

## GABİNDE İVAZLAR ARASINDAKİ NİSBETSİZLİK

Doçent Dr. Ferit H. Saymen

### I

Borçlar Kanunumuzun mehzazden aynen terceme ederek iktibas ettiği 21 inci maddesi, gabını görünürde iki, hakikatte üç unsura irca etmekte ve bu hal tarzı ile bazı ecnebi mevzuattan (ezcümle Fransız hukukundan) ayrılmakta ve daha modern bazı mevzuata (ezcümle Alman Medeni Kanununa) yaklaşmaktadır. Bu maddeye göre:

«Bir akitte ıvazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, eğer mütażarrırın muzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mütażarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir. Bu müddet akdin in'ikadında nitibaren cereyan eder.»

Profesör Hıfzı Veldet ile Cemal Hakkı Selek tarafından tercüme edilen Dr. Fritz Funck'un Borçlar Kanunu Şerhinde mezkûr madde şu şekilde, aslına göre, ifade olunmuştur:

«Taraflardan birinin muzayakasından, tecrübesizliğinden veya hiffetinden diğer tarafın istifade etmesi suretiyle yapılan bir akidde edim ve karşı - edim arasında açık bir nisbetsizlik bulunduğu takdirde, mütażarrır bu akdi feshettiğini bir sene içinde beyan ederek, vermiş olduğu şeyleri geri isteyebilir.

Bir senelik müddet akdin yapılmasından itibaren cereyanına başlar.»

Ancak bir ifade farkı bulunup hiç bir hüküm farkı ihtiva etmeyen bu meitnlere göre, bir akitte gabin mevzuubahis olabilmek için şu unsurların mevcudiyeti şarttır:

1. İvaz ile mukabil ıvaz arasında açık bir nisbetsizlik bulunması,
2.
  - a) Mutazarrırın muzayaka halinde bulunması,
  - b) Tecrübesiz olması,
  - c) Hiffet ile vasıflandırılabilmesi lâzımdır.
3. Bu hallerin birinden istifade edilmesi.

Bu şartların birincisine objektif, ikincisine magbune nazaran sübjektif ve üçüncüsüne de diğer âkide nazaran yine objektif şart adı verilir. Gabının mevcut olabilmesi için bu üç şartın da toplu olarak mevcudiyeti lâzımdır. Bunlardan herhangi birinin fıkdanı halinde, kanunumuzun kabul ettiği sisteme göre, gabın aslâ mevzuu bahs olamaz. Bu yazımızda biz ancak birinci şartı inceliyeceğiz. Diğer şartların tetkiki başka bir yazımızın konusunu teşkil edecektir (1).

## II

Türk Borçlar Kanununa göre gabından bahsedebilmek için, âkitlerden birinin mukaveléye göre tediyyeye mecbur olduğu ıvaz ile diğer tarafın tediyyeye mecbur olduğu ıvaz arasında açık bir nisbetsizlik bulunmalıdır. Bu ıvaz bir şeyin verilmesine, bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına taallük edebileceği gibi, mukabil ıvaz da bunlardan biri olabilir.

İşte bu ıvazlar arasındaki nisbetsizliği takdir etmek için ıvazları değerlendirmek icabeder. Bu değerlendirme keyfiyetinde üç noktanın incelenmesi lâzımdır:

1. İvazların hangi zamandaki değeri nazara alınacak?
  2. Bunu kim takdir edecek?
  3. İvazlar arasındaki nisbetsizlik ne şekilde tayin edilecek?
- Bu suallere sırasıyla cevap vermeğe çalışalım.

### 1 — İVAZLARIN KIYMETİNİ TAKDİR ZAMANI.

Karşılıklı taahhütleri ihtiva eden bir akitte ıvazlar arasındaki açık nisbetsizlik, ne zaman takdir edilir? Veya bu nisbetsizlik ne zaman mevcut olmalıdır ki gabından bahsedilebilsin? Bu suale verilebilecek cevap oldukça basittir: İvazların kıymeti akdin in'ikat etti-

(1) Tafsilât için bak: *Hellmuth Kittelmann, Laesio enormis, Inaugural-Dissertation, Aarau 1919.*



ği zamandaki haline göre ölçülür; yâni gabının objektif şartı akdin in'ikadı sırasında mevcut olmalıdır. Akdin ne zaman in'ikad edeceğini de Borçlar Kanununun 1-10 uncu maddeleri tâyin etmektedir.

Meseleye müelliflerin bir kısmı temas ederek aynı noktâ nazarı müttefikan kabul etmişler; diğeri bir kısmı ise, bunu herhalde tabii görerek bu hususta sükûtu ihtiyar etmişlerdir. İvazların kıymetini akdin in'ikadı zamanında takdir etmek lâzımgeldiğini düşünen müelliflerden von Tuhr şöyle bir ifade kullanıyor:

«Nisbetsizliğin mevcut olduğuna karar vermeği mümkün kılan husus, akdin in'ikadı zamanında umumiyetle (ahval ve şerait nazara alınarak) takdir edilecek olan ıvazların objektif kıymetidir.» (2).

Fritz Funck da aynı mütalâadadır: «Her iki edimi (ıvaz) de akdin in'ikadı zamanındaki değerlerine göre birbirleriyle mukayese etmek lâzımdır.» (3) diyor.

Türk doktrininde de durum aynı merkezdedir: Müelliflerin bir kısmı meseleye temas etmemişlerdir, fakat temas edenlerin mütalâası yukarıda beyan ettiğimiz mealdedir. Filhakika, Profesör Esat Arsebük şu satırları yazmaktadır:

«Nisbetsizliğin açık olup olmadığı, halin icaplarına göre müte-kabil edaların objektif kıymetlerine bakılarak anlaşılır ve umumiyetle yapılmakta olan mümasil mütalâalarda mukavelenin akdedildiği zamandaki vaziyet nazara alınır.» (4). Müellif eserinin ikinci basısında da aynı mütalâayı harfiyyen tekrarlamaktadır (5).

Profesör Kemalettin Birsen de bu mütalâayı tervec etmektedir. Mumaileyhe göre:

«Açık nisbetsizlik olup olmadığı akdin in'ikadı zamanında şeyin kıymeti nazarı itibara alınmak suretiyle tâyin edilir. Olabilir ki akittişekkül ettiği zaman ıvazlar arasında açık bir nisbetsizlik yoktur; fakat bilâhara haricî tesirler dolayısıyla husule gelmiştir. Bu takdirde gabın mevcuttur denilemez.» (6).

(2) *von Tuhr*, *Partie générale du C.O.*, cilt I, § 40, I, 1. sah. 281.

(3) *Dr. Fritz Funck*, *op. cit.*, sah. 36.

(4) *Esat Arsebük*, *Borçlar Hukukunun Umumi Esasları*, Ankara 1937, § 48, I, 1, sah. 223.

(5) *Esat Arsebük*, *Borçlar Hukuku*, 2. basım, cilt I, İstanbul 1943, § 45, II, 1, sah. 472.

(6) *Kemalettin Birsen*, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Cilt I, 2. bası, İstanbul 1944, sah. 82.a.

Profesör merhum Hacı Âdil de bu fikre taraftardır: «Nisbetsizliği takdir etmek için de ıvazların zaman-i akittteki kıymetine nazar olunur.» diyor (7).

Binaenaleyh ıvazlar arasındaki nisbetsizlik akdin in'ikadın zamanında mevcut olmadıkça gabinden bahsetmek mümkün değildir. Akit in'ikat ettikten sonra ıvaz veya mukabil ıvazda husule gelen tezayüt veya tenezzülün derecesi ne olursa olsun akdi feshe salâhiyet vermez ve hâkim tarafından nazara alınmaz. Zira ticaret bu gibi kıymet farklarına istinat ettiğinden, aksi bir hal tarzı, iktisadî hayatta yaratacağı huzursuzluk ve istikrarsızlık dolayısıyla ticareti felce uğratmak gibi bir netice doğurur.

Bu görüş tarzının dayandığı hukukî sebebi de şöylece ifade edebiliriz:

Bazı müellifler Fransız doktrininden mülhem olarak gabini rızayı bozan (ıfsad eden) sebepler meyanında kabul etmektedirler. Bunlara göre, gabin rızayı bozan bir sebep olduğundan, akdin teşekkülü için beyan olunan rızayı ıfsad etmesi ve bu itibarla akdin in'ikadı sırasında mevcudiyeti şarttır.

Diğer bir takım müellifler ise Alman doktrininden mülhem olarak, gabini ahlâk kaidesine istinad ettirmekte ve gabini muamelelerin ahlâk kaidesine uygun olmaması dolayısıyla kanun vazı tarafından feshine müsaade edildiğini kabul etmektedirler. Bu ahlâk kaidesi, gabinde hüsnüniyet prensipine inkılâp eder. Netekim Profesör merhum Hacı Adil bu mütalâayı çok açık olarak şu şekilde ifade etmektedirler:

«Bu madde (yani gabine ait 21 inci madde) Kanunu Medenimizin 2 ve 3 üncü maddelerinde mevzuubahs olan hüsnüniyet kaidesiyle çok alâkadardır. Hüsnüniyet kavaidi iptidaiyesine âşikâr bir surette münafi olan bu tarzdaki akitler ve mukaveleler karşısında vazı kanun sakit kalamazdı.» (8).

Bu görüş tarzına istinadendir ki bazı müellifler, gabini akid serbestisi hakkının sulüstimal edilmesinin bazı tezahür tarzları gibi telâkki etmektedirler. Filhakika gabini hakkın sulüstmalî ile, yani hüsnüniyet kaidesine muhalif ızzar maksadiyle izah etmek mümkündür; zira gabinde taraflardan biri akit yapmak serbestisini ve bilhassa ödemeleri tâyin hususundaki serbestiyi gayesine muhalif bir

(7) Hacı Adil, Borçlar Kanunu Şerhi, cilt I, İstanbul 1928, sah. 120.

(8) Hacı Adil, Aynı eser, sah. 121.



tarzda ve suîniyetle, diğer tarafı ızrar kasdiyle kullanmıştır (9).

Her ne hal ise, gabin, ahlâk veya hüsnüniyet kaidesine muhalif bir hareket veya akit serbestisinin suiistimali olarak telâkki edilsin, tetkik ettiğimiz noktanın halli hususunda farklı bir rol oynamaz; zira, bu prensipler hep akdin in'ikadı esnasında ve müzakereler sırasında taraflara tatbik olunur. Binaenaleyh tarafların hüsnüniyet sahibi olup olmadıkları, veya haklarını suiistimal etmiş bulunup bulunmadıkları akdin in'ikadı sırasındaki vaziyetlerine göre ölçülür.

Bunun içindir ki, gabin ister rızayı bozan bir sebep, ister ahlâka aykırı bir hareket olarak mütalâa edilsin, ıvazlar ancak akdin in'ikadı sırasındaki kıymetlerine göre nazara alınacaktır.

## 2. NİSBETSİZLİĞİN TAKDİRİ TARZI.

Akdin in'ikadı sırasında mevcut olması icabeden nisbetsizliği takdir için ıvazları kıymetlendirmek ve bunları birbiriyle mukayese etmek, birbirlerine nisbet etmek lâzımdır. İşte bu ıvazların kıymetlen-dirilmesi pratik bakımdan oldukça önemli bir mesele ortaya çıkarır. İvazları takdir edecek olanın bir şahıs veya bir makam olması şimdilik bir tarafa bırakılarak (bu meseleyi 3 numara altında ince-liyoruz), bunların bu kıymet takdirini nasıl yapacaklarını inceliye-lim. Bunun için birçok ihtimalleri göz önünde bulundurmak lâzım-dır. Şöyle ki:

a) İvaz nakit ise, mesele yoktur, zira nakdi bir ıvazın kıy-meti ıvazın bizzat kendisidir. Çünkü bir ıvaza kıymet takdir etmek mezkûr ıvazı para ile ölçmek demektir. Para kıymetlerin müşterek ölçüsüdür. İvaz esasen nakit halinde tecelli ettiğine göre buna ayrı-ca bir kıymet takdiri mevzuubahis değildir. Ancak ıvazlardan biri ecnebi para ile tayin edilmiş ise, veya altın şartı, altın kıymeti şartı, altın karşılığı şartı gibi şartlar ihtiva ediyorsa, Borçlar Kanunu-nun 83 üncü maddesine göre hareket etmek lâzımdır. Bu maddeye göre:

«Mevzuu para olan borç, memleket parasiyle ödenir.

«Akit tediye mahallinde kanunî rayıcı olmıyan bir para üzeri-ne varid olmuş ise, akdin harfiyyen icrası (aynen ödemek) kelime-leri veya buna muadil sair tabirat ile şart edilmiş olmadıkça borç vadenin hulûlü günündeki rayıcı üzerinden memleket parasiyle öde-nebilir.»

(9) Ferit H. Saymen, Akit yapmak hakkının suiistimali, Huk. Fak. Mec. 1941, cilt VII, sah. 556, No. 3.

Şayet muamele ticarî bir mahiyet arz ediyorsa ve ecnebi para kaydını muhtevi ise, mukaveleye Ticaret Kanununun 643 üncü maddesi tatbik olunur; bu maddede aynen şöyledir:

«Bir akdi ticarî icabınca tediyesi iktiza eden nakdin memleket dahilinde rayıci kanunîsi yok ise mezkûr nûkut yerine inkasayı vadedeki piyasa rayıci itibariyle ona muadil miktarda Türk parasının tesviyesi caizdir.

Şu kadar ki, hîni akitte rayıci kanunîsi olmıyan ecnebi nakdin aynen tesviye edileceği tasrih edilmiş ise ve bu mealde diğeri bir ta-bir kullanılmış ise tediyesi meşrut olan ecnebi nakdin aynen ifası lâzımdır.»

Ecnebi para kaydı bir poliçenin tediye tarzını gösteriyorsa, yine Ticaret Kanununun 566 ncı maddesi hükmüne göre amel olunur. Bu maddeyi de kaydedelim:

«Bir poliçe mahalli tediye rayıci olmıyan bir akçe ile lâzîmüttekiye olduğu takdirde keşideci emri tediyeenin poliçede irae olunan cins akçe ile tediyesini şart koşmuş olmadıkça (buna poliçenin hakiki surette meskûkâtı ecnebiye ile tediyesi şartı denir) emri tediye poliçesinin bedeli talep olunabileceği günün rayıcine göre o memlekette mütedavil akçe ile icra olunur.»

Binaenaleyh ıvaz memleket parası ile tâyin edilmiş ise mesele yok. Ecnebi para ile tâyin edilmiş olup ta başka bir kayıt ihtiva etmiyorsa, rayıç fiyatına göre memleket parasına tahvil edileceğinden yine mesele yok. Şayet aynen tediye şart edilmiş ise, bu takdirde artık ecnebi para ıvazın nakdî şeklini teşkil etmez ve ikinci ihtimale dahil bulunur.

b) Şayet ıvaz nakitten gayri bir şey ise (bir mal, bir iş, bir intifa hakkı, aynen tediyesi meşrut ecnebi para, v.s.) burada da tâli bir tefrik gözetmek lâzımdır:

aa) Nakitten gayri bu ıvazın cari bir fiyatı olabilir ve meselâ borsada mukayyet bulunabilir. Ecnebi paralar, esham ve tahvilât, bazı nevi eşya için bu gibi borsa fiyatları mevcuttur. Bunların akdin in'ikad ettiği gündeki kıymeti nazara alınarak ıvazın kıymeti ölçül-mek lâzımdır. Bunun gibi bazı eşyanın borsada tâyin edilmiş bir kıymeti olmamakla beraber, cari fiyatı bulunabilir. Meselâ faiz yüz-desi, sigorta poliçelerinin prim miktarı ilh. gibi. İşte bunların kıy-meti akdin in'ikadı günündeki kıymetlerine göre nazara alınır.

bb) Bazı maddelerin ise fiyatı teşriî, veya icraî bir tasarrufla tâyin edilmiş bulunabilir. İnhisar maddeleri (tuz, tütün ve sigaralar,



içkiler, kibrit gibi) ekseriya bir kanun ile tayin edilirler. Bazı maddelerin kararname ile tayini mümkündür (şeker, kömür, çimento). Bazılarını mahalli belediyeler tesbit ederler (et, gazino, lokanta, hamam, ilh...).

Bu meyanda nakil ücretlerinin, posta ücretlerinin, telefon, elektrik, su, havagazı ücretlerinin muayyen bir tarifesi mevcut olup bunların fiyatı işbu tarifeye göre tesbit edilmiştir. Fakat bu hususta yapılacak olan mukavelelerin birer hususî hukuk mu, yoksa idare hukuku mukavelesi mi olduğu düşünülebilir (10). Maamafih bunların da kıymetini ölçmek ve tayin eylemek oldukça kolay bir iştir. Bu ivazların kıymeti mevzuatın tayin ve tesbit ettiği fiyatlardır. Söylemeğe lüzum yok ki, bu maddelerin karaborsadaki kıymetleri veya rüşvet, bahşiş vesaire verilerek elde edilmesi için yapılan sarfiyat nazara alınmaz.

cc) Asıl mesele, mezkûr ivazın cari veya tayin edilmiş bir fiyatı bulunmaması halinde ortaya çıkar. Bu takdirde ivazın kıymetini iktisadî kanunlar ve kaideler dairesinde tâyin etmekten başka çare kalmaz; burada bilhassa rol oynayacak olan arz ve talep kanunudur. Cari veya muayyen fiyatı olmıyan ivazın kıymeti bu kanuna göre tâyin edilecektir. Meselâ mağbun akde mevzu teşkil eden malını devretmek üzere diğer âkid tarafa icapta bulunmazdan evvel, piyasaya arzetmiş ve müteaddit kimselere müracaat eylemiş ise bunların teklif ettikleri bedeller ivazın kıymetini objektif olarak tayin edecektir. Şayet müteaddit kimseler fiyat vermiş iseler ve bu fiyatlar birbirinin aynı ise, ivaz objektif ve kat'i olarak tayin edilmiş olur. Fakat bunların verdiği fiyatlar birbirinden farklı bulunuyorsa, ki ekseriya vaziyet bu şekilde tecelli edecektir, bunların vasatî ivazın yine objektif, fakat vasatî kıymetini tayin edecektir.

Şu halde nakdî olmıyan ivazın kıymeti objektif olarak, yani akdî in'ikad; zamanındaki piyasa durumuna göre ölçülmek icabeder. Aksi halde sübejektif kıymetler nazara alınır ki muamelelerdeki selâmet ve istikrar bakımından çok tehlikeli vaziyetler yaradılmış olur. Ezcümle mağbunun bu mala atfettiği hususî alâka veya verdiği kıymet nazara alınamaz; bunun gibi bu malın maliyet fiyatı da göz önünde bulundurulamaz; zira bunlar hep enfüsi, sübejektif ölçülerdir.

(10) Radyo ücretleri hakkında Yargıtayın bir kararı ile Dekan Sıddık Sami Onar'ın yazısına bak: Huk. Fak. Mec. 1944, cilt XI, sayı 1-2, sah...

Binaenaleyh ıvazı objektif olarak ölçmek lâzımdır. Ve bunun için mezkûr ıvazın maliyet fiyatı, veya zati kıymeti (Valeur intrinsèque) ne olursa olsun, mezkûr malın objektif değeri, iktisadî kıymeti, satışa arzedildiği zaman piyasadaki kıymetidir. Meselâ harp içinde Almanyadan getirilen bir malın kıymetini 100 farzedelim. Aynı cins ve aynı evsafı haiz bir mal İngiltereden 30 a getirilmiş olursa ve bu mal piyasada 35 den satılıyorsa, malı Almanyadan getiren 100 e değil fakat 35 e sattığı zaman gabin iddiasında bulunamaz. Bu malın sonradan kıymetlenerek yükselmesinin de hiç tesiri yoktur. Zira malın objektif, iktisadî değeri satış ânında 100 değil 35 dir. Kendisi için burada büyük bir zararın husule geleceği muhakkak olmakla beraber gabin aslâ mevzuubahis değildir. Çünkü akdin in'ikadı sırasında ıvazlar arasında objektif bir nisbetsizlik yoktur.

Şu halde, ıvazın kıymetini ölçmek için, mağbunun malını piyasaya arzettiği zamandaki piyasanın durumunu göz önüne almak lâzımdır. Piyasa bu anda hususî ve fevkalâde vaziyetler arz ediyorsa bunları da takdir unsurları arasına katmak zarurîdir. Ezcümle mağbun tarafından malın piyasaya arzı sırasında, piyasada nakit fikdârı ve buna mukabil mal bolluğu bulunabilir. Meselâ, varlık vergisinin tediyesi sırasında birçok mükelleflerin para tedariki için mallarını satmağa kalkıştıkları zaman İstanbul piyasası işte bu manzarayı arz ediyordu. Bu sıralarda arz olunan malın iktisadî kıymeti o esnada hakikî kıymetinden çok daha düñ olabilir. Fakat gabin yoktur. Malını bu anda satıp da sonradan vaziyetini düzelten bir kimse gabin iddiasıyla verdiğiñi geri istiyemez. Zira kendisi piyasa vaziyetinin değışmesinden ve varlık vergisinin yarattığı buhranın geçmesinden istifade ederek malını tekrar ucuz fiyatla geri satın almış olur (rachat). Bu ise bir nevi ispekülasyon olup hüsnüniyet kaideleri ile kabili telif değildir. Esasen mahkeme böyle bir talebi derhal reddedecektir, zira gabinin esaslı unsurlarından biri mevcut değildir.

### 3. NİSBETSİZLİĞİ TAKDİR EDECEK OLAN MAKAM.

ıvazlar arasındaki nisbetsizliği takdir etmek kime aittir? Kanun bu suale cevap vermemekte, müelliflerin pek çoğı da bu noktayı araştırmamış bulunmaktadır. Ancak kanun gabine duçar olanın akdi feshetmeğe saiâhiyeti olduğunu bildirerek, nisbetsizliğin kendisi tarafından takdir edileceğini zımnen ifade etmiş oluyor. Fakat mesele bu kadar kolay halledilir bir keyfiyet değildir. Filhakika akdin



feshini diğer taraf kabul ederse, iş burada biter. Fakat ekseriya kabul etmediğini göz önünde bulundurmak lâzımdır, zira gabinli muameleden bilhassa diğer taraf istifade etmektedir. Bu takdirde tarafların mahkemeye baş vurmaları lâzımdır. Hâkim gabinin mevcudiyetine kanaat getirirse akdi feshetmez, bu fesih hakkı kanunen mağbuna verilmiştir; hâkimin yapacağı iş gabin şartlarının mevcut olduğunu bildirmek ve bu itibarla feshin yerinde olduğunu karar altına almaktır.

Fakat hâkim gabinin mevcudiyetine nasıl kanaat getirecektir? Asıl mesele budur. Bunu bizzat kendisi mi takdir edecektir? Yoksa tatbikatta maalesef suiistimal edilen «ehli vukufa havale» yolunu mu ihtiyar eyliyecektir? Burada birbirinden dikkatle ayrılması icabeden iki nokta vardır: Birisi ıvazların kıymetini takdir, diğerleri ıvazlar arasındaki nisbetsizliği takdir.

**a) İvazların kıymetini takdir:**

İvazların akdin in'ikadı zamanında objektif olarak takdir edilmesi lâzımgeldiğini yukarıda kaydetmiştik. Şüphe yok ki hâkim bizzat ıvazları kıymetlendirebilir ve bunun için icabeden bütün vasıtalara baş vurabilir. Bu meyanda ehli vukufa da müracaat edebilir. Bu hususta hâkimin bu yolu ihtiyar etmesi en salim bir hareket tarzıdır. Zira ehli vukuf ıvazların kıymetini, piyasa durumunu, cari fiyatları, ilh... gibi unsurları iyi bilen bir kimsedir. Hâkimi tenvir edecek, ona doğruyu, bitarafane söyleyecek olan odur. Mahkemelerimizin en ufak, hattâ hukukî mesailden olduğu şüphe götürmeyen hususları ehli vukufa havale etmeği itiyad ettikleri ve bu suretle mesuliyetten kurtularak Yargıtaya karşı tebriyei zimmet etmeyi düşündükleri mülâhaza edilirse, bu yola kolaylıkla baş vuracakları istidlâl edilebilir. Bunun da muahaze edilecek bir tarafı yoktur, zira ıvazların kıymetlerini takdir ve tâyin etmek tamamen fiili bir meseledir. Bir fabrikanın satış kıymetini; bir çiftliğin kira bedelini; bir şirkete ait esham veya tahvilâtın kıymetini; rekabet etmemek şartının neye mal olabileceğini; bir işçinin veya mühendis, müteahhit, hekim vesair meslek ve sanat erbabının hizmetinin baliğ olacağı ücretin neden ibaret bulunduğunu ehli vukuf mükemmelen tayin ve takdir edebilir. Çünkü bunlar hep birer fiili meseledir.

**b) Nisbetsizliği takdir :**

Fakat ıvazlar arasındaki nisbeti ölçmek ve gabine cevaz verecek bir derecede olduğunu takdir etmek tamamen hukukî bir iştir,



ve bunun bizzat hâkim tarafından yapılması iktiza eder. Şu halde hâkim gabinin mevcudiyetini ehli vukufa havale edemez. Ehli vukuf ancak ıvazların kıymetini takdir edebilir. Bu takdir edilen kıymetleri birbirine nisbet ederek gabinin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetine karar vermek hâkime terettüp eden bir keyfiyettir. Fakat hâkim bu takdirini nasıl yapsın?

Borçlar Kanunumuz gabinin mevcudiyeti için ıvazlar arasındaki nisbeti kat'î ve sabit bir rakam ile tayin etmekten çekinmiş ve nisbetsizliğin hal ve maslahata göre ölçülmesini hayat icaplarına daha uygun bulmuştur. Binaenaleyh nisbetsizliğin ölçüsü tamamen takdiri bir iştir. Halbuki eski hukukumuz ile Fransız hukukunda ıvazlar arasındaki nisbetsizliğin haddini doğrudan doğruya kanun tayin etmekte idi. Netekim Mecellenin 365 inci maddesi:

«Beyide bilâ tagrir (aldanmaksızın) gabni fâhiş bulunsa, mağbun olan kimse beyi feshedemez. Fakat mal-ı yetimi bilâ tagrir olsa dahi gabni fahiş ile bey sahih olmaz. Mali vakıf ve beytülmal dahi mal-i yetim hükmündedir.» diyerek gabini ancak muayyen malların bey'i hakkında kabul etmekte ve mezkûr gabinin fâhiş olmasını istemektedir. Şu halde gabini yesir, yani az miktarda gabin nazara alınmayıp, ancak gabni fahiş bir hükmü havi bulunmakta idi. Ve Mecellenin 165 inci maddesi gabin fahiş teşkil edecek olan nisbetsizlikleri her nevi mal için ayrı ayrı ve kat'î nisbetler halinde tayin eylemekte idi. Mezkûr maddeye göre:

«Gabni fahiş aruzda (yani arzlarda, meta ve kumaş emsali şeylerde (Mecelle 131) nısf öşür, ve hayvanatta öşür ve akarda humus miktarı veya daha ziyade aldanmaktır.»

Binaenaleyh Mecelle kanunî olarak «nisbetsizliğin» neden ibaret olacağını açıkça ve çok kat'î olarak tayin etmiştir (11).

Fransız mevzuatında da durum, nisbetin tayini bakımından aynıdır. Filhakika Fransız Medenî Kanununun 1674 üncü maddesi gayri menkul satışlarında nisbetsizliğin 7/12 den fazla olmasını aramaktadır. Kezalik 8 temmuz 1907 tarihli bir kanun gübre ve hayvan yemi satışlarında gabinin 1/4 den ziyade olmasını kabul etmektedir. Fransız Medenî Kanununun 887 nci maddesi miras taksiminde 1/4 nisbetinde gabine maruz kalan mirascının taksimi feshedebileceğini bildiriyor. Mirasın kabulü halinde mevcudiyeti malûm olmıyan bir vasiyetnamenin sonradan ortaya çıkması üzerine mirasın yarıdan faz-

(11) Fazla malûmat için bak: *Ali Haydar*, Mecelle Şerhi, cilt I, sah. 247 ve müt.



lasından mahrum olan mirasçının bu kabule itiraz edebileceğini de 738 üncü madde beyan etmektedir.

İşte, Borçlar Kanunu bu sistemlerden tamamen ayrılmış ve gabinin mevcudiyetini kabul için bir nisbet tayin eylememiştir. Bugünkü temayül daha geniş görüşlü ve Medeni Kanunun hâkime bahşettiği vâsi takdir salâhiyetine çok daha uygundur. Bu itibarla ıvazlar arasındaki nisbetsizliğin takdiri tamamen hâkime ait bir meseledir; ve binaenaleyh bu nisbetsizliğin mevcudiyetini hâkim ehli vukufa takdir ettiremeyecektir. Bu noktai nazar doktrin ve Federal Mahkeme içtihatları tarafından sarih olarak kabul edilmektedir.

Merhum Hacı Adil beye göre: «Yeni kanunumuzda gabni fahiş için bir ölçü verilmemiş (açık nisbetsizlik) gabni fahiş addolunmuş ve derecesinin takdiri hâkimlere bırakılmıştır.» (12).

Profesör Kemalettin Birsen de şöyle diyor: «İvazlar arasında açık nisbetsizliği hâkim takdir ederken tarafların vaziyetini, taahhütlerinin neticesi olarak üzerlerine aldıkları tehlikenin derecesini nazarı itibara almalıdır... Binaenaleyh hâkim açık bir nisbetsizliğin olup olmadığını vaziyete göre takdir etmelidir.» (13).

Federal Mahkemenin de müstakar içtihadı aynı merkezdedir. Mezkûr mahkeme 5 şubat 1935 tarihli bir kararında «gabinin objektif unsurunu teşkil eden tarafların ıvazları arasındaki açık nisbetsizliğin mevcudiyetini takdir etmek keyfiyeti hukukî mesailden maduttur» diye bir fıkra mevcuttur (14). Bu fıkra gayet açık olarak nisbetsizliğin takdirini bir hukukî mesele olarak vasıflandırıyor ve binnetice işi hâkime terk ediyor.

Kezalik Federal Mahkemenin 20 aralık 1930 tarihli bir kararında ıvazların tesbit ettirilmesinin maddî bir mesele olduğu bildirilerek nisbetsizliğin derecesini ölçmenin bundan hariç bırakılması —muhalif mefhumundan çıkarılacak neticeye göre— hukukî bir mesele olarak kabul ettiği düşünülebilir. Federal Mahkeme diyor ki: «Hâdisede bir nisbetsizlik görülmemektedir. Hâdisi hâkimî, gayrimenkulü keşfettirdikten sonra tesbit etmiştir ki takarrur eden bedel alacaklı için fazla sayılmazsa bile oldukça yüksektir. İstinaf Mahkemesi bu tesbite istinad etmiştir. Federal Mahkeme de bununla

(12) *Hacı Adil*, op. cit., sah. 131.

(13) *Kemalettin Birsen*, op. cit., sah. 82.

(14) ATF 61. II. 31, *JdT* 1935, sah. 492. *Thilo*, Federal Mahkeme içtihatları (terc. *Ferit H. Saymen*), Huk. Fak. Mec. 1937, cilt III, sah. 338.

mukayyettir. Çünkü maddî unsurların takdirine taallûk eder.» (15).

Nihayet Federal Mahkemenin 8 mart 1920 tarihli kararının 2 numaralı gerekçesini nakledeyim:

«... Kanton Mahkemesi hâdisede objektif şartın tahakkuk etmiş olduğuna hükmetti: Burada Federal Mahkemenin nihai olarak karar vermeğe salâhiyetli bulunduğu bir hukukî mesele karşısında bulunulmaktadır. Bu bakımdan 7500 frank olan akdî fiyat ile 5500 frank olarak ehli vukufça takdir edilmiş kıymet arasındaki farkın biraz fazla görüldüğü doğrudur. Fakat şurasına işaret etmek lâzımdır ki bir eşyanın, bilhassa birkaç sene kullanılmış olan eşyanın para ile takdiri daimî tahavvüllere maruzdur, fakat bununla beraber ahval ve şeraite göre yeni bir eşya gibi aynı hizmetleri görebilir. Bilhassa ahli vukufun takdirinin kısmen kendisi tarafından doğrudan doğruya müşahede edilmesine imkân olmıyan hâdiselere dayanıldığına işaret etmek lâzımdır. Zira otomobili satış ânında görmemişti. Bu gibi takdirler kat'i değıllerdir. Diğer taraftan dâvacı, fiyatı tesbit ederken dellâlına ödeyeceği provizyon ile müşterisine gösterdiği tediye kolaylıklarını da göz önünde bulundurmakta haklıdır. Bu itibarla hâdisede ıvaz ile mukabil ıvaz arasında açık bir nisbetsizliğin bulunduğu kabul edilemez ve bu suretle B. K. 21 inci maddenin tatbikını icabettiren objektif şart tahakkuk etmemiştir.» (16).

Fakat nisbetsizliği takdir etmenin hâkime ait olduğunu söylemek kâfi değildir. Hâkimin bunu nasıl takdir edeceğini, diğer bir ifade ile, takdir ederken ne gibi hususları göz önünde bulunduracağını da incelemek lâzımdır. Bu noktaya kanunumuz, pek açık olmıyan bir tabir ile cevap vermekte, bu nisbetsizliğin «açık» olması lâzımgeldiğini bildirmektedir. Mehazın Fransızca metninde «évident» ve Almanca metninde de «offenbar» tabirleri kullanılmıştır.

İsviçre Medenî Kanununun 2nci maddesinin 2nci fıkrası hakkın suiüstimali hudutlarını çizirken kullanmış olduğu tabir, manâ itibariyle gabin hakkında kullandığı tabire benzemektedir. İsviçre kanuncusu Fransızca metinde «abus manifeste» ve Almanca metninde «offenbare Missbrauch» demiştir ki burada «manifeste», «offenbar»

(15) *Esat Arsebük*, Federal Mahkeme Kararları, 1935, sah. 457; *İstanbul Barosu İlmî Encümeni*, Mahkeme Kararları, İstanbul 1933, cilt I, sah. 356.

(16) JdT 1920 sah. 315, bilhassa sah. 318.



gibi açık, bedihî, zahir manâlarına gelir. Kanunumuzda bu unsur yerine «sırf» kelimesi konulmuştur. Bu iki tabirin karşılaştırılmasından çıkarılacak manâ şudur: Nisbetsizlik o kadar zâhir, o kadar açık ve bedihî olmalıdır ki vasat bilgili, vasat düşünceli herhangi bir kimsenin ilk nazarda gözüne çarpmalıdır. Yoksa kılı kırk yarararak birçok zekâ, mantık ve emsal oyunları ile nisbetsizliğin kabulü cihetine gidilmemelidir. Yani nisbetsizlik inkâr olunamayacak bir nisbetsizlik olmalıdır (17).

Mahaza bu unsur da hâkim tarafından körükörüne tatbik edilecek bir unsur değildir. Hâkim adaleti tevzi eden bir otomat olmadığına, bilâkis kanunu hayat icaplarına, sayısız hususî hallere ayarlamağa mecbur bulunduğuna göre, ıvazlar arasındaki nisbetsizliği her hâdisenin hususî şartlarına göre tayin ve takdir edecektir. Meselâ siyasî ve iktisadî buhranlar mevzuubahs olmadığı zamanlar nazarı itibara alacağı nisbetsizlik başka, piyasada daimî temevvüçler bulunduğu, paranın istikrarsız olduğu, fevkalâde halin hükûmet tarafından ilân edilmiş ve bu hususta birçok istisnai kanunların vazedilmiş olduğu zamanların nazarı itibara alacağı nisbetsizlik derecesi şüphesiz başka olacaktır.

Netekim Federal Mahkeme yukarıda zikrettiğimiz 1920 tarihli kararında ehli vukufun tâyin ettiği kıymeti çok yüksek bularak, bir eşyanın para ile takdirinin daimî tahavvüllere maruz kaldığını bildirmiş ve bu tahavvüllerin de nazara alınması lâzımgeldiğini beyan ettikten sonra, esasen bu gibi kıymet takdirlerinin de pek kat'i olmadığını ilâve etmiştir (18).

Von Tuhr da işin az çok emniyetli olmasının da hesaba katılacağını söylüyor ve ilâve ediyor: «Ezcümle, bir satış fiyatının azlığını veya ödünç verilen bir meblağ için konulan faiz yüzdesinin yüksekliğini, alıcının veya borçlunun maruz kaldığı tehlike veya muhataraya caiz kılabilir.» (19).

Kezalik Profesör Esat Arsebük te şu satırları yazıyor: «Gabin için umumî bir kıstas kabul edilemez. Meselâ faizin çok yüksek bulunması daimî surette nisbetsizlik demek değildir. Alacaklının maruz kaldığı hasar tehlikeleri bu nisbetsizliği ortadan kaldıracaktır.» (20).

(17) *JdT* 1935, sah. 198.

(18) Not 16 daki referans'a bakınız.

(19) *Von Tuhr*, op. cit., § 40, I. 1, sah. 281.

(20) *E. Arsebük*, op. cit., cilt I, § 45, sah. 472 ve not 29.

Ezcümle satılan malın hükümetin daima el koyması muhtemel olan mallardan bulunması, veya istimplâk veya müsaderesi melhuz olması böyle tehlikeli bir durum yaratabilir. Bunun gibi sanayi bir teşebbüsün iptidai maddelerini tedarik hususunda bir istikrar bulunmaması, mezkûr sanayi teşebbüsün satışını bu duruma sokabilir; ezcümle bir dokuma fabrikasının iptidai maddesi olan ipliğin tevziğini hükümet ele aldıktan ve bunu serbest piyasada tedarike imkân kalmadıktan sonra, normal şerait içinde meselâ 10.000 e satılabilecek olan böyle bir işletme, belki de yarı fiyata satılır; zira oraya kapatılan sermayenin işsiz kalması daima mümkündür.

Kaldı ki, birçok müellifler muhataralı, «emin olmıyan» akitlerin (Contrats aléatoires) hiç bir zaman gabine mevzu teşkil etmeyeceklerini kabul eylemişlerdir. Bu fikri ezcümle Paris Hukuk Fakültesi Profesörlerinden müteveffa René Demogue, borçlar hukukuna tahsis ettiği sekiz ciltlik eserinde kuvvetle müdafaa etmiş ve ihtimalî hesapların burada rol oynamıyacağını bildirmiştir (21).

Diğer birçok müellifler de aynı mütalâayı çok kuvvetli mucip sebepler ile kabul etmektedirler. Paris Hukuk Fakültesinde müdafaa ve kabul edilen bir doktora tezinde şu mütalâa beyan olunmaktadır: «Hakikatte alım satım akdi tamamen aléatoire, muhataralı olduğu zaman gabin davası mesmu olmaz. Zira gabinin muhakkak mevcut olduğu iddia edilemez... Şayet akit emin olmıyan bir hâdiseye tabi bulunuyorsa ve bu hâdiseye husule geldiği zaman taraflardan birine kâr veya zarar tevliht edecek ise, bu akit aléatoire, muhataralı bir akittir ve gabin bu gibi bir akit için mevzuubahs olamaz.» (22). Diğer bir doktora tezinde de aynı mütalâa müdafaa edilmiş ve bugün doktrin tarafından kabul olunmuş bulunmaktadır (23).

### III

Netice itibariyle, akdin in'ikadı ânındaki ıvazların kıymetini tesbit ve tayin edecek olan hâkim nisbetsizliğin mevcudiyetini takdir ederken yalnız rakamlara istinad etmekle iktifa etmiyecek, pi-

(21) R. Demogue, Obligations, cilt 1, sah. 634, No. 413.

(22) J. Dalem, L'extension de la notion de la lésion dans les contrats d'après la jurisprudence et la pratique contemporaine, Tez, Paris 1937, sah. 83-88.

(23) E. Demontès, De la lésion dans les contrats entre majeurs., Tez, Paris 1924, sah. 128. — Ayrıca G. Ripert, Dalloz «Vente» kelimesi No. 665; Colin et Capitant, Cours de Droit Civil, 2. bası, cilt II, sah. 450.



yasa durumunu, akde mevzu teşkil eden malın veya işin mahiyetini, akdin mahiyetini, yani aléatoire olup olmadığını da göz önünde bulunduracaktır. Ancak bu takdirdedir ki kanunun hükmü âdil bir şekilde tatbik edilebilir, ahval ve şeraite ayarlanabilir, katılaşmış bir formül olmaktan kurtarılır ve plastik, intibak kabiliyeti fazla, bilûmum hususî halleri hesaba katmağı mümkün kılan canlı bir kaide, bir düstur haline ifrağ edilebilir. Kanunun hâkime bahşettiği çok geniş takdir salâhiyeti kanun hükümlerine bu yumuşaklığı, bu plastisiteyi vermeğe çok müsaittir. Yeter ki hâkimler korkmadan, çekinmeden, cesaretle bu salâhiyetlerini kullanmağa razı olsunlar.

**Doçent Dr. Ferit H. Saymen**