

# AKİD YAPMAK HAKKININ SUİİSTİMALİ

Yazan:

Asistan Dr. Ferit H. Saymen

- I. — Giriş.
- II. — a) İslâm hukukunda; b) Türk hukukunda; c) Me-haz İsviçre hukukunda hakkın suiistimali ve Türk hukukundan farkı.
- III. — Akit yapmak hakkının suiistimali: A) Umumi esas-lar: a) Âkitler arasında hakkın suiistimali; b) Üçün-cü şahsı veya alacaklıyı ızzar; c) Üçüncü şahısların haklarıyla kabili telif olmıyan akitler. — B) Tat-bikat: a) Bey' akdi; b) İcar akdi; 2) Hizmet akdi.
- IV. — Netice.

## I

### Giriş

Asırlar imtidadınca hukuk hakkında iki telâkkinin daima çar-pışmakta olduğu müşahede edilmektedir. Bunlardan biri hukuku riyazî bir ilim gibi telâkki ederek, vazedilen kaidelerin mutlak ol-duklarını kabul eder: Eski Roma hukuku (Quirit'ler hukuku), Fransız Medenî Kanununun ilk müfessirleri bu meyandadır. Nite-kim Paris Üniversitesi rektörlüğünde bulunmuş olan filozof Louis Liard şunları yazmıştı: «Kanunun her maddesi, aralarındaki irtibatı isbat ve bilûmum neticelerini istihraç etmek icap eden bir teorem (dava) dir. Mahz hukukçu bir hendesecidir. Hukukî terbiye tama-mile skolastik bir terbiyedir» (1).

Bu telâkkilerin ikincisi ise, hukuka içtimaî bir ilim nazarile bak-makta, bunun cemiyetteki her tahavvül ile değişmekte olduğunu, binaenaleyh vazedilen kaidelerin mutlak ve mücerret bulunmadık-larını kabul etmektedir.

Bu telâkkilerden bir veya diğzerinin kabul edilmesile hukukun efrada bahşettiği hakların mahiyeti çok mühim farklar arzeder. Şöyle ki, eski telâkkiye göre, meselâ, bir mülkiyet hakkı veya ala-caklının alacağını talep hakkı mutlak bir mahiyeti haizdir, yani bu

(1) *Louis Josserand*, *Evolutions et Actualités*, Paris 1936, sah. 71 (Re-lativité et abus des droits).

haklar herhangi bir gaye için ve herhangi bir maksat ile istimal olunabilir. Bundan birisi zarar görürse, buna rıza göstermesi icap eder, zira zarar faili bir hakkını istimal etmiştir. Bu netice Roma'da şu vecizeler ile ifade edilirdi: «*feci sed jure feci*», «*neminem laedit qui jure suo utitur*».

İkinci telâkki ise bu mutlak ve katı görüşün aksine olarak hakların, hattâ en mukaddes olarak telâkki edilenlerin bile, suiistimal edilebileceklerini kabul etmektedir. Zira haklar, hukuk gibi, içtimaî birer hasıla olup cemiyet için ve cemiyet dolayısıyla mevcuttur; her biri bir gayeye matuf olup, hak sahibi bunları o gaye haricinde kullanmak salâhiyetini haiz değildir. Binaenaleyh haklar mutlak değil izafî ve nisbidir. Yani haklar müessesenin ruh ve gayesine uygun bir tarzda istimal edilmelidirler, aksi halde husule gelecek zararlardan hakkı istimal, daha doğrusu suiistimal eden mes'ul olur. Zira burada hakkını kusurlu bir tarzda istimal etmiştir ve bu kusurlu istimale hakkın suiistimali namı verilir. Roma hukukunun klâsik devrinde bu nokta farkedilmiş ve meşhur «*summum jus summa injuria*» tekerlemesi o zaman meydana çıkmıştı; bundan mülhem olan Gaius da eserinde şu kaideyi vazetmektedir: «*male enim nostro jure uti non debemus*». Kendi haklarımızı kötü bir maksatla kullanmamalıyız.

Hakkın suiistimali nazariyesi, asrımızın iptidalarında bütün hukuk âleminde ve bilhassa Fransa'da, Almanya'da, İsviçre ve İtalya'da şiddetle münakaşa edilmeğe başlanmış ve yukarıda işaret ettiğimiz her iki telâkkinin müntesipleri, birbirlerine karşı cephe alarak, hukuk uğrunda hakikî bir savaş başlamış ve nisbî nazariye taraftarlarının galebesile neticelenmiştir.

Bu nazariye ve münakaşaları bu yazımızda izah edecek değiliz. Maksadımız bugün artık klâsik olmuş ve modern mevzuatta (Alman, İsviçre, Türk, Sovyet Rusya, Polonya, Avusturya...) yer almış olan bu nazariyeyi akitler bakımından tetkik ve mütalea etmektir. Hakkın suiistimali nazariyesi, müelliflerin eserlerinde umumiyetle sübjektif hak zaviyesinden incelenmekte, bir akdin âkitle-re bahşeylediği hakkın suiistimali cephesi biraz ihmal olunmaktadır. Yazımızda bilhassa bu noktayı tebarüz ettirmek istiyoruz: Acaba âkitlerin haiz oldukları akit yapmak hakkı suiistimal edilebilir mi? Edilebilirse bu nasıl tecelli eder? Bu suallere cevap vermeden evvel gayet orijinal olan İslâm hukukunu, mehazdan farklı bulunan kanunumuzun sistemini ve mehazin kabul ettiği sistemi kısaca izah etmek icap eder.

## II

## A — İslâm hukukunda hakkın suiistimali:

Bu hususa müteallik umumî ve sarîh esası, Kur'andan, kısas hakkının nasıl istimal olunması lâzım geleceğini tayin eden âyette görürüz: (Kur'anın 17 nci suresi olan esra'nın 35 inci âyetine göre: *Her kim mazlûmen katledilirse onun velisi için biz bir tasallut hakkı vermişizdir, o da katilde israf etmesin, çünkü o mansur bulunuyor*) (\*). Bununla beraber diğer bir çok âyetlerden ve bazı kaidelere hakkın suiistimali nazariyesi istihraç olunmaktadır (2). Hakkın suiistimali mefhumundan mühlhem olan bazı kavaidi külliyyeyi Prof. Ebül'ulâ Mardin şu şekilde toplamışlardır: «Zarar ve mukabelei bizzarar yoktur», «Zarar kadîm olmaz», «Ehveni şereyn ihtiyar olunur», «İki fesat taarruz ettikte ahaffi irtikâb olunarak âzamanın çaresine bakılır», «Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar», «Her kim kendi tarafından tamam olan şeyi nakza sây ederse sâyi merduttur». İşte bunlar, diyor profesör, ve bunlara benzer diğer kavaidi külliyyenin istihdaf ettiği gaye hakkın suiistimaline sed çekmektedir (3).

Hakkın suiistimali meselesinin İslâm hukukundaki geniş tatbik sahasını tetkik etmek, mevzuumuz haricinde olduğundan, bu hukukta hakkın suiistimaline müteallik umumî kıstasları ve akitlerdeki sureti tatbikini kaydetmekle iktifa edeceğiz (4).

İslâm hukuku, hakkın suiistimali hakkında tek bir kıstas kabul etmeyip, dört muhtelif kıstas kabul eylemiştir; bunlardan her birinin yalnız başına mevcudiyeti, fiil veya tasarrufa hakkın suiistimali vasfını izafeye kâfi gelmektedir. Bu dört kıstas da umumî ve mücerret bir esastan istihraç edilmektedir. Elgazali tarafından beyan edilip bilûmum hukukçuların kabul ettiği bu umdeye göre: «Bir hak, sahibine onu istediği şekilde kullanmak salâhiyetini bahşeder; mahaza mezkûr hak mahiyetine ve gayesine uygun bir tarzda istimal edilmelidir». Bu prensipten çıkarılan muhtelif kıstaslar da şunlardır:

(\*) Hamdi Elmalı. Türkçe tefsir, s. 3177.

(2) Bunlar için bak: *Mahmoud Fathy*, La doctrine musulmane de l'abus des droits, Paris 1913. — *Esat Arsebük*, Medenî Hukuk, cilt I, sah. 108, No. XI ve mü.

(3) *Ebül'ulâ Mardin*, Hukuku Medeniye Dersleri, Zabıtlar, İstanbul 1928, sah. 189 ve mü.

(4) Bu hususa dair geniş malûmat için *Mahmoud Fathy* ve *E. Arsebük*'ün ismi geçen eserlerine bakınız.

1 — *İzrar kasdi:*

Hiç kimse sahibi olduğu bir hakkı âhari izrar etmek maksadile kullanamaz. Mecellenin 19 uncu maddesine ithal edilmiş ve «zarar ve mukabelei bizzarar yoktur» şeklini almış bulunan bu kıstas, bilhassa mülkiyet ve kazaî takibat sahalarında tatbik olunurdu (Mecelle, madde 918 ve 920 ye bak!). Bundan başka, tahaddüs eden meseleleri Mecellenin kavaidi külliyesi ile halletmek mümkün olsaydı 2 ve 3 üncü maddeler ile de aynı neticeye varılabilirdi. Filhakika bu maddelere göre: «Bir işte maksat ne ise hüküm ona görür» ve «Ukutta itibar makasit'ü meaniyedir, elfaz ve mebaniyeye değildir». Bu esaslara göre, hüküm kasdi izrara göre verilmek icap edeceğinden, hakkın suiistimalinin himaye edilmemesi lâzım geleceği bedihidir.

2 — *Hak sahibi için bir menfaatin ademi mevcudiyeti:*

Bir hak şahsa, menfaatini himaye için verilmiş bulunmasına göre, şahsı mezkûr bu hakkı menfaati olmaksızın kullanırsa, hak kisvesi altında bir haksızlık yapmış, yani hakkını suiistimal etmiş olur. İslâm hukukunda bu kıstas gasp, kazaî takibat ve icar gibi mahdut bazı hallerde tatbik edilirdi. Mevzuumuza taallûku dolayısıyla icara bağlı kalarak diyebiliriz ki: Müstecir mecuru hiç bir şekilde tadil etmek salâhiyetini haiz olmayıp anı akdin in'ikadı esnasında aldığı şekilde iadeye mecburdu (Mecelle, madde 600 ve müteakibe bak). Fakat İslâm hukukçuları bu mutlak kaideyi şu tarzda yumuşatmağa muvaffak oldular: Vakfa ait bir binanın müsteciri onu hedmedip yerine bir değirmen veya bir fırın inşa etse ve bu yeni inşaat vakfa faydalı, yani gelirini arttırır mahiyette ise, bu inşaatın yıkılarak eski halin iadesi veya münasip tazminat tediyesi istenemezdi; çünkü böyle bir talebin mucir için hiç bir fayda temin etmeyeceği mülâhaza edilirdi (5). Buna rağmen mucir hakkını istimal etmeğe kalkışırsa, bunu suiistimal ettiği söylenirdi.

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

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

Bir hakkın istimali veya ademi istimali hak sahibine bir fayda temin etse bile, umumu izrar eyler ise, böyle bir hareket İslâm hu-

(5) *İbni Abidin*, cilt V, sah. 169 (*Fathy'den naklen*, sah. 241).

kukunda suiistimal addedilirdi. Nitekim Mecellenin 26 ncı maddesi aynı fikri şu şekilde ifade etmektedir: «Zararı âmî def' için zararı has ihtiyar olunur».

Herkes malını dilediği gibi kullanabilir kaidenin, bilhassa fakir memleketlerde doğurduğu vahim neticeleri ve bunun tevhit ettiği suiistimalleri göz önünde bulunduran İslâm hukukçuları, yukarıdaki kaideyi vazetmişler ve bu kaideye göre piyasadaki malı bir elde toplayarak fiyatların yükselmesine çalışan tüccar, memleketi kaplayan açlığa rağmen tarlasını ekmekten veya mahsulünü satmaktan imtina eden çiftçi, elindeki mevcut malı makul bir fiyatta satmaktan imtina ederek bu fiyatın yükselmesini bekliyen esnaf mallarını satmağa veya tarlalarını ekmeğe icbar edilebilirdi; zira tarzı hareketleri bir hakkın suiistimali olarak telâkki olunurdu (6).

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

İslâm hukukçuları her zaman fâhiş zarardan imtina edilmesini hak ve nisfet kaidelerine uygun bulmuşlar ve hak sahibi için bir menfaat temin eden istimalin âhari fâhiş surette izar etmesi halini bir suiistimal olarak telâkki eylemişlerdir (7). Bu kaidenin bir tatbik şeklini Mecellenin 1199 uncu maddesinin 2 nci fıkrasile 1200 ve müteakıp maddelerinde görmekteyiz. Mezkûr kaidenin akitler bahsinde de cari olduğunu İslâm hukukçuları kabul etmektedirler. Meselâ, reşitler arasında gabın ile malûl olan bir akit hileden âri ise muteberdir. Fakat İbni Abidin bunun bazı suiistimallere yol açması mümkün olacağını düşünerek, bugünkü Borçlar Kanunumuzun 21 inci maddesine müşabih bir hüküm vazetmiş ve âkit taraflardan biri diğerinin müzayeka veya cehaletinden istifade ederek fâhiş bir zarar tevhit eden bir muamele yapmış ise, bunun batıl olacağını beyan eylemiştir (8). Ezcümle, taraflar yapmış oldukları akit ile bağlı iseler de, İslâm hukukçuları haklı bir sebeple mezkûr akdin feshi cihetine gidilebileceğini kabul eylemişlerdi. Meselâ, bir kimse ev işlerini gördürmek için bir hizmetçi ile bir hizmet mukavelesi akdettikten sonra, iş sahibi şehri terk edip bir seyahate çıkmak mecburiyetinde kalırsa, ne işçi seyahate çıkmamasını talep edebilir, ne de kendisi işçisine mukaveleye bağlı olduğunu söyleyerek onu takip etmesini isteyebilirdi. Zira böyle bir iddia diğer taraf için fâhiş bir zarar husule getirir ve bu suretle akitten mütevellit bir hakkın suiistimal edilmiş olduğu düşünülürdü.

(6) *İbni Abidin*, cilt V, sah. 352 (*Fathy'den naklen*, sah. 244 - 245).

(7) *İbni Abidin*, cilt IV, sah. 501 (*Fathy'den naklen*, sah. 246).

(8) *İbni Abidin*, cilt IV, sah. 144 ve 183 (*Fathy'den naklen*, sah. 249).

### B — Türk hukukunda hakkın suiistimali :

Medenî Kanunumuz İsviçre Medenî Kanunundan ahz ve iktibas edilmiş olmakla beraber, iki kanun arasında bazı mühim farklar mevcut bulunmaktadır. Hakkın suiistimali telâkkisi bu meyan-dadır. İsviçre hukukunu müteakıp paragrafta izah edeceğimizden, şurasını kayıt ile iktifa edelim ki, bu kanun hakkın suiistimalini objektif bir kıstasa tâbi tutarken, kanunumuz esas itibarile sübjektif bir kıstası göz önünde bulundurmuş ve mehazın «bir hakkın açık bir surette suiistimali kanun tarafından himaye edilmez» mealindeki 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasını şu şekilde tedvin eylemiştir: «*Sırf gayrı izrar eden hakkın suiistimalini kanun himaye etmez*». Binaenaleyh kanunumuz hakkın suiistimaline nisbeten dar bir saha vermiş bulunmakta, o da ancak âhari izrar kasdinin mevcut bulunduğu hallere münhasır kalmaktadır.

Maddemiz Alman Medenî Kanununun 226 ncı maddesile yakın bir benzerlik arzeder. Filhakika bu maddeye göre, «mücerret gayrı izrardan başka bir saiki olmıyan bir hakkın istimaline mesâğ yoktur». Her iki telâkki de sübjektif bir sistem mahsulüdür. Fakat aralarında kayda değer bazı farklar vardır. Nitekim Prof. Ebül'ulâ Mardin« bizim sırf tabirimiz ile Alman hukukundaki mücerret tabiri arasında fark vardır» diyor (9). Kezalik Prof. Schwarz da şu satırları yazmaktadır: «İsviçre prensipi Türkiyede suiistimalin sırf gayrı izrar edici bir mahiyette olması haline inhisar ettirilmiştir. Belki de türkçe metnin bu ifadesinde Alman Medenî Kanununun 226 ncı maddesile İsviçre hükmü mezcolumak istenmiştir. Fakat netice pek de muvafık olmamıştır; zira bir hakkın sırf gayrı izrar etmiyen suiistimalleri caiz görülürse, o zaman bu hal 2 nci maddenin 1 inci fıkrasile tearuz teşkil eder; çünkü her hakkın suiistimalinin hüsnüniyete muhalif olduğunu söylemek mecburiyeti vardır» (10). Halbuki bu rey ve mütalealara muhalif olarak Prof. Esat Arsebük: «Bizde hakkın suiistimali ölçüsü Alman hukukunda olduğu gibi izrar kasdinden ibarettir» diyor (11).

Kanaatimize göre, bizdeki hakkın suiistimali telâkkisi Alman telâkkisinden farklıdır. Kanun vazımız ön plânda İsviçrenin koyduğu «hakkın açık suiistimali» yerine «sırf gayrı izrar eden suiistimali» koymakla vaziyette pek büyük bir değişiklik husule getirme-

(9) *Ebül'ulâ Mardin*, op. cit., sah. 169.

(10) *Schwarz*, Medenî Hukuk Dersleri, cilt I, sah. 234 (terc. *Hıfzı Veldet*).

(11) *E. Arsebük*, op. cit., cilt I, sah. 108.

miştir. Filhakika hakkın suiistimali bizde, Almanyanadan farklı olarak, objektif hüsnüniyet prensipine bağlanmış ve bu iki mefhum kanunumuzun aynı maddesinde yer almıştır. Dr. Hüseyin Avni Göktürk'ün yazdığı gibi: «2 nci maddenin 2 nci fıkrası 1 inci maddenin müeyyidesi, vasıtasıdır. Yani hakkın suiistimal prensipi hüsnüniyet prensipinin emrine verilmiş bir kudrettir» (12). Şu halde sırf gayrı izrar eden suiistimallerden başka sair suiistimalleri de kanunumuz çerçevesi dahilinde önlemek kabildir. Nitekim Prof. Samim Gönensay eserinin eski bir tab'ında şu mütaleada bulunmuştur: «Suiistimalin menettirilebilmesi için vazih ve ayan olması, 2 nci fıkranın şeraiti esasiyesindedir. Asıl aranacak nokta hakkın hüsnüniyet kaidelerine mugayir bir surette ve sahibi hak için himaye kanuniyeye değeri olan bir menfaat arzetmeksizin istimal edilmiş olmasıdır» (13).

Bütün bu mütalealar gösteriyor ki, kanunumuzun lâfz ve ruhuna göre hakkın suiistimali mevzuubahs olabilmek için bazı unsurların içtimaı şarttır: Bunlardan birincisi ve en mühimmi âhari izrar etmek kasdidir; bunun yanında yer alan ikinci bir unsur da hakkını istimal eden kimse için meşru bir menfaatin bulunmamasıdır; üçüncü bir unsur da, hakkın hüsnüniyete muhalif olarak kullanılması, yani hakikî maksat ve gayesinden ayrı bir gayede kullanılması, diğer bir tabir ile hakkın içtimaî fonksiyonundan inhiraf ettirilmesidir. Bu unsurları sırasile izah edelim:

1. — *İzrar kasdi*: Bu unsur, hakkın suiistimali sisteminin esas temelini teşkil eder. «*Malitiis non est indulgendum*». Hiç kimse ne şekilde olursa olsun, hattâ hakkını kullanıyor gibi görünerek, başkasını izrar etmeği tasavvur dahi etmemelidir. Şüphesiz hayat mücadelesinde fert başkalarını izrar edebilir; fakat bundan dolayı muahaza edilemez. Zira «sabit olan izrar kasdi, haklarını tayin eden hudutlar dairesinde kullananı mes'ul kılmaz; bir şahsın mes'ul olması için tasarrufunun hiç bir meşru menfaate müstenit olmaması lâzımdır» (14).

Fakat acaba izrar kasdi sair kasit ve saikler ile müterafık olunca hakkın suiistimali mevzuubahs olmayacak mı? Şayet izrar kasdini bu şekilde anlarsak, hakkın suiistimalinin tatbik sahası kalmaz;

(12) Dr. H. A. Göktürk, Hususî Hukukumuzda Hüsnüniyet (Adliye ceridesi 1936, sah. 818; bilhassa sah. 831).

(13) Ahmet Samim, Hukuku Medeniye Dersleri, İst. 1928, sah. 42-43.

(14) Ferron, Sirey 1905. II. 17 deki not.

çünkü hiç kimse mücerret diğer âkit tarafı izrar etmek için işe giriştiğini itiraf etmiyeceği gibi, kendisine hiç bir menfaat temin etmiyen bir akit te düşünmek çok müşküldür. Hakikat halde aranılması icap eden hususun izrar kasdinin akitte faik bir rol oynamış olup olmamasıdır. Bilûmum saiklerin aynı plânda yer almaları bâ-it bir ihtimaldir. Binaenaleyh, Josserand'ın dediği gibi «İzrar kasdinin hakkın suiistimaline mesnet teşkil edebilmesi için esaslı olması ve hâkime arzedilen ihtilâflı meselede birinci plânda bir rol oynamış bulunması lâzımdır» (15).

Fakat tatbikatta birinci plânda rol oynaması icap eden bu kasdin, bu esaslı saikin araştırılması ve meşruiyetinin takdiri büyük müşküller arzedecektir. Çünkü böyle bir araştırma tamamiye enfüsi bir mahiyeti haiz bulunmaktadır. Umumi ve şahsî kanaatler zaman ve mekânla o kadar çok tahavvüllere tâbidir ki, bugün burada muzır görünen bir kasit yarın başka bir yerde meşru hattâ faydalı bir veçhe arzedebilir.

Bu sebebe binaendir ki bu şart doktrinde pek şiddetli münakaşalara yol açmış ve bugün izrar kasdinin kâfi bir şart olmadığı umumiyetle kabul edilmiştir. Bunun için kanunumuz, pek haklı olarak, hakkın suiistimali mefhumunu izrar kasdile beraber geniş hüsnüniyet kaidesine bağlamıştır. Bu iki mefhumu mezcedince diyebiliriz ki, suiniyetle âharı izrar kasdini güden kimse, ağır bir kusur irtikâp eder. Bu noktadan hareket edince, malûm olan ağır kusurdan gayri malûm bulunan izrar kasdini istidlâl etmek mümkündür (16). Fakat bu şarta ikinci bir şartın ilâvesi lâzımdır.

2. — *Meşru bir menfaatin ademi mevcudiyeti*: Kanunumuzun «sırf gayrı izrar eden» fiillerden bahsettiğine göre, fail hakkını istimal ederken bir menfaat gütmeli ve bu menfaat te meşru olmalıdır. Fail hiç bir menfaat gütmeyen veya güttüğü menfaat meşru olmaz ise kanunun himayesine sığınamaz, çünkü hakkını suiistimal etmiştir. Akitten mütevellit bir hakkı istimal eden kimsenin bu hakkı suiistimal etmemesi için mezkûr istimalden bir menfaat temin etmesi lâzımdır. Zira, Jhering'in veciz tarifine göre hak, hukukun himaye olunan menfaatlerdir.

Bu şart bazı hukukçuları o derece cezbetmiştir ki, hakkın suiistimalini ancak bu şartın tahakkukuna bağlamışlardır. Bunlara göre meşru bir menfaatin ademi mevcudiyeti şartı objektif ve süb-

(15) *Josserand*, *De l'esprit des droits*, Paris 1927, sah. 352.

(16) *Josserand*, *op. cit.*, sah. 355.



jektif unsurları cemetmektedir. Sübjektif unsur bir menfaatin mevcudiyeti olup, objektif unsur ise menfaatin meşruiyet derecesini takdirdir (17).

Meşru menfaatten maksat hak sahibinin şahsî menfaati değildir; bazı hallerde bu iki menfaat birleşirse de, bazan birbirinden tamamile ayrılır. Meselâ bir hizmet akdini fesh için gayet ehemmiyetsiz sebepler ileri süren, meselâ hastalık dolayısıyla kısa bir müddet işine gelemiyen amele veya memurunu işinden çıkarmak isteyen iş sahibinin hareketi şahsî bir menfaate müstenittir (işinin muntazaman görülmesi). Fakat bu tarzı hareket meşru değildir, çünkü hizmet akdinin feshi, Borçlar Kanunumuzun 344 üncü maddesine göre muhik sebeplere müsteniden mümkündür ve «işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nisbeten kısa bir hastalığı» mezkûr maddenin 3 üncü fıkrası muhik bir sebep olarak telâkki etmemektedir. Yani akit böyle bir halde feshedilirse, iş sahibinin şahsî menfaati mevcut olmakla beraber bu menfaati meşru addetmek kabil değildir.

Görülüyor ki şahsî menfaat ile meşru menfaat her zaman tam bir mutabakat halinde bulunmamaktadır. Menfaatin meşruiyetini takdir için istimal edilen hakkın muhteva ve gayesini göz önünde bulundurmak lâzımdır. Bu suretle üçüncü unsurumuzun tetkikine gelmiş bulunuyoruz.

3. — *Hakkın içtimai fonksiyonundan inhiraf ettirilmesi*: Dikkat edilirse kanunumuz gayet umumî olarak «sırf gayrı izrar eden hakkın suiistimali» diyor ve bu suiistimalin ne olduğunu bildirmiyor. Bir hakkın istimali âharı izrar ederse bu zarara katlanması lâzımdır; bir hakkın suiistimali âharı izrar ederse, bu fiil hak sahibini ilzam eder. O halde hakkın istimali nerede biter ve suiistimali nerede başlar? Bunu da üçüncü bir unsur olan «hakkın içtimai ve iktisadî fonksiyonundan inhirafı» ile tayin etmek mümkün olacaktır.

Prof. Samim Gönensay'ın yazdığı gibi «kanun tarafından bahşolunan her bir hakkın sosyal bir rolü, bir maksadı vardır. Bir hak, bir adaletsizlik husule getirmeğe sebep olamaz. Haklar meşru yollar ile sosyal maksatlarından inhiraf ettirilemez. Aksi halde, hak sahibi hakkını suiistimal etmiş olacağından, bu suiistimal menolunur». Mumaileyh bu noktaya tekrar avdet ederek «bir hakkın suiistimali, hakkın teamül ile muayyen olan sosyal veya ekonomik ga-

(17) *Campion, Théorie de l'abus des droits, 1925, sah. 306.*

yesine hüsnüniyet kaidelerine mugayir bir surette istimalidir» diyor (18).

Filhakika herhangi bir hak içtimaî nizam dahilinde kullanılması icap eden bir salâhiyettir; hak ancak cemiyet dahilinde vücut bulabilir. Bu itibarla hakkın menşesinde bulunan içtimaîlik vasfı bu hakkın istimalinde de kendini gösterir. Yani hak istimal edilirken içtimaî fonksiyonundan inhiraf ettirilmemesi lâzım gelir. Bu kıstas üzerinde bilhassa ısrar eden müellifler «suiistimal edilen hakkın müessesenin hedefine, ruhuna ve gayesine muhalif olan bir istimal» diye tarif ediyorlar (19).

Fakat çok mücerret olan bu mefhumu biraz amelî kılmak için müellifler bir hakkın içtimaî fonksiyonuna uygun bir tarzda kullanılıp kullanılmadığını tayin için «meşru sebep» (motif légitime) ölçüsüne vurulmasını tavsiye ediyorlar. «Fiil veya tasarrufun meşru bir sebep ile izah edilebilip edilemeyeceğine göre, normal bir surette istimal edildiğine veya suiistimal olduğuna hükmetmek lâzımdır... Hukukî salâhiyetlerimizin, hakların fonksiyonlarına ve ruhuna uygun bir sebebin hizmetine tahsis olunması lâzımdır, aksi halde haklarımızı istimal etmeyip, onları suiistimal etmiş oluruz» (20).

Bu kıstasın bir faydası da, vazıı kanunun müdahalesine ihtiyaç göstermeksizin hakkın suiistimali müessesesinin ahval ve şeraite ayak uydurmasına, zaman ve mekânla değişip hayatın seyrini takip etmesine imkân vermesidir.

Fakat bu faydanın mahzuru da vardır: Müddeinin mahkemede diğer âkit tarafın meşru bir sebep olmaksızın hareket ettiğini isbat etmesi güçtür (menfi bir hususun isbatı); bunu bertaraf etmek için, diğer âkit tarafın (yani müddeialehyin) gayri meşru bir sebeple hareket ettiğini isbata kalkışmasını kabul etmek muvafık olur. Hilekârane anlaşmalar, kanuna karşı hileler (21), Borçlar Kanunumuzun 28 inci maddesindeki manada hileler, suiniyetle hareketler (yani âkit taraf bundan evvelki hallerde olduğu gibi âhari ızzar etmeği kasdetmeksizin hareketinin bir zarar tevliit edebileceğini düşünmesi), kusurlu veya tedbirsiz hareketler gibi sebepler münakaşa götürmiyen gayri meşru sebepler olarak telâkki edilebilir ve müddei iddiasını isbatta bundan istifade edebilir.

(18) Samim Gönensay, Medenî Hukuk, cilt I, İstanbul 1936, sah. 69.

(19) Josserand, op. cit., sah. 370.

(20) Josserand, op. cit., sah. 375.

(21) Ferit H. Saymen, Kanuna karşı hile istimali, İstanbul 1940.

İşte bu meşru sebep sayesinde akitlerin in'ikadına, infazına veya feshine müteallik hareketler mürakabe edilecek ve ona göre takdir olunacaktır. Meselâ evini çocuklu bir aileye, bir askere veya bir memura kiralamak istemiyen ve sebep olarak ta mücerret müstecirin çocukları bulunmasını, asker veya memur olmasını ileri süreren mucir, akit yapma hususundaki serbestisini suiistimal etmiş olur. Zira hakkını gayri içtimaî bir tarzda, yani meşru bir sebebe müstenit olmaksızın kullanmıştır.

Hülâsa yukarıda tadat ve tafsil olunan üç unsur mevcut olunca hakkın suiistimaline hükmetmek ve yapılan fiil veya tasarrufu müeyyidelendirmek lâzımdır (22). Fakat bu kıstaslar büyük bir ihtiyat ve dikkatle kullanılmalıdır, zira aksi halde hakkın suiistimalinin çok büyük takyidata maruz kalması tehlikesi vardır (23). Kendisine arzedilen meseleyi hal için hâkim, müsbet ve sarîh kanunî hükümlerin ademi mevcudiyeti halinde hakkın suiistimali mefhumuna baş vuracaktır; zira bilûmum hukukî mesaili hakkın suiistimaline istinat ettirerek halletmek tehlikeli bir temayül ve yanlış bir metottur (24).

### C — İsviçre hukukunda hakkın suiistimali :

Medenî Kanunun tevhidinden evvel İsviçrede bazı kantonların mevzuatı hakkın suiistimaline müteallik dağınık ve hususî hükümler, bazıları ise toplu ve umumî kaideler ihtiva etmekte, bazıları ise bu müesseseyi asla tanımamakta ve bunu cermen hukukundaki Schikaneverbot'a teşbih etmekte veya haksız fiillere ithal eylemekte idiler. Federal Mahkeme ise hakkın suiistimalini hüsnüniyet kaidelerine göre halletmeğe çalışmakta idi.

Medenî Kanunun tevhidî mevzuubahs olunca, 1900 tarihli Adliye Vekâletinin ön projesi hakkın suiistimalini yalnız mülkiyet hususunda derpiş ederek, 644 üncü maddesine şöyle bir hüküm vazeylemişti: «Bir şeye malik olan kimse o şeyde, kanunun hudutları dairesinde, serbestçe tasarruf etmek hakkını haizdir. Açık surette âharı izrar etmek maksadı olmadıkça, mezkûr şeyi en mutlak bir surette istimal edebilir».

Projenin esbabı mucibe lâyihasını kaleme almış olan Prof. Eu-

(22) Hakkın suiistimalinin müeyyidesi başlı başına bir mevzu olduğundan, bunu diğer bir yazımızda tetkik edeceğiz.

(23) *Samim Gönensay*, op. cit., sah. 70.

(24) *Andréas B. Schwarz*, op. cit., cilt I, sah. 237-238.

gène Huber de, en mutlak bir hak gibi telâkki edilen mülkiyet hakkının âharın hakkı ile hudutlandığını bildirmektedir (25).

İsviçre hukukçuları bu maddeye karşı cephe alarak, bazıları bunun lüzumsuz olduğunu, diğerleri ise gayet dar bulunduğunu beyan ediyorlardı. Mütihazsıslar Komisyonunda bu muhtelif noktai nazarlar müdafaa edilmiş ve komisyon, hakkın suiistimali lehine 24 ve aleyhine 4 rey ile prensipi kabul eylemişti (26).

Kanunun umumî zabıtları mahdut bir komisyonda ihzar edilirken mesele tekrar ele alınmış ve 644 üncü maddenin 2 nci cümlesi mülkiyet bahsinden çıkarılarak umumî zabıtalar bahsine ithal edilmekle, nihaî projenin 3 üncü maddesi vücuda getirilmiş oldu. Mezkûr madde şu şekilde idi:

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

Bu yeni metin eski metni bir hayli genişletmekte ve bilûmum haklara tatbikini mümkün kılmakta idi. Mecliste, almanca rapor-tör E. Huber ve fransızca raportör V. Rossel dinlendikten sonra madde pek cüz'î bazı tadilâta uğramış ve hüsnüniyet esasına bağlanarak hakkın suiistimali bu esasın bir neticesi olarak kabul edilmişti. Maddenin son şekli bugünkü maddeyi vücuda getirdi. Bu madde aynen şöyledir:

«Herkes haklarını istimalde ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.

«Bir hakkın açık surette suiistimalini kanun himaye etmez».

Bu metne göre, hakkın suiistimali izrar kasdi gibi sübjektif bir kıstasa değil, fakat hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir surette hakların suiistimali gibi objektif bir kıstasa bağlanmış bulunmaktadır. Bundan başka bu suiistimalin açık, zahir olması lâzımdır; ve bu suiistimal yalnız faile göre değil fakat bitaraf ve durenmiş herkese göre açık ve zahir olmalıdır. Rossel'in dediği gibi: «İzrar kasdinin münhasır olması veya sadece faik veya hafif bir ihmâl veya kaba bir şuarsuzluktan mütevellit tâli bir mahiyet arzemesi veya tamamiyle mefkut bulunması haizi tesir değildir. Elverir ki zarar nazara çarpsın ve bedihî olsun» (27).

(25) Exposé des Motifs, sah. 431.

(26) Protocole de la commission d'experts, cilt III, sah. 2 ve 3.

(27) Rossel et Mentha, Manuel du droit civil suisse, cilt I, No. 55 — Adliye Vekâleti tercümesi, cilt I, sah. 103.

Egger de aynı mealde bir mütalea dermeyan ederek ezcümle şunları yazıyor: «Bizim hakkın suiistimali telâkkimiz, objektif olup hiç bir tahdide tâbi değildir. Suiistimalin açık, zahir, bedihî olmasından maksat, bu suiistimalin hiç bir şüpheye mahal bırakmaması demektir. Bu şekilde hakkın suiistimaline bir fren vazedilmiş oluyor. Hakkın suiistimali içtimai ve iktisadi gayesine muhalif olursa suiistimal teşkil eder. Bunun gibi hakkı istimalde hiç bir menfaat yoksa yine suiistimal mevzuubahs olur. Kezalik davacının menfaati müddeaaaleyhin menfaatine nazaran gayet az olursa yine hakkın suiistimali mevcuttur; fakat burada mesele gayet naziktir» (28).

Prof. Albert Richard da aynı fikri şu suretle beyan etmektedir: «Hakkın suiistimali bariz ve aşikâr olmalıdır. Hakkını suiistimal eden şahıs diğer tarafa zarar ika etmekle beraber kendisine ciddi bir menfaat temin etmemiş olmalıdır» (29).

Bugün bu madde, icraya ve usule ait hususat hariç olmak üzere, bilûmum haklara (ve bittabi akitten mütevellit haklara) tatbik edilmektedir (30). Mahkemeler bu bahiste, haklı olarak, çok temkinli hareket etmekte ve maddeyi büyük bir dikkat ve tedbir ile tefsir etmektedirler. Ezcümle Federal Mahkeme: «Bir hakkın suiistimali mevzuubahs olabilmek için bir hakkın istimal edilmesi icap eder; binaenaleyh bir haktan ferağat hiç bir zaman bir suiistimal teşkil etmez» diyor (31). Bundan başka Federal Mahkeme iptidaları izrar kaskini hakkın suiistimalinin mümeyyiz vasfı olarak telâkki ederken bugün yegâne objektif kıstas olarak «menfaatin ademi mevcudiyetini» kabul eylemektedir (32).

Bu izahattan müsteban olacağı üzere, mehaz kanun, hakkın suiistimalini tamamile objektif bir kıstasa tâbi tutarken, kanunumuz, her nedense, bu görüş tarzını terkederek izrar kaski gibi sübjektif bir unsuru bu mefhuma ilâve eylemiştir. Fakat kanunumuzun mehazden ayrıldığı nokta, hakkın suiistimalini hüsnüniyet kaidesine bağlı olarak maddeyi ipka etmiş olmasıdır. Bu suretle Türk

(28) Egger, Kommentar zum Schw. Ziv. Recht, Personenrecht, No. 24, 27, 28, 32, 35.

(29) A. Richard, Medenî Hukuk Esasları, İstanbul 1937 (terc. Reşat Atabek), sah. 18, No. 3.

(30) Sauser-Hall, Introduction à l'étude du nouveau droit civil en Turquie, İstanbul 1926, sah. 99, c.

(31) A. T. F., 45, II., 72.

(32) Sauser-Hall, op. cit., sah. 101, No. 2.

sistemini tamamiyle sübjektif bir sistem olmaktan kurtararak bu sisteme sübjektif ve objektif sistemler arasında mütevassıt bir mevki vermiş bulunmaktadır.

### III

#### Akid yapmak hakkının suiistimali

##### A) Umumî esaslar :

Nazarî olarak, kanunen derpiş edilen kaidelere riayet edilince akit sahih ve muteber bir şekilde in'ikat eder; bundan üçüncü şahıslar için doğacak zarar veya âkitlerin kast ve saikleri haizi tesir değildir. Fakat akdin in'ikadını teşvik veya tahrik edenin bazı hal ve hareketleri birer suiistimal olarak telâkki edilmekte ve bunların bazıları kanun vazı tarafından dahi sarih bir surette derpiş edilmiş bulunmaktadır.

Filhakika akit yapmak bir hak ve bir salâhiyet ise de bu hak mutlak değildir; rızaların tamamiyle serbest olarak iş görmeleri lâzımdır. Bunun için vazı kanun zayıfların kuvvetliler tarafından, namusluların hilekârlar tarafından ezilmemesini temin maksadile bazı tedbirler almıştır. Ripert'in söylediği gibi: «Hukukî tasarruflarda bulunmak hakkı sair bilûmum haklar gibi suiistimale yol açabilir» (33).

Burada tetkik edeceğimiz noktalar akdin hemen in'ikadına takaddüm eden anda yapılan suiistimaller ile akdin in'ikadı halinde yapılan suiistimallerdir. Bunları muhtelif gruplar dahilinde toplamak kabildir.

##### 1 — Âkitler arasında hakkın suiistimali:

Âkitlerden biri hukukî iradesini diğer âkit tarafı izar etmek kasdile kullanmış ve bu suretle ya akit teşkil etmiş veya yapılmakta olan görüşmeleri epeyce ilerlettikten sonra kat'etmiş olabilir. Bu iki vaziyeti ayrı ayrı tetkik etmek icap eder.

a) Âkitlerden birinin yaptığı icaba davete cevap veren diğer birisiyle bu âkit müzakerelere girişmekle bir takım vazifelere katlanır. Bu vazifelere muhalif hareketlere Jhering'in kullandığı bir tabir ile «culpa in contrahendo», yani akdin in'ikadı sırasında irtikâp olunan kusur namı verilir (34). Bu kusurdan mütevellit zarar husu-

(33) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, No. 170.

(34) E. Arsebük, *op. cit.*, sah. 130. IX, not 22.

sunda akdin ademi ifasına müteallik kaidelerin mi yoksa haksız fiillere müteallik kaidelerin mi tatbik olunacağı bir hayli münakaşalara mevzu teşkil etmiş ise de (35) bugün kabul olunan fikir akdin ademi ifasından mütevellit kaidelerin tatbik olunacağı merkezindedir (36).

Bu kusur akdin in'ikadında mevzuubahs olabileceği gibi müzakerelerin kesilmesile de vukua gelebilir. Esas itibarile taraflar müzakereleri akim bırakabilirler, ve bundan dolayı hiç bir veçhile ilzam olunamazlar; zira müzakereye giren kimse vaziyetin emin olmadığını bilmesi lâzım gelir. Bundan başka her müzakerenin neticelenmesi lâzım geldiği esası vazedilirse, tarafların akit yapma serbestisi ortadan kalkmış olur. Fakat taraflardan biri müzakereyi akim bırakmak ve bu suretle diğer tarafa bir zarar ika etmek maksadile işe girişmiş olursa, husule gelen zararı tazmin yoluna gitmek icap ettiğini von Tuhr gayet açık bir lisan ile ifade etmektedir (37). Federal Mahkemenin içtihadı da bu merkezdedir (38). Bu mütalea ve içtihatlar tamamile yerinde olup mesnetleri hakkın suiistimalini meneden Medenî Kanununun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasıdır.

b) Âkitlerden birinin mücerret diğerini izrar kasdile ve belki de ileride kendisi için doğması muhtemel bir menfaat saiki ile bir akit teşkil etmesi hali de bir hakkın suiistimali olarak telâkki edilmektedir. Zira burada akit yapmak hakkı içtimai ve iktisadi gayesine muhalif bir surette kullanıldığı gibi, diğer tarafı izrar maksadile de hareket edilmiştir. Bu takdirde akdin derhal iptal veya husule gelen zararın tazmin ettirilmesi icap ederse de klâsik nazariyeye ve kanunumuzun kabul ettiği esasa göre ancak ikrah, hile ve gabın halinde akdin iptali cihetine gidilebilir (39). Bu hallerde de bazı şartların tahakkuku icap eder:

1. — İkraha: İkraha bir cebir ve tazyik veya bir tehdit ile bir kimseyi akit yapmağa icbar etmek demektir. Böyle bir halde rıza

(35) Oser, madde 26 şerhi, No. IV; madde 39 şerhi, No. IV, 2. — Becker, madde 26 ve 29 şerhi.

(36) von Tuhr, sah. 170. — Funck, B. K. şerhi (tercüme: H. Veldet ve C. Selek), sah. 5. — E. Arsebük, op. cit., sah. 130.

(37) von Tuhr, sah. 171. — Funck, sah. 5, aynı mütaleadadır.

(38) A. T. F., 36. II. 3. — 36. II. 203. — 40. II. 370. — 55. II. 184.

(39) Hatadan bahsetmiyoruz, zira rizayı ifsat eden bu hal irade ile beyanı arasında bir uygunsuzluktan husule gelmiş bulunmakta ve bu itibarla gayri kasdi bir mahiyet arzylemektedir.

serbest olmayınca, ikraha maruz kalan kimse Borçlar Kanunumuzun 29 ve 30 uncu maddelerinde tayin olunan şartların tahakkuku ile akde bağlı kalmıyacağını diğer tarafa bildirir. İkraha burada tetkik edecek değiliz; tebarüz ettirmek istediğimiz nokta şudur: Şayet ikrah, tehdidi kullanan için fahiş bir menfaat temin etmiyorsa, bu takdirde mezkûr tehdit ikrah addolunmaz (B. K. m. 30, fık. 2). Bir hakkın normal surette istimal edileceğini diğer tarafa bildirerek bunun tesiri altında mezkûr kimse ile akit yapmak muteberdir, zira tarafların menfaatlerini korumak için bazı tazyik vasıtaları kullanmaları meşrudur. Fakat bir taraf haddi zatinde meşru olan bir tazyik vasıtasını kullanarak (yani bir hakkını istimal ederek) bir menfaat elde eder ve bu menfaat kanunî tarika tevessül halinde istihsal edeceği menfaatten çok aşırı ise (yani bir tehdit ile diğer âkit tarafı izrar eylemiş ise) akit iptal ettirilebilir. Von Tuhr da bu kabil bir tehdidin suiistimal edilerek ikraha yaparı faydalandırıldığını bildiriyor (40). Böyle bir hükmü ancak hakkın suiistimali mefhumu ile izah etmek kabildir.

2. — Hile: Hile bir kimsenin tarzı hareketleri ile diğer bir kimsede onu irade beyanında bulunmağa veya bir mukavele yapmağa sevk etmek için yanlış bir fikrin doğumuna, teyidine veya idamesine sebebiyet vermiş olması halidir (41). Herkes diğer bir şahsı akit yapmağa sevk etmek hakkını haizdir; fakat bu hakkın normal olarak istimali icap eder, aksi halde hak, gayesinden inhiraf ettirilmiş ve âhare zarar ika edilmiş olur ki, bu unsurlar hakkın suiistimalini teşkil eder.

3. — Gabın: Gabın da bir şahsın müzayeka, tecrübesizlik veya hiffetinden istifade edilerek verilen veya yapılan bir şey (ödem) ile aşırı bir istifadenin temin edilmesi halidir. Böyle bir halin İslâm hukukçularından İbni Abidin tarafından bir hakkın suiistimali olarak telâkki edildiğini kayıt ve işaret etmiştik. Böyle bir halde akdin iptal ettirilebileceğini Borçlar Kanunumuzun 21 inci maddesi beyan etmektedir.

Gabın halini de hakkın suiistimali mefhumu ile izah etmek mümkündür; zira burada da taraflardan biri akit yapmak serbestisini ve bilhassa ödemleri tayin hususundaki serbestiyi gayesine muhalif bir tarzda ve suiniyetle, yani izrar kasdile kullanılmıştır. Nitekim

(40) von Tuhr, op. cit., sah. 271.

(41) Arsebük, op. cit., sah. 208, A, II. — Fritz Funck, op. cit., sah. 44. No. 1.



von Tuhr da aynen şu satırları yazmaktadır: «Gabın, akdin in'ikadına takaddüm eden müzakerelerin tâbi bulunduğu hüsnüniyet kaidelerine muhalif bir harekettir» (42).

Hülâsa, akitlerin in'ikadı bahsinde hakkın suiistimali esası ancak kanunun tayin ettiği hal ve şartlar dairesinde tatbik edilebilecektir. Josserand'ın dediği gibi hile ve ikraha (bizim kanunumuza göre de gabına) müteallik kaideler kanunî bir tarzda mülâhaza edilmiş olan akit serbestisi hakkının suiistimal edilmesinin bazı adaptasyonları, nev'ama teşriî birer rüsubudur (43).

## II. — Üçüncü şahısları veya alacaklıları izrar kasdile akit teşkili:

Âkitlerden biri üçüncü bir şahsın veya alacaklısının haklarını ihlâl etmek veya onları izrar etmek için akit teşkil ederse, hakkını suiistimal etmiş olur ve bu takdirde akit iptal ettirilebilir. Her iki hali de ayrı ayrı tetkik edelim:

a) *Üçüncü şahısları izrar*: Âkitlerden hiç değilse biri akit yapma serbestisini kullanarak, artık diğer âkit tarafı değil de, kendisiyle akit zamanında hukukî münasebeti olmıyan, ancak müktesep veya memul ve muntazır bir hakkı bulunan üçüncü bir şahsı izrar etmek gayesini güdebilir. Federal Mahkeme, aşağıda izah edeceğimiz bir kararile «kanuna uygun ve normal bir gaye istihsali için değil de, dolambaçlı bir yoldan kanunun hükümlerini bertaraf etmek ve bu suretle üçüncü şahısları izrar eylemek mülâhazasile yapılan akitlerin hakkın suiistimali ile malûl olacağını ve, ne kanunun ne de hâkimin bunları himaye edemeyeceğini» gayet sarîh olarak beyan eylemiştir (44). Hâdise şu idi:

İsviçrede karı koca mallarının idaresine müteallik kanunî rejim olan mal birliği usulü (M. K., m. 191-210) ile evlenmiş bulunan iki kişi, kocanın ölümünden gayet kısa bir müddet evvel ve bu ölümü teemmül ederek bir mukavele ile mal ortaklığı rejimini ihdas eylemişler ve bu mukavele ile koca, Medenî Kanunun 222 nci maddesinden istifade ederek karısına ortaklık mallarını 3/4 ünü terketmiş oluyordu; bu şekilde Medenî Kanunun 444 üncü maddesinin sağ kalan eşe furu' ile içtima ettiği takdirde terekenin 1/4 ünün mülkiyet hakkını bahşeden hükmünü furu' aleyhine olarak

(42) von Tuhr, op. cit., sah. 282. — Schwarz, op. cit., cilt II, sah. 210, No. 4.

(43) Josserand, op. cit., sah. 110, No. 104.

(44) 14 Mayıs 1927 tarihli karar; J. d. T. 1927, sah. 546.

3/4 e çıkarmak imkânını temin etmiş oluyor ve böylece fûru' izrar edilmiş bulunuyordu.

Uzun seneler muayyen bir rejim altında yaşamış olan iki kişinin, birisinin ölümüne takaddüm eden bir kaç gün evvel bu rejimi değiştirerek, mücerret diğer eşe kanunî miras hakkından fazla bir meblâğ temini maksadile başka bir rejim kabul etmelerini Federal Mahkeme akit yapma serbestisinin bir suiistimali olarak telâkki etmekte ve çocukların talebi ile mezkûr mukavelelerin iptal edileceğini beyan eylemektedir.

b) *Alacaklıları izrar*: Borçlu borcunu bilerek kendisini âciz bir hale sokmak ve bu suretle alacaklılarının haklarını elde etmelerine mâni olmak üzere üçüncü bir şahısla akdetmiş olduğu mukavele, yine akit yapma hakkının suiistimalinden başka bir şey değildir (45). Alacaklılar yolları üzerine çıkagelen bu anormal tasarrufu gayesi hilâfına ve kanun vazının arzusuna mugayir olan bu mukaveleyi, bir hakkın suiistimali teşkil eden bu muameleyi bertaraf ettirebilirler. Actio Pauliana davası diye tesmiye olunan bu davaya İcra ve İflâs Kanunumuz iptal davası namını vermektedir (İ. İ. K., m. 277 ve mü.). Bir çok müellifler iptal davasını hakkın suiistimali mefhumuna bağlamakta tereddüt etmiyorlar (46). Kanunumuzun da bu noktai nazarı kabul ettiği iddia olunabilir. Filhakika İcra ve İflâs Kanunumuzun 282 nci maddesinde bu husus gayet sarih olarak göze çarpmaktadır. Mezkûr maddede, Medenî Kanunumuzun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki «izrar kasdı» unsuru göz önünde bulundurulmuş olduğu görülmektedir. Bu davayı izah eden İsviçreli müelliflerden von Overbeck bu muameleleri «icra gayesini hiçe indirecek ve alacaklıları zarara sokacak surette mallarını azaltmağa matuf olan muameleler» diye tavsif etmektedir (47). Prof. Mustafa Reşit Belgesay da gayet açık olarak şunları yazmaktadır: «Bu madde borçlunun alacaklılarını izrar etmek maksadile yaptığı muameleleri iptal etmektedir. Bu maddede ... borçlunun maksadı nazara alınmıştır. ... borçlunun alacaklılarına zarar vermek aslı gayesile hareket etmesi şart değildir; borçlunun sırf kendi istifadesi için yapıp, fakat alacaklılarını izrar neticesini husu-

(45) G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, sah. 96.

(46) Gruber, L'action paulienne, sah. 2. — Ripert, op. cit., No. 169. — J. Marson, L'abus du droit en matière contractuelle, Paris 1936, sah. 32.

(47) von Overbeck, İcra ve İflâs Kanunu şerhi (Adliye Vekâleti tercümesi), İstanbul 1929, sah. 180.

le getireceğini tahmin ettiği veya edebildiği muameleler de iptal olunabilir» (48).

Binaenaleyh alacaklıları izrar kasdile akit yapma hakkının istimali, bir suiistimal teşkil eder ve kanunî himayeden mahrumdur.

III — Üçüncü şahısların hakları ile kabili telif olmayan akit teşkili:

Malûm olduğu üzere bir akit (daha umumî olarak bir borç münasebeti) ancak taraflar arasında hüküm ifade edip, üçüncü şahısları asla alâkadar etmez. Bunun gibi akdin ademi ifası halinde, diğer taraf ancak akdi ifa etmiyen tarafı takip edebilir. Fakat olabilir ki akdi ifa etmiyen taraf üçüncü bir şahsın teşvik ve tahriki ile bir akit yapmağa davet edilmiş ve bu suretle birinci akdini ifadan imtina eylemiş olsun. Meselâ bir şahıs, rakibinin istihdam ettiği kıymetli bir memuru ayartmak maksadile kendisine bir teklifte bulunması ve bunun üzerine bir akit yapması; bey' vadinde bulunan veya bey'i akdedip mebiî henüz teslim etmeden bayiin üçüncü bir şahsın teşvik ve talebi üzerine mebiî kendisine teslim etmiş olması (yani birinci bey'e rağmen yeni bir bey' akdedip mebiî teslim eylemiş olması) gibi haller bu kabildendir (49). Üçüncü bir şahsın bu gibi bir akit yapmağa hakkı var mıdır? Akitlerin nisbî olmaları itibarile kaideten akdi bozmağa teşvik eden şahıs bu fiili ile mülzem değildir. Fakat böyle bir neticenin tatmin edici olmadığını müellifler kaydetmektedirler. İşte bu sebeple yeni hukuk tekâmülünde bir akdi bozmağa teşvik edenleri mes'ul tutmak hususunda kuvvetli bir temayül mevcuttur (50). Borçlar Kanunumuz çerçevesi dahilinde meseleyi halletmek istiyen müellifler, akdi ademi ifaya teşvik ederek kendisi ile akit yapmasını temin eden şahısların Borçlar Kanunumuzun 41 inci maddesinin 2 nci fıkrasına istinat ederek mezkûr şahsı mes'ul tutmaktadırlar (51).

Fakat izrar edilen birinci âkit tarafın haklarını daha kuvvetle korumak ve bu gibi hareketlere daha kat'i bir şekilde mâni olmak için bu hususlara da hakkın suiistimali esasını tatbik etmek ve bu

(48) *M. R. Belgesay*, İcra ve İflâs Kanunu şerhi, İstanbul 1933, cilt II, sah. 253. — *Jaeger* de aynı mütaleadadır; *Commentaire*, cilt III, sah. 37.

(49) *Niboyet*, *Droit civil approfondi et comparé* (doktora takrirleri), Paris 1930, sah. 320.

(50) *Schwarz*, *op. cit.*, sah. 41-42.

(51) *Arsebük*, *op. cit.*, sah. 261, IV. — *von Tuhr*, *op. cit.*, sah. 327 ve 331, III.

kabil akitleri teşkile tevessül edenleri himaye etmemek daha münasip olur kanaatindeyiz. Böyle bir düşünce ile yapılan bir akit, hem akdin normal gayesine muhaliftir ve hem de bir şahsı izrar maksadile yapılmıştır; bu itibarla böyle bir akit, hakkın suiistimalini teşkil eder ve himayeye lâayık değildir.

Bazı müellifler daha ileri giderek (52), meselâ işçinin ya mukaveleye veya örf ve âdete göre iş sahibi ile yaptığı hizmet akdini her zaman bir taraflı olarak feshetmek salâhiyeti olduğu hallerde bile bu işçiyi ayartıp kendisi ile akit teşkil ederek rakibinin esrarını elde etmek isteyen veya işinin nizam ve gidişini bozmak gayesini güden kimsenin akdedeceği mukaveleyi hakkın suiistimali ile malûl addetmektedirler. Bir çok mahkeme kararları da bu noktai nazarı benimsemiştir (53).

1928 tarihli Macar Medenî Kanunu projesinin 1734 numaralı maddesi şu yolda umumî bir hüküm vazetmiş bulunmaktadır: «Bir kimse diğerk bir kimseyi üçüncü bir şahsa karşı olan bir borcunu ihlâl kaskden teşvik ve sevkeder veya onunla yapmış olduğu bir akit ile bililtizam diğerk âkit tarafın üçüncü şahsa karşı mevcut borcunu ihlâl edici mahiyette bir ödem (ivaz) şart ederse, bu ihlâlden mütevellit zarardan dolayı mutazarrıra karşı borcunu ihlâl etmiş olan ile birlikte müteselsilen mes'ul olurlar».

### B) Tatbikat :

Yukarıda izah edilen esasların muhtelif akitlerde ne şekilde tecessili edebileceğini veya mahkemelere ne tarzda intikal ettiklerini kısaca gözden geçirelim:

#### I — Bey' akdi:

Kanunumuza göre bey' akdi, bir semen mukabilinde bir malın mülkiyetinin nakli borcunu doğuran bir akittir (B. K., m. 182) (54). Bu tarife göre bey' akdinin gayesi menkul veya gayri menkul bir eşyanın mülkiyetini temin etmektir. Müşteri, akdi bu gayeye muhalif bir tarzda kullanmağa kalkışırca, ve âhari bununla izrar eder-

(52) P. Hugueney, Responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle, Tez Dijon 1910. — Demogue, op. cit., cilt II, No. 680. — Josserand, op. cit., sah. 144, No. 109.

(53) J. d. T., 1927, sah. 258; 1928, sah. 114; 1930, sah. 206. — Paris İstinaf Mahkemesi, Sirey, 1905. II. 284. — Temyiz Mahkemesi, Dalloz, 1908. I. 108; Sirey, 1902, I. 316; 1906, II. 241; Dalloz, 1901. I. 200, not, Percerou.

(54) Martin, Le code des obligations, cilt II, 1922, sah. 6. — B. N. Esen, Alım satım akdi, İstanbul 1935.

se hakkını suiistimal etmiş olur. Bunun gibi, bayi malını dilediği fiyata satabilir. Fakat böyle bir hareketi ile bir şahsı izrar etmek gayesini güdüyorsa, o da hakkını suiistimal eder.

İsviçreli müellif Chenevard'ın yazdığı gibi: «Tacir emtasını istediği kadar ucuz bir fiyatla satabilir; bununla müessesesine ucuzcu şöhretini kazandırmak, artacak olan satış miktarından kârını bir dereceye kadar elde etmek, normal olarak satamadığı mallarını elinden çıkarmak gibi bir gaye güdebilir; ve bu meşrudur. Fakat, şayet tacir rakiplerinin mallarını halk nazarında düşürmeğe sistematik bir tarzda çalışırsa, hareketi gayri meşru olur ve suiistimal teşkil eder. Meselâ bir tacir müşterilerinin nazarından düşürmek istediği rakip bir müessesenin veya fabrikanın emtasından bir stok satın alarak gürültülü bir reklâm ile bunu rakip müessese tarafından satılan fiyattan çok düşük bir fiyatla satışa arzeder ve bir müddet sonra stok tükenince müşterilerine mezkûr emtaanın halkı pek tatmin etmediğini bildirerek bunu satmaktan vazgeçtiğini ve yerine başka bir emtaayı ikame eylediğini söyler ve bu yeni emtasını sürmeğe çalışırsa, hakkını suiistimal etmiş olur. Bu gibi suiistimalleri İsviçre Medeni Kanununun 2 nci maddesi himaye etmemektedir» (55).

Prof. Hirsch de aynı kanaattedir: «Başkasının sâyinden istifadeyi suiistimal derecesine çıkarmak caiz değildir... Bir tüccarın sırf müşteri çekmek maksadile malların kendisine gelir fiyatından daha aşağısına satması hüsnüniyet kaidelerine muhaliftir» (56).

Bunun gibi bir kumarhanenin, diplomasız bir eczacıya bir eczanenin satışını, intihabata müteallik bir toplantıda intihap edilecek olan namzedin müntehiplerinin yapacakları konsomasyonları ödiyeceğini taahhüt etmesini Fransız mahkemeleri hakkın birer suiistimali addetmişler ve bu akitleri iptal etmişlerdir. Zira «alıcı ve satıcılar akit teşkil etmek haklarını gayri içtimai bir mülâhaza ile istimal, yani suiistimal etmişlerdir» (57).

## II — İcar akdi:

Borçlar Kanunumuzun 248 inci maddesine göre, icar akdi, bir ücret mukabilinde bir eşyanın kullanılmasını, bir şahsa terketme-

(55) *Ch. Chenevard*, *Traité de la concurrence déloyale*, cilt II, No. 631, sah. 436 ve 438.

(56) *E. E. Hirsch*, *Ticaret Hukuku Dersleri*, cilt I, İstanbul 1939, No. 158, sah. 199-202.

(57) *Dalloz*, 1895. I. 263; *Sirey*, 1926. II. 21; *Sirey*, 1863. I. 83. — Ayrıca bak: *Campion*, *Abus des droits*, sah. 117.

ği taahhüt eylemektir. İsviçre Borçlar Kanununun eski 242 nci maddesinin hükmüne göre kiracı mecuru kiraladığı gayeden ayrı bir gayede istimal edemezdi. Yeni madde daha geniş olmakla beraber bu hususu da göz önünde bulundurduğunu Martin beyan etmekte ve şu neticeye vâsil olmaktadır: Şayet kiracı hakkını açık surette suiistimal ederek mecura devamlı bir zarar ika ederse, mucir icar akdini feshe salâhiyettardır (58). Meselâ, mecur bir dükkân ise mucirin bu dükkânın kullanılmasında sarıh bir menfaati vardır. Müstecir mücerret muciri izrar kasdile dükkânın kıymetini düşürmek için mecuru mütemadiyen kapalı tutarsa hakkını suiistimal etmiş olur. Federal mahkeme böyle bir vaziyette icar akdi teşkili hakkının suiistimal edilmiş olduğuna dair karar vermiştir (59).

### III — Hizmet akdi:

Borçlar Kanununun 313 üncü maddesindeki tarife nazaran, hizmet akdi bir şahsın bir ücret mukabilinde bir iş görmeği taahhüt etmesidir. Her ne kadar İş Kanunumuz iş akdini tarif etmiyorsa da, bu akdin in'ikadı sırasında kâh iş veren ve kâh işçi tarafından yapılacak suiistimalleri 15 inci maddesinin II numaralı fıkrasile, 16 ncı maddesinin II numaralı fıkrasında beyan ediyor.

Bundan başka, yukarıki izahatımızda bir kimsenin rakip bir müessese işçisini (tiyatro artisti, terzi ustası, montör ve saire...) ayartarak onunla bir hizmet akdi teşkil etmesi keyfiyetinin mahkemeler tarafından bir suiistimal olarak telâkki edildiğine işaret etmiştik. Bu esasa müteallik şu mucip sebebi kaydedelim: «Hür bir iradenin tezahür şekli olan akit yapma hakkı, akdi yapanın izrar kasdile hareket etmesi keyfiyeti, mes'uliyetini müstelzim bir harekettir. Bu kasdin birinci plânda gelmesi icap etmez, muhakkak olması kâfidir» (60).

## IV

### Netice

Akitlerde cari olması icap eden büyük hüsnüniyet kaidesinin tahakkuku ve müeyyidelenmesi keyfiyeti, hakkın suiistimali mefhumu ile kabili temin bulunmaktadır. Zira borç münasebeti âhari

(58) *Martin*, op. cit., cilt II, sah. 120, I.

(59) *A. T. F.*, 41. II. 95.

(60) *Campion*, op. cit., sah. 105.

izrar veya borçluyu iz'aç için istimal edilemez. Hele hakkı, içtimai fonksiyonundan inhiraf ettirerek ona meşru bir kisve giydirip âhârî izrar için kullanmak, hiç de himayeye şayan bir vaziyet değildir.

Akitlerde hakkın suiistimalinden bahsedebilmek için bir akdi münasebetin mevcudiyeti, akitten mütevellit hakkın içtimai gayesi hilâfına istimal edilmiş olması ve bu şekli istimal hak sahibine meşru bir menfaat temin etmeksizin bir zarar husule getirmiş olması lâzımdır.

Hukuk, ve bilhassa akitler hukuku gayet mücerret ve muhafazakâr olmakla beraber içtimai ve iktisadi hâdiselere ayak uydurmağa mecbur olmakta, dün mübah ve meşru görünen bir vaziyet işbu iktisadi ve içtimai hâdiselerin tahavvülile gayri meşru bir mahiyet alınca onlara intibak etmeğe mecbur bulunmaktadır. Bunu temin büyük hüsnüniyet kaidesinin bir tatbik şekli ve müeyyidesi olan hakkın suiistimali sistemi ile mümkündür. Bunun için hakkın suiistimalini hukuki istikrarı baltalayan bir sistem olarak telâkki etmemek icap eder. Onu, teessüs etmiş içtimai nizamın bir yıkıcı unsuru gibi değil, fakat hukuki münasebetlerin içtimai ihtiyaçlara intibakını temin etmek için bu münasebetleri yumuşatan yapıcı bir sistem olarak telâkki etmek lâzımdır. Prof. Jossierand'ın dediği gibi, hakkın suiistimali «hayatıyeti çok, kuvveti mühim ve plâstisitesi (intibak kabiliyeti) fazla olan bir mefhum olup, bir terakki ve tekâmül aleti, hukuku içtimai ihtiyaçlara intibak ettiren bir sistemdir».

Fakat hâkim bu aleti büyük bir dikkat ve ihtimam ile istimal etmeğe, içtimai ve iktisadi zaruretleri inceden inceye tetkik ederek akitlerin ve akitlerden mütevellit hakların hüsnü istimalini veya suiistimalini ona göre takdir eylemeğe mecburdur. Hakkın suiistimali sistemi ne geniş, ne de dar bir şekilde tatbik edilmemelidir. Geniş olarak tatbik edilirse bir çok haksızlıklara sebebiyet verilir; hukuki münasebetlerde mevcudiyeti zarurî olan istikrar haleldar olur ve netice itibarile haklı olan izrar edilir. Dar olarak tatbika kalkılırsa, bu faydalı müessese lüzumsuz bir silâh haline konmuş olur.

Şüphesiz ki bu silâha müracaat tâli bir şekilde olacak, yani kânda hakkın suiistimalini önliyecek veya husule gelen zararı tazmin ettirmeğe yarayacak sarîh bir madde bulunmadığı zaman bundan istifade olunacaktır. Fakat bu takdirde hakkın suiistimali sistemini bütün şümül ve neticelerile tatbik etmek icap eylemektedir.

**Dr. Ferit H. Saymen**