

## HAKKIN SUIİSTİMALİNİN MÜEYYİDESİ

Doçent Dr. Ferit H. Saymen

I. Giriş: a) Hukuk tarihi (İslâm ve Roma hukuku) bakımından hakkın suiistimali; b) Modern mevzuat bakımından hakkın suiistimali; c) Hakkın suiistimalinin müeyyidesi. II. Hakkın suiistimali müeyyidesinin umumî olarak tahlili: a) M.K. m. 2/2 bakımından; b) Mukayeseli hukuk bakımından; c) Sübjektif haklar bakımından; d) Medeni Kanunun sair hükümleri bakımından. III. Müeyyidenin muhtelif şekilleri: a) İzale dâvası: lüzumu, mahiyeti ve şartları; b) İctinap dâvası: mahiyeti, ihtiyatî tedbirden farkı, şartları; c) Nakdî tazminat: lüzumu; hakkın mahiyeti bakımından, üçüncü şahısların menfaati bakımından, içtimai ihtiyaçlar bakımından; d) Aynî tazminat: mânası, mahiyet ve lüzumu. IV. Netice.

### I.

Hakkın suiistimali meselesi hukuk âleminde hem çok eski ve hem de çok yeni bir meseledir, denilebilir. Çok eski bir meseledir, zira İslâm hukukunda (hattâ Kur'anda), Roma hukukunda, Cermen hukukunda hakkın suiistimalinin çeşitli tezahürlerine tesadüf olunur. Bu eski hukuklarda hakkın suiistimalini men'eden umumî bir kaide yoktur; muayyen ve müşahhas bazı hususlarda hakkın suiistimal edilemeyeceği veya edilmemesinin lâzımgeldiği bildirilmektedir. Meselâ Kur'anda kısas hakkının nasıl kullanılacağını gösteren 17 nci sûrenin 35 inci âyeti şöyledir:

«Her kim mazlûmen katledilirse onun velisi için biz bir tasallût hakkı vermişizdir, o da katilde israf etmesin, çünkü o mansur bulunuyor» (1).

Bunun gibi diğer bazı âyetlerde de hakkın suiistimalini men'eden

(1) *Muhammed Hamdi Yazır*, Kur'an Dili, yeni mealli Türkçe tefsir, İstanbul, 1936, cilt 4, s. 3175-3177.

kaidelere tesadüf olunmaktadır (2). Mecelle'nin bazı kavaidi külliyesi, Prof. Ebül'ulâ Mardin'in dediği gibi, hakkın suiistimaline set çekmek gayesini istihdaf eder (3).

Roma hukukunda da buna benzer bir durum vardır. Bu hukukta hakların mutlakiyeti, yani suiistimal edilemeyeceği uzun zaman kabul edilmişken klâsik devirde bu kaide yumuşatılmıştır. Eski hukukun «*feci sed jure feci*» (bir zarar ika ettim fakat bunu yapmağa hakkım vardı), «*neminem laedit qui jure suo utitur*» (hakkını kullanan kimse aşıla ilzam edilemez) gibi dar ve kat'i kaideleri yerine yavaş yavaş «*summum jus summa infuria*» (mutlak hak mutlak haksızlığı doğurur) telâkkisi kaim olmağa başlamıştı. Bu görüşün bir neticesi olarak Gaius şöyle diyordu: «*male enim nostro jure uti non debemus*» (I, 53) yani, haklarımızı kötüye kullanmamalıyız. Pretor hukukunun başlıca gayesi de dar ve kat'i Roma hukukunu nısfet ve hüsnüniyet (*boni et aequi*) kaideleriyle yumuşatmak olmuştur. Pretor her hâdisede bu hususları göz önünde tutarak kaide vaz'ediyor ve bu suretle her hakkın hududunu çizerek bunun aşılmasına, yani suiistimal olunmasına, hakların hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak kullanılmasına nezaret ediyordu.

Şu halde denilebilir ki İslâm ve Roma hukuklarında hakkın suiistimali mefhumu fark edilmiş ve birçok hallerde tatbik olunmuştur. Bu itibarla mesele oldukça eski bir meseledir.

Fakat diğer bir bakımdan hakkın suiistimali meselesi oldukça yenidir de. Filhakika saydığımız en mütekâmil iki eski hukukta hakkın suiistimaline yer verilmişse de bu mefhum umumî bir kaide, bütün hukuka hâkim bir zâbita, bir kaidei külliye haline getirilmemişti. Hakkın suiistimaline böyle geniş bir tatbik sahası sağlamak modern hukukun bir başarısıdır. Meselâ 1794 tarihli «*Prusya Devletleri Umumî Kanunu*» (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten), mücerret komşusunu iz'aç için yapılan inşaatın men'i (Neidbau) kaidelerini Cermen hukukundan alarak, mülkiyet hakkı gibi sair bazı haklara da tatbikini mümkün kılmış (4) fakat umumî bir kaide vaz'etmemiştir.

Aynı durum Fransız Medenî Kanunu'nda da kendini gösterir. Filhakika bu kanun yapıldığı sırada, yani 1804 te fikirler hep Roma hu-

(2) Bk: Mahmoud Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, Paris 1913; Esat Arsebük, Medenî Hukuk, cilt I, s. 108, no. XI ve müt..

(3) Ebül'ulâ Mardin, Hukuku Medeniye Dersleri, Zabıtalara, İstanbul 1928, s. 189 ve müt..

(4) Allg. Landrecht f. d. Preus. Staa. Teil I, Tit. 6, mad. 36-37.

kukiyle meşbu olduğundan, Napolyon ve yardımcıları hakkın suiistimalini men'eden umumî bir kaide vaz'etmeyi düşünemezlerdi. Bunun için Fransız Medenî Kanununda hakkın suiistimaline ait umumî bir esas yoktur. Ancak hâdiselerin zoru altında Fransız mahkemeleri ve bilhassa Yargıtayı, haksız fiillerin umumî kaidesini ihtiva eden 1382 nci maddeye dayanarak hakkın suiistimaline çok geniş bir tatbik sahası vermeğe muvaffak olabilmışlardır (5).

*Avusturya Medenî Kanunu* da bu alanda dikkate şayan bir terakki kaydetmiştir. 1811 tarihli olan bu kanun gayet ferdiyetçi bir noktai nazarla 1305 inci maddesinde şu yolda bir hüküm sevk etmişti:

«*Haklarını kanun dairesinde kullanan kimse âhari ızzar ederse mes'ul olmaz*».

Bu esas dâhilinde hakkın suiistimaline hiç yer yoktu. Her ne kadar bazı hukukçular ve bazı mahkeme içtihatları bu kaideye biraz olsun elâstikiyet vermeğe çalışmış iseler de, maddenin mutlak ibaresi karşısında pek muvaffak olamamışlardır (6). Ancak birinci dünya harbinden sonra neşredilen 19 mart 1916 tarihli bir imparatorluk kararnameşi Medenî Kanunu esaslı surette tâdil etmiş ve yeni 1295 inci maddenin 2 nci fıkrasına şöyle bir hüküm koymuştur:

«*Âdaba mugayir bir tarzda ve açık bir surette âhari ızzar kasdiyle bir hakkı kullanan kimse tazminat tediyesiyle mükellef olur*».

Binaenaleyh hakkın suiistimalinin umumî bir kaide olarak kabulü için modern kanunlara kadar inmek lâzımdır. Denilebilir ki XX nci asır kanunlarının hemen hepsinde hakkın suiistimaline geniş bir yer verilmiştir. Ezcümle 1900 tarihli *Alman Medenî Kanunu* «*Schikane-verbod*» tâbir edilen yasağı 226 nci maddesinde şu şekilde nizamlamıştır:

«*Mücerret gayri ızzardan başka saiki olmıyan hakkın istimaline mesağ yoktur*».

Bu umumî kaide yanında Alman Medenî Kanunu, kocalık hakkının suiistimalini 1353/2, 1354/2, 1357/2, 1358/2 nci, miras mukavelesinin suiistimalini 2287, 2288 inci, evlenmeye izin verme hakkının suiistimalini 1308 inci, eşlerin mal rejimlerine mütaallik suiistimalleri 1402, 1447 nci, akitlerin tefsirine mütaallik suiistimalleri 157 nci, ödemine ifasına mütaallik suiistimalleri de 242 nci maddesinde önlemiştir.

(5) Bk: *Jesserand*, De l'esprit des droits et de leur relativité.

(6) *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV, Wien 1935, s. 41, II; *Krainz*, System des Öst. Alg. Privatrechts, Wien 1913, 5. bası, cilt I.

1907 tarihli meihazimiz *İsviçre Medeni Kanunu*'nun 2 nci fıkrası da umumi bir kaide şeklinde hakkın suiistimalini şu suretle men'eylemiştir:

«Bir hakkın açık suiistimali kanun tarafından himaye edilmez».

Hakkın suiistimaline bu kadar geniş bir yer veren ilk kanun *İsviçre Medeni Kanunu*dur, denilebilir. Bu umumî kaideden başka mezkûr kanunda velâyet hakkının suiistimaline mütaallik 285, evlenme dışı münasebette bulunulan kadın üzerinde nüfuzun suiistimaline mütaallik 318 ve 323 üncü maddeler, vasiinin vazife ve salâhiyetlerinin suiistimaline mütaallik 445 inci madde, mülkiyet hakkının suiistimaline müteallik 679 uncu madde, intifa hakkına mütaallik 768 inci maddeler de zikredilebilir.

Bu kanundan iktibas edilen *Türk Medeni Kanunu*'nda da durum hemen hemen aynıdır (7). İkinci maddenin ikinci fıkrası umumî bir zâbıtâ olarak hakkın suiistimalini şu şekilde men'etmiştir:

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

Bu umumî kaidenin birer tatbik şekli olan 156, 274, 305, 310, 427, 656 ncı maddeler *İsviçre Medeni Kanunu*ndaki maddelere tekabül etmektedir.

Hakkın suiistimali mefhumu 1923 tarihli *Sovyet Medeni Kanunu*nun temel taşını teşkil etmektedir. Filhakika bu kanunun birinci maddesi hakkın suiistimalini çok geniş olarak şu şekilde nizamlamıştır:

«İçtimai ve iktisadi gayelerine muhalif bir tarzda kullandıkları haller müstesna olmak üzere, medeni haklar kanun tarafından himaye edilir» (8).

Bu maddeye göre her sübjektif hakkın bir içtimai veya bir iktisadi görevi vardır, ve haklar fertlere bu görevler göz önünde bulundurulurken verilmiştir. Şayet bir hakkın istimali bu görevden, hattâ gayrişuuri bir tarzda, inhiraf ettirilirse kanun bu tarzı istimali himaye etmez, çünkü bunu cemiyet için lüzumsuz ve faydasız, belki de zararlı addeder.

1934 tarihli *Polonya Borçlar Kanunu*'nun 135 inci maddesi de aynen şöyledir:

«Kasden veya ihmal ile kendisine bahşedilen hakkı kullanırken bunun gayesinin veya hüsnüniyetin çizdiği hudutları aşarak başkasına zarar veren kimse bu zararı tazmin etmekle mükelleftir».

(7) Farklar için bk: Dr. Ferit H. Saymen, Akid yapmak hakkının suiistimali (Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1941, cilt VII, s. 546-554).

(8) Patouillet, Les Codes de la République Soviétique.

Kanun burada haksız fiil ile hakkın suiistimalini aynı maddede zikretmiş ve her ikisini de aynı müeyyide altında bulundurmuş olmakla beraber, hakların gayesinden ve hüsnüniyetin bu haklara çizdiği hudutlardan bahsederek hakkın suiistimaline önemli bir yer vermiştir. Bu madde Fransız-İtalyan Borçlar Kanunu projesinin 74 üncü maddesinin 2 nci fıkrasının hemen hemen tekrarından ibarettir.

Yine bu aynı maddenin tekrarından ibaret olan *Lübnan Cumhuriyeti Borçlar Kanunu*'nun 124 üncü maddesi şu hükmü ihtiva ediyor:

«*Hakkını istimal ederken hüsnüniyetin veya bahşolunduğu gayenin hudutlarını aşarak başkasına zarar veren kimse bu zararı tazmin ile mükelleftir*».

Nihayet kısmen yürürlüğe giren *Çin Medenî Kanunu*'nun 148 inci maddesine göre:

«*Bir hakkın istimalinin esas gayesi âhari ızzar etmek olamaz*».

Bütün bu misaller açık olarak gösteriyor ki modern hukuk hakkın suiistimaline çok geniş bir yer ayırmış ve eski hukuklarda olduğu gibi yalnız mevzii bir tatbik sahası vermekle iktifa etmiyerek bu esası bütün medenî hukuk sahasına teşmil etmeyi muvafık bulmuştur. Bu suretle muayyen bazı hakların değil, fakat mahiyetleri itibarıyla suiistimale elverişli olmıyanlar müstesna, bütün hakların birer içtimai gayeleri bulunduğunu ve bu gayeden inhiraf ettirilemeyeceklerini kabul etmiştir.

Bir hak, içtimai gayesinden uzaklaştırılırsa, yani bu hak suiistimal olunursa, bu hareket tarzı kanunen himaye edilmez. Modern kanunların ekserisi aşağı yukarı bu tâbiri kullanmaktadır. Hakkın suiistimali, müeyyidesini bu tâbirde buluyor. Fakat bu tâbir o kadar geniştir ki, müeyyidenin hudutlarını tesbit ve muhtevasını tâyin etmek zarureti vardır. Bu salâhiyetin hâkime ait olduğunu söylemek meseleyi halletmez; zira hâkim bu salâhiyetini ne yolda kullanacaktır? Bir hakkın suiistimali ile karşılaşan hâkim bu müeyyideyi nasıl tatbik edecektir? Haiz olduğu salâhiyetlerin doktrin tarafından kendisine bildirilmemesi hâkimi bu maddeyi tatbikten imtinaa sevk etmez mi? Ve böyle bir durum medenî hukukun bir ana kaidesini metrük bir hale getirerek çürütüp çökertmez mi? (9).

İşte bu mülâhaza iledir ki bu yazımızda hakkın suiistimali müeyyidesinin neden ibaret olabileceğini tâyin etmeğe çalışacağız.

(9) Vardığımız bu kötümser netice artık bir ihtimal değil bir hakikattir. Mahkemelerimiz birçok fırsatlara rağmen bu esası tatbikten çekinmekte ve birçok haksızlıkları himayeye âlet olmaktadır. Bir misal için bk: *Hukuk Dünyası*, sene I, sayı 3, s. 117-119 daki bir mahkeme kararı tahlilimiz.

## II.

Hakkın suiistimalinde «*ızzar*» unsuru aranıldığına göre, müeyyidenin tatbik edilebilmesi için zararın mevcut olması lâzımdır. Fakat zarar mevcut olmaksızın bunun vukuu pek muhtemel görünüyorsa, bunu da önleyecek tedbirlere tevessül edilmesi maslahata pek uygun olur. Nitekim şahsiyet haklarına karşı yapılan tecavüzleri defî için Medenî Kanununun 24 üncü maddesinde hakkı tesbit dâvası (Feststellungsklage), izale dâvası (Bedeitigungsklage) ve içtinap dâvası (Unterlassungsklage) gibi dâva hakları bahşolunmuştur. Bu dâvaları, hiç değilse müessesenin bünyesi itibariyle, son iki dâvayı hakkın suiistimali haline de teşmil etmek mümkündür ve lâzımdır.

Filhakika bazı zararları husule gelmeden önlemek hem zarar faili bakımından hayırlı, hem de mağdur bakımından faydalıdır. Fail tazminat tediyesi vesair takibata maruz kalmadan zarar verici hareketini durdurur, mağdur da zarara maruz kalmadan bunun yalnız korkusuyla kalarak zararı önleme imkânını elde eder.

Bundan başka bu önleyici dâvalar kanunun ruhuna da uygundur. 2nci maddenin 2 nci fıkrasındaki «... *himaye etmez*» tâbirinde, yalnız tazminat tediyesiyle faili ilzam etmek değil, fakat ona zarar verdirmemek veya ika ettiği zararı izale ettirmek mânalarının da mündemiç olduğu mütalâa edilebilir. Zira bu kanunî ademihimayenin çizilmiş bir hududu bulunmadığından, hakkın suiistimali müeyyidesini yalnız tazminata hasretmek müeyyideyi lüzumsuz olarak tahdit etmek olur. Halbuki hakkın, adaletin ve ahlâkın kabil olduğu kadar geniş bir şekilde tahakkukunu istiyenler, her hukukî münasebette fertlerin hüsnüniyet kaidelerine göre hareket etmeleri lüzumuna kani bulunanlar, hiç şüphe yok ki müeyyidenin indi bir şekilde yalnız tazminata hasredilmesini kanunun maksat ve ruhuna uygun bulmıyacaklardır.

Medenî Kanunun derpiş ettiği bu müeyyidenin genişliği hakkında bir fikir verebilmek için, yukarıda saydığımız bazı kanunların müeyyideleriyle kanunumuzun müeyyidesini mukayese etmek kâfidir.

Filhakika Medenî Kanun «*hakkın suiistimali himaye edilmez*» derken Polonya Borçlar Kanununun 135 inci maddesi «... *zararı tazmin etmekle mükelleftir*» diyerek müeyyideyi yalnız tazminata hasretmekle iktifa eylemiştir. Lübnan Cumhuriyeti Borçlar Kanununun 124 üncü maddesi de aynı ibareyi kullanmakta ve «... *bu zararı tazmin ile mükelleftir*» demektedir. Fransız-İtalyan Borçlar Kanunu projesinin 24 üncü maddesi de aynı hükmü ihtiva ediyor.

Bu kanunlarla kanunumuz arasındaki fark gayet açıktır: bu son kanunlar müeyyideyi yalnız tazminat çerçevesi içine almışken Medenî Kanunumuz bu müeyyideyi ademihimaye gibi çok geniş bir esasa bağlamıştır.

Diğer bir bakımdan meseleyi incelersek yine aynı neticeye varabiliriz. Hareket noktası olarak sübjektif hakkı alırsak, diyebiliriz ki, hak, tabii hukukçulara göre tarif edilsin (10), veya *Windscheid*'e göre «hukuk nizamı tarafından bahşedilen bir irade kudret veya hâkimiyeti» (11) gibi telâkki olunsun, yahut *Ihering*'in «hukukan himayeye mazhar menfaatler» (12) düşüncesi benimsensin, veya muhtelit bir görüş olan «hukukan himaye edilmiş ve bu himayeden istifade hak sahibinin iradesine bırakılmış olan menfaatler» (13) tarifine meyledilsin daima hukukî himaye ile karşılaşmaktadır. Binaenaleyh bir hakkın, bu hüviyeti taşıyabilmesi için kanuncunun himayesine mazhar olması lâzımdır. Kanuncu bir hakkı himayesiz bırakırsa, artık ona hak sıfatını vermeğe imkân yoktur. 2 nci maddenin 2 nci fıkrasında hakkın suiistimalinin kanun himayesi dışında kalacağı söylendiğine göre, bu suiistimal «hak» dışı kalmış demektir ve bu itibarla hukukun bahsettiği bütün silâhlarla buna karşı cephe almak mümkündür. Şu halde hakkın suiistimali müeyyidesini yalnız tazminata hasretmeyip zararı önleyici dâvalara da teşmil etmek lâzımdır.

Nitekim Medenî Kanunun hakkın suiistimalini derpiş eden hususî maddelerinde, her durumun bünyesine göre bir müeyyide kullanılmıştır. Ezcümle evlilik birliğini temsil etme salâhiyetini suiistimal eden karısından kocası bu «salâhiyeti nez» edebilir (M.K. 156); velâyet hakkını ağır surette suiistimal eden ana babadan hâkim bu «hakkı nez» edebilir (M.K. 274); evlenme dışı doğan çocuğun anası üzerinde baba nüfuzunu suiistimal etmişse «mânevî tazminata» mahkûm edilir (M.K. 305) veya «babalığına hükm» olunur (M.K. 310). Bu nokta bilhassa calibi dikkattir, zira kanun ana lehine tazminat müeyyidesini kullandıktan sonra işin mahiyeti icabı bilhassa çocuk lehine zararı önleyecek olan babalığa hüküm müeyyidesini de derpiş ediyor.

Kezalik vazifesini suiistimal eden vasi vesayetten «azl» edilir. Mü-

(10) Haklar, hukuk tarafından himaye edilmiş hürriyet cüzleridir (bk: *Hitz Veldet*, Medenî Hukukun Umumî Esasları, İstanbul 1945, s. 178, II).

(11) *Windscheid*, Pandektenrecht, cilt I, s. 131.

(12) *Ihering*, Geist des römischen Rechts, cilt II, s. 60.

(13) *Von Tuhr*, Allgemeiner Teil des B.G.B., cilt I, s. 56; *A.B. Schwarz*, Medenî Hukuka Giriş, s. 94.

eyyidenin en açık olarak belirlediği madde mülkiyet hakkının suiistimaline müteallik 656 ncı maddedir. Bu maddeye göre:

«Bir malikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı bir zarara uğrayan veya uğramak tehlikesinde bulunan kimse eski halin iadesini veya tehlikenin izalesi için lâzımgelen tedbirlerin yapılmasını talep edebilir ve uğradığı zarar ve ziyarı ayrıca tazmin ettirebilir».

Görülüyor ki bu madde mülkiyet hakkının suiistimalinde yalnız tazminat itasını kâfi görmemiş, eski halin iadesi, tehlikenin izalesi gibi sürekli olan veya henüz husule gelmemiş olup da husulünden korkulan zararları önleyecek dâvalara da yer vermiştir. Hakkın suiistimalinin bünyesi itibariyle ve yukarıda yaptığımız tahlil dolayısıyla 656 ncı maddede tadat olunan müeyyidenin muhtelif şekillerinin 2 nci maddenin 2 nci fıkrasındaki «... kanun himaye etmez» tâbirinde mündemiç olduğu kanaatindeyiz. Bu müeyyide şu dâvalara in-kısam eder:

1. İzale dâvası,
2. İctinap dâvası,
3. Nakdi tazminat dâvası,
4. Aynı tazminat dâvası.

### III.

Bu saydığımız muhtelif dâvaların şartlarını ayrı ayrı incelemek lâzımdır, zira her biri ayrı bir durumu karşılamak ve ayrı gayelere yardım etmek için konulmuş müeyyidelerdir.

#### A) İzale dâvası.

Mevcut olup devam eden bir zararı defî için ikame olunan bir dâvadır. Hakkın suiistimaline klâsik misal teşkil eden duvar yükseltme halini göz önünde bulundurursak, lüzumsuz ve faydasız olarak çıkarılan bu duvarla havası, güneşi veya manzarası kapatılan komşu mal sahibinin bu duvarı yıktırmak için ikame edeceği dâva, bir izale dâvasıdır.

Hakkın suiistimali yalnız bir fiille değil bir içtinapla da vukua gelebilir. Meselâ normal olarak hiçbir kimse bir diğeriyle akit yapmağa icbar edilemez, zira akitlerin serbestisi esasî caridir. Maahaza bu prensibi bu kadar kat'î bir şekilde tatbik etmek istemek, akit yapma hakkının suiistimal edilmesine yol açmak olur. Mesele çok nazik olmakla beraber, müellifler an'anevî akit serbestisi prensibiyle nisbeten yeni hakkın suiistimali mefhumunu telife çalışmışlardır. Burada hâkim olan esas yine akit serbestisi olmakla beraber, bu serbes-

tiyi kullanan, yani akit yapmaktan imtina etmek istiyen kimsenin bu imtinayı umumî hüsnüniyet kaidesini ihlâl etmiyecek şekilde vâki olmalıdır. Yoksa, mâkul hiçbir sebep olmaksızın sırf icabı yapan tarafın meselâ akideleri, mesleği, milliyeti veya dini nazarı itibara alınarak icabının reddi, kanaatimizce bir hakkın suiüstimalini teşkil eder (14). Şu hali umumileştirirsek Prof. Schwarz'ın kanaatine uygun olarak diyebiliriz ki: «Akit yapmaktan imtina, başkalarının menfaatini ahlâka (âdaba) mugayir şekilde ızrar için vâki olursa bu keyfiyet.. bir tazminat mükellefiyeti doğurabilir» (15). Ancak sayın profesörden ayrıldığıımız nokta müeyyide bakımındandır. Akit yapmaktan imtina halinde zarara uğrayan diğer tarafın tazminat talep edebilmesini Prof. Schwarz Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin 2 nci fıkrasına istinat ettiriyor. Halbuki biz bunun, hakkın suiüstimali prensibiyle halledilmesine taraftarız. Zira bir taraftan B.K. m. 41/II nin tatbiki oldukça müşküldür ve bundan başka mağdur akit yapmaktan imtina eden tarafın kusurunu isbat etmelidir; halbuki içtinap halinde kusurun isbatı oldukça müşküldür. Diğer taraftan yalnız tazminata hükmetmek de kâfi değildir, zira imtina devam ettikçe zarar da devam edebilir ve bu suretle bir dâva biterken yeni bir dâva açmak icabeder. Halbuki hakkın suiüstimali esasından hareket edilirse, kusur aramak lâzımgelmiyeceği gibi müeyyideyi yalnız tazminatla da tahdidetmek mecburiyeti kalmıyacak ve bilhassa devam eden zararların izale edilmesine imkân verilmiş olacaktır.

Meselâ bir köy veya kasabanın yegâne bakkalı sakinlerden birine, mâkul bir sebep olmaksızın petrol veya mum satmaktan imtina ederse, ve bu imtina devam ederse, mağdurun talebedeceği tazminat ne olacaktır? Ve elde edeceği bu tazminat mum veya petrol elde etmesini sağlayamayacaktır. Halbuki izale dâvası ile imtinada bulunan kimse akit yapmağa mecbur edilebilecektir.

Böyle bir dâva ikame edebilmek için hakkın suiüstimali şartlarından başka (16) aşağıdaki iki şartın da tahakkuku icabeder:

1. *Âhari ızrar eden fiil veya imtinanın haksız olması.* Umumiyetle bu şart, hakkın suiüstimali şartlarından biri olan «sırf ızra kastı» ile

(14) *Lucien Morel, Du refus de contracter opposé en raison de considerations personnelles, (Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1908, s. 289); ayrıca Bülent N. Esen, Akid yapmamak hakkı (İzmir Barosu Dergisi, sene 3, sayı 4, s. 263).*

(15) *Andreas B. Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, cilt I, İstanbul 1942, s. 102, § 16, I.*

(16) Bu şartlar için yukarıda ismi geçen yazımıza bk.

müterafık olacak ve hakkın suiistimalinin mevcudiyeti isbat olununca bu şart da isbat edilmiş bulunacaktır. Maamafih ızdırar hali tecavüzün haksızlığını giderecek olan hususî ve istisnai bir vaziyettir. Esasen böyle bir halde zararı husule getiren kimsenin mücerret ızrar kasdiyle hareket ettiği mevzuubahsolamayacağından (bk: B.K. m. 52/II) hâdisede bir hakkın suiistimali seciyesi de yoktur.

Tecavüzün haksızlığı bazan sarîh olarak tâyin ve isbat edilebilirse de, bu isbat bazan pek müşkül olabilir. Böyle bir vaziyette hâkime geniş takdir salâhiyeti tanımak muvafık olur, hattâ icabeder (17).

2. *Husule gelen zararın devamlı olması.* İzale dâvasının müessir olabileceği hal de budur. Zira devam eden ve zararı ikada temerrüt eden kimsenin fiilini bertaraf etmek için tazminat tehdidi kâfi değildir. Biraz yukarıda Prof. Schwarz'ın mütalâasını münakaşa ederken bunun devamlı zararlar halinde ne kadar mahzurlu ve az amelî olduğuna iâşret ettik. Burada tebarüz ettirmek istediğimiz nokta şudur: izale dâvası için zararın devam etmekte olması lâzımdır. Yoksa zarar husule geldikten sonra bunun izalesi yoluna gidilemez. Devamlı zararlar şu misalleri verebiliriz: bir gayrimenkul sahibinin lüzumsuz olarak arazisi üzerinde bir duvar yükseltmesi, komşusunun ziraatine mâni olmak için müştereken istifade edilen bir su tabakasından suyun çekilip boşa akıtılması, sebepsiz olarak akit yapmaktan imtina olunması ilh...

#### B) *İçtinap dâvası.*

İzale dâvasından farklı olarak, içtinap dâvası zararı önleyici bir dâvadır; şöyle ki, istikbalde husulü pek muhtemel görülen bir zararın vukuuna mâni olmak için lüzumlu tedbirlerin alınmasına müte-dair bir dâvadır. Zarar husule gelmeden dâva ikame edilebilmesi bu müeyyidenin bariz vasfını teşkil eder. Nitekim Medenî Kanunun «malikin mes'uliyetine» mütaallik 656 ncı maddesi bu dâva hakkını sarîh olarak kabul etmektedir.

Bu dâva yalnız hakkın suiistimalinde değil fakat haksız fiillerde ve bilhassa şahsiyet haklarına tecavüz halinde önemle tatbik edilen bir dâvadır. Medenî Kanunun 24 üncü maddesinde bu dâva pek sarîh olarak zikredilmemiş olmakla beraber mehazın Almanca metninde bariz bir şekilde görüldüğü gibi Türk doktrini tarafından da kabul edilmiş bulunmaktadır (18).

(17) *Gmür*, Kommentar, cilt I, s. 156; misal olarak *Federal Mahkeme-nin* (J.d.T. 1928, s. 264 teki) kararına bk.

(18) *Dr. Ferit H. Saymen*, Mânevi zarar ve tazmini sureti, İstanbul 1940,

Ancak dikkat edilecek bir nokta, içtinap dâvasını Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 101 ve mütaakıp maddelerinde ve bilhassa 103 üncü maddesinde mevzuubahsolan ihtiyatî tedbirlerle karıştırmamak lâzımdır. Filhakika ihtiyatî tedbir hak sahibini muvakkaten adli himayeye mazhar kılmak gibi bir gaye güttüğünden, asıl hakka merbut ve onun mütemmimi bulunan bir dâvadır. Bundan başka ihtiyatî tedbir daima muvakkat bir mahiyet taşır, kat'î değildir, yani değiştirilebilir ve hiçbir zaman kaziyel muhkeme teşkil temez (19). Hattâ bir zararı önlemek için dahi ihtiyatî tedbir ittihazı yine içtinap dâvasından farklıdır. Filhakika Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 103 üncü maddesine göre:

«... Tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hâkim icabeden ihtiyatî tedbirlerin icrasına karar verebilir».

Görülüyor ki burada da, içtinap dâvasını icabettiren hallerde olduğu gibi bu zarar ihtimali, bir zarar tehlikesi vardır ve bunu önlemek veya bertaraf etmek için hâkimden tedbir ittihazı talebolunmaktadır. Ancak farklı olan noktalar vardır ki bunlar göz önünde tutularak her iki dâva birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Evvelâ, ihtiyatî tedbir talebi asıl hakka merbut ve onun mütemmimi olan bir dâvadır. Halbuki içtinap dâvası böyle tâli mahiyeti haiz değildir; bu dâva asıl hakkı doğrudan doğruya korumaya matuf bir müeyyide şeklinde tezahür eder. Bu itibarla içtinap dâvası açılıp iş neticeleninceye kadar bir zarar ihtimali veya tehlikesi varsa, hâkimden ihtiyatî tedbir de istenilebilir. Binaenaleyh zarar imkân veya tehlikesinin mevcudiyeti bakımından iki dâva arasında bir benzerlik varsa da, şümül ve gaye bakımlarından fark vardır.

Saniyen, ihtiyatî tedbir hakkın esasına taallük etmeyip fiili bir vaziyeti muvakkaten muhafaza ve idame ettirmek gibi bir gaye gütmesine mukabil, içtinap dâvası hakkın esasına taallük eden ve hassaten devamlı bir seciyeyi haiz olan bir müeyyidedir.

Meselâ, komşusunun suyunu kesmek için bazı inşaat veya tesisat yapmağa başlamış olan kimse aleyhinde zarar tehlikesi belirir belirmez inşaat veya tesisatı durdurmak üzere derhal ihtiyat tedbirine tevessül olunur. Fakat bu ihtiyat tedbiri namütenahi devam edemeyeceğinden, esasa girişilerek, yapılan bu fiillerin bir hakkın suiisti-

s. 198, § 2 ve oradaki bibliyografya ile *Mustafa Reşit Belgesay*, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, cilt I, İstanbul 1945, s. 134, no. 1.

(19) *Mustafa Reşit Belgesay*, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, İstanbul 1939, cilt I, kısım 2, s. 277 ve müt..

malini teşkil edeceği ve bunda bir zarar melhuz bulunduğu isbat edilerek inşaat ve tesisata devamlı bir tarzda mâni olunmak yoluna gidilir. Bu misal iki dâva arasındaki farkı açık olarak göstermektedir.

İçtinap dâvasının açılabilmesi için bulunması icabeden şartlar izale dâvasının açılması için bulunması icabeden şartlara benzer:

1. *Âhari ızrar edecek olan fiil veya imtinanın haksız olması.* İzale dâvasında bu şart hakkında malûmat verildiğinden avdet etmeyi lüzumsuz buluyoruz. İki dâvada bu şart arasında fark yoktur.

2. *Zarar vukuununun pek muhtemel olması.* İçtinap dâvası, izale dâvasından farklı olarak bir zarar, daha doğrusu devamlı bir zarar mevcut olmadan ikame edilebilecektir. Yeter ki bazı fiil veya içtinaplar bir zararın husule geleceğini muhtemel gösterebilir. Meselâ yapılan bir kira mukavelesinde kiracıya kiraladığını başkasına devretmek veya bir kısmını ikinci bir kiracıya kiralamak hakkı tanınmış olup yeni kiracının kiraya veren tarafından kabul ve tasvip edileceği şart edilmiş olsa, kiracının kiralayana takdim ettiği her ikinci kiracıyı hiçbir mâkul sebep olmaksızın sistematik olarak reddetmesi ve gizli maksadı asıl kiracıyı tahliyeye zorlamak olduğu anlaşılması üzerine, mukavele ile kiralayana tanınan hak suiistimal edilmiş olur. Zira bu hakkı, kiralayan kiracıyı ızrar etmek için kullanmakta ve sosyal gayesi dışına çıkarmaktadır. Bu tarzda birkaç tecrübe yapıp daima ret ile karşılaşan kiracı takdim edeceği yeni bir kiracının da reddedilmesini pek muhtemel gördüğünden kiralayanın bu suiistimalini bir içtinap dâvasıyla bertaraf edebilir, zira zarar henüz yoksa da zarar tehlikesi pek muhtemel olarak mevcuttur, önceki tecrübeler bu hususta bir karine teşkil eder.

### C) *Nakdi tazminat dâvası.*

Zarar husule geldikten sonra, yani mamelekte bir eksilme vâki olduktan sonra, bu eksilmeyi telâfi yoluna gitmek yani tazmin ettirmek lâzımdır. Hakkın suiistimali ile husule gelen zarar, haksız fiil ile husule gelen zarar gibi, her şeyden önce nakdî bir meblâğın ödenmesiyle telâfi veya tazmin olunabilir. Fakat bu zararın aynen tazmini de mümkündür. Türk kanuncusu aynen tazminin daima mümkün olmayacağını düşünerek, zararın ne şekilde telâfi edileceğini takdir hususunda hâkime takdir salâhiyeti vermiş (B.K. m. 43) ve Alman kanuncusu gibi «asıl olan aynı tazminattır» şeklinde mutlak bir kaide koymamıştır (B.G.B. m. 249, 251, 253) (20). Binaenaleyh hakkın sui-

(20) *Saieilles, Théorie générale de l'Obligation, 3. bası, Paris 1925, s. 421-422.*

istimalinde bir zarar husule geldikten sonra Türk hâkimi evvelâ aynen tazmin ve bu mümkün olmadığı takdirde nakden tazmin yoluna gitmeğe mecbur olmaksızın «hal ve mevkiin icabına... göre tazminatın suretini... tâyin» edecektir (B.K. m. 43/I).

Böyle bir tazminatla, hakkın suiistimalini teşkil eden fiil dolayısıyla bozulan hakların muvazeneti tekrar iade edilmiş olur. Lüzumlu olan bu tazminat şekli aynı zamanda kâfidir de (21). Halbuki Saleilles ancak nakdi tazminata taraftar görünmekte ve haksız olarak zarar ika edilen bir fiille hakkın suiistimaliyle husule getirilen zararın tazmini arasındaki farkın tazminat şekilleriyle tesbit olunabileceğini söylemektedir: birincisini aynen tazmine elverişli bulurken, diğerini buna hiç de uygun görmemektedir (22). Bu mütalâa pek katî olmakla beraber, mühim olan nokta nakdi tazminata büyük bir yer verilmiş olmasıdır. Prof. Demogue da nakdi tazminatın ekseriya mümkün olan yegâne tazmin şekli olduğunu kabul etmektedir (23).

Bu şekil tazminatı suiistimal edilen hakların mahiyetiyle üçüncü şahısların menfaati ve içtimaî ihtiyaçlar bakımından incelemek lâzımdır. Şurasını da ilâve edelim ki akitlerden mütevellit hakkın suiistimalinde nakdi tazminat aynı tazminata tercih edilecektir.

1. *Hakların mahiyeti bakımından.* Bazı haklar suiistimal edildikten sonra husule gelen zararın ancak nakdi bir meblâğ ile telâfisi mümkündür. Ezcümle vekâlet akdine münasip olmıyan bir zamanda son veren vekil veya müekkili (B.K. m. 396), gayrimuayyen bir müddetle akdedilen bir hizmet akdini suiniyetle fesheden taraflardan birini (B.K. m. 344, 345) tekrar akitle bağı tutarak zararı tazmin ettirmek kabil değildir. İster istemez fesih hakkını suiistimal eden âkide karşı nakdi tazminata hükmolunacaktır (24). Zira akit serbestisi esastır ve hiç kimsenin normal olarak bir akde zorla bağı kalması istenemez. Bilhassa emniyet ve itimada müstenit, vekâlet, hizmet gibi akitlerde bu esasın büyük bir kuvveti vardır. Bu gibi akitlerden mütevellit hakların suiistimali ancak nakdi bir müeyyideyi tazammun edebilir.

Buna mukabil hata ile yapılan bir akitte durum biraz farklıdır. Malûm olduğu üzere bir akit in'ikat ederken esaslı bir hataya duçar olan taraf bu akdi feshetmek salâhiyetini haizdir. Ancak bu fesih

(21) *Josserand*, De l'esprit des droits et de leur relativité, s. 405.

(22) *Saleilles*, op. cit., s. 373 (s. 370'deki 1 numaralı notun devamı).

(23) *Demogue*, Traité des Obligations, cilt IV, s. 378.

(24) *Dr. Ferit H. Saymen*, Akdi feshetmek hakkının suiistimali (*Adliye Ceridesi*, 1942, s. 879-902).

hakkını hüsnüniyet kaidelerine mugayir bir şekilde kullanamaz, yani hata dolayısıyla fesih hakkını suiistimal edemez. Ezcümle hatalı olarak yaptığı akdi değil de kastettiği akdi diğer taraf ifaya hazır olduğunu bildirirse, yani bu akitle bağlı olmayı kabul ettiğini bildirirse, hataya düşen taraf artık akdi bozamaz, zira diğer âkit kendi durumunu onun hakiki rızasına tevafuk ettirmiştir. Buna rağmen akdi feshetmekte ısrar ederse hakkını suiistimal etmiş olur (B.K. m. 25). Her ne kadar burada akit serbestisine aykırı bir durum olduğu düşünülebilirse de hakikat halde bu, akit serbestisini teyideden bir kaide mahiyet ve seciyesini taşımaktadır.

2. *Üçüncü şahısların menfaati bakımından.* Bazı hallerde üçüncü şahısların müktesep haklarını korumak için nakdi tazminata tevessül etmek lâzımdır. Zira hak sahibi taarfından irtikâp olunan suiistimal üçüncü şahıslara zarar vermek gibi bir gaye güdebilir ve bunun için hakkın suiistimalinin uzak tesirlerini de önlemek lâzımdır. Kanuncu ile mahkeme içtihatlarının aynen tazmin yerine nakden tazmin şeklini kabul etmiş olmaları üçüncü şahısların haklarını korumak fikrine de dayanır. Zira diğer bir tazmin şeklinin mahzurları faydalarından çok olabilir (25). Nitekim Türk Yargıtayı bu düşünce ve esasları bilhassa şüf'a dâvalarında birçok kereler tatbik etmiştir. Ezcümle Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 1935 senesinde verdiği 259 sayılı karar şayanı dikkattir. Bu karara göre:

«Şüf'a dâvası ikame edildikten sonra meşfu hissenin dört misli fiyatla âhare devri, kendisine karşı dâvacıyı şüf'a hakkını istimalden men'etmek ve dâva ikame edildiği takdirde fazla para kazandırmak gibi bir yol tutmak ahlâk ve hüsnü niyete münafidir» (26).

Üçüncü Hukuk Dairesinin daha ileri giderek 1930 senesinde verdiği 9991 sayılı kararında da şöyle bir mütalâa vardır:

«Dâvacıların dâva ikamesi sırasında şüf'a hakları mevcut olup muhakeme esnasında meşfuun sahibi evveline satılması şüf'a dâvasının devamına mâni değildir» (27).

Nihayet Yargıtay Birinci Hukuk Dairesinin 12 haziran 1944 tarihinde verdiği 729/2244 sayılı kararı da aynı esasa müstenittir. Yine şüf'a hakkına mütaallik olan bu kararda, şüf'a hakkını bertaraf etmek için meşfuun hibe edilmesini Yargıtay suiniyete makrun görmüş

(25) *Josserand*, op. cit., s. 411, no. 2.

(26) *Temyiz Kararları*, 1935, s. 343 (Hukuk kısmı).

(27) *Temyiz Kararları*, 1930, s. 623 (Hukuk kısmı).

ve üçüncü şahsı himaye için böyle bir muameleye kıymet vermemiştir (28).

3. *İçtimaî ihtiyaçlar bakımından.* Hâkim hakkın suiistimalinden mütevellit zararın tazminine hükmederken, bir de içtimaî icap ve ihtiyaçları göz önünde bulundurmalıdır. Zira hakkın suiistimali ile husule gelen zararın ipka edilmesi belki de umumî menfaat bakımından faydalıdır. Muhakkak surette aynı tazminata hükmedilecektir diye bu zararın izalesi cihetine gitmek husule gelen içtimaî faydayı haleldar etmek olur. İşte buna mâni olmak için hâkim yine nakdî tazminatı tercih edecektir. Meselâ sırf civarındaki tarlaya zarar vermek için kendi arzı üzerinde bir mezbaha açan bir kimsenin bu fiili bir hakkın suiistimalini teşkil edebilir. Burada eski halin iadesi hiç şüphesiz en mâkul tazmin şeklidir. Fakat kasabada başka bir mezbahanın bulunmadığı düşünülürse, böyle bir karar umumî sağlık bakımından zararlı olur; bu sebeple zararın ipkası içtimaî bakımdan bir fayda teşkil eder. Bunun için hal ipka edilecek, ancak zarara maruz kalan taraf hakkını suiistimal eden taraftan nakdî tazminat talebedecektir. Bu suretle hem şahsî menfaat, hem de umumî menfaat himaye edilmiş, hakkın suiistimali de müeyyidesiz bırakılmamış olur.

Bütün bu hallerde tazminatın miktarını tâyin hususunda hâkim umumî kaideleri tatbik ederek ahval ve şeraiti, husule gelen zararın şümülünü, ızzar kasdının derece ve ehemmiyetini ve buna benzer hususları nazara alacaktır (B.K. m. 42, 43). Burada umumî bir kaide vaz'etmek mümkün değildir.

#### D) *Aynî tazminat dâvası.*

Hakkın suiistimalinin husule getireceği zararı telâfi için hâkimin tâyin ve takdir edeceği nakdî bir meblâğ mağduru daima tatmin etmiyebilir. Meselâ, muayyen bir mahalde fiili bir inhisar şeklinde icrayı faaliyet edip ekmeğini mâkul bir sebep olmaksızın muayyen kimselere satmak istemiyen ve onları ızzar etmek gayesini güden fırıncının tazminat tediyesine mahkûmiyeti kâfi olmadığı gibi, muayyen bir ders kitabını basmış olan bir tâbiin rakîp iki mektepten ancak birinin talebesine satması ve diğer mektebi ızzar için onun talebelerine satmaktan imtina eylemesi halinde mektep idaresinin veya talebelerin yalnız nakdî tazminatla iktifa edemeyecekleri açıktır. Bunun gibi, tedavi etmekte olduğu hastasını sırf üzmetmek veya bazı zararlara

(28) Karar ve tahlili için, *Hukuk Dünyası*, ocak-şubat 1945, sayı 4-5, s. 148-150 deki tahlil yazımıza bakınız.

sokmak için ziyaret ve tedaviden imtina eden hekimi de nakdi tazminat tediyesine mahkûm etmek kâfi değildir. Menfaatler arasında bulunması icabeden müvazenenin temini için eski hali iade etmek yani bunları akit yapmağa veya akdi icraya icbar eylemek lâzımdır (29).

Fransız Seine İstinaf Mahkemesi de şöyle bir meseleyi halletmişti: kiraya veren kira akdinin hitamında bu akdi yenilemeğe mecbur olmamakla beraber, sırf kiracıyı ızzar etmek kasdiyle bu yenilemeden imtina ederse hakkını suiistimal etmiş olacaktır. Bazı hal ve şartlar altında hâkimin hükmü kiraya verenin iradesi yerine kaim olarak, kiraya veren kira akdi yapmağa icbar olunabilir (30).

Kezalik sebepsiz olarak kira akdinin kiracı tarafından üçüncü bir şahsa devrini kabulden imtina eden mal sahibi aleyhine, imtinama rağmen yapılan devrin sahih ve muteber olacağına hükmetmek, bir aynı tazminat mahiyetini arzeder (31).

Bu misaller aynen tazmine hükmedilebileceğini, yani lüzumlu halin iade olunacağını açık olarak göstermektedir. Binaenaleyh hakkın suiistimali müeyyidesini yalnız nakdi tazminata hasretmek pek mutlak ve müfrit bir mütalâadır (32). Esasen bugün müellifler aynen tazmin noktasında mutabıktırlar (33).

Fakat aynen tazmin mevzuubahsolunca bunun yeknasak bir mahiyet arzemesi icabetmez. Hâkim halin icabına ve dâvanın hususî şartlarına göre bu tazmin şeklini takdir ve tâyin eder. Borçlar Kanununun 43 üncü maddesinde hâkime tazminat hususunda bahşolunan geniş takdir salâhiyeti hakkın suiistimali müeyyidesine de kıyas yoluyla teşmil edilebilir. Meselâ, hâkim hakkını suiistimal eden tarafın iradesi yerine vereceği hükmü ikame edebileceği gibi, vâki olan talebi reddetmekle, yani hakkını suiistimal edene dâva hakkını tanımamakla da müessir bir tedbire müracaat etmiş olur.

Federal Mahkeme şöyle bir vaziyetle karşılaşmıştır: bir borçlunun kefil kefaletnameyi bizzat imzalamayıp kendi namına ve kendi ismiyle karısına imzalatmıştır. Asıl borçlu borcunu ifa etmeyince, alacaklının müracaati üzerine kefil imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürerek kefaletin iptalini talebetmiştir. Federal Mahkeme bu talebi reddederek kefaletnameyi muteber addetmiş ve kararını şu gerekçe-

(29) *P. Raminceano*, La silence créateur d'obligation, *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1930, s. 999.

(30) *Seine*, 6/1/1927 tarihli karar, *Dal. Hebd.*, 1927, s. 76.

(31) *Dal. Heb.*, 1925, s. 229; *Dalloz* 1926, I, 138.

(32) Bk: not 22 de Saleilles'in mütalâası.

(33) *Josserand*, op. cit., s. 408.

lere dayandırmıştır: her ne kadar kefaletnamenin bir mümessil tarafından imzalanması caizse de bunun esas itibariyle kefil tarafından şahsan imzalanması lâzımgelir. Zira kanunun emretmiş olduğu yazılı şeklin hikmeti vücudu bilhassa kefilin girişeceği taahhüt üzerine dikkat nazarını çekmektir. Bu itibarla kefaletin bizzat kefil tarafından imzalanmamış olması kefalet akdinin doğmamış olması neticesine götürür. Bundan başka Federal Mahkemenin müstakar içtihadı bir şekil noksanının dermeyanını hiçbir zaman bir hakkın suiistimali olarak telâkkisine müsait değildir. Fakat bütün bunlara rağmen şekil noksanı bilâhare bundan istifade için yapılmışsa, hak suiistimal edilmiş olur ve netice itibariyle kefalete sahîh ve muteber bir kefalet nazariyle bakılmasını icabettirir (34).

Bunun gibi bir şirket genel kurulunun (umumî heyetinin) merkezde toplanacağına dair Ticaret Kanununun 361 inci maddesinden istifade ederek, bu kurulda bazı tenkid ve itirazlarda bulunacaklarından korkulan bazı ortakları uzaklaştırmak için merkezin uzak bir yere nakline karar vermek bir hakkın suiistimalini teşkil edeceği düşünülebilir ve karar iptal olunabilir.

Şu halde görülüyor ki, tazminatın birçok hallerde aynen vâki olması, yani eski halin iade edilmesi maslahata daha uygun olmakta, alâkadarları çok müessir bir şekilde korumağa ve hakkın suiistimaliyle daha şiddetli bir tarzda mücadeleye müsait bulunmaktadır.

#### IV.

Hulâsa, hakkın suiistimali mefhumu muğlâk ve şümüllü bir mefhum olduğundan, buna tatbik olunacak müeyyidenin tek bir müeyyide olması mümkün olmadığı gibi şayanı arzu da değildir. Her hâdiseye uyabilecek olan, pek çok çeşitli haller arzeden, zarara veya zarar tehlikesine maruz kalan tarafı âzamî şekilde tatmin edebilen, üçüncü şahısları da himayeye müsait olan bir sistem kabul etmek hem adalet, hem de umumî ihtiyaçlar bakımından faydalı, hattâ lüzumludur. Hukuk tekniği bunu mümkün kıldığı gibi, Medenî Kanunun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki ibare de buna elverişlidir.

**Doçent Dr. Ferit H. Saymen**

(34) Federal Mahkemenin 13/11/1939 tarihli kararı, *J.d.T.*, 1940, s. 206; ayrıca şu kararlara da bakınız: *A.T.F.*, 54, II, 331; 57, II, 154; *J.d.T.*, 1929, s. 271; 1931, s. 603.