

YUNAN MEDENÎ KANUNUNDA HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI [*]

Ch. N. Fragistas

§ 1. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI ANA KAİDESİNİ GENEL OLARAK DÜZENLEYEN KANUN MADDESİ

I. 23 Şubat 1946 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan yeni Yunan Medenî Kanununda ¹ hakkın kötüye kullanılması ana kaidesi gayet geniş kaleme alınmıştır. Kanunun 281 inci maddesinin metni aynen şöyledir:

«Hakkın, doğruluk ve itimat veya ahlâk kaideleri veya kendisinin sosyal veya iktisadî gayesi ile tayin edilen sınırları açıkça aşacak şekilde kullanılması yasaktır.»

Bu madde kanunda, Alman Medenî Kanununda olduğu gibi, umumî kısmın bizzat ihkakı hak, meşru müdafaa ve iztirar halini nizamlayan maddeleri muhtevi son bölümünün başında yer almaktadır.

Umumî kısım Raportörünün hazırladığı tasarıda da hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen madde, kanundaki kadar genişti ². Yalnız tasarıda maddeye, İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi, Umumî Kısım başında «Hakkın Kaynakları ve Kullanılması» bölümünde yer verilmişti. Tasarının 7 inci maddesi şöyle idi:

«Hakkın, doğruluk ve itimat, ahlâk kaideleri yahut kendi gayesi ile tayin edilmiş sınırları aşacak şekilde kullanılmasını kanun himaye etmez.»

[*] Martin Wolff'a Armağandan ayrı bası - J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1952.

1) Bali, Yeniké Arhé 1950) § 166; Tèrapu, To artron 281 Tu astiku kodikos (1951).

2) Medenî Kanunun umumî Kısım Raportörü Prof. G. Marikadis idi. Raportörün tasarısındaki hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen maddeyi, komisyon tasarısına aynen almıştır.

Tasarının bu maddesi, yukarıda metnini verdiğimiz kanunun 281 inci maddesi ile mukayese edilecek olursa kanunun tasarıdan iki noktada farklı olduğu görülür:

a) Kanunda hakkın kötüye kullanılması *yasak* olduğu halde tasarıda, İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması kanun himaye etmez.

b) Kanun hakkın gayesi ile tayin edilen sınırların aşılması neticesi kötüye kullanılmasında, hakkın *sosyal* ve *iktisadî* gayesinden bahsetmektedir. Halbuki tasarı hak için bahis mevzuu her türlü gayeyi nazarı itibara almaktadır.

II. Yunan hukuk literatüründe, Medenî Kanundaki hakkın kötüye kullanılması mefhumunun objektif esasa dayandığı bilhassa belirtilmektedir³. Eski hukukun kabul ettiği, hakkın kötüye kullanılması mefhumuna zarurî olarak kötü niyeti, fenalığı ithal eden Roma Hukuku görüşünü kanun terketmiş bulunmaktadır.

Medenî Kanunun hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen ana maddesinin, Roma Hukukunun hakkın kötüye kullanılması mefhumu ve diğer paralel hukukî müesseselerle - bilhassa *exceptio doli generalis* - erişilemeyen neticelere götürüp götürmiyeceği şüpheli olmakla beraber, kanunun «hakkın kötüye kullanılması» etiketi⁴ altında birçok yenilikler getirdiği muhakkaktır. Bilhassa tatbikatta sınırları genişletilmiş hakkın kötüye kullanılması mefhumu kanunun getirdiği başta gelen bir yenilik olarak kabul ve tasvip edilmektedir. Tatbikat, kanunun yürürlüğe girmesini müteakip hemen⁵ 281 inci maddeyi taç maddeler seviyesine yükseltmiştir. Bilhassa avukatlar bu maddeyi çok tatbik etmekte ve onu hak kapısını açan hukukî anahtar olarak kabul etmektedirler. Şüphesiz mahkemeler işi aşırı dereceye götürmekten de kendilerini korumuşlardır. Kanunun bu güne kadarki tatbikatı, onların bu zor vazifeyi tamamiyle kavramış olduklarını açıkça göstermektedir.

3) Maridakis'de Umumi Kısım Tasarısına alt Raporunda bu hususu bilhassa belirtmiştir. Ekz. Entwurf des Allgemeinen Teiles sh. 126.

4) Andreas Schwarz, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der auslaendischen Rechtsentwicklung (1950) sh. 34.

5) Tatbikat Kanununun 19 uncu maddesine göre M. K. mad. 281 ün hükmü makable şamildir. Bunun neticesi mahkemeler kanunun kabulünü müteakip kısa bir zaman içinde bu mevzuda çok sayıda karar vermek imkânını bulmuşlardır.

§ 2. KANUNUN BÜTÜNÜNDE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI KAİDESİ

I. Hakkın kötüye kullanılması temel kaidesini umumî olarak düzenleyen 281 inci madde, kanunda bu mevzudaki tek hüküm değildir. Bunun yanında hakkın kötüye kullanılması bazı hususî hallerde de ayrıca menedilmiştir.

1) Medenî Kanun (M.K.) madde 1386 ya göre: «Evlilik eşlere evlilik birliği içinde karşılıklı vazifeler yükler. Şu kadar ki bu husustaki talep hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemelidir.» Bu madde Alman Medenî Kanunu (A.M.K.) § 1353 fıkra 2 nin serbest tercümesidir.

2) Aynı hususu M. K. madde 1387 de nizamlıyor: «Koca ailenin reisidir ve evlilik hayatına ait her husus hakkında karar verir. Şukadar ki kararları hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemelidir.» Bu madde de esas itibarile A.M.K. § 1354 ün muhtevasına uygundur.

3) Kanunun 1502 inci maddesi de, babanın çocuğa bakmak hakkını kötüye kullanmış olup olmadığına annenin veya müddeiumminin talebi üzerine mahkemenin karar vereceğini söylemektedir.

4) Nihayet son olarak belki 1125 inci maddeyi de zikredebiliriz. Bu maddeye göre arzî irtifak hakkı sahibinin, hakkını kullanırken mükellef gayrimenkulün menfaatlerini imkân dairesinde göz önünde bulundurması gerekir (A.M.K. § 1020 ile karşılaştır).

Burada şu mesele ile karşılaşmaktayız. Acaba kanunun bu hususî hallerde hakkın kötüye kullanılması ana kaidesini ayrıca tekrar etmesinin mânası nedir? Alman Medenî Kanununda böyle bir tanzim tarzı lüzumludur. Zira kanunun genel olarak hakkın kötüye kullanılması prensibini nizamlayan maddesi dar bir şekilde kaleme alınmıştır. Hususî hallerde bu mefhum genişletilmektedir. Böylece hususî hallerde kötü niyetin mevcut olmamasına rağmen hakkın kötüye kullanılabileceği kabul edilmiş oluyor. Yani bu hallerde hak sahibinin iyi niyetine rağmen objektif olarak hak kötüye kullanılmış olabilir⁶. Fakat esasen hakkın kötüye kullanılması mefhumunu gayet geniş ve objektif esaslara dayanır şekilde düzenlemiş bulunan Yunan Medenî Kanununda bu tekrarların mânası ne olabilir. Bunlar lüzumsuz tekrarlar mıdır?

Hayır. Zira genel hakkın kötüye kullanılması maddesile bu hususî hükümler arasında kantitatif fark vardır. M.K. mad. 281 de hakkın kötüye kullanılmış sayılabilmesi için maddede sayılan sınırların açıkça

6) Kipp-Wolff, Familienrecht, § 31, IV ve V.

aşılmış olması lâzımdır. Yukarıda zikredilen maddelerde ise bu sınırların açıkça aşılması lüzumlu değildir. Esasen dikkat edilecek olursa kanunun hakkın kötüye kullanılması kaidesini ayrıca tasrih ettiği haklar, arzî irtifaklar bir tarafa, bizatihi ahlâk prensiplerinin birer ifadesidir.

II. Tetkiklerimizin tamamlanması için M.K. mad. 281 i diğer şu maddelerle de mukayese etmek gerekir:

1) M.K. mad. 200 e göre, «Akitler teamül göz önünde bulundurularak, doğruluk ve itimadın icabettirdiği şekilde tefsir edilmelidir». Bu hükümden anlaşılacağı üzere, akitlerin tefsirinden doğacak haklar, doğruluk ve itimat prensibine göre tesis edilecektir. Demek ki akdin tefsirinde doğruluk ve itimada uymayan haklar nazarı itibare alınmayacaktır. 200 üncü maddeyi kıyas yolu ile tek taraflı hukukî muamelelere de tatbik etmek mümkün olduğundan, bir hukukî muamelenin tefsirinden doğacak hakların doğruluk ve itimatla tayin edilmiş sınırları aşamayacakları esastır.

2) Bundan başka Medenî Kanunun Borç Münasebetleri kısmındaki 288 inci maddesini de burada zikretmek lâzımdır. 288 inci maddeye göre: «Borçlu borcunu, bu husustaki teamül gözönünde bulundurularak, doğruluk ve itimadın gerektirdiği şekilde ifa etmekle mükelleftir» (A.M.K. § 242). Bu hüküm alacaklının lehine olduğu kadar, borçlunun da lehinedir. Demek ki borç münasebetlerinde alacaklının, borçlunun edası olarak tezahür eden hakkı, doğruluk ve itimatla tayin edilmiş sınırları aşamaz.

Eğer kıyas yolu ile 288 inci maddeyi eşya hukuku, aile ve diğer hususî hukuk taleplerine de tatbik edersek şu neticeye varırız: Bütün hususî hukuk taleplerinde doğruluk ve itimatla tayin edilmiş sınırları aşmamak lâzımdır.

3) M.K. mad. 919 a göre de: «Her kim kasden ahlâka mugayir şekilde başka bir kimseye zarar verirse, zararı tazminle mükelleftir» (A.M.K. § 826). 919 uncu maddenin tatbiki için iki şartın tahakkuku lüzumludur:

- a) Başkasına ahlâka mugayir şekilde zarar verilmesi,
- b) Bunun kasden yapılmış olması ⁷.

Acaba 919 uncu maddeyi bir hakkın kullanılması sırasında icra edilen fiillere de tatbik etmek mümkün müdür? Bu fiillerde ahlâka aykırı olabilirler. Malûm olduğu üzere burada esas mesele, hukuka uygun ve

7) Siebert, Verwirkung und Unzulaessigkeit der Rechtausübung (1934), sh. 108 v. d.

fakat ahlâka mugayir fiillerin hukuken gayri muteber olduklarının kabul edilip edilemeyeceğidir. 919 uncu maddenin bu hususu da içine alır şekilde tefsiri şüpheli görülmektedir ⁸.

III. Zikredilen kanun hükümlerini, hakkın kötüye kullanılması ana kaidesini genel olarak düzenleyen kanun maddesile mukayese eden okuyucu haklı olarak bize şu soruyu soracaktır: Yunan Medenî Kanununun yapısında hakkın kötüye kullanılması maddesinin hakikî mânası ve 281 inci maddenin muhtevasının kanunun diğer maddelerinden farkı nedir? Bu soruya hakkın kötüye kullanılması ana hükmünün, hakların kullanılması hususunda koyduğu her bir sınır bakımından özel olarak tetkiki ile cevap vermek mümkündür.

1) Doğruluk ve itimat. — M.K. mad. 200 e göre hukukî muamelelerin tefsirinden doğan haklar, doğruluk ve itimatla tayin edilmiş sınırları aşmamalıdır. 288 inci maddeye göre de hususî hukuk talepleri, yani mevzuu borçlunun edimi olan talepler, doğruluk ve itimada aykırı olmamalıdır. 281 inci madde ise, doğruluk ve itimat hususunda 200 ve 288 inci maddelerin vazettiği bu esası tekrarlamaktadır. Fakat 281 inci maddenin, 200 ve 288 inci maddelerden sonra geldiği iddia edilebilir. Zira bu iki madde doğruluk ve itimadın sınırlarının her türlü aşılmasını menettiği halde, 281 inci madde açık bir şekilde ihlâl edilmiş olmasını aramakta ve menetmektedir.

Doğruluk ve itimat hususunda 281 inci maddenin, 200 ve 288 inci maddelerin hükmü ile tamamen örtüldüğü de iddia edilemez. Bunun içindir ki yukarıdaki neticeden Yunan Medenî Kanunu sisteminde 281 inci maddenin lüzumsuz olduğu gibi bir mâna çıkarılmamalıdır. M.K. mad. 288 bir defa bütün haklara kabili tatbik bir hüküm değildir. Bu madde de yalnız taleplerden, yani borçlunun edimine dayanan taleplerden bahsedilmektedir. Yenilik doğuran haklar bunun dışında bırakılmıştır. Ayrıca 288 inci madde yardımcı bir hükümdür. Bu madde ancak kanunun veya tarafların nizamlamadıkları hususlarda tatbik edilebilmektedir. Taraflar veya kanun edanın muhtevasını tamamen tesbit ettikleri takdirde 288 inci madde artık bir yardımda bulunamaz. M.K. mad. 200 e gelince: Kanunun bu hükmü de ancak bir hukukî muamelenin tefsirinden doğan haklar için kabili tatbiktir. Doğrudan doğruya kanundan doğan haklar bunun tatbik sahası dışındadır. Bundan başka, hukukî muamelenin tefsiri yolu ile haklar tesisi, ancak hukukî muamelenin muhtevası tefsire müsait oldukça mümkündür. Tefsir taraf-

8) Alman hukukunda bu meseleye müsbet cevap verilmektedir. Bkz. Schlegelberger-Vogels-Hefermehl, BGB. I. § 226 no. 2.

lar ve kanun tarafından kat'î olarak tayin ve tesbit edilmiş hususları değiştirici olamaz.

M.K. mad. 281 ve 200, 288 in tatbiki bakımından diğer bir fark da, 281 inci maddenin tefsirine bağlı bulunmaktadır. Mesele 281 inci maddenin yalnız dar, teknik mânadaki haklara mı yani konkret bir hukukî münasebetten doğan haklara mı, yoksa aynı zamanda ferdin umumî serbestisinden doğan bütün fiillerine de tatbik edilebilip edilemeyeceğidir. Bu husus münakaşalıdır (Aşağıda § 3, 1 e bakınız). Eğer 281 inci maddenin geniş anlamdaki haklara da - umumî hukuk imkânlarına, hukukî salâhiyetlere - tatbik edilebileceğini kabul edersek, bu takdirde 281 inci maddenin tatbik sahası 200 ve 288 inci maddelerinkinden daha genişlemiş olur.

2) Ahlâk kaideleri. — Evvelce 919 uncu maddeyi tefsir ederken, bir hakkın kullanılması sırasında icra edilen fiillerin ahlâka mugayeret sebeble haksız olarak kabul edilip edilemeyecekleri hususunun şüpheli olduğunu söylemiştik. Kanaatimizce bu mesele M.K. mad. 281 yardımıyla halledilebilir. 281 inci madde bir hakkın kullanılması sırasında icra edilen fiilleri de, açıkça ahlâk kaidelerine aykırı oldukları takdirde meneder. Buna göre 919 uncu maddeyi bu gibi fiilleri de haksız sayacak şekilde tefsir edebiliriz. Şüphesiz bu bahis mevzuu fiillerin yalnız ahlâk kaidelerini ihlâl etmeleri kâfi değildir. Açıkça ahlâk kaideleriyle tayin edilmiş sınırları da aşmaları lâzımdır. Görülüyor ki 281 inci madde 919 uncu maddenin tatbik sahasını tayin etmektedir. Diğer taraftan 919 uncu madde kusurlu bir fiil aramaktadır. 281 inci maddede ise hak sahibinin kusurlu olması ehemmiyeti haiz değildir. 281 inci madde böylece 919 uncu maddenin tatbik sahası dışında kalan kusursuz ika edilen fiiller hakkında da tatbik edilebilecektir.

3) Gayeden uzaklaşma. — 281 inci maddeye göre hakkın onun sosyal ve iktisadî gayesiyle tayin edilmiş sınırları aşar şekilde kullanılması yasaktır. Böylece hakkın kötüye kullanılması meselesi tam mânasiyle bir tefsir meselesi oluyor⁹. Acaba bu bilhassa tasrih edilen gayî noktai nazarın mânası nedir? Bu tanzim tarzı bu gün teori ve pratikte hâkim gayî tefsir metodunda olmayan bir şeyi mi muhtevidir? Yoksa 281 inci madde böylece gayî tefsir metoduna göre tesisi imkânsız âdil hal çareleri mi veriyor?

9) Esas itibarile hakkın kötüye kullanılmasının çekirdeği bir tefsir meselesidir. Bkz. Riezler, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI, sh. 2.

Bilindiği gibi gayî tefsir metodu, yalnız kanunun bir mesele hakkında sustuğu veya açık bir hal tarzı vermediği hallerde değil, bilâkis kanunda bir hüküm bulunmakla beraber bu hükmün kanunun ruhu ile kabili telif olmaması hallerinde de bizi doğru yola götürür. Kanunun metni ve ruhu birbirinden farklı mânayı havi olduğu takdirde bu tarz tefsir metodu kanunun ruhuna üstünlük tanır.

Gayî metodun yalnız umumî hal çarelerine götüreceği görüşü de isabetli değildir. Gayî tefsir her hâdisenin bütün özelliklerini göz önünde bulundurur. Her hâdisenin kendine has özellikleri vardır. Fakat ölçü yani kanunun gayesi daima aynıdır. Değişmez olarak kalır. Bu ölçü esas alınarak her hâdise kendi özelliklerine göre vasıflandırılır. Bir halde kanunun gayesine uygun görünen hâdise diğer bir halde kanunun gayesine aykırı olabilir.

Netice itibarile 281 inci maddedeki gayeden uzaklaşma gayî tefsir metodunun diğer türlü ifadesinden başka bir şey değildir. Her ikisi de aynı mânayı ifade ederler.

§ 3. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ UNSURLARI

I. *Hak mefhumu :*

Hakkın kötüye kullanılmasının birinci unsuru hak mefhumudur. Hak nedir?

Areopag 281 inci maddeyi yalnız dar mânadaki haklara tatbik etmiştir. Onun görüşüne göre hakkın kötüye kullanılmasında hakdan «objektif hukuk tarafından bahşedilmiş hükmedilen şahıs veya eşya üzerindeki irade hâkimiyetini» anlamak lâzımdır. Böylece Yüksek Mahkeme hakkı «muameleleri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmak için hukuk nizamına müsteniden her şahsın sahip olduğu hukukî iktidar» olarak kabul etmiyor ¹⁰.

Meseleyi bir hal çaresine bağlamak zordur. Zira tam ilmî mânada hak olarak «bir şeye veya bir şahsa sıkı bir hukukî münasebeti zarurî

10) Areopag 136/1948, Témis 59, sh. 551; Mesele, bir işletmenin işçileri arasında musavat prensibi sebebiyle bahis mevzuu olmuştur (Bkz. Nikisch, Arbeitsrecht, 1952 sh. 135, 154 ve 163). Aynı prensibe 288 inci maddenin tatbiki suretile varmak da mümkündür. Burada esas itibarile iş verenin borcunun şümülû bahis mevzuudur. Areopag'ın daha sonraki kararlarında kaideten musavat prensibine yer verildiği görülmektedir. Bkz. 259/1949 Epiteorisis Ergatiku Dikeu 8, sh. 533; 349/1949 aynı eser 8, sh. 665 ve Kavka, Enohikon Dikeon 1948, sh. 309.

kılan iktidar» anlaşıldığı gibi ¹¹, hak kelimesi hukuk ilminde objektif hukuk sınırları içinde her türlü hareketi ifade eder anlamda da kullanılmaktadır. Kanunun metni dar mânada hak anlamında tefsire müsait olduğu gibi geniş mânada hak anlamına göre de tefsir edilebilir. Bunun içindir ki Umumî Kısım Raportörün de meseleye dokunmayarak, hallini tatbikata bırakmıştır ¹². Mesele maksada uygunluk prensibine göre halledilmek lâzımdır. Fakat şurası muhakkaktır ki M.K. mad. 288 de hür olma neticesi doğruluk ve itimadı ihlâl eden hareketler bahis konusu değildir. Bunun gibi aynı neviden ahlâk kaidelerini ihlâl eden taksirli fiillere de 919 uncu madde tatbik edilmez. Fakat bütün bu faaliyetleri kontrol edebilmek için hakkın kötüye kullanılması genel kaidesini tabîi hürriyetin neticesi fiillere de tatbik etmenin maksada uygun düşeceği açıktır. İsviçre hukuk tatbikatında da hakkın kötüye kullanılması mefhumu böyle geniş şekilde tatbik edilmektedir ¹³. Esasen Yunan Medenî Kanununun hakkın kötüye kullanılması müessesesinin nazari esasları İsviçre'den alınmıştır. Gerçi geniş tatbik şekline, bazı hallerde tehlikeli olacağı düşüncesiyle itiraz edilebilir. Fakat unutulmamalıdır ki bu tehlike bizatihi hakkın kötüye kullanılması mefhumunun bünyesinde mevcuttur. Eğer bir husus hakkında hâkime itimat edilmişse, diğer hususlarda, umumî hürriyet sahasındaki faaliyetlerde, bu itimadı göstermemek mânasız olur.

II. Hakların nevileri :

1) Mukavelede açık bir şekilde mahfuz haklar. — Başlangıçta Areopag kanundan doğan haklar için hakkın kötüye kullanılması temel kaidesinin tatbik edileceğini, fakat «açık bir şekilde mukavelede tasrih edilen haklara» ¹⁴ tatbik edilmeyeceğini karar altına almıştı. Bu görüşe göre âkitlerin açıkça mukavelede tayin ettikleri hususlar hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemiyordu. Bu pek tabiidir ki parteiautonomiyi aşırı derecede himaye eden bir görüştü.

11) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB. § 65. I.

12) Tasarı sh. 129.

13) Egger, Kommentar zum schweizerischen ZGB, Mad. 2 no. 23; Fransız hukukunda «l'abus du droit de ne pas contracter» hususunda bkz: Josserand, De l'esprit des droits (1939) No. 91 v.d.; Ripert, La règle morale dans les obligations civiles (1949) no. 100 sh. 175.

14) Areopag 234/1949 Témis 60, sh. 241. Bu görüşe diğer bazı kararlarda da yer verilmiştir (Atina İstinaf mahkemesi 51/1950, Efimeris Elinos Nomikon 17, sh. 2751. Aynı şekilde Pasiyas (Néon Dikeon 5, sh. 109); Fransız hukuku için bkz. Ripert, age. no. 101.

Hakkın kötüye kullanılmasının böyle dar sahaya hasredilmesi nazariyatçılar tarafından tasvip edilmemiştir¹⁵. Şiddetli tenkitler neticesi Areopag daha sonra bu görüşünü değiştirmek mecburiyetinde kalmıştır¹⁶. Gerek nazariyat, gerek tatbikat bu gün hakkın kötüye kullanılması hükmünün açıkça mukavelede kararlaştırılan hususlara da tatbik edilmesi gerektiği hususunda hemfikirdirler. Bir âkidin diğer tarafın egoistçe arzularına karşı himaye edilmesi herhalde lüzumludur¹⁷.

2) Yenilik doğuran haklar. — Tatbikatta hakkın kötüye kullanılması mefhumu sık sık yenilik doğuran haklara da, bilhassa işverenin fesih hakkına, tatbik edilmektedir. İş akdinde fesih hakkına, hakkın kötüye kullanılması hükmü esaslı bir şekilde tesir icra etmiştir¹⁸. Müstakar mahkeme içtihatlarına göre, iş veren tarafından iş akdinin feshi işçinin iş kudreti veya iş yerinin iktisadî durumu ile alâkalı sebeplere bağlı bulunduğu takdirde muteberdir. Diğer bir ifade ile, fesih ancak işletme için «hakikî bir zaruret» olduğu takdirde mümkündür¹⁹. Şahsî sebeplere, yani işletme ile alâkalı bulunmayan sebeplere dayanan fesih muteber sayılmamaktadır²⁰. Bunun gibi bir işçinin bir greve iştiraki sebebine dayanan fesihde kötüye kullanılmıştır²¹. Eğer iş akdi, menfaatlerini korumak maksidile işçi tarafından işverene karşı açılan dâva veya diğer bir işçiye greve yahut işverene karşı dâva açmaya teşvik sebepleriyle feshe-dilmişse bu halde de fesih hakkı kötüye kullanılmıştır. Bunlardan başka, bazı hallerde işçiye hastalığı sırasında yol verilmesi de hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir. Bu halde fesih iş verenin bakım mükellefiyetine aykırı düşmektedir²². Bir kadının çocuk doğurması sebeble işinden çıkarılması da hakkın kötüye kullanılmasıdır²³.

15) Bkz. Maridaki, İdiotikon Dietnes Dikeon (1950) sh. 425 no: 46; Zisin, Neon Dikeon 5, sh. 303; Terapon, age, sh. 141 ve 222 v.d.

16) Areopag 495/1950, Témis 61, sh. 943; 199/1951, aynı eser 62, sh. 451, 243/1951; aynı eser 62, sh. 529.

17) Bkz. Areopag 216/1950, Neon Dikeon 6, sh. 414 ve 229/1950, aynı eser 6, sh. 420.

18) Kapodistria, I katahrisis dikeomatos is tin katangelian simraseos ergasias, 1947.

19) Bkz. Areopag 287/1948, Témis 59, sh. 792.

20) Areopag 186/1950, Témis 62, sh. 155; 396/1951, aynı eser 62, sh. 753.

21) Areopag, 287/1948, Témis 59, sh. 792.

22) Atina Asliye Mahkemesi Başkanlığı 4295/1950, Témis 62, sh. 37. Karşılaştırınız, Atina Asliye Mahkemesi 6050/1951, aynı eser 62, sh. 748.

23) Areopag, 598/1950, Témis 62, sh. 37.

III. *Usulî fiiller :*

Usulî fiiller şu iki bakımdan kötüye kullanılmış olabilirler. Usulî fiiller, ya hakkın maddî yönünden kötüye kullanılmış olması neticesi, kötüye kullanılmış olabilirler. Yahut da tamamile usulî bakımdan kötüye kullanılmışlardır. İkinci hal, taraflardan birinin hareketinin saf usul bakımından doğruluk ve itimada veya ahlâk kaidelerine veya bir usul hükmünün gayesine aykırı olması halinde bahis mevzuudur. Usul hukukundan doğan hakkın kötüye kullanılması için de kıyas yolu ile Medenî Kanunun hakkın kötüye kullanılması hakkındaki hükümleri tatbik edilebilir ²⁴.

Hak, dâva açılmasında, dâvadan feragatte, itirazların yapılmasında, fiilî hâdiselerin, delillerin, hukukî vasıtaların dermeyeranında, hukukî vasıtalarından feragatte, cebri icra yoluna müracaate v.s. kötüye kullanılmış olabilir ²⁵. Bilhassa dâvalının müdafaası bakımından şu noktalara işaret etmek gerekir:

a) Dâvalı dâvanın mesmu olmaması sebeble reddini isteyebilir. Bu talebe karşı hiç bir şekilde hakkın kötüye kullanıldığı itirazı dermeyeran edilemez. Zira mesmu olmayan dâva resen reddedilmelidir vehiç bir hukukî vasıta onu kurtaramaz. Hâkim böyle bir dâvayı kabul edemez ²⁶. Bir çok kararlarda açıkça belirtildiği gibi dâvacı para alacağının kıymetten düşmüş drahmi ile ödenmesini dâva ettikte, dâvalının dâvanın reddi talebi kanun hükmüne binaen hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemez.

b) Fakat dâvalının maddî vakıaları inkârı vaziyete göre bazen hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir ²⁷.

24) İsviçre hukuk tatbikatı Medenî Kanunun hakkın kötüye kullanılmasını nizamlayan maddesini usul hukukuna tatbik etmek istememektedir. Bkz. Brodtbeck-Daepfen-Welti, Bundesgerichtspraxis zum ZGB (1940) Mad. 2, I, sh. 32. Fakat Fransız hukuk nazariyat ve tatbikatı kötüye kullanma müessesesini usul hukukuna sık sık tatbik etmektedir. Bkz. Josserand, age. no. 39-62. Areopag'ın 45/1950 kararı (Témis 61, sh. 235) hakkın kötüye kullanılması mefhumunun usul hukukunda prensip itibarile kabili tatbik olduğunu kabul eder görünmektedir.

25) Selânik Asliye Mahkemesi Başkanlığı 181/1950, Armenopulos 4, sh. 553.

26) Bu mânada Areopag'ın bir sıra kararı vardır: Bkz. 414/1947 Témis 59, sh. 157; 570/1949, aynı eser 61, sh. 55; 138/1951, aynı eser 62, sh. 332; 481/1951, aynı eser 63, sh. 42; Bunlardan başka Atina İstinaf Mahkemesi 1178/1947, Témis 59, sh. 272 ve 3199/1948. Neon Dikeon 5, sh. 195.

27) Areopag aksi görüşü kabul etmiştir. 221/1949, Neon Dikeon 5, sh. 518. Trakya İstinaf Mahkemesi görüşümüzü benimsemiştir. 67/1947, Efimeris Elinon-Nomikon 15, sh. 35.

c) Aynı şekilde dâvalının hakka mâni olucu veya düşürücü hâdiseleri dermeyanı halinde de hak kötüye kullanılmış olabilir ²⁸.

d) Bunun gibi dâvalı tarafından talik edici ve devamlı defilerin ileri sürülmesi de kötüye kullanılmış sayılabilir ²⁹.

c ve d deki hallerde mahkeme hak kötüye kullanıldığından dermeyan edilen hâdiseleri ve itirazı nazarı itibare almayacaktır.

IV. *Kötüye kullanılamıyan haklar :*

Literatürde kötüye kullanılma mefhumu dışındaki haklardan bahsedilmektedir (droits absoluts, droits non causés, droits discrétionnaires ³⁰).

Kötüye kullanılamıyan hakların mevcudiyeti hususunda şüphe etmek yersizdir. Zira hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen madde bir anayasa hükmü değildir. Bu normal bir kanun hükmüdür. Her zaman için diğer bir kanunun bu hükme müstesnalar kabul etmesi mümkündür. Aynı şekilde bizzat medenî kanunda da, kanun vazının arzusuna göre kötüye kullanma hükmüne tâbi kılınmamış haklar bulunabilir. Mesele tefsir meselesidir. Binaenaleyh her münferit hâdisede, kanun vazının iradesine göre kötüye kullanma kaidesinin bir istisnasının bahis mevzuu olup olmadığının araştırılması icabeder. Mutlak nizam ihtiyacı muayyen hakların kötüye kullanılma mevzuunun dışında mütalâa edilmesini zarurî kılabilir.

Kötüye kullanılamıyan hakların karakteri hakkında çeşitli memleketlerde görüşler hayli farklıdır. Meselâ Fransa'da küçüklerin evlenmesi halinde ana ve babanın rızası ve velâyet hakkının kullanılması, kötüye kullanılmaları bahis mevzuu olmayan haklardır ³¹. Her iki husus da Yunan Medenî Kanununda mahkemelerin kontrolüne bırakılmıştır (M.K. mad. 1352 ve 1502). İsviçre hukuk tatbikatı da hizmet akdinin feshi halinde kötüye kullanıldığı definin dermeyanına müsaade etmemektedir. Halbuki aynı husus, bizde yukarıda no. II de belirtildiği üzere, hakkın kötüye kullanılması müessesesinin en çok tatbik bulunduğu bir sahadır ³².

V. *Hakkın kötüye kullanılmasının objektif esası :*

1) Umumî Kısım Raportörünün raporunda açıkça tasrih ettiği gibi,

28) Areopag 570/1949, Témis 61, sh. 55.

29) Atina Asliye Mahkemesi 3386/1949, Témis 60, sh. 569.

30) Josserand, age. no. 306, v.d.; Ripert, age. no. 100; Rouast, Droits discrétionnaires et droits controlés, Revue trimestrielle 1944, sh. I v.d.; Yunan literatüründe Bkz. Pasias, age. sh. 110 v.d.

31) Ripert, age. no. 100.

32) Bkz. yukarıda II.

Yunan Medenî Kanununun hakkın kötüye kullanılması mefhumu tamamiyle objektif esasa dayanır³³. Müsterek hukukun malitiis non est indulgendum prensibinin aksine, Yunan Medenî Kanununda hak sahibinin kötü niyeti, hakkın kötüye kullanılmasının zarurî bir unsuru değildir. Hak sahibinin bizzat kendi menfaatine uygun hareket ettiği veya karşı tarafın menfaatine hareket ettiğine inandığı hallerde de hak kötüye kullanılmış olabilir. Kısaca hak bir fenalık olmaksızın da kötüye kullanılabilir.

Diğer taraftan Yunan Hukukuna göre hakkın kötüye kullanılması mefhumunda, hak sahibinin iradesinin hiç bir şekilde rol oynamadığına inanmak da yanlıştır. Hakkın kötüye kullanılması, kötülük kasdı olmaksızın mümkündür. Fakat bazen kötülük kasdı yalnız başına veya diğer unsurlarla birlikte hakkın kullanılmasını, kötüye kullanılmış olarak vasıflandırabilir. İrade hakkın kötüye kullanılmasında daima rol oynar. Ancak failin şahsında bahis mevzuu iç vaziyetler objektif olarak kıymetlendirilecektir. İç durum yalnız bu kıymetlendirme için önemi haizdir³⁴. Meselâ müruruzaman definde borçlu hilesi ile alacaklıyı zamanında haklarını kullanmaktan alıkoymuşsa, hak kötüye kullanılmış olabilir³⁵.

2) Yunan Medenî Kanununun 281 inci maddesine göre hak sahibi doğruluk ve itimat, ahlâk kaideleri, yahut hakkın sosyal veya iktisadî gayesi ile tayin edilen sınırları hakkını kullanırken aşmışsa, hakkını kötüye kullanmıştır. Hakkın muhtevasını teşkil eden bu üç sınır - doğruluk ve itimat, ahlâk kaideleri, hakkın gayesi - esas itibarile birbirlerinden farklı mefhumlar değildir. Birbirlerine yakın mefhumlardır. Aynı neticeye biri veya diğerine dayanarak çok defa ulaşmak mümkündür.

Her şeyden evvel ekseriya doğruluk ve itimadın ahlâkla aynı mefhumlar olduğu söylenir. Hakikaten bu mefhumları birbirinden tefrik etmek ve aralarındaki fark unsurunu tesbit etmek kolay bir iş değildir. Bu hususta çeşitli nazariyeler ortaya atılmıştır³⁶. Bize göre her iki mefhum arasındaki farkı, doğruluk ve itimadın tatbiki, iktisadî, ahlâkın ise etik mefhumlar olmasında arayan nazariye hâdisenin mahiyetine en uygun olanıdır. Bu iki mefhumun aynı şeyler olduğu kabul edilmese de, birbirlerine yakın mefhumlar oldukları itiraz götürmez. Zira çoğunluk doğruluk ve itimada aykırı olan, ahlâk kaidelerine de aykırıdır. Bunun gibi

33) Umumî Kısım Tasarısı sh. 126; Fransız hukuku için Bkz. Ripert, age. no. 103; Alman hukuku için Siebert, age. sh. 106 v.d.

34) Siebert, age. sh. 116, 121-122.

35) Egger, age. mad. 2, no. 30.

36) Bu mesele hakkında Bkz. Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB § 242, I; Siebert age. sh. 128 v.d.

ahlâk kaidelerine aykırı olan da, doğruluk ve itimada aykırıdır. Mahkemeler 281 inci maddedeki bu iki mefhumu yanyana tatbik etmektedirler. Bu bakımdan aralarındaki farkın tesbiti sadece ilmî ehemmiyeti haizdir.

Gayeden uzaklaşmaya gelince ³⁷ doğruluk ve itimada, ahlâk kaidelerine aykırı olan, ekseriya kanunun gayesine de aykırıdır. Fakat kanunun gayesine aykırı olan her zaman ahlâk kaidelerine, doğruluk ve itimada aykırı değildir. Hakkın gayesine uymayan şeyin, ahlâk, doğruluk ve itimada da aykırı olması gerekmez. M.K. mad. 281 hakkın iktisadî ve sosyal gayesinden bahsetmektedir. Kanunun hakkın gayeleri arasında tefrik yaparak sadece bu iki gayeyi bahis mevzuu etmesi isabetli değildir. Bu tanzim tarzından hakkın ahlâkî, ferdî gayesinin hakkın kötüye kullanılmasında nazarı itibara alınmayacağı neticesi çıkarılmamalıdır. Böyle bir maddî noktai nazar kanunun ruhuna tamamille yabancı olurdu. Hakkın kötüye kullanılması, kanunun himaye ettiği menfaatin mahiyetine bakmaksızın, kanunun her türlü gayesinin aşılmasında daima bahis mevzuu olabilir.

§ 4. TATBİKATTAN MİSALLER

Pek tabiidir ki makale sınırları içinde bu mevzu ile ilgili bütün mahkeme kararlarının izahını vermek mümkün değildir. Bunun için biz burada hakkın kötüye kullanılması temel kaidesinin bilhassa tatbik edildiği şu üç sahaya ait kararlardan misaller vermekle yetineceğiz.

I. *Şekil noksanlığı* :

1) Atina mahkemeleri çok sayıdaki kararlarında, kanunî şekline uygun yapılmayan hukukî muamelelerin hukuken hükümsüz olduğunun iddia edilmesi halinde hakkın kötüye kullanılmasının bahis mevzuu olup olmadığını halletmek mecburiyetinde kalmış ve bu konuda M.K. mad. 281 in tatbik edildiği enteresan misaller vermiştir. Meselâ: Bir baba kızına cihaz olarak bir gayrimenkul vermiş, cihaz mukavelesinin tanziminde de kısım kocasının yakın akrabası şahitlik etmişti. Bir kaç sene sonra kız ölmüş, mirası kanunî mirascısı olan kocası ve çocuğuna kalmıştı. Baba, kocanın yakın akrabasının şahitlik yapmasının kanunen bir butlan sebebi olduğunu, cihaz mukavelesinin muteberiyeti için ad so-

37) Gény'nin izahı ile kanunun tanzim tarzı hakkında Bkz., Méthodes d'interprétation II (1920) no. 173.

lemnitatem zarurî olan noter mukavelesinin bu sebepten batıl olacağını iddia ediyor ve gayrimenkulü geri istiyordu. Mahkeme hakkın kötüye kullanılmış olması sebebiyle davayı reddetmiştir ³⁸.

2) Hazine bir gayrimenkulünü kanunî şekle riayet etmeksizin satmıştı. Bir müddet sonra şekil noksanlığının farkına varan hazine satılmış gayrimenkulü geri istemişti. Dâvayı Areopag şu esbabı mucibe ile kabul etmiştir: M. K. mad. 281 hukukî muamelelerin şeklini tayin eden emredici hükümleri bertaraf edemez. Bilâkis bu hüküm ve fiillerden kaçınmak doğruluk ve itimada ve ahlâka aykırıdır ³⁹.

Yüksek mahkeme (Areopag) bu konuda şu ana kaideyi kabul etmiştir: Kanunî şekline uygun yapılmayan bir hukukî muamelenin muteber olmayacağını iddia, doğruluk ve itimada aykırı değildir. Aksi halde şekle müteallik hükümlerin gayesi ortadan kalkardı ⁴⁰. Fakat bu husus mutlak olarak kabul edilemez. Hukukî muamelenin muteber olmadığı iddiasının hakkın kötüye kullanılması olarak kabulü bazı hadiselerde istisnaen mümkündür. Meselâ: muamelenin şekil noksanlığı sebebiyle batıl olduğunu iddia eden taraf, bu noksanlığa hilesi ile sebebiyet vermişse, muamelenin butlanını istemekle hakkını kötüye kullanmış olur. Esas itibarile mücerret hadisenin hususiyetine göre karar vermek doğrudur. Ayrıca şekil noksanlığının ehemmiyet derecesi de verilecek kararda rol oynar. Atina istinaf mahkemesi, ölmüş annesinden oğluna (torun) intikal eden cihazı, muamelede şekilnoksanlığı bulunması sebebiyle dâva eden büyük babanın dâvasını şekil noksanının ehemmiyetsiz bulunması sebebiyle, hakkın kötüye kullanılmış olacağı mülâhazası ile reddetmiştir ⁴¹.

II. Paranın tedaviülden kaldırılması ve kıymetini kaybetmesi :

1) Malûm olduğu üzere İkinci Dünya Harbi sırasında Yunan parası (drahmi) devamlı olarak kıymetini kaybetmişti. Hatta 1944 senesinde kıymetsiz kâğıt parçası haline gelmişti (Geçim indeksi 1938=100,

38) Atina Asliye Mahkemesi 6833/1948 ve Atina İstinaf Mahkemesi 698/1949. Témis 60, sh. 481 - 483; Mytilene Asliye Mahkemesi 476/1950 aynı eser 61, sh. 910; Nazariyatda, Pasiyas, Neon Dikeon 5, sh. 432 v.d. ve Lolos, Neon Dikeon 6, sh. 269.

39) Areopag 150/1951, Témis 62, sh. 372; Aynı görüşü Mytilene Asliye Mahkemesi eski bir kararında (789/1949, Témis, 61, sh. 496) müdafaa etmişti. Hatta bu kararda şekil mecburiyetini bilen tarafın, bu mecburiyetten haberi olmayan tarafa hükümsüzlüğün neticelerini dermeyeran edebileceğini de kabul etmişti.

40) Egger, age. no. 30.

41) Şekline uygun yapılmayan bir hukukî muamelenin ifası hakkında Bkz. M.K. mad. 159.

10.11.1944 = 18.850.000.000.000) ⁴². Bunun neticesi 18/1944 ve 1073/1946 kanunlarıyla 11 Kasım 1944 den evvel drahmi olarak doğan borçların ödenmiş olduğu kanunen kabul edildi. Borçların kıymetini kaybetmiş drahmi ile ödenmesi esas itibariyle alacaklılar için bir mâna ifade etmiyordu ise de, kanunun bu hükmü bazen zararlı neticeler doğuruyordu. Mahkemeler çeşitli vasıtalarla, alacaklılara yardım ederek kanunun bu sert hükmünü yumuşatmaya çalıştılar. Böylece bazı hâdiselerde alacaktan muayyen miktar drahmi değil, akit tarihindeki drahminin satınalma gücüne muadil drahmi anlaşılması lâzım geldiği kabul edildi. Bazı mukavelelerde de talep hakkının doğumu 11 Kasım 1944 den sonraya nakledildi. Şurası şayanı dikkattir ki bütün bu hâdiselerde hakkın kötüye kullanılması müessesesi yardımcı bir müessese olarak tatbik edilmemiştir.

Fakat burada satım akdi özel bir durum arz ediyordu. Eğer satıcı 11 Kasım 1944 tarihine kadar şeyi teslim etmedi ise, teslim halinde semen alacağını kanun hükmüne binaen talep edemiyeceğinden, teslimden kaçınabilirdi. Mahkemeler satıcıya bu hakkı tanımışlardı. Aksi halde alıcı sebepsiz zenginleşmiş olacaktı. Mahkemeler bu hal çaresinde esas itibariyle bir digestadan mülhem olmuşlardır ⁴³. Ayrıca aynı hususta alıcının talep hakkını kullanmasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul eden kararlar da vardır. Bu gibi hallerde satıcı semenin iptali neticesi borcundan kurtulmuştur. Tatbikatın verdiği bu hal çaresi satıcının mütemerrit bulunduğu hadiselerle de tatbik edilmiştir ⁴⁴.

Kaideten harp sırasında kıymetden düşmüş drahmi ile borcun ifası hukuken muteber bir ifa olarak kabul ediliyordu. Buna karşı kıymetini kaybetmiş drahmi ile borcun yerine getirilmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılması gerektiğini iddia edenler de olmuştur ⁴⁵. Areopag, (drahmiye, drahmi) prensibine sadık kalarak kıymetini kaybetmiş drahmi ile yapılan ifayı hukuken muteber saymıştır ⁴⁶. Yalnız istimplâklerde bu şekilde bir tediye Anayasa'nın hükmüne aykırı düşeceği, zira Anayasa'ya göre bedelin tam tazminat olması lâzım geldiği düşüncesiyle, kabul edilmemiştir. Bedelin kıymetten düşmüş drahmi ile ödenmesi değer pa-

42) Delivanis, Greek monetary developments (1949) sh. 95.

43) D. 19, 1, 50 - Bas. 18, 8, 50, krs. Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, § 321 no. 16.

44) Areopag Genel Kurulunun kararı 240/1950, Témis 61, sh. 358; Bundan başka Bkz. Areopag 370/1949, aynı eser 60, sh. 456; Yalnız temerrüd hali için bkz. Areopag 597/1948, aynı eser 60, sh. 75.

45) Selânik Asliye Mahkemesi 1850/1948, Efimeris Elinon Nomikon 15, sh. 693.

46) Areopag 216/1950, Témis 61, sh. 474; 345/1950, aynı eser 61, sh. 689.

hanın ödenmesi demek değildir ⁴⁷. Aynı esas satım vaadi içinde kabul edilmiştir. 11 Kasım 1944 den evvel semeni tamamiyle ve muntazam öde-miyen alıcı, satıcıdan satım akdinin yapılmasını istiyemez ⁴⁸. Semen ola-rak kısmen tediye edilen para kıymetini tamamiyle kaybetmiş olduğundan satıcı bunu iade etmekle de mükellef değildir. Satıcı satım akdinin yapıl-masından evvel şeyin zilyetliğini alıcıya devretmiş olsa da, şeyin iadesi-ni dâva edebilir. Alıcının bedelin büyük kısmını pey akçesi olarak öde-mesi halinde, satıcının alıcıdan şeyin zilyetliğinin iadesini talep etmesinin MK. mad. 281 e göre hakkın kötüye kullanılması sayılması lâzım geldi-ği şeklindeki görüşü, Areopag kabul etmemiştir ⁴⁹.

2) Yeni drahmi de 1947 yılına kadar düşerek, kıymetini hayli kay-betmişti. Böylece, Chios Asliye Mahkemesi, bir ön akde müsteniden sa-tım akdinin yapılması için açılan dâvada, drahmi ön akdin in'ikadı ile dâvanın açılmasına kadar geçen sürede kıymetinin 4/5 ini kaybettiğın-den, hakkın kötüye kullanıldığına karar vermişti ⁵⁰. Bu karar tatbikatta iyi karşılanmamıştır. Diğer mahkemeler bu konudaki kararlarında gold-nominalismusu nazariyesine sadık kalarak hakkın kötüye kullanılması kaidesini tatbiki reddetmişlerdir ⁵¹. Areopag bir fırsat zuhur etmemesi sebebile bu mevzuda görüşünü açıkhyamamıştır.

III. *Hakkın düşmesi :*

Yeni Medenî Kanunun kabulünden evvel mahkemeler için hakkın düşmesi (hükümlerini zayi etmesi) mefhumu malûm değildi ⁵². Bazı hâ-diselerde mer'î Roma hukukuna dayanarak zımnî vazgeçme formülü ile, hakkın düşmesi müessesesile ulaşılacak neticelere varılmak isteniyordu.

Mahkemeler Medenî Kanunun kabulünü müteakip, 281 inci maddeye dayanarak, tereddütsüz bu müesseseyi kabul etmişlerdir. Yalnız tatbikat hakkın düşmesi için sadece uzun bir zamanın geçmesini kâfi görmemiş, bunun yanında daha bazı şart ların tahakkukunda aramıştır. Bilhassa muayyen müddetin hitamında hakkın kullanılmasının, kötüye kullanılmış

47) Danıştay, 1047/1946, Témis 57, sh. 354.

48) Areopag 584/1948, Témis 60, sh. 29; 257/1949 aynı eser sh. 357.

49) Areopag 472/1949, Témis 60, sh. 725; Bkz. ayrıca 489/1949 aynı eser 61, sh. 13.

50) Chios Asliye Mahkemesi 293/1947, Efimeris Elinon Nomikon 14, sh. 428.

51) Pire Asliye Mahkemesi 1163/1947, aynı eser 15, sh. 731; Atina Asliye Mah-kemesi Témis 61, sh. 429.

52) Areopag 225/1926, Témis 38 sh. 135; 253/1927, aynı eser 39, sh. 49; Bkz, Zépu, Enohikon Dikeon 1 (1947) sh. 267, no. 5.

olarak tavsif edilebilmesini şart koşuyordu. Meselâ bilhassa belirtildiği üzere, geçen zaman içinde hal ve tavrından hak sahibinin hakkını kullanmıyacağı sonucu çıkarılabiliyorsa, bilâhare hakkın kullanılması, kötüye kullanmadır ⁵³.

§ 5. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ MÜEYYİDESİ

I. Hakkın kötüye kullanılmasını meneden hüküm bir maddî hukuk normudur. Kötüye kullanılma hakkın muhtevasına ait meseledir ⁵⁴. «Le droit cesse ou l'abus commence» ⁵⁵. Hakkını kötüye kullanan kimse, hakkı olmaksızın hareket ediyor demektir. Böylece o hukuka karşı bir fiil ika etmektedir. Bunun içindir ki hakkın kötüye kullanılması, hakkın kullanılması değil, hakkın ihlâl edilmesi, zedelenmesidir ⁵⁶. Hakkın muayyen bir istikamette veya muayyen bir zamanda kötüye kullanılmış olması mümkündür. Bu gibi hallerde esas itibarile hak mevcut olarak kalır. Sadece onun muayyen bir istikamette veya zamanda kullanılması inkıtaa uğrar. Fakat hakkın kullanılması bütün hal ve vaziyetlerde kötüye kullanılmış olarak kabul edilirse, bu takdirde hakka sukut etmiş nazariyle bakmalıdır.

II. Hakkın kötüye kullanılmasına hukukun bahsettiği her türlü vasıtalarla mâni olunabilir. Hakkını kötüye kullanan dâvacıya karşı, dâvalı, hakkın kötüye kullanıldığı itirazında bulunabilir. Müstekar mahkeme içtihatlarına göre dâvanın görülmesi sırasında hâkim de verilen hâdiselerden hakkın kötüye kullanıldığını anlarsa dâvayı resen reddeder ⁵⁷. Hatta hâkim dâva arzuhalinden hakkın kötüye kullanıldığı neticesini çıkardığı hallerde de, hiç bir isbat vasıtasına müracaat etmeksizin dâvayı reddetmelidir ⁵⁸. Hukukî bir menfaat mevcutsa, hakkın kötüye kullanıldığı bir tesbit dâvasile tesbit ettirilebilir. Areopag'ın bir kararın-

53) Areopag 408/1948, Neon Dikeon 5, sh. 19; 526/1949, ayni eser 6, sh. 170; 549/1949, Témis 61, sh. 27; 112/1951 ayni eser 62, sh. 287.

54) Siebert, age. sh. 83 v.d. ve 134 v.d.

55) Bkz. Planiol -Ripert- Boulanger, Traité élémentaire 1. Nr. 366 v.d.

56) Egger, age. Mad. 2, no. 23; Palandt, Kommentar zum BGB, § 226 no. 3.

57) Atina İstinaf Mahkemesi 1492/1948, Efimeris Elinon Nomikon 15, sh. 407; Ege Adaları İstinaf Mahkemesi 53/1949, ayni eser 17, sh. 644; Korfo İstinaf Mahkemesi 59/1951, Témis 62, 779; Patras İstinaf Mahkemesi 92/1951, ayni eser 62, sh. 574.

58) Areopag 201/1951, Témis 62, sh. 483.

da belirttiği üzere, hakkın kötüye kullanılması tehlikesinin mevcudiyeti halinde içtinap dâvası da bahis mevzuu olur ⁵⁹.

Hakkın kötüye kullanılmasından zarar gören kimse için ise şu imkânlar mevcuttur ⁶⁰. Hak sahibinin kusurlu hareketi halinde haksız fiil bahis mevzuu olacağından (M.K. mad. 914, 919) zarar gören haksız fiil tazminatı isteyebilir. Hatta bazen manevî tazminatta (M.K. mad. 932) dâva edebilir. Hak sahibi kusursuz olarak hareket etmişse, bu takdirde zarar gören, tekaddüm eden başka bir sebebe müsteniden dâva açmak imkânına sahip olmadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine müsteniden dâva açabilir.

Nihayet şunu da belirtelim ki, müstekar mahkeme içtihatlarına göre, kötüye kullanılmış yenilik doğuran haklar, hukuken muteber neticeler husule getirmezler.

Tercüme eden:

Medenî Hukuk Asistanı

Dr. Ümid Doğanay

Ch. N. Fragistas

59) Areopag 16/1948, Epiteorisis Ergetiku Dikeu 7, sh. 84.

60) Areopag 396/1951, Témis 62, sh. 753; Aynı mahkemenin diğer bir münasebetle zikrettiğimiz 16/1948 tarihli kararı.