

HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI VE İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ

Asistan Dr. Kevork ACEMOĞLU

Hakkın kötüye kullanılması kavramı, değerli İsviçreli hukuçu *Merz*'in İsv. MK.'nun 2. maddesini büyük bir vukufuyla şerhetmesinden bu yana, İsviçre Hukukunda daha bir açıklık ve esneklik kazanmıştır. Hiç şüphe yok ki, *Merz*, serhinin bu mükemmeliğini geniş ölçüde, İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki gerçekçi ve canlı içtihadına borçluydu. Bunun gibi, *Merz*'in şerhi de etkisini Federal Mahkeme üzerinde göstermekte gecikmemiş, şerhin yayınlandığı 1962 yılından sonra, eskisinden de güzel, eskisinden de cesur Federal Mahkeme kararları görülmeğe başlamıştır. Bu, «hüsünîyet hukukçusu» olma korkusunun, menfaatler durumuna ve adalet duygusuna uygun çözümler bulma karşısındaki kesin yenilgisidir.

İsviçre Hukukunu almış bir ülke olan Türkiyede de hakkın kötüye kullanılması kavramına en az İsviçre kadar dikkatle eğilmemiz gerektiğine inandığımız için Federal Mahkemenin önemli kararlarından bir kaçını tanıtmak istiyoruz. Bu çalışmamızın gâyesi de budur.

Hakkın kötüye kullanılması kavramı, eskidenberi, en büyük uygulama alanını şekil bozukluklarının ileri sürülmesinde bulagelmıştır. Özellikle, gayrimenkullerin mülkiyetinin şekil bozuklukları yüzünden geçemeyişini iddia etmek, kötüye kullanmanın en parlak örneklerini yaratmıştır. Hukukî işlemin taraflarının ehil olmalarına, iradelerinde bir sakatlık veya ya da hukuka aykırılık bulunmasına rağmen sonuç olarak geçerli bir hüküm doğuramaması, hukuçu olmayanların kolay kolay anlayabileceği bir şey değildir. Üstelik bu hükümsüzlüğün işlemin taraflarından birince ileri sürülebilmesi ise, büsbütün kabul edilemeyecek bir sonuç olarak gözüktür. Ancak, şekil bozukluğunun ileri sürülmesi genel olarak bir hakkın kötüye kullanılması sayılsaydı, bu yolla şekil kaideleri tamamen anlamsız ve uygulama alanı olmayan bir duruma sokulmuş bulunurdu. Zaten doktrinde de, mahkeme içtihatlarında da,

kimse, şekil bozukluklarının ileri sürülmesinin *her zaman* hakkın kötüye kullanılması sayılacağını söylemiş değildir. Genellikle kabul edilen, şekil bozukluğun ileri sürmenin *özel bazı durumlarda* hakkın kötüye kullanılması sayılabileceğidir. İşte Federal Mahkeme inceliyeceğimiz kararlarının ilkinde, şekil bozukluğunu ileri sürmenin hangi durumlarda hakkın kötüye kullanılması sayılacağını, hangi durumlarda sayılmayacağını tesbit etmektedir.

Federal Mahkeme Kararları Külliyyatının 90. cildinin II. bölümünde 21. sayfada ve Journal des Tribunaux'nun 1964 cildinde 568. sayfada yer alan 17 Mart 1964 günlü bu karar, önce gayrimenkul satımının uyması gereken şekli ele almaktadır. Satımın resmî şekilde yapılmış sayılması için, şekil, satımın bütün esaslı unsurlarını da kavramalıdır. İşlemin konusu olan gayrimenkulün belirtilmiş bulunması da, hiç şüphe yok ki bu esaslı noktalardan biridir. Bu gayrimenkulün numarasını sözleşmede belirtilmiş olması elbette ki şart değildir. Ancak satılanın hangi gayrimenkul olduğu, sözleşmenin kendisinden anlaşılacak kaydıyla. Aksi halde satım bir şekil bozukluğu taşımaktadır. Kararın incelediği durum da böyledir.

Bir şekil bozukluğunu ileri sürmek genel olarak hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Bu yüzden şekil bozukluğunu ileri süren kimse, bunu ileri sürme bakımından, korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğunu ispat etmek zorunda değildir. Tersine, öbür taraf, olayda dürüstlük kaidelerinin aykırı bir durum yaratan özel şartların varlığını ispat zorundadır. Bu, Federal Mahkemenin daha önceki bir kararının teyididir (BGE 88 II 24 ile orda anılan öbür kararlar).

Tarafların, sözleşmede hangi gayrimenkulün söz konusu olduğunu daha önceden, örneğin noter önünde kararlaştırmış bulunmaları, sonradan bu anlaşma resmî senede aksetmişse, bu yüzden şekil bozukluğunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılamaz. Çünkü önemli olan tarafların iradelerinin esaslı noktalar üzerinde uyuşması olmayıp, bu uyuşmanın emredilen resmî şekilde ifade edilmesidir (1).

(1) Gayrimenkul mülkiyetinin geçirilmesi boicunu doğuran sözleşmelerin resmî şekle bağlı tutulma gâyesi bakımından bu çözüm ilk bakışta kuşku uyandırır bile yerindedir. Gerçekten bu işlemlerin şekle bağlanmasının biricik gâyesi, tarafları düşündürmek suretiyle korumaktan ibaret bulunsaydı, bu gâye gerçekleşikten ve işlemin konusu gayrimenkul de kesinlikle belli olduktan sonra buna dayanarak hükümsüzlüğün ileri sürülebilmesi, *yabancı bir gâyeye* hizmet ediyor, dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması ala-

Ancak şekil bozukluğunun doğumuna hileli davranışlarıyla sebep olan tarafın sonradan bu şekil bozukluğuna dayanması bir hakkın kötüye kullanılması sayılır.

Kararın ele aldığı önemli problemlerden biri de şekil bozukluğunu ileri süren tarafın, bu arada gayrimenkul fiyatlarında gerçekleşen esaslı bir değişiklikten de yararlanmak istemesinin dürüstlük kaidelerinin aykırı düşüp düşmeyeceğidir. Federal Mahkeme, daha önceki bir kararında böyle bir ard niyetin hakkın kötüye kullanılmasına yol açacağını kabul etmişti. Ne var ki bu karar, (BGE 50 II 148) sözleşmenin zaten uygulanmış bulunduğu bir duruma ilişkin olduğundan incelenen hipoteze ışık tutabilmekten uzaktır. Federal Mahkeme daha sonraki bir kararında (BGE 86 II 262) satıcının gayrimenkulünü satmaktan niye vazgeçtiğinin önemli olmadığını belirtmiştir. Bu bakımdan satıcının gayrimenkulünü daha iyi imkânlarla satmak istediği için şekil bozukluğunu ileri sürmesi, *tek başına*, bu davranışın hakkın kötüye kullanılması sayılması için yeterli değildir.

Federal Mahkemenin yerleşmiş daha önceki içtihadına göre (BGE 84 II 376 ile orada anılan kararlar) tarafların *bellibaşlı* edimleri rızalarıyla *ifa etmelerinden sonra* şekil bozukluklarını ileri sürmek, hakkın kötüye kullanılmasını doğurur. Bu, Federal Mahkemenin şekil bozukluklarının ileri sürülmesinde özel durum olarak en kolaylıkla kabule yanaştığı haldir. Ancak incelediğimiz karar, bu prensibe tamamen katılmakla birlikte, olayda böyle bir durum görmediğinden üst mahkemenin kararına katılmamış ve hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığını ileri sürerek kararı bozmuştur.

Yukarıdan beri açıkladığımız bu Federal Mahkeme kararı, yerleşmiş içtihada pek büyük bir yenilik getirmemekte, fakat sadece şekil bozukluğu ile ilgili prensipleri toplu bir şekilde yeni baştan ifade etmektedir.

Federal Mahkeme ikinci kararında (BGE 90 II 154, Jdt 1964 sh. 565) da, resmî senete belirtilen satış fiyatının gerçeğe uymaması halinde bu sözleşmenin hükümsüz olduğunu kabul etmiştir. Ancak yerleşmiş içtihada göre, mahkeme bu şekil eksikliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olup olmadığını *özel durum-*

nına giriyor sayılabılırdi. Ne var ki, bu işlemlerin şekle bağlı tutulmasında bir de tapu kütüğüne tutarlı ve açık bir dayanak hazırlama gâyesi de vardır ve bu gâye açısından işlemin konusu olan gayrimenkulün hangisi olduğunun o işlemde anlaşılması zorunluluğu vazgeçilmez bir gerekliliktir.

ları gözönünde tutarak ve hiçbir katı prensiple bağlı olmaksızın serbestçe tâyin edebilir (BGE 78 II 227, 84 II 375, 86 II 232, 87 II 31.).

Olayda olduğu gibi, bellibaşlı borçlar tamamen ifa edilmiş, üstelik satıcı da doğumuna kendisinin de iştirak ettiği şekil bozukluğundan bunu düzenliyen kanun maddelerini saptırarak haksız bir kazanç elde etme yoluna girmişse, özel bir durumun ve hakkın kötüye kullanılmasının varlığından şüphe yoktur. Buna dayanılarak hakkın kötüye kullanılması gerekçesi ile dâvacının isteğini reddeden Kanton Mahkemesi kararı tasdik edilmiştir.

Federal Mahkemenin inceliyeceğimiz üçüncü kararının (BGE 89 II 256, Jdt 1964 sh. 151, 2 Temmuz 1963) konusu biraz farklıdır. Bir kimse tarımsal topraklarını kendisine ölümüne kadar bakması kaydıyla temlik ettiğini bildirir bir hukukî işlemi noterde gerçekleştirmiştir. Sözleşmeyi gerçekleştiren noter gayrimenkullerin oğul adına tescili talebini tapu makamına bildirmiş, fakat maalesef bu tescil gerçekleştirilmemiş ve tapu kütüğünde baba mâlik olarak kalmakta devam etmiştir. Sözleşme yapıldıktan 11 yıl sonra oğul ölmüş ve mirasçı olarak, babasını, kızkardeşlerini bırakmıştır. Baba bir süre sonra gayrimenkullerin henüz kendi üzerinde olmalarına dayanarak bunları geri istemiştir.

Federal Mahkemenin kanaatine göre, söz konusu hukukî işlem bir ölünceye kadar bakma sözleşmesidir. Fakat, tescilin yapılmamış olması yüzünden bu sözleşmede, bakılan, borcunu ifa etmemiştir. Tapu kütüğüne yöneltilen tescil talebi, karşı tarafa, zaman aşımına uğramıyacak bir aynı hak sağlayamaz. Üstelik, bu talep tescil yapılmadıkça her zaman için geri de alınabilir (BGE 83 II 15).

İsv. BK. mad. 127 gereğince bütün ilişiklerden doğan haklar doğumlarından itibaren on yıl sonunda zaman aşımına uğrarlar. Gerçi, aynı kanununun 131. madesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan edimlerin daha kısa bir zaman aşımına tâbi bulunduğunu bildiriyorsa da, bu hüküm incelenen olayla ilgili değildir. Çünkü bu hüküm, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin devrevî edimleri için konulmuştur.

Oğul, gerekli tescilin yapılmamış olduğunu gözönünde bulundurarak, bu tescili istemek konusunda 10 yıllık zaman aşımına tâbi bir hakka sahipti. Babanın ölünceye kadar bakma sözleşmesinin edimlerini itirazsız kabul etmesine dayanılarak zaman aşımının İsv. BK mad. 135/bent 1, gereğince kesilmiş olduğu da iddia

edilemez. Çünkü, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin edimlerini kabulde, oğlunun sözleşmeden doğan alacağının tasdiki mahiyeti görülemez. Ancak, olaydaki şartlar, babanın zaman aşımını def'ini ileri sürmesinin açık bir hakkın kötüye kullanılması olduğunu göstermektedir.

Zaman aşımına dayanmanın hakkın kötüye kullanılması sayılması için, borçlunun muhakkak alacaklıyı, sürenin geçmesini sağlayıncaya kadar kandırarak oyalamış olması (BGE 76 II 117) gerekli değildir. Hiçbir kötü kastı olmaksızın (2) alacaklının, zaman aşımı süresi içinde hukukî bir yola başvurmamasını temin eden bir durum yaratan borçlu, sonradan bu zaman aşımına dayanırsa hakkını kötüye kullanmış olur (BGE 69 II 104; Merz, İsv. MK 2 şerhi, N. 410 ile sonrakiler).

Olayda, gayrimenkullerin mülkiyetinin oğula geçtiği konusunda taraflarca düşülen ve paylaşılan ortak yanılma böyle bir durum yaratmıştır ve yanılma ortaya çıktıktan sonra bundan yararlanmaya kalkışma bir hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinden zaman aşımı savunmasının gözönünde tutulması gerekir.

Görüldüğü gibi, son derece âdil bir çözüme varan karar, başka bir açıdan da çok önemlidir. Federal Mahkeme, bir gayrimenkulün mülkiyetinin geçişi şekil bozuklukları yüzünden gerçekleşmediği durumlarda bunun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını özel durumlar buldukça her zaman kabul ettiği halde, mülkiyetin tasarruf işlemindeki bir eksiklikten ötürü geçmediği durumlarda bunu kabule yanaşmıyordu. Hatta eski bir kararında (Jdt 1917 sh. 397) tasarruf işleminin eksik olduğu durumlarda MK. 2'nin asla uygulanamayacağını belirtmişti. İşte incelediğimiz son karar, dolayısıyla de olsa, bu sert ve sert olan her prensip gibi haksız prensipten vazgeçmiştir. Gerçekten de incelediğimiz kararda tescil, yani tasarruf işleminin en önemli şartı, eksik olduğu halde, başka bir yoldan, hakkın kötüye kullanılması bu eksikliği gidermiştir. Özellikle bu açıdan da kararı bütün kalbimizle tasvib ediyoruz.

(2) Bu, bazı yazarların aksi yoldaki görüşlerine rağmen hakkın kötüye kullanılmasının varlığı için kötüye kullananın kusurunun gerekli olmamasının doğal bir sonucudur.