

ROMA HUKUKUNDA VE BAZI ÇAĞDAŞ HUKUK DÜZENLERİNDE *LAESIO ENORMIS* (GABİN)

*Doç. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR **
*Yrd. Doç. Dr. Haluk EMİROĞLU***

GİRİŞ

Modern hukuk sistemleri, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde, edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık olması durumunda, bir yandan sözleşme serbestisi ilkesini dikkate alarak, diğer yandan tarafların subjektif iradelerini teminat altına alabilmek amacıyla bir çözüm tarzı bulmaya çalışmışlardır. Maddi sözleşme adaletini sağlamaya çalışan bazı kodifikasyonlar *laesio enormis*'in (gabin) objektif unsuru olan karşılıklı edimler arasındaki dengesizlik ya da oransızlığın belirlenmesi sorununu hakimin takdirine bırakırken, diğerleri bu oransızlığı, aritmetik hesap yoluyla objektif olarak belirlemeyi uygun bulmuşlardır. *Laesio enormis* kurumu, sadece hukukun değil, aynı zamanda ekonomi, felsefe ve sosyoloji bilimlerinin de konusu içinde değerlendirilmektedir. Özellikle, serbest piyasa ekonomisi uygulanan ülkelerde, kurumun gerekliliği tartışma konusu yapılmaktadır.

Diğer modern kodifikasyonlarda olduğu gibi, İsviçre-Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen gabin kurumunun kökeni de Roma hukukunun *laesio enormis* kurumuna dayanmaktadır. Roma hukukunun bugünkü Kara Avrupası hukuk sistemi üzerindeki etkisi, özel hukukun geleneksel hukuk dallarından olan kişiler hukuku ve aile hukukundan çok malvarlığı hukuku (*ius quod ad res pertinet*) alanında kendisini göstermektedir. İsviçre Medeni Kanunu ve dolayısıyla Türk Medeni Kanunu genel olarak değerlendirildiğinde, malvarlığı hukukunun özellikle borçlar hukuku alanının, Roma hukukundan günümüze kadar gelen bir çok kavram ve

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

ilkeleri içermesi nedeniyle çok büyük ölçüde romanist karakter taşıdığı söylenebilir. Özellikle satım sözleşmesinin rızailiği, satım sözleşmesinde hasarın intikali, satıcının maldaki maddi ayıplardan sorumluluğu, zapta karşı tekeffül borcu gibi *laesio enormis* kurumu da Roma satım hukukundan kaynaklanarak İsviçre-Türk borçlar hukukunda ve diğer modern kodifikasyonlarda yerini almıştır. Ancak, satım sözleşmesinin sadece borç doğurucu niteliğinin ve hasarın alıcıya ait olması kuralının kabul edilmesi nedeniyle, İsviçre-Türk satım hukukunun, diğer modern kodifikasyonlardan daha fazla romanist karakter taşıdığı söylenebilir¹.

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde edim ve karşı edim belirlendikten sonra, edimlerden biri daha sonra ortaya çıkan, yeni ve önceden öngörülemeyen olayların sonucunda aşırı oranda değerlenmiş ya da değerini kaybetmişse, *laesio enormis* ile ilgili hükümlere değil, *clausula rebus sic stantibus* ilkesine ya da dürüstlük kuralına başvurmak gerektiğini de ayrıca ifade etmek gerekir².

¹ SCHWARZ, A.B. (Çev.: RADO, T.): Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.23; RADO, T.: Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri, Samim Gönsensay'a Armağan, İstanbul 1955, s.512; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Ö.: Roma Hukuku, Ankara 2003, s. 38; TAHİROĞLU, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, s. 157-158.

² İsviçre-Türk hukuk sistemleri, diğer Avrupa ülkelerindeki düzenlemeler gibi, Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan 'sözleşme tarafların kanunudur' düşüncesini hayata geçirerek, sözleşmeleri teminat altına alabilmek için, Roma hukukundan gelen sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*, *pactis standum est*, *iura vigilandibus scripta*) ilkesini benimsemiştir. Bu ilkeye göre, tarafların aralarında serbestçe kurdukları sözleşme ilişkisine, hakim, ancak zorunluluk varsa müdahale etmelidir. Sözleşmelerin ifasını şartların değişmemesine bağlayan ilke (*clausula rebus sic stantibus*) her zaman gerçeğe uygun değilse de, sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesine kesin ve sıkı bağlılığın da her zaman adil olmadığı görülmüştür. Örneğin, belirli bir bedel üzerinden bir malın sürekli olarak teslimi taahhüdünün, para değerinin büyük ölçüde düşmesinden sonra da aynı şartlarla ifasını beklemek doğru ve adil değildir. Bu adaletsiz sonucu bertaraf etmek için çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bazı yazarlara göre, her sözleşmede *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin örtülü olarak bulunduğu kabul edilemez. Çünkü bu ilke sözleşmenin ekonomik niteliği ile bağdaşmadığı gibi, hukuki bakımdan, sözleşmeye bağlılık ilkesi göz ardı edildiği için, hukuki işlemler de teminat altına alınamaz. Ancak, yüklediği borçların ifası zaman içine yayılan sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin yapıldığı andaki şartlara nazaran sonradan meydana gelen değişikliklerin sözleşme ilişkisine etki yapıp yapmayacağı taraflarca ya da kanunda öngörülmüşse, bu durumda, tarafların anlaşmasına ya da kanunun düzenlemesine uyulur. Örneğin, paranın değerindeki değişikliklere karşı sözleşmeye konulan yabancı para değeri kaydı, altın değeri kaydı ya da indekse göre ayarlama kaydı ilerideki değişikliklere karşı taraflarca belirlenmiş esaslara en iyi örneklerdir. İlerideki değişiklikler bakımından kanunun öngördüğü esasa en iyi örnek de, istisna sözleşmesine ilişkin B.K. m. 365'in ikinci fıkrasında yer alan emprevizyon teorisi ile ilgili düzenlemedir. Bu hükme göre, 'Ancak önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça dikkate alınmayan haller için yapılmasına engel olur veya yapılmasını son derece güçleştirirse hakim, sahip olduğu takdir hakkı dolayısıyla, ya

I. ROMA HUKUKU'NDA LAESIO ENORMIS (GABİN)

İki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulan³ *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 (*verum pretium*) yansıtmasına gerek yoktu. Klasik hukukçular, tarafların semeni belirleme konusundaki serbestisine müdahale etmemişti, taraflar satım konusu malın değerini dilediği gibi belirleyebilirdi⁴.

Upianus D. 4. 4. 16. 4: 'Pomponius ait in pretio emptiois et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.'

kararlaştırılmış olan ücretin arttırılmasına ya da sözleşmenin bozulmasına karar verir'. *Clausula rebus sic stantibus* ilkesinin, sözleşmenin içeriğinde yer alması da uygulanabilmesi, ancak dürüstlük kuralına başvurulması ile mümkün olabilir. 'Eğer, durum borçlunun ivazına karşılık, hiçbir karşı ivaz almayacağı ya da sadece hiç denecek kadar az bir ivaz alacağı derecede değişmiş ise, kendisine sözleşme hükümleri gereğince düşen borçların devam ettiğini söylemek dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz'. Sözleşmenin yapılmasından sonra, değişen durumda sözleşme şartlarına göre borcun ifasının talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırı düşüğü takdirde, borçlu, sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanmasını ya da feshini talep edebilir. Hakim de durumun özelliğini dikkate alarak sürekli borç ilişkilerinde sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanmasına ya da feshine karar verebilir. *Clausula rebus sic stantibus* ilkesinin uygulanabilmesi için, edim ve karşı edimin belirlenmesine rağmen, geçen süreçte edimlerden birisinin öngörülemeyen olaylar sonucunda aşırı oranda değerlenmesi ya da değerini kaybetmesi ve edimlerin henüz ifa edilmemiş olması aranırken, *laesio enormis*, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmenin kurulduğu andaki, edim ve karşı edim arasındaki açık bir oransızlık olması durumunda ortaya çıkar. Bkz.: Thilo, s.346-349; Oğuzman-Öz, s. 85, 143, 428; Eren, s. 368-369.

³ TUNÇOMAĞ, K.: Borçlar Hukuku, C.1, Genel Hükümler, İstanbul 1969, s.241; ATAAY, A.: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1981, s.274; FEYZİOĞLU, F.N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1976, s. 248; EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1994, s.502; OĞUZMAN, K.-ÖZ, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s.109.

⁴ UMUR, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, s. 169; DI MARZO, S. (Çev.: UMUR, Z.): Roma Hukuku, İstanbul 1954, s.387-388. TALAMANCA, M.: Istituzioni di diritto romano, Milano 1990, s.586; SCHULZ, F.: Classical Roman Law, Oxford 1969, s.528. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde tarafların semeni diledikleri şekilde belirleyebilmeleri kuralına bazı sınırlamalar getirilmişti. Özellikle eşler arasındaki bağış yaşağından kurtulabilmek için yapılan satım sözleşmelerinde bu duruma rastlanmaktaydı: Bak.: ARANGIO-RUIZ, V.: Istituzioni di diritto romano, Napoli 1991, s. 339; NICHOLAS, B.: An Introduction to Roman Law, Oxford 1962, s. 174-175. Bunun yanında hilenin (dolus) söz konusu olduğu durumlarda da sözleşme geçersiz olurdu: Bak.: MUIRHEAD, J.S.: An Outline of Roman Law, London 1947, s. 151; Nicholas, s. 175; Talamanca, s. 586.

Ulpianus D. 4. 4. 16. 4: 'Pomponius'un da satım sözleşmesinin bedeli ile ilgili olarak söylediği gibi, sözleşmenin taraflarının birbirlerini aldatmasına izin vermek doğaldır.'

Paulus D. 19. 2. 22. 3: 'Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.'

Paulus D. 19. 2. 22. 3: 'Alım satım sözleşmesinin doğası gereği, kira sözleşmelerinde de olduğu gibi, daha yüksek bir değere sahip bir malın daha düşük bir fiyata ve daha düşük bir değere sahip bir malın daha yüksek bir fiyata satılmasına izin verilir. Bu, tarafların menfaati gereğidir.'

Ayrıca *D.18.1.9.1* ile *D.18.1.10* birlikte değerlendirildiğinde, aynı sonuca varıldığı görülmektedir:

Ulpianus D. 18. 1. 9. 1: 'Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditi: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.'

Ulpianus D. 18. 1. 9. 1: 'Eğer biz isimde açıkça anlaşamıyorsak, ancak gerçekte konu üzerinde uzlaşmışsak, hiç şüphe yok ki alım satım geçerlidir: isimde hata yapmış olmak önemli değildir, çünkü konuda uzlaşılmıştır.'

Paulus D. 18. 1. 10: 'Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam empyor existimaret: tunc enim emptio valet.'

Paulus D. 18. 1. 10: 'Bundan başka eğer (sözleşmenin konusu) alıcı tarafından değeri daha az takdir edilen altın olursa, bu durumda, alım satım yine geçerlidir.'

Ancak Son İmparatorluk Dönemi'nde, sosyo-ekonomik sıkıntıları giderebilmek için yapılan enflasyonla mücadelenin bir gereği olarak, İmparator *Diocletianus*, bazı mal ve hizmetler için resmi fiyat listeleri düzenlemiş ve böylece fiyatları kontrol altında tutmaya çalışmıştı⁵. Bu eğilimin sonucunda, o dönemdeki ahlaki ve dini inançların da etkisiyle⁶, adil fiyatın (*iustum pretium*) sağlanabilmesi için, İmparator *Diocletianus* tarafından M.S. 285 ve 293 yıllarında bazı emirnameler (*C. 4. 44. 2* ve *C. 4. 44. 8*) çıkarılmıştı⁷.

⁵ LEWIS, N.-REINHOLD, M.: *Roman Civilization, Sourcebook 2: The Empire*, New York 1966, s. 464 vd.; TALAMANCA, s.586; KASER, M. (Çev.: DANNENBRING, R.): *Roman Private Law*, Durban 1965, s.176.

⁶ *C.1.4.1: 'Christinai, quibus verus cultus est adiuvere pauperes et in necessitate positos.'* (=Hristiyanlar! Gerçek ibadet, fakirlere ve zor duruma düşmüş olanlara yardım etmektir.): RICCOBONO, S. (Çev.: UMUR, Z.): *Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi*, İ.Ü.H.F.M., C.XXII, S.1-4, İstanbul 1957, s.379.

⁷ Kaser, s.176; WATSON, A.: *Roman Law and Comparative Law*, Georgia 1991, s. 202; Tahiroğlu, s.163.

C. 4. 44. 2: *'Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.'*

C. 4. 44. 2: 'Eğer sen (aile evladı) ya da baban (aile babası) aslında daha fazla değere sahip olan bir malı, değerinden daha ucuz bir fiyata satmış isen, alıcıya alınan bedeli iade ettikten sonra, hakimin aracılığıyla, satılan gayrimenkulu geri alman ya da alıcının seçimine göre gerçek değerinden eksik olan kısmı alman adildir. Ancak, daha ucuz bir fiyat, satılan malın gerçek değerinin yarısının dahi ödenmemesi durumunda söz konusu olur.'

C. 4. 44. 8: *'Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit; dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis et cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium. profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.'*

C. 4. 44. 8: 'Eğer, sen (aile babası) ya da senin oğlun (erkek aile evladı) senin talimatın sonucunda çiftliği satmışsa, satım sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabul edilebilmesi için, satın alanın aldatılmış olması, ölüm korkusuyla hareket etmesi ya da vücudu üzerinde işkence yapıldığını ispat etmesi gerekir. Eğer, çiftlik, olması gerekenden daha düşük bir fiyata satılmışsa, bu durum satım sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Açıkçası, satım sözleşmesinin içeriği göz önüne alındığında, alıcı, satım konusu malı daha düşük bir bedelle almak isterken, satıcı, daha pahalıya satma isteğindedir. Yapılan pazarlıklar sırasında, satıcı, istediği fiyatı biraz düşürür, alıcı, önerdiği fiyata biraz ekler ve bu şekilde ortak bir fiyat üzerinde anlaşılır. Bu aşamadan sonra, ne satım sözleşmesini koruyan iyi niyet kuralları ne de üzerinde anlaşılan satım bedeli göz ardı edilebilir. Ancak semen, satılan malın değerinin yarısından az ise, alıcıya daha önceden verilmiş olan seçim hakkının kullanılması beklenecektir.'

Yukarıdaki metinler incelendiğinde, aslında tüm iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulabilen *laesio enormis* kurumunun, Roma hukukunda sadece gayrimenkul satımı bakımından ele

alındığı ve satıcı için uygulanabildiği görülür. Buna göre, bir gayrimenkulün gerçek değerinin yarısından daha az bir fiyata satılması durumunda, satıcı, hakime müracaat ederek (*auctoritate intercedente iudicis, per officium iudicis*) alıcıdan satım konusu malın gerçek değerinin eksik kalan bölümünü talep eder ve aldığı olumsuz cevap üzerine ya da doğrudan doğruya semeni iade ederek gayrimenkulün geri verilmesini isteyebilirdi. Ancak alıcı, satım konusu gayrimenkulü iade etmeden sözleşmeyi muhafaza etmek isterse malın adil ve gerçek değerini (cari değer, müşterek değer, *communis aestimatio*) ödemesi (*reductio ad aequitatem*) gerekirdi (*quod deest iusto pretio*= adil semen için ne borçlu ise)⁸. Sözleşme serbestisini sınırladığı ileri sürülen bu kuralların, özellikle, zaruret ve yoksulluk durumunda malını satmak zorunda kalan kimseleri korumak amacıyla uygulandığında, tarafların iradelerini teminat altına aldığı söylenebilir⁹.

Laesio enormis kurumunun, *Codex'e interpolatio*'lar ile dahil edildiğini ileri süren yazarlar¹⁰ vardır. Bu yazarlara göre, C. 4. 44. 2'deki cümle, çoğul özne (sen ya da baban) ile başladığı halde, satma fiili sadece aile babası ile ilgilendirilebilecek şekilde tekil olarak kullanılmıştır. Devam eden cümlede ise, satıcı tekil olarak kullanılmıştır. Böylece metin gramer açısından incelendiğinde, ilk cümlede, birden fazla satıcıdan, ikinci cümlede ise bir tek satıcıdan söz edilmektedir. Ayrıca, C. 4. 44. 2'nin İmparator *Diocletianus* zamanında çıkarılmış olması şüphelidir. Çünkü metinde yer alan 'hakim kararıyla, satılan gayrimenkulü geri almak' için aktif dava ehliyetine sahip olmak gerekirdi. Bu dönemde aile evlatlarının aktif dava ehliyeti olmadığı için aile evladı, aile babası hayattayken dava açamazdı, sadece aile babası, davacı olabilirdi. Bütün bunların yanında bu görüş taraftarları, *laesio enormis*'e ilişkin olarak *Codex Theodosianus*'da herhangi bir düzenleme bulunmadığından yola çıkarak gabine ilişkin hükümlerin *interpolatio* yoluyla getirilmiş olduğunu ileri sürmektedirler¹¹.

Bazı yazarlara göre ise, C. 4. 44. 2 ve C.4. 44. 8'de *interpolatio* yapılmamıştı¹². Bu yazarlara göre, özellikle C. 4. 44 . 2'nin metni şekil

⁸ Di Marzo, s.388; Talamanca, s. 586; RADO, T.: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1983, s. 122-123; Tahiroğlu, s. 165; SHERMAN, C.P.: Roman Law in the Modern World, New York 1937, s. 343; THILO, E. (Çev.: ESEN, B.N.): Laesio Enormis ve Clausula Rebus Sic Stantibus ile Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not, İ.Ü.H.F.M., Yıl:1, 1935, s. 345.

⁹ Rado, s.122-123.

¹⁰ Arangio-Ruiz, s. 339; DEKKERS, R.: La lésion énorme, Introduction a l'histoire des sources du droit, Paris 1937, s. 16 vd.; TAPANI KLAMI, H.: Laesio enormis in Roman Law, Labeo, 1987, 33, s. 48 vd. Ayrıca bak., Zimmermann, s.259, dn.156; Watson, s. 202-203.

¹¹ Watson, s.203.

¹² VISKY, K.: Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts, RIDA, 1969, 16, s. 374 vd., 385 vd.; HACKL, K.: Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis, ZSS, 1981, 98, s. 147 vd.; Buckland, s.486; LEAGE, R.W.: Roman Private Law, London 1942, s. 324. Sözü edilen metinlerde *interpolatio* bulunup

bakımdan bazı hatalar içeriyorsa da, şekli bakımdan yapılan değişikliklerin, metinde maddi değişiklikler de yapıldığı sonucuna götürmemesi gerekir. Ayrıca, C. 4. 44. 2'de yer alan İmparator *Diocletianus* döneminde aile evladının aktif dava ehliyetine sahip olmadığı halde davacı olarak gösterilmesi olgusu, *laesio enormis*'in varlığı ile ilgili bir tartışmada veri olarak alınacak şekilde genişletilerek değerlendirilmemelidir. İkinci olarak, İmparator *Diocletianus* döneminde ortaya çıkan ekonomik krizin hukuki düzenlemeler yapılarak önlenmeye çalışıldığı açıktır. Enflasyonla mücadele etmek için çıkarılan 'önemli mal ve hizmetlerin azami fiyatlarını belirleyen emirname' bunun en iyi örneğidir. Aslında İmparator *Diocletianus* tarafından çıkarılan emirname, *Iustinianus* Dönemi'ne kadar, kendisinden sonra gelen imparatorlar tarafından göz ardı edilmişti. Ancak *laesio enormis*, *Iustinianus* Dönemi'nde ortaya çıkmış olsaydı, *Iustinianus*'un kendi emirnameleriyle bu kurum düzenlenir ve buna *Corpus Iuris Civilis* içinde daha düzenli bir şekilde yer verilir. Örneğin, *Iustinianus* tarafından C. 4. 21. 17'de yer alan satım sözleşmesinin meydana gelmesi ile ilgili kurallar, *Ius. Ins.* 3. 23 *pr.*'da yerini almış ve D. 18. 1. 2'de *interpolatio* yapılması sonucunu doğurmuştu¹³.

II. BAZI ÇAĞDAŞ HUKUK DÜZENLERİNDE *LAESIO ENORMIS* (GABİN)

Modern hukuk sistemlerinde, bir hukuki işlemin gabin sebebi ile sona erdirilmesine karar verebilmek için uygulanan kıstaslar farklılık göstermektedir.

Bugün yürürlükte olan modern kodifikasyonlar içerisinde Roma hukukundaki *laesio enormis* kuralına en sadık kalan Avusturya Medeni Kanunudur. Bu kanunun 934. paragrafına göre, karşılıklı bir sözleşmede, taraflardan birinin diğer tarafa verdiği yarısından azını alması durumunda az alan tarafa sözleşmeyi sona erdirerek eski halin iadesini talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak sözleşmenin bu şekilde sona ermesi yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması üzerine değil, mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Sözleşmenin sona erdirilebilmesi için objektif şartın varlığı, yani taraflardan birinin ediminin diğer tarafın ediminin değerinin yarısından az olması yeterlidir. Ayrıca bu oransızlığın taraflardan birinin özel bir durumundan faydalanarak meydana getirilmiş olması aranmamaktadır. Taraflardan birinin ediminin diğerinin ediminin değerinin yarısından az olup olmadığı

bulunmadığı sorununun çözülemeyeceğini savunan yazarlar da vardır: WATSON, A.: The Hidden Origins of Enorm Lesion, *Journal of Legal History*, 1981, 2, s. 186 vd. *Interpolatio* iddiaları ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için, bak.: DE BONDT, W.: Lesion in the Roman Law of Contracts, *Juridical Review*, 1979, s. 45 vd.; ALBERTARIO, E.: *Iustum pretium e iusta aestimatio*, *Studi di diritto romano*, C.III, Milano 1936, s. 403 vd.; SOLAZZI, S.: L'origine storica della rescissione per lesione enorme, *BIDR*, 1921, 30, s. 51 vd.

¹³ Watson, 203.

araştırılırken, sözleşmenin kurulduğu an esas alınır. Ayrıca tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, edimler arasında oransızlık lehine olan taraf, sözleşmedeki değer ile edimin ortalama değeri arasındaki farkı ödeyerek sözleşmenin sona erdirilmesine engel olma hakkına sahiptir¹⁴.

Fransız ihtilalinin başlıca eserlerinden biri olarak kabul edilen Fransız Medeni Kanunu, tamamen 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. Bu durumlar, Fransız Medeni Kanunu'nun; 472, 783, 887, 1674-1678, 1681-1685, 1706'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Fransız Medeni Kanunu'nun gayrimenkul satım sözleşmelerinde gabini düzenleyen 1674. maddesine göre, gayrimenkulün 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. Aynı kanunun 1675-1678, 1681-1685, 1706'ncı maddelerinde ise, gabine yol açan objektif oransızlığın belirlenebilmesi için, satım konusu gayrimenkulün satım sırasındaki değeri ve durumunun esas alınması, satıcının ya da mirasçılarının hakkını iki yıllık hak düşürücü süre içinde kullanması, gabinin varlığı için bir yargı kararının gerekliliği ve yargı kararının üç kişiden oluşan bilirkişilerin oy çokluğu ile verecekleri rapora dayanması, yargı kararından sonra satıcının semeni iade ederek satım konusu gayrimenkulü geri alması ya da satılanın durumunun muhafaza edilerek, semenin gerçek bedele çıkartılmasından oluşan seçimlik hakkını kullanması ve son olarak da trampa sözleşmelerinde gabinin gerçekleşmeyeceği esaslarını düzenlenmiştir. Fransız Medeni Kanunu'nda gabin, şirket sözleşmelerine ilişkin 1872'inci madde dışında, sadece gayrimenkul satım sözleşmelerinde ve satıcının lehine olarak düzenlenmiştir. Şirketin tasfiyesini ve şirket mallarının taksimini konu alan 1872'inci maddeye göre, mirasın taksimine ilişkin hükümler (m. 887), şirket ortakları arasında yapılan taksimlere de uygulanabilir. Bu kanunun 887'inci maddesindeki düzenleme, mirasçılardan birinin miras taksim sözleşmesinde, kendisine düşen miras payından _ oranında eksik alması durumunda sözleşmenin sona erdirilmesini isteme hakkına ilişkindir. Ayrıca aynı kanunun 783'üncü maddesinde, mirasın kabulünden sonra, terekenin _'sinden fazlasının sonradan ortaya çıkan bir vasiyetname nedeniyle azalması durumunda gabinin ortaya çıkabileceği, 2052'inci maddesinde sulh sözleşmelerinin gabin sebebiyle sona erdirilemeyeceği ve 472'inci

¹⁴ BUZ, V.: 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, BATİDER, C. XIX, S. 4, Ankara 1998, s. 57; Thilo, s. 345.

maddesinde, gabinin ancak kanunda öngörülen durumlarda dikkate alınabileceği kuralları yer almaktadır¹⁵.

Fransız hukukunun gabin ile ilgili düzenlemelerinin karşılaştırmalı hukuk bakımından en önemli yanı, gabinin objektif unsurunu oluşturan karşılıklı edimler arasındaki oransızlığın belirlenmesi sorunu hakimin takdirine bırakmayarak, aritmetik bir hesaplama yolunu tercih etmesidir.

İtalyan hukukunda gabin, İtalyan Medeni Kanunu'nun 763 ve 1448-1451'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 1448'inci maddesinde, 'tarafardan birinin diğer tarafın müzayaka halinden yararlanarak edimler arasında _'den fazla bir oransızlık meydana getirmesi durumunda, diğer taraf sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir' kuralı yer almaktadır. Aynı kanunun 1449'uncu maddesinde, edimler arasında kendi lehine oransızlık olduğunu iddia eden tarafın 1 yıllık hak düşümü süresi içinde sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebileceği, 1450'inci maddesinde, gabin sebebi ile sözleşmenin sona erdirilmesini istemeyen tarafın sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilmesi, 1451'inci maddesinde, gabin yüzünden sözleşmenin sona erdirilmesini talep hakkından önceden feragat edilemeyeceği esasları kabul edilmiştir. Ayrıca, kanunun 763'üncü maddesindeki düzenlemeye göre, mirasta taksim sözleşmesinin sona erdirilmesini talep edebilmek için edimler arasındaki oransızlığın _'ten fazla olması gerekir.

Alman hukukunda gabin, Alman Medeni Kanunu'nun 138'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, gabinden söz edebilmek için edim ile karşı edim arasındaki göze çarpan oransızlık, sözleşmenin 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 yaralanılarak meydana getirilmiş olması gerekir. Alman hukukunda gabinin hukuki sonucu, İsviçre ve Türk hukuklarından farklı olarak, mutlak butlandır¹⁶.

Gabin, Türk Borçlar Kanunu'nun 21'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, 'Bir sözleşmede edimler arasında açık bir oransızlık bulunduğu takdirde, eğer gabin (bu oransızlık), zarar görenin müzayaka halinde bulunmasından, hiffetinden ya da tecrübesizliğinden yararlanılarak meydana getirilmiş ise, zarar gören bir yıl içinde sözleşmeyi feshettiğini beyan ederek verdiği geri isteyebilir.' Bu düzenlemeye göre, gabinden söz edebilmek için, edimler arasında açık bir oransızlığın bulunması yeterli görülmemiş, bu oransızlığın, zarar görenin özel durumundan (zor durumda bulunmasından, düşüncesizliğinden,

¹⁵ CORNU, G.: *Vocabulaire Juridique*, Paris 1992; ELBİR, H.K.: *Fransız Hukukunda Gabin Hakkında Bir İnceleme*, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1995, s.513-525; Thilo, s. 345; ELBİR, H. K.: *Gabnin Unsurları*, İstanbul 1951, s. 3.

¹⁶ Buz, s. 58-59; Eren, s. 504; Elbir (*Gabnin Unsurları*), s. 3.

tecrübesizliğinden) kaynaklanması aranmıştır. Aynı maddeye göre, gabinin hukuki sonucu, zarar görenin sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl içinde başvurması durumunda hakim tarafından sözleşmenin iptal edilmesidir. Dolayısıyla, Romalıların *laesio enormis* kurumunu düzenlerken ortaya koydukları adil fiyat ya da doğru fiyat kavramları, İsviçre ve Türk hukuklarında benimsenmemiştir. İsviçre ve Türk hukuklarında kanun koyucunun amacı, tarafların sözleşme ile yükledikleri edimlere müdahale ederek, doğru ya da adil fiyat ile sözleşmenin kurulmasını sağlamak değil, tarafların sözleşmeyi kurarken beyan ettikleri iradeleri garanti altına almaktır. Böylece, gabin konusunda karar verecek olan hakim, öncelikle edimler arasındaki açık oransızlık bulunduğunu belirleyecek ve daha sonra bu oransızlığın zarar görenin özel durumundan kaynaklanması durumunda sözleşmenin iptaline karar verecektir¹⁷.

SONUÇ

İki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulan *laesio enormis* kurumu, Romalı hukukçuların satım sözleşmesinde alıcının borçlarını düzenlerken karşılaştıkları sorunlar sayesinde ortaya çıkmıştı. Klasik Hukuk Dönemi'nde, tarafların semeni belirleme konusundaki serbestisine müdahale edilmeyerek, sözleşme özgürlüğü ilkesi en geniş anlamda uygulanmıştı. Bu dönemde, satım konusu malın gerçek değeri göz önüne alındığında, satıcı tarafından daha yüksek fiyata satılmak istenmesi ve alıcı tarafından daha düşük fiyata alınmak istenmesi doğal karşılanmış ve hukuk düzeni, tarafların iradesine müdahale etmemişti. Böylece Klasik Hukuk Dönemi'nde hukuki yarar, tarafların iradelerini garanti altına almakta değil, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi teminat altına almakta görülmüştü.

Ancak, Son İmparatorluk Dönemi'nde ortaya çıkan yüksek enflasyon ile mücadele edebilmek için hukuk kuralları kullanılmış ve İmparator *Diocletianus* tarafından bazı mal ve hizmetler için resmi fiyat listeleri düzenlenerek, fiyatlar kontrol altına alınmaya çalışılmıştı. Hıristiyanlık dininin 'gerçek ibadet zorda kalanlara yardım etmektir' düşüncesinin de etkisiyle, adil fiyatın (*iustum pretium*) sağlanabilmesi için, M.S. 285 ve 293 yıllarında, İmparator *Diocletianus* tarafından bazı emirnameler (C. 4. 44. 2 ve C. 4. 44. 8) çıkarılmıştı. Söz konusu emirnamelerde, sadece gayrimenkul satım sözleşmesi ele alınmıştı ve sözleşmenin kurulduğu andaki gerçek değer ile sözleşmede kararlaştırılan değer arasında _'den fazla bir oransızlık varsa, zarar gören tarafın başvurması durumunda, hakim, talep doğrultusunda, eksik bedelin tamamlanarak adil, gerçek fiyata ulaşılmasına

¹⁷ ELBİR, H. K.: Gabine Müteallik Umumi Hüküm Muvacehesinde Fahiş Faiz Meselesi, İstanbul 1949, s. 1-10; ELBİR, H. K.: Gabnin Müddeti ve Hükümleri, İstanbul 1951, s. 1-11; Eren, s. 502-509; Oğuzman-Öz, s. 109-111; Tunçomağ, s.241; Ataay, s.274; Fezyioğlu, s.248; Elbir (Gabnin Unsurları), s.1-23; TEKİNAY, S.S.-AKMAN, S.- BURCUOĞLU, H.- ALTOP, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 458 v.d..

ya da semenin iade edilerek gayrimenkulün geri verilmesine karar verebilirdi. Söz konusu emirnamelerin *interpolatio* ile *Codex*'e girdiğini düşünen yazarlar, bu iddialarını, metinlerin gramer yapısını inceleyerek, yürürlükteki hukuk kurallarını ve hukukun genel ilkelerini göz önüne alarak kanıtlamaya çalışmışlardır.

Bu emirnameler ile düzenlenen *laesio enormis* kurumu, bazı modern hukuk sistemlerini doğrudan, bazılarını ise dolaylı olarak etkilemiştir.

Bugün yürürlükte olan modern kodifikasyonlar incelendiğinde, Avusturya Medeni Kanunu'nun, Roma hukukundaki *laesio enormis* kurumunu, adeta aynen kabul ettiği söylenebilir. Roma hukukunda düzenlendiği gibi, karşılıklı bir sözleşmede belirlenen edimin değerinin, gerçek değer yarısından az olması durumunda, sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı veren Avusturya Medeni Kanunu, edimler arasındaki oransızlık lehine olan tarafa, sözleşmede kararlaştırılan değer ile edimin gerçek değeri arasındaki farkı ödeyerek sözleşmenin sona erdirilmesine engel olma hakkını da tanımıştır.

Fransız Medeni Kanunu'nda farklı maddelerde düzenlenen *laesio enormis* kurumu, Alman ve İsviçre-Türk hukuklarının aksine, bütün sözleşmeler için değil, sadece kanun tarafından belirlenen bazı durumlar için uygulama alanı bulmaktadır. Bu durumlar, gayrimenkul satım sözleşmesi, şirket sözleşmesi ve mirasta taksim sözleşmesi ile ilgili kurallar içinde özel olarak düzenlenmiştir. Fransız hukukunun gabin ile ilgili düzenlemelerinin karşılaştırmalı hukuk bakımından en önemli özelliği, gabinin objektif unsurunu oluşturan karşılıklı edimler arasındaki oransızlığın belirlenmesi sorununu, aritmetik esaslara bağlayarak, hakim takdirine bırakmamış olmasıdır.

Alman hukukunda gabinin belirlenmesi sorunu, 'edimler arasındaki göze çarpan oransızlığı' belirlemekle görevlendirilen hakim takdirine bırakılmıştır. Hukuki ilişkiyi, İsviçre-Türk hukuklarından farklı olarak mutlak butlan ile sonuçlandırarak olan hakim, zarar gören tarafın özel durumunu da dikkate almak zorundadır.

İsviçre-Türk hukuklarında ise, gabinden söz edebilmek için, edimler arasında açık bir oransızlığın belirlenmesi yeterli görülmemiş ve bu oransızlığın zarar görenin; zor durumda bulunmasından, düşüncesizliğinden ya da tecrübesizliğinden kaynaklanması aranmıştır. Böylece, Romalıların *laesio enormis* kurumunu düzenlerken ortaya koydukları adil, doğru ya da gerçek fiyat kavramları, tarafların sözleşmeyi kurarken beyan ettikleri iradeleri garanti altına almak isteyen, İsviçre-Türk hukuklarında benimsenmemiştir.