

PAPER DETAILS

TITLE: BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMÎ NAZARİYELERİ

AUTHORS: Mr G SauserHall,Mehmet Osman Bey

PAGES: 883-907

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97481>

Borçlar Hukukunun Umumî Nazariyeleri

1929 Ders senesi esnasında

Mr. G. SAUSER - HALL tarafından

Istanbul Hukuk Fakültesinde tahrir edilmiştir.

Mütercimi : *Mehmet Osman*

— Baş tarafı 46 ncı sayımızda —

İster bir üçüncü şahsa tevdi edilmiş olsun ister saklı bir vesikaya dercedilmiş bulunsun mahrem tutulan veya zihinde gizlenen sır kabîlinden hafi fikir ve kayıtlar, hulâsa bir kelime ile "mafizzamirler," muvazaa değildir. Aksi takdirde akitlere beslenmesi lâzımgelen itimat temelinden atılmış, berhava edilmiş olur. Bu kabîlden mahrem veya zihni kayıtlar, ahlâka mugayir olmasalar da gene hüküm ifade etmezler; fakat diğer cihetten, eğer karşıtaraf bunlara vâkıf olabilmişse hukukan hüküm ve tesirlerini gösterirler: Rıza beyanı keenlemyekün olur; çünkü karşıtaraf bunun hakikî bir rıza beyanı olmadığını öğrenmiştir.

Bir tarafın rızasını az ciddî, lâtife yollu, ve karşıtarafın işi derhal anladığını düşünerek beyan etmesi de muvazaa sayılmaz. (Oser muhalif fikirdedir.) Bu şekilde yapılan bir beyan ciddîye alınmışsa bu tarzı hareket ahvale nazaran kabule şayan olmak,

veyahut ta sözün sahibi bu beyanı beceriksizcesine yapmış bulunmakla hüküm ifade eder. Gerçi şu rıza beyanına hata sebebi ile itiraz olunabilir [1]. Fakat beyanı yapan şahıs ta zararuziyan vermeğe mecbur tutulabilir [2].

Emniyete müstenit ikame veya Fidüsyä (Fiducie) afeti :

Böyle fidüsyalı bir ikame taahhüdünde de [3] keza muvazaa yoktur. Bu neviden bir iltizamda taraflar yekdiğerine karşı hakikaten bağlanmayı murat etmekle beraber bunlardan biri, ikameedilen,, [4] mukavele mucibince haiz bulunduğu hakları ancak mahdut bir mıkyaasta istimal edebilir veyahut ta hiç kullanılmaz. *Misal :*

A satınaldığı gayrimenkulleri şahsi birtakım sebep ve mülahazalarla tapu sicillinde B namına tescil ettirirse, B “ ikameedilen,, dir. Böyle bir muamele meşrudur. Her ikisi de üçüncü şahısları aldatmak gayesine matuf oldukları için muvazaalı akit ile fidüsyalı akti birbirine karıştırmak pek kolaydır. *Misal :*

B nin alacaklısı olan A, C yi bu alacağın tahsiline memur etmiştir ; ancak, bu bapta vekâlet verecek yerde bu alacağı C ye temlik ederse bu temlik muvazaalı değil bilâkis istekli ve samimi bir temliktir ; çünkü C ye icra sahasında daha iyi, daha müsait bir mevki vermektedir ; hakikatte C, A nın vekilidir, “ ikameedilen,, dir.

Aynı suretle, borclunun bir alacaklısından kaçırılmak üzere vaziyet olunan meblağlara mütedair tasarruflar ekseriya, muvazaa tariki ile değil de fidüsyä yoluyla vaki olur. *Misal :*

B, alacaklısı olan C onları haczedemesin diye A ya birtakım senetler ve kıymetli evrak bağışlamış olduğunu farzederek burada muvazaa yoktur ; bağışlama istekli ve sahicidir ; böyle olmakla beraber B senetleri elinde “ ikameedilen,, sıfatıyla bu-

[1] T B K. m. 23, 24, 25 e müracaat buyurunuz.

[2] T B K. m. 26 ya müracaat buyurunuz.

[3] Un engagement fiduciaire.

[4] Fiduciaire.

lundurmaktadır. Bu, dalaverelerin (ces manigances) ilâcı "hile sebebiyle iptal" davasıdır (action Paulienne). Hileye maruz kalmış olan alacaklılara, borclunun mevcutlarını (ses actifs) icra takibatından kaçırmak için yaptığı tasarrufları iptal ettirmek kudretini veren bu dava hakkı Tarkiyede henüz (yani bu deslerin tahrir edildiği sıralarda) kabul edilmiş değildir; maamafih İsviçreden iktibas edilmekte olan yeni İcra ve İflâs kanunu ile pek yakında bu da alınacaktır [1].

"İkameedilen" in tasarrufları "ikameeden" i [2] bağlar, ve bu sonuncunun malları haciz veya iflâs halinde "ikame edilen" in alacaklıları tarafından haczolunabilir. Hukukan "ikameeden" artık, "ikameedilen" e ferağ ve devettiklerinin *maliki* değildir, *bundan böyle kendisi basit bir alacaklıdır; bu suretle intikal eden mallar üzerinde artık hiçbir aynı hakkı yoktur.*

Muvazaa halleri:

Taraflar beyan ettikleri rızaların kendi aralarında hükmü olmayıp mahza, bu rıza beyanlarının sahici ve muteber olduğu zihabını hasıl ettirerek, bir üçüncü şahsı hataya düşürmek için yapıldığında mutabık kalırlarsa, bu muvazaadır. Bazen âkitler aralarında, muvazaalı uyuşmaların kıymet ve muteberliğine müteallik kayıt ve şartları ihtiva eden *muvazaa senelleri* [des contre-lettres] taati ederler. *Misal:*

A, B ye, kefil olmağa ancak C nin de kefaleti şartıyla razı. Bunu bildiklerinden B ile C, A nın kefilliğini temin için, kendi aralarında yalancıkdan bir kefalet akti tanzim ve bu muvazaa senesinde de mukavelelerinin muteber olmadığını tasrih ederler.

Taraflar biri celi, meydanda, diğeri bunu örtmek için hâfi ve muvazaalı olarak mukaveleler aktederlerse, keza muvazaa yapmış olurlar. *Misal:*

Yok pahasına bir satım şekli altında bir bağışlama aktedilmesi, veyahut aksine olarak hakiki bir beyi aktine, bir üçüncü-

[1] T. İc. İf. K. m. 271 e bakınız.

[2] Fiduciant. M. O.

şahsın şüfa hakkını ortadan kaldırmak gayesiyle, hibe süsü verilmesi gibi...

B, K. m. 18, bir aktin mana ve mahiyetini tesbit için tarafların müşterek rızalarının araştırılmasını amir bulunduğundan, kaide olarak, muvazaa iddia ve def'i daima serdolunabilir; binaenaleyh burada *görünüştaki* anlaşma için rıza yoktur, çünkü bu akit muvazaalıdır, ve binnetice hükümsüzdür. Diğer taraftan muvazaa ile *gizli tutulan* anlaşma hususunda rızalarda birbirine uygunluk vardır, ve bu anlaşma müteberdir. Bir bağışlamaya satım çeşnisi verilmişse, beyi hükümsüz, hibe muteberdir; elverir ki hibenin şartları doldurulmuş, bunlara riayet edilmiş olsun (T B K. m. 234; İ B K. m. 239 § 1).

Muvazaa karşısında hâkimin ve üçüncüşahısların vaziyeti:

Hâkim muvazaayı anlayınca bunu resen nazara almalıdır. Taraflardan her biri ve üçüncüşahıslar, muvazaalı aktin icrası istenince buna karşı muvazaa def'ini dermeyan edebilirler. *Misal:*

Matlubun temlikinde: borclu, "temellükeden" e karşı temlikin muvazaalı olduğunu def'en ileri sürebilir; eğer bunu yapmazsa kendisinden iki post çıkartılmasına razı olmuş olur: Kendisini hem "temlikeden" e hem "temellükeden" e olmak üzere iki defa ödeme tehlikesine maruz bırakır.

Bundan başka, muvazaa itirazı muvazaalı bir akit mucibince hak iddia eden herhangi bir üçüncüşahsa karşı da serdolunabilir. Bilfarz, muvazaalı bir akitte taraf olan bir şahsın mirasçısına karşı muvazaa iddiası mesmudur. Fransız hukukunda böyle değildir. (F. K. M. m. 1132 e müracaat buyurunuz). Bu sistem üçüncüşahısları muvazaa iddiasına karşı daima himaye etmektedir.

Muvazaa hakkındaki takyitler:

B K. m. 18 § 2, yukarıdaki kaide için sevkolunmuş ihtirazi kayıtları ihtiva etmektedir: elinde tahriri bir deyin ikrarı bulunan *hüsnüniyetli* üçüncüşahsa karşı muvazaa iddiası dermeyan olunamaz. *Misal:*

A, B ile muvazaalı bir satım aktetmiş ; B, A ya mebiin se-
meni miktarınca yazılı bir senet, bir verecek ikrarı tevdi edip oda
bunu C ye temlik etmiş farzedelim. Şimdi, C bu paranın ödenmesini
istedi mi B defî makamında : A ile yaptığı satımın muvazaalı
olduğunu dermeyer edemez. C, hüsnüniyetle ve tahriri bir deyin
ikrarına müsteniden, hakikatte A nın B ye karşı haiz bulunma-
dığı bir alacak hakkını iktisap eder, çünkü amme itibarı (*crédit
public*) yazılı vaatlere inanılmayı, bunların itimada şayan ve
emin olmalarını müstelzimidir.

Muvazaa ençok akitlerde caridir ; kanun da bunu yalnız
akitler hakkında mevzuubahs etmektedir. Fakat muvazaa birta-
raflı tasarruflarda da kabili tatbiktir. *Misal :*

Bir malikin alacaklılarının, kira bedelleri üzerinde bir rehin
hakları mevcuttur, diyelim. Malik, bu rehin hakkını bertaraf et-
mek, bundan yakasını kurtarmak için *muvazaaya* başvurup icar
mukavelesini *feshederse* (birtaraflı tasarruf) alacaklılar, muva-
zaa iddiasını dermeyer ederek gene kiralari haczettirebilirler.

Muvazaaya mahal olmayan ahval :

Bazı tasarruflar vardır ki onlarda muvazaa iddiasına
mahal ve mesağ yoktur. Bunları sebepleri ile beraber şuraya
sıralayalım :

a) Bir resmî makama yapılan beyanlar ; bilfarz, bir mirasın
reddi gibi ; çünkü Resmî makam muvazaalı bir tasarrufu kabul
edemez, bunu yapmak o aktın müessiriyetini, hukukî hüküm ve
tesirini yoketmekle biridir. Bir resmî makam bunu yapamaz.

b) Evlenme ; zira bubaptaki butlan sebepleri kanunda tah-
didi olarak sayılıdır (T K M. m. 118, İ K M. m. 120).

c) Evlâtedinme ; çünkü hiçbir şekle tâbi olmaksızın ser-
bestçe iptali mümkün değildir.

d) Karıkoca mallarına müteferri mukaveleler ; bunun da
sebebi aynıdır.

Bütün bu akitler ve hukukî tasarruflar, muvazaalı da olsa
muteberdir.

Kanuna karşı hile :

Kanunun kat'i surette emrettiği bir hükmü akim bırakmak için ona karşı yapılan *hileler* asla muvazaa teşkil etmez. Bu gibi ahvalde taraflar hakikatte aktetmek istedikleri akitten başka bir mukavele yapmış olmazlar; belki kanunî bir memnuiyeti mukavele (yani kanunen memnu bir mukaveleyi aynı neticeleri veren diğer bir mukavele) ile bertaraf etmeğe yeltenmiş olurlar. *Meselâ* : T B K. m. 223, İ B K. m. 227, taksitle beyide bayi bey'i feshettikte, müşteriye taksitlerini geri alma hakkını veriyor. Buna rağmen şöyle bir şey yapılabilir mi ? Acaba, bir icar mukavelesinde: Müstecirin son kira taksitini vermekle mecuru iktisap edeceğini, ve mucir tarafından aktin feshi halinde kiracının evvelce verdiği kira taksitlerini kaybedeceğini şark koşmak kabil midir?. Burada muvazaa değil kanuna karşı bir hile vardır. Bu mahiyetteki anlaşmaların muteber mi yoksa batıl mı olduklarını bilmek, kanunun tefsirine bağlıdır. Eğer bir kanunî memnuiyetle, tarafların elde etmek istedikleri şey aynı noktayı istihdaf ediyorsa, istimal edilen hukukî vasıtalar ne olursa olsun, anlaşma batıldır ; Romalıların dediği gibi hile her şeyi ifsat eder. Fakat böyle olmayıp ta bir kanunî memnuiyet, munhasıran kanunda derpiş olunan hallere matuf ise tarafların başka bir hukukî şekle müracaat etmesinde " kanuna karşı hile „ şaibesi yoktur. *Meselâ* : Bir konkordatoda borçlunun, alacaklıların birinin konkordatoyu kabul etmesini temin için diğerlerinin zararına olarak onu faidement ve ıtma etmesi caiz değildir ; fakat borçlunun akrabasından biri bu suretle bir alacaklının rızasını tahsil ederse bu anlaşma muteberdir, zira bunda diğer alacaklıları ızzar eden bir cihet yoktur.

XI. — RIZA FESATLARI [1]

Borclar kanunu " rızada fesat „ tan bahsetmektedir ; bu ifade pek o kadar doğru değildir ; çünkü mevzuubahs olan şey bütün

[1] Les vices du consentement.

“irade beyanları,” nı [1] ve binaenaleyh “birtaraflı beyanları,” da ifsat eden fesatlardır [2].

B K. nun bubaptaki hükümleri T K M. ve İ K M. m. 7 mucibince (meselâ, mülkiyet ve aile hukuku akitleri ile miras mukaveleleri gibi) Kanunu medenide mevzuubahs akitlerde de cari ve kabiliyatbiktir.

Borçlar kanunu 4 *rıza fesadı* kabul etmektedir :

HATA,
HİLE,
İKRAH,
GABIN.

A. — HATA :

Mahiyeti ve nevileri :

Umumî bir surette *hata* bir şey hakkında yanlış bir fikir edinme veya hiçbir fikir sahibi olmamadır. *Hukuki noktai nazardan* : hata, gaflet eseri olarak hakikî rızaya takabül etmiyen bir “rıza tezahürü,”dür. Hatayı iki nev’e tefrik ve irca ederler :

[1] Hukuk ıstılahlarından “Déclaration de volonté,” tabirinde “volonté,” mefhumu dilimizde “irade,” kelimesinin ifade ettiği manaya tekabül eder. Fakat bu kelime kanunumuza “rıza,” diye geçmiş olduğundan zihinleri karıştırmamak için biz de tercümemizin başındanberi ekseriya ve ıstırarî olarak bu suretle “rıza beyanları, rıza tesatları,” ve saire demekteyiz. Bu küçük izahı tamamlamak için; burada “rıza,” dan maksadın “hukukî bir netice tevhit etmek üzere başlıca izhar olunan irade olduğuna işaret etmeği faideli buluyoruz. Çünkü “rıza,” nın muvafakat yerinde kullanılan ve fransızcanın (consentement) ina tekabül eden diğer bir manası daha vardır ki bunun müteaddit misallerinden bir iki tanesine T K M. m. 90, 91, 97 § 3 te tesadüf olunabilir. M. O.

[2] Bu itiraz bizim kanunumuz hakkında varit değildir. Çünkü bizimkinde bu mana, yani mntlak surette rıza ve irade manası mündemiçtir. Bu tenkit İsviçre kanununun fransızca metnindeki (muvafakat fesatları) gibi bir manaya da mahmul olabilecek olan, fakat buna rağmen o lisanda da umumiyetle (rıza ve irade fesatları) yerinde ve o manada kullunılmakta olan (Les vices de consentement) tabirine racidir. M. O.

(1) **Beyanda hata.** Bu halde beyanın muhtevası taraflardan birinin yapmağı arzu ettiği beyana mutabık değildir; bu hatada rıza hakikatte fesatlı değil belki tamamen madumdur. İşte bunun içindirki bazen, «*yanlış olarak hata denen hata*» dan [1] bahsolunur.

Bu suretle, rıza ile onun beyanı arasında uygunsuzluk olan ahvalde Roma hukuku beyan olunan rızayı, iç rızasına (dahili rızaya) uymadığı nisbette keenlemyekün addederek hakiki rızayı aramakta idi. Bundan şu netice hasıl oluyordu ki Romada, rızanın *beyanı hatalı* olunca akit yok demektir. Borçlar kanununun bubaptaki noktai nazarı başkadır; rıza, beyan olunduğu şekilde nazara alınmalıdır. Çünkü karşıtaraf, beyancının *iç rızasına* değil ancak *dış rızasına*, yani onun izhar ettiği rızaya vâkıf olabilir. Her iki nazariyenin de hakkaniyetli tarafı vardır. Şöyle ki: Romalıların, bir şahsı hatalı bir beyan ile bağlanmayı istememeleri akla yakındır, çünkü aksi hareket pek fazla şiddetlidir; fakat diğer taraftan muasır hukukun, muhatabı himayeyi düşünmüş olması da mantika muvafıktır; zira karşıtaraf, karşı-sındakinin rıza *beyanına* itimat etmiştir; ve bu itibarla onun tarafından irtikâp olunan bir hatanın neticelerinden kendisinin müteessir olmaması lâzımdır.

B K. ikisi ortası bir hal sureti ile ameli menfaatleri tatmin çaresini bulmuştur; filhakika mezkûr kanun, bazı ahvalde, hatayı *esaslı* addediyor; bu da aktin hatanın bir ihmal neticesi olduğu ahvalde zararuziyan ile müterafık olarak kabilifesh olmasını intaç edebilir. Bu nazarizeyeye «*tadil edilmiş rıza nazariyesi*» [2] veya hafifletilmiş beyan nazariyesi [3] derler.

2) **Rızanın kendisinde hata.**— Bu takdirde rıza *madum* değil, hakikaten *fesatlıdır*. Bu nevi hata, iç rızası yani deruni rıza tebellür ve teşekkül ederken haylûlet ettiği cihetle buna «*asıl hata*,» [4] itlak olunur. Kaideten, Kanun aktin saiklerine

[1] L'erreur improprement dite.

[2] Théorie de la volonté modifiée.

[3] " de la déclaration atténuée.

[4] L'erreur proprement dite.

ve hassaten karşıtarafın öderliğine [1] yani ödeme kabiliyetine taallûk eden hatayı kale almamaktadır. Bununla beraber hakka-niyetin bu hatayı nazara almayı icap ettirdiği haller de vardır. B K. onu ancak aktin lüzumlu unsurlarına taallûk ederse kabul etmektedir. Bu takdirde akit kabilifeshdir. Diğer bütün hallerde B K. m. 24 § 2 bu hatayı nazara almayıp reddetmektedir.

Esaslı hata ve esaslı olmayan hata :

Hulâsa, bir hatadan münbais rıza fesatları bahsinde B K. nun sistemi şundan ibarettir :

Kanun hatayı, *esaslı* ve *esaslı olmayan* diye ikiye ayırmaktadır. Esaslı olmayan hata akitleri talil ve ifsat etmez. Esaslı hatada ise : Bir taraf o akit ile ilzam olunamaz. Aktin saiklerine müteallik bazı hata halleri esaslı hataya temsil ve kıyas olunmuştur .

Esaslı hata halleri :

B K. m. 24 mucibince, aşağıdaki 5 hal esaslı hatadan sayılır:

A. — Akitte hata :

Hata ettiğini iddia eden tarafın bir akit hakkında rızasını beyan ederken başka bir akit kastetmiş olması bir esaslı hatadır. Romalılar buna (Error in negotio) derlerdi. *Misaller :*

İfadede bir beceriksizlik neticesi olarak bir kimse borç altına girmiş ve isticar derken iştira etmiş, veya fekil olmayı kastederken bir borcun başlıca borçlusu olarak taahhüde girişmiş, veya yahut kendisince matlup bir fesih hakkını ihtiva etmeyen bir tamamlanmamış akti imza etmiş olması vs... vs...

Bu bapta esaslı sayılmayan hatalar :

a.) Aktin *nevi ve mahiyetine* taallûk etmeyen hata esaslı değildir. *Misal ;*

Bir bağışlayanın (vahibin), bağışlamayı (hibeyi) serbestçe feshe kendisini daima salahiyettar zannetmesi gibi.. Hernekadar bağışlayan hukukî bir hataya düşmüş ise de bu hata kendisini mülzem olmaktan kurtaramaz; çünkü aktin nevi ve mahiyetine müteallik değildir.

[1] La solvabilité .

b.) Aktin *saikine* müetallık hatada esaslı değildir. *Misal*:

A, zaten istediği bundan başka bir şey olmadığından bir satım akti yapmış ve fekat mevcudiyetine zahip olduğu için taahhüt altına girdiği bazı iktisadî şartlar tebeyyün etmemiştir. Satan aldanmıştır, fakat akit muteber kalmakta berdevamdır, çünkü akitte hata, veya, Romalıların tabiri ile, (Error in negotio) yoktur.

c.) Bir aktin *fer'i neticelerine* taallûk eden hata dahi esaslı addolunmaz. *Misal*:

Bayiin, mebiin ayıplarından mes'ul olduğunu bilmemesi böyledir: Binaenaleyh, onun aktettiği satım sağlam ve taarruzdan masundur.

d.) *İki tarafın* bir aktin mahiyeti üzerinde anlaşılamazlığından çıkan hata esaslı değildir; böyle bir hadise karşısında, rıza beyanlarının birbirine uygun bulunup bulunmadığını ve bînetice hakikaten akit mevcut olup olmadığını anlamak için icap ve kabûl hakkındaki kaideleri tatbika tevessül etmelidir.

Şayet hata sadece aktin ismine ait ise keza esaslı olmaz; taraflar mütekabil borçları hususunda mutabıktırlar; bu itibarla burada da, âkitlerin müşterek rızalarını araştırmak suretiyle akitlerin tefsirine mütedair kaideler tatbik olunur.

B.— Makudünaleyhte hata :

Hata ettiğini iddia eden tarafın akitte makudünaleyhi teşkil eden şeyden gayri bir şey kastetmiş olması halinde hata esaslıdır. Roma hukukunda buna (Error in corpore) denir. *Misal*:

Bir bayi haddi zatında çavdar satmak isterken yanlış arpa demiş ve o yolda bir taahhüde girmiştir. Bu gibi hatalar uzaktan yapılan ve âkitlerden birinin makünaleyhi ancak ismi veya numarası ile tayin edebilip te yanlış bir isim veya numara zikrettiği satımlarda çok olur.

Bu bapta esaslı olmayan hatalar :

a) Eğer *iki tarafın* beyanları ayrı ayrı şeyleri istihdaf et-

mişse burada *makudūnaleyhte* hata yoktur, ve akit teşekkül edemez.

b) Kezalik bir şeyin vasıflarında düşülen hata da makudūnaleyhte hata değildir. Bu takdirde (Error in qualitate) yani vasıfta hata hallerinden biri vardır.

C. — Başlıca nazara alınan şahısta hata :

Hata ettiğini iddia eden tarafın üzerine borç alırken başlıca nazarı itibara aldığı şahısta yanlış olması dahi esaslı hatadır. Roma hukukunda buna (Error in personna) itlak olunur. Prensip itibariyle *şahısta hata* esaslı değildir; yalnız, bir kimsenin bir diğerine karşı ancak bu sonuncunun şahsını nazara alarak borçlanması halinde esaslıdır. Kanunun nazarı itibara aldığı hata bir şahsın öderliğine (ödeme kabiliyetine) veya ahlâkiyetine (moralité) değil belki munhasıran onun *hüviyetine* (identité) taallük etmek gerektir. *Misaller :*

Bir kimsenin (A) ile akit yapmak istediği halde, telefonda yanlış numara vermek yüzünden binnetice B ye karşı bağlamış olması; veya portresini maruf bir sanatkâra yaptırmak emelinde bulunan bir zatın bu husustaki icabını yanlışlıkla bir başkasına, kendisiyle akitleşmek istediği ressamdan gayrı bir ressama yapmış olması gibi..

Bu bapta esaslı olmayan hata : Şayet A, hakikatte C için olacak yerde tutup B için D ye karşı kefil olursa burada *şahısta hata* meycut değildir. Filhakika şahıs hususundaki hata, akit-ten müstefit olan bir üçüncü şahsın değil belki akittaş (co-contractant) olan D nin hüviyetinde olmalıdır. Böyle bir hadisede olsa olsa bir (akitte hata-error in negotio) yani (A) bendinde tafsil edilen neviden bir esaslı hata mevcut olabilir.

D. — Ödenç ile ivaz arasındaki nisbetsizlikten çıkan hata:

Hata ettiğini iddia eden tarafın taahhül ettiği ödenine kastelliği şeyden ehemmiyetli surette çok, ve karşılık ödencin ehemmiyetli surette az olması esaslı hatadır. Roma hukukunda bunun adına (Error in quantitate) derler. Buraya evveli emirde

mevzuları ferdiyle tayin edilmemiş *nev'iyle muayyen akıller* (contrat générique) girer. *Misaller* :

A'nın 100 kental buğday teslimini vaadetmişken yanlışlıkla 1000 kentale matuf bir beyanda bulunması; bunun gibi, A bir malı 500 liraya satmışken faturaya sehven yalnız 50 lira yazması; keza, Meksika doları ile bir kıymette olduğunu zannederek A'nın Amerika doları üzerinden akit yapması; gene bu kabil-den olarak, bir şahsın, içinde 10,000 liralık senet var zehabıyla hakikatte 100,000 liralık kıymetli evrakı ihtiva eden bir paket vermiş olması ve saire gibi...

Kıymette hata ancak bir kimsenin iç rızası ile, beyan ettiği rıza arasındaki fark *chemmiyetli* ise varit ve esastır.

Bu bapta esaslı olmayan hatalar: a) Taraflar hesap anasır ve müfredatında mutabık olup ta *miktarda hata* sadece hesap yanlışlığından mütevellit ise bu hata esaslı değildir. *Misal* :

Bir şahıs metrosu 12 franktan 12 metro kumaş satar da yekûn olarak 134 frank gösterirse... bu gibi hatalar B K. m. 24 son fıkrasının tatbiki sayesinde tashih olunur.

b) Bir tarafın fiatlarını tesbit ederken hesabında yanlış olmuş olması bir esaslı hata değildir. *Misal* :

Bir tacir, fiatları tayin ederken umumî masraflarını iyice hesaba katmadan hareket etmişse, bundan mütevellit hataya katlanması lâzımdır. Bu hesap tashih olunmaz; zira hesabın anasır ve müfredatı diğer tarafa iblâğ olunmuş değildir.

E.— Ticarî doğruluğun lüzumlu vasıf diye nazara alınmasına müsait olduğu şeylerde hata: *Hata ettiğini iddia eden tarafça aktin lüzumlu vasıflarından olarak nazarı itibara alınmasına ticarî doğruluğun müsait olduğu şeylerde hata edilmiş olması esaslı hatadan maduttur.* Buna aktin esaslarında hata (Erreur sur les bases du contrat) derler.

Bu hata, *özde, cevherde hatayı* (Erreur in substantia) istihlâf etmektedir. Buna nazaran hata, makudünaleyhin mühim vasıflarına taallûk edince *esaslı* addolunur. *Aktin esaslarında hata,*

cevher hatasının bir teşmil ve tevsii olduğu kadar diğer taraftan "aktin saiklerine müteferri hata esaslı değildir," kaidesine karşı mühim bir tahdit ve takyidi de tazammun eder. Münakaşa götürmez bir hakikattir ki bu öz veya cevher hatası dediğimiz şey aktin saikine teferru eden bir hatadır; yalnız şu var ki aktin bizzat esaslarına taallük etmek lâzım gelen bir hatadır.

Bubapta hata teşkil eden ve etmiyen şeylerin hududu:

Aktin esaslarında hatanın şümulünü vazıhan tayin etmek güçtür; çünkü, kanun bubapta pek az şey söylemiştir. Reyime kalırsa, hata ancak şu aşağıdaki şartları haiz ise nazarı itibara alınmalıdır.

Evvelâ, hataya düşen taraf yanıldığı şeyleri rızasının izharında haizi tesir kat'i birer unsur ve amil addetmiş olmalıdır. Buudan başka bu şeyler umumî bir surette, ticarî doğruluğa göre aktin esaslarından telâkki olunmalıdır. Binaberin aktin esaslarında hata her halde cevher hatasını istiap eder ve fazla olarak daha başka bir çok hata hallerini de içine alır.

Cevher hatası basit bir *miktar hatasından* ibaret değildir; ve ancak öyle mühim vasıflara taallük edince nazarı itibara alınır ki, bu vasıfları haiz olup olmamasına göre bir mal ticaret aleminde ve piyasada şu veya bu kategoriye girer, yani ayrı bir ticarî meta teşkil eder. Şuhalde, bir tarafın bir *nevi* veya *cins* hatası yapmış yani bir malın nevi veya cinsinde yanılmış olması lâzımdır. *Misâller:*

Bir kimsenin elmas niyetine yalancı bir taş veya tereyağı diye margarin; ipek yerine mersörize pamuğu (çorap ipliği) satınması hallerinde olduğu gibi...

Buna mukabil, şayet taraftar bir aktin mevzuunda mutabık olup ta bunun vasfında ihtilâf ederlerse bu keyfiyet cevher hatası teşkil etmez. Bilfarz bir şahsın Cenup Afrikası elması zanıyla Rus elması veya Çin ipeği diye Liyon ipeği iştira etmesinde olduğu gibi...

Aktin esaslarında hata, karşıtarafın şahsî vasıflarında yanılma halinde de dermeyan olunabilir; ancak, şu şart ile ki bu

vasıflara malik olmamakla, bir kimse meslekî noktai nazarından başka sınıftan sayılmalıdır. *Misâller* :

Bir kimsenin şoför isterken bir muganni, veyahut ahçı yerine bir arabacı tutmuş, angaje etmiş olması ve saire bu kabilendir.

Fakat, bir şahsın tutmak ve hizmete almak arzu ettiği sınıftan birisinin meslekî vasıflarında aldanmış olmasında aktin esaslarında hata hali varit değildir. *Meselâ* : iyi bir ahçı diye tutulan adam meğerse acemi bir yamakmış...

Umumiyetle, karşıtarafın öderliği (ödeme kabiliyeti) veya ahlâkî hususunda yanılmalar bir esaslı hata olamaz. İstisnaî olarak ancak, bilfarz kolektif veya adî şirketlerde olduğu gibi pek yüksek ve ziyadesiyle itimat üzerine müesseses akitlerdedir ki, bunlar bir esaslı hata teşkil edebilir. Buna mukabil, kefalette bu kabilden bir hataya bakılmaz. *Meselâ* :

A, B ye kefil olduktan pek sonrada B nin ödemezliğini (ödeme kabiliyeti olmadığını) öğrenmiş olsa bile bu hata esaslı değildir ; çünkü kefil borçlunun öderliğini, teminat borcunu üzerine almadan evvel tahkik etmekle mükellef idi ; ticarî doğruluk bunu icap eder. Böyle olmakla beraber, iflâstan sonra bunu bilmeden, taahhüt olunan bir kefalet aktinin sihhat ve ademisihhati, doktrinde münakaşa edilmektedir. Bu mahsusi halde, ben, " aktin esaslarında hata „ keyfiyetini kabul etmeğe mütemayilim ; şu sebepten naşi ki, alacaklıdan borçlunun iflâsını kefile haber vermesini beklemek ticarî doğruluğa muvafıktır ; ikinci bir sebep te bu takdirde kefaletin, borçlunun itibarını sağlamlamaktan ibaret olan gayesinin fevtolmuş bulunmasıdır.

Hernekadar aktin esaslarında hata, şeyin cevherinden başka hadiseler ile karşıtarafın şahsî vasıf ve meziyetlerine de taallûk edebilir ise de bu esaslı hata ile, munhasıran aktin saikine müteallik ve binaenaleyh esaslı olmayan hata arasındaki hududu çizip göstermek pek zordur.

İsviçre Federasyon Mahkemesinin içlihadına nazaran, bir

aktin esaslarına lüzumlu olan unsur ve rükünler mefhumunu, şu aşağıdaki tarzda tefsir etmek lâzımdır :

1) Hatanın taallûk ettiği şeylere bizzat taraflarca, anlaşmalarının temeli, esası gözüyle bakılmış olmalı ; 2) bundan başka, bir tarafın bu hadiseleri, bu şeyleri kararına mesnet ve sebep ittihaz ettiğini diğer taraf bilmeli, yani mezkûr hadise ve şeyler bu şeniyette olmalıdır.

Bu jürisprüdans tamamen tatminkâr değildir. Bilfarz, A bir gayrimenkule tevarüs edip te B den bunları yeni mülkü için almakta olduğunu söyleyerek birtakım eşya vesaire iştirâ ederse, şüphesiz, B,A yı bu akti yapmağa sevkeden kat'i sebepleri biliyordu; böyle olmakla beraber bilâhara vasiyet iptal olunup neticede A bu gayrimenkulü iade mecburiyetinde kalsa dahi kendisi B ile aktettiği mukaveleyi, aktin esaslarında hata bahanesiyle feshetmeğe kalkışamaz.

Fikrimce, aktin esaslarında hata olduğunu tayinde haizi tesir olan şey, iki tarafın hakikî hal ve hadiseleri bilselerdi akti yapmayacak olmaları, ve binaenaleyh âkitlerin mezkûr hal ve hadiseler hususunda yanlış ve hatalı bir mefhum ve anlayışa malik bulunmalarıdır. *Misal:*

A ve B kendi mümessillerinin aynı gayrimenkuller üzerinde evvelce ve başka mealde bir akit yapmış bulunduklarını bilmedikçe bu emlâke müteallik bir satım muamelesi yapsalar, bu ikinci mukavele " aktin esaslarında hata " ile malûldür. Zira zaten yapılmış olduğunu bilseler ne A ne de B ikinci defa böyle bir akte girişmezlerdi.

Aktin esaslarında hata teşkil etmek için her iki tarafın müşterek hatasına ihtiyaç messettiren bu hal sureti ne maku-dünaleyhin cevherinde hata hallerine ve ne de âkidin şahsî vasıf ve ve meziyetlerine taallûk eden hataya kabilitatbik değildir. İşte bundan dolayıdır ki Federasyon mahkemesi, içtihadında, bu meseleleri kat'i bir tesviye suretine bağlamayarak bilâkis bunları her hadisenin kendisine uygun şekilde halletmeyi tercih etmiştir.

Hatanın hükümleri:

Bir esaslı hata, dermeyeran olunabilmek için aktin inikadı zamanında mevcut bulunmalı ve bu inikadı bu hata ita'ç etmiş olmalıdır.

B K. m. 25 e göre: " Hataya du'çar olan taraf hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir surette ona istinat edemez. „ Akitten kendisine hiçbir zarar terttüp etmediğı halde mahza çingar çıkarmak için esaslı kata iddiasında bulunan âkit suiniyetli addolunur. Bunun gibi, aktin feshi karşıtaraf için kıyas kabul etmez surette yüksek bir zararı mucip olacak mahiyette olduğı halde kendisinin mezkûr hatadan uğradığı zarar pek az olan " esaslı hata „ kurbanı dahi suiniyetli sayılmak gerektir.

BK.m. 25 § 2: hataya du'çar olan tarafın " yapmağı kastettiğı akti diğ'er taraf icraya hazır olduğunu beyan ettiğı takdirde işbu akit onun hakkında lüzum ifade eder „ hükmü ile bu kaideyi tasrih etmiştir. Bundan da anlaşılıyor ki: eğer bir kimse elindeki kıymetli evrakı 90 lira olan rayici üzerinden satmışken diğ'er taraf yanılıp fazla vermiş farzederek, şayet bayi 90 liraya bırakmağı razı olursa hataya du'çar olmuş bulunan müşteri bunu kabule mecburdur ; çünkü kastettiğı akit en aşağı 90 lira rayicinde bir malî muamele idi. Hernekadar kanun bir hata kurbanını himaye etmekte ise de onun hakikaten kastettiğı sebeplerden başka bahanelerle aktin hükmünden kurtulmasına müsaade etmemiştir.

B K. m. 27 bir kıyas kaidesi koyarak: " iki taraftan birinin rızası bir muhbir veya tercüman gibi diğ'er bir vasıta tarafından yanlış olarak naklolunduğı takdirde hata hakkındaki hükümlere göre muamele olunacağını „ tasrih ediyor. Bu hatalar beyanın mazmun ve muhtevasına, ödencin vüs'atine veya muhatabın şahsına mütedir olabilirler.

B.-- Hile

Mahiyeti : Kanun hileyi tarif etmemiştir. *Hile diyince bundan, umumî bir surette, kaslı ve hukuka muğayir her nevi*

aldatma anlaşılmalıdır. Hile (" emniyeti suiistimal „ de olduğu gibi) cezaî bir cürüm, veya medenî bir cürüm, yani BK. nun anladığı şekilde bir "haksız fiil ve muamele„ teşkil edebilir.

Rıza beyanını ifsat eder bir hile olmak için, karşıtarafı akitleşmeğe sevkeder mahiyette ve kastî bir aldatma lâzımdır.

Şayet hile bu suretle, bir aktin iptaline bais olabiliyorsa bu, hileyi irtikâp eden tarafından yapılan fiillerin haksız ve ahlâka mugayir olmalarından değil belki karşı tarafın rızasının hile ile ihlâl edilmiş ve yanıltılmış olmasından mütevellittir. Bu noktai nazar birçok hususların anlaşılmasına yardım eder; filhakika, hile sebebiyle bir aktin feshinde neden hile failinin cezaî ehliyetine, ne onun gözettiği gayeye ve ne de hileye maruz kalanın uğradığı zarara bakılmadığı, neden bunların hiçbirine ehemmiyet atfedilmediği ancak bununla izah olunabilir. Bir akit, hilenin faili makul, hatta hayırlı bir gaye takip etmiş olsa bile, fesholunabilir. *Misâl:*

Bir kimse kendisi için faydalı bir akti yapmakta mahza inat yüzünden dirense bile karşıtaraf onu akte imale için yalan söylemekten sakınmalıdır; çünkü herkes, başkalarının fikrine göre iktisadî noktai nazardan makul olmasalar bile, kendi muamele ve tasarruflarının hâkimi olmalıdır. Hile hakkında B K m. 28 hükümleri mer'idir. Bir hileden mütevellit hata, hatta esaslı olmasa bile, rızayı ifsat eder; bir şahsın akit yapmasındaki saiklere daima taallûk ve tesir eyler; ve daima bilinmesi mümkün vakıa ve hadiseleri istihdaf etmelidir.

Hile teşkil etmiyen haller; muhtemel hile [1]:

Bir satıcı, müşterinin gözünü kıymetlerin yükselmek ihtimal ve ümidi ile kamaştırıp ta neticede beklenen tereffü hasıl olmasa bunda hile yoktur, zira şüpheli olmak bu ümitlerin mahiyeti icabındandır. Hilenin *kastî* olması mutlaka şarttır; binaenaleyh aldatanın, beyan ettiği şeylerin doğru olmadığını bilmesi, ve karşıtarafı kandırmağa salih vasıtalara başvurması lâzımdır.

[1] Le dol éventuel.

Bir âkidin ihmalkâr beyanlarda bulunması, öğmelere ve âşikâr surette mubalâğalı reklâmlara müracaat etmesi hile sayılmaz. Maamafih hukuk ilminde *muhtemel hile* (le dol éventuel) diye yadedilen [yani vukuu, diğer meşkûk bir hadisenin tahakkukuna bağlı hile] bazen bir rıza beyanını ifsada kifayet eder. Muhtemel hile, bir tarafın doğru veya yanlış olduğunu bilmediği ve fakat karşıtarafın vereceği kararda ve rızasının tekevvününde kat'i tesiri haiz bir beyanı bilerek yapması halinde vakidir. Eğer bilâhara bu beyanın yalan olduğu tebeyyün ederse karşıtaraf rızasının fesatlanmış olduğunu iddia edebilir; çünkü bu derece vuzuhsuz ve müphem bir beyana tevessül etmekle, aldatan, indelhace bir hile irtikâbına muvafakat etmiş sayılır.

Hile yalnız karşıtarafın bir hataya düşmesini tehiye ve bu hatayı tahrik etmekten ibaret değildir; aldatanın bir hatayı idame veya onu takviye eylemesi dahi hiledir. Hile müspet bir fiil olduğu kadar menfi bir fiil de olabilir; bir tarafın susması da hileye muadil olabilir, yeter ki bu kimse akittaşını vaziyete agâh etmek mükellefiyetinde bulunsun. Bu mükellefiyetin derecesi, tabîi, ahval ve şeraite, aktin mahiyetine göre değişir. Umumî bir surette denebilir ki hiçkimse bir aktin tekmil unsurlarını akittasına bildirmeğe, bütün olan bitenden onu haberdar etmeğe mecbur değildir; herkes kendi menfaatini korumalıdır. *Meselâ* : bir bayi malını satmakta çektiği müşkülâtı müşterisine açmakla mükellef değildir; fakat buna mukabil, mebiin ayıplarını söylemeğe mecburdur. Şirket veya hizmet akitleri gibi şahsî münasebetlere yolaçan akitlerde, daima, beyi veya icar gibi herkesin, pek tabîi olarak, kendi menfaatini imkân yettiği kadar daha iyi korumaya çabaladığı akitlerde olduğundan daha ziyade samimiyet ve açıklık talep etmek ve beklemek muktazidir.

Hile ile rıza arasında illiyet alâkası :

Hile ile diğer tarafın rıza beyanı arasında bir illiyet alâkası bulunmak zaruridir. Aktin inikadı hilenin neticesi olmalıdır. Bundan şu çıkar ki, hile akim kalmış ve karşıtaraf ta mukaveleyi

aktetmiş bulunursa illiyet alâkası vücuda gelmez; binaenaleyh rıza beyanı fesatlanmış olmaz.

Fer'i hile :

Aldatma doğrudandoğruya aktin inikadını itaç etmemekle beraber karşıtaraf için herhangi bir zararı müeddi olursa buna *hâdis veya fer'i hile* (dol incident) derler. *Meselâ* : A, B yi o suretle aldatıyor ki bunun neticesinde B daha pahalı, daha külfetli şartla akit yapıyor.

Fikrimce B K. m. 28, fer'i hileye de kabilitatbiktir; binaenaleyh akit kalır, fakat hileye maruz kalan taraf, B K. m. 41 ve mabaadine müstenit bir dava hakkını haiz olur; çünkü aleyhinde bir haksız fiil ve muamele işlenmiştir. Maahaza İsviçre doktrini bubapta birlik değildir. Von Tuhr (cilt I s. 267) burada hile sebebiyle bir rıza fesadı kabul ederek aktin, hüsnüniyet kaidelerinin mahfuziyeti kaydı ile, feshine taraftardır; bu müellifin mevzuubahs fesih hususunda ihtirazi bir kayıt olarak dermeyen ettiği hüsnüniyet kaidelerini şu manada anlaşılmalı ki : hilenin faili, karşıtarafça tesbit olunan yeni şartlar dairesinde icraya razı ve hazır olursa akit muteber kalacaktır.

Hile kimin eseri olmalıdır :

Kaideten hile, iki akittaşın (co-contractants) birinden, mümessillerinden veya memurlarından sâdir olmalıdır; yoksa bir üçüncüşahıstan değil...

Eğer hile bir üçüncüşahsın eseri ise buna uğrayan kimse, bir esaslı hataya düşmüş olmadıkça, borçlu kalır. Esaslı hataya duçar olmuşsa Borçlar kanununun 28'ci maddesi değil 24'cü maddesi tatbik olunur. Hadisede esaslı hata mefkutsa, üçüncüşahsın hilesine maruz kalan kimse akitle bağlı kalır; fakat o üçüncüşahıs aleyhinde, B K. m. 41 ve arkası mucibince bir zararuziyan davası hakkına malik olur. Mütaaddit akittaşlar arasında münakit bir mukavelenin, bunlardan yalnız birinin hilesi halinde, bazıları hakkında muteber ve diğer bazı âkitler hakkında batıl olması pek âlâ mümkündür. Misal :

A'nın B ve C ile bir istisna akti aktettiğini ve B'nin ise C'nin haberi olmaksızın bir hile irtikâp ettiğini farzederek burada A, C'ye karşı bağı kalır B'ye karşı mülzem olmaz. Böyle olmakla beraber, yerine göre, B K. m. 20 § 2 mucibince aktin tamamen butlanını hükme aldirmek imkânı da mevcuttur.

Yukarda arzolunan kaidenin bir istisnası vardır : Şayet bir aktin inikadı esnasında karşıtaraf hileye vâkıf bulunur veya vakıf olması lâzım gelir idiyse, hilenin kurbanı, üçüncüşahsın bu hilesini de ityan edebilir.

B K. nun hükümlerine göre hile yalnız akitlerin inikadı sadedinde bir rıza fesadı teşkil ediyor; halbuki kanundaki kaideler, kıyas yoluyla, bir taraflı rıza beyanlarına da tatbik olunmalıdır. Bilfarz, bir icarın A tarafından feshi B'nin veya B'ce malûm bir üçüncüşahsın hilesinin neticesi ise mezkûr feshe taaruz olunabilir.

C. - İkraha

Tarifi; taksimleri :

İkraha, bir kimseye diğer bir şahsın tehdidi ile telkin olunan korkudur. Bunu maddi cebir ve şiddetten (*Violence matérielle*) ayırdetmek lâzımdır.

Maddî cebir ve şiddet oldu mu fizik ve cismanî tazyıktan (*contrainte physique*) veya *mutlak kuvvetten* (*force absolue*) bahsolunur. *Misal :*

A, korkudan titreyen B'nin elini tutup ona bir hukukî vesika imza ettirirse, bu akit hükümsüzdür; sebebi: ortada hakikî bir rıza beyanı mefkuttur.

Yok, böyle olmayıp ta hadisede tehdit varsa buna *ruhi veya psikolociyai tazyık* (*contrainte psychologique*) veya *saik ve müşevvik kuvvet* (*force compulsive*) derler. Bu takdirde rıza beyanı var ise de tehdidin tesiri ile fesatlanmıştır; rıza cismanî tazyık hadisesinde olduğu gibi madum değildir, fakat hakikî rızaya uygun da değildir. Ortada bir rıza beyanı olduğu için böyle bir akit muteber olmak icap eder ; nitekim Romalılar daha o zaman bunu

«*coactus voluit, sed voluit*» (mecburen istedi fakat istedi) suretinde ifade etmişlerdi. Filhakika, kendisini tehdit eden fenaliğe katlanmak veya kendisinden talep olunan rızayı beyan etmek şıklardan hangisini isterse onu ihtiyar etmek mükrehin elindedir. Eğer ikinci şıkkı tercih ederse batıl değil fakat *iptali mümkün* bir akit yaratan muteber bir rıza beyanında bulunmuş olur.

İkrahın şartları :

Rıza beyanı bu suretle fesholunmak için aşağıdaki 4 şartın doldurulması lâzımdır :

1° *İkrah muteber ve bir asla müstenit* olmalıdır, yani ikraholunan (mükreh) kendisinin yahut yakınlarından (ses proches) [1] birinin hayatı veya şahsı veya namusu yahut emvali ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeye maruz olduğuna kanaat getirmelidir. Bir kimsenin edindiği yanlış malûmata müsteniden kendisini tehdit altında zannetmesi ikrah kanaati verici mahiyette değildir. Kezalik, (bir kimseyi onun dolu sandığı bir revolver ile tehdit misalinde olduğu gibi) mükrehin bir tehlikenin mevcudiyetine inanmakta haklı olduğu haller müstesna, eğer tehdit ciddi değilse ikrah gene bir asla müstenit addolunmaz.

B K. m. 30 da sayılı haller tahdidi değildir; hürriyete, veya fikir sükûneti gibi gayrimaddi mallara (biens immateriels) karşı bir tecavüz korkusu bir ikrahtır. Mesela: kumarda yutulan A nın, ihtiyar teyzesinden, intihar tehdidi ile borçlarını ödemesini istemesini ele alırsak, zavallı ihtiyar kadın için böyle bir ikrah muteberdir. İkrah, menfi bir fiil de olabilir. Bilfarz, bir dakturun hastasını, şayet bir deyin ikrarını imzalamazsa onu kendi haline yüzüstü terkedeceğini söyliyerek tehdit etmesi gibi.. İzaha hacet yoktur ki, böyle nrenfi bir fiil ikrah teşkil edebilmek

[1] «Proche,, kelimesi kanunumuzda muhtelif şekillerde tercüme edilmiştir. Meselâ K M. m. 118 de «... yakını olan kimse,, diye ifade olunduğu halde burada (yani B K. m. 30) «yakın akraba,, ya kasrolunmuştur. Binaenaleyh Evlenme bahsindeki «tehdit,, bu noktada «ikrah,, tan daha geniştir.

M. O.

için, ikraheden (mükrih), ihmal ettiği o fiili kanunen veya akten yapmakla mükellef bulunmalıdır.

2°) *İkrah bir şahsın eseri olmalıdır.* Bu, hususta ikrahın karşıtarafından veya bir üçüncü şahıstan geldiğine nazaran bir tefrik yapmaya lüzum yoktur. İkrah ile hilenin şartları arasında bu noktadan bir fark vardır; hile karşıtarafından sâdir olmak veya onun vukufu altında cereyan etmek şart iken ikrahta bu lâzım değildir. *Misal:*

A meçhul birinden aldığı bir tehdit mektubu üzerine B ile akitleşmiştir, diyelim. Eğer tehdit mektubunu yazanı B de bilmese A'nın rıza beyanı gene fesatlıdır.

Eğer ikrah, hertürlü beşerî müdahale haricinde yani içinde insan parmağı olmayan bir hadisenin neticesi ise, buna B. K. m. 29 tatbik olunmaz. *Misal:*

A, dağa tırmanırken düştüğü bir yarıktan kendisini kurtarırsa B ye büyük bir meblâğ vereceğini vadetse de B de bu işi görse akit muteberdir; çünkü A'nın korku ve ikrahında bir şahsın su'u, tesiri yoktur; B için vaziyetten bilistifade A'yı istismar etmiştir de denemez.

3°) *İkrah haksız olmalıdır,* yani hukukan mecburi olan "tehdide müracaat etmemek," borcuna muhalefeti tazammun eylemelidir. Bazı ahvalde tehdit hukuka mugayir değildir. *Mesela:*

A) Meşru müdafaa halinde hukuka mugayir bir tehdit yoktur.

B) Failin B. K. m. 52 § 2 de derpiş olunan çaresizliklerden birine düşmesinde de tehdit haksız değildir.

C) Failin, yani "tehdideden," in kendi hakkını kullanması dahi haksız bir tehdit teşkil etmez. *Misal:*

B'nin alacaklısı olan A, alacağını almak gayesinden başka, bir de, mukavelede bir tadil koparmak maksadı ile B'yi icrai takibata müracaatla tehdit etmiş olmak gibi...

Müstesna olarak bir hakkın istimali tehdidi, B. K. m. 30 § 2 mucibince, aktin iptaline meydan verebilir. Fakat bunun için muhik ve meşru tehdit suiistimal edilmiş, yani "Tehdidedilen," in muzayakada bulunmasını istismar gayesilyle hareket olunarak bu-

bapta fahiş menfaatlar temin edilmiş bulunmak muktazidir. Fahiş menfaatlerden murat, " tehdideden,, in müstahik olduğundan pek ziyade yüksek olan, onlara çok faik bulunan ödençlerdir. Mezkûr suiistimale bir *misal* verelim:

100 lira alacağı olan bimse perişanlık içinde bulunan borçlusunu şayet 200 liralık yeni bir senet imzalamadığı takdirde derhal icraya müracaatla tehdit edip te borçlu da imzalamışsa rızası salim değildir; hernekadar icraya vermek tehdidi hukuka mugayir değilse de, burada, muzayakada olan borçlu istismar edildiğinden rızası fesatlıdır.

D) Failin, hakikatte maddeten muteber ve bir asla müstenit olmayan bir hakkı, hüsnüniyetle öyle zannederek, kullanacağını tehdit makamında söylemesi hakka mugayir bir ikrah değildir, *Misal*:

A,B ye karşı, haddizatında meşkûk olan bir alacak iddia ve onu ödemediği takdirde derhal icarî takibe başlamakla tehdit etti, ve B de bu parayı ödedi farzedelim; burada rızada fesat mevcut değildir. Buna mukabil, eğer A iddia ettiği alacağın hayali olduğunu biliyorsa o zaman bir "haksız tehdit,, tahassul eder.

4°) *İkrah, ikrahedileni bu sayede bir rıza beyanına sevk etmek maksadı ile yapılmış olmalıdır.* Şu halde, tehdidedilen, Romalıların tabiri veçhile "animus contrahendi,, ye, yani "ikrah olunmuş bir haleti ruhiyeye ,, malik olmalıdır. Tehdit failinin başka bir maksadı varsa, veyahut başka bir gaye takip ediyorsa ikrah yoktur. Binaenaleyh telkin olunan ikrah ile yapılan rıza beyanı arasında bir illiyet alâkası bulunmak lâbût-tür. Ohalde " ikrahedilen ,, in mukaveleye taraf olarak iştirak etmesi ve bu mukavelenin de " ikraheden ,, in inikadını gözet-tiği akit olması şarttır; bunlar olmazsa illiyet alâkası yoktur.

Fer'i ikrah:

İkrah, *fer'i* ve hâdis (incidente) dahi olabilir, yani " ikrah-olunan ,, in yaptığı rıza beyanını doğrudandoğruya ifsat etme-mekle beraber onu daha şiddetli şartlarla akit icrasına sürükler. Bu hal karşısında tıpkı fer'i ve hâdis hileye yapıldığı gibi hare-

ket olunmak lâzımdır. İkraholunan akitleşmeği murat ettiğinden rızası fesatlanmış değildir, ve burada B.K.m. 29 kabiliyet bittir, Buna mukabil kendisi B.K. m 41 ve mabaadi mucibince zararıyan dava edebilir; çünkü tehdidi yapan haksız bir muamelesi ile mutazarrıra bir zarar iras etmiştir. Bu noktai nazar İsviçre doktrininde muhtelifünfihtir; Von Tuhr buapta, fer'i hilede dermeyan ettiğine benzer bir mütalea serdetmektedir.

D. - Gabın

Mahiyeti; şartları:

Gabın, aktin, mürabahadan teşa'up eden bir fesih sebebi olup B K. m. 21 de derpiş olunmuştur. Aşağıda yazılı iki şartı vardır :

1°) Gabın olabilmek için tarafların ödenç ve karşılıködençleri (ivazları) arasında açık bir nisbetsizlik bulunmalıdır. *Meselâ:* Çok yüksek faizli bir karz; pek mubalâgalı veya düşük bir fiatla satım; bir hizmet aktinde sadaka kabilinden bir ücret; şirkette şeriklerden birinin veya bazılarının aslanpayı alması; bir sulh aktinde bir tarafın fedakârlık gösterdiği şey ile elde ettiği paranın birbirini hiç tutmaması v. s. gibi hallerde vaziyet böyledir. "Açık nisbetsizlik," mefhumu kat'i ve sarih değildir, buna bir vuzuh vermek için *tarafların bütün münasebetlerini nazarı itibara almalı ve hassatan herbirinin üzerlerine aldıkları hatar ve tehlikelere bakmalıdır*. Çünkü büyük tehlikeleri olan bir işte büyük büyük menfaatlar da meşrudur (*Nimet külfete ve külfet nimete göredir*).

2°) Gabın olabilmek için bir şart daha vardır ki o da bir tarafın karşıtarafı, onun muzayakada bulunmasından veya hiffetinden yahut tecübesizliğinden bilistifade istismar etmiş, sağmış olması lüzümudur. Muzayakanın ille iktisadî olması şart değildir, hali vakti yerinde bir kimsenin şahsî zaruret ve ıstırarlarından ibaret te olabilir, bilfarz bir operatör acele bir ameliyata muhtaç bir milyonerden, gabının neticelerine tâbi olmadan, pek büyük bir meblâğ isteyemez. Gabın, sade karşıtarafın şahsî nazara alı-

narak takdir olunmaz, bilâkis onun meselâ ailesi efradı gibi yakınlarında dahi sabit olabilir. Bir şahsın hiffetinin veya tecrübesizliğinin istismarını menetmekle kanunun himayei murat ettiği kimseler vasayet altına konulacak derecede olmamakla beraber fikrî kıymet itibariyle vasatın dununda bulunan şahıslardır.

Bir tarafın hiffetinin veya tecrübesizliğinin istismarı mevzuu-
bahs olan ahvalin çoğunda gabın hile ile müteraffıktır. Bir âkidin muzayakasının istismarında ise, şayet bu muzayakayı gabnı yapan ihdas etmiş veya mecbur olduğu halde bunu bertaraf etmemişse, gabın ekseriya ikrah ile müterafık bulunur.

Hata, hile ve ikrah hallerinin aksine olarak gabından mutazarrır olan kimsenin yaptığı beyan tamamen hürdür. Fakat kanun gabnı hüsnüniyet kaidelerine mugayir addettiğinden dolayıdır ki onu diğer rıza fesatları ile bir tutmaktadır.

— Bitmedi —