen taşınmaz mallarla, taşınır mallarda, bu mallar tüketilmemiş veya iyiniyetli üçüncü bir kişi tarafından iktisap edilmemişse, yani halen mallar alıcının hakimiyeti altında ise, istihkak veya tapu sicilini düzeltme davası açılır. Özellikle taşınmaz bir malın mülkiyeti tescil yoluyla sözleşmenin karşı tarafına geçirilmişse, bu takdirde tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmalıdır⁵⁴⁴. Alıcının satın aldığı malı üçüncü kişiye devretmesi halinde ise sebepsiz zenginleşme davası açılır⁵⁴⁵. Sebepsiz zenginleşme için, mal üzerindeki hakkın karşı tarafa

⁵³⁸ Sungurbey, s. 83; Reisoğlu, s. 109; Feyzioğlu, Borçlar, s. 262; Saymen/Elbir, s. 244.

⁵³⁹ Sungur, s. 40; Baştuğ, s. 103; İnan, s. 213; Saymen/Elbir, s. 244; Funk, s. 36.

⁵⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 102.

⁵⁴¹ Elbir, Tez, s. 196.

⁵⁴² Buz, Dönme, s. 86.

⁵⁴³ Ayan, s. 151; Reisoğlu, s. 109; Tunçomağ, s. 233; Kaplan, s. 104; Barıkan, s. 14.

⁵⁴⁴ Eren, s. 382; Karahasan, Borçlar, s. 268.

⁵⁴⁵ Ayan, s. 151; Reisoğlu, s. 109.

geçmesi gerekmektedir ki bu sayede iktisap ya da zenginleşmeden söz edilebilsin. Mal üzerindeki hakkın el değiştirmeyip, eski sahibinde kaldığını varsayan aynı istihkak davasının açılabilirdiği durumlarda, sebepsiz zenginleşme hukuki temeline dayanan iade davası açılmaz⁵⁴⁶. Eren'e göre alacağın temlik de illi bir işlem olduğundan, iptal, hukuki sebebi ortadan kaldırır ve böylece alacak karşı tarafa geçmemiş olur⁵⁴⁷. Buna karşılık doktrinde yer alan bazı yazarlara göre, taşınırlara ilişkin aynı hakların devrinde tasarruf işlemlerinin illi olmadıkları kabul edilirse, istihkak davası değil, alacağın temlikinde olduğu gibi sebepsiz zenginleşme davasıyla edimlerin iadesi istenmelidir⁵⁴⁸. Bununla birlikte, edimin ifası halinde edim iyiniyetli üçüncü kişiye geçirilmişse, bu durumda vindicatio (istihkak) değil, condictio niteliğinde bir talebin var olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁹.

İncelenmesi gereken bir başka husus, BK m.21'de düzenlenen gabin kurumunun ahlaka aykırı niteliği dikkate alındığında, sözleşmeden kendisine fahiş yarar sağlamış tarafın ifa ettiği edimi geri isteme hakkına BK m.65'in engel olup olmayacağı sorunudur. BK m.65'e göre; “ haksız veyahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur”. Burada öncelikle akla gelen soru sözleşmenin sömüren tarafına ifa ettiği edimi geri isteme hakkının tanınıp tanınmayacağıdır. Oysa BK m.21'de düzenlenen gabin kurumu ahlaka aykırı bir hareket olan istismar unsurunu içerse bile, ahlaka aykırı hareketlerin düzenlendiği BK m.20'nin dışında ve bu hükme bağlanan sonuçlardan başka sonuçlar tanınmıştır. Ayrıca gabin farklı bir temele dayanması ve öncelikle ekonomik eşitliği gerçekleştirme amacını taşıması nedeniyle burada BK m.65'in uygulanması mümkün değildir⁵⁵⁰. Zira adı geçen madde ahlaka aykırı bir amaca erişmek için verilmiş şeylerin geri istenemeyeceğini belirtmektedir. Halbuki incelediğimiz olayda, sömüren taraf, ahlaka aykırı bir amaç için değil, kendisini bağlayan bir sözleşmeyi ifa amacıyla edimini yerine getirmektedir⁵⁵¹. Burada BK m.65 amaca uygun bir sınırlamaya tabi tutulmalı, bu hükmün uygulama alanı olan butlan yaptırımını düzenleyen yasaklayıcı ve engelleyici kuralın koruma amacıyla sınırlı tutulmalıdır. Bununla birlikte BK m.65 kuralı, butlan yaptırımının hükme

⁵⁴⁶ Serozan, Borçlar, s. 233

⁵⁴⁷ Eren, s. 382.

⁵⁴⁸ İnan, s. 151; Tunçomağ, s. 395.

⁵⁴⁹ Reisoğlu, s. 114.

⁵⁵⁰ Elbir, Tez, s. 195-196.

⁵⁵¹ Tunçomağ, s. 233; von Tuhr, s. 333.

bağlandığı maddenin amacının, edimin iadesini de yasaklamayı haklı kıldığı hallerde uygulanabilecektir⁵⁵².

Şunu da belirtmeliyiz ki, gabinli sözleşmenin konusu ahlaka aykırı ise, bu durumda BK m.65'i uygulamak mümkündür⁵⁵³.

Daha önce ifade ettiğimiz gibi, iptal beyanının öncelikli sonucu sözleşme konusu edimlerin iadesidir. Gabinli sözleşmenin iptalinin ikinci sonucu ise, sözleşme konusu malın kullanılmasından doğan yararların iadesidir. Kullanma yararları, ilke olarak iade borcunun kapsamına girmelidir. Ancak, herhalde iadeye konu malın kullanılmasından doğan yararların iadesi için giderden tasarruf edilmesi ve malvarlığında bir artışın meydana gelmesi gereklidir. Bununla birlikte, kullanma yararının iadesinin hukuki temeli ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁵⁴.

Kullanma menfaatinin iadesi hususunda birinci görüş haksız fiil görüşüdür. Bu görüşe göre kötüniyetli zilyet kullanma yararının iadesi ile ilgili, malike karşı sadece bir zararın meydana gelmesi durumunda borçlu olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁵.

İkinci görüş ise, iadenin hukuki dayanağını kötüniyetli zilyedin elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir⁵⁵⁶.

Bu konuyla ilgili son görüş ise, kullanma yararının iadesini sebepsiz zenginleşme kavramı içinde aramaktadır. Ancak bu görüş bazı nedenlerle kabul edilmemiş ve eleştirilere maruz kalmıştır⁵⁵⁷. Bu eleştirilere göre öncelikle, sebepsiz zenginleşme davasının “fakirleşme” şartını içermesi nedeniyle ecrimisile ilişkin talepler çoğu zaman karşılanamaz. İkinci olarak ise, sebepsiz zenginleşme hukuki bir işlem neticesinde meydana gelmektedir. Ancak ecrimisile dayanan olaylarda hukuki işlem söz konusu değildir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki kullanma yararının hukuki dayanağı hususunda uygulamada tam bir çelişki vardır. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında haksız fiil kavramına

⁵⁵² Serozan, Borçlar, s. 250.

⁵⁵³ Arsebük, Borçlar, s. 224.

⁵⁵⁴ Bkz. İstemi, s. 38-70.

⁵⁵⁵ Oğuzman/Seliçi, s. 113; Ünal, s. 216.

⁵⁵⁶ Feyzioğlu, Ecrimisil, s. 323.

⁵⁵⁷ İstemi, s. 50.

dayanarak zararın varlığını esas almıştır⁵⁵⁸. Bununla birlikte haksız zilyedin maldan yararlanmasının kullanma menfaatinin hukuki dayanağını açıklamak için yeterli olduğu yönünde kararlar da vermiştir⁵⁵⁹.

B. Tazminat

Zarar ziyan her zararın doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Bu zarar gabin halinde, daha geniş ölçüde mevcut olabileceğine göre gabinde zarar ziyan talebinde bulunmak mümkün olmalıdır⁵⁶⁰.

Ne var ki BK m.21 gabin sebebiyle sözleşmenin iptalinden sonra tarafların tazminat istemek hakkı olup olmadığını düzenlememiştir.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, sözleşme taraflarından her biri, diğerinin, sözleşme yapılırken kusurlu hareket ettiğini ileri sürerek tazminat isteyebilir⁵⁶¹.

Eren'e göre, gabin nedeniyle zarar gören taraf, sözleşmenin karşı tarafından tazminat talep edebilir. Ancak gabin halinde talep edilen tazminat, hukuki dayanağı ve niteliği nedeniyle, sözleşmenin müzakereleri sırasında meydana gelen zararın tazminidir⁵⁶². Aynı görüş taraftarlarından Tunçomağ' göre de, gabinli bir sözleşmeden zarar gören taraf, karşı taraftan tazminat isteyebilir. Zira karşı tarafın sözleşme müzakereleri sırasındaki davranış tarzı iyiniyet kuralına ters düşer. Kısacası burada sözleşmenin yapılması sırasında işlenmiş kusur bulunmaktadır⁵⁶³. Nitekim İnan da, gabinden yararlanan kişinin tutumunun sözleşmenin kuruluşu (müzakereleri) sırasındaki kusur (culpa in contrahendo) olarak değerlendirilmesi

⁵⁵⁸ Yarg. 3. HD., 2.7.1991 T., 12652 E., 7618 K.; Yarg. 3. HD., 30.6.1988 T., 6169 E., 6841 K.

⁵⁵⁹ Yarg. 3. HD., 9.5.1988 T., 5010 E., 5440 K.

⁵⁶⁰ Von Tuhr, s. 282; Elbir, Hükümler, s. 10'dan naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 272; aksi görüş; Rossel, Virgile: Manuel du droit fédéral des obligations, C. I, s. 58.

⁵⁶¹ Esener, s. 166'dan naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 272; Tunçomağ, s. 233; Reisoğlu, s. 110; Feyzioğlu, Borçlar, s. 264; Funk, s. 36; Oser-Schönenberger, m. 21, N. 18.

⁵⁶² Eren, s. 382.

⁵⁶³ Tunçomağ, s. 233.

gerektiğini belirtmiştir⁵⁶⁴. Von Tuhr da gabinin bir “culpa in contrahendo” niteliğinde görerek; tazminat talebini mümkün görmektedir⁵⁶⁵. Görüldüğü üzere doktrinde hakim olan görüş karşı tarafın zayıf durumunu istismar ederek gabinli sözleşme yapmanın bir “culpa in contrahendo” olduğu yönündedir⁵⁶⁶. Kısacası gabin nedeniyle sözleşmenin iptalinden sonra ileri sürülen tazminat talebi culpa in contrahendo çerçeve ve kapsamında değerlendirilmektedir.

Gabinli bir sözleşmeye icazet verilmesinin tazminat talebinden feragat anlamına gelip gelmediği hususunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. İcazete rağmen tazminat hakkını saklı tutan BK m.31/II hükmünün kural olarak burada kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir⁵⁶⁷. Borçlar Kanunumuzun 31/II maddesi, “Hile ile haleldar olmuş, yahut ikrah ile yapılmış olan bir akde icazet, zarar ve ziyan talebinden feragatı istilzam etmez” demektedir. Nitekim Ossipow’un açıkladığı gibi⁵⁶⁸ BK m. 31/II kıyas yolu ile uygulanarak şu sonuca ulaşılabilir: Gabinli sözleşmeye icazet, zarar ve ziyan talebinden feragat edilmiş olduğunu göstermez. Ne var ki gabine uğrayanın sözleşmeyi bir sene içerisinde iptali için konmuş olan hak düşürücü sürenin geçirilmesi ya da kayıtsız şartsız icazet verilmesi durumlarında artık tazminat talebinin ileri sürülmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶⁹.

Şunu da belirtmeliyiz ki gabin nedeniyle iptalde ödenecek tazminat, kıyas yoluyla uygulanan sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde ilke olarak diğer tarafın menfi zararı ile sınırlıdır⁵⁷⁰.

§ 8. İPTAL YERİNE EDİMLER ARASINDAKİ AŞIRI ORANSIZLIK

GİDERİLEREK SÖZLEŞMENİN AYAKTA TUTULMASI

Eskiden doktrinde hakim olan görüşe göre, gabine maruz kalan taraf ya gabinli sözleşmeye razı olmak ya da sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırmak alternatiflerinden birini

⁵⁶⁴ İnan, s. 152; bkz. Ayan, s. 151-152;

⁵⁶⁵ Von Tuhr, s. 313.

⁵⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 404.

⁵⁶⁷ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 404, dn. 64’de anılan yazarlar; Birsen, s. 88.

⁵⁶⁸ Esener, s. 166’dan naklen Ossipow, Paul: De La Lésion, étude de Droit Positif et de Droit Comparé, Lausanne-Paris 1940, s. 273.

⁵⁶⁹ Besler, Eva Maria: Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg, 2000, s. 640.

⁵⁷⁰ Eren, s. 382; Kocayusufpaşaoğlu, s. 404; Karahasan, Borçlar, s. 269.

seçmek zorundaydı. Gabinli sözleşme nedeniyle zarar gören tarafın edim ve karşı edim arasındaki aşırı oransızlığı gidererek sözleşmeyi ayakta tutması mümkün değildi⁵⁷¹.

Bugün ise bu fikir değişmiştir. Öğretide hakim olan görüşe göre, gabine uğrayan tarafın sözleşmeyi iptal etme yerine, edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir⁵⁷². Bununla birlikte Borçlar Kanunumuzun 21.maddesinde hükme bağlanan gabin için, böyle bir çözüm tarzı açıkça belirtilmemiştir. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısında aşırı yararlanma olduğu takdirde bundan zarar gören taraf sözleşmeyi iptal etmeyip, oransızlığın giderilmesini talep edebilecektir. İsviçre doktrin ve içtihatlarında da yer verilen bu görüşün tasarıda yer alması gayet yerindedir.

Ancak BK m.21 hükmü incelendiği zaman, metnin açıkça böyle bir çözüm tarzını yasaklamadığı anlaşılmaktadır. Tarafların bu konuda anlaşmaları halinde herhangi bir sorun yoktur. Bununla birlikte sözleşme taraflarından birinin gabin iddiasında bulunması halinde hakimin böyle bir hüküm verip veremeyeceği tartışmalı olan bir husustur. Bu konuda, tartışmalı olan noktaları iki başlık altında toplayabiliriz.

Öncelikle hakimin, taraflardan birinin gabin iddiası karşısında sözleşmeye müdahale ederek edim ve karşı edimi düzenleyip düzenlemeyeceği incelenmelidir. Hem Türk hem de İsviçre doktrinin de hakimin sözleşmeye müdahale yetkisinin faydaları kabul ve arzu edilmektedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar BK m.21 hükümleri gereğince bu sonuca varılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu yazarlara göre, Borçlar Kanunu gereğince sözleşme ya tamamen geçerli ya da sakattır. Hakimin gabine uğrayan tarafın verdiği edimi indirerek ya da sömüren tarafın edimini artırmak suretiyle sözleşmeyi değiştirmesinin mümkün değildir⁵⁷³. Nitekim Yargıtay bir kararında bu fikri teyit etmiştir⁵⁷⁴.

Elbir'e göre de BK m.21 çerçevesinde hakimin sözleşmeye müdahalesinin kabul edilmesinin sebebi, gabinin subjektif unsuru olan istismardan kaynaklanmaktadır. Çünkü bir şahsın gabinin subjektif unsuru olan müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik hallerinden birini istismar ederek aşırı yarar sağlaması zaten ahlaka aykırı bir durumdur. Bununla birlikte ahlaka aykırı işlemlerin yaptırımı mutlak butlan olup, kanun koyucu tarafından gabinin yaptırımı

⁵⁷¹ Oser/Schönenberger, m. 21, N. 16; Kocayusufpaşaoğlu, s. 402; Uygur, s. 184.

⁵⁷² Bkz. Buz, Gabin, s. 64, dn. 36'da anılan yazarlar.

⁵⁷³ Bkz. Elbir, Hükümler, s. 6-7; ayrıca bkz. Feyzioğlu, Borçlar, s. 263.

⁵⁷⁴ Karar için bkz. Elbir, Hükümler, s. 7.

olarak iptal hakkının kabul edilmiş olması başlı başına mantıki açıdan eksiklik olarak kabul edilecek durumdadır. Hal böyle iken, hakimin sözleşmeye müdahale ederek karşılıklı edimleri yükseltmek ya da alçaltmak şeklindeki düzenleme yetkisini kabul etmek, iptal yaptırımını tamamen hafifletmek olur ki, bu durum da gabin için aranan şartlar açısından yersizdir⁵⁷⁵. Görüldüğü üzere, Elbir görüşünü açıklarken daha çok gabinin istismar unsurunun ahlaka aykırılığına dayanmaktadır. Aynı görüş taraftarlarından Ossipow ise, iyiniyet kurallarına aykırı davranışları göz önünde tutarak başka bir gerekçe ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre, sömüren tarafa niyeti anlaşıldıktan sonra kar temin ettirmek istemeyen kanun koyucu, kasıtlı olarak gabini iptal yaptırımına bağlamıştır. Bu sebeplerden dolayı kanun koyucuya göre sömürenin sözleşmenin devam ettiğini görmeye hakkı yoktur⁵⁷⁶.

İkinci olarak incelenmesi gereken husus, sömüren tarafın aradaki farkı vermeyi teklif etmesi halinde sözleşmeyi kurtarabilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Kısacası BK m.25 hükmü kıyas yoluyla sözleşmeye uygulanabilecek midir?

Bu husus doktrinde tartışmalıdır⁵⁷⁷. BK m.25 gereğince, karşı taraf hataya düşenin iddia ettiği sözleşmeyi yapmaya hazır olduğunu bildirdiği takdirde sözleşmenin hata nedeniyle iptali mümkün değildir.

Elbir bu çözüm şeklini her şeyden önce BK m.21'in ifade tarzı nedeniyle kabul etmemektedir. Ayrıca Borçlar Kanunumuzda gabin ve hata kurumu farklı hükümlere bağlanmıştır. Öncelikle irade sakatlığı hallerinden hatada istismar unsuru bulunmamaktadır. Bu nedenle hataya düşen tarafın iyiniyete aykırı hareketine karşı sözleşmenin diğer tarafı korunmaktadır. Bununla birlikte gabin halinde diğer tarafı istismar eden bir şahıs söz konusudur. Bu nedenle yazara göre sömüren tarafı herhangi bir şekilde iyiniyet kurallarına dayanarak bile korumak mümkün değildir⁵⁷⁸. Diğer bir yazara göre ise burada gabin nedeniyle zarara uğrayan tarafın iptal hakkını suistimalden bahsetmek mümkündür⁵⁷⁹. Ancak Elbir'e göre, iyiniyet kuralları hiçbir zaman kötüniyetli kişileri korumaya yarayan hükümler olarak

⁵⁷⁵ Elbir, Hükümler, s. 7.

⁵⁷⁶ Elbir, Hükümler, s. 7.

⁵⁷⁷ Elbir, Hükümler, s. 8.

⁵⁷⁸ Elbir, Hükümler, s. 8.

⁵⁷⁹ Saymen, Adalet Ceridesi, s. 879.

düşünülmemelidir. Ayrıca gabinde sömüren tarafa istismarının hukuki yaptırımını tam ve kesin bir biçimde uygulamak gereklidir⁵⁸⁰.

Nitekim Federal Mahkeme de daha önceki kararlarında aşırı oransızlığın giderilmesi imkanını reddediyordu. Gerçekten bir kararında gabin nedeniyle iptal edilen sözleşmenin tamamen ortadan kalkacağı, kısmi geçersizliğin, olması gereken hukuk bakımından tavsiyeye şayan olsa bile, kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Kısmi geçersizliğin olsa olsa, gabin ile sakat işlemin birden fazla yükümlülük içermesi ve bunlardan bazıları bakımından herhangi bir sakatlığın bulunmaması halinde söz konusu olabileceği ifade edilmektedir⁵⁸¹. Yine bir başka kararda da gabin nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi halinde, BK m.20/II hükmüne kıyasen işlemin kısmen geçersizliğine hükmedilemeyeceğini belirtmektedir⁵⁸².

Ne var ki Federal Mahkeme 1997 tarihli kararıyla gabine uğrayan tarafın sözleşmeyi iptal etme yerine, edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilmesini talep edebileceğini kabul ederek, doktrinde ki hakim görüşe katılmıştır⁵⁸³. Federal Mahkemenin görüşüne dayanak olarak kullandığı ilk gerekçeye göre, çağdaş hukuk anlayışı bir hukuki işlemi siyah-beyaz bir şema içerisinde geçerli-geçersiz olarak nitelendirmekten vazgeçmiştir. Hukuk düzeninde gri alanında bulunduğu bilincine vararak gittikçe sakat hukuki işlemleri hakim müdahalesi ile ayakta tutmaya çalışmaktadır. Ayrıca Federal Mahkeme gabinle sakat sözleşmenin sadece kısmen geçersiz sayılmasının günün koşullarına uygun olduğunu belirtmektedir⁵⁸⁴.

Diğer önemli gerekçe ise, gabin kurumunun Borçlar Kanununda düzenlendiği yerdir. Nitekim BK m.21 hükmü sözleşmenin içeriğine ilişkin sınırlamaları düzenleyen BK m.19/20 ile irade sakatlıklarını düzenleyen BK m.23 vd. arasında yer almaktadır. Her iki alanda da sözleşmenin sadece kısmen geçersizliği yaptırımı uygulanabilmektedir. Aynı şekilde gabin durumunda kısmi geçersizliğin neden söz konusu olamayacağını hukuken açıklamak mümkün değildir.

Federal Mahkemenin kararına dayanak aldığı bir gerekçe de, sosyal düşüncelerin önemli bir rol oynadığı sürekli borç ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Bu tarz sözleşmelerde

⁵⁸⁰ Elbir, Hükümler, s. 9.

⁵⁸¹ BGE 64 I 47 (Buz, Gabin, s. 64).

⁵⁸² BGE 84 II 107 (Bkz. Buz, Gabin, s. 64, dn. 37).

⁵⁸³ Bkz. Buz, Gabin, s. 61.

⁵⁸⁴ Bkz. Buz, Gabin, s. 61-62.

gabine maruz kalan taraf, onu sömüren tarafın edimine muhtaç olması nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda kalmaktadır. Böyle bir halde gabine uğrayan kişiyi koruma amacı güden BK m.21 ile, sömürülene sadece sözleşmeyi iptal etme hakkının tanınması o kişiyi korumaya yeterli olmayacaktır. Çünkü sömürülen taraf ya sözleşmeyi iptal edip eskiden içinde bulunduğu zor duruma yeniden dönecektir ya da sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek zorunda kalacaktır. Bu durum ise BK m.21 hükmünün amacına ve maddi anlamda sözleşme adaleti ilkesine uygun düşmez. İşte bu sebeplerle Federal Mahkeme, kısmi geçersizliğin gabin halinde kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁸⁵.

İsviçre öğretisinde de büyük çoğunluk tarafından savunulan görüşe göre, edimler arası oransızlığın giderilmesi BK m.20/II'nin kıyas yoluyla uygulanmasına dayanmaktadır. Bu görüş taraftarlarına göre burada bir tür “değişik kısmi hükümsüzlük” söz konusudur⁵⁸⁶. Bununla birlikte Federal Mahkemenin henüz tam olarak ve açıkça gabin kurumunda “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” görüşünü kabul ettiğini ileri sürülemez⁵⁸⁷.

İsviçre/Türk Hukukunda hakim görüşe göre, bir sözleşmenin sakat olan kısmının yerine ikame bir kuralın geçirilmesi suretiyle geçerliliğinin korunmasına “değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük” adı verilmektedir⁵⁸⁸.

Bu durumda sömürülen seçimlik hakka sahiptir. Sömürülen dilerse sözleşmeyi tamamen iptal edebilir, dilerse sadece taraflardan birinin ediminin azaltılması ya da çoğaltılması suretiyle sözleşmede dengeyi sağlayan kısmi bir iptal beyanında bulunabilir. Diyelim ki 100 Milyar değerinde bir taşınmazın gabinli sözleşme nedeniyle 40 Milyara satılması halinde, kısmi iptal hükümleri uygulanacak ve sonuçta sömürenin 40 Milyarlık edimi 100 Milyara çıkarılacaktır. Diğer taraftan 40 Milyar değerindeki bir taşınmaz gabin sonucu 100 Milyara satın alınmışsa bu kez alıcının edimi 100 Milyardan 40 Milyara indirilerek sözleşme ayakta tutulacaktır. Bu sayede sömürülen muhtaç olduğu edimi iade etmekten kurtulmakta ve edimler arası dengesizlik ortadan kaldırılarak sözleşme ayakta

⁵⁸⁵ Bkz. Buz, Gabin, s. 62-63.

⁵⁸⁶ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 402, dn. 57'de anılan yazarlar.

⁵⁸⁷ Besler, Eva Maria: Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg, 2000, s. 630.

⁵⁸⁸ Başpınar, s. 15.

tutulmaktadır. İşte aynı durumda sömürülen tam iptal hakkını kullansaydı, ihtiyaç duyduğu edimi geri vermek zorunda kalırdı ve çok güç duruma düşerdi⁵⁸⁹.

SONUÇ

“Türk Hukukunda Gabin” başlıklı çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızda esas olarak gabin kavramı, gabini oluşturan unsurlar, gabinin hukuki niteliği ve gabinli sözleşmeye bağlanan hukuki sonuç üzerinde durulmuştur.

En basit anlamıyla gabin, taraflardan birinin içinde bulunduğu olumsuz koşulların, diğer tarafça sömürülmesi ve dolayısıyla aşırı yararlanılmasını engelleyen bir hukuksal koruma yoludur. Taraflar sözleşmenin koşullarını ve karşılıklı edimlerini tayin ederlerken, diğer tarafın içinde bulunduğu olumsuz koşullardan yararlanılmış, bu olumsuz koşullar nedeniyle bir taraf haksız yararlar temin etmişse, buna rağmen sözleşmenin geçerli olduğunu iddia etmek adalet duygularını sarsabilir. İşte gabin kurumu bu amaçla kabul edilmiştir.

Gabin kurumunun tarihi gelişim sürecinin incelenmesi sonucunda tamamen sosyal gelişmelere paralellik gösterdiği görülmektedir.

Gabinin unsurları hususunda ise edimler arasındaki oransızlığı objektif unsur, müzayaka, hiffetsizlik ve tecrübesizlik gibi özel durumları sömürülen bakımından subjektif unsur, sömüren bakımından ise aşırı yararlanmayı subjektif unsur olarak ele alıp ayrı ayrı incelenmiştir. Zira sömürülen tarafın sadece zayıf durumunun bulunması yetmemekte ayrıca karşı tarafın bu durumdan “istifade” etmiş olması gerekmektedir. Gabine uğrayanda bulunması gereken “hiffet, tecrübesizlik, müzayaka” halleri uygulayıcılar tarafından gittikçe daha geniş yorumlanmaktadır. Bununla birlikte şu durumu da belirtmeliyiz ki, tacir sıfatına sahip bir kişi basiretli davranması gerektiği için bu yüküm karşısında gabinin subjektif şartları gerçekleşmeyebilir. Tacir aynı ticaret dalında faaliyette bulunan tedbirli, öngörülü bir iş adamından beklenen bütün ihtimamı ve özeni göstermek zorundadır. Bu nedenle tacirin, ticari işletmesini ilgilendiren faaliyetlerinde “tecrübesizliği” ve “hiffet hali” söz konusu olmayacağından, BK m. 21’e dayanması mümkün değildir. Ancak tacirin, gerek ticari işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, gerekse ticari işletmesini ilgilendirmeyen faaliyetlerinde her

⁵⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 402.

iki durumda “müzayaka” haline başvurarak gabin hükümlerinden yararlanması hususunda herhangi bir sorun yoktur. Borçlar Kanunumuz, Avusturya ve Fransız Medeni Kanunlarından farklı olarak “açık oransızlık” hususunda kesin bir ölçü vermemiş, burada açık oransızlığın tespit ve takdirinin hakime bırakılmasının uygun olacağı görüşü kabul edilmiştir.

Gabinin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Gabinin hukuki niteliği hakkında belli başlı iki görüş mevcuttur. Birinci görüşe göre, Borçlar Kanunundaki düzenleme yeri de dikkate alındığında gabin, sözleşme serbestisine getirilen bir sınırlamadır. İkinci görüşe göre ise gabin hata, hile, ikrah gibi bir irade bozukluğu halidir. Ancak doktrinde yer alan yazarların büyük çoğunluğu, gabini sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul etmektedir.

Borçlar Kanunumuzun sistemine göre gabin halinde sömürülene sade iptal hakkı tanınmıştır. Gabini düzenleyen BK m. 21 sömürülen tarafın sözleşmeyi “feshe” yetkisinden söz etmektedir. Ancak burada gabinli sözleşmenin feshedilebileceğinden bahsedilmesi isabetli değildir. İptal hakkının kullanılmasının doğal sonucu ise edimlerin iadesidir. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre ise sözleşme taraflarından her biri, diğerinin, sözleşme yapılırken kusurlu hareket ettiğini ileri sürerek tazminat isteyebilir.

İptal yerine edimler arasındaki aşırı oransızlık giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması, İsviçre Federal Mahkemesinin ilke niteliğindeki kararı ile birlikte ele alınmıştır. Bununla birlikte Borçlar Kanunumuzun 21. maddesinde hükme bağlanan gabin için, böyle bir çözüm tarzı açıkça belirtilmemiştir. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısında aşırı yararlanma olduğu takdirde bundan zarar gören taraf sözleşmeyi iptal etmeyip, oransızlığın giderilmesini talep edebilecektir. İsviçre doktrin ve içtihatlarında da yer verilen bu görüşün tasarıda yer alması BK m. 21’in koruyucu amacına uygun düşmektedir.

BİBLİYOGRAFYA*

- AKYOL, Ş.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1995.
- AKBIYIK, C.** : Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, İstanbul 1997.
- AKINTÜRK, T.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, İstanbul 1994.
- ANSON, S.W.** : Principles of the English Law of Contract, Twenty Second Edition, Oxford Clarendon Press 137.
- ARAL, F.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 3.Bası, Ankara 2000.
- ARKAN, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ankara 1999.
- ARSEBÜK, E.** : Borçlar Hukuku, C. I-II, 3. Bası, Ankara 1950 (Borçlar).
- ARSEBÜK, E.** : Federal mahkeme Kararları, İstanbul 1935 (Kararlar).
- ASLAN, Ç.M.** : Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2006.
- AYAN, M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2002.
- AYBAY, A.** : Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 10.Bası, İstanbul 1991.
- AYIK, İ.H.** : Gabinin Mahiyeti ve Unsurları, Adalet Dergisi (1952), S. 43, s. 242 vd.
- BARIKAN, A.** : Akdi İfsat Eden Hallerden Gabin, Ankara Barosu Hukuk Dergisi (1949), C.5, S.61, s. 1 vd.
- BAŞPINAR, V.** : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- BAŞTUĞ, İ.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İzmir,1977.
- BECKER, H.** : Obligationenrech, I Abteilung, Bern 1917.
- BELGESAY, M.R.** : Borçlar Kanunu Şerhi, İstanbul 1940.
- BESLER, E.M.** : Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht Freiburg, 2000.

* Eserlere yazarlarının soyadlarıyla atıf yapılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- BİNATLI, Y. :** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 1978.
- BİRSEN, K. :** Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, 3. Bası, İstanbul 1954.
- BOZER, A. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s.66.
- BURROWS, A. :** The Law of Restitution, London- Dublin- Edinburg-
Butterworths 1993.
- BUZ, V. :** Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin
Ayakta Tutulması, Batider (1998), C. XIX, S. 4, s. 53 vd (Gabin).
- BUZ, V. :** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Dönme).
- ÇAĞA, T. :** Rızadaki Fesat Sebeplerinden Biri veya Gabin ile Malul Sözleşmelerde Fesih
Beyanı ve Bunun Süresi, Ege Üniversitesi Hukuk Dergisi (1980), S. 1, s. 3.
- DALAMANLI, L./ KAZANCI, F./ KAZANCI, M. :** İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı
Borçlar Kanunu, C.I, İstanbul 1994.
- DOĞANAY, Ü. :** Adi Şirket Akdi (Akdi Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü), İstanbul
1968.
- DUMAN, İ.H. :** Gabinli Sözleşmenin Bozulması, Yargıtay Dergisi (1984), S.1-2, s. 125 vd.
- EDEGE, C. :** Gabin Davasında Süre, İstanbul Barosu Dergisi (1968), S.5-6, s, 326 vd.
- ELBİR, H.K. :** Türk Borçlar Hukukunda Gabin, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul
1951 (Tez).
- ELBİR, H.K. :** Gabine Müteallik Umumi Hüküm Muvacehesinde Fahiş Faiz Meselesi,
İstanbul Barosu Dergisi (1949), S. 23, s. 1 vd. (Fahiş Faiz).
- ELBİR, H.K. :** Gabinin Unsurları, İstanbul Barosu Dergisi (1951), S. 25, s. 1 vd.
(Unsurlar).
- ELBİR, H.K. :** Fransız Hukukunda Gabin Hakkında Bir İnceleme, Gönensay Armağanı,
1955 (Armağan).
- ELBİR, H.K. :** Ticaret Hukukunda Gabin İddiası, İleri Hukuk Dergisi (1950), C.5, S.5
(Gabin İddiası).
- ELBİR, H.K. :** Gabinin Müddeti ve Hükümleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mecmuası (1951), C.17, S.1-2, s. 1 vd. (Hükümler).

- EREN, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.
- ESENER, T.** : Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği (BK.m.1-40) Ankara 1969.
- FEYZİOĞLU, N.F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 2 Bası, İstanbul 1976 (Borçlar).
- FEYZİOĞLU, N.F.** : Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü (Hususiyle “Ecrimisil” Meselesi) İstanbul 1958 (Ecrimisil).
- FUNK, F.** : Borçlar Kanunu Şerhi, (Çev. Veldet H. / Selek C.H.) İstanbul 1938.
- GÖNENSAY, A.S.** : Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 1948.
- HATEMİ, H.** : Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm) Fasiküller, İstanbul 2002-2003 (Borçlar).
- HATEMİ, H.** : Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir Mi? Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004 (Armağan).
- HAVUTÇU, A.** : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- İNAN, A.N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Kitap, Ankara 1971.
- İSTEMİ, M.** : Kullanma Menfaatinin İadesi Talebinin Hukuki Dayanağı-Ecrimisil Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi , Yıl:11, Sa: 1998/1.
- KALKAN, B.** : Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004.
- KANIK, T.** : Gabin, Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, Ocak Şubat-1951.
- KAPLAN, İ.** : Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Ankara 2003.
- KARAHASAN, M.R.** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 1992 (Borçlar).
- KARAHASAN, M.R.** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, C.3, İstanbul 2004 (Kararlar).
- KARAMAN, H.** : Mukayeseli İslam Hukuku, C. II, Borçlar Hukuku (Muamelat), İstanbul 1991.
- KILIÇOĞLU, A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1998.
- KURU/ARSLAN/YILMAZ** : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001.
- KÜRŞAT, Z.** : Borçlar Hukuku Alanında Hile kavramı, İstanbul 2003.

- MARTİN, A:** Borçlar Kanunu Şerhi (Adalet Bakanlığı Tercümesi), 2.Bası, 1936.
- OLGAÇ, S. :** Kazai ve İlmi İçtihatlarda Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar , C.I, 2.Bası, İstanbul 1969.
- OĞUZMAN, K./ÖZ, T. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000.
- OĞUZMAN/SELİÇİ:** Eşya Hukuku, İstanbul 1997.
- OSER/SCHÖNENBERGER:** Borçlar Hukuku Birinci Kısım Madde 1-40 (Çev.Recai Seçkin), Ankara 1947.
- ÖNEN, T. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1990.
- ÖZDEN, B. :** Türk Hususi Hukukunda Gabin, İstanbul Barosu Dergisi (1991) S. 7-9.
- ÖZKAYA, E. :** Gabin Davaları, Ankara 2000.
- ÖZKENT, A.H. :** Ücret Mukavelelerinde Gabin İddiası, İstanbul Barosu Dergisi (1947), s. 49 vd. (Ücret).
- ÖZKENT, A.H. :** Gabin, Hukuk ve İçtihatlar Dergisi, S.18, s.245 vd (Gabin).
- ÖZSUNAY, E. :** Borçlar Hukuku I, İstanbul 1983.
- REİSOĞLU, S. :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Medeni Kanun Dikkate Alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş ,15.Bası, İstanbul 2000.
- RICHARDS, P. :** Law of Contract, Second Edition, Pitman Publishing 1995.
- SAYMEN/ELBİR:** Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1958.
- SAYMEN, F.H. :** Gabin-Müzayaka-İstifade Şartı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1947), C. 13, S.1-2, s. 800 vd. (Gabin).
- SAYMEN, F.H. :** Gabinde İvazlar Arasındaki Nisbetsizlik, Hukuk Fakültesi Mecmuası (1945), C.XI, S. 3-4, s.145 vd. (Nisbetsizlik).
- SAYMEN, F.H. :** Akdi Feshetme Hakkının Suistimali, Adalet Ceridesi, 1942, s.879.
- SCHWARZ, A. :** Borçlar Hukuku Dersleri, C. I, (Çev. Bülent Davran), İstanbul 1948 (Borçlar).
- SCHWARZ, A. :** Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları Konferansı, Ankara 1941 (Konferans).

- SEROZAN, R.** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002 (Borçlar).
- SEROZAN, R.** : Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000 (Armağan).
- SUNGURBEY, İ.** : Medeni Hukuk Sorunları, C.I. İstanbul, İ.Ü.H.F.Y. 1973.
- SUNGUR, H.H.** : Gabin, İstanbul 1953.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- TOPUZ, M.** : Roma Hukukunda Fahiş Gabin (Laesio Enormis) Aydın Aybay'a Armağan 2004.
- TUNÇOMAĞ, K.** : Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, 2. Bası, İstanbul 1965.
- TÜRKİYE DİYANET VAKFI İSLAM ANSİKLOPEDİSİ:** C. 13, İstanbul 1996 (İslam Ansiklopedisi).
- UYGUR, T.** : Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C.I-II, Ankara 1990.
- ÜNAL, M.** : Şekli Eşya Hukuku, 2.Bası, Ankara 1994.
- VON TUHR, A.** : Borçlar Hukuku, (Çev.Cevat Edege), Ankara 1983.
- ZEVKLİLER, A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2001.

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve SOYADI : Gonca ÖNEN

Doğum Tarihi ve Yeri : 03.01.1979 Finike

Medeni Durumu : Bekar

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Manavgat Lisesi

Lisans Diploması : Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yükseklisans Diploması:

Tez Konusu : Türk Hukukunda Gabin

Yabancı Dil / Diller : İngilizce

Bilimsel Faaliyetler

İş Denevimi

Stajlar : Avukatlık Stajı

Projeler :

Çalıştığı Kurumlar :

Adres : Atatürk Mh. Antkoop Toros Sit. A/8 Blk. No:11 ANTALYA

Tel. no : 0 242 325 95 63 – 0 532 300 53 75