



**TÜRK BORÇLAR HUKUKUYLA
MUKAYESELİ OLARAK İSLAM
HUKUKUNDA GABİN**

Nuri SEZER

**Yüksek Lisans Tezi
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ
2016
Her Hakkı Saklıdır**

**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

Nuri SEZER

**TÜRK BORÇLAR HUKUKUYLA MUKAYESELİ OLARAK İSLAM
HUKUKUNDA GABİN**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ**

ERZURUM - 2016



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ



TEZ BEYAN FORMU

08.04.2016

SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum **“TÜRK BORÇLAR HUKUKUYLA MUKAYESELİ OLARAK İSLAM HUKUKUNDA GABİN”** adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

Lisansüstü Eğitim-Öğretim yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

☐ Tezim/Raporum sadece Atatürk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.

☒ Tezimin/Raporumun 1 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

Nuri SEZER



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ danışmanlığında, Alri SEZER tarafından hazırlanan bu çalışma 08 / 04 / 2016 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. B. G. G. İmza:

Jüri Üyesi Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ İmza:

Jüri Üyesi Yrd. Doç. Dr. Abdullah Ö. İmza:

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. / /

Prof. Dr. Mustafa YILDIRIM
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR DİZİNİ	VII
ÖNSÖZ.....	IX

BİRİNCİ BÖLÜM

GABİN KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. GABİN (AŞIRI YARARLANMA) KAVRAMI	1
1.1.1. Sözlük Anlamı.....	1
1.1.2. Terim Anlamı	1
1.2. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE GABİN.....	4
1.2.1. Eski Hukuk Sistemlerinde Gabin	5
1.2.1.1. Roma Hukuk Sisteminde Gabin	5
1.2.1.2. Kilise Hukukunda Gabin	9
1.2.2. Avrupa Hukuk Sisteminde Gabin(Aşırı Yararlanma) Kavramı	10
1.2.2.1. Fransız Hukukunda Gabin	10
1.2.2.2. Alman Hukukunda Gabin	13
1.2.2.3. Avusturya Hukukunda Gabin	16
1.2.2.4. İngiliz Hukukunda Gabin	17
1.2.2.5. İtalyan Hukukunda Gabin.....	20
1.2.2.6. İsviçre Borçlar Hukukunda Gabin	21
1.2.2.7. Türk Borçlar Hukukunda Gabin	22
1.2.2.7.1. 818 sayılı Borçlar Kanununa Göre Gabin.....	22
1.2.2.7.2. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Gabin	24
1.2.3. İslam Hukukunda Gabin.....	26
1.2.3.1. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Gabin	28
1.3. MİLLETLERARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELERİN TEMEL	
KURALLARINDA GABİN	32
1.4. GABİNİN SINIRLARI	33
1.4.1. Gabin-Faiz İlişkisi	33
1.4.2. Gabin-Kâr Haddi İlişkisi	34

1.4.3. Gabin-Kıymette Hata İlişkisi.....	38
1.4.4. Gabin-Saik Hatası İlişkisi.....	39

İKİNCİ BÖLÜM

GABİNİN UNSURLARI

2.1. GABİNİN DAYANDIĞI ESAS.....	41
2.2. GENEL OLARAK GABİNİN UNSURLARI.....	42
2.2.1. Açık Oransızlık (Objektif Unsur).....	45
2.2.1.1. Fâhiş Oransızlığın Akid Anında Bulunması.....	50
2.2.1.2. Fâhiş Oransızlığı Takdir Edecek Makam	51
2.2.1.3. Fâhiş Oransızlığın Nasıl Takdir Edileceği.....	52
2.2.1.4. İslam Hukukunda Açık Oransızlık Kavramı	56
2.2.1.4.1. Belirli Bir Ölçü ile Açık Oransızlığı Belirleyenler	56
2.2.1.4.2. Açık Oransızlığı Örf ve Bilirkişiye Bırakanlar	57
2.2.1.4.3. Edimlerin Değerlendirilmesi.....	58
2.2.1.4.4. Fâhiş Oransızlığın Gabin İçin Şart Olmadığı Durumlar	59
2.2.2. Subjektif Unsur.....	60
2.2.2.1. Genel Olarak.....	60
2.2.2.2. Hiffet (Düşüncesizlik)	61
2.2.2.3. Tecrübesizlik.....	64
2.2.2.4. Müzâyeka / Zor Durumda Olma Hali	67
2.2.2.5. Subjektif Unsurların Tahdidi Olup-Olmaması Sorunu.....	73
2.2.2.6. Sömüren Açısından Subjektif Unsur	73
2.3. GABİNİN HUKUKİ SONUÇLARI	76
2.3.1. Türk Borçlar Hukukunda Gabinin Tasarruflara Etkisi.....	76
2.3.2. Gabinin İslam Hukukunda Tasarruflara Etkisi.....	78
2.3.3. Gabne Bağlanan Hukukî Sonuçlar	81
2.3.3.1. İptal Hakkı	82
2.3.3.1.1. İptal Hakkının Kullanılma Süresi	85
2.3.3.1.2. İptal Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	91
2.3.3.1.2.1. Genel Olarak	91
2.3.3.1.2.2. Tazminat Davası.....	93
2.3.3.1.2.3. Edimlerin Uyarlanarak Sözleşmenin Ayakta Tutulması.....	93

2.3.3.2. Fesih Hakkının Kaybedildiği Durumlar	96
---	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAĞRİRİN TANIMI, UNSURLARI VE ÇEŞİTLERİ

3.1. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA HİLE	99
3.1.1. Genel Olarak.....	99
3.1.2. Hilenin Unsurları.....	103
3.1.2.1. Aldatıcı Davranış (Hile Eylemi).....	103
3.1.2.1.1. Aktif/ Olumlu Hile Eylemi	103
3.1.2.1.2. Pasif / Olumsuz (sükût) Sonucu Oluşan Hile Eylemi.....	105
3.1.2.2. Aldatma Kastı	105
3.1.2.3. İliyet/Sebepe-Sonuç Bağı (Nedensellik ilkesi).....	107
3.1.2.3.1. Aslî/Temel Hile.....	108
3.1.2.3.2. Fer'î/Yan Hile	108
3.1.3. Hileyi Gerçekleştiren Kişi Açısından.....	108
3.1.3.1. Karşı Âkidin Hilesi	108
3.1.3.2. Temsilci Aracılığıyla Yapılan Sözleşmelerde Hile	109
3.1.3.3. Yardımcı Kullanılarak Yapılan Sözleşmelerde Hile	110
3.1.3.4. Üçüncü Kişinin Hilesi	111
3.1.5. Hilenin Sonuçları.....	112
3.1.5.1. Hileli Akdin İptal Edilmesi.....	112
3.1.5.2. Tazminat Talebi	114
3.1.5.2.1. Sözleşmeyi Geçersiz Hale Getirerek Tazminat Talebi	114
3.1.5.2.2. Sözleşmeyi İptal Etmeden Yapılan Tazminat Talebi.....	115
3.2. İSLAM HUKUKUNDA HİLENİN/TAĞRİRİN TANIMI.....	116
3.2.1. Sözlük Anlamı.....	116
3.2.2. Terim Anlamı	116
3.2.3. Tağririn Gabin İçin Şart Olup Olmaması Meselesi.....	117
3.2.3.1. Aldatma fiilini şart koşmayanlar	117
3.2.3.2. Aldatma Fiilini Şart Koşanlar	118
3.3. İSLAM HUKUKUNDA TAĞRİRİN/ALDATMANIN UNSURLARI.....	121
3.3.1. Aldatma Fiili.....	121
3.3.2. Aldatan Taraf.....	122

3.3.3. Aldatma Kasdı	122
3.3.4. Aldatılan (Hileye Maruz Kalan) Taraf	122
3.3.5. Tağririn Meydana Gelmesi İçin Başvurulan Yollar	122
3.4. İSLAM HUKUKUNDA TAĞRİRİN ÇEŞİTLERİ.....	122
3.4.1. et-Tağriru'l-fi'lî (Fiil Yoluyla Hile)	123
3.4.1.1. Satılan Malın Kusurunu Örterek Yapılan Hile	123
3.4.1.2. Malı Değerli Göstermek Suretiyle Yapılan Hile	124
3.4.2. et-Tağrîru'l-kavlî (Sözlü hile)	124
3.4.2.1. Neceş (Hileli Arttırma veya Eksiltme)	124
3.4.2.2. Telakki'r – Rukbân (Bineklileri Karşılama).....	125
3.4.2.3. Bey'u'l-hâzır li'l-bâdî (Şehirlinin Köylü Adına Mal Satma)	127
3.4.3. et-Tagrir bi'l-kitmân (Sükût ve Gizleme Yoluyla Hile).....	128
3.4.4. et-Tağrîr Mine'l Gayr (Üçüncü Şahsın Hilesi).....	128
3.4.5. Aldatma Fiilinin Değerlendirilmesi.....	129

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GABN-İ YESİR VE GABN-İ FAHİŞİN AKİTLERE TESİRİ

4.1. GABN-İ YESİRİN HÜKMÜ	130
4.1.1. Genel Olarak.....	130
4.1.2. Hanefilerin İstisnâ Ettiği Durumlar	131
4.2. GABN-İ FAHİŞİN HÜKMÜ	132
4.2.1. Hanefilerde Gabn-i Fâhiş	133
4.2.2. Şafiilerde Gabn-i Fâhiş.....	135
4.2.3. Malikilerde Gabn-i Fâhiş.....	136
4.2.4. Hanbelilerde Gabn-i Fâhiş.....	138
4.2.5. Mezheb Görüşlerinin Mukayesesi.....	139
4.3. GABİN MUHAYYERLİĞİNİN MÜDDETİ	140
SONUÇ.....	142
KAYNAKÇA	146
ÖZGEÇMİŞ.....	154

ÖZET**YÜKSEK LİSANS TEZİ****TÜRK BORÇLAR HUKUKUYLA MUKAYESELİ OLARAK İSLAM
HUKUKUNDA GABİN****Nuri SEZER****Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ****2016, 154 Sayfa****Juri: Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ (Danışman)
Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ
Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM**

Bu tezin amacı, gabin (aşırı yararlanma) kavramını hem Türk Borçlar Hukuku açısından, hem de İslam Hukuku açısından incelemek, iki hukuk sisteminin gabinle ilgili hükümlerine yer vermek, gabinle ilgili verdikleri hükümler itibariyle birbirne benzeyen ve birbirinden ayrılan hükümlerini tespit etmektir.

Gabin müessesesi alış-verişlerde aldanmayı önlemek ve insanların karşılıklı muamelelerinde mağbunun içinde bulunduğu durumun istismar edilmesini engellemek amacı taşımaktadır. İslâm hukukunda gabin denince “bedeller arasındaki oransızlık” anlaşılmaktadır. bu oransızlık Türk Borçlar Hukukunda da neredeyse aynı manadadır. Gabin, objektif ve sübjektif unsurların varlığıyla meydana gelir. “objektif unsur” iki hukuk sisteminde de hemen hemen aynı iken “sübjektif unsur” telakkisi farklıdır. Türk Borçlar Hukukunda “sübjektif unsur; hiffet, müzayeka, tecrübesizlik ve bu hallerin istismarı” olarak kabul edilirken, İslam Hukukunda “tağrîr (aldatma)” “sübjektif unsur” olarak kabul edilmiştir.

Gabinin sonuçları da iki hukuk sistemi arasındaki farklılıklardan biridir. Türk borçlar hukukunun bu noktada kapsamı daha geniştir.

Tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde gabin kavramı, tarihi gelişimi, hukukî niteliği ve çeşitli hukuk sistemlerinde gabine yapılan tanımlardan bahsettik. İkinci bölümde gabinin dayandığı esas ve gabinin unsurlarını İslam Hukuku ve türk – isviçre borçlar hukuku karşılaştırılarak inceledik.

Üçüncü bölümde, İslâm Hukukçularının gabinle birlikte mutlaka tağrîr (aldatma) fiilinin olmasını şart koşmaları münasebetiyle aldatma konusunu ele aldık.

Dördüncü bölümde ise gabn-i yesir ve gabn-i fahişin akitlere tesirinin ve gabnin hukuki sonucuyla ilgili olarak mezheplerin görüşlerine yer verdik

Anahtar Kelimeler: Gabin, Hile, Mukayese

ABSTRACT**MASTER THESIS****LESION IN ISLAMIC LAW AS COMPARED TO THE TURKISH DEPT LAW****Nuri SEZER****Advisor: Assist. Prof. Dr. Ahmet GÜNEŞ****2016, page: 154**

Juri: Assist. Prof. Dr. Ahmet GÜNEŞ (Advisor)
Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ
Assist. Prof. Dr. Abdulkirim YILDIRIM

The aim of this thesis, lesion concept for the Law of Obligations and Turkey as well as from the viewpoint of Islamic law , to include the provisions of the two legal systems from lesion, It is to detect As birbirnden similar provisions, the provisions of the decomposition of each other.

Both Turkish-Swiss Law of Obligations and Islamic Law aim to prevent the economical imbalance that may occur. To achieve this they used some precautions. Gabin is one of those precautions. In Islamic Law, gabin is understood as “disproportion between prices”. This disproportion is almost exactly same as in Turkish Law of Obligations. Gabin itself consists of “objective” and “subjective” components. “Objective component” is almost same in both legal systems, while “subjective component” is seen different. In Turkish Law of Obligations, subjective components are considered to be; “ease of mind, impecuniosity, inexperience and the exploitation of those”, while in Islamic Law “tağrir (deception)” is considered to be “subjective”.

Results of lesion (gabin) it is one of the differences between the two legal systems. At this point the scope of the Turkish contract law is broader.

Our thesis consists of four parts. In the first part, the concept of gabin, its historical development, legal nature and the definitions made in various legal systems are analyzed. In the second part, gabin’s fundamentals and elements are analyzed, comparing the Islamic Law and Turkish-Swiss Law of Obligations.

In the third part, because Islamic law makers consider the act of tağrir (deception) as a requirement alongside gabin, the act of deception is analyzed.

In the fourth part, gabin-i yesir’s and gabin-i fahiş’s effects on contracts and religious sects’ conceptions about gabin’s legal consequences are analyzed.

Key Words: Lesion, Deception, Comprasion

KISALTMALAR DİZİNİ

Abs.	: Absatz
ABGB.	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
Art	: Artikel
b.	: İbn
BGB.	: Bürgerliches Gezetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerichsen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları; Resmi Külliyyatı)
BHGB.	: Borçlar Hukuku Genel Bölüm
BHGH.	: Borçlar Hukuku Genel Hükümler
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
CCf.	: Code Civile Français (Fransız Medeni Kanunu)
CCI.	: Code Civile İtalliano (İtalyan Medeni Hukuku)
çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DİA.	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
Hız.	: Hazreti
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜİFD.	: İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
km.	: Kilometre
k.s.	: Karar Sayısı
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı

t.	: Tarihli
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı)
TCK	: Türk Ceaz Kanunu
TKHK	: 6052 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TDV.	: Türkiye Diyanet Vakfı
TL.	: Türk lirası
trc.	: Tercüme eden
ts.	: Tarihsiz
UNIDROİT.	: UNIDROİT Principles of International Commercial Contracts (Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerin Temel Kuralları)
Yar.	: Yargıtay
y.y.	: Yayınevi yok
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTBK.	: Yeni Türk Borçlar Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

ÖNSÖZ

Gerek İslam Hukukunda gerekse Türk Borçlar hukukunda insanlar arasındaki muamelelerde karşılıklı rıza esas almışlardır. İki hukuk sistemi de kural olarak sözleşme özgürlüğünü esas alır. Bu da insanların hukuki muamelelerini serbestçe yapması amaçlanır. Tabii ki belirli bir sınırlama ile insanların haklarını korumak ve doğacak haksızlığı engellemek de hukuk sistemlerinin hedeflerindendir.

İslâm hukukunda; “*bedeller arasındaki oransızlık*”, Türk hukukunda; “*tarafılardan birinin öteki tarafın müzayakasından (darda kalmasından), hiffetinden (düşüncesizliğinden) veya tecrübesizliğinden (toyluğundan) yararlanarak edimler (bedeller) arasında açık bir oransızlık yaratıp onu sömürmek*” anlamına gelen gabin, güncel ve önemli bir konudur.

Genel anlam itibariyle “*Piyasa fiyatının üstünde veya altında meydana gelen aldanma*” hukuk dilinde ise “*karşılıklı edimler arasındaki oransızlık*” olarak tarif edilen gabin, tarafların karşılıklı olarak rızalarını etkileyen bir unsur olarak karşımıza çıkar. Ayrıca gabinin hem iktisadi hem de ahlaki yönü vardır. Gabinin piyasa fiyatının üstünde ya da çok altında satış olarak tarif edebileceğimiz objektif unsuru yanında mağbûnun müzayeke, hiffet ve tecrübesizliği ve bu hallerin istismarı gibi sübjektif yönü de vardır.

Tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde gabinin tanımı, tarihi gelişimi ve çeşitli hukuk sistemlerindeki yerinden, ikinci bölümde gabinin mahiyeti ve unsurlarından, üçüncü bölümde (İslam hukukçularının birçoğunun ve de özellikle Hanefî hukukçularının gabin için şart koşmalarından dolayı) “tağrîrden (aldatmak)”, dördüncü bölümde de gabinin mezheplere göre akde nasıl tesir ettiğinden bahsettik.

Çalışmamızda bizlere yol göstererek emeklerini esirgemeyen Sayın Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ hocama, tez danışmanım Sayın Yrd. Doç. Dr. Ahmet GÜNEŞ hocama ve Sayın Yrd. Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM hocama sonsuz teşekkürlerimle...

Erzurum-2016

Nuri SEZER

BİRİNCİ BÖLÜM

GABİN KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. GABİN (AŞIRI YARARLANMA) KAVRAMI

1.1.1. Sözlük Anlamı

Arapça da gabin (gabn) kelimesi (غبن - يغبن) fiilinin masdarıdır ve sözlük anlamı olarak “alışverişte eksiklik”, “aldatma ve aldanma” manalarına gelmektedir. Gabn kelimesi “be” harfinin fetha ile (ğaben) şeklinde okunduğu zaman görüş ve akıl noksanlığı anlamı vermektedir.¹

Roma Hukukunda “*leasio enormis*” diye adlandırılan aşırı yararlanma müessesesi İslam Hukukunda “gabin” olarak isimlendirilmiştir. Günümüz Hukuk Kodifikasyonlarına baktığımız zaman mesela Alman Hukukunda “*Wucher*”, Fransız Hukuk sisteminde “*lésion*”, İtalyan Hukukunda “*lesione*” ve İsviçre Hukuk sistemine “*Übervorteilung*” olarak ifade edilir.²

Alman Hukuk sistemindeki *Wucher* “sömürü-istismar”, İsviçre hukuk sistemindeki *Übervorteilung* “aşırı yararlanma” anlamına geldiği düşünüldüğü zaman TBK’nın tercih ettiği kavram bakımından da aşırı yararlanma kavramı İsviçre hukuk sistemindeki *Übervorteilung* kavramına daha yakın bir kavram tercih ettiğini görürüz.³

1.1.2. Terim Anlamı

İslam Hukuk terimi ve TBK doktrini açısından birçok tanım yapılmıştır. İslam Hukuk doktrin terimi olarak gabin; muâvazalı akitlerde akdın meydana geldiği anda karşılıklı edalar arasındaki nisbetsizliktir.⁴ Türk hukuk sözlüğünde ise “Karşılıklı

¹ İbn Manzûr, *Ebu'l-fadl Cemaluddîn Muhammed*, Lisanu'l-arab, Beyrut: Dâru Sadr 2000, g-b-n maddesi, XIII, 309; M. Kamil Yaşaroğlu, *İslam Hukukunda Gabin*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1990, 23 (*Gabin*)

² Selmani Okumuş, 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma(Gabin)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, 58 (*Aşırı Yararlanma*).

³ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 58.

⁴ Senhurî, Abdurrezzâk, *Nazariyyetü'l-akd*, Mu'cemu'l-ilmi'l-arabi'l-islami, Beyrut 1934, 446.

taahhütleri içeren akitlerde bir tarafın edimi ve diğer tarafın verdiği karşılık arasındaki fahiş bir fiyat farkı bulunmasıdır” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵

Modern Hukuk Kodifikasyonlarında aşırı yararlanma kavramı ilk olarak aşırı faiz konusunda gündeme gelmiştir.⁶ Daha sonra da gabin kavramının uygulama alanları genişletilerek tüm hukuki işlemleri kapsayacak hale getirilmiştir. Gabin teriminin başlangıç noktası olarak fahiş faizin sınırlanması hallerine atıf yapılmış olsa da faiz oranı ile gabin birbirinden farklı kavramlardır. Çünkü gabin akdin kuruluş anında ivazlar arasındaki oransızlığı esas alırken faiz, sözleşmenin in’ikadı esnasında bir orandan ibarettir.⁷

Türk Hukuk doktrininde yapılan tanımlarda farklılıklar mevcuttur. Bazı hukukçulara göre gabin tanımlanırken “zarar” kavramından yola çıkılmış, “bir kimsenin yaptığı hukuki bir işlemin sonucu karşılaşılan zarardır” denilmiştir.⁸

Schwarz’a göre ise “Eda ile karşılıklı eda, oransızlık gösterdiği ve bu ikisi arasında eşdeğerlilik bulunmadığı, nisbetsiz derecede aşağı olan karşılık eda için bir eda taahhüt edildiği veya aksine, ahzolunacak bir eda için orantısız derecede yüksek bir karşılık değer konulduğu takdirde gabin vardır”.⁹

Gabin kısaca ivazlar arasında aşırı değer farkı olarak tarif edilir. Yukarıda sözü geçen tanımlar gabnin sadece objektif unsurundan bahsetmektedir. Oysa sübjektif unsur bulunmadığı takdirde gabinden söz edilemez. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimler arasındaki oransızlık sözleşmenin geçerliliğini tek başına etkilemez. Ancak diğer şartlar varsa gabin sebebiyle sözleşme iptal edilebilir.¹⁰ Yani ivazlar arasındaki her açık oransızlık aşırı yararlanmayı (gabni) meydana getirmez. Çünkü sözleşme hukukunda geçerli olan irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü mucibinden

⁵ *Türk Hukuku Lûgatı* (Türk Hukuk kurumu tarafından hazırlanmış), Başbakanlık Mevzuâtı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, 99; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 59.

⁶ A.B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri* (Çev.: Bülent Davran), İstanbul Kardeşler Basımevi 1948, 346’dan naklen; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 30.

⁷ Halit Kemal Elbir, “Gabine Müteallik Umumî Hüküm Muvacehesinde Fâhiş Faiz Meselesi”, *İstanbul Barosu Dergisi Aralık 1949 Sayısından Ayrı Bastı*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, 2 (*Gabin-Fâhiş Faiz Meselesi*); Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 30.

⁸ Çiğdem Mine Aslan, *Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları* (BK. Md. 21), Yetkin Yayınları, Ankara 2006, 25 (*Gabinin Unsurları*); Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 59.

⁹ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 346.’dan naklen.

¹⁰ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 25; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 60.

dolayı taraflar akdin şartlarını ve dolayısıyla edim ve karşı edim arasındaki denge ve oranı diledikleri gibi kararlaştırabilme hakları vardır.¹¹

Akde konu olan tarafların kendileri için mümkün derecede elverişli şartları kabul ettirmek, bir malı en ucuz fiyatla satın almak veya en yüksek fiyatla elden çıkarmak istemesi, bütün sözleşmelerde görülen en doğal eğilimdir. Bu eğilim sonucu kendini çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekilde göstermiştir.¹²

Saymen gabini “iki tarafın müzayeka, hiffet yahut tecrübesizliğinden, istismarından neş’et eden ve akdin feshini mucip olan edimler arasındaki açık nisbetsizliktir” şeklinde tanımlar.¹³

1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanununun 21’inci maddesinde tanzim edilen gabin hükmü “aldatma” unsurunu aramadığı halde, Mecelle’nin tesiri altında kalınarak bu unsur hukukçular tarafından aranmıştır. Pozitif hukuk çalışmalarında gabnin sözlük anlamı “sömürme, aşırı yararlanma, aldatma” olarak açıklanmaktadır.¹⁴

1926 yılından 2012 yılına kadar İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR Art.21) birebir tercüme edilerek iktibası olan BK 818 md. 21, 86 yıl boyunca geçerliliğini devam ettirmiş, 01.07.2012 tarihi itibarıyla da 6098 sayılı TBK md. 28’de yeniden düzenlenmiştir.¹⁵Kanun koyucunun söz konusu bu madde ile hükme bağladığı bu kuruma “aşırı yararlanma” denmektedir.¹⁶

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda gabin sözleşmenin içeriğine ilişkin sınırlamaların düzenlendiği BK. md. 19- 20 ile rızadaki fesat durumlarının hükme bağlandığı BK. md. 23-31 arasında md. 21’ de yer almışken, 6098 sayılı TBK’da aşırı yararlanma aynı şekilde TBK md. 26 ve 27’den hemen sonra düzenlenmiştir. Sonrasında da irade sakatlığı hallerinin düzenlendiği TBK md. 30-39’dan önce yer almaktadır.¹⁷

¹¹ Fikret Eren, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 417(BHGH).

¹² Çiğdem Mine Aslan, *Gabinin Unsurları*, 27.

¹³ Ferit Saymen / H. Kemal Elbir, *Türk Borçlar Hukuku*, Cild 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, 231.

¹⁴ Burcu Kalkan, *Türk Hukukunda Gabin*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, 1(*Gabin*)

¹⁵ Seda İrem Çakırca, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul: 2015, 117(*Aşırı Yararlanma*).

¹⁶ Fikret Eren, *BHGH.*, 474.

¹⁷ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 33.

Kanun koyucu BK. md. 21’de açık oransızlığın tesbiti için herhangi bir oran vermemişse de, herhangi bir yasal dayanak da olmamasına rağmen¹⁸Yargıtay verdiği kararlarda, ivazlar arasında %50 ve daha fazla bir oransızlık olmasını aramıştır. Böyle bir oransızlık hiç şüpheye mahal vermeden gabinin objektif şartının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹

İslam Hukuku açısından şu tesbitlerde bulunulabilir;

1. Gabin akdi yapan tarafların ikisi içinde söz konusu olabilir.
2. Gabin ancak tarafların birbirlerine karşı mukabil edalarda bulunmasını talep edebilecekleri “ivazlı akitler”de söz konusudur. Çünkü teberrü akitlerde (hibe gibi) karşılıklı eda zorunluluğu yoktur.
3. Gabin akdin tamamlandığı anda dikkate alınır. Tarafların karşılıklı edaları arasındaki oransızlık akdin meydana geldiği anda mevcut olmalıdır. Akit tamamlandıktan sonra nispetsizlik meydana gelmişse ya da akit esnasında eşitsizlik mevcut değilse gabinin varlığından söz edilemez.²⁰

İslam Hukukunun birinci derecede kaynağı olan Kur’an-ı Kerim’de “gabin” kelimesi yalın halde zikredilmez. Ancak gabin kelimesinin türevlerinden olan ve “karşılıklı aldanma ve aldatma”yı ifade eden teğâbun kelimesi bir defa geçer. Bu ayette geçen يوم التغابن (aldanma günü) ile cennet ehlinin cehennem ehlini aldattığı kıyamet gününün kast edildiği rivayet edilmektedir.²¹

1.2. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE GABİN

Gabin fikri ilk yazılı kanun olan Hammurabi kanunlarında iki şekilde görülmüştür. Bunlar faiz, ödünç verme ve fiyatların tespitidir. İbrani hukukunda ise ilk defa “faiz alma yasağı” ile birlikte gabin(aşırı yararlanma) müessesesine oldukça benzer bir özelliğe sahip olan düzenleme bulunmuştur. Bundan da anlaşıldığı gibi en ilkel

¹⁸ BK. md. 21’de gabn-i fâhiş (Aşırı Yararlanma) için herhangi bir oran tesbit edilmemiştir.

¹⁹ Necip Kocayusufoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, İstanbul: Filiz Kitabevi 2010, 484 (N. Kocayusufoğlu BHGB); Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 118.

²⁰ M. Kamil Yaşaroğlu, *Gabin*, 22.

²¹ Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil, *el-Câmiu’s-sahih*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Rikâk, 48; M. Kamil Yaşaroğlu, *Gabin*, s 22.

dönemlerde bile bedeller arasında eşitliği sağlamaya yönelik amaçlar güdülmüş ve bu hususla ilgili düzenlemeler yapılmıştır.²²

1.2.1. Eski Hukuk Sistemlerinde Gabin

1.2.1.1. Roma Hukuk Sisteminde Gabin

Bugünkü kullandığımız anlamıyla gabin müessesesine ilk olarak Roma hukukunda rastlanmaktadır.²³ İki tarafa borç yükleyen akidlerde edimler arasındaki açık oransızlığı ifade eden “aşırı yararlanma” kavramına Roma Hukukunun ilk devirlerinden itibaren rastlanmaktadır. Çünkü her yerde ve her zaman bir malı en yüksek fiyatla satmak ve karşı tarafa nispetle daha büyük yarar sağlama eğilimi insanların en doğal eğilimlerinden olmuştur.²⁴ Digesta’ da adı geçen Paulus’a ait bir metinde şöyle denilmekteydi:

“Daha yüksek kıymeti olan şeyi daha aşağı semen mukabilinde almak ve daha az kıymeti olan şeyi pahalıya satmak suretiyle birbirini aldatmak, satım sahasında tabiatı gereği caiz olduğu gibi, bu hal kiranın değişik sahalarında da hukuka uygundur”.²⁵

Digesta’daki bu metinden de anlaşıldığı gibi Roma Hukukunda sınırsız bir alış-veriş serbestisi mevcuttu ve sözleşme serbestisi kural olarak kabul edilmişti. Bu yüzden Klasik dönemde “*leasio Enormis*” müessesesine rastlanmamıştır. Çünkü akid serbestisinin sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğu ve bu alana müdahale edilmemesi gerektiği klasik dönemde akitlere nasıl yaklaşıldığı konusunda da bizlere fikir verir.²⁶ Fakat özel durumlarda, özellikle gabne maruz kalan kişi sağırsa (minor) veya gabinle birlikte akitte hile de varsa belirli bir koruma öngörülmüştür.²⁷ Roma hukukunun, ilk dönemlerinde ve klasik dönemde karşılıklı sözleşmelerde taraflar arasında belirlenen semenin gerçek değere uyması gibi bir koşul aramamasının nedeni

²² Halit Kemal Elbir, *Türk Pozitif hukukunda Gabin*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1951, 15(*Gabin*); Ç. Mine Aslan, *Gabinin Unsurları*, 27.

²³ Kumaş, *İslam Hukukunda Gabin* (Basılmamış doktora tezi), Konya 2011, 82 (*Gabin*)

²⁴ Ali Naim İnan ve Özge Yücel, İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, 236, 237(BHGH)

²⁵ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 346 ve 347’den naklen; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 27.

²⁶ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 41.

²⁷ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 346’dan naklen; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 28; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 41.

ise liberal bir yaklaşım izlemiş olmasıdır.²⁸ Klasik Hukuk Dönemi'nde alıcı tarafından ödenecek edimin belirli ya da belirlenebilir olması gerekirken, adil (iustum pretium) olmasına, başka bir deyişle, malın gerçek değerini (verum pretium) yansıtmaya gerek yoktu.²⁹ Çünkü bunun sebebi, biraz önce zikrettiğimiz üzere bu dönemde Klasik hukukçuların tarafların semeni belirleme konusunda son derece liberal davranmaları idi

Roma Hukukunda Klasik sonrası dönemde (Postklasik) devirde, “devlet sosyalizmi” hâkim olmuş³⁰ sözleşme özgürlüğü ilkesine bazı müdahaleler söz konusu olmuştur. Her malın bir “adil fiyatı” (iustum Pretium) bulunduğu ve satım sözleşmesinin bundan mümkün olduğu derecede ayrılmaması gerektiği düşüncesi gitgide hâkim olmaya başladı.³¹

Neoklasik dönemde akid serbestisine yapılan bu müdahalenin en önemli nedenleri alıcının borçlarını düzenlerken karşılaşılan sorunlar³², fiyat yükselmelerini ve paranın değer kaybını önlemektir ve Diocletianus’un kötüye giden ekonomiyi toparlamak için enflasyona karşı giriştiği mücadeledir.³³

Ayrıca imparator Diocletianus, bazı mal ve hizmetler için resmi fiyat listeleri düzenlemiş ve böylece fiyatları kontrol altında tutmaya çalışmıştır.³⁴

Klasik sonrası (post klasik) hukukta, yarısından daha az bir fiyatla satılması durumunda, satıcı aldığı satım bedelini geri vererek gayrimenkulün iadesini talep etme hakkına sahip oldu.³⁵ Bu durum Roma hukukunda “laesio enormis” olarak adlandırılmaktaydı.³⁶

²⁸ Mehmet Üçer, “Roma Hukukunda Laesio Enormis ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(4), Ankara 2005, 522 (Laesio Enormis).

²⁹ Erkan Küçükgüngör ve Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53(1), 2004, 79 (Laesio Enormis).

³⁰ M. Üçer, *Laesio Enormis*, 523

³¹ Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, 119; Küçükgüngör ve Emiroğlu, 80; Okumuş, *Aşırı Yararlanma*, 41.

³² Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 18.

³³ M. Üçer, *Laesio Enormis*, 523; Küçükgüngör ve Emiroğlu, 80; Burcu Kalkan, *Gabin*, 8- 9.

³⁴ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 80.

³⁵ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 347; Vedat Buz, Gabin halinde edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26.06.1997 tarihli kararı (BGE 123/ III 292 vd.)üzerinde düşünceler. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 19(4), 1998, 56 (*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*); Aslan, *Gabinin Unsurları*, 28–29.

³⁶ Vedat Buz, “*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*”, 56.

Bu eğilimin sonucunda, o dönemdeki ahlaki ve dini inançların da etkisiyle, adil fiyatın (iustum pretium) sağlanabilmesi için, İmparator Diocletianus tarafından M.S. 285 ve 293 yıllarında bazı emirnameler³⁷ çıkarılmıştır.³⁸

Akid serbestisini sınırladığı ileri sürülen bu kuralların, özellikle, zaruret ve yoksulluk durumunda malını satmak zorunda kalan kimseleri korumak amacıyla uygulandığında, tarafların iradelerini güvence altına aldığı söylenebilir.³⁹

Roma hukukunda gabin sadece gayrimenkul satımında ve satıcı için söz konusu idi.⁴⁰ C.4.44.2⁴¹ “Eğer sen veya baban gerçekte daha fazla değere sahip olan bir malı, değerinden daha düşük bir fiyata satmış isen, alıcıya alınan bedeli iade ettikten sonra, mahkeme kararıyla, taşınmazı geri alman ya da alıcının seçimine göre gerçek değerinden eksik olan kısmı alman âdildir. Çok daha düşük bir fiyat, satılan malın gerçek değerinin yarısının dahi ödenmemesinin durumunda söz konusu olur”.

Kısaca özetlemek gerekirse bir malın satıcısının malını, gerçek değerinin yarısından daha az bir fiyatla satarak zarar etmesi durumuna “ Laesio Enormis” denilmiştir.⁴²

Pandekt Hukukunda Laesio Enormis dolayısıyla akidde oluşan zararı talep hakkı alıcıya da uygulanmıştır.⁴³

Roma’da son imparatorluk döneminde geçerli olan laesio enormis, 18. yüzyıldan 19. yüzyıla geçiş sırasında yürürlüğe giren özel hukuk düzenlemeleri üzerinde çeşitli şekillerde etkisini hissettirmiştir.⁴⁴

İki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulan laesio enormis (laesio ultra dimidium), Romalı hukukçuların satım sözleşmesinde alıcının borçlarını düzenlerken karşılaştıkları sorunlar sebebiyle ortaya çıkmıştı. Klasik Hukuk Dönemi'nde alıcı tarafından ödenecek semenin belirli ya da belirlenebilir olması gerekirken, adil (iustum pretium) olmasına, başka bir deyişle, malın gerçek değerini

³⁷ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 80.

³⁸ Bu emirnamelerin orijinal metni ve tercümesi için bkz. Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 18, dn. 13.

³⁹ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 82.

⁴⁰ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 20.

⁴¹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 18, dn. 13’den naklen.

⁴² Aslan, *Gabinin Unsurları*, 29; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 42.

⁴³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 29.

⁴⁴ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 29.

(verum pretium) yansıtmamasına gerek yoktu. Klasik hukukçular, tarafların edimin kıymetini belirleme konusundaki serbestisine müdahale etmemiştir, taraflar akde konu olan malın değerini dilediği gibi belirleyebilirdi.⁴⁵

Romalılarda sözleşme serbestisi kural olmakla beraber, birkaç alanda bu serbestinin kısıtlandığı alanlardan biri de faizdir. İlk dönemlerde faiz tamamen yasaklanmış ancak daha sonraki dönemlerde bazı esneklikler getirilmiş, belirli oranlar içerisinde kalmak şartı ile faize müsaade edilmiştir.⁴⁶

Gabin hususunda son imparatorluk dönemine gelinceye kadar satış serbestisi sınırlandırılmamış, akdin gabin sebebiyle feshedilebileceği görüşü son imparatorluk döneminde kendini göstermiştir ve bu gabin de birçok şartlara tabi tutulmuştur.⁴⁷ Roma Hukuku satım sözleşmesinde gabnin meydana gelebilmesi için şu şartların gerçekleşmesini öngörmektedir:

- Alım – satım taşınmazlarla ilgili olmalı,
- Semen, hakiki değerinin %50'sinden daha az olmalı,
- Semen ile hakiki değeri arasındaki fark sözleşmenin kuruluşu esnasında var olmalıdır.
- Gabin davası yalnız bayi (satıcı) tarafından ileri sürülmüş olmalıdır.⁴⁸

Gabin hususunda Roma hukuku ile modern hukuk kodifikasyonları arasındaki en büyük fark Roma hukukunda gabnin sadece satıcı yararına olması ve subjektif unsur aramamasıdır. Laesio enormis kuralı herhangi bir subjektif unsur barındırmamaktadır. Sadece objektif şart olarak kabul edilen fiyat farkı oluşması gabin davası için yeterli görülmüştür.⁴⁹

⁴⁵ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 79.

⁴⁶ Bu azami faiz ölçüsü imparatorluk döneminde ayda %1, bugünkü hesapla yılda %12 olarak tespit edilmiştir. İmparator İustianus döneminde bu oran %6'ya indirilmiştir. Geniş bilgi için bkz. Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri*, 66- 67.

⁴⁷ Elbir, *Gabin*, 27.

⁴⁸ Elbir, *Gabin*, 26- 27; M. Kamil Yaşaroğlu, *Gabin*, 10.

⁴⁹ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 43.

1.2.1.2. Kilise Hukukunda Gabin

Tezimizin mevzuunu gabinin İslam hukukuyla günümüz borçlar hukukundaki gabinin muvazene ve mukayesesi oluşturduğu için, Avrupa hukuk sistemlerinin ilham kaynağı olan roma hukuku ile kilise hukukunun işlenmesi kanaatindeyiz.

Kilise Hukuku birçok noktada Aristoteles'in fikirlerini benimsemiş, tezini "malların mübadelesinde adalet" esasına dayandırmıştır. Mübadelede adalet esası Saint Thomas tarafından geliştirilmiş ve ivazlar arasındaki dengenin gerekliliğine vurgu yapılmış, mutlak denklige aykırı her anlaşma yok hükmünde sayılmıştır. Bu esas, Kilise hukukunda üç kavramın oluşmasına zemin hazırlamıştır ki bunlar "adil semen", "adil ücret" ve "faizin yasaklanması"dır.⁵⁰

Adil semen(her malın adil bir pahasının olması) fikri kendisini satım sözleşmesinde gösterir.⁵¹ Adil ücret kavramı ise hizmet akdi ile ilgilidir. Ücret, hizmetin karşılığıdır. Diğer akidlerde olduğu gibi, hizmet akdinde de hizmetin mukabilinde adil bir ücret bulunmalıdır. Bu ücret de objektif olarak işçinin bulunduğu sosyal durumda elde edilen ücret miktarıdır.⁵²

Hristiyan hukuku, edimler arasında meydana gelen dengesizliği daha ziyade ahlaki esaslardan hareket ederek koğuşturmuştur. Bu hukukta gabin yalnız akdin kuruluş safhasında değil, ifa zamanında da mümkün olabilirdi.⁵³

Kilise hukukuna göre hiç kimse "en yüksek adil semenin" üzerinde mal satamaz ve "en düşük adil semenin" altında mal alamaz ilkesi kabul edilmiştir. Bu durumda gabin, sadece satıcı bakımından değil azami semenin iki mislini ödeyen alıcı bakımından da ileri sürülebilir hale getirilmiştir.⁵⁴

16. yüzyıla kadar gabin müessesesi büyük bir uygulama alanı bulmuş, fakat bu dönemden sonra önemini giderek kaybetmeye başlamıştır. Bir taraftan Kilise hukukunun temelini oluşturan adil semen (iustum pretium) fikri yıkılmış, diğer taraftan da gabin müessesini bir irade fesadı hali olarak düzenleyen Glossatorların düşüncesi

⁵⁰ Elbir, *Gabin*, 29–30; Kalkan, *Gabin*, 15–16; Kumaş, *Gabin*, 85.

⁵¹ Elbir, *Gabin*, 30; Kalkan, *Gabin*, 16; Kumaş, *Gabin*, 85.

⁵² Elbir, *Gabin*, 30; Kalkan, *Gabin*, 16; Kumaş, *Gabin*, 85.

⁵³ Elbir, *Gabin*, 32; Kalkan, *Gabin*, 17.

⁵⁴ Kalkan, *Gabin*, 17; A. Kumaş, *Gabin*, 85.

terk edilmiş ve gabin sebebi ile iptal hakkından önceden feragat edilebileceği fikri itibar görmeye başlamıştır.⁵⁵

1.2.2. Avrupa Hukuk Sisteminde Gabin(Aşırı Yararlanma) Kavramı

1.2.2.1. Fransız Hukukunda Gabin

CCf. [Code Civile Français (Fransız Medeni Kanunu)] “Laesio enormis” müessesesine kısmen de olsa sadık kalınmıştır.⁵⁶ Ancak Fransız ihtilalinin başlıca eserlerinden biri olarak kabul edilen Fransız Medeni Kanunu⁵⁷, ferdiyetçi bir düşünceyle hareket ederek, laesio enormis kurumunu düzenlemiştir. Fransız hukukundaki “sözleşmenin gabin sebebi ile sona erdirilebileceği” kuralı, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarının aksine, bütün sözleşmeler için değil, sadece kanun tarafından belirlenen bazı durumlar için uygulama alanı bulmaktadır.⁵⁸ Fransız Medeni Kanunu'nun gayrimenkul satış sözleşmelerinde gabini düzenleyen CCf. Art. 1674'e göre, taşınmazın değeri ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasında 7/12'yi aşan miktarda oransızlık varsa, yani satıcı semen olarak satılanın gerçek değerinin 5/12'sinden az bir miktar elde etmişse, satıcıya sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkı tanınmıştır.⁵⁹ Fakat burada hâkimin takdir yetkisine yer bırakılmamış ve oranlar kanun eliyle belirlenmiştir.⁶⁰

Fransız Medeni Kanunu gabni kabul etmiş ancak gabin sebebiyle iptal hakkının bazı sözleşmelerde ve bazı şahıslar hakkında söz konusu olabileceğini söylemekle sözleşme yapma serbestisi ve irade serbestisi prensibine bağlılığını göstermiştir.⁶¹

CCf. Art. 1118 Code Civil'in genel olarak sözleşmelerden bahseden üçüncü kitabının üçüncü babının, sözleşmelerin nefaz şartlarına ilişkin ikinci faslının “rıza” ya ayrılan birinci kısmında aşırı yararlanma, hata, hile, ikrahtan bahseden maddelerinden sonra, yani rızayı sakatlayan sebepler arasında istisnai bir prensip olarak kabul

⁵⁵ Elbir, *Gabin*, 36; Kalkan, *Gabin*, 20–21, Kumaş, *Gabin*, 87.

⁵⁶ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 49.

⁵⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31.

⁵⁸ Elbir, *Gabin*, 68; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 49.

⁵⁹ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 84.

⁶⁰ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 79.

⁶¹ Elbir, *Gabin*, 68; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 49; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 78.

edilmiştir.⁶² Bu maddede “Gabin, belirli kişilere ya da kişi gruplarına ve bazı sözleşme tiplerine hasredilerek uygulama alanı bulur” denilmektedir.⁶³

CCf. Art. 1305 gereği reşit olmayanlar için gabin sebebiyle sözleşmenin feshedilebilmesi asıl olup ancak istisnai hallerde sözleşme feshedilemez.⁶⁴ Reşit olmayanların taraf olduğu sözleşmelerde Gabin halinin olduğu her durumda sözleşmenin iptal edilmesi talep edilebilir.⁶⁵

CCf. Art. 1306 hükmüne göre ise Gabin kaza veya beklenmeyen bir halden kaynaklanıyorsa reşit olmayanlarında iptal hakkı yoktur.⁶⁶

CCf. Art. 1674 uyarınca reşitler için gabin, taşınmaz satışları için öngörülmüştür.⁶⁷

Ayrıca Fransız Hukukunda gabin gayrimenkul satışı dışında da miras paylaşımı, şirket sözleşmeleri olmak üzere birkaç hukukî işleme özgü kılınmak suretiyle istisnai olarak kabul edilmiştir.⁶⁸

CCf. Art. 1676 uyarınca akdi feshetme davasının, alım satımdan itibaren iki sene zarfında açılması gerekmektedir. Bu süre, bir hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir.⁶⁹

CCf. Art. 887 gereği mirasta, aynî taksimi feshetme hakkı veren oransızlık $\frac{1}{4}$ 'tür. Gabnin bulunup bulunmadığını belirlemek için taşınmazlarda; taşınmazın satışı, mirasta da malların taksim anındaki kıymeti nazarı dikkate alınır.⁷⁰ Bu maddenin hükmü gereği miras tasiminde kendi aleyhinde $\frac{1}{4}$ oranında gabin mevcut olduğunu ispat eden davacı mirasın taksimini feshedebilir.⁷¹

C.C. 1677. maddesi gereğince gabnin ispatı mahkeme kararı ile, ileri sürülen hadiselerin ağırlığı ve gerçeğe uygunluğu gabni doğurabilecek nitelikteyse kabul edilir.

⁶² Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 49.

⁶³ Elbir, *Gabin*, 68; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 49

⁶⁴ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 49.

⁶⁵ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 80.

⁶⁶ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 49, dn. 74.

⁶⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 50.

⁶⁸ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 84, 87; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 31- 32.

⁶⁹ Kalkan, *Gabin*, 26; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 51.

⁷⁰ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 348; Elbir, *Gabin*, 71–92; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 32–33; Kalkan, *Gabin*, 25–27;

⁷¹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 32.

Gabin davasında birinci aşama hazırlık niteliğinde olup gabin hususunda delillerin kabul edilip edilmeyeceğini bir karara bağlamaya, ikinci aşama ise gösterilen deliller karşısında feshe karar verilip verilemeyeceğine ilişkindir.⁷²

Fransız hukukunda gabne maruz kalan kişi gabinli işlemi ancak dava yoluyla ortadan kaldırabilir. Bu gabin sebebiyle iptal davası olarak da nitelendirilebilir.. Bu kavram nisbî butlan sebebiyle fesih ile nitelikleri itibariyle aynıdır. Çünkü her ikisinde de borcun doğuşu sırasında mevcut bir sebebe dayanarak işlemin geçmişe etkili olarak kaldırılması talep edilmektedir. Ancak bu iki kavram arasında doğdukları sebepler bakımından bir fark görülmektedir.⁷³

CCf. Art. 1674 ve CCf. Art. 887 hükümlerini dikkatle incelediğimizde Avusturya Hukuku gibi tamamen olmasa bile laesio enormis kurumuna kısmen sadık kalan bir başka ülke Fransa'dır. Çünkü sübjektif unsurların aranmaması, edimler arasındaki oransızlığın kanun koyucu tarafından belirlenmiş olması ve bu oranların herhangi bir yoruma mahal vermeyecek şekilde kesin oranlar olması Fransız Medeni Hukukunun, Roma Hukukundaki "laesio enormis" kurumunu yaşattığı görülmektedir.⁷⁴

Bu da Fransız Hukukunun gabin konusunda mecelle ile aynı istikamette hüküm verdiğini de gösterir. Çünkü gabinin objektif unsurunu oluşturan karşılıklı edimler arası oransızlığın tayininin takdirini hâkime bırakmamış kesin bir rakamla tespit etmiştir.⁷⁵ Ayrıca Fransız Medeni kanunu gabinin varlığı için bir yargı kararının gerekliliğini kabul etmiş ve yargı kararının üç kişiden oluşan heyetin, bilirkişilerin oy çokluğu ile verecekleri rapora dayanmasının ardından verileceğini kabul etmiştir. Mağbun isterse semenin gerçek bedele çıkartılmasından oluşan seçimlik hakkını kullanabilir. Ayrıca trampa sözleşmelerinde gabinin gerçekleşmeyeceği esaslarını düzenlenmiştir.⁷⁶

Sonuç olarak denilebilir ki CCf.[Code Civile Français (Fransız Medeni Kanunu)] Türk Borçlar Hukuku ile karşılaştırıldığı zaman, sömürülende bulunması gereken sübjektif unsurları nazar-ı dikkate almaz. Sadece gabnin gerçekleşmesi için gerekli olarak objektif unsurları kabul eder ve bunu da hâkim takdirine bırakmayarak kendisi

⁷² Aslan, *Gabinin Unsurları*, 33–34.

⁷³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 33.

⁷⁴ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 80.

⁷⁵ Mecelle'nin Gabinle ilgili verdiği oranlar ilerde işlenecektir.

⁷⁶ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 84.

kesin rakamlarla belirler.⁷⁷ Bununla birlikte Fransız Hukuk mevzuatı gabin hususunda yetersiz görülmektedir. Kanun koyucu gabni yalnız objektif değerlendirmelerle bazı akidlerde ve farklı nispetler tayin ederek ele almaktadır. Bundan dolayı Fransız hukukundaki gabin genel bir teori oluşturmamakta ve nispetlerin farklılığının sebebi hakkında bir fikir vermemektedir.⁷⁸

1.2.2.2. Alman Hukukunda Gabin

Alman hukukunda gabin, ilk olarak faiz konusunda ortaya çıkmıştır.⁷⁹ 26 Mayıs 1880 tarihli İmparatorluk Kanunu (Reichgesetz) ile birlikte ilk kez kredi tefeciliğine (Kreditwucher) yönelik gabin kabul edilmiştir.⁸⁰

19. asırda başlayan kanunlaştırma hareketleri içinde, diğer Avrupa ülkelerine nispetle geride kalmış olan Almanya BGB[Bürgerliches Gezetzbuch (Alman Medeni Kanunu)]’ de o zamanki Liberalizm dalgasının etkisinde kalmış laesio enormis, adil semen (İustum pretium), doğru fiyat (verum pretium) Kavramlarına yer vermemiştir. Gabin müessesesinin (Wucher) Alman Hukukuna girmesi de ilk anda olmayıp biraz önce zikredilen 1880 tarihli yasa ve sonradan hem Kredi faizini hem de genel olarak faizi (Sachwucher) düzenleyen yasalarla olmuştur.⁸¹

BGB 138 Abs. 1 ve 2 uyarınca ahlaka aykırı işlemlerin bir türü olarak gabin düzenlenmiştir. Liberalizm etkisiyle benimsenen sınırsız sözleşme serbestisi vahim sonuçlar doğurmuş ve neticede sözleşme özgürlüğüne yeniden sınırlandırmalar getirilmiştir. Bu meyanda çeşitli tartışmalar ve merhaleler neticesinde gabin, ahlâk ve adaba aykırı fiillere müteallik 1900 tarihli, BGB Ars. 138/II ile gabin müessesesi kabul edilmiştir. Alman Medeni kanununda gabnin kabul edilmesinin asıl sebebinin “istismar” olduğu ifade edilmektedir.⁸²

BGB Abs. 138/II şöyledir: “Başkasının ihtiyaç içinde bulunmasından, hiffetinden, tecrübesizliğinden istifade ederek kendisi veya üçüncü bir şahıs lehine bir avantaj temin eden kimsenin yaptığı akit, edimler arasında açık ve fevkalade bir nisbetsizlik

⁷⁷ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 80.

⁷⁸ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 84.

⁷⁹ Elbir, *Gabin*, 102; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 53.

⁸⁰ Elbir, *Gabin*, 102; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 53.

⁸¹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 67.

⁸² Elbir, *Gabin*, 102–104; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 37–38; Kalkan, *Gabin*, 29–31

bulunması halinde feshedilebilir". BGB'nin bu maddesi OR [Obligationenrecht(İsviçre Borçlar Kanunu)] Art. 21 ile birbirine çok benzemektedir. Çünkü burada Müzayeka(Notlage), tecrübesizlik (Unerfahrenheit) ve hiffet (Leichtstinn) kavramları gabin müessesesinin varlığının kabul edilmesi için aranan sübjektif şartlardı.⁸³ Daha sonra BGB Abs.138/II'de 1976 yılında yapılan değişikliklerle sübjektif unsurların değiştirilmesi uygun görülmüştür. Bu maddenin yeni şekline göre oransızlığın, sözleşme taraflarından birinin zorda kalmasından (Zwangslage), deneyimsiz oluşundan (Unerfahrenheit), temyiz kudretindeki bir noksanlıktan (des Mangels an Urteilsvermögen) veya önemli bir iradi zayıflıktan (erheblichen Willensschwäche) hallerinin istismar edilerek akid oluşturulmuş olmalıdır.⁸⁴

Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak gabinin varlığı halinde, bu işlemin ahlaka aykırı olduğu görüldükten sonra sözleşme iptal edilebilir olmayıp, mutlak hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır.⁸⁵ Bu maddeye göre, gabinden söz edebilmek için ivaz ile karşı ivaz arasındaki göze çarpan oransızlık, akdin kurulduğu an ve yerdeki arz ve talep ile belirlenen piyasa şartlarına göre mevcut olmalıdır. Ayrıca, göze çarpan oransızlığın, taraflardan birinin zor durumundan, bilgisizliğinden, temyiz kudretindeki eksikliğinden ya da önemli bir irade zaafından yararlanılarak meydana getirilmiş olması gerekir.⁸⁶ Gabin sebebiyle sakat bir sözleşmenin, edimleri makul hale getirerek mutlak butlanın etkisinden kurtarmanın mümkün olup olmadığı konusu ise tartışmalıdır.⁸⁷

Alman hukukunda gabinden bahsedilmek için ilk önce karşılıklı ivazların var olduğu hukuki bir işlemin mevcut olması lazımdır. Zira bağışlama, kefalet ve aile hukukuna dair muameleler BGB Abs. 138/II kapsamına dâhil edilmemiştir.⁸⁸

Alman Hukukunda gabinden söz edebilmek için ikinci şart hukuki işlemin ivazları arasında açıkça göze çarpan, zahir, aşikâr bir oransızlığın var olması gerekir⁸⁹ki bu unsura objektif unsur denilmektedir. Objektif unsur, Edâlar arasındaki nispetsizliği ifade eder. Madde BGB Abs. 138/II nispetsizliği dikkate almada Fransız hukukunun aksine

⁸³ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 67- 68.

⁸⁴ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 85; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 54.

⁸⁵ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 85; Mehmet Üçer, *Laesio Enormis*, 528; Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 72.

⁸⁶ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 85; Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38.

⁸⁷ Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58.

⁸⁸ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 69.

⁸⁹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 69.

hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Hâkim bu takdir yetkisini kullanırken hukuki teamüllerden yararlanmalıdır.⁹⁰

Üçüncü şart ise akdin taraflarından birinin zayıf durumda olmasıdır⁹¹ ki buna da sübjektif unsur adı verilmektedir. Sübjektif unsur, zarar görenin ihtiyaç halinde olması (müzayaka), savurgan olması (hiffet) veya deneyimsiz olması (tecrübesizliğinin) durumlarının istismarı demektir. Burada, diğer tarafın maddi veya manevi durumunu istismar ederek, kendisi veya bir üçüncü şahıs lehine fâhiş bir menfaat temin edilmesi durumu mevcuttur.⁹² Müzayaka ile iktisadi bir ihtiyaç anlaşılır. Müzayaka hali BGB’de Türk Borçlar Hukukundan biraz daha geniş olarak kullanılmıştır. Yalnızca gerçek ya da tüzel kişilerin zor durumda olması değil; gabinin söz konusu olduğu sözleşmanın kendisi açısından ciddi bir tehdit ifade etmesi de müzayaka halinin oluşması olarak kabul edilmiştir.⁹³ Ayrıca Müzayaka halinde olmanın, zarar görenin fiili neticesinde meydana gelmiş olmasının hiçbir önemi yoktur.⁹⁴

Ayırt etme gücündeki eksikliğin kapsamına da yanlış bilgilendirme girebileceği gibi yanlış değerlendirme de girer. BGB temyiz yeteneğindeki eksiklik kavramı içerisinde ayrıca bir hiffet ayırımına gitmemiştir. Temyiz kudretindeki eksiklik hukuki işlemin, kişinin kendisi için olumlu ya da olumsuz sonuçlarını objektif olarak değerlendirme yeteneğinden yoksunluk olarak ifade edilir.⁹⁵

Tecrübesizlik hali ise hayata ilişkin veya en azından ticari konularda tecrübe noksanlığıdır.⁹⁶

Bir hukukî muamelede gabinden bahsedebilmek için hem objektif hem de sübjektif unsurların bir arada bulunması gerekmektedir.⁹⁷

Alman Hukuk sisteminde gabnin gerçekleşebilmesi için son şart ise sübjektif unsurlardan birini taşıyan birinin bu zayıf durumunun diğer tarafça kullanılmasıdır.⁹⁸

⁹⁰ Elbir, *Gabin*, 105–106; Kalkan, *Gabin*, 31; Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58.

⁹¹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 70.

⁹² Elbir, *Gabin*, 107; Kalkan, *Gabin*, 31; Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58.

⁹³ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 70.

⁹⁴ Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58.

⁹⁵ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 71.

⁹⁶ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 70.

⁹⁷ Elbir, *Gabin*, 108; Kalkan, *Gabin*, 32; Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58.

⁹⁸ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 72.

Ayrıca Alman ve Avusturya hukuk sisteminde gabin müessesesi ile ilgili olarak “kum yığını teorisi” ortaya atılmıştır.⁹⁹ Bu teoriye göre Gabinin gerçekleşmesi için gerekli olan objektif ve sübjektif şartlardan birisi gerçekleşmemiş olsa bile veya çok az bir oranda gerçekleşse, diğer unsur baskın oranda gerçekleşmişse gabinin varlığının kabul edilmesi teorisidir. Ancak bu teori hukuk doktrini içerisinde fazla yer bulamamış ve yargı tarafından da kabul görmemiştir.¹⁰⁰

Tüm bu kanunlardan da anlaşılacağı üzere Alman Medeni Kanunu, Fransız hukukunun ve mecellenin aksine nispetsizliğin tayinin hâkimin takdirine bırakmıştır. Bu yönüyle TBK’ya benzerlik arz etse de onu TBK’dan ayıran en bariz özellik mutlak butlanı savunmasıdır.¹⁰¹

1.2.2.3. Avusturya Hukukunda Gabin

ABGB [Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)] Fransız Hukuk sistemiyle birlikte Roma Hukukundaki “Laesio Enormis” kavramına en çok sadık kalan hukuk sistemi olmuş ve Laesio enormis kurumunun birebir yaşadığı tek hukuk sistemi ABGB’dir.¹⁰²

ABGB 934 uyarınca “her karşılıklı satım sözleşmesinde, verdiği şeyin ifade ettiği kıymetin yarısını bile alamamış olan taraf akiddan dönebilir.” denilmektedir.¹⁰³ Bu hüküm gereğince az alan taraf diğer tarafa verdiği %50’sinden daha azını almışsa mağbun akdi sona erdirerek, eski halin iade edilmesini talep edebilir. Ayrıca aynen Roma Hukukunda olduğu gibi ABGB 934’te de mağbuna tek taraflı irade beyanı ile akdi sona erdirmeye yetkisi verilmemiştir.¹⁰⁴

Yine bu hukuk sisteminde aynen Roma Hukukunda olduğu gibi gabin müessesesinden söz edilmesi için sadece objektif unsur nazar-ı dikkate alınmış ve sübjektif unsurların olup olmamasına bakılmamıştır.¹⁰⁵ Bundan da anlaşılacağı üzere

⁹⁹ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 55.

¹⁰⁰ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 55.

¹⁰¹ Küçükgüngör ve Emiroğlu, 85; Mehmet Üçer, *Laesio Enormis*, 528; Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 72.

¹⁰² Kalkan, *Gabin*, 26; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 51; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 73.

¹⁰³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 36.

¹⁰⁴ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 51.

¹⁰⁵ Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 57; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 36; Kalkan, *Gabin*, 33; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 51.

100 birime 49 birim gibi bir oran ABGB 934'ün uygulanması için yeterli görülürken; 100 birime 50 birim gibi bir oran oluşması durumunda akdin iptal edilmesi için gerekli olan orana ulaşılmadığı gerekçesiyle mağbuna akdin iptal edilmesi için dava açma hakkı vermemiştir.¹⁰⁶

Ayrıca taraflardan birinin ediminin diğerinin ediminin yarısından az olup olmadığı araştırılırken akdin yapıldığı an esas alınır.¹⁰⁷

Akdin iptal edilmesini talep etme hakkı yenilik doğurucu bir hak olmasına rağmen, bu hak sadece hâkim tarafından mağbuna verilebilir. Sadece mahkeme kararı akdi iptal eder. Mağbun bu hakkı ABGB 1487 gereğince üç yıl içinde mahkemeye başvurarak kullanmalıdır.¹⁰⁸ İvazlar arasındaki dengesizliği ispat etmek de dengesizliğin giderilmesi talebinde bulunan tarafa yüklenmiştir.¹⁰⁹

ABGB 879 2. Fıkrasında “bir taraf diğer tarafın zor durumda olması, düşüncesizliği, deneyimsizliği ve akıl zayıflığı yahut zihnî heyecanından yararlanarak ivazlar arasında göze çarpan bir oransızlık meydana getirmişse akid kesin hükümsüzdür” denmektedir. ABGB hem Roma Hukukundaki Laesio enormis ilkesi yaşatmış, hem de bu madde ile TBK’ya yakınlaşmıştır.¹¹⁰

1.2.2.4. İngiliz Hukukunda Gabin

İngiliz hukukunda diğer modern hukukların kabul ettikleri anlamda bir gabin müessesesi mevcut değildir. Ancak daha kapsamlı sayılabilecek “undue influence” olarak nitelendirilen bir müessese mevcuttur. Adı tam olarak gabine denk gelmeyen bu kavram “*haksız ve gayr-i meşru nüfuz kullanımı*” olarak ifade edilebilecek undue influence iradeyi sakatlayan sebeplerden sayılmıştır ve kelime anlamı haksız/aşırı tesirdir.¹¹¹ Undue influence kavramı TBK’daki gabinden çok daha geniş bir biçimde düzenlenmiştir.¹¹²

¹⁰⁶ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 73 vd.

¹⁰⁷ Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 57; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 36.

¹⁰⁸ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 52; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 74.

¹⁰⁹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 75.

¹¹⁰ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 52; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 76.

¹¹¹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 34; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 47; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 80.

¹¹² Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 80.

“Laesio enormis” eski İngiliz hukukunun şekilci ve sert yapısıyla bağdaşmadığından, kabul edilmemiştir. Bunun yerine Equity mahkemeleri tarafından rızayı bozan sebepler teorisi geliştirilmiştir. Herhangi yazılı bir kurala tabi olmayan Equity mahkemeleri TBK’ daki gabinden çok daha geniş olan “undue influence,” kavramı kullanılmıştır. İradeyi sakatlayan sebepler teorisi ile Undue İnfluence İngiliz hukukuna girebilmiştir.¹¹³ Böylece gabine karşı bahşedilen haklar İngiltere’de bu müessese ile himaye görmüştür.¹¹⁴

Haksız ve gayr-i meşru nüfuz kullanımı bir kişinin diğerinin nüfuzu altında yaptığı tüm işlemlerde, iradesinin hür olmadığını “spiritüel tyranny”, ruhi ve manevi baskı altında olduğunu ve iradeye haksız yere nüfuz edildiği karinesine istinat eder.¹¹⁵

Rızayı bozan sebepler yanılma(mistake), yanlış beyan (misrepresentation), korkutma ve şiddet (duress), aldatma (fraud), ve nüfuzun haksızca kötüye kullanılması (undue influence) şeklinde sıralanmıştır.¹¹⁶

Haksız menfaat elde eden tarafın, aleyhine haksız menfaat elde edilen taraf iradesinin serbest olduğunu, haksız bir nüfuzun kullanılmadığını, satış sözleşmesinin dürüst bir biçimde akdedildiğini ispat ederek karineyi çürütmesi gerekmektedir.¹¹⁷ Akid anında, akdi yapan tarafların iradelerinin serbest olduğu ispat edilemezse, zarar gören taraf haksız nüfuz kullanıldığını ileri sürerek işleme her zaman itiraz edebilir.¹¹⁸

Haksız nüfuz kullanımı iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlar;

1. Gerçek haksız nüfuz kullanımı manasına gelen “*actual undue influence*”
2. Farazî olarak haksız nüfuz kullanımı manasına gelen “*presumed undue influence*” kavramlarıdır.¹¹⁹

Gerçek ve haksız nüfuz kullanımı, fiilî bir baskının akde tesir ettiği sözleşmelerdir. Fakat bu tip sözleşmelerde taraflar arasında özel bir ilişki ve güven yoktur. Taraflardan birisi diğer tarafın içinde bulunduğu zor durumdan veya aklî

¹¹³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 34; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 47; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 81.

¹¹⁴ Kalkan, *Gabin*, 39.

¹¹⁵ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 34; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 47.

¹¹⁶ Kalkan, *Gabin*, 41; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 47.

¹¹⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 34- 35.

¹¹⁸ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 34; Kalkan, *Gabin*, 41.

¹¹⁹ Mehmet Üçer, *Laesio Enormis*, 529; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 48.

melekelerindeki zayıflıktan istifade ederek akdi gerçekleştirmektedir.¹²⁰ Bu şekilde akdin gerçekleştiğini iddia eden taraf, hür iradesinin başkası tarafından baskı altına alındığını ispat ile yükümlüdür.¹²¹ Bu kurama göre mabûnun uğradığı zararın büyüklüğünün önemi yoktur. Haksız nüfuz kullanımı yüzünden akdin feshinin tek sebebi taraflardan birinin hususi nüfuzunun kullanılmasıdır. Edâlar arasındaki nispetsizlik için belirli bir miktar tespit edilmemiş, hâkimin takdirine bırakılmıştır.¹²²

Haksız kullanılan nüfuz altında sözleşme yaptığını ispat eden herkes, kural olarak yaptığı akidenden kurtulabilir.¹²³ Fiilî (De Facto) güven ve inanç ilişkileri davacının doğrudan haksız nüfuz kullanımı karinesine dayanma imkânı mevcut değilse de, davalı ile aralarındaki ilişkinin, bir güven ve inanç ilişkisi olduğunu gösterme imkânı vardır. Banka ile müşterisi arasındaki ilişki, bu tür ilişkiye en güzel örnektir. Eşler arasındaki ilişki bu kapsamda mütalaa edilebilir. Özellikle kadının, tüm finansal konularda eşine güvendiği ve onun önerileri doğrultusunda hareket ettiği davalarda, davacının gerçek haksız nüfuz kullanımı davalarındaki gibi bir ispat yükü olmaksızın, güven ve inanç ilişkisini kanıtlaması yeterli sayılacaktır.¹²⁴

2. Farazî olarak haksız nüfuz kullanımı; bu kategoriye giren davalarda taraflar arasındaki güven ve inanç ilişkisine dayanan haksız nüfuz kullanımı mevcuttur. Farazî nüfuz kullanımında özel ilişkiye dayalı güven sonucunda mağdur olan kişi yasalarca koruma altına alınmıştır. Bunlar; ana-baba ile çocuk, vasî-vesayet altında bulunan, avukat ve müşterisi, hekim ile hasta, cahil bir şahısla okuryazar gibi özel güven ilişkisinin gerektiği taraflar arasında, zayıf taraflar özel bir korumaya tabi tutulmuş, bu şahıslar lehine “undue influence” karinesi tanınmış ve ispat külfeti yer değiştirmiştir.¹²⁵

Hukukun özel olarak ele aldığı bu ilişkiler her zaman inanç ve güven unsurunu içerirler ve bu sebeple haksız nüfuz kullanımı konusunda, daima bir karine bunlar için geçerlidir. Örneğin, avukat-müvekkil, doktor-hasta, anne-baba ve çocuk arasındaki ilişkilerde haksız nüfuz kullanımıyla ilgili karine daima mevcuttur. Fakat karı ve koca arasında her ne kadar özel ilişkiye dayalı güven ve inanç unsurunu içine alan bir ilişki

¹²⁰ Kalkan, *Gabin*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 48; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 81.

¹²¹ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 48; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 83 vd.

¹²² M. Kamil Yaşaroğlu, *Gabin*, 14; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 35.

¹²³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 35.

¹²⁴ Mehmet Üçer, *Laesio Enormis*, 530; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 84.

¹²⁵ Elbir, *Gabin*, 60–61; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 35; Kalkan, *Gabin*, 42–43, 44; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 48.

varsa da bu ilişkinin daima bir karine içermesi kabul edilmemiş ve karı-koca ilişkisi fiilî güven ve inanç ilişkisi olarak kabul edilmiştir.¹²⁶

İngiliz Hukuk sisteminde daha yeni kabul edilen ve TBK'daki aşırı yararlanma müessesesine daha yakın olan bir kurum ise “*müzakere etme gücündeki eşitsizlik*” (inequality of bargaining power) kavramıdır. Müzakere etme gücündeki eşitsizliğin akdin taraflarından birinin sömürülmesi suretiyle sözleşmenin meydana geldiğini ve bu halin akdi iptal sebebi olacağı dillendirilmiştir.¹²⁷

Netice olarak İngiliz Hukuku müstakil bir şekilde gabin müessesesini düzenlememiş, herhangi bir hukuki ilişkide bazı sebeplerle zarar görenleri koruyacak olan gayr-ı meşru nüfuz kullanımı prensibini geliştirmiştir.¹²⁸

1.2.2.5. İtalyan Hukukunda Gabin

CCI. [Code Civile Italiano (İtalyan Medeni Hukuku)] Art. 1448 ve devamı İtalyan hukukunda gabini düzenleyen maddelerdir.

CCI art. 1448'e göre 'taraflardan birinin diğer tarafın müzayaka halinden yararlanarak edimler arasında yarından fazla bir oransızlık meydana getirmesi durumunda, diğer taraf sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir' kuralı yer almaktadır.¹²⁹

CCI. Art. 1449. Bu maddeye göre taraflardan birinin müzayaka halinden yararlanarak taraf bir yıl içerisinde sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Mağbun 1 yıllık hak düşümü süresi içerisinde akdin sona erdirilmesini talep etmelidir.¹³⁰

CCI. Art. 1450. Bu madde gereği edimler arasında lehine oransızlık bulunan taraf, sözleşmenin uyarlanmasını önererek, akdin sona ermesine engel olma hakkına

¹²⁶ Mehmet Üçer, *Laesio Enormis*, 529, 530; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 84.

¹²⁷ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 85.

¹²⁸ Elbir, *Gabin*, 501 vd.

¹²⁹ Elbir, *Gabin*, 115; Küçükgüngör ve Emiroğlu, 85; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 35,36; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 52.

¹³⁰ H. K.Elbir, *Gabin*, 116; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 36; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 52.

sahiptir.¹³¹ Gabin yüzünden sözleşmenin sona erdirilmesini talep hakkından önceden feragat edilemeyeceği esasları kabul edilmiştir.¹³²

1.2.2.6. İsviçre Borçlar Hukukunda Gabin

Türk Hukukuna kaynaklık ettiğinden dolayı İsviçre Hukuk doktrini gerek BK, gerekse TBK açısından önemli bir hukuk doktrindir.

1811 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda gabne ilişkin hiçbir hükme rastlanılmamaktadır. 1811 tarihli OR'de gabin iptal sebeperinden sayılmamış, ancak kısmen iki yerde anılmıştır.¹³³ Bunun nedeni de 19. Asırdaki liberalizm akımından bu hukuk sisteminin de etkilenip sözleşme serbestisine sınırlama getirmekten çekinmeleriydi.¹³⁴ Borçlar kanunu, aşırı yararlanma sağlanması veya elde edilmesi halinde yaptırım kantonların cezai mevzuatına bırakmıştı.¹³⁵

Gabin/aşırı yararlanma (Übervorteilung) ilk olarak 1911 tarihli Borçlar Kanunu revizyonu ile OR[Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)]'ye dâhil edilmiştir.¹³⁶

Gabin ile ilgili hükmün 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununa girmesi kanunlaştırma sürecinde çeşitli tartışmalara yol açmış ve yaklaşık 20 metin üzerinde tartışıldıktan sonra bugünkü şekliyle OR'ye girmesi benimsenmiştir.¹³⁷

Devrin sosyal telakkileri mucibince zayıfları ve tecrübesizleri himaye etmek için BGB 138/II hükmü esas itibarıyla 1911 tarihli OR tarafından devralınmıştır. Bu iki hukuk kodifikasyonundan iktibas edilerek Türk Borçlar Kanununun 21. maddesine geçmiştir.¹³⁸

1911 tarihli OR'de gabinin menşeiini murabahayı yasaklayan hükümler teşkil etmektedir.¹³⁹

¹³¹ Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 36.

¹³² Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 58; Küçükgüngör ve Emiroğlu, 85; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 36; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 52.

¹³³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 39.

¹³⁴ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 56.

¹³⁵ Elbir, *Gabin*, 141; Kalkan, *Gabin*, 45; Kumaş, *Gabin*, 92.

¹³⁶ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 86. (ayrıca kanunun orijinal metni için bkz., aynı eser, 86, dn. 330).

¹³⁷ Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 56; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 39; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 57.

¹³⁸ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 39; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 57.

¹³⁹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 39; Kalkan, *Gabin*, 46.

OR Art. 21 hangi şartların varlığı halinde gabinin söz konusu olacağını ortaya koymuştur. Bu kanun uyarınca gabin ancak bir objektif, birer de sözleşmenin taraflarına ilişkin sübjektif şartların oluşmasıyla gerçekleşmiş sayılmaktadır.¹⁴⁰

1. şart; Akdin içeriğine ilişkindir. Akidde açık bir oransızlığın bulunması gereklidir. Açık oransızlık, göze çarpacak kadar açık ve sözleşmenin kurulduğu anda var olmalıdır.¹⁴¹

2. şart; Gabinin varlığından söz edebilmek için gerekli olan ikinci şart da mağbûnun maddî veya manevî zor durum içinde bulunması sebebiyle karar verme özgürlüğünün zedelenmiş olmasıdır.¹⁴²

OR Art.21 mucibince gabinde bulunması gereken sübjektif şartlar şunlardır.

Mağbûnun zor durumda olması (Notlage), tecrübesiz olması (Unerfahrenheit), hiffet hali (Leichstinn) olmak üzere üç tanedir.¹⁴³

3. şart; OR Art. 21’de gabin müessesesinin kabul edilebilmesi için üçüncü ve son şart, sömürenin akdin kurulduğu esnada sözleşme tarafının yukarıda sayılan üç halden birini istismar etmesi, sömürme kastının olmasıdır.¹⁴⁴

İsviçre hukukunda gabinin hukuki sonucu sözleşmenin tek taraflı olarak iptal edilebilmesidir.¹⁴⁵

1.2.2.7. Türk Borçlar Hukukunda Gabin

1.2.2.7.1. 818 sayılı Borçlar Kanununa Göre Gabin

Türkiye 1926 yılında İsviçre Borçlar Kanunu’nu birebir tercüme ile iktibas etmiş ve 86 yıl müddetince OR Art. 21 Türk Hukuku açısından da geçerli bir yasa olmuştur. OR’de 19. Yüzyıl etkisinde kalıp, lüberalist anlayış gereği akid serbestisini esas almış

¹⁴⁰ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 87.

¹⁴¹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 88.

¹⁴² Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 89.

¹⁴³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 38; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 89.

¹⁴⁴ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 91.

¹⁴⁵ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 91.

ve 1881 tarihli ilk metinlerinde gabin yer almamış, ancak 1911 tarihli düzenleme sonrasında kendine yer bulmuştur.¹⁴⁶

4 Ekim 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre gabin; *“Bir akidde 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 in'ikadından itibaren cereyan eder”*¹⁴⁷ denilmiştir.

Her oransızlık gabin sonucunu doğurmaz. Oransızlığın gabine neden olabilmesi için kanunun da işaret ettiği şekliyle “açık” olması gerekir. Gabinin meydana gelebilmesi için ilk şart olarak karşılıklı ivazlar arasında açık ve zahir bir oransızlık olmalıdır.¹⁴⁸

İsviçre – Türk Borçlar Kanunu, Alman Medeni kanununu takip edip Fransız Hukukundan farklı olarak gabinin varlığından bahsedilmek için tek başına objektif unsurun yeterli olmadığını, bu unsurun sübjektif bir unsurla birlikte ortaya çıkması gerektiğini kabul ederek gabinin sınırlarını daraltmıştır. Schwarz BK. md. 21'deki sübjektif unsurun edimler arasındaki nispetsizlik üzerinde oynadığı rolü belirten “akitte eda ve mukabil eda arasında açık bir nispetsizlik ihdas edilmesi” şeklinde bir ifade tarzı benimser.¹⁴⁹

Her ne kadar kanun koyucu BK md. 21'de gabinin objektif şartı olan açık oransızlık için herhangi bir oran belirlememişse de Yargıtay kararlarında kanunda yeri de dayanağı da olmadığı halde bazı oranlar tespit etmiştir. Yargıtay verdiği bazı kararlarında %50 ve üzerinde bir oransızlık varsa gabinin oluşması için şüphe olmadığını %50 ile % 25 arasında bir oransızlık mevcutsa gabinin değerlendirilebileceğini, % 25 altındaki oransızlık halinde ise gabinden bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 117.

¹⁴⁷ BK md. 21.

¹⁴⁸ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 69; Kalkan, *Gabin*, 120.

¹⁴⁹ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 350'den naklen.

¹⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 484; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 69; ; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 95; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 118.

818 sayılı BK. md. 21 gereği gabinli bir sözleşme iptal edilebilirdir, fakat batıl değildir. Madde metnine göre zarar gören sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır. Ancak zarar görene tanınan bu hak teknik anlamda fesih olmayıp iptal hakkı niteliğindedir¹⁵¹

BK md. 21 uyarınca gabin varlığından söz edebilmek için gerekli olan subjektif unsurlar, edimler arasındaki oransızlığın mağbûnun özel bir durumundan faydalanarak elde edilmesidir.¹⁵² Gabin için iki unsurun birlikte mevcudiyeti yetmemekte ve ikisi arasında bir illiyet bağının varlığının da olması gerekmektedir. Yani bu üç hal istismar edilmelidir.¹⁵³ Esasen mağbûnun zayıf hallerinden faydalanma/istismar etme kasdının aranması öğretide baskın bir şekilde kabul edilmiştir.¹⁵⁴

BK. md. 21 uyarınca gabinli bir sözleşmede mağbuna, sözleşmenin akdedilmesini takip eden bir sene zarfında iptal etme hakkı vermiştir. İptal isteminde bulunan mağbun, akdin iptal edilmesi talebinden önce verdiği edimi geri alabilir.¹⁵⁵

Edimler arasındaki oransızlığın giderilerek akdin ayakta tutulması ve bunu kimin yapacağı mevzuu ise tartışma konusu olmuştur. BK. md. 21'in konuluş amacından hareket eden bir görüşe göre bu hak yalnızca mağbûna aittir.¹⁵⁶

1.2.2.7.2. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Gabin

Türk Borçlar Kanununda gabin, İsviçre'de olduğu gibi, dar ve zor durumda kalmaları sebebiyle akid yapmaya sürüklenmiş kişileri korumak, zayıfı güçlüye, safi kurnaza ezdirmemek için, daha çok sosyal amaçlı bağımsız bir müessese olarak düzenlenmiştir. Nitekim ahlâk ve adaba aykırı akidlerin butlanı Borçlar Kanununun 27. maddelerinde, hata, hile, ikrah gibi iradeyi ifsad eden sebepler 30 ila 39. maddelerinde hükme bağlanırken gabin 28. maddesinde bağımsız bir müessese olarak düzenlenmiştir.

Aşırı Yararlanma koşullarına ilişkin BK ile TBK arasında herhangi bir düzenleme farkı yoktur.¹⁵⁷

¹⁵¹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 107.

¹⁵² Üçer, *Laesio Enormis*, 534.

¹⁵³ İnan ve Yücel, BHGH, 242, dn. 528.

¹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 486; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 121.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 493; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 122.

¹⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 496; Vedat Buz, *Gabin halinde edimler arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması*: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26.06.1997 tarihli kararı (BGE 123 III 292 vd.)üzerinde düşünceler. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 19, sayı 4, 1998, 74. (*Sözleşmenin Ayakta Tutulması*).

TBK md. 28 şöyledir;

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre, ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

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

Bu kanunun ifadesinden de anlaşılacağı gibi kanun koyucu gabinin objektif ve sübjektif unsurlarını belirlerken BK md. 21’den farklı herhangi bir hüküm getirmemiş, sadece Kanun metninde geçen Osmanlıca ibareleri sadeleştirmiş ve günümüz insanının kullandığı Türkçe’ye daha uygun bir metin hazırlamıştır.¹⁵⁸

Bu maddeye göre gabinin varlığı için edimler arasında açık bir oransızlık(objektif unsur), zarar gören tarafın zayıf bir durumda olması, sözleşmenin diğer tarafının aşırı yararlanma ve mağbûnu sömürme kastının var olması (sübjektif unsurlar) BK md. 21’de olduğu şekliyle aynen devam ettirilmiştir.¹⁵⁹

Ancak TBK, BK’dan farklı olarak zarar gören tarafa sözleşmeyi iptal etmek ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep etmek üzere iki tane seçeneğin olduğu bir hak vermiştir. Kanun koyucu BK yürürlükteyken tartışmalı bir konumda olan edimlerin uyarlanması ve edimler arasındaki oransızlığın giderilmesinin talep edilerek sözleşmenin ayakta tutulmasını kabul etmiştir. Her ikisi de yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olan bu haklar, aşırı yararlanılan kişinin düşüncesizlik ya da deneyimsizliğini öğrendiği, müzâyeka halinde ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl içinde ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren beş yıl içinde iptal hakkını kullanma veya sözleşmenin uyarlanması hakkını vermiştir.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 124.

¹⁵⁸ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 125.

¹⁵⁹ İnan ve Yücel, BHGH, 237; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 125.

¹⁶⁰ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 125.

Yine TBK md. 28’de BK md. 21’den farklı olarak hem iptal hakkı için bir üst süre öngörölmüş, hem de irade sakatlıkları durumunda olduğu gibi sürenin, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren değıl; zarar görenin düşüncesizlik ya da deneyimsizliğinin öğrendiğı, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren mağbuna bu hakkı vererek doktrindeki tartışmalara son vermiştir.¹⁶¹

1.2.3. İslam Hukukunda Gabin

İslam fıkhnın birinci derecede kaynağı niteliğinde olan Kur’an-ı Kerim’ de gabin kökünden türemiş kelimeler yer almaktadır. Kur’an-ı Kerim’de 64. Sûrenin¹⁶² 9. ayetinde “یوم التغابن” ifadesi yer almaktadır.

Peygamber efendimiz Hz. Muhammed (s.a.v) de hadis-i şeriflerinde gabn kökünden türeyen ifadeler kullanmıştır. Peygamberimiz bir hadis-i şerifinde” İki nîmet vardır ki insanların çoğı (bunu değerlendirmede) aldanmıştır. Bunlar sağlık ve boş vakittir”¹⁶³ buyurmuşlardır ve bu hadis-i şerifte gabn kelimesinin türevlerinden olan ism-i mef’ul kalıbında “mağbûn” kelimesi zikredilmiştir.¹⁶⁴

Gabin muhayyerliği için fıkıh âlimleri tarafından delil olarak kullanılan ve “Habbân hadisi” adıyla meşhur olan hadiste, sahâbeden bir kişinin satım akdinde devamlı aldandığından şikâyet ederek Resûlullah’a başvurduğunda Hz. Peygamber’in ona, “*Alış veriş yaptığın kimseye Aldatma yok de!*” buyurduğu rivayet edilir.¹⁶⁵ Hadisin devamında, Hz. Peygamber’in bu sahabiye satın aldığı her mal için üç gün muhayyerlik hakkı tanıdığı, bu süre zarfında aldığı malı beğenmediğı takdirde sahibine iade edebileceğini söylediğı de rivayet edilmektedir.¹⁶⁶ İslam hukukçularının delil olarak kullandıkları bir başka hadis-i şerif de “musarrât” hadisidir.

Musarrat hadisi olarak şöhet bulmuş olan hadis-i şerif mealen şöyledir: “Her kim sütü biriktirilmiş bir koyun alırsa üç gün muhayyerdir. İsterse elinde tutar dilerse iade

¹⁶¹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 125.

¹⁶² Bu sûrenin ismi de *Gabin* kökünden türeyen “Teğabûn” sûresidir.

¹⁶³ Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl, *el-Câmiu’s-sahîh*, Çağı Yayınları İstanbul 1992, Rikâk, 1.

¹⁶⁴ M Yaşaroğlu, *Gabin*, 31.

¹⁶⁵ Buhârî, *Büyü*, 48; Müslim b. Hâccac, el-Kuşeyrî, el-Câmiu’s Sahîh, İstanbul: Mektebetü’l-ilmîyye ts. *Büyü*, 48; Ebû Dâvûd, Süleyman b. El-Eş’âr es-Sicistânî, *es-Sünen*, İstanbul, Çağı Yayınları 1992, *Büyü*, 68; Tirmizî, Ebû İsmâ b. Muhammed b. İsmâ, *es-Sünen*, Çağı Yayınları, İstanbul 1992, *Büyü*, 28.

¹⁶⁶ İbn Mace, Ebû Abdillâh b. Yezid el-Kazvinî, *es-Sünen*, Çağı Yayınları, İstanbul 1992, Ahkâm, 24.

eder. Beraberinde bir ölçek de hurma verir.” Bu hadiste hükmü ifade edilen “tasriye” (hayvanı bir süre sağmayıp sütü gösterme) uygulaması fiili hileye misal gösterilmektedir.¹⁶⁷

İslam hukukçuları bu iki hadisten hareketle gabinden dolayı akdin feshini hem üç günle sınırlandırmışlar hem de gabinle ilgili muhayyerlik hükmünün cârî olabilmesi için “tağrîr”in de zorunlu olduğunu kabul etmişlerdir.¹⁶⁸

İslam hukukunda ise gabn-i fahiş belirli bir ölçü koyma eğiliminde olan âlimler vardır. Bu âlimlerden Nusayr b. Yahya el-Belhî (ö.268/881)¹⁶⁹ gabni fahişin gerçekleşmesi için belirli oranlar belirlemiştir. Buna göre gayr-i menkullerde %20, hayvanlarda %10, diğer ticari mallarda %5, oranındaki aldanmaları gabn-i yesir kabul etmiş, bunun üzerindeki aldanmaları ise gabn-i fahiş olarak değerlendirmiştir.¹⁷⁰ Nusayr ibn Yahya’ya göre farklı ürünlerde farklı oran tesbitinin gerekçesi bu mal gruplarıyla ilgili hukukî işlemlerin farklı yoğunlukta yapılmasıydı.¹⁷¹

Hanefî mezhebinin önde gelen fukahâlarından ve İmam Ebû Hanife’nin talebesi olan İmam Muhammed(ö.189/805), bir malın normal piyasa değerinin 1/20’sini geçen fiyatı gabn-i fâhiş, 1/20 ve bunun altında kalan fazlalığı da gabn-i yesîr olarak nitelendirmiştir.¹⁷²

Bazı Hanbelî Fukaha da gabn-i fâhişin ölçüsü olarak belirli bir oran benimseme yolunu tercih etmişler ve üçte bir (1/3) oranındaki aldanmayı fâhiş gabin olarak tayin etmişlerdir, bir kısmı da dörtte bir (1/4) ve altıda bir (1/6) oranında aldanmayı gabn-i fâhiş ölçüsü olarak kabul etmişlerdir.¹⁷³

¹⁶⁷ Müslim, *Büyû*, 24.

¹⁶⁸ Tağrîrin *Gabin* için şart olup olmaması mevzuunda detaylı bilgi için bkz. Tez metni s. 82 Tağrîrin *Gabin* için şart olup olmaması meselesi.

¹⁶⁹ 268/881 yılında vefat etmiş olan Nusayr bin Yahya, Belh şehri fakihlerindendir. Ayrıca bkz. Leknevî, Ebu’l-Hasenât Muhammed Abdü’l-Hayy b. Muhammed (ö.1304/1886), *Fevâidü’l-behiyye fî terâcimi’l-Hanefiyye; Tûrabü’l-emasîl bi-terâcimi’l-efâdil* (neşreden: ahmed Za’bi), Dâru’l-Erkâm, Beyrut 1998, 363.

¹⁷⁰ H. Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 1999, II, 137, 138; Yaşaroğlu, *Gabin*, 25; Geniş bilgi için bkz. Tez metni s. 51.

¹⁷¹ Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, VI, 30; Hamdi Döndüren, *İslâm Hukukuna Göre Alım-satımda Kâr Hadleri*, Balıkesir: İnce Matbaacılık 1984, 145 (*Kâr Hadleri*); Ali Bardakoğlu, *DİA*, C.13, Gabin, İstanbul: Ali Rıza Başkan Güzel Sanatlar Matbaası 1996, 270.

¹⁷² Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi*, VI, 30; Kumaş, *Gabin*, 179.

¹⁷³ İbn Kudâme, *Ebu muhammed muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, el muğni*, Daru’l-fikr, Beyrut 1985, IV, 18 (Muğni); Kumaş, *Gabin*, 183.

Fakat ilk dönem İslâm hukuku kaynaklarında gabinle ilgili bir tanıma rastlanmamaktadır. Bu kaynaklarda gabin iki taraflı sözleşmelerde karşılıklar arasında, özelde ise satış sözleşmesinde satılan şeyle fiyatı arasındaki alışılmışın dışında değer yönünden farklılık ve denksizliği ifade etmek için kullanılmaktadır.¹⁷⁴ Çağdaş Fıkıh kaynaklarının gabni konu etmelerindeki karakteristik özellikleri gabin kavramını Pozitif hukuktaki gabinle Batı hukukuyla da karşılaştırmalar da yapılmaktadır.

İslam hukuku Türk Borçlar Kanunundan farklı olarak belirli oranlar belirleme yoluna başvurmuş, bu oranları takdir yetkisini hâkime bırakmamıştır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunundaki sübjektif unsurlara (Hiffet, Müzâyeka, Tecrübesizlik ve bu hallerden istifade etmek) karşın İslam hukukunda “tağrîr” (aldatma) sübjektif unsur olarak kabul edilmiştir.

1.2.3.1. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de Gabin

Mecelle’de de Nusayr bin Yahya’nın ölçüsü dikkate alınmış olmasına rağmen Nusayr b. Yahya’nın gabinin sınırlarını belirlediği oranlar da gabin-i fahişe dâhil edilmiştir.¹⁷⁵

Mecelle, gabin müessesesini bey’ akdinde tanzim etmektedir.¹⁷⁶

İki türlü gabin tanınmaktadır:

- 1) Gabin-i Fahiş
- 2) Gabin-i Yesir.

1. Gabin-i Fahiş için fukaha her ne kadar ziyadeli ve azlık nisbi ise de bir had tayin etmişlerdir. Mecelle md. 165’e göre Gabin-i fahiş uruzda nısıf üşür (1/20) miktarı ve daha ziyade aldanmak, Hayvanatta üşür mikdarı (1/10) veya daha ziyade aldanmak, akarda humus (1/15) veya daha ziyade aldanmaktır.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 734; Hafif, Ali, *el-Gabn fî’l-ukûd*, (c. 10, 3- 19.) Mecelletü Buhusi’d-diraseti’l-arabiyye, Kahire 1980, 3; Kumaş, *Gabin*, 105.

¹⁷⁵ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, derleyen: Ali Himmet berkî, Hikmet Yayınları, İstanbul 1978, md. 165.

¹⁷⁶ Mecelle, md. 165.

¹⁷⁷ Ali Haydar (Küçük), *Hoca Emin Efendizâde, Dürerü’l-hükkâm Şerhu Mecelleti’l-ahkâm*, Matbaa-i Tevsî-i Tıbbaat, İstanbul 1912, I, 285; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 5.

Buna göre malların cinsine göre gabin miktarının muhtelif olmasının sebebini, bu malları mevzu yapan muamelelerin az veya çok miktarda icra edilmesi teşkil eder. Nakitte, muamele pek çok, buna muabil akarda az ve hayvanlarda orta düzeydedir.¹⁷⁸

2. Gabn-i fahişin ölçüsü bilindikten sonra o dereceden az olan, gabin-i yesirdir. Yani md. 165'te gösterilen raddelere varmayan aldanmadır.¹⁷⁹

Gabn-i Fahiş ile gabin-i yesir arasındaki yalnız oranlar açısından değil, hüküm bakımından da fark mevcuttur: Gabn-i yesir tağrîr, yani hile ile birlikte bulunsa bile hıyâr-ı gabin ve tağrîr kabul edilmez.¹⁸⁰

Terekesi borçlarını karşılayacak durumda ölen ölüm hastası hastalığı esnasında mûrisi olmayan bir yabancıya malını gabin-i yesirle sattığı zaman (mirasçılardan iznine bakılmaksızın) alacaklılar müşteriden mebûin semen-i mislini tamamlamasını isteyebilirler. Müşteri semen-i mislini tamamlamadığı zaman alacaklılar bey'i feshedebilirler.¹⁸¹

Ayrıca Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de gabinin tağrîr ile birlikte bulunması gerekliliği te'yid edilmiş *“bey'de bila tağrîr gabin-i fahiş bulunsa mağbun olan tağrîr ile birlikte bulunursa, müşteri de daha sonra bu durumu öğrenmiş bulunursa bu durumda gabin akde tesir eder ve satış feshedilebilir”* denilmiştir.¹⁸²

Mecelle'ye göre gabin hali bazı durumlarda hile olmasa da sonuçlar doğurur ve akdin iptal edilmesi için yeterli bir sebeptir. Bunlar;

- a) Mal yetim malıysa, Mecnunun ve matuhun malı da yetim malı hükmündedir
- b) Hazine malıysa,
- c) Mal, vakıf malı ise, Mağbûnun akdi feshetme hakkı vardır.¹⁸³

Mesela veli veya vasi çocuğun veya terekenin akar veya uruzunu gabin-i fahiş ile satsa bu akit batıl olur. Büluğa eriştikten sonra çocuk icazet verse dahi geçerli olmaz. Hatta ikinci vasi, evvelki vasinin mal-ı yetimi gabin-i fahişle sattığının ileri sürerek isbat

¹⁷⁸ Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 6.

¹⁷⁹ Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 5.

¹⁸⁰ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 285; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 6.

¹⁸¹ Mecelle, md. 394; Yaşaroğlu, *Gabin*, 45; Gökhan Atmaca, “İslam Hukukunda Gabin ve Akde Etkisi (İbn Âbidin'in *Gabin Risalesi*'nin Metin ve Muhteva Yönünden Tedkiki'nin Bir Bölümünün Tekrar Gözden Geçirilip Yayına Hazırlanmış Hali)”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, S: 18, 142 (*Gabin*)

¹⁸² Mecelle, md. 356, 357

¹⁸³ Mecelle, md. 357; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 7; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 24.

etse ve bu talebi kabul edilse o zaman bey' iptal olunur. Hatta müşteri, akit anındaki kıymetin, verdiği ücret karşılığı kadar olduğu hususunda beyyine (delil) ikame etse dahi gabin beyyinesi tercih olunur.¹⁸⁴

Gabn-i fahişle yapılan bu satım akdi bazı İslam hukukçularına göre fasit, bazılarına göre ise batıldır.¹⁸⁵

Veli ya da vasinin sabi (çocuk) için değerinden fahiş fazla ile mal satın almaları çocuk hakkında sahih (geçerli) değildir, fakat veli veya vasi hakkında sahihtir. Mal kendi mülkleri olur, çünkü bir kimsenin başkası için satın alması, o şahıs için nafız (yürürlükte) olmadığı takdirde vekile nafız ve lazım olur.¹⁸⁶

Ayrıca bazı durumlarda da akdin feshedilme imkânı ortadan kalkar. Bu hususlar mecelle'de 359 ve 360. Maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre;

1. Mağbûn satış sözleşmesinde gabin olduğunu öğrendikten sonra eğer satılan malda sahiplenmeyi gerektirecek (Mebide mülkiyetin intikaline sebep olacak) bir işlem yaparsa, akdi feshetme hakkı ortadan kalkar.¹⁸⁷

Akidde gabn-i fahiş olduğuna muttali olduktan sonra “mebide temellükün levazımatından olan bir vech ile (malda sahiplenmeyi gerektirecek bir durum oluşmuşsa) tasarruf ederse bu tasarruf gabne rıza olduğundan artık fesih hakkı kalmaz. Mesela tağrir olunan müşteri, bey'de gabn-i fahiş olduğuna muttali olduktan sonra, o malı satarsa ya da başkasına icara verirse fesih hakkını yitirir. Emanet (muhafaza etmek) ise temellük sayılmadığı için temellükün levâzımatından sayılamaz.¹⁸⁸

2. Mebi telef veya istihlak edilmişse (tüketilmişse),

3. Satılan mal vakfedilmişse,

4. Malda ziyade-i muttasıla-i gayr-i mütevellide (mala dâhil olup yani asıl maldan sayılıp ondan doğmamış olan fazlalık) hâsıl olmuşsa,

Ziyade-i Müttasıla-i Gayri Mütevellide: Mala dâhil olup yani asıl maldan sayılıp ondan doğmamış olan fazlalıktır. Arsa üzerine ağaç dikilmesi, bina yapılması, ciltsiz

¹⁸⁴ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 588; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 7.

¹⁸⁵ Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 7.

¹⁸⁶ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 589; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 7.

¹⁸⁷ Mecelle md. 359; Yaşaroğlu, *Gabin*, 47; Atmaca, *Gabin*, 143.

¹⁸⁸ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 591; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 8.

kitabın ciltlenmesi halinde bu fazlalıklar bu ilaveler asıl maldan doğmamıştır; fakat asıl mala dâhildir. Ondandır ayrılarak ayırarak varlıklarını devam ettiremezler. Bu şekildeki malda fesih hakkı kalmaz.¹⁸⁹

5. Mebi başkalarına satılmışsa,

6. Satım sözleşmesinde gabin bulunsan bile mağbûnun vefatı halinde gabin davası mirasçılara intikal etmez. Gabn-i fahişle mağbun ve aldatılmış olan ister bayi, ister müşteri olsun gabin ve tağrîr davasını açmadan ölse, artık mirasçıları o davayı açamazlar. Çünkü hukuku mücerrede mevrus olmaz.¹⁹⁰

Gabn-i fâhiş ve tağrîr ile yapılan akidde satın alınan malın telef olması ya da tüketilmiş olması veya malda bir ayıp oluşmuşsa (mesela satın alınan araziye ev yapılması gibi), bu gibi durumlarda aldatılan akdi feshetme hakkını yitirir.¹⁹¹

6. İbra da fesih hakkını ortadan kaldırır. Örneğin satış sözleşmesinin taraflarından birisi diğerini gabin davasından ibra ettiği takdirde artık gabin davasında bulunamaz.¹⁹²

Müşteri mağbun olduğu gibi satıcı da mağbun olabilir. Bu nokta Mecelle'yi Roma hukukunun ve Fransız hukukunun sırf satıcıyı himaye eden kuralından ayırır ve aynı zamanda Mecelle'nin bu hukuk kodifikasyonları karşısında daha eşitlikçi bir karakter taşıdığının açıkça göstergesi olan bir husustur. Hatta hem müşteri hem de satıcının aynı zamanda gabin tağrîr sebebiyle akdi fesh edebilecekleri tasavvur edilebilir. Mesela satıcı bir arsa ile bir hanesini safka-i vahide ile (aynı anda bir satış) fakat herbirine ayrı ayrı fiyat belirleyerek satarken, arsa hakkında satıcı müşteriye ve ev hakkında müşteri satıcıyı aldatırsa, bu satım akidlerinde gabn-i fahiş bulunsan, herbiri mağbun olduğu yön itibarıyla akdi feshedebilir.¹⁹³

¹⁸⁹ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 591; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 9; Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 145.

¹⁹⁰ Mecelle, md. 358; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 8.

¹⁹¹ Mecelle, md. 360.

¹⁹² Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 9.

¹⁹³ Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 590 vd. ; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 6.

1.3. MİLLETLERARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELERİN TEMEL KURALLARINDA GABİN

UNIDROİT (The Principles of International Commercial Contracts)¹⁹⁴ 1926 yılında Roma’da kurulmuş olan bağımsız hükümetlerarası bir örgüttür. 2013 itibarıyla, Türkiye’nin de içinde bulunduğu, beş kıtadan 63 üyesi olan bir kuruluştur. UNIDROİT’in amacı devletlerarasındaki özel hukuka ve bilhassa ticaret hukukuna ilişkin ihtiyaç ve yöntemlerin modernleştirilmesi, uyumlaştırılması ve kanunî düzenlemelerin yapılmasıdır.¹⁹⁵ Gabin müessesesi de UNIDROİT Art. 3.2.7’ de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“Taraflardan birinin akdin kurulduğu esnada sözleşme ya da sözleşmenin ihtiva ettiği bir kayıttan dolayı, diğer taraf aleyhine adil olmayan bir şekilde aşırı yarar sağlaması durumunda, zarara uğrayan taraf akdi iptal etme hakkına sahiptir.”*¹⁹⁶ Fakat bu düzenleme iptal hakkının doğması için yalnızca edimler arasında açık oransızlığın bulunmasını yeterli görmemiştir. İptal hakkının doğması için açık oransızlığın, zarara uğrayan kişinin özel bir durumundan yararlanmak suretiyle oluşturulması gerekir. Bu özel durumlara da taraflardan birinin diğer tarafa bağımlı olması, ekonomik zaruret hali, acil ihtiyaçlar, bilgisizlik, tecrübesizlik ya da müzakere yeteneğinden yoksun olma durumu gibi subjektif unsurlar sayılabilir.¹⁹⁷

UNIDROİT Art. 3.2.7.2 hükmü de şöyledir; *“Akin veya akidde yer alan şartın iptal istemi hakkına sahip olan tarafın talebi doğrultusunda, hâkim akin ya da akiddeki şartın, ticarî dürüstlük kuralları çerçevesinde makul bir seviyeye getirerek uyarlanması karar verebilir.”*¹⁹⁸

Kanundaki bu düzenlemenin en büyük özellik edimler arasındaki oransızlığın düzeltilerek sözleşmenin uyarlanması hakkının sadece mağbunun değil, sözleşmenin lehine yapıldığı tarafın da talep edebilmesidir.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Adı geçen sözleşme için bkz. <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contacts/unidroit-principles-2010>.

¹⁹⁵ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 110 vd.

¹⁹⁶ UNIDROİT Art. 3.2.7.1; Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 59; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 39- 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 55; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 115.

¹⁹⁷ UNIDROİT Art. 3.2.7.1/a; Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 59; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 55 vd. ; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 115.

¹⁹⁸ Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 59; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 56; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 115 vd.

¹⁹⁹ Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 59; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 56

UNIDROİT Art. 3.2.7.3 hükmü de şöyledir; “ *Aşırı yararlanan taraf, iptal beyanı kendisine ulaştıktan sonra, zarara uğrayan tarafı derhal bilgilendirmek suretiyle aşırı oransızlığın makul seviyeye indirilerek akdin uyarlanmasını talep etme hakkı vardır.*” Bu durumda mağbunun iptal beyanı etkisiz hale gelir.²⁰⁰

1.4. GABİNİN SINIRLARI

1.4.1. Gabin-Faiz İlişkisi

Halit Kemal Elbir’e göre de gabnin kaynağını faizde aramak gerekir.²⁰¹ Ancak Elbir’in de ifade ettiği gibi, gabin ile fâhiş faiz aynı şey demek değildir. Gabin halinde, karşılıklı edimler akdin oluşum safhasında birbirinin karşısında mevcut bulunmakta iken, fâhiş faizde ortada, akdin kuruluş anında mevcut olan sadece nispettir. Keza, gabin akiddeki asıl borçlar arasında tespit edildiği halde, faiz fer’i borç olduğundan, fâhiş faiz meselesinde bir asıl edim, mesela kârda ödünç alınan miktarın iadesi borcu ile fer’i bir borç olan faiz nispetlendirilmektedir. Buna rağmen; tayin edilen faiz miktarı ile mukabil faiz ediminin ne olacağını tayin imkân dâhilinde bulunduğundan, faiz sahasında gabinden bahsetmek mümkündür.²⁰²

Pozitif hukuka göre karzda çok yüksek faiz gabindir. Bu durumda gabnin unsurları mevcut olmasa dahi, faizde indirime gidilir.²⁰³

Mâlikî mezhebine göre faizin yasaklanmasını gerektiren sebep bedeller arasında meydana gelen fâhiş oransızlıktır.²⁰⁴ Dolayısıyla her ne kadar faiz gabinden farklı bir kavram olsa da edimler arasında meydana gelen nisbetsizlik ve akdin taraflarını istismar etme noktalarından gabinle benzerlik arz etmektedir.²⁰⁵

²⁰⁰ Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 59; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 56; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 116.

²⁰¹ Elbir, *Gabin*, Halit Kemal Elbir, *Gabin-Fâhiş Faiz Meselesi*, 1.

²⁰² Elbir, *Gabin-Fâhiş Faiz Meselesi*, 2.

²⁰³ Kalkan, *Gabin*, 74.

²⁰⁴ İbn Rüşd, Ebu’l-velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Hafîd, *Bidâyetü’l-müctehid ve Nihâyetü’l- Muktesid*, Matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve evlâdühü, Mısır1975, II, 131—132.

²⁰⁵ Kumaş, *Gabin*, 73.

Fıkıh âlimlerine göre faizin haram kılınmasının hikmeti insanların mallarını korumak ve birbirleriyle karşılıklı edimler arasında fâhiş oransızlık oluşan muamele yapmalarını önlemektir.²⁰⁶

1.4.2. Gabin-Kâr Haddi İlişkisi

Tüm liberal sistemler ticarete ve kazanmaya izin vermiştir ve kâra meşruiyet tanımıştır. İslam Hukukunun da savunduğu görüş de budur.²⁰⁷ Fakat kâr haddinin olup olmayacağı veya kâr haddinin miktarı konusu ihtilaflıdır. Gabin ile kâr haddi arasındaki ilişki bu açıdan önem arz etmektedir.²⁰⁸

Nasslarda kârın yasaklandığına dair bir ifadenin mevcut olmadığını belirtmek gerekir. Hatta bunun aksi deliller mevcuttur: Bunlardan birinde; “Hz. Peygamber (sav), eline bir dinâr verdiği Urve b. Ebû'l-Ca'd el-Bârikî veya Hakîm b. Hızâm'ı, kurbanlık bir hayvan almak üzere çarşıya göndermiştir. Adı geçen sahâbi bu para ile iki koyun satın almış ve bunlardan birisini, aynı pazar yerinde bir dinara satmıştır. Elinde bir dinar para ve yedeğinde bir koyunla dönen Hakîm'e (ra.) Allah'ın elçisi hayır duada bulunmuş ve para ile koyunu kabul etmiştir.”²⁰⁹ Bu rivayette söz konusu olan iki koyunun cüsse bakımından birbirine yakın olduğu düşünülürse, yaklaşık olarak yarım dinara satın alınan bir mal % 100 kâr eklenerek bir dinara satılmış olmaktadır. Bu para meşrû olmasaydı, Hz. Peygamber'in bunu reddetmesi ve Hakîm'e hayır duada bulunmaması gerekirdi.²¹⁰

Acaba İslam Hukukunda kârın azami bir sınırı var mıdır?

İslâm hukukçularının çoğunda asgari veya âzamî kâr haddini takdir ettiklerine dair açık bir ifade yoktur.²¹¹ Hatta Ali Haydar'a (ö. 1355/1935) göre bir kimse bir liralık malını bin liraya satsa veya bin liralık malı bir liraya satın alsa yine de akid sahih

²⁰⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 131—132; Kumaş, *Gabin*, 73.

²⁰⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, Bilmen Yayınları, İstanbul 1969, IV, 119.

²⁰⁸ Kumaş, *Gabin*, 74.

²⁰⁹ Buhârî, *Menâkıb*, 28; Ebû Dâvud, *Büyü*, 28; Tirmizî, *Büyü*, 34; Beşir Gözübenli, Fuzuli, *DİA*, XIII, 240, İstanbul: Ali Rıza Baskan Güzel sanatlar matbaası 1996.

²¹⁰ Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's sanâi fi tertîbi's-şerâi*, Beyrut: Daru'l-kütübi'l-arabî 1982, C:5, 149; Mevsilî, Abdullah b. Muhammed b. Mevdûd, *el-ihitiyâr li-ta'lili'l-Muhtar*, Dârü'l-ma'rife, Beyrut 1998, II, 21; Vehbe Zühaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletühü*, Dârü'l-fikr, Dımaşk 1997, I, 186; Hamdi Döndüren, *İslâm Hukukuna Göre Alım-satım da Kâr Hadleri* (Doktora tezi) İnce Matbaacılık, Balıkesir 1984, 127 (*Kâr Hadleri*)

²¹¹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 135; Kumaş, *Gabin*, 74.

olur.²¹² Buna benzer ifadeler fıkıh âlimleri tarafından çeşitli vesilelerle kullanılmaktadır.²¹³ Çünkü edâ ehliyetine sahip olan herkes mülkünde istediği şekilde ve fiyatla tasarrufta bulunabilir. Böyle bir tasarruf muteber olduğundan, kendi tarafından tamam olan bir şeyi bozmaya gayret eden kimsenin bu gayreti kabul edilmez. Ayrıca böyle bir tasarrufun muteber kabul edilmemesi kişi hürriyetine ve mülkiyete aykırı olacağı yönünden de caiz görülmemiştir.²¹⁴ Şu kadar var ki İmam Muhammed'e (ö. 189/805) göre böyle bir akid mekruh olmakla birlikte bağlayıcı, Ebû Yusuf'a (ö. 182/798) göre ise mekruh olmaksızın bağlayıcıdır.²¹⁵

Ebû Hanife (ö.150/767)'ye göre bir kimsenin aynı mal üzerinden bir defada ya da birden fazla satışlarla toplamda %100'ü aşan bir kar sağlaması caiz değildir. Ahmed b. Hanbel (ö.241/855) de aynı görüştedir.²¹⁶

Genel olarak arz-talebe bağlı, serbest rekabet esasları içinde kendiliğinden oluşacak fiyatlar ölçü alınmıştır. Ancak serbest rekabet esasını korumak ve insanların temel ihtiyaçlarının istismar edilmesini önlemek için birtakım tedbirler öngörülmüştür. Faizin yasaklanması, karşılıksız kazanç yollarının kapatılması ve gerektiğinde narha (tek fiyat uygulaması) başvurulması bunlar arasındadır.²¹⁷

İslâm hukukunda kâr haddi tartışmaları murâbaha, tevliye, vadîa²¹⁸ gibi satışlarda söz konusu olmuştur.²¹⁹ Ebû Hanîfe'ye göre, biraz önce de açıklandığı üzere, bir kimsenin güvene dayanan satım akidlerinde aynı mal üzerinden bir defada veya birden fazla satışla toplam yüzde yüzü aşan bir kâr sağlaması câiz değildir. Önceki kârın, son satışta anaparadan düşülmesi gerekmektedir. Eğer elde edilen kâr anaparaya ulaşır veya anaparayı geçerse o kişi bir daha o malı murâbahalı satamaz.²²⁰ Meselâ bir kimse 10 TL'ye satın aldığı malı, 15 TL'ye satsa, aynı malı yeniden 10 TL'ye geri alsın, artık bu malı, ilk kârı olan 5 TL düşmedikçe murâbahalı olarak satamaz. Kâr düşülünce, anapara

²¹² Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 588.

²¹³ Mevâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf el-Abderî el-Gırnâtî, *et-Tâc ve'l-iklîl li-Muhtasar-i Halîl*, Dârü'l-fikr, Beyrut 1397, IV, 468; Kumaş, *Gabin*, 74.

²¹⁴ Kumaş, *Gabin*, 74- 75.

²¹⁵ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 588; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 744.

²¹⁶ Hamdi Döndüren, *Kâr Hadleri*, 127- 128.

²¹⁷ Kumaş, *Gabin*, 75.

²¹⁸ Bu terimler için bkz. Ali Şafak, *İslâm Hukukunda Alışverişte Kâr Haddi*. (Tartışmalı İlmi Toplantılar Dizisi). İstanbul: İslâmi İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İlmî neşriyat 1990, 61- 62 (Kâr Haddi).

²¹⁹ Kumaş, *Gabin*, 75.

²²⁰ İbn Kudâme, *Ebu muhammed muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, el-Muğni*, Daru'l-fikr, Beyrut 1985, IV, 133; Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 79.

5 TL olur. Bunun üzerine bir kâr ekleyerek satabilir. Yine 10 TL'ye satın alınan mal, 20 TL'ye satılsa ve aynı mal 10 TL'ye yeniden geri alınsa, artık murabahalı olarak satılamaz.²²¹ Çünkü murabahalı satış, anapara üzerine belirli bir kâr ekleyerek yapılan satıştır. Anaparaya eşit duruma gelen kâr düşüldüğünde geride anapara kalmamaktadır. Bu nedenle bu malda murabahalı satış mümkün olmaz. Ancak İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457), Ebû Hanîfe'nin görüşünü zikrettikten sonra "alıcıya bu durumun açıklanması durumu müstesnâ" demiştir.²²² Buna göre satıcı; o mal üzerinden elde ettiği kâr toplamının % 100'ü aştığını bildirir ve alıcı buna rağmen kabul ederse akid muteber olur. Yine mâliyet beyanında, önceki satıştan doğan kâr düşülmüş ve yeni eklenen kârla % 100 sınırı aşılmış olmakla birlikte akid, alıcının duruma bilerek razı olması nedeniyle sahih hale gelmektedir.²²³

Ebû Hanîfe'nin görüşünü şu şekilde değerlendirmek gerekir: Satılan bir malın, yine önceki satıcısı tarafından geri alınması nadiren vuku bulur. Satışın üzerinden zaman geçer veya belde değişikliği olursa, zaten malın değeri değişeceği için eski fiyatları ölçü almak ekonomik güçlükler doğurur.²²⁴ Meselâ 100.000 TL'ye satın alınan bir arsa, yakınına fabrika yapıldığı için kıymetlense ve 200.000 TL'ye satılsa, bir süre sonra satıcı tekrar aynı arsayı bu defa 250 bin TL'ye geri alsaydı, yeniden satmak istediğinde, ilk satışta % 100 kâr hakkını kullandığı için artık kârlı olarak satabilir mi?

Zaman ve yer unsurları olmadan, sun'î yollarla fiyatların yükselmesini sağlamak ve alıcıyı etkilemek için göstermelik satışlar yapılabilir. Mesela bir kimse, alış fiyatı 500 bin TL olan arabasını, 750 bin TL'ye satsa, yeniden 700 bin TL'ye geri alsaydı ve tekrar 750 bin TL'ye satmak istese, bu şekilde kapalı devre yapılan bir alış-verişin amacı, alış fiyatını yükseltmek olabilir. Artık son satış için müşterilere alış fiyatı 700 bin TL, kâr ise 50 bin TL olarak gösterilecektir. Aslında anaparayı yükseltmek için yapılan önceki satışlar gösterilmektedir. Alış fiyatını 500 bin TL göstermekle, 700 bin TL göstermek, alıcıyı etkileme bakımından önemlidir. Birincisinde kâr miktarı 250 bin, ikincisinde ise 50 bin TL'dir. İşte bir kimsenin bu yolla elindeki malların fiyatlarını yükseltmesi ve alıcıları etkilemesi mümkündür. Müşteriye karşı yalan konuşulmuyor.

²²¹ Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed Şemsü'l-eimme, *el-Mebsût*, Dârü'l-ma'rife, Beyrut 1986, XIII, 83; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 127.

²²² İbnü'l-Hümâm, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvâhid, Fethü'l-kadîr, Beyrut: Daru'l-kütübi'l-İlmiyye 1995, VII, 257; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 127; Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 79.

²²³ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 128; Kumaş, *Gabin*, 76.

²²⁴ İbnü'l-Hümâm, Fethü'l-kadîr, V, 255.

Fakat bu sonuca ulaşabilmek için hileli muamele yapılmış oluyor. Ebû Hanîfe muvâzaalı satım akidlerinde dışa karşı ehliyetli kimseler tarafından yapılan akidleri muteber saydığı için, bu durumun kötüye kullanılmasını önlemek istemiştir.²²⁵

Çağımızda aynı aile fertlerinin kurduğu göstermelik müessese ve şirketler aracılığı ile bir malın sanki birkaç tüccarın elinden geçmiş gibi işlem gördüğü ve ticaret kanunlarına uygun olarak eklenen kârlarla fiyatın bazen anaparanın birkaç katına çıkarıldığı görülen olaylardandır. İşte Ebû Hanîfe'nin içtihadının bu gibi kötüye kullanmaları önlemeyi amaçladığı söylenebilir.²²⁶

Ebû Yusuf, İmam Muhammed, İmam Şâfiî ve İmam Mâlik'e göre ise önceki kâr miktarı düşülmeksizin bir mal müteaddit defalar alınıp satılabilir. Aynı mal üzerinde yapılmış olan önceki akidlere itibar edilmez. Önceden kâr veya zarar edilmiş olması sonucu etkilemez.²²⁷

Günümüz Borçlar Hukuku açısından bakacak olursak; Bir malı (örneğin otomobilin yedek parçalarını) rekabet düzeni iyi çalışmayan bir piyasada herkes çok yüksek fiyatlarla satıyorsa, gabin ileri sürülebilir mi? Öğretide bu soruyu olumlu biçimde cevaplandıran bir görüşe rastlanmakla beraber, hâkim görüş bunu reddetmektedir. Çünkü gabin, piyasa fiyatlarını aşağıya çekme, bir başka deyimle, piyasada rekabet politikası aracı olarak hizmet görüp bir fiyat kontrol mekanizması oluşturma fonksiyonu yoktur. Gabin hükümlerinden yararlanabilmek için malın, piyasa fiyatının üstünde ve bu fiyata nispetle açık nispetsizlik oluşturacak tarzda satılmış olmalıdır. Şu var ki, herkesin pahalı sattığı bir piyasada, bir kimseye piyasa fiyatının da üstünde bir fiyatla yapılan satışta, hâkimin açık nispetsizliği takdir ederken, sömürülen lehinde daha yumuşak ve hoşgörülü bir tutum benimsemesi yerinde görülmektedir.²²⁸

İslam hukukunda fâhiş oransızlık ölçüsü belirlenmiş ve muayyen bir oran tayin edilmişse de gabinle birlikte tağrîrin olması gerektiğini düşünen İslam hukukçularına göre muayyen bir oran tayini yapılmamış ve kar haddi sınırlanmamıştır.²²⁹

²²⁵H. Döndüren, *Kâr Hadleri*, 130'dan naklen.

²²⁶Döndüren, *Kâr Hadleri*, 130.

²²⁷Serahsî, *el-Mebsût*, VIII, 140; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi*, V, 224; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 133; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 129.

²²⁸Necip Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, s.485-486; Kumaş, *Gabin*, 77- 78.

²²⁹Kumaş, *Gabin*, 78.

1.4.3. Gabin-Kıymette Hata İlişkisi

Bu durum Türk Borçlar hukukunda kıymet/değer hatası kavramıyla ifade edilmektedir. Çünkü değer hatasında, yanılma, edim konusunun henüz belli olmayan değeri takdir edilirken gerçekleşmekte, örneğin piyasa değeri 10.000 TL. civarında olan bir mala yanlışlıkla 5000 TL. değer biçilmekte ve beyan 5000 TL. üzerinden gerçekleşmektedir.²³⁰

Türk hukukunda kullanılan kavramlardan birisi de miktarda hata kavramıdır. Kanunumuzda bu kavram şu şekildedir; *“taahhüt edilen ivazın, kastedilen şeyden ehemmiyetli surette çok ve mukabil ivazın ehemmiyetli surette az olması”* durumudur.²³¹

Hataya düşene karşı taahhüt edilen miktar, onun istediğinden önemli ölçüde az olduğu halde o yanlışlıkla bu beyanı kabul etmiş olabilir. Örneğin A, B’nin kendisine 1000 TL. üzerinden yapmış olduğu teklifi dikkatsizlik sonucu 10.000 TL. olarak okuyup kabul etmesi örneğinde olduğu gibi.²³² Miktarda hata ile hesap hatalarını (Wertirrtum) da birbiriyle karıştırmamak gerekir. Miktarda hata halinde edimin konusu olan değer önceden bellidir. Mesela 1.000.000 TL. dir. Ne var ki bu değer ifade edilirken sehven 1.000 diye yazıldığı durumlarda açık ve gizli bir hesap hatasından bahsedilemez. Oysa değer hatasında yanılma edimin konusunun henüz belli olmayan değeri takdir edilirken gerçekleşmektedir. Gabindeki fâhiş oransızlıkta ise kastedilen ile beyan ve taahhüt edilen miktar arasında fark yoktur. Zarar gören, zaten kastettiği miktarı aynı zamanda beyan etmiştir.²³³ Miktarda hata halinde zarara uğrayan taraf hatasını bilip fark edecek durumda değildir. Oysa gabinde irade ile beyan aynıdır.²³⁴

Kıymette hata, İslâm hukuku kaynaklarında, *“ivazlı akidlerde taraflardan birinin, akdin konusunun (ma’kudun aleyhin) kıymetini bilmemesi sebebiyle ivazlardan birinin diğerine nispetle makul ve mutat olmayan oransızlıkta gerçekleşmesi”*, şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kıymette hatada aldanan taraf, ma’kudun aleyhin gerçek kıymetini bilecek olsaydı, akde teşebbüs etmeyecekti. Bundan hareketle bazı kanun ve

²³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 398–399.

²³¹ BK. md. 24/III.

²³² Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 398–399.

²³³ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 400.

²³⁴ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 398–400; Kalkan, Gabin, 76.

hukukların aksine, bir kısım fıkıh âlimi kıymette hata mefhumunu gabin içinde mütalaa etmiş ve bu iki bahsi aynı başlık altında incelemişlerdir.²³⁵

Fiyatlar konusundaki bilgisizlik sebebiyle aldanan tarafın fâhiş oransızlıkla yaptığı akid, Hanefî mezhebine göre bağlayıcıdır. Dolayısıyla bu görüş sahipleri, gabnin ancak aldatma fiili (tağrîr) ile hüküm ifade edeceği kanaatinde olan fakihlerdir.²³⁶

Mâlikîlerin Bağdat ekolünü temsil eden fakihler, kıymette hatadan dolayı oluşan gabnin fesih hakkı verebilmesi için üç şart ileri sürmüşlerdir. Bunlar;

- 1) Aldanma fâhiş oranda olmasıdır. Açık artırma suretiyle yapılan satışlar bundan istisna tutulmuştur. Onlara göre fahiş gabin üçte birdir. Alan gerçek değer 1/3'i kadar ucuza almışsa ya da satıcı 1/3 oranında pahalıya satmışsa fahiş gabin gerçekleşmiş olur.
- 2) Gabne maruz kalan taraf, mebîn fiyatı hakkında bilgi sahibi olmamalıdır.
- 3) Gabnin meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde mağdur gabin davasını açmalıdır.²³⁷

İslam hukukundaki kıymette hata ile Türk-İsviçre Borçlar hukukundaki miktarda hata birbirinden farklılık arz etmektedir. İslam hukukundaki kıymet bir değer hatası olarak ele alınmış, Türk borçlar hukukunda ise miktar hatası olarak ele alınmıştır.

1.4.4. Gabin-Saik Hatası İlişkisi

Gabinde sadece tarafların karşılıklı ivazları arasındaki nispetsizlikle yetinilmeyip, bunun yanında bu nispetsizliğin karşı tarafın zayıf durumundan (müzâyekasından, hafifliğinden veya tecrübesizliğinden) yararlanarak gerçekleştirilmiş olmasının aranması, mağbunun bir saik hatasına düşmüş sayılması durumudur. Böylece çok defa gabinle birlikte irade bozukluklarının şartları da gerçekleşir, yani mağbûn hem gabne hem de yerine göre, temel hatası, hile ya da ikrah hükümlerine dayanmak imkânı elde

²³⁵ Senhûrî, *Mesadirü'l-Hakk fî Fıkhi'l-İslâmi*, Dâru'l-fıkr, Kahire 1954, II, 133; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 133; Abdüsselam Arı, *İslâm Hukukunda Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996, 212.

²³⁶ Kadri Paşa, Muhammed, *Kitabu Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*. Dârü'l-arabiyyeti li't-tevzî-i ve'n-neşr, Amman 1985, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 586; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 134.

²³⁷ Mevâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Kumaş, *Gabin*, 80.

eder.²³⁸Çünkü “tecrübesizlik” ve “hiffet” hallerinde zarar gören tarafın iradesi, oluşumu anında sakatlanmaktadır. Müzayaka halinde, içinde bulunduğu zor durum sebebiyle, bile bile aleyhindeki akdi yapmak mecburiyetini hisseden sömürülen kişi, ilke olarak herhangi bir hataya düşmüş olmadığı gibi, aldatılmış da değildir.²³⁹

İslam hukuku açısından da genellikle mağbunun üçünde bulunduğu durumun saik hatası olduğu kabul edilmektedir. Çünkü çoğunlukla ivazda hata başlığıyla işlenen bedeller arasındaki oransızlığın mutad ve makul olmayan ölçülerde olması durumu, yani gabn-i fahişin oluşması ve bunu aleyhine akid gerçekleştiren kişinin bilmemesi ve hataya düşme durumudur.

²³⁸ Kocayusufoşaoğlu, BHGB, 479.

²³⁹ Kocayusufoşaoğlu, BHGB, 479–480, dipnot 4.

İKİNCİ BÖLÜM

GABİNİN UNSURLARI

2.1. GABİNİN DAYANDIĞI ESAS

Yazılı hukuk kuralları, örf ve adet hukuku ve içtihadlar hukukunun temelini oluşturan esaslardır. Olması gereken davranışları belirleyen bu normlar sosyolojik açısından hukuk yaratıcı kaynaklar olmayıp sadece hukukun “tespit şekli”ni ifade eder.

Bu normların gerisindeki asıl kaynak “toplumsal gerçeklik”tir. Tarihi ve sosyolojik açıdan bakıldığında zaman toplumun bizzat yaşadığı olaylar, edindiği tecrübeler sonucunda normlar ortaya çıkmıştır. Başka bir ifadeyle söyleyecek olursak toplumlara hâkim olan siyasi, felsefi düşünceler, ekonomik gelişmeler hukukunun doğmasını sağlamıştır. Hukuk kuralları hukuki müesseselerden önce düşünülüp formüle edilen önermeler değil, hukuki müessesenin varlık kazanmasından sonra düşünülüp kararlaştırılan hükümlerdir.²⁴⁰

Gabin kurumu da kanun koyucunun fikrinden doğmamış, çeşitli olaylar neticesinde ve zamanla oluşmuştur. Ayrıca gabin müessesesi felsefi bir fikir olan “adalet” mefhumu üzerine inşâ edildiği için, bir yönüyle felsefi-ahlaki, bir yönüyle de hukukî bir mahiyet taşır.²⁴¹

Gabinin tarihi gelişiminde “doğru fiyat” denilen ahlaki ilke yatar. Yargıtay da bu ilkeye dayalı yaklaşımı benimsemiş ve bir kararında “*Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde tarafların yükümlülük ve yararları arasında ölçülü ekonomik bir dengenin bulunması gerekir. Gabin sözleşmelerde bu ekonomik dengeyi sağlayan ve günümüz sosyal anlayışına cevap veren, insancıl ve toplumsal amaçlı bir müessesedir*”²⁴² diyerek gabinin dayandığı esasları belirtmiştir.²⁴³

²⁴⁰ Ehrlich, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, New York 1962, 132’den naklen.

²⁴¹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 41.

²⁴² Yar. 1. HD. 6. 5. 1980 t. 1980/4135 E., 1980/6218 k.s. Karar (YKD. Sa. 11, 1464 vd.)

²⁴³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 41.

2.2. GENEL OLARAK GABİNİN UNSURLARI

Gabinin varlığını kabul etmek için bazı unsurların mevcudiyeti zorunludur. Objektif unsur, tarihse bakımdan sübjektif unsurlardan daha eskidir.²⁴⁴ Roma hukuku'nda karşılaştığımız ve aşırı yararlanmanın temeli kabul edilen “laesio enormis”te gabinin varlığı için edimler arasındaki açık oransızlık²⁴⁵ oluşması yeterliydi. Ayrıca sübjektif unsur aranmamaktaydı. Ancak günümüzde gabinin kabul edilmesi için sadece edimler arasındaki açık oransızlığın varlığı yeterli görülmemektedir.²⁴⁶

01.07.2012 tarihli ve 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzun gabini düzenleyen 28. Maddesi; “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre, ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”denilmektedir. Bu tarihten önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 21’de

de sözleşmelerin keyfi surette iptaline izin vermemektedir.²⁴⁷

İsviçre – Türk Borçlar Kanunu, Alman Medeni kanununu takip edip Fransız Hukukundan farklı olarak gabinin varlığından bahsedilmek için tek başına objektif unsurun yeterli olmadığını, bu unsurun sübjektif bir unsurla birlikte ortaya çıkması gerektiğini kabul ederek gabinin sınırlarını daraltmıştır. Schwarz md. 21’deki sübjektif unsurun nispetsizlik üzerinde oynadığı rolü belirten “*akitte eda ve mukabil eda arasında açık bir nispetsizlik ihdas edilmesi*” şeklinde bir ifade tarzı benimsemiştir.²⁴⁸

²⁴⁴ H. K. Elbir, “Gabinin Unsurları”, *İstanbul Barosu Dergisi*’nin Nisan 1951 sayısından ayrı bası, İsmail Akgün matbaası, İstanbul 1951, 3 (Gabinin Unsurları).

²⁴⁵ Bu oran %50 ve üzeri olan oranlardı. Geniş bilgi için bkz.tez metni sayfa 9.

²⁴⁶ Selmani Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 85.

²⁴⁷ BK. md. 21 ve TBK md. 28.

²⁴⁸ Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 350’den naklen.

Gabin müessesesinin unsurlarının sayısı hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. Doktrinin bir bölümü bilerek veya aralarında fark olmayacağını düşünerek gabinin unsurlarını biri objektif diğeri de sübjektif olarak ikiye ayırmışlardır.²⁴⁹ Birçok müellifin istismar noktasını gözden kaçırarak gabin için ivazlar arasında açık nispetsizlik gibi bir objektif; müzayaka, hiffet ve tecrübesizlikten istifade gibi diğeri de sübjektif iki şart aramakla yetinmiş olduklarını ve bu müelliflerin hiffet, tecrübesizlik ve müzayaka ile bunların birinden istifadeyi bir arada zikretmişlerdir.²⁵⁰ Yargıtayın bazı kararlarında görüldüğü gibi²⁵¹ istismar ayrı bir unsur sayılmalıdır. Buna göre

- a. Edim ile karşılık edim arasındaki oransızlık sözleşmenin kurulması anında objektif olarak değerlendirilmesi gereken bir unsur olduğu için objektif şart
- b. Gabine maruz kalanda aranılan hiffet, müzayaka veya tecrübesizlik hali ancak gabine uğrayan için sübjektif olduğundan dolayı sübjektif şart
- c. Mağbunun bu hallerinin birinden istifade edilerek sözleşmenin meydana getirilmesi mağbûn için değil, fakat diğer taraf için sübjektif bir şart olarak kabul edilmelidir.

Bu yüzden birisi gabne uğrayan; diğeri karşı taraf için konulmuş olan bu iki şartı bir arada değerlendirmek hem kanun koyucunun amacı hem de bilimsel açıdan yerinde değildir.²⁵² Buna karşın yazarların bir kısmı gabinde objektif unsur olarak “karşılıklı edimler arasındaki oransızlığı” ve sübjektif unsur olarak da “müzâyeka, hiffet ve tecrübesizliğin istismarını” görmektedir.²⁵³

Halit Kemal Elbir de bu görüşteki yazarlardan ve bu görüşüne gerekçe olarak müzâyeka, hiffet ve tecrübesizlik hallerinin ayrı bir unsur ve bu hallerin istismarının ayrı bir unsur olarak sayılmasını gabinin unsurları arasında olması gereken yakın ilişkiyi

²⁴⁹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 64.

²⁵⁰ Ferit Saymen, *Gabin-Müzayeka-İstifade Şartı*, İÜFHM. (İctihad Notu), İstanbul 1947, 13(1), 800.

²⁵¹ “Görüldüğü gibi Gabinin biri objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki koşulu bulunmaktadır. Bir sözleşmenin edimleri arasındaki aşırı oransızlık objektif unsuru oluşturmaktadır. Aşırı oransızlığın karşı tarafın özel durumundan yani müzayeka veya hiffeti ya da tecrübesizliğinden, bilerek yararlanması sonucunda doğması gerekir ki buna da sübjektif şart denmektedir.” Yar. 19. HD. 20.06.2005 t. 2005/2795 E., 2005/6854 Ks. Kararı (Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 127); YHGK’nin 5. 2. 1959 t. Ve 66/1- 63/90 sayılı kararında bu nokta üzerinde durulmuştur. Bu kararda “...açık Nispetsizlik, bütün şartların tahakkuk ettiğini kabul etmek için yeterli sayılamaz. Zira bu objektif şart ile birlikte objektif şartı teşkil eden müzâyeka veya hiffet veyahut tecrübesizlik hallerinden birisinin dahi bulunması ve alıcının bu durumu bilmesi ve ondan faydalanması, diğer deyimle satıcının durumunu istismar etmesi lazımdır” denilmektedir. (Aslan, *Gabinin Unsurları*, 64; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 127).

²⁵² Bu görüşler için bkz. F. Saymen, *İctihad Notu*, 800.

²⁵³ F. Saymen Ferit Saymen, *İctihad Notu*, 800; Aslan, *Gabin*, 65.

ve özellikle illiyet bağıını gevşetmek tehlikesini yarattığını, ayrıca ve özellikle istismarın müstakilen (kendi başına) hiçbir şey ifade etmeyeceğini ancak kanunun tahdidî olarak saydığı hallerle birlikte değerlendirildiği zaman anlamlı ve önemli olduğunu ileri sürmüştür. Bu şekilde hareket etmekle “istismar” unsurunu gözden kaçırmayacaktır.²⁵⁴

Yine Elbir’e göre; sübjektif unsur yani müzayaka, hiffet veya tecrübesizlik hallerinin istismarı sebep veya buna mukabil objektif unsur, yani edimler arasındaki açık oransızlık bu sebebin neticesini teşkil etmektedir. Bununla beraber sübjektif unsur bulunmadığı halde objektif unsur bulunuyorsa gabinin bahsedilmeyeceği gibi, sadece sübjektif unsurun mevcudiyeti halinde de bu müesseseden bahsedilemez.²⁵⁵

Görüldüğü gibi bazı hukukçular gabinin unsurlarını tahlil ve tetkik ederken sübjektif unsurun objektif unsura bir sebep teşkil ettiğini, yani objektif unsuru oluşturan nispetsizliğin sübjektif unsurun nedenlerinden birinin istismarı ile doğmuş olması gerektiğini ileri sürmekte, öncelikle sübjektif unsurun incelenmesinin doğru olacağını kabul etmektedirler. Ancak uygulamada ve doktrinde öncelikle objektif unsurun araştırılması gerekeceği kabul edilmektedir.²⁵⁶

İster objektif olsun, ister sübjektif olsun bu iki unsurun bir arada bulunmaması halinde gabinin söz edilemeyeceği göz önünde bulundurulacak olursa hangi unsura öncelik verilirse verilsin pratikte farklı bir sonuç doğurmayacağı da aşıkardır. Ancak doktrinde pek çok hukukçu da objektif unsurun öncelikle incelenmesi gerektiği görüşündedir.²⁵⁷

Alışverişte gabinin oluşması için;

- 1) Karşılıklı edimler arasında açık bir nispetsizliğin bulunması.
- 2) Zarar gören tarafın karar verme özgürlüğünü zedeleyen bir durum olması,
 - a) Müzayaka halinde bulunması
 - b) Tecrübesiz olması
 - c) Hiffet ile vasıflandırılması gerekmektedir.

²⁵⁴ Elbir, *Gabinin Unsurları*, 3.

²⁵⁵ Elbir, *Gabinin Unsurları*, 5; Aslan, *Gabin*, 65.

²⁵⁶ Aslan, *Gabin*, 65; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 128.

²⁵⁷ Aslan, *Gabin*, 66; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 128- 129.

3) Karşı tarafın mağbûnun içinde bulunduğu zor durumdan faydalanması gerekmektedir.²⁵⁸ Sömürenin, edalar arasındaki açık oransızlığı, mağbûnun zayıf durumundan bilerek yararlanmak suretiyle gerçekleştirmesi lazımdır. Buna da “sömüren açısından sübjektif şart” da denir.²⁵⁹

2.2.1. Açık Oransızlık (Objektif Unsur)

Karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık. Tarafların karşılıklı olarak taahhüt veya ifa ettikleri edalar arasında açık bir nispetsizliğin bulunmasıdır. Borçlar Kanununun gabini düzenleyen 28’e göre *”Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle karşılıklı edimler (ivazlar) arasında meydana getirilen açık oransızlıktır.”* diyerek gabinin kabul edilebilmesi için ilk şart olan *“karşılıklı edalar arasındaki açık oransızlığı”* ifade etmiştir.²⁶⁰ Fakat bu edimlerin değerinin kim tarafından, nasıl ve ne zaman tespit edilebileceği ve edimler arasındaki nisbetsizliği matematiksel bir biçimde tespit etmemiş, bilakis “açık” tabirini kullanarak bunun tayin ve takdirini hâkime bırakmıştır.²⁶¹

Kanunun ilgili maddesinde kullanılan *“açık nispetsizlikten maksat, orta zekâlı ve bilgili bir kimse tarafından anlaşılabilen, başka bir deyişle dıştan herkes tarafından görülebilen edalar arasındaki bariz farktır.”*²⁶²

Türk Borçlar Kanununda oransızlığın mevcudiyeti yeterli görülmemekte, bu oransızlığın açık olması şartı aranmaktadır. Öyle ki, bu açıklık, görünebilen olmalı, orta derecede bilgili, vasat düşünceli bir kimsenin gözüne çarpacak yükseklikte bulunmalıdır. Bir başka ifadeyle nispetsizlik, inkâr olunamayacak derecede açık ve görünür olmalıdır.²⁶³ Edimler arasında tam bir eşitlik sağlanamayacağından sırf

²⁵⁸ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 87.

²⁵⁹ Kocayusufoğlu, BHGB, 483.

²⁶⁰ İnan ve Yücel, BHGH, 237.

²⁶¹ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 16; Kocayusufoğlu, BHGB, 483; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 138.

²⁶² İnan ve Yücel, BHGH, 239.

²⁶³ Kalkan, *Gabin*, 120; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 82.

oransızlık yüzünden sözleşmelerin iptali yoluna gidilmesi alış verişlerde ve ticari hayatta genellikle kar etme amacı güdülür.²⁶⁴

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6.11.1974 tarihli ve 973/1.976 E, 1146 k.s. Kararında da açık oransızlık kavramı şu sözlerle ifade edilmiştir: “*Kanunumuzda belli bir miktar üzerinden nisbet gösterilmemiş olmakla beraber karşılıklı ivazlar arasındaki aşırı farkın tayinindeki ölçü, satılan mal için ödenen paranın normal olarak herkes tarafından kabul ve takdir edilen değer (piyasa değerinin) çok altında olması ve açıkça göze çarpacek bir farklılık göstermesi, toplumdaki ekonomik değer ölçülerini aşan ve ticari ahlak kurallarına aykırı düşen fahiş (aşırı) bir nispetsizliğin mevcudiyeti halidir*”.²⁶⁵

Açık oransızlık şartı tamamen objektiftir. Objektif olmasıyla birlikte “oransızlık” kavramı, kanuna ait bir kavram olduğundan bir olayın oransız olarak telakki edilip edilemeyeceği hususu hukuki bir olgudur.

Yargıtay kararlarında, kanunda yeri ve dayanağı olmadığı halde bazı oranlar tesbit edilmiştir. Yüksek mahkeme 1976 yılında verdiği bir kararda oransızlık %50 ise BK. Md. 28'in aradığı açık oransızlığın herhalde gerçekleşmiş sayılacağını, buna karşı oran %25 veya daha aşağı ise gabinin kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.²⁶⁶

Edimler arasındaki oransızlık Türk Hukuk sisteminde her sözleşme türünde görülebilir. Ancak sözleşmenin türü ne olursa olsun gabinin mevcut olabilmesi için edimler arasında karşılıklı mübadele ilişkisi olmalıdır. Örneğin; Karzda alacaklı lehine fahiş faiz²⁶⁷ satımda oldukça az veya oldukça yüksek bir bedel, iş görme sözleşmesinde çok düşük veya yüksek bir ücret, ortaklık sözleşmesinde ortağın hissesiyle orantılı olmayan kar hissesi, sulh sözleşmesinde terk edilen hak ile orantılı olmayan bir tazminat tesbit olunduğu takdirde durum bu şekildedir.²⁶⁸ Çünkü gabin için hâkim görüş tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulabilen bir kurum olduğudur.

²⁶⁴ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 69.

²⁶⁵ N. Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 483, dn. 8.

²⁶⁶ Yar. 1. HD. 27. 12. 1976 t. ve 1976/10791 E. , 1976/12751 K. s. Kararı, Ayrıca bu yöndeki geniş bilgi için bkz. Eraslan Özkaya, *Aşırı Yararlanma (Gabin) davaları*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin /Hukuk Yayınları 2013, 152- 155 (*Gabin Davaları*); Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 119, dn. 468.

²⁶⁷ Faiz konusunda özel hükümler saklı kalmak kaydıyla karz sözleşmesinde şart kılınan hallerde Bk. Md. 21 (01 Temmuz 2012 tarihiyle TBK md. 28) hükmü de uygulama alanı bulur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, *Gabin Gabin-Fâhiş Faiz Meselesi*, 4- 5.

²⁶⁸ Ferit Saymen, *Nispetsizlik*, 3- 4; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 69- 70.

Oransızlık açık (zahir, aşikâr, bedihi) olmalı, yani işten anlayan herkesin derhal gözüne çarpmalıdır.²⁶⁹

TBK md. 28'deki tariftten de anlaşılacağı gibi gabin tek taraflı hukukî muamelelerde değil, çok taraflı hukukî muamelelerden yalnız karşılıklı taahhütleri içeren, yani iki tarafı da borçlu kılan hukukî muamelelerde söz konusu olur.²⁷⁰ Türk hukukunda da konu ele alınmış ve borçlar kanununun 28. maddesinde yer alan “*Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunduğu takdirde...*” ifadesinden hareketle teberru akidlerinde gabinden söz edilemeyeceği yargısına ulaşılmıştır.²⁷¹ Buna göre teberru akidlerinde gabinden bahsetme imkânı yoktur. Çünkü teberruda karşılıksız bir tasarrufta bulunmaktadır. Teberruda bulunan kimsenin sömürülmesi veya aldatılması durumunda ancak “temyiz gücü” ve “irade bozuklukları”, özellikle de “hile” olarak ele alınmalıdır.²⁷² Fakat hibede bulunan, nesneyi hibe ederken kıymetini tam olarak takdir edememişse, mesela çok pahalı bir nesneyi ucuz zannederek hibe etmişse, yine karşılıklı edalar söz konusu olmadığı için, gabin hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Türk hukukundaki kanaate göre bu durumda gabin hükümlerinin uygulama alanına gidilemeyeceği, fakat kıymette hata hükümlerine başvurularak olayın çözüme kavuşturulacağı söz konusudur.²⁷³ İslam hukuku açısından teberru akidleri çeşidinden olan İvazlı hibenin²⁷⁴ pozitif hukuktaki ifadesiyle muhtelit (karma) bağışlamanın, verilenin bir tarafı hibe bir tarafı ile de satım sözleşmesi olan çeşidinde durumun ne olacağı da tartışmalıdır. Çünkü bu akidde, hibede bulunan kimse, yapmış olduğu hibeye karşılık çok az bir bedel almakta, dolayısıyla edâlar arası bir oransızlık gözükmetedir.²⁷⁵

Gabinin objektif şartı sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmalıdır.²⁷⁶ Hâkimin değerlendirilmeye tabi tutacağı durum sözleşmenin yapılmasından sonraki hal ve şartların değişmesi suretiyle meydana gelen durum değildir. Çünkü kanun gabin

²⁶⁹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 72; Selmani Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 106- 107.

²⁷⁰ İnan ve Yücel, BHGH, 237; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 131.

²⁷¹ Kalkan, *Gabin*, 95-97.

²⁷² Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 485, dn. 13.

²⁷³ Kalkan, *Gabin*, 96.

²⁷⁴ Hibe karşılığında karşı tarafın da bir hibede bulunmasına ivazlı hibe (karşılıklı hibe) denir.

²⁷⁵ Kumaş, *Gabin*, 110.

²⁷⁶ Ferit H Saymen, *Gabinde İvazlar Arası Nispetsizlik*, Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası, İstanbul: Kenan matbaası 1946, 147 (*Nispetsizlik*); Necmettin Feyzi Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. 1, İstanbul, Fakülteler Matbaası 1967, 251; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 68.

hakkındaki hükümlerle ancak sözleşmenin yapılması sırasında edimlerin mümkün olduğu kadar birbirine denk olmasını temin etmek istemektedir. Bu itibarla hâkim sözleşmenin yapılması anında mevcut olan durumu inceleyecektir. Sözleşme kurulduktan sonra edim veya karşı edimde meydana gelen azalma veya çoğalma derecesi ne olursa olsun gabin sebebiyle sözleşmenin iptaline yol açmaz.²⁷⁷ Sözleşmenin kurulmasından sonra edimlerin değerinde bir oransızlık oluşursa artık gabinden değil “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, emprevizyon” nazariyesinin araştırılması gerekir.²⁷⁸ Sözleşmenin kurulmasından/ akdin in’ikadından sonra oluşan durumlar sebebiyle, olağanüstü oranlardaki değer farklılıkları halinde artık gabin hükümlerinden değil “*Clausula Rebus sic Standibus (mücbir sebep, olağanüstü haller dolayısıyla sözleşmenin yeniden tetkiki)*” hükümlerinden istifade edilmesi gerekmektedir.²⁷⁹

Fâhiş oransızlık İslâm hukukunda “gabn-i fâhiş” kavramıyla ifade edilmektedir. Bu kavram Türk hukukunda gabnin objektif unsuru kabul edilmekte olup bedeller arasındaki açık oransızlıktan müteşekkildir. İşsiz ve perişan bir vaziyette kalmış bulunan bir kişinin boğaz tokluğuna ve bir yıl boyunca, günde sekiz saat çalışarak bir şahsın hizmetine girmeyi kabul etmesi halinde, tarafların edaları arasında fâhiş oransızlık mevcuttur.²⁸⁰

Fâhiş oransızlığın ne tür akidlerde ve ne şekilde gerçekleşeceği önem arz etmektedir.

Gabin, iki bedel arasındaki değer farklılığı şeklinde tanımlandığından gabnin iki tarafa da karşılıklı borç yükleyen bey’ ve icâre yanında şirket, kısmet, ikrarlı sulh gibi karşılıklı edimlerin söz konusu olduğu ivazlı akidlerde de söz konusu edilmektedir.²⁸¹

İslâm hukukunda müşteri gibi satıcı da gabne maruz kalabilir. Bu nokta İslâm hukukunu Roma ve Fransız hukukunun sırf satıcıyı himaye eden kaidesinden ayırmaktadır. Aynı zamanda İslâm hukukunun, bu hukuk kodifikasyonları karşısında

²⁷⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 484; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 68.

²⁷⁸ Elbir, *Gabinin Unsurları*, 19; Aslan, *Gabin*, 68.

²⁷⁹ İnan ve Yücel, BHGH, 238; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 484.

²⁸⁰ Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, 119; Senai Olgaç, *Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel Hükümler)*, Olgaç Matbaası, Ankara 1976, I, 273.

²⁸¹ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, II, 36; Hafif, *Gabin*, 3; Ali Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, XIII, 269 Ali Rıza Baskan Güzel sanatlar matbaası, İstanbul 1996; Kumaş, *Gabin*, 108.

daha eşitlikçi bir karakter taşıdığını açıkça gösteren hususlardan birini teşkil eder. Hatta hem müşteri, hem satıcının aynı zamanda gabin sebebiyle akdi feshedebilecekleri tasavvur edilebilir. Meselâ satıcı bir arsa ile hâneyi tek bir satım akdiyle, fakat her birine ayrı ayrı semen tesmiye ederek satarken, arsa hakkında satıcı müşteriye, hâne hakkında ise müşteri satıcıyı aldatmış olsa ve ivazlar arasında fâhiş oransızlık bulursa her biri gabne maruz kalması sebebiyle satım akdini feshedebilir.²⁸²

Gabnin teberru akidleri ile garar içeren satış sözleşmelerinde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise tartışma konusu olmuştur.²⁸³

Teberrû akidleri: Teberrû akidlerinde, taraflardan sadece biri edim taahhüdü altına girer. Sözleşme taraflarından sadece birinin borçlu, diğerinin ise sadece alacaklı olduğu akidlerdir. En iyi örneği hibe akididir.²⁸⁴ Bundan dolayı bazı hukukçulara göre karşılıklı edâlar bulunmadığı için teberru akidlerinde gabin tasavvur edilemez.²⁸⁵

Hanefî mezhebine göre, hibeye karşılık verilen ivazın çok az veya çok fazla olması sözleşmeyi etkilemez. Çünkü söz konusu edim, satım akidindeki anlamıyla bir karşılık kabul edilmemekte, sadece hibede bulunan kişinin hibeden dönme hakkını düşürmek amacını gütmektedir. Fakat ivaz verenin, bu amacını hibede bulunana açıklaması ve hibede bulunanın da bu duruma razı olması gerekmektedir.²⁸⁶ İbn Hazm (ö. 456/1064) ise bu şekilde yapılan hibeyi caiz görmemiştir.²⁸⁷

Pozitif hukukta karma bağışlama akdinde karşılıklı edimler söz konusu olduğu için sözleşme, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler konumunda kabul edilmektedir. Buna rağmen sübjektif şartların yokluğu sebebiyle “ivazlı hibede” gabin hükümleri uygulanmamaktadır. Fakat ivazlı hibe, bir tarafın diğer tarafın özel durumundan faydalanması suretiyle yapılması durumunda ise gabin hükümleri uygulanabilmektedir.²⁸⁸

Her ne kadar kanun koyucu TBK md. 28’de gabinin objektif şartı olan açık oransızlık için herhangi bir oran belirlememişse de Yargıtay bazı kararlarında belli

²⁸² Ali Haydar, *Dürrü’l-hükkâm*, I, 590; H. K. Elbir, *Gabin*, 6.

²⁸³ Kumaş, *Gabin*, 108.

²⁸⁴ Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri*, Ensar Yayınları, İstanbul 2005 (Fıkıh Dersleri); Kalkan, *Gabin*, 96.

²⁸⁵ Yaşaroğlu, *Gabin*, 22; Kumaş, *Gabin*, 109.

²⁸⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, VII, 78.

²⁸⁷ İbn Hazm, ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhallâ*, Kahire: Daru’t-turâs ts. , IX, 118 (muhallâ); Kalkan, *Gabin*, 97; Kumaş, *Gabin*, 111.

²⁸⁸ Kalkan, *Gabin*, 97; Kumaş, *Gabin*, 111.

oranlar tespit etmiştir. Yargıtay verdiği bir kararında %50 ve üzerinde bir oransızlık varsa gabinin oluşması için şüphe olmadığını, %50 ile % 25 arasında bir oransızlık mevcutsa gabinin hâkim tarafından değerlendirilebileceğini, % 25 altındaki oransızlık halinde ise gabinden bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir.²⁸⁹

2.2.1.1. Fâhiş Oransızlığın Akid Anında Bulunması

TBK’da fâhiş oransızlığın akid anında bulunması doktrinde ve uygulamalarda kabul edilmiştir.²⁹⁰ Hâkimin dikkate alacağı nokta edimlerin sözleşmenin kurulduğu andaki değeridir.²⁹¹ Bu noktada tarafların edime yüklediği subjektif değer hâkim tarafından dikkate alınmaz.²⁹²

TBK ve İslâm Hukuku alanında gabinden bahsedilebilmesi için söz konusu edimler arasındaki fâhiş (açık) oransızlığın akdin kurulduğu anda mevcut olması şarttır. Açık nispetsizlik olup olmadığı akdin in’ikad tarihindeki edimin kıymeti nazar-ı itibara alınarak tayin edilir.²⁹³ Akid kurulurken kendisinde fâhiş oransızlık bulunmayan bedellerin akid kurulduktan sonraki değer artışları ya da eksilmeleri gabin için dikkate alınmaz.²⁹⁴ Mesela A, B’ye bir miktar malını akdin kurulduğu günkü geçerli olan fiyatından satmıştır. Fakat birkaç gün sonra aynı malın piyasa fiyatı bir sebepten dolayı fâhiş derecede yükselmiş ya da düşmüş olursa, bu durumda gabinden bahsedilemeyecektir. Zira taraflar sözleşmeyi yaparlarken ahlâka ve iyi niyete aykırı ve istismar edici bir durumda bulunmuyorlardı. Aynı şekilde A, B’ye bir miktar malını akdin kurulduğu anda fâhiş oransızlıkla sattıktan sonra aynı malın piyasa fiyatındaki fâhiş oransızlık ortadan kalksa, bu durum gabnin ileri sürülememesine temel teşkil etmeyecektir.²⁹⁵

²⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 484; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 69; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 95; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 118.

²⁹⁰ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 97; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 135.

²⁹¹ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 97; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 144.

²⁹² Fikret Eren, BHGH, 419; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 97.

²⁹³ Ferit Saymen, *Nispetsizlik*, 147.

²⁹⁴ Fikret Eren, BHGH, 419; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 484.

²⁹⁵ Karadâğî, *Mebdeü’r-rızâ*, II, 751; Sa’de, *Nazariyyetü’l-akd*, 297; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 484; S. Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu şerhi*, C.1, 274; Yaşaroğlu, *Gabin*, 22; Kalkan, *Gabin*, 112–113; Hafif, *Gabin*, 3–4.

Fâhiş oransızlığın sözleşmenin kuruluş esnasında aranmasının sebebi, bunun gibi değer artış ve azalışlarına dayanan ticari akidleri iptal edilebilir hale getirmenin ticaret hayatını felce uğratmak gibi bir neticeyi doğuracak olmasındandır.²⁹⁶

Edimler arasındaki oransızlığın belirlenmesi hususunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da hâkimin, tarafların fiilen ifâ ettikleri değil, taahhüt ettikleri edimlerin değerlerini esas almasıdır.²⁹⁷ Aksi halde ifâ edilmeme veya eksik ifâ gabinin değil, TBK md. 112 ve devamında düzenlenen, borçların ifâ edilmemesinin ve özellikle de kötü ifânın konusuna girer.²⁹⁸

2.2.1.2. Fâhiş Oransızlığı Takdir Edecek Makam

İslam Hukukunda bu konuda iki görüş mevcuttur. Birincisinde, Mecelle’de de olduğu gibi kanunda açık bir şekilde tespit edildiği zaman, oransızlığın tespiti için farklı makamlar tarafından ayrıca bir çalışma yapılmasına gerek yoktur. Ancak İslâm hukukunda da hâkim olan görüşe göre fâhiş oransızlık kanunda açık bir şekilde tayin edilmediği ve bu oransızlığın tayini örf ve âdete bırakıldığı zaman, örf, âdet ve piyasa kurallarına göre fâhiş oransızlığı kimin belirleyeceği sorusu önem kazanmaktadır.²⁹⁹

Hanefiler edimlerin kıymetlerini takdir etmek için bilirkişilere başvurulmasını gerekli görür ve gabin hali için “*bilirkişinin değerlendirme alanına girmeyen fiyattan itibaren başlar*” demişlerdir.³⁰⁰ Türk Hukuk doktrininde de hâkime açık oransızlığın tespit edilmesinde bilirkişiden yararlanma, gerek gördüğü zaman da keşif yapma imkânı vermiştir.³⁰¹ BK md. 28 “açık” ifadesiyle bu oranın tayin ve takdirini hâkime bırakmıştır.³⁰² Hâkim, edimler arasında fâhiş oransızlığın olup olmadığına örf, adet ve piyasa kurallarından istifade ederek karar verir.³⁰³ TBK’da da durum bu şekildedir.³⁰⁴

²⁹⁶ Kalkan, *Gabin*, 113; Kumaş, *Gabin*, 112.

²⁹⁷ Fikret Eren, BHGH, 419

²⁹⁸ Fikret Eren, BHGH, 419; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 98.

²⁹⁹ Kumaş, *Gabin*, 112.

³⁰⁰ Hamdi Döndüren, *Kâr Hadleri*, 144.

³⁰¹ Fikret Eren, BHGH, 419.

³⁰² İnan ve Yücel, BHGH, 239; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 106.

³⁰³ Ali Bardakoğlu, “Gabin”, *DİA.*, XIII, 270; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 105.

³⁰⁴ İnan ve Yücel, BHGH, 239; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 80–83.

Fakat Mecelle’de bu takdir yetkisi hâkime bırakılmamış, kanunda bir oranla açıkça ifade edilmiştir.³⁰⁵

Türk Borçlar Kanunu da oransızlığın takdir hakkını açıkça beyan etmemiş (md. 28) olsa da zımnî olarak mağbûnun sözleşmeyi feshe yetkili olduğudur. Hâkim tespit edeceği husus gabinin unsurlarının mevcut olup olmadığıdır. Eğer akdin feshini diğer taraf kabul ederse sıkıntı izale edilmiş olur. Ancak karşı taraf buna karşı çıkarsa, edimler arasındaki oransızlığın belirlenmesi için her iki tarafın da hakkını kullanabilme hak ve yükümlülüğü vardır.³⁰⁶

Mağbûn hakkını yetkili ve görevli mahkeme huzurunda ileri sürdüğü zaman hâkim bu iddiayı inceleyecektir. Hâkim sözleşmeyi iptal etmeyip, ancak şartların gerçekleşip, iptalin yerinde olduğuna karar verir.³⁰⁷

2.2.1.3. Fâhiş Oransızlığın Nasıl Takdir Edileceği

Akdin meydana geldiği esnadaki edimler arasındaki oransızlığı tespit edebilmek için edimleri kıymetlendirmek ve birbirleriyle mukayese etmek gerekir.³⁰⁸ Bu da kıymet kavramı üzerinde durmayı gerekli kılar.³⁰⁹

Hanefilerde kıymet; “*bir malın hakiki pahası olup piyasadaki kıymetini bilen bilirkişinin o mala biçtiği değer*” şeklinde tanımlanmaktadır.³¹⁰ Buna göre bir malın piyasada beliren değeri “kıymet” olarak isimlendirilir. Buna “*semeni misil*” de denir. Edime ziyade ve eksiklik yapılmaksızın bir malın o andaki değeridir. Semen ise “müşterinin zimmetine taallûk eden değer” olarak tanımlanmaktadır. Meselâ piyasa değeri 50 TL olan bir gömlek 55 TL’ye satılmış olabilir. Bu durumda 50 TL kıymet, 55 TL ise semendir. İşte fâhiş oransızlık bu kıymetin üzerine fâhiş bir semenin belirmesi ile meydana gelir.³¹¹

³⁰⁵ Mecelle, md. 165.

³⁰⁶ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 80.

³⁰⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 80.

³⁰⁸ S. Olgaç, *Türk Borçlar Kanunu şerhi*, I, 274.

³⁰⁹ Kumaş, *Gabin*, 113.

³¹⁰ İbn Âbidin, Muhammed Alâuddin, *Reddû'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtar Şerhu Tenviri'l-ebâr*, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1994, IV, 151, 171 (*Reddû'l-muhtâr*).

³¹¹ Kumaş, *Gabin*, 113.

Edimlerin kıymetini takdir etmek için şu kıstaslar göz önüne alınmalıdır

a) Nakit olan edimin kıymeti bizzat kendisidir. Edim eğer nakitse kıymet takdir etmek kolaydır. Çünkü bir edime değeri bulunurken söz konusu edimi para ile ölçmek demektir. Yani edimin konusu para ise değeri kendisidir.³¹² Edim esasen nakit halinde olduğundan ayrıca değer takdiri söz konusu değildir. Ancak edimlerden biri yabancı para olarak belirlenmiş ise veya altın şartı gibi şartlar içeriyorsa TBK. Md. 99'a bakmak gerekir.³¹³ Bu maddeye göre;

“Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir.

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.

*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da filî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.*³¹⁴

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere edim sözleşmenin yapıldığı gündeki rayiç üzerinden memleket parasıyla takdir edilecektir.

İslâm hukukunda da bu durumun, sarf akdi dışında, faize sebep olacağı için tasavvur edilmesi mümkün değildir. Sarf akdinde de ivazlardan birisi altın veya yabancı para olacaktır. İşte bu durumda altın ve yabancı para, ülke parası ile kıymetlendirilebilir.³¹⁵

b)Edimin konusu paradan farklı bir şey; bir mal, iş veya intifa hakkı ise değerlendirmenin nasıl yapılacağı konusunda tâli bir ayrım söz konusudur³¹⁶

aa) nakitten farklı olan edimin borsada kayıtlı karşılığı varsa, akdin kurulduğu gündeki borsa kıymeti dikkate alınarak ivazın kıymeti belirlenir. Borsada tayin edilmiş

³¹² Kalkan, *Gabin*, 114; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 76–77; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 100; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 145.

³¹³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 77; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 100; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 146.

³¹⁴ TBK. Md. 99.

³¹⁵ Kumaş, *Gabin*, 113.

³¹⁶ Saymen, *Nispetsizlik*, 150

bir kıymeti olmamakla birlikte cari fiyatı varsa, bunların kıymeti akdin kurulduğu andaki cari fiyatları karşılığıdır.³¹⁷

Yabancı paraların, hisse senedi ve tahvillerin ve bazı malların alım-satım bedellerinin tespit edilebildiği borsalar mevcuttur. Bu tür malların sözleşmenin kurulduğu andaki değeri göz önüne alınarak oransızlık belirlenmelidir. Bunun gibi bazı eşyaların borsada belirlenmiş bir değeri olmamakla beraber cari fiyatı bulunabilir. (Faiz yüzdesi, sigorta poliçelerinin prim miktarı gibi).³¹⁸

bb) Yasa, Kanun, kararname veya tarifeler ile tayin edilmiş olan ivazların kıymetleri tayin edilen bu değerlerdir. Bazı maddelerin fiyatları hükümet tarafından ya da kanunen belirlenmiş olabilir. Yasalarla belirlenmiş maddelere örnek olarak Tekel maddeleri (tütün, sigara, içki), kararnamelerle belirlenenlere örnek olarak da şeker, kömür, çimento, akaryakıt verilebilir. Bu gibi maddelerin değeri ilgili mevzuata göre tespit edilir. Bu tür malların değerlendirilmesinde, karaborsadaki değerleri veya elde edilmesi için verilen rüşvet, bahşış gibi harcamalar göz önünde bulundurulamaz.³¹⁹

cc) Asıl mesele edimin cârî veya tayin edilmiş bir fiyatının bulunmaması durumunda ortaya çıkar. Böyle bir durumda değerlendirme iktisadi kurallara göre, özellikle arz-talep kanununa göre yapılmalıdır. Örneğin gabine uğradığını iddia eden taraf, akde konu olan malını diğer tarafa icapta bulunmadan önce, temlik amacıyla piyasaya arz etmiş ise, bunların teklif ettikleri bedeller edimin değerini objektif olarak belirlemede göz önünde tutulacaktır. Eğer birden çok kimse fiyat vermiş ve bu fiyatlar birbirinin aynı ise, fiyat objektif ve kesin olarak belirlenmiş olur. Fakat bunların verdiği fiyatlar birbirinden farklı bulunuyorsa ortalama bir fiyat bulunup edimin yine objektif ancak ortalama değeri esas alınacaktır.³²⁰ Yani başka bir tabirle edimin kıymetinin belirlenmesi akdin kuruluş anındaki piyasa değerine göre mümkün olacaktır. Bu nedenle carî değer o edanın sözleşmenin yapılış anında muayyen bir ticari muhitte muntazaman yapılan alış verişlerinde ulaştığı ortalama değeri, fiyatı ifade eder. Buna göre, daha evvel, birkaç yerden fiyat alınmışsa ve bunlar birbirine uygun iseler, edanın değeri onlara göre; alınan fiyatlar arasında uygunluk yoksa alınan fiyatların ortalamasına göre değerlendirilir. Aksi halde zarar görenin ivazına atfettiği özel alâka

³¹⁷ Saymen, *Nispetsizlik*, 150; Kalkan, *Gabin*, 115; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 77-78.

³¹⁸ Saymen, *Nispetsizlik*, 150; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 78.

³¹⁹ Saymen, *Nispetsizlik*, 150- 151; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 78.

³²⁰ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 78.

veya malın maliyet fiyatının da dikkate alınması gibi sübjektif kıstaslar dikkate alınır ki bu durumda adil olmayan sonuçlara varılır.³²¹ Örneğin kurak geçen bir mevsimde hasat zamanı ürün alınamadığı için buğday ithalatı yapılmış olsun. Macaristan'dan getirilen buğdayın kilosu 10000, Almanya'dan getirilen buğdayın kilosu ise 20000 olsun. Almanya'dan getiren kilosunu 20000 lira değil de 10000 liraya satarsa gabin iddiasında bulunamaz, zira malın objektif iktisadi değeri satış esnasında 20000 lira değil 10000 liradır. Burada satıcı için büyük bir zarar meydana geleceği kesinse de gabin söz konusu değildir. Çünkü akid esnasında objektif değerler arasında bir oransızlık yoktur.³²²

Sonuç olarak şöyle diyebiliriz; Türk Borçlar Hukukunda nakdî olmayan edimin değeri objektif olarak, yani akid esnasındaki değerine göre ölçülmelidir. Mağbûnun bu malına verdiği değer, sübjektif görüşler göz önünde bulundurulamaz.³²³

Bu tespitlerden sonra fâhiş oransızlığın fıkıh âlimleri tarafından nasıl takdir edildiği ele alınabilir:

Fıkıh âlimlerinin büyük çoğunluğuna göre, bir akidde vuku bulan oransızlığın fâhiş olup olmadığını belirlemede, o akde ve bölgeye ait örf ve âdetin ölçü alınması gerekir.³²⁴ Bununla birlikte bu örf ve âdet ölçüsüne biraz daha açıklık getirmek için bazı oran ve rakamlar takdir edilir. Meselâ fâhiş oransızlığın, malın hakiki kıymetinin üçte biri oranındaki bir aldanma ile olacağına dair bazı Mâlikî ve Hanbelî fakihlerinin görüşleri vardır. Buna ek olarak bazı Hanbelî fakihleri 1/4 ve 1/6 oranlarını takdir ederler. Hanefî mezhebine mensup bazı âlimler de fâhiş oransızlık için 1/20, 1/10, 1/5 gibi farklı oranlar takdir ederler. Nitekim Mecelle'de de böyle bir oran takdiri vardır.³²⁵ Ayrıca Hanefî fakihlerinin önemli bir kısmı bilirkişilerin tespit ettiği değerlerin sınırları dışında kalan bedeli fâhiş oransızlık saymış, böylece daha kolay uygulanabilir bir usul benimsemişlerdir. Buna göre satılan bir mala, üç bilirkişiden birisi 5000, ikincisi 6000, üçüncüsü 7000 lira fiyat takdir etse, bilirkişilerin değerlendirme alanı 5000 lira ile 7000 lira arasındadır. Bu malın piyasa fiyatı en az ve en çok fiyat arasında esneklik gösterir. Yani satıcı, bu malı 5000 liraya satabileceği gibi 6000, 6500 veya 7000 liraya

³²¹ Saymen, *Nispetsizlik*, 152; Kalkan, *Gabin*, 115; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 78.

³²² Saymen, *Nispetsizlik*, 152; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 78- 79.

³²³ Saymen, *Nispetsizlik*, 152; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 79; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 148.

³²⁴ Buhûtfî, *Keşşâfû'l-kınâ*, III, 211- 212; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751; Bardakoğlu, *Gabn*, 270.

³²⁵ Mecelle md. 165.

kadarsatabilir. Ancak böyle bir mal, 7000 liradan yukarı ve 5000 liradan aşağı bir fiyatla satılırsa fâhiş (açık) oransızlık meydana gelir.³²⁶

2.2.1.4. İslam Hukukunda Açık Oransızlık Kavramı

İslâm hukukunda bedeller arasındaki fâhiş oransızlığın takdiri tarafların kanaatine bırakılmaz. Çünkü bu durum sübjektif değildir. Bunun için örf ve âdet dikkate alınarak fâhiş oransızlığın hâkim tarafından takdir edilmesi yoluna gidilir. Zira taraflara göre açık oransızlık oluşmasa da piyasadaki fiyatlar nazarı dikkate alınınca fâhiş oransızlık meydana gelmiş olabilir. Bunun tersi de söz konusu olabilir.³²⁷ Bununla birlikte İslam Hukukçuları arasında “açık oransızlık” kavramının belirli ölçülerle belirlenmesi konusu ihtilaflıdır. Bazı ulemâ belirli bir ölçü ve kıtas belirlemişken bazıları da örfe ve bilirkişiye bırakmışlardır. Fâhiş oransızlığın belirlenmesi için verilen oranların ise, kesin bağlayıcılık değeri taşımadığı, örf ve âdet ölçüsüne biraz daha açıklık getirmek için takdir edildiği³²⁸ söylenebilir.

Türk Borçlar hukukunda da fâhiş oransızlık için bir oran belirlenmemiş, bu oranın tayini hâkimin takdirine bırakılmış³²⁹ olmakla birlikte Yargıtay kararlarında bazı oranlar takdir edilmiştir.³³⁰

Sonuç olarak diyebiliriz ki açık oransızlık akdin şartları, piyasa durumu gibi pek çok değişkene göre yapılacak değerlendirme sonucunda hâkimin takdir ve yetkisine göre belirleyeceği, edimin objektif piyasa değeri ile sözleşme değeri arasındaki fahiş farktır.

2.2.1.4.1. Belirli Bir Ölçü ile Açık Oransızlığı Belirleyenler

İslam hukukunda gabinin varlığı için kesin bir ölçü koyma eğiliminde olan âlimler arasında İmam Muhammed, Nusayr bin Yahya el-Belhî³³¹ ile Malikilerin bağdat ekolü ve bazı Hanefî fakihleri sayılabilir. Bu hukukçular arasında da belirli bir oran mevcut değildir. Nusayr b. Yahya “*insanlar arasındaki muamelelerde genellikle normal*

³²⁶ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, VI, 159; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 144; Kumaş, *Gabin*, 115.

³²⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751–752; Hafîf, *Gabin*, 4; Kumaş, *Gabin*, 115.

³²⁸ Kumaş, *Gabin*, 116.

³²⁹ BK. Md. 28.

³³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 484.

³³¹ Nusayr bin Yahya için bkz. tez metni, 25, dn. 171

karşılanan aldanmalar gabn-i yesir, bunun dışındakiler gabn-i fahiştir” dedikten sonra akit konusu olan malların cinsine göre belli oranlar koymuştur. Buna göre gayr-i menkullerde %20, hayvanlarda %10, diğer ticari mallarda %5 oranındaki aldanmaları gabn-i yesir kabul etmiş, bunun üzerine çıkan aldanmaları da gabn-i fahiş kabul etmiştir.³³² Nusayr b. Yahya bu değerlendirmedeki oranların farklılığına gerekçe olarak akde konu olan malların tasarruf alanlarının az veya çok oluşuna göre değerlendirilmesini göstermiştir.³³³

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’de de gabn-ı fahişin ölçüsü olarak Nusayr b. Yahya’nın görüşü dikkate alınmıştır.³³⁴

Yine Ömer Nasuhi Bilmen de gabn-i fahiş ölçüsü olarak Mecelle’yi esas almıştır.³³⁵

Malikilerin bağdat ekolü ile bazı Hanbeli hukukçular gabn-i fahişin ölçüsünü 1/3 ile sınırlandırmışlardır. Hanbelilerden bazıları 1/6 ve 1/4 oranını benimsemişlerse de Merdavî bu görüşün mezhep içerisinde kuvvetli olmadığını belirtmektedir.³³⁶

2.1.1.4.2. Açık Oransızlığı Örf ve Bilirkişiye Bırakanlar

İslâm hukukunda gabn-i fahişi tamamen belirli oranlara bağlamayıp, günümüz borçlar hukukunda olduğu gibi, esnek bir ölçü konulması görüşü Hanefiler, Şafiîler, Hanbeliler ve Zâhiriler tarafından kabul edilmektedir. Her ne kadar İmam Muhammed ve Nusayr b. Yahya gabin için belirli miktar tayin etmiş olsalar da genel itibarıyla Hanefiler bu konuda “*Ganb-i fahiş, bilirkişinin değerlendirmelerinin alt ve üst sınırlarına girmeyen miktardır*”, şeklinde bu görüş benimsemişlerdir.³³⁷

Hanefilerden İbn Abidîn gabn-i fahişi şu örnekle açıklar; “*On dinara alınmış bir mala bilirkişiden bir kısmı beş, bir kısmı yedi dinar fiyat biçerse gabni fahiş oluşmuştur. Fakat bilirkişiden biri sekiz, diğeri dokuz, bir diğeri de on dinar fiyat biçerse bu*

³³² M.Yaşaroğlu, *Gabin*, 25.

³³³ Yaşaroğlu, *Gabin*, 25.

³³⁴ Mecelle md. 165; Yaşaroğlu, *Gabin*, 25; Ali Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, XIII, 270.

³³⁵ Ömer Nasuhi Bilmen, *Kamus*, IV, 11.

³³⁶ Yaşaroğlu, *Gabin*, 26.

³³⁷ Yaşaroğlu, *Gabin*, 26.

*takdirde gabn-i yesir söz konusudur. Çünkü alış-verişin gerçekleştiği fiyat, bilirkişilerin yaptığı değerlendirmelerin sınırları içerisindedir.*³³⁸

Hanefiler içerisinde gabn-i fahişi “insanların muamelelerde sık sık karşılaşmadıkları aldanma” olarak tanımlayanlar da vardır.³³⁹

Malikîlerden bazıları kısım 1/3 ve fazlası ile sınırlarken, diğer bir kısmı da bu konuda örfe ve tüccarın görüşüne itibar edilmesini benimsemiştir.³⁴⁰

2.2.1.4.3. Edimlerin Değerlendirilmesi

İki edim arasındaki açık oransızlığın takdirinde, tarafların edimlerin değeriyle objektif değer arasındaki farkı çıkarmak bu objektif değeri karşılaştırmak gerekir. Değerler takdir edilirken, tarafların ihtiyaçlarına veya kendi düşüncelerine göre edimlere verdikleri değer değil, esas itibariyle bunların objektif değerleri göz önüne alınmalıdır. Tarafların edimler hakkında sahip olduğu subjektif değer yargıları dikkate alınmaz.³⁴¹

Objektif değer belirlenmesinde, asıl edim fiilin kendisi değil de sonucu bile olsa, fiillerin, sarf olunan emeklerin değeri de göz önüne alınır. Böyle bir durumda, örneğin; bir can kurtarma işinde gabini kabul imkânı kalmazdı. Zira canın değeri, kurtulanın mamelekine dâhil bütün malların değerinden yüksektir. Burada asıl edim fiilin kendisi değil, sonucudur. Değerlendirmeyi bu karşı edim ve sonuç arasında yapmak gerekir.³⁴²

Sonuç olarak diyebiliriz ki oransızlığın tesbitinde, tarafların ihtiyaçları yahut onların görüşlerine göre olan değerler değil, objektif değerler nazar-i itibara alınmalıdır.

Eğer edinim değer tesbitinde, edim eğer nakitse mesele yoktur. Zira nakti bir edimin kıymeti edimin bizzat kendisidir. Çünkü edime değer takdir etmek söz konusu edimi para ile ölçmek demektir. Ancak edimlerden biri yabancı para olarak belirlenmişse veya altın şartı gibi kayıtlar içeriyorsa BK. Md. 99'a bakılır.³⁴³ Bu

³³⁸ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, V, 143.

³³⁹ Yaşaroğlu, *Gabin*, 27 dn. 41'de anılan yazar.

³⁴⁰ Karadâği, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 738.

³⁴¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, 389; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 99.

³⁴² Aslan, *Gabinin Unsurları*, 76.

³⁴³ Detaylı bilgi için Bkz. Tez metni s. 55.

maddeden anlaşılacağı üzere edim, sözleşmenin yapıldığı gündeki rayiç üzerinden memleket parasıyla takdir edilir.

2.2.1.4.4. Fâhiş Oransızlığın Gabin İçin Şart Olmadığı Durumlar

Fahiş (açık) oransızlığın gabin için şart olmadığı durumlar İslam Hukukçularına göre dir. Türk Borçlar Kanunu ise Objektif ve Subjektif unsurların mevcudiyetini ve sömüren açısından sübjektif unsur kabul edilen “istismar”ın varlığını gabin hükmünün câri olması için gerekli görmüşlerdir.³⁴⁴ Dolayısıyla açık oransızlık Türk Borçlar hukukunda gabin için zorunludur.

Bedeller arasındaki oransızlığın gabin hükmünü meydana getirebilmesi için “fâhiş” olması gerekmektedir. Fakat bazı durumlarda fâhiş oransızlık (gabn-i fâhiş) olmadan, bir başka ifadeyle basit oransızlık (gabn-i yesîr) ile gabinin hukukî sonuçları uygulanabilmektedir. Hanefî doktrininde bu istisnalar şunlardır:

1) Borca batık kişinin, iflas sebebiyle tasarruf yetkisi kısıtlanmışken malını gabn-i yesîrle satması. Bu durumda satış sözleşmesinin geçerliliği alacaklıların icazetine bağlı kabul edilmiştir. Alıcı ya malın normal fiyatıyla satış fiyatı arasındaki farkı öder. Ya da satış sözleşmesini fesh edip malı satıcıya geri verir.³⁴⁵

2) Terekesi ancak borçlarını karşılayacak durumda olan ölüm hastasının, hastalığı (marazü'l-mevt) esnasında mirasçıları dışındaki bir yabancıya gabn-i yesîrle satışta bulunması,³⁴⁶ Ebû Hanîfe'ye göre ölüm hastasının mirasçılarına gabn-i yesîrli satım akdinde bulunması gabinin hukukî sonuçlarını meydana getirir. Hatta Hanefî doktrininde bu konuda ihtilafın olmadığı da ifade edilir.³⁴⁷ Mirasçılar dışındaki birine bu mal gabn-i yesirle satılmışsa –mirasçıların izni olsa da, olmasa da durum değişmez- alacaklılar müşteriden edimin gerçek değerine tamamlanmasını talep edebilirler. Satın alan kişi eğer edimin gerçek değerini tamamlamazsa alacaklılar satış sözleşmesini fesh edebilirler. Malının üçte birini vasiyet eden kimsenin ölüm hastalığındaki (marazü'l-mevt) gabn-i yesirli satışta bulunması da aynı şekilde akde tesir eder. Yaptığı bu satış vasiyetin de dâhil olduğu malının üçte birlik kısmına tahsis edilir.

³⁴⁴ Bkz. TBK. Md. 28.

³⁴⁵ Yaşaroğlu, *Gabin*, 45.

³⁴⁶ Mecelle, md. 394; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740; Yaşaroğlu, *Gabin*, 44.

³⁴⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, C:2, 739–740; Kumaş, *Gabin*, 117.

3) Satın almaya vekil olan kişinin, (örneğin ekmek gibi) piyasa fiyatı herkes tarafından bilinen ve fiyatı sabit olan maddelerin alımında gabn-i yesîrle aldanması akde tesir eder. Bu durumda satış sözleşmesi vekil hakkında geçerli olur.³⁴⁸

4) Bir malı gasp eden, malın kıymeti hakkında yemin eder ve yemin ettiği kıymet üzerinden tazminde bulunur. Fakat gasp edilen malın, yemin edilen kıymetten çok az bir miktar bile fazla olduğu anlaşılırsa mal sahibi yapılan antlaşmayı bozabilir. Dolayısıyla buradaki gabn-i yesîr akde tesir eder.³⁴⁹

2.2.2. Subjektif Unsur

2.2.2.1. Genel Olarak

Gabinin mevcudiyeti için edimler arasında açık oransızlıktan başka, bu oransızlığın mağbûnun özel bir durumundan yararlanma ve istifade suretiyle meydana gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle sadece edimler arasındaki oransızlık gabin için yeterli değildir. Bu noktada gabin murabahadan, yani tefecilikten ayrılır.³⁵⁰ Zira murâbahada yalnızca “aşırı faiz” yani edimler arasındaki aşırı oransızlık yeterli iken³⁵¹ gabinde bu oransızlık mağbûnun hiffet halinde bulunması, tecrübesiz ya da müzayeka halinde bulunmasından kaynaklanmalıdır. Yani sözleşmeyi yapan taraflardan biri madden veya manen, bilgi ya da irade itibarıyla zayıf bir konumda olmalıdır.³⁵² Fakat bu ikisinin de müştereken varlığı yeterli olmayıp ikisi arasında bir illiyet bağı da mevcut olmalıdır. Bu illiyet mağbûnun özel durumundan karşı tarafın istifadesi halidir. Bir başka deyişle sözleşmenin iptal edilebilir olması, diğer tarafın bu oransızlığı, muhatabının kendisine bağımlılığını, zayıflığını kullanmış olmasından kaynaklanmalıdır.³⁵³

TBK md. 28'e göre aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için, akitte, taraflardan birinin manevi, irade ve bilgi zaafının söz konusu olması gerekmektedir. İşte bu noksanlardan birinin taraflardan birine ait olması gerektiğinden ikinci unsura subjektif

³⁴⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740; Yaşaroğlu, *Gabin*, 45; Kumaş, *Gabin*, 117.

³⁴⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739–740; Kumaş, *Gabin*, 118.

³⁵⁰ Murabaha İslam Borçlar hukukunda karlı satış demektir. (bkz. Ali Şafak, *Kar Hadleri*, 69) Fakat *Türk Borçlar Hukukunda* ise tefecilik (aşırı faiz) olarak kullanılmıştır.

³⁵¹ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 108.

³⁵² Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 108.

³⁵³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 83; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 108.

unsur adı verilmektedir. Gabinden bahsedebilmek için taraflardan birinde bulunması gereken zaafılar hiffet, müzayeka ve tecrübesizliktir.

2.2.2.2. Hiffet (Düşüncesizlik)

6098 sayılı TBK’da düşüncesizlik olarak dillendirilen bu kavram, 818 sayılı BK md. 21’de “Hiffet” (hafiflik) olarak tanımlanmıştır.³⁵⁴ Hiffet “*hoppalık, düşüncesizlik, hafiflik, temkinsizlik, akılsızlık*” gibi manalara geldiğinden 6098 sayılı kanun düzenlenirken “tecrübesizlik” kelimesi tercih edilmiştir.³⁵⁵ Ancak tecrübesizlik kavramını tam manasıyla karşılayamamaktadır.³⁵⁶ “Hiffet” şahıstaki bir irade zaafını, bir ruh halini ifade eder. Hiffet, şahsın yaptığı hukuki muamelelerin neticesini düşünmemesi, hadiselerde dikkate alması gereken hususlara değer vermemesi, başka bir ifadeyle aldatılmaya müsait olmayı karşılar. Mesela, müsrif ve paraya hiç değer vermeyen bir kimsenin bu hiffeti istismar edilebilir.³⁵⁷ Hiffetin ruhi ve patolojik bir hal olduğu kabul edilip doğrudan doğruya iradeyi ortadan kaldırdığı iddia edilemez.³⁵⁸ Hiffet halindeki bir kimse temyiz kudretinden yoksun olmadığı gibi, bu halin mutlaka karakter ve seciye zaafı biçiminde olmasına da gerek yoktur. Hiffet hali, daha ziyade yapılan işlerin sonuçlarını ölçmemek şeklinde görülür. Bununla beraber bu hal genellikle temyiz kudretini kaldırmayan ölçüdeki akıl zayıflığı hallerinde söz konusu olur.³⁵⁹ Yargıtay da verdiği kararlarında düşüncesizliği akdin sonuçlarını düşünmeme şeklinde kabul etmektedir.³⁶⁰ BK. Md. 28 ile korunması amaçlanan kişiler gayr-i mümeyyizler değil, akit sırasında hafiflik olarak nitelendirilecek hareket tarzında bulunan normal kimselerdir. Çünkü temyiz gücünden yoksun (gayr-i mümeyyiz) kişiler TMK. Md. 15 hükmü ile koruma altına alınmışlardır.³⁶¹

³⁵⁴ Seda İrem Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 158.

³⁵⁵ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 124;

³⁵⁶ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 125

³⁵⁷ İsmail Hakkı Ayık, “*Gabinin Mahiyeti ve Unsurları*”, *Adalet dergisi* No: 2, İstanbul 1952, 248.

³⁵⁸ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 34.

³⁵⁹ Samim Gönensay, *Borçlar Hukuku*, İ. Akgün Matbaası, İstanbul 1948, 119; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 85.

³⁶⁰ Yar. 1. HD.18.02.2014 t. , 2013/17227 E. 2014/3480 Ks. Yayınlanmamış kararı (Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 125, dn. 219).

³⁶¹ Elbir, *Unsurlar*, 14; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 85; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 126.

Hiffet halinde bulunan kimse aldatılmaya oldukça müsait durumdadır.³⁶² Bu durumdaki kimseden çok kıymetli bir malı pek ucuza satın almak ya da çok değersiz bir şeyi çok yüksek bir fiyata satmak mümkündür. Bu yüzden hiffetten istifade genellikle hile ile birleşir. Fakat her olayda hilenin şartlarını tam olarak bulmak mümkün olmayabilir. Ne var ki çoğu zaman aldatmada karşı tarafın hareket tarzı ahlak prensiplerine ve iyi niyet kurallarına aykırı sayıldığından olay gabin müessesesine girmektedir.³⁶³ Nitekim hile ve aldatmanın aynı olayda gerçekleşmesi sonucu mağdur olan taraf her iki hükme de başvurabilir.³⁶⁴ Hâkim bu durumda her iki hukuki olgununda araştırılmasından sonra karar vermelidir.³⁶⁵

Hiffet halinin akid anında bulunması şarttır. Örneğin yaratılış itibarıyla hafif akıllı ve dikkatsiz bir şahıs pekâlâ mantıkî ve kendisine zarar vermeyecek bir akid meydana getirebilir. Burada bu şahsın tabiatında hafif akıllılık mevcuttur diyerek sözleşme bozulmaz. Buna karşın aynı şahsın gabinli bir sözleşme yaptığı iddia edildiğinde bu akidde hafif düşünüp düşünmediği araştırılmalıdır. Aksine kişilik itibarıyla hiffet halinde olmayan bir şahıs da kuvvetli bir arzu ve istek neticesinde gabinli akid yapması mümkündür. Bununla beraber hiffetin bir alışkanlık bir huy olup olmamasının bir rolü yoktur.³⁶⁶

Bazı hallerde bir kimsenin hiffet hali hacrini gerektirecek dereceyi bulur. Bu takdirde kişi hacir altına alınarak menfaetlerini ihlal eden tasarruflarda bulunması peşin olarak önlenir.³⁶⁷

Tüzel kişilerde hiffetten bahsedilemez.³⁶⁸ Çünkü tüzel kişilere ruhi ve patolojik bir hal yüklemek mümkün değildir. Her ne kadar tüzel kişileri oluşturanlar gerçek kişiler ise de kollektif bir hiffetten bahsedilemez. Örneğin bir şirketin müdürü veya temsilcisi hafif bir şekilde hareket ettiği takdirde bu hareketinin diğer ilgililer tarafından düzeltilme ihtimali oldukça yüksektir.³⁶⁹

³⁶² Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 128.

³⁶³ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 85.

³⁶⁴ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 128.

³⁶⁵ Seda İrem Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 161, dn. 119.

³⁶⁶ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 85.

³⁶⁷ Schwarz, A.B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, 351'den naklen.

³⁶⁸ Elbir, *Gabin Unsurları*, 15; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 129; Seda İrem Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 162.

³⁶⁹ H.K. Elbir, *Unsurları*, 15; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 86; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 129.

Tacirlerin de ticari işleri bakımından düşüncesizlik kabul edilemez.³⁷⁰

İslâm hukukundaki sefeh ile Türk hukundaki hiffet hakkında yapılan tanımlamalar oldukça yakındır. Fakat İslâm hukukundaki sefeh kişinin karakter ve seciyesi olması yönüyle Türk hukukundaki hiffetten ayrılmaktadır.³⁷¹

Fıkıh usulü terminolojisinde, gerçekte aklî melekeleri yerinde olmakla beraber, kişiyi aklın ve şer'î esasların gereğine aykırı tarzda davranmaya yönlendiren tedbirsizlik halidir. Böyle hareket edene de “sefiḥ” denir.³⁷² Bu tanıma göre “hiffet” ile aynı manadadır.

Sefeh; iradi bir arızadır. Temyiz kudretine tam sahiptir. Ehliyeti ortadan kaldırmaz.³⁷³ Çünkü sefiḥ aslında akli melekeleri yerinde olan, tasarruflarında, akl-ı selime göre davranmayan, tedbirsiz, mal ve servetini din, akıl, mantık ve iktisat prensipleriyle bağdaşmaz biçimde harcayan kişidir. Bundan dolayı ibadetlerle mükelleftir. Cezaî sorumluluğu tamdır. Bunun tabii bir uzantısı olarak bütün tasarruflarının da geçerli sayılması ve mahcûr olmaması gerekirdi.³⁷⁴ Ancak Ebû Yusuf, İmam Muhammed ile Şâfiî, Mâlikî ve Hanbeli fakihlerinin çoğunluğu, malının korunması ve kendisinin bir süre sonra başkalarına el avuç açar duruma gelmemesi için sefiḥe hacir konmasının vacib olduğunu ifade etmişlerdir.³⁷⁵ Sefihin hacredilmeden önceki tasarrufları ise reşid şahısların tasarrufları gibidir.³⁷⁶

Fukahânın çoğuna göre sefehin gabin için sübjektif unsur olma durumu söz konusu değildir. Çünkü zaten sefiḥ hacir altına alınmakta ve akidler mevkuf olmaktadır. Fakat hacredilmeden önceki tasarrufları gabne konu olabilecektir. Ebû Hanîfe ve Zâhiriye mezhebine göre sefehin yapmış olduğu akidler geçerli olduğu için sefehliğin gabin için nazarı dikkate alınması mümkündür.³⁷⁷

³⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 492; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 129.

³⁷¹ Kumaş, *Gabin*, 177.

³⁷² Saffet Köse, Rüşd, *DİA.*, İstanbul: TDV yayın matbaacılık ve ticaret işletmesi 2008, C.35, 298.

³⁷³ Zekiyüddîn Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (Trc. İbrahim Kâfi Dönmez). TDV Yayınları, Ankara 1999, 300; Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü*, İFAV Yayınları, İstanbul 2009, 156.

³⁷⁴ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü*, 156 vd.

³⁷⁵ Ayrıca hacr sebepleri konusunda deliller için bkz. Saffet Köse, Rüşd, *DİA.*, 299; Kumaş, *Gabin*, 174.

³⁷⁶ Zekiyüddîn Şa'ban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 300.

³⁷⁷ Kumaş, *Gabin*, 174.

Ebû Hanîfe'ye göre fâhiş oransızlıkla yapmış olduğu akidler sebebiyle sefih muhayyerlik hakkına sahiptir.³⁷⁸ Sefih bu hakla mağduriyetini ortadan kaldırma imkânına sahip olacaktır. Bu noktadan bakılacak olursa hiffet halinin aldatılan açısından sübjektif unsur olarak kabul edildiği görülmektedir.³⁷⁹

2.2.2.3. Tecrübesizlik

Tecrübesizlik, zarar gören kişinin genel hayat ve iş tecrübelerindeki noksanlığı ifade eder. Burada mağbunun genel bir tecrübesizliği değil, sadece yapılan sözleşmeye ilişkin yeterli bilgi birikimi ve deney eksikliğinin mevcut olması halidir.³⁸⁰

Tecrübesizlik, kişinin işin gidişi ile ilgili genel hayat bilgileri ya da o işin gerekli kıldığı özel bilgilerinin noksanlığından ileri gelmektedir. Bu sebepten dolayı çok kültürlü kişilerin hukukî muamelelerinde bile tecrübesiz olması sebebiyle BK. md. 28'i uygulamak mümkün olabilir. Fakat kendisine o iş için gerekli özel bilginin bulunmamasına rağmen kişi açık nispetsizliği anlayacak derecede bilgi sahibi ise tecrübesizliğinden bahsedilemez. Hiç şehre gelmemiş köylü kızının yalancı bir yüzüğü pırlanta zannetmesi misalinde tecrübesizlik o husustaki bilgi eksikliğinden meydana gelmektedir.³⁸¹

Tecrübesizlik yaşın küçüklüğünden dolayı hayatı yeterli derecede kavrayamamış olmaktan ya da kişinin yaşı, bilgisi ve görgüsü itibarıyla hayat hakkında öngörülü, tecrübeli sayılmasına rağmen özel bilgi gerektiren konularda bilgisiz olmasıdır.³⁸²

Tecrübesizliğin genellikle genç yaşta bulunanlarda vuku bulacağı konusunda İslâm hukuku ile Türk hukuku ittifak etmektedir.³⁸³

Mağbunun yaşlı olması her konuda tecrübe sahibi olduğu anlamına gelmez.³⁸⁴

³⁷⁸ Ebû Hanîfe görüşüne destek olarak “habban hadisi” diye meşhur olan hadis-i şerif ile görüşünü delillendirmektedir. Hadis için bkz. tez metni, 93.

³⁷⁹ Kumaş, *Gabin*, 175.

³⁸⁰ Fikret Eren, BHGH, 421.

³⁸¹ İnan ve Yücel, BHGH, 242.

³⁸² Kocayusufoğlu, BHGB, 486 vd.; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 129.

³⁸³ Kumaş, *Gabin*, 157.

³⁸⁴ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 164.

Tecrübesiz şahıs, muamelelerinin sonuçlarını takdir edememekte, görememektedir. Yaptığı muameledeki fesadı görmeye ehil değildir. Tecrübeli olsaydı, akdi o haliyle yapmayacaktı.³⁸⁵

Hiffet daha ziyade şahsın karakteri ile ilgili iken, tecrübesizlik hali bilgisine bağlıdır. Tecrübesizliğin istismarı çoğunlukla hile ile birlikte yapılır. Bundan dolayı mağbun için hileye dayanarak sonuca gitmesi daha faydalıdır.³⁸⁶

Hiffet ile tecrübesizlik arasındaki genel fark ise şudur ki hiffet halindeki kimse hakikati görmek istemez, tecrübesiz ise göremez.³⁸⁷

Tecrübesizlik, aynen hiffette olduğu gibi somut bir olayda bulunmalıdır. Kişinin tecrübesizliği tüm olay ve ilişkilere göre değil sadece söz konusu olaya göre değerlendirmelidir.³⁸⁸

Tüzel kişiler, aynen hiffet halinde olduğu gibi tecrübesizliği durumunda da gabin iddiasında bulunulamaz.³⁸⁹

Ticaret erbabının ticarî işlerde bilgisinin ve deneyiminin asıl olmasından hareketle tâcir tecrübesizliğinden yararlanıldığını ileri süremez.³⁹⁰ Buna rağmen tüccarın ticarî olmayan hukukî muamelelerinde yanılması da mümkündür.³⁹¹

İslâm hukukunda tecrübesizlik çeşitli durumlarda söz konusu olmaktadır. Mümeyyiz olmayan kimseler (gayr-i mümeyyiz) için söz konusu olan tecrübesizlik durumunda gabinden önce ehliyetsizlik müeyyidesi uygulanmaktadır. Ayrıca gayr-i mümeyyizin tasarruflarının kontrol altında tutulması için veli ve vasî tayinine gidilmektedir.³⁹² Tecrübesizlik, gayr-ı mümeyyiz sayılmayı gerektirecek ölçüye ulaşmış ise, yine gabinden önce ehliyetsizliğin müeyyidesi sömürülen kişinin korunmasını sağlar.³⁹³

³⁸⁵ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 16.

³⁸⁶ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 16.

³⁸⁷ İnan ve Yücel, BHGH, 242; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 132.

³⁸⁸ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 15; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 87.

³⁸⁹ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 16; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 132; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 165.

³⁹⁰ Kocayusufoğlu, BHGB, 492.

³⁹¹ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 133.

³⁹² Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 757; Kumaş, *Gabin*, 157.

³⁹³ Hüseyin Hâtemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)*. Sulhî Karan Matbaası, İstanbul 1976; Kumaş, *Gabin*, 157.

Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde söz konusu olan “istirsâl” veya “isti’man” diye isimlendirilen satış sözleşmesi türünde de tarafların tecrübesizlik durumuyla ilgili bir satış söz konusudur.³⁹⁴

İstirsâlde, malın değerini bilmeyen ve ticaretten anlamayan bir kimse, tecrübesiz olduğunu karşı tarafa beyan ederek, fiyat takdirini karşı tarafın beyanına ve insafına güvenerek satıcıya bırakır da, diğer insanlarla muamele ettiği bir kıymetle kendisiyle de muamelede bulunmasını talep ederse, eğer kendisine güvenilen taraf da yalan beyanda bulunur, satım akdini piyasa fiyatına göre yapmaz ve kendisine güvenen kişiyi aldatırsa karşı taraf muhayyer olur.³⁹⁵ İstirsâl satışında kendisine güvenilen kimsenin yalan beyanda bulunması “gışş” ve “tedlîs” olarak adlandırılmaktadır.³⁹⁶ Mâlikî mezhebindeki muteber görüşe göre, gabin hükümlerinin meydana gelebilmesi için istirsâl ile birlikte fâhiş oransızlığın da gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla tecrübesizin, muamelede bulunduğu nesne konusunda bilgisiz olması ve neticesinde fâhiş oransızlıkla aldanması, akdin feshedilebilmesi için bir mazeret teşkil etmemektedir. Fakat Mâlikî mezhebinin Bağdad ekolüne göre 1/3 oranındaki aldanma kişiye muhayyerlik hakkı vermektedir. Bu görüşte olan fakihlere göre tecrübesizlik, gabin hükümlerinin tatbik edilmesi için bir mazeret teşkil eder.³⁹⁷

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılabacağı gibi İslâm hukukundaki “istirsâl”, TBK md. 28’deki gabinle benzerdir. Çünkü gabnin unsurlarından objektif unsurla birlikte, aldatılan açısından sübjektif unsur olan tecrübesizlik aynı anda gerçekleşmektedir. Tecrübesizliğin, İslâm hukukunda sübjektif unsur olarak kabul edilmesi için tecrübesizin durumunu karşı tarafa beyan etmesi gerekmektedir. Türk hukukunda ise tecrübesizliğin beyan edilme şartı bulunmamaktadır.³⁹⁸

³⁹⁴ Bu akidler emanet ve güven esasına dayanan akidlerdir. (Hayreddin Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, II, 145) Bu iki satış sözleşmesine dair bkz. tez metni s. 143.

³⁹⁵ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 162; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Kumaş, *Gabin*, 157.

³⁹⁶ Yaşaroğlu, *Gabin*, 52.

³⁹⁷ Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 139; Hayreddin Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Hamdi Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147; Kumaş, *Gabin*, 158.

³⁹⁸ Kumaş, *Gabin*, 158.

Şâfiî fıkhdında, tecrübesizliği dolayısıyla sıkça aldanan kimseye akdi fesih hakkı tanınması yerine bu şahsın ehliyetinin kısıtlanmasının daha uygun olacağı görüşü vardır.³⁹⁹

2.2.2.4. Müzâyeka / Zor Durumda Olma Hali

Müzâyeka hali, gabin konusunda en çok karşılaşılan ve istismar edilen haldir.⁴⁰⁰ Kelime olarak darda kalma, sıkıntı içinde olma demektir.⁴⁰¹ Sözlük manasından da anlaşılacağı üzere sıkıntı, darlık içinde bulunma ve parasızlığı ifade eder.⁴⁰² Kusurlu ya da kusursuz olup olmaması dikkate alınmadan “*kendisinin ya da yakınlarından birinin manevi ya da maddi bütünlüğünü veya sosyal durumunu tehdit eden bir zararın bulunmasından korkmak*” müzâyeka halinde bulunmak demektir.⁴⁰³ Bu durumdaki kimse gabinli sözleşmeyi yapmaya razıdır.⁴⁰⁴ Mağbun bu durumunu biliyordur ya da bilebilecek bir konumda olmalıdır.⁴⁰⁵

Müzayeka çok defa mali bir sıkıntı olarak karşımıza çıkar. Ne var ki mali sıkıntı halinde olmanın kişinin zengin veya fakir olmasıyla alakası yoktur.⁴⁰⁶ Ancak mağbun ne kadar zengin olursa olsun sözleşmenin yapıldığı esnasındaki mevcut tehlikeyi, aleyhine olan akdi yapmadan giderme imkânı yoksa müzâyeka halinde olduğu kabul edilmelidir.⁴⁰⁷ Örneğin işleri yolunda olan ve kazancı iyi olan, maddi anlamda herhangi bir sıkıntı çekmeyen tüccarın işletmesinde çıkan bir yangın nedeniyle üretiminin durması ödemelerini yapmakta sıkıntı yaşamasına sebep olabilir. Böyle bir olayda kişinin lehine olmayacağını bildiği bir akde girişmesi gabinin sübjektif unsurunun gerçekleştiğine işaret eder.⁴⁰⁸

³⁹⁹ Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddin b. Yahya (ö. 676/1277). *Kitâbü'l-Mecmû şerhu'l-Mühezzeb*, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1995, III, 417.

⁴⁰⁰ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 10; İnan ve Yücel, BHGH, 240; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 30; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 133.

⁴⁰¹ Fikret Eren, BHGH, 420; İnan ve Yücel, BHGH, 240; Kocayusufoğlu, BHGB, 487.

⁴⁰² İnan ve Yücel, BHGH, 240.

⁴⁰³ İnan ve Yücel, BHGH, 240 vd.

⁴⁰⁴ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 10; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 133; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 152.

⁴⁰⁵ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 10.

⁴⁰⁶ Kocayusufoğlu, BHGB, 487; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 91; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 138.

⁴⁰⁷ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 30; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 138; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 157.

⁴⁰⁸ Geniş bilgi ve bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. ; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 157, dn. 102.

Bir akidde mağbûnun müzâyeka halinde olduğunu kabul etmek için, zarar gören tarafın, zor durumda olma hali mutlak surette sözleşmenin yapıldığı anda var olmalıdır. Mağbûn sürekli müzâyeka halinde olmayabilir ancak akid esnasında zor durumda olmalıdır ki sözleşme esnasında sübjektif unsur oluşmuş olsun.⁴⁰⁹

Yargıtay 1. HD. 25.6.1970 t. Ve E 3521, K. 4351 s. Kararında müzayeka hali şu şekilde tarif edilmiştir “Zaruret içinde bulunma ya da mevcut ya da iktisadi bir zarar veya sıkıntı karşılamak için ölçüsüz bir fedâkarlıkta bulunma hali” olarak tanımlanmıştır.⁴¹⁰ Örneğin alacaklıları tarafından ödenmeye zorlanan birinin yüksek faizle ödünç alması, olağan üstü ekonomik sıkıntı yüzünden değerli bir eşyanın oransız derece aşağı bir bedel karşılığında satılması veya çok düşük bir bedel karşılığında çalışılması gibi.⁴¹¹

Müzayeka hali doktrindeki hâkim görüş tarafından kabul edildiği üzere maddi olduğu kadar manevi ve psikolojik de olabilir.⁴¹² Son yıllarda bu hususta oldukça esnek davranılmakta ve bu durumun şahsî, ailevi, politik sebeplerden de kaynaklanabileceği kabul edilmektedir.⁴¹³

Müzâyeka hali mağbun açısından bireysel sebeplerden doğmalıdır. Yani dengesiz piyasa koşullarında, fiyatlardaki düzensizlik ve çok ani değişimler nedeniyle sömürünün gerçekleşmesi, gabin müessesesinin devreye girmesini gerektirmez.⁴¹⁴

Yerleşik Yargıtay ictihadları yaşlılık, hastalık veya yalnızlık kısılcasına yakalanmış kimseleri de manevi müzayeka halinde saymaktadır.⁴¹⁵ Yargıtay bir kararında “Davacının 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/müzayeka içinde olmadığı söylenemez”⁴¹⁶ demek suretiyle söz konusu kimselere şiddetle ihtiyaç duydukları ilgi ve

⁴⁰⁹ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 32; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 154

⁴¹⁰ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 30

⁴¹¹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 90.

⁴¹² Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 487; Fikret Eren, BHGH, 390; İnanc ve Yücel, BHGH, 241.

⁴¹³ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 137; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 153.

⁴¹⁴ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 154.

⁴¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 488.

⁴¹⁶ Yar. 1. HD. 3.5.1970 t. ve E. 3824, K. 5938 K.s. Kararı (Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 488; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 91. Ayrıca benzer kararlar için bkz. Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 137, dn. 295, 301).

yakınlığı göstererek onları etkileri altına alan ve bu yoldan bazı değerli malların çok düşük fiyatlarla kendilerine devirlerini sağlayan kişilere karşı gabine dayanmanın mümkün olabileceği ifade edilmiştir.⁴¹⁷

Müzayekanın ölçüsünü gerçek servet değil, fakat iktisadi varlığı tehdit eden tehlike teşkil edebilir.⁴¹⁸

Müzayeka hali ile acz halini birbirine karıştırmamak gerekir. Bir kimsenin müzayeka içinde olduğunun kabulü için mutlaka aleyhteki takiplerin satış veya iflas sahasına geçmiş olması şart değildir.⁴¹⁹

Müzayeka halinin kişinin kendi davranışının sonucu meydana gelmesinin de bir önemi yoktur.⁴²⁰ Örneğin, bir mirasyedi elinde mevcut malları istediği gibi israf edip son kalan kıymetli bir şeyini hiç pahasına satsa, akde konu olan malın hiç pahasına satılması kendi kusurundan ileri gelmiştir diyerek gabinin varlığı reddetmek doğru değildir.⁴²¹

Müzayeka halinin devamlı olması da aranmaz. Akid anında bulunması gerekli ve yeterlidir. Esas kriter müzayekenin devamı değil şiddetidir.⁴²²

Müzâyekada mağbûn akid esnasında zor durumun farkındadır ve mevcut durumu bilerek akdi yapmaya razı olmaktadır. Bu nedenle irade akdin oluşu esnasında herhangi bir şekilde sakatlanmaz.⁴²³

Zor duruma, yani müzayekaya hakiki şahıslar düşebileceği gibi hükmî/ tüzel kişiler de düşebilir.⁴²⁴ Özellikle Türkiye’de yaşanan ekonomik krizler sonrasında para ticareti yapan bankaların bile müzâyeka halinde olduğunu kabul eden Yargıtay kararlarının olması tüzel kişilerinde zor durumda kaldığının delilidir.⁴²⁵ Ancak tüzel

⁴¹⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 91.

⁴¹⁸ Elbir, *Gabinin Unsurları*, 11

⁴¹⁹ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 92; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 138.

⁴²⁰ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 487; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 31; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 153.

⁴²¹ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 31; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 92.

⁴²² Elbir, *Gabinin Unsurları*, 12; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 93; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 138; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 157.

⁴²³ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 30- 31; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 134 vd.

⁴²⁴ Elbir, *Gabin Unsurları*, 12; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 489; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 32; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 140; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 156.

⁴²⁵ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 156, dn. 98.

kişilerin daha çok maddî müzayekaya düştükleri gözlenmiştir.⁴²⁶ Müzayeka hali bu özelliği ile hiffet ve tecrübesizlik hallerinden ayrılır. Çünkü tüzel kişilerin hiffet ve tecrübesizlik hallerinden söz edilemeyeceği fikri doktrinde yerleşmiştir.

Müzayeka halinin kişinin sadece kendi maddî veya manevî varlığı ile ilgili olması da şart değildir. Mağbûnun yakınlarından birinin müzâyeka halinde olması⁴²⁷ da gabin için kabul edilebilir.⁴²⁸

Müzâyeka kavramına İslam Hukuku açısından bakacak olursak, zaten kelimenin kökeni “ihtâce” (احتاج) fiilinin mastarıdır. Türkçe’de ihtiyaç anlamında kullanılan bir başka kelime de yine Arapça asıllı “hâcet” kelimesidir.⁴²⁹ Zaten bu kelime Türkçe’de “bir şeye onsuz yapamayacak derecede bağlı olma, bir şey için lazım ve gerekli olma, yokluk, yoksulluk, muhtaç olma, yoksunluk duygusu, lâzım olan şey ve gereksinim duyma” anlamlarında kullanılmaktadır.⁴³⁰

İhtiyaç halindeki insanlara yardım edilmesi hem Kur’ân-ı Kerim’de⁴³¹ hem de Hz. Peygamber tarafından emredilmiştir. Hz. Peygamber (s.a.v); “...kim de (Müslüman) kardeşinin bir sıkıntısını giderirse, ALLAH da onun kıyametteki sıkıntılarından birini giderir...”⁴³² buyurmuştur. Ayrıca aynı hadiste Müslümanlara zulmetmeyi de yasaklamıştır.

İslam Fıkıh ıstılahında ihtiyaç kavramı, “Allah’ın yasak olarak bildirdiği işler dışında kalan ve eksikliği hissedilen, her türlü malzeme ve işler”⁴³³, “bir şeye muhtaç olmak, arzu ve rağbetle meyletmek”⁴³⁴ anlamlarında kullanılmaktadır.

Fıkıh âlimleri, ihtiyaç kelimesini genel olarak zaruret halini kapsayacak bir anlamda kullanmakla birlikte, bu kavramla zarureten aşağı bir derece

⁴²⁶ Elbir, *Gabin Unsurlar*, 12; Eraslan Özkaya, *Gabim Davaları*, 32.

⁴²⁷ Yar. HGK. 16.06.1992 t. 1992/14- 921 E. , 992/471 Ks. Kararı; bkz. Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 139, dn. 307.

⁴²⁸ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 139.

⁴²⁹ Rahmi Yaran, *İslâm Fıkıhında İhtiyaç Kavramı ve Kurumsallaşması*, İFAV, İstanbul 2007, 11 (İhtiyaç Kavramı)

⁴³⁰ Rahmi Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 10- 11; Kumaş, *Gabin*, 168.

⁴³¹ Bakara sûresi, 2/ 245.

⁴³² Buhârî, *Mezâlim*, 3; Müslim, *Birr*, 58; Nevevî, Muhyiddin, *Riyazü’s-Sâlihîn min kelami Seyyidi’l-murselîn, -metin ve çeviri-* (M. Emin Özafşar/ Bünyamin Erul), TDV yayın matbaacılık ve ticaret işletmesi, Ankara 2013, I, 249, 257.

⁴³³ Rahmi Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 40-41

⁴³⁴ Rahmi Yaran, “İhtiyaç”, *DİA*, XXI, (s. 573- 574) İstanbul 2000, 573.

kastedilir.⁴³⁵ Çünkü ihtiyaç, zaruret değildir. Zirâ ihtiyaç kaybedildiği ya da elde edilemediği takdirde kişinin helak olması ya da can, ırz ve malında çok büyük zarar oluşmaz.⁴³⁶ Zaruret ise elde edilemediği takdirde kişinin helaki, can, ırz ve malında çok büyük zararın meydana gelmesidir.⁴³⁷ İslâm ülkelerinde geçerli olan hukuklarda da ihtiyaç ile müzayakanın aynı anlamı ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir.⁴³⁸

Muamelât alanında kira, selem akdi, bey' bi'l-vefâ, istinâ, müzâraa, müsâkât, murâbaha, müdârebe, vedîa gibi akitler ve para vakıfları gibi uygulamaların caiz görülmesinde esas itibariyle, yaygın toplumsal ihtiyaçlar dikkate alınmış, kullardan sıkıntı ve zorluğun giderilmesi amaçlanmıştır. Aç kalan bir kimsenin karnını doyurmak için hırsızlık yapması halinde had cezasının uygulanmamasında da ihtiyaç nazar-ı dikkate alınmıştır.⁴³⁹

İslam Hukukunda fiyatların, serbest piyasa koşullarında belirlenmesi esas olmakla birlikte gerektiğinde narh konulmasına cevaz verilmesi de toplumsal ihtiyaçlar dikkate alınarak varılan bir hükümdür.⁴⁴⁰

Örneğin A, kendisinden 600 lira ödünç para isteyen B'ye, eğer rayiç fiyatı 500 lira olan B'ye, rayiç fiyatı 500 lira olan şu malımı da 1000 liraya alman koşuluyla borç veririm dese ve bu şekilde iş yürümüş olsa bu zaman alınan 500 lira mekruhtur. Hanefî fukahâsının çoğu bunu mekruh sayar. Çünkü bu çeşit ödünç verme menfaat celbeden karzdır. Ödünç alan kişi gücünün çok üstünde haksız yere para ödemektedir, mala kıymetinin üstünde para vermektedir.⁴⁴¹

Bazı fıkıh âlimlerine göre ise bu şekilde ödünç verme ile malı satma aynı anda olursa mekruh, ayrı meclislerde olursa bunda bir beis yoktur görüşünü benimsemişlerdir. Çünkü aynı mecliste karz verirken bir menfaati sağlama da şart kılınmıştır.⁴⁴²

⁴³⁵ Yaran, "İhtiyaç", 573.

⁴³⁶ Yaran, *İhtiyaç Kavramı*, 133.

⁴³⁷ Kemal Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, 122; Kumaş, *Gabin*, 168.

⁴³⁸ Kumaş, *Gabin*, 168.

⁴³⁹ Yaran, "İhtiyaç", 574.

⁴⁴⁰ Yaran, "İhtiyaç", 574.

⁴⁴¹ Ali Şafak, *İslâm Hukukunda Alışverişte Kâr Haddi* (Tartışmalı İlmi Toplantılar Dizisi). İslâmi İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1984 (Kâr Haddi), 88.

⁴⁴² Kumaş, *Gabin*, 170.

Şemsüleimme İmam Serahsi (ö. 483/1090); konuyla ilgili Hassaf (ö. 261/875), Halvânî (ö. 452/1060) ve Muhammed b. Seleme'nin görüşlerini kabul eder ve şu şekilde der: “Burada söz konusu olan menfaat sağlayan bir karz değildir. Belki menfaat sağlayan bir satış akdidir. Akidde ödünç para temin edilmiş oluyor.”⁴⁴³

İslâm hukukunda müzâyeka halindeki kişinin malını satmasında gabn ve hile tehlikesi bulunmaktadır. Hz. Peygamber (s.a.v) bir hadis-i şeriflerinde “muztar (zor durumdaki) kişinin malını satması ve malının satın alınmasını, tağrîrli (hîleli) satım akdini ve olgunlaşmamış meyve satışını Rasulullah (s.a.v) yasaklamıştır”⁴⁴⁴ buyurmuştur. Bu da gösteriyor ki satıcı ve müşteri iyi niyetle ve karşılıklı rıza ile olsa dahi, müzâyeka halinde bulunan tarafın içinde bulunduğu psikolojik hal ve baskı, alış-verişin normal seyrine engel olacağı için sınırlandırılmış, yasaklanmıştır.⁴⁴⁵

Şâfiî kaynaklarında ihtiyaç durumunun istismar edilmesinden harketle “şehirlinin köylü adına mal satması” yasaklanmıştır. İmam Evzaî “eğer satın alınan mala insanların ihtiyacı varsa bu şekildeki satış kesinlikle yasaktır” demiştir.⁴⁴⁶ Dolayısıyla bu meselede aldatılanın zayıf durumu olan ihtiyacının istismar edilmesi, aldatanın da gerçek fiyatla satın almaya engel koyması sebebiyle aldatan açısından sübjektif unsurun ve neticece fâhiş oransızlığın oluşması sebebiyle gabin durumunun meydana geldiği görülmektedir. Benzer durumlarda da aynı hükmün uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Hanefî mezhebinde de ihtiyacın sömürülmesinin altında hilenin potansiyel olarak mevcut olduğunun kabul edilmesi sebebiyle ve neticesinde fâhiş oransızlığın oluşması durumunda gabin hükümlerinin meydana geleceği ifade edilmektedir.⁴⁴⁷

Yukarda anlatılanları özetlemek gerekirse İslâm hukukunda kişinin ihtiyacı, darda kalması ve müzayakasının istismar edilmesi yasaklanmaktadır. Bunun için çeşitli önlemler alınmakta ve öncelikli olarak bunun önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Fakat böyle bir istismar durumunda gabinden farklı müeyyideler söz konusu olmaktadır.⁴⁴⁸

⁴⁴³ İbn Âbidin, Muhammed Alâuddin, *Reddû'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtar Şerhu Tenviri'l-ebâr, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye*, Beyrut 1994, IV, 194 (Reddû'l-muhtâr); Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 88; Kumaş, *Gabin*, 170.

⁴⁴⁴ Buharî, *Büyû şurût*, 11; Müslim, *Büyû*, 13; Nesâî, *Büyû*, 18.

⁴⁴⁵ Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 101.

⁴⁴⁶ Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 94.

⁴⁴⁷ Kumaş, *Gabin*, 172.

⁴⁴⁸ Kumaş, *Gabin*, 172-173.

2.2.2.5. Subjektif Unsurların Tahdidi Olup-Olmaması Sorunu

BK Md. 28’de sayılan mağbunda gabine dair bulunması gereken hallerin kanun koyucu tarafından sınırlı olarak sayılıp sayılmadığı tartışmalıdır. BK md. 21’deki bu husustaki kapallılık TBK md. 28’de de aynen devam etmektedir.⁴⁴⁹

Bazı hukukçulara göre TBK md. 28’deki sayılan haller mutlak surette sınırlı bir şekilde yorumlanmalıdır. Çünkü gabin müessesesi sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olmasından dolayı istisnaî bir kurumdur.⁴⁵⁰

Subjektif unsur TBK md. 28 (BK. md. 21) de sayılan üç halden birinin veya bir kaçının istismarı ile oluşur. Bu haller sınırlı olarak sayılmıştır. Müzayeka, hiffet ve tecrübesizliğin dışında kalan bir durumdan yararlanmak suretiyle karşı tarafla yapılan bir sözleşmede gabinden söz edilemez. Bu durumda koşulları varsa TBK md. 27(BK md. 19- 20) veya irade bozukluklarına ilişkin TBK md. 30- 39 (Bk. md. 23- 30) maddelerinin uygulanması söz konusu olur.⁴⁵¹

Günümüzde hâkim olan görüş ise gabinde bulunması gereken sübjektif unsurların TBK md. 28’de sayılan hallerlerin örnek kabilinden olduğunu, sübjektif unsurların bu üç halle sınırlı olmadan ele alınması gerektiğini iddia eder.⁴⁵² Bu sebeple kanunda gösterilen üç hal dışında ve bunlarla kıyaslanabilen “*uyuşturucu ve alkol bağımlılığı*”, “*ileri derecede yaşlılık*”, “*hasta ve bitik olma durumları*”, “*bir kimseye karşı minnet duygusu içinde olmak*” gibi durumlarda da gabinin uygulama alanı bulabileceği görüşü kabul edilmektedir.⁴⁵³ Kocayusufpaşaoğlu’na göre bu ikinci görüş TBK md. 28 hükmünün zayıfları koruyucu amacına uygun düşmektedir. Bu hükümde öngörülen üç hali sınırlayıcı saymayan görüşe üstünlük tanımak çok yerinde olacaktır.⁴⁵⁴

2.2.2.6. Sömüren Açısından Subjektif Unsur

Bu konuyla ilgili değişik kavramlar kullanılmaktadır. Bunlar; “ yararlanma”, “istifade”, “sömürme”, “istismar” kavramlarıdır. Gabinin oluşması için ikinci önemli

⁴⁴⁹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 165.

⁴⁵⁰ Elbir, *Gabin Gabinin Unsurları*, 8; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 489; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 166.

⁴⁵¹ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 29; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 166.

⁴⁵² Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 489; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 166.

⁴⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 489; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 96; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 166.

⁴⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 490; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 96; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 166.

sübjektif şart, taraflardan diğer tarafın, yani mağbûnun özel durumunu bilmesi ve bu durumdan yararlanmak istemesidir.⁴⁵⁵

Gabinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, sömürenin karşı tarafın zor durumunu bilerek bu durumdan yararlanması gerekir.⁴⁵⁶ Ancak sömüren taraf bahsi geçen avantaj olmasa sözleşmeyi yapmayacak olmalıdır. Sömürenin, mağbûnu ekonomik anlamda yıkıma sürüklenme kastı şart değildir.⁴⁵⁷

Mağbûnun sözleşme esnasında var olan zayıf tarafının bilinmesi, bunun ne tür bir zayıflık olduğunun bilinmesini (hiffet hali, müzayeka veya tecrübesizlik) gerektirmez. Sömüren karşı tarafı tecrübesiz sandığı halde, onun gerçekte hiffetle hareket ediyor olması, gabinin uygulanmasına engel değildir.⁴⁵⁸

Yargıtay da karşı tarafın zayıf durumunda olduğunun bilinmesinin gerekli olduğu konusunda bir hayli titiz davranmakta ve 1. HD'sinin 4.3.1969 t ve E991, K. 1133 s. Kararında bu hususu şöyle ifade etmektedir: *“Feshi istenilen satış sözleşmesi İstanbul’da yapılmıştır. Nüfusu birkaç milyona varan bu şekilde oturan taraflar (birbirlerinin) yabancılarıdır. Davalı taraf davacıların iş ve kazanç durumlarını ve borçlu olup olmadıklarını bilecek mevkiide değildir. Tanıkların hiçbiri davacıların borçlu olduklarını ve müzayeka içinde bulunduklarını bilerek davaların bu durumdan yararlanmış olduğunu belirtecek açıklamada bulunmamışlardır. Bu yön göz önünde tutulmadan davanın kabul edilmesi yolsuzdur”*.⁴⁵⁹

Karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlığın bilinmesi “miktar” veya “oran” olarak kesin bir bilgiyi gerektirmez. Sömürenin çok karlı bir iş yaptığının bilincinde olması yeterlidir.⁴⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu’na göre bilmeyi ispat etmek her zaman kolay olmayabilir. Bu nedenle *“apaçık bilinebilir olma”* yeterli sayılmalıdır.⁴⁶¹ Eğer istifade

⁴⁵⁵ Fikret Eren, BHGH, 421.

⁴⁵⁶ Fikret Eren, BHGH, 421; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 490; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 145; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 170.

⁴⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 491; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 144; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 170.

⁴⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 490- 491; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 145; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 169.

⁴⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 491.

⁴⁶⁰ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 98; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 147; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 168.

⁴⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 491; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 148.

sağlayan taraf, mağbûnun zayıf hallerini bilmiyorsa sözleşmenin gabin sebebiyle iptali mümkün değildir.⁴⁶²

“İstifade” kavramının anlamı hususunda Türk Borçlar Hukukunda hâkim üç görüş vardır. Bunlar;

1. İstifadenin “istismar” şeklinde anlaşılması yolundadır. Saymen’a göre bu tabir gabin kavramını daha iyi bir biçimde açıklamaktadır.⁴⁶³
2. İstifadenin “vukuf” şeklinde yani “vakıf olma, haberdar olma” şeklinde anlaşılması gerektiği yolundadır. Bu görüş taraftarlarından Becker’e göre istifade alacaklının açık oransızlığa vakıf olmasını gerektirir.⁴⁶⁴
3. İstifadeyi “aldatma” olarak kabul edenlerin görüşüdür.⁴⁶⁵ Hâlbuki aldatma ile hile birbirine karıştırılmaktadır.⁴⁶⁶ Aldatma bir şahısta yanlış fikri, hatayı korumak suretiyle bir şahsa rıza beyanında bulunması ve özellikle bir sözleşmeyi yapması için yapılan her türlü desisedir.⁴⁶⁷

Son dönem Yargıtay kararlarına bakıldığı zaman gabinin varlığı için sübjektif unsur olarak nitelendirilen “müzayeka, hiffet hali, tecrübesizlik” hallerinden birbirini karşı tarafın “*sırf çıkar sağlamak amacıyla sömürmesi*” ve sözü edilen üç halden biriyle karşı karşıya bulunan kişinin bu durumundan “*bilerek yararlanma*” şartı aranmaktadır.⁴⁶⁸

İstismarın varlığı için sözleşmenin yapılmasının gabine uğrayan veya karşı taraf tarafından istenmesinin, yani akdi yapmayı kimin istediğinin önemi yoktur.⁴⁶⁹ İstismarın varlığını kabul için iki unsura ihtiyaç vardır. Birincisi kanunun saydığı hallerden birinin bulunması, diğeri de bu halleri bertaraf edebilmek için gabine uğrayanın gerekli ve yeterli vasıtalara sahip olmamasıdır. Öreğin, acil bir ameliyat yapacak olan bir doktorun mahallinde başka bir doktorun bulunmaması sebebiyle, ameliyat yapacağı hastadan

⁴⁶² Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 147; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 171- 172.

⁴⁶³ Ferit Saymen, İçtihad Notu, 803; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 98.

⁴⁶⁴ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 99’dan naklen.

⁴⁶⁵ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 99.

⁴⁶⁶ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 172.

⁴⁶⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 99.

⁴⁶⁸ Yar. HGK. 11.12.1991 t. ve 1991/1- 557 E. 1991/637 K. s. Karar.

⁴⁶⁹ Kocayusufoğlu, BHGB, 491.

fahşi ücret alması veya taahhüt ettirmesi halinde, doktor hastanın manevi sıkıntısından faydalanmış, istismar etmiş olur, çünkü burada istismarın iki unsuru da mevcuttur.⁴⁷⁰

İslam Hukuku açısından bakılacak olursa gabinin hukuki mahiyetinin incelenmesi esnasında dikkate alınması gereken diğer bir husus “aldatma” manasına gelen “tağrîr”dir. Tağrîr çeşitli durumlarda akdi etkilemekte ve akdin feshi sonucunu doğurmaktadır. İslam Hukukuna göre akitte gabin objektif özelliği, tağrîr ise sübjektif özelliği ifade etmektedir.⁴⁷¹ Zaten bu konuyu daha detaylı olarak bir sonraki bölümde ele alacağız.

2.3. GABİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

2.3.1. Türk Borçlar Hukukunda Gabinin Tasarruflara Etkisi

Hukuk düzeninin getirdiği kurallara uymayan bütün sözleşmeler gibi gabin içeren sözleşmeler de hukuka aykırıdır.⁴⁷² İsviçre ve Türk Borçlar Kanunu sistemi gabini hukuka aykırı saymakla birlikte TBK md. 28 ‘de kanuna ve ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık kadar ağır ve tehlikeli kabul etmediğinden yaptırımını iptai (nısbî butlan) olarak belirlemiştir.⁴⁷³

6098 sayılı TBK md. 28’de düzenlenmiş olan gabin, hukukî sonuçları itibarıyla 818 sayılı BK md. 21’den farklı olarak sömürülene sadece iptal hakkı tanımamış, ayrıca edimler arasındaki açık oransızlığın giderilmesi talebinde bulunabilmesine de olanak sağlamıştır. BK md. 21’de ise, gabin halinde sadece sömürülene iptal hakkı tanınmıştı. Edimlerin uyarlanması yasa metninde geçmemiştir.⁴⁷⁴

Gabinli bir sözleşmede sadece sömürülene iptal⁴⁷⁵ ve oransızlığın giderilmesini talep hakkı verilmiştir. Bu kanunda değinildiği üzere “sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmek” tabiri sözleşmenin devam edip etmeyeceğini mağbunun iradesine bırakmıştır.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 100.

⁴⁷¹ Yaşaroğlu, *Gabin*, 36.

⁴⁷² Özkaya, *Gabin Davaları*, 35.

⁴⁷³ Özkaya, *Gabin Davaları*, 35.

⁴⁷⁴ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 175.

⁴⁷⁵ Kocayusufoğlu, BHGB, 493.

⁴⁷⁶ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 36.

Gabinli bir sözleşme için 818 sayılı BK 21. Maddesi “fesih olmayıp iptal hakkı niteliğindedir.”⁴⁷⁷

818 sayılı Borçlar Kanununda irade sakatlığı hallerini düzenleyen 23- 31. Maddelerden hemen önce gelen gabinli düzenleyen 21. Maddede gabinli bir sözleşmeye bağlanan geçersizlik ifadesi olarak, kanun “fesih” tabirini kullanmıştır. Türk hukukunda BK Md. 21’de sözleşmenin “feshedilmesinden” söz edilmiştir. Birçok hukukçuya göre burada “fesihten” bahsetmek yanlıştır. Zira doktrinde fesih, sürekli borç ilişkisini ileriye doğru (ex nunc) bir şekilde sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷⁸ Ne var ki kanunumuzun kaynak İsviçre kanunundan çevrilmesi sırasında “sözleşmeden dönme”, “fesih”, “iptal”, “geri alma” kavramları karıştırılmış ve çoğu zaman bu kavramlar birbirlerinin yerine geçmek üzere kullanılmıştır.⁴⁷⁹ Kaynak İsviçre Borçlar kanununun dönmeye ilişkin hükümlerinin hemen hemen hepsi dilimize fesih olarak çevrilmiştir.⁴⁸⁰

Bu kavramları birbirinden ayırmak amacıyla aralarındaki farklara değinerek kısaca inceleyecek olursak:⁴⁸¹

Sözleşmeden dönme ancak tam iki tarafa borç yükleyen her türlü sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olurken, sözleşmeden dönmenin konusunu ani edimli borç ilişkileri oluşturur.

Fesih ile sözleşmeden dönme arasındaki en önemli fark ise doğrudukları hukuki sonuçları açısındanadır. Sözleşmeden dönme henüz yerine getirilmemiş olan edim yükümlülüklerini sona erdirip daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesine yol açarken, fesih ileriye etkili olup geçmişe dokunmaz. Başka bir deyişle fesih hakkının kullanılmasından önceki dönemde tarafların yerine getirdiği edimlerin iadesi gerekmediği gibi, bu dönemde taraflar lehine doğmuş olacak ve borçlar sona ermez geçerliliklerini muhafaza ederler.⁴⁸² Fakat fesih halinde geçmişe ait yükümlülüklerin iadesinin gerekmediği hususunda mutlaklık yoktur. Bir başka deyişle, bazen bir sürekli sözleşme ilişkisinin fesihle sona erdirilmesi halinde de bazı iade yükümlülükleri

⁴⁷⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 107.

⁴⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 494; Aslan, *Gabin*, 108.

⁴⁷⁹ Bu kavramlar arasındaki farklar için bkz. Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin yayınları, Ankara 1998, 79 (Sözleşmeden Dönme); Aslan, *Gabin*, 108.

⁴⁸⁰ Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 79.

⁴⁸¹ Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 82.

⁴⁸² Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 82, dn. 85’te anılan yazarlar.

doğabilir. Örneğin, bir kira akdinin feshi halinde kiracı kira konusu malı, kiralayan ise kiracı tarafından ödenen depozitoyu (güvenceyi) iade etmekle yükümlü olur. Ancak bu tür iade yükümlülükleri ya kanunda öngörülmüştür ya da sözleşmede kararlaştırılmıştır ve sürekli sözleşme ilişkisinin fesihle değil de tam ve karşılıklı ifâ ile sona ermesinde dahi söz konusudurlar. Bu tür iade yükümlülüklerinin feshin hukuki sonucu olmayıp daha önce sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda öngörülen ve fesih hakkının kullanılması ile birlikte muaccel hale gelen yükümlülükler olduğunu gösterir.⁴⁸³

Sözleşmeden dönme, fesih ve geri alma kavramlarıyla karşılaştırılan ve gabin açısından önemli olan asıl kavram iptal hakkıdır. İptal hakkı da sözleşmeden dönme, fesih, geri alma gibi tek taraflı bir hukuki işlemle mevcut sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır.⁴⁸⁴

Türk Borçlar hukuku, gabin durumunda, akdi kuran iradelerden birini bozuk kabul etmekte, bu bakımdan sözleşmenin büsbütün hükümsüz sayılmasını iradesi bozuk olan tarafa, dolayısıyla gabinden zarara uğrayan tarafın iradesine bırakmaktadır.⁴⁸⁵ Dolayısıyla gabinli akdin vasfı, gabinden zarar gören taraf için gayri lâzım, sömüren açısından ise lâzım olmaktadır. Zaten gabinli bir akid için Borçlar Kanununun 28. maddesi “...zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir” demektedir. Buna göre zarar görene akdi fesih hakkı tanınmaktadır. Ancak zarar görene tanınan bu hak teknik anlamda fesih olmayıp iptal hakkı niteliğindedir.⁴⁸⁶

2.3.2. Gabinin İslam Hukukunda Tasarruflara Etkisi

İslam hukukunda da edimler arasındaki fâhiş nispetsizliğe (gabn-i fâhiş) sebebiyet vermek fıkıh âlimlerinin ekserîsine göre haramdır.⁴⁸⁷ Bundan dolayıdır ki kendisinden sakınılması mümkün olan gabin hiçbir muamelede caiz değildir. Çünkü gabin, zulmetme ve zarar vermenin bir göstergesidir. Nitekim Hz. Peygamber aynı cins mallar arasında tam bir eşitliği şart koşmuştur. Bundan dolayı karşı tarafa zulmetme ve edimler

⁴⁸³ Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 82- 83.

⁴⁸⁴ Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 86; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 108- 109.

⁴⁸⁵ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 108.

⁴⁸⁶ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 107.

⁴⁸⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, C. 2, 735.

arasında nispetlilik de içermesi sebebiyle faize karşı savaş ilan etmiştir. Mesela bir kilo buğdayın ancak bir kilo buğday karşılığında ve peşin olarak alınıp satılacağına hükmetmiştir.⁴⁸⁸

Müfessirler “O gün aldanma günüdür.”⁴⁸⁹ âyetinde aldanma günü anlamına gelen “teğâbün” kelimesinden hareketle, dünyada yapılan muamelelerde gabnin caiz olmayacağını ileri sürmüşlerdir. Çünkü Allah aldanma gününü ahiret gününe hasretmiştir.

Gabinli akidlerin vasfından kastedilen husus, akdin taraflar açısından taşıdığı bağlayıcılık özelliğidir. Buna göre taraflarca feshedilemeyen akidler “her iki taraf için bağlayıcı olanlar (lâzım)”, yalnız bir tarafın feshedebildiği, diğer tarafın feshedemediği akidler “bir taraf için bağlayıcı (lâzım), diğer taraf için bağlayıcı olmayan (gayri lâzım)”, her iki tarafın tek başına feshedebildiği akidler “her iki taraf için bağlayıcı olmayan (gayri lâzım)” vasfını hâizdirler.⁴⁹⁰

Fıkıh âlimlerinin genel kanaatine göre gabne maruz kalan taraf muhayyerdir. Dilerse akdi onar, dilerse fesheder. Çünkü gabinli akidler aldanan taraf için bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) vasfını taşır.⁴⁹¹

Bir kimsenin mecbur kalmaksızın, bilerek ve farkında olarak gabin içeren hukukî bir işlemde bulunması halinde, İslâm hukukçuları bu işlemin geçerliliği ve akdin feshedilemeyeceğinde görüş birliği içindedirler. Çünkü böyle bir fesih hakkı öncelikle tarafların irade ve akidleşme hürriyetini kısıtlamaktadır. Çünkü herkesin kendine göre, akid yapmak için özel sebepleri bulunmaktadır.⁴⁹² Hanefîlerde de meşhur olan görüş budur. Zâhirilere göre fâhiş oransızlığın hileli ya da hilesiz meydana gelmiş olması fark etmez, gabn-i fâhişe maruz kalan kimse bilerek akid yapmadıysa akdi feshettirebilir.⁴⁹³

Ayrıca zâhirilere göre hileli yapılan tüm akidler batıldır.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ Buhârî, *Büyü*, 54, 74, 76; Ebû Dâvud, *Büyü*, 12.

⁴⁸⁹ Et- Teğâbun sûresi(64/9: ذَٰلِكَ يَوْمُ التَّغَابُنِ)

⁴⁹⁰ Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, AHİ Yayıncılık, İstanbul 2006, 108; Kumaş, *Gabin*, 229.

⁴⁹¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 753; H. Yunus Apaydın, *Muhayyerlik, DİA*, C.31, İstanbul 2006, 25–26; Kumaş, *Gabin*, 229.

⁴⁹² Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751, 753; M. K. Yaşaroğlu, *Gabin*, 51; Kumaş, *Gabin*, 230.

⁴⁹³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 439; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 751–752; Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 77; Kumaş, *Gabin*, 230.

⁴⁹⁴ Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 77.

İslam hukukunda gabn-i fâhişin tek başına hüküm ifade edeceğini söyleyen fıkıh âlimlerinin bu görüşleri, aldanan tarafın bilgisizliği unsurunun bulunmasıyla kayıtlıdır. Yani akdin feshedilebilmesi için aldanan kimsenin, satım akdinde bulunduğu mebiin fiyatı hakkında bilgisiz olması gerekir.⁴⁹⁵

Mağbûn (mecbur olmadığı halde) akdi yapmaya razı olmuşsa yapılan satım akdi sahih olur. Bu konuda İslam âlimleri ittifak etmişlerdir.⁴⁹⁶ Bu şekildeki akdin sahih olduğunu kabul eden âlimler görüşlerini “*Câbir hadisi*” olarak bilinen hadis ile delillendirirler. Câbir b. Abdullah’ın, devesine bir dirhem teklif eden Resûlullah’ın teklifini az bulması sebebiyle pazarlık 40 dirhemle sonuçlandırılır. Dolayısıyla bu sefer Resûlullah’ın aleyhine fâhiş oransızlık durumu söz konusu olur.⁴⁹⁷ Fakat buna bilerek razı olması ve Hz. Câbir’e ikramda bulunmak istemesi nedeniyle akid sahih ve geçerlidir. Bundan dolayı da denebilir ki, herhangi bir darda kalma durumu olmaksızın meydana gelen fâhiş oransızlık akde etki etmez.⁴⁹⁸

Hanefî mezhebinin çoğunluğunu teşkil eden fıkıh âlimlerine göre aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık, akdin bâtıl olmasına sebep olabilir. Bu mallar; yetim malı, vakıf malı, hazine malı ve akıl hastasının malı ise söz konusu satış sözleşmesinde sebebiyet vermektedir.⁴⁹⁹ Zâhirilere göre satım akdinde hile varsa akid bâtıldır.⁵⁰⁰

Hanefî mezhebinin bir kısmını teşkil eden fıkıh âlimlerine göre yetim, vakıf, hazine ve akıl hastasına ait malın konu olduğu akidde, aldatma fiili (tağrîr) olmadan da tek başına fâhiş oransızlık, akdin fâsid olmasına sebebiyet vermektedir.⁵⁰¹ Ayrıca vasî yetimin taşınmazını, devlet yetkilisi de devlet malını emsâl ücretten daha düşük bir ücretle kiraya vermesi durumunda icâre akdi fâsid olmakta ve akdin sıhhati için müşterinin emsal ücret vermesi gerekmektedir.⁵⁰²

⁴⁹⁵ Kumaş, *Gabin*, 230.

⁴⁹⁶ Kumaş, *Gabin*, 231.

⁴⁹⁷ İbn Mace, Ebû Abdillâh b. Yezid el-Kazvinî, *es-Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Ahkâm, 24.

⁴⁹⁸ Kumaş, *Gabin*, 231.

⁴⁹⁹ Mecelle, md. 356; Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 586; Bilmen, *Kamus*, VI, 79, V, 198; Senhûrî, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Kumaş, *Gabin*, 232.

⁵⁰⁰ Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 77.

⁵⁰¹ Mecelle, md. 356; Senhûrî, , *Mesâdirü'l-hakk*, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

⁵⁰² Mecelle, md. 356; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 742; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135.

İslâm hukukunda indirim müeyyidesi, özellikle güvene dayalı akidlerde oransızlığın oluşması durumunda söz konusudur. Meselâ Ebû Yusuf, Şâfiî ve Hanbelîlere göre murabahada⁵⁰³ satıcının yalanı ortaya çıksa, müşteri, asıl semenden fazla olan miktar ile onun karşılığına denk gelen kârı iskat edebilir ve böylece akdin ayakta tutulması sağlanmış olur.⁵⁰⁴ Tevliyede (maliyetine satış) satıcının yalan beyanının (hıyanetinin) ortaya çıkması durumunda müşteri, hîle sebebiyle oluşan fiyat artışını düşerek akdi kabul eder. Ebû Hanîfe ile Ebû Yusuf bu görüşü benimser. Meselâ satıcı, bir malı bin liraya almış olduğunu söyleyerek yine bin liraya sattıktan sonra, o malı sekiz yüz liraya almış olduğu ortaya çıksa, müşteri o malı sekiz yüz liraya alır. Bin lirayı satıcıya vermişse, arada oluşan iki yüz lirayı geri almaya hak kazanır. Aksi takdirde tevliyede bulunmamış olur.⁵⁰⁵ Vedîa (zararına satış) satıcının hilesinin ortaya çıkması durumunda satım akdi, vedîa olmaktan çıkarsa müşteri, hıyanet miktarını düşerek mebiî alır. Meselâ satıcı, kendisine on liraya mal olduğunu söylediği bir şeyi sekiz liraya satıp da o şeyin kendisine yedi liraya mal olduğu ortaya çıkarsa, vedîa olmaktan çıkar. Dolayısıyla müşteri, söz konusu malı yedi liradan düşük fiyata indirip satın alma hakkına sahip olur.⁵⁰⁶

Fâhiş oransızlığın tek başına gabin hükmünü meydana getirmeyeceği görüşünde olan fıkıh âlimlerine göre, tek başına fâhiş oransızlık içeren akidler lâzımdır. Bu oransızlık ne kadar fazla olursa olsun fark etmez.⁵⁰⁷

2.3.3. Gabne Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Gabin, İslâm hukukunda rızayı sakatlayan ve akdi fasid kılan ayrı bir sebep olarak görülmeyip rızanın ihlal edildiğini veya haksız bir zararın bulunduğunu gösteren objektif kriter ve ipuçlarının bulunması, arıza ve bozukluklarla bağlantısı ölçüsünde gündeme gelmekte ve ara bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu yaklaşım, zorunlu olarak, gabinin hukuki sonuçlarını tek ve genel bir hükme bağlamak yerine, bunu

⁵⁰³ İslam hukukunda kârlı satış demektir. Geniş bilgi için bkz. Ali Şafak, *Kar Haddi*, 61; Döndüren, *Kar Hadleri*, 89.

⁵⁰⁴ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, IV, 83–84; Kumaş, *Gabin*, 233.

⁵⁰⁵ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 587; Ö. N. Bilmen, *Kamus*, IV, 83–84, 120; Kumaş, *Gabin*, 233.

⁵⁰⁶ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 587; Ö. N. Bilmen, *Kamus*, IV, 83–84, 120; Kumaş, *Gabin*, 233.

⁵⁰⁷ Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf el- Abderî el- Gırnatî, *et-Tâc ve'l- iklîl li- Muhtasari'l- Halîl*, Dârü'l- fikr, Beyrut 1397, IV, 468; İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *Bahru'r-raik şerhu Kenzu'd-dekâik*, Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabî, Beyrut 2002, VI, 115- 116; Kumaş, *Gabin*, 234.

gabinin kaynağı, ağırlığı ve yol açtığı olumsuzluklara göre belirlemeyi haklı kılmakta, bunu yapabilmek için de gabinin türleri, ölçüsü ve akde tesiri konusunda birtakım hususların ayrıntılı işlenmesini gerekli kılmaktadır.⁵⁰⁸

İslâm hukukçularının bir kısmı, akidde fâhiş oransızlığın meydana gelmiş olmasını akdin feshi için tek başına yeterli görürken, çoğunluğu akdin sadece gabn-i fâhiş sebebiyle feshedilmesini doğru bulmaz ve buna belli şartlardaimkan tanırırlar. Özellikle de gabn-i fâhiş rızayı sakatlayan bir sebepten kaynaklanıyorsa akdin feshine imkân tanırırlar ve gabnin ancak aldatma fiili (tağrîr) gibi haksız bir fiilden doğması halinde mağbûna fesih hakkı tanımanın, insanlar için daha hakkaniyete uygun olduğunu ifade ederler.⁵⁰⁹

2.3.3.1. İptal Hakkı

TBK md. 28/I’de “zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir” denilmektedir.⁵¹⁰ 818 sayılı BK md. 21’de ise gabine bağlanan hukukî sonuç “fesih hakkı “ idi. Ancak “akdin feshedilmesi” ifadesini kullanan kanun koyucununişaret etmeyi amaçladığı hukukî kavramın akdin “iptal edilmesi” olduğu konusunda da doktrinde hâkim bir görüş vardı.⁵¹¹ Çünkü fesih, akid ilişkisini ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erdiren, geçmişe etkili olmayan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesihte hukukî sonuçlar ileriye yönelik doğar.⁵¹² Gabinde ise ileriye etkili bir sona erdirme hükmün amacına (ratio legis) aykırılık arz eder.⁵¹³

Hem BK md. 21 ‘de hem de TBK md. 28’de kanun koyucunun sözleşmeyi iptal hakkını açıkça ifade etmemiş olmasının sebebini kaynak kanun OR Art. 21’e dayandırmak mümkündür.⁵¹⁴ Çünkü OR art. 21’de “sözleşme ile bağlı olmama” ifadesi

⁵⁰⁸ Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA*, 269; Kumaş, *Gabin*, 234.

⁵⁰⁹ Mevvâk, *et-Tâc ve’l-iklîl*, IV, 468; İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, VI, 115- 116; İbn Âbidîn, Muhammed Alâuddin, *et-Tahbîru’t-tahrîr fî ibtâli’l-kadâ bi’l-fesh bi’l-gabni’l-fâhiş bilâ tağrîr*, *Mecmûatü Resâili İbn Âbidîn*, Beyrut: Dâru ihyâi’t-turâsi’l-arabî, ts. , II, 69, 78; Kumaş, *Gabin*, 235.

⁵¹⁰ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 177

⁵¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 493; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 159; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 177.

⁵¹² Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 494; Burcu Kalkan, *Gabin*, 139; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 159; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 177- 178.

⁵¹³ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 159; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 178.

⁵¹⁴ Geniş bilgi için bkz. Vedat Buz, *Sözleşmeden Dönme*, 79 vd.

yer almaktadır. 6098 sayılı TBK md. 28’de de gabin yaptırımı olarak “*sözleşme ile bağlı olmama*” ifade edilmek suretiyle, OR Art. 21’e uygun hale getirilmiştir. Ancak bu kavramın anlamı da kapsamı da muğlaktır.⁵¹⁵ Günümüzde doktrindeki hâkim görüş “iptal teorisi” (Anfechtbarkeitstheorie)’dir.⁵¹⁶ Alman Hukuku’nda da kabul edilen⁵¹⁷ bu görüşe “bozulabilir geçerlilik”de denilmektedir.⁵¹⁸ Dolayısıyla Borçlar Kanunumuz gabine maruz kalan bir kişinin dilerse sözleşmeyi iptal etme yetkisini vermiştir.⁵¹⁹ Kanunda gabinin mevcut olduğu sözleşmeyi iptal beyanının açık bir şekle bağlanmamış olması TBK md. 12’nin uygulanmasını gündeme getirir. TBK md. 12; “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz*”. Dolayısıyla gabinli sözleşmeyi iptal beyanının geçerliliği de kanunla özel bir şarta bağlanmadığı için iptal beyanının şekle tabi olmadığı kabul edilmelidir.⁵²⁰ Yargıtay da kararlarında iptal beyanının hukuken geçerli olmasının şekle bağlı olmadığını, fakat ispat yükü nedeniyle yazılı şekilde yapılmasının gerekli olduğu kanaatindedir.⁵²¹

Mağbun her ne kadar beyan sistemi⁵²² dolayısıyla gabinli sözleşmeye bağlı kalmak istemediği zaman akdin iptali hususunda mahkemeye müracaat etmeden bu hakkı kazanabilme yetkisi varsa da, uygulamada ispat kolaylığı açısından iptal beyanının yazılı olarak yapılması tavsiye edilmektedir.⁵²³

İptal beyanının, karşı tarafın şüphesini izale edecek kadar açık ifadelerle yapılması gerekmektedir. Açık olmayan, farklı birçok manaya gelecek şekilde ifadeler

⁵¹⁵ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 159- 160; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 178.

⁵¹⁶ Fikret Eren, BHGH, 410; Kocayusufoğlu, BHGB, 494.

⁵¹⁷ Fikret Eren, BHGH, 410; Kocayusufoğlu, BHGB, 494; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 163.

⁵¹⁸ Burcu Kalkan, *Gabin*, 137; Suat Sarı, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 1033(*Gabin*)

⁵¹⁹ İnan ve Yücel, BHGH, 243.

⁵²⁰ Fikret Eren, BHGH, 414; Kalkan, *Gabin*, 144; Mehmet Ayan, “Aşırı yararlanma”, *Konya Barosu Dergisi*, Yıl 40, Sayı 23,s. 16 (Aşırı Yararlanma); Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 188.

⁵²¹ Yar. 1. HD. 01.10. 2012 t. , 2012/10938 E. , 2012/10436 Ks. Kararı (www. Kazanci.com.tr).

⁵²² Elbir, *Gabin*, 188; Fikret Eren, BHGH, 414; İnan ve Yücel, BHGH, 244; Kocayusufoğlu, BHGB, 493;Kalkan, *Gabin*, 144; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 112; Suat Sarı, *Gabin*, 1033; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 38; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 168; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 188.

⁵²³ İnan ve Yücel, BHGH, 244; Kocayusufoğlu, BHGB, 493;Kalkan, *Gabin*, 144; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 38; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 168; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 188- 189.

kullanılarak yapılan iptal beyanı, “sözleşme ile bağlı olma” ilkesinin zedelenmesine neden olabilir.⁵²⁴

İptal hakkının dava açılmak suretiyle kullanılması her ne kadar şart olmasa da, sözleşmeden yararlanan taraf iptal beyanına rağmen edimin geri verilmesine yanaşmıyorsa mecburen dava açılma yoluna gidilir.⁵²⁵

İptal beyanı, beyanın karşı tarafa iletilmesiyle birlikte, geçmişe etkili olarak (ex tunc) sözleşmenin doğduğu andan itibaren hüküm ifade eder.⁵²⁶ İptal beyanı bir kez kullanıldığı zaman, artık tek taraflı olarak geri alınamaz.⁵²⁷

Ayrıca Yargıtay 2014 tarihli kararında⁵²⁸ mağbunun iptal hakkını kullandıktan sonra sözleşme ile belirlenen alacağını tahsili içinicra takibi başlatmış olmasını, sözleşmeyi devam ettirme iradesi olarak saymış ve gabin talebini reddetmiştir.⁵²⁹ ” Karara konu olay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde aşırı yararlanmanın mevcut olduğunun tespitine ilişkindir. Arsa sahibine düşen payın piyasada ortalama %40- 45 olması karşısında, sözleşmede %30 olarak belirlenmesini aşırı oransızlık olarak kabul etmiştir. Ancak karar düzeltme aşamasında dosyadaki delillerin incelenmesi sonucunda bu orana ek olarak, yüklenicinin arsa sahiplerine ayrıca kişi başı 70.000 TL vermeyi taahhüt ettiği anlaşılmış ve bu durumda arsa sahiplerine düşen payın %41’e ulaştığı tespit edilmiştir. Bu sebeple dava objektif unsurun oluşmadığına karar verilmiş ve davacılarından biri açısından ise buna ek olarak bu gerekçeyle red kararı verilmiştir.”⁵³⁰

Yukarda da açıkladığımız üzere, yenilik doğurucu haklar bir kez kullanılmakla sonuç doğururlar ve kaide gereği tek taraflı olarak geri alınamazlar.⁵³¹

Bu iptal beyanıyla akdin hükümsüzlüğü sadece mağbuna verilmiştir. Bu hükümsüzlüğü diğer taraf ileri süremez.⁵³² Ancak mağbun akitle bağlı olmadığını bildirdikten sonra diğer taraf da akdin batıl olduğunu ileri sürebilir.⁵³³

⁵²⁴ Elbir, *Gabin*, 190; Kalkan, *Gabin*, 144; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 39; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 168; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 189.

⁵²⁵ Fikret Eren, BHGH, 414; Kalkan, *Gabin*, 144; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 168.

⁵²⁶ Fikret Eren, BHGH, 414; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 493; Suat Sarı, *Gabin*, 1033; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 37; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 169; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 189.

⁵²⁷ Kalkan, *Gabin*, 144; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 169; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 189.

⁵²⁸ Yar. 23. HD. 19.02.2014 t. , 2013/7588 E. , 2014/1196 Ks. Yayınlanmamış Kararı (Selmani Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 169- 170, dn.104.)

⁵²⁹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 189.

⁵³⁰ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 170, dn. 104.

⁵³¹ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 39; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 170.

2.3.3.1.1. İptal Hakkının Kullanılma Süresi

Eski Borçlar Kanununun 21. Maddesi “...Mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir. Bu müddet akdin inikadından itibaren cereyan eder” demektedir. Ayrıca bu süre akdin in’ikadından itibaren başlıyordu.⁵³⁴ Ancak Kanun koyucu 6098 sayılı TBK md. 28 ile sözleşmeyi iptal hakkının veya edimler arasındaki dengesizliğin giderilmesi suretiyle sözleşmenin ayakta tutulmasını talep etme hakkının kullanılacağı sürelerle dair köklü bir değişiklik yapmıştır.⁵³⁵ TBK md. 28’de;

“Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir”.

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

Türk hukukunda gabinli akdin iptali hakkı için iki farklı süre takdir edilmektedir. Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Bu süreler geçmiş olursa anılan unsurların gerçekleşmiş olmasına rağmen gabin iddiasında bulunulamaz. Bu süre hak düşürücü bir süredir.⁵³⁶ Sürenin başlangıç ânı eski borçlar kanununa göre

⁵³² İsmail Hakkı Ayık, *Gabinin Mahiyeti ve Unsurları*, Adalet Dergisi, İstanbul, 1954, 248; İnan ve Yücel, BHGH, 243; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 496; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 196.

⁵³³ İsmail Hakkı Ayık, *Gabinin Mahiyeti ve Unsurları*, 248.

⁵³⁴ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 116; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 190; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 190.

⁵³⁵ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 191.

⁵³⁶ Kalkan, *Gabin*, 146; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 117; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 170; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 193.

sözleşmenin yapıldığı ândı.⁵³⁷ Ancak 6098 sayılı TBK md. 28 uyarınca yenilik doğurucu hakların kullanılma süreleri baştan aşağı değiştirilmiştir. Buna göre mağbun, tecrübesizlik ve hiffet hallerinde bu durumu öğrendiği, müzâyeka halinde de bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl içerisinde hakkını kullanabilir. Ancak mağbun her hâlükârda sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde bu hakkını kullanması gerekir.⁵³⁸

Türk hukukunda gabinli akdin durumu, kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesine kadar muallâktadır, yani hükümsüzlük askıdadır. Gabine maruz kalan, bu muallâktaki durumu iki şekilde bertaraf edebilir. İsterse düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde harekete geçer; sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirir ya da akdin geçerliliği hususunda icazetini verir. Bu icazet öyle bir beyandır ki, bununla zarar gören, ihlal edilen hakkına rağmen akid ile bağlı kalmak istediğini bildirmektedir. İsterlerse de hareketsiz kalarak bir veya her hâlde beş yılın geçmesini bekler, bu durumda da akid söz konusu yılların sonunda tüm hükümlerini doğurur, geçerli hale gelir.⁵³⁹

Bir yıllık süre nitelik itibarıyla hak düşürücü süre olduğundan dolayı zamanaşımı için öngörülen hükümler burada uygulanmaz. Çünkü zamanaşımını kesen ya da durduran sebepler hak düşürücü sürelerde uygulanmaz.⁵⁴⁰ Mağbun, durumunu öğrendiği ya da müzâyeka halinin ortada kalktığı tarih itibarıyla bir yıl müddetinde seçimlik haklarından birini kullanmazsa uzun süre dolmamış olsa bile hakkını kaybeder.⁵⁴¹ Çünkü mağbun bir yıllık süreyi hakkını kullanmadan geçirmişse akdi iptal haklarından feragat etmiş sayılmaktadır. Akdin geçerliliği artık kesinleşir.⁵⁴² Yargıtay'a göre bu hak dava

⁵³⁷ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 493; Kalkan, *Gabin*, 147; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 117; E. Özkaya, *Gabin Davaları*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 190; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 193.

⁵³⁸ Fikret Eren, BHGH, 423; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 493; İnân ve Yücel, BHGH, 244; Kalkan, *Gabin*, 147; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 117; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 40- 41; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 192; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 194 vd.

⁵³⁹ Kalkan, *Gabin*, 149.

⁵⁴⁰ Fikret Eren, BHGH, 423; Kalkan, *Gabin*, 147; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 127; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 40; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 195.

⁵⁴¹ Fikret Eren, BHGH, 423; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 36- 37; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 195.

⁵⁴² Elbir, *Gabin*, 187; Fikret Eren, BHGH, 415,423; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 195.

yoluyla kullanılıyorsa davanın açıldığı tarihin bir yıllık süre zarfında olması gerekir. Yargıtay 2013 yılında verdiği bir kararda şöyle diyor;⁵⁴³

“Dosya içeriği ve toplanan delillerden, kat irtifakı ve kat mülkiyeti kurulu olmayan, depolu, kagir apartman niteliğindeki dava konusu 577 ada, 41 parsel sayılı taşınmaz, davacılar S. adına kayıtlı iken 20/04/2010 tarihli satış akdi ile davalıya temlik edildiği, eldeki davanın ise 08/10/2012 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır.

Somut olaydaki belirlenen olgular yukarıda açıklanan yasal düzenleme çerçevesinde değerlendirildiğinde; davacı kayıt maliki S.’nin taşınmazın tamamının temlik edildiği akit tarihinde değil ihtarnamenin tebliği tarihi itibarıyla öğrendiği, davalının (davacı!) savunmasını gerek sözleşmeler gereksealeyhine keşide edilen ihtarname ile delillendirdiği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda; davanın süresinde açıldığı kabul edilerek işin esası hakkında hüküm kurulması gerektiği açıktır.”

Yargıtay böyle bir durumda dava dilekçesinin karşı tarafa varma anını değil, davanın açılma anının dikkate alınmasının gerekli olduğunu kabul etmiştir.⁵⁴⁴ Buna rağmen doktrinde süre tespit edilirken beyan ya da davanın tarihinin değil, ulaşma anının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁴⁵

TBK md. 28’de bir yıllık hak düşürücü süreden sonra bir de ikinci bir süre daha belirlenmiştir. Bu maddeye göre;” *zarar gören bu hakkını.... her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.*” Hükmü konulmuştur. Davacı her hâlükârda akdin kurulduğu tarihten başlayarak 5 yıl içinde iptal hakkını kullanabilir.

Esasen 6098 sayılı kanun düzenlenirken bu süre ilk önce 10 yıl olarak belirlenmişti.⁵⁴⁶ Fakat adalet komisyonu “*sözleşmelerdeki güvenlik ve ahde vefa ilkelerinin sağlanması*” gerekçesini göstererek süreyi 5 yıla çekmiştir.⁵⁴⁷

Hem bir yıllık kısa süre hem de beş yıllık uzun süre iptal ve edimler arasındaki açık oransızlığın giderilmesini talep hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir.⁵⁴⁸ Ancak bu beş yıllık süre de zamanaşımına tabî değildir.⁵⁴⁹

⁵⁴³ Yar. 1. HD. 19.12.2013 t. ,2013/13722 E., 2013/18325 Ks. Yayımlanmamış kararı; 1.HD. , 01.07.2014 t. , 2014/5515 E. , 2014/12702 Ks. Yayımlanmamış kararı (Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 195.)

⁵⁴⁴ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 195.

⁵⁴⁵ Sarı, *Gabin*, 1036; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 196.

⁵⁴⁶ Geniş bilgi için bkz. Hüseyin Hatemi, Borçlar hukukunun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi, *Hukuk Dünyası Dergisi*, Ekim- Aralık 2015 sayısı, 35.

⁵⁴⁷ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 198; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 193.

5 yıl olan üst süre içinde olmak şartıyla mağbun durumu öğrendiği ya da müzâyekadan kurtulduğu an itibarıyla bir yıl içinde seçimlik haklarını kullanabilir. Eğer bir yıllık süre dolmadan beş yıl olan üst süre dolarsa, mağbun her helde beş yılın dolmasına kadar hakkını kullanmalıdır.⁵⁵⁰

İslam Hukuku açısından baktığımız zaman, gabin muhayyerliğinin müddeti hakkında görüş ayrılıklarına rastlarız. Fakihlerin çoğu gabin muhayyerliğinin müddeti konusunu müstakil olarak ele almaktan ziyade, genellikle ayıp, vasıf ve şart muhayyerliği ile incelemişlerdir.⁵⁵¹ Hıyarü'l-gabnin müddeti konusunda İslam hukukçularının delil olarak gösterdikleri nasslar, gabine mesned teşkil eden nasslar konusunda da değineceğimiz gibi, “*Habbân hadisi*” ile hıyarü'l-ayb konusunda dikkate alınan ve “*musarrât hadisi*” olarak meşhur olan hadis-i şeriflerdir. Hz. Peygamber bu hadislerde muhayyerlik süresini üç gün olarak belirtmiştir.⁵⁵²

Fıkıh âlimlerinin genel kanaatine göre gabne maruz kalan taraf (mağbun) muhayyerdir. İsterse sözleşmeyi onaylar, isterse fesheder. Dolayısıyla gabinli akidler aldanın taraf için gayr-i lâzım (bağlayıcı olmayan) vasfını taşır.⁵⁵³

Gabin ve gabinin akde tesiri konusunda sünnette bol malzeme bulunmamaktadır. Hukukun her alanındaki görüş ve hükümlerin Kur'an ve Sünnetle irtibatlandırılması geleneğinin tabii sonucu olarak, “*Habbân hadisi*” gabin, hacr, muhayyerlik gibi konularda İslâm hukukçuları için önemli bir kaynak teşkil etmekte, bu konularda farklı görüşlere sahip fakihler ve hukuk ekollerinin her biri tarafından farklı yorumlara tabi tutulmaktadır.⁵⁵⁴ Bunlar;

Ahmed bin Hanbelin rivayetine göre “Hz. Peygamber döneminde akli melekesinde zayıflık olan bir kişi alış verişlerde aldatılmaktaydı. Bunun üzerine ailesi Hz. Peygambere gelerek Ya Rasulullah filan kimsenin bazı tasarruflarda bulunmasına engel ol. Çünkü o, akli melekesi zayıf olduğu için alış verişte aldatılıyor, dedi. Hz. Peygamberde kendisinden bahsedilen kişiyi yanına çağırarak alış veriş yapmasını

⁵⁴⁸ Fikret Eren, BHGH, 423; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 199; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 193.

⁵⁴⁹ Fikret Eren, BHGH, 423; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 199; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 193.

⁵⁵⁰ Suat Sarı, *Gabin*, 1039; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 199.

⁵⁵¹ Yaşaroğlu, *Gabin*, 57.

⁵⁵² İbn Mâce, Ahkâm, 24.

⁵⁵³ Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 753; H. Yunus Apaydın, *Muhayyerlik*, XXXI, 24- 25; Kumaş, *Gabin*, 229.

⁵⁵⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 410; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, IV, 224.

yasakladı. Bunun üzerine Hz. Peygambere alış veriş konusunda kendimi tutamıyorum deyince H. Peygamberimiz “*Eğer alışverişi bırakamıyorsan (alış- veriş yaptığın zaman) aldatmak yok de*” buyurdu.⁵⁵⁵

Hanbelî fakihler gabin muhayyerliğini ayıp muhayyerliğine kıyas ederek gabinden zarar gören için üç gün muhayyerlik süresi olduğu görüşündedirler.⁵⁵⁶ Ebû Hanîfe, “*Habbân hadisi*”ne binaen, akidde gabine maruz kalmamak için en fazla üç günlük muhayyerlik şartının ileri sürülebileceği, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed, bu sürenin müddetinin belirli olması şartıyla, daha uzun olabileceği görüşündedirler.⁵⁵⁷

İbn Mace ve Darekutnî’nin⁵⁵⁸ rivayet ettiği bir başka hadis-i şerifte de Hz. Peygamberin aynı şahsa “*aldatmak yok de*” buyurduktan sonra satın aldığı her malda üç günlük muhayyerlik tanıdığı, alışverişe razı olursa malı elinde tutabileceği razı olmadığı takdirde de sahibine geri verebileceğini ifade ettiği zikredilmektedir. Naklettiğimiz hadis-i şeriflerde adı geçen sahabe Habbân İbn Munkız’dır.⁵⁵⁹

Musarrât hadisi diye meşhur olan hadis-i şerife gelince bu hadis mealen şu şekildedir: “*Her kim sütü biriktirilmiş bir koyun satın alırsa üç gün muhayyerdir. İsterse elinde tutar, dilerse iade eder. Beraberinde bir sa’ (ölçek) de hurma verir.*”⁵⁶⁰

Bu hadiste ifade edilen “*tasriye*” (hayvanı bir süre sağmayarak sütlü gösterme) uygulaması, satıcının müşteriyi fiil yoluyla aldatması söz konusu olduğu için tağriru’l fi’li (fi’li hîle) ye misal olanak gösterilmektedir.

Yukarıda zikrettiğimiz iki hadiste de görüldüğü gibi Hz. Peygamber muhayyerlik süresini üç gün olarak ifade etmiştir. Hanbeli hukukçular gabin muhayyerliğini hıyaru’l ayba kıyas ederek mağbun için muhayyerlik süresinin üç gün olduğu görüşündedirler. Ebu Hanife Habbân hadisini dikkate alarak akitte gabne maruz kalmamak için en fazla

⁵⁵⁵ Ahmed b. Hanbel, Ahmed Muhammed b. Hanbel (ö. 241/855). *Müsned*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, II, 80.

⁵⁵⁶ Buhutî, Mansur b. Yunus, *Keşşâfû’l-kınâ an Metni’l-iknâ*, Daru’l-fikr, Beyrut 1981, III, 215; Yaşaroğlu, *Gabin*, 58.

⁵⁵⁷ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi*, V, 174; Yaşaroğlu, *Gabin*, 58.

⁵⁵⁸ İbn Mâce, *Ahkâm*, 24; Darekutnî, Ebu’l-hasan Ali b. Ömer, *Sünenü’d-Darekutnî*, Daru’l-mehasin, Kahire ts. , IV, 9.

⁵⁵⁹ Babası da kendisi gibi sahabe olan Habbân ibn Munkız ensardandır. Hz. Peygamberle birlikte Uhud savaşına ve ondan sonraki tüm gazvelere katılmıştır. Nakledildiğine göre Hz. Osman zamanında 130 yaşlarındayken vefat etmiştir. Hz. peygamberle birlikte bulunduğu bir gazvede kaleye hücum ederken başına isabet eden bir taşla yaralandığı, konuşması ve akli melekesi kısmen zarar gördüğü, buna rağmen temyiz kudretinin yerinde olduğu rivayet edilmektedir. (Yaşaroğlu, *Gabin*, 32, dn. 49’da anılan yazarlar).

⁵⁶⁰ Müslim, *Büyû*, 24.

üç günlük muhayyerlik şartının ileri sürülebileceğini ifade ederken, imam Muhammed ve İmam Ebû Yusuf bu sürenin müddet belirli olmak şartıyla daha uzun olabileceği görüşündedir.⁵⁶¹

Şafiiler arasında konu ile ilgili görüş ayrılıkları bulunmasına rağmen tercih edilen görüş muhayyerliğin ale'l-fevr (herhangi bir süre söz konusu olmaksızın derhal geçerli olduğu) şeklindedir. Dolayısıyla muhayyerlik hakkının derhal kullanılıp akdin feshedilmemesi sebebiyle muhayyerlik hakkı ortadan kalkar.⁵⁶² Bir başka görüşe göre ise Şafii hukukçuları muhayyerlik için üç günlük bir süre tayin etmişlerdir.⁵⁶³

Maliki hukukçulara göre mağbunun muhayyerlik hakkı, gabin sebebiyle akdin kuruluşundan itibaren bir yıldır. Mağbun bu süre içerisinde muhayyerlik hakkını kullanabilir.⁵⁶⁴ Malikilerin bu görüşü diğer fıkıh ekolleri içerisinde günümüz borçlar kanunu'na en yakın olan görüştür.

Irak Medeni Kanununun 125. maddesinde ise bu sürenin akid zamanından itibaren bir yıl olduğu va'zedilmektedir.⁵⁶⁵ Bu maddede; “Akdi yapan taraflardan birinin ihtiyacı, hiffeti, irade zaafı, bilgisizlik ve anlayışsızlığı istismar edilir, bu sebeple karşı taraf gabne maruz kalırsa, akid zamanından itibaren bir yıl içinde gabni makul bir ölçüye getirmeyi talep edebilir. Eğer tasarrufu teberru cinsinden ise akdi bozabilir” denilmektedir.⁵⁶⁶ Bu görüş TBK md. 28'e, hem gabnin unsurları bakımından, hemde sonuçları bakımından en mutabık olan görüştür.

Karadâğî'ye göre de “*musarrât hadîsi*”ne kıyasen, gabinli akdin feshinde son süre gabnin anlaşılmasından itibaren üç gündür. Üç gün içinde semenin hakiki değerini tamamlamasını ister ya da akdin fesh eder. Eğer gabinden istifade eden taraf, talebini kabul etmezse, mağdur bir sene içerisinde dava açar. Ayrıca ehliyeti eksik olan mağdurun, reşid olmasından itibaren bir yıl kadar muhayyerlik hakkı vardır. Çünkü

⁵⁶¹ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, Dârü'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut 1995, V, 112- 113;

⁵⁶² Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 389, IV, 38; Ö. Nasuhi Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747; Yaşaroğlu, *Gabin*, 58; Kumaş, *Gabin*, 246.

⁵⁶³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 747.

⁵⁶⁴ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 137; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 155; Yaşaroğlu, *Gabin*, 58.

⁵⁶⁵ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 137.

⁵⁶⁶ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 137'den naklen.

onların yeteri derecede tecrübeleri bulunmayıp korunmaya daha fazla ihtiyaçları bulunmaktadır.⁵⁶⁷

2.3.3.1.2. İptal Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

2.3.3.1.2.1. Genel Olarak

BK. Md. 28'e göre gabine uğrayan, sözleşmeden kurtulmak istediği zaman bir sene içerisinde akdi iptal ettiğini bildirir. İptal bildirmenin öncelikli sonucu edimlerin iadesidir. TBK md.28/I'de "...zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir". demek suretiyle sömürülenin sırf sözleşmeyi iptal ettiğini beyan etmekle ifa ettiği edimini geri istemek hakkını kazanacağını ya da edimlerin uyarlanması yoluna gidebileceğini ifade etmektedir.⁵⁶⁸

Mağbun sözleşmeyi iptal etmek yönünde irade beyanında bulunduğu zaman, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz hale gelmesinin bir sonucu olarak, tarafların sözleşme gereği verdikleri edimlerin iadesi gerekir.⁵⁶⁹

İptal beyanından sonra tarafların hakları eşit konumda olup, edimler her iki taraf tarafından da talep edilebilir. İki taraf da ifa edilmemiş edimlerin ifasını talep edemeyecekleri⁵⁷⁰ gibi, iptal hakkının kullanılmasından önce ifa edilmiş edimleri de isteyebilirler. Şayet her iki taraf da borçlarını ifa etmişse iadeyi isteyen kendi aldığı edimi iade etmiş olması veya iadeyi teklif etmiş olması kabul edilmektedir. Ancak sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde iptalin geçmişe etkili olması, işin niteliğine uygun görülmediğinden genellikle dürüstlük kuralından yararlanılarak burada geçersizliğin iptal anına kadarki edimleri etkilemeyeceği kabul edilmektedir.⁵⁷¹

⁵⁶⁷ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 754; Kumaş, *Gabin*, 246- 247.

⁵⁶⁸ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 201.

⁵⁶⁹ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 171.

⁵⁷⁰ Fikret Eren, BHGH, 414,423; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 42.

⁵⁷¹ Fikret Eren, BHGH, 415; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 119; Suat Sarı, *Gabin*, 1037; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 172; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 200.

Her iki tarafın da edimlerinin iade talebinin hukukî gerekçesi ya istihkak ya da sebepsiz zenginleşme olmak üzere iki yolla mümkün olacağı kabul edilmiştir.⁵⁷²

MK md. 683 uyarınca iade edilmesi gereken şey taşınır ya da taşınmaz olup bu mallar iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmemiş, tüketilmemiş ve aynen iade etmesi gereken tasarrufta bulunuyorsa açılacak dava istihkak/mülkiyet davasıdır.⁵⁷³ Özellikle taşınmaz bir malın mülkiyeti karşı tarafa geçirilmişse, bu tapu kütüğünün düzeltilmesi yoluna gidilerek ger alınabilir.⁵⁷⁴ Ancak iade edilmesi gereken şey, aynen mevcut değilse, mal tüketilmişse veya üçüncü kişiye devredilmişse, bu durumda da TBK md. 77 uyarınca sebepsiz zenginleşme davası açılmalıdır.⁵⁷⁵ Gabin nedeniyle açılan sebepsiz zenginleşme davasında, sözleşmeden faydalanan kişi iyiniyetli kabul edilemeyeceğinden hakkında TBK md. 79/II, TBK md. 80/II hükümleri uygulanmalıdır.⁵⁷⁶

Edimlerin iadesinde, aynen iade mümkün oldukça sorun yoktur. Ancak istihlâkî (tüketim malı) bir şeyin ödünç veya satımında, yerine getirilen bir vekâlet sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinde iade, yerine getirilen edimin hâkim tarafından takdir edilen değerine göre yapılır.⁵⁷⁷

Eğer iadeye konu olan malı istiğmalî bir mal ise, iadeye konu olan malın menfaatinin iadesi gerekmektedir. Yargıtay da kararlarında akdin gabin sebebiyle iptali halinde, baştan itibaren hükümsüz olacağını kabul etmiştir. Yargıtay bu kararında iptal halinde edim konusunun karşı tarafın elinde bulunmasının hukukî dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir. Bundan dolayı akdin iptal edilmesi durumunda kullanma menfaatinin hesaplanıp iadesine hükmetmiştir.⁵⁷⁸

⁵⁷² Fikret Eren, BHGH, 344; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 119; Suat Sarı, *Gabin*, 1034; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 42; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 173.

⁵⁷³ Fikret Eren, BHGH, 423; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 119; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 42; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 173.

⁵⁷⁴ Fikret Eren, BHGH, 423.

⁵⁷⁵ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 42; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 173.

⁵⁷⁶ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 43.

⁵⁷⁷ Aslan, *Gabinin Unsurları*, 120; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 173.

⁵⁷⁸ Yar. 13. HD. 11.02.1986 t. , 1986/5720 E., 1986 /6260 K. sayılı Kararı (Aslan, *Gabinin Unsurları*, 123; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 173; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 201).

2.3.3.1.2.2. Tazminat Davası

TBK md. 28’de her ne kadar tazminatla ilgili açık bir düzenleme yapılmamış olsada gabin sebebiyle iptal edilen sözleşmeden doğan zararların tazmin edilmesi gerekmektedir.⁵⁷⁹ Çünkü mağbunun, tecrübesizliğinin, hiffet ya da müzâyeka hallerinin istismar edilmesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir.⁵⁸⁰ Çünkü böyle bir sözleşme yapmak “culpa in contrahendo”⁵⁸¹ oluşturur.⁵⁸² Yargıtıya da kararlarında culpa in contrahendoyu tazminat yükümlülüğüne sebebiyet veren bir olgu olarak kabul etmiştir.⁵⁸³ Buradaki tazminat, hukukî dayanak ve nitelikleri yönüyle sözleşmenin müzakere edilmesi esnasında meydana gelen zararın tazmin edilmesidir. Ödenecek tazminat da ilke olarak menfi zararlarla sınırlıdır.⁵⁸⁴

Mağbun, verdiklerini isteyebilceği gibi, bu yüzden uğradığı zararın tazminini de TBK md. 49 uyarınca istemek hakkının olduğu doktrinde kabul edilen görüştür.⁵⁸⁵

İslâm hukukunda da tazminat kavramı geçmektedir. Fakat tazminat kavramı ile ifade edilen anlam, çağdaş hukuk doktrinlerindeki tazminattan farklı anlamda kullanılmaktadır. Dolayısıyla İslâm hukukunda tazminat talebi yer almamakta, satım akdi gabin sebebiyle feshedilince taraflar yalnız verdiklerini geri almakla yetinmekte ya da emsal bedelden fazla olan kısmı ya da fâhiş oransızlığı ortadan kaldıracak miktarı geri aldıkları görülmektedir.⁵⁸⁶

2.3.3.1.2.3. Edimlerin Uyarlanarak Sözleşmenin Ayakta Tutulması

Gabinli sözleşmeye bağlanan bir diğer sonuç da gabinli sözleşmesinin iptali yoluna gidilmeden edimlerin azaltılması veya arttırılması yoluyla ayakta tutulmasıdır. TBK md. 28 uyarınca mağbunun seçimlik haklarından birisi de edimlerin

⁵⁷⁹ Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 204.

⁵⁸⁰ İnan ve Yücel, BHGH, 245; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 497; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 128; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 204 vd.

⁵⁸¹ Türkçe çevirisi için bkz. Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 205, dn. 95.

⁵⁸² İnan ve Yücel, BHGH, 245; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 497; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 128; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 204 vd.

⁵⁸³ Yar. 19. HD. 28.04.2005 t. , 2005/1932 E. , 2005/4790 Ks. Kararı; 13. HD. 13.11.1995 t. , 1995/9375 E., 1995/9860 Ks. Kararı (Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 206)

⁵⁸⁴ Eren, BHGH, 423

⁵⁸⁵ Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 43.

⁵⁸⁶ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 155; Kumaş, *Gabin*, 250.

uyarlanmasını/dengelenmesini talep hakkıdır. Buna göre zarar gören sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.⁵⁸⁷

Çok zaman, özellikle de müzayeka halinde, mağbun sözleşmeyi iptal ederse içinde bulunduğu durumdan daha kötü bir duruma düşebilir. Çünkü zaten içinde bulunduğu durumdan kurtulmak için sözleşmeye razı olmuş olabilir. Yani mağbun ehven-i şer olanı seçmiş olabilir. Bu durumda eğer sözleşmenin iptali yoluna giderse, kanun gereği edimlerin iade edilmesinden dolayı, yine eski zor durumuna düşebilir.⁵⁸⁸

Sözleşenin uyarlanmasına ihtiyaç duyulmasının sebebi, akid esnasında var olan şartların öngörülemeyen sebeplerle daha sonra değişmesidir. Fiilî, hukukî ya da ekonomik koşullarda öyle değişiklikler olmuştur ki, artık tarafların ahde vefası beklenemez hale gelmiştir. Bu nedenden dolayı akdin değişen kurallara uyarlanması ve uygun hale getirilmesi bir zorunluluktur.⁵⁸⁹

İsviçre hukuk sisteminde de buna “*içerik değiştirici kısmî hükümsüzlük*” denilmektedir.⁵⁹⁰

TBK md. 28’de “...ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir”denilmektedir. Buradaki edimlerin uyarlanmasını talep hakkı, iptal gibi yenilik doğurucu bir haktır.⁵⁹¹ Ancak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı değiştirici yenilik doğuran haklar arasında yer alır⁵⁹² ve bu hak mağbuna aittir.⁵⁹³ Bu hakkın kullanılması için dava açılmasına da gerek yoktur.⁵⁹⁴ Kanunda herhangi bir şartla kayıt altına alınmadığı için de beyan sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Ancak beyanın yazılı yapılması daha iyi olur.⁵⁹⁵ Çünkü mağbunun belirlediği miktara, oransızlıktan faydalanan karşı çıkmazsa herhangi bir

⁵⁸⁷ TBK md. 28.

⁵⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 494; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 174.

⁵⁸⁹ İnan ve Yücel, BHGH, 270.

⁵⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 494;

⁵⁹¹ Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 68; Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 39; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 175.

⁵⁹² Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 68; Suat Sarı, *Gabin*, 1036; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 181.

⁵⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 496; Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 67; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 211- 212.

⁵⁹⁴ Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 68; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 176.

⁵⁹⁵ Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 176.

problem oluşmaz.⁵⁹⁶ Ancak yararlanan taraf, edimlerin dengelenmesi hakkının varlığını, ya da mağbunun bildirdiği indirim miktarını kabul etmezse, o zaman dava açmaktan başka yol yoktur.⁵⁹⁷ Dava açılınca da oransızlığın takdiri hâkim tarafından yapılır. Ancak kısmi iptal çerçevesinde karşılıklı edimler dengelenirken, malın piyasadaki ortalama fiyatının mı esas alınacağı, yoksa dengesizlikteki fâhiş olma unsurunu kaldıracak, kabul edilebilir veya hoşgörülebilir bir meblağ ile mi yetinileceği konusu tartışmalıdır. Öğretide bu konuya değinen yazarlar genellikle birinci alternatifi üstün tutmaktadırlar. Çünkü gabin, zayıf durumdaki sömürüleni korumak üzere vazedilmiş bir müessesedir.⁵⁹⁸

İslâm hukuk doktrininde sözleşmenin uyarlanmasına, genel anlamda olumlu bakılmaz. İndirim müeyyidesi özellikle güvene dayalı akidlerde söz konusu olmuştur.⁵⁹⁹

Fakihler akdin ayakta tutulabilmesi için çeşitli görüşler sunmuşlardır. Özellikle Hanefî mezhebine göre mevkuף olan gabinli akdin icazetle veya eksikliğinin giderilmesiyle ayakta tutulabileceği konusunda hükümlere yer vermişlerdir. Bunlar;

1. Borca batık birisi iflası sebebiyle tasarrufları kısıtlanmışken (Hacr altındayken) malını gabin-i yesirle satarsa, satış sözleşmesinin geçerliliği alacaklılarının icazetine bağlıdır. Alıcı piyasa fiyatıyla satış bedeli arasındaki farkı ödemesiyle akid sahih/geçerli hale dönüşür.⁶⁰⁰
2. Ölümcül bir hastalığa yakalanan birisi (maraz-ı mevt) bu durumdayken malını gabin-ı yesirle mirasçılarının dışındakilere satarsa, mirasçılarının icazeti ile ya da müşterinin piyasa bedeli ile satış bedeli arasındaki farkı ödemesiyle nafız (geçerli) hale dönüşür.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ Vedat Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 68; Suat Sarı, *Gabin*, 1036; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 175

⁵⁹⁷ Suat Sarı, *Gabin*, 1036; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 175.

⁵⁹⁸ Kocayusuףpaşaoğlu, BHGB, 497; Buz, *Sözleşmenin Ayakta Tutulması*, 72- 73; Aslan, *Gabinin Unsurları*, 138; Suat Sarı, *Gabin*, 1035; Okumuş, *Aşırı yararlanma*, 182.

⁵⁹⁹ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 587; Bilmen, *Kamus*, C.6, 83– 84; Orhan Çeker, *Fıkıh Dersleri*, 83; Kumaş, *Gabin*, 249.

⁶⁰⁰ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 150; Yaşaroğlu, *Gabin*, 45; Kumaş, *Gabin*, 255.

⁶⁰¹ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 150; M. K. Yaşaroğlu, *Gabin*, 45; Kumaş, *Gabin*, 255.

Karadağî'ye göre mağbunun, bedeller arasındaki oransızlığın uyarlanmasını talep etme hakkı vardır. Böylece satış sözleşmesine konu edilen mal (ma'kudun aleyh) hakiki kıymetiyle akde konu olur.⁶⁰²

Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre malı olduğundan üstün gösterip fiyat artışına neden olan fiili hile ile yapılan akid bağlayıcıdır. Ancak hileden zarar gören taraf akde konu olan malı yanında tutup hile sebebiyle oluşan fiyat farkını karşı taraftan talep etme hakkına sahip olur.⁶⁰³

Şafîiler bazı durumlarda, Hanbeliler murabahalı/kârlı ve tevliyeli/ maliyetine satışlarda, Ebu Yusuf tevliyede, Ebu Hanife ise hileden doğan fazlalık miktarının fiyattan düşüleceği görüşündedirler.⁶⁰⁴

Murabahada satıcı, örneğin 1000 TL'ye aldığı bir malı, “1200 TL'ye aldım” dese, müşteri buna muttali olunca isterse akdi fesheder, isterse de edimi belirlenen fiyatı ile kabul eder.

Tevliye'de satıcının hilesi ortaya çıkarsa müşteri, hıyanet miktarını fiyatı belirlenen edimden düşebilir.⁶⁰⁵

Vazîa'da ise yine satıcının hilesi ortaya çıkarsa bakılır; eğer hile ile birlikte yine edimin fiyatı yine de normal değerinin altıdaysa, yani satıcı 90 TL'ye aldığı bir malı, 100 liraya aldım diyerek 90 liraya satsa alıcı muhayyer olur, isterse edimi almaz, isterse de belirlenen fiyatı ile kabul eder. Ancak edim vazîa olmaktan çıkarsa, yani mebiin ücretinin 70 TL'ye mal olduğu anlaşılırsa müşteri edimden hileli kısmı düşerek malı alır.⁶⁰⁶

2.3.3.2. Fesih Hakkının Kaybedildiği Durumlar

Muhayyerlik sebebiyle fesih hakkına sahip olan aldananın (mağbûnun) şu durumlarda fesih hakkı kalmaz⁶⁰⁷;

⁶⁰² Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 753; Kumaş, *Gabin*, 255.

⁶⁰³ İbn Abidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 133

⁶⁰⁴ Saffet Köse, “Hile”, *DİA*, C.18, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar Matbaası, İstanbul 1998, 28.

⁶⁰⁵ Ö. Nasuhi Bilmen, *Kamus*, VI, 83.

⁶⁰⁶ Ö. Nasuhi Bilmen, *Kamus*, VI, 84.

⁶⁰⁷ Bkz. tez metni s. 29.

1. Mağbûnun, satım sözleşmesinde gabin olduğunu farkettilikten sonra mülkiyetin intikaline neden olacak şekilde edimde tasarrufta bulunması sebebiyle fesih hakkı ortadan kalkar. Çünkü gabinin öğrenilmesinden sonra mebidde tasarrufta bulunmak, sözleşmeye gabinli şekileyle razı olmanın bir göstergesidir. Mesela, gabine maruz kalan müşteri satım sözleşmesinde gabinin bulunduğunu anladıktan sonra edimi satarsa, kiraya verir ya da hibe ederse, fesih hakkını kaybeder. Ancak mülkiyeti lâzım hale getirmeyen emanet verme, fesih hakkına mâni değildir.⁶⁰⁸

Bu hüküm Mecelle’de şu şekilde ifade edilmektedir: “*Tağrîr olunan müşteri bey’de gabin-i fâhiş bulunduğuna muttali olduktan sonra mebi’de, temellükün levâzımından olan bir veçhile tasarruf ederse artık hakkı-ı fesih kalmaz.*”⁶⁰⁹

2. Mebî vakfedilmişse, mağbûn sözleşmeyi fesih hakkını yitirir.⁶¹⁰

3. Gabin ile satın alınan mebî telef olmuşsa,⁶¹¹

4. Tüketilmiş veya mebîde ayıp meydana gelmişse, mağbûnun sözleşmeyi feshetme hakkı ortadan kalkar. Meselâ satın alınan arsaya mağbûnun ev yapması, dolayısıyla arsayı ayıplı hale getirmesi durumunda, fesih hakkı kalmaz. Yine el yazması bir kitabı satın alan bir müşterinin onda edimi geri vermeye mani bir ayıp meydana getirmişse, sonradan aldandığını anlasa da artık bu ayıpla kitabı geri veremez.⁶¹²

Bu hüküm Mecelle’de şu şekilde ifade edilmektedir: “*Tağrîr ve gabin-i fâhişle satın alınan bir mal telef veya helâk veyahut mebîde ayıp zuhur etse, arsa olup üzerine bina yapılsa aldanan kimsenin akdi feshe selahiyeti kalmaz.*”⁶¹³

Bu maddeler kıyemî⁶¹⁴ mallar için söz konusudur. Mislî mallar⁶¹⁵ için durum daha farklıdır. Gabinin söz konusu olduğu bir muamele ile satın alınan mislî malların tamamı

⁶⁰⁸ Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 135 (md. 548); Ö. N. Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Kumaş, *Gabin*, 251.

⁶⁰⁹ Mecelle, md. 359; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 8.

⁶¹⁰ Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Kumaş, *Gabin*, 251.

⁶¹¹ Ö. N. Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Kumaş, *Gabin*, 250.

⁶¹² Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 135 (md. 549); Ö. N. Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Kumaş, *Gabin*, 251.

⁶¹³ Mecelle, md. 360.

⁶¹⁴ Sözlükte kavım “*ayakta durmak; bir şeyin yerine geçmek, bir şeye karşılık olarak denk gelmek*” manasındadır. Aynı kökten isim olan kıymet de “*bir şeyin eksiksiz olarak tam karşılığı, gerçek değeri*” anlamın dadır. Bir şeyin gerçek değeriyle kendisi arasında tercih yapılamayacak kadar denge olması sebebiyle böyle bir adlandırma yapılmıştır. Nitekim hukuk terimi olarak kıymet, “Bir malın baha-yi hakikisidir” (Mecelle, md. 154) diye tarif edilip “semen-i misl” manasında kullanılmaktadır. Klasik fıkıh terimi olarak kıymet mal çok defa “*misli olmayan eşya*” diye de tarif edilerek bu gruba giren malları ifade için “gayr-i misli” tabiri kullanılmıştır. Ayrıca mecelle’de şu şekilde geçmektedir;

helak olsa veya başkasına satılıp teslim edilse, sahih surette vakıf yapılsa, mal mağbunun elindeyken kendisinde geri vermeye mani bir ayıp meydana gelse ve bunlardan sonra gabnin varlığına muttali olursa fesih için muhayyerlik hakkı düşmez. Malın geri kalanını aynen, telef olanın da mislini iade edip ödediği semeni alır.⁶¹⁶

4. Mebî’de, kendisine bitişik olup kendisinden doğmamış olan bir ziyade (ziyade-i muttasıla-i gayr-i mütevellide) meydana gelmiş olması da fesih hakkının kalkmasına neden olur. Arsa üzerinde yetişen ağaç ve yapılan bina bu duruma örnek teşkil etmektedir.⁶¹⁷

5. İbrâ fesih hakkını ıskat eder/düşürür. Örnek olarak satım sözleşmesinin taraflarından birisi diğerini gabn-i fâhiş ve tağrîr davasından ibrâ ettiği zaman fesih hakkını kaybeder.⁶¹⁸

Türk-İsviçre Borçlar hukukunda da bazı durumlarda gabin dermeyan edilemez (ileri sürülemez).⁶¹⁹ Bunlar;

1. Bağışlama gibi tek taraflı akidlerde gabin dermeyan edilemez(ileri sürülemez). TBK md. 28’deki tariftten de anlaşılacağı gibi gabin tek taraflı hukukî muamelelerde değil, çok taraflı hukukî muamelelerden yalnız karşılıklı taahhütleri içeren, yani iki tarafı da borçlu kılan hukukî muamelelerde söz konusu olur.⁶²⁰ İsviçre’de yeni bir akım ise bağışlama (hîbe) akdi gibi ancak tek tarafa borç yükleyen akidlerde de gabin hükümlerinin uygulama alanı bulabileceğini ileri sürmektedir.⁶²¹

2. İpotek akidlerinde gabin iddia edilemez.

3. Açık artırma (müzayede) yöntemiyle yapılan satışlarda gabin iddia edilemez.⁶²²

“Kıyemî, çarşı ve pazarda misli bulunmayan yahut bulunursa da fiyatça mütefâvit (fiyatı farklı) olan şeydir” (Mecelle, md.146); Beşir Gözübenli, “Kıyemî”, *DİA.*, TDV Yayın, Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2002, XXV, 540.

⁶¹⁵ Sözlükte “birbirine benzeyen, birbirinin yerine geçebilen şeyler” anlamındaki misl kelimesinden türetilen mislî, fıkıh terimi olarak fiyatı etkileyecek bir fark olmadan birbirinin yerine geçebilen, görünüm, içyapı ve ekonomik fayda bakımından eş özelliklere sahip aynı türe ait malları ifade eder. Mecelle mislî malı, “Çarşı ve pazarda mu‘teddün bih, yani bahânın ihtilâfını mûcip bir tefâvütsüz misli bulunan şeydir” şeklinde tanımlamıştır (Mecelle md. 145); Hasan Hacak, Misli, *DİA*, TDV Yayın, Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul 2005, XXX, 187.

⁶¹⁶ Kadri Paşa, *Mürşidü’l-hayrân*, 135 (md. 548); Kumaş, *Gabin*, 251.

⁶¹⁷ Ali Haydar, *Dürerü’l-hükkâm*, I, 592 Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 9; Kumaş, *Gabin*, 251.

⁶¹⁸ Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Kumaş, *Gabin*, 251.

⁶¹⁹ Hasan Halis Sungur, *Gabin*, İstanbul: İstanbul Matbaası 1953, 74.

⁶²⁰ İnan ve Yücel, BHGH, 237; Çakırca, *Aşırı yararlanma*, 131 (ayrıca bkz. Tez metni, 49).

⁶²¹ Kocayusufoğlu, BHGB, 484- 485.

⁶²² Sungur, *Gabin*, 74- 75.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAĞRİRİN TANIMI, UNSURLARI VE ÇEŞİTLERİ

Tezimizi her ne kadar gabin muhayyerliğinin İslâm Hukuku ve TBK açısından mukayesesi teşkil etse de İslam hukukunda gabinin vâki olabilmesi için hilenin/tağririn de varlığının sabit olması gerekliliğini kabul eden İslam hukukçularının çokluğundan (hatta mecelle’de gabin muhayyerliği için tağrirle birlikte gerçekleşmiş olmasının zorunluluğundan)⁶²³ dolayı bu bölümde de tağrir/hile konusunu ele alacağız.

3.1. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA HİLE

3.1.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunda hile, gabinle doğrudan ilişkilendirilmeyip,⁶²⁴ hata ve ikrahla beraber iradenin sözleşmenin kuruluşunda korunmasına hizmet eden bir kurum olarak Türk Borçlar Kanunun genel hükümleri arasında düzenlenmiştir.

TBK md. 36 şöyledir; *“tarafardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.*

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.”

TBK md. 39 ise şöyledir; *“Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.*

Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.”

⁶²³ “Bey’de bilâ tağrîr gabn-i fâhiş bulunsa mağbun olan kimse bey’i feshedemez. Fakat mal yetim malı ise aldatma kasdı olmasa dahi gabn-i fâhiş varsa bey’ sahih olmaz. Vakıf malları ile hazine malları da yetim malı hükmündedir.”(Mecelle, md. 356).

⁶²⁴ Yar. 1. HD. 03.10.1985 t. , 1985/10091 E. , 1985/10340 Ks. Kararında Muvazaa, hile ve Gabinin aynı dava içerisinde ileri sürülemeyeceğini hükme bağlayıp, Gabinle hileyi birbirinden ayırmıştır.(Eraslan Özkaya, *Gabin Davaları*, 104- 105).

Kanunumuz 36. ve kısmen de 39. maddelerinde hileyi düzenlemiş olsa da aldatmanın tarifini vermemiştir. Doktrinde hile şu şekilde tarif edilmiştir. “*hile hukukî muamele yapacak kimsenin bu husustaki irade beyanını sağlamak için gerçeği değiştirmek ya da hiç mevcut olmayan bir hususu mevcutmuş gibi göstererek, kişide yanlış, gerçeğe aykırı bir kanaat yaratmak ya da kişide zaten mevcut olan gerçeğe aykırı kanaati devam ettirmek gayesiyle başvurulmuş kastî/ bilinen hareket ve susmalardır/sükûttur*”.⁶²⁵

Ancak hileyle ilgili bu hükümler ayrı bir kanuni düzenleme bulunmayan hallerde ve bünyesine de aykırı düşmediği takdirde, diğer sözleşmelere ve hatta her türlü hukuki işleme kıyasen uygulanabilir. Bunun dışında hile, TBK’nın diğer birçok hükmünde ve hatta diğer kanunlarda da düzenleme konusu yapılan bir olgudur.⁶²⁶

Türk Borçlar Hukuku’nda hilenin gerçekleşebilmesi için aranacak ilk unsur, bir kişinin başka birisinin hataya düşmesini ya da zaten mevcut olan hatasının devamını sağlayacak davranışlar içine girmesidir.⁶²⁷ Hile halinde, bir kimse diğerini akid yapmaya sevk etmek için, sözleriyle ya da davranışlarıyla, hileye maruz kalan kişide kasıtlı olarak yanlış bir kanaat uyandırmış veya mevcut olan yanlış kanaatinin devamını sağlamıştır.⁶²⁸

Hilenin herhangi bir davranış, söz ya da yazı ile yapılmış olmasında herhangi bir fark yoktur. Önemli olan hilenin gerçekleşmiş olmasıdır ve karşı tarafı hataya sevk etmiş olmasıdır. Bundan dolayı aldatma kastı olmadan açıklanan irade beyanı, yanılğı içeren bir beyan olsa dahi hile meydana gelmiş olmaz.⁶²⁹

Hileli davranış, hukukî veya fiilî niteliği olan, bilinmesi mümkün, belirli bir olay ya da duruma dayanmalıdır. Aldatmada aldatan, akdin yapılması ve özellikle görüşmeler esnasında, belirli konu ve hususlarda gerçek dışı bilgiler vermekte veya bazı hususları dürüstlük kuralına göre açıklaması gerekirken kasıtlı bir şekilde gizlemiş olmalıdır. Çünkü bu şekilde yapılan gerçek dışı beyanlarla karşı tarafta yanlış bir kanaat

⁶²⁵ İnan ve Yücel, BHGH, 325.

⁶²⁶ H. Kübra Ercoşkun Şenal, “Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(4), 2013, 81.

⁶²⁷ Eraslan Özkaya, *Hata-Hile-İkrah Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, 190(*Hata-Hile-İkrah Davaları*); Zekeriya Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, Kazancı matbaacılık, İstanbul 2003, 12 (Hile)

⁶²⁸ Özkaya, *Hata-Hile-İkrah Davaları*, 185; Kurşat, *Hile*, 12; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 452.

⁶²⁹ Yar. 4. HD. 22.03.1968 t. , 4668 E. ,2754 Ks. Kararı (Zekeriya Kurşat, Hile, 12).

uyanmış olur.⁶³⁰ Nitelikleri itibarıyla şüpheli olan durumlara yönelik beklentilerin doğmasına neden olması⁶³¹ ya da açık ve kesin olmadıklarından dolayı gerçeği tam olarak yansıtmayan sözler hile sayılmazlar.⁶³²

Borçlar hukukunda, hile adıyla anılan bu müessese, ceza hukukunda “dolandırıcılık” adı altına tedkik edilmektedir.⁶³³

TCK. Md. 157; “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir.*”denilmektedir.

Ancak Ceza Kanunumuzun dolandırıcılık için aradığı şartlarla, Borçlar Kanunumuzun hile için aradığı şartlar birbirinden farklıdır. Bundan dolayı, genel kabul gören kanaate göre, TBK’da düzenlenen hilenin kapsamı, TCK’da düzenlenmiş olan dolandırıcılığın kapsamından daha geniştir. Yani her dolandırıcılık aynı zamanda bir hile olmasına rağmen, her hile dolandırıcılık değildir.⁶³⁴

Susma yoluyla/sükût yapılan hileler ise bir tarafın açıklama yükümlülüğü altında bulunması halinde ortaya çıkar. Bu yükümlülük bazen hâlin icabı gereği, yapılan akdin mahiyetinden doğabilir. TMK md. 2 “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*”kaidesi gereği sözleşme yapılırken susulmamalı ve gereken açıklama yapılmalıdır. Ancak her susma hile değildir. Çünkü çıkar çatışması yaşayan taraflardan bütün hususlarda açıklama yapması beklenemez.⁶³⁵

Hile, hileye maruz kalan tarafta bir hata meydana getirmiş, ya da onun bir hususta zaten hatası mevcut ise bu hatasının devam etmesine sebep olması gerekir. Zaten hile halinde iken bir kimsenin iradesinin oluşmasına etki edilmektedir. İrade daha akdin oluşma safhasında sakatlanmaktadır. Bundan dolayı hileye maruz kalanın düştüğü hata genellikle saik hatasıdır. Ancak borçlar kanunumuzdaki düzenleme gereği “esaslı hata” akde tesir etmektedir.⁶³⁶ TBK md. 30’da şöyle denilmektedir; “*Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz*”. Aynı zamanda “beyan hataları”

⁶³⁰ Kurşat, *Hile*, 13; Eren, BHGH, 398;

⁶³¹ Örneğin borsadaki bir hissenin değerinin yükseleceği beklentisinin doğmasına sebebiyet vermek hile değildir. Zekeriya Kurşat, *Hile*, 13, dn. 49’da anılan yazarlar.

⁶³² Kurşat, *Hile*, 13.

⁶³³ İnan ve Yücel, BHGH, 325.

⁶³⁴ İnan ve Yücel, BHGH, 325.

⁶³⁵ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 188.

⁶³⁶ Kurşat, *Hile*, 13; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 453.

da “esaslı hata” kabul edilmektedir.⁶³⁷ TBK md. 31 şöyledir; ” *Özellikle aşağıda sayılan yanılma hâlleri esaslıdır:*

1. *Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa.*
2. *Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa.*
3. *Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa.*
4. *Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa.*
5. *Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa.*

Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir.”

Saik hataları ise TBK md. 32’de ele alınmış ve şöyle denilmiştir; “*Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanlış olduğu saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir.”*

Saik hataları işlemlerde güven ilkesi, hakkaniyet ve adalet duygularının dikkate alınması neticesinde ancak istisnai durumlarda akde tesir etmektedir.⁶³⁸ Ancak hata hükümlerine dayanarak akdi iptal edebilmek için hatanın esaslı olması gerektiği halde, aldatılan tarafın hile sonucu düştüğü hatanın esaslı olması aranmaz. TBK md. 36/I bu konuyu açıkça belirtmiştir.⁶³⁹

Aldatmayı ispat, hileye maruz kalan tarafa düşer. Aldatma bir haksız olduğundan dolayı her türlü delille ispat edilebilir. Aldatan tarafın da aksini ispat hakkı vardır. Bundan dolayı aldatan, hileyemarus kalanın, hile olmasaydı bile aynı sözleşmeyi

⁶³⁷ Kurşat, *Hile*, 13.

⁶³⁸ Kurşat, *Hile*, 14, dn. 53’te anılan yazarlar.

⁶³⁹ Kocayusufoğlu, BHGB, 453.

yapacağını kanıtlarsa, aldatma sebebi ile sözleşmenin iptal edilmesi ya da tazminat istenemez.⁶⁴⁰

3.1.2. Hilenin Unsurları

3.1.2.1. Aldatıcı Davranış (Hile Eylemi)

Yukarıda da açıkladığımız üzere Türk Borçlar Hukuku'nda hilenin gerçekleşebilmesi için aranacak ilk unsur, bir kişinin başka birisinin hataya düşmesini ya da zaten mevcut olan hatasının devamını sağlayacak davranışlar içine girmesidir.⁶⁴¹

Aldatanın aldatıcı davranışları, doktrindeki hâkim görüşe göre ya aktif/olumlu bir davranış ya da tamamen pasif/olumsuz bir davranış (susma/sükût) biçiminde gerçekleşebilir.⁶⁴²

İslam hukuku açısından da bakacak olursak hilenin söz konusu olabilmesi için aldatma fiilinin bulunması şarttır. Bu fiilin de çoğu insanı aldatıcı nitelikte olması gerekir. Aldatma fiili olumlu bir davranış, bir yapma fiili olabileceği gibi, olumsuz bir davranış, bir yapmama fiili, bir kaçınma, bir susma (sükût) da olabilir. Eğer hile kolayca anlaşılabilir nitelikte olursa bile gerçekleşmez. Mesela okuma yazma biliyor zannedilsin diye kölenin parmaklarına ve elbisesine mürekkep sürmesi akdi etkileyen bir hile değildir. Zira müşteri denemek suretiyle onun gerçekten okuma yazma bilip bilmediğini öğrenme imkânına sahiptir. Sahip olduğu bu imkânı kullanmaması ise kusurdur.⁶⁴³

3.1.2.1.1. Aktif/ Olumlu Hile Eylemi

Olumlu davranışlarla aldatmada aldatıcı aktif bir hareket sergileyerek ya gerçekte olmayan bir şeyi, bir olay ve durumu varmış gibi gösterir, onun mevcut olduğunu iddia eder ya da gerçekte mevcut olan bir şeyin, olay veya durumun varlığını inkâr eder.⁶⁴⁴

⁶⁴⁰ Eren, BHGH, 402.

⁶⁴¹ Eraslan, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 187; Kurşat, *Hile*, 12; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 453; Eren, BHGH, 397; İnan ve Yücel, BHGH, 326.

⁶⁴² Eraslan Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 188; Kurşat, *Hile*, 12; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 453; Eren, BHGH, 397; İnan ve Yücel, BHGH, 326.

⁶⁴³ Buhutî, *Keşşâfu'l-kınâ*, C.3, 214.

⁶⁴⁴ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 193; Kurşat, *Hile*, 50; Eren, BHGH, 397.

Örneğin A, B' ye kullanılmış bir otomobili, kilometresini sıfırlatmak suretiyle sıfır km. gibi göstererek satması ya da vergiye tabi olan bir otomobili vergiden muafmış gibi göstererek satması hallerine aktif hile gerçekleşmiş olur.⁶⁴⁵

Burada hile oluşturan beyanlar, objektif olarak değerlendirilebilen beyanlardır. Bundan dolayı sadece övgü niteliğinde olan ya da sübjektif değer yargılarını ifade eden sözler hile sayılmazlar.⁶⁴⁶ Mesela arabanın sayacının gösterdiği rakamlar, akde konu olan malın piyasa fiyatı, halının yaşı gibi olgular objektif olarak ortaya konulabilecek konular iken, “araba çok güzel” gibi ifadeler sübjektif değer taşıdığından hile sayılmazlar.⁶⁴⁷

Hile için mutlaka sözlü ya da yazılı beyanlar şart olmayıp, aldatıcı bir fiilî durum yaratmak da hilenin oluşması için yeterlidir.⁶⁴⁸

Hile fiilinin hukuka aykırı olması gerekir.⁶⁴⁹ Örneğin birini işe alacak işverenin, kira akdi yapacak ev sahibinin yapılacak akidle doğrudan ilgili olmayan ve hukuken caiz sayılmayan “*Hamile misiniz?*”, “*Yakın gelecekte evlemeyi düşünüyor musunuz?*”, “*Dinî vecibelerinizi yerine getiriyor musunuz?*”, “*Hangi siyasi partiye üyesiniz yahut hangi partiyi destekliyorsunuz?*” gibi sorular sorması durumudur. Bu gibi sorulara sınır çizen hüküm TMK md. 24’tür. Bu madde gereği istisnai durumlar dışında bu gibi sorular kişilik haklarına haksız bir müdahale anlamı taşır ve bu sebepten dolayı, böyle sorulara muhatap olan kişi doğru olmayan cevaplar verse dahi hile yapmış sayılmaz.⁶⁵⁰

Hile reklam yoluyla da gerçekleştirilebilir.⁶⁵¹ Reklam niteliğindeki abartılı sözler hile sayılmazlar. Çünkü abartılı ifade ve görüntülerin kullanılması reklamlar açısından kaçınılmaz bir özellik olsa da tüketiciyi aldatmaya yönelik sözlerin reklam niteliğinde olsalar da hile teşkil etmelerine engel değildir.⁶⁵² Yanlış ve yanıltıcı reklamların aldatıcı olduğunun kabul edilebilmesi için hitap ettiği tüketicileri aldatabilecek niteliğe sahip olması şarttır. Buradaki kıstas ise reklamın hitap ettiği kitledeki orta seviye tüketicidir. Reklamın hitap ettiği kitledeki vasatî (orta bilgi seviyesine sahip) tüketici, reklamlardaki

⁶⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 453; Eren, BHGH, 397.

⁶⁴⁶ Kurşat, *Hile*, 50.

⁶⁴⁷ Kurşat, *Hile*, 50, dn. 238.

⁶⁴⁸ Kurşat, *Hile*, 50; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 454.

⁶⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 454; Eren, BHGH, 398.

⁶⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 454 vd.

⁶⁵¹ Kurşat, *Hile*, 23; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 455

⁶⁵² Kurşat, *Hile*, 23.

abartıların farkına varabilecek ve içerdiği övgülerin ciddiyet derecesinin takdirini yapabilecek durumda ise hileden söz edilemez.⁶⁵³

Tüketiciyi aldatmaya yönelik fiillerin reklam niteliğinde olmaları hile teşkil etmelerine engel değildir. Hilenin unsurlarının mevcut olduğu hallerde aldatıcı reklam sonucunda bir mal ya da hizmet alan tüketici hile hükümlerinden faydalanarak yaptığı sözleşmeyi iptal edebilir.⁶⁵⁴

Reklam da hile kastının aranması şarttır.⁶⁵⁵

3.1.2.1.2. Pasif / Olumsuz (sükût) Sonucu Oluşan Hile Eylemi

Aldatma fiili olumsuz bir davranıştan, susmaktan, bilgi verilmesi elzem olan bir konuda bilgi vermemekten de ibaret olabilir.⁶⁵⁶ Burada hileyi gerçekleştiren kişinin hiçbir aktif davranışı, sarfedilen bir sözü yoktur.⁶⁵⁷ Bunun tam tersi olarak hareketsizlik ve suskunluk vardır. Çünkü pasif hile yapanın amacı karşı tarafın yanlış olan düşüncesini düzeltmekten kaçınmaktır.⁶⁵⁸ Burada bilinmesi gereken şudur ki her susma ve kaçınma eylemi hile sayılmaz. Sükûtun hile sayılabilmesi için konuşulması gerektiği yerde susarak “aydınlatma yükümlülüğü”nden kaçmaktır.⁶⁵⁹ Susmanın hile oluşturması ancak taraflar arasında sözleşme öncesi müzakerelerin doğurduğu hukukî ilişkinin, iyiniyet kurallarına göre, gerekli kıldığı olayları bildirme zorunluluğu ile sınırlıdır.⁶⁶⁰

3.1.2.2. Aldatma Kastı

Hile eyleminin kasıtlı olarak yapılması gerekir. Ancak bilerek ve isteyerek yapılan fiiller hile sayılabilir.⁶⁶¹ Bir fiilin hile kasdıyla yapıldığını söyleyebilmek için ilk önce hileyi gerçekleştirenin, bu davranışının sonucunun gerçeğe uygun olmadığının

⁶⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 456.

⁶⁵⁴ Kurşat, *Hile*, 23; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 456.

⁶⁵⁵ Kurşat, *Hile*, 24; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 456, dn. 15a.

⁶⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 458; Eren, BHGH, 398.

⁶⁵⁷ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 193; Kurşat, *Hile*, 51; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 458; Eren, BHGH, 398; İnan ve Yücel, BHGH, 326.

⁶⁵⁸ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 193.

⁶⁵⁹ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 193; Kurşat, *Hile*, 52; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 458; Eren, BHGH, 398; İnan ve Yücel, BHGH, 326.

⁶⁶⁰ İnan ve Yücel, BHGH, 326.

⁶⁶¹ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 190; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 454; Eren, BHGH, 399; İnan ve Yücel, BHGH, 327.

bilincinde olması lazımdır. Ayrıca failin bu hileli davranışının amacının aldanan tarafı hileli akdi bu şekliyle yapmaya sevk etmek olduğu ve bu davranışını da aldanan tarafı hataya düşüreceğine inanması da hile kasdının gerçekleştiğinin kabul edilmesi için gereklidir.⁶⁶² Şu husus da belirtilmeli ki “*doğrudan kast etme*” zorunlu değildir. Bu doğrudan olmayıp ihtimalî/ ihtimale dayalı ya da dolaylı kast (dolus eventualis) olması da yeterlidir.⁶⁶³ Bir kimse ihmal sonucunda karşı tarafın aldanmasına sebep olmuşsa hile hükümleri uygulanmaz. Aldatılan taraf ayrıca aydınlatılmaya ihtiyacı olmadan hileyi öğrenebilecek durumda ise, ona bu konuda bilgi verilmemiş olması hile sayılmaz.⁶⁶⁴ Şu durumda eğer sözleşme dürüst olma kuralı (güven ilkesi) içeriyorsa, o zaman gerekli uyarılarda bulunulmamışsa, bu hile oluşturur.⁶⁶⁵

Ayrıca hilenin, hileyi yapan kimse tarafından diğer tarafı kendisince istenilen hukukî muameleyi yapması için kışkırtması ve bu kışkırtma neticesinde sözleşmeye yöneltmek amacı taşıması da gerekir.⁶⁶⁶

Karşı tarafı yanıltmak kastı olmadan söylenen sözleri, takınılan tavırları karşı taraf ciddiye alıp, bunden dolayı yanılğıya düşerse kasıt bulunadığından dolayı hileden bahsedilemez. Burada ancak esaslı hata hükümlerinden faydalanılabilir.⁶⁶⁷

Uygulamada pasif hileye aktif hileye nazarna çok daha az rastlanmaktadır.⁶⁶⁸

İslam hukuku açısından aldatma kastını ele alacak olursak Aldatan taraf, akid yapmaya sevk etmek için karşı tarafa bilerek ve kasten gerçek dışı beyanda bulunmuş olmalıdır. Aldatan taraf, karşı tarafta uyandırdığı, kuvvetlendirdiği veya muhafaza ettiği hatayı bilmeli ve istemeli veya hiç olmazsa bilmek zorunda olmalıdır. Aldatma kasdının olmaması halinde kurucu unsurlardan biri mevcut bulunmadığından hile gerçekleşmez. Hanbeli ve Şafîî mezhebindeki bir görüşe göre satıcının haberdar olmadığı bir aldatmada da bir tarafın zararı söz konusu olması sebebiyle hile sonucu gerçekleşmektedir.⁶⁶⁹ Aldatma kasdı açısından TBK ve İslam Hukuku örtüşmektedir.

⁶⁶² Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 191; Kurşat, *Hile*, 25- 26; İnan ve Yücel, BHGH, 327.

⁶⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 454; Eren, BHGH, 399.

⁶⁶⁴ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 191.

⁶⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 454; Eren, BHGH, 399

⁶⁶⁶ İnan ve Yücel, BHGH, 327.

⁶⁶⁷ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 190; Kurşat, *Hile*, 31.

⁶⁶⁸ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 193.

⁶⁶⁹ Buhutî, *Keşşâfu 'l-kınâ*, III, 214.

3.1.2.3. İlliyet/Sebep-Sonuç Bağı (Nedensellik ilkesi)

Sözleşme, aldatma sonucunda ve onun etkisiyle yapılmış olmalı, aldatma sebep, aldatmanın tesiriyle yapılan akid sonuç olmalıdır.⁶⁷⁰ Hile ile akid arasında illiyet bağı oluşması gerekir. Yani hile akdin yapılmasına sebep olmalıdır.⁶⁷¹ Karşı tarafta yanlış bir kanaatin oluşturulması, kuvvetlendirilmesi ya da aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi tek başına yeterli değildir. Ayrıca aldatılan da akdi yapmaya yönlendirilmiş olmalıdır. Aldatılan, yaptığı akdi, hile olmasaydı ya hiç yapmayacak ya da daha iyi şartların oluşması sonrasında yapacak idiyse, illiyet bağı gerçekleşmiş olur.⁶⁷² Aldatma eylemi, sözleşmenin kurulmasının zorunlu şartı (condicio sine qua non) olmalıdır. Sebep- sonuç bağı, bazen sözleşmenin yalnızca bazı kısımlarına ilişkin de olabilir. Bu takdirde TBK md. 27/II gereği kısmî geçersizlik (iptal) söz konusu olur.⁶⁷³

İlliyetin varlığını, ancak hataya düşen taraf, hilenin mevcudiyetini düşünemiyor, tasavvur edemiyorsa kabul etmek mümkün olur.⁶⁷⁴ Aldatılan, aldatma eylemini öğrenmiş olsaydı dahi sözleşmenin içeriğine dokunmadan akdi gerçekleştirecek idiyse, aldatma ile akdin kurulması arasında nedensellik bağı bulunmayacağından dolayı aldatmadan söz edilemez.⁶⁷⁵

Hilenin unsurlarından olan illîlikten bahsedilebilmesi için ortada yapılmış bir sözleşmenin olması şarttır. Ayrıca akdedilen bu sözleşmenin de hile ile meydana gelmiş olması da zarurîdir. Bundan dolayı akdin kurulmasını ya da şartların oluşmasını sağlamayan hile TBK md. 36 anlamında dikkate alınması gereken bir hile değildir. Bundan dolayı akid kurulduktan sonra hilenin işlenebilmesi ve tarafların birbirinin iradelerinde hata meydana getirebilmeleri mümkün değildir. Bu nedenle hilenin akid kurulmadan önce yapılması gerekmektedir.⁶⁷⁶

İllîlik bakımından hilenin iki türünü birbirinden ayırmak yerinde olur.

⁶⁷⁰ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 192; Kurşat, *Hile*, 31; Eren, BHGH, 399; İnan ve Yücel, BHGH, 328.

⁶⁷¹ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 192.

⁶⁷² Eren, BHGH, 400.

⁶⁷³ Eren, BHGH, 400.

⁶⁷⁴ Kurşat, *Hile*, 32.

⁶⁷⁵ Kurşat, *Hile*, 32, 35; Eren, BHGH, 400.

⁶⁷⁶ Kurşat, *Hile*, 34.

3.1.2.3.1. Aslî/Temel Hile

Eğer hile yapılmamış olsa akid de hiç yapılmayacaksa hile aslîdir (dolus causam dans). Yani hile akdin temelinde mevcut olmalıdır.⁶⁷⁷ Örnek olarak, aldatılmak suretiyle sahte Picasso tablosu alan alıcı, hile olmamış olsaydı kesinlikle o tabloyu almazdı.⁶⁷⁸

Aslî hilede aldatılan tarafın hukukî muamele ile bağlı sayılamayacağı hem uygulama hem de doktrin tarafından ortaklaşa kabul edilirler. Aslî hilede illiyet bağı tam ve kuvvetlidir.⁶⁷⁹

3.1.2.3.2. Fer'î/Yan Hile

Hile olmasaydı, hileye maruz kalan tarafın akdi biraz daha uygun şartlar dâhilinde akdi yine yapacağı hile türüne fer'î hile denir (dolus incidens).⁶⁸⁰

Fer'î hilede, hile akdin temeline değil koşullarına yöneliktir. Bundan dolayı da illiyet bağı daha zayıftır.⁶⁸¹ Buna rağmen Borçlar Kanununumuzun sisteminde sonuçları bakımından aslî ve fer'î hile arasında fark gözetilmemiştir. Çünkü hilenin sonuç doğurabilmesi için akdin içeriğine tesir etmesi yeterlidir.⁶⁸²

3.1.3. Hileyi Gerçekleştiren Kişi Açısından

3.1.3.1. Karşı Âkidin Hilesi

“Karşı Âkit” kavramıyla sözleşmenin yapılması için irade beyanında bulunan taraflardan biri kastedilir. Bu kişinin kendisi olabileceği gibi, temsilcisi ya da yardımcısı da olabilir. Kural olarak hilenin TBK md. 36'daki sonuçlarını doğurabilmesi için sözleşmeyi yapan karşı âkid tarafından hilenin gerçekleştirilmesi şarttır. Dolayısıyla TBK md. 36'da “*Taraflardan biri...*” derken karşı âkit kastedilir. Bu madde gereği

⁶⁷⁷ Eraslan Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 192; Kurşat, *Hile*, 58; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 461; Fikret Eren, BHGH, 400; İnan ve Yücel, BHGH, 328.

⁶⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 461.

⁶⁷⁹ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 192.

⁶⁸⁰ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 192; Kurşat, *Hile*, 59; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 461; Eren, BHGH, 400; İnan ve Yücel, BHGH, 328.

⁶⁸¹ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 192.

⁶⁸² Kurşat, *Hile*, 59; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 461 vd.

hilenin sözleşmeyi etkileyebilmesi için ya karşı âkit tarafından veya onun temsilcisi ya da yardımcıları tarafından hile yapılmış olmalıdır.⁶⁸³

Hile karşı âkit tarafından yapılmışsa mesele yoktur, fakat üçüncü kişinin hilesinde kanun istisnâ getirmiştir.⁶⁸⁴ TBK md. 36/II'de;

“Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir” denilmektedir.

3.1.3.2. Temsilci Aracılığıyla Yapılan Sözleşmelerde Hile

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kimsenin hukuk alanında sonuç getirmek üzere o kişinin ad ve hesabına veya sadece hesabına (dolaylı temsilde olduğu gibi) hukukî işlem yapma yetkisine “temsil yetkisi” denilmektedir. Bu kişi adına veya hesabına ya da sadece hesabına hukukî işlemleri yürüten kimseye de “temsilci” denilir.⁶⁸⁵

Temsilci vasıtasıyla yapılan akidlerde irade hile neticesinde sakatlanmışsa TBK md. 40/II⁶⁸⁶ gereği hukukî işlemin sonucu doğrudan doğruya temsil edilen kişiyi bağlar.

Yapılan akdin tarafı temsilci değil, temsil edilen olduğundan dolayı, temsilci vasıtasıyla yapılan sözleşmelerde temsilcinin hilesi, üçüncü kişinin hilesi sayılmaz. Tıpkı karşı âkidin hilesi gibi sonuçlar doğurur. Çünkü temsilci yaptığı hareketlerinde temsil olunan kişiye göre hareket eder.

Eğer temsil olunan kişi yapılan sözleşmeyi onaylamazsa TBK md. 47/I hükmü uygulanır. Bu madde ise şöyledir; *“Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez”*denilmektedir. Bu madde gereği yetkisiz olan temsilcinin yaptığı akidler onanmazsa herhangi bir temsil ilişkisinden

⁶⁸³ Kurşat, *Hile*, 37.

⁶⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 462.

⁶⁸⁵ Kurşat, *Hile*, 38.

⁶⁸⁶“Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar.”(TBK md. 40/II)

bahsedilemez. Burada yetkisiz temsilci ve temsil olunan birbirlerine göre üçüncü kişi sayılırlar. Bundan dolayı da yetkisiz temsilcinin yaptığı akitlerin onanmaması durumunda üçüncü kişinin hilesine ilişkin hükümler geçerli olur.⁶⁸⁷

“Dolaylı Temsil” halinde ise sözleşme dolaylı temsilci ile diğer taraf arasında kurulduğu için dolaylı temsil olunan kişi, sözleşmede taraf değildir. Dolaylı temsilcinin yaptığı hile durumunda, diğer taraf bu hileyi “karşı âkidin hilesi” hükümlerine göre ve dolaylı temsilciye karşı iptal eder. Ancak dolaylı temsilci sözleşmeden doğan hak ve borçlarını devrederse, iptal ahkkı dolaylı temsil olunan kişiye karşı da kullanılabilir. Çünkü bu durumda hak ve borçları devralan dolaylı temsil olunan kişi, devreden (dolaylı temsilcinin) akiddeki hukukî konumuna sahip olur.⁶⁸⁸

3.1.3.3. Yardımcı Kullanılarak Yapılan Sözleşmelerde Hile

Sözleşmede kullanılan yardımcı kişilerin hile yapması durumunda, yardımcı kişilerin hilesi tıpkı karşı âkidin hilesi gibi kabul edilir ve bu şekilde sonuçlar doğurur. Çünkü yardımcıyı sözleşmeye dâhil eden kendisidir. Bundan dolayı sözleşmede yardımcı kişi kullanan, kullandığı kişinin hilesinin kendi hilesi gibi sonuç doğuracağını bilmesi gerekir ve bunu hesaba katarak yardımcıyı akde dâhil etmelidir. Bundan dolayı yardımcı kişiler üçüncü kişi olarak değerlendirilemez.⁶⁸⁹ Çünkü akdin kurulmasında kendisinden yardım alınan yardımcı kişiler, akde yönelik kendi iradeleri söz konusu olmayan, yalnızca kendilerine verilen talimatlar çerçevesinde hareket eden kimselerdir. Yardımcı kişiler akidle ilgili kendi iradelerinin açıklamaz, bizzat karar veremezler. Sadece kendilerine verilen talimat gereğine uygun iş yaparlar. Bir işe aracılık eden tellâl, irade beyanını onaylayan ya da belgeleyen noter, sözleşmeyi hazırlayan avukat, çalıştırmanın beyanını kaydeden müstahdem, beyanı tercüme eden tercüman ve bayanı karşıya taşıyan kişiler akdin kurulması esnasında kullanılan yardımcı kişilerdir.⁶⁹⁰

Taraflardan birinin yardımcısı ya da hizmetçisi olarak çalışan kişiler, akdin yapılmasında görevli değilse üçüncü kişi sayılırlar.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ Kurşat, *Hile*, 41.

⁶⁸⁸ Kurşat, *Hile*, 41, dn. 186’da anılan yazar.

⁶⁸⁹ Kurşat, *Hile*, 42.

⁶⁹⁰ Kurşat, *Hile*, 42 vd.

⁶⁹¹ Eraslan Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 195.

Yardımcı kişi, gerçek olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişiler de TMK md. 50/I⁶⁹² uyarınca yürüttükleri faaliyetlerini organları aracılığıyla yerine getirirler. Bu durumlarda yardımcı kişi sıfatına tüzel kişi sahip olur.⁶⁹³

3.1.3.4. Üçüncü Kişinin Hilesi

Aldatma fiili karşı tarafça yapılabileceği gibi üçüncü kişi tarafından da yapılabilir.⁶⁹⁴ TBK md. 36/II şöyledir; *”Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir”* denilmektedir.

Üçüncü kişi genel anlamıyla bir hukukî işlemin veya akdin taraflarından ya da onların ardılları/haleflerinden olmayan kişi demektir.⁶⁹⁵

Üçüncü kişinin aldatması ilke olarak akdi etkilemez.⁶⁹⁶ Çünkü TBK md.36/I gereği hilenin akdi etkileyebilmesi için karşı âkit ya da onun temsilcisi tarafından yapılması gerekmektedir. Çünkü üçüncü şahsın akid ile ilgisi yoktur.⁶⁹⁷ Aldatılan kural olarak sözleşme ile bağlıdır. Ancak kanun koyucu TBK md. 36/II’de istisna olarak üçüncü kişinin aldatmasını düzenlemiş ve üçüncü kişinin aldatmasını eğer karşı âkit biliyorsa ya da bilecek durumda ise, aldananın sözleşmeyi iptal edebileceğine hükmetmiştir.⁶⁹⁸

Kefil ile alacaklı arasında imzalanan kefalet sözleşmesinde, asıl borçlu, alacaklıyı aldatmak suretiyle akdin yapılmasını sağlamışsa, aldatan TBK md. 36/II uyarınca üçüncü kişi sayılır.⁶⁹⁹ Çünkü asıl borçlu kefalet akdinde taraf değildir. Borçlu kefile karşı kendi çıkarlarına göre hareket etmiş olur. Bundan dolayı kefil ancak alacaklının hileyi bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi durumunda kefalet sözleşmesini iptal edebilir.⁷⁰⁰

⁶⁹² “Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.”

⁶⁹³ Kurşat, *Hile*, 42, dn. 195’de anılan yazar.

⁶⁹⁴ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 194; Kurşat, *Hile*, 43; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 462; Fikret Eren, BHGH, 400; İnan ve Yücel, BHGH, 329.

⁶⁹⁵ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 194.

⁶⁹⁶ Eren, BHGH, 400.

⁶⁹⁷ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 194; Kurşat, *Hile*, 43; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 462; Eren, BHGH, 400; İnan ve Yücel, BHGH, 329.

⁶⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 462; Fikret Eren, BHGH, 400; İnan ve Yücel, BHGH, 329.

⁶⁹⁹ Kurşat, *Hile*, 45; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 463.

⁷⁰⁰ Kurşat, *Hile*, 45.

Alacağın temlikinde temlik edilen alacağın borçlusunun hilesi, üçüncü kişinin hilesi olarak kabul edilmektedir. Çünkü alacağın temlik sözleşmesi, temlik eden alacaklı ve temellük eden kişi arasında yapılır. Borçlu bu akidde taraf değildir.⁷⁰¹ Bundan dolayı da borçlunun iki taraftan birine karşı hilesinin hukukî bir sonuç doğurması için TBK md. 36/II'deki şartları taşıması gerekir.⁷⁰²

Taraflardan birinin yardımcısı ya da hizmetçisi olarak çalışan kişiler, akdin yapılmasında görevli değilse üçüncü kişi sayılırlar. Bir anonim şirketle yapılan akidde ortaklar üçüncü kişidir.⁷⁰³

İslam hukuku da Türk Borçlar Hukuku gibi üçüncü kişinin gerçekleştirdiği hileyi müessir/akde tesir edici saymıştır. İslam Hukukunun da aradığı şart aynen TBK md. 36/II'de olduğu gibi karşı âkidin hileyi yapan üçüncü şahsın hilesini bilmesini şart koşturmuştur.⁷⁰⁴

3.1.5. Hilenin Sonuçları

3.1.5.1. Hileli Akdin İptal Edilmesi

Burada ilke olarak sözleşme öncesi sorumluluk, yani sözleşme görüşmelerinden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluk durumu vardır. Aldatan taraf akid öncesinde göstermesi elzem olan özen ödevini ve özellikle karşı tarafı bilgilendirmek suretiyle aydınlatma yükümlülüğünü aktif ya da pasif bir davranışla ihlal etmiştir. Aldatma eylemi aynı zamanda bir haksız fiil de oluşturur. Çünkü aldatma eylemi ile aldatan, başkalarının (akid için karşı tarafın) hukuk tarafından korunan bir değeri olan irade bütünlüğü ve özgürlüğünü ihlal etmiştir.⁷⁰⁵

Hilenin temel sonucu, hileye maruz kalanın TBK md. 36/I gereği hileyi iptal etme hakkıdır. Hileye bağlanan bu sonuç sayesinde, iradesi sakatlanan taraf, bu sakat

⁷⁰¹ Kemal Dayınlarlı, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temlik*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1993, 78; Kurşat, *Hile*, 46 vd.

⁷⁰² Kurşat, *Hile*, 47.

⁷⁰³ Özkaya, *Hata—Hile—İkrah Davaları*, 195, dn. 88'de anılan yazarlar.

⁷⁰⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 147; Yaşaroğlu, *Gabin*, 38.

⁷⁰⁵ Eren, BHGH, 401.

iradeden doğan sözleşme ile bağlı olmadığını ya da TBK md. 39/II⁷⁰⁶ gereği akdi onaylamakla birlikte tazminat talep edebilir.⁷⁰⁷

Aldatma fiilinin mevcudiyeti durumunda sözleşme yoklukla malul değildir. Çünkü aldatma fiili neticesinde kurulan akidde, irade sakatlığı mevcut olsa da, bir irade beyanı söz konusudur. Aldatma eylemi neticesinde vücuda getirilen sözleşme bâtil da değildir. Zira butlanda bir sürenin geçmesiyle ya da sakat olan bir unsurun düzeltilmesiyle, batıl olan bir işlem geçerli hale gelemez. Oysa hileli akidler belli bir süre geçtikten sonra, iptal hakkının kullanılmaması dolayısıyla ya da aldanan tarafın akde icazet vermesiyle akid geçerlilik kazanır.⁷⁰⁸

Hileye maruz kalan kişi, aldatılmak suretiyle hataya düşürüldüğünü öğrendiği andan itibaren bir yıllık hak düşürücü bir süre içerisinde akdi mahkemeye müracaat etmeden tek taraflı irade beyanı ile iptal edebilir. İptal hakkının tek taraflı bir beyan ile kullanılabilmesi ve sonuçlarını meydana getirmesi için diğer tarafın kabulü gerekmez.⁷⁰⁹ Sözleşmenin diğer tarafı olan hileyi gerçekleştiren tarafa akdi iptal etme hakkı verilmemiştir. İradesi sakatlanan taraf, akdi iptal etmezse, diğer taraf akdin iptal edilmesi için, kendisini zorlayamaz ve akid ile bağlıdır.⁷¹⁰ Geçerliliği açısından hiçbir şekilde bağlı olmayan bu beyanın ispat imkânı sağlamak için yazılı bir şekilde (hatta en iyisi noter vasıtasıyla yapılmasıdır) yapılması yerinde olur. Hileye maruz kalan taraf isterse hile sebebiyle sözleşmenin iptal edilmesi talebiyle dava da açabilir.⁷¹¹

İptal hakkı yenilik doğuran bir hak olmasından dolayı geri alınamaz. İptal hakkı kullanıldığı anda sonuçlar doğurur ve akdin geçerliliği ortadan kalkar. Hileye maruz kalan tarafın bu beyanı karşı tarafa ulaştıktan sonra geri alınamaz ve bu akde icazet verme imkânı ortadan kalkar.⁷¹²

Aldatma fiili nedeniyle sakat doğan sözleşmenin iptalinin kural olarak geriye etkili olacağı kabul edilmektedir. TBK md. 36 hükmünden sözleşmenin iptal edilmesi

⁷⁰⁶ “Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.”

⁷⁰⁷ Kurşat, *Hile*, 43; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 462; Fikret Eren, BHGH, 402; İnan ve Yücel, BHGH, 328.

⁷⁰⁸ Kurşat, *Hile*, 61 vd.

⁷⁰⁹ Kurşat, *Hile*, 67; Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 463; İnan ve Yücel, BHGH, 328.

⁷¹⁰ Kurşat, *Hile*, 65; İnan ve Yücel, BHGH, 328.

⁷¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 463.

⁷¹² Kurşat, *Hile*, 67.

üzerine verilen şeylerin geri istenebileceği sonucu çıkar.⁷¹³ Akid iptal edilince de, daha önce geçerli hale gelme ihtimali bulunan akid, kurulduğu an itibarıyla kesin olarak geçersiz hale gelir. Bundan dolayı da akidden kaynaklanan edimlerin geri verilmesi gerekir.⁷¹⁴

3.1.5.2. Tazminat Talebi

TBK md. 39/II hileye (ya da ikraha) maruz kalan kişinin, hile yapmak suretiyle lehine sözleşmeyi gerçekleştiren kişiden tazminat isteyebilme hakkını düzenlemiştir. Hileye maruz kalan kimse bu hakkını iki şekilde kullanabilir.⁷¹⁵

3.1.5.2.1. Sözleşmeyi Geçersiz Hale Getirerek Tazminat Talebi

Hile dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil ettiğinden dolayı, hileye maruz kalan taraf akid nedeniyle bir zarara uğramışsa, bu zararın tazmin edilmesini talep edebilir.⁷¹⁶ Hileye maruz kalan taraf tek taraflı irade beyanı ile akdi iptal ettikten sonra, sözleşmeyi yapmak için kışkırtılmamış olsaydı ve akdi yapmaya yönlendirilmeseydi zarara uğradığı sözleşmeyi yapmayacağı gerekçesiyle TBK md. 49⁷¹⁷'a istinâden taminat talebinde bulunabilir.⁷¹⁸

Aldatma eylemi üçüncü kişi tarafından yapılmışsa, üçüncü kişiye karşı açılacak tazminat davası da TBK md. 49'a dayandırılır.⁷¹⁹

Hileye maruz kalan taraf şayet sözleşme öncesi sorumluluğa dayanarak tazminat talep ederse, tazminat talebi 10 yılda zamanaşımına uğrar.⁷²⁰

Haksız fiillerle ilgili TBK md. 72⁷²¹ hükmüne göre haksız fiillerin, zarar gören aleyhine herhangi bir alacak hakkının doğumuna yol açtığı durumlarda, tazminat talebi zamanaşımına uğrasa bile, borçlu kendi borcunu ödemekten kaçınabilir.⁷²²

⁷¹³ Kurşat, *Hile*, 72.

⁷¹⁴ Kurşat, *Hile*, 87.

⁷¹⁵ İnan ve Yücel, BHGH, 329.

⁷¹⁶ Eren, BHGH, 401.

⁷¹⁷ “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

⁷¹⁸ Kocayusufoğlu, BHGB, 469; İnan ve Yücel, BHGH, 329.

⁷¹⁹ Kocayusufoğlu, BHGB, 470.

⁷²⁰ Eren, BHGH, 401.

3.1.5.2.2. Sözleşmeyi İptal Etmeden Yapılan Tazminat Talebi

Hileye maruz kalan taraf, isterse akdi iptal edebilir, isterse de iptaldan vazgeçerek (hâkim olan görüşe göre onayarak) akdin geçerliliğini koruyabilir. Tazminat isteme hakkı gerek akdin iptal edilip edimlerin geri alınmasında, gerekse de akdin iptal edilmeden sözleşmeyi ayakta tutma halinde mevcuttur.⁷²³

Aldatılan kimse irade bozukluğuna rağmen sözleşmeye açık (sarih) veya kapalı (zımnen) icazet vermesi ya da bir yıllık hak düşürücü süreyi geçirmesine rağmen⁷²⁴ TBK md. 39/II⁷²⁵ hükmü gereği zarar ve ziyanın tazmin edilmesini hileyi yapan kişiden talep hakkı vardır.⁷²⁶ Çünkü sözleşmeye onay vermek mutlaka tazminattan da vazgeçilmesi manasına gelmez. Özellikle hileye maruz kalan taraf akdi gerçekleştirmek için bir takım masraflara girmişse akdi iptal yoluna gitmeden tazminat talep edebilir. Çünkü kanunkoyucu iptalden feragate (akdi onamaya), dolayısıyla akdin geçerli olarak sonuçlarını doğurmasına rağmen hileye maruz kalana tazminat isteme hakkını, iptalin kendisi için bazı hallerde feragatten daha ağır sonuçlar doğurabileceği ihtimalini göz önünde bulundurarak tanımıştır.⁷²⁷

⁷²¹ “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”

⁷²² Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 468.

⁷²³ Eren, BHGH, 401.

⁷²⁴ İlke olarak sözleşmeye (açıkça ya da örtülü bir şekilde, özellikle bir yıllık hak düşürücü süreyi susarak geçirmesi halinde) icazet veren aldatılanın tazminat talebi düşer, ancak istisnâ olarak aldatılan kişi, sözleşmeyi iptal etmesi halinde kendisi aleyhine doğabilecek çok daha sakıncalı sonuçları önlemek için, bu yolu üstün tutmak zorunda kalmışsa tazminat talebi saklıdır (Kocayusufpaşaoğlu, BHGB, 470).

⁷²⁵ “Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.”

⁷²⁶ İnan ve Yücel, BHGH, 329.

⁷²⁷ Eren, BHGH, 402.

3.2. İSLAM HUKUKUNDA HİLENİN/TAĞİRİRİN TANIMI

3.2.1. Sözlük Anlamı

Tağrir kelimesi (غرر) kökünden gelir. Bu fiilin kökünden tef'îl bâbının masdarıdır. Sözlük anlamı itibarıyla hile ve aldatma manalarına gelir.⁷²⁸ “Yanıltmak, aldatmak” anlamlarına gelmektedir.⁷²⁹ Aldatana “ğârr”, aldatılana “mağrûr” denir.

3.2.2. Terim Anlamı

Bir İslam hukuk terimi olan tağrir; bir kimseyi söz, fiil veya davranışlarıyla yanıltarak sözleşmenin onun yararına olduğu telkin etmek ve sözleşmeyi yapmaya razı olması için onu aldatmaktır.⁷³⁰

Mecelle’ye göre de tağririn anlamı aldatmaktır.⁷³¹

Fıkıh kitaplarında aldatma ve hile anlamında tağrîr (تغريّر), hud’a (خدعة), hilâbe (خلافة), ğıṣṣ (غش) ve tedlîs (تدليس) gibi terimler de kullanılır. Lügat manası olarak da bu terimler aynı manadadırlar.⁷³²

Peygamber efendimiz bu tür davranışlardan sakınılması konusunda bizleri uyarmış ve bir hadis-i şerifte şöyle buyurmuşlardır: “Aldatan bizden değildir”.⁷³³

Günümüz müelliflerinden Karadağî, tağrir ve tedlis kelimelerinin fıkıh metinlerinde aynı anlamda kullanıldıklarını belirtir. Tedlis daha çok fiil yolu ile meydana gelen hilelerde söz konusu iken tağririn ise sözlü hilelerde kullanıldığını ifade eder.⁷³⁴

⁷²⁸ Mecelle md. 164; Ö. Nasuhi Bilmen, *Kamus*, VI, 12; Yaşaroğlu, *Gabin*, 37; Atmaca, *Gabin*, 133.

⁷²⁹ Mecelle, md. 164; Ö. N. Bilmen, *Kamus*, VI, 12; Yaşaroğlu, *Gabin*, 37.

⁷³⁰ Yaşaroğlu, *Gabin*, 37.

⁷³¹ Mecelle md. 164

⁷³² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 142; Yaşaroğlu, *Gabin*, 37; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 134.

⁷³³ Müslim, *İmân*, 164; Bazı lafız farklılıkları ile bkz. Ebû Dâvud, *Büyük*, 52; Tirmizî, *Büyük*, 74; İbn Mâce, *Ticârât*, 36.

⁷³⁴ Karadağî, *Mebdeü’r-rızâ*, C.1, 603- 604; Yaşaroğlu, *Gabin*, 38.

3.2.3. Tağririn Gabin İçin Şart Olup Olmaması Meselesi

3.2.3.1. Aldatma fiilini şart koşmayanlar

Hanefî fakihlerinden Cessâs'a (ö. 370/981) göre tek başına fâhiş oransızlık sözleşmenin feshedilmesi için yeterlidir. İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) belirttiğine göre Ebu'l-yüsr el-Pezdevî (ö. 493/1100) ve Neseî (ö. 710/1310) de fâhiş oransızlığın tek başına akdin feshine sebebiyet verdiği görüşündedirler.⁷³⁵

Mâlikî mezhebinin Bağdat ekolü fakihlerinin görüşü; gabnin akde tesir etmesi için üç şart öne sürmüşlerdir. Bunlar;

1. Gabn-i fâhiş müzayedeli olmayan bir satım akdinde meydana gelirse. Ayrıca gabn-ı fâhişin ölçüsü üçte birdir. Alıcı edimin gerçek değerinden 1/3 oranında ucuza alırsa ya da satıcı edimin gerçek bedelinden 1/3 oranında fazlaya satarsa gabin gerçekleşir.

2. Mağbun, aleyhine olan fiyattan habersiz olmalıdır. Edimin fiyatındaki fâhiş oransızlık mağbunun bilgisiz olması nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır. Sözleşmeden istifade eden taraf bu bilgisizlik ve tecrübesizliği istismar etmiş olmalıdır. Bu maddenin de gösterdiğine göre malikî fakihleri sübjektif unsurların tahakkuku ve özellikle de istismar konusunda günümüz borçlar hukukuna en yakın görüşü serdetmişlerdir.

3. Mağbunun bir yıl içinde gabin davası açması gerekir.⁷³⁶

Ancak mâlikî fakihlerinden İbn Rüşd'e göre bilgisizlik sebebiyle meydana gelen fâhiş oransızlık akde tesir etmez. Ona göre mezhepte de meşhur görüş akdin tek başına fâhiş oransızlıkla feshedilemeyeceği istikametindedir.⁷³⁷

Aldatma fiili olmadan tek başına gabn-i fâhişin akitlere tesir ettiğini savunan âlimler kendilerine delil olarak aşağıdaki hadisi gösterirler;

Süfyân b. Uyeyne'nin Ubeyy b. Ka'b'dan rivayet ettiğine göre Hz. Ömer ve Hz. Abbas, Mescid-i Nebevî'nin yanında bulunan ve Hz. Ömer'in Mescide ilave etmek istediği Hz. Abbas'ın yeri konusunda ihtilafa düştüler ve çözüm bulması için Ubeyy b.

⁷³⁵ İbn Nüceym, Bahru'r-râik, VI, 125; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134; Karadâğî, II, 741; Kumaş, *Gabin*, 120.

⁷³⁶ Karaman, Mukâyeseli İslam Hukuku, II, 136- 137.

⁷³⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Kumaş, *Gabin*, 121.

Ka'b'a başvurdular. Ubeyy b. Ka'b, Hz. Ömer ve Hz. Abbas'ın bu sorunuyla ilgili olarak kendilerine Hz. Süleyman'ın bir uygulamasını kıyas etmek suretiyle çözüm buldu. Hz. Süleyman'ın bu uygulaması şuydu: Mescid-i Aksâ'yı inşa etmesi için Hz. Süleyman'a Allah (c.c.) tarafından emir verildi. Mescidi yapacağı yer bir adamın mülkü olduğu için bu yeri kendisinden satın aldı. Bu yeri satın alınca adam kendisine “Bu yer mi daha değerli, yoksa bana verdiğin bedel mi daha değerlidir?” şeklinde bir soru yöneltti. Hz. Süleyman da satın aldığı yerin daha değerli olduğunu söyledi ve adam yapmış olduğu akdi feshettiğini ilan etti. Bunun üzerine Hz. Süleyman bedeli artırımına gitti. Fakat arazini sahibi olan adam tekrar aynı soruyu sorup aynı cevabı alınca tekrar sözleşmeyi feshediyor ve bedel artırıyordu. Artık Hz. Süleyman'ın kendisinden bu soruyu sormayacağına dair söz aldı. Sonuç olarak ortaya büyük bir bedel çıktı ki bu bedel Hz. Süleyman'a çok geldi. Bunun üzerine Allah (c.c.) kendisine “Bütün mülkünü bu adama vermiş olsan da bu yerin hakkını ödemiş olamazsın. Adamın razı olacağı bedeli kendisine ver” şeklinde vahiyde bulundu. Bu olaydan hareketle Ubeyy b. Ka'b de Hz. Abbas lehine karar verdi.⁷³⁸

İslâm'ın ilk neslinin uygulamaları da, yukarıdaki örnekte görüldüğü gibi, subjektif unsur olmadan da tek başına gabn-i fâhişin akde tesir edeceği yönündedir.⁷³⁹

3.2.3.2. Aldatma Fiilini Şart Koşanlar

Hanefî fakihlerinden İbn-i Âbidin (ö. 1252/1836), gabin dolayısıyla sözleşmenin feshine dair yazdığı müstakil eserinde⁷⁴⁰ hanefî mezhebinde de bu konuyla ilgili ihtilaf olduğunu bildirmiş ve şöyle demiştir; “ *hukukî ehliyeti hâiz olanların gabin-i fâhiş davaları ve bu sebepten ötürü sözleşmeyi feshetmeleri konusunda üç görüş mevcuttur:*

a. *Sözleşme sahihtir ve feshedilebilir,*

b. *Sözleşme bağlayıcıdır, feshedilemez,*

c. *Eğer sözleşmede tağrîr/aldatma da varsa feshedilir, aldatma yoksa feshedilemez.*⁷⁴¹

⁷³⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 441; Kumaş, *Gabin*, 124.

⁷³⁹ Kumaş, *Gabin*, 124.

⁷⁴⁰ Tahbîru't-tahrir fi ibtali'l-kadâ bi'l-fesh bi'l-gabni'l-fâhiş bilâ tağrîr, Mecmuatü Resâili İbn Abidin, Beyrût ts. (İbn-i Âbidin bu eserini gabin-i fâhişe tahsis etmiştir), (*Gabin Risalesi*)

⁷⁴¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 134.

İbn Âbidîn'e göre Zeylaî (ö. 743/1343)'nin de görüşü bu istikamettedir ve ona göre de gabin-i fâhiş için tağrîrî şart koşanların görüşü sahihtir.⁷⁴²

Hanefî mezhebinde farklı düşünenler olmuşsa da tercih edilen görüşe göre, kasıtlı bir aldatma bulunmadığı müddetçe sözleşmenin sadece gabin sebebiyle feshinin caiz olmadığıdır. Gabin-i fâhişle beraber, aldatan açısından sübjektif unsurun (tağrîr) da meydana gelmesi gerekir.⁷⁴³ Hanefî mezhebinin görüşleri esas alınarak tedvin edilen Mecelle'de de, satış sözleşmesinde aldatma yoksa sadece edimler arasındaki fâhiş oransızlık sebebiyle satıcı veya müşterinin sözleşmeyi feshedemeyeceğine yer verilmiştir.⁷⁴⁴ Hatta Ali Haydar (ö. 1355/1935) gibi bazı Hanefî fakîhlerine göre aldatma fiili olmaksızın satım akdinde meydana gelen oransızlık, ne kadar fâhiş olursa olsun akdin sıhhati üzerinde olumsuz bir etkide bulunmaz.⁷⁴⁵

Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971) de hanefî mezhebi âlimlerinin çoğunluğunun görüşünü kabul eder. Aldatma olmadan mağbun ister satıcı ister müşteri olsun, satış sözleşmesinde fâhiş bir oransızlık bulunsada dahi tağrîr bulunmadığı müddetçe satış sözleşmesinin sahih/ geçerli olduğunu söylemiş ve feshini kabul etmemiştir. Fakat bundan yetimlerin, mecnunların/akıl hastası, matuhların/bunakların akidlerini, vakıf, beytü'lmalin/devlet hazinesi mallarını istisna etmiştir. Bu alanlarda yapılan satış sözleşmeleri bâtıldır. Yani bir yetimin malı gabin-i fâhişle satılamaz. Eğer bu sayılanlardan biri hakkında satış sözleşmesinde gabin-i fâhiş vâki olursa, o zaman bu akde tesir eder ve hile olmasada dahi akit feshedilir.⁷⁴⁶

Bazı şâfiî fakihlerine göre, bir çeşit hile olan telâkki'r-rûkbân ile birlikte bulunduğu zaman, gabin hukukî sonuç ifade eder. İmam Gazzâlî (ö. 505/1111), 1/3 oranını aşan oransızlık sebebiyle muhayyerlik hakkının doğduğunu kabul edenler vardır. Ancak imam Gazzâlî bu görüşü kabul etmez.⁷⁴⁷

⁷⁴² İbn Âbidîn, *Gabin Risalesi*, II, 78.

⁷⁴³ İbn Âbidîn, *Gabin Risalesi*, II, 68; Kadri Paşa, *Mürşidü'l-hayrân*, 81 (md. 300); Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 586; Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 134; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, C.2, 134-135.

⁷⁴⁴ Mecelle, md. 356.

⁷⁴⁵ Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 588; Ö. Nasuhi Bilmen, *Kamus*, VI, 79; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 744.

⁷⁴⁶ Ö. Nasuhi Bilmen, *Kamus*, VI, 79.

⁷⁴⁷ Gazzâlî, Ebû Hamid Muhammed b. Muhammed, *İhyâü Ulûmi'd-dîn*, Dârü'l-hayr, Beyrut 1997, II, 147; Yaşaroğlu, *Gabin*, 53; Kumaş, *Gabin*, 132.

Şâfiî mezhebinde de aldatma unsuru olmadan gabn-i fâhiş akde tesir etmez.⁷⁴⁸

Mâlikî mezhebinin meşhur görüşüne göre de tek başına fâhiş oransızlık akdin feshedilebilmesi için yeterli değildir.⁷⁴⁹ İmam Malik (ö. 179/795) gabn için bir oran tespit etmiş ve bu oranın dışına çıkan fiyatlarda aldanma olduğunu söylemiştir. Yani bir mal kendi pahasının 1/3' inden daha yüksek ya da 1/3'inden daha düşük bir fiyata satılırsa gabn-i fâhiş oluşmuş demektir. Ancak bu miktarlar aşılmamışsa az aldanma var demektir ki bu olağandır. Bu da demek oluyor ki imam Malik'e göre belirli bir oran aşılmıyorsa hem gabn hem de tağrîr oluşmuş oluyor.⁷⁵⁰

Hanbelî mezhebinde gabnin hukukî sonuç doğurması gabn-i fâhişle birlikte tağrîr çeşidi olarak gördükleri Pazar dışında malı karşılayarak ucuza alma (telâkki'r-rûkbân),⁷⁵¹ hileli açikartırma ya da eksiltme (neceş)⁷⁵² ve istirsâl satışı⁷⁵³ şekillerinden birinin bulunmasına bağlıdır.⁷⁵⁴ Fakat Hanbelî fakihleri bu üç sübjektif unsurla yetinmemişlerdir. Bunların dışında farklı unsurları da dikkate almışlardır. Bazı Hanbelîlere göre tağrîr kapsamında değerlendirilen her unsur, bazılarına göre ise ancak akıl zayıflığı kişiyi muhayyer yapar.⁷⁵⁵

Türk borçlar hukuku açısından bakılacak olursa benzer tartışmaların yaşandığı görülür. Birçok müellif gabin için edimler arasında açık nispetsizlik gibi birisi objektif; müzayaka, hiffet ve tecrübesizlikten istifade gibi diğeri de sübjektif olmak üzere iki unsur aramakla yetinmişlerdir. Bu müellifler hiffet, tecrübesizlik ve müzayaka ile bunların birinden istifadeyi bir arada mütalaa etmişlerdir. Bunun yanında bir kısım müellif de bu iki unsuru birbirinden ayırmışlardır. Buna göre gabnin unsurlarını şu şekilde beyan etmişlerdir:

a) Edim ile karşı edim arasındaki açık oransızlık akdin in'ikadı anında objektif olarak takdir edilmek icab eden bir unsur olduğundan buna objektif unsur denilmektedir.

⁷⁴⁸ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; M. K. Yaşaroğlu, *Gabin*, 53.

⁷⁴⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 168; Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Kumaş, *Gabin*, 133.

⁷⁵⁰ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147- 148.

⁷⁵¹ Bkz. Tez metni, 118.

⁷⁵² Bkz. Tez metni, 117.

⁷⁵³ Bkz. Tez metni, 61, 129.

⁷⁵⁴ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 746; Yaşaroğlu, *Gabin*, 54; Kumaş, *Gabin*, 133.

⁷⁵⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 746; Kumaş, *Gabin*, 133.

b) Gabne maruz kalanda aranılan hiffet, müzayaka veya tecrübesizlik hali ki bunlar mağbunun içinde bulunduğu zor durumdur ve sübjektif bir unsurdur.

c) Mağbûnun bu hallerinden istifade edilerek akdin meydana getirilmesi mağbuna nazaran değil, fakat diğer tarafa nazaran yine sübjektif bir unsur olmaktadır.⁷⁵⁶

Ancak aldatma gabinden farklı olarak görülmüştür. Zirâ aldatmada aldatan taraf, ya aldanan tarafın iradesini etkileyerek onda yanlış bir kanaat uyandırmakta ya da aldanan tarafta mevcut olan yanlış kanaatin sürdürülmesi suretiyle onun akid yapmasını sağlamaktır.⁷⁵⁷ Gabinde ise bu tür iradeyi etkileme/aldatma hali zorunlu değildir.

3.3. İSLAM HUKUKUNDA TAĞRİRİN/ALDATMANIN UNSURLARI

Tağrîr ile ilgili bu bilgileri aktardıktan sonra tağrîrin Unsurlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

3.3.1. Aldatma Fiili

İslam hukuku açısından da, Borçlar Hukukumuzdaki gibi, hilenin söz konusu olabilmesi için aldatma fiilinin bulunması şarttır. Bu eylemin de çoğu insanı aldatıcı nitelikte olması gerekir. Aldatma fiili olumlu bir davranış, bir yapma fiili olabileceği gibi, olumsuz bir davranış, bir yapmama fiili, bir kaçınma, bir susma (sükût) da olabilir. Eğer hile kolayca anlaşılabilecek nitelikte olursa bile gerçekleşmez. Çünkü hileye maruz kalan tarafınyapılan hileden haberdar olması, hileli akde razı olması anlamına gelir.⁷⁵⁸ Mesela okuma yazma biliyor zannedilsin diye kölenin parmaklarına ve elbisesine mürekkep sürmesi akdi etkileyen bir hile değildir. Çünkü alıcı denemek suretiyle onun gerçekten okuma yazma bilip bilmediğini öğrenme imkânına sahiptir. Sahip olduğu bu imkânı kullanmaması ise kusurdur.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ Elbir, *Gabin*, 154; Kumaş, *Gabin*, 135.

⁷⁵⁷ M. Fadıl Yıldırım, *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile (Hile)*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2002, 8.

⁷⁵⁸ Gökhan Atmaca, *Gabin*, 134.

⁷⁵⁹ Buhutî, *Keşşâfu'l-kınâ*, III, 214; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 143; Kumaş, *Gabin*, 51; Eren, BHGH, 399.

3.3.2. Aldatan Taraf

Akdin taraflarından biri olmalıdır. Eğer hile tarafların dışındaki üçüncü şahıs tarafından gerçekleştirilmişse, hileden istifade eden tarafın akitte meydana gelen hileden haberi olmalıdır.⁷⁶⁰

3.3.3. Aldatma Kasdı

Aldatan taraf, akid yapmaya sevk etmek için karşı tarafa bilerek ve kasten gerçek dışı beyanda bulunmuş olmalıdır. Aldatan taraf, karşı tarafta uyandırdığı, kuvvetlendirdiği veya muhafaza ettiği hatayı bilmeli ve istemeli veya hiç olmazsa bilmek zorunda olmalıdır. Aldatma kasdının olmaması halinde kurucu unsurlardan biri olmadığından dolayı hile gerçekleşmez.⁷⁶¹ Hanbeli ve Şafî mezhebindeki bir görüşe göre bayînin haberdar olmadığı bir hilede de bir tarafın zararı söz konusu olması sebebiyle hile sonucu gerçekleşmektedir.⁷⁶²

3.3.4. Aldatılan (Hileye Maruz Kalan) Taraf

Hile bu kişinin bilgisi dışında gerçekleşmiş olmalıdır. Aksi takdirde aldatılan kişi söz konusu hileli sözleşmeye razı olmuş demektir.⁷⁶³

3.3.5. Tağririn Meydana Gelmesi İçin Başvurulan Yollar

Bunlar hileyi gerçekleştiren tarafın, karşı tarafı aldatmada kullandığı metodlardır. Bu usuller bazen söz, bazen eylem, bazen sükût, bazen da ayıbı gizleme şeklinde olabilir.⁷⁶⁴ Bu yönüyle İslam Hukuku ile Türk Borçlar Hukuku arasında bir fark yoktur.

3.4. İSLAM HUKUKUNDA TAĞRİRİN ÇEŞİTLERİ

Tağriri değişik açılardan taksime tutmak mümkündür. Sözgelimi tağrîrin meydana gelmesinde kullanılan yollar bakımından

⁷⁶⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 147; Yaşaroğlu, *Gabin*, 38.

⁷⁶¹ Eren, BHGH, 399.

⁷⁶² Buhutî, *Keşşâfu'l-kınâ*, III, 214; Kumaş, *Gabin*, 51.

⁷⁶³ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, I, 606; Yaşaroğlu, *Gabin*, 38; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 134.

⁷⁶⁴ Yaşaroğlu, *Gabin*, 38; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 134.

- a) fiil yoluyla hile,
- b) Sözlü hile,
- c) Gizleme yoluyla hile;

Tağrîri yapan kişi bakımından,

Taraflardan birinin yapmış olduğu hile

Her iki tarafın yaptığı hile şeklinde sınıflandırmalar yapılabilir.

3.4.1. et-Tağrîru'l-fi'li (Fiil Yoluyla Hile)

Karşı tarafı akit yapmaya sevk etmek niyetiyle, hileyi yapan tarafın akdin konusu üzerinde fiil şeklinde tezahür eden davranışları ve tedbirleri neticesinde meydana gelen hiledir.⁷⁶⁵ Mesela koyun, keçi, inek gibi sağılabilen hayvanları sütlü göstermek için birkaç gün sağmayıp memelerinde sütün birikmesini sağlamak (bkz. Musarrât hadisi) suretiyle hayvanı satmak için onu çok sütlü göstermeye çalışmak vs.⁷⁶⁶ bu hile çeşidi iki başlık halinde değerlendirilebilir.

3.4.1.1. Satılan Malın Kusurunu Örterek Yapılan Hile

Eski elbiseyi yeni göstermek için boyamak, kaza yapmış arabayı hiç kaza yapmamış gibi göstermek için tamir ettirip boyatmak ya da kilometresini hiç kullanılmamış gibi göstermek için sıfırlatmak gibi örnekler bu çeşit hileye girer.⁷⁶⁷ İslam hukukçuları bu şekilde yapılan hilenin akdi feshetme hakkı doğurduğu hususunda görüş birliği içine girmişler ve bu şekilde yapılan aldatmaları “ayıp muhayyerliği” içinde değerlendirmişlerdir.⁷⁶⁸ Fiilî hileye başvurularak maldaki ayıbı örtme suretiyle yapılan aldatma eylemi fesih hakkı doğurur.⁷⁶⁹

⁷⁶⁵ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, I, 606; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 143; Yaşaroğlu, *Gabin*, 39.

⁷⁶⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 143; Yaşaroğlu, *Gabin*, 39.

⁷⁶⁷ Eren, BHGH, 398

⁷⁶⁸ Abdüsselam Arı, “Fıkıh açısından Sözleşmelerde Karşı Tarafı Yanıltma (Hile)”, *İÜİFD.*, Sa. 1, 250 (Hile); Atmaca, *Gabin*, 135.

⁷⁶⁹ Arı, *Hile*, 250; Atmaca, *Gabin*, 135.

3.4.1.2. Malı Değerli Göstermek Suretiyle Yapılan Hile

Koyun, keçi, inek gibi sağılabilen hayvanları, sütlü göstermek için birkaç gün sağmayıp, memelerinde sütlü birikmesini sağlamak (Musarrât) suretiyle satmak için onu çok sütlü göstermeye çalışmak, değirmen kanalının suyunu bir müddet kesip, akid esnasında bırakarak kanalın suyu çokmuş izlenimi yaratmak ve bu şekilde malı olduğundan daha kıymetli satmak, satılan malda bulunmayan özellikleri varmış gibi övmek suretiyle hileli satmak bu şekilde meydana getirilen hileye örnek olarak verilebilir.⁷⁷⁰

3.4.2. et-Tağrîru'l-kavlî (Sözlü hile)

Akdin taraflarından birinin diğer tarafı akde razı edebilmek için kullandığı yalan beyanlardır. Bu şekilde yapılan hilenin içine karşı tarafı aldatmak için söylenen her türlü yalan beyanlar ve sözlü vesileler girer. Sözlü hiledeki yalan beyan ister malın fiyatı hususunda, isterse akdin konusu olan şeyin vasfı ile ilgili olsun durum aynıdır.⁷⁷¹

Sözlü hilenin tipik uygulamaları arasında neceş (müşteri kızııştırma, muvazaalı artırma), telakki'r rukban (binekleri karşılama) ve Bey'ul-hâzır li'l bâdi (şehirlinin köylü adına mal satması) gösterilebilir. Şimdi bunlar hakkında bilgi vereceğiz.

3.4.2.1. Neceş (Hileli Arttırma veya Eksiltme)

Satıcıyla anlaşılan kimsenin satın alma niyeti olmadığı halde, müşterileri aldatmak için aralarına girip satılan mala fazla fiyat vermesi suretiyle fiyatının yükseltilmesidir. Böylece gerçek alıcılar malı yüksek fiyatla satın almış olmaktadır. Bu uygulama için “münaceşe” terimi de kullanılmaktadır.⁷⁷²

Hz. Peygamberimiz “*Neceş yapmayın, bir kimse kardeşinin satışı üzerine satış yapmasın*”⁷⁷³ buyurmuşlardır.

⁷⁷⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 143; Döndüren, *Kar Hadleri*, 150; Atmaca, *Gabin*, 135.

⁷⁷¹ Yaşaroğlu, *Gabin*, 39 vd.

⁷⁷² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 167; Buhutî, *Keşşâfu'l-kınâ*, III, 211; Yaşaroğlu, *Gabin*, 40.

⁷⁷³ Buharî, *Büyü*, 58, 64, 70; Müslim, *Nikâh*, 52, *Büyü*, 11, *Birr*, 30, 32; Tirmizî, *Büyü*, 65; Nesâî, *Nikâh*, 70, *Büyü*, 17, 19, 21; İbn Mâce, *Ticârât*, 14; Nevevî, *Riyazü's-Sâlihîn*, I, 249, 257.

Buharî neceşin hilenin çeşidi olduğunu belirtir ve İbn Ebi Evfa'nın (ö. 86/705) “*Neceş yapan ribâ yiyen gibi olup haındır*” sözünü nakleder.⁷⁷⁴

Neceşin haram olduğu konusunda fıkıh âlimleri arasında görüş birliği bulunmakla birlikte akdin hukuki bakımdan geçerli olup olmadığı konusu ihtilaflıdır. Maliki ve Şafiîler neceşin akde tesir edilebilmesi için nâcişin (fiyatı arttıran üçüncü kişi) satıcı ile anlaşmış olmasını şart koşarken, Hanbeliler bunun şart olmadığı görüşünü benimsemişlerdir.⁷⁷⁵ Şafiî fakihlerinin bir kısmı neceşin akde tesir edebilmesi ve aldatılan kimsenin muhayyer olabilmesi için nâcişin satıcı ile anlaşmış olmasını şart koşmuşlar, diğer bir kısım Şafiî fakih ise, bu şartlarda da muhayyerlik hakkı söz konusu olmadığını kabul etmişlerdir. Sahih görüşün de bu ikinci görüş olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷⁶

Hanbeli fakihlerine göre neceş bir hile (tağrir) çeşidi olup neceşin akde tesir edebilmesi için nâcişin satıcı ile anlaşması şart değildir. Hatta neceş, bizzat satıcının, sattığı malın kıymeti konusundaki yalan beyanı ile gerçekleşir. Hanbeli âlimlerine göre neceşin akde tesir etmesi ve aldatılana muhayyerlik hakkı vermesi için telakki'r-rukubânda olduğu gibi fahiş oransızlıkla aldanmanın meydana gelmiş olması gerekir.⁷⁷⁷

Şafiî hukukçuları neceşi bir hile (hud'a) çeşidi, maliki hukukçuları ise bir ayıp kabul etmektedirler. Dolayısıyla malikîlere göre mağbûnun sözleşmeyi kabul ya da reddetme muhayyerliği bulunmaktadır. Zahirilere göre neceşli muamele yoluyla yapılan sözleşme geçerli değildir.⁷⁷⁸

Hanefi ve Şafiiler hileyi yapan kişinin günahkâr olmasıyla birlikte akdin sahih (geçerli) olduğu görüşündedirler.⁷⁷⁹

3.4.2.2. Telakki'r – Rukbân (Bineklileri Karşılama)

Mallarını ucuza almak üzere köylü üretici ya da tüccarı şehir dışında karşılama uygulamasıdır.⁷⁸⁰

⁷⁷⁴ Buhârî, *Büyü*, 60.

⁷⁷⁵ Şirazî, *el-Mühezzebe*, I, 298; Merdâvî, Alaaddin Ali b. Süleyman, *el-İsnaf fima'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf*, Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmiyye 1997, IV, 395; Yaşaroğlu, *Gabin*, 41.

⁷⁷⁶ Şirazî, *el-Mühezzebe*, I, 291; İbn kudâme, *el-Muğnî*, V, 148- 149.

⁷⁷⁷ Şirazî, *el-Mühezzebe*, I, 291; Merdâvî, *el-İsnaf*, IV, 395; Buhutî, *Keşşâfu'l-kınâ*, C.3, 212.

⁷⁷⁸ Yaşaroğlu, *Gabin*, 41.

⁷⁷⁹ Kâsânî, *Bedâiu's sanâi*, V, 233; İbnü'l-Hûmâm, *Fethu'l-kadîr*, V, 239- 240; Yaşaroğlu, *Gabin*, 41.

Sözlükte “binitlileri/bineklileri karşılama” anlamına gelen telakki’r rukban “ürettiği malı hayvanına yükleyerek şehre, pazara götüren köylüyü yolda karşılamak ve malını satın almak suretiyle onunla tüketici arasına girmek” anlamlarına gelmektedir. Fakihlere göre de “piyasadan habersiz olan köylünün yolda karşılanması sebebiyle mallarının ellerinden ucuza satın alınması”dır.⁷⁸¹ Aynı şekilde Hanbeli ve bir kısım Şafii fakihleri üreticilerin yolda karşılanıp kendilerine fahiş oransızlıkla satışta bulunulmasını da bu kapsama dâhil ederler.⁷⁸²

Alicının gerçeğe aykırı olan beyanı sebebiyle satıcının aldatılmasına ve mağdur olmasına yol açan bu uygulama da Hz. Peygamber tarafından yasaklanmıştır. “Şehre mal getiren ticaret kafilisini yolda karşılamayın. Kim karşılar da ondan bir şey alırsa malın (ilk) sahibi pazara indiğinde muhayyer olur”⁷⁸³ ifadesiyle yasaklanmıştır.⁷⁸⁴

Telakki’r-rukban yasağı günümüz ekonomisinde, üretici ile tüketicinin yüz yüze gelmesi, ilk kaynaktan piyasaya arz edilen malın gerçek talep sahiplerine doğrudan intikali, başka bir deyişle aracının ortadan kalkmasını amaçlamaktadır.⁷⁸⁵

Hz. Peygamber tarafından yasaklanmasına rağmen bu şekilde gerçekleşen bir sözleşme İslam fıkıhçılarının çoğuna göre geçerlidir. Hanefi hukukçularına göre bu şekilde satım akdi unsur ve şartlarında hergangi bir eksiklik mevcut olmadığı için sahihtir, ancak böyle bir davranış mekruhtur. Üretici piyasa fiyatlarını öğrenince aldandığını anlarsa akdi bozabilir.⁷⁸⁶

İmam Ebu Hanife (ö. 150/767)’nin kanaatine göre telakki’r-rukban durumunda şehirli halk zarar görmüş ve şehirli tüccar verdiği fiyatla bedeller arasında oransızlığa sebep olmuşsa akid mekruhtur ve satıcının fesih hakkı söz konusudur.⁷⁸⁷

Hanbeli mezhebindeki geçerli görüş ise, Hz. Peygamberin hadisi dolayısıyla ancak aldanma olduğu takdirde edimi iade etme veya elde tutma durumunda muhayyerliğin olacağı şeklindedir. Mevcut yasağın sebebinin pazardaki diğer

⁷⁸⁰ Hafif, *Gabin*, 13; Yaşaroğlu, *Gabin*, 41.

⁷⁸¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449; Döndüren, *Kar Hadleri*, 135.

⁷⁸² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449; İbn kudâme, *el- Muğnî*, IV, 152; Buhutî, *Keşşâfu’l-kınâ*, III, 211; Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 83.

⁷⁸³ Buharî, *Büyü*, 64,68; Ebû Dâvud, *Büyü*, 46; Neseî, *Büyü*, 17.

⁷⁸⁴ Yaşaroğlu, *Gabin*, 41.

⁷⁸⁵ Döndüren, *Kar Hadleri*, 135.

⁷⁸⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 449; İbn kudâme, *el- Muğnî*, IV, 152; Senhûrî, *Mesâdirü’l-hak*, II, 83; Döndüren, *Kar Hadleri*, 136; Yaşaroğlu, *Gabin*, 42.

⁷⁸⁷ İbn Âbidin, *Reddü’l- muhtâr*, V, 147; Kâsânî, *Bedâiu’s sanâi*, V, 260; Döndüren, *Kar Hadleri*, 136

tüccarların menfaatinin korunması olduğunu kabul eden Malikilere göre, böyle bir aldanma yoluyla alınan mallara bütün esnaf ortak olabilir. Şafii mezhebi fukahasının görüşü de hile olduğu takdirde muhayyerliğin bulunduğu şeklindedir.⁷⁸⁸

3.4.2.3. Bey’u’l-hâzır li’l-bâdî (Şehirlinin Köylü Adına Mal Satma)

Fıkıh kitaplarında “şehirlinin köylü adına mal satması” konusu “bey’u’l-hâzır li’l-bâdî” kavramıyla ifade edilmektedir. Hanbelî fakihleri, bedevi anlamına gelen “bâdî” kelimesini sadece köylü ile sınırlandırmamışlar, ister köylü, ister başka şehirli olsun, şehre dışardan gelen herkesi bu kelimenin kapsamına dâhil etmişlerdir. Âlimlerin çoğuna göre bunun anlamı, şehirlinin, köylünün malını satış ve pazarlamasını onun adına yapmasıdır. Böylece şehirli satıcı köylünün komisyoncusu durumuna girmektedir.⁷⁸⁹

Merginanî’ye (ö. 593/1197) göre bu işe aşırı fiyat arzusu ile teşebbüs edilmekte, bu yasaklama ile bu teşebbüsün önüne geçilmektedir. Dolayısıyla malın halka daha pahalıya satılması sebebiyle halkın mağdur olması ve piyasa fiyatının yükselmesi engellenmiş olmaktadır.⁷⁹⁰

Hiz. Peygamberin, şehirlinin köylü adına satış yapmasını yasakladığına dair rivayetler vardır. Enes b. Malik’in rivayet ettiğine Hiz. Peygamber “*Hâdırın bâdiye (şehirli olan kimsenin köylüye gıyapta) mal satışını yasaklamış, simsar (komisyoncu)olmasından menetmiştir. Bunlar isterse o kimsenin kardeşi veya babası dahi olsa köylü adına malını satmasın*”⁷⁹¹ buyurmuştur.⁷⁹²

Cabir İbn Abdillâh’tan gelen gelen rivayete göre ise Hiz. Peygamberimiz şöyle buyurmuşlardır; “*Şehirli olan, köylü adına malını satamaz. İnsanları kendi hallerine bırakın. Çünkü Allah insanların bir kısmını diğerleri vesilesiyle rızıklandırır*”⁷⁹³ buyurmuştur.⁷⁹⁴

⁷⁸⁸ Kâsânî, *Bedâiu’s sanâi*, V, 232; İbn kudâme, *el- Muğnî*, V, 241; Yaşaroğlu, *Gabin*, 42.

⁷⁸⁹ İbn kudâme, *el- Muğnî*, V, 150; Kumaş, *Gabin*, 165.

⁷⁹⁰ Merğınânî, Burhaneddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebû Bekr, *el-Hidâye Şerhu bidâyeti’l-mübtedî*, Şirketü Dâru’l-Erkam b. Ebu’l-Erkâm, Beyrut ts., III, 54; Kumaş, *Gabin*, 166.

⁷⁹¹ Buharî, *Büyü*, 58, 64, 68, 69, 70, 71; Ebû Davud, *Büyü*, 47; Tirmizî, *Büyü*, 13; Nesaî, Nikâh, 20, *Büyü*, 17, 18, 19, 21; İbn Mâce, *Ticârât*, 15.

⁷⁹² Döndüren, *Kar Hadleri*, 136; Kumaş, *Gabin*, 166.

⁷⁹³ Müslim, *Büyü*, 20; Ebû Davud, *Büyü*, 47; Tirmizî, *Büyü*, 13; Neseî, *Büyü*, 17; İbn Mâce, *Ticârât*, 15.

⁷⁹⁴ Döndüren, *Kar Hadleri*, 136; Kumaş, *Gabin*, 166.

Hanbeli mezhebine göre şehirlinin köylü adına mal satması bâtıldır/hükümsüzdür. Fakat buna rağmen akdin sahih olacağı şeklinde rivayetler de bulunmaktadır.⁷⁹⁵ Şafii mezhebine göre ise söz konusu akid sahihtir ve lâzımdır.⁷⁹⁶ Hanefi mezhebine göre kuraklık ve kıtlık zamanında şehirli esnafın, köylü adına mal satması (kuraklık, kıtlık zamanları dışında ve satın aldığı malın piyasa fiyatını haber vermesi şartıyla) caiz kabul edilmiştir.⁷⁹⁷

3.4.3. et-Tagrîr bi'l-kitmân (Sükût ve Gizleme Yoluyla Hile)

Bu tür tağrîr akdin taraflarından birinin sözleşme esnâsında ma'kûdun aleyhte/akde konu edilen malda her hangi bir ayıbın olduğunu bildiği halde bu durumu söz konusu ayıptan habersiz olan karşı tarafa bildirmemek suretiyle tağrîrin gerçekleşmesidir.⁷⁹⁸ Bu tür hile maliyete ve fiyata olumsuz bir şekilde tesir edecek hususların beyan edilmemesi suretiyle (ki bunların akid anında söylenmesi zorunludur) yapılan hiledir.⁷⁹⁹ İslam hukukçularının çoğunluğunu teşkil eden âlimlere göre gizlenen ayıbın, ayıp muhayyerliği hakkı doğuracak şekilde olması gerekmektedir. Gizlenen ayıp kayda değer bir öneme sahip değilse akid bağlayıcıdır. Malikî hukukçularına göre ise ayıbın ölçüsü ne kadar olursa olsun, aleyhine aldatmanın gerçekleştiği taraf akdi isterse feshedebilir.⁸⁰⁰

3.4.4. et-Tağrîr Mine'l Gayr (Üçüncü Şahsın Hilesi)

Neceş uygulamasında olduğu gibi bazen hile alıcı ve satıcı tarafından gerçekleşmeyip üçüncü şahıslar eliyle de gerçekleşebilir. Bunun en güzel örneği neceş uygulaması olup, tezimizde hile çeşitlerini anlatırken bu konuya değinmiştik.

⁷⁹⁵İbn Kudâme, *el- Muğnî*, IV, 151; Kumaş, *Gabin*, 167.

⁷⁹⁶İbn Kudâme, *el- Muğnî*, IV, 151; Remlî, Şemseddin Muhammed, *Nihayetü'l-muhtâc ilâ şerh'il-minhâc*, Beyrut: Dâru ihyai't-turasi'l-arabî 2005, III, 388, 389; Ali Şafak, *Kâr Haddi*, 95; Kumaş, *Gabin*, 167.

⁷⁹⁷ Kumaş, *Gabin*, 167.

⁷⁹⁸ Yaşaroğlu, *Gabin*, 42.

⁷⁹⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 146; Atmaca, *Gabin*, 138.

⁸⁰⁰ Arı, *Hile*, 260- 261; Atmaca, *Gabin*, 138.

3.4.5. Aldatma Fiilinin Değerlendirilmesi

İslam dini insanlar arasındaki muamelelerde karşılıklı rızanın mevcut olmasını şart koşmuş, sözleşmenin kuruluş aşamasında karşı tarafı aldatmaya yönelik olan, başvurulması muhtemel her türlü hileyi yasaklamıştır. Bu konudaki uygulamaları sadece birer öğüt niteliğinde kalmamış, aynı zamanda hileden zarar gören taraf lehine birtakım hükümler de ortaya koymuştur. Hileli muamelelere terettüb eden hükümler arasında müctehidlerin çoğunluğu tarafından kabul edileni, hileyi maruz kalan taraf için aldığı malı iade etme ya da elinde bulundurma konusunda muhayyerliğin tanınmasıdır.⁸⁰¹

Hilenin (tağrîrin) gabin için şart olduğunu ileri süren fakihlere göre söz konusu hile akdin feshine sebep teşkil etmemektedir. Özellikle de Hanefî hukukçuları hileyi gabin muhayyerliği için zorunlu ön koşul olarak kabul etmektedirler. Ancak hilenin tek başına akdin feshine veya butlânına sebep teşkil edeceği kanaatinde olan islam hukukçularına göre de gabin, hile olmaksızın tahakkuk etmektedir.⁸⁰²

Hile sebebiyle akdin ortadan kaldırılması hakkı esas itibariyle tanınmış olmasına rağmen bazı hallerde, akdin feshedilebilmesi için hile ile birlikte gabnin şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. Özellikle de hilenin satılan şeyin fiyatını artırmak amacıyla yapıldığı hallerde, akdin feshedilebilmesi, fâhiş oransızlığın gerçekleşmesi ile mümkündür. Buna karşılık aldatma fiilinin yapılmasında güdülen amaç karşı tarafı, sözleşme konusunun vasıflarında aldatmak, yüksek kalitede olduğu, ayıplardan salim olduğu izlenimini vermek ise, irade sakatlanmış olur ve hile fiyatta fâhiş oransızlığa yol açmasa da akdi feshetme hakkını verir.⁸⁰³

⁸⁰¹ Yaşaroğlu, *Gabin*, 43.

⁸⁰² Kumaş, *Gabin*, 156.

⁸⁰³ Yıldırım, *Hile*, 46.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GABN-İ YESİR VE GABN-İ FAHİŞİN AKİTLERE TESİRİ

4.1. GABN-İ YESİRİN HÜKMÜ

4.1.1. Genel Olarak

Gabn-i yesir “*genelde kaçınılması mümkün olmayan*”, dolayı da normal karşılanan ve maruz kalan kimsenin iradesinde herhangi bir sakatlık meydana getirmeyen gabin çeşidini ifade etmek için kullanılır.⁸⁰⁴

Gabn-i yesîr “*insanların genellikle karşı karşıya kaldıkları*” veya “*bilirkişinin değerlendirme sınırlarına girmeyen aldanma*” olarak da tanımlanmaktadır.⁸⁰⁵

Hanefî hukukçularına göre bu kavram “*bilirkişilerin tespit ettiği değerlerin sınırları içinde kalan bedel*”⁸⁰⁶ veya “*normal şartlar altında, insanların kendisinden kaçınmayacağı bedel*”⁸⁰⁷ olarak tanımlanır.

Şâfiî mezhebi hukukçularına göre “*halkın kendi aralarındaki muamelelerde alıştıkları fiyatların (semenler) kapsamındaki fiyat*” gabn-i yesîre sınır olarak kabul edilmektedir.⁸⁰⁸

Mâlikî mezhebinde hâkim olan görüşe göre gabn-i yesîr “*bir malın, kıymetinden çok açık, yani gözle görülür bir şekilde kıymetinden fazla veya eksik bir fiyatla satılmamasıdır*”.⁸⁰⁹

Gabn-i yesirin genel olarak akitlere bir tesiri yoktur. Akit sahihtir. Bu konuda zahiriler dışındaki mezhepler arasında herhangi bir görüş ayrılığı yoktur.⁸¹⁰ Gabn-i yesir akde tesir etmesi ve hukukî sonuçlar doğurması itibarıyla gabne getirilmiş bir alt sınır konumundadır. Literatürde gabin denilince de gabn-i fâhişin kastedilmiş olması da bu nedenledir. Bundan dolayı, Hanefî hukukçuları bazı istisnalar getirmiş olsaar bile,

⁸⁰⁴ Ali Bardakoğlu, “Gabn”, *DİA.*, XVIII, 269,270; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 142.

⁸⁰⁵ Yaşaroğlu, *Gabin*, 44.

⁸⁰⁶ Yaşaroğlu, *Gabin*, 44; Hafif, *Gabin*, 4; Kumaş, *Gabin*, 186.

⁸⁰⁷ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, II, 36; Yaşaroğlu, *Gabin*, 44; Hafif, *Gabin*, 5; Kumaş, *Gabin*, 186.

⁸⁰⁸ Hafif, *Gabin*, 5; Kumaş, *Gabin*, 186.

⁸⁰⁹ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148.

⁸¹⁰ Yaşaroğlu, *Gabin*, 44, dn. 76’da anılan yazar.

Malikî, Şafîî ve Hanbelî hukukçuları gabn-i yesirin sözleşmelere herhangi bir tesirinin olmadığı görüşündedirler.⁸¹¹

Zahirilere göre ise mağbûn, akit esnasında gabnin farkında değilse gabin mutlak olarak akde tesir eder. Meydana gelen aldanmanın gabn-i yesîr ya da gabn-i fâhiş olmasının önemi yoktur. Zahirî âlimlerden İbn Hazm'a(ö. 465/1064) göre bir şeyi piyasa fiyatından daha fazlaya veya daha aza karşılık gelen bir bedelle satmak helal değildir. Taraflardan biri ya da her ikisi akdin selametini şart koşarsa, satıcının veya alıcının sözleşme anında bilgileri dışında oluşan oransızlıktan dolayı sözleşme de gabinli gerçekleşirse ve böyle bir durumda her iki taraf veya sadece mağdur olan taraf gabinden habersiz olsa akid batıl olur. Böyle bir akde icazet vermek caiz olmayıp tekrar akid yapılması gerekir. Fakat taraflar akdin selametini şart koşmayıp bilgisi dışında taraflardan birinin aleyhinde gabin gerçekleşse aldanan tarafın akdi geçerli kılma veya akdi kabul etmeme hakkı vardır.⁸¹²

Gabn-i yesir mağbuna alış-veriş bozma hakkı vermez. Böyle bir aldanma kendiliğinden değil de bizzat karşı tarafın tağriri suretiyle meydana gelmiş olsa bile mağbun alış-veriş feshedemez. Çünkü az aldanmalar sıkça meydana geldikleri için bunlardan kaçınmak pek mümkün değildir.⁸¹³

4.1.2. Hanefilerin İstisnâ Ettiği Durumlar

1. Borca batık bir kişinin iflas nedeniyle tasarrufları kısıtlanmışken (hacr) malını gabn-i yesirle sattığı zaman satış sözleşmesinin geçerliliği alacaklıların icazetine bağlıdır. Alıcı ya malın normal bedeli ile satış bedeli arasındaki farkı öder ya da sözleşmeyi feshederek malı geri verir.⁸¹⁴

2. Terekesi ancak borçlarını karşılayacak durumda olan ölüm hastasının, hastalığı (marazü'l-mevt) esnasında mirasçıları dışındaki bir yabancıya gabn-i yesirle satışta bulunması durumunda (mirasçıların iznine bakılmaksızın) alacaklılar müşteriden edimin

⁸¹¹ Ali Bardakoğlu, "Gabn", *DİA*. XVIII, 269, 270; Atmaca, *Gabin*, 142.

⁸¹² İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 442; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 740–741; Kumaş, *Gabin*, 187- 188.

⁸¹³ Döndüren, *Kâr Hadleri*, 150.

⁸¹⁴ Yaşaroğlu, *Gabin*, 45; Atmaca, *Gabin*, 142.

semen-i mislini tamamlamasını isteyebilirler. Müşteri semen-i mislini tamamlamadığı zaman alacaklılar bey'i feshedebilirler.⁸¹⁵

3. Satın almaya vekil olan kişinin, (örneğin ekmek gibi) piyasa fiyatı herkes tarafından bilinen ve fiyatı sabit olan maddelerin alımında gabn-i yesîrle aldanması akde tesir eder. Bu durumda satış sözleşmesi vekil hakkında geçerli olur.⁸¹⁶

4. Sermayedarın, mudarebe şirketindeki malı gabn-i yesîrle satması.

5. Mudarebe şirketinde çalışan ortağın (mudarib) usûl ve furûu gibi lehlerinde şahitliği kabul edilmeyen kimselerle yaptığı satış sözleşmesinde gabn-i yesir dahi olsa bedelsiz satma veya bedelinden fazlaya satın alma (muhâbât) akde tesîr eder. Bu durumda Ebû Hanîfe'ye göre söz konusu işlem çalışan ortak, Ebû Yusuf ve İmam Muhammed'e göre ise şirket adına geçerli olur.⁸¹⁷

6. Bir malı gasp eden, malın kıymeti hakkında yemin eder ve yemin ettiği kıymet üzerinden tazminde bulunur. Fakat gasp edilen malın, yemin edilen kıymetten az bir miktar bile fazla olduğu anlaşılırsa mal sahibi yapılan antlaşmayı bozabilir. Dolayısıyla buradaki gabn-i yesîr akde tesir eder.⁸¹⁸

4.2. GABN-İ FAHİŞİN HÜKMÜ

Tezimizin esas amacı olan gabn-i fâhişin akitlere tesiri hususunda İslam Hukuk ve Türk Borçlar Hukuku arasındaki mukâyese olduğu için gabn-i fahiş konusuna ikinci bölümümüzde objektif unsur başlığı altında değinmiştik. Ancak fikhî ekollerin gabn-i fâhişin doğurduğu sonuçları ayrı ayrı mezheplerimizin görüşlerini de aktararak müstakil bir bölüm ile ele almanın daha münasip olacağı kanaatini taşıyoruz. Türk borçlar hukuku açısından yapılan gabn-i fahiş tanımını hatırlayacak olursak; gabn-i fahiş ölçüsü tamamen objektif kriterler esas alınıp belirlenmiştir ve gabn-i fahiş için oransızlık açık (zahir, âşikar, bedihi) olmalı, yani işten anlayan herkesin derhal gözüne çarpmalıdır. Bir başka ifade ile inkâr olunamayacak kadar açık olmalıdır. Fakat gabn-i fâhişin varlığı, piyasa durumu akdin şartları gibi pekçok değişkene göre yapılacak değerlendirme

⁸¹⁵ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739-740; Yaşaroğlu, *Gabin*, 44; Atmaca, *Gabin*, 142.

⁸¹⁶ Serahsî, el-Mebsût, XXI, 14; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739-740; Yaşaroğlu, *Gabin*, 45; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 142; Kumaş, *Gabin*, 117.

⁸¹⁷ Serahsî, el-Mebsût, XXII, 57; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739-740; Kumaş, *Gabin*, 117-118.

⁸¹⁸ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 739-740; Kumaş, *Gabin*, 118.

sonucunda hâkimin takdir ve yetkisine bırakılmıştır. İslam hukukunda ise gabn-i fahiş belirli bir ölçü koyma eğiliminde olan âlimler vardır. Bu âlimlerden İmam Muhammed bir malın normal piyasa değerinin 1/20'sini aşan fiyatı gabn-i fâhiş, 1/20 ve bunun altında kalan fazlalığı da gabn-i yesîr olarak nitelendirmiştir.⁸¹⁹ Nusayr b. Yahya gabni fahişin gerçekleşmesi için belirli oranlar belirlemiştir. Buna göre gayr-i menkullerde %20, hayvanlarda %10, diğer ticari mallarda %5 oranındaki aldanmaları gabn-i yesir kabul etmiş, bunun üzerindeki aldanmaları ise gabn-i fahiş olarak değerlendirmiştir. Mecelle'de de Nusayr bin Yahya'nın ölçüsü dikkate alınmış fakat zikredilen oranlar da gabn-i fahiş dâhil edilmiştir.⁸²⁰

4.2.1. Hanefilerde Gabn-i Fâhiş

Bazı Hanefî fakihler, başta İmam Muhammed ve Nusayr bin Yahya olmak üzere gabn-i fahişi belirlemek için yukarıda zikrettiğimiz üzere bazı oranların ölçü olmasından yanadırlar. Son dönem Hanefî fakihlerinden İbn Âbidin, gabn-i fahiş sebebiyle akdin feshi konusunda Hanefiler arasında görüş farklılıkları bulunduğu dikkat çektikten sonra hukuki ehliyeteye sahip kişilerin gabn-i fahiş sebebiyle akdi feshedebilmeleriyle ilgili görüşleri şöyle ifade etmektedir:

Akit sahih olur, feshi de mümkündür.

Akit feshedilemez.

Tağrir ile birlikte ise feshedilebilir, aksi takdirde feshedilemez.⁸²¹

Bu görüşlerin içerisinde de tağrir bulunmadıkça gabn-i fahiş sebebiyle akit feshedilemez doğrultusundaki görüş tercih edilmiştir.⁸²² Bu hükmün esası ve istisna kıldığı hallerde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de yer verilmiş 356 maddede de; “*bey'de bila tağrir gabn-i fahiş bulunsa mağbun olan bey'i feshedemez. Fakat mâl-i yetîm-i bilâ*

⁸¹⁹ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâî*, VI, 30; Kumaş, *Gabin*, 179.

⁸²⁰ Mecelle, md. 165; Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 137, 138.

⁸²¹ İbn Âbidin, *Gabin Risalesi*, II, 66; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 134; Yaşaroğlu, *Gabin*, 46; Atmaca, *Gabin*, 142- 143.

⁸²² Haydar, *Dürerü'l- Hükkâm*, I, 588; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 134- 135; Yaşaroğlu, *Gabin*, 46; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 143.

tağrir olsa dahi gabn-i fahişle bey'i sahih olmaz. Mâl-i vakıf ve beytü'l-mal dahimâl-i yetim hükmündedir” denilmiştir.⁸²³

Hanefilere göre, müşteri mağbun olabileceği gibi satıcının da mağbun olması imkân dâhilindedir.⁸²⁴

Yine Hanefî hukukçular aldatma olmadan dahi bazı malların alım-satımında gabn-i fahiş bulunmasını akdin sakatlanması için yeterli görmüşlerdir. Yetim malı, vakıf malı ve hazine malı gabn-i fahişle satılırsa akit batıl (geçersiz) olur. Mecnun ve Ma'tuh malları da yetim malı hükmündedir.⁸²⁵

Mecelle'yi şerheden Ali Haydar (Küçük)⁸²⁶, hıyâr-ı gabn ve tağriri şöyle tarif eder: “Bey'i akdinin taraflarından biri diğerini aldatıp da bey'de gabn-i fahiş bulunduğu takkirdde bunun hükmü mağbunun bey'i feshedebilmesidir. Mağbunun bu hakkına hıyâr-ı gabn ve tağrir denilir.”⁸²⁷

Gabn-ı fahişle mağbun olan kimsenin vefatı halinde dava varisine intikal etmez.⁸²⁸

Ayrıca Hanefî hukuçularına göre fesih hakkının kaybedildiği durumlar da şunlardır⁸²⁹;

1. Mağbûn satış sözleşmesinde gabin olduğunu öğrendikten sonra eğer satılan malda sahiplenmeyi gerektirecek (Mebide mülkiyetin intikaline sebep olacak) bir işlem yaparsa, akdi feshetme hakkı ortadan kalkar.⁸³⁰

Akidde gabn-i fahiş olduğuna muttali olduktan sonra “mebide temellükün levazımatından olan bir vech ile (malda sahiplenmeyi gerektirecek bir durum oluşmuşsa) tasarruf ederse bu tasarruf gabne rıza olduğundan artık fesih hakkı kalmaz. Mesela tağrir olunan müşteri, bey'de gabn-i fahiş olduğuna muttali olduktan sonra, o

⁸²³ Haydar, *Dürerü'l- Hükkâm*, I, 588; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II, 135; Yaşaroğlu, *Gabin*, 46; Atmaca, *Gabin*, 143.

⁸²⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VIII, 442; Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 590 vd.; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 6; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 740–741; Yaşaroğlu, *Gabin*, 47; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 143.

⁸²⁵ Mecelle md. 356; Yaşaroğlu, *Gabin*, 47; Atmaca, *Gabin*, 144.

⁸²⁶ Hoca Emin Efendizâde, Cumhuriyet döneminde soyadı kanunuyla “küçük” soyadını almıştır.

⁸²⁷ Haydar, *Dürerü'l- Hükkâm*, I, 590.

⁸²⁸ Mecelle, md. 358; Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 145.

⁸²⁹ Bkz. tez metni s. 30- 31.

⁸³⁰ Mecelle md. 359; Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Atmaca, *Gabin*, 145.

malı satarsa ya da başkasına icara verirse fesih hakkını yitirir. Emanet (muhafaza etmek) ise temellük sayılmadığı için temellükün levâzımatından sayılamaz.⁸³¹

2. Mebi telef veya istihlak edilmişse (tüketilmişse),

3. Satılan mal vakfedilmişse,

4. Malda ziyade-i muttasıla-i gayri-i mütevellide (mala dâhil olup yani asıl maldan sayılıp ondan doğmamış olan fazlalık) hâsıl olmuşsa,

Ziyade-i Müttasıla-i Gayri Mütevellide: Mala dâhil olup yani asıl maldan sayılıp ondan doğmamış olan fazlalıktır. Arsa üzerine ağaç dikilmesi, bina yapılması, ciltsiz kitabın ciltlenmesi halinde bu fazlalıklar bu ilaveler asıl maldan doğmamıştır; fakat asıl mala dâhildir. Ondan ayrılarak ayırtarak varlıklarını devam ettiremezler. Bu şekildeki malda fesih hakkı kalmaz.

5. Mebi başkalarına satılmışsa,

6. Satım sözleşmesinde gabin bulunsa bile mağbûnun vefatı halinde gabin davası mirasçılara intikal etmez. Gabn-i fahişle mağbun ve aldatılmış olan ister bayi, ister müşteri olsun gabin ve tağrîr davasını açmadan ölse, artık mirasçıları o davayı açamazlar. Çünkü hukuku mücerrede mevrus olmaz.

Gabn-i fâhiş ve tağrîr ile yapılan akidde satın alınan malın telef olması ya da tüketilmiş olması veya malda bir ayıp oluşmuşsa (mesela satın alınan araziye ev yapılması gibi), bu gibi durumlarda aldatılan akdi feshetme hakkını yitirir.

7. İbra da fesih hakkını ortadan kaldırır. Örneğin satış sözleşmesinin taraflarından birisi diğerini gabin davasından ibra ettiği takdirde artık gabin davasında bulunamaz.⁸³²

4.2.2. Şafiilerde Gabn-i Fâhiş

Şafii hukukçuları gabn-i fahişi “*genellikle muhtemel olmayan oransızlık*” diye nitelendirmektedirler. Bununla birlikte Şafii fakihleri “*muhtemel olmayan oransızlığın*”

⁸³¹ Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 591; Elbir, *İslam Hukukunda Gabin*, 8; Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Atmaca, *Gabin*, 145.

⁸³² Yaşaroğlu, *Gabin*, 48; Atmaca, *Gabin*, 145.

tainine girişmişlerdir. Genel kanaate göre “muhtemel olmayan oransızlık”, farklı cins mallara göre değişik arz etmekte olup bu ölçü örfе göre belirlenmektedir.⁸³³

Şafiilerin fahiş gabin için belli bir miktar üzerinde durmadıkları anlaşılmaktadır. Onlara göre halkın kendi aralarındaki muamelelerde aşinâ oldukları fiyatların üstünde veya altındaki bir fiyat gabn-i fahiş kabul edilmektedir.⁸³⁴

Şafii hukukçulardan Gazzali’ye göre ticaret kâr elde etme amacıyla yapıldığından dolayı karşılıklı aldatma va aldanmanın olması olağandır. Ancak satılan malda gabn-i fahiş 1/3 oranını aşarsa gabin sebebiyle muhayyerlik hakkının olduğunu söyleyenlerin bulunduğunu fakat kendisinin bu görüşte olmadığını ifade etmektedir.⁸³⁵

Şafii mezhebine göre gabn-i fahiş, tağrir ile birlikte bulunmadığı müddetçe mağbun, mebi geri verme hakkına sahip değildir.⁸³⁶

4.2.3. Malikilerde Gabn-i Fâhiş

Malikilere göre akitte gabinin olup olmadığını piyasa şartları belirler.⁸³⁷ Bazen alıcı özel bir sebepten dolayı malı gabn-i fahişle satın almaya razı olursa bu şekilde gerçekleşen bir alım satım akdi için herhangi bir hüküm söz konusu değildir.⁸³⁸

Malikilerin Bağdad ekolüne göre gabn-i fahişin muayyen bir oranı bulunmaktadır. Buna göre gabne maruz kalan kimseye gabin muhayyerliğini kazandıracak tasarruf satıcı veya müşterinin malın hakiki kıymetinin üçte bir (1/3) veya daha fazlası oranında aldanmasıdır.⁸³⁹ Daha sonraları Maliki mezhebinde gabn-i fahiş için şu tarif yaygınlaşmıştır; “*Bir malın gözle görülür bir şekilde kıymetinden fazla veya eksik bir fiyatla satılmasıdır.*” Bu durumda söz konusu malın cari adet dışında bir kıymet ile satışı şeklinde gerçekleşir. Maliki mezhebinde bu tanım tercih edilmiştir.⁸⁴⁰

⁸³³ Remlî, *Nihayetü'l-muhtâc*, V, 24- 25; Kumaş, *Gabin*, 181.

⁸³⁴ Remlî, *Nihayetü'l-muhtâc*, IV, 224; Kumaş, *Gabin*, 181.

⁸³⁵ Gazzâlî, *İhyâ*, II, 79; Atmaca, *Gabin*, 147.

⁸³⁶ Şirazî, *el-Mühezzeb*, I, 214; Yaşaroğlu, *Gabin*, 53; Atmaca, *Gabin*, 147.

⁸³⁷ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 139; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Kumaş, *Gabin*, 182.

⁸³⁸ Yaşaroğlu, *Gabin*, 51.

⁸³⁹ Mevvâk, *et-Tâc ve'l-iklîl*, IV, 468; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Haff, *Gabin*, 6; Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147; Yaşaroğlu, *Gabin*, 51; Atmaca, *Gabin*, 146; Kumaş, *Gabin*, 182.

⁸⁴⁰ Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, II, 136; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 147; Kumaş, *Gabin*, 182.

Mâlikîler müstersilin (alış-veriş konusunda tecrübesi olmayıp malın fiyatından habersiz olan kişi) yapmış olduğu satım akdinde meydana gelen gabni tağrîr ile meydana gelen gabin olarak değerlendirmişlerdir. “Bey’u’l- istirsâl” veya “Bey’u’l- isti’mân” gibi adlar da verilen bu uygulama alış-verişte tecrübesiz olup malın fiyatı hakkında bilgisi olmayan kişinin durumunu (piyasada malla ilgili fiyatla ilgili bilgisini) karşı tarafa bildirerek, karşı tarafın belirlediği fiyat üzerinden alış-verişte bulunması şeklinde gerçekleşmektedir. Söz gelimi bir şahıs diğerine “*şu malımın değerini bilmiyorum. Herkesin yaptığı alış-veriş gibi sende buna bir değer biç ve satın al*” dedikten sonra karşı taraf da kendisinin belirlediği fiyat üzerinden malı aldığı zaman bey’u’l-istirsâl meydana gelmiş olur. Çünkü satıcı, alıcının takdir etmiş olduğu fiyata razı olmuştur. Aynı durum alıcı için de geçerlidir. Yani müşteri malın değerini bilmediğini ifade ederek satıcıdan diğer insanların yaptığı alış verişlerdeki gibi fiyat takdir etmesini isteyerek malını satmasını talep etmesi durumunda bey’u’l – istirsâl mevcuttur.⁸⁴¹

Gabinle istirsâl arasında şu fark göz çarpmaktadır;

Gabinde hileye maruz kalan tarafın kendi halini karşı tarafa beyan etmesine gerek yoktur. Ayrıca Maliki mezhebinin anlayışında gabin hükmünün sonuç doğurabilmesi için gabin-i fahişin gerçekleşmesi şarttır. Fakat istirsal için fahiş oransızlığın gerçekleşmesine gerek yoktur.⁸⁴²

Maliki mezhebinde gabinin fesih hakkı vermesi için de şu üç şartın mevcut olması gerekir;

1. Meydana gelen gabin müzayedede/açık artırma dışında olmalı,
2. Mağbun edimin kıymeti hakkında bilgi sahibi olmamalı,
3. Gabn-i fahişin meydana geldiği andan itibaren bir yıl içinde gabin davası açılmış olmalıdır.⁸⁴³

⁸⁴¹ Yaşaroğlu, *Gabin*, 51.

⁸⁴² Kumaş, *Gabin*, 72.

⁸⁴³ Dusûkî, *Ebû Abdillâh Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arefe et-Dusûkî (ö. 1230/1815), Hâşiye ale’ş-Şerhi’l-kebîr ala Muhtasari’l-İmam Halîl, Dâru’l-fikr, Beyrut ts., III, 141 (Hâşiyetü’d-Dusûkî); ; Yaşaroğlu, *Gabin*, 52; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 146.*

4.2.4. Hanbelilerde Gabn-i Fâhiş

Ahmed b. Hanbel'den rivayet edilen hadislerde ve fetvalarda gabn-i fahiş için bir tanıma ve ölçüye rastlanmamaktadır.⁸⁴⁴

Hanbeli hukukçularının çoğunluğuna göre “*bir malın adet olan fiyatının üstünde ya da altında bir bedelle satılması*” gabn-i fahiştir.⁸⁴⁵

Hanbelilerde hıyaru'l-gabn (gabin sebebiyle muhayyerlik) üç durumda söz konusu olur. Bunlar:

aa. Telakk'r-rukbân (bineklerin karşılanması yoluyla hile)⁸⁴⁶

bb. Neceş (muvazaalı artırma ya da eksiltme yoluyla hile)⁸⁴⁷

cc. Bey'ul-istirsal (müstersilin alış-verişi uygulamalarıdır.)⁸⁴⁸

Hanbelî hukukçularına göre şehir dışından mal getiren üretici ya da tüccarı, pazar esnafından bazılarının şehir dışında karşılayıp, malın piyasa fiyatı hakkında bilgisi olmayan bu kişilere gabn-i fâhiş ölçüsüne varan miktarlarla yaptıkları satım olan telakki'r-rukbân'da muhayyerlik oluşur. Bu durumda dışardan gelenler alıcı, mal sahibi yerli esnaf da satıcı konumunda kabul edilir.⁸⁴⁹ Hanbeli hukukçuları bu konuda delil olarak Hz. Peygamberin telakki'r-rukbân'ı yasaklayan hadislerini gösterirler.⁸⁵⁰

Hanbeliler neceş konusunda da gabn muhayyerliği ile ilgili bir takım hükümler getirmişlerdir. Neceş müşterilerin aldatılması söz konusu olduğu için haramdır. Gabn-i fahişle gerçekleşen neceş durumunda da muhayyerlik tanınmıştır. Şayit bey'de meydana gelen gabin gabn-i yesir derecesinde ise muhayyerlik mevcut değildir. Bu konuda nâcişin (fiyatı artıran üçüncü kişi) satıcı ile anlaşmalı olup, olmamasının önemi yoktur.⁸⁵¹

⁸⁴⁴ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 164–165; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Ali el- Hafîf, *Gabin*, 6; Kumaş, *Gabin*, 182.

⁸⁴⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; Buhûfî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 211; Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 736; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Hafîf, *Gabin*, 6–7; Kumaş, *Gabin*, 183.

⁸⁴⁶ Geniş bilgi için bkz. Tez metni, 118.

⁸⁴⁷ Geniş bilgi için bkz. Tez metni, 117.

⁸⁴⁸ Geniş bilgi için bkz. Tez metni s. 61, 129.

⁸⁴⁹ Buhûfî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 211; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 148; Yaşaroğlu, *Gabin*, 55; Gökhan Atmaca, *Gabin*, 148.

⁸⁵⁰ Yaşaroğlu, *Gabin*, 55; Atmaca, *Gabin*, 148.

⁸⁵¹ Buhûfî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 212; Yaşaroğlu, *Gabin*, 55; Atmaca, *Gabin*, 148.

Hanbeli hukukçuların gabin sebebi ile muhayyerlik tanıdıkları üçüncü uygulama da bey'ul müstersil (alım-satım konusunda tecrübesiz olup malın fiyatından habersiz olan kişinin yaptığı alış-veriştir) konusunda geçerli görüş, müstersilin yapmış olduğu alış-verişte gabn-i fahiş gerçekleştiği takdirde muhayyerliğin bulunacağı doğrultusundadır. Bu durumda müstersil konumundaki kişinin yalan söylediği ile ilgili bir delil bulunmadığı müddetçe malın kıymetini bilmediğine dair yaptığı yemin dikkat alınır.⁸⁵²

Görüldüğü gibi Hanbeli hukukçularının gabin konusunda dikkate aldığı sözleşmelerin hemen hepsinde tağrir söz konusudur.⁸⁵³

Hanbelî hukukçularının gabinle ilgili olarak üzerinde durduğu neceş, telakki'r-rukbân ve bey'ul-müstersil gibi uygulamaları, et-tağrirü'l-kavli adı verilen taraflardan birinin diğerini bir takım sözlü vesileler ile hileye maruz bırakılması durumunda dikkat çekmektedir. Dolayısıyla Hanbelîler gabnin akde tesiri konusunda tağririn mevcut olmasını nazar-ı dikkate almışlar ve mağbuna fesih hakkı tanımışlardır.⁸⁵⁴

4.2.5. Mezheb Görüşlerinin Mukayesesi

Bu değerlendirmeler neticesinde gabn-i fahiş için *“Kaçınılması mümkün hatta gerekli olan ve olağan dışı sayılan bu yüzden de maruz kalan tarafın rızası dışında gerçekleştiği var sayılan aldatma”* şeklinde bir tanım yapılabilir.⁸⁵⁵

Gabin kavramı İslam hukuku açısından rızayı sakatlayan ve akdin fesadına yol açan bağımsız bir sebep olarak görülmemiş, rızanın ihlal edildiğini ya da haksız bir zararın bulunduğunu gösteren objektif kriterlerin (hile gibi) bulunması oranında gündeme gelmiştir.⁸⁵⁶

Fahiş gabin hakkında yapılan ictehadlar ve değerlendirmeler arasında çok büyük bir ihtilafın bulunmadığını belirtmek gerekir. Buna göre bir akitte vukûunu bulan gabnin fahiş olup olmadığını belirlemede o akde ve o bölgeye ait örf ve âdetin ölçü alınması gerektiği ifade edilebilir.

⁸⁵² Buhûtî, *Keşşâfü'l-kınâ*, III, 212; Yaşaroğlu, *Gabin*, 56; Atmaca, *Gabin*, 149.

⁸⁵³ Senhûrî, *Mesâdirü'l-hak*, II, 146; Yaşaroğlu, *Gabin*, 56.

⁸⁵⁴ Yaşaroğlu, *Gabin*, 56.

⁸⁵⁵ Bardakoğlu, *Gabn, DİA.*, XIII, 269.

⁸⁵⁶ Atmaca, *Gabin*, 149.

Fıkhi mezhepler literatüründe de gabn-i fahiş konusunda örf ve âdetin veya tüccarlar arasındaki âdetin ölçü alınacağı yönünde birbirine yakın görüşler vardır.⁸⁵⁷ Hanefi mezhebinde de kuvvetli görüş bu şekildedir. Bununla birlikte Hanefi hukukçularının önemli bir kısmı ve diğer mezhep fukahâsının az bir kısmı bu örf ve adet ölçüsüne biraz daha açıklık getirerek bilirkişilerin tesbit ettiği değişik değerlerin sınırları dışında kalan bedeli gabn-i fahiş saymış, böylece daha kolay uygulanabilir bir usul benimseme yoluna gitmişlerdir.⁸⁵⁸

Gabn-i fahişin muayyen bir oranla tayin edilmesi, fahiş oransızlığın tesbiti konusunda bir kolaylık sağlamaktadır. Fakat bu yöntemin donuk olması ve her dönemin ve piyasanın taleplerin cevap vermemesi olumsuzluklarını da beraberinde taşıması ve dolayısıyla adaletsizliğe sebebiyet verme ihtimalinin mevcudiyetinden dolayı eleştiriye maruz kalmıştır. Gabn-i fahişin muayyen bir oranla tayin edilmemesi sebebiyle hâkime geniş bir yetki bırakılmakta, dolayısıyla bu etkisini farklı durum, dönem ve olaylara adaletli bir şekilde uygulama fırsatı vermektedir. Bütün bunlardan dolayı gabn-i fahişi piyasa ve dönemin şartlarına bırakmak İslam hukukunun genel prensiplerine ve kurallarına daha uygun düşmektedir.⁸⁵⁹

4.3. GABİN MUHAYYERLİĞİNİN MÜDDETİ

Bu konudaki İslam âlimlerinin ihtilafını “*iptal hakkının kullanma süresi*” adlı başlığımızda icmalen işlemiştik.⁸⁶⁰

Türk-İsviçre Borçlar Hukuku gabin muhayyerliğinin müddeti konusunda mağbuna alış-verişi feshetmesi için tecrübesizlik ve hiffetini fark ettikten ya da müzayeka hali ortadan kalktıktan sonra bir yıl ve herhâlde beş yıl süre vermiştir. TBK md.36’da iptal süresi hata veya hilenin anlaşılması veya tehdidin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. Gabinde ise daha objektif hareket edilmiş rızaya değil sözleşmeye önem verilmiş ve sürenin başlangıç olarak sözleşmenin kuruluş tarihi esas alınmıştır.⁸⁶¹

⁸⁵⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 18; Kumaş, *Gabin*, 184.

⁸⁵⁸ İbn Âbidin, *Reddû'l- muhtâr*, IV, 159; Döndüren, *Kâr Hadleri*, 144; Kumaş, *Gabin*, 184.

⁸⁵⁹ Karadâğî, *Mebdeü'r-rızâ*, II, 738; Kumaş, *Gabin*, 185- 186.

⁸⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. Tez metni s. 91- 96.

⁸⁶¹ Aslan, *Gabin*, 117.

İslam hukukunda akidlerde muhayyerlik ile ilgili hükümler incelenirken muhayyerlik süresi konusunda görüş farklılıklarının olduğu görülmektedir. İslam hukukçularının çoğunluğu hıyarı'l-gabnin müddeti konusunu müstakil olarak ele almaktan çok genellikle hıyarı'l-ayb (kusurlu çıkma muhayyerliği) ile bazen de hıyarı'ş-şart (şart muhayyerliği) bölümlerinde incelemektedirler.⁸⁶²

Hıyarı'l gabnin müddeti konusunda önceden de bilgi verdiğimiz “Habbân hadisi” ile hıyarı'l-ayb konusunda bahsettiğimiz “musarrat hadisi” delil teşkil etmektedir.

Musarrat hadisi olarak şöhret bulmuş olan hadis-i şerif mealen şöyledir: “*Her kim sütü biriktirilmiş bir koyun alırsa üç gün muhayyerdir. İsterse elinde tutar dilerse iade eder. Beraberinde bir ölçek de hurma verir.*” Bu hadiste hükmü ifade edilen “tasriye” (hayvanı bir süre sağmayıp sütü gösterme) uygulaması fiili hileye misal gösterilmektedir.⁸⁶³

⁸⁶² Yaşaroğlu, *Gabin*, 57.

⁸⁶³ Müslim, *Büyük*, 24.

SONUÇ

Her iki hukuk sistemi de prensip olarak akid serbestisi prensibini benimsemiş ve ticarî hayatın devamlılığını gözeterek akde sınırlama koymama taraftarı olmuşlardır. Ancak bazı durumlarda üretici/satıcı ya da tüketiciyi de korumak adına bir takım tedbirler almışlardır. İşte gabin de bu koruma mekanizmasının bir parçasıdır.

“*Alışverişte aldanma ve aldatma*” manasına gelen gabin hukuki literatürde “*muavazalı akitlerde karşılıklı bedeller arasındaki nispetsizlik*” anlamlarına gelmektedir. İslam hukukçuları aldanmayı az aldanma (gabn-i yesir) ve çok aldanma (gabn-i fâhiş) olarak iki bölümde ele almıştır. Gabn-ı fâhiş TBK md. 28’de ise “açık oransızlık” terimi ile ifade edilmektedir.

Her iki hukuk sistemi de gabni, iradeyi zedeleyen saik hatası ve akdin fesadına yol açan (TBK’da iptal olarak nitelendirilmiştir) bir neden olarak görülmüştür. Ancak Türk borçlar hukuku ile İslam hukuku arasındaki en temel fark şudur ki; Türk borçlar hukuku gabni başlı başına bir iptal sebebi olarak görürken, İslam hukuku gabni tek başına akdin fesadı için yeterli görmez. Ancak İslam hukuku buna istisnalar getirmiştir.

Hem İslâm hukukunda hem de Türk borçlar hukukunda müşteri gibi satıcı da gabne maruz kalabilir. Ayrıca her iki hukuk sistemi de gabinden dolayı akdi iptal etme hakkını mağbun olan tarafa vermişlerdir.

Her iki hukuk sistemi de edimler arasındaki açık oransızlığı gabin için temel neden olarak görürler. Ancak aralarındaki fark şudur; Türk borçlar hukukunda açık oransızlık sübjektif unsurların tesiriyle (mağbunun müzayeka hali, hiffeti ya da tecrübesizliği neticesinde) oluşurken İslam hukukunda bu unsurlara bağlı olmadan oluşur. Hatta İslam hukukçularının kabul ettiği gabinin hile ile oluşmasında da hileye neden olan unsur olarak edimler arasındaki açık oransızlık gösterilmiştir. Bundan dolayı Türk borçlar hukukunda açık oransızlık bir sonuç, İslam hukukunda bir nedendir. Ayrıca İslam hukukunda açık oransızlığı kesin bir oranla belirleme eğilimi vardır (Hanefiler, Malikîlerin Bağdad ekolü gibi). Buna karşın Türk borçlar hukukunda gabin için herhangi bir oran verilmemiş sadece Yargıtay bir kararında %50 gibi bir oransızlığın oluşmasını açık oransızlık için yeterli görüp %25 oransızlığın açık oransızlık olarak kabul edilemeyeceğini söylemiştir. Yine de Türk Borçlar hukukunda herhangi bir oran tespiti yapılmaz. Ayrıca Türk borçlar hukukuna göre gabinden

bahsedebilmek için açık oransızlık olmadığı durumlarda gabinden söz edilemezken, İslam hukukunda bazı durumlarda açık olmayan oransızlık ta akde tesir eder (yetim malı, vakıf malı ve beytü'l-mâle ait mallar/devlet malı) bu malların satımı gebn-i yesirle dahi gerçekleşse akid bâtil kabul edilmiştir.

Açık oransızlık konusunda iki hukuk sisteminin benzer taraflarından biri de bu oransızlığın belirlenmesinde bilirkişinin dikkate alınmasıdır. Örfün ve bilirkişinin değerlendirmelerinin sınırına giren miktarlar gabn-i yesir kabul edilmiş ve bu tip aldanmanın akde tesirinin olmadığı kabul edilmiştir. Örfün ve bilirkişinin belirlediği sınırları aşan aldanmalar gabn-i fahiş kabul edilmiş ve gabinle ilgili hükümler gabn-i fahiş üzerine bina edilmiştir. Türk borçlar hukukunda da belirli bir oran benimsenmemiş, bu oran “zahir, bedihi, aşikâr” olacak şekilde açık olmalıdır denilmiş

İslam hukukunda da, Türk borçlar hukukunda da açık oransızlığın akid esnasında mevcut olması kabul edilmiştir. Her iki hukuk sistemi de sözleşmenin kurulmasından sonra mebinin kıymetinde meydana gelecek değişimler nazar-ı dikkate alınmamıştır.

İslam hukukunda açık oransızlık gerçekleşse dahi aldatma olmadan akdin feshedilemeyeceği kabul edilmişken Türk borçlar hukukuna göre gabin ile hile aynı davada birleştirilemez. Türk borçlar hukuku hile yerine sübjektif unsurların varlığını kabul etmiştir ve bu unsurların istismarını benimsemesi de İslam hukukundan etkilendiğini gösterir. Ayrıca mahkeme ichtihadlarında bu üç hal sınırlandırılmayıp “yaşlılık, yalnızlık, hasta ve bitik olma” gibi durumlar da sübjektif unsura dâhil edilmiştir.

Türk Borçlar Hukuku Gabinden söz edebilmek için sübjektif unsurların da mevcudiyetini zorunlu görürken, İslam hukuku genel olarak objektif şartla ilgilenmiştir. Maliki hukukçuları edimler arasındaki fiyat farkı belirli bir oranı geçtikten sonra (1/3 gibi) gabinin oluştuğunu kabul ederler. Sübjektif unsurlardan savurganlık (sefeh) Türk Borçlar Hukukunda tek başına sübjektif unsur olarak görülür. İslam Hukukunda ise sefeh hali gabin için bir unsur teşkil etmez ve bu hukuk sisteminde savurganlar için gabin değil de hacr (kısıtlama) hükümleri uygulanır. Tecrübesizlik açısından bakılırsa iki hukuk sisteminin yakınlık gösterdiği görülür. Çünkü İslam hukukunda, gabin için aldatmanın olması da hukukçuların çoğunluğu tarafından kabul edildiğinden, tecrübesiz kişi aldatılmaya son derce müsaittir. Telakki'r-rukbân ve istirsal tecrübesizlikle

ilişkilendirilebilir. Müzâyeka hali ise savurganlık ve tecrübesizlikten farklı olarak tamamen sübjektif bir içeriğe sahiptir. Türk Borçlar Hukuku bu hali de gabin için geçerli olan durumlardan kabul etmiştir, ancak İslam hukukunda müzâyeka halinin fıkıh müdevvenatlarında (mecelle gibi) ve fıkıh kitaplarında ele alınmamasının sebebi, müzâyekanın her devirde farklı bir mahiyet kazanabileceği düşüncesidir ve bundan dolayı İslam Hukuku bu halin takdirini zamanın müctehidlerinin ictihadlarına bırakmıştır.

İslam hukukunda edimlerin uyarlanması hakkı sadece güvene dayalı akidlerde söz konusu iken, Türk borçlar hukukunda böyle bir şart aranmaksızın mağbuna bu hak verilmiştir.

İslam hukukunda mağbunun tazminat davası açması söz konusu değilken, Türk borçlar hukukuna göre gabin aynı zamanda ahlaka aykırılık ilkesi taşıdığından (culpa in contrahendo) mağbun olan taraf tazminat davası açabilir.

İslam Hukukçuları gabinli akdin feshinde son süre gabnin anlaşılmasından itibaren üç gündür demişlerdir. Süre açısından İslam hukukçuları arasında Malikîler bu süreyi bir yıl olarak belirlemişler ve bu noktada Türk borçlar hukukuna en yakın görüşü sergilemişlerdir. Türk borçlar hukukunda ise gabin konusundaki hâkim görüş, mağbunun bir yıl içerisinde yaptığı akdi feshetmesi için hâkime müracaat edilebileceği yönündedir. Bu konudaki düzenleme Borçlar Kanunu md. 28 ile gerçekleşmiştir. Konunun açık ifadesine göre Türk hukukunda gabinli akdin iptali hakkı için iki farklı süre takdir edilmektedir. Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir. Bu süreler geçmiş olursa anılan unsurların gerçekleşmiş olmasına rağmen gabin iddiasında bulunulamaz. Bu süre hak düşürücü bir süredir.

Her iki hukuk sisteminde de iptal beyanının, beyanın karşı tarafa iletilmesi ile birlikte hüküm ifade edeceği kabul edilmiştir.

Hilenin oluşması ve unsurları açısından da her iki hukuk sistemi benzer hükümler içerir. Ancak Türk borçlar hukuku gabinle hileyi (ikisini de iradeyi sakatlayan durum olarak kabul etmelerine rağmen) ayırmıştır. Ancak İslam hukukunda hile dolayısıyla akit

iptal edilebilir ancak tek başına gabin sebebiyle (bazı istisnalar hariç) akdin iptal edilemeyeceğini kabul etmişlerdir.



KAYNAKÇA

- Ahmed bin Hanbel, *el-Müsned*, I-VI, Çağrı Yayınları-Dâru Sahnûn, İstanbul, 1992.
- Ali Haydar (Küçük), Hoca Emin Efendizâde, *Dürerü'l-hükkâm Şerhu Mecelleti'l-ahkâm*, Matbaa-i Tevsî-i Tıbbaat, İstanbul 1912.
- Apaydın, H. Yunus, “Muhayyerlik”, *DİA.*, C.31, İstanbul 2006, 25- 30.
- Arı, Abdüsselam, “Fıkıh Açısından Sözleşmelerde Karşı Tarafı Yanıltma (Hile)”, *İÜİFD*, S. 1, 247- 261.
- , *İslâm Hukukunda Rıza ile İrade Arasında Uyumsuzluk* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1996.
- Aslan, Çiğdem Mine, *Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları (BK. Md. 21)* Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- Atar Fahrettin, *Fıkıh Usûlü*, İFAV Yayınları, İstanbul 1996.
- Atmaca, Gökhan, “İslam Hukunda Gabin ve Akde Etkisi”, (İbn Abidin'in Gabin Risalesi'nin Metin ve Muhteva Yönünden Tedkiki'nin bir bölümünün tekrar gözden geçirilip yayına hazırlanmış hali), *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Yıl 2008, Sayı 18, 129- 150.
- Ayan, Mehmet, “Aşırı Yararlanma”, *Konya Barosu Dergisi*, Yıl 40, Sayı 23, 14- 17.
- Ayık, İsmail Hakkı, Gabinin Mahiyeti ve Unsurları, *Adalet Dergisi* No: 2, İstanbul 1952.
- Bardakoğlu, Ali, “Gabin”, *Diyanet İslâm Ansiklopedisi*, c. 13, Ali Rıza Başkan güzel sanatlar matbaası İstanbul, 1996.268- 273.
- Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. Hüseyin (ö. 458/1066). *es-Sünenü'l-kübrâ, Meclisü daireti'l-maârif*, Haydarâbâd 1925.
- Bilmen, Ömer Nasûhî, *Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, I-VII, Bilmen Yayınları, İstanbul 1967 .
- Buharî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil, *El-Câmiu's-sahîh*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

Buhutî, Mansur b. Yunus, *Keşşâfü'l-kınâ an Metni'l-iknâ*, I-IV, Daru'l-fikr, Beyrut 1981.

Buz, Vedat, "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması: İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26.06.1997 Tarihli Kararı (BGE 123 III 292 vd.) Üzerinde Düşünceler". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 19(4), 1998.

-----, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.

Çakırca, Seda İrem, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma Kavramı*, XII Levha yayıncılık, İstanbul 2015.

Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, Ensar Yayınları, İstanbul 2005.

-----, *İslâm Hukukunda Akidler*, AHİ Yayıncılık, İstanbul 2006.

Dârekutnî, Ebu'l-hasan Ali b. Ömer, *Sûnenû'd-Darekutnî*, Daru'l-mehasin, Kahire ts.

Dayınlarlı, Kemal, *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1993.

Döndüren, Hamdi, *İslâm Hukukuna Göre Alım-satımda Kâr Hadleri*, İnce Matbaacılık, Balıkesir 1984.

Dusûkî, Ebû Abdillâh Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arefe, *Hâşiye ale'ş-Şerhi'l-kebîr ala Muhtasari'l-İmam Halîl*, Dârû'l-fikr, Beyrut ts.

Ebû Dâvûd, Süleyman b. El-Eş'âr es-Sicistânî, *es-Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

Ehrlich, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, New York 1962.

Elbir, Halit Kemal, "Gabine Müteallik Umumî Hüküm Muvacehesinde Fâhiş Faiz Meselesi", *İstanbul Barosu Dergisinin* Aralık 1949 sayısından ayrı bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.

-----, "Gabinin Müddeti ve Hükümleri", *İÜHFM*. 1951, 17(1- 2).

-----, "Gabinin Unsurları", *İstanbul Barosu Dergisi*, Nisan 1951 sayısından ayrı bası, Osman Yalçın matbaası, İstanbul 1951.

- , *İslam Hukukunda Gabin*, İstanbul Üniversitesi Yüksek İslam Enstitüsü Yayınları, Osman Yalçın matbaası, İstanbul 1963.
- , *Türk Pozitif Hukukunda Gabin*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1951.
- Ercoskun Şenal, H. Kübra, “Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(4), 2013.
- Erdebilî, Cemaluddîn Yusuf b. İbrahim, *el-Envâr li a'mâli'l-Ebrâr*, Kahire 1969.
- Eren, Fikret, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Feyzioğlu, Necmettin Feyzi, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. 1, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967.
- Gazzalî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *İhyâu Ulûmi'd-dîn*, Daru'l-hayr, Beyrut 1997.
- Gönensay, Samim, *Borçlar Hukuku*, c. 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948.
- Gözübenli, Beşir, “Fuzulî”, *DİA*, C. 13, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar matbaası, İstanbul 1996, 239- 240.
- , “Kıyemî”, *DİA*, C. 25, TDV Yayın, Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2002, 540- 541.
- Hacak, Hasan, “Mislî”, *DİA*, C. 30, TDV Yayın, Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, İstanbul 2005, 187- 188.
- Hafif, Ali, *el-Gabn fi'l-ukûd*, c. 10, s.3- Mecelletü Buhusi'd-diraseti'l-arabiyye, Kahire: 1979- 1980.
- Hâtemi, Hüseyin, “Borçlar Hukukunun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanununun Değerlendirilmesi”, *Hukuk Dünyası Dergisi*, Ekim- Aralık 2015 sayısı, 31- 41.
- , *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)*, Sulhî Karan Matbaası, İstanbul 1976.

Hattâb, şemsuddin ebû Abdullah b. Muhammed el-Mağribi, *Mevahibu'l-celil li-şerhi Muhtasari'l-Halil*, Daru'l-fikr, Beyrut 1977.

<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contacts/unidroit-principles-2010>.

İbn Âbidin, Muhammed Alâuddin, *Tahbîru't-tahrir fi ibtali'l-kadâ bi'l-fesh bi'l-gabni'l-fahiş bilâ tağrir*, Mecmuatü Resâili İbn Abidîn, Beyrût ts.

-----, *Reddû'l-muhtâr ale'd-dürri'l-muhtar Şerhu Tenviri'l-ebşâr*, I-VI, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1994.

İbn Hazm, ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-muhallâ*, Daru't-turâs, Kahire ts.

İbn Kudâme, Ebu muhammed muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, *el-muğni*, Daru'l-fikr, Beyrut 1985.

İbn Mace, Ebû Abdillâh b. Yezid el-Kazvinî, *es-Sünen*, Çağrı Yayınları. İstanbul 1992.

İbn Manzûr, Ebu'l-fadl Cemaluddîn muhammed, *Lisanu'l-arab*. Dâru Sadr Beyrut 2000.

İbn Nuceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *Bahru'r-raik şerhu Kenzûd-dekaik*, Dâru İhyâi't-turâsi'l-arabî, Beyrut 2002.

İbn Rüşd, Ebu'l-velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Hafîd, *Bidayetü'l-müctehid ve Nihayetü'l muktesid*, matbaatü Mustafa el-Bâbî el-Halebî ve evlâdühu, Mısır 1975.

İbnü'l-Hûmâm, Kemaluddin Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-kadîr*, I-VII, Daru'l-kütübi'l-İlmîyye, Beyrut 1995.

İnan, Ali Naim/ Yücel Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin yayıncılık, Ankara 2014.

Kadri Paşa, Muhammed, *Kitabu Mürşidü'l-hayrân ilâ ma'rifeti ahvâli'l-insân*. Dâru'l-arabiyyeti li't-tevzî-i ve'n-neşr, Amman 1985.

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

Karadağî, Ali muhyiddin, *Mebdeü'r-rızâ fi'l-ukûd*, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 2002.

Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul 1999.

Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's sanâi fi tertîbi's-şerâi*, Daru'l-kütübi'l-arabî, Beyrut 1982.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/ Hatemi Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010

Köse, Saffet, "Hile", *DİA*, c.18, Ali Rıza Baskan Güzel Sanatlar matbaası, İstanbul 1998, 28, 29.

-----, "Rüşd", *DİA*, C.35, TDV yayın matbaacılık ve ticaret işletmesi, İstanbul 2008, 298- 300.

Kumaş, Ali, *İslâm Borçlar hukukunda Gabin*, (Basılmamış Doktora tezi), Konya 2011. (Gabin)

Kurşat, Zekeriya, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, Kazancı Matbaacılık, İstanbul 2003,

Küçükgüngör, Erkan / Emiroğlu, Haluk, "Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (gabin)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53(1), 2004.

Leknevî, Ebu'l-Hasenât Muhammed Abdü'l-Hayy b. Muhammed, *Fevâidü'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye; Tûrabü'l-emasîl bi-terâcimi'l-efâdîl* (neşreden: Ahmed Za'bi), Dâru'l-Erkâm, Beyrut 1998.

Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed el-Basrî, *el-Hâvi'l-kebir*, Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1994.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, derleyen: Ali Himmet berkî, Hikmet Yayınları, İstanbul 1978.

Merdâvî, Alauddin Ali b. Süleyman, *el-İsnaf fîma'rifeti'r-râcih mine'l-hilâf*, Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1997.

Merğînânî, Burhaneddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekr, *el-Hidâye Şerhu bidâyeti'l-mübtedî* (thk. Muhammed Adnan Derviş) Şirketü Dâru'l-Erkâm b. Ebu'l-Erkâm, Beyrut ts.

- Mevsilî, Abdullah b. Muhammed b. Mevdûd, *el-ihyâ' li-ta'lîl-l-Muhtar*. Dârü'l-ma'rife, Beyrut 1998.
- Mevvâk, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yusuf el-Abderî el-Gırnatî, *et-Tâc ve'l-iklîl li-Muhtasar-i Halîl*, Dârü'l-fikr, Beyrut 1397.
- Müslim b. Hâccac, el-Kuşeyrî, *el-Câmiu's Sahîh*, I-V, Mektebetü'l-ilmiyye, İstanbul ts.
- Nesâî, Ebû Abdurrahman Ahmed b. Ali, *es-Sünen*, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.
- Nevevî, Ebû Zekerıyya Muhyiddin b. Yahya, *Kitâbü'l-mecmû Şerhu'l-Mühezzebe*, Dâru ihyâi't-türâsi'l-Arabî, Beyrut 1995,
- , *Riyazü's-Sâlihîn min kelami Seyyidi'l-murselîn*, -metin ve çeviri- (M. Emin Özafşar/ Bünyamin Erul), TDV yayın matbaacılık ve ticaret işletmesi, Ankara 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.
- Okumuş, Selmani, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Aşırı Yararlanma (Gabin)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Olgaç, Senai, *Hukuk Davalarında Gabin-Hile-İkrah*, Orsel Matbaası, Ankara 1975.
- , *Kazaî ve İlmî İctihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel Hükümler)*. Olgaç Matbaası, Ankara 1976.
- Özkaya, Eraslan, *Aşırı Yararlanma (Gabin) davaları*, 2. Baskı, Seçkin Hukuk Yayınları, Ankara 2013.
- , *Hata-Hile-İkrah Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000
- Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi yayınları, İstanbul 1980.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006.
- Remlî, Şemseddin Muhammed, *Nihayetü'l-muhtâc ilâ şerh'il-minhâc*, Dâru ihyâi't-turâsi'l-arabî, Beyrut 2005.
- Sa'de, Abdülmün'im Ferec, *Nazariyyetü'l-akd fi's-şeriâti'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vad'iyyi*. Matbaatü Câmieti'l-kâhire ve'l-kitâbi'l-câmi'î, Kahire 1993.

- Sarı, Suat, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinde Gerçekleştirdiği Değişiklikler*, Prof.Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, 1026- 1040
- Saymen, Ferit H. / Elbir, H. Kemal, *Türk Borçlar Hukuku*, Cild 1, İsmail Akgün matbaası, İstanbul 1958.
- Saymen, Ferit H., *Gabinde İvazlar Arası Nispetsizlik*, İ.Ü.H.F.M., İstanbul, 1945, c. 11, sa: 3-4.
- , *Gabin-Müzayeka İstifade Şartı*, İ.Ü.H.F.M., İstanbul 1947, c. 13, sa: 1.
- Schwarz, A.B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çev: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.
- Semerkandî, Alâüddin Muhammed b. Ahmed, *Tuhfetü'l-fukahâ*, Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut 1984.
- Senhurî, Abdurrezzâk, *Mesadiru'l-Hakk fî Fıkhi'l-İslâmi*, Dâru'l-fikr, Kahire 1954.
- , *Nazariyyetü'l-akd*, Mu'cemu'l-ilmî'l-arabi'l-islami, Beyrut 1934.
- Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl Ahmed Şemsü'l-eimme, *el-Mebsût*. Dâru'l-ma'rife, Beyrut 1986.
- Sungur, Hasan Halis, *Gabin*, İstanbul Matbaası, İstanbul 1953.
- Şa'ban, Zekiyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (Trc. İbrahim Kâfi Dönmez). TDV Yayınları, Ankara 2009.
- Şafak, Ali, *İslâm Hukukunda Alışverişte Kâr Haddi* (Tartışmalı İlmi Toplantılar Dizisi). İslâmi İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul 1984
- Şirazî, Ebû İshâk İbrahim b. Ali, *el-Mühezzebe*, I-II, Daru'l-fikr, Beyrut ts.
- Taberânî, Ebu'l-Kâsım Süleyman b. Ahmed, *el-Mu'cemü'l-kebîr* (thk. Hamdi b. Abdülmecid es-Selefî). Mektebetü İbn Teymiye, Kahire ts.
- Tirmizî, Ebû İsâ b. Muhammed b. İsâ, *es-Sünen*, Çağrı Yayınları- Dâru Sahnun, İstanbul 1992.

Türk Hukuku Lûgatı, (Türk Hukuk kurumu tarafından hazırlanmış), Başbakanlık Mevzuâtı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.

Üçer, Mehmet, “Roma Hukukunda Laesio Enormis ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(4), Ankara 2005.

Yaran, Rahmi, İhtiyaç, *DİA*, C. 21, İstanbul 2000, 573- 574,

-----, *İslâm Fıkında İhtiyaç Kavramı ve Kurumsallaşması*, İFAV, İstanbul 2007.

Yaşaroğlu, M. Kamil, *İslam Hukukunda Gabin*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1990.

Yenişehirli, ebu'l-fadl Abdullah, *Behçetü'l-fetâvâ*, Dâru't-tıbaati'l-âmire, İstanbul 1849.

Yıldırım, M. Fadıl, *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile (Hile)*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2002.

Yıldız, Kemal, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, Hâcegân Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005.

Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletühü*, Dârü'l-fıkr, Dımaşk 1997.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Nuri SEZER
Doğum Yeri ve Tarihi	Kozaklı, 19.07.1984
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bildiği Yabancı Diller	Arapça
Bilimsel Faaliyetleri	
İş Deneyimi	
Stajlar	
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	Diyanet İşleri Başkanlığı
İletişim	
E-Posta Adresi	nurialanur_50@hotmail.com
Tarih	08.04.2016