

Mukayeseli Hukuk Bakımından

HAKKIN SUIİSTİMALİ

Doçent Dr. Ferit H. SAYMEN

GİRİŞ : Muhtelif sistemlerin gruplandırılması.

§ 1. — DAR SİSTEMLER : 1. İngiliz hukuku; 2. Birleşik Amerika hukuku.

§ 2. — GENİŞ SİSTEMLER : 1. Fransız hukuku; 2. Belçika hukuku; 3. İtalya hukuku; 4. İspanya hukuku; 5. İslâm hukuku.

§ 3. — MUTAVASSİT SİSTEMLER : 1. Alman hukuku; 2. Avusturya hukuku; 3. Sovyet Rusya hukuku; 4. İsviçre hukuku; 5. Türk hukuku.

GİRİŞ

Hakkın suiistimalinin, sosyal cereyanlı hukuk tarafından ferdiyetçi cereyanlı hukuka karşı kullanılan en müessir silâhlardan biri olduğuna şüphe yoktur. XIX uncu asırda ortaya atılan bu fikirler çok şiddetli tenkidlere hedef olmuş olmasına rağmen, kısa bir zaman içerisinde çok yol almağa muvaffak olmuştur. Ferdiyetçi zihniyetle hakların muhteva ve şumulünü mütalea etmeğe alışkın olan hukukçuların - ve pek maruflarının - bu nazariyeyi baltalamak için sarfetmiş oldukları gayretler, ekonomik, sosyal ve politik hâdiselerin ve gelişmelerin muazzam cereyanı karşısında yok olup gitti. Yarının neyi getireceği bilinmemekle beraber, her halde bu sosyal cereyanın gelişeceği tahmin edilebilir. Bu itibarla hakkın suiistimali mefhumunun da çok daha geniş ve birçok yerlerde çok daha sosyal bir mahiyet alacağı düşünülebilir.

Yarının hukuku hakkında kehanette bulunmak mevzuubahs değildir. Gayemiz çok daha mütevazı ve çok daha objektiftir. Dünyanın geçirmiş olduğu bu kanlı, buhranlı ve ızdıraplı yılların iptidasında muhtelif memleketlerin hukukunda hakkın suiistimali prensipinin ne şekilde tecelli ettiğini araştırmaktan ibarettir. Hukukun gittikçe sosyallaşması cereyanında bu prensipin de gelişeceği ve tatbik sahasının genişleyeceği düşünülebilir. Bu itibarla bugünkü durumu, bir kıymet hükmü vermeksizin, tesbit etmeyi istiyoruz.

Bundan başka, bu mesele hakkında muhtelif müelliflerin, muhtelif memleketlerde bu mesele hakkında ileri sürdükleri doktrinal mütalâaları bir tarafa bırakarak, hukukî münasebetlerin düzenlenmesinde ve çarpışan menfaatlerin telifinde büyük bir rol oynayan bu ana kaidenin pozitif hukuk veya mahkeme içtihatlarında ne şekilde tecelli ettiğini tetkik etmek istiyoruz. Mukayeseli hukuk metodlarıyla elde edilen malzemeyi tasnif ederek çeşitli cereyanları tesbit etmek ve bu suretle Türk hukukunun bunlar arasında nasıl bir yer işgal ettiğini anlamak daha kolay olur. Çeşitli hukuk sistemlerini ayrı ayrı inceledikten sonra, birbirlerine olan yakınlığı ve benzerliği gözönüne alınarak, bunları gruplandırmak ve bu suretle muhtelif cereyanları tayin etmek daha münasip olur.

Filhakika, almış oldukları vaziyette ve temsil ettikleri cereyanlara göre, muhtelif memleketlerin hukuklarını *dar*, *geniş* ve *mutavassıt* olmak üzere üç grup içerisinde toplamak kabildir.

Birinci grup: Bu gruba, esas itibarile hakkın suiistimalini asla tercih etmeyen ve buna ancak pek nadir istisnalar kabul eden Anglo-Sakson sistemi gibi *dar* hukuk sistemleri dahil bulunmaktadır.

İkinci grup: Bu gruba ise, mevzuatında sarih bir hüküm bulunmaksızın, umumî bazı esaslara istinad ederek, hakkın suiistimaline büyük bir şümül ve vüs'at vermiş olan *geniş* sistemler dahildir. Bunlar Lâtin hukuku grubu ile İslâm hukukundan müteşekkildir.

Üçüncü grup: Bu grup, mevzuatına esaslar vazederek hakkın suiistimali prensibini bazı hudutlar içerisine almış ve böylece hem hâkime ve hem de taraflara bir tarzı hareket düsturu vermiş olan *mutavassıt* sistemlerden terekküp eder. Fakat bu sistemler de kâh failin kastını, kâh hakkın fonksiyonunu nazarı itibara aldıklarından bunları tâli gruplara ayırmak da mümkündür. Bu üçüncü gruba bir taraftan Alman ve Avusturya sistemi, diğer taraftan, İsviçre ve Sovyet sistemleri ile Türk sistemi dahildir.

§ 1. DAR SİSTEMLER

Tamamile içtimai ve tesanütçü bir temayül mahsulü olan hakkın suiistimali nazariyesi, şüphesiz ki ferdiyetçi bir muhitte pek de revaç görecek bir müessese değildir. Nitekim Roma hukukunda bazı istisnalar mahfuz olmak şartile, hakkını suiistimal eden kimse ahara zarar iras etse dahi, fiil ve tasarrufundan mesul tutulmazdı. Bunun gibi ileri ferdiyetçi olarak tanına gelmiş olan İngiltere ve Şimali Amerika devletleri hukukunda hakkın suiistimali müessesesine kaideten yer ayrılmamıştır.

I — İngiliz Hukuku

İktisat sahasında «Laisser faire et laisser passer» düsturunu uzun yıllar harfiyyen tatbik etmiş olan İngilterenin, hukuk sahasında da «bir hak istimal olunurken aharı izrar etmek mümkün değildir» düsturunun revaç bulması tabii idi [1]. İngilizlere göre, izrar kasdile hareket edilmiş olsa bile failin mesul olmaması icabeder. Failin kast ve niyeti taharri olunamadığı gibi, sosyal bakımdan fiilin neticeleri de nazarı itibare alınmaz, yeter ki fiil veya tasarruf hukuka uygun olsun. Binaenaleyh İngiliz telâkkisine göre hak ya mutlak olmalı veya hiç olmamalıdır [2]. Hak-kını istimal eden kimseye nev'ama bir masuniyet tanınmaktadır (Immunity in exercise of common rights). Meselâ bir patron amelesini her zaman işten çıkarabilir, yeter ki kanunî müddetlere riayet etmiş olsun. Bu şarta riayet ederek hareket etmiş ise kast ve niyetine, hüsnü niyet veya suiniyetine bakılmaz; hareketine saik olan hususlar haizi tesir değildir. Bu misalde Pollock'un dediği gibi, patron «maliciously» yani izrar kas-tile hareket etmiş olsa bile hiç bir vakit mesul olmaz. (Sah. 143)

Spencer ile Darwin'in felsefe ve bioloji sahasında yarattıkları mut-lak ferdiyetçilik esasının İngiliz hukukundaki bu tezahür şekli bütün kuvvetile devam edemezdi. Zira böyle bir sistemde ferdler birbirleriyle mütemadî mücadele halinde bulunacak, en kuvvetliler üstün bir vaziyet ihraz edecek ve cemiyette sulh ve sükûn ortadan kalkmış olacaktır. Binaenaleyh böyle bir sistem tamamen gayri içtimai bir vaziyet ihdas etmiş olacaktır.

Bunu idrak etmiş olan İngilizler, sistemlerini sarsmaksızın bir de-receye kadar yumuşatmak istemişler ve bu mutlak düstura bazı istisnalar vazeylemişlerdir. İlk olarak kabul edilen ve az çok geniş bir surette tat-bik edilmiş olan istisna dava ikamesi salâhiyetinin suifistimali hususun-dadır [3].

İngiliz hukuku evvelâ «Consideration» yani «illet» veya «saik» na-zariyesi ve saniyen «Public Policy» yani «umumî intizam ve sükûn» na-zariyesi ile akidlerden mütevellit hakların mutlakiyetini bir dereceye ka-dar yumuşatmağa muvaffak oldu. «Consideration» tâbiri borçlunun fay-da ve zararları mülâhaza ederek bir borç taahhüt ettiği mânasını ifade eder. Akidlerde «Consideration» zarurî bir unsurdur. Consideration mut-laka alacaklıdan yani icaba muhatap olan şahıstan sadır olmalıdır, (Con-sideration must move from the promiser), ve bu Consideration'un bir

[1] Pollock, Law of torts, beşinci tabı, sah 141 ve mü.

[2] Josseland, De l'esprit des droits et de leur relativité. Sah. 284.

[3] Fazla malûmat için bak: Pollock, Op. cit. sah. 302 ve mü.

kiymeti olmalıdır, yani bunun bir «*Valuable consideration*» olması lâzımdır. Hâkim her şeyden evvel mukavelede bunun mevcut olup olmadığını araştırır [4].

«*Public Policy*» mefhumu ise bizim âmme intizamı mefhumundan çok daha geniş bir mahiyet arzeden, ve «mevcut kanunlar ile meri hukuk sistemi heyeti umumiyesinin ruhu» diye tarif edilen bu mefhum, gayri ahlâki veya gayri kanunî bir saik ile akdedilen mukaveleleri iptal için kullanılan bir vasıtaadır [5].

Bu iki nazariye ile İngiliz hukukunun mutlak telâkkisinin bir dereceye kadar yumuşamış olduğu iddia ve şu bir iki misal ile ispat olunabilir:

Nişanlandıktan sonra kazancı 600 İngiliz lirasına baliğ oluncaya kadar, senede 150 İngiliz lirasile kendisine yardım edeceğine dair bir amca yeğeni genç bir avukata vaidde bulunmuş ve fakat bunun mühürlü senet (resmî senet) ile yapılması lâzım gelen bir hibe vaadi iken, bunu yalnız yazılı şekilde yapmıştı. Vefatından sonra mirasçılar senedin muteber olmadığını ve akidde bir «*Consideration*» mevcut bulunmadığını iddia ederek bu parayı vermekten imtina etmek istemişler ise de, mahkeme hukukî münasebeti tahlil ederek ortada bir consideration'un mevcut olduğunu (Avukatın yapılan vaade dayanarak bir çok masraflara giriştiğini, evlilik hayatından mütevellit saadete rağmen bu masrafların bir zarar olduğunu, evlilik amcanın arzusu ile yapıldığını ve arzusunun yerine getirilmesi amca için bir menfaat sayılacağını) mülâhaza ederek mirasçıların talebini reddeylemiştir [6].

1853 senesinde verilen Lum-Ley ile Gye kararını da kaydedelim: Bir tiyatro müdürü olan Gye, meşhur bir artisti angaje etmiş olan rakibi Lum-Ley'i mücerret izrar maksadile, artiste bir bahane bularak kendisile mukavele akteceğini vadetmişti. Lum-Ley'in müracaatı üzerine mahkeme, tiyatro müdürü Gye'yi tazminat itasına mahkûm etmiş idi. Bu karar «*Procuring an inducing breach of contract*», yani mukaveleyi üçüncü şahsın müdahalesile feshetme nazariyesini ortaya koymuştur [7].

Akidlerin feshi hususunda da mutlak noktai nazar bir dereceye kadar yumuşatılmıştır. Ezcümle, gayri muayyen müddetle akdedilen hizmet

[4] Schwarz, Mukayeseli hukuk zaviyesinden İngiliz borçlar hukukunun ana hatları (Huk. İlm. Yayma Kur. Konferansları No. 64) Ankara 1941, Sah. 9 - 10.

[5] J. Marson, L'abus du droit en matière de contrat, sah. 10.

[6] Schwarz, Op. cit. sah. 10.

[7] Fouilland, La condamnation intégrale de la théorie de l'abus des droits s. 27.

akidlerinde bir müddet evvel fesih ihbar edilmedikçe, işçinin tardedilmesi menolunmuştur. 1894 tarihli bir kanun bu esası deniz adamlarına da teşmil eylemiştir.

Fakat bu istisnalara rağmen, İngiliz hukukunun hakkın suiistimali nazariyesini pek de benimsemediği ve ancak bazı dağınık ve pek ifrat hallerde hakların tamamen mutlak olmadığını beyan ettiği söylenebilir [8].

II — Birleşik Şimali Amerika Hukuku

Amerikalıların hayatı, müesseseleri, felsefeleri ve âdetleri İngilizlerinkinden daha ferdiyetçidir. «Hâkimlerin hükûmeti» ne tâbi olan, kanunların Anayasaya uygunluğunu takdir ederek yaşama organının adli makamlar tarafından murakabesini kabul eden bu memlekette, hakların herhangi bir şekilde istimali caiz görünmekte ve hakkın suiistimali nazariyesi hiçbir suretle terviç edilmemektedir.

Fakat gayri içtimaî ve bir dereceye kadar gayri hukukî olan bu telâkkinin, sermaye ile emeğin şiddetle mücadele ettiği bu memlekette, bazı tadilâta uğraması mukadderdi. Filhakika hakkın suiistimali nazariyesi ancak hizmet akti sahasına bir dereceye kadar nüfuz edebilmiştir. Hâkimler, sermaye ile sâ-y arasındaki mücadeleyi hudutlandırmak için, akitlerden mütevellit hakların anormal bir tarzda istimali nazariyesine dayandılar. Fakat hizmet akdini feshetmek salâhiyetini ancak objektif bir kıstasa tâbi tutularak, izarar kastını nazara almaksızın, takip edilen gayenin iktisaden zararlı olup olmadığını araştırmakla iktifa ettiler; ve zararlı olduğuna kanaat getirdikleri takdirde bu salâhiyetin suiistimal edildiğini kabul eylediler [9].

1890 tarihli Sherman Act namı ile maruf bir kanun, akit yapma hakkının hudutsuz olmadığını kabul etmektedir. Mezkûr kanunun birinci maddesine göre: «Tröst veya birleşme veya buna müşabih sair bir şekilde muhtelif devletler veya ecnebi memleketler arasında ticareti tahdit etmek gayesini güderek akte edilen mukavele veya yapılan anlaşmaların gayri meşru olduğu burada beyan olunur» [10]. İktisadî ihtiyaçların taziyi ile kabul edilmiş olan bu ufak tefek istisnalara rağmen kıta Avrupasında doğup gelişmiş olan hakkın suiistimali nazariyesi Anglo-Sakson hukuk müesseselerine ve hukuk düşüncesine nüfuz edememiştir.

[8] *Demogue, Traité des Obligations*. Cilt 4, No. 695, sah. 385 ve notlar.

[9] *Lambert et Brown, La lutte judiciaire du capital et du travail organisé aux Etats-Unis*, sah. 31.

[10] Aynı eser sah. 20.

§ 2 GENİŞ SİSTEMLER

Bu başlık altında topladığımız sistemler, mevzuatlarında sarih bir kaide bulunmaksızın, hakkın suiistimali nazariyesini gayet şümüllü ve etraflı bir tarzda tatbik etmiş olan sistemlerdir. Buna lâtin grubu sistemi demek kabil ise de, İslâm hukukunun bunlar yanında yer almış olmasına göre, mezkûr tâbir doğru olamaz. Sırasıyle, Fransız hukukunu, bu hukukun tesiri altında kalmış olan sair hukuk sistemlerini ve nihayet İslâm hukukunu tetkik edelim.

I — Fransız Hukuku

Fransız Medenî kanununda hakkın suiistimaline müteallik hiç bir umumî hüküm mevcut değildir ; fakat hukuku, hâdiselerin cereyanına göre tefsir ederek bu kanunu her zaman modern kılmağa muvaffak olan Fransız mahkemeleri hakkın suiistimaline de geniş bir tatbik sahası ayırmağa muvaffak olmuşlar ve bu nazariyenin en mutlak bir hak olan mülkiyet hakkından başlayarak, tamamiyle nisbi olan akitten mütevellit haklara kadar tatbik olunabileceğini kabul etmişlerdir. Hususile ahara zarar verenin mesul olacağını gayet umumî bir tarzda beyan eden Fransız Medenî Kanununun 1382 nci maddesine istinad ederek, mahkemeler, kendisine bahşolunan bir hakkı aharı ızrar kastiyle ve bahsolunduğu gaye haricinde kullanan şahsı da mesul tutmuşlardır. Bu suretle, hakkın suiistimali için iki şartın tahakkukunu aramaktadırlar: ızrar kasti ve hakkın gayesi haricinde istimali.

Akitlere ait olmak üzere, gayet tipik olan şu misali kaydedelim: Bir şahıs mallarını bir şehirden diğer bir şehire naklettirmek için bir nakliyeciyi mukavele yaparak bu iş için muayyen bir müddet tayin ediyor. Mallar şehre vâdenin hitamından çok daha evvel vasıl oluyor ve malların sahibi kazançlı bir iş yapacağı ümidiyle bunların teslimini nakliyeciden talep ediyor. Kendisi için hiçbir menfaaat yokken, sırf diğer âkidi ızrar etmek için henüz müddetin hulûl etmediğini, binaenaleyh hiçbir talepte bulunmağa salâhiyeti olmadığını ve vâdenin son günü mallarının kendisine teslim edileceğini nakliyeciyi beyan ediyor. Burada nakliyecinin nakil mukavelesinden mütevellit hakkını suiistimal eylediği kabul edilmektedir [11].

Her ne kadar Fransada bazı müellifler mezkûr nazariyeye intisap etmemiş iseler de (Planiol, Duguit gibi), doktrinin büyük bir kısmı buna yalnız intisap ile kalmamış, bazı müellifler nazariye etrafında gayet ge-

[11] Demogue, Cours de droit civil, 2 ème année, Paris 1931-1932, sah. 355.

niş ve derin münakaşalar açarak mezkûr nazariyeyi medenî hukukun en mühim ve en esaslı temeli haline ifrağ etmişlerdir [12].

Bu nazariye Fransada o kadar kuvvet kesbetmeğe ve ihtiyaçlara o derece uygun bulunmağa başladı ki, vazı kanun hizmet aktine müteallik Medenî Kanunun 1780 inci maddesini tadil eden 27 Aralık 1890 tarihli bir kanun ile hakkın suiistimali nazariyesini doğrudan doğruya kabul etmemekle beraber, bu nazariyeye istinat eden bir hükm serdetti. Bu hükümle müddetsiz olarak yapılan bir hizmet akti taraflardan birinin rızasıyla daima feshedilebilirse de böyle tek taraflı fesihlerin tazminata mahal verebileceği kabul edilmiştir. Prof. Ebülûlâ Mardin'in dediği gibi « Kanun şu hükmü ile, fesih hakkının suiistimalini himaye etmemiştir. Mahkeme feshi hakkaniyete mugayir görürse müstahdem lehine tazminata hükmedebilecek demektir. Unutmayalım ki, âkit kanunun kendisine bahsettiği fesih hakkını istimal etmektedir. Hakkın suiistimalinden dolayı vazı kanunun burada tazminatı kabulü çok manidardır» [13].

Akitler sahasında hakkın suiistimali nazariyesi, patron cemiyetleri (sendikaları) ile amele cemiyetleri arasındaki grev, lokaut (lockout), boykot, teşhir (mise à l'index) gibi ihtilâfları hal hususunda da geniş bir tatbik sahası bulmuştur.

II — Belçika Hukuku

Belçika mevzuatı [14] Fransız mevzuatına çok müşabih olduğundan, hakkın suiistimali nazariyesinin bu memlekette de kolaylıkla yer aldığı söylenebilir. Bilhassa akitlerden mütevellit hakkın suiistimali, sanayi bir memleket olması itibariyle Belçikada çok tatbik edilmiştir. Hakkın suiistimali hususunda bu memlekette bilhassa üzerinde ısrar olunan şart ızzar kasti şartıdır. Meselâ bir şirketin, işçilerinden birini tekaüdiyesinden mahrum etmek mülâhazasile tekaüdlük müddetinin hitamından kısa bir zaman evvel işinden çıkarmış olması halini ; bunun gibi işvereni sadece ızzar etmek düşüncesiyle husule getirilen bir grev hâdisesini ; av hay-

[12] Misal olarak *Josserand*'nin «De l'esprit des droits et de leur relativité» adlı muazzam eseri ve bu eser hakkında *Ripert*'in «Abus ou relativité des droits» adlı tenkidî yazısını ve yine *Josserand*'nin bu yazıya verdiği cevap «A propos de la relativité des droits (Rev. Crit. de lég. et Jurisp. 1929)» sayanı kayıttır.

[13] *Ebülûlâ Mardin*, Hukuku Medeniye dersleri, Zâbitalar, sah. 173.

[14] *Campion*, De l'abus des droits; *Cornil*, Essai de sociologie juridique simplifiée, 1924, sah. 91 ve mü.; *B. Pirson et A. de Villé* Traité de la responsabilité civile, cilt 2, 1935, sah. 520 ve mü.; *Josserand*, Op. cit. sah. 277; *Demogue*, Op. cit. cilt 4, No. 694, sah. 383.

vanlarının fazla miktarda çoğalması dolayısıyla kiralananın kıymeti tenakus ettiğinden dolayı kiracının kira mukavelesini feshederek tazminat talebinde bulunacağını hisseden kiraya verenin evvel davranarak mukaveleyi feshetmesi halini; Belçika mahkemeleri hakkın birer suiistimali olarak telâkki etmektedirler.

Bunun gibi bir mağazanın yapmış olduğu elektrikli reklâmı tamamiyle örtecek bir surette diğer rakip bir mağazanın bir elektrik reklâmı kullanmasını Belçika Temyiz Mahkemesi bir hakkın suiistimali olarak telâkki etmiş ve esbabı mucibesinde ezeümle «rekabetin ticaret serbestisinden mütevellit bir hak olması hasebiyle *mülkiyet gibi bunun da hudutlarının bulunduğu*, ve aynı şekilde hakkın istimal edilmesini mazur görmiyerek buna mesâğ olmadığını» bildirmiştir [15].

1890 tarihli Fransız Kanununa müşabih bir kanun da Belçikada 10 mart 1900 tarihinde kabul edilmiştir. Mezkûr kanunun 22 nci maddesi, muhik sebep olmaksızın ve muayyen müddeti zarfında akti feshedeceğini diğer tarafa ihbar etmeksizin aktetmiş olduğu hizmet mukavelesini bozan tarafı diğer tarafa bir tazminat itası ile mükellef tutmaktadır.

Fakat umumî olarak Belçika hukukunun Fransız hukuku ve içtihadı kadar cüretli olmadığı söylenebilir. Meselâ şirketler hukukunda, bir şirketin nizamnamesinde şeriklerin her zaman ve hattâ şirkete zararı mucip olacak bir zamanda bile şirketten çekilmelerini derpiş eden bir şartın muteber olacağı kabul edilmektedir.

III — İtalyan Hukuku

Lâtin kültürüne ve lâtin hukuk grupuna dahil olan İtalyanın evvelki mevzuatında sarîh bir hüküm olmamakla beraber, hakkın suiistimaline müteallik esaslar mahkeme içtihatları ve doktrin tarafından kabul edilmektedir [16]. Mahaza İtalyan Medenî Kanununun bazı maddeleri (velâyet hakkının suiistimaline müteallik 233, şirketlerin bir taraflı feshine müteallik 1733 ve 1734 üncü maddeleri) bu esasın bazı münferit tatbik şekillerini ihtiva etmektedir.

Umumî olarak denilebilir ki, İtalyada hakkın suiistimali nazariyesi hakların istimalinin bir hududu olarak telâkki edilmektedir. Bu memlekette kabul edilen nazariye «emulazione» yani ızrar kastiyle yapılan muameleler nazariyesidir. Aktieler hususunda mahkemelerin ekseriyetle hakkın suiistimali nazariyesini medenî kanunun 1224 üncü maddesine istinat

[15] 12 temmuz 1917 tarihli karar, Pas. 1918. 1. 65 (Pirson'dan naklen)

[16] *Fubini*, Chronique (Rev. Trim. de D. C. 1917, sah. 347; 1925 sah. 736); *Demogue* Op. cit. No. 697 ve not 6 daki bibliyografya; *Jossierand*, Op. cit. sah. 279.

ettirmekte oldukları müşahede edilmiştir. Bu maddeye göre «aktin infazı hususunda tarafların gösterecekleri ihtimam, bir aile babasının göstereceği ihtimam gibi olmalıdır». Objektif bir telâkki mahsulü olan bu ihtimam derecesini aşan her muamele bir hakkın suiistimali olarak telâkki edilmektedir. Bununla beraber hizmet aktinin feshi hususunda bazı müellifler tarafından tatbik edilebileceği kabul edilen hakkın suiistimali nazariyesi, diğer bazıları tarafından münakaşa edilmektedir.

16 mart 1942 tarihli ve 2622 sayılı bir kral emirnamesile yürürlüğe giren yeni İtalyan Medeni Kanunu ise «emulazione» noktaî nazarını kabul etmiş fakat, hakkın suiistimalini umumî bir kaide olarak değil, sadece mülkiyetin tahdidine mahsus bir hal olarak nizamlamıştır. Filhakika mezkûr kanunun 833 üncü maddesi şöyledir:

«Malik, başkasını ızzar veya rahatsız etmekten başka bir maksat gütmeyen fiillerde bulunamaz.»

İtalyan Medeni Kanununun tamamen sübjektif bir esasa bağlandığını görmekteyiz. Filhakika mezkûr kanun ızzar veya rahatsız etme kastını aramakta, ve failin bundan başka bir maksadı bulunmaması lâzım geldiğini bildirmektedir. Bu bakımdan İtalyan kanununun Alman Medeni Kanunu tesiri altında kaldığı açıktır. (Bak! Biraz ileride § 3, No. I). Şurasını ilâve edelim ki yeni İtalyan Medeni Kanunu Alman kanunundan da daha mütereddît hareket etmiş ve bu müesseseyi sadece mülkiyet hakkının kullanılmasına hasretmiştir. Kanunun aradığı şartlar altında bu hükmün tatbik kabiliyeti pek fazla olmasa gerektir [16a].

IV — İspanyöl Hukuku

Bu memlekette hakkın suiistimali kanunda derpiş edilmemiş olmak itibarile, doktrin ve içtihatlar tarafından pek de tebarüz ettirilmemiş ve Fransada hattâ Belçikada olduğu gibi geniş bir mahiyet alamamıştır [17]. Mahaza bazı maddelere istinaden (muhik sebep olmaksızın nişanın bozulmasına müteallik 44 üncü, velâyet hakkının suiistimaline müteallik 171 inci, şeriklerden birinin gayri münasip bir zamanda şirketten ayrılmasına müteallik 1705 ve 1706 ncı maddeler) doktrin, hakkın suiistimaline

[16a] Faşist telâkkilerin bir mahsulü olan yeni İtalyan Medeni Kanununun halen yürürlükte olup olmadığını bilmiyoruz. Bu itibarla fazla malûmat vermiyoruz. Tafsilât için şu esere müracaat edilebilir:

Domenico Tramontana, Diritto Civile, Milano 1942, sah. 212.

[17] *Demogue, Op. cit. No. 699 ve not 2 de işaret ettiği eser: Calvo Sotilo, La Doctrina del abuso del derecho.*

dair bir nazariye kurmağa çalışmakta ve mahkemeler bu nazariyeleri yavaş yavaş tatbik etmeğe başlamış bulunmaktadırlar.

V — İslâm Hukuku

İslâm hukukunda hakkın suiistimalini sarih bir tarzda ifade eden bir kaide olmayıp, meselâ vesayet, karı koca arasındaki münasebetler, irs, komşuluk münasebetleri gibi meseleler hususunda vazedilen bazı âyetlerden bu husus istihraç olunmaktadır [18]. Hakkın suiistimali mefhumunun ruhundan mülhem olan bazı kaideleri de sayın Prof. Ebülûlâ Mardin şu şekilde toplamışlardır: «zarar ve mukabeleyi bizzarar yoktur», «zarar kadim olmaz», «ehveni şerreyn ihtiyar olunur», «iki fesat taarruz ettikte ahafı ihtiyar olunarak azamının çaresine bakılır», «zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar», «zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur», «her kim kendi tarafından tamam olan şeyi nakza say ederse sayı merduttur». İşte bunlar, diyor Profesör, ve bunlara benzer diğer kavaidi külliyyenin istihdaf ettiği gaye hakkın suiistimaline set çekmektir [19].

Biz burada İslâm hukukunda hakkın suiistimalinin tatbik edildiği bilcümle meseleleri, alâkadar bütün âyetleri, İslâm hukukçuları arasındaki ihtilâfları tetkik veya nakledecek değiliz. Bu hususlar gayet geniş bir tarzda Mahmut Fathy isminde bir hukukçunun fransızca kaleme almış tezinde ve hulâsa olarak Prof. Esat Arsebük'ün eserinde mevcuttur. Bunlara müracaat olunabilir [18, 20]. Biz burada, İslâm hukukunda kabul olunan umumî kıstasları kaydetmekle iktifa edeceğiz.

İslâm hukukunda hakkın suiistimaline ait kat'i, sarih ve tek bir kıstas olmayıp fiil ve tasarrufa hakkın suiistimali vasfını verecek ayrı ayrı *dört kıstas* mevcuttur; ve bunlardan her birinin yalnız başına mevcudiyeti fiil veya tasarrufa hakkın suiistimali vasfını izafeye kâfi gelmektedir. Bu dört kıstas da umumî ve nazari bir esastan istihraç edilmekte ve tatbikat sahasında hakkın suiistimali mefhumu ile amel olunmasını mümkün kılmaktadır. El Gazali tarafından beyan edilip bilûmum hukukçular tarafından kabul edilen bu umumî kaideye göre «bir hak, sahibine onu istediği şekilde kullanmak salâhiyetini bahşeder; mahaza mezkûr hak mahiyetine ve gayesine uygun bir tarzda istimal edilmelidir.» Netekim İbni Abidin bir malı mahiyeti hilâfına kullanmak gayesiyle aktedilen icar mukavelesini batıl addediyor.

[18] Mahmut Fathy, La Doctrine Musulmane de l'abus des droits, 1913.

[19] Ebülûlâ Mardin, Op. cit., sah 189 ve mü.

[20] Esat Arsebük, Op. cit., sah. 108, No. XI ve mü.

Şimdi bu prensipten çıkarılan hususî dört tatbik şeklini kısaca gözden geçirelim:

1.— *İzrar kastı:*

Hiç kimse bir hakkını aharı izrar etmek kasdiyle kullanamaz. Mecellenin 19 uncu maddesine ithal edilmiş ve «zarar ve mukabelei bizzarar yoktur» şeklini almış bulunan bu kıstas, bilhassa mülkiyet ile kazaî takibat sahalarında tatbik edilirdi (Mecelle, madde 918 ve 920 ye bak). Meselâ, iki kişi arasında müşterek bir mülk farzedilse ve şeriklerden biri mezkûr mülk üzerinde ufak bir hisseye ve diğeri de büyük bir hisseye malik olsa, ve şeriklerden biri sırf diğeri için izrar kasdiyle şuyunun izalesini talep eylese, hâkim davayı reddederdi; zira taksim edilecek maldan maksut olan menfaatin taksim keyfiyeti ile ortadan kalkmaması veya değişmesi lâzımdı[21]. Şerikin izrar kasdiyle vâki olan izalesi şuyu talebi, müşterek mülkteki menfaati tağyir edeceğinden, bu talep mesmu olmazdı. Bundan başka meseleyi Mecellenin ahkâmı külliyesi ile halletmek imkânı mevcut olsaydı, ikinci ve üçüncü maddelerle de aynı neticeye varılmış olurdu. Filhakika ikinci madde «Bir işte maksat ne ise hüküm ona göredir» ve üçüncü madde de «Ukudda itibar mekasidü meaniyedür elfaz ve mebanîye değildir» demekte olmasına göre, hüküm, kastı izrara göre verilmek icap edeceğinden, talebin reddi cihetine gidilmek lâzım gelecekti.

2.— *Hakkını kullanan için bir menfaatin ademi mevcudiyeti:*

Bir hak şahsa, menfaatini himaye için verilmiş bulunmasına göre, o şahıs mezkûr hakkı menfaati olmaksızın kullanırsa, hak kisvesi altında bir haksızlık yapmış, yani hakkını suiistimal etmiş olurdu. İslâm Hukukçuları bu esaslı bazı mahdut hallerde tatbik etmişlerdi: Gasıp, kazaî takibat ve icar bu meyandadır. Meselâ, İslâm Hukukunda, müstecir mecuru hiçbir şekilde tâdil etmeğe salâhiyetli olmayıp, anı aktin inikadı esnasında aldığı şekilde iade eylemeğe mecburdu. Bu kaide Mecelle'nin 600 ve müteakip maddelerinde beyan edilmiştir. Fakat İslâm Hukukçuları bu mutlak kaideyi şu şekilde yumuşatmağa muvaffak oldular: Vakfa ait bir binanın müsteciri onu hedmedip yerine bir değirmen veya bir fırın inşa etse ve bu yeni inşaat vakfa faydalı, yani gelirini arttırır mahiyette ise, bu inşaatın yıkılarak eski halin iadesi veya münasip bir tazminat teidiyesi istenemezdi; çünkü böyle bir talebin mucir için hiçbir fayda temin etmeyeceği mülâhaza edilirdi[22]. Buna rağmen mucir hakkını istimal etmeğe kalkışsa, bunu suiistimal ettiği söylenirdi.

[21] *Ali Haydar*, Mecelle Şerhi, cilt 3, sah. 339.

[22] *İbni Abidin*, cilt V, sah. 169, (*Fath*'dan naklen sah. 241).

Yine bu kabilden olarak, müstecir mecura bazı faydalı ilâveler yapmış ise icar akdinin hitamında mucir mecuru tercihan eski müstecire terketmeğe mecburdu, zira bunu başka bir şahsa icar etmekte hiçbir menfaati yoktu. Buna riayet etmediği takdirde hakkını suiistimal etmiş sayılırdı.

3.— *Umumî bir zarar husule getiren bir hakkın istimali:*

Bir hakkın istimali veya ademi istimali, hak sahibine bir fayda temin etse bile, umumu ızzar eylerse, böyle bir hareket suiistimal sayılırdı. Nitekim Mecelle'nin 26 ncı maddesi bu fikri şu şekilde ifade ediyor: «Zararı âmî def' için zararı has ihtiyar olunur.» Meselâ cahil bir hekimin tababetle işigali bu kaideye binaen men'olunurdu.

Herkes malını dilediği gibi kullanabilir kaidesinin, bilhassa fakir memleketlerde doğurduğu vahim neticeleri ve bunun tevlit ettiği suiistimalleri gözönünde bulunduran İslâm Hukukçuları, yukarıdaki kaideyi vazeylemişlerdi. Bu kaideye göre piyasadaki malları bir elde toplayarak fiatların yükselmesine tevessül eden tacir; veya, İbni Abidin'in kabul ettiği gibi, memleketi kaplıyan açlığa rağmen tarlasını ekmekten veya mahsulünü satmaktan imtina eden çiftçi; veya piyasadaki malları bir elde toplamaksızın fiatların yükselmesini temin etmek gayesini istihdaf ederek elindeki malı mâkul bir fiata satmaktan imtina eden esnaf, mallarını satmağa veya tarlalarını ekmeğe icbar edilirdi. Zira tarzı hareketleri bir suiistimal olarak telâkki olunurdu[23].

4.— *Fahiş bir zararı müeddi olan bir hakkın istimali:*

İslâm Hukukçuları her zaman fahiş zarardan imtina edilmesini hak ve nisfet kaidelerine uygun bulmuşlar ve hak sahibi için bir menfaat temin eden bir istimali aharı fahiş surette ızzar etmesi halinde bir suiistimal olarak telâkki eylemişlerdir[24]. Bu kaidenin bir tatbik şekline Mecelle'nin 1200 ve 1212 nci maddelerinde tesadüf olunur. Bundan başka, kaidenin akitlerin inikadında ve bundan doğan hakların istimalinde de câri olduğunu İslâm Hukukçuları kabul ederler. Ezcümle, reşitler arasında gabın ile malûl olan bir akdin inikadını, işe hile karışmadıkça, muteber addederlerdi. Fakat İbni Abidin bunun suiistimal tevlit edebileceğini düşünerek, bugünkü Borçlar Kanunumuzun 21 inci maddesine müşabih bir hüküm vazetmiş ve taraflardan biri diğzerinin müzayaka veya cehaletinden istifade ederek onun için fahiş bir zarar husule getiren bir mua-

[23] İbni Abidin, cilt V, sah. 352, (Fathy'den naklen sah. 244-245). Bu kaideyi ilk olarak ortaya atanın Ebu Hanefi olduğunu iddia edenler vardır.

[24] İbni Abidin, cilt IV, sah. 501, (Fathy'den naklen, sah. 246).

nele yapmış ise, bunun bâtil olacağını bildirmiştir[25]. Akitlerin feshi hususunda da İslâm Hukukçuları, tarafların yapmış oldukları aktin hükümlerinden kaçınmalarının caiz olmayacağı esasını vazettikten sonra, haklı bir sebeple mukavelenin feshini isteyebileceklerini de kabul etmişlerdir. Meselâ bir kimse ev işlerini gördürmek için bir hizmetçi ile bir hizmet mukavelesi akdettikten sonra, esas itibariyle her ikisi de bu aktin hükümlerine riayetle mükellef tutulurdu. Fakat iş sahibi şehri terk edip bir seyahate çıkmak mecburiyetinde kalırsa, ne işçisi bu seyahate çıkmamasını talep edebilir, ne de kendisi işçisine mukaveleye bağlı olduğunu söyleyerek onu takip etmesini isteyebilir. Mukavelede hilâfı tasrih edilmedikçe taraflardan biri diğerinin mukavele ile bağlı kalacağını iddia edemezdi, zira böyle bir iddia diğeri için fahiş bir zarar husule getirir, yani bir hakkın suiistimalini teşkil ederdi.

Hakların suiistimaline müteallik müeyyideler hakkın kullanılmasını men', bazı şartlar tahtında hakkın kullanılmasını temin, akdın iptali veya tazminat gibi hukukî müeyyidelerle bazı dinî müeyyideler ve tazir gibi bazı cezai müeyyideler sayılabilir.

§ 3. MUTAVASSIT SİSTEMLER

Bu üçüncü zümreye kanunlarında sarîh bir hüküm mevcut olan mevzuat dahildir. Bu sisteme dahil olan memleketlerde, hakkın suiistimali ne Anglo-Sakson Hukuku gibi fevkalâde dar, ne de mevzuatlarında sarîh bir hüküm olmayıp umumî esaslardan istihraç edilen gayet geniş hükümler kabul eden memleketlerde olduğu gibi şumullü bir sistem mevcut değildir. Bu sistemlerde hakkın suiistimalinin mevzuu bahsolabilmesi için, bazı şartların tahakkuku icabeder ki, bu da hakkın suiistimali hususunda bazı ifrat halleri önlemekte ve bir çok suiistimallere sed çekmektedir.

Fakat kayıt ve tebarüz ettirilmesi icabeden cihet şudur: Bu kanunlar arasında da tam bir müşabehet mevcut olmayıp Alman ve Avusturya kanunları bilhassa *sübjektif* bir telâkkiye bağlı kalarak ızrar kasdını, bilâkis İsviçre ve Sovyet Kanunları ise *objektif* bir telâkkiyi kabul ederek hakların fonksiyonunu nazarı itibara almaktadırlar. Bu sistemler arasında Türk Medenî Kanununun işgal ettiği hususî vaziyeti de ayrıca mütalea edeceğiz.

I — Alman Hukuku

Eski Cermen Hukukunda mücerret komşusunu iz'aç için yapılan in-

[25] *İbn-i Abidin*, cilt IV, sah. 144 ve 183, (*Fo'thy'den* naklen, sah. 249).

şaaatı meneden ve «*Neidbau*» namile anılan bir müessesese vardı[26]. Yalnız inşaata mahsus olan bu kaideyi müellifler Roma Hukukunun kabul ve iktibasından sonra diğer bazı hususlara da teşmil etmişler ve «Prusya Devletleri Umumi Kanunu» (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) bir çok maddelerinde bunu kabul ederek, yalnız mülkiyet hakkına değil, sair birçok hususlara da tatbikini mümkün kılmıştır[27]. Bu müesseseye her nedense hakkın suiistimali namı verilmeyip «*Schikaneverbot*» yani «Şikan yapmak, tezvîrat ve sebepsiz münazaa memnuiyeti» denilmişti. Alman Medenî Kanunu da *Schikaneverbot*'u muhafaza etmiş ve 226 ncı maddesinde şöyle bir kaide vazeylemiştir:

«*Mücerret gayri ızrardan başka sâiki olmayan bir hakkın istimaline mesâğ yoktur.*»

Fakat bu maddenin Alman Medenî Kanununa ithali kolay olmamıştır. Birinci proje mahdut aynı haklara müteallik birkaç tatbik şekli kabul ederek (Madde 970 ve 1048) ne hakkın suiistimaline ve ne de *Schikaneverbot*'a müteallik bir kaide vazetmemiştir. Kanunun esbabı mucibe lâyihası böyle bir müesseseye yer vermenin lüzum veya ademî lüzumunu uzun boylu münakaşa etmekte ve neticede kanuna böyle umumî bir kaidenin vazedilmemesi cihetini iltizam eylemektedir[28]. Birinci projeyi tetkike memur komisyon bu noktai nazara taraftar olmakla beraber, meselenin ehemmiyetine binaen tetkikini aralarından bazılarına havale etmiş ve bu tâlî komisyonda Gierke'nin umumî bir kaidenin vaz'ı lüzumunu müdafaa eden mütaleası mevzuu bahsedilmiş ise de, noktai nazarı kabul edilmemiştir. İkinci projeyi hazırlayan komisyonda mesele tekrar münakaşa edilmiş, fakat burada da yine eski noktai nazar hâkim olmuştur. Buna sâik de nazarı mülâhazalardan ziyade, hâkime gayet geniş takdir salâhiyeti verilmesinden çekinmek, böyle bir kaidenin vaz'ı davalara mâni olmayacağına, bilâkis bunların arttırması, gibi aksi bir netice vereceği yolunda amelî mülâhazalara müstenit idi. Fakat hakkın suiistimalinin taraftarları büyük bir gayret sarfederek *Bundersrat*'da noktai nazarlarını ancak Aynı Haklar bahsinde kabul ettirebilmişlerdi. Fakat son bir gayretle *Reichstag*'da bugün kanunda yer almış olan umumî kaideyi kabul ettirmeğe muvaffak oldular [29].

Bu metin, müellifler arasında birçok ihtilâflara yol açmış ve kaidenin yalnız yerindelîği değil, aynı zamanda tefsir şekli de münakaşa edil-

[26] *Gierke*, Deutsches Privatrecht, cilt I, § 26, sah. 319 ve müt.

[27] Prusya Kanunu, Teil I, Tit. 6, madde 36-37.

[28] Motive zur den Entwurf, cilt I, Sah. 274.

[29] *A. Perrochet*, L'abus du droit, Thèse Lausanne, 1920, sah. 149 ve müt.

miştir[30]. Fakat madde zannedildiği kadar geniş değildir. Hattâ çok da dardır; o kadar dar ki Almanyada bugüne kadar maddenin pek az tatbik edildiği söylenebilir. Filhakika, bu madde ne ahlâk ve âdaba mugayir suiistimalleri, ne zarar verici istimalleri ve ne de ızzar kasdının esaslı olduğu suiistimalleri derpiş etmiyor. Gözönünde bulundurduğu nokta *mücerret ızzar kasdıdır*. Fiil veya tasarrufun müteaddit gayeleri olabileceğine göre, enfüsi araştırmaya cevaz verilmemektedir[31]. Maddenin tatbiki için ızzar kasdının objektif olarak tezahür etmesi lâzımdır.

Bundan başka müellifler hâkimin re'sen bunu nazarı itibara alamıyacağını kabul ediyorlarsa da müeyyidesi hususunda münakaşa etmektedirler [32].

Herhalde bu taknîn şekli, hakkın suiistimali kıstasının ancak bir unsurunu gözönünde bulundurmakla, nazariyeyi gayrikâfi bir tarzda kabul etmiş ve hâdiseleri tamamiyle kaplamağa müsaait bulunmamıştır. Bundan başka, Alman sistemi kastı nazara aldığından tamamen *sübjektif* bir mahiyet arzeder.

Bu umumî kaideden başka, Alman Medenî Kanununda hakkın suiistimalini mevzuu bahseden daha birkaç dağınık madde vardır. Kocalık hakkının suiistimalinden bahseden 1353 fık. 2, 1354 fık. 2, 1357 fık. 2, 1358 fık. 2 nci maddeler; miras mukavelesinin suiistimalinden bahseden 2287 ve 2288 inci maddeler; evlenmeye izin hakkının suiistimaline müteallik 1308 inci madde; karı koca mallarının idaresine müteallik 1402 ve 1447 inci maddeler; mukavelelerin tefsirine müteallik 157 nci madde; ödemin ifasına müteallik 242 nci madde bu cümledendir. Fakat bu maddeler hakikati halde tam mânasiyle hakkın suiistimalinden ziyade, ihtilâfda bulunan iki menfaatin hudutlarını tayin etmektedir. Bununla beraber hakkın suiistimaliyle yakından alâkadardır.

Alman mahkemeleri, ve bu meyanda Alman Temyiz Mahkemesi, hakkın suiistimalini takdir için failin ne gibi bir saikle hareket ettiğini araştırmaktadırlar. Diğer herhangi bir menfaat mevcut olunca, ızzar kastının başlı başına hakkın suiistimaline kâfi gelmediğine hükmetmişlerdir; buna mukabil menfaatin ademi mevcudiyeti 226 nci maddenin muhakkak surette tatbikinin icap etmediğini de kabul etmişlerdir. Hakkın suiistimalinin mücerret ızzar saikiyle vâki olduğunu ve bundan başka bir gayenin

[30] *Enidemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8 inci tab, cilt I, s. 421.

[31] *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, 3 üncü tab, cilt I, sah. 376.

[32] *Örtmann*, B.G.B. cilt I, sah. 655.

Dernburg, Bürgerlichesrecht, 2 nci tab, cilt I, sah. 110.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B., madde 226 şerhi, No. 6, cilt I, s. 755.

mevcut olmadığını mezkûr mahkemeler aramaktadırlar. Bu esaslara istinaden Alman mahkemeleri, hakkın suiistimaline dayanan davaları kabulde fevkalâde müşkülât göstermektedirler. Bu maddeyi tatbik eden ve hakkın suiistimaline mâni olan kararların adedi pek azdır. Mahkemeler âdâp ve ahlâka muhalif fiilleri meneden 826 ncı maddeyi hakkın suiistimaline müteallik olan 226 ncı maddeye tercihan tatbik etmektedirler.

II — Avusturya Hukuku

1811 tarihli olan Avusturya Medenî Kanunu, gayet ferdiyetçi bir noktâ nazarla 1305 inci maddesinde:

«Haklarını kanun dairesinde kullanan kimse ahârı ızzar ederse mesul olmaz».

kaidesini vazetmişti. Binaenaleyh bu esas dahilinde hakkın suiistimaline hiçbir veçhile yer yoktu. Buna rağmen, Avusturya hukukçuları ve onları takiben bazı mahkeme içtihatları, bu metne biraz elâstikiyet vermeğe muvaffak olarak, gayet mahdut hallerde hakkın suiistimaline ufak bir yer ayırabilmişlerdir [33]. Bununla beraber bu teşebbüsler Alman Hukukunun «Schikanenverbot» müessesesini tanımaya kadar gitmemiştir. Fakat Birinci Dünya Harbinden sonra vaziyet biraz değişmiş ve 19 Mart 1916 tarihli bir İmparatorluk kararnamesi 1811 tarihli Medenî Kanunu esaslı surette tâdil ederek yeni 1295 inci maddenin 2 nci fıkrasına:

«Âdaba mugayir bir tarzda ve açık bir surette ahârı ızzar kasdiyle bir hakkı istimal eden şahıs tazminat ile mesul olur».

kaidesini vazeylemişti [34]. Bu hüküm, âdabı umumiye gibi objektif bir unsurla ızzar kastı gibi sübjektif bir unsuru cemetmiştir. Fakat bu ikinci kıstasın birinciden daha esaslı olduğu iddia edilerek maddenin tatbiki tahdit edilmiştir. Bu suretle yeni maddenin, Alman Hukukunun karşılaştığı müşkülâtla karşılaştığı anlaşılmaktadır [35].

[33] J. Krainz, System des Öst. Alg. Privatrechts, Wien 1913, 5 inci tab, cilt I (Perrochet'den naklen, sah. 186) - Pfaff, Zum lehre von Schadenersatz, sah. 42.

Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, cilt IV, Wien 1935, sah. 41, II.

Ehrenzweig, Kommentar, cilt I, § 52, sah. 132, cilt II, § 391, IV, 8, § 571.

[34] K. Adler, Chronique de législation (Ann. de droit commercial, 1921, s. 148).

[35] Josseland, Op. cit, sah. 270.

III — Sovyet Hukuku

Sovyet Hukukunda, ferdiyetçi hukukun tam aksine olarak, sübjektif hakların istimali, içtimaî bir gayeye bağlıdır. 1923 tarihli Sovyet Medenî Kanununun birinci maddesi şöyle bir hüküm vazetmektedir:

«İçtimaî ve iktisadî gayelerine muhalif bir tarzda istimal edildikleri haller müstesna olmak üzere, medenî haklar kanun tarafından himaye edilir»[36].

Bu maddede ızzar kastı gibi sübjektif bir unsur göze çarpmamakta ve yerine gayet geniş bir unsur olan *«hakların içtimaî ve iktisadî gayeleri»* ikame edilmiş bulunmaktadır. Bu kanuna göre her hakkın, ferde bahşolunan her salâhiyetin içtimaî bir fonksiyonu vardır; hak, bu fonksiyondan - velev ızzar kastı olmaksızın, hattâ gayrişuuri bir tarzda - inhiraf ettirilirse kanun onu himaye etmez, çünkü hakkın bu tarz istimali cemiyet için faydasız ve lüzumsuz, belki de zararlı addedilir[37].

Filhakika Sovyet Hukuk sistemi - memleketin iktisadî bünyesi itibariyle - sair hukuk sistemlerinden farklı olarak, sübjektif hakların ferde bahşedilmesinde iktisadî ve içtimaî bir menfaatin bulunduğunu teemmül eylemektedir. Yani, Sovyetlere mahsus bir tâbirle, fert kendisine verilen hakları memleketin istihsal kudretini arttıracak şekilde kullanmağa mecburdur[38].

Bazı hukukçular yukarıda zikredilen maddeyi hakkın suiistimaline vazedilen bazı tahditler gibi tefsir etmek, yani ferdin haklarını istimal hususunda haiz olduğu hürriyetin bazı şartlara tâbi bulunduğunu anlatmak istemişler ise de, Sovyet vâzî kanununun mezkûr maddeyi bu maksatla vazetmediği ekseri hukukçular tarafından tebarüz ettirilmiş ve şu fikir galip gelmiştir: Haklar devlet tarafından himaye görür, fakat ferdin faaliyet ve istihsal kudretini devlet ve mahkemeler umumun menfaati ve devletin istihsal kudretini arttıracak bir tarzda kullanmakta olup olmadığını kontrol ederler[39]. Bir müellifin söylediği gibi, Sovyet Rusya'da haklar nisbî olmayıp, hakların himayesi nisbî bir mahiyeti haizdir[40].

Bu telâkki tarzı bugünkü hukuk düşüncesine pek de uygun olmayan bazı mahkeme kararlarının meydana çıkmasına sebep olmuştur. Meselâ

[36] *Patouillet*, Les codes de la République soviétique.

[37] *Jossierand*, Op. cit. sah. 273.

[38] *Nolde*, Droit civil et commercial des Soviets, No: 18 - *Goichbard*, Droit de l'organisation économique, sah. 33.

[39] *Nolde*, Op. cit. sah. 62.

[40] *J. Marson*, Op. cit. sah. 116.

bir banka, devlete ait bir binanın kiracılarına icabeden tamirâtı yapabilmeleri için bir miktar para ikraz etmiş ve vâdesinde paranın tediyesini isteyince, mahkeme bankanın talebini reddetmişti; çünkü, diyor mahkeme, bankanın talebi is'af edilecek olursa medeni hakların istimali (meselede ikraz edilen paranın iadesi talebi) bunların içtimâî ve iktisadî fonksiyonları ile (ezcümle süknaya mahsus bir binanın tamiri) tezat teşkil edecektir.

Bunun gibi, bir kızın evlenmesi için bazı masraflar ihtiyar etmiş olan üçüncü bir şahıs, evlenme akdedilince yapmış olduğu masrafların tazminini talep etmiş ise de, mahkeme bu talebi reddederek mezkûr masrafların lüzumsuz bir iş için yapıldığını ve tazminat talebi hakkının içtimâî ve iktisadî fonksiyonuna muhalif bir tarzda istimal edildiğini beyan etmiştir.

Görülüyor ki hakkın suiistimali meselesi Sovyet Hukukunda Avrupa hukukundan tamamiyle farklı bir tarzda tecelli etmektedir. Avrupa hukukunda şahsî menfaatlerin tahdidi ve bir şahsın suiistimal ve taşkınlıklarına karşı diğer bir şahsın himayesi düşünülürken, Sovyet Hukukunda hakkın hududu milli iktisadiyatın menfaatleriyle mahdut ve mukayyet bulunmaktadır.

IV — İsviçre Hukuku

Medenî kanunun tevhit ve taknininden evvel bazı İsviçre kantonları, mevzuatlarında hakkın suiistimaline müteallik kâh dağınık ve kâh toplu ve umumî kaideler ihtiva etmekte, diğer bazıları ise bu müesseseyi asla tanımamakta ve hakkın suiistimallerini ya Alman Pandekt hukukundaki Schikaneverbot gibi telâkki etmekte veya haksız fiillere müteallik hükümlerle müeyyidelendirmekte idiler. Federal Mahkeme ise hakkın suiistimalini hüsnüniyet kaidelerine göre menetmeğe çalışmakta idi [41].

Medenî Kanunun tevhidî mevzuu bahsolunca, 1900 tarihli Adliye Vekâletinin ön projesi hakkın suiistimalini yalnız mülkiyet hususunda derpiş ederek 644 üncü maddesine şöyle bir hüküm vazeylemişti:

«Bir şeye malik olan kimse o şeyde, kanunun hudutları dairesinde, serbestçe tasarruf etmek hakkını haizdir. Açık surette aharı ızzar etmek kastı olmadıkça o şey en mutlak bir surette istimal edilebilir.»

Projenin esbabı mucibe lâyihasını yazan Prof. Eugène Huber de en mutlak bir hak gibi telâkki edilen mülkiyet hakkının aharın hakkı ile hudutlandığını bildirmekte idi[42]. Bu metin Alman Medenî Kanununun 226 ncı maddesinden mülhem olmuş bir metin olarak telâkki ediliyordu.

[41] A. Perrochet, Op. cit. sah. 192.

[42] Exposé des Motifs, sah. 431.

İsviçre hukukçuları bu maddeye karşı cephe alarak bazıları bunun lüzumsuz olduğunu, diğerleri ise gayet dar bulunduğunu beyan ediyorlardı. Mütehassıslar komisyonunda bu muhtelif noktai nazarlar müdafaa olundu ve komisyon hakkın suiistimali lehine 24 ve aleyhine 4 reyle prensipi kabul etti[43].

Kanunun umumî zâbıtaları mahdut bir komisyonda ihzar edilirken, mesele tekrar ele alındı ve 644 üncü maddenin 2 nci fıkrası mülkiyet bahsinden çıkarılarak zâbıtalara bahsine ithal edilmekle nihai projenin üçüncü maddesi vücade getirildi. Mezkûr madde şu şekilde idi:

«Herkes haklarını istimal ve borçlarını ifa ederken hüsnüniyet kaidelerine uymağa mecburdur. Hakkını açık bir şekilde suiistimal eden kimse hiçbir hukukî himayeden istifade edemez.»

Bu yeni metin eski metni bir hayli genişletmekte ve bilûmum haklara tatbikini mümkün kılmakta idi. Mecliste, Almanca raportör Huber ve Fransızca raportör Rossel dinlendikten sonra, madde gayet cüz'î bazı tâdilâta uğramış ve hüsnüniyet esasına bağlanarak hakkın suiistimali bu esasın bir neticesi olarak kabul edilmişti. Bu telâkki ve inkişaf bugünkü ikinci maddeyi vücade getirdi. Bu maddeye göre:

«Bir hakkın açık bir surette suiistimalini kanun himaye etmez.»

Bu kaideye göre hakkın suiistimali ızzar kastı gibi sübjektif bir kıstasa değil, fakat, hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir surette hakların istimali gibi tamamiyle objektif bir kıstasa bağlanmış bulunmaktadır. Bundan başka bu suiistimalin açık, zâhir olması lâzımdır; ve bu suiistimal yalnız faile göre değil, fakat bitaraf ve durenmiş herkese göre açık ve zâhir olmalıdır. Rossel'in dediği gibi «Izzar kastının münhasır olması veya sadece faik veya hafif bir ihmal veya kaba bir şuarsuzluktan mütevellit tâli bir mahiyet arzemesi veya tamamiyle mefkut bulunması hâzî tesir değildir. Elverir ki zarar nazara çarpan ve bedihî olsun» [44].

Prof. Egger de aynı mealde bir mütalea dermeyan ederek, ezcümle şunları yazıyor: «Bizim hakkın suiistimali telâkkimiz objektif olup, hiç bir tahdide tâbi değildir. Suiistimalin açık, zâhir, bedihî olmasından maksat, bu suiistimalin hiçbir şüpheye mahal bırakmaması demektir. Bu şekilde hakkın suiistimaline bir fren vazedilmiş oluyor. Hakkın istimali içtimai ve iktisadi gayesine muhalif olursa, suiistimal teşkil eder. Bunun gibi, hakkı istimalde hiçbir menfaat yoksa yine suiistimal mevzuu bahsolur. Kezalik davacının menfaati müddeialehin menfaatine nazaran

[43] Protocole de la commission d'experts, cilt 3, sah. 2 ve 3.

[44] Rossel et Mentha, Op. cit. cilt I, No. 55 (Adliye Vekâleti tercümesi, sah. 103).

gayet az olursa yine hakkın suiistimali mevcuttur; fakat burada mesele gayet naziktir»[45].

Prof. Albert Richard da aynı fikri şu suretle beyan etmektedir: «Hakkın suiistimali bariz ve aşikâr olmalıdır. Hakkını suiistimal eden şahıs diğer tarafa zarar ika etmekle beraber kendisine ciddi bir menfaat temin etmemiş olmalıdır»[46].

Bugün bu madde, Usule ve İcraya ait hususat hariç olmak üzere, bilûmum medenî haklarla (ve akitten mütevellit haklara) tatbik edilmektedir [47]. Mahkemeler haklı olarak bu hususta çok temkinli hareket etmekte ve maddeyi gayet dikkatle tefsir etmektedirler. Ezcümle Federal Mahkeme «Bir hakkın suiistimali mevzuu bahsolmak için bir hakkın istimal edilmesi icabeder; binaenaleyh bir haktan feragat hiçbir zaman suiistimal teşkil etmez» diyor[48]. Bundan başka Federal Mahkeme iptidaları ızrar kastını hakkın suiistimalinin karakteristik vasfı olarak araştırırken, bugün yegâne objektif kıstas olarak «menfaatin ademi mevcudiyetini» kabul eylemektedir [49].

Şurasını da ilâve edelim ki, İsviçrede hakkın suiistimali, dürüstlük, sadakat, itimat ifade eden Medenî Kanununun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasındaki objektif hüsnüniyet kaidesine bağlanmıştır. İsviçrede objektif hüsnüniyetin bir neticesi olarak hakkın suiistimali de objektif bir şekilde nizamlanmış ve bu suretle iki fıkra birbirine âhenkli bir şekilde ayarlanmıştır.

V — Türk Hukuku

Medenî Kanunumuz İsviçreden ahz ve iktibas edilmiş olmakla beraber birçok maddeleri tâdil edilmiş ve bazıları da fena tercüme olunmuştur[50]. Bu tâdilât bazan istenerek ve bazan da bir sehiv ve tesadüf eseri olarak meydana gelmiştir. Filhakika İsviçre metni ile Türkçe metin karşılaştırılınca birçok büyük ayrılıklardan başka, gayet ince ayrılıklara da tesadüf olunur. Bunları burada tâdat edecek değiliz. Meselemizi alâkadar ettiği cihetle buna temas ettik. Nitekim İsviçre Medenî Kanununun

[45] Egger, Op. cit. No. 24, 27, 28, 32, 35.

[46] A. Richard, Medenî Hukuk Esasları, İstanbul, 1937, sah. 18, No. 3 (Terc. Resat Atabek).

[47] Sauser-Hall, Introduction à l'étude du nouveau droit civil en Turquie, İstanbul, 1926, sah. 99, c.

[48] A.T.F. 45. II. 72.

[49] Sauser-Hall, Op. cit. sah. 101, 2.

[50] A. Samim Gönensay, Medenî Kanununun tâdil ve tashihine lüzum vardır, Hukuk Fak. Mec. 1940, cilt VI, sayı 1, sah. 51.

2 nci maddesi hakkın suiistimalini objektif bir kıstasa tâbi tutarken kanunumuz esas itibariyle sübjektif bir kıstas gözönünde bulundurmuş ve ikinci maddenin ikinci fıkrasını şu şekilde tedvin eylemiştir:

«Sırf gayri ızzar eden hakkın suiistimalini kanun himaye etmez».

Binaenaleyh kanunumuz hakkın suiistimaline nispeten dar bir saha vermiş bulunmakta, o da ancak aharı ızzarın mevcut bulunduğu hallere münhasır kalmaktadır. Bu madde Alman Medenî Kanununun 226 ncı maddesiyle açık bir karabet arzeder. Filhakika bu maddeye göre:

«Mücerret gayri ızzardan başka bir saiki olmayan bir hakkın istimaline mesağ yoktur».

Her iki metin de sübjektif bir telâkki mahsulüdür. Fakat aralarında kayda değer bazı farklar vardır. Nitekim Prof. Ebülülâ Mardin «Bizim sırf tâbirimizle Alman hukukundaki mücerret tâbiri arasında fark vardır» diyorlar[51]. Kezalik Prof. Schwarz da şu satırları yazmaktadır: «İsviçre prensipi Türkiyede suiistimalin sırf gayri ızzar edici bir mahiyette olması haline inhisar ettirilmiştir. Belki de Türkçe metnin bu ifadesinde Alman Medenî Kanununun 226 ncı maddesiyle İsviçre hükmü mezcolumak istenmiştir. Fakat bence pek de muvaffak olmamıştır; zira bir hakkın sırf gayri ızzar etmeyen suiistimalleri caiz görülürse, o zaman bu hal ikinci maddenin birinci fıkrası ile tearuz teşkil eder; çünkü her hakkın suiistimalinin hüsnüniyete muhalif olduğunu söylemek mecburiyeti vardır» [52]. Halbuki bu rey ve mütalâalara muhalif olarak Prof. Esat Arsebük «Bizde hakkın suiistimali ölçüsü Alman Hukukunda olduğu gibi ızzar kastından ibarettir» diyor[53].

Kanaatimize göre bizdeki hakkın suiistimali Alman telâkkisinden farklıdır. Vâzı kanunumuz ön plânda, İsviçrenin gösterdiği «hakkın açık suiistimali» yerine «sırf gayri ızzar eden suiistimali» koymakla vaziyette pek büyük değişiklik husule getirmemiştir. Filhakika hakkın suiistimali bizde, Almanyadan farklı olarak, objektif hüsnüniyet prensipine bağlanmıştır. Dr. Hüseyin Avni Göktürk'ün yazdığı gibi «ikinci maddenin ikinci fıkrası birinci fıkranın bir müeyyidesi, bir vasıtasıdır. Yani hakkın suiistimali prensipi hüsnüniyet prensipinin emrine verilmiş bir kudrettir» [54]. Şu halde, sırf gayri ızzar eden suiistimallerden başka sair suiistimalleri de kanunumuza göre önlemek kabildir. Nitekim Prof. Sa-

[51] *Ebülülâ Mardin*, Op. cit. sah. 169.

[52] *Schwarz*, Op. cit. sah. 234.

[53] *E. Arsebük*, Medenî Hukuk, cilt I, sah. 108.

[54] *Dr. H. A. Göktürk*, Hususî Hukukumuzda hüsnüniyet (Ad. Cer. 1936, sah.

mim Gönensay eserinin eski bir tabında şu mütalâada bulunmuştur: «Sui-istimalin menettirilebilmesi için vâzih ve âyan olması ikinci fıkranın şartı esasiyesindedir. Asıl aranacak nokta, hakkın hüsnüniyet kaidelerine mugayir bir surette ve sahibi hak için himayei kanuniyeye değeri olan bir menfaat arzitmeksizin istimal edilmiş olmasıdır» [55].

Alman Medenî Kanununun metni ile kanunumuzun metni yakından tetkik edilirse, aralarında şu farklar göze çarpar:

1. Alman Medenî Kanunu ızzar *kasdını* aramakta, Türk metni ise sadece ızzardan bahseylemektedir.

2. Alman Medenî Kanunu ızzardan *başka* bir kasdın bulunmamasını derpiş etmekte, Türk kanunu ise, sırf gayri ızzardan bahsetmektedir.

3. Nihayet en mühim fark, Alman Medenî Kanunu *hakkın istimalinden* bahsederken, Türk Medenî Kanunu *hakkın suiistimalini* mevzuu bahseylemekte, fakat bu mefhumu izah edecek bir imada dahi bulunmamaktadır.

Bu duruma göre kanunumuzda ızzar bir unsur olarak tezahür etmekte, ve fakat ayrıca suiistimali teşkil eden unsurların nelerden ibaret olacağını tayin etmek işi doktrin ve jürisprüdans'a bırakılmaktadır.

Şu halde kanunumuza göre hakkın suiistimali mevzuu bahsolabilmek için bazı unsurların mevcudiyeti aranacaktır:

a) Ön plânda gelen *ızzardır*: Böyle bir unsur olmaksızın hakkın suiistimalinden bahsetmek kanunumuzca mümkün değildir. Bu ise hile, ağır kusur ve bazı hallerde hafif kusurdan mütevellit maddî veya manevî olabilir.

b) İkinci şart hak *sahibi için meşru bir menfaatin ademi mevcudiyetidir*: Filhakika kanunumuz «sırf gayri ızzar eden» fillerden bahsetmektedir. Burada, meşru menfaatle şahsî menfaati karıştırmamak icap eder. Hakkın istimali, sahibi için bir menfaat teşkil edebilir, ve ekser ahvalde hak sahibi böyle bir menfaatin mevcudiyetini ileri sürecektir; bu kabul olunursa kaidemizi tatbika kat'iyen fırsat bulunamaz. Bu itibarla bu menfaatin hüsnüniyete uygun olması icap ettiğine göre meşru bulunması lâzımdır.

Ancak şurasını da kaydetmek mecburiyetindeyiz ki, İsviçrede hüsnüniyet ve hakkın suiistimali objektif bir tanzim tarzına tâbi tutularak ahenkli bir sistem yaratılmış iken, Türkiyede bu iki mefhum birbirine bağlı olmakla beraber, hüsnüniyet objektif bir kıstasa göre taayyün ede-

[55] Ahmet Samim, Hukuku Medeniye Dersleri, İstanbul 1928, sah. 42-43.

cek, halbuki hakkın suiistimali sübjektif bir unsur ihtiva edecektir. Bu ise bir ahenksizlik meydana getirmektedir. Bu durum, Prof. Schwarz'ın işaret ettiği gibi, muvaffak olmuş bir tanzim tarzı olarak kabul edilemez[56].

c) Kanunumuz, dikkat edilirse, gayet umumî olarak «sırf gayrı ızrar eden hakkın suiistimali» diyor ve bu suiistimalin ne olduğunu bildirmiyor. şunu söyliyebiliriz ki aharı ızrar eden hakkın istimaline cevaz verilebilir. O halde hakkın istimali nerede biter ve suiistimali nereden başlar? Bunu da üçüncü bir unsurla tayin etmek mümkün olacaktır; o da hakkın içtimaî ve iktisadî fonksiyondan inhiraf ettirilmif olmasdır. Bu suretle kaîdemiz objektif ve sübjektif esasları mezcetmekte ve Alman Hukuku ile İsviçre Hukuku arasında mutavassıt bir mevki işgal etmiş bulunmaktadır.

Dr. Ferit H. SAYMEN

[56] Bak. not 52 ve üzerindeki mütalea.